

ΑΠ 514/2016 Α2 Τμ.¹

ΕΝΗΜΕΡΩΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ

ΕΝΝΟΙΟΛΟΓΙΚΟΣ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟΣ ΤΩΝ ΜΟΡΦΩΝ ΤΗΣ ΠΑΘΟΛΟΓΙΚΗΣ ΕΞΕΛΙΞΕΩΣ ΕΝΟΧΗΣ, Η ΟΠΟΙΑ ΠΗΓΑΖΕΙ ΑΠΟ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟ

**(Δογματική επισκόπηση και κριτική της
νομολογίας)²**

Κυριάκος Δ. ΓΕΩΡΓΙΟΥ
τ. Εφέτης
τ. Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ ΥΛΗΣ

¹ Ελλ-Δνη 58/2017 σελ. 471 επ.

² Ελλ-Δνη 58/2017 σελ. 472 επ.

I. Νομική φύση προσυμφώνου. Προσδιορισμός της παροχής.

II. Ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής επί προσυμφώνου :

(α) Πότε υπάρχει αδυναμία παροχής

(β) Πότε υπάρχει υπερημερία οφειλέτη

(γ) Πότε υπάρχει πλημμελής εκπλήρωση ή περίπτωση της προσυμφωνημένης πωλήσεως ελαττωματικού πράγματος ή θέση μας κριτική της νομολογίας

I. ΕΝΝΟΙΑ ΤΟΥ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ

Το προσύμφωνο (ΑΚ 166) χαρακτηρίζεται ως συντελεσμένη σύμβαση³, της οποίας η παροχή συνίσταται στη σύμπραξη προς κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως⁴, δηλαδή στη δήλωση της βουλήσεως καθενός από τους συμβαλλομένους⁵.

II. ΕΙΔΗ ΑΝΩΜΑΛΗΣ ΕΞΕΛΙΞΕΩΣ ΤΗΣ ΕΚ ΠΡΟΣΥΜΦΩΝΟΥ

³ **Ράμμος**, ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 166 περιθ. αριθ. 21. **Σημαντήρας**, ΓενΑ, (έκδ. 1980) περιθ. αριθ. 638. **Παπαδάκης**, Αγωγή αποδόσεως του μισθίου, (έκδ. 1990) περιθ. αριθ. 37. **Κρητικός**, Το προσύμφωνον, (έκδ. 1980) § 4 Ι σελ. 125. **Μπόσδας**, Νομική φύσις του προσυμφώνου, Αρμ. Η/153. **Σόντης**, στην ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 403 περιθ. αριθ. 20. **Βρέλλης**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθοπούλου, υπό το άρθρο 166 περιθ. αριθ. 6. ΑΠ 1131/1976 Ελλ-Δνη 1/19. ΑΠ 104/1971 ΝοΒ 19/593. ΕφΑθ 3488/1977 ΝοΒ 26/68.

⁴ **Τριανταφυλλόπουλος**, Το Νομοσχέδιον περί τελών χαρτοσήμου, Ελλ-Δνη, 8/49. **Καυκάς**, ΕνοχΔ, (έκδ. 1974), υπό το άρθρο 513 § 3α (γ) σελ. 74 και υπό το άρθρο 574 § 2 σελ. 236. **Τούσης**, Γεν ΕνοχΔ, τ. Α/1 § 4 υποσημ. αριθ. 2 σελ. 30. **Μπαλής**, ΓενΑ, § 58. **Κρητικός**, ανωτ., § 3 IV 1 σελ. 83 και § 4 IV 2 σελ. 141. **Παπαδάκης**, ανωτ. **Σόντης**, ανωτ. **Κουμάντος**, στην ΕρμΑΚ, υπό τα άρθρα 197-198 περιθ. αριθ. 19. ΑΠ 612/1976 ΝοΒ 25/5. ΕφΔωδ 82/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. ΕφΑθ 224/2016 ΔΕΕ 2016/355, όπου και άλλες παραπομπές στη συναφή αρεοπαγίτική νομολογία. ΕφΑθ 9142/1983 Ελλ-Δνη 25 (1984)/369. ΕφΑθ 3108/1980 ΝοΒ 28/1223.

⁵ Η σύναψη (= κατάρτιση) της συμβάσεως συντελείται με δύο τουλάχιστον – αντιρρόπως κινούμενες - δηλώσεις της βουλήσεως εκατέρωθεν, οι οποίες είναι σμοιβαίως ληψιδεείς και οδηγούν, αφού σε αυτό αποβλέπουν οι συμβαλλόμενοι, σε δεσμευτική συμφωνία (**Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 642. **Ο ίδιος**, στην ΕρμΑΚ, υπό τα άρθρα 185-186, περιθ. αριθ. 4. **Μπαλής**, ανωτ., § 33 και 77. **Καράσης**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθοπούλου, Εισαγ. άρθρων 127-200 περιθ. αριθ. 1 και 7. Βλ. και **Μιχελάκη**, στην ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρων 127-200 περιθ. αριθ. 27).

ΕΝΟΧΗΣ

Η ανώμαλη εξέλιξη κάθε ενοχής (από την πλευρά του οφειλέτη), εμφανίζεται με τις ακόλουθες μορφές: **(α)** Αδυναμία παροχής, **(β)** καθυστέρηση εκπληρώσεως, (η οποία όταν είναι υπαίτια, καλείται υπερημερία) και **(γ)** Πλημμελής εκπλήρωση⁶.

II.1. Αδυναμία παροχής

Αδυναμία παροχής υπάρχει όταν, από λόγους νομικούς ή πραγματικούς, (οι οποίοι αφορούν είτε τον οφειλέτη είτε τον δανειστή), ο οφειλέτης αδυνατεί να εκπληρώσει την παροχή⁷.

Σημειώθηκε ανωτέρω⁸, ότι η παροχή της ενοχής (που απορρέει από προσύμφωνο) συνίσταται στη δήλωση της βουλήσεως εκατέρου εκ των συμβαλλομένων. Επομένως, η κατάφαση ή η άρνηση της αδυναμίας θα κριθεί (όχι από το αντικείμενο της οριστικής συμβάσεως, στην οποία αναφέρεται το προσύμφωνο, παρά) απ' το εάν είναι ή όχι (φυσικώς ή νομικώς) δυνατή η εν λόγω δήλωση⁹.

⁶ **Σταθόπουλος**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθοπούλου, Εισαγ. άρθρο 335-348 περιθ. αριθ. 4. **Γαζής**, στην ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρο 335-348 περιθ. αριθ. 1 επ. **Αστ. Γεωργιάδης**, Γεν ΕνοχΔ, § 21 11 σελ. 63. **Χριστοδούλου**, Η πλημμέλεια της συμβατικής παροχής, (έκδ. 1973). **Κρητικός**, ανωτ., § 21 Ι σελ. 338. Βλ. και **Μπαλή**, ΕνοχΔ, § 44.

