



ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ΕΝΙΑΙΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2017-2018

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
της Ισμήνης Μαρίας Χ. Κωστή
A.M.: 7340010117015

ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΝΩΜΑΛΗ ΕΞΕΛΙΞΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ

Επιβλέποντες:

Μιχαήλ Αυγουστιανάκης
Δήμητρα Παπαδοπούλου - Κλαμαρή
Κωνσταντίνος Χριστοδούλου

Αθήνα, 3.12.2018

Copyright © [*Ισμήνη – Μαρία Κωστή, 2018*]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Πίνακας περιεχομένων

ΕΙΣΑΓΩΓΗ	5
ΕΝΟΤΗΤΑ 1.....	6
1.1. Η ΕΝΝΟΙΑ ΚΑΙ Η ΝΟΜΙΚΗ ΦΥΣΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ.....	6
1.2. ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΩΣ ΑΜΦΟΤΕΡΟΒΑΡΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗ.....	7
1.3. ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ	10
1.3.1. Γενικά.....	10
1.3.2. Μονομερείς Δικαιοπραξίες:.....	12
1.3.3. Εκπονητικές δικαιοπραξίες:	12
1.4. ΣΧΕΣΗ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΚΑΙ ΟΡΙΣΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ.....	13
1.4.1. Γενικά.....	13
1.4.2. Τρόποι διάκρισης προσυμφώνου και οριστικής σύμβασης.....	14
1.4.3. Προσύμφωνο και ταυτόχρονη εκπλήρωση υποχρεώσεων από την οριστική σύμβαση	15
1.4.4. Ειδικότερα το προσύμφωνο πώλησεως με παράδοση του πράγματος.....	16
1.5. ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΚΥΡΟΥΣ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ	19
1.5.1. Ειδικότερα ο τύπος κατά το άρθρο 166 ΑΚ.	21
1.5.2. Συνέπειες της σύναψης άκυρου προσυμφώνου.....	24
1.5.3. Η σχέση του κύρους του προσυμφώνου με το κύρος της οριστικής σύμβασης.....	25
ΕΝΟΤΗΤΑ 2.....	27
ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ	27
2.1. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ.....	27
2.1.1. Υποχρεώσεις εκ της νομοθετικής ρύθμισης.....	27
2.1.2. Υποχρεώσεις εκ της καλής πίστης.	28
2.2. ΤΟ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΚΑΙ ΤΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΤΟΥ.....	29
2.3. ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΟ ΤΩΝ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ.....	30
2.3.1. Η διάκριση του προσυμφώνου σε μονομερώς και αμφιμερώς δεσμευτικό.....	30
2.3.2. Κατάρτιση προσυμφώνου υπό την μορφή σύμβασης υπέρ τρίτου.....	32
2.4. Ο ΤΡΟΠΟΣ ΕΚΠΛΗΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΕΝΟΧΗΣ.....	33
2.4.1. Η εκπλήρωση δι' αυτοσυμβάσεως.....	34
2.5. ΧΡΟΝΟΣ ΕΚΠΛΗΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΕΝΟΧΗΣ.....	34
2.5.1. Η παραγραφή της αξίωσης από το προσύμφωνο.....	37
2.6. ΑΠΟΣΒΕΣΗ ΤΗΣ ΕΝΟΧΗΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ.....	38
ΕΝΟΤΗΤΑ 3	38
Η ΑΝΩΜΑΛΗ ΕΞΕΛΙΞΗ ΣΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ.....	38

3.1. Η ΑΞΙΩΣΗ ΓΙΑ ΑΥΤΟΥΣΙΑ ΕΚΠΛΗΡΩΣΗ ΤΗΣ ΕΝΟΧΗΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ – Η ΚΑΤΑΔΙΚΗ ΣΕ ΔΗΛΩΣΗ ΒΟΥΛΗΣΕΩΣ (ΚΠολΔ 949).....	38
3.1.1. Γενικά για την καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως (ΚΠολΔ 949).....	38
3.1.2. Προϋποθέσεις εφαρμογής άρθρου 949 ΚΠολΔ.....	40
3.1.2.1. Ύπαρξη εκ προσυμφώνου αξίωσης.....	40
3.1.2.2. Η άσκηση αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.....	41
3.1.2.2.α. Προϋποθέσεις παραδεκτού αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.....	41
3.1.2.2.β. Βασιμότητα της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.....	49
3.1.2.3. Η έκδοση τελεσίδικης απόφασης επί της κατ'άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής.....	55
3.1.2.3.α. Περιεχόμενο και νομική φύση της απόφασης.....	56
3.1.2.3.β. Ενέργεια του κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ νομικού πλάσματος και η αναγκαστική κατάρτιση της οριστικής σύμβασης.....	59
3.2. ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΕΜΦΑΝΙΣΗΣ ΤΩΝ ΜΟΡΦΩΝ ΑΝΩΜΑΛΗΣ ΕΞΕΛΙΞΗΣ ΤΩΝ ΕΝΟΧΙΚΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΣΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ.....	69
3.2.1. Η εφαρμογή των γενικών διατάξεων για τις ενοχικές συμβάσεις (ΑΚ 335 επ., 362 επ.) στο προσύμφωνο.....	71
3.2.1.1. Η αδυναμία παροχής στο προσύμφωνο.....	72
3.2.1.2. Η υπερημερία οφειλέτη στο προσύμφωνο.....	76
3.2.1.3. Η πλημμελής εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου ενοχής.....	77
3.2.2. Η εφαρμογή επί προσυμφώνου των διατάξεων περί ανώμαλης εξέλιξης στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις (ΑΚ 374 επ.).....	80
3.2.3. Η αξίωση αποζημίωσης στο προσύμφωνο.....	85
3.3. ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΣΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΤΩΝ ΕΙΔΙΚΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΠΟΥ ΔΙΕΠΟΥΝ ΤΗΝ ΟΡΙΣΤΙΚΗ ΣΥΜΒΑΣΗ.....	89
3.3.1. Γενικά.....	89
3.3.2. Το ζήτημα της εφαρμογής στο προσύμφωνο των ειδικών λόγων λύσης της οριστικής σύμβασης.....	90
3.3.3. Το ζήτημα της εφαρμογής στο προσύμφωνο των διατάξεων περί μέτρου ευθύνης του οφειλέτη της οριστικής σύμβασης.....	93
3.3.4. Ειδικά η δυνατότητα εφαρμογής των διατάξεων για την ευθύνη του πωλητή στην περίπτωση προσυμφώνου πώλησης με παράδοση του πράγματος.....	95
ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ.....	108
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	115

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το προσύμφωνο, μία ιδιαιτέρως χρήσιμη και σημαντική συμβατική μορφή του παραδοσιακού ελληνικού αστικού δικαίου, αποτελεί την δεσμευτική συμφωνία δύο ή περισσότερων μερών να καταρτίσουν στο μέλλον μία άλλη σύμβαση, την οριστική, υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχουν προβλεφθεί, ενδεικτικά ή εξαντλητικά, σε αυτό από τους συμβαλλομένους.

Νομοθετικά η έννοια του προσυμφώνου εισάγεται στον Αστικό Κώδικα με το άρθρο 166, διάταξη η οποία έθεσε τέρμα στην αμφισβήτηση που επικρατούσε υπό το καθεστώς προ του αστικού κώδικα περί του τηρητέου για την σύναψη του προσυμφώνου τύπου σε περίπτωση που η μελλοντική να συναφθεί οριστική σύμβαση είναι τυπική. Ωστόσο, παρά την αναντίρρητη σπουδαιότητα της διάταξης, δεν πρέπει να παραγνωρίζεται ότι το προσύμφωνο δεν αποτελεί απλώς μία εξαίρεση στην αρχή του ατύπου των συμβάσεων κατά το άρθρο 158 ΑΚ, αλλά ένας πολύπλοκος συμβατικός τύπος με εκ πρώτης όψεως ασυμβίβαστα χαρακτηριστικά, καθώς αποτελεί μία ολοκληρωμένη ενοχική σύμβαση αυτοτελής και δεσμευτική αφ'εαυτής για τα συμβαλλόμενα μέρη, πλην όμως δεν παύει να επιτελεί το ρόλο της προπαρασκευαστικής για την οριστική σύμβαση συμφωνίας, στην σύναψη της οποίας τελικά αποσκοπούν τα μέρη. Δεδομένης της ιδιόμορφης σχέσης του προσυμφώνου με την μέλλουσα να συναφθεί οριστική σύμβαση, αλλά και εν όψει της περιορισμένης εμβέλειας νομοθετικής ρύθμισης του προσυμφώνου σε σχέση μόνο με το ζήτημα του τηρητέου επ' αυτού τύπου, γίνεται εξ αρχής φανερό ότι η μελέτη του νομικού καθεστώτος που διέπει το προσύμφωνο και η περαιτέρω ανάλυση των εννοιολογικών του χαρακτηριστικών παρίσταται αναγκαία και ιδιαιτέρως ενδιαφέρουσα.

Περαιτέρω, η αξία της έρευνας για τα ειδικότερα ζητήματα της εκ προσυμφώνου ενοχής ενδεικνύεται και από την πρακτική σπουδαιότητα και την ευρεία διάδοση της μορφής του προσυμφώνου στις συναλλαγές, αφού η σύναψη προσυμφώνου επιτρέπει στα μέρη να αναλαμβάνουν δέσμευση για την κατάρτιση της σκοπούμενης από αυτά οριστικής σύμβασης, όταν η τελευταία δεν είναι δυνατόν επί του παρόντος να συναφθεί για λόγους πραγματικούς ή νομικούς, εγκλείοντας προκαταβολικά σε ένα πλαίσιο δεσμευτικότητας τους όρους και τις προϋποθέσεις της κυρίας σύμβασης, ενώ, μέσω του μηχανισμού της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως (ΚΠολΔ 949) παρέχεται η νόμιμη αξίωση στο ένα μέρος να επιδιώξει την αναγκαστική κατάρτιση της οριστικής σύμβασης σε βάρος του έτερου μέρους που δυστροπεί στην εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου υποχρέωσής του να συμπράξει προς τούτο.

Ειδικότερα με την παρούσα μελέτη θα επιχειρηθεί η ανάλυση της έννοιας του

προσυμφώνου και των προϋποθέσεων έγκυρης κατάρτισης της μορφής αυτής σύμβασης. Κατόπιν θα αναζητηθεί το περιεχόμενο της εκ προσυμφώνου ενοχής με τον εγγύτερο προσδιορισμό των υποχρεώσεων και των δικαιωμάτων που πηγάζουν από το προσύμφωνο για τα συμβαλλόμενα σε αυτό μέρη. Εν συνεχεία και σε συνάφεια με το αντικείμενο της εκ προσυμφώνου παροχής θα επιχειρηθεί μία εγγύτερη εξέταση των μορφών ανώμαλης εξέλιξης που μπορούν να εμφανισθούν στην περίπτωση της εκ προσυμφώνου ενοχής και δύναμει ποιών κατ'ιδίαν διατάξεων από το δίκαιο των συμβάσεων δύνανται να προστατευθεί το θιγόμενο μέρος όταν η παθολογία του προσυμφώνου οφείλεται σε αθέτηση του έτερου συμβαλλομένου. Ειδικότερα επί του ζητήματος αυτού αρχικώς θα εξετασθεί από πλευράς ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου ο μηχανισμός αναγκαστικής εκτέλεσης της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως ως προς τις προϋποθέσεις, τον τρόπο, και τα αποτελέσματα της ενεργοποίησής του από τα νομιμοποιούμενα προς τούτο πρόσωπα. Όσον αφορά δε το έτερο ζήτημα ποιες διατάξεις από το συμβατικό δίκαιο διέπουν τα δικαιώματα των μερών λόγω παθολογίας της εκ προσυμφώνου ενοχής, η αναζήτηση θα κινηθεί σε τρεις άξονες, ήτοι: α) εάν δύνανται να εφαρμοσθούν επί της εκ προσυμφώνου ενοχής οι διατάξεις περί ανώμαλης εξέλιξης των ενοχών εν γένει (ΑΚ 335 επ.), β) εάν δύνανται να εφαρμοσθούν οι διατάξεις περί ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής από αμφοτεροβαρή σύμβαση (ΑΚ 374 επ.), και γ) εάν δύνανται να εφαρμοσθούν οι ειδικές διατάξεις που διέπουν ορισμένες κατηγορίες ενοχικών συμβάσεων, και ειδικότερα οι διατάξεις της σύμβασης πωλήσεως περί ευθύνης του πωλητή λόγω πραγματικού ελαττώματος ή έλλειψης συνομολογημένων ιδιοτήτων του πωλούμενου πράγματος.

ΕΝΟΤΗΤΑ 1

1.1. Η ΕΝΝΟΙΑ ΚΑΙ Η ΝΟΜΙΚΗ ΦΥΣΗ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ

Σύμφωνα με τον νομοθετικό ορισμό, όπως εισάγεται με το άρθρο 166 ΑΚ, το προσύμφωνο είναι η σύμβαση με την οποία τα μέρη ανέλαβαν την υποχρέωση να συνάψουν ορισμένη σύμβαση. Κατ'αρχήν, από το γράμμα της διάταξης σαφώς διαπιστώνεται ότι το προσύμφωνο είναι σύμβαση, για την κατάρτισή του οποίου απαιτούνται δύο και πλέον δηλώσεις βουλήσεως. Μόνο από σύμβαση μπορεί να πηγάζει η εκ προσυμφώνου υποχρέωση και όχι από μονομερή δικαιοπραξία, όπως για παράδειγμα δια της επιβολής με διάταξη τελευταίας βούλησης στον κληρονόμο ή κληροδόχο της υποχρέωσης σύναψης σύμβασης με κάποιον τρίτο¹. Επιπλέον είναι ενοχική υποσχετική σύμβαση, δια της οποίας αναλαμβάνεται από τα μέρη υποχρέωση προς κατάρτιση μελλοντικά μιας άλλης σύμβασης. Η τελευταία αυτή σύμβαση καλείται οριστική ή

¹ βλ. Κρητικό Αθ., Το προσύμφωνον Δογματική και Νομολογιακή Ερμηνεία της ΑΚ 166, εκδ. 1997, σελ. 66 επ.

κύρια, ακόμα τελική ή τελειωτική² υπό την έννοια ότι τα συμβαλλόμενα στο προσύμφωνο μέρη στην κατάρτιση της τελευταίας αυτής σύμβασης και στην άντληση των εξ αυτής οικονομικών αποτελεσμάτων αποσκοπούν, χρησιμοποιώντας το προσύμφωνο σαν μέσο δέσμευσης της δικαιοπρακτικής βουλήσεώς τους προς την εξασφάλιση της μελλοντικής σύναψης της οριστικής σύμβασης. Η σύναψη του προσυμφώνου δεν έχει καμία επίδραση στην εμπράγματη κατάσταση των μερών, καθώς τα μέρη δεν προβαίνουν σε καμία περιουσιακή διάθεση, γι' αυτό και, όπως θα καταδειχθεί κατωτέρω, δεν είναι λόγος ακυρότητας του προσυμφώνου η έλλειψη κυριότητας του εκ προσυμφώνου πωλητή επί του μέλλοντος να πωληθεί πράγματος, αλλά έγκυρα αναλαμβάνεται από αυτόν η ενοχική υποχρέωση για σύμπραξη στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης πώλησεως. Περαιτέρω, παρά την λειτουργία του προσυμφώνου ως προπαρασκευαστικής συμφωνίας της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης, το προσύμφωνο αποτελεί πέραν πάσης αμφισβητήσεως τελειωμένη³, αυθύπαρκτη, δεσμευτική σύμβαση, από την οποία παράγεται τέλεια ενοχή προς παροχή, η οποία είναι νομικά εξαναγκαστή. Δεν αποτελεί τμήμα της οριστικής σύμβασης ή στάδιο καταρτίσεως αυτής και σε αυτό διαφέρει από άλλα νομικά μορφώματα όπως το σύμφωνο προαιρέσεως, όπου το σχετικό δικαίωμα παρέχεται συνηθέστερα με την οριστική πρόταση του ενός συμβαλλομένου προς το άλλο για κατάρτιση σύμβασης. Είναι επίσης σύμβαση αιτιώδης⁴, και η αιτία του έγκειται κατά κανόνα στην θετικοποιημένη λειτουργία του ως εξασφαλιστικής της συνάψεως μίας έτερης οριστικής σύμβασης συμφωνίας.

1.2. ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΩΣ ΑΜΦΟΤΕΡΟΒΑΡΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗ

Αμφισβητήσιμο και συνάμα καίριας σημασίας είναι το ζήτημα εάν το προσύμφωνο αποτελεί αμφοτεροβαρή σύμβαση, καθώς από την απάντηση που θα δεχθούμε στο ερώτημα αυτό εξαρτάται η δυνατότητα η μη εφαρμογής επί προσυμφώνου των διατάξεων που διέπουν τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, ιδιαίτερα όσον αφορά τα δικαιώματα του δικαιούχου σε περίπτωση παθολογικής εξέλιξης της ενοχής από το προσύμφωνο.

Για το συγκεκριμένο ζήτημα έχουν διατυπωθεί αντικρουόμενες απόψεις. Στη θεωρία⁵ έχει διατυπωθεί η άποψη ότι η νομική φύση του προσυμφώνου ως αμφοτεροβαρούς ή μη συναρτάται

² βλ. Ράμμο ΕρμΑΚ 166, αρ. 3

³ βλ. Νικολόπουλο σε Γεωργιάδη Απ., Σύνομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα τόμος Ι άρθρα 1-946, εκδ. 2013, 166, αρ. 1, Λαδά, “Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου II, εκδ. 2009, παρ. 37, αρ. 40. Προς επίρρωση του χαρακτηρισμού του προσυμφώνου ως τελείας σύμβασης, γίνεται πολύ συχνά επίκληση του επιχειρήματος ότι συνοδεύεται από κατάρτιση σύμβασης αρραβώνα ή ποινικής ρήτρας, οι οποίες ως παρεπόμενες νοούνται υποστατές μόνο επί κύριας αυτοτελούς σύμβασης. (βλ. Παντελίδου Κ., Το Προσύμφωνο στη θεωρία και στην πράξη, έκδ. 2012, αρ. 135 με εκεί παραπομπές στην νομολογία – υποσ. 130), Βαθρακοκοίλη Β. σε ΕΡΝΟΜΑΚ Ερμηνεία Νομολογία Αστικού κώδικα (κατ' άρθρο) ΤΟΜΟΣ Α' ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ Άρθρα 1-286, εκδ. 2001, 166, αρ. 31, ΑΠ 945/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

⁴ βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 134 επ.

⁵ Παντελίδου, ό.π., αρ. 26

άμεσα με το περιεχόμενό του και την φύση της παροχής στην οποία αυτό κατατείνει. Ο σχετικός δε χαρακτηρισμός επηρεάζεται σε μεγάλο βαθμό από τον χαρακτήρα της μέλλουσας να συναφθεί οριστικής σύμβασης. Αν η οριστική σύμβαση είναι αμφοτεροβαρής, τότε κατά κανόνα και το προσύμφωνο αυτής θα είναι αμφοτεροβαρής σύμβαση, ενώ, εάν είναι ετεροβαρής ομοίως ετεροβαρής σύμβαση θα είναι και το αντίστοιχο προσύμφωνο.

Κάποιοι συγγραφείς δεν διατείνονται εμφανώς ότι το προσύμφωνο είναι αμφοτεροβαρής σύμβαση αλλά αρκούνται στην παραδοχή ότι επί του προσυμφώνου δύνανται να έχουν ευθεία εφαρμογή οι διατάξεις που διέπουν τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, κυρίως δε σε ότι αφορά την ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής⁶. Για ορισμένους άλλους χωρεί αναλογική εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων⁷

Επιπλέον έχει υποστηριχθεί και η άποψη⁸ ότι το προσύμφωνο μπορεί να φέρει τον χαρακτήρα της αμφοτεροβαρούς σύμβασης, και ως εκ τούτου να τυγχάνουν ευθείας εφαρμογής επ' αυτού οι ειδικές διατάξεις περί αμφοτεροβαρών συμβάσεων, όταν με την κατάρτιση του προσυμφώνου καταβάλλεται από το ένα μέρος στο άλλο κάποιο χρηματικό ποσό, συνήθως εν είδει προκαταβολής μέρους της παροχής του μέρους αυτού από την οριστική σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή, η οποία απαντά ιδιαιτέρως επί ετερομερώς δεσμευτικών προσυμφώνων⁹, η χρηματική παροχή του ενός μέρους θεωρείται ότι καταβάλλεται για να “εξαγοράσει” την ετοιμότητα του έτερου μέρους να καταρτίσει την οριστική σύμβαση όταν απαιτηθεί τούτο από τον δικαιούχο του ετερομερώς δεσμευτικού προσυμφώνου. Υπό αυτήν την έννοια η παροχή του ενός (δέσμευση και ετοιμότητα για κατάρτιση της οριστικής σύμβασης) τελεί σε ανταλλακτική σχέση με την χρηματικής φύσεως αντιπαροχή του αντισυμβαλλομένου του στο προσύμφωνο.

Το τοπίο ομοίως φαίνεται να παραλλάσσει και σε ό,τι αφορά την νομολογία. Στην πλειονότητα των αποφάσεων γίνεται δεκτό ότι το προσύμφωνο αποτελεί αμφοτεροβαρή σύμβαση άνευ οιασδήποτε αμφισβητήσεως¹⁰, σε άλλες το Δικαστήριο προβαίνει στην ευθεία εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 374 επ. ΑΚ ως συνέπεια της παθολογικής εξέλιξης της

6 βλ. Γεωργιάδη σε Αστικό Κώδικα Γενικές Αρχές Γεωργιάδη Απ., Σταθόπουλου Μ., τόμος ΙΒ άρθρα 126-286, εκδ.2016, 66, αρ. 16, Βρέλλη σε Γεωργιάδη Α. - Σταθόπουλου Μ., Αστικός Κώδιξ ερμηνεία κατ' άρθρον – νομολογία – βιβλιογραφία, τόμος πρώτος: Γενικαί Αρχαί, εκδ. 1978, 166, αρ. 18.

7 βλ. Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ 166, αρ.6, ο οποίος νωρίτερα (αρ. 1) χαρακτηρίζει το προσύμφωνο ως αμφοτεροβαρή σύμβαση.

8 βλ. Παντελίδου, ό.π. αρ. 27, Κρητικό, ό.π. σελ. 78-79.

9 Όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, το προσύμφωνο διακρίνεται κατά κρ. γνώμη της θεωρίας και της νομολογίας σε αμφιμερώς και μονομερώς δεσμευτικό αναλόγως με το και τα δύο μέρη δεσμεύονται να συμπράξουν στην σύναψη της οριστικής σύμβασης ή μόνο το ένα και στο έτερο μέρος απονέμεται το αποκλειστικό δικαίωμα να απαιτήσει την εκπλήρωση του προσυμφώνου, άλλως, και μάλλον ορθότερα, εάν μόνο στο ένα μέρος απονέμεται η αξίωση να κινήσει τον μηχανισμό της σύναψης της οριστικής σύμβασης, στην οποία (σύναψη) υποχρεούνται εξ ορισμού πάντα και τα δύο μέρη.

10 ΑΠ 1728/2008, όπου χαρακτηριστικά: “...το προσύμφωνο φέρει κατά κανόνα τον χαρακτήρα αμφοτεροβαρούς σύμβασης...”, ΑΠ 528/1988, ΑΠ 1547/2007, ΕφΑρ 580/2013, ΕφΠατρ357/2011, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

υπό την κρίση τους ενοχής από προσύμφωνο¹¹, ενώ σύμφωνα με ορισμένες χωρεί αναλογική εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων επί προσυμφώνου¹².

Στον αντίποδα των ανωτέρω απόψεων έχει διατυπωθεί στην θεωρία¹³ η άποψη ότι το προσύμφωνο δεν δύναται να είναι αμφοτεροβαρής σύμβαση. Εκκινώντας η άποψη αυτή από τον εννοιολογικό προσδιορισμό της εν στενή εννοία τέλει αμφοτεροβαρούς σύμβασης του άρθρου 374 ΑΚ, διαπιστώνει ότι επί αμφιμερώς δεσμευτικού προσυμφώνου όπου απαιτείται αμφοτερόπλευρα από τα μέρη η εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου παροχής, ήτοι όπως θα δούμε η σύμπραξη στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, η σύμπραξη εκάτερου μέρους δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι τελεί σε ανταλλακτική σχέση παροχής – αντιπαροχής με την σύμπραξη του άλλου μέρους, οι παροχές δεν επιχειρούνται προς αντίθετη κατεύθυνση, ώστε να μπορούμε να κάνουμε λόγο για εν στενή εννοία αμφοτεροβαρή σύμβαση αλλά δια της ανάληψης εκατέρωθεν παροχών επιδιώκεται κοινός σκοπός που είναι η σύναψη της οριστικής σύμβασης. Από την άλλη πλευρά, συνεχίζει η υπό εξέταση άποψη κοινός σκοπός μπορεί να επιδιώκεται και με αμφοτεροβαρή σύμβαση, όπως στην περίπτωση της σύμβασης εταιρείας που είναι εν ευρεία εννοία αμφοτεροβαρής σύμβαση. Ωστόσο αυτό που χαρακτηρίζει την συγκεκριμένη σύμβαση είναι η συστοιχία συμφερόντων των συμβαλλομένων, η οποία ελλείπει από το προσύμφωνο και δεν επιτρέπει την σύγκριση των νομικών μορφών. Δεν αποκλείεται ωστόσο και επί προσυμφώνου η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων περί αμφοτεροβαρών συμβάσεων.

Τέλος, έχει διατυπωθεί και η, μάλλον ακραία άποψη ότι όταν με προσύμφωνο αναλαμβάνονται εκατέρωθεν υποχρεώσεις ετοιμότητας για κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, στην πραγματικότητα δεν πρόκειται καν περί προσυμφώνου, αλλά περί πλήρους, οριστικής σύμβασης¹⁴.

Εκ των ανωτέρω, ορθότερη φαίνεται η άποψη ότι δύσκολα μπορεί να νοηθεί το προσύμφωνο ως αμφοτεροβαρής σύμβαση, καθ'ότι οι εκατέρωθεν αναλαμβανόμενες παροχές δεν τελούν σε ανταλλακτική σχέση. Εξετάζοντας εγγύτερα τα εννοιολογικά χαρακτηριστικά των αμφοτεροβαρών συμβάσεων¹⁵ παρατηρείται ότι ενώ οι παροχές αποτελούν αντιστάθμισμα η μία της άλλης, υπό την έννοια ότι το ένα μέρος αναλαμβάνει την υποχρέωση επειδή ακριβώς υποχρέωση αναλαμβάνει και ο άλλος¹⁶, τελούν σε σχέση αλληλεξάρτησης ως προς την γέννηση

11 ΑΠ 1547/2007 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ,

12 ΑΠ 642/2017, ΕφΠερ 695/2010, ΕφΛαρ 146/2016, ΑΠ 152/2001, ΑΠ 58/1997, ΑΠ 1131/1976 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

13 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 79 επ.

14 βλ. Μπόσδα Δημήτριο “Νομική φύσις του προσυμφώνου”, Αρμ. 8, 155

15 Για τα εννοιολογικά χαρακτηριστικά των αμφοτεροβαρών συμβάσεων, βλ. Π. Σταθόπουλο Μιχ., Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, Ανατύπωση 2013 από εκδ. 2004, παρ. 14, αρ. 32 επ.

16 Μάλιστα στην περίπτωση του προσυμφώνου όπου η παροχή η οποία αναλαμβάνεται είναι η σύμπραξη εκάστου μέρους στην σύναψη της οριστικής σύμβασης, υπάρχει θα έλεγε κανείς τυπική ισοδυναμία των παροχών.

την πραγμάτωση, ακόμα και την παθολογική τους εξέλιξη, είναι δε υποχρεωτικές και νομικά εξαναγκαστές (μέσω του μηχανισμού της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως ΚΠολΔ 949), εν τούτοις δεν τελούν σε ανταλλακτική σχέση αφού δεν επιχειρούνται προς αντίθετη κατεύθυνση αλλά εξ ορισμού στην αυτή κατεύθυνση της σύναψης της κύριας σύμβασης. Δεν μπορεί να θεωρηθεί το ένα μέρος ως δότης της μίας παροχής και λήπτης της παροχής του ετέρου μέρους, αφού η σύμπραξη καθενός θα εκπληρωθεί και θα αποτυπωθεί στην τελειωμένη οριστική σύμβαση. Η παροχή εκ της κυρίας σύμβασης, σαν απώτερο αποτέλεσμα της σύμπραξης λόγω δέσμευσης από το προσύμφωνο θα απευθύνεται κατά κανόνα στο άλλο μέρος, δεν μπορεί όμως να υποστηριχθεί ότι την ανταλλακτική λειτουργία της κύριας σύμβασης μπορεί να την διαδραματίζει η ενοχή εκ προσυμφώνου. Άλλωστε ουσιαστικό αντίκρισμα στις σχέσεις συμφερόντων των μερών έχει μόνο η ανταλλαγή οικονομικών ωφελειών από την οριστική σύμβαση, ενώ το προσύμφωνο με την όποια ανταλλακτική σχέση μπορεί να διακρίνει τις εξ αυτού παροχές, μόνο ως μοχλός εξασφάλισης της σύναψης της κύριας σύμβασης μπορεί να νοηθεί. Είναι βέβαια αληθές ότι κυρίως στο προσύμφωνο δυνάμει του οποίου τα μέρη αναλαμβάνουν αμοιβαία την δέσμευση προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης κάθε μέρος οφείλει την δική του σύμπραξη και συγχρόνως είναι δανειστής της σύμπραξης του άλλου, υπό την έννοια ότι μπορεί να αξιώσει την εκπλήρωση προσφέροντας την δική του ετοιμότητα για κατάρτιση της κύριας σύμβασης¹⁷. Υπό αυτήν την έννοια υφίσταται επαρκής αναλογία προσυμφώνου και αμοτεροβαρών συμβάσεων, ώστε να χωρεί επιτρεπώς αναλογική εφαρμογή των ειδικών διατάξεων που διέπουν τις τελευταίες και επί της προσυμφώνου ενοχής.

1.3. ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ

Όπως είδαμε, δυνάμει του προσυμφώνου τα μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να καταρτίσουν μία οριστική σύμβαση. Εξεταστέο είναι τί είδους συμβάσεις εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εκ προσυμφώνου δέσμευσης:

1.3.1. Γενικά

Σε γενικές γραμμές η κατάρτιση προσυμφώνου είναι νοητή επί πάσης¹⁸ φύσεως συμβάσεις, συμφώνως και προς τις επιταγές της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων κατ' άρθρον 361 ΑΚ. Ωστόσο, ευρύτερης διάδοσης τυγχάνουν τα προσύμφωνα δυνάμει των οποίων

17 Πρβλ Ποδηματά Ευ., “Η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατά το άρθρο 949 ΚΠολΔ”, δι.δ. 1989, παρ. 3 II 1Α, σελ. 77

18 Γίνεται δεκτό ότι οι δικαιοπραξίες του οικογενειακού δικαίου που έχουν προσωπικό χαρακτήρα, όπως π.χ γάμος, μνηστεία, υιοθεσία δεν μπορεί να αναληφθεί υποχρέωση από προσύμφωνο, καθ'ότι θεωρείται ότι ένα τέτοιο προσύμφωνο θα δέσμευε υπερβολικά την ελευθερία της προσωπικότητας των συμβαλλομένων (Γεωργιάδης σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ, 166, αρ. 81), συνακόλουθα θα εντέκετο στα χρηστά ήθη και θα έπασχε από ακυρότητα (Κρητικός, ό.π., σελ. 97-98).

συμφωνείται η κατάρτιση ενοχικών συμβάσεων, και συγκεκριμένα μεταξύ άλλων, τα προσύμφωνα πωλήσεως, μισθώσεως, και οι συμβάσεις ανέγερσης οικοδομής με το σύστημα της αντιπαροχής. Ειδικότερα για την σύναψη προσυμφώνου μισθώσεως νομολογείται¹⁹ ότι είναι δυνατή, εφόσον έχει τα ουσιώδη στοιχεία της οριστικής σύμβασης, τα οποία είναι η παραχώρηση της χρήσης του πράγματος έναντι ανταλλάγματος (μισθώματος) για ορισμένο ή αόριστο χρόνο. Περαιτέρω, η σύμβαση ανέγερσης οικοδομής με το σύστημα της αντιπαροχής, ίσως η πιο συχνή στην ελληνική πρακτική περίπτωση κατάρτισης προσυμφώνου αποτελεί μικτή σύμβαση κατά την οποία μεταξύ οικοπεδούχου και εργολάβου καταρτίζεται σύμβαση έργου βάσει την οποίας ο εργολάβος αναλαμβάνει την υποχρέωση να κατασκευάσει ιδίαις δαπάναις πολυώροφη οικοδομή επί οικοπέδου κυριότητας του οικοπεδούχου και συγχρόνως προσύμφωνο πωλήσεως ορισμένων εκ των μελλόντων να κατασκευασθούν οριζοντίων ιδιοκτησιών είτε προς τον εργολάβο ως αμοιβή, είτε στο τρίτο πρόσωπο που ο τελευταίος υποδεικνύει και με τον οποίο έχει πιθανότητα καταρτίσει ο ίδιος έτερο προσύμφωνο πώλησης και μεταβίβασης έναντι τιμήματος ή έναντι χρηματικής κάλυψης των δαπανών ανέγερσης της πολυκατοικίας.

Επιπλέον δυνατή είναι και η σύναψη χαριστικής συμβάσεως, όπως το προσύμφωνο δωρεάς, και, πρίν τον ν. 1329/1983, το προσύμφωνο προικός. Όσον αφορά την σύμβαση δωρεάς αξιοσημείωτο είναι ότι, ως έχει κριθεί νομολογιακά²⁰, το αντίστοιχο προσύμφωνο δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 1835 ΑΚ, ήτοι δεν υπόκειται σε μέμψη άστοργης δωρεάς, πλην όμως ο νόμιμος μεριδούχος δεν υποχρεούται να προβεί σε εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου ενοχής, στο βαθμό που θίγεται από την επιδιωκόμενη οριστική σύμβαση δωρεάς η νόμιμη μοίρα του. Τα δε προσύμφωνα προικός μετά τον προαναφερθέντα νόμο ισχύουν, ως έγινε δεκτό, ως προσύμφωνα γονικής παροχής²¹

Κατά τα άλλα άξια λόγου είναι η δυνατότητα κατάρτισης προσυμφώνου εταιρείας, τόσο εμπορικής, όσο και αστικής κατ' άρθρα 741 επ. ΑΚ, καθώς και προσυμφώνου δανείου. Ως προς το τελευταίο επισημαίνεται ότι διαφέρει από την σύμβαση συναινετικού δανείου, κατά το ότι το συναινετικό δάνειο αποτελεί οριστική σύμβαση, δια της οποίας αναλαμβάνεται ως κύρια υποχρέωση η μεταβίβαση σε δεύτερο χρόνο της κυριότητας των αντικαταστατών πραγμάτων που αποτελούν αντικείμενο του δανείου, και διέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 806 επ. ΑΚ, ενώ το προσύμφωνο δανείου αποτελεί προπαρασκευαστική σύμβαση δια της οποίας αναλαμβάνεται η υποχρέωση προς σύναψη κύριας, παραδοτικής σύμβασης δανείου²².

19 ΕφΑθ 9142/83, ΕφΑθ 224/2016 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

20 ΕφΘεσ 3663/1990, Αρμ 44, 1187

21 βλ. Παντελίδου, ό.π. αρ. 440

22 Για την διάκριση βλ. Γεωργιάδη, Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, 2014, παρ. 22, αρ. 5

1.3.2. Μονομερείς Δικαιοπραξίες:

Περαιτέρω, παρά το γράμμα της διάταξης του άρθρου 166 ΑΚ, κατά το οποίο η υποχρέωση εκ προσυμφώνου στην κατάρτιση ορισμένης σύμβασης κατατείνει, είναι παγίως δεκτό²³ ότι αντικείμενο της εκ προσυμφώνου ενοχής μπορεί να είναι και μονομερής δικαιοπραξία. Έτσι μπορεί να καταρτισθεί προσύμφωνο παραίτησης από την κυριότητα ακινήτου, προσύμφωνο παραχώρησης υποθήκης²⁴, προσύμφωνο προκήρυξης²⁵, με την οποία αναλαμβάνεται υποχρέωση προς μεταβίβαση ακινήτου. Άλλωστε το γεγονός ότι στο προσχέδιο του εισηγητή των Γενικών Αρχών (Α. 80) και στο σχέδιο της Συντακτικής επιτροπής (Α. 75) γινόταν λόγος για “συναπτέα δικαιοπραξία”, αποτελεί ενδιαφέρον ιστορικό επιχείρημα υπέρ της άποψης ότι η αληθής βούληση του νομοθέτη ήταν να συμπεριλαμβάνονται και οι μονομερείς δικαιοπραξίες στο πεδίο εφαρμογής του προσυμφώνου, απλώς εκφράσθηκε στενότερα για να εκφράσει το συνήθως συμβαίνον²⁶.

1.3.3. Εκπονητικές δικαιοπραξίες:

Από πολλούς συγγραφείς υποστηρίζεται η άποψη ότι χωρεί κατάρτιση προσυμφώνου προς σύναψη εκπονητικής δικαιοπραξίας²⁷. Ωστόσο υποστηρίζεται και η αντίθετη άποψη κατά την οποία δεν χωρεί προσύμφωνο επί εκπονητικής δικαιοπραξίας, καθ'ότι σε τίποτα δεν θα διαφέρει ένα τέτοιο προσύμφωνο από την οριστική υποσχετική σύμβαση, αιτία της εκπονητικής, αφού και με τις δύο συμβάσεις αναλαμβάνεται όμοια υποχρέωση κατάρτισης της εκπονητικής δικαιοπραξίας²⁸. Ορθότερη φαίνεται η άποψη κατά του περιορισμού του πεδίου εφαρμογής του προσυμφώνου ώστε να αποκλείονται οι εκπονητικές δικαιοπραξίες, εφόσον ο νόμος δεν κάνει διακρίσεις, ενώ και οι υποστηριχτές της αντίθετης γνώμης κυρίως επιχειρηματολογούν με γνώμονα την σύμβαση πώλησεως και μεταβιβάσεως της κυριότητας πράγματος, όπου πράγματι η κατάρτιση προσυμφώνου με αντικείμενο μόνο την εκπονητική δικαιοπραξία φαίνεται κάπως αδόκιμη. Άλλωστε το ζήτημα παρουσιάζει πρακτική χρησιμότητα μόνον όσον αφορά το

23 βλ. αντί άλλων Κρητικό, ό.π σελ. 87 επ., Βαθρακοκοίλη Βασίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 7

24 βλ. Κρητικό, ό.π., Ένθετο Νομολογιακή και θεωρητική ενημέρωση εκδ. 1997, αρ. 7

25 βλ. Τριάντο “Δικαιοπραξίες (ΑΡΘΡΑ 127-200)”, εκδ. ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ Ιανουάριος 1998 αρ. 445

26 βλ. Κρητικό ό.π., σελ 90. Για τον Ράμμο (ΕρμΑΚ αρ. 16) η υπαγωγή και των μονομερών δικαιοπραξιών στο πεδίο εφαρμογής του προσυμφώνου χωρεί μέσω αναλογικής εφαρμογής ή διασταλτικής ερμηνείας του άρθρου 166 ΑΚ, καθ'ότι ο δικαιολογητικός λόγος που επιβάλλει την περιβολή του προσυμφώνου με τον τηρητέο επί της οριστικής συμβάσεως τύπο ισχύει και στην υπό κρίση περίπτωση

27 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 3, Γεωργιάδη Απ., Εγχειρίδιο Εμπραγμάτου Δικαίου, εκδ. 2012 παρ. 89 αρ. 53 για το επιτρεπτό προσυμφώνου ενεχύρασης, Ποδηματά, ό.π., παρ. 3 Π 1Α σελ. 79 κατά την οποία παραδεκτό το προσύμφωνο εκχώρησης απαιτήσεως, Βαθρακοκοίλης ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 7. Προσύμφωνο εκχώρησης έκρινε και η ΕφΛαρ 146/2016

28 Για την όλη επιχειρηματολογία βλ. Κρητικό, ό.π σελ. 92 επ. Για τον Σταθόπουλο, Μ. Μελέτες ΙΙ, Αστικό Δίκαιο, 2010, αρ. 27 όπου χαρακτηριστικά “προκαταρκτική εκπονητική σύμβαση (προμεταβίβαση) δεν νοείται.”, Παπαστερίου Δ. – Κλαβανίδου Δ., Δίκαιο της Δικαιοπραξίας Εκδ. 2008, αρ. 7

ορισμένο του αιτήματος της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ²⁹.

1.4. ΣΧΕΣΗ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΚΑΙ ΟΡΙΣΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

1.4.1. Γενικά

Το προσύμφωνο, όπως είδαμε, τελεί σε μία ιδιόμορφη σχέση με την οριστική σύμβαση. Είναι προπαρασκευαστική της οριστικής δικαιοπραξίας σύμβαση υπό την έννοια ότι προετοιμάζει την κύρια σύμβαση όσον αφορά τον τύπο και το περιεχόμενό της, ενώ τα συμβαλλόμενα στο προσύμφωνο μέρη εξ ορισμού στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης αποβλέπουν και χρησιμοποιούν την κατάρτιση του προσυμφώνου ως μέσο για την εξασφάλιση αυτού του σκοπού, με αποτέλεσμα, όταν καταρτίζεται εν τέλει η οριστική σύμβαση, να αποθνήσκει τρόπον τινά η δέσμευση από το προσύμφωνο³⁰.

Εν τούτοις το προσύμφωνο δεν αποτελεί τμήμα της οριστικής σύμβασης³¹, το ίδιο παράγει τέλεια και πλήρη ενοχή, αφού απαρτίζεται από την σύμπτωση βουλήσεων των μερών εκ της οποίας πηγάζει η ενοχική υποχρέωση προς κατάρτιση οριστικής σύμβασης. Ως προς την ιδιάζουσα αυτή παροχή μάλιστα θα έλεγε κανείς ότι είναι οριστική σύμβαση το ίδιο³². Το γεγονός ότι παύει η δέσμευση από το προσύμφωνο με την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης δεν αποδίδεται στον χαρακτήρα του προσυμφώνου ως δήθεν ετερόνομης ρύθμισης, εξαρτημένης από την κύρια σύμβαση, αλλά στον χρόνο ζωής της εξ αυτού ενοχής, η οποία λογικό είναι, εφόσον κατατείνει στην ανάληψη υποχρέωσης προς σύναψη άλλης σύμβασης, να αποσβήνεται με την κατάρτιση της τελευταίας, είναι δηλαδή προσωρινή³³.

Λόγω της λειτουργικής συνάφειας του προσυμφώνου με την οριστική σύμβαση, πολλές φορές δεν είναι απολύτως εμφανές αν η υπό κρίση σύμβαση αποτελεί προσύμφωνο ή οριστική σύμβαση. Αυτό μπορεί να συμβαίνει είτε επειδή στην προπαρασκευαστική συμφωνία εμπεριέχονται οι όροι της οριστικής σύμβασης με μεγάλη λεπτομέρεια, ώστε να δίνεται η εντύπωση της οριστικής δέσμευσης των μερών, είτε επειδή τα μέρη ταυτόχρονα με την κατάρτιση του προσυμφώνου συμφωνούν για κάποια αιτία να προβούν σε, ολική ή μερική, εκπλήρωση υποχρεώσεων από την οριστική σύμβαση, πριν ακόμη αυτή καταρτισθεί. Όλα τα

29 βλ. Κρητικό ό.π. σελ. 94

30 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ 334, Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 41

31 Υπό την έννοια της πρότασης και της αποδοχής, εξ ου και η συστηματική ένταξη της διάταξης για το προσύμφωνο στις διατάξεις περί τύπου και όχι στις διατάξεις περί του τρόπου καταρτίσεως της δικαιοπραξίας. βλ. βλ.και Κρητικό, ό.π., σελ. 138 επ., Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ, 166, αρ. 101, Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ, 166, αρ. 1, Παντελίδου, ό.π., αρ. 17

32 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 124

33 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 135, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ, 166, αρ. 13

παραπάνω, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι, ως έχει κριθεί νομολογιακά³⁴, δεν απαιτείται για την κατάρτιση προσυμφώνου να δηλώσουν πανηγυρικά τα μέρη ότι αναλαμβάνουν την υποχρέωση κατάρτισης άλλης σύμβασης, καθιστούν κάποιες φορές δυσχερή την διάκριση προσυμφώνου και οριστικής σύμβασης, η οποία διατηρεί την σημασία της αφενός για το ορισμένο του αιτήματος της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, αφετέρου για τον λόγο ότι ορισμένες διατάξεις όπως για παράδειγμα του άρθρου 614 ΑΚ εφαρμόζονται μόνο επί οριστικής σύμβασης³⁵.

1.4.2. Τρόποι διάκρισης προσυμφώνου και οριστικής σύμβασης

Περιπτώσεις βοηθητικών ενδείξεων από τις οποίες μπορεί να προκύπτει με κάποια ασφάλεια αν η υπό κρίση σύμβαση αποτελεί προσύμφωνο ή οριστική σύμβαση έχουν προταθεί από τη θεωρία³⁶ και απαντούν στη νομολογία³⁷.

Επί παραδείγματι, αν στην υπό κρίση σύμβαση ορίζεται ημερομηνία ή τίθεται προθεσμία για την κατάρτιση μίας άλλης σύμβασης, θα πρόκειται κατά κανόνα για προσύμφωνο. Αν η σύμβαση περιέχει λεπτομερειακή ρύθμιση των εννόμων σχέσεων των μερών, τότε, αν δεν συνάγεται σαφώς το αντίθετο, θα πρόκειται για οριστική σύμβαση. Όταν τα μέρη σε μία σύμβαση παραπέμπουν για την ρύθμιση δευτερευόντων ζητημάτων της συμφωνίας τους σε άλλη σύμβαση, τότε μάλλον πρόκειται περί προσυμφώνου. Από τον χαρακτηρισμό που δίνουν τα ίδια τα μέρη στην σύμβασή τους ειδικά με την αναγραφή επί του εγγράφου για παράδειγμα: “ΣΥΜΒΟΛΑΙΟ ΑΓΟΡΑΠΩΛΗΣΙΑΣ ΑΚΙΝΗΤΟΥ” ή “ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΜΙΣΘΩΣΕΩΣ”, μπορεί να συναχθεί η νομική φύση της μεταξύ τους συμφωνίας, περισσότερο στην περίπτωση συμβολαιογραφικού εγγράφου, που έχει βαρύνουσα σημασία ως δημόσιο έγγραφο παρά στην περίπτωση ιδιωτικού συμφωνητικού. Σε κάθε περίπτωση, ασφαλέστερος τρόπος να διακριθεί το προσύμφωνο (ή και οποιαδήποτε προκαταρκτική σύμβαση) από την οριστική τελική σύμβαση, είναι η ερμηνεία της βουλήσεως των μερών δυνάμει των ερμηνευτικών των δικαιοπραξιών κανόνων, με κυριότερες τις διατάξεις των άρθρων 173 και 200 ΑΚ³⁸. Πρέπει να ερευνηθεί ειδικά, με βάση την εκφρασθείσα βούληση των μερών, αν τα τελευταία θέλησαν με την υπό εξέταση συμφωνία να ρυθμίσουν οριστικά τις μεταξύ τους σχέσεις ή επεδίωξαν να δεσμευθούν για μελλοντική σύναψη άλλης σύμβασης, επιστρατεύοντας την εξασφαλιστική λειτουργία της νομικής μορφής του προσυμφώνου.

34 ΑΠ 681/2003 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

35 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 127, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 43

36 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 127 επ.

37 βλ. αντί άλλων ΕφΑθ 224/2016, ΕφΠατρ 862/2002, για διάκριση προσυμφώνου χρησιδανείου από σύμβαση υποσχετικού χρησιδανείου, ΕφΘεσ 1788/1998 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

38 Βλ Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ., 166, αρ. 102, Βαθρακοκοίλη ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 9

1.4.3. Προσύμφωνο και ταυτόχρονη εκπλήρωση υποχρεώσεων από την οριστική σύμβαση

Όπως θα καταδειχθεί και παρακάτω, όσο διαρκεί η ενοχή από το προσύμφωνο δεν γεννώνται στο πρόσωπο των συμβαλλομένων τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις από την οριστική σύμβαση³⁹. Για παράδειγμα σε προσύμφωνο πώλησης κινητού πράγματος, δεν δικαιούται ο εκ προσυμφώνου αγοραστής να ζητήσει με την κατάρτιση προσυμφώνου να του παραδοθεί το πράγμα, παρά μόνο μετά την σύναψη της οριστικής σύμβασης. Ορισμένες φορές όμως μαζί με το προσύμφωνο τα μέρη προβαίνουν αμφοτέρω ή ένα εξ αυτών σε παροχή η οποία πηγάζει από την οριστική μέλλουσα να συναφθεί σύμβαση⁴⁰ και απολαμβάνουν έτσι τα οικονομικά οφέλη από την οριστική σύμβαση. Βέβαια η μερική προεκπλήρωση⁴¹ της οριστικής σύμβασης δεν είναι ασυμβίβαστη με την κατάρτιση προσυμφώνου, σε τέτοιες όμως περιπτώσεις είναι αμφίβολο αν η συμφωνία κινείται ακόμα στον χώρο του προσυμφώνου, έστω με μερική προεκπλήρωση, ή έχει περάσει στο πεδίο της οριστικής ρύθμισης των συμβατικών σχέσεων των μερών⁴². Επί του ζητήματος αυτού κατωτέρω θα εξετασθεί η περίπτωση κατάρτισης προσυμφώνου μισθώσεως πράγματος με παραχώρηση της χρήσης του πράγματος και η περίπτωση προσυμφώνου πώλησεως με παράδοση του πράγματος.

Σε περίπτωση που, ταυτόχρονα με την σύναψη προσυμφώνου μισθώσεως, το οποίο δεν είναι καθόλου σπάνιο στην πράξη⁴³, τα μέρη συμφωνήσουν να παραχωρηθεί η χρήση του πράγματος στον εκ προσυμφώνου μισθωτή έναντι ανταλλάγματος μέχρι την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, είναι φανερό ότι με την κατάρτιση του προσυμφώνου αυτού κατ' ουσίαν εξυπηρετείται πλήρως ο σκοπός της κυρίας σύμβασης, αφού αυτή εκτελείται από τα μέρη πριν ακόμη καταρτισθεί. Για την νομική φύση αυτής της ιδιάζουσας συμφωνίας έχουν διατυπωθεί διάφορες απόψεις. Κατά μία άποψη, τα μέρη στην υπό κρίση περίπτωση καταρτίζουν οριστική σύμβαση μισθώσεως, ενώ η τυχόν πρόβλεψη για μελλοντική κατάρτιση "οριστικής" σύμβασης μίσθωσης θα έχει την έννοια της συμφωνίας περιβολής της σύμβασης με έγγραφο τύπο κατ'

39 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 228, Παντελίδου, ό.π. αρ. 190, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166 αρ. 14, Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 41, ΕφΑθ 224/2016, ΑΠ 1402/1994 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΘεσ 1788/1998 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

40 Για παράδειγμα ο εκ προσυμφώνου πωλητής παραδίδει την κατοχή του πράγματος και ο αγοραστής προκαταβάλλει μέρος του τιμήματος, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω., βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ, 166, αρ. 103

41 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 228-229, και Ένθετο, αρ. 33, ό.π.

42 βλ. Κρητικό Ένθετο, αρ. 33, για τον οποίο η παράδοση της κατοχής του πράγματος με την κατάρτιση προσυμφώνου πώλησεως έναντι πλήρους εξόφλησης του τιμήματος γίνεται σε εκτέλεση οριστικής σύμβασης και εκτός προσυμφώνου.

43 Πολλοί οι λόγοι για τους οποίους δεν είναι έτοιμα τα μέρη για την κατάρτιση οριστικής σύμβασης μισθώσεως. Ενδεικτικά: επειδή επί εμπορικής μισθώσεως εκκρεμεί η έκδοση άδειας λειτουργίας καταστήματος, όταν το μίσθιο χρήζει επισκευών, επειδή αναμένεται η λήξη προηγούμενης συμβάσεως μισθώσεως κλπ.

άρθρον 165 ΑΚ⁴⁴. Μία άλλη άποψη⁴⁵ που έχει διατυπωθεί στη θεωρία υποστηρίζει ότι η παραχώρηση της χρήσης του μέλλοντος να μισθωθεί πράγματος ήδη με την κατάρτιση του προσυμφώνου, αποτελεί αντικείμενο μίας άλλης ιδιόμορφης συμφωνίας με έρεισμα την συμβατική ελευθερία των μερών κατ' άρθρον 361 ΑΚ και αντικείμενο την προσωρινή παραχώρηση της χρήσης πράγματος μέχρι την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης έναντι ανταλλάγματος, το οποίο δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ούτε ως μίσθωμα ούτε ως αποζημίωση χρήσης με την έννοια του άρθρου 601 ΑΚ, καθ'ότι αυτού του είδους αντιπαροχές προϋποθέτουν κατηρτισμένη σύμβαση. Για άλλους⁴⁶ η καταβολή ανταλλάγματος χαρακτηρίζεται ως αποζημίωση χρήσης. Εδώ πράγματι μπορεί να υποστηριχθεί ότι η κατάσταση παρουσιάζει σημεία αναλογίας με την περίπτωση παραμονής του μισθωτή στην χρήση του μισθίου παρά την λήξη του συμβατικού και του νόμιμου (αν προβλέπεται) χρόνου της μισθώσεως και, ελλείψει συμφωνίας παρατάσεως, ο τελευταίος οφείλει στον εκμισθωτή αποζημίωση χρήσης⁴⁷. Καί στην υπό εξέταση περίπτωση θα έλεγε κανείς ότι γίνεται χρήση του μισθίου χωρίς ενεργό ακόμα μισθωτική σχέση και, συνεπώς το αντάλλαγμα του καταβάλλεται έχει ομοίως χαρακτήρα αποζημίωσης χρήσης.

1.4.4. Ειδικότερα το προσύμφωνο πώλησεως με παράδοση του πράγματος.

Αντίθετα από την περίπτωση καταρτίσεως προσυμφώνου μισθώσεως με παραχώρηση της χρήσης του πράγματος έναντι ανταλλάγματος, επί προσυμφώνου πώλησεως η προκαταβολική παράδοση του πράγματος δεν δύναται να σημαίνει την κατάρτιση οριστικής σύμβασης, καθώς η εκ της οριστικής συμβάσεως υποχρέωση συνίσταται στην μεταβίβαση της κυριότητας του πράγματος, ούτε όμως νοείται ως εκ προσυμφώνου παροχή, αφού το προσύμφωνο δεν παρέχει το ίδιο δικαίωμα νομής ή κατοχής. Στην περίπτωση αυτή, γίνεται από πολλούς⁴⁸ δεκτό ότι η παράδοση του μέλλοντος να πωληθεί πράγματος αποτελεί εκπλήρωση άλλης έτερης συμφωνίας η οποία καταρτίζεται υπό των μερών σιωπηρά μαζί με την κατάρτιση του προσυμφώνου. Για τον κατ'ιδίαν νομικό χαρακτηρισμό αυτής της ιδιάζουσας πρόσθετης συμφωνίας, έχουν διατυπωθεί διαφορετικές απόψεις.

Κατά την μάλλον κρατούσα γνώμη στην θεωρία⁴⁹ μαζί με το προσύμφωνο πώλησεως

44 βλ Κρητικό, ό.π., σελ. 132

45 βλ. Παπαδάκη Χ., Αγωγές Απόδοσης μισθίου, 1990, παρ. 2/1 αρ. 152

46 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ., 66, αρ. 101, υποσημ. 301 και περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία, Κρητικό, ό.π. Ένθετο, αρ. 33

47 Έτσι και ΕφΘεσ 1788/1998 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ.

48 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 229, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ., 166, αρ. 105, Παντελίδου, ό.π., αρ. 190 επ., ΑΠ 1547/2007, ΕλλΔνη 25, 889, Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 55

49 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 228-229, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ., 166 αρ. 105, ΕφΘεσς 771/1994, Αρμ. 49, 31, Τριάντο, ό.π., αρ. 449,

καταρτίζεται σιωπηρώς μεταξύ των συμβαλλομένων μερών μία πρόσθετη ενοχική σύμβαση χρησιδανείου ή μισθώσεως, αναλόγως με το αν συμφωνείται ή όχι αντάλλαγμα, η οποία έχει περιορισμένη διάρκεια έως ότου καταρτισθεί η οριστική σύμβαση. Δυνάμει της παραπάνω πρόσθετης συμβάσεως παραδίδεται στον μέλλοντα αγοραστή η κατοχή του πράγματος. Συνακόλουθα ο κατέχων δυνάμει τέτοιας πρόσθετης συμφωνίας έχει ως άμυνα έναντι του κυρίου και εκ προσυμφώνου πωλητή την ένσταση ιδίου δικαιώματος του άρθρου 1095 ΑΚ,⁵⁰ ενώ νομιμοποιείται να ζητήσει την ακύρωση τυχόν επισπευδόμενης αναγκαστικής εκτέλεσης από δανειστή του εκ προσυμφώνου πωλητή με αντικείμενο το πωλούμενο πράγμα προβάλλοντας ίδια κατοχή με ανακοπή του τρίτου κατ' άρθρον 936 ΚΠολΔ⁵¹.

Αντίθεση άποψη⁵² υποστηρίζει ότι όταν δια του προσυμφώνου αναλαμβάνεται η υποχρέωση κατάρτισης επαχθούς αμοτεροβαρούς σύμβασης, η πρόσθετη συμφωνία δια της οποίας παραδίδεται το πράγμα στον εκ προσυμφώνου αποκτώντα δεν μπορεί να είναι ενοχική σύμβαση χρησιδανείου, αλλά θα πρόκειται περί άτυπης μεταβίβασης της νομής του πράγματος με υλική παράδοση, που είναι κατά κανόνα αναιτιώδης δικαιοπραξία.

Υπό μία διαφορετική εκδοχή, πολλάκις απασχόλησε την νομολογία⁵³ η περίπτωση κατά την οποία σε εκ προσυμφώνου αγοραστή παραδόθηκε έναντι πλήρους εξόφλησης του τιμήματος το πράγμα (συνήθως ακίνητο) για αρκετό χρονικό διάστημα, ο δε εκ προσυμφώνου αγοραστής προέβη σε δαπάνες για την οικονομική εκμετάλλευση της νεοαποκτηθείσας περιουσίας του, για να έρθει τελικά ο εκ προσυμφώνου πωλητής και να αιτηθεί απόδοση του παραδοθέντος με διεκδικητική αγωγή κατ' άρθρον 1094 ΑΚ, επειδή μετέβαλε γνώμη όσον αφορά την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Σύμφωνα με μία άποψη⁵⁴, σε αυτήν περίπτωση, όταν έχει παραδοθεί το πράγμα και έχει καταβληθεί το τίμημα, καταρτίζεται ουσιαστικά η οριστική σύμβαση και το μόνο που απομένει είναι η μεταβίβαση της κυριότητας του πράγματος, είναι δηλαδή ορθότερο να μιλάμε για μερική εκπλήρωση οριστικής σύμβασης και όχι για προσύμφωνο. Περαιτέρω, ο τρίτος αγοραστής μπορεί να προστατευθεί έναντι του εκ προσυμφώνου πωλητή προβάλλοντας την ένσταση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, αφού θεωρείται ότι αποκτά όμοια νομική

50 βλ. Κρητικό, σελ. 230, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ., 166, αρ. 105, Τριάντο, ό.π. αρ. 449, Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 56, και υποσ. 74

51 βλ. Μητσόπουλου Γ., “Ανακοπή του εκ προσυμφώνου αγοραστή και κατόχου ακινήτου του πτωχού επί καταχρηστική ασκήσει υπό του συνδίκου της δια πλειστηριασμού επισπευδομένης εκποιήσεως”, ΕλλΔ/νη 25(1984), σελ. 888 επ., Τριάντο, ό.π αρ. 449

52 Παντελίδου, ό.π. αρ. 192,

53 ΑΠ 1151/1981 ΕΕΝ 1982, 773, ΑΠ 612/1983 ΝοΒ 1984, 74, ΠΠρΒερ 180/1981 Δ 1981, 346. Συνήθης περίπτωση εργολαβικού προσυμφώνου όπου ο οικοπεδούχος υπόσχεται την μεταβίβαση ιδιοκτησιών σε τρίτους υποδειχθέντες από τον εργολάβο με τους οποίους ο εργολάβος έχει καταρτίσει αντίστοιχα προσύμφωνα πωλήσεως οι δε τρίτοι αγοραστές προβαίνουν σε δαπάνες σχετικές από την αποπεράτωση της οικοδομής για την διατήρηση και την εκμετάλλευση της μέλλουσας ιδιοκτησίας τους.

