

Ραδάμανθης

ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



ΤΕΥΧΟΣ ΔΩΔΕΚΑΤΟ

Καλοκαίρι, 2008

“Ραδάμανδρος”

© Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου

Εξώφυλλο: Τμήμα από τη Δωδεκάδελτο επιγραφή της Γόρτυνος.

Εκτύπωση - Βιβλιοδεσία: Γραφικές τέχνες Μ. & Μ. Πατεράκης Ο.Ε.

Κομνηνών 68 Ηράκλειο - Τηλ.: 2810 227.933 - E-mail: printpat@otenet.gr

Ραδάμανθς

ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ

ΤΕΥΧΟΣ 12ο, Καλοκαίρι 2008

ΕΚΔΟΤΗΣ:

Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου

ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΕΚΔΟΣΗΣ:

Βασίλης Λαμπρινός, Πρόεδρος Δ.Σ.Η.

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ Δ.Σ.Η.

Βασίλης Λαμπρινός, Πρόεδρος

Μανόλης Περαντωνάκης, Αντιπρόεδρος

Νίκος Κουβίδης, Γεν. Γραμματέας

Άρης Ροζάκης, Ταμίας

Μανόλης Ατσαλής,

Γιώργος Γιαχνάκης,

Κατερίνα Δουλγεράκη,

Απόλλων Καλογερόπουλος,

Κατερίνα Κοσμάδακη,

Ιωάννης Λεβέντης,

Ανδρέας Λιανέρης,

Νικόλαος Λογοθέτης,

Ιάσωνας Παπαστεφανάκης,

Μιχάλης Σφακιανάκης,

Τίτος Ταγαράκης, μέλη.

ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Ανδρέας Λιανέρης, Πρόεδρος

Μανόλης Ανδρουλακάκης

Βιβή Δερμιτζάκη

Ελευθερία Λυπάκη

Θέτις Ξυλούρη

Μιχάλης Περιστινάκης

Αριστέα Πλεύρη

Αντώνης Ταμωλάκης

Μαρία Φιλιπάκη

Χριστόφορος Φουκάκης

Φιλήμων Χριστοφοράκης

ΕΙΔΙΚΟΙ ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ

Αργυρή Καράλη,

Βαγγέλης Κάτης

Μηνάς Τζανής

ΦΩΤΟΓΡΑΦΙΚΗ ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ

Δέσποινα Ταβέλλαρη,

Βασίλης Ταγκούδης



ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΕΚΔΟΣΗΣ:

Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου

ΓΡΑΦΕΙΑ:

Δικαστικό Μέγαρο Ηρακλείου

Τηλ.: 2810 288.312, 220.758, Fax: 2810 288.311

ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ Δ/ΝΣΗ: <http://www.dsh.gr>

e-mail: info@dsh.gr

ΤΙΜΗ ΤΕΥΧΟΥΣ: 15 €

Στα μέλη του Δ.Σ.Η. διανέμεται δωρεάν.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ

Ευάγγελου Περάκη	
ΤΟ ΝΕΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ	145
Γεωργίου Νούσκαλη	
Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ Ν. 2472/1997 ΣΤΗΝ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ	160
Ανδρέα Εμμ. Λιανέρη	
Η ΧΡΗΣΗ ΤΗΣ ΝΕΟΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΓΛΩΣΣΑΣ	
ΣΤΗ ΝΟΜΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΗ	166
Ευγενίας Σμυρνάκη	
ΠΑΡΕΝΘΕΤΗ ΜΗΤΡΟΤΗΤΑ	
ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΚΑΙ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ	180

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 15/2007.....	203
Άρειος Πάγος (Β' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 1229/2006	206

ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ - ΕΙΔΙΚΟ ΕΝΟΧΙΚΟ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 225/2005.....	207
Μον. Πρωτ. Ηρακλείου - Αριθ. 102/2008.....	207

ΕΜΠΙΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Εφετείο Δωδεκανήσου - Αριθ. 150/2005.....	209
---	-----

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 525/2005.....	211
Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 522/2007.....	214

ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 13/2003.....	216
-------------------------------------	-----

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Άρειος Πάγος (Α' Πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 1351/2007.....	219
Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 538/2006.....	222

ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Εφετείο Αθηνών - Αριθ. 5547/2006	225
Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 482/2006.....	229

Πολυμελές Πρωτ. Ηρακλείου - Αριθ. 16/2007.....	230
--	-----

Ειρηνοδίκειο Νίκαιας - Αριθ. 44/2007	243
--	-----

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 37/2007.....	252
Άρειος Πάγος - Αριθ. 1265/2005.....	255

Εφετείο Αθηνών - Αριθ. 14/2008	256
--------------------------------------	-----

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (ΣΤ' ποινικό τμήμα) - Αριθ. 243/2008.....	261
Άρειος Πάγος (ΣΤ' ποινικό τμήμα) - Αριθ. 1709/2007	262

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (σε ολομέλεια) - Αριθ. 410/2008.....	266
Συμβούλιο της Επικρατείας - Αριθ. 3275/2007.....	288