Επισημαίνεται, ότι η άρνηση του οφειλέτη να εκπληρώσει ληξιπρόθεσμη ενοχή, θεωρείται ως υπερημερία του (**Σταθόπουλος**, ανωτ., Εισαγ. άρθρων 335-348, περιθ. αριθ. 5. ΕφΘεσ 979/1982 Αρμ. ΛΣΤ/882. ΠΠρΑθ 5079/1972 ΝοΒ 20/1076) και η άρνησή του να εκπληρώσει παροχή, πριν αυτή γίνει ληξιπρόθεσμη, αποτελεί πλημμελή εκπλήρωση (**Σταθόπουλος**, ανωτ. περιθ. αριθ. 6. **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 21 ν 1(ε) σελ 90-91. **Ζέπος**, ΕνοχΔ, Ι (έκδ. 1955) § 32 II 1 σελ. 90/91. **Κ. Ανδρουτσόπουλος**, Άρνησις του οφειλέτου προς εκπλήρωσιν της μη ληξιπροθέσμου ενδχής, ΝοΒ 14, σελ. 613 επ. **Δεληγιάννης**, Σχόλιο, ΕΕΝ 21, σελ. 425. Ο **Γαζής**, ανωτ., Εισαγ. άρθρο 335-348 περιθ. αριθ. 61-62, ονομάζει την περίπτωση αυτή «εκ των προτέρων παράβασις της συμβάσεως».

⁷5. **Μπαλής**, ΕνοχΔ, § 47. **Σταθόπουλος**, ανωτ., υπό τα άρθρα 335-336 περιθ. αριθ. 5.

⁸5. Στην § Ι του παρόντος.

⁹6. Το Ακυρωτικό (ΑΠ 891/1982 ΝοΒ 31/976) έχει δεχθεί πως ο εκ προσυμφώνου αγοραστής έχει νόμιμο δικαίωμα και έννομο συμφέρον να ζητήσει την καταδίκη του αντισυμβαλλομένου σε δήλωση της βουλήσεως (ΚΠολΔ 949), μολοντί ο τελευταίος δεν είναι κύριος πράγματος. Επομένως, η άσκηση των αξιώσεων, λόγω αδυναμίας παροχής της οριστικής συμβάσεως, θα υλοποιηθεί νομίμως μετά την τελεσίδικη καταδίκη σε δήλωση της βουλήσεως (ΑΠ 891/1982, ανωτ. ΑΠ 438/1984 ΕΕΝ 52/248. *Contra*: **Κρητικός**, ανωτ., § 21 II 1 σελ. 341 υποσημ. αριθ. 6). Και τούτο, διότι, αφού ο σκοπός του προσυμφώνου εξαντλείται στη θεμελίωση και μόνο νομικής δεσμεύσεως για τη μελλοντική σύναψη της οριστικής συμβάσεως, παρέπτεται αναγκαιώς ότι οι συμβληθέντες στο προσύμφωνο δεν δικαιούνται να ασκήσουν δικαιώματα, τα οποία παρέχει η σύμβαση αυτή (ΑΠ 1195/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. ΕφΑθ 9142/1983 Ελλ-Δνη 25/368). Ο **Μπρίνιανς**, [Αναγκαστική Εκτέλεσις, 2^η έκδ. § 238 (α) υποσημ. αριθ. 25]¹ υποστηρίζει ότι δεν υπάρχει, στην πιο πάνω περίπτωση, έννομο συμφέρον του αγοραστή, (αποφεύγοντας να λάβει θέση ως

Ειδικότερα :

(α.1) Περίπτωση φυσικής αδυναμίας δηλώσεως της βουλήσεως, θα μπορούσε είναι ο θάνατος του αντισυμβληθέντος. Όμως, η υποχρέωση του τελευταίου, ως κληρονομαία, μεταβιβάζεται στους κληρονόμους του¹⁰, εκτός αν η σύμβαση στην οποία αφορά το προσύμφωνο είναι κατά το νόμο σχέση προσωποπαγής, δηλ. κατά το νόμο, συνδέεται αρρήκτως με ορισμένο πρόσωπο δικαιούχου ή υποχρέου¹¹, ή έχει συμφωνηθεί ακληρονόμητη¹².

(α.2) Φυσική αδυναμία προς δήλωση της θέλησής του δεν έχει ο άλαλος. Και τούτο, διότι η δήλωση αυτή, ως εξωτερίκευση της δικαιοπρακτικής) βουλήσεως, αρκεί να γίνεται με τρόπο, ώστε να μπορεί να γίνει αντιληπτή από εκείνους, προς τους οποίους απευθύνεται¹³.

(α.3) Τα πρόσωπα τα οποία κατά το νόμο, είναι πλήρως ανίκανα προς δικαιοπραξία (δηλ. οι ανήλικοι, που δεν έχουν συμπληρώσει το 10ο έτος της ηλικίας τους, καθώς και οι τεθέντες υπό πλήρη στερητική δικαστική συμπαράσταση¹⁴) έχουν νομίμους εκπροσώπους, οι οποίοι και δικαιοπρακτούν για λογαριασμό των τελευταίων¹⁵. Συνακόλουθα, επί

προς το νόμο βάσιμο της σχετικής αγωγής). Βλ και **Ράμμο**, στην ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 166 περιθ. αριθ. 24, καθώς και **Κρητικό**, ανωτ., § 21 II 1 σελ. 340. Οι συγγραφείς αυτοί, μολονότι δέχονται ότι, θεωρητικώς, δεν μπορεί να γίνει λόγος για αδυναμία της παροχής που οφείλεται σε εκτέλεση προσυμφώνου, ωστόσο συμφωνούν ότι η αδυναμία αυτή θα αναφέρεται στην παροχή της οριστικής συμβάσεως. Ομοίως και **Σημαντήρας**, ανωτ., περιθ. αριθ. 638 υποσημ. αριθ. 22(α). **Φίλιος**, ΕνοχΔ, § 6 Α Νο 6, σελ. 79. Από τη νομολογία βλ. τις ΑΠ 356/1976 ΝοΒ 24/874 και ΕφΑθ 7093/1976 ΝοΒ 25/545.

¹⁰ **Μπαλής**, ΚληρονΔ, § 2 αριθ. 6. **Ο ίδιος**, ΓενΑ, § 58. **Ο ίδιος**, ΟικογΔ, § 203 αριθ. 1. **Τούσης**, ΟικογΔ, § 80 υποσημ. αριθ. 1. **Κρητικός**, ανωτ., § 10 II σελ. 243, όπου κι άλλες παραπομπές στη υποσημ. αριθ. 14. ΑΠ 356/1976 ΝοΒ 24/874.

¹¹ **Μπαλής**, ΚληρΔ, § 2 αριθ. 6. **Ο ίδιος**, ΓενΑ, § 58. **Κρητικός**, ανωτ., § 10 II σελ. 243.

¹² **Τούσης**, ΚληρΔ (έκδ. 1969), § 3 σελ. 50. **Κρητικός**, ανωτ., § 10 II σελ. 243. **Μπαλής**, ΚληρΔ, § 3.

¹³ Βλ. **Σημαντήρα**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 621 και 418. **Καράση**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Εισαγ. άρθ. 127-200 περιθ. αριθ. 9 : « ... Αδιάφορος η δια την δήλωσιν βουλήσεως επιλεγείσα μορφή εξωτερικεύσεως, ο τρόπος της δηλώσεως ... ». Ομοίως και **Μιχελάκης**, στην ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρων 127-200 περιθ. αριθ. 67, 68. Η δήλωση της βουλήσεως υλοποιείται, όχι μόνο με τη γνωστοποίηση της θέλησεως στον τρίτο, αλλά και με την πραγμάτωσή της (**Καράσης**, ανωτ., περιθ. αριθ. 9). Η ικανότητα, λοιπόν, προς εκφορά λόγου δεν είναι προαπαιτούμενο για την νόμιμη δικαιοπρακτική δήλωση (βλ. **Μιχελάκη**, ανωτ.).