54 βλ. Γαζή Α.: “Προσύμφωνο πωλήσεως ακινήτου με προεκπλήρωση (γνωμοδότηση)”, ΕλλΔνη 35, 289, Κρητικό ό.π. σελ. 229, Βαθρακοκοίλη ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 14

θέση με εκείνη του κυρίου του πράγματος, έχοντας καταβάλει το τίμημα και έχοντας αξιοποιήσει και εκμεταλλευθεί επί μακρόν το πωλούμενο πράγμα, ο δε εκ προσυμφώνου πωλητής έδωσε την εντύπωση με την παράδοση του πράγματος ότι θα μεταβιβασθεί και η κυριότητα, με αποτέλεσμα, ματαιώνοντας την μεταβίβαση⁵⁵ και διεκδικώντας το προς μεταβίβαση πράγμα από τον αγοραστή, να επιδεικνύει συμπεριφορά αποκρουστέα ως αντίθετη στη αντικειμενική καλή πίστη, ήτοι την ευθύτητα και την εντιμότητα στις συναλλαγές.

Σε παρόμοια περίπτωση παράδοσης πράγματος με ταυτόχρονη εξόφληση του τιμήματος από τον εκ προσυμφώνου αγοραστή, όπου όμως επισπεύθηκε αναγκαστική εκτέλεση από δανειστή του πωλητή με αντικείμενο το παραδοθέν στον τρίτο πράγμα, υποστηρίχθηκε⁵⁶ ότι ο αγοραστής έχει δικαίωμα να ασκήσει ανακοπή κατ' άρθρον 936 ΚΠολΔ και να ζητήσει την ακύρωση της αναγκαστικής εκτέλεσης ως καταχρηστικής κατ' άρθρον 281 ΑΚ, λόγω αποδυνάμωσης του δικαιώματος κυριότητας του καθ' ου η εκτέλεση εκ προσυμφώνου πωλητή. Υπό αυτήν την άποψη δημιουργείται για τον αγοραστή ο οποίος εξόφλησε το τίμημα και στον οποίο παραδόθηκε το πράγμα, μία ευνοϊκή νομική κατάσταση, κατά την οποία η κυριότητα του πωλητή είναι αποδυναμωμένη και επιβάλλεται σε αυτόν και υπέρ του αγοραστή απαγόρευση διαθέσεως του πράγματος εκ του νόμου (ΑΚ 281), με αποτέλεσμα την σχετική υπέρ του αγοραστή ακυρότητα κάθε πράξης διαθέσεως κατ' άρθρον 175 εδ β' ΑΚ, ο δε αγοραστής αποκτά την νομή του παραδοθέντος πράγματος και συγχρόνως διατηρεί δικαίωμα προσδοκίας κτήσης κυριότητας επί του πράγματος, με την πλήρωση των προϋποθέσεων της χρησικτησίας.

Εκ της ανωτέρω ανάλυσης μπορεί να διαπιστωθεί ότι, οσάκις το μέλλον να πωληθεί πράγμα παραδίδεται στον εκ προσυμφώνου αγοραστή έναντι προκαταβολής προς εξασφάλιση εξόφλησης του συμφωνηθέντος βάσει της οριστικής σύμβασης τιμήματος, είναι προτιμότερο και δογματικό ορθότερο να μιλάμε για σιωπηρώς καταρτιζόμενη σύμβαση χρησιδανείου με προκαταβολή του τιμήματος ένεκα εξασφάλισης της οριστικής σύμβασης ή υπό την μορφή αρραβώνα (το τελευταίο αν επιτρέπεται από την σαφώς εκφρασθείσα βούληση των μερών ή κατόπιν ερμηνείας κατ' άρθρα 173, 200 ΑΚ). Τούτο διότι μία πρόσθετη ενοχική συμφωνία παρέχει το απαραίτητο έρεισμα για την παράδοση κατοχής, το οποίο ελλείπει από το προσύμφωνο, ενώ από την άλλη ο κατέχων δυνάμει τέτοιας πρόσθετης συμφωνίας έχει την

55 Στο υπό κρίση παράδειγμα (βλ παραπάνω υποσ.46), ο εκ προσυμφώνου πωλητής άφησε να παρέλθει σκόπιμα η तिθείσα στο προσύμφωνο διαλυτική προθεσμία για την οριστική μεταβίβαση της κυριότητας, και επικαλούμενος ανατροπή του προσυμφώνου προέβη σε διεκδίκηση (ΑΚ 1094). Και χωρίς την διαλυτική προθεσμία κρίνεται καταχρηστική τέτοια συμπεριφορά εκ προσυμφώνου πωλητή υπό όμοιες συνθήκες.

56 Για επιχειρηματολογία εγγύτερα Διαμαντόπουλο Γ.: “Άμυνα του αγοραστή ακινήτου δυνάμει προσυμφώνου (με εξοφλημένο το σύνολο του τιμήματος) στη διεκδικητική αγωγή του φερόμενου ως κυρίου του ακινήτου οικοπεδούχου, ο οποίος κήρυξε έκπτωτο τον εργολάβο μετά τη συντέλεση της (εκ προσυμφώνου) αγοραπωλησίας. Ένσταση καταχρηστικής ασκήσεως εμπράγματης αξιώσεως του οικοπεδούχου (ΑΚ 281), ΕλλΔνη, 54 σελ. 1306 επ., Γαζή Α., ό.π. σελ. 290, Βαθρακοκοίλη ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 14, αντιθ. γν. Κρητικού, ό.π σελ. 231.

ένσταση δικαιωματικής κατοχής του άρθρου 1095 ΑΚ έναντι του κυρίου, την οποία μπορεί να προβάλλει και κατά του επισπεύδοντος αναγκαστική εκτέλεση δανειστή του πωλητή με την άσκηση ανακοπής του τρίτου (936 ΚΠολΔ). Αντιθέτως δεν μπορεί να γίνει λόγος για άτυπη παράδοση της νομής του πράγματος, καθ' ότι η σχετική εμπράγματη δικαιοπραξία είναι μεν αναιτιώδης, πλην όμως για την μεταβίβαση της νομής ως περιουσιακής μετακίνησης απαιτείται νόμιμη αιτία, η οποία δεν μπορεί να βρεθεί στο προσύμφωνο⁵⁷. Ο αγοραστής στον οποίο παραδίδεται το πράγμα στερείται βάσει αυτής της απόψεως της προστασίας του απέναντι στον εκ προσυμφώνου πωλητή, ο οποίος μπορεί να ασκήσει αγωγή απαίτησης νομής κατ' άρθρον 904 ΑΚ, ή και διεκδικητική αγωγή κατ' άρθρον 1094 ΑΚ, έναντι της οποίας δεν θα μπορεί να αντισταχθεί η ένσταση του άρθρου 1095 ΑΚ. Περαιτέρω, αν ο αγοραστής έχει προκαταβάλει ολόκληρο το τίμημα και του έχει παραδοθεί το πράγμα, είτε δεχθούμε ότι αποδυναμώνεται η κυριότητα του πωλητή, είτε ότι ο τελευταίος επιδεικνύει αντιφατική συμπεριφορά σύμφωνα με τα ανωτέρω, εφόσον του παραδίδεται το πράγμα, το οποίο έχει εξαγοράσει πλήρως από τον εκ προσυμφώνου πωλητή, ο τρίτος, θα έλεγε κανείς, αποκτά την “οικονομική” κυριότητα του πράγματος, με τα οικονομικά οφέλη του πράγματος πλέον να ανήκουν στην δική του σφαίρα επιρροής και ορθότερο είναι να γίνεται λόγος για κατάρτιση οριστικής σύμβασης, η οποία έχει εκπληρωθεί μερικώς, κατά την προηγουμένως αναλυθείσα άποψη.

1.5. ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΚΥΡΟΥΣ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ

Όπως είδαμε το προσύμφωνο είναι μία ενοχική υποσχετική σύμβαση, οπότε οι κανόνες εγκυρότητας που εφαρμόζεται για όλες τις συμβάσεις, εφαρμόζονται και για το προσύμφωνο χωρίς ιδιαίτερες διαφοροποιήσεις. Για την κατάρτισή του απαιτείται πρόταση και αποδοχή με εφαρμοστέες τις διατάξεις των άρθρων 185 ΑΚ επ⁵⁸. Το προσύμφωνο δεν μπορεί να είναι αποτέλεσμα της αποτυχίας σύναψης οριστικής σύμβασης ή της σύναψης άκυρης σύμβασης αλλά απαιτείται βούληση των μερών να δεσμευθούν με την κατάρτισή του⁵⁹. Απαιτείται επίσης δικαιοπρακτική ικανότητα των μερών κατά τις κοινές διατάξεις (127 ΑΚ επ.). Επιπλέον, η αντίθεση στον νόμο ή στα χρηστά ήθη, όπως σε κάθε σύμβαση, επιφέρει ακυρότητα του προσυμφώνου. Το ίδιο δύναται να συμβεί και σε περίπτωση κατάρτισης εικονικού προσυμφώνου, όταν δηλαδή τα μέρη προβαίνουν στη σύναψη προσυμφώνου φαινομενικά, χωρίς

57 Η μεταβίβαση της νομής έχει ως συνήθη νόμιμη αιτία την σύναψη σύμβασης πώλησεως, ούσα μία από τις βασικές υποχρεώσεις του πωλητή κατ' άρθρον 513. Επί προσυμφώνου η σύμβαση πώλησεως δεν έχει ακόμα καταρτισθεί. Για το γεγονός ότι η κατάρτιση προσυμφώνου δεν συνιστά νόμιμη αιτία για την διατήρηση του πλουτισμού βλ. Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 55

58 βλ. Κρητικό ό.π, σελ 185, Σημειώνεται ότι πριν την κατάρτιση προσυμφώνου μπορεί να προηγείται στάδιο διαπραγματεύσεων, το οποίο λήγει με την κατάρτιση έγκυρου προσυμφώνου.

59 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 129

αληθή πρόθεση δέσμευσης.

Ειδικά όσον αφορά την αντίθεση στο νόμο, γίνεται δεκτό ότι εξαρτάται από την τελλολογική ερμηνεία του εκάστοτε απαγορευτικού κανόνα αν η απαγόρευση καταλαμβάνει και την προπαρασκευαστική της ενοχικής σύμβασης συμφωνία, οπότε το προσύμφωνο θα είναι άκυρο κατ' άρθρον 174 ΑΚ, ή αν η απαγόρευση καταλαμβάνει την εμπράγματη αλλά και την ενοχική δικαιοπραξία, οπότε το προσύμφωνο αποτελεί έγκυρη σύμβαση με αντικείμενο απαγορευμένη παροχή κατ' άρθρον 365 ΑΚ⁶⁰. Σε περίπτωση πάντως που η τεθειμένη από τον νόμο απαγόρευση καταλαμβάνει καί το προσύμφωνο, γίνεται παγίως δεκτό ότι δύναται να θεωρηθεί το τελευταίο έγκυρο ως κατηρτισμένο υπό την αναβλητική αίρεση της άρσης της νόμιμης απαγόρευσης⁶¹. Επιπλέον, για την κρίση εάν ορισμένο προσύμφωνο είναι καταπλεονεκτικό λαμβάνεται υπ' όψιν για την αναλογία παροχής και αντιπαροχής ο χρόνος συνάψεως του προσυμφώνου ακόμα κι αν η αναλογία των παροχών εξισορροπήθηκε κατά τον χρόνο κατάρτισης της οριστικής σύμβασης⁶². Περί δε εικονικότητας⁶³ προσυμφώνου έχει κριθεί⁶⁴ ότι το προσύμφωνο αγοραπωλησίας ισχύει υπέρ του καλυπτόμενου ή υποψήφιου αγοραστή, ενώ περαιτέρω έχει γίνει δεκτή αγωγή περί αναγνώρισης ακυρότητας προσυμφώνου πωλήσεως ως εικονικού και υποκρύπτοντος προσυμφώνου δωρεάς, επί της οποίας ζητείτο απόδοση της νομής του δωρηθέντος λόγω ανάκλησης της δωρεάς κατά τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού⁶⁵.

Περαιτέρω, καίρια προϋπόθεση για την έγκυρη κατάρτιση προσυμφώνου και άρρηκτα συνδεδεμένη με την φύση του ως προπαρασκευαστική της οριστικής δικαιοπραξίας σύμβαση είναι να έχει περιεχόμενο ορισμένο ή τουλάχιστον οριστό. Ειδικότερα στο προσύμφωνο θα πρέπει να προσδιορίζονται όλα τα ουσιώδη σημεία της οριστικής σύμβασης, ή, ελλείψει ακρίβειας, να ορίζεται κατ'ελάχιστον ο τρόπος με τον οποίο αυτά θα συγκεκριμενοποιηθούν⁶⁶. Έτσι για να είναι έγκυρο το προσύμφωνο πωλήσεως θα πρέπει να καθορίζονται σε αυτό το πράγμα και το τίμημα, στο προσύμφωνο μισθώσεως η παραχώρησης χρήσης του περιγραφόμενου μισθίου και το μίσθωμα, στα προσύμφωνα συστάσεως εμπορικών εταιρειών

60 Έχει κριθεί (ΑΠ 1423/2017, 818/2013 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) ότι η ακυρότητα της σύμβασης μεταβίβασης λόγω εξασφάλισης απαίτησης του αγοραστή συμπαρασύρει σε ακυρότητα και το αντίστοιχο προσύμφωνο. Για τις προϋποθέσεις κύρους του προσυμφώνου βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 186 επ. Παντελίδου, ό.π, αρ. 342 επ., Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 42

61 βλ. Παντελίδου ό.π, αρ. 348, ΑΠ 275/1994, ΑΠ 242/ 1991, ΕλλΔνη 34, 562, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ, αρ. 81, Κρητικό, ό.π. σελ. 192, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 29

62 βλ. Παντελίδου ό.π, αρ. 355 επ. με εκεί εξεταζόμενη νομολογία,

63 βλ. για περισσότερα ως προς την εικονικότητα προσυμφώνου βλ. Παντελίδου ό.π., 362 επ.

64 βλ. ΑΠ 1777/2005 ΕλλΔνη 2006,469

65 βλ. ΕφΛαρ 256/2005 Δικογρ 2006, 63

66 Όπως όταν προβλέπεται για το τίμημα ακινήτου ο προσδιορισμός με βάση την αγοραία αξία του. Επίσης επί του θέματος βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ, 166, αρ. 76, Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ 166, αρ. 3, Κρητικό, ό.π, σελ. 196 επ.,

οπωσδήποτε ο τύπος της συσταθισμένης εταιρείας καθώς και τα προβλεπόμενα στο οικείο για κάθε τύπο νομοθέτημα⁶⁷. Βέβαια είναι πολύ πιθανό να υπάρχει διαφορά πληρότητας περιεχομένου προσυμφώνου και οριστικής σύμβασης διότι κατά κανόνα τα μέρη καταρτίζουν προσύμφωνο επειδή για κάποια αιτία δεν είναι ώριμη η εκπλήρωση των εκ της οριστικής σύμβασης παροχών⁶⁸, ενώ επιπλέον τα μέρη μπορεί επί τούτου να αφήσουν κάποιο σημείο αρρύθμιστο για να το ορίσουν με μεταγενέστερη συμφωνία τους⁶⁹. Η σημασία της πληρότητας του περιεχομένου του προσυμφώνου έγκειται στο ορισμένο του αιτήματος της αγωγής κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ, ενώ, όπως είδαμε, μπορεί να αποτελεί ένδειξη για την διάκριση ανάμεσα σε προσύμφωνο και οριστική σύμβαση. Ελλείψει της αναγκαίας πληρότητας, το προσύμφωνο είναι άκυρο⁷⁰ και δεν παράγει καμία δεσμευτικότητα⁷¹.

1.5.1. Ειδικότερα ο τύπος κατά το άρθρο 166 ΑΚ.

Το άρθρο 166 ΑΚ, εκτός του ότι, όπως είδαμε, παρέχει τον νομοθετικό ορισμό του προσυμφώνου, περιέχει την μοναδική ίσως ειδική νομοθετική πρόβλεψη για το προσύμφωνο, η οποία αφορά τον τηρητέο επ' αυτού τύπο⁷². Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 166 ΑΚ, το προσύμφωνο υπόκειται στον τύπο που ορίζει ο νόμος για την οριστική σύμβαση.

Η υποχρέωση τήρησης τύπου για την κατάρτιση προσυμφώνου στις περιπτώσεις που ο νόμος προβλέπει την τήρηση τύπου για την οριστική σύμβαση αποτελεί εξαίρεση στην αρχή του ατύπου των συμβάσεων κατ' άρθρον 158 και έχει ως βασικό νομοθετικό σκοπό την αποφυγή καταστρατήγησης των περί τύπου διατάξεων, μέσω της αποφυγής κατάρτισης οριστικής τυπικής σύμβασης από τα μέρη και της υποκατάστασης της δήλωσης βουλήσεως του υποχρέου από την εκδιδόμενη δικαστική απόφαση επί της αγωγής περί καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ⁷³.

Ειδικότερα ως τύπος με την έννοια του άρθρου 166 ΑΚ νοείται ο νόμιμος συστατικός

67 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 196-199, Παντελίδου ό.π, αρ. 106 επ.

68 Εύλογο είναι για παράδειγμα επί προσυμφώνου πώλησεως ημιτελούς διαμερίσματος να επιφυλάσσονται τα μέρη ως προς τον καθορισμό του τιμήματος ανάλογα με τον χρόνο αποπεράτωσης, το εμβαδόν που θα προκύψει κ.α., βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 197, υποσ. 37

69 Έτερη αναφορά του προσυμφώνου στον Αστικό Κώδικα απαντά στο άρθρο 703 παρ. 1 εδ. β' περί σύμβασης μεσιτείας. Κατά κρ. γν. δυνατή καί επί προσυμφώνου η αναλογική εφαρμογή των άρθρων 371, 372 ΑΚ. βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 198, Παντελίδου, ό.π, αρ. 118, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. αρ. 76

70 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ σε Γεωργ. - Σταθ. 166 αρ. 77, Κρητικό, ό.π σελ. 200, Παντελίδου, ό.π αρ. 375 επ.

71 Μεμονωμένα έχει υποστηριχθεί ότι είναι ατελής νομοτυπική μορφή προσυμφώνου, ενώ για άλλους είναι ανυπόστατο (βλ. Παναγιώτη Λαδά ό.π, παρ. 37, αρ. 49) ή και οιοное σχέδιο της οριστικής σύμβασης (αναφορά στις παραπάνω απόψεις σε Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ., αρ. 76 υποσ. 223). Περαιτέρω (Κρητικός, ό.π σελ. 200) συνέπεια του προσυμφώνου ελλειπούς περιεχομένου είναι ότι τα μέρη παραμένουν στο στάδιο των διαπραγματεύσεων.

72 Με την διάταξη του άρθρου 166 ΑΚ δόθηκε τέλος στην υπό το προϋσχόν δίκαιο αμφισβήτηση περί της ανάγκης η μή τήρησης τύπου για την κατάρτιση προσυμφώνου τυπικής δικαιοπραξίας (βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 54).

73 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ 202, Μπόσδα, ό.π, σελ. 159

τύπος, δηλαδή κατά κανόνα το συμβολαιογραφικό ή ιδιωτικό έγγραφο, και όχι ο αποδεικτικός ή ο συμβατικός τύπος⁷⁴. Έτσι απαιτείται να υπόκειται σε συμβολαιογραφικό τύπο τα προσύμφωνα συμβάσεων δυνάμει των οποίων επέρχεται σύσταση, μεταβίβαση, αλλοίωση εμπραγμάτων δικαιωμάτων σε ακίνητα⁷⁵, το εργολαβικό προσύμφωνο για την ανέγερση οικοδομής με το σύστημα της αντιπαροχής, το προσύμφωνο χρονομεριστικής μίσθωσης, η σύσταση ανώνυμης εταιρείας, η σύμβαση πώλησεως εταιρικών μεριδίων Ε.Π.Ε., ενώ σε έγγραφο τύπο υπόκειται το προσύμφωνο σύμβασης εγγυήσεως⁷⁶, και το προσύμφωνο πώλησεως πλοίου. Τύπος πρέπει να επιβληθεί και στην περίπτωση προσυμφώνου μονομερούς δικαιοπραξίας⁷⁷, εφόσον γίνεται δεκτό ότι το άρθρο 166 ΑΚ δεν εφαρμόζεται αποκλειστικά και μόνο επί συμβάσεων, για τους λόγους που εξετάστηκαν ανωτέρω. Αντιθέτως, δεν υπόκειται σε τύπο το προσύμφωνο μισθώσεως άνω των εννέα ετών, καθ'ότι το άρθρο 681 ΑΚ, καθιερώνει αποδεικτικό τύπο και αφορά μόνο οριστικές συμβάσεις μισθώσεως. Ο συμφωνηθείς υπό των μερών τύπος επεκτείνεται και στο προσύμφωνο μόνον αν προκύπτει κάτι τέτοιο από την βούληση των συμβαλλομένων μερών.

Επιπλέον σημειούται ότι τηρητέος επί προσυμφώνου είναι ο συστατικός τύπος της οριστικής δικαιοπραξίας χωρίς να εξετάζεται ο σκοπός τον οποίο εξυπηρετεί⁷⁸. Γίνεται ωστόσο δεκτό ότι η υποχρέωση τήρησης τύπου που καθιερώνει το άρθρο 166 ΑΚ, πρέπει να περιορίζεται στις περιπτώσεις που είναι επιβεβλημένη και δυνατή και να αποκλείεται σε περιπτώσεις όπου εκ των πραγμάτων δεν δύναται να εφαρμοσθεί, όπως όταν ο νόμος απαιτεί για την κατάρτιση δικαιοπραξίας την υποβολή δήλωσης ενώπιον της Αρχής, όπως η δήλωση αποδοχής ή αποποίησης κληρονομιάς⁷⁹. Το ίδιο πρέπει να ισχύει και όταν η τήρηση τύπου έχει τεθεί για σκοπούς πέραν της προστασίας των συναλλασσομένων, όπως φορολογικούς σκοπούς⁸⁰.

74 βλ. Κρητικό, ό.π σελ. 215, Τριάντο, ό.π, 166 αρ, 444, Παντελίδου, ό.π., αρ. 151, Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 51, 53

75 Δεν καλύπτει το ΑΚ 369 και το προσύμφωνο γιατί δεν είναι σύμβαση με την οποία αναλαμβάνεται η υποχρέωση για σύσταση, αλλοίωση ή κατάργηση εμπραγμάτων δικαιώματος, αλλά η υποχρέωση προς κατάρτιση άλλης σύμβασης. (Γεωργιάδης σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ., 166 αρ. 117), Για περιπτωσιολογία τυπικών δικαιοπραξιών βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 210 επ.

76 Για τον Ράμμο (ΕρμΑΚ, 166 αρ.17) έγγραφο τύπο περιβάλλεται μόνο η δήλωση του εγγυητή στο προσύμφωνο. Ομοίως και Τριάντος, ό.π, 166 αρ. 444

77 Για παράδειγμα προσύμφωνο σύμβασης προκήρυξης (Νικολόπουλος σε ΣΕΑΚ, 166, αρ. 4, Τριάντος, ό.π, 166, αρ. 445, Ράμμος ΕρμΑΚ, 166, αρ. 16), προσύμφωνο με ανάληψη υποχρέωσης αποδοχής εκτάξεων (ΑΚ 877), προσύμφωνο έκδοσης χρεογράφων.

78 βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 202, Παντελίδου, ό.π αρ. 152, Βαθρακοκοίλη ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 11

79 βλ. Ράμμο σε ΕρμΑΚ 166, αρ. 15, Κρητικό ό.π, σελ. 208, για τον οποίο μάλιστα ο περιορισμός του ρυθμιστικού πεδίου του ΑΚ 166 πραγματοποιείται μεθοδολογικά μέσω τελολογικής συστολής της διάταξης. Για την Παντελίδου (ό.π, αρ. 154) ανεφάρμοστος ο τύπος σε αυτήν την περίπτωση καί επειδή η ανάληψη υποχρέωσης δήλωσης ενώπιον της Αρχής δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο σύμβασης με την Αρχή.

80 Έγινε δεκτό (βλ. Γεωργιάδη ΣΕΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, υποσ. 348) ότι δεν υπόκειται σε τύπο το προσύμφωνο πώλησης μετοχών, τη στιγμή που η σύμβαση μεταβίβασης υπόκειται σε συμβολαιογραφικό τύπο ή ιδιωτικό έγγραφο θεωρημένο από τον προϊστάμενο της ΔΟΥ. Δεν απαιτείται τύπος για το προσύμφωνο μεταβίβασης αυτοκινήτου (Ομοίως Γεωργιάδης σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, υποσ. 348, Βαθρακοκοίλης σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 33), ούτε ΙΧ φορτηγού αυτοκινήτου (Νικολόπουλος σε ΣΕΑΚ 166, αρ. 4), σε αντίθεση με τις οικείες εκπονητικές δικαιοπραξίες. Κριτική Παντελίδου (βλ. ό.π., αρ. 156), για την οποία ορθότερη θα ήταν τουλάχιστον

Ειδικά όσον αφορά τις συμβάσεις εκδόσεως πιστωτικών τίτλων γίνεται παγίως δεκτό⁸¹ ότι όταν ο τύπος δεν είναι απλώς συστατικός αλλά κατ'ουσίαν ενσωματώνει το δικαίωμα, όπως ο τύπος εκδόσεως συναλλαγματικής, δεν θα περιβάλλεται τον αυτό τύπο και το αντίστοιχο προσύμφωνο. Άλλωστε και από τη φύση του πράγματος δύσκολα νοείται προσύμφωνο εκδόσεως συναλλαγματικής υπό τον τύπο συναλλαγματικής⁸², ενώ ούτως ή άλλως εν όψει της λειτουργίας του τύπου στο δίκαιο των αξιογράφων, αμφίβολη θα ήταν η δυνατότητα υποκατάστασης της δήλωσης βουλήσεως του εκδότη από την δικαστική απόφαση επί της αγωγής του άρθρου 949 ΚΠολΔ, σε περίπτωση μή εκούσιας εκπλήρωσης του οικείου προσυμφώνου.

Ο τηρητέος επί προσυμφώνου τύπος πρέπει να καλύπτει κατά βάση το ειδικό πραγματικό της δικαιοπραξίας⁸³, δηλαδή τις δηλώσεις βουλήσεως των μερών. Όροι του ενεργού και πρόσθετοι όροι κύρους της δικαιοπραξίας, όπως για παράδειγμα η εγγραφή στο μετοχολόγιο της σύμβασης μεταβίβασης μετοχών ανώνυμης εταιρείας, η δημοσίευση του καταστατικού της εταιρείας δεν χρειάζεται κατά νόμον να τηρηθούν και για το προσύμφωνο των οικείων συμβάσεων. Ευνόητο είναι περαιτέρω, ότι το προσύμφωνο δεν υπόκειται σε μεταγραφή, καθώς δεν αποτελεί δικαιοπραξία με την οποία συνιστάται, μετατίθεται ή καταργείται εμπράγματο δικαίωμα σε ακίνητο⁸⁴. Στο ίδιο πλαίσιο γίνεται δεκτό⁸⁵ ότι η παράδοση του πράγματος αποτελεί για τις re καταρτιζόμενες συμβάσεις στοιχείο του πραγματικού τους κείμενο εκτός των δηλώσεων βουλήσεως των μερών, και άρα δεν μπορεί να λάβει χώρα επί προσυμφώνου παραδοτικής σύμβασης. Ωστόσο, επιπλέον διατυπώσεις απαιτούμενες κατά νόμον για την προστασία ευάλωτων συναλλασσόμενων, όπως η κατ' άρθρον 1624 ΑΚ άδεια του Δικαστηρίου για εκποίηση ακινήτου ανηλίκου, γίνεται παγίως δεκτό⁸⁶ ότι πρέπει να τηρηθούν και επί προσυμφώνου δεδομένου ότι η αναδιατύπωση του ως άνω άρθρου μετά τον ν. 2447/1996 δεν καταλείπει πλέον⁸⁷ αμφιβολία ότι η υποχρέωση λήψης αδείας αφορά “καί τις σχετικές ενοχικές

η κατάρτιση ιδιωτικού συμφωνητικού.

81 Ενδεικτικά βλ. Μπαλή, Γ., Γενικά Αρχαία του Αστικού Δικαίου, 1961, παρ. 58, σελ. 166, Κρητικό, ό.π., σελ. 209-210, Ράμμο σε ΕρμΑΚ 166, αρ. 15, Βαθρακοκοίλη ΕΡΝΟΜΑΚ 166, ΑΡ. 11

82 Κριτική Παντελίδου (ό.π., αρ. 156), για την οποία ορθότερη θα ήταν τουλάχιστον η κατάρτιση ιδιωτικού συμφωνητικού.

83 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 207-208, Παντελίδου, ό.π. αρ. 143, κατά την οποία ο τύπος του προσυμφώνου ακινήτου καλύπτει την συμφωνία για το πράγμα και το τίμημα, ενώ ιδιωτικό συμφωνητικό (αντέγγραφο) των μερών για την καταβολή επιπλέον τιμήματος έχει κριθεί άκυρο.

84 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 218, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 12

85 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 207, Ράμμο σε ΕρμΑΚ 166, αρ. 5. Για τον Ράμμο επίσης αδύνατη η παράδοση του πράγματος επί προσυμφώνου παραδοτικής σύμβασης, λόγω της φύσης του πράγματος.

86 βλ. Παντελίδου ό.π., αρ. 164 επ., Κρητικό, ό.π., σελ. 190, οπότε υποστήριζε ότι δεν απαιτείται η χορήγηση δικαστικής άδειας και για το προσύμφωνο, πλην όμως μεταβολή υιοθετηθείσας γνώμης του ιδίου (βλ. Κρητικό, Ένθετο, αναδιατύπωση 1997, αρ. 28)

87 Πριν την μεταρρύθμιση του οικογενειακού δικαίου με τον ν. 2447/30.12.1996 (ΦΕΚ. Α' 278).

δικαιοπραξίες⁸⁸. Αντιθέτως εγκύτως καταρτίζεται προσύμφωνο παραχώρησης της εκμετάλλευσης περιπτέρου σε μή συγγενή του μεταβιβάζοντος και η παραχώρηση χρήσης του άνευ αδείας του αρμοδίου κατ' άρθρον οργάνου, υπό την αναβλητική όμως αίρεση της χορήγησης της άδειας.

Επιπλέον, η τήρηση τύπου απαιτείται και για την τροποποίηση ουσιωδών όρων⁸⁹ του προσυμφώνου κατ' άρθρον 164 ΑΚ. Όταν όμως η τροποποίηση των όρων προσυμφώνου έχει ως συνέπεια την απαλλαγή ή τον περιορισμό των υποχρεώσεων του μέρους υπερ' ου επιτάσσεται η τήρηση τύπου, κρίνεται νομολογιακά⁹⁰ ότι τήρηση τύπου δεν απαιτείται. Επιπλέον γίνεται παγίως δεκτό ότι η κατάργηση προσυμφώνου δεν υπόκειται σε τύπο⁹¹, ενώ ομοίως και για την παραίτηση του εκ προσυμφώνου δικαιούχου από τα δικαιώματά του εκ του προσυμφώνου υποστηρίζεται ότι πραγματοποιείται έγκυρα ατύπως⁹².

1.5.2. Συνέπειες της σύναψης άκυρου προσυμφώνου.

Από το άκυρο προσύμφωνο δεν παράγεται η δέσμευση για την κατάρτιση οριστικής σύμβασης, ενώ τυχόν ασκηθείσα αγωγή από το ένα μέρος για καταδίκη του υποχρέου σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ θα απορριφθεί ως νόμω αβάσιμη⁹³. Υποστηρίζεται ότι τα μέρη παραμένουν στο στάδιο των διαπραγματεύσεων, το οποίο δεν λήγει με την κατάρτιση του προσυμφώνου, αφού το τελευταίο λόγω της ακυρότητας λογίζεται ως μηδέποτε συναφθέν⁹⁴. Το προκαταβληθέν τίμημα ή οποιαδήποτε προκαταβληθείσα για την οριστική σύμβαση παροχή είναι επιστρεπτέα σύμφωνα με τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, ως ληφθείσα για αιτία που δεν επακολούθησε κατ' άρθρον 904 ΑΚ⁹⁵. Για την αναζήτηση του τυχόν δοθέντος αρραβώνα έχει υποστηριχθεί⁹⁶ ομοίως η εφαρμογή των διατάξεων περί αδικαιολογήτου πλουτισμού και όχι η επιστροφή του στο διπλάσιο, αφού η σχετική συμφωνία θα είναι άκυρη ως παρεπόμενη του άκυρου προσυμφώνου. Δεν αποκλείεται η στοιχειοθέτηση ευθύνης από τις διαπραγματεύσεις κατ' άρθρα 197-198 ΑΚ του προσώπου που αντίθετα στην

88 Άρθρο 1624 ΑΚ, παρ. 1 αρ. 11. Υποστηρίζεται (Παντελίδου, ό.π. αρ. 168), ότι δεν απαιτείται άδεια όταν ο ανήλικος έχει κληρονομήσει ανειλημμένη υποχρέωση από προσύμφωνο.

89 Όπως για παράδειγμα επί μεταβολής της προθεσμίας κατάρτισης της οριστικής σύμβασης ή των ημερομηνιών καταβολής των δόσεων του τιμήματος (βλ. Τριάντο, ό.π., 166, αρ. 444). Επιπλέον ομοίως Κρητικός, ό.π., σελ. 216 επ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 158 επ. Ράμμος ΕρμΑΚ 166, αρ. 19, Λαδάς, ό.π., παρ. 37, αρ. 52

90 ΑΠ 1376/1982, ΕφΑθ 9191/1986, ΕλλΔνη 28, 1292, ΕφΑθ 8528/2005, Αρ 61, 212

91 βλ. παραπομπές υποσ. 80, και Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 53, αντίθετη γνώμη Παντελίδου ό.π. αρ. 163, η οποία επικαλείται το επιχείρημα εκ του ελάσσονος το μείζον και την ανάγκη τήρησης τύπου για την ενοχική σύμβαση με την οποία αναλαμβάνεται υποχρέωση μεταξύ άλλων καί κατάργησης εμπραγμάτων δικαιωμάτων σε ακίνητα (ΑΚ 369)

92 Αντί άλλων βλ. Νικολόπουλος σε ΣΕΑΚ 166 αρ. 1.

93 βλ. Τριάντο, ό.π. αρ. 446, Ράμμο ΕρμΑΚ, 166, παρ. 20, Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 51

94 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 200, ΜπρΑθ 10504/2017, ΤΝΟ ΝΟΜΟΣ

95 βλ. Παντελίδου, ό.π., 375, Τριάντο, ό.π., αρ. 446,

96 Παντελίδου, ό.π. αρ. 379, ΠπρΡοδ 21/2006 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

καλή πίστη προκάλεσε την σύναψη του άκυρου προσυμφώνου, προκαλώντας ζημία στον αντισυμβαλλόμενο του⁹⁷.

1.5.3. Η σχέση του κύρους του προσυμφώνου με το κύρος της οριστικής σύμβασης.

Λόγω της αυτονομίας του προσυμφώνου σε σχέση με την οριστική σύμβαση και της διαφορετικής φύσης των ενοχών που πηγάζουν από καθεμία σύμβαση, γίνεται παγίως δεκτό⁹⁸ ότι η ακυρότητα του προσυμφώνου δεν επηρεάζει το κύρος της οριστικής σύμβασης. Το άκυρο προσύμφωνο δεν μπορεί να εμποδίσει την κατάρτιση έγκυρης οριστικής σύμβασης, όπως υποστηριζόταν παλαιότερα. Όταν ακόμη διατυπώνονταν αμφιβολίες περί του αν εκ προσυμφώνου παράγεται τέλεια και πλήρης ενοχή⁹⁹, είχε υποστηριχθεί ότι δεν μπορεί να καταρτισθεί έγκυρη σύμβαση εις εκτέλεση άκυρου προσυμφώνου διότι η οριστική σύμβαση αποτελεί ανανέωση των όρων του προσυμφώνου ή κατ' άλλη άποψη¹⁰⁰, διότι το προσύμφωνο αποτελεί νόμιμη αιτία της οριστικής σύμβασης και, ελλείψει κύρους του τελευταίου η οριστική σύμβαση ανατρέπεται κατά τις διατάξεις των άρθρων 904 ΑΚ επ.. Αντιθέτως, ως ορθά δέχεται σήμερα η θεωρία¹⁰¹ και η νομολογία¹⁰², η οριστική σύμβαση είναι αυτόνομη ρύθμιση, από όποιο ελάττωμα και αν πάσχει το προσύμφωνο, αν η κύρια σύμβαση πληροί όλες τις προϋποθέσεις κύρους των δικαιοπραξιών καταρτίζεται έγκυρα. Το τελευταίο βέβαια ισχύει στις περιπτώσεις εκούσιας σύναψης της οριστικής σύμβασης από τα μέρη, αφού, όπως είδαμε, το άκυρο προσύμφωνο δεν παράγει δεσμευτικότητα και δεν χωρεί δυνάμει αυτού αναγκαστική κατάρτιση της σύμβασης με την άσκηση αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ. Από την άλλη πλευρά η έγκυρη οριστική σύμβαση δεν αποτελεί επικύρωση του άκυρου προσυμφώνου και δεν μπορεί να διασώσει το κύρος του.

Περαιτέρω, σε περίπτωση που καταρτίσει κανείς οριστική σύμβαση πλανώμενος ότι από το άκυρο προσύμφωνο που προηγήθηκε παράγεται δεσμευτικότητα, κατά απολύτως κρατούσα γνώμη¹⁰³ δεν μπορεί να ζητήσει ακύρωση της τελευταίας, διότι πρόκειται για πλάνη περί τα παραγωγικά αίτια της βούλησης κατ' άρθρον 143 ΑΚ και δεν θεωρείται ουσιώδης. Επιπλέον, εάν

97 παραπείθοντας, επί παραδείγματι τον αντισυμβαλλόμενο του ότι δεν απαιτείται για το προσύμφωνο η τήρηση τύπου, ενώ για την οριστική δικαιοπραξία προβλεπόταν νόμιμος συστατικός τύπος (βλ. και Παντελίδου, ό.π, αρ. 377, Τριάντο, ό.π., αρ. 446), Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 51

98 βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 329, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 114, Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 52

99 βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 326

100βλ. Κρητικό ό.π σελ. 328

101βλ. Κρητικό, ό.π σελ. 327 και σελ. 124-126, Παντελίδου ό.π., αρ. 344, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166 αρ. 101

102ΑΠ 772/2014 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

103βλ. Ράμμο ΕρμΑκ 166, αρ. 20, Παντελίδου, ό.π. αρ. 346

το προσύμφωνο είναι ακυρώσιμο επειδή το ένα εκ των μερών τελούσε σε καθεστώς πλάνης, απάτης ή απειλής, το τελευταίο μπορεί να αποκρούσει την κατ' αυτού αγωγή περί καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ, προβάλλοντας την ακυρωσία είτε με ανταγωγή ή με παρεμπίπτουσα διαπλαστική αγωγή είτε, κατά κρατούσα γνώμη, και με ένσταση, ενώ τον σχετικό ισχυρισμό μπορεί να προβάλει και με έφεση ως οψιγενή, όχι όμως μετά την τελεσιδικία της ως άνω απόφασης περί καταδίκης¹⁰⁴. Ωστόσο, αν το μέρος που πλανήθηκε, απειλήθηκε ή απατήθηκε προβεί εκουσίως και εν γνώσει της ακυρωσίας σε κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, γίνεται δεκτό¹⁰⁵ ότι παραιτείται από το δικαίωμα ακύρωσης του σχετικού προσύμφωνου.

Υπό την αντίστροφη όψη του προβλήματος εάν εις εκτέλεση έγκυρου προσυμφώνου καταρτισθεί άκυρη οριστική σύμβαση, τότε η ενοχή από το προσύμφωνο δεν αποσβήνεται¹⁰⁶. Ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος μπορεί να καλέσει εκ νέου τον υπόχρεο για να καταρτίσουν την οριστική σύμβαση, αυτήν την φορά χωρίς το ελάττωμα. Σε περίπτωση που εν τω μεταξύ έχει παρέλθει η τιθέμενη στο προσύμφωνο προθεσμία κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, και πρόκειται για προθεσμία εκπλήρωσης, δεν εμποδίζεται η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης χωρίς το ελάττωμα. Αν όμως η προθεσμία έχει συμφωνηθεί διαλυτική, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, σύμφωνα με μία επιεική άποψη¹⁰⁷ θα εφαρμοσθεί αναλογικά το άρθρο 255 ΑΚ σε συνδυασμό με το άρθρο 279 ΑΚ, οπότε μετά την αποκάλυψη του λόγου της ακυρότητας θα υπάρχει προθεσμία για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Αν η οριστική σύμβαση ήταν ενοχική, εις εκπλήρωση της οποίας καταρτίσθηκε εκποιητική δικαιοπραξία και η εκποιητική ήταν αναιτιώδης, τότε παρά την ακυρότητα της υποσχετικής η εκποιητική θα έχει καταρτισθεί εγκύτως, θα μπορεί όμως να ανατραπεί ελλείψει νόμιμης αιτίας κατ' άρθρα 904 επ. Στην τελευταία περίπτωση ο αποκτών από την εκποιητική δικαιοπραξία μπορεί να αντιτάξει την ένσταση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος κατ' άρθρον 281 ΑΚ, αφού, εφόσον είναι ακόμη ενεργή η ενοχή από το προσύμφωνο, εξακολουθεί να του οφείλεται αυτό που απέκτησε. Αν, από την άλλη η εκποιητική δικαιοπραξία είναι αιτιώδης, δεν πραγματοποιείται η μεταβίβαση και το πράγμα είναι αποδοτέο με την άσκηση της διεκδικητικής αγωγής κατ' άρθρο 1094 ΑΚ.

Περαιτέρω, ερωτάται αν το κύρος της οριστικής σύμβασης κινδυνεύει επειδή για παράδειγμα ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος απώλεσε μετά την κατάρτιση έγκυρου προσυμφώνου την δικαιοπρακτική του ικανότητα. Υποστηρίζεται¹⁰⁸ ότι στην περίπτωση αυτή αρκεί το πρόσωπο να είχε αναλάβει εγκύτως την υποχρέωση δυνάμει του προσυμφώνου, οπότε ακόμα

104βλ. Ποδηματά, ό.π. παρ. 7Π2, σελ. 263-264

105βλ. Κρητικό, ό.π σελ. 334

106βλ. Κρητικό ό.π σελ. 331, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 113

107βλ. Κρητικό ό.π σελ. 332 επ.

108βλ. Κρητικό, ό.π σελ. 320-324

και αν κατά τον χρόνο κατάρτισης της οριστικής σύμβασης είναι δικαιοπρακτικά ανίκανος, αναλαμβάνει την εκπλήρωση ο νόμιμος εκπρόσωπός του. Επιπλέον, αν η οριστική σύμβαση είναι ακυρώσιμη επειδή για παράδειγμα από πλάνη ή εξαιτίας απάτης αποκλίνουν οι ρυθμίσεις της από το περιεχόμενο του προσυμφώνου, το οποίο ήταν έγκυρο και ανταποκρινόταν στην βούληση των μερών, κατ' αρχήν αποσβήνεται η ενοχή εκ του προσυμφώνου, με την επέλευση της ακύρωσης της ακυρώσιμης δικαιοπραξίας όμως αναβιώνει αναδρομικά η ενοχή από το προσύμφωνο και τα μέρη μπορούν να καταρτίσουν εκ νέου την οριστική σύμβαση χωρίς το ελάττωμα¹⁰⁹.

Ωστόσο έχει κριθεί¹¹⁰ ότι σε ορισμένες περιπτώσεις πρέπει να γίνει δεκτή η αλληλεξάρτηση προσυμφώνου και οριστικής σύμβασης παρά την αυτοτέλεια των δύο συμβατικών μορφών, όπως όταν για παράδειγμα η οριστική σύμβαση πάσχει από ακυρότητα λόγω εικονικότητας και έχει καταρτισθεί δυνάμει δοθείσης από το άλλο μέρος πληρεξουσιότητας σε εκτέλεση ρήτρας αυτοσύμβασης που περιεχόταν στο προσύμφωνο, εύλογο είναι να συμπεροσβληθεί και το οικείο προσύμφωνο ως εικονικό.

ΕΝΟΤΗΤΑ 2

ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ

2.1. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ

Ιδιαίτερης σημασίας στην ανάλυση της συμβατικής μορφής του προσυμφώνου έχει η αναζήτηση του περιεχομένου της εκ προσυμφώνου ενοχής καθ'ότι από τον προσδιορισμό των υποχρεώσεων και των δικαιωμάτων που πηγάζουν από το προσύμφωνο για τα μέρη εξαρτάται το ορισμένο του αιτήματος της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ άρθρον 949 ΚΠολΔ του μέρους που δυστροπεί στην εκούσια κατάρτιση της οριστικής σύμβασης αλλά και, όπως θα δούμε, το ποιες διατάξεις από το δίκαιο των συμβάσεων δύνανται να εφαρμοσθούν και επί προσυμφώνου και με ποιον τρόπο μεθοδολογικά, ευθέως ή αναλογικώς.

2.1.1. Υποχρεώσεις εκ της νομοθετικής ρύθμισης.

Από τον νομοθετικό ορισμό του άρθρου 166 ΑΚ για το προσύμφωνο έπεται ότι η βασική υποχρέωση που αναλαμβάνεται από τα μέρη με την κατάρτιση του προσυμφώνου είναι η υποχρέωση σύναψης της οριστικής σύμβασης. Σχετικά με το ζήτημα σε τί ακριβώς συνίσταται η

¹⁰⁹ βλ. Κρητικό, ό.π σελ. 333

¹¹⁰ βλ. ΕφΑθ 617/2007, ΕλλΔνη 2009, 1474, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 114, Παύλο Φίλιο, “Γενικές Αρχές Αστικού Διακίου”, τέταρτη έκδοση πλήρως αναμορφωμένη, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα Θεσσαλονίκη 2011, παρ. 188, σελ. 447, υποσ. 1, Τριάντο, ό.π., 460

υποχρέωση σύναψης της οριστικής σύμβασης έχουν διατυπωθεί διάφορες απόψεις. Έχει υποστηριχθεί¹¹¹ ότι περιεχόμενο της υποχρέωσης είναι η ετοιμότητα του υποχρέου προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, ή η συμπεριφορά η συνιστάμενη στην έγκυρη σύναψη σύμβασης, η συνεργασία των μερών επί τω τέλει σύναψης της οριστικής σύμβασης¹¹², η εκπλήρωση παροχής συνιστάμενη σε δήλωση βουλήσεως¹¹³. Παρ'ότι όλες οι διατυπώσεις είναι υποστηρίξιμες, αναμφισβήτητα η κατάρτιση κάθε σύμβασης παρουσιάζει ειδικότερα χαρακτηριστικά, για παράδειγμα για τις συμβάσεις αγοραπωλησίας ακινήτων απαιτείται να προσέλθουν τα μέρη ενώπιον συμβολαιογράφου και να υπογράψουν το σχετικό συμβολαιογραφικό έγγραφο στο οποίο αποτυπώνονται οι εκατέρωθεν δηλώσεις βουλήσεως, στις παραδοτικές συμβάσεις απαιτείται εκτός από τις δηλώσεις βουλήσεως των μερών και παράδοση του πράγματος, στην σύμβαση δωρεάς εκτός από την δήλωση βουλήσεως του δωρητή απαιτείται και η αποδοχή από τον δωρεοδόχο. Επομένως η εκ προσυμφώνου ενοχή θα λέγαμε, με όση γενικότητα μπορεί να διατυπωθεί, είναι η σύμπραξη¹¹⁴ των μερών με σκοπό την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, συνιστάμενη σε οποιαδήποτε ειδικότερη διατύπωση απαιτεί η κατάρτιση της κατ' ιδίαν κυρίας σύμβασης σύμφωνα πάντα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που περιέχονται στο προσύμφωνο. Πάντως σε κάθε περίπτωση η ενοχή από το προσύμφωνο είναι ενοχή κατευθυνόμενη σε πράξη¹¹⁵, “επί τω ποιείσαι”, και όχι ενοχή επί παραλείψει, αφού εξ ορισμού δεν νοείται προσύμφωνο με αντικείμενο την παράλειψη κατάρτισης μίας σύμβασης¹¹⁶.

2.1.2. Υποχρεώσεις εκ της καλής πίστης.

Εκτός από την κύρια υποχρέωση προς σύμπραξη στην σύναψη της οριστικής σύμβασης, τα συμβαλλόμενα στο προσύμφωνο μέρη ενδιαφέρονται κυρίως για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων από την κύρια σύμβαση. Επόμενο είναι λοιπόν, στον υπόχρεο προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης να επιβάλλονται και παρεπόμενες υποχρεώσεις προκύπτουσες από το όλο περιεχόμενο του προσυμφώνου σύμφωνα και με την γενική αρχή της καλόπιστης εκπληρώσεως των ενοχών κατ' άρθρον 288 ΑΚ. Οι παρεπόμενες αυτές υποχρεώσεις κινούνται σε γενικές γραμμές προς δύο κατευθύνσεις, αφενός μεν προς την εξασφάλιση της ετοιμότητας κατάρτισης της οριστικής σύμβασης και αφετέρου προς την νομική και πραγματική διασφάλιση του

111 βλ. Κρητικό, ό.π σελ. 84

112 βλ. Μπόσδα, ό.π. σελ. 155, Κρητικό, ό.π σελ. 85, υποσ. 53

113 βλ. Λαδά, ό.π., αρ. 40, Ράμμο ΕρμΑΚ 166, αρ. 21, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 100

114 Για σύμπραξη των μερών μιλά το μεγαλύτερο μέρος της θεωρίας: Κρητικός ό.π, σελ. 86, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 7, Παπαστερίου – Κλαβανίδου, ό.π., 11., ΕφΠειρ 695/2010, ΕφΛαρ 146/2016, ΕφΑθ 1417/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

115 βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 84, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 100

116 Είναι δυνατή και η κατάρτιση τέτοιας σύμβασης ενδεχομένως ως σύμβασης προαίρεσης, σε καμία όμως περίπτωση ως προσύμφωνο.

αντικείμενου της παροχής της οριστικής σύμβασης¹¹⁷. Έτσι, ενδεικτικά, ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος δεν μπορεί να διαπραγματεύεται την κατάρτιση της ίδιας οριστικής σύμβασης ή προσυμφώνου με άλλο πρόσωπο, ή να αποκρύπτει την προηγούμενη κατάρτιση προσυμφώνου με τον αρχικώς αντισυμβαλλόμενό του¹¹⁸. Επιπλέον, υποχρεούται να μην εκποιεί ή επιβαρύνει με εμπράγματα βάρη υπέρ τρίτου προσώπου το προσυμφωνηθέν να πωληθεί πράγμα, αντιθέτως υποχρεούται εν γένει να προβαίνει σε πράξεις συντήρησης και να αποτρέπει την επέλευση υλικών ή άλλων ζημιών στο αντικείμενο της παροχής της οριστικής σύμβασης¹¹⁹. Η διαφορά και η σπουδαιότητα των παρεπόμενων υποχρεώσεων των εκ προσυμφώνου μερών σε σχέση με την βασική υποχρέωση σύμπραξης έγκειται στο ότι οι πρώτες δεν είναι αυτούσιες νομικά εξαναγκαστές, μπορεί όμως η παράβασή τους, όπως θα εξετασθεί παρακάτω, να οδηγήσει σε παθολογική εξέλιξη του προσυμφώνου και στην γένεση των αντίστοιχων δικαιωμάτων του εκ προσυμφώνου δικαιούχου.

2.2. ΤΟ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΚΑΙ ΤΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΤΟΥ

Στην υποχρέωση κάθε μέρους να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης αντιστοιχεί το δικαίωμα να απαιτήσει την σύμπραξη του έτερου μέρους, την διενέργεια δηλαδή όλων των αναγκαίων πράξεων για την ολοκλήρωση της οριστικής συμβατικής δέσμευσης. Το εκ προσυμφώνου δικαίωμα είναι περιουσιακής φύσης, δικαστικώς επιδιώξιμο και μεταβιβαστό εν ζωή βάσει των διατάξεων περί εκχώρησης¹²⁰, ενώ μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο κληρονομικής διαδοχής¹²¹, εκτός βέβαια εάν αφορά έννομη σχέση αυστηρά προσωποπαγή ή έχει συμφωνηθεί ακληρονόμητο. Επιπλέον, είναι δεκτικό κατασχέσεως εκ μέρους των δανειστών του εκ προσυμφώνου δικαιούχου, κατά τις διατάξεις των άρθρων 1022 επ. ΚΠολΔ¹²² περί κατασχέσεως ειδικών περιουσιακών στοιχείων, αλλά και, κατά κρατούσα γνώμη, ενεχύρασης¹²³. Αντιθέτως δεν αποτελεί δικαίωμα προσδοκίας επί των παροχών της οριστικής σύμβασης. Προς εξασφάλιση πραγμάτωσης του δικαιώματος του εκ προσυμφώνου δικαιούχου δύναται να ενσωματωθεί στο προσύμφωνο ρήτρα αρραβώνα κατ' άρθρα 402 επ. ΑΚ ή ποινικής ρήτρας κατ'

117 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 187, 188

118 Γενικότερα βλ. Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 54, Παντελίδου, ό.π., αρ. 187

119 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 233-234, Παντελίδου, ό.π., αρ. 188, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 14

120 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 85 επ., Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 47, Παντελίδου, ό.π., αρ. 31. Κατά κρ. γνώμη, (βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 241 επ.) η σύμβαση εκχώρησης του εκ προσυμφώνου δικαιώματος είναι άτυπη ακόμα και αν η μέλλουσα να καταρτισθεί οριστική σύμβαση και το ίδιο το προσύμφωνο κατά τον κανόνα του α. 166 ΑΚ είναι τυπικά, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 15

121 ΔπρΚαλ 78/2004 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 938/2000 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, βλ. Μπαλή, ό.π., παρ. 58, σελ. 166

122 βλ και Παντελίδου, ό.π., αρ. 34 επ., ΑΠ 642/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

123 Επιφυλάξεις Κρητικού (ό.π., σελ. 247) ως προς τον την ενεχύραση του εκ προσυμφώνου δικαιώματος προς εξασφάλιση χρηματικής απαίτησης δεδομένου ότι, όπως υποστηρίζει, η ίδια η εκ προσυμφώνου αξίωση δεν είναι αποτιμητή σε χρήμα, παρά μόνο η αξίωση από την οριστική σύμβαση, βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, υπέρ της κατάσχεσης αρ. 87, υπέρ της ενεχύρασης, αρ. 89.

άρθρα 404 επ. ΑΚ¹²⁴, ενώ ο δικαιούχος μπορεί να ζητήσει την δικαστική μεσεγγύηση του αποδοτέου δυνάμει της οριστικής σύμβασης αντικειμένου¹²⁵. Επίσης, σε περίπτωση πτωχεύσεως του εκ προσυμφώνου δικαιούχου, γίνεται δεκτό¹²⁶ ότι, αν ο σύνδικος κρίνει συμφέρουσα την δικαιοπραξία, μπορεί να υποκαταστήσει την ομάδα των πιστωτών στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του προσυμφώνου και να απαιτήσει από το έτερο μέρος της κατάρτιση της οριστικής σύμβασης.

2.3. ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΟ ΤΩΝ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ.

2.3.1. Η διάκριση του προσυμφώνου σε μονομερώς και αμφιμερώς δεσμευτικό.

Ευρέως διαδεδομένη στην θεωρητική και νομολογιακή ανάπτυξη της συμβατικής μορφής του προσυμφώνου είναι η διάκριση των προσυμφώνων σε αμφιμερώς και μονομερώς δεσμευτικά. Η διάκριση, όπως υποστηρίζεται¹²⁷, σχετίζεται με τα αν και τα δύο μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, οπότε το προσύμφωνο χαρακτηρίζεται ως αμφιμερώς δεσμευτικό ή μόνο το ένα, με το έτερο να διατηρεί κατ' αποκλειστικότητα το δικαίωμα να απαιτήσει την κατάρτιση της κυρίας σύμβασης.

Σύμφωνα με μία άλλη διατύπωση¹²⁸, η οποία όμως προσδίδει διαφορετικό προσανατολισμό στο κριτήριο της ανωτέρω διάκρισης, ο χαρακτηρισμός ενός προσυμφώνου ως αμφιμερώς ή μονομερώς δεσμευτικού αποτελεί αντικείμενο της συμφωνίας των μερών τα οποία, στο πλαίσιο της κατ' άρθρον 361 ΑΚ ελευθερίας των συμβάσεων μπορούν να συμφωνήσουν ότι μόνο το ένα μέρος δικαιούται να θέσει σε κίνηση τον μηχανισμό για την σύναψη της οριστικής σύμβασης καλώντας προς τούτο το έτερο μέρος, που υποχρεούται να συμμορφωθεί στην σχετική πρωτοβουλία. Σύμφωνα με την άποψη αυτή η διάκριση του προσυμφώνου σε

124 Βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 26, Κρητικό, ό.π., σελ. 246 επ. Όταν το προσύμφωνο είναι συμβολαιογραφικό, οι συμφωνίες αρραβώνα και ποινικής ρήτρας πρέπει ομοίως, ως παρεπόμενες συμβάσεις, να περιβληθούν τον συμβολαιογραφικό τύπο. Επί δε παράβασης των όρων για τους οποίους ετέθη η ποινική ρήτρα το συμβόλαιο αποτελεί εκτελεστό τίτλο για την απαίτηση από την κατάπτωσή της (Παντελίδου ό.π., αρ. 136).

125 Υποστηρίζεται (Βαθρακοκοίλης σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 16) η δυνατότητα εφαρμογής για την εξασφάλιση του εκ προσυμφώνου δικαιώματος όλων των γνωστών μέσων όπως προσημείωση ή υποθήκη, συντηρητική κατάσχεση, απαίτηση παροχής εγγυήσεως, για δικαστική μεσεγγύηση και Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 88, Κρητικό, ό.π., σελ. 249-251

126 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 90, Περισσότερα για την εκπλήρωση του προσυμφώνου σε περίπτωση πτώχευσης κάποιου εκ των δύο μερών βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 43 επ. και Κρητικό, ό.π., σελ. 265 επ.

127 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 8, Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 44, 45, Παπαστερίου – Κλαβανίδου, Δίκαιο της Δικαιοπραξίας Εκδ. 2008, παρ. 28, αρ. 5

128 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 70, Παντελίδου, ό.π., αρ. 22, Τριάντο, ό.π., 166, αρ. 435

αμφιμερώς ή μονομερώς δεσμευτικό δεν προκύπτει με αντικειμενικά κριτήρια και δεν είναι εγγενής στο προσύμφωνο, αφού κατά κανόνα για την κατάρτιση οριστικής σύμβασης, για την οποία απαιτούνται οι δηλώσεις βουλήσεως δύο προσώπων, υποχρεωτική θα είναι η σύμπραξη και των δύο προσώπων, αλλά εξαρτάται από την συμφωνία των μερών, τα οποία αποφασίζουν να παραχωρηθεί στο ένα εκ των δύο το δικαίωμα να κινήσει την διαδικασία κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, χωρίς κατά τα άλλα να δύνανται να μεταβάλλουν την αναλογία των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων που προβλέπει ο νόμος για κάθε σύμβαση¹²⁹.

