

Αθήνα 28 ΝΟΕ. 1988

Αριθ. Πρωτ. Γνωμ. 12

Προς  
τον Δικηγορικό Σύλλογο Αθηνών  
οδός Ακαδημίας 60

ΕΝΤΑΥΘΑ

Απαντώντας στο έγγραφό σας με αριθμ. πρωτ. 10376/1.11.1988, σας γνωρίζουμε μαζί με την επιστροφή των σχετικών εγγράφων ότι η γνώμη μας σε σχέση με το ερώτημα που τίθεται στην προκείμενη περίπτωση, είναι η ακόλουθη.

1.- Το ερώτημα που τίθεται με το ανωτέρω έγγραφό σας είναι εάν συμβαλλόμενα μέρη από την άποψη εφαρμογής του άρθρ. 42 παρ. 1 του ΝΔ 3026/1954 "περί του Κώδικος των Δικηγόρων" κατά την σύνταξη συμβολαίου πώλησεως διαμερίσματος σε τρίτο σε εκτέλεση "προσυμφώνου" και συμβάσεως έργου είναι ο οικοπεδούχος και ο τρίτος αγοραστής ή αντιθέτως ο εργολάβος και ο τρίτος. Είναι φανερό ότι ως οδηγός για την λύση του προβλήματος χρησιμεύει κατά κύριο λόγο η έννοια της συμβάσεως ειδικώς κατά την ως άνω διάταξη, με την οποία ορίζεται ότι για την σύνταξη εγγράφου ενώπιον συμβολαιογράφου που έχει αντικείμενο την μετάθεση πραγματικού δικαιώματος επί ακινήτου απαιτείται η παράσταση δικηγόρου για κάθε συμβαλλόμενο μέρος, εφ'όσον η αξία του αντικειμένου της συμβάσεως υπερβαίνει το κατά περίπτωση οριζόμενο χρηματικό όριο. Ως προς αυτό πρέπει πρωτίστως να υπομνησθεί ότι γενικότερα ως σύμβαση που έχει ως αντικείμενο την μετάθεση, αλλοίωση κλπ. πραγματικού δικαιώματος επί ακινήτου δύναται να θεωρηθεί τόσο η ενοχική, εφ'όσον η παροχή του ενός συνίσταται

στην μεταβίβαση κλπ. κυριότητας ή άλλου εμπραγμότητος δικαιώματος, όπως επί πωλήσεως, δωρεάς κλπ., όσο και η εκπαιητική δικαιοπραξία, σε σχέση με την οποία η ενοχική δικαιοπραξία δεν λειτουργεί ως προσύμφωνο, αλλ' αποτελεί την αιτία της (Γ.Μπαλή, Εμπρ.Δίκ., παρ.76 αριθμ.1, Α.Γεωργιάδη, Εμπρ.Δίκ., 1979, παρ.5 III 2 σελ.44-45, Κ.Σημαντήρα, Γεν.Αρχ.του Αστ.Δίκ., 1977, αριθμ.585, Αθ.Κρητικού, Το προσύμφωνο, 1980, σελ.95 επ.). Η διάκριση στερείται συνήθως πρακτικής σημασίας, εφ' όσον κατά κανόνα και τα δύο είδη ενούνται σε ενιαία πράξη (Γ.Μπαλή, Γεν.Αρχ., έκδ.Δ', παρ.33, Σούλας στην Ερμ.Α.Κ., Εισαγ.άρθρ.361-373 αριθμ.53, Γαζής στην Ερμ.Α.Κ., Εισαγ.άρθρ.513-573 αριθμ.23). Παρά τούτα δεν αποκλείεται, όπως μαρτυρείται και από την θέσπιση της διατάξεως του άρθρ.369 Α.Κ. παράλληλα με την διάταξη του άρθρ.1033 του ίδιου Κώδικα, ν' ακολουθεί χρονικώς η εκπαιητική δικαιοπραξία την ενοχική (Ι.Καρακατσάνη, Η νομική φύση του νόμιμου τρόπου της δηλώσεως, 1981, σελ.103 6ημ.180). Από την άλλη πλευρά ο σκοπός της προπαρατεθείσας διατάξεως του άρθρ.42 παρ.1 του Κώδικα των Δικηγόρων συνίσταται στην νομική προστασία των συμβαλλομένων ως προς την διατύπωση των συμβατικών όρων, με την οποία άποψη εναρμονίζεται η κατά νόμο σχετική υποχρέωση των δικηγόρων να συντάσσουν και υπογράφουν σχέδιο της συμβάσεως (Μ.Πρ.Θεσ. 1837/1973 Ν.Δίκ.30 σελ.179). Από αυτά παρέπεται ότι κατά την ως άνω σπάνια περίπτωση, κατά την οποία διαχωρίζονται χρονικώς επί συμβάσεων της ανωτέρω κατηγορίας η υποχρέωση και η εκπλήρωση, η ειδική υποχρέωση της παραστάσεως με δικηγόρο αναλύεται κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως στα στάδια της συντάξεως συμβολαιογραφικού εγγράφου για την ενοχική σύμβαση και δεν αναβιώνει κατά την σύναψη της εκπαιητικής συμβάσεως που υστερεί ως προς την συνομολόγηση ιδιαι-