¹⁴ Βλ. τις ΑΚ 128, 1666 § 1, 1676 αριθ. 1, 1678 § 1 και 2.

¹⁵ Τους ανηλίκους εκπροσωπούν οι γονείς τους (ΑΚ 1510 § 1 εδάφ. 2). Αν τα συμφέροντα του τέκνου συγκρούονται με τα συμφέροντα του πατέρα του ή της μητέρας του, που ασκούν τη γονική μέριμνα, διορίζεται ειδικός επίτροπος (ΑΚ 1517). Τα τέκνα που γεννήθηκαν και παραμένουν χωρίς γάμο των γονέων τους εκπροσωπούνται απ' τη μητέρα τους (ΑΚ 1515 § 1).

προσώπων ανικάνων προς δικαιοπραξία, δεν υφίσταται (νομική) αδυναμία για τη σύμπραξη προς κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως.

(α.4.) Η σχετική ανικανότητα προς δικαιοπραξία¹⁶ δεν αποτελεί νομική αδυναμία, ακριβώς διότι είναι παροδική¹⁷.

(α.5.) Ο ανήλικος που έχει συμπληρώσει το 10^ο έτος της ηλικίας του, είναι ικανός προς δικαιοπραξία, απ' την οποία αποκτά απλώς και μόνο έννομο όφελος¹⁸. Επομένως, εάν η οριστική σύμβαση του παρέχει αποκλειστικά όφελος¹⁹, δεν υπάρχει νομικό κώλυμα προκειμένου να συμμετάσχει αυτός στην κατάρτισή της.

(α.6.) Ο ανήλικος, που έχει συμπληρώσει το 14^ο έτος της ηλικίας του, μπορεί να διαθέτει ελεύθερα κάθε τι που κερδίζει απ' την προσωπική εργασία του ή που του δόθηκε για να το χρησιμοποιήσει ή για να το διαθέτει ελεύθερα²⁰. Ούτε, λοιπόν, ως προς τα περιουσιακά αυτά στοιχεία υπάρχει νομική αδυναμία, προκειμένου να καταρτισθεί η οριστική σύμβαση με συμμετοχή του ανηλίκου, αυτοπροσώπως.

(α. 7.) Σε περίπτωση κατά την οποία, ο υπόχρεος προς δήλωση της βουλήσεως είναι άφαντος, καθένας που εξαρτά δικαιώματα απ' το θάνατο του εξαφανισμένου δικαιούται να ζητήσει απ' το δικαστήριο να κηρυχθεί ο τελευταίος σε αφάνεια²¹. Άμεσο αποτελέσματα κηρύξεως τινος σε αφάνεια, είναι η δημιουργία νομίμου τεκμηρίου ότι ο άφαντος έχει αποβιώσει²². Ο άφαντος τότε κληρονομείται²³.

Οι ανήλικοι, οι οποίοι τελούν υπό επιτροπεία, εκπροσωπούνται απ' τον επίτροπό τους (ΑΚ 1589, 1603). Το αναγνωρισμένο (εκουσίως η δικαστικώς) ανήλικο τέκνο θεωρείται γνήσιο και συνεπώς, εκπροσωπείται όπως και το τελευταίο (ΑΚ 1484, 1510 § 1 εδάφ. 2). Το ίδιο ισχύει και ως προς το υιοθετημένο ανήλικο τέκνο (ΑΚ 1580). Τους τελούντες υπό πλήρη στερητική δικαστική συμπαράσταση εκπροσωπεί ο δικαστικός συμπαραστάτης (ΑΚ 1682).

¹⁶ Βλ. ΑΚ 131 (**Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 432 in finem. **Μπαλής**, ΓενΑ, § 35).

¹⁷ Βλ. τις αμέσως ανωτέρω παραπομπές.

¹⁸ ΑΚ 129, 134.

¹⁹ Βλ. **Μπαλή**, ΓενΑ, § 35.

²⁰ ΑΚ 135.

²¹ Βλ. την ΑΚ 40.

²² **Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 391. **Μπαλής**, ΓενΑ, § 13. **Γιαννόπουλος**, ΓενΑ, §4 8 II. **Μπόσδας**, ΝΔικ 30/365. **Αν. Παπαχρήστος**, ΓενΑ, (έκδ. 1979), υπό το άρθρο 48 § 2. ΟλομΑΠ 569/1962 ΝοΒ 11/331. Ο **Ράμμος** (στην ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 48 περιθ. 3), υποστήριξε ότι πρόκειται για τεκμήριο (ιδιάζουσας μορφής), με περιεχόμενο όχι ότι ο άφαντος έχει αποβιώσει, παρά ότι έχει αποδειχθεί ο θάνατός του.

²³ ΑΚ 48 § 1.

Δεδομένου όμως του ότι, όπως ήδη σημειώθηκε ανωτέρω²⁴, η υποχρέωση του αφάντου που απορρέει από προσύμφωνο, είναι, κατά κανόνα, κληρονομητή, συνέπεται αναγκαίως και ότι η υποχρέωση αυτή μεταβιβάζεται ipso iure στους (εκ διαθήκης ή εξ αδιαθέτου) κληρονόμους του. Ούτε, λοιπόν, σε αυτήν την περίπτωση στοιχειοθετείται (νομική) αδυναμία δηλώσεως βουλήσεως.

Περαιτέρω : Οι δανειστές του αγνοουμένου δεν έχουν έννομο συμφέρον να ζητήσουν την κήρυξή του σε αφάνεια, διότι το δικαίωμά τους δεν εξαρτάται απ' το θάνατο του τελευταίου²⁵. Εξάλλου, οι δανειστές των δικαιουμένων να ζητήσουν την κήρυξη του αγνοουμένου σε αφάνεια, (δηλαδή οι δανειστές των κληρονόμων του), δικαιούνται πλαγιαστικώς, κατά την ΚΠολΔ 72, να υποβάλουν τη σχετική αίτηση²⁶. Συνεπώς, ο αντισυμβληθείς σε προσύμφωνο με τον αγνοούμενο, πριν να κηρυχθεί ο τελευταίος άφαντος και χωρήσει η κληρονομική διαδοχή του, δεν είναι εισέτι δανειστής των κληρονόμων του, ακριβώς επειδή αυτοί δεν έχουν αποκτήσει την ιδιότητα αυτή. Ενόψει του γεγονότος αυτού, θα μπορούσε να δημιουργηθεί prima facie η εντύπωση ότι υφίσταται νομική αδυναμία προς δήλωση της σχετικής βουλήσεως από μέρους του αφάντου, προς κατάρτιση της οριστικής σύμβασεως' όμως τούτο δεν ισχύει, διότι ο δανειστής αυτός το δικαίωμα ν' ασκήσει την αίτηση αφανείας, πλαγιαστικώς (ΚΠολΔ 72), με τη βοήθεια της ΚΠολΔ 69 § 1 περίπτ. (δ) του ίδιου Κώδικα, αφού και η γέννηση του δικαιωμάτος του (να ζητήσει την κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως από τους κληρονόμους του αντισυμβληθέντος), εξαρτάται απ' την κδοση της αποφάσεως, η οποία θα κηρύξει την αφάνεια.