Τριμ. Διοικητικό Πρωτ. Ηρακλείου (Τμήμα Α) - Αριθ. 27/2005	289
--	-----

Τριμ. Διοικητικό Πρωτ. Ηρακλείου (Τμήμα Β) - Αριθ. 131/2007	292
---	-----

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

Υπόθεση C-305/05	295
------------------------	-----

Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (1ο τμήμα)	
--	--

ΥΠΟΘΕΣΗ ΒΑΣΙΛΑΚΗΣ κατά ΕΛΛΑΔΑΣ	299
--------------------------------------	-----

ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ ΤΟΥ Δ.Σ.Η.	311
--------------------------------	-----

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ



ΤΟ ΝΕΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΑΝΩΝΥΜΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ¹

Ευάγγελου Περάκη*

Με τον πρόσφατο νόμο 3604/2007 (ΦΕΚ 189 Α'/8.8.2007) επιχειρήθηκε εκτεταμένη αναμόρφωση του κωδικοποιημένου νόμου 2190/1920. Πρόκειται για την πιο σημαντική τροποποίηση των διατάξεών του μετά το 1986, έτος κατά οποίο, σε συνέχεια της ελληνικής ένταξης στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα, ενσωματώθηκαν πολλές εταιρικού δικαίου οδηγίες στο ελληνικό δίκαιο², αλλά και για την πρώτη εκτεταμένη μη κοινοτικής έμπνευσης τροποποίηση μετά το Ν.Δ. 4237/62. Η αναμόρφωση αυτή αφορά στα μισά περίπου άρθρα του Ν. 2190 και δίνει νέα μορφή σε πολλούς κανόνες του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας, ακόμη και σε ζητήματα που παραδοσιακά εθεωρούντο αυτονόητα δομικά στοιχεία του δικαίου της α.ε. Είναι αυτονόητο ότι μια συνολική παρουσίαση του νέου νόμου δεν είναι δυνατή στα διαθέσιμα χρονικά πλαίσια. Για το λόγο αυτό σε ένα σύντομο πρώτο μέρος θα γίνει αναφορά σε ορισμένα γενικά χαρακτηριστικά του νέου νόμου, στο δεύτερο δε μέρος θα τεθούν ορισμένα τρέχοντα ερωτήματα, που συχνά διατυπώνονται στην πράξη σε σχέση με το νέο νόμο (στο στυλ των "frequently asked questions", όπως βλέπουμε συχνά σε διαδικτυακούς τόπους).

Ι. Γενικά χαρακτηριστικά

Η συνθετική παρουσίαση των ρυθμίσεων του νέου νόμου μπορεί να γίνει με διάφορα κριτήρια, ανάλογα δε με την επιλογή που θα κάνει κανείς είναι δυνατόν να «χωρέσουν» στην παρουσίαση περισσότερες ή λιγότερες από τις ρυθμίσεις αυτές. Θα πρότεινα μια μάλλον απλοϊκή όσο και ανορθόδοξη προσέγγιση: Να κατατάξουμε τις νέες ρυθμίσεις σε «εύκολες», «δύσκολες» και ... «βολικές».

Α. «Εύκολες» ρυθμίσεις

«Εύκολες» μπορούν να ονομασθούν οι ρυθμίσεις εκείνες που είναι εύκολα κατανοητές, ανταποκρίνονται στις γενικότερες παραστάσεις που έχει η κοινωνία για την α.ε. και τη λειτουργία της, υπήρξαν δε μάλλον δημοφιλείς κατά το στάδιο της διαβούλευσης, στην οποία τέθηκε το νομοσχέδιο, τουλάχιστον σε δημοσιογραφικό επίπεδο. Παραδείγματα:

1. Με το νέο νόμο εισήχθη η δυνατότητα σύστασης μονοπρόσωπης ανώνυμης

* Ο Ευάγγελος Περάκης είναι Καθηγητής του Πανεπιστημίου Αθηνών – Δικηγόρος .

1. Το παρακάτω κείμενο αποτελεί ομιλία του γράφοντος στο Δικηγορικό Σύλλογο Ηρακλείου την 7.12.2007.

2 Βλ. Περάκη, Οι νεώτερες κατευθύνσεις του ευρωπαϊκού εταιρικού δικαίου, Ραδάμανθς 4 (Καλοκαίρι-Φθινόπωρο 2004), σελ. 9-22.

εταιρείας (άρθρο 1 παρ. 3³). Το βήμα ήταν σχετικά μικρό, αφού και πριν από τον Ν. 3604 ήταν δυνατή η επιγενομένως μονοπρόσωπη α.ε. (βλ. παλιό άρθρο 47α παρ. 2) αλλά και ασφαλές, αφού οι δογματικές δυσκολίες της μονοπρόσωπης εταιρείας (που εκ πρώτης όψεως συνιστά *contradictio in terminis*) έχουν ξεπερασθεί ήδη με τη 12η κοινοτική οδηγία για τη μονοπρόσωπη ΕΠΕ και το άρθρο 43α του Ν. 3190/1955.