τέρων όρων. Η παραδοχή αντίθετης εκδοχής θα οδηγούσε στο άτοπο αποτέλεσμα η υποχρέωση που θεσπίζεται με το άρθρ. 42 Κώδ. Δικηγ. να διπλασιάζεται εξαιτίας συγκυρίας ή να υφίσταται όχι για την κυριότερη σύμβαση, αλλά για την εκπλήρωσή της. Παρεμφερής προς την ανωτέρω είναι η άποψη ότι κατά την ως άνω περίπτωση δεν οφείλεται ιδιαίτερη αναλογική δίκηγορική αμοιβή κατά το άρθρ. 161 Κώδ. Δικηγ. και για την εκποιητική σύμβαση (πρβλ. ΑΠ 736/1976 ΝοΒ 25 σελ. 70). Τα ανωτέρω δεν μεταβάλλονται βεβαίως με μόνη την διαφοροποίηση ως προς τα πρόσωπα, αν εξαιτίας των ιδιαίτερων σχέσεων μεταξύ τρίτων προσώπων συμβεί να συμβληθεί με τον αποκτώντα ως προς την μεταβίβαση άλλος, εκτός από εκείνον που συνήψε προηγουμένως την ενοχική σύμβαση. Περαιτέρω κατά μείζονα λόγο, ενόψει άλλωστε και της διατάξεως της παρ. 2 εδ. α' του ως άνω άρθρου 42, ισχύουν τα προεκτεθέντα όταν συμβάλλονται με ενιαία πράξη και τα τρία μέρη, ώστε να συναφθεί τριπρόσωπη σύμβαση, οπότε την ειδική υποχρέωση, για την οποία γίνεται λόγος, φέρει εκείνος που αναλαμβάνει την ενοχική υποχρέωση για μεταβίβαση, και όχι ο κύριος του πράγματος, αφού αυτός συμβάλλεται εκ τριέτου με όρους που αφορούν τα λοιπά συμβαλλόμενα μέρη και η συμπερασή του είναι περισσότερο τυπική. Μετά ταύτα το θέμα μετατίθεται στο να προσδιορισθεί ο θεμελιώδης χαρακτήρας της σχέσεως αφενός μεταξύ του εργολάβου και του τρίτου και αφετέρου μεταξύ του οικοπεδούχου και του τρίτου.

2.- Το θέμελιο του ενδιάμεσου ζητήματος που αναφέρεται αμέσως ανωτέρω, αποτελεί η σχέση των αρχικώς συμβαλλομένων οικοπεδούχου και εργολήπτου, εφ' όσον αυτή προδικάζει το περιεχόμενο των σχέσεων με τον τρίτο. Η σχετική συμφωνία έχει ως αντικείμενο την ανέγερση πολυόροφης οικοδομής έναντι αμοιβής που συνίσταται