Περαιτέρω, στο πλαίσιο της παραπάνω απόψεως, δεν ασκεί καμία επιρροή για τον χαρακτηρισμό του προσυμφώνου το εάν δυνάμει αυτού συμφωνείται η κατάρτιση αμοτεροβαρούς ή ετεροβαρούς σύμβασης¹³⁰. Ωστόσο, δεν αποκλείεται να αποτελέσει ένδειξη για τον τελικό χαρακτηρισμό του προσυμφώνου ελλείψει σαφώς συναγόμενης βούλησης των μερών. Εν αμφιβολία βέβαια, θα πρόκειται για αμφιμερώς δεσμευτικό προσύμφωνο, που είναι και το συνηθέστερο στις συναλλαγές. Από την άλλη πλευρά, επί υπόσχεσης για κατάρτιση μονομερούς δικαιοπραξίας δύσκολα μπορεί να νοηθεί αμφιμερώς δεσμευτικό προσύμφωνο, αφού ο υπόχρεος στην κατάρτιση δεν έχει κάποιο νόημα να κινήσει την διαδικασία κατά του άλλου μέρους, που εκ των πραγμάτων δεν θα συμβληθεί στην οριστική σύμβαση. Επιπλέον υποστηρίζεται¹³¹ ότι και η φύση της παροχής από την μέλλουσα οριστική σύμβαση μπορεί να διαδραματίσει κάποιο ρόλο στον σχετικό χαρακτηρισμό, όπως για παράδειγμα επί προσυμφώνου εισόδου σε κοινωνία, όπου δεν μπορεί η είσοδος να εκβιαστεί με αγωγή¹³².

Όσον αφορά τον τρόπο ανάπτυξης της δέσμευσης από το ετερομερώς δεσμευτικό προσύμφωνο ειδικά όταν ο δικαιούχος προεκπληρώσει κάποια παροχή πηγάζουσα από την οριστική σύμβαση, προκαταβάλει για παράδειγμα το τίμημα της οριστικής σύμβασης, έχει διατυπωθεί η άποψη ότι η προεκπλήρωση αυτή πραγματοποιείται προς εξαγορά του αποκλειστικού δικαιώματος του δικαιούχου προς θέση σε κίνηση του μηχανισμού κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, ως αντάλλαγμα για την διατήρηση της υποχρέωσης του άλλου μέρους να δεχθεί την σύναψη όταν ο πρώτος ασκήσει το σχετικό δικαίωμά του. Επιπλέον, εάν ο εξ ετερομερώς δεσμευτικού προσυμφώνου δικαιούχος δεν ασκήσει το δικαίωμά του να ζητήσει την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης μέσα στην τυχόν ορισθείσα στο προσύμφωνο προθεσμία, η

129 Χαρακτηριστικό παράδειγμα από την νομολογία η ΑΠ 72/2007 στην οποία τα μέρη κατήρτισαν προσύμφωνο σύμβασης εργασίας με την χορήγηση στον μέλλοντα εργαζόμενο του αποκλειστικού δικαιώματος να κινήσει την διαδικασία της σύναψης της οριστικής σύμβασης από τον εργοδότη. Δεν μεταβάλλεται από την συμφωνία αυτή η αναλογία των παροχών της σύμβασης εργασίας για την κατάρτιση της οποίας θα απαιτηθεί η σύμπραξη και του εργαζομένου και του εργοδότη.

130 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 9, Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 45

131 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 29, Κρητικό, ό.π, σελ. 76

132 Βλ Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ., 166, σελ. 463, υποσ.38

αδράνεια αυτή μπορεί να ερμηνευθεί ως παραίτηση από το σχετικό δικαίωμα¹³³.

Από την άλλη πλευρά σε αμφισβήτηση έχει τεθεί και η ίδια η σημασία και η βαρύτητα της διάκρισης του προσυμφώνου σε αμφιμερώς και ετερομερώς δεσμευτικό, ειδικότερα δε αμφισβητείται η ορθότητα του ετερομερώς δεσμευτικού προσυμφώνου. Εφόσον, υποστηρίζεται¹³⁴, και το προσύμφωνο είναι σύμβαση, η δέσμευση που πηγάζει εξ αυτού για σύμπραξη στην κατάρτιση οριστικής σύμβασης με συγκεκριμένο περιεχόμενο υφίσταται εκατέρωθεν για τα μέρη, η μόνη διαφορά έγκειται στο ποιο από τα μέρη έχει συμφέρον να απαιτήσει την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Και σε περίπτωση συναπτέας αμφοτεροβαρούς σύμβασης, συμφέρον θα έχουν κατά κανόνα και τα δύο μέρη, σε κάθε δε άλλη περίπτωση ο δανειστής της παροχής. Ο μόνος τρόπος κατά κυριολεξία εμφάνισης ετερομερώς δεσμευτικού προσυμφώνου είναι όταν με το προσύμφωνο συμφωνείται η μελλοντική κατάρτιση μονομερούς δικαιοπραξίας, ή όταν το προσύμφωνο καταρτίζεται με την μορφή της γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου.

Πράγματι η διάκριση του προσυμφώνου σε αμφιμερώς και ετερομερώς δεσμευτικό δεν φαίνεται ότι παρουσιάζει κάποια λειτουργικότητα ή πρακτική χρησιμότητα. Δεν μπορεί να γίνεται λόγος για ανάληψη της υποχρέωσης κατάρτισης της οριστικής σύμβασης από το ένα μέρος μόνο, την στιγμή που για την σύναψη οποιαδήποτε σύμβασης κατά κανόνα θα πρέπει να συμπράξουν δύο πρόσωπα. Από την άλλη πλευρά ακόμα κι αν δεχθούμε ως κριτήριο της διάκρισης το ότι σε ένα ή και στα δύο μέρη απονέμεται η ευχέρεια εκκίνησης της διαδικασίας κατάρτισης οριστικής σύμβασης, η συμφωνία αυτή σχετίζεται αποκλειστικά με την συμβατική ελευθερία και τον τρόπο που τα μέρη σταθμίζουν τα συμφέροντά τους και δεν απαιτείται να λαμβάνει νομικό σχήμα υπό την κρινόμενη διάκριση. Άλλωστε, ελλείψει μίας τέτοιας συμφωνίας, εξ ορισμού προκύπτει ότι όταν σκοπείται δια του προσυμφώνου η κατάρτιση αμφοτεροβαρούς οριστικής σύμβασης, αμφότερα τα μέρη δύνανται να αναλάβουν την πρωτοβουλία της σύναψής της, ενώ όταν σκοπείται η σύναψη ετεροβαρούς σύμβασης ή μονομερούς δικαιοπραξίας κατά κανόνα ο δανειστής της παροχής και ο αποκτών συμφέρον από την μονομερή δικαιοπραξία αντίστοιχα.

2.3.2. Κατάρτιση προσυμφώνου υπό την μορφή σύμβασης υπέρ τρίτου.

Περαιτέρω, όπως υπαινιχθήκαμε, σε προσύμφωνο μπορεί να συμφωνηθεί η οριστική

133 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 111, και νομολογιακό παράδειγμα υποσ. 118, όπου η παρέλευση απράκτου μεγάλου χρονικού διαστήματος από τον εργαζόμενο από την λήξη της συμφωνηθείσας προθεσμίας προς κατάρτιση της σύμβασης εργασίας κρίθηκε ως σιωπηρή παραίτηση από τα απορρέοντα εκ του προσυμφώνου δικαιώματα.

134 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 23, 24, 25

σύμβαση να καταρτισθεί μεταξύ των μερών ή ενός μόνο εξ αυτών και ενός τρίτου προσώπου, οπότε το προσύμφωνο λαμβάνει την μορφή σύμβασης υπέρ τρίτου. Στην περίπτωση αυτή υποκείμενο των εκ προσυμφώνου υποχρεώσεων θα πρέπει να είναι κάποιο από τα μέρη που συμβάλλονται στο προσύμφωνο και οπωσδήποτε όχι ο τρίτος, εφόσον είναι αδύνατο να πηγάζουν από σύμβαση υποχρεώσεις σε βάρος προσώπου το οποίο δεν συμβάλλεται σε αυτήν¹³⁵. Το αν, από την άλλη, ο τρίτος αποκτά δικαίωμα να απαιτήσει ο ίδιος απευθείας την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης από το υπόχρεο δια του προσυμφώνου μέρος, αποτελεί ζήτημα ερμηνείας της βουλήσεως των συμβαλλομένων στο προσύμφωνο, οπότε το προσύμφωνο αναλόγως θα χαρακτηριστεί ως γνήσια ή μη γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου¹³⁶.

2.4. Ο ΤΡΟΠΟΣ ΕΚΠΛΗΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΕΝΟΧΗΣ.

Όπως γίνεται φανερό και από τα παραπάνω, για την εκπλήρωση της ενοχής από προσύμφωνο, ήτοι για την κατάρτιση της συμφωνηθείσας οριστικής σύμβασης, πρέπει κάποιο από τα μέρη να αναλάβει την σχετική πρωτοβουλία. Έτσι, εκτός ίσως από τις περιπτώσεις όπου στο προσύμφωνο συμφωνείται ότι και τα δύο μέρη υποχρεούνται να συμπράξουν σε συγκεκριμένο χρόνο με την πρόβλεψη δήλης ημέρας ή προθεσμίας εκπληρώσεως, ο ενδιαφερόμενος κατά κανόνα θα καλέσει το έτερο μέρος στον συμφωνηθέντα ή άλλως προσήκοντα τόπο προκειμένου να καταρτισθεί με την σύμπραξη αμφοτέρων η οριστική σύμβαση¹³⁷. Η κλήση του έτερου μέρους μπορεί να γίνει με οποιονδήποτε τρόπο, όπως για παράδειγμα με κοινοποίηση εξώδικης πρόσκλησης.

Κατά τα άλλα η οριστική σύμβαση θα πρέπει να περιέχει τους όρους και τις συμφωνίες που περιέχονται στο προσύμφωνο, εκτός εάν έχει συμφωνηθεί στον ενδιάμεσο χρόνο απόκλιση από τα αρχικώς συμφωνηθέντα. Εκτός από την τροποποίηση των αρχικώς στο προσύμφωνο διαληφθέντων, με πρόσθετη συμφωνία μπορούν τα μέρη να προβούν σε προσθήκες στην αρχική τους συμφωνία ή και να ρυθμίσουν δευτερεύοντα σημεία τα οποία αφέθηκαν αρρήθμιστα στο προσύμφωνο. Ως προς τις αποκλίσεις αυτές γίνεται δεκτό ότι η καταρτισθείσα σύμβαση είναι νέα σύμβαση και όχι εκείνη που αποτέλεσε το αντικείμενο της εκ προσυμφώνου ενοχής. Ομοίως εάν η οριστική σύμβαση καταρτισθεί εκτός της ανατρεπτικής προθεσμίας ή της δήλης ημέρας που καθορίζονται στο προσύμφωνο, θα πρόκειται για νέα απ'ευθείας οριστική σύμβαση που δεν

135 Ακόμα κι αν θεωρηθεί σύμβαση σε βάρος τρίτου, και πάλι κατ' άρθρον 415 ΑΚ, ο τρίτος μπορεί να αρνηθεί την καταβολή, βλ. Κρητικό, ό.π., σελ.223-224, Για το ότι προσύμφωνο συνάπτεται και ως σύμβαση εις βάρος τρίτου βλ. Ράμμο σε ΕρμΑΚ 166, αρ. 7.

136 βλ. Μπαλή, ό.π., παρ. 58, σελ. 165-166, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 10, Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 46, Κρητικό, ό.π., σελ. 219 επ., Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 13

137 Για τον μηχανισμό εκκίνησης της διαδικασίας σύναψης της οριστικής σύμβασης, βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 309 επ.

καταρτίζεται εις εκτέλεση του προσυμφώνου¹³⁸.

2.4.1. Η εκπλήρωση δι' αυτοσυμβάσεως.

Πέραν των ανωτέρω, προσύμφωνο μπορεί να καταρτισθεί από μόνο το ένα μέρος όταν στο προσύμφωνο περιέχεται ρήτρα αυτοσύμβασης και παρέχεται πληρεξουσιότητα του ενός μέρους προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης υπό μόνον του έτερου μέρους αφενός ατομικώς και αφετέρου υπό την ιδιότητά του ως άμεσου αντιπροσώπου του πληρεξουσιοδότη κατ' άρθρον 235 ΑΚ¹³⁹. Γίνεται δεκτό¹⁴⁰ ότι η ως άνω ρήτρα ενεργοποιείται μόνο όταν ο αντιπροσωπευόμενος δεν προσέρχεται εκουσίως για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, οπότε, σύμφωνα με μία άποψη η πληρεξουσιότητα τελεί υπό την αίρεση της μη εμπρόθεσμης εμφανίσεως ή συμπράξεως του δότη¹⁴¹. Έχει υποστηριχθεί¹⁴² ότι είναι δυνατή η παροχή πληρεξουσιότητας για αυτοσύμβαση και σιωπηρώς, όταν στο προσύμφωνο περιλαμβάνεται όρος κατά τον οποίο, επί αρνήσεως του υποχρέου, η σύμβαση θα καταρτισθεί υπό μόνο του ετέρου μέρους. Ωστόσο, η σιωπηρή παροχή πληρεξουσιότητας αποκλείεται όταν το προσύμφωνο αφορά δικαιοπραξία που υποβάλλεται σε τύπο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 217 παρ. 2 ΑΚ¹⁴³. Περαιτέρω, προκειμένου να εξασφαλισθεί η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης η πληρεξουσιότητα με άδεια για αυτοσύμβαση μπορεί να συμφωνηθεί αμετάκλητη, ρύθμιση επιτρεπτή αφού, κατ' άρθρον 218 ΑΚ, δεν σχετίζεται μόνο με τα συμφέροντα του αντιπροσωπευομένου. Αν ανακληθεί η πληρεξουσιότητα, και ο ανακαλέσας είχε παραιτηθεί στο προσύμφωνο από το δικαίωμα ανάκλησης, τότε η ανάκληση είναι άκυρη¹⁴⁴. Αν όμως είχε επιφυλάξει για τον εαυτό του το δικαίωμα αυτό, τότε η σύμβαση θεωρείται ότι έγινε από πρόσωπο στερούμενο εξουσίας αντιπροσώπευσης και το κύρος της συναφθείσης σύμβασης θεωρείται μετέωρο και εξαρτώμενο από την έγκριση του αντιπροσωπευόμενου, κατ' άρθρον 229 ΑΚ¹⁴⁵.

2.5. ΧΡΟΝΟΣ ΕΚΠΛΗΡΩΣΗΣ ΤΗΣ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ ΕΝΟΧΗΣ

Δεδομένης της φύσης του προσυμφώνου ως προπαρασκευαστικής σύμβασης μίας άλλης δικαιοπραξίας που δεν έχει ακόμη καταρτισθεί, κατά κανόνα ανάμεσα στην κατάρτιση του προσυμφώνου και στην κατάρτιση της κυρίας σύμβασης θα μεσολαβεί κάποιος, μικρότερος ή

138 Βλ Κρητικό, ό.π, σελ. 311, και 318-319

139 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 115, Παντελίδου, ό.π., αρ. 199 επ. Κρητικό, ό.π, σελ. 359

140 βλ. Κρητικό ό.π, 359, Παντελίδου, ό.π., αρ. 202

141 Ειδικά περί αίρεσης βλ. Παντελίδου, αρ. 202

142 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 199, Κρητικό, ό.π, σελ. 360

143 βλ. Και Τριάντο, ό.π, 166, σελ. 444, Παντελίδου, ό.π., αρ. 200, ΑΠ 328/2009

144βλ. Παντελίδου, αρ. 201, Κρητικό, ό.π, σελ. 360, ΑΠ 1728/2008 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

145 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 361

μεγαλύτερο, χρονικό διάστημα. Ο προσδιορισμός του χρόνου κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, επομένως αποκτά ιδιαίτερη σημασία για το προσύμφωνο, αφενός επειδή συγκαθορίζει το ληξιπρόθεσμο της αξίωσης κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, με την εκπλήρωση της οποίας κατά απολύτως κρατούσα γνώμη αποσβήνεται η ενοχή από το προσύμφωνο¹⁴⁶, αφετέρου αποτελεί το αφετηριακό σημείο της παραγραφής της εκ προσυμφώνου αξίωσης¹⁴⁷.

Κατ'αρχήν ο χρόνος εκπλήρωσης της ενοχής καθορίζεται από το νόμο ή με συμφωνία των μερών¹⁴⁸. Στο προσύμφωνο δεν υφίσταται εκ του νόμου υποχρέωση για τα μέρη να καθορίσουν τον χρόνο κατάρτισης της οριστικής σύμβασης¹⁴⁹. Ωστόσο, στις περιπτώσεις όπου έχει υπάρξει συμφωνία των μερών περί του χρόνου κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, ο χρόνος αυτός μπορεί να συμφωνείται ρητώς ή να συνάγεται σιωπηρώς¹⁵⁰ από το περιεχόμενο των δηλώσεων βουλήσεως των μερών.

Ειδικότερα, τα μέρη μπορούν να καθορίσουν δήλη ημέρα κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, υπό την έννοια ότι τα μέρη πρέπει να προσέλθουν στον συμφωνηθέντα τόπο χωρίς ιδιαίτερη όχληση και να καταρτίσουν την οριστική σύμβαση¹⁵¹. Δεν μπορεί κανένα από τα μέρη να αξιώσει την σύμπραξή του ετέρου στην κατάρτιση της σύμβασης πριν την έλευση της δήλης ημέρας, οπότε η αξίωση από το προσύμφωνο καθίσταται ληξιπρόθεσμη και απαιτητή. Με την άπρακτη παρέλευση της συμφωνηθείσας δήλης ημέρας, ενδέχεται, όπως θα εξετασθεί κατωτέρω, να επέλθουν, ανάλογα με την ιδιότητα του μέρους που αδρανεί, τα αποτελέσματα της υπερημερίας δανειστή ή οφειλέτη¹⁵², εκτός εάν τα μέρη προβλέψουν για την περίπτωση αυτή ανατροπή του προσυμφώνου και ματαίωση της κατάρτισης της οριστικής σύμβασης¹⁵³.

Περαιτέρω, είναι δυνατή η θέση προθεσμίας από τα μέρη εντός της οποίας θα πρέπει να συναφθεί η κυρία σύμβαση. Η εκ προσυμφώνου παροχή καθίσταται τότε ληξιπρόθεσμη με την έλευση και της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας, εκτός εάν η συμφωνία έχει τεθεί προς το συμφέρον ενός από τα μέρη, το οποίο δικαιούται να ζητήσει την εκπλήρωση και πριν την εκπνοή αυτής¹⁵⁴. Ο υπόχρεος πάντως μπορεί κατ' άρθρον 324 ΑΚ να εκπληρώσει εκουσίως και πριν την

146βλ. Βαθρακοκόη EPNOM AK, 166, αρ. 18

147βλ. αντί πολλών βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166, αρ. 96, Κατρά, ό.π., παρ. 58, σελ. 227-228, ΑΠ 949/2009, ΑΠ 2356/2009 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

148 βλ. Βαθρακοκόη σε EPNOMAK 166, αρ. 18, βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166, αρ. 17, Τριάντο, ό.π., αρ. 448

149 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166, αρ. 107, ΕφΘεσ 1788/1998 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

150βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166, αρ. 17, Αντίθετη γνώμη Παντελίδου ό.π., αρ. 328, ΕφΠειρ 3265/2015, ΕφΘεσ 1788/1998 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

151 βλ. Αθανασόπουλο Τ. - Αθανασόπουλο Α., Οι δικαιοπραξίες (Γ' Έκδοση) με τα προσαρτώμενα στο σύνολο των συμβ/κών πράξεων σε συνδ. Με τον Ε.Ν.Φ.Ι.Α., 2018 σελ. 1003, βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166 αρ. 108

152βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166, αρ. 108

153 βλ. Κρητικό ό.π., σελ. 295

154 βλ. Κρητικό ό.π., σελ. 298

πάροδο της προθεσμίας¹⁵⁵. Ανάλογα με τις συνέπειες της άπρακτης παρέλευσης της τεθείσης προθεσμίας, μπορεί να θεωρηθεί ως απλή προθεσμία εκπλήρωσης της εκ προσυμφώνου ενοχής είτε ως διαλυτική. Υπό την πρώτη εκδοχή, με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας παραμένει ενεργή η ενοχή από το προσύμφωνο και ο ενδιαφερόμενος μπορεί να καλέσει εκ νέου το μέρος που έχει αδρανήσει για να προβούν στην σύναψη, ενώ από την άλλη, ή παρέλευση της διαλυτικής άλλως ανατρεπτικής προθεσμίας επάγεται την ανατροπή του προσυμφώνου και την ματαίωση της κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, με τις εκατέρωθεν τυχόν δοθείσες παροχές ή τον αρραβώνα να καθίστανται επιστρεπτές κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό (ΑΚ 904 επ.)¹⁵⁶. Το πότε η προθεσμία έχει τον χαρακτήρα προθεσμίας εκπλήρωσης ή διαλυτικής καθορίζεται ρητώς ή συνάγεται σιωπηρώς από την συμφωνία των μερών, οπότε γίνεται δεκτό ότι εφαρμόζονται αναλογικώς οι διατάξεις για τις αναβλητικές ή διαλυτικές αιρέσεις κατ' άρθρον 210 ΑΚ. Σε περίπτωση που δεν μπορεί να συναχθεί με σαφήνεια, κατά κρατούσα γνώμη σε θεωρία και νομολογία, θα πρόκειται για απλή προθεσμία εκπλήρωσης¹⁵⁷. Για προθεσμία εκπλήρωσης θα πρόκειται κατά την νομολογία και σε περίπτωση που το υπόχρεο από προσύμφωνο πωλήσεως μέρος έχει καταβάλει άμα τη καταρτίσει του προσυμφώνου το μεγαλύτερο μέρος του τιμήματος από την οριστική σύμβαση και του έχει παραδοθεί η κατοχή του πράγματος¹⁵⁸, αλλά και όταν παρέχεται από το ένα μέρος στο άλλο πληρεξουσιότητα για κατάρτιση της οριστικής σύμβασης με ρήτρα αυτοσύμβασης στο προσύμφωνο¹⁵⁹.

Αν ουδόλως προκύπτει από το προσύμφωνο ο καθορισμός του χρόνου κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, μπορεί να συνάγεται από τις περιστάσεις ή από τη φύση της οριστικής σύμβασης¹⁶⁰. Αν πάλι δεν μπορεί να συναχθεί ο χρόνος εκπλήρωσης με κανέναν τρόπο, γίνεται ομοφώνως δεκτό σε θεωρία και νομολογία, ότι ο ενδιαφερόμενος μπορεί να καλέσει το έτερο μέρος να συμπράξει στην σύναψη της σύμβασης μέσα σε εύλογο χρόνο, καθοριζόμενο από τις επιταγές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών¹⁶¹, κατ' ανάλογη εφαρμογή της

155 βλ. Παντελίδου ό.π., αρ. 332

156 ΑΠ 949/2009, ΑΠ 1851/2009, ΑΠ 2356/2009. Έχει υποστηριχθεί και η πιθανότητα με την τεθειμένη προθεσμία να καθορίζεται το πότε θα καταρτισθεί η κυρία σύμβαση αλλά να υπάρχει αβεβαιότητα ως προς το εάν, οπότε ο σχετικός όρος θα ισχύει ως εξουσιαστική αίρεση (Τριάντος, ό.π., αρ. 448, Γεωργιάδης σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 13). Έντονη αντίθεση Κρητικού (ό.π., σελ. 180-181) και πλειοψηφίας, αφού η προσθήκη εξουσιαστικής αίρεσης δεν συνάδει με την φύση και την άνευ ετέρου δεσμευτικότητα που παράγει για τα μέρη το προσύμφωνο.

157 βλ. Γεωργιάδης σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 109 αντί πολλών Παντελίδου ό.π., αρ. 336, για την οποία σιωπηρή διαλυτική προθεσμία δεν πρέπει να γίνει δεκτή γιατί είναι ασυμβίβαστη με τα συμφέροντα των συμβαλλομένων, γενικώς βλ. Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 18, ΑΠ 949/2009, ΑΠ 58/1997, ΑΠ 8528/2005 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

158 Καθ' όσον δεν θεωρείται ορθή η ανατροπή του προσυμφώνου, εφόσον έχουν αρχίσει ήδη να επέρχονται τα αποτελέσματα της κυρίας σύμβασης. (Παντελίδου, ό.π., αρ. 339), εάν όμως έχει συμφωνηθεί αποκλειστική προθεσμία, δεν μπορεί να θεωρηθεί προθεσμία εκπλήρωσης απλώς και μόνο επειδή τα μέρη έχουν προβεί σε προεκπλήρωση., Επιπλέον βλ. Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 47, Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ 166, αρ. 5

159 βλ. Γεωργιάδης σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 109

160 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ 302

161 βλ. Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 18, ΕφΑθ 3359/1990, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

διάταξης του άρθρου 323 ΑΚ¹⁶².

Δυνατή είναι και η κατόπιν συμφωνίας των μερών παράταση της αρχικώς τεθειμένης προθεσμίας κατάρτισης της οριστικής σύμβασης¹⁶³. Στο πλαίσιο αυτό έχει υποστηριχθεί ότι επί απλής προθεσμίας εκπλήρωσης η παράταση μπορεί να γίνει άτυπα και σιωπηρώς¹⁶⁴, καλώντας απλώς ο ενδιαφερόμενος το έτερο μέρος σε οποιαδήποτε μεταγενέστερη προθεσμία για την σύναψη της σύμβασης, ενώ σε περίπτωση ανατρεπτικής προθεσμίας η συμφωνία παράτασης αποτελεί κατ' ουσίαν τροποποίηση του προσυμφώνου και πρέπει να καταρτισθεί ρητά και να περιβληθεί τον αυτό τύπο με το προσύμφωνο¹⁶⁵.

2.5.1. Η παραγραφή της αξίωσης από το προσύμφωνο.

Κατά απολύτως κρατούσα γνώμη και παρά τις αμφισβητήσεις που είχαν διατυπωθεί στο παρελθόν¹⁶⁶, ελλείψει ειδικής νομοθετικής ρύθμισης η εκ προσυμφώνου αξίωση υπόκειται στην κοινή εικοσαετή παραγραφή κατ' άρθρον 249 ΑΚ, ανεξαρτήτως του εάν οι αξιώσεις από την μέλλουσα να συναφθεί οριστική σύμβαση υπόκεινται σε συντομότερη παραγραφή¹⁶⁷. Η παραγραφή εκκινεί από όταν η εκ προσυμφώνου αξίωση καθίσταται ληξιπρόθεσμη και δικαστικώς επιδιώξιμη. Ληξιπρόθεσμη καθίσταται η εκ προσυμφώνου αξίωση με την πάροδο του καθορισθέντος στο προσύμφωνο χρόνου για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης ή από την παρέλευση του χρόνου κατά τον οποίο το ένα μέρος κάλεσε το έτερο για την σύμπραξη αμοφτέρων στην κατάρτιση της κυρίας σύμβασης. Όσον αφορά το δικαστικώς επιδιώξιμο, κατά κανόνα συμπίπτει με το ληξιπρόθεσμο εκτός εάν συντρέχει νομικό κώλυμα στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, ή το προσύμφωνο τελεί υπό αίρεση, οπότε η αξίωση μπορεί να ασκηθεί δικαστικώς με την άρση του νομικού κωλύματος ή την πλήρωση της αίρεσης αντίστοιχα¹⁶⁸.

162 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166, αρ. 112, ανάλογη και προσαρμοσμένη θα είναι κατά τον Κρητικό (σελ. 300 επ.) η εφαρμογή του 323 ΑΚ καθώς η παραχρήμα εκπλήρωση της ενοχής δεν συνάδει με την φύση και λειτουργία του προσυμφώνου ως προπαρασκευαστικού μίας άλλης σύμβασης που για κάποια αιτία δεν δύναται να καταρτισθεί αμέσως.

163 ΕφΑθ 8528/2005, ΕφΠειρ3265/2015. Κατά τον Κρητικό, (ό.π. σελ. 295 υποσ. 3Α), όταν παρά την παρέλευση της αρχικώς τεθειμένης προθεσμίας δεν έχουν αρθεί ακόμη τα νομικά ή πραγματικά κωλύματα που εμποδίζουν την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, μπορούν τα μέρη να προβούν σε συμφωνία παράτασης, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 18

164 Οποτεδήποτε από την αρχική προθεσμία μέχρι την συμπλήρωση του χρόνου παραγραφής (Βούλγαρης σε Βίτσα Π., Γεωργιάδου Μ., Μάνθου Α., Παναγιωτόπουλου Β., Φανού Μ., Καρακώστα Ι “Αγωγές γενικών αρχών Αστικού Δικαίου: ερμηνεία, υποδείγματα”, 2016, παρ.63, αρ. 14).

165 βλ. Αθανασόπουλο, ό.π., σελ. 1004, όπου τονίζεται η τήρηση τύπου για την παράταση διαλυτικής προθεσμίας, και εν γένει κατατάσσεται η παράταση στους ουσιώδεις όρους του προσυμφώνου.

166 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 307, ο οποίος υποστηρίζει με τελεολογικής φύσεως επιχειρήματα ότι εάν προβλέπεται από τον νόμο βραχύτερη παραγραφή για την αξίωση από την οριστική σύμβαση, θα έπρεπε η σχετική ειδική ρύθμιση να ισχύσει και για το προσύμφωνο της σύμβασης αυτής, ΕφΛαρ 388/2014

167 βλ. Παντελίδου, ό.π., 334 επ.

168 Αντί άλλων βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωρ. - Σταθ 166, αρ. 95

2.6. ΑΠΟΣΒΕΣΗ ΤΗΣ ΕΝΟΧΗΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ

Με την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης κατά κρατούσα γνώμη¹⁶⁹ αποσβήνεται η ενοχή από το προσύμφωνο. Οι σχέσεις των μερών ρυθμίζονται πλέον από τους όρους και τις ρυθμίσεις της κυρίας σύμβασης, το περιεχόμενο της οποίας κατά κανόνα θα έχει περιληφθεί και στο προπαρασκευαστικό αυτής προσύμφωνο, μπορεί όμως και να διαφοροποιείται από αυτό, εφόσον, όπως είδαμε υφίσταται πρόσθετη συμφωνία περί της απόκλισης αυτής. Κατά τα άλλα η εκ του προσυμφώνου ενοχή αποσβήνεται λόγω σύγχυσης των ιδιοτήτων του δανειστή και του υποχρέου σε ένα και το αυτό πρόσωπο κατ' άρθρον 453 ΑΚ, δια της παραιτήσεως το εκ προσυμφώνου δικαιούχου με την σύναψη σύμβασης με τον υπόχρεο εν είδει άφεσης χρέους¹⁷⁰ κατ' άρθρον 454 ΑΚ, με την κατάρτιση αντίθετης συμφωνίας, ή με την κατ' άλλο τρόπο επίτευξη του σκοπού της εκ προσυμφώνου ενοχής εκτός της σύναψης της οριστικής σύμβασης¹⁷¹.

ΕΝΟΤΗΤΑ 3

Η ΑΝΩΜΑΛΗ ΕΞΕΛΙΞΗ ΣΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ

3.1. Η ΑΞΙΩΣΗ ΓΙΑ ΑΥΤΟΥΣΙΑ ΕΚΠΛΗΡΩΣΗ ΤΗΣ ΕΝΟΧΗΣ ΑΠΟ ΤΟ

ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ – Η ΚΑΤΑΔΙΚΗ ΣΕ ΔΗΛΩΣΗ ΒΟΥΛΗΣΕΩΣ (ΚΠολΔ 949)

Όπως σε κάθε ενοχική σύμβαση, καί στην περίπτωση του προσυμφώνου το σύνηθες και το επιθυμητό είναι να αποσβήνεται η γεννηθείσα ενοχή με την εκούσια εκπλήρωση των υποχρεώσεων των μερών. Ωστόσο δεν αποκλείεται στην πράξη η ενοχή από το προσύμφωνο να εξελιχθεί παθολογικά επειδή κάποιο από τα δεσμευόμενα μέρη για οποιονδήποτε ή και κανέναν προφανή λόγο δεν συμπράττει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, αθετώντας την εκ προσυμφώνου υποχρέωσή του. Στην περίπτωση αυτή, εν όψει της υποχρεωτικότητας και του εξαναγκαστού της εκ προσυμφώνου ενοχής, παρέχεται στο έτερο μέρος το δικαίωμα να απαιτήσει δικαστικώς την αυτούσια εκπλήρωση της οφειλόμενης παροχής, μέσω της άσκησης αγωγής με αίτημα την καταδίκη του μέρους που δυστροπεί σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ.

3.1.1. Γενικά για την καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως (ΚΠολΔ 949).

Η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως αποτελεί ένα ιδιότυπο μέσο αναγκαστικής

169 βλ. Κρητικό, ό.π. Σελ 334, Λαδά, ό.π, παρ. 37, αρ. 41, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 18

170βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 94

171βλ. Κρητικό ό.π., σελ. 336 επ., Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 20

εκτελέσεως¹⁷² το οποίο προβλέπεται νομοθετικά στο ειδικό μέρος της αναγκαστικής εκτελέσεως του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας από το άρθρο 949. Η διάταξη του άρθρου 949 ΚΠολΔ, μολονότι σύντομη σε έκταση συγκριτικά με τα υποσυστήματα των μέσων εκτέλεσης χρηματικών απαιτήσεων ή απαιτήσεων προς υλική πράξη ή παράλειψη, υποδεικνύει στην ουσία του τον τρόπο μέσω του οποίου επιφυλάσσεται από την έννομη τάξη η αναγκαστική πραγμάτωση γεγεννημένης αξίωσης προς νομική πράξη και ειδικότερα προς δήλωση βουλήσεως. Σε μία πρώτη σύνοψη το υπό εξέταση μέσο αναγκαστικής εκτέλεσης, όσον αφορά την ικανοποίηση του εκ προσυμφώνου δικαιώματος προς σύμπραξη σε κατάρτιση οριστικής σύμβασης, ενεργοποιείται με την άσκηση αγωγής ενώπιον του καθ' ύλην και κατά τόπον αρμοδίου Δικαστηρίου από τον εκ προσυμφώνου δικαιούχο ή, σε κάθε περίπτωση τον έχοντα περισσότερο συμφέρον να αναπτύξει την σχετική πρωτοβουλία¹⁷³, με αίτημα να καταδικασθεί το έτερο μέρος που δυστροπεί, σε δήλωση βούλησης με αντικείμενο το περιεχόμενο στο δεσμευτικό προσύμφωνο που έχει προηγηθεί μεταξύ των μερών. Το στοιχείο του εξαναγκασμού έγκειται στο γεγονός ότι με την καθ' οιονδήποτε τρόπο επέλευση της τελεσιδικίας της καταδικαστικής απόφασης η τελευταία θεωρείται, όπως ρητά αναφέρεται στην διάταξη του άρθρου 949 ΚΠολΔ, κατά πλάσμα δικαίου¹⁷⁴ ότι αναπληρώνει την δήλωση βούλησης του υπόχρεου μέρους, με αποτέλεσμα ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος που εξοπλίζεται με την παραπάνω τελεσιδική δικαστική απόφαση να μην χρειάζεται να αναμείνει περαιτέρω την εκούσια σύμπραξη του αντισυμβαλλομένου του, παρά μόνο να προβεί σε αποδοχή της ως άνω αναπληρωθείσης δήλωσης βούλησης ή σε τυχόν δική του απαιτούμενη αντιπαροχή ώστε η σύμβαση να θεωρηθεί καταρτισμένη.

Αξίζει να σημειωθεί, ότι μέχρι τον ν. ΓΦΝΔ/1910 με τον οποίο συμπληρώθηκε στο άρθρο 882 του Πολ 1834 δεν απονεμόταν στον δανειστή αξίωσης για δήλωση βούλησης η δυνατότητα καταδίκης του υποχρέου με την άσκηση αγωγής, ενώ νομολογιακά γινόταν δεκτό ότι ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος μόνο αγωγή προς αποζημίωση μπορούσε να εγείρει και όχι προς αυτούσια εκπλήρωση της ανηλειμμένης από το προσύμφωνο υποχρέωσης του οφειλέτη του. Αντιθέτως με την εισαγωγή του άρθρου 882 και νυν 949 ΚΠολΔ, προβλέφθηκε η δυνατότητα αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως όχι όμως πλέον προς αποζημίωση, με

172 Νικολόπουλο Γ., Αναγκαστική Εκτέλεση, εκδ. 2012, σελ. 290, βλ. Νικολόπουλο σε Κεραμέως Κ. Δ., Κονδύλη Δ. Γ., Νίκα Ν. Θ., Ερμηνεία του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας-εισαγωγικός νόμος, τόμος II, άρθ. 591-1054, 2000", 949, αρ. 1

173 Για τον Κρητικό (ό.π, σελ. 362), ο μηχανισμός της καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως εφαρμόζεται και επί αμφομερώς και επί ετερομερώς δεσμευτικού προσυμφώνου. Εύλογα στο αμφομερώς δεσμευτικό προσύμφωνο ο ενάγων έχει ήδη εκπληρώσει την δική του παροχή ή, εάν δεν την έχει εκπληρώσει, το δικαστήριο θα καταδικάσει σε δήλωση βούλησης μόλις εκπληρωθεί και η αντιπαροχή.

174 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 375, συνοπτικά για λειτουργία 949 ΚΠολΔ επί προσυμφώνου βλ. ενδεικτικά Γεωργιάδη Απ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, εκδ. 2012, παρ. 32, αρ. 38

μόνη εξαίρεση την περίπτωση ζημίας από την υπερημερία, οπότε μπορούσε να σωρευθεί μαζί με το αίτημα για καταδίκη και αίτημα για καταβολή αποζημίωσης λόγω της καθυστέρησης¹⁷⁵.

3.1.2. Προϋποθέσεις εφαρμογής άρθρου 949 ΚΠολΔ.

Όπως ήδη φαίνεται από τα ανωτέρω προϋποθέσεις¹⁷⁶ εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 949 ΚΠολΔ στην υπό κρίση περίπτωση είναι: α) η ύπαρξη εκ προσυμφώνου αξίωσης προς δήλωση βούλησης, β) η δικαστική επιδίωξη της ως άνω αξίωσης μέσω της άσκησης αγωγής, και γ) η έκδοση τελεσίδικης απόφασης επί της αγωγής αυτής.

3.1.2.1. Ύπαρξη εκ προσυμφώνου αξίωσης.

Όπως γίνεται παγίως δεκτό σε θεωρία και νομολογία, προκειμένου να τεθεί σε εφαρμογή ο μηχανισμός αναγκαστικής εκτελέσεως του άρθρου 949 ΚΠολΔ, πρέπει να υφίσταται αξίωση του ενάγοντος προς δήλωση βούλησεως, η οποία έχει νόμιμο έρεισμα στις διατάξεις του ουσιαστικού δικαίου, καθώς η ίδια η διάταξη δεν θεμελιώνει αφ' εαυτής σχετική απαίτηση προς δήλωση βούλησης αλλά υπαγορεύει απλώς τις προϋποθέσεις αναγκαστικής πραγμάτωσης μιας τέτοιας αξίωσης¹⁷⁷. Ειδικότερα η αξίωση της οποίας επιδιώκεται η αναγκαστική πραγμάτωση μπορεί να προέρχεται απευθείας από τον νόμο ή και από σύμβαση την οποία ο νόμος εξοπλίζει με δεσμευτικότητα¹⁷⁸. Ως κατ' εξοχήν σύμβαση στην οποία ο νόμος προσδίδει το στοιχείο της δεσμευτικότητας επομένως, το προσύμφωνο αποτελεί από τους κυριότερους δικαιοπαραγωγικούς λόγους της αξίωσης προς δήλωση βούλησης, και συνακόλουθα, νομική βάση της αγωγής κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ. Ωστόσο, δεν αρκεί η ύπαρξη και μόνο προσυμφώνου, πρέπει, όπως είναι εύλογο, το κατηρτισμένο προσύμφωνο να πληροί όλες τις προϋποθέσεις κύρους, όπως αναλύθηκαν παραπάνω, και ιδιαιτέρως να έχει περιβληθεί τον κατά νόμον απαιτούμενο κατ' άρθρον 166 ΑΚ τύπο και να περιέχει ορισμένο ή τουλάχιστον οριστό περιεχόμενο. Άλλως, επί ακύρου δηλαδή προσυμφώνου, δεν παράγεται δεσμευτικότητα ούτε γεννάται αξίωση προς δήλωση βούλησεως, αφού ο δικαιοπαραγωγικός λόγος της θεωρείται ότι ουδέποτε υφίστατο¹⁷⁹. Αξίζει άλλωστε να σημειωθεί ότι η ακυρότητα ελλείπει τύπου εξετάζεται αυτεπαγγέλτως από το Δικαστήριο, αφού οι διατάξεις δυνάμει των οποίων επιβάλλεται τύπος είναι δημόσιας τάξης¹⁸⁰.

175 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 362

176 βλ. Βαθρακοκοίλη Β., Κώδικας πολιτικής δικονομίας ερμηνευτική – νομολογιακή ανάλυση (κατ' άρθρο), Τόμος Ε' Άρθρα 904-981, εκδ. 1997, 949, αρ. 4

177 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 363

178 Βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 6, Νικολόπουλο σε Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα ΕρμΚΠολΔ, 949, αρ. 2, ΑΠ 945/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

179 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 207

180 βλ. Παντελίδου, σελ 80, ΜπρΑθ 10504/2017

3.1.2.2. Η άσκηση αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.

Η κίνηση του μηχανισμού της αναγκαστικής πραγμάτωσης της συμφωνηθείσας δήλωσης βουλήσεως σηματοδοτείται αποκλειστικά μέσω της άσκησης κοινής αγωγής ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου, δια της οποίας ζητείται η καταδίκη του υποχρέου σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ.

Πρόκειται για κοινή αγωγή, κατά απολύτως κρατούσα γνώμη¹⁸¹ ενοχικού χαρακτήρα, εκτός εάν, εκτός από την άσκηση της αξίωσης προς καταδίκη του υποχρέου σε δήλωση βουλήσεως ζητηθεί σωρευτικώς και η παράδοση πράγματος στην οποία αφορά η δήλωση βουλήσεως, οπότε ανάλογα με την φύση της δικαιοπραξίας σε εκτέλεση της οποίας ζητείται η παράδοση θα χαρακτηριστεί και το σχετικό σκέλος της αγωγής¹⁸². Κατά κανόνα επί προσυμφώνων, όπου το αίτημα για παράδοση θα αφορά την εκτέλεση επίσης ενοχικής δικαιοπραξίας, το σωρευτικώς ασκηθέν αίτημα δεν θα μεταβάλει την νομική φύση της αγωγής, ενώ δεν συμβαίνει το ίδιο με την άσκηση εμπράγματης φύσης δικαιώματος προς παράδοση ή απόδοση πράγματος όπως για παράδειγμα διεκδικητικής αγωγής κατ' άρθρον 1094 ΑΚ¹⁸³, οπότε κατά το σκέλος της καταδίκης σε δήλωσης βουλήσεως, η αγωγή θα είναι ενοχικής, ενώ κατά το σκέλος της παράδοσης, εμπράγματης φύσης. Για την εκδίκαση της υπό εξέταση αγωγής ακολουθείται κατά κανόνα η τακτική διαδικασία, δεδομένου ότι η φύση της διαφορά από αξίωση καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως είναι διάφορη της φύσης των διαφορών που θα πηγάζαν από την οριστική σύμβαση, οι οποίες ενδεχομένως να υπάγονται σε ειδική διαδικασία¹⁸⁴.

Το αίτημα της αγωγής για καταδίκη του υποχρέου σε δήλωση βούλησης γίνεται δεκτό μόνον όταν συντρέχουν όλες οι απαιτούμενες προϋποθέσεις παραδεκτού, νόμω και ουσία βάσιμου κάθε αγωγής, με τις ιδιομορφίες που αναλύονται αμέσως κατωτέρω:

3.1.2.2.α. Προϋποθέσεις παραδεκτού αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.

Κατ' αρχήν, προκειμένου να εξετασθεί στην ουσία της η αγωγή προς καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως και να διαπιστωθεί εάν πράγματι ο ενάγων είναι φορέας της εκ

181 βλ. αντί άλλων Κρητικό, ό.π, σελ. 365

182 Κατά Βαθρακοκοίλη (ΚΠολΔ 949, αρ. 29) ευνόητο είναι ότι, όταν η παράδοση κινητού αποτελεί προϋπόθεση για την εκ μέρους του υποχρέου σύμπραξη στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, όπως π.χ. επί re καταρτιζόμενων συμβάσεων, η αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως είναι ενοχική άνευ ετέρου. Επίσης βλ. Μπρίνια Ι. Αναγκαστική Εκτέλεσις τόμος δεύτερος β' εκδ. (ανατ.), 1979, 238, VII

183 βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 29

184 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 35. Η αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως εργοδότη προς σύναψη σύμβασης εργασίας με εργαζόμενο θα δικασθεί κατά την τακτική διαδικασία, αφού η παροχή συνίσταται σε δήλωση βούλησης, ενώ οι διαφορές εργαζομένων – εργοδοτών εν γένει κατά την διαδικασία των εργατικών διαφορών, αφού πηγάζουν από καταρτισμένη οριστική σύμβαση εργασίας.

προσυμφώνου αξίωσης πρέπει να πληρούνται οι προϋποθέσεις παραδεκτού της αγωγής, εκ των οποίων ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζουν η καθ'ύλην και κατά τόπον αρμοδιότητα, τα νομιμοποιούμενα πρόσωπα και το ορισμένο της αγωγής, καθώς και οι τυχόν προαπαιτούμενες ειδικές προϋποθέσεις ορισμένων αγωγών, όπως είναι η εγγραφή στα βιβλία διεκδικήσεων των κατά τόπον αρμοδίων υποθηκοφυλακείων κατ' άρθρον 220 ΚΠολΔ¹⁸⁵.

Όσον αφορά την καθ'ύλην αρμοδιότητα, κατά κρατούσα γνώμη στη θεωρία και στην νομολογία¹⁸⁶ η αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως υπάγεται στην κοινή αρμοδιότητα των πολιτικών δικαστηρίων, όπως προσδιορίζεται από την αξία του αντικειμένου της διαφοράς κατ' άρθρα 14 επ. ΚΠολΔ. Ως αξία βάσει της οποίας θα καθορισθεί το καθ'ύλην αρμόδιο Δικαστήριο εννοείται η αξία του αντικειμένου της οριστικής σύμβασης, επί του οποίου και η δήλωση βούλησης η πραγμάτωση της οποίας επιδιώκεται. Σε περίπτωση ομοδίκων υποχρέων από προσύμφωνο, όπως για παράδειγμα επί πλειόνων συγκυρίων οι οποίοι προσυμφώνησαν με τον ενάγοντα την μεταβίβαση σε αυτόν της κυριότητας του ανήκοντος σε αυτούς κατ' ιδανικά μέρη πράγματος, η παροχή είναι διαιρετή οπότε ως αξία του αντικειμένου της διαφοράς θα ληφθεί κατ' άρθρον 9 ΚΠολΔ η αξία του ποσοστού συγκυριότητας του καθενός¹⁸⁷. Δεδομένου βέβαια ότι, όπως εξετάστηκε, η κατά κυριολεξία παροχή από το προσύμφωνο είναι η αναγκαία σύμπραξη για την σύναψη της οριστικής δικαιοπραξίας, η επιχείρηση δηλαδή μίας μη υλικής αλλά νομικής πράξης και όχι η ίδια η υλική παροχή από την κύρια σύμβαση, εύλογα θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η υπό κρίση διαφορά, συνιστάμενη στην πραγμάτωση της εκ προσυμφώνου αξίωσης, είναι μη αποτιμητή σε χρήμα και άρα υπάγεται στην αρμοδιότητα του Πολυμελούς Πρωτοδικείου άνευ ετέρου. Ωστόσο, η αποδοχή αυτής της άποψης, όπως υποστηρίζεται¹⁸⁸, θα οδηγούσε σε εξομοίωση του χειρισμού συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας με συμβάσεις μικρής συγκριτικά οικονομικής σημασίας, αφού δεν πρέπει να λησμονείται ότι στην κατάρτιση αυτών ακριβώς των οριστικών συμβάσεων αποσκοπούν τα συμβαλλόμενα στο προσύμφωνο μέρη, όσο μη υλικός και οικονομικά ουδέτερος κι αν είναι ο χαρακτήρας της δήλωσης βουλήσεως καθ' εαυτής ως κατ' ιδίαν παροχής από το προσύμφωνο. Περαιτέρω, σχετικά με την κατά τόπον αρμοδιότητα εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της γενικής δωσιδικίας του εναγομένου κατ' άρθρον 22 ΚΠολΔ, ενώ εάν βάσει της δωσιδικίας της δικαιοπραξίας κατ' άρθρον 33 ΚΠολΔ, η οριστική σύμβαση υπάγεται στην κατά τόπον αρμοδιότητα άλλου δικαστηρίου, τότε είναι δυνατόν και η κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγή να υπαχθεί στην αρμοδιότητα του αυτού δικαστηρίου, αφού στον ίδιο τόπο εκπληρούται συνάμα και η ενοχή από

¹⁸⁵ ή η καταχώριση στο κτηματολογικό φύλλο του διεκδικουμένου ακινήτου.

¹⁸⁶ βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 366, Βαθρακοκόιλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 33

¹⁸⁷ βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 366 επ.

¹⁸⁸ βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 367 και στην αυτή σελίδα, υποσ. 34

το προσύμφωνο¹⁸⁹.

Κατ' αρχήν νομιμοποιούμενο ενεργητικά πρόσωπο για την άσκηση της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως είναι, όπως ήδη ειπώθηκε, ο εν γένει δικαιούχος της εκ προσυμφώνου αξίωσης, άλλως και σε κάθε περίπτωση ο έχων συμφέρον προς ανάληψη της πρωτοβουλίας για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Ακολουθώς ενεργητικώς νομιμοποιούνται οι κληρονόμοι¹⁹⁰ του εκ προσυμφώνου δικαιούχου, δεδομένου ότι το εκ προσυμφώνου δικαίωμα είναι περιουσιακής φύσης και ως εκ τούτου αντικείμενο της κληρονομικής διαδοχής, εκτός εάν η οριστική δικαιοπραξία στην οποία κατατείνει συνδέεται στενά με το πρόσωπο του κληρονομούμενου, οπότε αποσβήνεται με τον θάνατο και η εκ προσυμφώνου ενοχή.

Ειδικότερη είναι η περίπτωση ενεργητικής νομιμοποίησης του τρίτου, όταν έχει συμφωνηθεί στο προσύμφωνο η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης να γίνει με τρίτο, ορισμένο η οριστό στο προσύμφωνο πρόσωπο, οπότε και νομιμοποιείται προς άσκηση της υπό εξέταση αγωγής μόνο όταν το προσύμφωνο έχει λάβει την μορφή γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου¹⁹¹. Κλασικό παράδειγμα προσυμφώνου κατηρτισμένου υπό την μορφή σύμβασης υπέρ τρίτου είναι το εργολαβικό προσύμφωνο με αντιπαροχή στο οποίο συμφωνείται η υποχρέωση του οικοπεδούχου να μεταβιβάσει ορισμένες από τις μελλοντικές ιδιοκτησίες και τα αντίστοιχα ποσοστά επί του οικοπέδου σε υποδεικνυόμενο από τον εργολάβο τρίτο πρόσωπο. Εν όψει και της ευρείας διάδοσης της σύμβασης αυτής στην πράξη, τέθηκε το ερώτημα αν μπορεί με το περιεχόμενο αυτό το εργολαβικό προσύμφωνο με αντιπαροχή, ελλείψει ρητής συμφωνίας των μερών, να θεωρηθεί γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου, οπότε την αξίωση για μεταβίβαση των οριζοντίων ιδιοκτησιών και των αντίστοιχων ποσοστών επί του οικοπέδου να μπορεί να ασκήσει εκτός από τον εργολάβο και ο ίδιος ο τρίτος απευθείας από τον υπεσχεθέντα οικοπεδούχο. Η παλαιότερη νομολογία¹⁹² επί του θέματος αυτού τασσόταν υπέρ του χαρακτήρα του συγκεκριμένου προσυμφώνου ως γνήσιας σύμβασης τρίτου, οπότε, αν δεν συναγόταν κάτι σαφώς από την βούληση των μερών, γινόταν δεκτό ότι και ο τρίτος προς τον οποίο ο οικοπεδούχος είχε προσυμφωνήσει με τον εργολάβο να μεταβιβάσει ποσοστά επί του οικοπέδου είχε δικαίωμα να εναγάγει σε δήλωση βουλήσεως απευθείας οικοπεδούχο και εργολάβο, οι

189 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 368, Παντελίδου, ό.π., αρ. 211

190 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 368, Παντελίδου, ό.π., αρ. 208

191 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 368, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 7

192 ΕφΘεσ 474/1981, Αρμ 36, 520, ΕφΑθ 9242/1978, ΕλλΔνη 20, 43, ΕφΘεσς 78/1960, Αρμ 15, 443, από θεωρία βλ. Μπρίνια, ό.π, αρ. 238Α ΙΙ, όπου υποστηρίζει ότι μπορεί να αιτηθεί ο τρίτος την μεταβίβαση από τον οικοπεδούχο απευθείας προς τον ίδιο (τον τρίτο) των ποσοστών συνιδιοκτησίας, είτε επειδή αντλεί ίδιο δικαίωμα από την εργολαβία που καταρτίστηκε ως σ.υ.τ, είτε λόγω εκχώρησης των εκ προσυμφώνου δικαιωμάτων του εργολάβου. Σε κάθε περίπτωση ο εργολάβος μπορεί να ζητήσει από τον οικοπεδούχο την μεταβίβαση στους τρίτους, αρκεί, επί ποινή αοριστίας, να κατονομάζει τα τρίτα πρόσωπα.

οποίοι ενέχοντο απέναντί του αυτοτελώς. Σήμερα πάντως γίνεται δεκτό¹⁹³ γενικώς ότι για να αποτελεί μία συμφωνία σύμβαση υπέρ τρίτου θα πρέπει το σχετικό δικαίωμα του τρίτου να έχει συμφωνηθεί ρητά μεταξύ των μερών, ή να συνάγεται από την φύση και το σκοπό της σύμβασης. Κατά παγία δε νομολογία¹⁹⁴ πλέον είναι ασυμβίβαστη με την φύση και το σκοπό του προσυμφώνου¹⁹⁵ η μορφή της γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου και δεν υφίσταται ευθεία αξίωση του τρίτου που συμφώνησε με τον εργολάβο την μεταβίβαση σε αυτόν μελλόντων να κτισθούν ιδιοκτησιών κατά του οικοπεδούχου, έστω κι αν έχει εξοφλήσει το τίμημα προς τον εργολάβο. Κατά της διαμορφωθείσης πάγιας νομολογίας έχει υποστηριχθεί¹⁹⁶ ότι πρέπει άνευ ετέρου να θεωρείται ότι παράγεται άμεσο δικαίωμα του τρίτου απέναντι στον οικοπεδούχο, ο οποίος μπορεί σε κάθε περίπτωση να προστατευθεί προβάλλοντας τις ενστάσεις έναντι του εργολάβου από την σύμβαση έργου. Σε περίπτωση υπάρξεως περισσότερων τρίτων αγοραστών, προτείνεται η εφαρμογή της αρχής της πρόληψης, αφού πρόκειται για την άσκηση του ενοχικού τους δικαιώματος έναντι του οικοπεδούχου.

Κατ'εξαίρεση μπορεί να θεωρηθεί παραδεκτή η άσκηση αγωγής άμεσα από τον τρίτο για καταδίκη του οικοπεδούχου σε δήλωση βουλήσεως όταν ρητώς έχουν εκφρασθεί επ' αυτού τα μέρη, όταν ο εργολάβος έχει εκχωρήσει την εκ προσυμφώνου απαίτησή του κατά του οικοπεδούχου στον τρίτο, ή όταν ο τρίτος ασκήσει πλαγιαστικώς το δικαίωμα του εργολάβου κατά του οικοπεδούχου, πλην όμως σε αυτήν την τελευταία περίπτωση ο τρίτος μπορεί να ζητήσει την εκπλήρωση μόνο στο πρόσωπο του εργολάβου και όχι στον ίδιο¹⁹⁷. Στο πλαίσιο αυτό υποστηρίζεται¹⁹⁸ ότι, αν δεν έχει συμφωνηθεί ρητώς από τα μέρη, το άμεσο δικαίωμα του

193 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 241

194 ΟΛΑΠ 850/1982, ΑΠ 642/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

195 Στην ΑΠ 104/2007 παρ'ότι έγινε δεκτό ότι δεν μπορεί να συναχθεί άμεσο δικαίωμα του τρίτου κατά του οικοπεδούχου από τη φύση και το σκοπό του προσυμφώνου, εν τούτοις αναγνωρίστηκε η υποχρέωση για μεταβίβαση του οικοπεδούχου απευθείας στον τρίτο. Ειδικότερα, στην κρινόμενη στην συγκεκριμένη απόφαση υπόθεση υπήρχε έκπτωση του πρώτου εργολάβου και ζητούσαν την μεταβίβαση ποσοστών επί του οικοπέδου τόσο ο τρίτος αγοραστής που είχε συμφωνήσει την αγορά με τον πρώτο εργολάβο όσο και ο αγοραστής που είχε συμβληθεί με τον δεύτερο εργολάβο, διάδοχο του εκπτώτου. Θεωρήθηκε ότι οι οικοπεδούχοι είχαν αναδεχθεί σωρευτικώς την υποχρέωση του πρώτου εργολάβου απέναντι στον αγοραστή του και είχαν παραιτηθεί από την προβολή ενστάσεων από την εργολαβική σύμβαση. Τα παραπάνω συνάγονται από την αμετάκλητη πληρεξουσιότητα που δόθηκε με δήλωση των οικοπεδούχων προς τους τρίτους αγοραστές από την πρώτη εργολαβία να μεταβιβάσουν με αυτοσύμβαση τα ποσοστά των ιδιοκτησιών που είχαν συμφωνηθεί στους εαυτούς τους. Εξ αυτού του λόγου κρίθηκε ότι παραδεκτώς υποχρεώθηκαν οι οικοπεδούχοι να μεταβιβάσουν στους πρώτους αγοραστές και όχι στους δεύτερους, επειδή το προσύμφωνο εργολαβίας δεν είναι από την φύση του γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου. Για ανάλυση και κριτική της αποφάσεως βλ. Παντελίδου, (ό.π., αρ. 240 επ.), η οποία θεωρεί εσφαλμένη την απόφαση και υποστηρίζει ότι δεν είναι νοητή η σιωπηρή παραίτηση του οικοπεδούχου από τις ενστάσεις κατά του εργολάβου, χωρίς να έχει συμφωνηθεί ρητώς, ούτε όμως και η αναδοχή της υποχρέωσης του εργολάβου από τον οικοπεδούχο, αφού ο τελευταίος είναι μόνος αρμόδιος για την μεταβίβαση των ποσοστών εξ αδιαιρέτου του οικοπέδου.

196 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 252-253

197 ΑΠ 642/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

198 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 251, πρβλ Νικολόπουλο σε ΕρμΚΠολΔ Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, 949, αρ. 8, όπου ο τρίτος που προσυμφώνησε με τον εντολοδόχο την μεταβίβαση της κυριότητας πράγματος του εντολέα στον ίδιο, μπορεί να ζητήσει ως δανειστής του εντολοδόχου την μεταβίβαση προς τον ίδιο (τρίτο) απ'ευθείας από τον

τρίτου μπορεί να συνάγεται από την παροχή εκ μέρους του οικοπεδούχου στον εργολάβο αμετάκλητης πληρεξουσιότητας όπως ο τελευταίος προβεί ως αντιπρόσωπος του οικοπεδούχου στην μεταβίβαση των συμφωνηθέντων οριζοντίων ιδιοκτησιών στον εαυτό του ή προς τον τρίτο αγοραστή, αφού η παροχή τέτοιας εξουσίας αποτελεί σαφή ένδειξη εκ μέρους του οικοπεδούχου ότι αποδέχεται την μονιμότητα του προσπορισμού των ιδιοκτησιών στον τρίτο. Απαραίτητη προϋπόθεση των ανωτέρω όμως, είναι να έχει καταρτισθεί η αντίστοιχη σύμβαση μεταξύ εργολάβου και τρίτου και να έχει εκπληρώσει προσηκόντως ο εργολάβος την δική του παροχή ώστε να μπορεί να ζητήσει την σύμπραξη του οικοπεδούχου. Σε αντίθετη περίπτωση ο οικοπεδούχος, προκειμένου να αποτρέψει την μεταβίβαση προς τον τρίτο, μπορεί να προβάλει κατά του τρίτου τις ενστάσεις που έχει κατά του εργολάβου από την σύμβαση έργου.