2. Ο Ν. 3604 εισήγαγε επίσης ορισμένες δυνατότητες της νέας τεχνολογίας, όπως είναι η τηλεδιάσκεψη για τις συνεδριάσεις του διοικητικού συμβουλίου (άρθρο 20 παρ. 3α), καθώς και η τηλεδιάσκεψη για τη γ.σ. των μη εισηγμένων α.ε., αν τούτο προβλέπεται από το καταστατικό (άρθρο 28 παρ. 6). Επίσης εισήχθη η δυνατότητα του καταστατικού να προβλέπει σύγκληση της γενικής συνέλευσης (γ.σ.) με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο (e-mail, άρθρο 26 παρ. 2α), επετράπη δε για πρώτη φορά η ψηφοφορία στη γ.σ. από απόσταση, δηλ. δι' αλληλογραφίας (συμβατικής ή ηλεκτρονικής⁴), και εδώ αν αυτό προβλέπεται από το καταστατικό (άρθρο 28 παρ. 7).

3. Με το νέο νόμο νομιμοποιήθηκαν τα πρακτικά «διά περιφοράς», γνωστό φαινόμενο της πράξης, που ήδη προβλεπόταν για τις ναυτικές εταιρείες (Ν. 959/79, άρθρα 17 παρ. 3 και 33 παρ. 3). Πρόκειται για αποφάσεις, για τις οποίες καταρτίζεται πρακτικό υπογραφόμενο από όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου (δ.σ.) ή από όλους τους μετόχους ή τους αντιπροσώπους τους (άρθρα 21 παρ. 5 και 32 παρ. 3), και που ισοδυναμούν με κανονικές αποφάσεις του δ.σ. ή της γ.σ., αντίστοιχα.

4. Εύκολες θα έλεγα ακόμα και εκείνες τις ρυθμίσεις, που στην πραγματικότητα δεν αποτελούν νεωτερισμούς, αφού ίσχυαν ήδη και πριν από το Ν. 3604, ήταν όμως καλό που με ρητές διατάξεις βρίσκονται πια στο νόμο. Παραδείγματα τέτοιων ρυθμίσεων είναι εκείνη που προβλέπει ότι το καταστατικό δεν απαιτείται να επαναλαμβάνει διατάξεις του νόμου (άρθρο 2 παρ. 1α)⁵, ότι μέλος του δ.σ. μπορεί να είναι και ν.π. (άρθρο 18 παρ. 2)⁶, ο κανόνας της «επιχειρηματικής κρίσης», όπως διατυπώνεται πλέον ρητά στο άρθρο 22α παρ. 2 (business judgment rule)⁷ ή ακόμη ο κανόνας ότι, όταν αύξηση κεφαλαίου δεν γίνεται με νέες εισφορές, αλλά με κεφαλαιοποίηση αποθεματικών, δεν υπάρχει ανάγκη απόφασης δ.σ. για πιστοποίηση καταβολής (11 παρ. 2 εδ. β')⁸.

Β. «Δύσκολες» ρυθμίσεις

«Δύσκολες» υπήρξαν οι παρεμβάσεις εκείνες, που, ιδίως σε νευραλγικά ζητήματα συνδεδεμένα με επιλογές πολιτικής του δικαίου της α.ε., απομακρύνθηκαν από παρα-

3. Παραπομπές σε άρθρα χωρίς άλλη ένδειξη γίνονται στον Ν. 2190/1920, όπως έχει σήμερα.

4. Βλ. αντίστοιχη δυνατότητα ψηφοφορίας με «ηλεκτρονικό μέσο» στη συνέλευση πιστωτών του άρθρου 116 του νέου Πτωχευτικού Κώδικα. Βλ. σχετικά Ανθιμου, Η «ηλεκτρονική» γ.σ., ΕπισκΕΔ 2003, 987.

5. Αυτό έχει νομολογηθεί ήδη από την Σ.τ.Ε 1861/1993 Ε.Εμπ.Δ. 1993.418.

6. Βλ. σχετικά Περάκη, Το νέο δίκαιο της α.ε., 2007, σ. 18.

7. Βλ. π.χ. Σωτηρόπουλο, ΔΕΕ 2003.773, Κατσά, ΔΕΕ 2006.883.

8. Βλ. Ν. Ρόκα, Η ονομαστική αύξησης κεφαλαίου και ο Ν. 2190/1920, Ε.Εμπ.Δ. 1971.321 (329).

δοσιακές ρυθμίσεις. Χαρακτηριστικό αυτών των παρεμβάσεων υπήρξε η αναζήτηση ισορροπιών ανάμεσα στην παλιά ρύθμιση και την επιθυμητή (αν και όχι αυτονόητα εφικτή) νέα. Θα αναφέρω τρία χαρακτηριστικά παραδείγματα, που ίσως είναι και τα σημαντικότερα, και όπου μάλιστα θα μπορούσε να διαπιστωθεί κάποια νομοθετική ατολμία⁹:

1. Πρώτο παράδειγμα είναι ο ρόλος της διοίκησης στο μεταίχμιο κρατικού παρεμβατισμού και ελευθερίας εταιρικού αυτοπροσδιορισμού. Με άλλα λόγια: Ναι ή όχι στην εποπτεία της Διοίκησης; Επρόκειτο για ένα από τα πιο δύσκολα ζητήματα. Όπως είναι γνωστό, κατά το παραδοσιακό σύστημα του Ν. 2190 η Διοίκηση έπρεπε απαραίτητως να παράσχει την έγκρισή της τόσο κατά τη σύσταση της εταιρίας όσο και κατά την τροποποίηση του καταστατικού της. Επίσης ήταν δυνατή η ανάκληση της άδειας σύστασης από τη διοίκηση σε ορισμένες περιπτώσεις. Αλλά η εποπτεία της διοίκησης είχε και άλλες εκδηλώσεις, διαγραφόμενες π.χ. από τα άρθρα 51 επ. Ν. 2190. Το ερώτημα της διατήρησης του συστήματος αυτού έπρεπε να τεθεί. Περισσότεροι λόγοι συνηγορούσαν προς τούτο. Πρώτον, το σύστημα αυτό αποτελούσε ένα *curiosum* σε ευρωπαϊκή κλίμακα. Δεύτερον, το γραφειοκρατικό κόστος να μην δεν ήταν δυνατόν να μετρηθεί, ιδίως για να συγκριθεί με κάποιο όφελος ασφάλειας δικαίου, που πιθανώς προσέφερε η διοικητική παρέμβαση, ωστόσο ήταν γνωστές οι καθυστερήσεις και η ταλαιπωρία των ενδιαφερομένων, και η κατατριβή τους με λεπτομερείς παρατηρήσεις των αρμόδιων υπαλλήλων, όχι πάντα εύστοχες. Τρίτον, διαφαινόταν κάποια εντύπωση (πεπλανημένη όμως) ότι ο διοικητικός έλεγχος αποτελούσε ένα πιστοποιητικό νομιμότητας, που απήλλαζε τους ενδιαφερομένους από ευθύνες. Τέταρτον, δύσκολα βλέπει κανείς γιατί οι α.ε. πρέπει να υπόκεινται σε διοικητικό έλεγχο, όχι όμως και άλλες εταιρικές μορφές, όπως π.χ. η ΕΠΕ, που δεν αποκλείεται να έχει μεγέθη και συγκρουόμενα συμφέροντα συγκρίσιμα με εκείνα μιας α.ε. Τέλος, δεν είναι επιτρεπτό, και για λόγους αρχής ακόμη, να επαφίεται στη Διοίκηση ο έλεγχος της νομιμότητας των όρων του καταστατικού μιας ιδιωτικής επιχείρησης, αφού κάτι τέτοιο ανήκει στο πεδίο ευθύνης των ίδιων των ενδιαφερομένων και των νομικών τους παραστατών.

Μεταξύ της διατήρησης του υπάρχοντος συστήματος και της πλήρους κατάργησής του, «μέση οδό» αποτελούσε η δραστική απομείωση της κρατικής παρέμβασης, ιδίως κατά τη σύσταση και τη λύση της εταιρίας, χωρίς όμως πλήρη κατάργηση της εποπτείας. Συγκεκριμένα, η διοικητική έγκριση κατά τη σύσταση της εταιρίας και την τροποποίηση του καταστατικού της καταργήθηκε για τις μη εισηγμένες εταιρίες με κεφάλαιο κάτω των 3 εκ. ευρώ (άρθρο 4 παρ. 2α), ενώ η διοικητική ανάκληση της άδειας σύστασης καταργήθηκε ως προς όλες τις εταιρίες, με παράλληλη ίδρυση λόγων δικα-

9. Βλ. σχετικά Περάκη, Ζητήματα του νέου νόμου 3604/2007 για τις α.ε., ΝοΒ 2008.513 επ. (515).

στικής λύσης της εταιρίας (άρθρο 48). Γενικότερα πάντως η διοικητική εποπτεία παρέμεινε (ιδίως άρθρα 51 επ.), αν και με περιορισμένο περιεχόμενο. Τις περισσότερες φορές θα πρόκειται για απλή παρακολούθηση της τήρησης της νομιμότητας, που μπορεί όμως να καταλήξει σε αίτηση έκτακτου ελέγχου (άρθρο 40 παρ. 1), αίτηση δικαστικής λύσης της εταιρίας (άρθρο 48 παρ. 1), υποβολή μήνυσης (σε περιπτώσεις ποινικών παραβάσεων, άρθρα 54 επ.) ή και επιβολή προστίμου (άρθρο 63δ). Επίσης τα πρακτικά υποβάλλονται στη διοίκηση (δ.σ. 20 παρ. 7, γ.σ. 26α παρ. 2, βλ. όμως παρακάτω στο δεύτερο μέρος, ερώτηση 6).