Συμπέρασμα : Κατά την άποψή μας, στοιχειοθετείται αδυναμία παροχής, σε περίπτωση θανάτου του αντισυμβληθέντος σε προσύμφωνο, μόνον όταν η υποχρέωση προς κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως είναι - νομίμως ή συμβατικώς - μη κληρονομητή. Στην ουσία όμως θα πρόκειται για κατάργηση της ενοχής, αφού δεν θα υπάρχει αντισυμβαλλόμενος. Και τούτο, διότι η αδυναμία παροχής, ως είδος της ανώμαλης εξελίξεως της ενοχής προϋποθέτει, κατά νόμιμη και λογική αναγκαιότητα, ενεργό σύμβαση.

²⁴ Στην § II.1 (α.1).

²⁵ **Ράμμος**, στην ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 40 περιθ. αριθ. 15. **Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 387 υποσημ. αριθ. 1. **Γιαννόπουλος**, ΓενΑ, υπό το άρθρο 40 § 2. **Αν. Παπαχρήστος**, ΓενΑ, υπό το άρθρο 40-43 § II (β)].

²⁶ **Ράμμος**, ανωτ., υπό το άρθρο 40 περιθ. αριθ. 15 in finem.

Επικρατεί η γνώμη ότι η αδυναμία παροχής των ΑΚ 335 επ., ως μορφή παθολογικής (ανώμαλης) εξελίξεως της εκ προσυμφώνου ενοχής δεν αναφέρεται στην εκ του προσυμφώνου παροχή αυτή καθ' εαυτήν, παρά στην οφειλομένη από την σκοπούμενη οριστική σύμβαση²⁷ και συνεπώς στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις των άρθρων 380 επ. ΑΚ²⁸.

Φρονούμε ότι η άποψη αυτή δεν είναι πειστική, για τον θεμελιώδη λόγο ότι, εν προκειμένω, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, δεν υφίσταται κενό στο νόμο, αφού κείμενες διατάξεις νόμου προσδιορίζουν επαρκώς το πότε υφίσταται ή δεν υφίσταται αδυναμία παροχής επί προσυμφώνου. Συνεπώς, δεν παρίσταται ανάγκη προσφυγής στην ερμηνευτική μέθοδο της αναλογίας (νόμου ή δικαίου)²⁹.

²⁷ **Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 638 υποσημείωση αριθ. 22^α σελ. 429. **Βαθρακοκοίλης**, ΕρμΝομΑΚ, τ. Α' (έκδ. 2001), υπό το άρθρο 166 § 21 σελ. 696. **Φίλιος**, ΕνοχΔ, σελ. 79. ΑΠ 568/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. ΑΠ 356/1976 ΝοΒ 24/874. ΕφΛαρ 333/2001 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. ΕφΑθ 5548/1993 Ελλ-Δνη 38/384. ΕφΘεσ 1788/1998 Αρμ. 52/79. ΕφΑθ 7093/1976 ΝοΒ 25/545. ΕφΑθ 92/1975 Αρμ 29/125. Βλ. και ανωτ., στην υποσημείωση αριθ. 7.

²⁸ ΑΠ 249/2009 ΕπΔικΠολ 2010/125. ΑΠ 1600/2009 ΕπΔικΠολ 2009/320. ΕφΑθ 3518/2011 ΕπΔικΠολ 2012/321. ΕφΑθ 8528/2005 Αρμ. 2007/212.

²⁹ Η αναλογία (legis ή uris: νόμου ή δικαίου) αντιδιαστέλλεται εννοιολογικά από τη διασταλτική ερμηνεία: η αναλογία εφαρμόζεται όταν ο ερμηνευτής του δικαίου διαπιστώνει κενό στο νόμο (vacuum legis), δηλαδή ανακαλύπτει ότι η έννομη τάξη δεν ρυθμίζει τη συγκεκριμένη βιοτική σχέση. Στην περίπτωση αυτήν εφαρμόζει την εν λόγω ερμηνευτική μέθοδο, όταν σχηματίζει τη γνώμη πως μεταξύ της ρυθμισμένης νομοθετικά περίπτωσης, αφενός, και της αρρύθμιστης περίπτωσης, αφετέρου, υφίσταται τόσο έντονη ομοιότητα, ώστε ο συνεπής νομοθέτης αν είχε ρυθμίσει και την αρρύθμιστη περίπτωση, θα το είχε πράξει κατά τρόπο απολύτως όμοιο μ' εκείνον της διατάξεως η οποία είναι εφαρμοστέα αναλόγως. Αντιθέτως, η διασταλτική ερμηνεία (υποδιαίρεση της λογικής ερμηνείας) προϋποθέτει ότι υπάρχει νομοθετική ρύθμιση (δηλαδή ότι δεν διαπιστώνεται κενό στο νόμο), αλλ' ότι ο νομοθέτης εκφράσθηκε στενότερα του δέοντος. Τότε, η ερμηνεία διαστέλλει το γράμμα του νόμου, ώστε να υπαχθεί σ' αυτό και η – κατά φαινόμενο μόνον – αρρύθμιστη περίπτωση [βλ. **Μπαλή**, ΓενΑ (έκδ. 1961), § 7 σελ. 19 και § 9 σελ. 25. **Σημαντήρα**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 175-176 σελ. 122-123. **Αραβαντινό**, Η αναλογία ως δικανικός συλλογισμός, στο Εράνιο Μαριδάκι (Συμπλ.), (έκδ. 1968), σελ. 217. **Τσάτσο**, Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου, Κεφ. ΣΤ § 4 σελ. 202-203. **Μπέη**, Εισαγωγή στη δικονομική σκέψη, (3η έκδοση) § 26

(: Μεθοδολογία για την ερμηνεία του δικαίου) σελ. 360 επ. **Τον ίδιο**, Γύρω από την ερμηνεία του δικονομικού δικαίου, Δ. 11 σελ. 513 επ. και ιδίως σελ. 522-523. **Τον ίδιο**, στο συλλογικό έργο «**Δικονομία ιδιωτικών διαφορών**» (Μπέη/Καλαβρού/Σταματόπουλου), (έκδ. 1999), § 4.4. σελ. 46 επ.].

II.2. Υπερήμερία οφειλέτη

Υπερήμερία οφειλέτη είναι η μη εμπρόθεσμη εκπλήρωση της παροχής από υπαιτιότητα του τελευταίου³⁰.

Στο προσύμφωνο, η υπερήμερία του οφειλέτη αναφέρεται φυσικά, στην παροχή που οφείλεται απ' αυτό³¹, όπως αυτή έχει ήδη³² εννοιολογικώς προσδιορισθεί, δηλαδή ερευνάται εάν ο αντισυμβαλλόμενος σε προσύμφωνο παρέβη την υπόσχεσή του σε αυτό να προσέλθει προς κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως στην τακτή ημέρα που είχε καθορισθεί στην εν λόγω προσύμβαση.