Κατά τα άλλα, ενεργητικώς νομιμοποιούμενα πρόσωπα για την άσκηση αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως είναι ο εκδοχέας¹⁹⁹ της εκ προσυμφώνου απαίτησης, η οποία ως είδαμε είναι μεταβιβαστή εκτός εάν αφορά σε προσωποπαγή έννομη σχέση αλλά και ο σύνδικος πτώχευσης²⁰⁰ του εκ προσυμφώνου δικαιούχου, εφόσον κρίνει την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης συμφέρουσα για την ομάδα των πιστωτών του πτωχού.

Δυνατή φυσικά, δεδομένης και της περιουσιακής φύσης του εκ προσυμφώνου δικαιώματος, είναι και η πλαγιαστική κατ' άρθρον 72 ΚΠολΔ άσκηση του δικαιώματος προς αυτούσια εκπλήρωση του εκ προσυμφώνου δικαιούχου από τους δανειστές του δια της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής. Συμφώνως προς τις προϋποθέσεις του άρθρου 72 ΚΠολΔ, η οποία εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση άσκησης από μη ευθέως νομιμοποιούμενο πρόσωπο αξίωσης οφειλέτη του αυστηρά περιουσιακής φύσης, ο τρίτος δανειστής του εκ προσυμφώνου δικαιούχου δύναται, σε περίπτωση που ο οφειλέτης του αδρανή προς τούτο, να επιδιώξει την δικαστική ικανοποίηση της αξίωσης του τελευταίου με την άσκηση αγωγής προς καταδίκη του εκ προσυμφώνου υποχρέου στην αναγκαία για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης δήλωση βουλήσεως, η οποία όμως, ως είναι εύλογο, δεν θα απευθύνεται προς τον ίδιον τον πλαγιαστικώς ενάγοντα αλλά προς τον αληθή φορέα της εκ προσυμφώνου απαίτησης²⁰¹. Προϋπόθεση για το ορισμένο της πλαγιαστικής αγωγής είναι να αναφέρονται στο δικόγραφο ιδιαιτέρως όχι μόνο τα στοιχεία εκείνα που θεμελιώνουν την έννομη σχέση του δανειστή του εκ προσυμφώνου δικαιούχο με τον τελευταίο αλλά και τα στοιχεία εκείνα εκ των οποίων αποδεικνύεται η κατ' εξαίρεση νομιμοποίηση του δανειστή του πραγματικού φορέα προς άσκηση του εκ προσυμφώνου δικαιώματος απέναντι στον εκ προσυμφώνου οφειλέτη αντ' αυτού²⁰².

εντολέα υπό τις εκεί προϋποθέσεις.

199 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 368

200 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 368, περί δηλώσεως βουλήσεως του πτωχού βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 67-70

201 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 239, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ.22

202 βλ. Νικολόπουλο σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα ΕρμΚΠολΔ 949, αρ. 8, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 22

Υποστηρίζεται²⁰³, περαιτέρω, ότι εάν ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος, του οποίου το δικαίωμα ασκείται πλαγιαστικώς από τον δανειστή του, αρνείται να προβεί σε αποδοχή της δήλωσης βουλήσεως στην οποία καταδικάστηκε ο οφειλέτης του από το προσύμφωνο, μπορεί να εξαναγκασθεί και ο ίδιος σε δήλωση αποδοχής από τον δανειστή του με την άσκηση έτερης αγωγής κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ, υπό την προϋπόθεση όμως, ότι ο δανειστής, που είναι τρίτος όσον αφορά το προσύμφωνο, διατηρεί αυτοτελή αξίωση έναντι του εκ προσυμφώνου δικαιούχου να αποδεχθεί ο τελευταίος την δήλωση βούλησης του αντισυμβαλλομένου του στο προσύμφωνο, η οποία πηγάζει είτε από κάποια μεταξύ τους σύμβαση, είτε από τις επιταγές της καλής πίστης κατ' άρθρον 288 ΑΚ. Σε παρόμοιο πλαίσιο γίνεται νομολογιακώς²⁰⁴ δεκτό ότι ο τρίτος αγοραστής διαμερίσματος οικοδομής η οποία ανεγέρθηκε με το σύστημα της αντιπαροχής, ο οποίος είναι δανειστής του εργολάβου συνήθως δυνάμει έτερου μεταξύ τους συναφθέντος προσυμφώνου αγοράς μέλλουσας να κατασκευασθεί οριζόντιας ιδιοκτησίας, νομιμοποιείται να εναγάγει πλαγιαστικώς τον οικοπεδούχο ασκώντας την αυτοτελή αξίωση του εργολάβου έναντι του τελευταίου για την μεταβίβαση των ποσοστών επί του οικοπέδου σε υποδεικνυόμενο από τον εργολάβο τρίτο πρόσωπο. Σε αυτήν την περίπτωση μάλιστα, το αίτημα της πλαγιαστικής αγωγής είναι η καταδίκη του οικοπεδούχου σε δήλωση βουλήσεως όχι απέναντι στον εργολάβο ως ευθέως φορέα της ασκούμενης αξίωσης αλλά, όπως γίνεται δεκτό, απευθείας στον ενάγοντα – τρίτο αγοραστή, δεδομένου ότι και η αξίωση του εργολάβου υπό την εκδοχή αυτή καταρτίσεως προσυμφώνου υπέρ τρίτου κατ' άρθρον 410 ΑΚ στην εκπλήρωση στο πρόσωπο του τρίτου κατατείνει²⁰⁵. Επίσης, προκειμένου να αποκτήσει ο τρίτος κυριότητα επί της οριζοντίου ιδιοκτησίας πρέπει πλέον του πλαγιαστικώς εναγομένου οικοπεδούχου για την μεταβίβαση των ποσοστών επί του οικοπέδου, να εναγάγει και τον εργολάβο σε δήλωση βουλήσεως με περιεχόμενο την μεταβίβαση του κατασκευασθέντος κτίσματος, οπότε εισάγεται αναγκαστική ομοδικία²⁰⁶, αφού πρόκειται για εκπλήρωση αδιαίρετης παροχής για την εκπλήρωση της οποίας απαιτείται κοινή σύμπραξη. Παρά ταύτα επιφυλάξεις²⁰⁷ έχουν διατυπωθεί όσον αφορά την νομική βασιμότητα της πλαγιαστικής αγωγής του τρίτου αγοραστή με αίτημα την εκπλήρωση απευθείας στο πρόσωπό του της υποχρέωσης που ανέλαβε ο οικοπεδούχος έναντι του εργολάβου με το προσύμφωνο, αφού, όπως υποστηρίζεται, αλλοιώνεται τοιουτοτρόπως η φύση της πλαγιαστικής αγωγής, αίτημα της οποίας εξ ορισμού και κατά νόμον είναι πάντα η εκπλήρωση στον οφειλέτη, αληθή φορέα της αξίωσης και όχι στον τρίτο πλαγιαστικώς ενάγοντα.

203 βλ. Κατρά. ό.π., παρ. 58. σελ. 229

204 ΠπρΡοδ 233/2008

205 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 22

206 βλ. Μπρίνια, ό.π., αρ. 238αΠ

207 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 239

Πέραν των γεγονότων που θεμελιώνουν την νομιμοποίηση των διαδικών ως φορείς της αξίωσης για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, θα πρέπει για το ορισμένο της αγωγής να παρατίθενται με σαφήνεια, πληρότητα και ακρίβεια τα περιστατικά στα οποία στηρίζεται η ως άνω αξίωση του ενάγοντος, θα πρέπει, με άλλα λόγια, να παρατίθενται τα στοιχεία εκείνα από τα οποία προκύπτει η έγκυρη κατάρτιση προσυμφώνου, ως δικαιοπαραγωγικού λόγου της αξίωσης για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως που απαιτείται για την θέση σε εφαρμογή του μηχανισμού αναγκαστικής εκτέλεσης του άρθρου 949 ΚΠολΔ²⁰⁸. Επιπλέον των ανωτέρω, στο αίτημα της αγωγής για καταδίκη του εναγομένου σε δήλωση βουλήσεως θα πρέπει να αναφέρεται το ειδικότερο περιεχόμενο της δήλωσης βουλήσεως, στην οποία ζητείται να καταδικασθεί ο εναγόμενος, σε τί δηλαδή ακριβώς συνίσταται καθώς και το πρόσωπο στο οποίο απευθύνεται η δήλωση βουλήσεως, άλλως το αίτημα της αγωγής θα πάσχει αοριστίας²⁰⁹. Άλλωστε η επιταγή αυτή του νομοθέτη για ορισμένο του αιτήματος της υπό εξέταση αγωγής δικαιολογείται αν αναλογισθεί κανείς ότι, ελλείψει εκούσιας συμμόρφωσης του εκ προσυμφώνου υποχρέου, η απόφαση που θα εκδοθεί στηριζόμενη στο αίτημα του δικογράφου της αγωγής, θα αναπληρώσει κατά πλάσμα δικαίου την ελλείπουσα δήλωση βουλήσεως του μέρους και, μαζί με την δήλωση βουλήσεως του δικαιούχου ενάγοντος, θα αποτελέσει κατ' ουσίαν το περιεχόμενο της οριστικής σύμβασης. Ιδιαίτερη σημασία έχει, όπως γίνεται αντιληπτό, ο ακριβής προσδιορισμός του προσώπου προς το οποίο θα απευθυνθεί η δήλωση βουλήσεως, όταν δεν ταυτίζεται με το πρόσωπο του ενάγοντος, όπως στην περίπτωση προσυμφώνου υπό την μορφή σύμβασης υπέρ τρίτου²¹⁰, ή στη περίπτωση πλαγιαστικής άσκησης της αξίωσης του εκ προσυμφώνου δικαιούχου από τον δανειστή του.

Όπως σε όλες τις αγωγές, ο ενάγων προς καταδίκη του εκ προσυμφώνου οφειλέτη του προς δήλωση βουλήσεως, πρέπει για το παραδεκτό της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής του να επικαλείται έννομο συμφέρον, δηλαδή να αναφέρει σε τί συνίσταται στην περίπτωση του η

208 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 24, Κρητικό, ό.π., σελ. 369, Παντελίδου, ό.π., αρ. 206

209 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 24 Κατρά, σελ. 229-230.

210 βλ. Μπρίνια παρ. 238 αρ. III. παλαιότερα είχε υποστηριχθεί ότι δεν χωρεί καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως απέναντι σε τρίτο πρόσωπο δεδομένου ότι η απόφαση δεν υποχρεώνει τον τρίτο που δεν συμμετέχει στην σχετική δίκη, και είχε προταθεί, προς αναγκαστική πραγμάτωση της ουσιαστικής αξίωσης με το περιεχόμενο αυτό, να εφαρμοσθούν οι διατάξεις περί καταδίκης σε πράξη μη δυνάμενη να επιχειρηθεί από τρίτο πρόσωπο ή προς παράλειψη ή ανοχή.

Κατά την ΠρΘεσ. 1144/1946 (βλ. Μπρίνια παρ. 238αΠ υποσ. 16), πριν την οριστικοποίηση του τρίτου στον οποίο πρέπει να απευθυνθεί η δήλωση βούλησης του εκ προσυμφώνου υποχρέου (στην απόφαση οικοπεδούχου), δεν γεννάται ενοχή και δεν μπορεί ο δέκτης της υπόσχεσης να αιτηθεί έννομη προστασία υπέρ των τρίτων προσώπων. Ο εργολάβος έχει μόνο την δυνατότητα να αιτηθεί με αναγνωριστική αγωγή την αναγνώριση της μελλοντικής υποχρέωσης του οικοπεδούχου προς μεταβίβαση σε τρίτα υποδειχθέντα από τον πρώτο πρόσωπα.

ανάγκη παροχής δικαστικής προστασίας²¹¹. Ειδικότερα έχει υποστηριχθεί²¹² ότι ο δικαιούχος από προσύμφωνο, στον οποίο έχει χορηγηθεί αμετάκλητη πληρεξουσιότητα από το έτερο μέρος να καταρτίσει με αυτοσύμβαση την οριστική σύμβαση αφενός ατομικά και αφετέρου ως άμεσος αντιπρόσωπος του πληρεξουσιοδότη σε περίπτωση που ο τελευταίος δυστροπεί να συμπράξει, δεν έχει έννομο συμφέρον προς άσκηση στην ίδια περίπτωση αγωγής για καταδίκη του υποχρέου σε δήλωση βουλήσεως και να επιτύχει δι' αυτής της οδού την αναγκαστική σύναψη της οριστικής σύμβασης. Κατά άλλη, ωστόσο, ορθότερη άποψη²¹³ δεν μπορεί να γίνει δεκτός ο αποκλεισμός του συμβαλλομένου στο προσύμφωνο μέρους στον οποίο δόθηκε πληρεξουσιότητα για αυτοσύμβαση από τον μηχανισμό αναγκαστικής εκτελέσεως διότι έτσι θα βρισκόταν σε δυσμενέστερη θέση ο δανειστής απλώς και μόνο επειδή του έχει χορηγηθεί η ως άνω πληρεξουσιότητα. Επιπλέον η πληρεξουσιότητα μπορεί να ανακληθεί ή και να παύσει με τον θάνατο ή την δικαιοπρακτική ανικανότητα του προσώπου που την έδωσε, οπότε η σύμβαση μπορεί να καταρτισθεί εγκύρως μόνο εάν ο πληρεξούσιος αγνοούσε την έλλειψη της πληρεξουσιότητας κατ' άρθρον 224 ΑΚ²¹⁴. Μπορεί ακόμη η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης να εξαρτάται από κάποια αίρεση, η πλήρωση της οποίας αμφισβητείται και χρήζει δικαστικής εκτίμησης. Σε τέτοιες περιπτώσεις θα ήταν επίφοβο να καταρτισθεί η οριστική σύμβαση υπό ενός μόνο μέρους με αυτοσύμβαση, καθώς εάν από την μία πλευρά οι κληρονόμοι ή ο δικαστικός συμπαραστάτης του έτερου μέρους αποδείξουν ότι ο πληρεξούσιος γνώριζε την παύση της πληρεξουσιότητας²¹⁵ κατά τον χρόνο της αυτοσύμβασης ή, από την άλλη πλευρά αποδειχθεί η μη πλήρωση της αίρεσης υπό την οποία η οριστική σύμβαση εξηρτάτο, η κύρια σύμβαση μπορεί να ανατραπεί. Επίσης στην περίπτωση προσυμφώνου υπό την μορφή σύμβασης υπέρ τρίτου, το έννομο συμφέρον για την άσκηση αγωγής για καταδίκη του υποσχεθέντα σε δήλωση βουλήσεως απευθυνόμενη σε τρίτο πρόσωπο, δεν ελλείπει για τον δέκτη της σχετικής υπόσχεσης, ως είχε στο παρελθόν υποστηριχθεί²¹⁶, δεδομένου ότι κατά το ουσιαστικό δίκαιο εγκύρως αναλαμβάνεται τέτοιου είδους υποχρέωση έναντι αυτού.

Περαιτέρω, δεν απαιτείται για την παραδεκτή άσκηση της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ η εγγραφή της αγωγής στα βιβλία διεκδικήσεων

211 βλ. Κλαμαρή Ν. Κ. - Κουσουλή Σ. Ν. - Πανταζόπουλο Σ. Σ., Πολιτική Δικονομία (Οργανισμός Δικαστηρίων – Γενική Εισαγωγή και διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια – απόδειξη), 2012, σελ. 340 επ.

212 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 233 επ.

213 βλ. Παντελίδου ό.π., αρ. 234

214 Βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 361

215 Άλλωστε για Βαθρακοκόιλη (ΚΠολΔ 949, αρ. 56) και Κρητικό, (ό.π., σελ. 361) αν επέλθει θάνατος ή δικαιοπρακτική ανικανότητα του παρασχόντος πληρεξουσιότητα η σύμβαση θα συναφθεί από τους κληρονόμους του και αν αυτοί δεν στέργουν προς τούτο, θα εξαναγκασθούν δια της ασκήσεως αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως (α. 949 ΚΠολΔ).

216 βλ. Μπρίνια, παρ. 238 αρ. ΙΙΙ, βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 365

κατ' άρθρον 220 ΚΠολΔ²¹⁷ αφού, όπως προαναφέρθηκε, πρόκειται περί ενοχικής αγωγής, ενώ, ακόμα και αν σωρεύεται αίτημα για παράδοση ακινήτου δεν μεταβάλλεται ο ενοχικός της χαρακτήρας, καθώς επίδικο καθίσταται το ενοχικό δικαίωμα²¹⁸ προς παράδοση. Κατ' εξαίρεση αν το αίτημα για παράδοση ακινήτου ασκείται ως αίτημα εμπράγματης αγωγής, όπως για παράδειγμα διεκδικητικής αγωγής κατ' άρθρον 1094 ΑΚ, η υπό εξέταση κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγή θα πρέπει να εγγραφεί στα βιβλία διεκδικήσεων²¹⁹.

Όσον αφορά την ανάγκη καταβολής δικαστικού ενσήμου για το παραδεκτό της συζήτησης της υπό κρίση αγωγής πρέπει να ειπωθεί ότι η αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως είναι κατά παγίως κρατούσα γνώμη²²⁰ καταψηφιστική, οπότε το κεφάλαιο επί του οποίου θα υπολογισθεί το αναλογούν δικαστικό ένσημο θα είναι η αξία του αντικειμένου της οριστικής σύμβασης²²¹. Βεβαίως μπορεί δια αναγνωριστικής αγωγής να ζητηθεί η αναγνώριση η ύπαρξη αξιώσεως του ενάγοντος έναντι του εναγομένου για δήλωση βουλήσεως²²², πλην όμως εύκολα καθίσταται κατανοητό ότι η τελεσίδικη απόφαση επί της αγωγής αυτής δεν δύναται να αποτελέσει εκτελεστό τίτλο για την καταδίκη του οφειλέτη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ.

3.1.2.2.β. Βασιμότητα της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.

Σε ό,τι αφορά την νομική βασιμότητα της αγωγής ο ενάγων θα πρέπει να επικαλείται τα πραγματικά γεγονότα που είναι κατά νόμον απαραίτητα για την άσκηση της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ. Ήτοι θα πρέπει να αναφέρει ότι δυνάμει καταρτισθέντος προσυμφώνου, του οποίου τον αριθμό και την ημερομηνία μπορεί να συμπληρώσει και με τις προτάσεις του ως γίνεται εν γένει δεκτό²²³, ανέλαβε μετά του, ορισμένου κατ' όνομα και λοιπά στοιχεία ταυτοποίησης, αντισυμβαλλομένου του την κατάρτιση οριστικής σύμβασης, της οποίας την φύση πρέπει να διευκρινίζει. Κατόπιν μπορεί να αναφερθεί στο γεγονός ότι ο αντισυμβαλλόμενός του στο προσύμφωνο αδρανεί ή δυστροπεί στην εκπλήρωση της υποχρεώσεώς του, παραθέτοντας ενδεχομένως τα περιστατικά εκ των οποίων ενδεικνύεται η στάση του αυτή.

Το δικαστήριο με τη σειρά του κατ' αρχήν ερευνά αν το τεθέν υπό την κρίση του συμβατικό σχήμα είναι πράγματι προσύμφωνο²²⁴ ή αντιθέτως, οριστική σύμβαση ή άλλου είδους

217 Βλ Κρητικό, ό.π, σελ. 365, Παντελίδου, ό.π., αρ. 205

218 βλ. Βαθρακοκοίλης 949, αρ. 32

219 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 365

220 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 365, 366

221 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 365, υποσ. 30

222 βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 30

223 βλ. Κλαμάρη/Κουσουλή/Πανταζόπουλο, Πολιτική Δικονομία 2012, σελ.459, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ.

24

224 Και μάλιστα έγκυρο προσύμφωνο ΑΠ 1553/1980

προπαρασκευαστική σύμβαση όπως σύμφωνο προαιρέσεως, στην οποία περίπτωση η αγωγή θα απορριφθεί ως αβάσιμη. Αν βέβαια πρόκειται για οριστική σύμβαση και στην αγωγή σωρεύεται και αίτημα για εκπλήρωση της παροχής από την οριστική σύμβαση, το δικαστήριο θα κρίνει επί του αιτήματος αυτού²²⁵. Αμφισβητείται αν μπορεί ο ενάγων να μετατρέψει το αίτημα της αγωγής από καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως σε αναγνωριστικό του ότι στη υπό κρίση περίπτωση πρόκειται περί οριστικής σύμβασης, καθώς όπως υποστηρίζεται²²⁶ κάτι τέτοιο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή του αιτήματος της αγωγής και θα προσέκρουε στην διάταξη του άρθρου 223 ΚΠολΔ. Ακολούθως θα ερευνηθεί από το δικαστήριο η πλήρωση των προϋποθέσεων εγκυρότητας του προσυμφώνου, καθώς, όπως είδαμε, δεν μπορεί το άκυρο προσύμφωνο να αποτελέσει δικαιοπαραγωγικό λόγο της αξίωσης για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.

Αντικείμενο εξέτασης αποτελεί και η τυχόν ύπαρξη συμφωνίας περί αποκλεισμού των μερών από το δικαίωμα δικαστικής ασκήσεως της αξίωσής τους από το προσύμφωνο²²⁷. Ως προς την δυνατότητα συμβατικού αποκλεισμού του δικαιώματος άσκησης της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως έχει υποστηριχθεί ότι μία τέτοιου περιεχομένου ρύθμιση είναι μεν επιτρεπτή, πρέπει όμως να προκύπτει ρητώς. Γίνεται βέβαια δεκτό²²⁸ ότι μπορεί η απαγόρευση να συναχθεί και ερμηνευτικά, σε περίπτωση που απονέμεται στα μέρη με το προσύμφωνο το δικαίωμα να υπαναχωρήσουν από αυτό επί ποινή κατάπτωσης ποινικής ρήτρας η επιστροφής του δοθέντος αρραβώνα. Ωστόσο, υποστηρίζεται²²⁹ και η αντίθετη γνώμη περί του ανεπίτρεπτου της απαγόρευσης προσφυγής των μερών στην άσκηση της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, η δυνατότητα αποκλεισμού της δικαστικής επιδίωξης της αξίωσης για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως συναρτάται με το ζήτημα του επιτρεπτού η μή της παραιτήσεως από τον μηχανισμό της αναγκαστικής εκτέλεσης, ως προς το οποίο γίνεται δεκτό ότι απαγορεύεται μεν η ολική παραίτηση, διότι αποτελεί παραβίαση του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος δικαστικής προστασίας κατ' άρθρον 20 Σ, πλην όμως επιμέρους συμφωνίες αποκλεισμού ως προς τα κατ'ιδίαν μέσα αναγκαστικής εκτέλεσης επιτρέπονται, εφόσον επιφέρουν περιορισμούς μόνο χρονικά, κατ' αντικείμενο ή κατ' έκταση. Στο πλαίσιο αυτό η συμφωνία αποκλεισμού του εκ προσυμφώνου δικαιούχου από την αναγκαστική πραγμάτωση του δικαιώματός του, η οποία μόνο μέσω του μηχανισμού του άρθρου 949 ΚΠολΔ επιτυγχάνεται, θα σήμαινε κατ' ουσίαν πλήρη αποκλεισμό από τον μηχανισμό της αναγκαστικής εκτέλεσης και δεν πρέπει να θεωρηθεί αποδεκτή.

Η αγωγή πρέπει οπωσδήποτε να περιέχει ως αίτημα την καταδίκη του εναγομένου σε

225 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 369

226βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 369

227 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 369

228 βλ. Τριάντο, ό.π., αρ. 452, Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ 166, αρ. 8

229 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 226

δήλωση βουλήσεως, η οποία θα έχει ως περιεχόμενο το συμφωνηθέν στο προσύμφωνο, και όχι την βεβαίωση ότι η δήλωση του υποχρέου που δυστροπεί θεωρείται ως δοθείσα²³⁰. Μάλιστα, δεδομένου ότι η δήλωση βουλήσεως του οφειλέτη θεωρείται συντελεσθείσα με την τελεσιδικία της απόφασης επί της αγωγής, τυχόν πρόσθετο αίτημα απαγγελίας προσωπικής κρατήσεως ή και χρηματικής ποινής ως απειλή για την εκτέλεσή της δεν είναι νόμιμο²³¹.

Εξ απόψεως χρόνου η αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως επιτρέπεται να ασκηθεί αφ'ότου η αξίωση καταστεί ληξιπρόθεσμη και πριν συμπληρωθεί ο χρόνος παραγραφής της, ο οποίος είδαμε ότι είναι είκοσι έτη. Επομένως η αγωγή επιτρεπτός ασκείται αφού έχει παρέλθει τυχόν τεθείσα στον προσύμφωνο δήλη ημέρα ή προθεσμία εκπλήρωσης από τα μέρη²³². Βέβαια είναι δυνατή και η πρόωρη υποβολή του αιτήματος για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, πριν δηλαδή το ληξιπρόθεσμο της σχετικής απαιτήσεως επί τη βάση του άρθρου 69 παρ. 1 περ. α' υπό την επιφύλαξη της παρ. 2 του αυτού άρθρου²³³ και, εφόσον υπάρχει κίνδυνος απαλλοτρίωσης του αντικειμένου της κυρίας σύμβασης, καί επί τη βάση της περ. Στ' της παρ. 1 του αυτού άρθρου²³⁴. Ως προς την έναρξη του χρόνου της παραγραφής υποστηρίζεται ότι στο προσύμφωνο πώλησης υπό αναβλητική αίρεση η παραγραφή ξεκινάει από την πλήρωση της αίρεσης, ενώ εάν έχει τεθεί ως όρος στο προσύμφωνο μεταβίβασης πράγματος η απόκτηση της κυριότητας από τον μεταβιβάζοντα και τελικά το επίδικο αντικείμενο το αποκτήσει τρίτος, θεωρείται ότι η αίρεση μταιώθηκε, η αξίωση προς καταδίκη μετατρέπεται σε αξίωση αποζημίωσης και η παραγραφή θα ξεκινάει από την ημέρα μεταγραφής του συμβολαίου του τρίτου²³⁵. Επιπλέον υποστηρίζεται²³⁶ ότι τυχόν επιβληθείσα απαγόρευση διάθεσης του μεταβιβαστέου αντικειμένου δεν επηρεάζει την κατάρτιση του προσυμφώνου, το οποίο θα είναι καθ'όλα έγκυρο, εμποδίζει όμως την έγερση αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, εκτός εάν συνάγεται από τον σκοπό της απαγορευτικής διάταξης ότι καταλαμβάνει και την υποσχετική δικαιοπραξία. Κατά άλλη άποψη²³⁷, εάν εναχθεί ο υπόχρεος από έγκυρο προσύμφωνο σε επιχείρηση εκποιητικής δικαιοπραξίας, η οποία απαγορεύεται από τον νόμο, τότε η αγωγή θα απορριφθεί ως νόμω αβάσιμη, διότι το αίτημα κατατείνει σε νομικά αδύνατη παροχή.

Περαιτέρω παραδεκτός σωρεύονται στο παραπάνω κύριο αίτημα και αιτήματα για

230 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 363, Κατά Μπρίνια (ό.π, παρ. 238Α, ΙΙΙ) αρκεί το αίτημα για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, εάν όμως για την δήλωση απαιτείται η τήρηση τύπου, πρέπει να αναφέρεται η τήρηση αυτού και στο αίτημα.

231 βλ. Νικολόπουλο σε ΕρμΚΠολΔ Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, 949, αρ. 9

232 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 369, Παντελίδου, ό.π., αρ. 209

233 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ 166. αρ. 17

234 βλ. Γεωργ. Σταθ. αρ. 17, Παντελίδου, ό.π., αρ. 210 αν και κατά Κρητικό (ό.π, σελ. 365, υποσ. 22) εφόσον υφίσταται τέτοιος βάσιμος φόβος, η καλύτερη εξασφάλιση του δικαιούχου επιτυγχάνεται με την υποβολή αιτήματος για δικαστική μεσεγγύηση του πράγματος, εφόσον είναι δυνατή στην εκάστοτε περίπτωση.

235 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 219

236βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 379-381, ΑΠ 242/1991

237 βλ. Βαθρακοκύλης, άρθρο 949 ΚΠολΔ, αρ. 61

καταδίκη στην εκπλήρωση των παροχών από την κύρια σύμβαση. Δεδομένου δε ότι η παραδεκτή υποβολή των αιτημάτων αυτών στηρίζεται νομικά στο άρθρο 69 παρ. 1 περ. Δ', ήτοι η εκπλήρωση των αιτουμένων αξιώσεων εξαρτάται από την έκδοση μίας άλλης απόφασης, απαιτείται για την ευδοκίμησή τους πρωτίστως να έχει γίνει δεκτό το αίτημα για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως²³⁸. Για παράδειγμα επί αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως από δικαιούχο εκ προσυμφώνου πώλησεως κινητού χωρεί παραδεκτός η σώρευση αιτήματος για παράδοση του πράγματος υπό την προϋπόθεση ότι θα γίνει δεκτό το αίτημα της καταδίκης. Για την σώρευση αυτή των αιτημάτων έχει διατυπωθεί η άποψη ότι πρόκειται περί παρακολουθηματικής σώρευσης αιτημάτων²³⁹, δηλαδή σώρευσης κύριου και παρεπόμενου αιτήματος, η οποία έχει αθροιστικό χαρακτήρα, υπό την έννοια ότι ζητείται η πρόσθετη ικανοποίηση του παρεπόμενου προς το κύριο ζήτημα, ενώ αντιθέτως δεν πρόκειται για γνήσια επικουρική σώρευση, αφού στην τελευταία ζητείται η ικανοποίηση του δεύτερου αιτήματος υπό την προϋπόθεση ότι το πρώτο θα απορριφθεί. Υπό την ίδια έννοια, για την σώρευση έχει χρησιμοποιηθεί και ο όρος νόθος επικουρική σώρευση αγωγών²⁴⁰. Δεν πρέπει φυσικά να λησμονείται ότι, προκειμένου να χωρήσει εκτέλεση και της πρόσθετης αξίωσης, πρέπει να λάβουν χώρα όλες οι αναγκαίες διατυπώσεις για την ολοκληρωτική κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, αφού, όπως θα εξετασθεί και κατωτέρω, η τελεσίδικη αποδοχή του αιτήματος για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως αναπληρώνει κατά πλάσμα δικαίου μόνο την δήλωση βουλήσεως του υποχρέου εναγόμενου μέρους. Για παράδειγμα επί προσυμφώνου πώλησεως ακινήτου δεν αρκεί η πλασματική δήλωση βούλησης του πωλητή για να χωρήσει η απόδοση του πράγματος, αλλά απαιτείται πρώτα να προβεί και ο ενάγων αγοραστής σε αποδοχή της δηλώσεως βουλήσεως²⁴¹ και στην μεταγραφή της τελεσίδικης απόφασης επί της αγωγής καταδίκης αλλά και της αποδοχής του ιδίου. Στο πλαίσιο αυτό, υποστηρίζεται ότι η εκπλήρωση της παροχής από την οριστική σύμβαση τελεί υπό την αίρεση της τηρήσεως των απαραίτητων διατυπώσεων για την κατάρτισή της, κατά παραβολή του άρθρου 915 ΚΠολΔ²⁴² εφαρμοστέου στο πλαίσιο της αναγκαστικής εκτέλεσης απαιτήσεων τελούντων υπό αίρεση. Προς την ίδια κατεύθυνση, για την εξαναγκαστή εκπλήρωση της παροχής από την οριστική σύμβαση που έχει ζητηθεί ως παρεπόμενο αίτημα, μπορούν να εφαρμοσθούν τα οικεία μέσα αναγκαστικής

238 βλ. Αντί πολλών Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ 166. αρ. 17, Κρητικό, ό.π., σελ. 363

239 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 26

240 βλ. Κρητικό σελ. 364 υποσ. 20

241 βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 71. Διατηρούνται επιφυλάξεις ως προς το επιτρεπτό της σώρευσης στο κύριο αίτημα της καταδίκης εκμισθωτή σε δήλωση βούλησης και του αιτήματος της απόδοσης προς χρήση του προς μίσθωση πράγματος δεδομένου ότι η αυτοτελής αγωγή προς απόδοση μισθίου εκδικάζεται κατά τις διατάξεις των μισθωτικών διαφορών, ενώ η αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως ακολουθεί την τακτική διαδικασία. (Παπαδάκης, μ. 162 παρ. 2/3)

242 βλ. Μπρίνια, ό.π. παρ. 238Α V

εκτέλεσης κατ' άρθρα 941 επ. ΚΠολΔ, οπότε τίτλος για την επίσπευση περαιτέρω εκτέλεσης είναι η επί του κυρίου αιτήματος καταδίκη²⁴³. Παραδεκτή θεωρείται, εκτός των παραπάνω, και η απλή αντικειμενική σώρευση αιτήματος προς αποζημίωση από την καθυστέρηση κατάρτισης της οριστικής σύμβασης κατά τις διατάξεις των άρθρων περί υπερημερίας οφειλέτη, η εφαρμογή των οποίων επί προσυμφώνου θα αναλυθεί παρακάτω²⁴⁴.

Έχει υποστηριχθεί περαιτέρω στην θεωρία ότι κυρίως επί προσυμφώνου πωλήσεως πράγματος η έλλειψη κυριότητας του υποχρέου για την μεταβίβαση επηρεάζει την νομική βασιμότητα της αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ. Ειδικότερα διατυπώνεται στη θεωρία η άποψη ότι εάν ο υπόχρεος από τον χρόνο καταρτίσεως του προσυμφώνου δεν είναι κύριος ή μετά την κατάρτιση απολέσει την κυριότητα του πράγματος που προσυμφωνείται να μεταβιβασθεί, η κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ θα απορριφθεί ως νόμω αβάσιμη, διότι η έλλειψη ή απώλεια της κυριότητας του πράγματος θεωρείται αδυναμία παροχής²⁴⁵ αρχική και επιγενόμενη αντίστοιχα, η οποία αποκλείει την αξίωση για αυτούσια εκπλήρωση²⁴⁶. Αντίθετη άποψη επί του θέματος επικρατεί στην νομολογία²⁴⁷, όπου γίνεται κατά το πλείστον δεκτό ότι καί στην ανωτέρω περίπτωση η αγωγή θα πρέπει να γίνει δεκτή παρά την έλλειψη κυριότητας του μεταβιβάζοντος. Σύμφωνα με την άποψη αυτή η έλλειψη κυριότητας δεν αποτελεί νομικό κώλυμα για την άσκηση αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, αφού και η ίδια η σύναψη προσυμφώνου παρά την έλλειψη κυριότητας είναι έγκυρη και γεννά αξίωση για αυτούσια εκπλήρωση. Ο υπόχρεος από το προσύμφωνο είναι υποχρεωμένος να αποκτήσει το πράγμα και να το παραδώσει στον δικαιούχο, πράγμα που θα μπορούσε υποθετικά να συμβεί με επίκτηση ή κληρονόμηση, ή ακόμα ζητώντας ο υπόχρεος την συναίνεση του κυρίου για την μεταβίβαση²⁴⁸. Επακόλουθο των παραπάνω είναι ότι εάν τελικά ο υπόχρεος δεν αποκτήσει το πράγμα και δεν μπορεί να προβεί στην μεταβίβαση, τότε ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος μπορεί να στραφεί κατ' αυτού και να απαιτήσει αποζημίωση σύμφωνα με τις διατάξεις περί υπαίτιας αδυναμίας παροχής, αναλόγως αρχικής κατ' άρθρα 362 επ. ΑΚ ή επιγενόμενης κατ' άρθρα 336 επ. ΑΚ, και περαιτέρω με βάση τις διατάξεις των άρθρων 513 ΑΚ επ., και 516 ΑΚ, αφού με την τελεσίδικη καταδίκη και την αποδοχή θα γεννηθεί η υποχρέωση παράδοσης του πράγματος. Επομένως δεν εμποδίζει την άσκηση της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής και την επέλευση της καταδίκης η έλλειψη κυριότητας στο πρόσωπο του υποχρέου και, κατά μία γνώμη δεν απαιτείται

243 βλ. Μπρίνια, ό.π, παρ. 238Α V

244 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 364, υποσ. 20, Παντελίδου, ό.π., αρ. 215,

245 βλ. Λαδά, παρ. 37 αρ. 60, Παντελίδου, ό.π., αρ. 228

246 βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 370, 371, Ποδηματά Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 42

247 ΑΠ 58/1997, ΕφΑθ 2180/2006, ΕλλΔνη(47), 1470, ΕφΘεσσ 1457/1978, Αρ. 33, 267, Παντελίδου, ό.π., αρ.

229, Λαδά, παρ. 37, αρ. 60

248 Μάλιστα ο Αρειος Πάγος, ο οποίος έχει επικυρώσει την τελευταία άποψη, εξομοιώνει την έλλειψη κυριότητας με την μεταγενέστερη της σύναψης του προσυμφώνου απώλειά της. (βλ. Παντελίδου, αρ. 229)

για το ορισμένο της αγωγής να αναφέρεται ότι ο εναγόμενος είναι κύριος του πράγματος που προσυμφώνησε να μεταβιβάσει²⁴⁹.

Σε περίπτωση που, κατά την διάρκεια της εκκρεμοδικίας επισυμβεί μεταβολή των συνθηκών για οποιονδήποτε λόγο, για παράδειγμα επειδή το αντικείμενο της οριστικής σύμβασης καταστραφεί ή απαγορευθεί εκ του νόμου ως παροχή, το δικαστήριο δεν θα καταδικάσει τον υπόχρεο σε δήλωση βουλήσεως, την οποίας η εκπλήρωση είναι εκ των πραγμάτων αδύνατη²⁵⁰. Αν η καταστροφή της παροχής οφείλεται σε υπαιτιότητα του εναγόμενου υπόχρεου μέρους, ο ενάγων μπορεί επιτρεπώς να μεταβάλει το αίτημα της αγωγής του και να ζητήσει αποζημίωση αντί της παροχής κατ' άρθρον 223 ΚΠολΔ²⁵¹, πράγμα που, ευλόγως, δεν μπορεί και ουδέν συμφέρον έχει να κάνει σε περίπτωση που η φυσική αδυναμία παροχής είναι ανυπαίτια. Βέβαια, υφίσταται πάντα η δυνατότητα ο ενάγων το πρώτον στο δικόγραφο της αγωγής του να υποβάλει επικουρικό αίτημα αποζημίωσης για μη εκπλήρωση σε περίπτωση που δεν του παραδοθεί το πράγμα κατ' άρθρον 69 παρ. 1 εδ γ' ΚΠολΔ, αλλά και επί τη βάση του άρθρου 339 ΑΚ, αν τελικά ο ενάγων καταδικασθεί και για τον οποιονδήποτε λόγο δεν παραδώσει το οφειλόμενο πράγμα²⁵².

Όσον αφορά την άμυνα του εναγομένου έχει υποστηριχθεί ότι ο τελευταίος μπορεί να προβάλει ένσταση καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος του ενάγοντος κατ' άρθρον 281 ΑΚ και μάλιστα υπό την μορφή της αποδυνάμωσης δικαιώματος²⁵³. Συγχρόνως βέβαια, η άποψη που υποστηρίζει την παραπάνω δυνατότητα αναγνωρίζει ότι δυσκολά μπορεί να γίνει για το εκ προσυμφώνου δικαίωμα αποδεκτή η αποδυνάμωση, λόγω των ιδιαιτεροτήτων της απόδειξης των προϋποθέσεων που την συνιστούν. Ειδικότερα σχετικά με την πάροδο ευλόγου χρόνου, αυτή θα πρέπει να υπολογίζεται όχι με αφετηρία τον χρόνο κατάρτισης του προσυμφώνου, διότι εκ της φύσεώς του δεν είναι νοητή η αρχή της άμεσης εκπλήρωσης των παροχών των μερών, αλλά με αφετηρία την πάροδο της προθεσμίας που ενδεχομένως τέθηκε, ή τον εύλογο κατά την κρίση των μερών χρόνο για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, ήτοι θα πρέπει να αντιμετωπίζεται με μεγαλύτερη επιείκεια. Όσον αφορά δε το ζήτημα της δημιουργίας παγιωμένης κατάστασης συμφερόντων των μερών, η οποία κινδυνεύει να ανατραπεί, εξετάζεται από την πλευρά και των δύο μερών. Από την μία πλευρά θα κριθεί εάν ο δικαιούχος που δεν ασκεί το εκ προσυμφώνου δικαίωμα δίνει στο έτερο μέρος την εντύπωση ότι δεν θα ζητήσει την καταδίκη. Γίνεται όμως

249 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 232

250βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 371 Αντιθέτως επί νομικής αδυναμίας παροχής, επειδή για παράδειγμα ο υπόχρεος δεν είναι κύριος του πράγματος, όπως είδαμε, κατά κρατούσα στην νομολογία γνώμη, η παροχή εξακολουθεί να οφείλεται στον εκ προσυμφώνου δικαιούχο και καθόλου δεν εμποδίζεται η καταδίκη κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ.

251 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 371

252 βλ. Βαθρακοκύλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 27, Μπρίνια ό.π. παρ. 240Vγ)

253 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 220 επ.

δεκτό ότι εάν του έχει παραδοθεί το πράγμα και ασκεί ενέργειες νομής ή κατοχής επάνω του, τότε πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν έχει αδρανήσει δημιουργώντας εσφαλμένες εντυπώσεις. Από την πλευρά του υποχρέου θα πρέπει να εξετασθεί αν δόλια καθυστερεί την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης και αν οι συνέπειες από την καθυστέρηση αυτή είναι δυσμενείς για τον δικαιούχο, ενώ όσο πιο κακόπιστος αποδειχθεί ο υπόχρεος, τόσο λιγότερο χρειάζεται να αποδειχθεί η επιβάρυνση του δικαιούχου από την μη κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Γίνεται επομένως φανερό ότι για τους ανωτέρω λόγους αποδεικνύεται δύσκολα η αποδυνάμωση του υπό κρίση δικαιώματος, αφενός διότι απαιτείται να έχει παρέλθει έτι περισσότερος χρόνος αδράνειας, αφετέρου ο δικαιούχος που συνήθως διακατέχει το πράγμα δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αδρανεί.

3.1.2.3. Η έκδοση τελεσίδικης απόφασης επί της κατ'άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής.

Τελευταία και βασικότερη προϋπόθεση για την κίνηση του μηχανισμού της αναγκαστικής πραγμάτωσης της εκ προσυμφώνου αξίωσης είναι η έκδοση απόφασης επί της κατ' άρθρον 949 αγωγής. Η δικαστική απόφαση ως μέσο αυθεντικής διάγνωσης της έννομης σχέσης των μερών κρίνεται ως η καταλληλότερη μορφή τίτλου για την επίσπευση του συγκεκριμένου είδους αναγκαστικής εκτέλεσης, καθ'ότι διασφαλίζει την απαιτούμενη ακεραιότητα εν όψει της αυτοδίκαιης ενέργειας του νομικού πλάσματος της αναπλήρωσης της δήλωσης βούλησης του υποχρέου²⁵⁴. Κατά μία άποψη μάλιστα αποκλείεται η πρόσδοση της λειτουργίας του κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ πλάσματος σε οποιονδήποτε άλλον από τους εκτελεστούς τίτλους του άρθρου 904 ΚΠολΔ²⁵⁵. Υποστηρίζεται όμως εξίσου ότι η διαφορά μπορεί να υπαχθεί και σε διαιτησία, αφού ναι μεν η κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγή σχετίζεται άμεσα με τα μέσα και την διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης, πλην όμως η απαίτηση που αποτελεί τον δικαιοπαραγωγικό λόγο του αιτήματος για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως ανήκει στην εξουσία διάθεσης των μερών²⁵⁶. Εξάλλου κατά άλλη άποψη στην ίδια κατεύθυνση, η παράλληλη αναγνώριση της διαιτητικής δικαιοδοσίας με την δικαστική αλλά και οι ομοιότητες της διαιτητικής προς την δικαστική απόφαση, η οποία εξοπλίζεται με εκτελεστότητα και εν δυνάμει με δεδικασμένο δικαιολογεί αν μη τι άλλο την αναλογική εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 949 ΚΠολΔ επί των διαιτητικών αποφάσεων²⁵⁷.

254 βλ. Βαθρακοκόη, ΚΠολΔ 949, αρ. 40 και αρ. 84

255 βλ. Μπρίνια, ό.π., παρ. 241, 1

256 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 254, Τριάντο, ό.π., αρ. 452

257 βλ. Βαθρακοκόη 949 ΚΠολΔ, αρ 84

3.1.2.3.a. Περιεχόμενο και νομική φύση της απόφασης.

Η απόφαση επί της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής θα διαγιγνώσκει την ύπαρξη αξίωσης του ενάγοντος σε δήλωση βουλήσεως και θα καταδικάζει τον εναγόμενο υπόχρεο στην επιχείριση δήλωσης βούλησης συγκεκριμένου περιεχομένου²⁵⁸. Είναι απαραίτητο το περιεχόμενο της δήλωσης βούλησης να καθορίζεται ρητά και συγκεκριμένα στο διατακτικό της απόφασης, αφενός εν όψει του γεγονότος ότι η απόφαση θα αναπληρώσει την δήλωση βούλησης του υποχρέου, η οποία και αν ήταν εκούσια θα έπρεπε να είναι σαφής και πλήρης, αφετέρου επειδή απαραίτητη προϋπόθεση για την επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης εν γένει είναι το βέβαιο και εκκαθαρισμένο της απαιτήσεως κατ' άρθρον 916 ΚΠολΔ²⁵⁹.

Όσον αφορά την νομική φύση της απόφασης, παρ'ότι η αμφισβήτηση είχε εκδηλωθεί εντόνως κυρίως κατά το προϊσχύσαν καθεστώς του άρθρου 882 ΠολΔ στη θεωρία του χώρου της πολιτικής δικονομίας, αλλά και στην νομολογία, η συζήτηση δεν παύει να παρουσιάζει ενδιαφέρον και υπό το ισχύον δίκαιο. Κατά μία άποψη, που είναι και η μάλλον κρατούσα σήμερα²⁶⁰, η απόφαση επί της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής είναι καταψηφιστική, ενώ στον αντίποδα υποστηρίζεται ότι είναι διαπλαστικής φύσης. Αρχικά, με βάση το αίτημα της υπό εξέταση αγωγής και το αντικείμενο διάγνωσης εύλογα συνάγεται ότι η απόφαση είναι καταψηφιστική, καθ'ότι, όπως αναφέρεται αμέσως ανωτέρω, διαγιγνώσκει την ύπαρξη ενοχικής αξίωσης προς δήλωση βουλήσεως και καταδικάζει σε παροχή, χαρακτηριστικό που προσιδιάζει στο είδος έννομης προστασίας που παρέχεται δυνάμει όλως των καταψηφιστικών αποφάσεων. Πλην όμως κατά την αντίθετη άποψη, η καταδίκη που απαγγέλλει η κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ απόφαση στερείται ουσιαστικού περιεχομένου καθ'ότι με την τελεσιδικία της απόφασης επέρχονται αυτοδίκαια τα έννομα αποτελέσματα της επιδιωκόμενης δηλώσεως βουλήσεως, συντελείται μία έννομη μεταβολή χωρίς την συμμετοχή του υπόχρεου μέρους²⁶¹, και κατά τούτο διαπλαστική είναι η ενέργεια που αναπτύσσει η υπό κρίση απόφαση. Ωστόσο η τελευταία αυτή άποψη, η οποία φαίνεται και να επικρατούσε υπό το προϊσχύον δίκαιο²⁶², παραβλέπει, όπως υποστηρίζεται²⁶³, την διαφορά μεταξύ του διαπλαστικού δικαιώματος που ασκείται και πραγματώνεται με την διαπλαστική απόφαση από την αξίωση για δήλωση βουλήσεως, η οποία επιδιώκεται δικαστικά με την υπό εξέταση αγωγή. Στην πρώτη περίπτωση η δικαστική απόφαση απαγγέλλει την νομική μεταβολή η οποία επέρχεται αυτομάτως και άνευ της βουλήσεως του έτερου μέρους, ενώ παράλληλα πιθανότατα ούτως ή άλλως το διαπλαστικό δικαίωμα που

258 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 374 επ.

259 Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 37, Μπρίνια, ό.π, αρ. 238αΙΙΙ

260 Βλ Κρητικό, ό.π, σελ. 382, Παντελίδου ό.π., αρ. 205, Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 39, Κεραμέας/Κονδύλης/Νίκας

261 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 39, Ποδηματά, ό.π, σελ. 198 επ.

262 βλ. Ποδηματά, ό.π, σελ. 197

263 βλ. Ποδηματά, ό.π, σελ. 199-203

διαγιγνώσκεται μπορεί κατά νόμον να επιδιωχθεί μόνον δια της δικαστικής οδού. Αντιθέτως στην υπό εξέταση περίπτωση η σχέση που διαγιγνώσκεται είναι γνήσια έννομη σχέση μεταξύ δανειστή και οφειλέτη, στο πλαίσιο της οποίας ο υπόχρεος μπορεί να εκπληρώσει και εκουσίως πριν την άσκηση αγωγής και την έκδοση απόφασης, πριν, ακόμα και μετά την τελεσιδικία της απόφασης, η καταδίκη δε σε δήλωση βουλήσεως σε τίποτε δεν διαφέρει από την καταδίκη σε οποιαδήποτε παροχή, ενώ ακόμα και η δημιουργία του νομικού πλάσματος με μόνη την τελεσιδικία της απόφασης δεν σημαίνει, όπως θα εξετασθεί και κατωτέρω, την αυτόματη πραγμάτωση της αξίωσης με την αναγκαστική κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, αλλά απαιτείται και πάλι πρωτοβουλία του δικαιούχου με την επίδοση στον καταδικασθέντα επιταγής προς εκούσια συμμόρφωση²⁶⁴. Επιπλέον, εν αντιθέσει προς τις διαπλαστικές αποφάσεις με τις οποίες επέρχεται η έννομη μεταβολή λόγω της ενέργειας διάπλασης του ίδιου του διατακτικού της απόφασης, το πλάσμα της αναπλήρωσης της ελλείπουσας δήλωσης βουλήσεως καθιερώνεται από τον νόμο και όχι από την ίδια την δικαστική απόφαση, η οποία απλώς επιβάλλει την καταδίκη περιοριζόμενη στον διαγνωστικό της ρόλο²⁶⁵.

Περαιτέρω, δεν αρκεί η έκδοση οριστικής αποφάσεως σε πρώτο βαθμό για την ικανοποίηση της αξίωσης του εκ προσυμφώνου δικαιούχου. Ο νόμος απαιτεί επιπλέον να επέλθει τελεσιδικία της ως άνω αποφάσεως, επιταγή η οποία κρίνεται εύλογη κυρίως για λόγους ασφάλειας δικαίου, δεδομένου ότι η οριστικότητα των αποτελεσμάτων του πλάσματος δικαίου που προσδίδει ο νόμος στην απόφαση δεν συνάδει με την φύση μίας πρωτόδικης απόφασης, που είναι δεκτική ανατροπής²⁶⁶. Για τον λόγο αυτό, όπως ομοφώνως γίνεται δεκτό, δεν χωρεί καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως με βάση απόφαση επί αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων²⁶⁷, ούτε με βάση προσωρινώς εκτελεστή οριστική απόφαση. Ο τρόπος επέλευσης της τελεσιδικίας είναι αδιάφορος, ενώ ο χρόνος κατά τον οποίο επέρχονται τα αποτελέσματα του πλάσματος ταυτίζεται με τον χρόνο δημοσίευσης της απόφασης επί του ενδίκου μέσου, ή τον χρόνο παρέλευσης της νόμιμης προθεσμίας άσκησης έφεσης κατά της πρωτοδίκου αποφάσεως²⁶⁸. Εάν η τελεσιδική απόφαση επί αγωγής για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως αναιρεθεί, μπορεί να ζητηθεί από τον Άρειο Πάγο η επαναφορά των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση, και μάλιστα ανεξαρτήτως του εάν έλαβαν χώρα πράξεις εκτέλεσης, καθ'ότι η επέλευση της ενέργειας του νομικού

264 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ.87, Ποδηματά, ό.π., σελ. 202

265 Ποδηματά, ό.π., σελ. 203

266 Κρητικό, ό.π., σελ. 375

267 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 41 και 46 για τον οποίο τυχόν καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως δυνάμει αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη πλήρη ικανοποίηση δικαιώματος κατ' άρθρον 692 παρ. 4 ΚΠολΔ, και θα ερχόταν σε πλήρη αντίθεση με το γράμμα του άρθρου 949 ΚΠολΔ που κάνει ρητά λόγο για τελεσιδικία. Νικολόπουλο σε ΕρμΚΠολΔ Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, 949, αρ. 10

268 βλ. Μπρίνιας παρ. 241, Παντελίδου, Επιπλέον είναι αναμενόμενο ότι δεν ενεργοποιείται το νομικό πλάσμα με την παραίτηση του εκκαλούντος από το δικόγραφο της έφεσης, αν υφίσταται ακόμα προθεσμία προς άσκηση ενδίκων μέσων κατά της απόφασης.

πλάσματος που καθιερώνει το άρθρο 949 ΚΠολΔ είναι, όπως αναλυθεί και παρακάτω, αυτόματη. Η απόφαση επί της αίτησης επαναφοράς θα αναγνωρίζει ότι η δήλωση βουλήσεως δεν έγινε ποτέ και θα κηρύσσει άκυρη κάθε τυχόν επιχειρηθείσα πράξη εκτέλεσης, η οποία βασίσθηκε στην ανύπαρκτη δήλωση βουλήσεως²⁶⁹.

Ως τελεσίδικη, η απόφαση επί της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής παράγει όλες τις έννομες συνέπειες των καταψηφιστικών αποφάσεων, ήτοι κατά βάση δεδικασμένο και εκτελεστότητα. Το ουσιαστικό δεδικασμένο της απόφασης καλύπτει την διάγνωση της έννομης σχέσης και την εξ αυτής αξίωση προς δήλωση βουλήσεως, με αποτέλεσμα αγωγή κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ με την ίδια ιστορική και νομική βάση να είναι αποκρουστέα με την σχετική ένσταση. Αναφορικά με τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου τίθεται το ερώτημα εάν αυτά καταλαμβάνουν κατ' άρθρον 325 περ. 2 ΚΠολΔ και τον τρίτο ειδικό διάδοχο του υποχρέου στον οποίο ο τελευταίος μεταβίβασε το προσυμφωνηθέν να μεταβιβασθεί στον ενάγοντα πράγμα. Σχετικώς υποστηρίζεται²⁷⁰ ευλόγως ότι δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση της υπό κρίση απόφασης η διάταξη του άρθρου 325 περ. 2 ΚΠολΔ, καθ'ότι επίδικο αντικείμενο εν προκειμένω δεν είναι το δικαίωμα κυριότητας επί του πράγματος αλλά το ενοχικό δικαίωμα του ενάγοντος έναντι του υποχρέου προς δήλωση βούλησης. Ο τρίτος που αποκτά το προσυμφωνηθέν είναι ειδικός διάδοχος του εκ προσυμφώνου υποχρέου μόνον όσον αφορά την κυριότητα του επίδικου αντικειμένου και όχι το καταχθέν στην δίκη ενοχικό δικαίωμα, και άρα δεν θα δεσμεύεται από τα έννομα αποτελέσματα της επ' αυτής εκδοθησόμενης απόφασης. Αντιθέτως υποστηρίζεται²⁷¹ ότι θα επεκτεινόταν το δεδικασμένο καί σε τρίτον, εάν η εκποίηση κατά τη διάρκεια της εκκρεμοδικίας γινόταν σε παράβαση της δικαστικής απαγόρευσης διαθέσεως λόγω επιβολής του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης του επίδικου αντικειμένου, οπότε η μεταβίβαση θα ήταν άκυρη και το πράγμα ακόμα αποδοτέο. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση σώρευσης στην αγωγή καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως και αιτήματος απόδοσης του πράγματος λόγω διεκδικητικής αγωγής.

Αναφορικά με την εκτελεστότητα της υπό εξέταση απόφασης αξίζει να επισημανθεί ότι στο πλαίσιο αυτής της έννομης συνέπειας αναπτύσσει την ενέργειά του το πλάσμα της αναπλήρωσης της ελλείπουσας δήλωσης βούλησης που καθιερώνεται με το άρθρο 949 ΚΠολΔ, εισάγοντας την ιδιότυπη μορφή αναγκαστικής εκτέλεσης αξιώσεων προς δήλωση βουλήσεως²⁷².

269 βλ. Νικολόπουλο σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα ΕρμΚΠολΔ, 949 ΚΠολΔ, αρ. 13, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 4292

270 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 374, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 42, Παντελίδου, ό.π., αρ. 216Α επ. αντίθ. Νικολόπουλος σε ΕρμΚΠολΔ Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, 949, αρ. 4, όπου αναφ. Ότι το δεδικασμένο για το ενοχικό δικαίωμα επεκτείνεται και στον ειδικό διάδοχο κατά τη διάρκεια της δίκης. Για το θέμα και Μπρίνιας, ό.π., παρ. 242, 11)

271 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 372, υποσ. 51

272 βλ. Παντελίδου, ό.π., σελ. 204-205

Κατά τα άλλα εφαρμογής τυγχάνουν και εδώ οι διατάξεις περί των υποκειμενικών ορίων της εκτελεστότητας των αποφάσεων κατ' άρθρον 919 ΚΠολΔ με τις ιδιορρυθμίες που σημειώθηκαν αμέσως παραπάνω. Σημειώνεται ότι ο τρίτος που βρίσκεται στην κατοχή ή την νομή του πράγματος αλλά δεν είναι κύριος υπόκειται στην εκτελεστότητα της απόφασης που καταδικάζει τον υπόχρεο σε δήλωση βουλήσεως και παράδοση του πράγματος κατ' άρθρον 919 παρ. 1 εδ. Β' ΚΠολΔ²⁷³.

3.1.2.3.β. Ενέργεια του κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ νομικού πλάσματος και η αναγκαστική κατάρτιση της οριστικής σύμβασης.