2. Ένας δεύτερος κύκλος δύσκολων θεμάτων υπήρξε η ανεύρεση ισορροπιών μέσα στην εταιρία (ενίσχυση της θέσης του μετόχου, αλλά και διατήρηση μιας αποτελεσματικής εταιρικής διοίκησης). Είναι αναμφισβήτητο ότι η θέση του μετόχου στην Ελλάδα χρειαζόταν ενίσχυση. Αυτό ήταν διεθνώς διαπιστωμένο¹⁰. Χρειαζόταν συνεπώς κάποια ενίσχυση της θέσης του, το ζήτημα όμως ήταν πόσο ακριβώς. Η βελτίωση της θέσης του μετόχου επιτεύχθηκε με διάφορα μέτρα, όπως είναι η διευκόλυνση της συμμετοχής στη γ.σ. (και με τηλεδιάσκεψη ή εξ αποστάσεως), η μείωση (μάλιστα σε ορισμένα ζητήματα σημαντική) των ποσοστών δικαιωμάτων μειοψηφίας (1/5 από 1/3 στα άρθρα 39 και 40, 1/10 από 1/3 στο άρθρο 22β), η μετατροπή του δικαιώματος της μειοψηφίας να λάβει πληροφορίες για κατανόηση θεμάτων ημερήσιας διάταξης σε ατομικό δικαίωμα (άρθρο 39 παρ. 4), καθώς και η παροχή νέων δυνατοτήτων στη μειοψηφία (π.χ. για δικαστική λύση της εταιρίας ή για εξαγορά των μετοχών της από την εταιρία ή τον κατά 95% μέτοχο – άρθρα 48α, 49α και 49β). Το όμως αν η βελτίωση αυτή είναι αρκετή μπορεί να συζητηθεί.

3. Ένα τρίτο μείζον ζήτημα, με το οποίο ασχολήθηκε ο νέος νόμος, είναι η τύχη των ελαττωματικών αποφάσεων της γ.σ. Η καταρχήν ακυρότητα των ελαττωματικών αποφάσεων, που υπήρξε η παραδοσιακή λύση του ελληνικού δικαίου, δημιούργουσε συχνά αβεβαιότητες και ανασφάλεια, προβλήματα δηλ. που καταρχήν δεν έχουν οι ακυρώσιμες αποφάσεις, που μέχρι να ακυρωθούν με τη βεβαιότητα μιας δικαστικής απόφασης, παράγουν πλήρη αποτελέσματα. Το ζήτημα ήταν συνεπώς αν θα έπρεπε να μείνει κανείς στο υφιστάμενο σύστημα της ακυρότητας ή να προτιμηθεί ο κανόνας της ακυρωσίας (που, αν και με εξαιρέσεις, ακολουθούν άλλα δίκαια, όπως το γερμανικό), είτε τέλος, να βρεθεί κάποιο ενδιάμεσο σύστημα. Προτιμήθηκε η τελευταία λύση, με πρότυπο το ιταλικό δίκαιο (ιταλικός Α.Κ., όπως τροποποιήθηκε το 2003). Έτσι, στο νέο σύστημα των άρθρων 35α και 35β, τα ελαττώματα των αποφάσεων της γ.σ. είναι δύο ειδών: Διαδικασίας και ουσίας. Τα πρώτα οδηγούν σε ακυρωσία, τα άλλα σε ακυρότητα. Βέβαια υπάρχουν και εξαιρέσεις: Η λήψη απόφασης, χωρίς να έχουν προηγουμένως δοθεί στους μετόχους οι πληροφορίες που ζήτησαν, οδηγεί σε ακυρω-

10. Βλ. σχετικά Περάκη, Το νέο δίκαιο της α.ε., 2007, σ. 28 επ

σία, και έτσι λύνεται με ρητή διάταξη το αμφίβολο ζήτημα, αν το ελάττωμα αυτό αφορά στη διαδικασία ή στην ουσία. Επίσης ακυρώσιμη (και όχι άκυρη, μολονότι πρόκειται για ελάττωμα ουσίας) είναι η καταχρηστική απόφαση υπό τους όρους του άρθρου 281 Α.Κ., αφού η κρίση της καταχρηστικότητας ορθό είναι να διέρχεται από δικαστική κρίση. Αντίστροφα, η παντελής έλλειψη πρόσκλησης της γ.σ., ενώ είναι ελάττωμα της διαδικασίας, οδηγεί κατ' εξαίρεση σε ακυρότητα, δεδομένου ότι πρόκειται για σοβαρό ελάττωμα, που δημιουργεί υποψίες μεθόδευσης για υπαρπαγή της απόφασης. Με την ευκαιρία ρυθμίσθηκε και το ζήτημα των ανυπόστατων αποφάσεων (άρθρο 35γ), για το λόγο ότι δεν υπήρχε ομοφωνία ως προς τους λόγους που οδηγούν στο αποτέλεσμα του ανυποστάτου¹¹.

Γ. «Βολικές» ρυθμίσεις

Στο σημείο αυτό αξίζει να δούμε και ορισμένες ρυθμίσεις που προσφέρουν νέες δυνατότητες στους επιχειρηματίες, εξυπηρετικές των αναγκών τους. Παραδείγματα:

1. Αποδέσμευση των προνομιούχων και των δεσμευμένων μετοχών (άρθρο 3) από τον *numerus clausus* των προνομίων και των δεσμεύσεων, αντίστοιχα. Εφεξής το καταστατικό μπορεί να προβλέπει ευρύτερα προνόμια ή δεσμεύσεις. Ιδιαίτερα η έκδοση προνομιούχων εμπλουτίσθηκε με τη δυνατότητα έκδοσης μετοχών που μετέχουν κατά προτεραιότητα σε κέρδη από ορισμένη εταιρική δραστηριότητα ("tracking shares").