Συναφώς, απαιτείται να γίνουν οι ακόλουθες διευκρινίσεις : Εάν η πρωτοβουλία για την έναρξη κινήσεως του μηχανισμού συνάψεως της σκοπούμενης οριστικής συμβάσεως ανήκει (κατά συμφωνία των μερών) εις εκάτερο εξ αυτών, τότε γίνεται λόγος περί αμφιμερώς δεσμευτικού προσυμφώνου³³⁻³⁴, υπό την έννοια ότι καθένα από τα μέρη επέχει θέση και δανειστή και οφειλέτη' αντιθέτως, **ετερομερώς** δεσμευτικό είναι το προσύμφωνο, στο οποίο τα μέρη συμφωνούν ότι μόνον το ένα από αυτά δικαιούται να καλέσει το άλλο προς σύναψη της οριστικής συμβάσεως' στην περίπτωση αυτή, το πρώτο πρόσωπο είναι μόνον δανειστής και, αντιστοίχως, το άλλο πρόσωπο μόνον οφειλέτης³⁵. Εξ άλλου, σε

Εξ άλλου, η αναλογία διαφέρει και από την ανάλογη εφαρμογή: Στη δεύτερη περίπτωση, ενίοτε ο νόμος, επί ορισμένου περιστατικού, το οποίο δεν ρυθμίζει αμέσως, προβλέπει την ανάλογη εφαρμογή μίας ή περισσότερων διατάξεων (βλ. λ.χ. τις ΑΚ 76, 210, 279, 315, 387 § 2, 620 κ.λπ.). Στις περιπτώσεις αυτές, πρόκειται περί μη γνήσιας αναλογίας, διότι δεν υπάρχει κενό του δικαίου. Κατά την ανάλογη αυτή εφαρμογή, την οποία ο νόμος επιτάσσει, ο εφαρμοστής του δικαίου απαλλάσσεται από το να ερευνήσει, εάν στη συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αναλογίας: η διάταξη όμως η οποία πρέπει να εφαρμοσθεί αναλόγως, δεν εφαρμόζεται αυτομάτως, αλλά κατά τον «κατάλληλο τρόπο», δηλαδή αφού προσαρμοσθεί στο σχετικό θέμα (**Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 177 σελ. 123-124. **Μπαλής**, ΓενΑ, § 26 επ. **Καλλιμόπουλος**, Μη γνήσια διοίκηση αλλοτρίων, σελ. 194).

³⁰ **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 21 IV 1 σελ. 76. **Σταθόπουλος**, ανωτ., υπό το άρθρο 340 περιθ. αριθ. 4.

³¹ **Κρητικός**, ανωτ., § 21 II 2 σελ. 343. **Βαθρακοκόλης**, ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 166 § 22 σελ. 697.

³² Στην § I του παρόντος.

³³ **Κρητικός**, ανωτ., § 3 II (1,2) σελ. 70 επ.

³⁴ **Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 638 σελ. 429. **Κρητικός**, ανωτέρω, § 3 II (3) σελ. 72 επ. **Απ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 32 περιθ. αριθ. 38 υποσημείωση αριθ. 28, σελ. 408.

³⁵ **Κρητικός**, ανωτ., § 16 II σελ. 294-295. **Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 638, σελ. 429.

περίπτωση κατά την οποία, τα μέρη δεν όρισαν σαφώς εάν την πρωτοβουλία για την κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως θα έχει ο ένας από αυτά ή αμφότερα, τότε – προς ερμηνεία της μη δηλωθείσας ρητώς βουλήσεως των συμβληθέντων στο προσύμφωνο, κατά την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη (ΑΚ 200) - λαμβάνεται υπ' όψιν το περιεχόμενο της σκοπούμενης οριστικής συμβάσεως : εάν αυτή αποτελεί αμφοτεροβαρή σύμβαση κατά την έννοια της ΑΚ 374 επ., ήτοι δημιουργούσα δικαιώματα και υποχρεώσεις υπέρ και εις βάρος εκατέρου των συμβαλλομένων μερών, παρίσταται πλέον εγγύτερη προς την (ερευνώμενη) βούληση των μερών, η άποψη του αμφιμερώς δεσμευτικού χαρακτήρα ενός τοιούτου προσυμφώνου³⁶.

Περαιτέρω, αφού το προσύμφωνο είναι καταρτισμένη σύμβαση, παρέπεται αναγκαίως ότι η αποζημίωση που οφείλεται στο έτερο μέρος αυτής, εξαιτίας της μη εκπληρώσεως των όρων του, είναι το θετικό διαφέρον της εν λόγω (προ)συμβάσεως : Ερευνάται τι θα είχε το ένα μέρος, εάν ο αντισυμβληθείς είχε εκπληρώσει την υποχρέωσή του να στέρξει στην κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως³⁷. Κατά ταύτα,

(α) Εάν η οριστική σύμβαση είναι υποσχετική³⁸, αυτό που θα είχε ο δανειστής, θα ήταν μια καταρτισμένη (οριστική) σύμβαση κι επομένως (και) το δικαίωμα να ζητήσει την εκτέλεσή της, δηλ. την εκπλήρωση της παροχής³⁹ και

³⁶ **Κρητικός**, ανωτ., σελ. 75 in finem, 76.

³⁷ **Κρητικός**, ανωτ. § 21 II 5 σελ. 349. **Κουμάντος**, στην ΕρμΑΚ, υπό τα άρθρα 197-198 περιθ. αριθ. 19. Βλ. γενικώς: **Μπαλή**, ΓενΑ, § 87. **Σταθόπουλο**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθοπούλου, υπό τα άρθρα 297-298 περιθ. αριθ. 33. **Τον ίδιο**, ΕνοχΔ, I § 8 II 2 σφλ. 236. **Λιτζερόπουλο**, στην ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 298 περιθ. αριθ. 30. **Τον ίδιο**, Στοιχεία ΕνοχΔ, § 103 Α σελ. 112. **Φουρκιώτη**, ΕλλΕνοχΔ, (έκδ. 1964), § 28 I σελ. 411. **Αστ. Γεωργιάδη**, ανωτ., § 5 III 1 σελ. 142.

³⁸ Υποσχετική είναι η δικαιοπραξία, η οποία παράγει μόνον υποχρέωση προς ορισμένη παροχή. Με τη σύναψη της δικαιοπραξίας αυτής, δε συντελείται η εκποίηση του αντικειμένου της

παροχής (πράγματος ή απαιτήσεως)· ο οφειλέτης μόνον υποχρέωση αναλαμβάνει προς μεταβίβαση (**Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 585. **Μπαλής**, ΓενΑ, §§ 31 και 33. **Καράσης**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθοπούλου, Εισαγ. άρθρ. 127-200 περιθ. αριθ. 7. **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ.

§ 141 2(α) σελ. 252. **Σταθόπουλος**, ΓενΕνοχΔ, § 141 σελ. 70).