Κατά το ακριβές γράμμα του άρθρου 949 ΚΠολΔ, με την τελεσιδικία της απόφασης, η δήλωση βουλήσεως του υποχρέου θεωρείται ότι έγινε αυτόματα, χωρίς καμία ανάμειξη του εναγομένου και ανεξαρτήτως της βούλησής του. Το άρθρο εισάγει πλάσμα δικαίου αφού προβλέπεται από τον νόμο η εξομοίωση της δικαστικής απόφασης με μία ανύπαρκτη δήλωση βούλησης χάριν της προστασίας του εκ προσυμφώνου δικαιούχου ή εν γένει του δικαιούχου δήλωσης βουλήσεως από άλλον δικαιοπαραγωγικό λόγο. Το γεγονός ότι ο νόμος εξοπλίζει την απόφαση επί της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής με την ενέργεια ενός πλάσματος προσδίδει μία ιδιοτυπία²⁷⁴ στην επιδιωκόμενη αναγκαστική εκτέλεση απαιτήσεων προς δήλωση βουλήσεως, με αποτέλεσμα αυτού του είδους αναγκαστικής εκτέλεσης να μην μπορεί να θεωρηθεί άμεση εκτέλεση αλλά ούτε και έμμεση, εφόσον, όπως είδαμε, το αίτημα για καταδίκη του υποχρέου υπό την απειλή χρηματικής ποινής ή προσωπικής κράτησης στην προκειμένη περίπτωση δεν είναι νόμιμο²⁷⁵, ενώ παραδεκτώς εισάγεται επί απαιτήσεως καταδίκης προς επιχείρηση πράξεως που εξαρτάται από μόνη την βούληση του υποχρέου²⁷⁶. Ειδικότερα, η ιδιοτυπία έγκειται στο γεγονός ότι εν προκειμένω, το νομικό πλάσμα αποτελεί κατ'ουσίαν το μέσο κρατικού καταναγκασμού²⁷⁷, δυνάμει του οποίου διαμορφώνεται αυτοδικαίως η επιθυμητή έννομη κατάσταση και πραγματώνεται αναγκαστικά η αξίωση του δικαιούχου ερήμην του οφειλέτη του με την κάμψη της δυστροπίας του τελευταίου ως προς την οφειλόμενη παροχή, πλην όμως λείπει

273 βλ. Βαθρακοκύλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 44, Μπρίνια, ό.π., παρ. 239 VII

274 Οι περισσότεροι συγγραφείς κάνουν λόγο για ιδιότυπη μορφή αναγκαστικής εκτέλεσης προβλεπόμενης από το άρθρο 949 ΚΠολΔ (Νικολόπουλος, Βαθρακοκύλη ΚΠολΔ 949, αρ. 75, ο οποίο ωστόσο κάνει λόγο για ειδική μορφή εκτέλεσης αλλά με την αυτή δικαιολογητική βάση, Μπρίνιας, ό.π. Παρ. 240II)

275 Για τον Βαθρακοκύλη (949 ΚΠολΔ, αρ. 75) η απειλή χρηματικής ποινής ή προσωπικής κράτησης θα είχε αξία μόνον εάν υπήρχε η δυνατότητα κήρυξης της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ απόφασης προσωρινώς εκτελεστής. Ο ίδιος (ό.π., αρ. 76) υποστηρίζει ότι θα μπορούσε να αποτελεί είδος άμεσης εκτέλεσης, ωστόσο λόγω των ιδιαιτεροτήτων της αποτελεί ειδική μορφή εκτέλεσης.

276 Έχει υποστηριχθεί (Μπρίνιας, ό.π., παρ. 240I), ότι η δήλωση βουλήσεως αποτελεί πράξη μη δυνάμενη να γίνει από άλλον και εξαρτώμενη αποκλειστικά από τη βούληση του υποχρέου, και άρα, εάν έλλειπε η διάταξη του α. 949 ΚΠολΔ, θα είχαμε εφαρμογή του άρθρου 946 και η εκτέλεση θα λάμβανε χώρα δια της απειλής χρηματικής ποινής ή προσωπικής κράτησης. Για τον Βαθρακοκύλη (ΚΠολΔ 949, αρ. 77) η κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ εκτέλεση διαφέρει από την κατ' άρθρον 946, γιατί η πρώτη είναι άμεση, άλλως κατά Ποδημάτα, αυτόματη.

277 βλ. Βαθρακοκύλη ΚΠολΔ 949, αρ. 75, Ποδημάτα, ό.π., σελ. 204-205

το στοιχείο του υλικού καταναγκασμού με την μεσολάβηση εξωτερικά ορατών πράξεων εκτελέσεως και η ανάμειξη των άλλων οργάνων εκτελέσεως, συνήθως κατά την επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης άλλου είδους απαιτήσεων. Τα παραπάνω όμως δεν σημαίνουν, ως υποστηρίχθηκε²⁷⁸ ότι την θέση του οργάνου αναγκαστικής εκτελέσεως αναλαμβάνει ο δικαστής, ο οποίος με την έκδοση της απόφασης και της δι' αυτής δημιουργίας του πλάσματος εκκινεί την διαδικασία της αναγκαστικής πραγμάτωσης της αξίωσης του δικαιούχου, ούτε ότι το νομικό πλάσμα της διάταξης του άρθρου 949 ΚΠολΔ είναι αποτέλεσμα του δεδικασμένου της απόφασης²⁷⁹. Αντιθέτως, ο δικαστής εξακολουθεί να επιτελεί την δικαιοδοτική του λειτουργία απαγγέλοντας την καταδίκη του υποχρέου στην οφειλόμενη δήλωση βούλησης²⁸⁰ και όχι την αναπλήρωση αυτής, ενώ, το γεγονός ότι η τελευταία λογίζεται εκπληρωθείσα με την τελεσιδικία της απόφασης είναι αποτέλεσμα του καθιερωμένου εκ του νόμου πλάσματος, η ενέργεια του οποίου εντάσσεται στην εκτελεστότητα της απόφασης, της τελευταίας νοουμένης μάλιστα υπό στενή έννοια και όχι υπό την ευρεία έννοια της επέλευσης εν γένει των συνεπειών μιας απόφασης²⁸¹.

Εφόσον, ως εμφανίζεται από την ένταξη του άρθρου στο σύστημα διατάξεων της αναγκαστικής εκτέλεσης, αλλά και εν όψει όλων των ανωτέρω ουσιαστικών επιχειρημάτων, το άρθρο 949 ΚΠολΔ εισάγει μία ιδιόρρυθμη μορφή αναγκαστικής εκτέλεσης, για την αναγκαστική πραγμάτωση της αξίωσης του δικαιούχου, ήτοι την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, τυγχάνουν εφαρμογής οι γενικές διατάξεις της αναγκαστικής εκτέλεσης, δηλαδή τα άρθρα 914 επ. ΚΠολΔ. Ο δανειστής, με την τελεσιδικία της απόφασης που διατάσσει την καταδίκη πρέπει να παραγγείλει από την γραμματεία του εκδόσαντος Δικαστηρίου την έκδοση α' εκτελεστού απογράφου της τελεσιδικίας απόφασης, και αυτό παρά το αυτοδίκαιο της επέλευσης του νομικού πλάσματος, αφού, η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης με την επιβολή του κρατικού καταναγκασμού έστω και νοητά με την ενέργεια του πλάσματος, προϋποθέτει πάντοτε την περιαφή του τίτλου με τον εκτελεστήριο τύπο, και την βάση αυτής έκδοση απογράφου κατ' άρθρον 918 ΚΠολΔ²⁸². Ακολούθως, αντίγραφο του εκδοθέντος απογράφου πρέπει να επιδοθεί από δικαστικό επιμελητή στον καθ' ου η εκτέλεση υπόχρεο προς δήλωση βούλησης με επιταγή προς εκτέλεση σύμφωνα με το άρθρο 924 ΚΠολΔ. Στην επιταγή θα πρέπει να αναφέρεται με λεπτομέρεια και σαφήνεια η οφειλόμενη παροχή στην οποία έχει καταδικασθεί ο καθ' ου, και

278 βλ. Μπρίνια ό.π. παρ. 240Π

279 βλ. Ποδημάτα ό.π, σελ. 204, 205, Μπρίνιας ό.π. Παρ. 240Ι

280 Κατά τον Μπρίνια (ό.π, παρ. 239), το αίτημα της αγωγής και το διατακτικό της απόφασης περιορίζονται στην υποχρέωση του οφειλέτη προς επιχείρηση ορισμένης πράξης, για την οποία αργότερα ο νόμος αντί να παρεμβάλλει τα όργανα της εκτελέσεως θερεί ότι η συμμόρφωσης έλαβε αμαχίτως χώρα.

281 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 44

282 βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 86

συγκεκριμένα το ακριβές περιεχόμενο της δήλωσης βούλησης, και να περιέχεται πρόσκληση του οφειλέτη προς εκούσια συμμόρφωση²⁸³. Σε περίπτωση που για την εκούσια συμμόρφωση του οφειλέτη απαιτείται συμβολαιογραφικός τύπος, με την επιταγή θα προσκαλείται να προσέλθει σε συγκεκριμένο συμβολαιογράφο, ο οποίος θα κατονομάζεται, σε συγκεκριμένο τόπο και χρόνο ώστε να καταρτισθεί η συμβολαιογραφική δήλωση βουλήσεως. Σε περίπτωση μη εκούσιας συμμόρφωσης αρκεί η αναφορά στην επέλευση των νομίμων συνεπειών και δεν απαιτείται η απειλή αυτόματης εκτέλεσης της απόφασης²⁸⁴.

Μετά την άπρακτη πάροδο της νόμιμης κατ' άρθρον 926 ΚΠολΔ προθεσμίας των τριών ημερών από την επίδοση επιταγής προς εκούσια συμμόρφωση δεν ακολουθεί κύρια διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης, αλλά ο δανειστής μπορεί να προβεί στην κατάρτιση της οριστικής δικαιοπραξίας, με τον τρόπο που αρμόζει στο είδος και στον τύπο της τελευταίας, με την δήλωση βουλήσεως του υποχρέου να έχει υποκατασταθεί από την δικαστική απόφαση από τον χρόνο της τελεσιδικίας της²⁸⁵.

Όσον αφορά τις αντιρρήσεις κατά της εκτέλεσης μεμονωμένα έχει υποστηριχθεί²⁸⁶ ότι λόγω της ιδιορρυθμίας της μορφής αναγκαστικής εκτέλεσης που εισάγεται με το άρθρο 949 ΚΠολΔ δεν χωρεί εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 933 ΚΠολΔ επ., καθ'ότι η αυτοδίκαιη ενέργεια του νομικού πλάσματος συνεπάγεται την αυτόματη ικανοποίηση της αξίωσης του δανειστή επί αναγκαστική εκτέλεση ταυτόχρονα με την γένεσή της κατά τον χρόνο τελεσιδικίας της απόφασης, χωρίς την μεσολάβηση άλλης πράξης. Αντιθέτως, εύλογα η κρατούσα γνώμη²⁸⁷ κάνει δεκτή την δυνατότητα άσκησης από τον καθ'ου η εκτέλεση ανακοπής κατ' άρθρον 933 ΚΠολΔ για την προβολή ελαττωμάτων που αφορούν τον τίτλο, την απαίτηση και την επιταγή προς εκούσια συμμόρφωση, η επίδοση της οποίας συνιστά την πρώτη και την τελευταία πράξη της εκτέλεσης. Το γεγονός ότι η κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αναγκαστική εκτέλεση απαιτήσεων προς δήλωση βουλήσεως δεν περιλαμβάνει κύρια διαδικασία λόγω της ιδιάζουσας φύσης της, δεν σημαίνει αναγκαία ότι δεν μπορεί ο καθ'ου να προστατευθεί από τα ελαττώματα της προδικασίας που μπορεί να του προκαλέσουν βλάβη.

Όταν η δήλωση βουλήσεως στην οποία καταδικάζεται ο υπόχρεος εξαρτάται από αντιπαροχή, όπως θα συμβαίνει κατά κανόνα επί συμφωνηθείσας αμοτεροβαρούς οριστικής

283 βλ. Βαθρακοκύλη ΚΠολΔ 949, αρ. 87

284 βλ. Βαθρακοκύλη ΚΠολΔ 949, αρ. 87

285 βλ. Βαθρακοκύλη ΚΠολΔ 949, αρ. 88-88α. Επί οριστικής σύμβασης υποβαλλομένης κατά νόμον σε συμβολαιογραφικό τύπο, δύναται, αν κατά την ημέρα της πρόσκλησης του καθ'ου με την επιταγή να προβεί εκουσίως ενώπιον συμβολαιογράφου στην αιτούμενη δήλωση βουλήσεως ο καθ'ου δεν εμφανισθεί, να συνταχθεί μία συμβολαιογραφική πράξη μη εμφάνισης στην οποία θα πιστοποιείται το ως άνω γεγονός και η οποία μπορεί να προσαρτηθεί στην οριστική δικαιοπραξία, η οποία θα περιλαμβάνει όπως θα δούμε την τελεσιδική απόφαση και την συμβολαιογραφική αποδοχή του έτερου μέρους.

286 βλ. Μπρίνιας παρ. 240

287 βλ. Βαθρακοκύλη ΚΠολΔ 949, αρ. 89

σύμβασης, σύμφωνα με το εδάφιο β' του άρθρου 949 ΚΠολΔ, η δήλωση βουλήσεως θεωρείται ότι έγινε με την εκπλήρωση της αντιπαροχής ή την υπερημερία του δανειστή της. Σύμφωνα με την παραπάνω διάταξη αν ο δανειστής – ενάγων δεν έχει προεκπληρώσει την δική του αντιπαροχή, ο νόμος μεταθέτει τον χρόνο επέλευσης της αυτοδίκαιης ενέργειας του πλάσματος στο χρονικό σημείο στο οποίο θα πραγματοποιηθεί η απαίτηση από την οποία εξαρτάται η μέλλουσα να υποκατασταθεί δήλωση βούλησης²⁸⁸, ή στον χρόνο προσφοράς της αντιπαροχής αυτής και άρνησης του εναγομένου να την αποδεχθεί. Ως εκ τούτου ο εκ προσυμφώνου αμφοτεροβαρούς σύμβασης εναγόμενος οφειλέτης του οποίου η παροχή εξαρτάται από αντιπαροχή του ενάγοντος η οποία δεν έχει προεκπληρωθεί, μπορεί να προβάλλει κατά των ισχυρισμών του ενάγοντος την κατ' άρθρον 374 ΑΚ αναβλητική ένσταση του μη εκπληρωθέντος συναλλάγματος, οπότε σύμφωνα με το διατακτικό της απόφασης που δέχεται την αγωγή, θα καταδικάζεται στην αιτούμενη δήλωση βουλήσεως υπό τον όρο της ταυτόχρονης εκπλήρωσης της αντιπαροχής του ενάγοντος. Συμφώνως προς τις επιταγές του άρθρου 924 παρ. 4, για την εκτέλεση της παροχής θα πρέπει η προεκπλήρωση της αντιπαροχής ή η υπερημερία αποδοχής από τον δανειστή της να αποδεικνύονται με δημόσιο ή ιδιωτικό έγγραφο με αποδεικτική δύναμη, πλην όμως όπως έχει υποστηριχθεί²⁸⁹, τα έγγραφα αυτά δεν απαιτείται να συνοδεύουν την επιταγή προς εκούσια συμμόρφωση η οποία θα επιδοθεί στον καθ' ου, εξ αντιδιαστολής εκ του άρθρου 924 εδάφιο α', στο οποίο γίνεται μνεία στην συγκοινοποίηση αποδεικτικών εγγράφων μόνο στην περίπτωση των κατ' άρθρον 915 απαιτήσεων υπό αναβλητική αίρεση ή προθεσμία. Πάντως, όπως εύκολα γίνεται αντιληπτό, εάν ο δανειστής-ενάγων έχει εκπληρώσει ήδη πριν την τελεσιδικία της καταδικαστικής απόφασης την δική του αντιπαροχή, μετακίνηση του χρόνου του πλάσματος δεν θα υπάρξει, και η επίδικη δήλωση βουλήσεως θα θεωρείται, όπως κατά κανόνα, πλασματικά συντελεσθείσα από την τελεσιδικία της αποφάσεως²⁹⁰.

Σε αντίθεση με το προϊσχύσαν καθεστώς του άρθρου 882 παρ. 2 ΠολΔ²⁹¹, κατά το οποίο θεωρείτο ότι η εκδοθείσα απόφαση αναπλήρωνε την κατάρτιση ολόκληρης της σκοπούμενης οριστικής δικαιοπραξίας²⁹², η δημοσίευση της τελεσιδικίας δικαστικής απόφασης επί της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής σηματοδοτεί την πλασματική τέλεση αποκλειστικά και μόνο της δηλώσεως βουλήσεως του καταδικαζόμενου μέρους²⁹³, η οποία μόνη αναπληρώνεται από την ως

288 βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 93

289 βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 94

290 βλ. Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 93, 94

291 βλ. Μπρίνια, ό.π, παρ. 237, Κατά το 882 παρ. 2 ΠολΔ: “καταδικασθέντος τινός εις εγχώρησιν αξιώσεως ή τέλεσιν δικαιοπραξίας, η εγχώρησις ή η τέλεσις λογίζεται αυτοδικαίως γενομένη άμα τη τελεσιδικία της αποφάσεως”

292 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 52

293 βλ. αντί πολλών, Κρητικό ό.π., σελ. 375, Μπρίνια (ό.π, παρ. 242) όπου το πλάσμα δικαίου αντικαθιστά και τον συστατικό τύπο.

άνω απόφαση. Το τελευταίο μάλιστα προκύπτει όχι μόνο από το γράμμα αλλά και τον σκοπό²⁹⁴ της διάταξης του άρθρου 949 ΚΠολΔ, που είναι η αναγκαστική πραγμάτωση της δηλώσεως βουλήσεως στην οποία αρνείται αδικαιολόγητα να προβεί ο εναγόμενος. Για την κατάρτιση όμως μίας δικαιοπραξίας δεν αρκεί συνήθως μόνον η δήλωση βουλήσεως ενός μέρους. Είτε πρόκειται για σύμβαση είτε για μονομερή απευθυντέα δικαιοπραξία, απαιτείται επιπλέον η αποδοχή της δήλωσης βουλήσεως του έτερου μέρους στην περίπτωση σύμβασης, και η περιέλευση της μοναδικής δηλώσεως βουλήσεως στο πρόσωπο που ωφελείται από την μονομερή δικαιοπραξία αντίστοιχα. Επομένως, ανάλογα με το είδος της συμφωνηθείσας στο προσύμφωνο οριστικής δικαιοπραξίας εξακολουθούν να απαιτούνται για την οριστική κατάρτιση όλες οι λοιπές διατυπώσεις πλην της δηλώσεως βουλήσεως του υποχρέου μέρους, η οποία αναπληρώθηκε, εκτός από όσες δεν αρμόζουν στην φύση της δήλωσης βουλήσεως ως πλασματικής.

Αρχικά, δεδομένου ότι, όπως έχει υποστηριχθεί, το άρθρο 949 ΚΠολΔ αποτελεί κανόνα παραπομπής²⁹⁵, υπό την έννοια ότι για την επέλευση των αποτελεσμάτων της αναπληρούμενης δήλωσης βουλήσεως παραπέμπει στους γενικούς κανόνες για την δήλωση βουλήσεως, εξεταστέο είναι αν όλες οι διατάξεις των άρθρων 167 ΑΚ επ., άλλως ποιες από αυτές είναι εφαρμοστέες επί της πλασματικής κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ δήλωσης. Έτσι, γίνεται δεκτό²⁹⁶ ότι η περιέλευση της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως κατ' άρθρον 167 ΑΚ στην σφαίρα επιρροής του μέρους στο οποίο απευθύνεται δεν είναι αναγκαία στην υπό κρίση περίπτωση, καθ'ότι το έτερο του δηλούντος μέρος είναι ο ενάγων δανειστής, ο οποίος εύλογα θα έχει μεριμνήσει να λάβει γνώση της δημοσίευσης της δικαστικής αποφάσεως επί της αγωγής του και της εξέλιξης αυτής έως την τελεσιδικία. Αντιθέτως η διάταξη διατηρεί την σημασία της για τις περιπτώσεις όπου η επιδιωκόμενη δήλωση βουλήσεως απευθύνεται σε τρίτο πρόσωπο, οπότε η δημοσίευση της απόφασης θα πρέπει να γνωστοποιηθεί στο πρόσωπο αυτό²⁹⁷, είτε μέσω επίδοσης ή κατ' άλλον τρόπο από τον ενάγοντα, ή σπανιότερα από τον οφειλέτη που καταδικάστηκε. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση πλαγιαστικής άσκησης της εκ προσυμφώνου αξίωσης από δανειστή του δικαιούχου, οπότε η απόφαση που απαγγέλλει την καταδίκη πρέπει να γνωστοποιηθεί στον τελευταίο²⁹⁸, στο πρόσωπο του οποίου άλλωστε θα επέλθουν και οι έννομες συνέπειες της

294 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 52, Ποδηματά, ό.π, σελ. 266

295 βλ. Ποδηματά ό.π, σελ. 254, 256, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 47, για τον οποίο το άρθρον 949 ΚΠολΔ ως πλάσμα δικαίου, με την έννοια ότι εξομοιώνει την περίπτωση καταδίκης του υποχρέου (βάση του πλάσματος) με την περίπτωση που ο τελευταίος προβαίνει εκουσίως στην δήλωση βούλησης (πρότυπη νομοτυπική μορφή), παραπέμπει στις οικείες διατάξεις που ρυθμίζουν την εκούσια δήλωση βούλησης

296 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 49

297 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 50, Μπρίνια, ό.π, παρ. 242, αρ. 6), για τον οποίο το ίδιο ισχύει και για τον ωφελούμενο από πλασματικώς υποκαθιστάμενη δήλωση μονομερούς δικαιοπραξίας απευθυνόμενης σε τρίτο.

298 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 51

απόφασης.

Περαιτέρω, στην περίπτωση που η οριστική δικαιοπραξία είναι σύμβαση²⁹⁹, απαιτείται η αποδοχή³⁰⁰ της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως του υποχρέου από το έτερο μέρος, εφόσον, όπως είδαμε, η ενέργεια του πλάσματος του άρθρου 949 ΚΠολΔ καλύπτει μόνο την δήλωση βούλησης του προσώπου που δυστροπεί, και όχι ολόκληρη την δικαιοπραξία. Ο τρόπος αποδοχής της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως είναι ανάλογος του απαιτούμενου επί αποδοχής εκούσιας δήλωσης βουλήσεως. Επομένως η αποδοχή μπορεί, ανάλογα με το είδος της επιδιωκόμενης σύμβασης να γίνει ατύπως, ακόμα και σιωπηρώς, συναγόμενη από την συμπεριφορά του αποδεχόμενου, ενώ ενδεχομένως και να πρέπει να περιέλθει σε γνώση του αντισυμβαλλομένου κατ' άρθρον 189 ΑΚ, οπότε τα αποτελέσματα της δικαιοπραξίας θα επέλθουν με την περιέλευση αυτή σύμφωνα με το άρθρο 192 ΑΚ³⁰¹. Όταν πρόκειται για τυπική δικαιοπραξία γίνεται δεκτό ότι η τελεσίδικη δικαστική απόφαση που απαγγέλλει την καταδίκη αναπληρώνει καί τον τυχόν απαιτούμενο κατά νόμον συστατικό τύπο της εξαναγκασμένης δήλωσης βουλήσεως³⁰², όχι όμως και της αποδοχής της δήλωσης αυτής. Επιπλέον δε, πρέπει να λάβουν χώρα και οι επιπρόσθετες διατυπώσεις δημοσιότητας που απαιτούνται για την ανάπτυξη των αποτελεσμάτων ορισμένων συμβάσεων³⁰³. Έτσι, προκειμένου να καταρτισθεί σύμβαση πώλησης και μεταβίβασης ακινήτου³⁰⁴ με τον πωλητή να έχει καταδικασθεί τελεσίδικως σε δήλωση βουλήσεως, απαιτείται ο αγοραστής να αποδεχθεί συμβολαιογραφικώς την τελεσίδικη δικαστική απόφαση και, περαιτέρω να αιτηθεί προς το αρμόδιο υποθηκοφυλακείο την μεταγραφή της καταρτισμένης σύμβασης, η οποία θα απαρτίζεται από την δικαστική απόφαση που αναπληρώνει την δήλωση του πωλητή και το συμβόλαιο αποδοχής του αγοραστή, τα οποία πρέπει να εγγραφούν και στο αρμόδιο κτηματολογικό γραφείο. Σημειούται ότι στις δικαιοπραξίες που περιβάλλονται τον συμβολαιογραφικό τύπο δεν απαιτείται κατ' άρθρον 194 ΑΚ να περιέλθει η δήλωση αποδοχής στο έτερο μέρος οπότε ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος που προέβη σε κατάρτιση συμβολαίου αποδοχής της απόφασης μπορεί να ζητήσει αμέσως την μεταγραφή χωρίς να γνωστοποιήσει την ολοκλήρωση της σύμβασης στο μέρος που καταδικάσθηκε.

299 Όταν πρόκειται για μονομερή δικαιοπραξία, με την τελεσιδικία της απόφασης που αναπληρώνει την μοναδική δήλωση βουλήσεως θεωρείται ότι έχει συντελεσθεί όλη η δικαιοπραξία εκτός από τις περιπτώσεις όπου η δήλωση βούλησης πρέπει να περιέλθει στο ωφελούμενο απ' την δικαιοπραξία πρόσωπο.

300 Βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 376, Σημειούται (Βαθρακοκοίλη (αρ. 53) ότι η άσκηση της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής δεν περιλαμβάνει προκαταβολικής αποδοχή της δηλώσεως βουλήσεως του έτερου μέρους., βλ. Νικολόπουλο σε ΕρμΚΠολΔ Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, 949, αρ. 9

301 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 53-55

302 βλ. Μπρίνια παρ. 242

303 βλ. Μπρίνια παρ. 242, αρ. 3, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 59. Για παράδειγμα για την μεταβίβαση πλοίου απαιτείται εγγραφή της σύμβασης στο νηολόγιο, για την μεταβίβαση αυτοκινήτου η εγγραφή της δικαιοπραξίας στο βιβλιάριο μεταβολών της κυριότητας και της κατοχής του αυτοκινήτου.

304 Βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 376, Παντελίδου, ό.π., αρ. 212

Όσον αφορά την δυνατότητα ανάκλησης κατ' άρθρα 168, 186 ΑΚ της εκδηλωθείσης δηλώσεως βουλήσεως, αλλά και την απόσβεση της πρότασης στην περίπτωση που το έτερο μέρος δεν αποδεχθεί έγκαιρα κατ' άρθρον 187 και 194 παρ. 2, υποστηρίζεται³⁰⁵ ότι δεν εφαρμόζονται και στην περίπτωση που η δήλωση βουλήσεως εμπεριέχεται πλασματικά σε μία δικαστική απόφαση, η οποία μάλιστα είναι και τελεσίδικη, αφού αρμόζουν μόνο σε περιπτώσεις πραγματικής εκούσιας δήλωσης βουλήσεως. Ωστόσο, αναφορικά με την εφαρμογή των τελευταίων διατάξεων περί απόσβεσης της πρότασης σε περίπτωση μη αποδοχής της εντός ευλόγου χρόνου, έχει υποστηριχθεί και η αντίθετη άποψη³⁰⁶, σύμφωνα με την οποία η αυτόματη ενέργεια των συνεπειών της αναπληρούμενης δήλωσης βουλήσεως επέρχεται εντός των χρονικών πλαισίων των άρθρων 187 ΑΚ και 194 παρ. 2 ΑΚ, ήτοι εάν ο δικαιούχος δεν προβεί σε αποδοχή αυτής σε εύλογο χρόνο από την τελεσιδικία της αποφάσεως, παύει η αυτοδίκαιη ενέργεια του πλάσματος και ο δικαιούχος δεν μπορεί πλέον να αποδεχθεί την δήλωση και να επιτύχει την κατάρτιση της σύμβασης. Κατά την τελευταία αυτή άποψη η άρση της αυτοδίκαιης ενέργειας του πλάσματος δεν θίγει το δεδικασμένο της εκδοθείσας απόφασης γιατί η επέλευση του πλάσματος κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ εντάσσεται στην εκτελεστότητα της απόφασης, την στιγμή που η διάγνωση της ύπαρξης της αξίωσης του ενάγοντα για δήλωση βουλήσεως και η καταδίκη του υποχρέου, που καλύπτονται από το ουσιαστικό δεδικασμένο της απόφασης, δεν ανατρέπονται.

Εκτός όμως από τις δηλώσεις βουλήσεως από τις οποίες απαρτίζεται η σύμβαση αλλά και τις πρόσθετες διατυπώσεις που πρέπει να τηρηθούν, τίθεται εύλογα το ερώτημα εάν και πώς επηρεάζεται η πλήρωση των προϋποθέσεων κύρους της δικαιοπραξίας από το γεγονός ότι μία από τις δηλώσεις βουλήσεως των μερών έχει υποκατασταθεί από δικαστική απόφαση. Ειδικότερα εξεταστέο είναι το ζήτημα της έγκυρης κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, όταν κατά τον χρόνο της δημοσίευσης της απόφασης της καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως ο εναγόμενος υπόχρεος δεν έχει δικαιοπρακτική ικανότητα, ή δεν έχει την κυριότητα ή την εξουσία διάθεσης του μεταβιβαστέου πράγματος. Αναφορικά με το ζήτημα της δικαιοπρακτικής ικανότητας του υποχρέου κατά κρατούσα γνώμη³⁰⁷ το κύρος της αναπληρούμενης δια της αυτοδίκαιης ενέργειας του νομικού πλάσματος δηλώσεως βουλήσεως δεν επηρεάζεται από την έλλειψη δικαιοπρακτικής ικανότητας του υποχρέου, αφού τα αποτελέσματα της δηλώσεως επέρχονται αυτοδικαίως χωρίς καμία ανάμειξη του υποχρέου. Κατά την αντίθετη άποψη³⁰⁸, δεν

305 ΑΠ 439/1984, Βαθρακοκοίλης, 949 ΚΠολΔ, αρ. 54-55, και 96, όπου νομολογία περί μη δυνατότητας ανάκλησης πλασματικής δήλωσης βουλήσεως καθ' ότι θα προσέκρουε στο δεδικασμένο της απόφασης επί της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής., βλ. Νικολόπουλο σε ΕρμΚΠολΔ Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, 949, αρ. 12

306 βλ. Ποδηματά, ό.π., σελ. 252 επ.

307 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 56, Ποδηματά, ό.π., σελ. 255

308 βλ. Νικολόπουλο σε ΕρμΚΠολΔ Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, 949, αρ. 11, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 56,

είναι δυνατή η αυτοδίκαιη επέλευση των αποτελεσμάτων της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως ανεξαρτήτως της δικαιοπρακτικής ανικανότητας του υποχρέου, καθώς η δικαστική απόφαση δεν μπορεί να επιφέρει περισσότερα αποτελέσματα από όσα θα επέρχονταν εάν ο υπόχρεος προέβαινε εκουσίως σε δήλωση βούλησης. Υπέρ της αυτοδίκαιης επέλευσης των αποτελεσμάτων της δηλώσεως βουλήσεως παρά την έλλειψη δικαιοπρακτικής ικανότητας του υποχρέου έχει διατυπωθεί και μία ακόμα άποψη³⁰⁹, αφετηρία της οποίας είναι το γεγονός ότι επί της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως του άρθρου 949 ΚΠολΔ, το οποίο εισάγει κανόνα παραπομπής κατά τα ανωτέρω, παραδεκτώς εφαρμόζονται όλες οι διατάξεις οι αφορώσες την δήλωση βουλήσεως μεταξύ των οποίων και οι διατάξεις των άρθρων 128 ΑΚ επ. περί δικαιοπρακτικής ικανότητας του δικαιοπρακτούντος, σε συνδυασμό με εκείνες περί της νόμιμης αντιπροσώπευσης των ανικώντων προσώπων. Έτσι, εφόσον το ερώτημα έγκειται στην ανυπαρξία δικαιοπρακτικής ικανότητας κατά τον χρόνο της έκδοσης απόφασης περί καταδίκης, προϋποτίθεται ότι ο καταδικασθείς ούτως ή άλλως εγκύρως είχε αναλάβει την σχετική υποχρέωση με το προσύμφωνο είτε αυτοπροσώπως είτε δια του νομίμου αντιπροσώπου του, άλλως δεν θα καταδικαζόταν σε επιχείρηση της σχετικής δήλωσης βουλήσεως. Δεν έχει καμία σημασία το εάν έχει ο ίδιος δικαιοπρακτική ικανότητα κατά τον χρόνο άσκησης της αγωγής³¹⁰, είτε απώλεσε αυτήν πριν την συζήτηση³¹¹, είτε μετά της έκδοσης της απόφασης, γιατί σε κάθε περίπτωση στην εκούσια εκπλήρωση θα μπορεί να προβεί ο νόμιμος αντιπρόσωπός του. Είτε στην δήλωση βουλήσεως προέβαινε ο ίδιος ο υπόχρεος είτε ο νόμιμος αντιπρόσωπός του, κατά την ως άνω άποψη, επιτρεπτώς επέρχονται αυτοδικαίως τα αποτελέσματα της δήλωσης βουλήσεως με την τελεσιδικία της αποφάσεως.

Κατά τα άλλα αναφορικά με τις εφαρμοστέες επί της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως διατάξεις περί δηλώσεων βουλήσεως του Αστικού Κώδικα, αξίζει να σημειωθεί ότι οι διατάξεις περί πλάνης (140 ΑΚ επ.), απάτης (147 ΑΚ επ.), απειλής (150 ΑΚ) δεν μπορούν να εφαρμοσθούν επί της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως, καθ'ότι, ως εύλογα υποστηρίζεται³¹², τέτοια ελαττώματα μπορεί να εμφανισθούν μόνο σε περίπτωση πραγματικής δηλώσεως βουλήσεως.

Περαιτέρω, για να καταρτισθεί έγκυρα με βάση πλασματική δήλωση βούλησης κατ'

όπου και κριτική της αντίθετης γνώμης

309 βλ. Ποδηματά, ό.π., σελ 255 επ.

310 Εάν απώλεσε ο υπόχρεος της δικαιοπρακτική του ικανότητα μετά την γένεση της εκ προσυμφώνου αξίωσης, στην σχετική δίκη θα παρασταθεί δια του νομίμου αντιπροσώπου του κατ' άρθρον 64 ΚΠολΔ, και ο νόμιμος αντιπρόσωπος θα καταδικασθεί στην απαιτούμενη δήλωση βουλήσεως στο όνομα και για λογαριασμό του δικαιοπρακτικά ανίκανου υποχρέου.

311 Κατά τη συζήτηση θα ζητηθεί βίαιη διακοπή της δίκης λόγω απώλειας της δικαιοπρακτικής ικανότητας, η οποία θα συνεχισθεί μεταξύ του ενάγοντος και του νομίμου αντιπροσώπου του εναγομένου.

312 βλ. Βαθρακοκόλη 949 ΚΠολΔ, αρ. 57, Ποδηματά, ό.π., σελ. 262-263

άρθρον 949 ΚΠολΔ εκποιητική σύμβαση μεταβίβασης πράγματος, απαραίτητη προϋπόθεση είναι να έχει ο μεταβιβάζων του οποίου η δήλωση βούλησης έχει υποκατασταθεί, την κυριότητα του πράγματος κατά τον χρόνο της δήλωσης βούλησης, ήτοι εδώ της τελεσιδικίας της απόφασης, σύμφωνα με το αξίωμα: “*nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*”³¹³. Το ζήτημα έγκειται στο πώς θα αντιμετωπισθεί από άποψη κύρους μία τέτοια σύμβαση, όταν ο μεταβιβάζων δεν έχει κυριότητα κατά τον χρόνο της τελεσιδικίας της απόφασης. Τέτοια περίπτωση υφίσταται όταν ο εναγόμενος απώλεσε την κυριότητα μετά την συζήτηση της αγωγής ή είχε ήδη απολέσει αυτήν πριν την συζήτηση, κατά την οποία όπως δεν προτάθηκε από τον ενάγοντα³¹⁴. Κατ'αρχήν, εφόσον η προϋπόθεση της κυριότητας του μεταβιβάζοντος ισχύει επί μεταβιβαστικών δικαιοπραξιών που αφορούν τόσο ακίνητα, κατ' άρθρον 1033 ΑΚ, όσο και κινητά, κατ' άρθρον 1034 ΑΚ, έπεται ότι εάν ο μεταβιβάζων δεν έχει την κυριότητα του μεταβιβαστέου πράγματος, η σύμβαση δεν καταρτίζεται εγκύρως και ο αποκτών που αποδέχεται νομότυπα την πλασματικώς συντελεσθείσα δήλωση βούλησης δεν γίνεται κύριος του πράγματος, αφού η ενέργεια του πλάσματος δεν καλύπτει την έλλειψη κυριότητας αλλά μόνο την ελλείπουσα δήλωση βουλήσεως. Άλλωστε, εάν κάτι τέτοιο ίσχυε, θα αποτελούσε παραβίαση της ως άνω αρχής: “*nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*”³¹⁵. Ειδικότερα όμως όσον αφορά την μεταβίβαση κινητών, γίνεται δεκτό ότι καθίσταται και στην υπό κρίση περίπτωση δυνατή η εφαρμογή των εξαιρετικών διατάξεων των άρθρων 1036 ΑΚ επ.³¹⁶, δεδομένου ότι οι λόγοι πρόβλεψης των διατάξεων αυτών, ήτοι η προστασίας τη εμπιστοσύνης ή του φαινομένου δικαίου και η ανάγκη διευκόλυνσης και διασφάλισης της ταχύτητας των συναλλαγών δικαιολογούν την εφαρμογή των διατάξεων αυτών και σε περίπτωση πλασματικής δήλωσης βούλησης του μεταβιβάζοντος. Πράγματι είναι δυνατόν να καταδικασθεί σε μεταβίβαση κινητού πράγματος, πρόσωπο το οποίο προσυμφώνησε να μεταβιβάσει σε τρίτον πράγμα του οποίου η κατοχή του παραδόθηκε από τον κύριο για άλλη αιτία, δημιουργώντας την εντύπωση στον τρίτο ότι ο προσυμφωνήσας κατέχων είναι και ο αληθής κύριος του πράγματος. Έτσι, αποδεχόμενος ο καλόπιστος εκ προσυμφώνου δικαιούχος την πλασματική δήλωση βούλησης του καταδικασθέντος και αναλαμβάνοντας το πράγμα ασκώντας επ' αυτού φυσική εξουσία, αποκτά την κυριότητα του πράγματος παρά την έλλειψη κυριότητας του εναγομένου κατά τον χρόνο της τελεσιδικίας της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ απόφασης.

Περαιτέρω, αναφορικά με το ερώτημα εάν και πώς επηρεάζεται το κύρος της αναγκαστικώς καταρτιζόμενης οριστικής δικαιοπραξίας από το γεγονός ότι ο εκ προσυμφώνου

313 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 60, Ποδηματά, ό.π, σελ. 267

314 βλ. Βαθρακοκοίλης αρ. 60, Ποδηματά, ό.π, σελ. 167

315 βλ. Ποδηματά, ό.π, σελ. 267, Μπρίνια, ό.π παρ. 242, αρ. 7

316 βλ. Ποδηματά, ό.π, σελ. 268, Μπρίνιας, ό.π, παρ. 242, αρ. 8, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 60

υπόχρεος δεν έχει εξουσία διάθεσης του προσυμφωνηθέντος αντικειμένου κατά τον χρόνο της τελεσιδικίας της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ απόφασης³¹⁷ έχουν επίσης διατυπωθεί αντικρουόμενες απόψεις, ειδικά όσον αφορά την περίπτωση που η απαγόρευση διάθεσης έχει τεθεί υπέρ ορισμένων προσώπων. Χαρακτηριστικό παράδειγμα απαγόρευσης διαθέσεως σχετικής ενέργειας είναι η δέσμευση της εξουσίας του οφειλέτη περί διαθέσεως του δικαιώματος κυριότητάς του επί αντικειμένου το οποίο έχει κατασχεθεί από έναν ή περισσότερους δανειστές του. Κατ' άρθρα 958 παρ. 1 και 997 παρ. 1 ΚΠολΔ τυχόν εκποίηση του κατασχεθέντος πράγματος, είναι σχετικώς άκυρη και δεν αντιστασεται έναντι του κατασχόντος ή των κατασχόντων και των αναγγελλθέντων δανειστών. Στο πλαίσιο αυτό είχε υποστηριχθεί στο παρελθόν, ιδίως υπό το προΐσχύσαν δίκαιο της Πολιτικής δικονομίας³¹⁸, ότι η απαγόρευση διάθεσης και η εξ αυτής σχετική υπέρ του επισπεύδοντος δανειστή ακυρότητα αφορά μόνο την περίπτωση όπου ο καθ' ου η κατάσχεση εκουσίως προβαίνει σε εκποίηση του κατασχεθέντος περιουσιακού αντικειμένου, και όχι τις περιπτώσεις ακούσιας άλλως εξαναγκασμένης εκποίησης, όπως επί καταδίκης κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ, όπου η δήλωση βούλησής του καθ' ου θεωρείται πλασματικώς εκφρασθείσα³¹⁹. Αντιθέτως, κατά κρατούσα σήμερα γνώμη³²⁰, η σχετική υπέρ των δανειστών ακυρότητα γίνεται δεκτό ότι αναφέρεται τόσο στην διάθεση του κατασχεθέντος και δεσμευμένου αντικειμένου με την βούληση του καθ' ου η εκτέλεση, όσο και στην διάθεση που αποτελεί απόρροια εξαναγκασμού, ό,τι δηλαδή ισχύει για την εκούσια εκποίηση πρέπει κατ' ανάγκη να ισχύει και για την πλασματική. Υπέρ της κρατούσας αυτής απόψεως υποστηρίζεται ότι δεν δικαιολογείται διαφορετική μεταχείριση μεταξύ του ενοχικού δανειστή του εκ προσυμφώνου υποχρέου, ο οποίος επέσπευσε αναγκαστική εκτέλεση κατά του οφειλέτη του, σε σχέση με άλλον ενοχικό δανειστή του ίδιου καθ' ου με ενοχικό δικαίωμα από προσύμφωνο, απλώς και μόνο επειδή ο τελευταίος διαθέτει μία τελεσιδική δικαστική απόφαση. Ούτε από τον σκοπό της τιθέμενης απαγόρευσης, που είναι η διαφύλαξη των δικαιωμάτων που κατασχέθηκαν προς ικανοποίηση των απαιτήσεων του επισπεύδοντος και των αναγγελλθέντων δανειστών από την ρευστοποιήσιμη αξία τους, μπορεί να συναχθεί κανένας λόγος διαφοροποίησης των δύο περιπτώσεων³²¹. Εξάλλου, υποστηρίξιμο και εδώ είναι το επιχείρημα ότι η ενέργεια του πλάσματος δεν μπορεί να

317 Αντιθέτως, όταν έχει επιβληθεί απαγόρευση διάθεσης, πχ λόγω κατάσχεσης του πράγματος πριν καταρτισθεί προσύμφωνο, κατά κρ. γν. και το προσύμφωνο που θα καταρτισθεί θα πάσχει ακυρότητα, κατά μία άποψη (Κρητικός, ό.π, σελ. 381) επειδή το προσύμφωνο, αν και δεν αποτελεί κατά κυριολεξία αιτία της εκποιητικής δικαιοπραξίας, η οποία θα είναι άκυρη λόγω της κατάσχεσης, αποτελεί το μέσο για την εξασφάλιση κατάρτισης της τελευταίας, κατά άλλη δε άποψη (Παντελίδου, αρ. 227), επειδή το προσύμφωνο πρέπει να θεωρηθεί απαγορευμένη ενοχική σύμβαση εκ του νόμου, καθ' ότι κατατείνει σε απαγορευμένη παροχή.

318 βλ. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 64, Ποδηματά, ό.π, σελ. 271,

319 Βλ Κρητικό, ό.π, σελ. 378

320 Βλ Κρητικό, ό.π, σελ. 379, Μπρίνιας ό.π, παρ. 242 γ)αα), Παντελίδου, ό.π., αρ. 227, Βαθρακοκοίλη ΚΠολΔ 949, αρ. 64, ΚΠολΔ 949, αρ. 64, ΑΠ 1402/1994

321 Βλ Κρητικό, ό.π, σελ. 379

καλύψει τίποτε άλλο πέραν της ελλείπουσας δηλώσεως βουλήσεως, και άρα ούτε την έλλειψη εξουσίας διάθεσης του μεταβιβάζοντος, ενώ επιπλέον υποστηρίζεται ότι, εάν γινόταν δεκτή η δυνατότητα παράκαμψης της προβλεπόμενης στα άρθρα σχετικής ακυρότητας των εκποιήσεων κατασχεθέντων δικαιωμάτων μέσω του νομικού πλάσματος του άρθρου 949 ΚΠολΔ, θα πλήττονταν η αναγκαία προστασία της εμπιστοσύνης των δανειστών του εκ προσυμφώνου υποχρέου, οι οποίοι ουδεμία δυνατότητα έχουν να ελέγξουν την ύπαρξη δέσμευσης του οφειλέτη τους από προσύμφωνο μεταβίβασης του υποψήφιου να κατασχεθεί δικαίωμα³²². Υπό την αντίστροφη, αντίθετα, όψη του ως άνω επιχειρήματος, ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος εξ αποκλειστικά δικής του υπαιτιότητας βλάπτεται με την απώλεια του κατασχεθέντος πράγματος του οποίου την μεταβίβαση προσυμφώνησε, καθότι, εφόσον τουλάχιστον πρόκειται περί ακινήτου, θα μπορούσε να πληροφορηθεί την επιβληθείσα κατάσχεση με ένα απλό έλεγχο στα βιβλία κατασχέσεων του οικείου Υποθηκοφυλακείου³²³. Έτσι, κατά την ανωτέρω κρατούσα γνώμη, το αρμόδιο για την εκδίκαση της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής δικαστήριο θα καταδικάσει μεν τον εναγόμενο σε δήλωση βουλήσεως προς μεταβίβαση του κατασχεθέντος πράγματος, πλην όμως το νομικό πλάσμα δεν θα αναπτύξει την ενέργειά του έναντι των επισπευδόντων δανειστών, ούτε θα θιγεί η διαδικασία της κατασχέσεως και του πλειστηριασμού, ακόμα δε και η μεταγραφή της απόφασης και της σχετικής αποδοχής του εκ προσυμφώνου δικαιούχου δεν θα μπορεί να αντιταχθεί έναντι των δανειστών και του δικαίωματος του υπερθεματιστή. Σημειούται ότι τα παραπάνω ισχύουν, τηρουμένων των αναλογιών, και στην περίπτωση απαγόρευσης διαθέσεως λόγω επιβολής του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης κατ' άρθρα 725 επ. ΚΠολΔ³²⁴, αλλά και σε περίπτωση κατασχέσεως της εκ προσυμφώνου απαιτήσεως προς κατάρτιση οριστικής σύμβασης³²⁵.

3.2. ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΕΜΦΑΝΙΣΗΣ ΤΩΝ ΜΟΡΦΩΝ ΑΝΩΜΑΛΗΣ

ΕΞΕΛΙΞΗΣ ΤΩΝ ΕΝΟΧΙΚΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΣΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ.

Εξετάσθηκε αμέσως ανωτέρω η ιδιαίτερη μορφή προστασίας που παρέχεται από τον νόμο στον εκ προσυμφώνου δικαιούχο σε περίπτωση που ο αντισυμβαλλόμενός του στο προσύμφωνο αδικαιολόγητα αρνείται να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, με

322 βλ. Μπρίνια, ό., παρ. 242, Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ 949, αρ. 64

323 Βλ Κρητικό, ό.π, σελ. 381

324 Για τον Μπρίνια [ό.π, παρ. 242, ββ)] πρέπει να τονισθεί η χρησιμότητα αυτού του συμπεράσματος όταν υπόχρεος έχει προσυμφωνήσει με πλείονες δικαιούχους την μεταβίβαση του αυτού πράγματος, οπότε η επιβολή εξ ενός δανειστή δικαστικής μεσεγγύσεως του προσυμφωνηθέντος πράγματος αποκλείει την υπέρ των υπολοίπων δανειστών ενέργεια του νομικού πλάσματος.

325βλ. Μπρίνια, παρ 242, υποσ. 88, όπου η κατάσχεση υπέρ δανειστή του εκ προσυμφώνου δικαιούχου της απαίτησης του τελευταίου από το προσύμφωνο εμποδίζει την επέλευση των αποτελεσμάτων της πλασματικής δηλώσεως βουλήσεως του εκ προσυμφώνου υποχρέου.

αποτέλεσμα η ενοχή να μὴν εξελίσσεται ομαλά αλλά να απολήγει στον εξαναγκασμό του δυστροπούντος μέρους μέσω του μηχανισμού αναγκαστικής εκτέλεσης του άρθρου 949 ΚΠολΔ. Ωστόσο δεν αποκλείεται η παθολογική εξέλιξη της εκ προσυμφώνου ενοχής να μην οφείλεται σε αδικαιολόγητη δυστροπία ενός εκ των μερών προς τήρηση των συμφωνηθέντων, αλλά να είναι αποτέλεσμα γεγονότων για τα οποία ευθύνεται ο ένας μόνον εκ των συμβαλλομένων ή και οι δύο συμβαλλόμενοι, ή και κανένας από αυτούς. Τέτοιου είδους γεγονότα που εμποδίζουν την δια της εκπλήρωσης των υποχρεώσεων των μερών φυσιολογική απόσβεση των ενοχών εν γένει, με κίνδυνο έως και την ματαίωση του σκοπού της ίδιας της σύμβασης μπορεί να συνιστούν, όπως είναι γνωστό από το σύστημα των διατάξεων του γενικού ενοχικού δικαίου, περιπτώσεις αδυναμίας παροχής από την πλευρά του οφειλέτη, υπερημερίας του οφειλέτη, πλημμελούς εκπλήρωσης της ενοχής καθώς και υπερημερίας από την πλευρά του δανειστή της οφειλόμενης παροχής. Σε τέτοιες περιπτώσεις, καίριας σημασίας καθίσταται η εξέταση των δικαιωμάτων που απονέμει ο νόμος στον αντισυμβαλλόμενο του μέρους που αθέτησε τις υποχρεώσεις του από το προσύμφωνο, καθώς και οι συνέπειες τυχόν άσκησης των δικαιωμάτων αυτών από τον δικαιούχο ανάλογα με το είδος της αθέτησης.

Αρχικά, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι η συζήτηση περί της ανώμαλης εξέλιξης της πηγάζουσας από το προσύμφωνο ενοχής στερείται νοήματος, δεδομένου ότι, ως ενοχική σύμβαση, καί στο προσύμφωνο θα εφαρμοσθούν οι διατάξεις των άρθρων 335 επ. ΑΚ περί ανώμαλης εξέλιξης των ενοχών εν γένει. Πράγματι το προσύμφωνο, όπως ήδη έχει εξετασθεί παραπάνω, αποτελεί ενοχική σύμβαση, πλην όμως το άξιο λόγου σε ό,τι αφορά την παθολογική εξέλιξη της εξ αυτού ενοχής έγκειται στην ιδιαιτερότητα της περιεχομένης στο προσύμφωνο ενοχής σε σχέση με τις ενοχικές συμβάσεις που εμπεριέχουν οριστική ρύθμιση των εννόμων σχέσεων των μερών. Στο προσύμφωνο η εκπληρωτέα παροχή που αναλαμβάνεται να εκπληρωθεί είναι, όπως είδαμε, η σύμπραξη των μερών στην κατάρτιση της ενοχικής σύμβασης, και όχι, επί παραδείγματι, η μεταβίβαση της κυριότητας και η παράδοση του πράγματος ή η ανάληψη εργολαβίας ή η παραχώρηση της χρήσης πράγματος έναντι ανταλλάγματος, ώστε να σημειωθεί ανώμαλη εξέλιξη υπό την μορφή της υλικής καταστροφής του αντικειμένου ή καθυστέρησης στην παράδοση ή την παραχώρηση του πράγματος ή της πώλησης ελαττωματικού προϊόντος. Αντιθέτως επί προσυμφώνου, χαρακτηριστικές περιπτώσεις ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής μπορεί να συνιστούν, για παράδειγμα³²⁶, το γεγονός ότι ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος καθυστερεί όσον αφορά την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης με αποτέλεσμα να παρέλθει ο ορισθείς στο προσύμφωνο χρόνος προς τούτο, ή ότι δηλώνει εκ των προτέρων ότι δεν πρόκειται να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης από απλή

326βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 338

δυστροπία, ή προβαίνει σε πράξη που καθιστά πλέον για το έτερο μέρος μη συμφέρουσα την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης.

Εν όψει των ανωτέρω, αλλά και δεδομένης της έλλειψης ειδικής συστηματικής νομοθετικής ρύθμισης της εκ προσυμφώνου ενοχής στον αστικό κώδικα ή σε οποιοδήποτε νομοθέτημα, αξίζει να διερευνηθεί ποιες διατάξεις του όλου συστήματος του αστικού κώδικα διέπουν την άσκηση των δικαιωμάτων του εκ προσυμφώνου δικαιούχου όταν η ενοχή την οποία ανέλαβε εξελίσσεται παθολογικά από γεγονός για το οποίο δεν ευθύνεται ο ίδιος αλλά το έτερο μέρος του προσυμφώνου, δηλαδή με βάση ποιες διατάξεις μπορεί ο δικαιούχος να διεκδικήσει την κατάρτιση της συμφωνηθείσης στο προσύμφωνο κύριας σύμβασης, εφόσον η κατάρτιση είναι ακόμα συμφέρουσα για αυτόν και το επιθυμεί, ή αποζημίωση, λόγω μη κατάρτισης της οριστικής σύμβασης είτε προς αποκατάσταση οποιασδήποτε ζημίας του προκλήθηκε από την ανάληψη της εκ προσυμφώνου ενοχής, ακόμα και να επιδιώξει την αποδέσμευσή του από την εκ προσυμφώνου αναληφθείσα ενοχή. Επιπλέον εξίσου σημαντική είναι η εξέταση του εάν χωρεί ευθεία ή αναλογική εφαρμογή των διατάξεων αυτών, άλλως του ζητήματος ποιες εξ αυτών δύνανται να εφαρμοσθούν ευθέως και ποιες αναλογικώς.

Στο πλαίσιο αυτό αμέσως κατωτέρω θα ερευνηθεί η δυνατότητα ευθείας ή αναλογικής εφαρμογής σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της εκ προσυμφώνου ενοχής: α) των διατάξεων των άρθρων 336 επ. ΑΚ που διέπουν την ανώμαλη εξέλιξη των ενοχών εν γένει, και β) των διατάξεων των άρθρων 374 ΑΚ επ. περί της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής από αμφοτεροβαρή σύμβαση. Έπειτα θα εξετασθεί κατά πόσο δύνανται να εφαρμοσθούν επί προσυμφώνου οι ειδικές διατάξεις που διέπουν τις επώνυμες ενοχικές συμβάσεις τις προβλεπόμενες στο υποσύστημα του Ειδικού Ενοχικού δικαίου, όταν η οριστική σύμβαση που αποτελεί αντικείμενο του προσυμφώνου ανήκει σε κάποιον από τους ερρυθμισμένους συμβατικούς τύπους, και ειδικότερα εάν και ποιες συγκεκριμένα διατάξεις περί ευθύνης του πωλητή μπορούν να εφαρμοσθούν επί προσυμφώνου πωλήσεως με ταυτόχρονη παράδοση του πράγματος στον εκ προσυμφώνου αγοραστή.

3.2.1. Η εφαρμογή των γενικών διατάξεων για τις ενοχικές συμβάσεις (ΑΚ 335 επ., 362 επ.) στο προσύμφωνο.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, σε περίπτωση που η ενοχή από προσύμφωνο εξελιχθεί παθολογικά εξαιτίας γεγονότος για το οποίο ευθύνεται ένα εκ των συμβαλλομένων μερών, κατ'αρχήν τα δικαιώματα του έτερου μέρους διέπονται από τις διατάξεις που ρυθμίζουν την ανώμαλη εξέλιξη των ενοχών εν γένει κατ' άρθρα 335 ΑΚ επ. και 363 ΑΚ επ., αφού και το

προσύμφωνο είναι ενοχική σύμβαση. Εξαιτίας όμως του γεγονότος ότι το προσύμφωνο φέρει χαρακτήρα προπαρασκευαστικής σύμβασης, η εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων, ιδιαίτερα δε των διατάξεων που διέπουν την αδυναμία παροχής οφειλέτη, παρουσιάζει κάποιες ιδιαιτερότητες οφειλόμενες κυρίως στο ότι η εκ προσυμφώνου παροχή συνίσταται στην αξίωση σύμπραξης εκάστου μέρους προς την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης.

3.2.1.1. Η αδυναμία παροχής στο προσύμφωνο.

Ειδικότερα υποστηρίζεται³²⁷ ότι όσον αφορά την εκ προσυμφώνου παροχή, δεν νοείται αδυναμία παροχής, αρχική ή επιγενόμενη, όπως η περίπτωση ρυθμίζεται στα άρθρα 335 ΑΚ επ. και 363 ΑΚ επ. αντίστοιχα, καθ'ότι δεν είναι δυνατόν εξ οιασδήποτε αιτίας να απωλέσει ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος την δυνατότητα να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως. Η υποχρέωση σύμπραξης που πηγάζει από το προσύμφωνο δεν έχει υλική υπόσταση ώστε να μπορεί να καταστραφεί ή να χαθεί, ενώ, ακόμη και αν ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος καταστεί δικαιοπρακτικά ανίκανος ή αποβιώσει μετά την ανάληψη της υποχρέωσης από το προσύμφωνο και πριν την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, η υποχρέωση από το προσύμφωνο στην μεν πρώτη περίπτωση θα δύναται να εκπληρωθεί από τον νόμιμο αντιπρόσωπο του ανικανού, ή, στην δεύτερη περίπτωση, θα περιέλθει κατά τους κανόνες της αυτοδίκαιης καθολικής κληρονομικής διαδοχής στους κληρονόμους του θανόντος συμβαλλομένου στο προσύμφωνο, εκτός εάν η έννομη σχέση που το τελευταίο αφορούσε ήταν προσωποπαγής, οπότε και πάλι δεν θα πρόκειται περί αδυναμίας παροχής, αφού επέρχεται απόσβεση της ενοχής από το προσύμφωνο. Επίσης, εάν εξαφανισθεί³²⁸ ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος, τα δικαιούμενα εκ του νόμου πρόσωπα μπορούν να αιτηθούν την κήρυξή του σε αφάνεια ώστε να επέλθει η κληρονομική διαδοχή του, οπότε ομοίως η υποχρέωση από το προσύμφωνο θα επιβαρύνει τους κληρονόμους του κατά τους κανόνες της κληρονομικής διαδοχής. Ανάμεσα στα δικαιούμενα αυτά πρόσωπα βέβαια, δεν ανήκει και ο εκ προσυμφώνου δανειστής του αφάντου, γιατί το δικαίωμά του δεν εξαρτάται από την επέλευση καθολικής διαδοχής του οφειλέτη του, αλλά, ως γίνεται δεκτό³²⁹, μπορεί να ασκήσει πλαγιαστικώς το σχετικό δικαίωμα των κληρονόμων του τελευταίου κατ' άρθρον 72 ΚΠολΔ, γιατί το δικαίωμά του να αιτηθεί την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης από τους κληρονόμους του αφάντου, εξαρτάται κατ' άρθρον 69 παρ. 1 περ. Δ' από την έκδοση απόφασης που κηρύσσει τον τελευταίο

327 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 340, Ράμμο, ΕρμΑΚ 166, αρ. 24 κατά τον οποίο κατά κυριολεξία δεν καθίσταται αδύνατη η δια του προσυμφώνου συνομολογηθείσα παροχή, συνιστάμενη στην κατάρτιση της κυρίας (τελικής) συμβάσεως, αλλά η εκτέλεση της τελευταίας.

328 βλ. Γεωργίου Κ., Εννοιολογικός προσδιορισμός των μορφών της παθολογικής εξέλιξης της ενοχής, η οποία πηγάζει από προσύμφωνο, ΕλλΔνη 29, 454-455

329 βλ. Γεωργίου, ό.π., σελ. 455, υποσ. 26

σε αφάνεια.

Είναι επομένως φανερό ότι η αδυναμία παροχής στο προσύμφωνο δεν μπορεί να αφορά την κατ'ιδίαν εκ προσυμφώνου ενοχή³³⁰, αφού σε κάθε περίπτωση θα είναι τεχνικά δυνατή η εκπλήρωση της υποχρέωσης κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, εκτός εάν αποσβεσθεί η εκ προσυμφώνου ενοχή, οπότε ο αντισυμβαλλόμενος του αθετήσαντος την υποχρέωσή του μέρους δε θα μπορεί να ασκήσει κανένα δικαίωμα ελλείψει ενεργής σύμβασης³³¹. Αντιθέτως στο προσύμφωνο ως αδυναμία παροχής, όπως υποστηρίζεται³³², νοείται η αδυναμία εκπλήρωσης της παροχής από την κύρια σύμβαση στην οποία αποσκοπούν τα συμβαλλόμενα στο προσύμφωνο μέρη. Η αδυναμία, αρχική ή επιγενόμενη, του εκ προσυμφώνου υποχρέου να εκπληρώσει την παροχή εκ της κυρίας συμβάσεως, εύλογα δικαιολογεί την δυνατότητα άσκησης από τον δικαιούχο των δικαιωμάτων από την αδυναμία εκπλήρωσης πριν καν καταρτισθεί η οριστική σύμβαση, καθ'ότι είναι βέβαιο ότι ακόμα κι αν καταρτισθεί η τελευταία σε εκπλήρωση της ενοχής από το προσύμφωνο, η παροχή εξ αυτής δεν πρόκειται να εκπληρωθεί. Επιπλέον, από το όλο περιεχόμενο της εκ προσυμφώνου υποχρέωσης σε συνδυασμό με τις επιταγές της καλής πίστης κατ' άρθρα 200 ΑΚ και 288 ΑΚ, προκύπτει η βασική παρεπόμενη υποχρέωση του εκ προσυμφώνου υποχρέου να επιδεικνύει την προσήκουσα συμπεριφορά, ώστε να διατηρεί ή και να συντηρεί το αντικείμενο που οφείλεται δυνάμει της οριστικής σύμβασης³³³, και να καταστεί ακολούθως δυνατή, όταν έρθει η ώρα, η κατάρτιση της τελευταίας. Επομένως είναι πρόδηλη, κατά την άποψη αυτή, η ανάγκη να επεκταθούν οι σχετικές με την αδυναμία παροχής διατάξεις και στην περίπτωση του προσυμφώνου, με αναλογική όμως εφαρμογή³³⁴ καθώς, από την μία πλευρά η αδυναμία δεν αφορά την παροχή από την κύρια σύμβαση καθ'εαυτή, από την άλλη όμως το προσύμφωνο επιτελεί ρόλο προπαρασκευαστικό για την οριστική σύμβαση και την εκπλήρωση της εξ αυτής παροχής.