2. Προβλέφθηκε νέος τύπος μετοχής, που η εταιρία μπορεί να εκδώσει (οι «εξαγοράσιμες μετοχές» – άρθρο 17β), αν το προβλέπει το καταστατικό.

3. Εισήχθη νέος τρόπος εκλογής δ.σ., και πάλι αν το προβλέπει το καταστατικό: Πρόκειται για την εκλογή δ.σ. βάσει καταλόγων (ψηφοδέλτιο, άρθρο 18 παρ. 6).

4. Για διευκόλυνση της διεθνούς κινητικότητας της εταιρίας δόθηκε η δυνατότητα στο καταστατικό να προβλέπει συνεδρίαση στο εξωτερικό τόσο του δ.σ. (άρθρο 20 παρ. 2) όσο και της γ.σ. (άρθρο 25 – όμως μόνο επί μη εισηγμένων). Έτσι π.χ. δεν αποκλείεται το καταστατικό μιας ελληνικής αλλά γερμανικών συμφερόντων α.ε. να προβλέπει ότι τόσο το δ.σ. όσο και η γ.σ. συνεδριάζουν στη Φρανκφούρτη. Κάτι τέτοιο μπορεί να είναι ελκυστικό για τους αλλοδαπούς, ενδεχομένως όμως θα σημαίνει ότι η πραγματική έδρα μιας ελληνικής α.ε. είναι στο εξωτερικό. Αυτό δεν συμβαδίζει απόλυτα με το άρθρο 10 Α.Κ., συμβαδίζει όμως με τη γνωστή νομολογία του ΔΕΚ Centros, Überseering και Inspire Art (αναμένεται με εξαιρετικό ενδιαφέρον και η απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Cartesio, όπου το ΔΕΚ καλείται να απαντήσει στο ερώτημα αν υπάρχει δικαίωμα της εταιρίας να απομακρύνει την πραγματική της έδρα από το κράτος της καταστατικής).

11. Για τις ποικίλες απόψεις βλ. γενικότερα Κιντή, ΔικΑΕ, τόμος 4, 2000, Εισαγ.παρ. 35α-35γ, αριθ. 13 επ.

5. Παρατηρούμε γενικότερα ότι, στις παραπάνω περιπτώσεις, οι δυνατότητες δεν παρέχονται ευθέως εκ του νόμου, αλλά εξαρτώνται από τις προβλέψεις του καταστατικού. Επελέγησαν τα παραδείγματα αυτά (που δεν είναι τα μόνα), διότι μαρτυρούν τη διεύρυνση με το Ν. 3604 των δυνατών καταστατικών διαμορφώσεων. Και είναι πράγματι συνιστώσα του νέου νόμου η προσφορά στους ενδιαφερομένους περισσότερων δυνατοτήτων για να ρυθμίσουν τις σχέσεις τους, σύμφωνα με τις επιθυμίες και τις ανάγκες τους. Είναι όμως παράλληλα φανερό, ότι οι πολλές δυνατές καταστατικές διαμορφώσεις δημιουργούν την ανάγκη αυξημένης προσοχής κατά την κατάρτιση του καταστατικού, ώστε να αξιοποιηθούν στο μέγιστο οι δυνατότητες που προσφέρει ο νόμος, αλλά και να καταστούν δυνατές και χρήσιμες οι δυνατότητες αυτές. Μπορούν να αναφερθούν ορισμένα παραδείγματα της προσοχής που χρειάζεται, ώστε να μη ματαιώνονται οι δυνατότητες που προσφέρει ο νόμος. Αναφέρθηκε ήδη η δυνατότητα εκλογής του δ.σ. «βάσει καταλόγων», δηλ. με ψηφοδέλτιο (άρθρο 18 παρ. 6). Η δυνατότητα αυτή μπορεί να μην ταιριάζει σε όλες τις εταιρίες (οπωσδήποτε δεν θα έχει νόημα στις μονοπρόσωπες), αν προβλεφθεί όμως μπορεί να επιτύχει αναλογική εκπροσώπηση των διαφόρων ομάδων μετόχων στο δ.σ., που δεν είναι εφικτή με τον απευθείας διορισμό μελών του δ.σ. βάσει του άρθρου 18 παρ. 3 επ. Μάλιστα μόνο με τη διαδικασία του ψηφοδελτίου είναι εφικτή η εξ ημισείας εκπροσώπηση στο δ.σ., όταν υπάρχουν δύο μέτοχοι ή ομάδες μετόχων με αναλογία 50:50. Εδώ όμως χρειάζεται ιδιαίτερη προσοχή: Για να επιτευχθεί το 50:50 στο δ.σ. θα πρέπει ο αριθμός των προς εκλογή μελών να είναι ζυγός, άλλως η σκοπούμενη εξ ημισείας εκπροσώπηση στο δ.σ. θα ματαιωθεί. Ένα άλλο παράδειγμα είναι οι «tracking shares» του άρθρου 3 παρ. 2, που, όπως αναφέρθηκε, μετέχουν κατά προτεραιότητα σε κέρδη από ορισμένη εταιρική δραστηριότητα. Το καταστατικό θα πρέπει να περιέχει πλήρεις και ακριβείς διατάξεις για την έκταση της συμμετοχής, την κατανομή των γενικών εξόδων κλπ., ώστε να αποφεύγονται οι τριβές και οι αμφισβητήσεις μεταξύ των μετόχων. Όλα αυτά σημαίνουν ότι τα υποδείγματα καταστατικών που παρέχονται σε βιβλία ή ιστοσελίδες έχουν μεν αναμφισβήτητη χρησιμότητα, θα πρέπει όμως να χρησιμοποιούνται κριτικά και να συμπληρώνονται με προσοχή.