³⁹ Κατά τη θεωρία της πρόσφορης αιτιότητας, (και) επί προσυμφώνου, η υπερημερία του ενός μέρους ως προς την κατάρτιση της οριστικής υποσχετικής συμβάσεως, είναι η ενεργός αιτία μόνο για τη μη σύναψη της συμβάσεως αυτής, όχι όμως και για τη μη εκπλήρωσή της. Η άρνηση εκπληρώσεως των όρων του προσυμφώνου από τον συμβληθέντα σε αυτό, δεν σημαίνει αναγκαίως και ότι αυτός θα αρνούταν να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του εκ της

(β) Εάν η οριστική σύμβαση ήταν εκπονητική⁴⁰ ή παραδοτική⁴¹, ο δανειστής, εκτός από την καταρτισμένη σύμβαση, θα είχε και την παροχή.

οριστικής συμβάσεως, εάν αυτή θα καταρτιζόταν. Πράγμα, το οποίο αναμφισβότως σημαίνει ότι δεν συνδέονται αιτιωδώς, αφενός η μη κατάρτιση της οριστικής υποσχετικής συμβάσεως και αφετέρου η ζημία του άλλου μέρους, απ' το γεγονός ότι δεν έχει την προσυμφωνημένη παροχή. Γιαυτό και - κατά τη γνώμη μας - η ζημία του τελευταίου από την αιτία αυτή δεν είναι ανορθωτέα κατά το νόμο (βλ. όμως **Κρητικό**, ανωτ., § 21 II 5 σελ. 349. ΑΠ 1436/1979 ΝοΒ 28/1040. ΕφΑθ 3108/1980 ΝοΒ 28/1223).

⁴⁰ Εκπονητική είναι η δικαιοπραξία, με την οποία επέρχεται, ως εξ αυτής άμεση έννομη συνέπεια, η απόσβηση, μεταβίβαση, αλλοίωση ή επιβάρυνση υφισταμένου δικαιώματος. Η εκπονητική δικαιοπραξία μπορεί να έχει ως αντικείμενο, εμπράγματο, αλλά και ενοχικό δικαίωμα (**Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 584. **Μπαλής**, ΓενΑ, § 33. **Καράσης**, ανωτ., Εισαγωγή άρθρ. 127-200, περιθ. αριθ. 7. **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ § 141 2 σελ. 252. **Σταθόπουλος**, ΓενΕνοχΔ, § 141 σελ. 70).

⁴¹ Παραδοτική (: re καταρτιζόμενη) είναι η σύμβαση, για τη συντέλεση της οποίας απαιτείται; ως *condictio iuris*, η παράδοση του πράγματος (**Μπαλής**, ΓενΑ, § 82. **Σημαντήρας**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 668. **Σταθόπουλος**, ΓενΕνοχΔ, § 14 I 1 Νο 3 σελ. 78/9). Παραδοτικές συμβάσεις είναι το δάνειο, το χρησιδάνειο, το ενέχυρο και η παρακαταθήκη (**Μπαλής**, ανωτ., § 82 *ip finem*, **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 14 I 2 (γ) σελ. 253/4. **Μαντζούφας**, ΕνοχΔ, § 55 I 1. **Σταθόπουλος**, ΓενΕνοχΔ, § 141 II 3 σελ. 77).

Βλ. επίσης αναφορικά με κάθε μια απ' τις συμβάσεις αυτές:

I. *Ως προς το ενέχυρο* : **Σπυριδάκη**, Το δίκαιον της εμπραγμάτου οσφαλείας, § 116 σελ. 256 επ. **Λιακόπουλο**, στον ΑΚ Γεωργιόδη/Σταθοπούλου, υπό το άρθρο 1211 περιθ. αριθ. 1. **Μπαλή**, ΕμπρΔ, § 205 αριθ. 8.

II. *Ως προς το δάνειο* : **Σημαντήρα**, ΓενΑ, περιθ. αριθ. 668, **Ρόκα**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Εισαγ. άρθρο 806-809 περιθ. αριθ. 11, όπου και παραπομπές σε νομολογία. **Καυκά**, ΕνοχΔ, υπό το άρθρο 806 § 2 σελ. 289. **Σπυριδάκη/Περάκη**, Αστικός Κώδιξ, υπό το άρθρο 806 § 4. **Ζέπο**, ΕνοχΔ, Ειδικό μέρος (έκδ. 1965) § 5 I 1. **Βουζίκας**, στην ΕρμΑΚ, υπό τα άρθρα 806-809 περιθ. αριθ. 10 επ. Βλ. όμως **Φίλιο**, ΕνοχΔ. Ειδ. Μέρος, § 20 Γ 11 2 (α) σελ. 113/4. Μόνη η συμφωνία δανεισμού, χωρίς ταυτόχρονη παράδοση του πράγματος, αποτελεί προσύμφωνο δανείου (έτσι **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 14 I 2 (γ) υποσημ. αριθ. 15 σελ. 254). Ο **Κρητικός**, ανωτ., § 3 V 2 σελ. 111-112, θεωρεί ότι προσύμφωνο δανείου μπορεί να νοηθεί, είτε η σύμβαση θεωρηθεί παραδοτική είτε θεωρηθεί συναινετική.

III. *Ως προς το χρησιδάνειο* : **Ζέπο**, ανωτ., § 10 I 1 σελ. 283. **Καυκά**, ανωτ., υπό το άρθρο 810 § 2 (β). **Σημαντήρα**, ΓενΑ, Νο 668. **Μαντζούφας**, ανωτ., § 5611. **Πασσιά**, στην ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 810 περιθ. αριθ. 26. **Αποστολίδης**, ΕνοχΔ, § 5. **Ρόκα**, ανωτ., υπό το άρθρο 810 περιθ. αριθ. 2. Βλ. όμως **Φίλιο**, ανωτ., § 12 A II 1 σελ. 148.

IV. *Ως προς την παρακαταθήκη* : **Ζέπο**, ανωτ., § 161 I 1 (α) σελ. 431. **Καυκά**, ανωτ., υπό το άρθρο 822 § 2 (α). **Μπόσδα**, Η παρακαταθήκη, Ελλ-Δνη 1979, σελ. 1 επ. **Ράμμο**, στην ΕρμΑΚ, υπό το άρθρο 822 περιθ. αριθ. 6 και 6 (α).

Κωσταρά, Η παρακαταθήκη, (έκδ. 1971), σελ. 1. **Αποστολίδης**, υπό το άρθρο 822 § 5. Βλ. όμως **Φίλιο**, ανωτ., § 20 A III 1 σελ. 289. **Καρακατσάνη**, Η νομική φύση του νόμιμου τύπου της δηλώσεως βουλήσεως, (έκδ. 1980), σελ. 212 επ. **Κρητικό**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθοπούλου, Εισαγ. άρθρ. 822-833 περιθ. αριθ. 2.

Συνεπώς, επί υπερημερίας του συμβληθέντος σε προσύμφωνο, ως προς την κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως, η ζημία του άλλου μέρους από την αιτία αυτή θα προσδιορισθεί αναλόγως προς το είδος της μέλλουσας οριστικής συμβάσεως (υποσχετικής ή εκποιοητικής).

II.3. Πλημμελής εκπλήρωση της οφειλής

A. Κάθε περίπτωση αθετήσεως ενοχικής υποχρεώσεως του οφειλέτη, η οποία δεν υπάγεται εννοιολογικώς στην αδυναμία παροχής ή στην υπερημερία αυτού, θεωρείται ως πλημμελής εκπλήρωση της παροχής⁴².