Κατ' άλλη γνώμη³³⁵, ως αδυναμία παροχής στο προσύμφωνο νοείται μεν η αδυναμία εκπλήρωσης της παροχής από την κύρια σύμβαση, πλην όμως οι σχετικές με την αδυναμία παροχής διατάξεις αρμόζει να εφαρμόζονται καί στο προσύμφωνο ευθέως και όχι αναλογικώς, αφού, σύμφωνα με όσα υποστηρίζει η άποψη αυτή ο όρος “παροχή” είναι τόσο ευρύς, ώστε δεν

330 Με κάθε επιφύλαξη θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι μία περίπτωση αδυναμίας παροχής (αρχικής ή επιγενόμενης) αφορώσας την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης ως παροχής από το προσύμφωνο θα ήταν η δια προσυμφώνου δέσμευση προς κατάρτιση ενοχικής δικαιοπραξίας, η οποία έχει απαγορευθεί εκ του νόμου ή απαγορεύθηκε μετά την σύναψη του προσυμφώνου.

331 Αντιθέτως οι άλλες μορφές αθέτησης, ήτοι η υπερημερία και οι διάφορες εκδηλώσεις πλημμελούς εκπλήρωσης μπορούν να νοηθούν και στην περίπτωση της κατά κυριολεξία εκ προσυμφώνου υποχρέωσης προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης.

332 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 341, Τριάντο, ό.π, αρ. 450, ΕφΑθ 224/2007

333 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ.233-234, Παντελίδου, ό.π., αρ. 188, Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, αρ. 14

334 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 341-342, ΕφΑθ 224/2007, ΕφΘεσ 1788/1998, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

335 βλ. Παντελίδου, ό.π, αρ. 258

δικαιολογείται η διάκριση στην εφαρμογή των διατάξεων περί αδυναμίας παροχής σε σχέση με τις άλλες μορφές παθολογικής εξέλιξης της ενοχής, των οποίων η εμφάνιση είναι περισσότερο νοητή επί της κατ' ιδίαν εκ προσυμφώνου παροχής, αλλά σε κάθε περίπτωση αδιακρίτως χωρεί ευθεία εφαρμογή όλων των διατάξεων περί ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής. Άλλωστε, κατά την ίδια άποψη, είναι ανώφελος ο διαχωρισμός της κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, που είναι η παροχή από το προσύμφωνο, από το περιεχόμενό της τελευταίας, στο οποίο τα μέρη αποβλέπουν ήδη από την κατάρτιση του προσυμφώνου. Αντιθέτως, μεμονωμένα μόνο έχει υποστηριχθεί ότι, για να κριθεί εάν η παθολογική εξέλιξη της εκ προσυμφώνου ενοχής οφείλεται σε αδυναμία παροχής, πρέπει να εξετασθεί εάν είναι δυνατή ή όχι η παροχή που έχει αναληφθεί από το προσύμφωνο, ήτοι η σύμπραξη στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, και όχι η παροχή από την κυρία σύμβαση³³⁶.

Ορθότερη φαίνεται η άποψη κατά την οποία οι διατάξεις περί αδυναμίας παροχής εφαρμόζονται αναλογικώς επί προσυμφώνου και όχι ευθέως, καθ'ότι δεν νοείται αδυναμία σύμπραξης στην κατάρτιση μίας δικαιοπραξίας. Ωστόσο, δεν πρέπει να παραβλεφθεί ότι θα ήταν ανώφελο να στερηθεί για τον λόγο αυτό ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος των δικαιωμάτων του σε περίπτωση αδυναμίας παροχής που αναφέρεται στο αντικείμενο της οριστικής σύμβασης, και να αναμείνει την κατάρτιση της τελευταίας, η οποία σε τελική ανάλυση ασκόπως θα συναπτόταν ελλείψει της πηγάζουσας εξ αυτής παροχής. Άλλωστε, και η πλειονότητα των συγγραφέων³³⁷ και των δικαστικών αποφάσεων³³⁸ κάνουν λόγο για ανάλογη εφαρμογή των σχετικών διατάξεων ακόμη κι αν επιλέγουν να μην λαμβάνουν πάντα³³⁹ θέση επί του ζητήματος σε ποια ακριβώς παροχή δύναται να αναφέρεται η αδυναμία παροχής στο προσύμφωνο.

Έτσι, επί αρχικής ή επιγενόμενης αδυναμίας παροχής, αφορώσας κατά κανόνα την παροχή από την οριστική σύμβαση η οποία σε κάθε περίπτωση επήλθε πριν την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, ο δικαιούχος μπορεί, εάν αυτή οφείλεται σε γεγονός το οποίο αποδίδεται σε υπαιτιότητα του εκ προσυμφώνου υποχρέου, να ζητήσει αποζημίωση η οποία, όπως θα εξετασθεί και κατωτέρω, περιλαμβάνει το διαφέρον εκπλήρωσης ή θετικό διαφέρον δυνάμει των άρθρων 335 ΑΚ επ. και 362 ΑΚ επ., οι οποίες ανάλογα με την άποψη που θα ακολουθηθεί, θα εφαρμοσθούν αναλογικά ή και ευθέως. Αντιθέτως δεν θα χρειασθεί να αναμείνει για να ασκήσει το ως άνω δικαίωμά του προς αποζημίωση την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, η οποία κανένα απολύτως νόημα δεν θα έχει. Έχει βέβαια υποστηριχθεί και η αντίθετη γνώμη υπό το πρίσμα της άποψης που δέχεται ότι η αδυναμία παροχής κρίνεται με βάση την εκ προσυμφώνου

336 βλ. Γεωργίου, ό.π., σελ. 453

337 βλ. Ράμμο σε ΕρμΑΚ 166, αρ. 23-24, Μπόσδα, ό.π., σελ. 159, Τριάντο, ό.π., αρ. 450, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 15, Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ 166, αρ. 6, Κατρά, ό.π., παρ. 58, σελ. 231

338 ΑΠ 152/2001, ΑΠ 172/1978, ΕφΑθ 8525/2005

339 ΕφΑθ 2969/1998, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

παροχή, η οποία αποτυπώθηκε ανωτέρω³⁴⁰, με αφορμή την περίπτωση έλλειψης κυριότητας του εκ προσυμφώνου υποχρέου επί του αντικειμένου της οριστικής σύμβασης, οπότε κατά την κρατούσα γνώμη ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος ευθύνεται λόγω υπαίτιας αδυναμίας παροχής κατ' άρθρο 335 ΑΚ³⁴¹. Συγκεκριμένα υποστηρίχθηκε³⁴² ότι στην ως άνω περίπτωση έλλειψης κυριότητας ο εκ προσυμφώνου αγοραστής έχει δικαίωμα αλλά και συμφέρον να ζητήσει πρώτα την καταδίκη του υποχρέου σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρο 949 ΚΠολΔ, και να ασκήσει τα δικαιώματά του από την αδυναμία μετά την τελεσιδικία της απόφασης επί της αγωγής και αυτό λόγω της φύσης της παροχής από το προσύμφωνο, η οποία συνίσταται απλώς στην δημιουργία νομικής δέσμευσης προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης και δεν πρέπει να επιτρέπει την άσκηση δικαιωμάτων που προϋποθέτουν καταρτισμένη σύμβαση³⁴³.

Περαιτέρω αναλογικά επί προσυμφώνου θα εφαρμοσθεί και η διάταξη του άρθρου 338 ΑΚ³⁴⁴, οπότε εάν στην θέση της αδύνατης παροχής περιέλθει το οτιδήποτε προς αποκατάσταση της απώλειας, δυνάμει ενδεχομένως άλλης έννομης σχέσης του υποχρέου, όπως επί παραδείγματι σε περίπτωση καταστροφής του προς πώληση ακινήτου από πυρκαγιά ο κύριος θα λάβει ασφαλιστική αποζημίωση, ο τελευταίος οφείλει να αποδώσει το περιελθόν σε αυτόν στον δανειστή του, υπό την προϋπόθεση ότι ο ίδιος δεν φέρει ευθύνη για την επελθούσα αδυναμία.

Σε κάθε περίπτωση, εάν αποδειχθεί ότι για την αδυναμία παροχής ο εκ προσυμφώνου οφειλέτης δεν φέρει καμία ευθύνη, απαλλάσσεται κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 336 ΑΚ για την επιγενόμενη και 363 ΑΚ για την αρχική αδυναμία παροχής. Ο υπόχρεος παύει να υποχρεούται σε σύμπραξη προς την σύναψη της οριστικής σύμβασης και η ενοχή από το προσύμφωνο αποσβήνεται³⁴⁵. Ωστόσο, στην, μάλλον σπάνια, περίπτωση που επιβιώσει η παροχή ή μέρος αυτής από το τυχαίο γεγονός της αδυναμίας, υποστηρίζεται³⁴⁶ ότι πρέπει να γίνει δεκτό ότι η εκ προσυμφώνου ενοχή δεν έχει αποσβεσθεί, αλλά ο υπόχρεος οφείλει να προβεί σε εκπλήρωση του προσυμφώνου συμπράττοντας στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, της οποίας αντικείμενο θα είναι η παροχή που επιβίωσε.

340 βλ. Γεωργίου, ό.π., σελ. 453, υποσ. 7

341 Η σχετική αξίωση αποζημίωσης του δικαιούχου μπορεί να προβληθεί αυτοτελώς με αγωγή ή ως επικουρικό αίτημα σε αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρο 949 ΚΠολΔ. Κατά τον Τριάντο (ό.π., αρ. 450 σελ. 171), πλήρης αδυναμία παροχής νοείται και στην περίπτωση μεταβίβασης σε τρίτον από τον εκ προσυμφώνου υπόχρεο του πιο πλεονεκτικού τμήματος του ακινήτου, με αποτέλεσμα την απομείωση της αξίας και του υπολοίπου.

342 βλ. υποσ. 327

343 Περαιτέρω, έχει κριθεί (Κρητικός, ό.π., σελ. 341, υποσ. 7) ότι εάν μετά την αδυναμία αλλά πριν την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης η εκπλήρωση της παροχής εκ της οριστικής σύμβασης καταστεί δυνατή αλλά στο μεταξύ ο δικαιούχος δεν έχει ασκήσει το δικαίωμά του προς ανόρθωση της από την αδυναμία προκληθείσας ζημίας, αναβιώνει η υποχρέωση προς εκπλήρωση από το προσύμφωνο.

344 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 342

345 βλ. Κρητικό, σελ. 342

346 βλ. ομοίως Κρητικό, σελ. 342

3.2.1.2. Η υπερημερία οφειλέτη στο προσύμφωνο.

Σε αντίθεση με την αδυναμία παροχής, η οποία κατά την ορθότερη γνώμη, όπως εξετάσθηκε αμέσως παραπάνω, στην περίπτωση του προσυμφώνου μπορεί να αναφέρεται σχεδόν αποκλειστικά στην παροχή από την οριστική σύμβαση στην εκπλήρωση της οποίας αποσκοπούν τα συμβαλλόμενα μέρη, η υπερημερία οφειλέτη, υπό την έννοια της μη εμπρόθεσμης εκπλήρωσης της συμφωνηθείσης παροχής οφειλόμενης σε υπαιτιότητα του υποχρέου³⁴⁷, νοείται κατ' εξοχήν επί της εκ προσυμφώνου ενοχής προς σύμπραξη στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Υπερήμερος καθίσταται για παράδειγμα ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος όταν δεν προσέρχεται την συμφωνημένη ημέρα και ώρα προκειμένου να προβεί στην αναγκαία για την κατάρτιση δήλωση βουλήσεως. Γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο οι σχετικές με την υπερημερία οφειλέτη διατάξεις των άρθρων 340 ΑΚ επ. εφαρμόζονται στο προσύμφωνο ευθέως και όχι αναλογικώς³⁴⁸.

Απαραίτητες προϋποθέσεις για την περιέλευση του εκ προσυμφώνου υποχρέου σε υπερημερία είναι το ληξιπρόθεσμο³⁴⁹ της αξίωσης εκ του προσυμφώνου, και η δικαστική ή εξώδικη όχληση του υποχρέου κατ' άρθρον 340 ΑΚ, το δε ληξιπρόθεσμο συγκαθορίζεται, όπως εξετάσθηκε παραπάνω στον οικείο τόπο, από τον προσδιορισμό του χρόνου³⁵⁰ εκπλήρωσης της παροχής, ήτοι εδώ της κατάρτισης της οριστικής σύμβασης. Κατ'εξάιρεση όταν έχει ορισθεί από τα μέρη κάποια συγκεκριμένη ημέρα για την κατάρτιση της κυρίας σύμβασης, αυτή θα θεωρηθεί δήλη ημέρα υπό την έννοια της διάταξης του άρθρου 341 ΑΚ, οπότε ο οφειλέτης με μόνη την άπρακτη παρέλευση αυτής περιέρχεται σε υπερημερία χωρίς να απαιτηθεί όχληση ή πρόσκληση από την πλευρά του δικαιούχου. Το ίδιο θα ισχύει κατά κανόνα και στην περίπτωση που έχει τεθεί ημερολογιακή προθεσμία εκπλήρωσης από τα μέρη, οπότε η υπερημερία οφειλέτη συμπίπτει χρονικά με την παρέλευση και της τελευταίας ημέρας της τεθείσης προθεσμίας. Βέβαια εάν η προθεσμία που ετέθη στο προσύμφωνο συμφωνείται ρητώς ή συνάγεται ότι είναι διαλυτική, υπερημερία οφειλέτη, όπως είναι εύλογο δεν νοείται, αφού με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας το προσύμφωνο ανατρέπεται και ματαιώνεται η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης.

Σε κάθε άλλη περίπτωση ο δικαιούχος πρέπει να προσκαλέσει τον εκ προσυμφώνου

³⁴⁷ βλ. Γεωργίου, ό.π., σελ. 455.

³⁴⁸ βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 343, Παντελίδου, ό.π., αρ. 300 επ., Μπόσδα, ό.π., σελ. 158, Ράμμο ΕρμΑΚ 166, αρ. 23-24 εξ αντιδιαστολής, καθώς, όπως αναφέρει ότι στην περίπτωση του προσυμφώνου δεν εφαρμόζονται απευθείας οι διατάξεις περί αδυναμίας παροχής, διότι αδύνατη καθίσταται η εκτέλεση της οριστικής σύμβασης και όχι η ενοχή προς κατάρτισή της, δίνεται η εντύπωση ότι στις άλλες μορφές αθέτησης η εφαρμογή των σχετικών διατάξεων είναι ευθεία.

³⁴⁹ Κατά τον Γεωργίου (ό.π., σελ. 453, υποσ. 4), όταν ο οφειλέτης αρνείται να εκπληρώσει παροχή που είναι ληξιπρόθεσμη περιέρχεται σε υπερημερία, ενώ όταν αρνείται την εκπλήρωση μη εισέτι ληξιπρόθεσμης παροχής έχουμε περίπτωση πλημμελούς εκπλήρωσης.

³⁵⁰ βλ. Κρητικό, σελ. 344, υποσ. 17

υπόχρεο μέσα σε εύλογο χρόνο, ο οποίος καθορίζεται όπως είδαμε με βάση της επιταγές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, να προσέλθει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Εάν παρέλθει ο εύλογος χρόνος από την πρόσκληση ή αξίωση καθίσταται ληξιπρόθεσμη και ο εκ προσυμφώνου δανειστής μπορεί να θέσει τον υπόχρεο σε υπερημερία με την επίδοση εξώδικης όχλησης. Δυνάμει οχλήσεως καθίσταται υπερήμερος ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος και στην περίπτωση που έχει τεθεί προθεσμία εντός της οποίας αυτός οφείλει με βάση τα διαληφθέντα στο προσύμφωνο να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες για να αρθούν τυχόν υφιστάμενα κωλύματα στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, όπως για παράδειγμα η εξάλειψη των εμπραγμάτων βαρών επί ακινήτου, ή η έκδοση διοικητικής άδειας για την προσυμφωνούμενη σύμβαση μίσθωσης καταστήματος, και η προθεσμία αυτή παρέλθει άπρακτη.

Ακολούθως, εάν ο εκ προσυμφώνου υπόχρεος τεθεί σε υπερημερία οφείλει κατ' άρθρον 343 παρ. 1, να αποκαταστήσει την ζημία που υπέστη ο δικαιούχος από την καθυστέρηση, καταβάλλοντας αποζημίωση, η οποία για παράδειγμα σε περίπτωση προσυμφώνου πώλησης κατοικίας καλύπτει τα ποσά των μισθωμάτων που αναγκάστηκε να καταβάλει ο αγοραστής για το διάστημα που εκμίσθωνε άλλη κατοικία λόγω της μη έγκαιρης απόκτησης από αυτόν του προσυμφωνημένου ακινήτου³⁵¹, ή το ποσό που θα αποκέρδαινε κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων εάν είχε στην διάθεσή του και αξιοποιούσε παραγωγικά την εκ της οριστικής σύμβασης παροχή³⁵². Επίσης ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος μπορεί να απαιτήσει πλήρη αποζημίωση, εάν μέσα σε εύλογο χρόνο από την προσφορά της παροχής ή την πρόσκληση στον οφειλέτη για εκπλήρωση, αποκρούσει την παροχή ελλείψει συμφέροντος ως προς την εκπλήρωση κατ' άρθρον 343 παρ. 2 ΑΚ. Στην περίπτωση αυτή, όπως θα εξετασθεί και αναλυτικά κατωτέρω, δεν αποκαθίσταται η ζημία από την υπαίτια καθυστέρηση, αλλά ζητείται ό,τι ο δικαιούχος θα είχε αποκτήσει εάν είχε καταρτισθεί η οριστική σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 342 ΑΚ, εάν ο υπόχρεος αποδείξει ότι η καθυστέρηση στην σύμπραξη της κατάρτισης της οριστικής σύμβασης οφείλεται σε γεγονός για το οποίο δεν φέρει ευθύνη, εξ ορισμού δεν καθίσταται υπερήμερος και ως εκ τούτου απαλλάσσεται από την υποχρέωση να αποκαταστήσει την οποιαδήποτε ζημία υπέστη ο δικαιούχος από την καθυστέρηση.

3.2.1.3. Η πλημμελής εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου ενοχής.

Εκτός από τις περιπτώσεις αδυναμίας εκπλήρωσης της παροχής από την οριστική σύμβαση ή καθυστέρησης ως προς την κατάρτισή της, οι συνέπειες των οποίων ρυθμίζονται

³⁵¹ βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 344

³⁵²βλ. ομοίως Κρητικό, ό.π, σελ. 344

ρητά από τον νομοθέτη, η ενοχή από το προσύμφωνο μπορεί να εξελιχθεί παθολογικά λόγω πλημμελούς εκπλήρωσης της πηγάζουσας από αυτό παροχής, η οποία θα οφείλεται σε παράβαση έτερης υποχρέωσης του οφειλέτη πέραν αυτής προς διατήρηση του αντικειμένου της κυρίας σύμβασης ή προς σύμπραξη στην κατάρτιση της τελευταίας σε ορισμένο χρόνο. Εδώ, όπως είναι κατανοητό, δεν υφίσταται αμφισβήτηση ως προς την ευθεία ή αναλογική εφαρμογή διατάξεων στο προσύμφωνο, αφού οι περιπτώσεις πλημμελούς εκπλήρωσης της ενοχικής υποχρέωσης δεν ρυθμίζονται στον Αστικό Κώδικα και, όπως γίνεται δεκτό³⁵³, οι συνέπειές τους ρυθμίζονται ούτως ή άλλως με την αναλογική εφαρμογή των διατάξεων των ρυθμισμένων μορφών αθέτησης, προς κάλυψη του κενού της νομοθετικής ρύθμισης³⁵⁴.

Αρχικά, στην περίπτωση του προσυμφώνου η πλημμέλεια της εκπλήρωσης της ενοχής αναφέρεται στην μη προσήκουσα εκπλήρωση της κυρίας παροχής³⁵⁵, ως τέτοια δε εν προκειμένω νοείται, ως γίνεται δεκτό, η παροχή απευθείας από την οριστική σύμβαση και όχι η αναληφθείσα στο προσύμφωνο υποχρέωση προς κατάρτισή της³⁵⁶. Για παράδειγμα το μίσθιο ακίνητο σε προσύμφωνο μίσθωσης είναι έτοιμο πραγματικά και νομικά προς παραχώρηση στον εκ προσυμφώνου μισθωτή με την κατάρτιση του οριστικού συμφωνητικού μισθώσεως, πλην όμως δεν είναι κατάλληλο για την συμφωνημένη χρήση εξαιτίας της κατεδάφισης υφιστάμενου μεσότοιχου, που θα εξυπηρετούσε τις ανάγκες του καταστήματος που θα λειτουργούσε στο μίσθιο ο μισθωτής.

Περαιτέρω ο οφειλέτης δεν εκπληρώνει προσηκόντως και όταν παραβαίνει κάποια από τις παρεπόμενες υποχρεώσεις που υπαγορεύονται από τις επιταγές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών κατά την γενική ρήτρα των άρθρου 288 ΑΚ, και τις οποίες ανέλαβε όταν συμβλήθηκε στο προσύμφωνο. Οι παρεπόμενες αυτές υποχρεώσεις, όπως εξετάσθηκε και στο οικείο κεφάλαιο, μπορούν να διακριθούν σε εκείνες που αφορούν την εξασφάλιση της ετοιμότητας κατάρτισης της οριστικής σύμβασης και σε εκείνες που αφορούν την εξασφάλιση του αντικειμένου της οριστικής σύμβασης και των εν γένει συμφερόντων του εκ προσυμφώνου δικαιούχου³⁵⁷. Για παράδειγμα εάν από την κατάρτιση του προσυμφώνου πωλήσεως ακινήτου μέχρι την σύναψη της οριστικής σύμβασης ο εκ προσυμφώνου πωλητής παραχωρήσει δικαίωμα

353 βλ. Σταθόπουλο, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, αρ. 123 επ.

354 Υποστηρίζεται ότι ο όρος “πλημμελής εκπλήρωση” είναι έννοια γένους, από την οποία εκπορεύονται όλες οι ειδικότερης μορφής παραβάσεις ενοχικών υποχρεώσεων. Υπό το πρίσμα αυτό, η υπερημερία αποτελεί μορφή πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής, της οποίας και μόνο τις προϋποθέσεις και τις συνέπειες επέλεξε να ρυθμίσει ρητώς ο νομοθέτης.

355 βλ. Σταθόπουλο σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. Εισ Αρθρ. 335-348, αρ. 19-20

356 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 345

357 Για παράδειγμα (Κρητικός, ό.π, σελ. 345) δεν εκπληρώνει προσηκόντως ο εκ προσυμφώνου εκμισθωτής καταστήματος που πριν συναφθεί η οριστική μίσθωση ξεκινά ανταγωνιστική επιχείρηση απέναντι από το προσυμφωνηθέν μίσθιο, αφού δεν μεριμνά με πρόθεση για τα συμφέροντα του αντισυμβαλλομένου του που συνδέονται με το μίσθιο.

υποθήκης στο προσυμφωνηθέν ακίνητο εκπληρώνει πλημμελώς καθ'ότι παρέβη την υποχρέωσή του να μεριμνήσει για την διατήρηση της νομικής ακεραιότητας του αντικειμένου της πώλησης.

Αναφορικά με την κατεύθυνση των παρεπόμενων υποχρεώσεων προς την διατήρηση της ετοιμότητας του υποχρέου για την σύναψη της οριστικής σύμβασης, χαρακτηριστική περίπτωση παραβίασης είναι επίδειξη συμπεριφοράς συνιστάμενης σε “προκαταβολική άρνηση εκπλήρωσης”³⁵⁸ της παροχής. Πρόκειται περί εκ των προτέρων παραβίασης³⁵⁹ της σύμβασης από τον εκ προσυμφώνου υπόχρεο, ο οποίος, χωρίς να αδυνατεί ή να καθυστερεί να εκπληρώσει, δηλώνει προκαταβολικά και οριστικά στον αντισυμβαλλόμενο του ότι δεν προτίθεται να εκπληρώσει την συμφωνηθείσα παροχή, ήτοι εν προκειμένω να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Η μορφή αυτή πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής απαντά μεν εν γένει σε όλες τις ενοχικές συμβάσεις, ωστόσο στην περίπτωση του προσυμφώνου αποκτά ιδιαίτερη βαρύτητα³⁶⁰, δεδομένου ότι ο δανειστής της εκ προσυμφώνου παροχής δεν παραβιάζει τοιουτοτρόπως απλώς μία ακόμη παρεπόμενη υποχρέωσή του υπαγορευόμενη από την καλή πίστη αλλά μία υποχρέωση που απορρέει από τον πυρήνα της λειτουργίας του προσυμφώνου που είναι η εξασφάλιση της δέσμευσης των μερών να καταρτίσουν οριστική σύμβαση, όταν ο χρόνος προς τούτο είναι ο κατάλληλος.

Το εξ ορισμού μοναδικό χαρακτηριστικό της συγκεκριμένης μορφής αντισυμβατικής συμπεριφοράς, εξαιτίας του οποίου κατατάσσεται στις μορφές πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής και όχι στην αδυναμία παροχής ή στην υπερημερία, είναι το γεγονός ότι η παράβαση λαμβάνει χώρα πριν το ληξιπρόθεσμο της παροχής, και συνεπεία τούτου παρέχονται ομοίως προκαταβολικά στον θιγόμενο τα δικαιώματα προς αποκατάσταση των συμφερόντων του, τα οποία εθίγησαν από την αθέτηση. Έτσι ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος που διατηρεί συμφέρον για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης δύναται να απαιτήσει την αυτούσια εκπλήρωση της παροχής, πριν ακόμη αυτή καταστεί ληξιπρόθεσμη, με την άσκηση της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής και την συνακόλουθη υποκατάσταση της δηλώσεως βουλήσεως του δυστροπούντος αντισυμβαλλομένου του με την τελεσίδικη δικαστική απόφαση³⁶¹. Εάν, από την άλλη πλευρά, δεν ενδιαφέρεται πλέον για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης μπορεί να ζητήσει αποζημίωση λόγω μη εκπλήρωσης της παροχής ή να υπαναχωρήσει από το προσύμφωνο, δικαίωμα για το οποίο θα γίνει λόγος και παρακάτω³⁶². Ευνόητο είναι ότι, προκειμένου να είναι σε θέση ο δικαιούχος να ασκήσει τα παραπάνω δικαιώματα, πρέπει να έχει επιδείξει συνέπεια

358 βλ. Σταθόπουλο, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, 2004 ,αρ. 130

359 βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 346

360 Για τον Γεωργίου (ό.π, σελ. 456) η προκαταβολική άρνηση εκπλήρωσης αποτελεί την μοναδική μορφή πλημμελούς εκπλήρωσης που μπορεί να εμφανισθεί στην περίπτωση του προσυμφώνου.

361 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 346, υποσ. 25

362 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 346

στην εκπλήρωση των δικών του υποχρεώσεων, άλλως η επίκληση της υπαίτιας αθέτησης του έτερου μέρους θα θεωρείτο καταχρηστική ως αντίθετη στην συναλλακτική καλή πίστη κατ' άρθρον 288 ΑΚ. Βεβαίως υποστηρίζεται, ότι εάν σε στάθμιση η παράβαση από την πλευρά του θιγόμενου κρίνεται ελαφρά συγκριτικά με την παράβαση του έτερου μέρους, δικαιολογείται η άσκηση των ως άνω δικαιωμάτων από τον πρώτο³⁶³.

3.2.2. Η εφαρμογή επί προσυμφώνου των διατάξεων περί ανώμαλης εξέλιξης στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις (ΑΚ 374 επ.).

Εφόσον, όπως αναλύθηκε παραπάνω, οι μορφές παθολογικής εξέλιξης της ενοχής εμφανίζονται και στην περίπτωση του προσυμφώνου με κάποιες ιδιαιτερότητες ανάλογα με το είδος της υποχρέωσης και τον τρόπο παραβίασής της από την πλευρά του υποχρέου, πρέπει να εξετασθεί εάν η άσκηση των δικαιωμάτων του αντισυμβαλλομένου του αθετούντος μπορεί να ρυθμιστεί από τις διατάξεις των άρθρων που διέπουν σε ανάλογες περιπτώσεις τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, ήτοι των άρθρων 374 ΑΚ επ.

Κατ' αρχήν, όπως εύκολα γίνεται αντιληπτό, η εφαρμογή στις περιπτώσεις ανώμαλης εξέλιξης της εκ προσυμφώνου ενοχής των διατάξεων των άρθρων 374 ΑΚ επ. συναρτάται με την άποψη που υιοθετεί κανείς όσον αφορά το, σχετικώς αμφισβητούμενο, ζήτημα εάν το προσύμφωνο αποτελεί αμφοτεροβαρή σύμβαση³⁶⁴. Σύμφωνα με την άποψη που δεχθήκαμε στον οικείο τόπο, το προσύμφωνο δεν αποτελεί αμφοτεροβαρή σύμβαση, κυρίως λόγω της έλλειψης ανταλλακτικής σχέσης μεταξύ των παροχών των συμβαλλομένων μερών. Παρά ταύτα υφίσταται επαρκής αναλογία μεταξύ των δύο συμβατικών μορφών, ώστε να δικαιολογείται η, έστω αναλογική, εφαρμογή επί προσυμφώνου των διατάξεων που διέπουν τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Μάλιστα, υπέρ της αναλογικής εφαρμογής τάσσεται και η κρατούσα άποψη της θεωρίας³⁶⁵ και σημαντικό μέρος της νομολογίας³⁶⁶, ανεξαρτήτως των θέσεων που έχουν διατυπωθεί ως προς τον χαρακτήρα ου προσυμφώνου ως αμφοτεροβαρούς σύμβασης.

Πράγματι, ιδιαίτερα στις περιπτώσεις που η συμφωνηθείσα δύναμει του προσυμφώνου μέλλουσα να καταρτισθεί σύμβαση είναι αμφοτεροβαρής, θα ήταν άσκοπο και δαπανηρό³⁶⁷ να αναμείνει ο θιγόμενος την έλευση του συμφωνηθέντος χρόνου για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, η οποία έχει αθετηθεί ή πρόκειται να αθετηθεί, εν όψει της ήδη υφιστάμενης παραβίασης των εκ προσυμφώνου υποχρεώσεων του αντισυμβαλλομένου του, και να προβεί

363 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 346-347

364 βλ. Κρητικό, ο.π. 342

365 βλ. Ράμμο ΕρμΑΚ 166, αρ. 23, 24, Μπόσδα ό.π. σελ. 159, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166. αρ. 15,

Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ 166, αρ. 6, Κατρά, ό.π, σελ. 230

366 ΑΠ 642/2017, ΕφΠειρ 695/2010, ΕφΛαρ 146/2016, ΑΠ 152/2001, ΑΠ 58/1997, ΑΠ 1131/1976

367 βλ. Κρητικό, ό.π, Παράρτημα, αρ. 49

στην κατάρτιση αυτή, μόνο και μόνο για να μπορέσει να ασκήσει τα δικαιώματα που του παρέχονται εκ του νόμου στην περίπτωση της αθέτησης των υποχρεώσεων του αντισυμβαλλομένου του. Εάν για παράδειγμα το αντικείμενο της οριστικής σύμβασης απολεσθεί ή καταστραφεί, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι ο θιγόμενος πρέπει να προβεί σε κατάρτιση της οριστικής σύμβασης με αντικείμενο μία αδύνατη παροχή, προκειμένου να επικαλεσθεί τα δικαιώματα των άρθρων 380, 381 ΑΚ, επειδή το προσύμφωνο δεν είναι αμφοτεροβαρής σύμβασης και δεν ευρίσκουν επ' αυτού ευθεία εφαρμογή οι διατάξεις που διέπουν τις τελευταίες, αφού η εφαρμογή των διατάξεων αυτών την ίδια ανάγκη αποκατάστασης των συμφερόντων του θιγόμενου μέρους εξυπηρετούν, είτε γίνει επίκληση μετά την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, είτε σε προηγούμενο χρόνο, μετά την κατάρτιση του προσυμφώνου. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση της υπαίτιας καθυστέρησης του εκ προσυμφώνου υποχρέου να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, καθώς, εξίσου άξια αποκατάστασης είναι η ζημία του αντισυμβαλλομένου του αθετούντος από την καθυστέρηση εκπλήρωσης της παροχής ήδη κατηρτισμένης αμφοτεροβαρούς σύμβασης όσο και από την καθυστέρηση το πρώτον κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, αλλά και από την πλημμέλεια στην εκπλήρωση της παροχής, από την οποία εξαρτάται η αντιπαροχή του θιγόμενου από την αμφοτεροβαρή οριστική σύμβαση.

Έτσι, σε περίπτωση αδυναμίας της εκ της οριστικής συμβάσεως παροχής του εκ προσυμφώνου οφειλέτη, γίνεται δεκτό³⁶⁸ ότι θα εφαρμοσθούν αναλογικώς οι διατάξεις των άρθρων 380, 381 και 382 ΑΚ. Ήτοι εάν η εκ της οριστικής συμβάσεως παροχή³⁶⁹ καταστεί αδύνατη από γεγονός για το οποίο ο υπόχρεος δεν φέρει καμία ευθύνη, επέρχεται κοινή απαλλαγή των μερών από τις εκατέρωθεν υποχρεώσεις τους³⁷⁰, και, συνακόλουθα, αποδέσμευση από την εκ προσυμφώνου υποχρέωση προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, η εκτέλεση της οποίας έχει πια ματαιωθεί. Εάν ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος της κυρίας παροχής είχε καταβάλει ήδη την αντιπαροχή μπορεί, μετά την απαλλαγή, να την αναζητήσει σύμφωνα με τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό κατ' άρθρα 904 επ., όχι όμως υπό την μορφή αποζημίωσης κατ' άρθρον 382 ΑΚ³⁷¹. Ομοίως θα εφαρμοσθεί και το β' εδάφιο του αυτού άρθρου περί της οφειλής στον αντισυμβαλλόμενο του περιελθόντος στην θέση της αδύνατης παροχής,

368 βλ. παραπ. υποσ. 353

369 Ισχύουν όσα ειπώθηκαν προηγουμένως για την έννοια της αδυναμίας παροχής στο προσύμφωνο. Όπως εξετάσθηκε, δεν δύναται η αδυναμία να αναφέρεται στην εκ προσυμφώνου παροχή, η οποία θα συνίσταται συνήθως σε μία δήλωση βουλήσεως, αλλά στην καθ'εαυτήν παροχή από την οριστική μέλλουσα να καταρτισθεί σύμβαση.

370 βλ. Ράμμο ΕρμΑΚ 166, αρ. 23, Παντελίδου, ό.π., αρ. 282, με περαιτέρω παραπομπές.

371 βλ. Τριάντο ο.π., αρ. 450 σελ. 171, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 16, ΑΠ 528/1988, πρβλ. ΑΠ 1230/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, κατά την οποία για όσο χρόνο η ενοχή από το προσύμφωνο είναι ενεργός ο πλουτισμός του πωλητή από την προκαταβολή του τιμήματος είναι νόμιμος, καθίσταται όμως αδικαιολόγητος όταν καταστεί αδύνατη η εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου παροχής.

οπότε ο τελευταίος εξακολουθεί να οφείλει την αντιπαροχή, εάν δεν έχει ήδη προβεί κατά τον χρόνο της αδυναμίας στην εκπλήρωσή της. Άλλωστε η φύση του προσυμφώνου δεν δικαιολογεί την μη εφαρμογή του συγκεκριμένου εδαφίου, αφού και εν προκειμένω, όπως υποστηρίζεται³⁷² θα αντέκειτο στο περί δικαίου αίσθημα να αποβαίνει η τυχαία αδυναμία προς όφελος του υποχρέου, ιδιαιτέρως εάν το περιελθόν σε αυτόν λόγω της αδυναμίας είναι μεγαλύτερης αξίας από την ίδια την παροχή.

Ακολούθως, εάν για την αδυναμία παροχής του ενός ευθύνεται το έτερο μέρος, θα εφαρμοσθούν αναλογικώς οι διατάξεις του άρθρου 381 ΑΚ, ενώ εάν οφείλεται σε αποκλειστική υπαιτιότητα του οφειλέτη της, τυγχάνει αναλογικής εφαρμογής το άρθρο 382 ΑΚ. Έτσι, ο αντισυμβαλλόμενος του αθετήσαντος μπορεί να επικαλεσθεί κοινή απαλλαγή από τις υποχρεώσεις αμφοτέρων των μερών από την οριστική σύμβαση δυνάμει του άρθρου 380 ΑΚ και να απαιτήσει την αντιπαροχή που τυχόν κατέβαλε κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Στην περίπτωση όμως αυτή είναι δυνατόν, λόγω της υπαίτιας αθέτησης των υποχρεώσεων από την πλευρά του δανειστή της αδύνατης παροχής, ο τελευταίος να είχε προβλέψει ότι θα του ζητηθεί η απόδοση της αντιπαροχής, οπότε, εάν αποδειχθεί η πρόβλεψη από τον δανειστή και η αντιπαροχή είναι χρηματική, ο αθετήσας θα οφείλει να επιστρέψει το τίμημα νομιμοτόκως, από όταν προέβλεψε ή όφειλε να προβλέψει την αναζήτηση³⁷³. Μάλιστα εάν επιλέξει ο δανειστής της αδύνατης παροχής να επικαλεστεί τα δικαιώματα του άρθρου 380 ΑΚ, δεν χρειάζεται, ευλόγως, ο αθετήσας να επικαλεσθεί και να αποδείξει ότι δεν βαρύνεται με πταίσμα, ώστε να απαλλαγεί κατ' άρθρον 336 ΑΚ³⁷⁴. Επιπλέον, μπορεί να απαιτήσει αποζημίωση λόγω μη εκπλήρωσης, η οποία, εάν μεν ο ίδιος εκπλήρωσε ήδη με την κατάρτιση του προσυμφώνου την δική του αντιπαροχή, υποκαθιστά την αξία της κυρίας παροχής, εάν δε δεν πρόλαβε να εκπληρώσει την αντιπαροχή, καλύπτει την όποια ζημία υπέστη λόγω της ματαίωσης της οριστικής σύμβασης. Προϋπόθεση άσκησης της προς αποζημίωση αξίωσης είναι η υπαιτιότητα του υποχρέου, οπότε, σε αντίθεση με τα όσα υποστηρίχθηκαν προηγουμένως, ο οφειλέτης, εάν επιθυμεί να απαλλαγεί από την ευθύνη του, πρέπει να αποδείξει κατ' άρθρον 336 ΑΚ ότι δεν ευθύνεται για την αδυναμία³⁷⁵. Υπενθυμίζεται ότι αίτημα προς αποζημίωση μπορεί να σωρευθεί και επικουρικώς σε αγωγή για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ, όταν το κύριο αίτημα προς καταδίκη απορριφθεί λόγω της αδυναμίας εκτέλεσης της

372 βλ. Ράμμο ΕρμΑΚ 166, αρ. 24

373 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 283. Χαρακτηριστικό παράδειγμα πρόβλεψης της αναζήτησης λόγω της υπαίτιας αδυναμίας παροχής του υποχρέου είναι όταν ο οφειλέτης που έλαβε το τίμημα αγοραπωλησίας πράγματος, πωλεί και μεταβιβάζει το προσυμφωνηθέν πράγμα σε τρίτο, οπότε από τον χρόνο της μεταβίβασης και, συνακόλουθα, ματαίωσης της κατάρτισης της προσυμφωνηθείσης οριστικής σύμβασης, οφείλει νόμιμους τόκους επί του αποδοτέου κατ' άρθρα 904 ΑΚ επ. τιμήματος.

374 βλ. Τριάντο, ό.π., αρ. 450, ΕφΛαρ 580/2013

375 βλ. Τριάντο, ό.π., αρ. 450, σελ. 171

οριστικής σύμβασης³⁷⁶. Επιπλέον έχει την δυνατότητα να υπαναχωρήσει από το προσύμφωνο, οπότε το προσύμφωνο μετατρέπεται σε μία σχέση εκκαθάρισης με τα εκατέρωθεν τυχόν καταβληθέντα να καθίστανται αποδοτέα κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Επιπλέον του δικαιώματος υπαναχώρησης, το οποίο, σημειωτέον, δεν προσφέρεται κατά νόμον δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 335 ΑΚ επ. και 363 ΑΚ επ. περί ανώμαλης εξέλιξης των ενοχών εν γένει, μπορεί ο θιγόμενος να ζητήσει και εύλογη αποζημίωση για αποκατάσταση τυχόν ζημίας του από την μη εκπλήρωση. Εάν δε στο προσύμφωνο έχει προβλεφθεί ρητώς το δικαίωμα υπαναχώρησης του ενός ή και των δύο συμβαλλομένων σε περίπτωση παραβίασης της σύμβασης κατ' άρθρον 389 ΑΚ, η άσκηση του δικαιώματος αυτού χωρεί ανεξαρτήτως πταίσματος του έτερου μέρους³⁷⁷.

Σε περίπτωση υπερημερίας του εκ προσυμφώνου οφειλέτη ως προς την αναγκαία σύμπραξη για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, σε αντίθεση με τις οικείες διατάξεις των άρθρων 343 ΑΚ επ. περί των ενοχικών συμβάσεων εν γένει οι οποίες δεχθήκαμε ότι εφαρμόζονται ευθέως επί προσυμφώνου, οι διατάξεις των άρθρων 383 ΑΚ επ. που αφορούν αυτήν την μορφή αθέτησης στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις εφαρμόζονται αναλογικώς, όπως γίνεται αντιληπτό εκ των ανωτέρω. Αξίζει να τονισθεί, ότι τα παρεχόμενα δυνάμει των άρθρων 383 ΑΚ επ. στον δανειστή επί υπερημερίας οφειλέτη δικαιώματα εφαρμόζονται σε γενικές γραμμές τηρουμένων των αναλογιών και επί πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής, είτε πρόκειται για την εκ προσυμφώνου παροχή, είτε για την πηγάζουσα από την οριστική σύμβαση. Ειδικότερα, ο δανειστής της παροχής μπορεί να θέσει εύλογη προθεσμία στον υπερήμερο οφειλέτη, δηλώνοντας κατ' άρθρον 383 ΑΚ, ότι μετά το πέρας της θα αποκρούσει την παροχή. Το εύλογο της προθεσμίας, όπως υποστηρίζεται³⁷⁸, κρίνεται με βάση τα συμφέροντα και των δύο πλευρών, ως υπαγορεύει η καλή πίστη, λαμβανομένου υπ' όψιν του χρόνου που είχε συμφωνηθεί στο προσύμφωνο για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, ο οποίος πρέπει να είναι ανάλογος του τιθέμενου χρόνου προς εκπλήρωση μετά την θέση σε υπερημερία. Ταυτόχρονα σημειούται ότι δυνάμει της διάταξης του άρθρου 343 ΑΚ, μπορεί να απαιτήσει αποζημίωση προς αποκατάσταση της ζημίας από την καθυστέρηση³⁷⁹. Ακολούθως, αν η προθεσμία παρέλθει άπρακτη, ο δανειστής μπορεί να απαιτήσει πλήρη αποζημίωση περί μη εκπλήρωσης, η οποία έχει όμοια φύση με την διεκδικούμενη επί αδυναμίας παροχής κατ' άρθρον 382 ΑΚ, ήτοι υποκαθιστά την κυρία παροχή, ή μπορεί να υπαναχωρήσει από το προσύμφωνο, είτε κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 383 ΑΚ, είτε κάνοντας χρήση σχετικής συμβατικής ρήτρας στο

376 βλ. Παντελίδου ό.π., αρ. 289

377 βλ. ΑΠ 298/2000, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ. 166, αρ. 16

378 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 308

379 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 16, Κρητικό, σελ. 344

προσύμφωνο³⁸⁰. Σημειωτέον ότι, ως έχει υποστηριχθεί³⁸¹, η προσφορά της παροχής κατόπιν υπερημερίας του οφειλέτη δεν καταλύει το ασκηθέν, συμβατικώς προβλεφθέν δικαίωμα υπαναχώρησης του δανειστή της παροχής. Περαιτέρω, η παραπάνω προθεσμία εκπλήρωσης δεν απαιτείται να τεθεί εάν συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις του άρθρου 385 ΑΚ. Ιδιαίτερως επί της προκαταβολικής αρνήσεως του υποχρέου προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης ως μορφή πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής, για την οποία έγινε λόγος παραπάνω, εφαρμοστέα τυγχάνει η υπ' αριθμόν 1 περίπτωση του άρθρου 385, οπότε, όταν από την όλη στάση του οφειλέτη κρίνεται ότι κάτι τέτοιο θα ήταν άσκοπο, όπως όταν επιδεικνύει οριστικά και σοβαρά πρόθεση να μην στερήσει στην εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου παροχής πριν το ληξιπρόθεσμο αυτής, ο οφειλέτης, χωρίς να απαιτείται να τάξει εύλογη προθεσμία εκπλήρωσης, δύναται να απαιτήσει αποζημίωση λόγω μη εκπλήρωσης ή να υπαναχωρήσει προκαταβολικώς από το προσύμφωνο³⁸².

Όσον αφορά τις διατάξεις των άρθρων 374 ΑΚ επ., οι οποίες ρυθμίζουν την προβολή της ένστασης του μη εκπληρωθέντος συναλλάγματος στην περίπτωση των αμφοτεροβαρών συμβάσεων, υποστηρίζεται ότι η εφαρμογή τους χωρεί και επί προσυμφώνου³⁸³. Συγκεκριμένα, σε αγωγή του εκ προσυμφώνου αγοραστή δια της οποίας ζητά την εκπλήρωση της παροχής από τον πωλητή, ήτοι την μεταβίβαση του προσυμφωνηθέντος πράγματος, ενώ ο ίδιος δεν έχει καταβάλει το τίμημα, ως υποχρεούται δυνάμει των διαληφθέντων στο προσύμφωνο, ο πωλητής, ο οποίος κατά κανόνα δεν θα υποχρεούται σε προεκπλήρωση, μπορεί, επικαλούμενος την αναβλητική ένσταση του άρθρου 374 ΑΚ, να προβάλλει ότι δεν πρόκειται να προσέλθει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης έως ότου ο αγοραστής καταβάλει το τίμημα. Είναι φανερό από το παραπάνω παράδειγμα, ότι ενώ η παροχή, η εκπλήρωση της οποίας αναστέλλεται είναι η παροχή από το προσύμφωνο, ως αντιπαροχή, μέχρι την εκπλήρωση της οποίας διατάσσεται η αναστολή, λογίζεται η αντιπαροχή από την οριστική σύμβαση³⁸⁴, γεγονός που υποδεικνύει ότι το προσύμφωνο δεν είναι αμφοτεροβαρής σύμβαση, αφού οι ενέργειες οι συνιστάμενες στην σύμπραξη εκάτερου των μερών προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης δεν νοούνται υπό τη σχέση παροχής-αντιπαροχής, όπως ήδη έχουμε δεχθεί. Συνεπώς και η τυχόν εφαρμογή των

380 βλ. Κρητικό, ό.π Παράρτημα, αρ. 50

381 ΑΠ 416/1982 ΝοΒ 31, 200, η οποία έκρινε την περίπτωση που οι εκ προσυμφώνου αγοραστές κατέστησαν υπερήμεροι ως προς την καταβολή των δόσεων του τιμήματος, με αποτέλεσμα, μετά την εκπρόθεσμη προσφορά των δόσεων, ο πωλητής να ασκήσει το συμβατικό δικαίωμα υπαναχώρησης και να αποκρούσει τις δόσεις. Παρ'ότι μετά την δήλωση υπαναχώρησης, οι αγοραστές εξακολούθησαν να προβαίνουν σε δημόσια κατάθεση των δόσεων στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, δεν καταλύθηκε η υπαναχώρηση του πωλητή και το προσύμφωνο ανατράπηκε.

382 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 346 και υποσ. 25

383 βλ. Παντελίδου, ό.π, αρ. 295

384 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 297

διατάξεων των άρθρων 374 ΑΚ επ. θα πρέπει να είναι αναλογική και όχι ευθεία³⁸⁵. Επιπροσθέτως τα αποτελέσματα της κατ' άρθρον 374 ΑΚ ένστασης, ως ορίζονται στο άρθρο 378 ΑΚ³⁸⁶ συμπορεύονται με τον μηχανισμό αναγκαστικής πραγμάτωσης της εκ προσυμφώνου ενοχής, δεδομένου ότι, επί της αγωγής προς καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ, το πλάσμα της απόφασης που καταδικάζει σε δήλωση βουλήσεως θεωρείται ότι ενεργεί αμέσως μόλις εκπληρωθεί η αντιπαροχή από την οποία εξαρτάται η καταδίκη, σύμφωνα με το προβλεπόμενο στο άρθρο 949 εδ. Β³⁸⁷.

3.2.3. Η αξίωση αποζημίωσης στο προσύμφωνο.

Δεδομένου ότι, όπως αναλύθηκε παραπάνω, το προσύμφωνο αποτελεί αυτοτελή, καταρτισμένη σύμβαση, παράγουσα αφ'εαυτής δεσμευτικότητα για τα μέρη ως προς τα συμφωνηθέντα, και όχι τμήμα της οριστικής σύμβασης ή προ.στάδιο κατάρτισής της, σε όσες περιπτώσεις παθολογικής εξέλιξης της εκ προσυμφώνου ενοχής³⁸⁸ παρέχεται εκ του νόμου στον δικαιούχο αξίωση αποζημίωσης, η τελευταία, ως γίνεται παγίως³⁸⁹ δεκτό σε θεωρία και νομολογία³⁹⁰, συνίσταται στο θετικό διαφέρον ή διαφέρον εκπλήρωσης, ήτοι αποκαθίσταται ό,τι θα είχε ο δικαιούχος εάν είχε χωρήσει ομαλή εκπλήρωση του προσυμφώνου και ακολούθως καταρτισθεί η οριστική σύμβαση, άλλως ό,τι θα είχε εάν δεν είχε εμφοιλοχωρήσει η παράβαση του εκ προσυμφώνου υποχρέου. Το διαφέρον εκπλήρωσης περιλαμβάνει τόσο την θετική ζημία όσον και την αποθετική, ή διαφυγόν κέρδος κατ' άρθρον 298 ΑΚ.

Ειδικότερα επί του διαφέροντος εκπλήρωσης αξίζει να σημειωθεί ότι η ζημία του εκ προσυμφώνου δικαιούχου υπολογίζεται επί των ωφελημάτων που θα αποκόμιζε ο τελευταίος από την παροχή εκ της οριστικής σύμβασης και όχι από την εκ προσυμφώνου παροχή, η οποία, όπως πολλάκις έχει τονισθεί, συνίσταται στην σύμπραξη εκατέρου μέρους στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης³⁹¹, που είναι τεχνικής φύσης και δεν έχει ουσιαστικό οικονομικό αντίκρισμα. Από την άλλη πλευρά έχει διατυπωθεί στην θεωρία³⁹² και άποψη η οποία

385 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 296

386 Ο υπόχρεος καταδικάζεται στην παροχή υπό τον όρο της ταυτόχρονης εκπλήρωσης της αντιπαροχής.

387 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 299

388 Αξίωση αποζημίωσης, όπως επισημαίνει ορθώς η Παντελίδου (ό.π., αρ. 291) έχει το συμβαλλόμενο στο προσύμφωνο μέρος όταν η ισχύς του προσυμφώνου τελεί υπό διαλυτική αίρεση και το έτερο μέρος ηρτημένης της αιρέσεως ματαίωσε ή εβλαψε υπαιτίως το εκ προσυμφώνου δικαίωμα.

389 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ. 349, Παντελίδου, ό.π., αρ. 287, Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 166, αρ. 22, Γεωργίου, ό.π, σελ. 455, Κατρά, ό.π, παρ. 58, σελ. 231

390 ΑΠ 590/2017 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 568/2014, ΑΠ 249/2009, ΑΠ 1547/2007, ΕφΑθ 224/2007

391 βλ. Κρητικό, ό.π, σελ 349, βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. Σταθ. 166 αρ. 22

392βλ. Βαθρακοκοίλη σε ΕΡΝΟΜΑΚ 166, ρ. 22, Γεωργίου, ό.π, σελ. 455, παρ. 3.1, 3.2, υποσ. 32. Μάλιστα, κατά τον Γεωργίου η υπερμερία του εκ προσυμφώνου οφειλέτη συνδέεται αιτιωδώς μόνο με την μη κατάρτιση της οριστικής σύμβασης και όχι με την ζημία του δικαιούχου από το γεγονός ότι δεν έχει την συμφωνημένη παροχή από την οριστική σύμβαση. Η άρνηση του υποχρέου να καταρτίσει την οριστική σύμβαση δεν συνεπάγεται

υπαινίσσεται ότι ως βάση για τον υπολογισμό της ζημίας του δικαιούχου λαμβάνεται η παροχή από την οριστική σύμβαση μόνον όταν η συμφωνηθείσα στο προσύμφωνο μέλλουσα να καταρτισθεί σύμβαση είναι εκπαινετική ή παραδοτική, καθώς μόνο σε αυτήν την περίπτωση ο δικαιούχος θα είχε την παροχή εάν δεν είχε εμφολωρήσει η παράβαση του αντισυμβαλλομένου του. Σε περίπτωση, αντιθέτως, που η μελλοντική οριστική σύμβαση είναι υποσχετική, αυτό που θα είχε ο δικαιούχος θα ήταν μία καταρτισμένη οριστική σύμβαση και το δικαίωμα να απαιτήσει την εκπλήρωσή της, όχι όμως η ίδια η παροχή από την οριστική σύμβαση. Ωστόσο, είναι φανερό ότι η τελευταία αυτή άποψη δεν μπορεί να υποστηριχθεί με πειθώ αφού, επί μιν αδυναμίας παροχής θα ήταν άσκοπο να γίνει δεκτό ότι αποκαταστατέα είναι η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης και το δικαίωμα του δικαιούχου να ζητήσει την εκπλήρωση αυτής εφόσον μία τέτοια εκπλήρωση είναι αδύνατη, ενώ και στις περιπτώσεις υπερημερίας ή πλημμελούς εκπλήρωσης η ζημία του δικαιούχου συνίσταται κατά κύριο λόγο στην οικονομική του επιβάρυνση λόγω της καθυστέρησης, ή δυσχέρανσης αντιστοίχως, της απόλαυσης των ωφελιμάτων της οριστικής σύμβασης.

Έτσι επί υπαίτιας αδυναμίας παροχής ή υπερημερίας του οφειλέτη σε βαθμό ώστε να καθίσταται ασύμφορη η κατάρτιση της σύμβασης για τον εκ προσυμφώνου δικαιούχο, η αποκαθιστάμενη με την αξιούμενη κατ' άρθρα 382, 383 ΑΚ, 335, 362, 343 παρ. 2 ΑΚ αποζημίωση θετική ζημία συνίσταται στην αξία της παροχής από την οριστική σύμβαση της οποίας η κατάρτιση ματαιώθηκε. Έτσι εάν ο τελευταίος κατέβαλε το τίμημα με την κατάρτιση του προσυμφώνου δύναται να απαιτήσει αποζημίωση ίση με το ποσό του τιμήματος³⁹³ που προκατέβαλε. Επιπλέον αυτού, αποκαθίσταται και το τυχόν διαφυγόν κέρδος του δικαιούχου, εφόσον αποδεικνύεται ότι προσδοκόταν να αποκομισθεί με μεγάλη πιθανότητα κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων και μπορεί να συνίσταται, στην περίπτωση για παράδειγμα προσυμφώνου πωλήσεως ακινήτου, στην διαφορά μεταξύ του συμφωνηθέντος στο προσύμφωνο τιμήματος και του τιμήματος στο οποίο θα μεταπωλείτο³⁹⁴ το ακίνητο ή στο ποσό των μισθωμάτων που θα αποκόμιζε ο εκ προσυμφώνου αγοραστής από την περαιτέρω διάθεση του ακινήτου προς εκμίσθωση³⁹⁵. Σε περίπτωση που το τίμημα δεν έχει καταβληθεί προκαταβολικά και η αθέτηση του προσυμφώνου έλαβε χώρα πριν την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, έχει κριθεί νομολογιακά στο αυτό ως άνω παράδειγμα του προσυμφώνου αγοραπωλησίας ακινήτου ότι ο αγοραστής μπορεί να απαιτήσει την διαφορά ανάμεσα στο συμφωνηθέν τίμημα και το

αυτομάτως και άρνηση εκπλήρωσης των εκ της κυρίας σύμβασης υποχρεώσεών του, η οποία άρνηση και μόνον αποτελεί ενεργό αιτία για την απώλεια της οριστικής παροχής, και θα δικαιολογούσε την αποκατάσταση τέτοιαιείναι πρόδηλη η ανάγκη να επεκταθούν ζημίας του δικαιούχου.

393 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. Σταθ 166, αρ. 23

394 βλ. Παντελίδου, ό.π. αρ. 287, βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 349

395 βλ. Κρητικό, ομοίως σελ. 349

υψηλότερο³⁹⁶ που αναγκάστηκε να καταβάλει για την αγορά άλλου όμοιου ακινήτου³⁹⁷, άλλως την διαφορά ανάμεσα στο συμφωνηθέν τίμημα και την αγοραία αξία του ακινήτου κατά τον χρόνο συζήτησης της αγωγής³⁹⁸. Η παραπάνω κρίση της νομολογίας κρίνεται ιδιαιτέρως σημαντική στις περιπτώσεις όπου μεταξύ της προκαταβολικής εξόφλησης της αντιπαροχής και της αθέτησης του εκ προσυμφώνου υποχρέου, έχει παρέλθει μεγάλο χρονικό διάστημα και έχει συνεπεία τούτου αυξηθεί η αξία της παροχής της οριστικής σύμβασης που ματαιώθηκε³⁹⁹. Έχει βεβαίως υποστηριχθεί ότι μόνο η αναζήτηση της διαφοράς του τιμήματος και της αγοραίας αξίας του ακινήτου κατά τον χρόνο συζήτησης της αγωγής είναι παραδεκτή, και όχι η διαφορά με το ποσό που πρέπει να καταβληθεί για την αγορά παρόμοιου ακινήτου⁴⁰⁰, ενώ για άλλους το τελευταίο αίτημα χωρεί εάν πράγματι έγινε αγορά άλλου όμοιου ακινήτου με το προσυμφωνηθέν⁴⁰¹.

Από την παραπάνω αξίωση προς πλήρη αποζημίωση, η οποία κατ'ουσίαν λειτουργεί ως υποκατάστατο της οφειλόμενης παροχής που δεν πρόκειται να εκπληρωθεί λόγω της παράβασης των υποχρεώσεων του εκ προσυμφώνου υποχρέου τονίζεται ότι πρέπει να διαχωρισθεί η αποζημίωση που δικαιούται να απαιτήσει ο θιγόμενος κατ'άρθρον 343 παρ. 1 ΑΚ, διάταξη που εφαρμόζεται αναλογικώς και επί πλημμελούς εκπλήρωσης της παροχής, οπότε ο δικαιούχος δύναται να αξιώσει μόνον αποκατάσταση της θετικής ή και αποθετικής ζημίας του που οφείλεται στην καθυστέρηση ή στην πλημμέλεια αντίστοιχα και όχι υποκατάσταση της οφειλόμενης παροχής, εφόσον τελικώς η σύμβαση θα καταρτισθεί παρά την αθέτηση των υποχρεώσεων του υποχρέου⁴⁰².