Αυτή είναι η γενική εικόνα του 3604/2007, όπως μπορεί να δοθεί με άκρα συντομία.

II. Επιμέρους ζητήματα

Στο δεύτερο μέρος μπορούν να τεθούν ορισμένα επιμέρους ερωτήματα, που έχουν απασχολήσει την πράξη και να γίνει απόπειρα κάποιων απαντήσεων.

1. Ένα ερώτημα, που τέθηκε με ένταση στην πράξη, έχει σχέση με το άρθρο 23α, όπως αναμορφώθηκε με το νέο νόμο. Η απορία που διατυπώθηκε είναι μήπως, με τη νέα του μορφή, το άρθρο 23α απαγορεύει πλέον το δανεισμό θυγατρικής από τη μητρική της ή – ζήτημα ιδιαίτερου ενδιαφέροντος για τις δανειοδοτούσες τράπεζες – την

παροχή εγγύησης από τη μητρική για χρέη της θυγατρικής. Είναι αυτό ακριβές;

(α) Για να γίνει κατανοητό το πρόβλημα, θα πρέπει να λεχθεί ότι, για να αποτρέψει την άσκηση αθέμιτης επιρροής στα εταιρικά πράγματα από ορισμένα πρόσωπα, το άρθρο 23α υποβάλλει σε έλεγχο ορισμένες συμβάσεις μεταξύ δ.σ. και εταιρίας, αλλά και μεταξύ ελέγχοντος την εταιρία και της τελευταίας. Πιο συγκεκριμένα, η παρ. 1 του άρθρου 23α απαγορεύει τα δάνεια ή πιστώσεις της εταιρίας προς τα πρόσωπα της παρ. 5, καθώς και την παροχή εγγυήσεων ή ασφαλειών υπέρ των προσώπων αυτών προς τρίτους. Τα πρόσωπα αυτά είναι – μεταξύ άλλων – εκείνοι που ελέγχουν την εταιρία, αλλά και τα πρόσωπα που ελέγχονται από τους ελέγχοντες την εταιρία. Αυτό ορίζεται από την παρ. 5¹². Για να γίνει κατανοητό τι ήθελε να ρυθμίσει ο νόμος, μπορεί να δοθεί το ακόλουθο παράδειγμα: Έστω ότι ελέγχω την εταιρία Α κατά 100% και την εταιρία Β κατά 65%. Σύμφωνα με το άρθρο 23α (παρ. 1 και 5), απαγορεύεται στην εταιρία Β, στην οποία κατέχω το 65%, να δώσει δάνειο ή εγγύηση υπέρ της εταιρίας Α, που ελέγχω κατά 100%. Και αυτό είναι λογικό και εύλογο, διότι είναι δυνατόν, κάνοντας χρήση της πλειοψηφίας και άρα της επιρροής που έχω στην Β, να προκαλέσω περιουσιακή μετακίνηση από την Β στην Α, προς όφελος της Α (και άρα προς όφελος δικό μου) και προς βλάβη της εταιρίας Β (και άρα προς βλάβη τόσο των δανειστών της Β, όσο και της μειοψηφίας του 35%).

(β) Όμως αν η παραπάνω μετακίνηση περιουσίας απαγορεύεται, διότι αποτελεί προϊόν της επιρροής που ασκεί ο ελέγχων μέτοχος στην εταιρία, ερωτάται αν θα πρέπει να απαγορεύεται εξίσου και η εξής περίπτωση: Όταν δηλ., κατά τροποποίηση του παραδείγματος, αντί η εταιρία Α να ελέγχεται άμεσα από μένα, να ελέγχεται από την εταιρία Β. Εγώ δηλ. ελέγχω κατά 65% (και πάλι) την εταιρία Β, η τελευταία δε ελέγχει κατά 100% την εταιρία Α. Μπορεί νομικά (λόγω του άρθρου 42ε παρ. 5 στοιχ. β' Ν. 2190/1920) η εταιρία Α να είναι και πάλι θυγατρική μου, και έτσι εκ πρώτης όψεως το γράμμα του άρθρου 23α παρ. 1 και 5 φαίνεται να πληρούται, αφού η απαγόρευση εκτείνεται στα πρόσωπα «που ασκούν έλεγχο επί της εταιρίας» και «τα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από τους ανωτέρω». Δημιουργείται όμως η ίδια σύγκρουση συμφερόντων, την οποία το άρθρο 23α παρ. 1 προσπαθεί να αποτρέψει; Και δικαιολογείται και πάλι η απαγόρευση της παρ. 1;

(γ) Η γνώμη του γράφοντος στο σημείο αυτό είναι αρνητική¹³. Τούτο δε διότι ενώ στο πρώτο παράδειγμα η κατά 100% άμεση θυγατρική μου, δανειοδοτούμενη κλπ. από την Β, προσπορίζεται όφελος που αντανακλά προσωπικά σε μένα, στην δεύτερη

12. Δυσκολίες δεν θα δημιουργούνται από την παρ. 6 του άρθρου 23α, βλ. σχετικά Δρυλλεράκη, Καίρια ζητήματα ερμηνείας από τις νέες διατάξεις των άρθρων 13 παρ. 7 και 23α παρ. 6 Κ.Ν.2190/20, ΔΕΕ 2008.169.