B. Μορφές της πλημμελούς εκπληρώσεως είναι :

(α) Η παράβαση παρεπομένων υποχρεώσεων από μέρους του οφειλέτη⁴³,

(β) Η μη προσήκουσα εκπλήρωση της κύριας παροχής⁴⁴,

(γ) Η μη εκπλήρωση μιας ή μερικών από τις πολλές κύριες υποχρεώσεις⁴⁵,

(δ) Η παράβαση διαρκούς υποχρεώσεως προς παράλειψη⁴⁶, και

(ε) Η άρνηση εκπληρώσεως μη ληξιπρόθεσμης ενοχής⁴⁷.

Συμπέρασμα : Ενόψει της μορφής της παροχής που απορρέει από

⁴² **Σταθόπουλος**, στον ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθοπούλου, Εισαγ. άρθρων 335-348 περιθ. αριθ. 18. **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 21 ν σελ. 88 επ. **Γαζής**, στην ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρ. 335-348 περιθ. αριθ. 63 επ. **Μπαλής**, ΕναχΔ, § 44. **Ζέπος**, ΕνοχΔ, ΕνοχΔ, Γενικό μέρος, § 32 σελ. 589. **Μαντζούφας**, ανωτ., § 17 ΙΙ. **Φαλτσή**, Υπαιτιότητας και κατανομή του βάρους αποδείξεως, εις τας αγωγάς αποζημιώσεως επί ελλείψεων του έργου, Δ. 8 σελ. 345 επ. **Κρητικός**, Το προσύμφωνο, (1^η έκδ.), § 21 ΙΙ 3 σελ. 345. ΠΠρΑθ 4674/1982, αδημ. σε νομικό περιοδικό.

⁴³ Η κύρια υποχρέωση εκπληρώνεται κανονικά, δεν εκπληρώνεται όμως δευτερεύουσα υποχρέωση (**Σταθόπουλος**, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθοπούλου, Εισαγ. άρθρο 335-348 περιθ. αριθ. 19. **Αστ.**

Γεωργιάδης, ανωτ., § 21 ν 1 (β) σελ. 89. ΕφΘεσ 629/1984 Αρμ. ΛΘ/124).

⁴⁴ Πρόκειται για ελαττωματική εκπλήρωση της κύριας παροχής [**Σταθόπουλος**, ανωτ., Εισαγ. άρθρ. 335-348 περιθ. αριθ. 20. **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 21 ν 1 (α) σελ. 89].

⁴⁵ 38. Στο σύνολο της ενοχικής οχέσης δεν υπάρχει ούτε αδυναμία, ούτε υπερημερία [**Σταθόπουλος**, ανωτ., Εισαγ. άρθρ. 335-348 περιθ. αριθ. 21. **Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 21 ν 1 (γ) σελ. 90. **Γαζής**, στην ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρ. 335-348 περιθ. αριθ. 12 και 63].

⁴⁶ Όταν ο οφειλέτης επιχειρεί ορισμένη πράξη, με την οποία παραβιάζει την διαρκή υποχρέωσή του προς παράλειψη, εν σχέσει με την υποχρέωσή του αυτή, θεωρείται ότι δεν ευρίσκεται σε αδυναμία παροχής ούτε και σε υπερημερία [**Αστ. Γεωργιάδης**, ανωτ., § 21 ν 1 (δ) σελ. 90. **Σταθόπουλος**, ανωτ. Εισαγ. άρθρ. 335-348 περιθ. αριθ. 22].

⁴⁷ Βλ. τις παραπομπές της υποσημειώσεως αριθ. 4.

προσύμφωνο, πλημμελής εκπλήρωση επ' αυτού μπορεί εννοιολογικώς να στοιχειοθετηθεί αποκλειστικώς στην ανωτέρω περίπτωση, υπό το στοιχείο (ε)⁴⁸.

Γ. Η προσυμφωνηθείσα πώληση ελαττωματικού πράγματος

Εάν το μέλλον να πωληθεί πράγμα είναι ελαττωματικό, υπάρχει βεβαίως ανωμαλία στην εξέλιξη της ενοχής, όμως η ανωμαλία αυτή δεν υπάγεται σε καμμία από τις ευθέως ρυθμιζόμενες στον Αστικό Κώδικα μορφές ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής⁴⁹. Πράγματι, η πώληση ελαττωματικού πράγματος δεν υπάγεται στο πραγματικό ούτε της αδυναμίας παροχής ούτε της υπερημερίας. Θα μπορούσε να χαρακτηριστεί μόνον ως περίπτωση πλημμελούς εκπληρώσεως της παροχής⁴⁹.

Εξάλλου, επί προσυμφώνου πωλήσεως πράγματος κατ' είδος ή κατά γένος ορισμένου, τίθεται το ζήτημα εάν - σε περίπτωση πραγματικού ελαττώματος τούτου - ο μέλλον αγοραστής δικαιούται να υπαναχωρήσει από την κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως, μόλις διαπιστώσει το ελάττωμα αυτό, δηλαδή μόλις διαπιστώσει ότι ο μέλλον πωλητής προτίθεται να εκπληρώσει πλημμελώς την εκ της οριστικής συμβάσεως υποχρέωσή του.

Στην ως άνω περίπτωση, επικρατεί η γνώμη κατά την οποία, ο μέλλον αγοραστής δικαιούται να προβεί στην ανωτέρω υπαναχώρηση, ως εάν η οριστική σύμβαση να είχε καταρτισθεί και υπήρχε αδυναμία παροχής από πλευράς πωλητή⁵⁰ και τούτο, μολονότι δογματικώς γίνεται δεκτό από όλους, πως ουδείς (ακόμη και ο εκ προσυμφώνου μέλλον αγοραστής) δικαιούται να αντλήσει έννομα δικαιώματα δυνάμει συμβάσεως, η οποία δεν έχει εισέτι καταρτισθεί⁵¹, δεδομένου και του ότι οι

⁴⁸ Βλ. όμως **Κρητικό**, ανωτ., § 21 II 3 σελ. 345.

⁴⁹ **Σταθόπουλος**, στον ΑΚ των Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Εισαγ. άρθρων 534-562 περιθ. αριθ. 48. **Γαζής**, στην ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρων 335-348 περιθ. αριθ. 72. **Σπηλιόπουλος**, στην ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρων 534-562 περιθ. αριθ. 48. **Δημοσθένους**, Γενικά τινες αρχαί περί της ευθύνης του πωλητού κατά τον Αστικό Κώδικα, ΕΕΝ 27/815 σημ. III. **Χριστοδούλου**, Η πλημμέλεια της συμβατικής παροχής, (έκδ. 1973), σελ. 18 επ. και σελ. 115. Πρβλ. και **Λιτζερόπουλο**, Θέμ. 48, 614 στοιχ. Ε και σελ. 618.

⁵⁰ Βλ. ανωτέρω στην υποσημείωση αριθ. 24.

⁵¹ ΑΠ 1195/2014 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. ΕφΑθ 9142/1983 Ελλ-Δνη 25/368.

δύο συμβάσεις, (προσύμφωνο αφενός και οριστική σύμβαση αφετέρου) είναι διακριτές και αυτοτελείς/αυθύπαρκτες⁵².