Περαιτέρω, ως θετική ζημία που αποκαθίσταται λογίζονται και τα έξοδα για την εκτέλεση της οριστικής σύμβασης, όπως επί παραδείγματι τα έξοδα ταξιδιού και το κόστος μετακόμισης του αγοραστή στο προσυμφωνημένο ακίνητο⁴⁰³, όχι όμως και οι δαπάνες οι σχετικές με την κατάρτιση του προσυμφώνου, όπως η αμοιβή του συμβολαιογράφου ή του

396 Αντιστρόφως (βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. Σταθ. 166, αρ. 22) έχει κριθεί ότι ο εκ προσυμφώνου πωλητής μετοχών, επί ματαίωσης της σύμβασης πώλησης μπορεί να απαιτήσει την διαφορά ανάμεσα στο συμφωνηθέν τίμημα και το χαμηλότερο τίμημα στο οποίο αναγκάστηκε να πωλήσει τελικά τις μετοχές του ώστε να περιορίσει την προκληθείσα σε αυτόν ζημία από την υπερημερία του εκ προσυμφώνου αρχικού αγοραστή

397 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 23, ΕφΑθ 1507/2011

398 βλ. Κρητικό, ό.π, Παράρτημα, αρ. 51, Παντελίδου, ό.π., αρ. 175, Τριάντο, ό.π, αρ. 450, σελ. 170, Νικολόπουλο σε ΣΕΑΚ 166, αρ. 6

399 βλ. Κρητικό, ό.π, Παράρτημα, αρ. 51

400 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 275

401 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ 166, αρ. 23

402 Χαρακτηριστικό το παράδειγμα του προσυμφώνου πωλήσεως κατοικίας, όπου λόγω της υπερημερίας του πωλητή ως προς την κατάρτιση του οριστικού συμβολαίου, ο αγοραστής μαζί με την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, μπορεί να απαιτήσει ως αποζημίωση το συνολικό ποσό μισθωμάτων που κατέβαλε για την μίσθωση έτερης κατοικίας για όσον καιρό διήρκεσε η καθυστέρηση.

403 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 349, 350

μεσίτη που μεσολάβησε για την κατάρτιση, διότι, όπως υποστηρίζεται⁴⁰⁴, οι ανωτέρω δαπάνες δεν συνδέονται αιτιωδώς με την ματαιώση κατάρτισης της οριστικής σύμβασης και θα ελάμβαναν χώρα σε κάθε περίπτωση.

Στην περίπτωση της άσκησης του δικαιώματος υπαναχώρησης η εύλογη αποζημίωση που μπορεί να ζητηθεί κατ' άρθρον 389 ΑΚ, όπως γίνεται δεκτό⁴⁰⁵, υπολογίζεται επί τη βάσει της πραγματικής ζημίας που υπέστη ο αντισυμβαλλόμενος του παραβιάσαντος το προσύμφωνο, η οποία μειώνεται κατά την κρίση του δικάζοντος δικαστηρίου, ώστε η αποζημίωση να μην καλύπτει, πολλώ δε μάλλον υπερβαίνει την πλήρη αποζημίωση που επιδικάζεται στις περιπτώσεις άσκησης των λοιπών δικαιωμάτων που προβλέπονται στις διατάξεις των παραπάνω άρθρων.

Σημειούται επιπλέον ότι εκτός από την αξίωση αποζημίωσης προς αποκατάσταση της ζημίας του ενός συμβαλλομένου από τυχόν παραβίαση του προσυμφώνου από το έτερο μέρος, μπορεί να καταρτισθεί μαζί με το προσύμφωνο παρεπόμενη σύμβαση αρραβώνα και να συμφωνηθεί ότι, αναλόγως με το εάν το μέρος που προέβη στην αθέτηση ήταν εκείνο που κατέβαλε το χρηματικό ποσό του αρραβώνα ή όχι, το έτερο μέρος θα δικαιούται να κρατήσει τον αρραβώνα ή θα υποχρεούται να επιστρέψει διπλάσιο ποσό αντίστοιχα. Επί του θέματος αυτού έχει κριθεί νομολογιακώς ότι, όταν ακριβώς ο αρραβώνας δόθηκε για την εξασφάλιση της εκπλήρωσης του προσυμφώνου, για την κατάπτωση ή επιστροφή του απαιτείται είτε να συντρέχει υπερημερία του υποχρέου⁴⁰⁶, είτε να έχει ασκήσει ο θιγόμενος τα παρεχόμενα δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 382 ΑΚ δικαιώματά του, εφόσον η οριστική σύμβαση ματαιώθηκε⁴⁰⁷. Στην τελευταία περίπτωση δεν αποκλείεται βέβαια η αξίωση πλήρους αποκατάστασης της ζημίας του δικαιούχου, η αποζημίωση ωστόσο υποστηρίζεται⁴⁰⁸ ότι θα μειωθεί κατά το ποσό του δοθέντος αρραβώνα. Αντιστρόφως υποστηρίζεται⁴⁰⁹ ότι η πρόβλεψη κατάπτωσης του αρραβώνα για την περίπτωση παραβίασης του προσυμφώνου μπορεί να συνιστά ρήτρα περιορισμού της αποζημίωσης, οπότε πρέπει να ελεγχθεί εάν πληρούνται οι όροι επιτρεπτού των απαλλακτικών ρητρών κατ' άρθρον 332 ΑΚ. Περαιτέρω εκ των προβλεπομένων στο άρθρο 382 ΑΚ δικαιωμάτων, σε περίπτωση υπαναχώρησης του εκ προσυμφώνου δανειστή έχει κριθεί ότι θα ανατραπεί και η κατάπτωση του αρραβώνα, λόγω του παρεπόμενου χαρακτήρα της

404 βλ. Γεωργιάδη σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ. 166, αρ. 23

405 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 309

406 ΕφΑθ 12580/1990, ΕλλΔνη 32, 1636, ΕφΠειρ 695/2010

407 ΕφΑθ 8258.2005, Αρμ 2007, 212, ΕφΠειρ 106/1998 ΕλλΔνη 40, 428

408 ΕφΠειρ 695/2010

409 Γεωργιάδου Μ. σε Βίτσα Π., Γεωργιάδου Μ., Μάνθου Α., Παναγιωτόπουλου Β., Φανού Μ., Καράκωστα Ι Αγωγές γενικών αρχών Αστικού Δικαίου: ερμηνεία, υποδείγματα, 2016, παρ. 13, αρ. 31

αρραβωνικής σύμβασης⁴¹⁰. Μπορεί, ωστόσο, όπως γίνεται δεκτό⁴¹¹, να παρασχεθεί συμβατικά στον εκ προσυμφώνου δικαιούχο και το δικαίωμα υπαναχώρησης από κοινού με την αξίωση επί του δοθέντος αρραβώνα.

3.3. ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΣΤΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ ΤΩΝ ΕΙΔΙΚΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΠΟΥ ΔΙΕΠΟΥΝ ΤΗΝ ΟΡΙΣΤΙΚΗ ΣΥΜΒΑΣΗ.

3.3.1. Γενικά.

Όπως έχει εξαρχής τονισθεί, η ιδιομορφία της σχέσης του προσυμφώνου και της οριστικής σύμβασης έγκειται στο γεγονός ότι, ενώ το προσύμφωνο αποτελεί αυτόνομη σύμβαση παράγουσα πλήρη και τέλεια ενοχή αφ'εαυτής, εν τούτοις, ως προπαρασκευαστική της οριστικής σύμβασης συμφωνία, η αδιάρρηκτη σύνδεσή του με την τελευταία δεν μπορεί να παραβλεφθεί, με αποτέλεσμα η εξέλιξη της εκ προσυμφώνου ενοχής και ο τρόπος αντιμετώπισης των ζητημάτων που αναφύονται από την γένεση έως την απόσβεσή της, να επηρεάζονται από την μέλλουσα να γεννηθεί ενοχή από την οριστική σύμβαση και το νομικό καθεστώς που διέπει την πορεία της τελευταίας.

Η αλληλεπίδραση των δύο συμβατικών μορφών καθίσταται εντονότερη όταν οι συμβαλλόμενοι στο προσύμφωνο συμφωνούν παράλληλα να προβούν, δυνάμει έτερης σύμβασης καταρτισθείσας ταυτόχρονα με το προσύμφωνο, σύμφωνα με την θέση που υποστηρίχθηκε ανωτέρω, σε μερική προεκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων που αποτελούν αντικείμενο της οριστικής σύμβασης, όπως στο παράδειγμα του προσυμφώνου αγοραπωλησίας με παράδοση της κατοχής του πράγματος έως την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, με εντεύθεν συνέπεια την περαιτέρω διαπλοκή των προθέσεων των μερών που συμβάλλονται στο προσύμφωνο με την αναλογία των οικονομικών τους συμφερόντων από την οριστική σύμβαση.

Στο πλαίσιο αυτό εξεταστέο είναι κατά πόσο δύνανται να εφαρμοσθούν στην περίπτωση παθολογικής εξέλιξης της εκ προσυμφώνου ενοχής, εκτός από τις διατάξεις που διέπουν την ανώμαλη εξέλιξη των ενοχών εν γένει ή των ενοχών που πηγάζουν από αμφοτεροβαρή σύμβαση, οι ειδικές διατάξεις που διέπουν ορισμένες κατηγορίες συμβάσεων, ιδιαίτερος όταν η μέλλουσα να καταρτισθεί σε εκτέλεση του προσυμφώνου οριστική σύμβαση είναι κάποια από τις επώνυμες συμβάσεις του Ειδικού Ενοχικού Δικαίου. Δεδομένης της εκτεταμένης διάρθρωσης των διατάξεων που διέπουν τις επώνυμες συμβάσεις του ειδικού ενοχικού δικαίου και της εξ

410 ΠΠρΘεσς 198/1997, Αρμ 51, 484

411 Γεωργιάδου Μ. ό.π. παρ. 13, αρ. 27

αυτού του λόγου αδυναμίας εξέτασης κάθε υποσυστήματος χωριστά, η εξέταση του ζητήματος θα επικεντρωθεί στα κατωτέρω ερωτήματα: α) εάν στις περιπτώσεις που κάποιος λόγος απόσβεσης της ενοχής από την οριστική σύμβαση εκδηλωθεί μετά την σύναψη του προσυμφώνου και πριν την κατάρτιση της τελευταίας δύναται να προκαλέσει καί την λύση του προσυμφώνου πριν καταρτισθεί η οριστική σύμβαση, και β) εάν στην περίπτωση κατάρτισης προσυμφώνου πωλήσεως με ταυτόχρονη παράδοση του πράγματος δύναται να εφαρμοσθούν ήδη από το χρονικό σημείο της παράδοσης οι διατάξεις των άρθρων 513 ΑΚ επ. περί συμβάσεως πωλήσεως. Παρεμπιπτόντως εξεταστέο είναι και το ζήτημα εάν το τυχόν, κατά παρέκκλιση του άρθρου 330 ΑΚ⁴¹², βαρύτερο ή ελαφρύτερο μέτρο ευθύνης που επιφυλάσσει ο νόμος για τον υπόχρεο σε ορισμένα είδη συμβάσεων, ισχύει και για την ευθύνη του από την σύναψη του αντίστοιχου προσυμφώνου.

3.3.2. Το ζήτημα της εφαρμογής στο προσύμφωνο των ειδικών λόγων λύσης της οριστικής σύμβασης.

Αρχικά σε ορισμένες κατηγορίες συμβάσεων, εξαιτίας των ιδιαίτερων σχέσεων των συμβαλλομένων που αποτελούν το υπόβαθρο για την κατάρτισή τους, αλλά και εν όψει της κατανομής των συμφερόντων των μερών, την οποία αποτυπώνει η νομοθετική πρόβλεψη της επώνυμης σύμβασης, ο νόμος ανάγει κάποια γεγονότα σε λόγους λύσης της σύμβασης, ακόμη κι αν τα περιστατικά αυτά δεν θα δικαιολογούσαν την κατά τις γενικές διατάξεις αποδέσμευση των μερών για παράδειγμα με την άσκηση του δικαιώματος υπαναχώρησης κατ' άρθρα 382, 383, 389 επ. ΑΚ, ή δια της επικλήσεως αμοιβαίας απαλλαγής από τις εκατέρωθεν υποχρεώσεις της οριστικής σύμβασης. Εάν κάποιος εξ αυτών των λόγων συντρέξει μετά την κατάρτιση προσυμφώνου της οικείας σύμβασης πριν όμως καταρτισθεί η τελευταία, πρέπει να εξετασθεί εάν ο λόγος αυτός μπορεί να δικαιολογήσει την λύση του προσυμφώνου, ακόμα και πριν γεννηθεί κατ'ουσίαν η ενοχή από την οριστική σύμβαση.

Επί παραδείγματι στην περίπτωση σύναψης σύμβασης εταιρείας κυριαρχεί η σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ των συμβαλλομένων μερών οι οποίοι με την σύναψη της σύμβασης αυτής αποσκοπούν ειδικώς στην συνεργασία με τα συγκεκριμένα έτερα πρόσωπα για την εξυπηρέτηση του κοινού οικονομικού εταιρικού σκοπού κατ' άρθρα 741 ΑΚ επ.. Στο πλαίσιο αυτό προβλέπεται ότι σε περίπτωση θανάτου, υποβολής σε δικαστική συμπαράσταση ή πτώχευσης ενός εκ των εταίρων, η εταιρεία θα λύεται, ελλείψει διαφορετικής συμβατικής ρύθμισης των σχέσεων των μερών κατ' άρθρα 773 και 775 ΑΚ. Εάν τώρα ο θάνατος κάποιου από τα

⁴¹² Περί της αρχής της υπαιτιότητας στην ενδοσυμβατική ευθύνη βλ γενικώς Σταθόπουλο, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, παρ. 6.

συμβαλλόμενα μέρη και μελλοντικού εταίρου συμβεί μετά την κατάρτιση προσυμφώνου εταιρείας, και δεν προβλέπεται ήδη στο προσύμφωνο ως όρος της μέλλουσας να καταρτισθεί σύμβασης εταιρείας η συνέχεια της εταιρείας σε τέτοια περίπτωση, υποστηρίζεται⁴¹³ ότι ο λόγος αυτός λύσης της σύμβασης επεκτείνεται, αναπτύσσει μία οιονεί προενέργεια και στο αντίστοιχο προσύμφωνο, προκαλώντας την διάλυση και του τελευταίου, καθώς η ratio της διάταξης που προβλέπει την αυτοδίκαιη λύση επί πραγματικής ή νομικής απώλειας εταίρου λόγω του προσωποπαγούς χαρακτήρα της σύμβασης και της σχέσης εμπιστοσύνης στην οποία οικοδομείται η αστική εταιρεία, διατηρεί την αξία της και στο προσύμφωνο. Άλλωστε, ακόμα κι αν γινόταν δεκτή η εξακολούθηση της δέσμευσης των λοιπών εταίρων από το προσύμφωνο, η εκ προσυμφώνου υποχρέωση του θανόντος δεν θα αποτελούσε αντικείμενο καθολικής διαδοχής λόγω του προσωποπαγούς χαρακτήρα της παροχής, με συνέπεια να καθίσταται ούτως ή άλλως αδύνατη η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης εταιρείας. Κατά την ίδια ανωτέρω άποψη, ο λόγος λύσης της εταιρείας θα λειτουργήσει μάλιστα κατά τον ίδιο τρόπο που αναπτύσσει την ενέργειά του και στην οριστική σύμβαση, ήτοι προκαλώντας αυτοδίκαιη λύση του προσυμφώνου και όχι, όπως άλλως έχει υποστηριχθεί⁴¹⁴, ως δικαίωμα υπαναχωρήσεως υπέρ καθενός εκ των εταίρων πλην του θανόντος, καθώς δεν συντρέχει λόγος διαφοροποίησης του τρόπου λειτουργίας του εν λόγω άρθρου.

Στο ίδιο παράδειγμα της σύμβασης εταιρείας έχει επίσης υποστηριχθεί⁴¹⁵ ότι, οι διατάξεις των άρθρων 767 και 765 ΑΚ, δυνάμει των οποίων παρέχεται δικαίωμα σε οιονδήποτε εκ των εταίρων να προκαλέσει μονομερή λύση της εταιρείας με τακτική καταγγελία, όταν η σύμβαση εταιρείας είναι αορίστου χρόνου, ή με έκτακτη καταγγελία για σπουδαίο λόγο, σε περίπτωση ορισμένου χρόνου εταιρείας αντίστοιχα, εφαρμόζονται και επί των αντίστοιχων προσυμφώνων σύμβασης εταιρείας. Κατά την άποψη αυτήν θα ήταν ανούσιο και φορμαλιστικό να εξαναγκασθεί ο εταίρος που επιθυμεί την λύση της εταιρείας να αναμείνει την σύναψη της σύμβασης εταιρείας και να συμπράξει σε αυτήν, ώστε τελικά να προβεί σε καταγγελία της. Αντιθέτως πρέπει να αναγνωρισθεί η εφαρμογή των παραπάνω διατάξεων σύμφωνα με τις επιταγές της καλής πίστης κατ' άρθρον 288 ΑΚ και στο χρονικό σημείο μετά την κατάρτιση του προσυμφώνου. Ωστόσο, η δυνατότητα μονομερούς λύσης εδώ θα λάβει την μορφή του δικαιώματος υπαναχωρήσεως, καθ'ότι το δικαίωμα καταγγελίας αρμόζει σε διαρκείς συμβάσεις όπως η οριστική σύμβαση εταιρείας και όχι στο προσύμφωνο περί ανάληψης υποχρέωσης κατάρτισης της τελευταίας. Και στις δύο παραπάνω περιπτώσεις φαίνεται ότι προκρίνεται η εφαρμογή των διατάξεων περί αποδέσμευσης από την οριστική σύμβαση και επί του

413 βλ. Κρητικό ο.π., σελ 347 επ.

414 βλ. Κρητικό ο.π., σελ. 348 υποσ. 30

415 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 348

αντίστοιχου προσυμφώνου, ίσως λόγω του προσωποπαγούς χαρακτήρα της σύμβασης εταιρείας, εξαιτίας του οποίου η εμμονή στη διατήρηση ενός προσυμφώνου, ενώ συντρέχουν λόγοι κλονισμού του ιδιαίτερου δεσμού των συμβαλλομένων δεν μπορεί να θεωρηθεί ανεκτή. Υπό το πρίσμα αυτό θα μπορούσε να λεχθεί ότι η εν λόγω επέκταση των λόγων αποδέσμευσης μπορεί να βρει εφαρμογή και στην περίπτωση προσυμφώνου σύμβασης εργασίας, δεδομένου ότι, όπως η σύμβαση εταιρείας, η σύμβαση εργασίας είναι επιδεκτική καταγγελίας, και επιπροσθέτως το ένα μέρος αποβλέπει στο πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου του.

Περαιτέρω, ειδικοί λόγοι αποδέσμευσης από την σύμβαση προβλέπονται και στην περίπτωση της σύμβασης δωρεάς στα άρθρα 501 επ. ΑΚ, οπότε εξεταστέο είναι εάν οι διατάξεις αυτές δύνανται να εφαρμοσθούν και επί προσυμφώνου δωρεάς. Κατ' αρχήν όσον αφορά το δικαίωμα ανάκλησης της δωρεάς, ακόμα και πριν την εκπλήρωσή της, ένεκα αχαριστίας του δωρεοδόχου κατ' άρθρον 505 ΑΚ, υποστηρίζεται⁴¹⁶ ότι είναι δεκτικό εφαρμογής και στο προσύμφωνο, οπότε ο δωρητής μετά την εκδήλωση της συνιστάμενης σε αχαριστία συμπεριφοράς του δωρεοδόχου μετά την κατάρτιση του προσυμφώνου αλλά πριν την σύναψη της οριστικής δωρεάς, δύναται να αρνηθεί την σύναψη της οριστικής σύμβασης και να απαλλαγεί από την εκ προσυμφώνου υποχρέωσή του. Κι αυτό γιατί, εφόσον ο δωρεοδόχος ήδη μετά την κατάρτιση του προσυμφώνου προέβη σε παράπτωμα ικανό να αποτελέσει αχαριστία απέναντι στον δωρητή, ο τελευταίος θα βρισκόταν σε δυσμενέστερη θέση συγκριτικά με το εάν είχε καταρτίσει την οριστική σύμβαση δωρεάς, εάν έπρεπε να αναμείνει την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης για να ανακαλέσει την δωρεά, ενώ στον ενδιάμεσο χρόνο ενδεχομένως υφίσταται την συνεχιζόμενη αντικοινωνική συμπεριφορά του δωρεοδόχου. Εξίσου υποστηρίζεται και η ανάγκη⁴¹⁷ εφαρμογής της ενιαύσιας αποσβεστικής προθεσμίας προς άσκηση του δικαιώματος ανάκλησης, η οποία εν προκειμένω θα εκκινεί από το χρονικό σημείο γνώσης από τον δωρητή της παραπτωματικής συμπεριφοράς του δωρεοδόχου που έλαβε χώρα πριν την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης δωρεάς, καθ' όσον άλλως ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος θα βρισκόταν σε ευμενέστερη θέση σε σχέση με τον δικαιούχο της οριστικής σύμβασης δωρεάς.

Επιπλέον κατά την ίδια παραπάνω άποψη⁴¹⁸ πρέπει να εφαρμοσθεί και στο προσύμφωνο δωρεάς η διάταξη του άρθρου 501 ΑΚ, δια της οποίας καθιερώνεται η ένσταση του ευεργετήματος της ευπορίας, η οποία συνίσταται στο δικαίωμα αρνήσεως εκπληρώσεως ήδη κατηρτισμένης ενοχικής συμβάσεως δωρεάς λόγω κινδύνου αδυναμίας συντήρησης ή

416 βλ. Παντελίδου ο.π., αρ. 277 επ., για την οποία μάλιστα έτι περισσότερο δικαιολογείται η εφαρμογή της διάταξης ΑΚ 505 στο προσύμφωνο (αρ. 277), λόγω της ομοιότητας ανάμεσα στην χρονική απόσταση του προσυμφώνου από την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης και της κατάρτισης της οριστικής σύμβασης δωρεάς (ενν όχι άμεσης εκτέλεσης) από την εκπλήρωσή της.

417 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 278

418 βλ. Παντελίδου ο.π., αρ. 279

εκπλήρωσης υποχρέωσης διατροφής του δωρητή ελλείπει επαρκών οικονομικών πόρων, καθ'ότι ο λόγος πρόβλεψης του δικαιώματος βρίσκει εφαρμογή και όταν οι παραπάνω συνθήκες συντρέχουν κατά τον χρόνο μετά την σύναψη του προσυμφώνου. Επομένως τηρουμένων των αναλογιών, σύμφωνα με την ως άνω άποψη, σε αγωγή του εκ προσυμφώνου δικαιούχου δωρεάς προς καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως του δωρητή, ο τελευταίος δύναται να προβάλει την αναβλητική ένσταση του ευεργετήματος ευπορίας και να αρνηθεί την σύμπραξη στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Ωστόσο, ο δωρεοδόχος δεν εμποδίζεται εν όψει της φύσης της ένστασης ως γνήσιας αναβλητικής, να επανασκήσει την σχετική αξίωσή του, όταν εκλείψουν οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 501 ΑΚ λόγοι.

Στο αυτό πλαίσιο, καί το δικαίωμα ανάκλησης της δωρεάς σε προθεσμία πέντε ετών από την εκπλήρωσή της σε περίπτωση επιγέννησης τέκνου του δωρητή κατ' άρθρον 508 ΑΚ τυγχάνει⁴¹⁹ εφαρμοστέο επί του αντίστοιχου προσυμφώνου, οπότε ο δωρεοδόχος θα μπορεί να αρνηθεί την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης δωρεάς για τον ίδιο λόγο, πλην όμως η πενταετής προθεσμία πρέπει να γίνει δεκτό ότι εκκινεί από την παράδοση του μέλλοντος να δωρηθεί πράγματος στον δωρεοδόχο και όχι, κατά το γράμμα της διάταξης, από την εκπλήρωση της δωρεάς, η οποία ακόμη δεν έχει καταρτισθεί. Άλλωστε, η απόκρουση της εφαρμογής της συγκεκριμένης διάταξης στο προσύμφωνο δωρεάς θα οδηγούσε στην αντίφαση να δύναται ο δωρητής να ανατρέψει τετελεσμένη δωρεά λόγω της γέννησης ή της επιγενόμενης γνώσης ύπαρξης κατιόντων ενώ δεν δύναται να αποδεσμευτεί από την υποχρέωση εκ προσυμφώνου δωρεάς με προεκπλήρωση συνιστάμενη στην παράδοση του πράγματος, ενώ συντρέχουν οι ίδιοι λόγοι.

3.3.3. Το ζήτημα της εφαρμογής στο προσύμφωνο των διατάξεων περί μέτρου ευθύνης του οφειλέτη της οριστικής σύμβασης.

Κατ' εξαίρεση της κατ' άρθρον 330 ΑΚ αρχής της υπαιτιότητας σε περίπτωση ευθύνης από προϋφιστάμενη ενοχή με τον υπόχρεο να ευθύνεται κατά κανόνα μέχρι και για ελαφρά αφηρημένη αμέλεια⁴²⁰, κανόνας ο οποίος εφαρμόζεται και στο προσύμφωνο ως ενοχική σύμβαση⁴²¹, ο νομοθέτης προέβλεψε σε ορισμένες επώνυμες μορφές συμβάσεων διαφορετικό μέτρο ευθύνης για τον οφειλέτη της εξ αυτών παροχής, σταθμίζοντας την βαρύτητα της υποχρέωσης και την αιτία που υπαγορεύει την ενοχική δέσμευση. Για παράδειγμα στις περιπτώσεις των συμβάσεων δωρεάς ή χρησιδανείου εισάγεται κατ' απόκλιση των γενικώς

⁴¹⁹ βλ. Παντελίδου ό.π. αρ. 280

⁴²⁰ βλ. Σταθόπουλο, Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου, παρ. 6 αρ. 93, αρ. 120

⁴²¹ βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 339

ισχυόντων κατ' άρθρα 499 ΑΚ και 811 ΑΚ ελαφρύτερο μέτρο ευθύνης για τον δωρητή και τον χρήστη μόνον για δόλο και για βαρεία αμέλεια, λόγω της πρόθεσης ελευθεριότητας που αποτελεί την αιτία της ενοχικής δέσμευσης άνευ ανταλλάγματος. Ως εκ τούτου αξίζει να ερευνηθεί εάν η ίδια στάθμιση που πραγματοποιεί ο νομοθέτης κατά την καθιέρωση στις εξαιρετικές περιπτώσεις διαφορετικού μέτρου ευθύνης ανταποκρίνεται και στην ανάληψη δια προσυμφώνου της υποχρέωσης κατάρτισης των αντίστοιχων μορφών συμβάσεων.

Κατ' αρχήν υποστηρίζεται⁴²² ότι οι διατάξεις που καθιερώνουν διαφορετικό του κανόνα μέτρο ευθύνης για ορισμένες συμβάσεις πρέπει να εφαρμόζονται και επί των αντίστοιχων προσυμφώνων, καθ'ότι, το προσύμφωνο, παρ'ότι αυτόνομη και τυπικά αυτοτελής συμφωνία σε σχέση με την οριστική σύμβαση, δεν παύει να λειτουργεί ως προστάδιο της οριστικής σύμβασης, στα οικονομικά οφέλη της οποίας αποσκοπούν τελικώς τα μέρη, με αποτέλεσμα η επέκταση των σχετικών διατάξεων και επί προσυμφώνου να ανταποκρίνεται στην ίδια την φύση του προσυμφώνου αλλά και στην βούληση των μερών.

Στον αντίποδα αυτής της απόψεως⁴²³, υποστηρίζεται ότι για την εκ προσυμφώνου ευθύνη δεν μπορεί να ισχύει ο βαθμός ευθύνης που καθιερώνεται για την μέλλουσα να καταρτισθεί εις εκτέλεση αυτού οριστική σύμβαση, εφόσον παραβλέπεται με αυτήν την οπτική η φύση του προσυμφώνου ως αυτοτελούς συμβατικής μορφής, μη εξαρτώμενης από την οριστική σύμβαση.

Σύμφωνα με μία τρίτη, ενδιάμεση άποψη⁴²⁴ υποστηρίζεται ότι η υποχρέωση εκ του προσυμφώνου λόγω της οποίας μπορεί να ευθύνεται ο υπόχρεος είναι διαφορετική από τις υποχρεώσεις που πηγάζουν από την οριστική σύμβαση, ήτοι έγκειται στη σύμπραξη προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, όπου δε θα υφίσταται συνήθως λόγος να περιορισθεί το μέτρο της υπαιτιότητας, ακόμα και αν η μέλλουσα να καταρτισθεί οριστική σύμβαση είναι σύμβαση δωρεάς. Εάν όμως προκύψει ευθύνη του εκ προσυμφώνου υποχρέου λόγω αδυναμίας παροχής, η οποία, όπως δεχθήκαμε και εμείς προηγουμένως μόνο σε σχέση με την παροχή από την οριστική σύμβαση μπορεί να χωρεί, όπως όταν για παράδειγμα το αντικείμενο της παροχής καταστραφεί η απολεσθεί πριν καταρτισθεί η οριστική σύμβαση, τότε συντρέχουν οι ίδιοι λόγοι επιείκειας που υπαγορεύουν το μειωμένο μέτρο ευθύνης και στο στάδιο της εκ προσυμφώνου ενοχής.

Πράγματι ορθότερη φαίνεται η τελευταία άποψη, σύμφωνα με την οποία μπορεί να διατυπωθεί γενικώς ότι, όταν η παθολογία της εκ προσυμφώνου ενοχής σχετίζεται με την παροχή από την οριστική σύμβαση, τότε είναι δυνατή η επέκταση του διαφορετικού μέτρου που ισχύει για την οριστική σύμβαση και στο προσύμφωνο, ενώ αντιθέτως θα εφαρμόζεται ο

422 βλ. Κρητικό ό.π, σελ. 339, υποσ. 3

423 βλ. αμέσως ανωτέρω υποσ. 324

424 βλ. Παντελίδου, αρ. 292, 293

κανόνας της αρχής της υπαιτιότητας του άρθρου 330 ΑΚ όταν η ευθύνη προκύπτει από αθέτηση της κατά κυριολεξία εκ προσυμφώνου ενοχής προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης. Τα παραπάνω δικαιολογούνται από το γεγονός ότι η ευθύνη στις δύο περιπτώσεις δεν χρήζει της ίδιας νομοθετικής μεταχείρισης, καθώς στην περίπτωση της σύμβασης δωρεάς η ευθύνη αναφέρεται στην υποχρέωση παροχής του υπεσχεθέντος περιουσιακού αντικειμένου, και αντιστοίχως στην περίπτωση της σύμβασης χρησιδανείου στην υποχρέωση παραχώρησης της χρήσης του πράγματος, της οποίας η αθέτηση ή πλημμελής εκπλήρωση από ελαφρά αμέλεια αντιμετωπίζεται με εύνοια από τον νομοθέτη για τους λόγους που ήδη αναφέρθηκαν, την στιγμή που δεν δικαιολογείται η ίδια επιεικής μεταχείριση στην περίπτωση παράβασης της βασικής εκ προσυμφώνου υποχρέωσης προς σύμπραξη στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, η οποία είναι ίδια για όλα τα προσύμφωνα ανεξαρτήτως της φύσης της κυρίας σύμβασης.

3.3.4. Ειδικά η δυνατότητα εφαρμογής των διατάξεων για την ευθύνη του πωλητή στην περίπτωση προσυμφώνου πώλησης με παράδοση του πράγματος.

Όπως καταδείχθηκε παραπάνω, δεν είναι λίγες οι φορές κατά τις οποίες τα μέρη ταυτόχρονα με την κατάρτιση του προσυμφώνου προβαίνουν σε μερική προεκπλήρωση των υποχρεώσεων που πηγάζουν από την οριστική σύμβαση, απολαμβάνοντας έτσι προκαταβολικά τα οικονομικά ωφελήματα της τελικής τους συμφωνίας, με χαρακτηριστικό παράδειγμα το προσύμφωνο πώλησεως κινητού πράγματος, κατά την σύναψη του οποίου ο εκ προσυμφώνου πωλητής παραδίδει το πράγμα στον αγοραστή με ή χωρίς αντάλλαγμα. Πέραν της αμφισβήτησης περί της νομικής φύσης ενός τέτοιου προσυμφώνου, την θεωρία και τη νομολογία έχει απασχολήσει το ζήτημα εάν σε μια τέτοια περίπτωση παράδοσης του πράγματος ο εκ προσυμφώνου πωλητής υπέχει ήδη κατά τον χρόνο καταρτίσεως του προσυμφώνου πώλησεως αντικειμενική ευθύνη περί παραδόσεως πράγματος ανταποκρινόμενου στη σύμβαση κατ' άρθρον 534 ΑΚ, και ακολούθως, εάν εφαρμόζονται επί του προσυμφώνου αυτού οι ειδικές διατάξεις των άρθρων 516 επ. ΑΚ περί συμβάσεως πώλησεως.

Πρέπει να διευκρινιστεί ότι η συζήτηση περί εφαρμογής των ειδικών διατάξεων περί της ευθύνης του πωλητή και στην περίπτωση του προσυμφώνου πώλησεως χωρεί μόνον εφόσον με την κατάρτιση του προσυμφώνου έχει παραδοθεί το πράγμα⁴²⁵ στον εκ προσυμφώνου αγοραστή, δεδομένου ότι κατ' αρχήν, ως έχει τονισθεί, εκκρεμούσης της εκπλήρωσης της εκ προσυμφώνου ενοχής δεν γεννώνται κατά κανόνα στο πρόσωπο των συμβαλλομένων τα δικαιώματα και οι

425 βλ. Βογόπουλο σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ, 540, αρ. 18

υποχρεώσεις από την οριστική σύμβαση, ώστε να μπορεί να γίνει λόγος για ευθύνη από την παράβαση των υποχρεώσεων αυτών. Αντιθέτως, με το χρονικό σημείο της παράδοσης του πράγματος στην σύμβαση πώλησεως έχει συνδέσει ο νόμος την γέννηση της ιδιαίτερης υποχρέωσης του πωλητή και, έμμεσα την συνακόλουθη ευθύνη του, με αποτέλεσμα η παράδοση του πράγματος να αναδεικνύεται σε σημείο αναφοράς της εξέτασης του παραπάνω ζητήματος. Αρχικά, στο άρθρο 534 ΑΚ προβλέπεται η υποχρέωση του πωλητή προς παράδοση πράγματος ανταποκρινόμενου στην σύμβαση, ήτοι χωρίς πραγματικά ελαττώματα και με τις συνομολογημένες ιδιότητες. Ταυτόχρονα, ο χρόνος της παράδοσης του πράγματος σηματοδοτεί κατ' άρθρον 522 ΑΚ, την μετάθεση του κινδύνου τυχαίας καταστροφής ή χειροτέρευσης του πράγματος στον αγοραστή, κατ' εξαίρεση από τα γενικώς ισχύοντα περί απαλλαγής από την αντιπαροχή σε περίπτωση τυχαίας απώλειας του πράγματος κατ' άρθρον 380 ΑΚ⁴²⁶, με την μετάθεση του κινδύνου να συνιστά ακολούθως το κρίσιμο χρονικό σημείο γένεσης της αντικειμενικής ευθύνης του πωλητή σε περίπτωση παραβίασης της ως άνω υποχρέωσης προς παράδοση πράγματος ανταποκρινόμενου στην σύμβαση υποχρέωσής του κατ' άρθρον 537 ΑΚ. Επομένως, στην περίπτωση απλού προσυμφώνου πώλησεως χωρίς προεκπλήρωση με παράδοση του πράγματος δεν μπορεί να χωρεί πέραν πάσης αμφισβητήσεως εφαρμογή των ειδικών διατάξεων της σύμβασης πώλησεως. Αντιθέτως, εύλογο και ιδιαιτέρως ενδιαφέρον καθίσταται το ζήτημα εάν οι συνέπειες της γέννησης της υποχρέωσης και της ειδικής ευθύνης του πωλητή μπορούν να προκύπτουν καί από την παράδοση του πράγματος σε εκτέλεση των συμφωνηθέντων σε προσύμφωνο πώλησεως δεδομένου ότι δεν έχουν θεσπισθεί ειδικές διατάξεις για την περίπτωση αυτή, ή εάν τα προβλεπόμενα στις ειδικές διατάξεις περί πώλησεως βρίσκουν εφαρμογή μόνο σε περίπτωση παράδοσης δυνάμει εγκύτως καταρτισθείσης οριστικής συμβάσεως πώλησεως.

Κατ' αρχήν, αφετηρία της εξέτασης του ζητήματος αποτελεί η διάταξη του άρθρου 516 ΑΚ, η οποία, όσον αφορά την ευθύνη του πωλητή από την αθέτηση των υποχρεώσεών του από την σύμβαση πώλησης παραπέμπει στις διατάξεις των άρθρων 374 επ. ΑΚ περί των δικαιωμάτων του δανειστή της παροχής στις αμοτεροβαρείς συμβάσεις. Κατά κρατούσα στην νομολογία άποψη⁴²⁷ η διάταξη του άρθρου 516 εφαρμόζεται καί στην περίπτωση προσυμφώνου πώλησεως, οπότε στις δικαστικές αποφάσεις στις οποίες κρίνεται ζήτημα παραβίασης των συμφωνηθέντων σε προσύμφωνο πώλησεως γίνεται μνεία των διατάξεων των άρθρων 516 ΑΚ, αλλά και 330 επ., και 374 επ. ΑΚ συλλήβδην, αναλόγως εάν πρόκειται περί αδυναμίας παροχής, ή πλημμέλειας στην εκπλήρωση εν γένει. Από την άλλη πλευρά, ωστόσο, στην θέση αυτή έχει

426 βλ. Γεωργιάδη Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, παρ. 9 αρ. 11

427 ΑΠ 249/2009, ΕφΠειρ 695/2010, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, Παντελίδου αρ. 275, Παραχχρίστου Γ. Αρχές, 166, σελ.

ασκηθεί κριτική⁴²⁸, καθ'όσον, όπως υποστηρίζεται, δεν χωρεί μη εκπλήρωση των υποχρεώσεων του πωλητή από την σύμβαση πώλησεως, όπως αυτές προβλέπονται στην εισαγωνική του υποσυστήματος διάταξη του άρθρου 513 ΑΚ, εφόσον οι τελευταίες δεν γεννώνται από τον χρόνο της σύναψης του προσυμφώνου, αλλά είναι αποτέλεσμα της κατάρτισης οριστικής σύμβασης πώλησεως.

Πράγματι, η τελευταία άποψη φαίνεται ορθότερη, αφού η διάταξη του άρθρου 516 ΑΚ αναφέρεται στην παραβίαση των κυρίων υποχρεώσεων που πηγάζουν από την οριστική σύμβαση πώλησεως⁴²⁹, η οποία επισύρει απλώς τις ίδιες συνέπειες, ήτοι οδηγεί στην γένεση των αυτών δικαιωμάτων για τον αγοραστή, με τα προβλεπόμενα επί μη προσήκουσας εκπλήρωσης της ενοχής από αμφοτεροβαρή σύμβαση. Βέβαια, οι διατάξεις των άρθρων 330 επ. ΑΚ και 374 επ. ΑΚ, όπως καταδείχθηκε προηγουμένως, τυγχάνουν εφαρμογής και επί της προσυμφώνου ενοχής⁴³⁰, ευθέως ή αναλογικώς ανάλογα με την περίπτωση και την θέση που λαμβάνει κανείς επί του ζητήματος αυτού, πλην όμως η εφαρμογή τους αναφέρεται στην παραβίαση των υποχρεώσεων που πηγάζουν από το προσύμφωνο και όχι από την μέλλουσα να καταρτισθεί οριστική σύμβαση, ακόμα κι όταν οι παροχές από τις δύο συμβατικές μορφές διαπλέκονται ένεκα της φύσης του προσυμφώνου ως προπαρασκευαστικής της οριστικής σύμβασης συμφωνίας, όπως επί αδυναμίας παροχής, κατά τα ανωτέρω. Θα ήταν επομένως ανακριβής και όχι ιδιαιτέρως χρήσιμη η επίκληση και επί του προσυμφώνου πώλησεως της διάταξης του άρθρου 516 ΑΚ, η οποία αναφέρεται αποκλειστικά στις υποχρεώσεις που πηγάζουν από την οριστική σύμβαση, λόγω μόνον της ταυτότητας των συνεπειών και των εφαρμοστέων διατάξεων επί παραβίασης των υποχρεώσεων που αναλαμβάνουν στις δύο περιπτώσεις τα μέρη.

Περαιτέρω, περί ευθύνης λόγω μη εκπλήρωσης της σύμβασης πώλησεως και επέλευσης των προβλεπομένων στο άρθρο 516 ΑΚ συνεπειών πρόκειται και στην περίπτωση παραβίασης της υποχρέωσης του πωλητή προς μεταβίβαση πράγματος απαλλαγμένου από νομικά ελαττώματα κατ' άρθρον 514 ΑΚ⁴³¹. Όσον αφορά την υποχρέωση αυτή του πωλητή, υποστηρίζεται⁴³² κατά μία άποψη και κυρίως στην νομολογία, ότι για την ταυτότητα του νομικού λόγου, με την τελευταία επιβαρύνεται και ο εκ προσυμφώνου πωλητής, ο οποίος παραδίδει το πράγμα με την κατάρτιση του προσυμφώνου. Κατά άλλη άποψη⁴³³ διατυπωθείσα στη θεωρία, δεν θα μπορούσαν να εφαρμοσθούν επί προσυμφώνου πώλησεως οι διατάξεις περί νομικών

428 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 351

429 βλ. Γεωργιάδη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο παρ. 8, αρ. 2

430 βλ. Φίλιο Π., Ενοχικό Δίκαιο ειδικό Μέρος πρώτος τόμος α' τεύχος, δεύτερη έκδοση, 1980, παρ. 2ΔΙΠ1, σελ. 34

431 βλ. Γεωργιάδη, ό.π. παρ. 7, αρ. 8

432 βλ. ΑΠ 1860/1971, Κλαβανίδου Δ., Η πλάνη ως προς τις ιδιότητες του πράγματος στην πώληση, 1991, σελ. 46, ΕφΑθ 92/1975, ΕφΘεσ 1788/1998, ΕφΑαρ 333/2001 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, ΠπρΘεσ 20525/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ Κρητικός, ένθετο έκδοσης 1997, αρ. 51

433 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 264

ελαττωμάτων του πράγματος, τα οποία αναφέρονται μάλιστα σε δικαιώματα τρίτων επί του προσυμφωνηθέντος αντικειμένου, καθώς ο κρίσιμος χρόνος ύπαρξης νομικών ελαττωμάτων στην πώληση είναι ο χρόνος καταρτίσεως της οριστικής σύμβασης. Πράγματι, ο πωλητής, ως προκύπτει σαφώς από το γράμμα της διάταξης του άρθρου 514 ΑΚ, δεν υποχρεούται να παραδώσει το πράγμα χωρίς νομικά ελαττώματα, αντιθέτως μπορεί να εξαλείψει ή να άρει τυχόν υπάρχοντα βάρη έως και την μεταβίβαση της κυριότητας του πράγματος⁴³⁴. Εφόσον λοιπόν η ύπαρξη νομικών ελαττωμάτων συναρτάται χρονικώς με την μεταβίβαση της κυριότητας, είναι εμφανές ότι η διάταξη δεν είναι επιδεκτική εφαρμογής στο προσύμφωνο πώλησεως με παράδοση του πράγματος. Άλλωστε, κατά κρατούσα γνώμη στην νομολογία⁴³⁵, όπως έχει αναφερθεί και ανωτέρω, παραδεκτά και βάσιμα ζητείται δια της κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής η αυτούσια εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου ενοχής, ακόμα και ελλείψει κυριότητας του εκ προσυμφώνου πωλητή, ο οποίος, όμως οφείλει να την αποκτήσει έως την μεταβίβαση της κυριότητας σε εκπλήρωση της οριστικής σύμβασης.

Συναφής με την απαλλαγή του πωλουμένου πράγματος από νομικά ελαττώματα είναι και η προβλεπόμενη στο άρθρο 519 ΑΚ παρεπόμενη υποχρέωση του πωλητή προς πληροφόρηση του αγοραστή για την νομική κατάσταση του πωλουμένου πράγματος και προς εγχείριση όλων των αποδεικτικών εγγράφων που κατέχει περί των δικαιωμάτων πάνω στο πράγμα. Κατά μία άποψη της θεωρίας⁴³⁶, η διάταξη του άρθρου 519 ΑΚ είναι επιδεκτική εφαρμογής και στο προσύμφωνο. Η παραπάνω άποψη δέχεται την αναλογική εφαρμογή εκκινώντας κατά βάση από την υποστηριχθείσα στην θεωρία⁴³⁷ και στην νομολογία⁴³⁸ θέση ότι επί προσυμφώνου εφαρμόζονται οι γενικές περί ενοχικών συμβάσεων διατάξεις όπως και οι ισχύουσες επί ειδικής κατηγορίας συμβάσεων, εφόσον η εφαρμογή τους δεν αποκλείεται από απαγορευτική διάταξη νόμου και δεν αντιτίθεται στην φύση και στον σκοπό του προσυμφώνου, αλλά και χάριν της ταυτότητας του νομικού λόγου, επί τη βάσει της οποίας πολλάκις είχε γίνει δεκτή στην νομολογία η αναλογική εφαρμογή των ειδικών περί πώλησεως διατάξεων επί προσυμφώνου, ακόμα και υπό το καθεστώς προ του Αστικού Κώδικα. Στον αντίποδα της παραπάνω άποψης υποστηρίζεται⁴³⁹ ότι η κατ' άρθρον 519 υποχρέωση του πωλητή προϋποθέτει καταρτισμένη

434 βλ. Γεωργιάδη, Ειδικό Ενοχικό, παρ. 7 αρ. 11

435 ΑΠ 58/1997, ΕφΑθ 2180/2006, ΕλλΔνη(47), 1470, ΕφΘεσσ 1457/1978, Αρ., 33, 267, Παντελίδου, ό.π., αρ. 229, Λαδά, ό.π., παρ. 37, αρ. 60

436 βλ. Κανκά Κ. Κανκά Δ., Ενοχικών Δίκαιον (ερμηνεία κατ' άρθρον) Ειδικόν μέρος, τόμος Α' (άρθρα 496-729), 1974, 519, σελ. 93, Μωράτη, Σχόλιο σε ΠρΘεσ 3693/1968, Ν.Δικ. 24, 554, υπέρ της εφαρμογής της ΑΚ 519 και η ΕφΛαρ 288/2014, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

437 βλ. Ράμμο σε ΕρμΑΚ 166 αρ. 24, Μωράτη ό.π, σελ. 555, Κρητικό, ό.π. Σελ. 350

438 ΜπρΑθ 1860/1971, ομοίως περί της εφαρμογής των ειδικών διατάξεων που διέπουν την οριστική σύμβαση ελλείψει ειδικών διατάξεων που να διέπουν το προσύμφωνο βλ. Επίσης ΕφΑθ 224/2007, ΕφΠειρ 695/2010, ΕφΛαρ 184/2014 ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ

439 βλ. Κρητικό, ό.π., σελ. 351-352, Φίλιο Π. Ειδικό Ενοχικό, 1980, παρ. 2, σελ. 32

σύμβαση πώλησης και ως εκ τούτου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι επιβαρύνει άμεσα και τον εκ προσυμφώνου πωλητή. Αυτό βεβαίως δεν σημαίνει, κατά την ανωτέρω άποψη, ότι το συμφέρον του εκ προσυμφώνου αγοραστή να πληροφορείται την νομική κατάσταση του πράγματος πριν προβεί σε οριστική σύμβαση αγοραπωλησίας δεν μπορεί να θεωρηθεί άξιο προστασίας κατά τις επιταγές της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών κατ' άρθρα 200 και 288 ΑΚ και στην περίπτωση της κατάρτισης προσυμφώνου, οπότε ο τελευταίος μπορεί να αρνηθεί την σύμπραξη του στην κατάρτιση της κυρίας σύμβασης κατ' άρθρο 325 ΑΚ⁴⁴⁰, μέχρι να του παραδοθούν τα νομιμοποιητικά έγγραφα ή του δοθούν οι πληροφορίες για το πράγμα.

Καίριας σημασίας για την εξέταση του ζητήματος εάν δύνανται να εφαρμοσθούν επί προσυμφώνου πώλησεως με παράδοση του πράγματος οι ειδικές διατάξεις περί ευθύνης του πωλητή για πραγματικά ελαττώματα ή έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων, παρίσταται η διάταξη του άρθρου 522 ΑΚ, δυνάμει της οποίας, ως εξετέθη προηγουμένως, εισάγεται εξαίρεση στον γενικό κανόνα της κατ' άρθρον 380 ΑΚ κατανομής του κινδύνου στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Σύμφωνα με την ως άνω διάταξη, με την παράδοση του πράγματος από τον πωλητή στον αγοραστή, ο κίνδυνος της αντιπαροχής σε περίπτωση τυχαίας καταστροφής ή χειροτέρευσης του πράγματος μεταβαίνει στον αγοραστή. Βασικός δικαιολογητικός λόγος της ρύθμισης, κατά την γενική θεωρία περί πώλησεως⁴⁴¹ είναι ότι με την παράδοση το πράγμα εντάσσεται στην σφαίρα ελέγχου του αγοραστή, ενώ ο τελευταίος λαμβάνει ως αντιστάθμισμα τα ωφέληματα του πράγματος κατ' άρθρον 525 ΑΚ.

Η σπουδαιότητα της ρύθμισης για το εδώ εξεταζόμενο ζήτημα έγκειται στην άρρηκτη σύνδεσή της με την διάταξη του άρθρου 537 ΑΚ, εφόσον δυνάμει της πρώτης παρέχεται το χρονικό σημείο επέλευσης των αποτελεσμάτων της τελευταίας, ήτοι κατά τον χρόνο μετάθεσης του κινδύνου στον αγοραστή θα κριθεί η ύπαρξη πραγματικών ελαττωμάτων ή η έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων από το παραδοθέν πράγμα, η οποία προϋποτίθεται για την γένεση της ευθύνης του πωλητή. Ως εκ τούτου, γίνεται ήδη φανερό ότι εάν δεχθούμε ότι η διάταξη του άρθρου 522 ΑΚ εφαρμόζεται αναλογικώς και σε περίπτωση παράδοσης του πράγματος δυνάμει καταρτισθέντος προσυμφώνου πώλησεως, κατά λογική αναγκαιότητα πρέπει να γίνει δεκτή και η γένεση της ευθύνης του μελλοντικού πωλητή για πραγματικά ελαττώματα ή έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων ήδη από τον χρόνο σύναψης του προσυμφώνου πώλησεως.

440 Πρβλ αντίθετη γνώμη Γαζή (ΕρμΑΚ 519, 7), για τον οποίο, ενώ η μη εκπλήρωση της κατ' άρθρον 519 ΑΚ υποχρέωσης συνιστά μερική εκπλήρωση της όλης δικαιοπραξίας, δεν χωρεί στην περίπτωση αυτή προβολή της κατ' άρθρον 374 ΑΚ ένστασης μη εκπληρωθέντος συναλλάγματος από την πλευρά του αγοραστή καθότι η ο χαρακτήρας της μερικής εκπλήρωσης εν προκειμένω δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ουσιώδης κατ' άρθρον 376 ΑΚ, πρβλ ΕφΛαρ 388/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, όπου κρίθηκε νόμιμη η παρακράτηση του συμφωνηθέντος να προκαταβληθεί τιμήματος σε δόσεις από τον εκ προσυμφώνου αγοραστή στον οποίο είχε παραδοθεί το πράγμα, επειδή ο πωλητής αρνείτο να του παραδώσει τα νομιμοποιητικά έγγραφα του πωλουμένου.

441 βλ. Γεωργιάδη Ειδικό Ενοχικό, παρ. 9 αρ. 13

Εξ'αρχής πρέπει να ειπωθεί ότι επί του ζητήματος αυτού έχουν διατυπωθεί δισταύουσες απόψεις. Από την μία πλευρά υποστηρίζεται⁴⁴² ότι η διάταξη του άρθρου 522 ΑΚ μπορεί να εφαρμοσθεί και στην περίπτωση προσυμφώνου με παράδοση του πράγματος, καθ'ότι ο νόμος έχει καθορίσει ως κρίσιμο χρονικό σημείο για την μετάθεση του κινδύνου τον χρόνο παράδοσης του πράγματος, οπότε το πράγμα εκφεύγει της εξουσίας και του ελέγχου του πωλητή και εντάσσεται στην σφαίρα επιρροής του εκ προσυμφώνου αγοραστή. Η ίδια μεταβολή της αναλογίας των συμφερόντων των δύο μερών θεωρείται ότι συντελείται και στην περίπτωση που το πράγμα παραδίδεται με την κατάρτιση προσυμφώνου, και ως εκ τούτου ορθό κρίνεται, κατά την παραπάνω άποψη, να γίνει δεκτή η αναλογική εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 522 ΑΚ και στην υπό εξέταση περίπτωση. Κατά την παραπάνω άποψη ωστόσο, μολονότι καταφάσκει η αναλογική εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 522 ΑΚ στο προσύμφωνο με παράδοση του πράγματος, δεν θα πρέπει να ισχύει το ίδιο και με την διάταξη του άρθρου 523 ΑΚ⁴⁴³, που εντάσσεται στο αυτό σύστημα διατάξεων περί αποκλίσεων της κατανομής του κινδύνου της αντιπαροχής στην πώληση. Έτσι, εάν το προσύμφωνο πώλησεως τελεί υπό αναβλητική αίρεση, δεν θα φέρει τον κίνδυνο τυχαίας καταστροφής ή απώλειας του πράγματος ο εκ προσυμφώνου πωλητής με την παράδοσή του στον μέλλοντα αγοραστή, καθ'όσον η διατήρηση του κινδύνου παρά την παράδοση θα ήταν ιδιαιτέρως ανεπιεικής για τον συμβαλλόμενο που προεκπληρώνει, ενώ ούτως ή άλλως η εν λόγω ρύθμιση, κατά την ως άνω άποψη, αμφισβητείται ως προς την ορθότητά της καί όσον αφορά τις οριστικές συμβάσεις πώλησεως, ώστε η επέκταση του πεδίου εφαρμογής της με αναλογία να παρίσταται έτι περισσότερο προβληματική.

Με παραπλήσια δικαιολογητική βάση υπέρ της αναλογικής εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 522 ΑΚ και στο προσύμφωνο πώλησεως με παράδοση του πράγματος υποστηρίζεται⁴⁴⁴ περαιτέρω ότι το προσύμφωνο πώλησεως κατά την σύναψη του οποίου παραδίδεται το πράγμα στον αγοραστή φέρει μεν τον χαρακτήρα προσυμφώνου ως προς την εκ των προβλεπομένων στο άρθρο 513 ΑΚ υποχρέωση του πωλητή προς μεταβίβαση της κυριότητας του πράγματος, πλην όμως αναφορικά με την υποχρέωση παράδοσης του πράγματος, η οποία εκπληρώνεται, φέρει στην πραγματικότητα τον χαρακτήρα οριστικής σύμβασης. Συνεπεία τούτου είναι σύμφωνη με την νομοθετική βούληση η εφαρμογή των διατάξεων για τις υποχρεώσεις του πωλητή και την εκπλήρωσή τους οι οποίες σχετίζονται με την παράδοση του πράγματος, μεταξύ των οποίων καί η διάταξη του άρθρου 522 ΑΚ, εφόσον άλλωστε με την παράδοση το πράγμα εντάσσεται στην σφαίρα επιρροής και ελέγχου του αγοραστή, και ο τελευταίος απολαμβάνει τα ωφελήματα του πράγματος κατ' άρθρον 525 ΑΚ.

442 βλ. Παντελίδου ο.π. αρ. 265

443 βλ. Παντελίδου, ο.π. αρ. 266

444 βλ. Σταθόπουλο, Μελέτες II, παρ. 15 αρ. 30

Αντίθετα προς όλα τα παραπάνω έχει διατυπωθεί στην θεωρία⁴⁴⁵ και στη νομολογία⁴⁴⁶ η θέση ότι η διάταξη του άρθρου 522 ΑΚ δεν τυγχάνει αναλογικής εφαρμογής στην περίπτωση προσυμφώνου πωλήσεως με παράδοση του πράγματος, καθ'ότι προϋπόθεση για να μετατεθεί ο κίνδυνος από τον πωλητή στον αγοραστή είναι σε κάθε περίπτωση η παράδοση να έχει λάβει χώρα σε εκτέλεση έγκυρης και οριστικής συμβάσεως πωλήσεως.

Στο ίδιο πλαίσιο αξιοσημείωτη είναι και η υποστηριχθείσα στην θεωρία άποψη⁴⁴⁷ σύμφωνα με την οποία δεν ανταποκρίνεται ο δικαιολογητικός λόγος της μετάθεσης του κινδύνου με την παράδοση του πράγματος στον αγοραστή στην φύση του προσυμφώνου πωλήσεως και στην νομική θέση του μελλοντικού αγοραστή απέναντι στο πράγμα, και ως εκ τούτου, κατ' ορθότερη εκτίμηση, δεν τυγχάνει εφαρμοστέα στην περίπτωση αυτή η διάταξη του άρθρου 522 ΑΚ. Κατά την άποψη αυτή, στην περίπτωση οριστικής σύμβασης πωλήσεως το πράγμα με την παράδοση εξέρχεται τουλάχιστον από οικονομικής απόψεως από την περιουσία του πωλητή και εντάσσεται στην σφαίρα εποπτείας και ελέγχου του αγοραστή, ο οποίος εύλογο είναι να φέρει τον κίνδυνο από την τυχαία καταστροφή ή χειροτέρευσή του όταν το μόνο που υπολείπεται για την ολοκλήρωση της οριστικής συμβάσεως πωλήσεως είναι η μεταβίβαση της κυριότητας. Αντιθέτως, επί προσυμφώνου πωλήσεως δεν δικαιολογείται εξίσου η επέλευση των ίδιων αποτελεσμάτων για τον μελλοντικό αγοραστή, καθ' ότι υπολείπεται ακόμη, όχι μόνον η μεταβίβαση της κυριότητας, αλλά η ίδια κατάρτιση της οριστικής σύμβασης έως την πλήρη νομική εξουσίαση του πράγματος από τον τελευταίο. Η θέση του εκ προσυμφώνου αγοραστή απέναντι στο πράγμα, κατά την αυτή ως άνω άποψη, προσιδιάζει πολύ περισσότερο σε εκείνη του αγοραστή πράγματος δυνάμει οριστικής πωλήσεως τελούσης υπό αναβλητική αίρεση, οπότε κατ' άρθρον 523 ΑΚ παρά την παράδοση του πράγματος ο κίνδυνος τυχαίας καταστροφής ή χειροτέρευσής του πράγματος παραμένει στον πωλητή. Επομένως, εφόσον και οι δύο περιπτώσεις εμφανίζουν ως κοινό χαρακτηριστικό την έλλειψη οριστικής σύμβασης πωλήσεως παράγοντας πλήρως τα αποτελέσματά της, αρμόζει και η ανάλογη αντιμετώπισή τους.