στην σταδιακή μεταβίβαση ποσοστών οικοπέδου εξ αδιαιρέτου και των αντίστοιχων προσδιοριζομένων οριζοντίων ιδιοκτησιών. Αν και σε συμφωνίες αυτού του είδους, οι όροι των οποίων είναι γνωστοί και δεδομένοι από την πρακτική των συναλλαγών και έχουν σαφηνισθεί όχι μόνο από την θεωρία, αλλά και από την νομολογία (Ολ. ΑΠ 1237/1982 ΝοΒ31 σελ.1175-1176 κ.ά.), προέχει ο χαρακτήρας της μισθώσεως έργου (ΑΒ.Καρδαράς σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, Αστ. Κώδ., Εισαγ.άρθρ.681-702, αριθμ.29, ΑΠ 8 και 833/1973 ΝοΒ21 σελ. 646 και 22 σελ.510), ως προς την υποχρέωση του οικοπεδούχου να καταβάλει την ως άνω εις είδος αμοιβή εφαρμόζονται ως περισσότερο αρμόζουσες στο είδος της παροχής οι διατάξεις περί πωλήσεως, όπως καταφαίνεται και από την σχετική υποχρέωση μεταγραφής κατά το άρθρ.369 ΑΚ (Α.Γαζή, Σύμβαση κατάσκευής οικοδομής με αντιπαροχή, ΝοΒ30 αριθμ.ΙΙΙ 3 και 4 σελ.1414-1415). Ανάλογος προς αυτό το περιεχόμενο της βασικής συμφωνίας είναι ο τρόπος υπολογισμού της κατά το ανωτέρω άρθρ.161 Κωδ.Δικηγ. αμοιβής του δικηγόρου (βλ.σχετ.ΑΠ 1721/1984 ΝοΒ 33 σελ.1020). Περαιτέρω είναι αξιοσημείωτο ότι η σύμβαση, για την οποία γίνεται λόγος, είναι ενοχική και επί πλέον οριστική στο σύνολό της (Γαζής, ανωτ.ΙΙ 4 σελ.1413) και αποτελεί συναφώς τυπική περίπτωση, κατά την οποία η εκπαιητική δικαιοπραξία διαχωρίζεται και απωθείται κατά συμφωνία σε μεταγενέστερο χρόνο.

3.- Η σχέση μεταξύ των αρχικώς συμβαλλομένων, όπως διαγράφηκε ανωτέρω, καθορίζει σύμφωνα με παρατήρηση που προηγήθηκε τις σχέσεις με τον τρίτο. Κατ'αρχήν, αν έχει ήδη περιέλθει το συγκεκριμένο διαμέρισμα στην ιδιοκτησία του εργολάβου, είναι αυτονόητο ότι συμβάλλεται με τον τρίτο μόνο αυτός, που προβαίνει συγχρόνως και στην μεταβίβαση, και ότι η εφαρμογή του άρθρ.42 Κώδ. Δικηγ. και ως προς την σχετική σύμβαση (όπως και στην αρχική

σύμβαση μεταξύ οικοπεδούχου και εργολάπτου), δεν δημιουργεί προβλήματα. Το ζήτημα που αφορά το ερώτημα, ανακύπτει μόνο όταν ο εργολάβος δεν έχει γίνει ακόμα κύριος. Σ' αυτή την περίπτωση αν έχει εν τω μεταξύ αποπερατωθεί η κατασκευή του διαμερίσματος, για το οποίο πρόκειται στην συγκεκριμένη περίπτωση, υφίσταται απλώς πώληση ή ανταλλαγή κλπ. Αν πάλιν, όπως συμβαίνει συνήθως στην πράξη, το διαμέρισμα είναι μισοτελειωμένο ή δεν έχει κατασκευασθεί καθόλου, η σύμβαση μεταξύ του εργολάβου και του τρίτου είναι επίσης δίμορφη, δηλαδή πώληση κλπ. και μίσθωση έργου (Κ. Παμπούκη, Ζητήματα τινά της συμβάσεως κατασκευής και πωλήσεως διαμερίσματος, Αρμ. 27 σελ. 274, Ε. Θεσ. 275/1978 Αρμ. 32 σελ. 225, Ε. Κερκ. 72/1982 Νοβ 30 σελ. 834), με την διαφορά ότι, κατ' αντιστροφή των όρων σε σχέση με την βασική σύμβαση, η κύρια παροχή εδώ είναι η παροχή της ενοχικής συμβάσεως που κατευθύνεται σε εκποίηση (πρβλ. Καρδαρά, ανωτ.). Πάντως κατά τις ως άνω δύο τελευταίες περιπτώσεις, όπου διασπώνται ως προς τους φορείς η ενοχική υποχρέωση για την μεταβίβαση της κυριότητας και η κυριότητα, ο οικοπεδούχος συμβάλλεται με τον τρίτο με βάση προϋφιστάμενη έννομη σχέση αυτού (οικοπεδούχου) με τον εργολάβο, από την οποία απορρέει η υποχρέωσή του για μεταβίβαση, άρα με όρους που καθορίζει ο τελευταίος, αφού η νομική αιτία της εμπράγματης συμβάσεως οικοπεδούχου και τρίτου κατ' άρθρ. 1033 ΑΚ είναι η ενοχική σύμβαση εργολάβου και τρίτου. Με άλλα λόγια με τον τρίτο που υποδεικνύεται από τον εργολάβο, ο μεν εργολάβος συνάπτει την ενοχική δικαιοπραξία, ο δε οικοπεδούχος την εκποιητική. (βλ. σχετ. με όλα αυτά ιδίως Γαζή ανωτ. σελ. 1416 σημ. 27 και IV 4 σελ. 1416). Εξυπακούεται περαιτέρω ότι αποτελεί δευτερεύον ζήτημα το εάν ιδιαιτέρως ενεργείται η