Για τον θεμελιώδη αυτόν λόγο, η άποψή μας είναι πως, η κρατήσασα ανωτέρω γνώμη στο ζήτημα αυτό είναι ήκιστα πειστική. Φρονούμε ότι στην περίπτωση κατά την οποία, πριν καταρτισθεί η οριστική σύμβαση, αναφανούν ή περιέλθουν εις γνώση του μέλλοντος αγοραστή, πραγματικά ελαττώματα του πράγματος, ο τελευταίος δεν δικαιούται να υπαναχωρήσει από το καταρτισμένο προσύμφωνο, ακριβώς επειδή, ενόσω η συμβατική σχέση ευρίσκεται ακόμη υπό την ισχύ της προσυμβάσεως αυτής, δεν υφίσταται αντισυμβατική δράση του μέλλοντος πωλητή.

Ενταύθα ανακύπτει ευλόγως το ερώτημα : Πώς λοιπόν προστατεύεται ο μέλλον αγοραστής στην ως άνω περίπτωση ; Άραγε, θα συρθεί εκών άκων στην κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως, μολονότι εκ των προτέρων γνωρίζει πως το μέλλον να αγοράσει πράγμα είναι ελαττωματικό ;

Φρονούμε πως η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι η ακόλουθη :

Ο μέλλον αγοραστής δεν θα στερήσει στην κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως, αφού δι' αυτής θα πρόκειται να αγοράσει πράγμα, το οποίο ήδη γνωρίζει πως είναι ελαττωματικό. Εάν δε κληθεί από τον μέλλοντα πωλητή να προσέλθει προς σύναψη της εν λόγω συμβάσεως ή ασκηθεί από τον τελευταίο αγωγή εκ της ΚΠολΔ 949, προς καταδίκη του σε δήλωση της οικείας βουλήσεώς του, τότε θα αρνηθεί να δηλώσει τη σχετική βούλησή του, προβάλλοντας, αφενός ακυρότητα/απαράδεκτο της ανωτέρω κλήσεως, ως διαδικαστικής πράξης, λόγω εκδήλου αντιθέσεώς της στα διαδικαστικά χρηστά ήθη (ΑΚ 116)⁵³ κι αφετέρου ουσία αβάσιμο της εν λόγω αγωγής, λόγω προφανούς αντιθέσεως του ουσιαστικού ενδίκου δικαιώματος του μελλοντικού πωλητή στην καλή πίστη και τα (χρηστά) συναλλακτικά ήθη (ΑΚ 281), αφού αυτός καλεί (και ενάγει) τον αντισυμβληθέντα στο προσύμφωνο προκειμένου να καταρτισθεί η οριστική πωλητήρια σύμβαση, μολονότι γνωρίζει πως δυνάμει αυτής προτίθεται να του πωλήσει ελαττωματικό πράγμα.

⁵² ΕφΑθ 224/2016 ΔΕΕ 2016/355.

⁵³ ΑΠ 1142/2006 ΝοΒ 2006/1295, ΧρονιδΔικ 2006/903.

Υπενθυμίζεται στο σημείο τούτο, ότι η παραβίαση της ΚΠολΔ 116 τίκτει δικονομικό απαράδεκτο της καταχρηστικώς ασκουμένης διαδικαστικής πράξης⁵⁴, εάν αυτή είναι επιτευκτική, ακυρότητά της δε εάν είναι διαμορφωτική⁵⁵ και μάλιστα ανεξαρτήτως βλάβης του διαδίκου, διότι ο σεβασμός των αρχών της καλής πίστης έχει αναχθεί σε θεμελιώδη δικονομική αρχή χάριν του δημοσίου συμφέροντος⁵⁶. Επιπροσθέτως, επιβάλλονται στον διάδικο και ποινές τάξης (ΚΠολΔ 205)⁵⁷.

⁵⁴ ΕφΑθ 4468, 4469/1992 Δ. 1993/31. ΕφΑθ 5454/1986 Δ. 1987/203.

⁵⁵ Οι διαμορφωτικές διαδικαστικές πράξεις – εν αντιθέσει προς τις επιτευκτικές – είναι συνδεδεμένες με έννομες συνέπειες. Επομένως, εάν ασκηθούν χωρίς τις νόμιμες προϋποθέσεις, οι έννομες συνέπειές τους δεν θα επέλθουν. Το φαινόμενο αυτό, στο χώρο του αστικού δικαίου, εφ' όσον δηλαδή πρόκειται για δηλώσεις βουλήσεως (δικαιοπραξίες) καλείται ακυρότητα [Μπαλής, ΓενΑ (έκδ. 1961) § 67 σελ. 192. Σημαντήρας, ΓενΑ, (έκδ. 1980) περιθ. αριθ. 832. Σπυριδάκης, ΓενΑ (έκδ. 1985) § 271 σελ. 747. Απ. Γεωργιάδης, ΓενΑ (έκδ. 1996) περιθ. αριθ. 525. Παπαντωνίου, ΓενΑ (έκδ. 1983) § 73 Ι σελ. 416. Ζέπος, Περί το πρόβλημα του ανισχύρου των δικαιοπραξιών, ΕΕΝ 1956, σελ. 705 επ (και ιδίως σελ. 709)]. Ανάλογη κύρωση θα δεχθούμε και στο χώρο του δικονομικού δικαίου, ώστε η ελαττωματική διαμορφωτική διαδικαστική πράξη να κηρύσσεται (βλ. την ΚΠολΔ 161) άκυρη υπό διαφορετική διατύπωση : να μην επέρχονται οι εξ αυτής έννομες συνέπειες [Μπέης, Εισαγωγή στη δικονομική σκέψη, (3^η έκδοση), § 11 (6.4.3.) σελ. 201 και § 11 (6.6.2.) σελ. 207. Ο ίδιος, ΕρμΚΠολΔ, Εισαγωγή, § 12 ΙΙΙ 2 σελ. 93 και στο Κεφάλαιο ΙΘ' (Ακυρότητες), § ΙV σελ. 816 επ. Ο ίδιος, Μαθήματα πολιτικής δικονομίας, Θεμελιακές έννοιες, § 3.4.6. 4, σελ. 165. Ο ίδιος, Οι διαδικαστικές πράξεις, Δ. 12 § 6.4., σελ. 520. Σταματόπουλος, Σχόλιο, Δ. 7, 156/7. Γεωργίου, Προσεπίκληση' η νομική φύση της και η λειτουργία της στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, Ελλ-Δνη 37 (έτους 1996), § Ι (3, ζ.α και c.1), σελ. 977/8 = Ασφαλιστικά μέτρα², σελ. 503-504. ΜΠρΑθ 1183/1990 Δ. 22/525. ΜΠρΧαλκίδας 225/1991 αδημ. ΜΠρΧαλκίδας 341/1991 αδημ.].

⁵⁶ Μπέης, Εισαγωγή στη δικονομική σκέψη, § 12 (12.6.), σελ. 99. Ο ίδιος, ΕρμΚΠολΔ, υπό το άρθρο 116 § VIII 1α' σελ. 612 και 2α' σελ. 614.

⁵⁷ Μπέης, ΕρμΚΠολΔ, υπό το άρθρο 116 § VIII 2β' σελ. 615.