Από την εξέταση του ζητήματος μπορεί να διαπιστωθεί ότι και οι δύο αντιτιθέμενες απόψεις παρουσιάζουν ενδιαφέροντα σημεία, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η υιοθέτηση μίας οριστικής προσέγγισης επί του παρόντος. Από την μία πλευρά δεν δύναται να αμφισβητηθεί ότι η παράδοση του πράγματος, είτε πραγματοποιείται σε εκτέλεση οριστικής σύμβασης είτε δυνάμει των συμφωνηθέντων σε προσύμφωνο, επιφέρει τα αυτά αποτελέσματα ως προς τη θέση των μερών απέναντι στο πράγμα. Ήτοι ο πωλητής αποξενώνεται από τη φυσική εξουσίαση του

445 βλ. Παπανικολάου, 522 σελ. 98, Φίλιος Π, Ειδικό Ενοχικό, 1980, παρ. 4ΑΠΙ3, σελ. 54, ΠρΘεσ 3693/1968

Ν.Δικ. 24, 554, Γεωργιάδης Ειδικό Ενοχικό, Γεωργιάδης σε ΑΚ Γεωργ.-Σταθ, 166 αρ. 25, Κρητικός σελ 353

446 ΕφΘρακ 402/1999, ΕφΘεσσ 557/1978, Αρμ 1978 (695), ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ,

447 βλ. Κρητικό, ό.π. σελ. 353

πράγματος και δεν είναι εύλογο να κινδυνεύει να απολέσει την αντιπαροχή λόγω καταστροφής ή χειροτέρευσης από τυχαίο γεγονός, την στιγμή που δεν μπορεί να ασκήσει ούτε την στοιχειώδη εποπτεία σε πράγμα που δεν βρίσκεται στην κατοχή του, ενώ αντιθέτως ο αγοραστής εντάσσει το πράγμα στην δική του σφαίρα επιρροής και απολαμβάνει τα ωφέληματα από αυτό. Από την άλλη πλευρά όμως, η κατάσταση των συμφερόντων των μερών φαίνεται να προσομοιάζει περισσότερο στην περίπτωση της οριστικής σύμβασης πώλησης υπό αναβλητική αίρεση, η οποία όσον αφορά την κατανομή του κινδύνου ρυθμίζεται με το άρθρο 523 ΑΚ, εφόσον ο εκ προσυμφώνου αγοραστής πρέπει να διανύσει μεγαλύτερη απόσταση τόσο μέχρι την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης όσο και μέχρι την οριστική κτήση του πράγματος. Θα μπορούσε ενδεχομένως να ειπωθεί ότι η μία θέση δεν αποκλείει αναγκαία την άλλη, αν το ζήτημα ιδωθεί υπό ένα περιπτωσιολογικό πρίσμα. Στο θέμα όμως αυτό θα επανέλθουμε και παρακάτω.

Ακολουθώντας, καίριας σημασίας ανάμεσα στις ειδικές διατάξεις που διέπουν την σύμβαση πώλησης είναι οι διατάξεις των άρθρων 540 επ. ΑΚ όπου προβλέπονται τα δικαιώματα του αγοραστή σε περίπτωση ευθύνης του πωλητή για πραγματικά ελαττώματα ή έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων καθώς και η εξέταση της δυνατότητας ή μη εφαρμογής τους στην περίπτωση του προσυμφώνου πώλησεως με παράδοση του πράγματος. Σημειούται ότι, μολονότι η γένεση της ειδικής αντικειμενικής ευθύνης του πωλητή σχετίζεται άμεσα με τους κανόνες περί μετάθεσης του κινδύνου ως αποτυπώνεται στο άρθρο 537 ΑΚ και έχει τονισθεί από την αρχή εξέτασης της θεματικής, το παραπάνω ζήτημα χρήζει χωριστής εξέτασης, ως ενδεικνύεται και από τις αντικρουόμενες απόψεις που έχουν διατυπωθεί επ' αυτού.

Ειδικότερα, κατά την γενική θεωρία των διατάξεων που διέπουν την σύμβαση πώλησεως ο πωλητής οφείλει πράγμα το οποίο έχει την ιδιοσυστασία που προκύπτει από την σύμβαση πώλησεως⁴⁴⁸. Η ανταπόκριση δε του πράγματος στα συμφωνηθέντα κρίνεται μόνον κατά τον χρόνο μετάθεσης του κινδύνου κατ' άρθρον 537 ΑΚ, πλην όμως η ίδρυση της αντικειμενικής ευθύνης του πωλητή προϋποθέτει, τόσο μετά την τροποποίηση των διατάξεων δυνάμει του νόμου 3043/2002 όσο και υπό το προϋσχόν καθεστώς, την ύπαρξη έγκυρης σύμβασης πώλησης και μάλιστα ενεργό πώληση όταν ο αγοραστής ασκεί τα κατ' άρθρον 540 επ. ΑΚ δικαιώματά του⁴⁴⁹. Ήτοι ακόμα κι αν ο πωλητής προβεί νωρίτερα από τον χρόνο αυτόν σε παράδοση του πράγματος από το οποίο λείπει η ιδιοσυστασία που ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της σύμβασης ή στα εν γένει κριτήρια των διατάξεων του άρθρου 535 ΑΚ, εξακολουθεί να οφείλει την προσήκουσα εκπλήρωση της παροχής του, δηλαδή να άρει το ελάττωμα ή να αποκαταστήσει την ελλείπουσα ιδιότητα με επιδιόρθωση του πράγματος⁴⁵⁰.

448 βλ. Γεωργιάδη Ειδικό ενοχικό παρ. 10 αρ. 3 επ.

449 βλ. Γεωργιάδη Ειδικό ενοχικό παρ. 10 αρ. 13, 14 επ.

450 βλ. Γεωργιάδη Ειδικό ενοχικό παρ. 10 αρ. 3 επ.

Υπό αυτό το πρίσμα υποστηρίχθηκε στην νομολογία⁴⁵¹ ότι με την κατάρτιση του προσυμφώνου πωλήσεως δεν γεννώνται στο πρόσωπο των μερών οι υποχρεώσεις και τα δικαιώματα από την οριστική σύμβαση, οι οποίες δημιουργούνται από την κατάρτιση της τελευταίας, αλλά οι εκατέρωθεν υποχρεώσεις των μερών προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, επί αθετήσεως των οποίων εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 340 επ. ΑΚ περί των ενοχών εν γένει. Κατά την ανωτέρω νομολογία, στην οποία, ως εμφανίζεται εκ των ανωτέρω, εμμέσως γίνεται επίκληση της αυτοτέλειας του προσυμφώνου απέναντι στην οριστική σύμβαση, κρίσιμος χρόνος για την εφαρμογή των διατάξεων περί ελαττωμάτων του πράγματος είναι ο χρόνος σύναψης της οριστικής σύμβασης και όχι ο χρόνος σύναψης του προσυμφώνου, και ως εκ τούτου πριν από την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης αποκλείεται η, ευθεία ή ανάλογη, εφαρμογή των διατάξεων περί των δικαιωμάτων του αγοραστή, ο οποίος, δεσμευόμενος ακόμη μόνο από το προσύμφωνο, μπορεί να επικαλεσθεί μόνο τις γενικές διατάξεις περί μη εκπλήρωσης ή, εφόσον συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις, τις διατάξεις περί πλάνης ή απάτης. Περαιτέρω, υποστηρίζεται⁴⁵² ότι δεν είναι απαραίτητο να έχει λάβει χώρα παράδοση για την μετάθεση του κινδύνου αλλά αρκεί για την ύπαρξη ελαττωμάτων να έχει επιχειρήσει ο πωλητής να παραδώσει το πράγμα, εφόσον ούτως ή άλλως, εάν η μετάθεση του κινδύνου γίνει πριν την παράδοση του πράγματος, οπότε δεν είναι δυνατόν να διαπιστωθούν τα ελαττώματα, όπως επί παραδείγματι επί πωλήσεως ημιτελούς διαμερίσματος από την μεταγραφή της σύμβασης κατ' άρθρον 522 παρ. 2, θα εφαρμοσθούν οι γενικές διατάξεις περί μη εκπλήρωσης της παροχής. Υπό το πρίσμα αυτό ακόμα και αν έχει λάβει χώρα παράδοση, δεν κρίνεται εύλογο να εξαναγκασθεί ο εκ προσυμφώνου αγοραστής να καταφύγει στις διατάξεις περί πραγματικών ελαττωμάτων, εφόσον η παράδοση δεν είναι πάντα αναγκαία για την εφαρμογή τους ούτε όταν έχει καταρτισθεί οριστική σύμβαση. Επιπλέον, ειδικά όσον αφορά την έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων, δεν χωρεί κατά την αυτή άποψη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 540 επ. ΑΚ⁴⁵³ στην περίπτωση αυτή επί προσυμφώνου, εφόσον εξ ορισμού οι επιθυμητές αυτές ιδιότητες του πωλουμένου συνομολογούνται κατά την κατάρτιση της σύμβασης πωλήσεως, σε χρονικό δηλαδή σημείο που δεν έχει επέλθει καν ακόμη.

Παρά τα ανωτέρω, στην νομολογία⁴⁵⁴ φαίνεται ότι κρατεί η αντίθετη άποψη περί παραδεκτής αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 540 επ. ΑΚ στο προσύμφωνο πωλήσεως με παράδοση του πράγματος. Η ως άνω άποψη στηρίχθηκε ομοίως σε μεγάλο βαθμό

451 βλ. ΠρΘεσ 3693/ 1968, ό.π.

452 βλ. Παντελίδου, ό.π. αρ. 270,271

453 βλ. Παντελίδου, ό.π. αρ. 267

454 ΑΠ 514/2016, ΑΠ 708/2016, ΠΠρΘεσ 2180/1977, ΕφΠειρ 476/2014, ΕφΛαρ 644/2008, ΠπρΘεσς 20525/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΠπρΣερ 265/1994, ΜπρΘεσς 12466/2009 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

στην, αναφερθείσα και προηγούμενως, βασική παλαιόθεν αναπτυχθείσα στη θεωρία⁴⁵⁵ σκέψη, ότι επί προσυμφώνου πρέπει να εφαρμόζονται όσον αφορά τις σχέσεις που πηγάζουν από αυτό, εκτός από τις διατάξεις που διέπουν τις συμβάσεις γενικώς, και οι διατάξεις που εφαρμόζονται επί της ειδικής κατηγορίας στην οποία υπάγεται η καταρτιστέα οριστική σύμβαση. Με αφετηρία την παραπάνω θέση, και ενώ κατά κρατούσα γνώμη⁴⁵⁶ δεν χωρεί αναλογική εφαρμογή των υπό εξέταση διατάξεων σε περίπτωση απλού προσυμφώνου πωλήσεως χωρίς να λάβει χώρα παράδοση του πράγματος, υποστηρίχθηκε⁴⁵⁷ ότι ελλείψει διατάξεως νόμου που να αποκλείει την εφαρμογή τους και εν όψει του γεγονότος ότι επί προσυμφώνου μπορεί να εφαρμοσθεί και η διάταξη του άρθρου 522 ΑΚ περί μετάθεσης του κινδύνου με την παράδοση του πράγματος, κατ' ορθότερη κρίση για την ταυτότητα του νομικού λόγου οι διατάξεις περί πραγματικών ελαττωμάτων και έλλειψης συνομολογημένων ιδιοτήτων τυγχάνουν εφαρμογής και επί προσυμφώνου, με τον εκ προσυμφώνου αγοραστή να απολαμβάνει ήδη κατά τον χρόνο αυτόν της πλήρους προστασίας των διατάξεων αυτών.

Ειδικότερα στον αντίποδα της παραπάνω, κατά της εφαρμογής των υπό κρίση διατάξεων, θέσης ότι εκ του προσυμφώνου παράγονται μόνον υποχρεώσεις περί κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, και όχι οι υποχρεώσεις και η εξ αυτών ευθύνη από την ίδια την οριστική σύμβαση, υποστηρίχθηκε⁴⁵⁸ ότι η επικαλούμενη αυτοτέλεια του προσυμφώνου ως συμβατικής μορφής απέναντι στην οριστική σύμβαση είναι τυπική μόνον, ενώ στην πραγματικότητα ουσιαστικός δικαιοπρακτικός σκοπός των συμβαλλομένων στο προσύμφωνο είναι η κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, εξ ου προκύπτει και η περιβολή του προσυμφώνου τον αυτό τύπο με την καταρτιστέα δυνάμει αυτού οριστική σύμβαση.

Άλλωστε, κατά άλλη γνώμη⁴⁵⁹ κινούμενη σε όμοια κατεύθυνση, η κατάσταση συμφερόντων των μερών επί οριστικής σύμβασης και επί προσυμφώνου με παράδοση του πράγματος είναι παραπλήσια, ώστε ο εκ προσυμφώνου αγοραστής στον οποίο παραδίδεται το πράγμα πρίν από την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης να έχει τελικά ανάγκη ίδιου τύπου προστασίας, ήτοι δυνατότητα επίκλησης των δικαιωμάτων των άρθρων 540 επ. ΑΚ εάν το παραδοθέν παρουσιάζει πραγματικά ελαττώματα ή του λείπουν οι συμφωνηθείσες ιδιότητες, με εκείνη που παρέχεται στον αγοραστή μετά την σύναψη της οριστικής συμβάσεως. Το τελευταίο

455 βλ. υποσ. 430 και 431

456 Βλ. αντί άλλων Γεωργιάδη, Εγχειρίδιο Ενοχικού δικαίου, 2014, παρ. 10, αρ. 15, ΕφΚερ 15/1985, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, ΠπρΣερ 265/1994, ΕφΠειρ 476/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Αντίθ. Δωρής σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 534-535, αρ. 6, βλ. όμως ΕφΘεσ 557/1978 Αρμ 1978 (695), όπου κρίθηκε νόμιμο το δικαίωμα αποζημίωσης βάσει των 543, 544 ΑΚ, έστω και αν δεν καταρτίσθηκε η οριστική σύμβαση ούτε παραδόθηκε το διαμέρισμα στον αγοραστή.

457 ΠρΘεσς 1860/1971, ΝοΒ 20, 670

458 βλ. Μωράτη, ό.π., σελ. 554, Κλαβανίδου, ό.π. σελ. 45

459 Βλ. Δωρή σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 534-535, αρ 6

δικαιολογείται από το γεγονός ότι κατ'ουσίαν το προσύμφωνο πώλησεως δεν προπαρασκευάζει απλώς την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης αλλά ενσωματώνει την πρόθεση των μερών να δεσμευθούν οριστικά όταν η κατάρτιση οριστικής σύμβασης είναι αδύνατη για λόγους νομικούς ή πραγματικούς ή λειτουργεί ως μέσο διασφάλισης του πιστωθέντος τιμήματος από τον πωλητή.

Επιπλέον δε πολλές φορές η ομοιότητα προσυμφώνου και οριστικής σύμβασης είναι τόσο μεγάλη, ώστε να δικαιολογείται η εφαρμογή των διατάξεων που διέπουν την τελευταία και στο αντίστοιχο προσύμφωνο⁴⁶⁰. Χαρακτηριστικό παράδειγμα της ομοιότητας αυτής προσφέρει το προσύμφωνο πώλησεως, όπου ανάμεσα στην υποχρέωση προς μεταβίβαση του πράγματος που αναλαμβάνει ο πωλητής δυνάμει της οριστικής πώλησης και της υποχρέωσης προς κατάρτιση σύμβασης πώλησεως και μεταβιβάσεως του πράγματος που αναλαμβάνει ο εκ προσυμφώνου πωλητής δεν εντοπίζεται σημαντική διαφορά, ενώ από τις λίγες περιπτώσεις που η διαφοροποίηση ανάμεσα στα δύο είναι αισθητή είναι όταν δεν καταρτίζονται από τα ίδια πρόσωπα.

Περαιτέρω, βασικό επιχείρημα της θέσης αυτής είναι ότι εάν οι διατάξεις των άρθρων 534 επ. ΑΚ δεν ήταν επιδεκτικές αναλογικής εφαρμογής και στην περίπτωση παράδοσης του πράγματος με την κατάρτιση προσυμφώνου πώλησεως θα έπρεπε ο εκ προσυμφώνου αγοραστής να αναγκασθεί να προβεί στην σύναψη της οριστικής σύμβασης με τον χρόνο και τα έξοδα που κάτι τέτοιο συνεπάγεται, προς αποκλειστικό σκοπό να την διαρρήξει αμέσως μετά την κατάρτισή της⁴⁶¹. Από την αναμονή για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης θα κινδύνευε άλλωστε ο εκ προσυμφώνου αγοραστής ακόμα και να απολέσει ολωσδιόλου τα παρεχόμενα εκ του νόμου δικαιώματά του, αφού ο εκ προσυμφώνου πωλητής θα μπορούσε να του αντιτάξει κατά την άσκηση κάποιου εξ αυτών μετά την σύναψη της σύμβασης πώλησης, ότι γνώριζε πως το παραδιδόμενο πράγμα δεν ανταποκρίνεται στις προδιαγραφές της σύμβασης, γνώση η οποία θα τεκμαίρεται τρόπον τινά λόγω της πρόωρης παράδοσης του πράγματος, οπότε ο πωλητής κατ' άρθρον 537 εδ. Β' θα απαλλασσόταν από την αντικειμενική ευθύνη του⁴⁶².

Απέναντι στον εύλογο προβληματισμό που δημιουργεί η προοπτική της άσκοπης αναμονής προκειμένου να διαλυθεί η παραβιασθείσα συμφωνία μετά την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, αλλά και της απώλειας των δικαιωμάτων του αγοραστή πριν ακόμη την κατά νόμον γένεσή τους λόγω της γνώσης της μη ανταπόκρισης του πράγματος στη σύμβαση, από τους υποστηρικτές⁴⁶³ της απόψεως περί μη παραδεκτής αναλογικής εφαρμογής των υπό

460 βλ. Σταθόπουλο Μελέτες II παρ. 15 αρ. 29

461 βλ. Κλαβανίδου ό.π. Σελ. 46, Μωράτης ό.π. Σελ. 554, ΠρΘεσσ 1860/1971, ό.π.

462 βλ. υποσ. 454, και ΑΠ 514/2016 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, όπου μάλιστα κρίθηκε ότι, δεδομένου του ενδοτικού χαρακτήρα των διατάξεων περί ευθύνης του πωλητή, μπορεί να συμφωνηθεί και επίταση αυτής με τον πωλητή να ευθύνεται για πραγματικά ελαττώματα ακόμα ανεξαρτήτως οποιασδήποτε γνώσης του αγοραστή.

463 βλ. Κρητικό, ό.π. Σελ. 355 επ., Φίλιο, ΕνοχΔ Ι 1² παρ. 6 Α 6, σελ. 79

κρίση διατάξεων των άρθρων 534 επ. ΑΚ στην περίπτωση προσυμφώνου πώλησεως με παράδοση του πράγματος διατυπώνεται η θέση ότι ο εκ προσυμφώνου αγοραστής μπορεί να προστατευθεί ισοδύναμα σε μία τέτοια περίπτωση δυνάμει των γενικών διατάξεων περί ανώμαλης εξέλιξης των ενοχών. Ειδικότερα, εάν ο εκ προσυμφώνου αγοραστής θα είχε, εν όψει της εμφανισθείσης κατά την παράδοση ατέλειαν στην ιδιοσυστασία του πράγματος, δικαίωμα να υπαναχωρήσει από την σύμβαση κατ' άρθρον 540 ΑΚ, πρέπει να του αναγνωρισθεί αναλόγως και δικαίωμα υπαναχώρησεως σε αυτήν την πρόωπη χρονικά φάση και από το προσύμφωνο. Η χορήγηση του δικαιώματος αυτού, κατά την αυτή άποψη, θεμελιώνεται στην διαπλαστική λειτουργία της γενικής ρήτρας της καλής πίστης κατ' άρθρον 288 ΑΚ, καθ'όσον θα ήταν πράγματι άσκοπο και ανεπιεικές να επιδιώξει ο θιγείς από την παράβαση την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, ώστε η τελευταία να λυθεί παραχρήμα. Προϋπόθεση για την άσκηση του δικαιώματος υπαναχώρησης σε μια τέτοια περίπτωση είναι να αποδειχθεί ότι το ελάττωμα ή η έλλειψη της ιδιότητας δεν θα ήταν δυνατό να αρθούν⁴⁶⁴ μέχρι την μετάθεση του κινδύνου δυνάμει της κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, λόγου χάριν επειδή αρνείται οριστικά ο πωλητής να προβεί εκουσίως σε διόρθωση ή αντικατάσταση, ή επειδή η έλλειψη είναι ανεπίδεκτη διορθώσεως, αφού σε αντίθετη περίπτωση ο πωλητής έχει δικαίωμα μέχρι το σημείο αυτό να προβεί σε προσήκουσα εκπλήρωση. Άλλωστε για να μην υποπέσει ο εκ προσυμφώνου αγοραστής στον κίνδυνο απώλειας των δικαιωμάτων του λόγω της προβολής της κατ' άρθρον 537 εδ. Β' ΑΚ ένστασης, έτι περισσότερο συμφέρει η υπαναχώρηση κατά τα ανωτέρω.

Επιπροσθέτως, συναφές με το θέμα της απώλειας των δικαιωμάτων του αγοραστή λόγω της αναπόφευκτης εκ των προτέρων γνώσης του ελαττώματος του πράγματος είναι το ζήτημα της εκκίνησης της κατ' άρθρον 554-555 ειδικής παραγραφής των αξιώσεων του αγοραστή στη σύμβαση πώλησης. Στις διατάξεις αυτές προβλέπεται βραχεία παραγραφή των αξιώσεων του αγοραστή απέναντι στον πωλητή από μη ανταποκρινόμενο στην σύμβαση πράγμα, ήτοι προθεσμία πέντε ετών για πωλούμενα ακίνητα και δύο ετών για κινητά, η οποία εκκινεί από την παράδοση του πράγματος άνευ άλλου τινός, κατά το γράμμα της διάταξης του άρθρου 555 ΑΚ. Τίθεται επομένως ως εύλογη αμφισβήτηση της επιείκειας χάριν της οποίας η έτερη άποψη προκρίνει την εφαρμογή των υπό κρίση διατάξεων επί προσυμφώνου ο προβληματισμός⁴⁶⁵, εάν, όπως υποστηρίζει η ως άνω γνώμη, με την παράδοση του πράγματος δυνάμει του προσυμφώνου πώλησεως γεννάται η ευθύνη του εκ προσυμφώνου πωλητή και τα εξ αυτής δικαιώματα του αγοραστή κατ' άρθρα 540 επ. ΑΚ, κατά λογική αναγκαιότητα πρέπει με την παράδοση να εκκινεί και η προθεσμία παραγραφής των άρθρων 554 -555 ΑΚ⁴⁶⁶. Με άλλα λόγια υφίσταται ο

464 βλ. Κρητικό, ό.π., 357, Φίλιο ΕνοχΔ ΙΙ 1², ό.π., πρβλ και ΑΠ 708/2016 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

465 βλ. Παντελίδου, ό.π., αρ. 271

466 Κατά Δωρή σε ΑΚ Γεωργ. - Σταθ. 554-555 ΑΚ πρέπει να εφαρμόζονται επί προσυμφώνου πώλησεως με

κίνδυνος τα υπό εξέταση δικαιώματα του αγοραστή να αποσβεσθούν, άλλως οι σχετικές αξιώσεις του να υποπέσουν σε παραγραφή πριν καν καταρτισθεί η σύμβαση πώλησης και αποκτήσει ο τελευταίος την ιδιότητα του αγοραστή.

Συμπερασματικά, μολονότι η νομολογία σήμερα φαίνεται να έχει τάμει το ζήτημα της εφαρμογής ή μή των διατάξεων περί πραγματικών ελαττωμάτων ή έλλειψης συνομολογημένων ιδιοτήτων στην πώληση υπέρ της αποδοχής της αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων αυτών, σε κάθε περίπτωση η ανάπτυξη και κριτική των επιχειρημάτων των εκατέρωθεν υποστηρικχισών απόψεων διατηρεί την σημασία της για την αναζήτηση κατά το δυνατόν δογματικά ορθότερων λύσεων και για την πληρέστερη τεκμηρίωση των απόψεων που έχουν ήδη παγιωθεί στην πρακτική.

Είναι αλήθεια ότι ο χρόνος της παράδοσης του πράγματος αναδεικνύεται υπό το δίκαιο της συμβάσεως πωλήσεως σε κεντρικό πυλώνα των ρυθμίσεων περί ευθύνης του πωλητή λόγω μη ανταπόκρισης του πράγματος στην σύμβαση, με αποτέλεσμα ακόμα κι αν η παράδοση λαμβάνει χώρα σε εκτέλεση προσυμφώνου και όχι οριστικής σύμβασης να θεωρείται αυτό αρκετό ώστε να συντρέχει και εδώ μετάθεση του κινδύνου και εντεύθεν γένεση της ευθύνης του πωλητή και των δικαιωμάτων του αγοραστή. Κάτι τέτοιο ωστόσο φαίνεται ορθό και εύλογο να γίνεται δεκτό σε περιπτώσεις όπου πράγματι ο προς ον η παράδοση του πράγματος εντάσσει στην περιουσιακή του σφαίρα και στον κύκλο ελέγχου του το παραδοθέν, ώστε να συντρέχει *de facto* τουλάχιστον ο δικαιολογητικός λόγος της διάταξης του άρθρου 522 ΑΚ και, συνακόλουθα, να υφίσταται επαρκής αναλογία για την εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 534 ΑΚ επ., πράγμα το οποίο θα κριθεί κατά περίπτωση. Καί εδώ φαίνεται προσήκουσα η προσφυγή στην περιπτωσιολογία περί της φύσεως των προσυμφώνων που συνοδεύονται από προεκπλήρωση της παροχής κατά τις διακρίσεις που έγιναν στο οικείο κεφάλαιο. Έτσι παραδείγματα ένταξης του παραδοθέντος πράγματος στην σφαίρα επιρροής του εκ προσυμφώνου αγοραστή ώστε να δικαιολογείται η επιβάρυνση του με τον κίνδυνο της αντιπαροχής αλλά και η παροχή σε αυτόν των δικαιωμάτων των άρθρων 540 επ. ΑΚ είναι η περίπτωση πληρωμής του μεγαλύτερου ποσού του τιμήματος ώστε να θεωρείται ότι έχει εξαγορασθεί η οικονομική κυριότητα του πράγματος, ή η περίπτωση παράδοσης προσοδοφόρου αντικειμένου, λόγου χάριν ενός αγρού, με το δικαίωμα συστηματικής αποκομιδής των ωφελημάτων ώστε η φυσική εξουσίαση του προς ον η παράδοση να προσομοιάζει σε εκείνη διανοία κυρίου. Στις περιπτώσεις αυτές, είτε γίνει δεκτή η άποψη που ανωτέρω αναλύθηκε ότι πρόκειται περί οριστικών συμβάσεων που έχουν μερικώς εκπληρωθεί είτε παραμείνουμε στον χαρακτηρισμό τους ως προσυμφώνων πωλήσεως, είναι

παράδοση του πράγματος, εκτός εάν ρητώς έχουν συμφωνήσει τα μέρη ή σιωπηρά συνάγεται ότι επιθυμούν την έναρξη της προθεσμίας από την κατάρτιση της σύμβασης. Το ότι ο προς ον η παράδοση έχει απλώς την κατοχή του πράγματος εμποδίζει μεν την ευθεία, όχι όμως και την αναλογική εφαρμογή των υπό κρίση διατάξεων.

φανερό ότι αρμόζει η αναλογική εφαρμογή των επίμαχων διατάξεων.

Αντιθέτως σε άλλες περιπτώσεις όπου δυνάμει καταρτισθέντος προσυμφώνου παραδίδεται το πράγμα έναντι προκαταβολής ή με πλήρη πίστωση του τιμήματος, εάν γίνει δεκτή η πολλακίς υποστηριχθείσα άποψη ότι πρόκειται περί κατάρτισης προσυμφώνου και συνάμα έτερης ενοχικής σύμβασης, επί παραδείγματι σύμβασης χρησιδανείου, δυνάμει της οποίας παραδίδεται το πράγμα στον μελλοντικό αγοραστή μόνον ως προς την κατοχή, ορθότερο θα ήταν να εμμείνουμε στην εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 335 επ. ΑΚ περί ανώμαλης εξέλιξης των ενοχών εν γένει ή των άρθρων 374 επ. ΑΚ περί της ενοχής από αμφοτεροβαρή σύμβαση, εφόσον, θα μπορούσε κανείς να πει, και η εμφάνιση πραγματικών ελαττωμάτων τουλάχιστον, αν όχι οι συνομολογημένες ιδιότητες που προϋποθέτουν οριστική σύμβαση, εντάσσονται ως προς την επιρροή τους στην εξέλιξη της εκ προσυμφώνου ενοχής, στην μορφή της πλημμελούς εκπλήρωσης που αφορά την παροχή εκ της οριστικής σύμβασης, κατά τις διακρίσεις που αναλύθηκαν ανωτέρω. Σε κάθε περίπτωση περί της ειδικότερης προστασίας έναντι πραγματικών ελαττωμάτων και ελλείψεως συνομολογημένων, έστω στο προσύμφωνο, ιδιοτήτων, και περί των εννόμων συνεπειών σε περίπτωση τυχαίας καταστροφής ή χειροτέρευσης του πράγματος αρμόζουσα φαίνεται η παραπομπή στις διατάξεις της σύμβασης που διέπει τα συμβαλλόμενα μέρη για το χρονικό διάστημα από της καταρτίσεως του προσυμφώνου έως την σύναψη της οριστικής σύμβασης, ήτοι, ενδεικτικά, ανάλογα με τον χαρακτήρα αυτής, στις διατάξεις των άρθρων 574 επ. ΑΚ ή 812 ΑΚ.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Με την παραπάνω μελέτη επιχειρήθηκε μία, κατά το δυνατόν, σφαιρική προσέγγιση της συμβατικής μορφής του προσυμφώνου από άποψη εννοιολογική και ουσιαστική, με επίκεντρο την αναζήτηση των κατάλληλων νομοθετικών “εργαλείων” για την αντιμετώπιση των περιπτώσεων στις οποίες η εκ του προσυμφώνου ενοχή εξελίσσεται παθολογικά, είτε λόγω αθέτησης των συμφωνηθέντων στο προσύμφωνο από κάποιο εκ των συμβαλλομένων μερών, είτε λόγω τυχαίου γεγονότος.

Αρχικά παρουσιάσθηκαν τα εννοιολογικά χαρακτηριστικά του προσυμφώνου, το οποίο, σύμφωνα με τον νομοθετικό ορισμό που προβλέπεται στο άρθρο 166 ΑΚ, αποτελεί την ενοχική υποσχετική σύμβαση δια της οποίας αναλαμβάνεται από τα συμβαλλόμενα μέρη η υποχρέωση προς κατάρτιση μιας άλλης σύμβασης, της οριστικής ή κύριας. Όσον αφορά το ζήτημα εάν το προσύμφωνο φέρει τον χαρακτήρα αμφοτεροβαρούς σύμβασης, μολονότι η μάλλον κρατούσα στην νομολογία γνώμη διαλύει καταφατικά τον σχετικό προβληματισμό, διαπιστώθηκε ότι ορθότερο θα ήταν να επικροτηθεί η άποψη που υποστηρίχθηκε στη θεωρία, ότι το προσύμφωνο

δεν μπορεί να αποτελεί αμφοτεροβαρή σύμβαση ελλείψει ανταλλακτικής σχέσης μεταξύ των εκατέρωθεν παροχών.

Πολλών ειδών συμβάσεις από όλους τους κλάδους του αστικού δικαίου μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο της εκ προσυμφώνου συμφωνίας, ιδίως οι υποσχετικές συμβάσεις αλλά κατ' ορθότερη γνώμη και οι εκποιητικές. Επιπλέον, κατά κρατούσα γνώμη και οι μονομερείς δικαιοπραξίες ανήκουν στο πεδίο εφαρμογής του προσυμφώνου, παρ' ότι το γράμμα της διάταξης του άρθρου 166 ΑΚ κάνει λόγο μόνο για συμβάσεις.

Το προσύμφωνο τελεί σε μία ιδιόμορφη σχέση με την οριστική σύμβαση, καθώς από την μία πλευρά, αποτελεί προπαρασκευαστική της κυρίας σύμβασης συμφωνία, πλην όμως όσον αφορά την κατά κυριολεξία παροχή, την εκπλήρωση της οποίας αναλαμβάνουν τα τελευταία δια του προσυμφώνου, ήτοι την σύμπραξη προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, το προσύμφωνο είναι αυτόνομη σύμβαση, τελειωμένη, αφ'εαυτής δεσμευτική, παράγουσα τέλεια και νομικώς εξαναγκαστή ενοχή προς παροχή.

Δεδομένου ότι με την κατάρτιση προσυμφώνου δεν γεννώνται στο πρόσωπο των συμβαλλομένων οι υποχρεώσεις και τα δικαιώματα από την οριστική σύμβαση, το ζήτημα περιπλέκεται όταν με την κατάρτιση προσυμφώνου, τα μέρη προβαίνουν σε προεκπλήρωση των υποχρεώσεών τους από την κυρία σύμβαση η οποία δεν έχει καταρτισθεί ακόμη, όπως στην περίπτωση κατάρτισης προσυμφώνου πωλήσεως με παράδοση του πράγματος. Για την τελευταία αυτή περίπτωση υποστηρίχθηκε κατά κρατούσα γνώμη στην θεωρία ότι, προκειμένου να δικαιολογηθεί η παράδοση του πράγματος, πρέπει να γίνει δεκτό ότι μαζί με την κατάρτιση του προσυμφώνου τα μέρη έχουν συνάψει μία πρόσθετη συμφωνία, χρησιδανείου ή μίσθωσης, δυνάμει της οποίας ο εκ προσυμφώνου πωλητής παραδίδει στον αγοραστή προκαταβολικά την κατοχή του πράγματος, ενώ κατά άλλη άποψη, ειδικά εφόσον ο προς όν η παράδοση, κυρίως ακινήτου, καταβάλει ολόκληρο το τίμημα και προβεί σε δαπάνες για την εκμετάλλευση της ιδιοκτησίας του, πρόκειται περί μερικής εκπλήρωσης οριστικής σύμβασης και ουδόλως περί προσυμφώνου. Στον αντίποδα των ανωτέρω απόψεων, στην νομολογία πολλές φορές γίνεται λόγος για κατάρτιση προσυμφώνου με παράδοση της νομής του πράγματος χωρίς καμία διάκριση. Ορθότερο, όπως διαπιστώθηκε, θα ήταν να δεχόμαστε περιπτωσιολογικά άλλοτε κατάρτιση προσυμφώνου και συγχρόνως έτερης ενοχικής σύμβασης και άλλοτε μερική προεκπλήρωση συναφθείσας οριστικής σύμβασης, αναλόγως με το κατά πόσον ο προς όν η παράδοση έχει εντάξει το πράγμα στην δική του σφαίρα επιρροής και περιουσιακών συμφερόντων.

Το κύρος του προσυμφώνου διέπεται από τις αυτές προϋποθέσεις και από τις αυτές διατάξεις που ισχύουν για όλες τις συμβάσεις, με ορισμένες ιδιαιτερότητες που αφορούν την

ανάγκη το περιεχόμενο του προσυμφώνου να είναι ορισμένο ή τουλάχιστον οριστό, καθώς και τον τηρητέο επ' αυτού τύπο. Έτσι κατ' άρθρον 166 ΑΚ και κατ' εξαίρεση της κατ' άρθρον 158 αρχής του ατύπου των συμβάσεων, το προσύμφωνο υπόκειται στον τύπο που ορίζει ο νόμος για την οριστική σύμβαση. Ως τηρητέος επί προσυμφώνου τύπος εδώ εννοείται ο νόμιμος συστατικός και όχι ο αποδεικτικός ή συμβατικός τύπος, οι δηλώσεις ενώπιον της Αρχής ή ο τύπος των αξιογράφων που ενσωματώνει το δικαίωμα εξ αυτών. Κατά κανόνα δε, το κύρος προσυμφώνου και οριστικής σύμβασης δεν αλληλοεπηρεάζονται, και έτσι μπορεί να καταρτισθεί έγκυρη οριστική σύμβαση σε εκτέλεση άκυρου προσυμφώνου, ενώ σε περίπτωση άκυρης οριστικής σύμβασης, η ενοχή από το προσύμφωνο παραμένει ενεργή και τα μέρη μπορούν να προβούν σε κατάρτιση νέας σύμβασης χωρίς το ελάττωμα.

Περαιτέρω διευκρινίστηκε ότι η εκ προσυμφώνου υποχρέωση και το αντίστοιχο δικαίωμα εκάτερου μέρους κατευθύνονται στην σύμπραξη προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, ενώ εκ του προσυμφώνου πηγάζουν και υποχρεώσεις υπαγορευόμενες από τις αρχές της καλής πίστης, οι οποίες μπορεί να συνίστανται λόγου χάρη στην αποχή από διαπραγματεύσεις με άλλους ενώ έχει ήδη καταρτισθεί προσύμφωνο επί συγκεκριμένης παροχής, ή στην υποχρέωση συντήρησης του αντικειμένου της παροχής της κυρίας σύμβασης για το χρονικό διάστημα έως την κατάρτισή της.

Σε ό,τι αφορά την, δημοφιλή στη θεωρία του προσυμφώνου, διάκριση αυτού σε μονομερώς ή αμφιμερώς δεσμευτικό, κρίθηκε απορριπτέα η άποψη περί του ότι βάση της διάκρισης πρέπει να είναι το εάν το ένα ή και τα δύο συμβαλλόμενα μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, με την σκέψη ότι αμφότερα τα μέρη κατά κανόνα θα οφείλουν να συμπράξουν προς τον σκοπό αυτό. Αντιθέτως, περισσότερο άστοχη φαίνεται η γνώμη κατά την οποία η διάκριση εξαρτάται από το εάν και οι δύο ή μόνον ο ένας συμβαλλόμενος δικαιούται να θέσει σε κίνηση τον μηχανισμό κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, ανάλογα με τα συμφωνηθέντα στο προσύμφωνο. Σε κάθε περίπτωση, ορθότερη κρίθηκε η υιοθέτηση μίας επιφυλακτικής στάσης απέναντι στην σκοπιμότητα της διάκρισης αυτής, δεδομένου ότι η πρωτοβουλία κατάρτισης της οριστικής σύμβασης ανάγεται τελικά στην συμβατική ελευθερία των συμβαλλομένων, ενώ το δικαιούμενο πρόσωπο μπορεί να προκύπτει από την αναλογία των συμφερόντων των μερών στην εκάστοτε μέλλουσα να συναφθεί οριστική σύμβαση.

Προκειμένου να εκπληρωθεί η εκ προσυμφώνου ενοχή, μπορεί ο ένας συμβαλλόμενος να προσκαλέσει τον έτερο για την κατάρτιση της κυρίας σύμβασης, ή να προβεί μόνος στην σύναψη της σύμβασης αφενός ατομικώς, αφετέρου ως άμεσος αντιπρόσωπος του αντισυμβαλλομένου του, εάν του έχει παραχωρηθεί η πληρεξουσιότητα προς τούτου δυνάμει,

τυχόν περιεχόμενης στο προσύμφωνο ρήτρας αυτοσύμβασης. Σε κάθε περίπτωση η οριστική σύμβαση πρέπει να περιέχει τους όρους που συμφωνήθηκαν με το προσύμφωνο και να καταρτισθεί στον τυχόν συμφωνηθέντα χρόνο.

Όσον αφορά τώρα τον χρόνο κατάρτισης της οριστικής σύμβασης, κατ' αρχήν κατά κρατούσα γνώμη δεν υποχρεούνται τα μέρη να τον καθορίσουν στο προσύμφωνο. Έχουν ωστόσο την δυνατότητα να προβλέψουν, ρητώς ή σιωπηρώς, δήλη ημέρα ή και προθεσμία για την κατάρτιση της τελικής τους συμφωνίας, ενώ περαιτέρω η προθεσμία μπορεί να θεωρηθεί προθεσμία εκπληρώσεως ή διαλυτική ανάλογα με τις συνέπειες της άπρακτης παρέλευσής της στην τύχη στην εκ προσυμφώνου ενοχής.

Από τον χρόνο εκπλήρωσης της εκ προσυμφώνου ενοχής εξαρτάται η έναρξη της παραγραφής της εκ προσυμφώνου αξίωσης, η οποία κατά γενική ομολογία είναι εικοσαετής. Με την κατάρτιση έγκυρης οριστικής συμφωνίας αποσβήνεται κατά κανόνα η εκ προσυμφώνου ενοχή, όπως συμβαίνει και επί συνδρομής των γενικών λόγων απόσβεσης των ενοχών.

Σε περίπτωση, ωστόσο, που η ενοχή από το προσύμφωνο δεν ακολουθήσει την προδιαγεγραμμένη πορεία της έως την φυσιολογική απόσβεση επειδή το ένα μέρος αρνείται χωρίς προφανή λόγο να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, μολοντί υποχρεούται προς τούτο, το έτερο μέρος δικαιούται να αιτηθεί δια της ασκήσεως της κατ'άρθρον 949 ΚΠολΔ αγωγής καταδίκη του αθετούντος σε δήλωση βουλήσεως, επιτυγχάνοντας τον εξαναγκασμό του σε αυτούσια εκπλήρωση της εκ προσυμφώνου ενοχής.

Αρχικά, προϋπόθεση της αναγκαστικής πραγμάτωσης της εκ προσυμφώνου αξίωσης μέσω του ιδιότυπου μέσου αναγκαστικής εκτέλεσης του άρθρου 949 ΚΠολΔ είναι η ύπαρξη αξίωσης προς δήλωση βουλήσεως που θεμελιώνεται στον νόμο, ή σε δικαιοπραξία την οποία ο νόμος εξοπλίζει με δεσμευτικότητα, όπως το προσύμφωνο δια της διάταξης του άρθρου 166 ΑΚ.

Περαιτέρω, η θέση σε κίνηση του κατ' άρθρον 949 ΚΠολΔ μηχανισμού προϋποθέτει την άσκηση αγωγής με αίτημα την καταδίκη του υποχρέου σε δήλωση βουλήσεως, ενδεχομένως και σε εκπλήρωση, ακολούθως, της εκ της οριστικής σύμβασης παροχής. Την αγωγή νομιμοποιείται να ασκήσει εκτός από τον δικαιούχο εκ του προσυμφώνου, ο τρίτος, εάν το προσύμφωνο έχει συμφωνηθεί να καταρτισθεί ως γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου, ο δανειστής του εκ προσυμφώνου δικαιούχου πλαγιαστικώς κατ' άρθρον 72 ΚΠολΔ, εφόσον αποδεικνύει την κατ' εξαίρεση νομιμοποίησή του προς τούτο, πέραν της έννομης σχέσης του με τον δικαιούχο, αλλά και ο δικαιούχος στον οποίο χορηγήθηκε πληρεξουσιότητα να καταρτίσει μόνος αυτός την οριστική σύμβαση ως αντιπρόσωπος του έτερου μέρους με ρήτρα αυτοσύμβασης στο προσύμφωνο, εφόσον, όπως διαπιστώθηκε, δεν στερείται εννόμου συμφέροντος, ως έχει υποστηριχθεί. Στο δικόγραφο της αγωγής προς καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως μπορεί να σωρευθεί αντικειμενικά

και αίτημα καταβολής αποζημίωσης, είτε ως κύριο αίτημα προς αποκατάσταση της ζημίας του δικαιούχου από την άρνηση του εναγομένου να συμπράξει στην κατάρτιση της οριστικής σύμβασης, είτε επικουρικόως προς καλύψη της πλήρους αξίας των παροχών εκ της οριστικής σύμβασης, η κατάρτιση της οποίας διαπιστώθηκε κατά την εκκρεμοδικία ότι είναι αδύνατη εξ υπαιτιότητας του εναγομένου.

Εάν αποδειχθούν τα πραγματικά περιστατικά που θεμελιώνουν την εκ προσυμφώνου αξίωση, θα εκδοθεί επί της αγωγής απόφαση, η οποία θα καταδικάζει στον υπόχρεο σε δήλωση βουλήσεως με περιεχόμενο το συμφωνηθέν στο προσύμφωνο. Ως προς την φύση της απόφασης, τονίσθηκε ότι πρέπει τελικά να γίνει δεκτό, μετά την ανάλυση των εκατέρωθεν δικονομικών επιχειρημάτων, ότι έχει καταψηφιστικό χαρακτήρα, ενώ, με την τελεσιδικία της αναπτύσσει τις συνήθεις συνέπειες του δεδικασμένου και της εκτελεστότητας. Ειδικώς στο πλαίσιο της εκτελεστότητας, ως επισημάνθηκε, αναπτύσσεται το στοιχείο του καταναγκασμού του συγκεκριμένου μέσου αναγκαστικής εκτέλεσης, το οποίο δεν έγκειται στον υλικό καταναγκασμό του οφειλέτη από τα αρμόδια όργανα εκτέλεσης, ούτε στην απειλή χρηματικής ποινής ή προσωπικής κράτησης, αλλά στην εκδήλωση της ενέργειας του νομικού πλάσματος που καθιερώνει η διάταξη του άρθρου 949 ΚπολΔ. Ειδικότερα προβλέπεται ότι με την τελεσιδικία της απόφασης επί της καταδίκης, η δήλωση βουλήσεως του υποχρέου λογίζεται ως γενομένη, χωρίς να λαμβάνεται υπ'όψιν η πραγματική βούληση του οφειλέτη από το προσύμφωνο. Η ενέργεια του νομικού πλάσματος είναι αυτόματη, αναπτύσσεται άνευ άλλου τινός με την τελεσιδικία της αποφάσεως, μετατίθεται όμως χρονικά όταν δεν έχει εκπληρωθεί η αντιπαροχή από την οποία εξαρτάται η επίδικη δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρον 949 εδ. Β' ΚΠολΔ.

Παρά την αυτόματη ενέργεια του κατ' άρθρον 949 ΚπολΔ νομικού πλάσματος, απαιτείται να διενεργηθούν όλες οι διαδικαστικές πράξεις εκτέλεσης, ήτοι η έκδοση απογράφου της απόφασης επί της καταδίκης, και η επίδοση αντιγράφου του με επιταγή προς εκτέλεση στον καθ' ου οφειλέτη, κατά τις σχετικές διατάξεις των άρθρων 918 ΚπολΔ επ., ενώ, για την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης εξακολουθεί να απαιτείται η σύμπραξη του έτερου του καταδικασθέντος μέρους, καθώς και η τήρηση τυχόν προβλεπομένων όρων του ενεργού ή άλλων διατυπώσεων της δικαιοπραξίας, αφού η ενέργεια του νομικού πλάσματος καλύπτει αποκλειστικά και μόνο την δήλωση βουλήσεως του μέρους που καταδικάσθηκε.

Ωστόσο η κίνηση του μηχανισμού της κατ' άρθρον 949 ΚπολΔ αναγκαστικής εκτέλεσης δεν επαρκεί για την προστασία του εκ προσυμφώνου δικαιούχου από κάθε ενδεχόμενο ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής. Η εκ του προσυμφώνου ενοχή μπορεί να εξελιχθεί παθολογικά και εξαιτίας γεγονότων που μπορεί να οδηγήσουν σε αδυναμία ή καθυστέρηση εκπλήρωσης, οπότε αυτούσια εκπλήρωση δεν μπορεί να ζητηθεί.

Στο πλαίσιο αυτό, ενώ θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι και στο προσύμφωνο, ως ενοχική σύμβαση, τα ενδεχόμενα αυτά μπορούν να αντιμετωπισθούν με την εφαρμογή των διατάξεων περί ανώμαλης εξέλιξης των ενοχών εν γένει, ακόμα και με την εφαρμογή των διατάξεων που διέπουν τις αμοτεροβαρείς συμβάσεις, η εγγύτερη εξέταση της δυνατότητας αυτής απέδειξε ότι η εφαρμογή των διατάξεων του ενοχικού δικαίου επί παθολογίας της εκ προσυμφώνου ενοχής πρέπει να αντιμετωπισθεί με την υιοθέτηση μίας σφαιρικής προσέγγισης του προσυμφώνου υπό την οποία θα συνυπολογίζεται πάντοτε η φύση και ο σκοπός της συμβατικής αυτής μορφής, αλλά και η αναπόφευκτη διαπλοκή των προθέσεων των μερών όταν συμβάλλονται στο προσύμφωνο, με τα συμφέροντά τους επί των ωφελημάτων της οριστικής σύμβασης. Η άρρηκτη αυτή σύνδεση προπαρασκευαστικής με οριστική σύμβαση εκδηλώνεται έντονα, αρχικά, όταν η παροχή εκ της οριστικής σύμβασης καταστεί αδύνατη πριν ακόμα η τελευταία καταρτισθεί, οπότε η δέσμευση από το προσύμφωνο φαντάζει άνευ περιεχομένου. Εφόσον είναι εμφανές ότι τα μέρη δεν έχουν κανένα συμφέρον, ελλείψει της κυρίας παροχής να εκπληρώσουν την εκ προσυμφώνου ενοχή, παρ'ότι η εκπλήρωση είναι δυνατή τεχνικά, γίνεται ομοφώνως δεκτό ότι οι διατάξεις περί αδυναμίας παροχής στις ενοχές είναι εφαρμοστέες αναλογικώς και στην περίπτωση προσυμφώνου, μολονότι η αδυναμία δεν αναφέρεται στην κατά κυριολεξία παροχή που απορρέει από αυτό. Η ίδια αναλογία συμφερόντων δικαιολογεί και την αναλογική εφαρμογή των διατάξεων που προβλέπουν τα δικαιώματα του θιγόμενου μέρους από πλημμελή εκπλήρωση της παροχής, όταν ο υπόχρεος από το προσύμφωνο παραμελεί τις παρεπόμενες υποχρεώσεις προστασίας και διατήρησης του αντικειμένου της οριστικής σύμβασης έως την κατάρτιση της τελευταίας, υποχρεώσεις οι οποίες εύλογα πρέπει να τηρηθούν από τον καλόπιστο συναλλασσόμενο που επιδιώκει την εκπλήρωση του σκοπού του προσυμφώνου.

Ομοίως, παρ'ότι δεν υιοθετήθηκε η κρατούσα στην νομολογία άποψη ότι το προσύμφωνο συνιστά αμοτεροβαρή σύμβαση, δεν θα μπορούσε να μην γίνει δεκτή η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων που διέπουν την ενοχή από αμοτεροβαρή σύμβαση, καθ'ότι άλλως θα στερείτο ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος της πληρέστερης προστασίας των διατάξεων των άρθρων 374 ΑΚ επ.. Την προστασία αυτή χρειάζεται ο εκ προσυμφώνου δικαιούχος δεδομένου ότι τα μέρη στην εκτέλεση της οριστικής σύμβασης κατ' ουσίαν αποβλέπουν, προβαίνοντας ακόμα και σε προεκπλήρωση των εκ της οριστικής σύμβασης παροχών σε μία προσπάθεια υποκατάστασης της κατάρτισης της τελευταίας, η οποία δεν είναι ακόμα δυνατή.

Τέλος, όσον αφορά το ζήτημα περί του παραδεκτού ή μή της εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 522 και 537 ΑΚ και 540 επ. ΑΚ στην περίπτωση προσυμφώνου πώλησης με παράδοση του πράγματος, παρόμοιες σκέψεις με τις ανωτέρω οδήγησαν στην προτροπή για

διατήρηση μίας κριτικής θέσης απέναντι σε κάθε υπό κρίση προσύμφωνο, προτού γίνει άνευ ετέρου δεκτή η αναλογική εφαρμογή των ως άνω διατάξεων σε κάθε περίπτωση, όπως φαίνεται να συμβαίνει στην νομολογία. Δηλαδή, προκειμένου να αποδεχθεί κανείς ότι ο εκ προσυμφώνου πωλητής υπέχει υποχρέωση παράδοσης πράγματος ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις της σύμβασης, όταν η σύμβαση αυτή δεν έχει καταρτισθεί ακόμη, με αποτέλεσμα ο προς ον η παράδοση εκ προσυμφώνου αγοραστής να χρήζει προστασίας ανάλογης του αγοραστή από οριστική σύμβαση κατ' άρθρα 540 επ. ΑΚ, πρέπει να διαπιστώνεται ότι η θέση των εκ προσυμφώνου μερών απέναντι στις παροχές από την οριστική σύμβαση προσομοιάζει επαρκώς στην αντίστοιχη θέση τους εάν είχαν καταρτίσει ήδη την οριστική σύμβαση. Κι αυτό γιατί, ως γίνεται δεκτό, ο εκ προσυμφώνου πωλητής δικαιούται μέχρι και την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης να αποκαταστήσει τυχόν πλημμέλεια στην παραδοθείσα παροχή του, θα ήταν επομένως ανεπιεικές να στερηθεί του δικαιώματός του αυτού στην περίπτωση προεκπλήρωσης με την σύναψη προσυμφώνου. Εάν αντιθέτως δεν υφίσταται επαρκής αναλογία της υφιστάμενης κατάστασης προς την επιδιωκόμενη με την οριστική σύμβαση, προτιμότερο θα ήταν ο θιγόμενος από κάποια ενδεχόμενη παράβαση του έτερου μέρους να καταφύγει στις διατάξεις των άρθρων 335 επ. ΑΚ ή και 374 επ. ΑΚ περί των ενοχών εν γένει, άλλως εναλλακτικά, η ενδεχόμενη ανισορροπία των συμφερόντων των μερών προτείνεται να αντιμετωπισθεί σύμφωνα με τις ειδικές διατάξεις που διέπουν την πρόσθετη συμφωνία επί τη βάση της οποίας παραδόθηκε προκαταβολικά το πράγμα, ήτοι ανάλογα με τον χαρακτήρα αυτής, με τις διατάξεις των άρθρων 574 επ. ΑΚ ή 812 ΑΚ.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Αθανασόπουλος Τ. - Αθανασόπουλος Α., Οι δικαιοπραξίες με τα προσαρτώμενα στο σύνολο των συμβ/κών πράξεων σε συνδ. με τον Ε.Ν.Φ.Ι.Α., (Γ' Έκδοση) 2018

Βαθρακοκοίλης Β. σε ΕΡΝΟΜΑΚ Ερμηνεία Νομολογία Αστικού κώδικα (κατ' άρθρο) ΤΟΜΟΣ Α' ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ Άρθρα 1-286, εκδ. 1η 2001

Βαθρακοκοίλης Β., Κώδικας πολιτικής δικονομίας ερμηνευτική – νομολογιακή ανάλυση (κατ' άρθρο), Τόμος Ε' Άρθρα 904-981, εκδ. 1997

Βίτσας Π., Γεωργιάδου Μ., Μάνθου Α., Παναγιωτόπουλος Β., Φανού Μ., Καρακώστας Ι., Αγωγές γενικών αρχών Αστικού Δικαίου: ερμηνεία, υποδείγματα, 2016

Γαζής Α. σε ΕρμΑΚ, Ενοχικόν Δίκαιον, Ειδικόν μέρος, τμήμα πρώτον, Άρθρα 496-573, Τόμος ΙΙΙ, 1972

Γαζής Α., “Προσύμφωνο πωλήσεως ακινήτου με προεκπλήρωση (γνωμοδότηση)”, ΕλλΔνη 35, 289

Γεωργιάδης Απ. - Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδιξ ερμηνεία κατ' άρθρον – νομολογία – βιβλιογραφία, Γενικό Ενοχικό (άρθρα 287-495), εκδ. 1979

Γεωργιάδης Απ. - Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδιξ ερμηνεία κατ' άρθρον – νομολογία – βιβλιογραφία, τόμος πρώτος: Γενικά Αρχαί, εκδ. 1978

Γεωργιάδης Απ., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, εκδ 4η, 2012

Γεωργιάδης Απ., Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, εκδ. 2014

Γεωργιάδης Απ., Εγχειρίδιο Εμπραγμάτων Δικαίου, εκδ. 2012

Γεωργιάδης Απ., Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδικας Γενικές Αρχές, τόμος ΙΒ άρθρα 126-286, εκδ.2016,

Γεωργιάδης Απ., Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδιξ, κατ' άρθρον ερμηνεία Ειδικό Ενοχικό, άρθρα 496-740 (τρίτος τόμος), εκδ. 2004

Γεωργιάδης Απ., Σύντομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα τόμος Ι άρθρα 1-946, εκδ. 2013, Π.Ν. Σάκκουλας

Γεωργίου Κ., “Εννοιολογικός προσδιορισμός των μορφών της παθολογικής εξέλιξης της ενοχής, η οποία πηγάζει από προσύμφωνο”, ΕλλΔνη 29, 454

Δεληγιάννης Ι.Γ., Κορνηλάκης Π.Κ., Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, εκδ. 1992

Διαμαντόπουλος Γ., “Άμυνα του αγοραστή ακινήτου δυνάμει προσυμφώνου (με εξοφλημένο το σύνολο του τιμήματος) στη διεκδικητική αγωγή του φερόμενου ως κυρίου του ακινήτου οικοπεδούχου, ο οποίος κήρυξε έκπτωτο τον εργολάβο μετά τη συντέλεση της (εκ προσυμφώνου) αγοραπωλησίας. Ένσταση καταχρηστικής ασκήσεως εμπράγματης αξιώσεως του οικοπεδούχου (ΑΚ 281), ΕλλΔνη, 54 σελ. 1302

Κατράς Ι., Αγωγές Αστικού Κώδικα και Ενστάσεις, εκδ. 2005

Καυκάς Κ. Καυκάς Δ., Ενοχικόν Δίκαιον (ερμηνεία κατ' άρθρον) Ειδικόν μέρος, τόμος Α' (άρθρα 496-729), έκδ. 5η, 1974,

Κεραμεύς Κ. Δ., Κονδύλης Δ. Γ., Νίκας Ν. Θ., Ερμηνεία του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας-εισαγωγικός νόμος, τόμος ΙΙ, άρθ. 591-1054, εκδ. 2000

Κλαβανίδου Δέσποινα Ι., Η πλάνη ως προς τις ιδιότητες του πράγματος στην πώληση, εκδ. 1991

Κλαμαρής Ν. Κ. - Κουσούλης Σ. Ν. - Πανταζόπουλος Σ. Σ., Πολιτική Δικονομία (Οργανισμός Δικαστηρίων – Γενική Εισαγωγή και διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια – απόδειξη), εκδ. 2012

Κρητικός Αθ., Το προσύμφωνον, Δογματική και Νομολογιακή Ερμηνεία της ΑΚ 166, εκδ. 1997

Λαδάς Π., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου ΙΙ, εκδ. 2009

Μητσόπουλος Γ., “Ανακοπή του εκ προσυμφώνου αγοραστού και κατόχου ακινήτου του πτωχού επί καταχρηστική ασκήσει υπό του συνδίκου της δια πλειστηριασμού επισπευδομένης εκποιήσεως” ΕλλΔ/νη 25(1984), σελ. 888 επ.

Μπαλής Γ., Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, εκδ. όγδοη, 1961

Μπόσδας Δ., “Νομική φύσις του προσυμφώνου”, Αρμ. 8, 153

Μπρίνιας Ι., Αναγκαστική Εκτέλεσις τόμος δεύτερος β' εκδ. (ανατ.), 1979.

Μωράτης, Σχόλιο σε 3693/1968, Ν.Δικ. 24, 554

Νικολόπουλος Γ., Αναγκαστική Εκτέλεση, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 290

Παντελίδου Κ., Το Προσύμφωνο στη θεωρία και στην πράξη, έκδ. 2012

Παπαδάκη Χ., Αγωγές Απόδοσης μισθίου, εκδ. 1990

Παπανικολάου Π., Ερμηνεία Ενοχικού Δικαίου κατά τον αστικόν κώδικα - πώλησις και ανταλλαγή άρθρα 513-573, εκδ. 1950

Παπαστερίου Δ. – Κλαβανίδου Δ., Δίκαιο της Δικαιοπραξίας, εκδ. 2008

Ποδηματά Ευ., “Η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατά το άρθρο 949 ΚπολΔ”, διδ. δ. 1989,

Σταθόπουλος Μιχ., “Επιτομή Γενικού Ενοχικού Δικαίου”, Ανατύπωση 2013 από εκδ. 2004

Σταθόπουλος Μιχ., Μελέτες ΙΙ, Αστικό Δίκαιο, 2010

Τριάντος Ν., Δικαιοπραξίες (ΑΡΘΡΑ 127-200), εκδ. 1998

Φίλιος Π., Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, τέταρτη έκδοση πλήρως αναμορφωμένη, εκδ. 2011

Φίλιος Π., Ενοχικό Δίκαιο ειδικό Μέρος πρώτος τόμος α' τεύχος, δεύτερη έκδοση, 1980