αντίστοιχη μεταβίβαση από τον οικοπεδούχο προς τον τρίτο, επειδή για παράδειγμα είχε προηγηθεί η καταδίκη του εργολάβου σε δήλωση βουλήσεως προς τον τρίτο, με τον οποίο είχε συνάψει προσύμφωνο, ή εάν αντιθέτως με μιά πράξη α) πληροῦται σχετική εξουσιαστική αίρεση και καθορίζεται ο τρίτος, β) καταρτίζεται η ενοχική σύμβαση του εργολάβου με τον τρίτο, συνήθως μετά την κατάρτιση σχετικού προσυμφώνου, και γ) καταρτίζεται η εμπράγματα σύμβαση του οικοπεδούχου με τον τρίτο, πράγμα που ανταποκρίνεται στην τρέχουσα συναλλακτική πρακτική (Γαζής, ανωτ., IV 6 σελ. 1418), αφού και στις δύο περιπτώσεις η θέση του τρίτου ως δεκτικού καταβολής παραμένει η ίδια έναντι του οικοπεδούχου.

4.- Για την πληρέστερη οριοθέτηση των κρίσιμων δεδομένων του προβλήματος, αξίζει να παρεμβληθούν σ' αυτό το σημείο ορισμένες συμπληρωματικές παρατηρήσεις. Ειδικότερα η έκταση εφαρμογής του ανωτέρω άρθρ. 42 αποσυσχετίζεται από την γνωστή προβληματική σχετικώς με το εάν ο τρίτος αποκτά από την αρχική σύμβαση άμεσο δικαίωμα κατά του οικοπεδούχου, καθώς και από το συναφές ζήτημα με ποιές ειδικές προϋποθέσεις δύναται ο τρίτος να ζητήσει την καταδίκη του οικοπεδούχου σε δήλωση βουλήσεως. Επίσης δεν ασκεί επιρροή ο χρόνος, κατά τον οποίο καθίσταται οριστικό το δικαίωμα του τρίτου έναντι του εργολάβου. Ο λόγος, για τον οποίο τα ανωτέρω σημεία είναι αδιάφορα για το προκείμενο ζήτημα, είναι το ότι ως η υπόθεση, σε σχέση με την οποία γεννάται θέμα ερμηνείας της ανωτέρω διατάξεως, λαμβάνεται ακριβώς το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι έστειραν πάντως να προσέλθουν ενώπιον συμβολαιογράφου.

5.- Το τελικό συμπέρασμα που απορρέει από τον συνδυασμό των διαπιστώσεων που παρατίθενται ανωτέρω, είναι ότι σε περίπτωση μεταβιβάσεως οριζόντιας ιδιοκτησίας στον ίδιο τον εργολάβο σε εκτέλεση προηγούμενης συμβάσεως ανεγέρσεως οικοδομής κατά το σύστη-

Β

μα της αντιπαροχής δεν γεννάται υποχρέωση των μερών να παραστούν ενώπιον του συμβολαιογράφου με δικηγόρο εκ νέου, δηλαδή και για την ως άνω εκπλήρωση κυριότερης δικαιοπραξίας, και ότι κατ'ίσο μέτρο κατά την περίπτωση που αφορά το ερώτημα, υποχρέωση παραστάσεως με δικηγόρο κατά το άρθρ.42 ΝΔ 3026/1954 έχουν, εφ'όσον συντρέχουν και οι λοιπές νόμιμες προϋποθέσεις, ο εργολάβος και ο τρίτος (αγοραστής κ.λ.π.) και όχι και ο οικοπεδούχος, είτε αυτός συμβάλλεται εκ τρίτου αναφορικώς με την σύμβαση μεταξύ εργολάβου και τρίτου, είτε συμβάλλεται ιδιαιτέρως μόνο με τον τρίτο.



ΠΡΟΪΚΑΤΗΡΗΣ ΑΡΧΗΓΕΙΑΣ του Αρείου Πάγου

*Α. Βερνάρδος*

Αναστάσιος Βερνάρδος