13. Βλ. και Περάκη, Το άρθρο 23α παρ. 1 Ν. 2190/1920, όπως ισχύει μετά το Ν. 3604/2007, και οι εγγυήσεις μητρικής προς θυγατρική, ΔΕΕ 2008.280, Τριανταφυλλάκη, Το νέο άρθρο 23α Κ.Ν. 2190/1920 – ζητήματα εφαρμογής, ΧρΔ 2008.385.

περίπτωση η ωφέλεια δεν έρχεται σε μένα, αλλά στην δανειοδοτούσα Β. Πράγματι, οποιαδήποτε ενίσχυση είτε ταμειακή, είτε φερεγγυότητας της Α από την Β επιστρέφει άμεσα στην Β (η λογική – αν όχι και η τεχνική – των ενοποιημένων οικονομικών καταστάσεων το παριστά αυτό με ενάργεια), έτσι ώστε τελικά η Β να μην υφίσταται βλάβη. Με άλλους λόγους: Η δανειοδότηση της Α, αν μεν είναι δική μου άμεση θυγατρική ωφελεί εμένα, αν όμως είναι άμεση θυγατρική της Β ωφελεί την Β. Συνεπώς το άρθρο 23α παρ. 1 και 5 δεν έχει εδώ λόγο εφαρμογής, αυτό όμως διαπιστώνεται όχι τόσο με γραμματική, όσο με τελεολογική-συστηματική ερμηνεία των διατάξεων. Θα είναι ανάγκη δηλ. να επιχειρηθεί ερμηνευτική συστολή της απαγόρευσης, ώστε να μην καταλαμβάνει και την περίπτωση όπου η θυγατρική της θυγατρικής δανειοδοτείται κλπ. από την μητρική της. Άλλωστε δεν θα είναι πρώτη φορά που η νομολογία (και μάλιστα η αρεοπαγίτικη) επιχειρεί μια τέτοια ερμηνεία. Ήδη ο Α.Π., ακολουθώντας τη θεωρία, στο ζήτημα αν το άρθρο 23α (και μάλιστα η παρ. 2 τούτου) εφαρμόζεται όταν συνάπτονται συμβάσεις μεταξύ μετόχου και μονοπρόσωπης α.ε., έχει απαντήσει αρνητικά¹⁴, ερμηνεύοντας συσταλτικά το γράμμα του νόμου.

(δ) Ωστόσο, το συμπέρασμα αυτό δεν είναι απόλυτο: Αν η εγγύηση δεν παρέχεται από μητρική προς την κατά 100% θυγατρική της, αλλά προς θυγατρική, όπου υπάρχει και μειοψηφία τρίτων, τα πράγματα μπορεί να μεταβάλλονται, διότι πλέον η προκύπτουσα ωφέλεια για τη θυγατρική δεν ανακλάται εξ ολοκλήρου στη μητρική της. Εδώ θα πρέπει να γίνει διάκριση, ανάλογα με το αν εκείνοι, που έχουν το υπόλοιπο ποσοστό του κεφαλαίου της θυγατρικής είναι ή δεν είναι εκ των προσώπων της παρ. 5 του άρθρου 23α. Αν δεν είναι, και πάλι το άρθρο 23α δεν θα είναι εφαρμοστέο, διότι δεν υπάρχει εμπλοκή συμφερόντων των προσώπων του άρθρου 42ε παρ. 5, αλλά τρίτων, και συνεπώς το ζήτημα θα κρίνεται με τις κοινές περί ευθύνης του δ.σ. διατάξεις, αν η παρασχεθείσα εγγύηση υπήρξε άστοχη, μη αναγκαία, γενικότερα δε βλαπτική. Αν όμως η θυγατρική ελέγχεται μεν από την μητρική της, αλλά κατά τα λοιπά υπάρχει ευθεία συμμετοχή και προσώπων της παρ. 5, το ζήτημα είναι δυσκολότερο. Εδώ πράγματι μπορεί να υπάρξει σύγκρουση συμφερόντων του είδους που αντιμετωπίζει το άρθρο 23α, διότι η εγγύηση που παρέχει η μητρική αποβαίνει εν μέρει μόνο προς όφελός της, κατά τα λοιπά δε ωφελείται ευθέως η μητρική της μητρικής. Οπότε είναι νοητό η μητρική της μητρικής να ασκεί την επιρροή της στη μητρική, ώστε η τελευταία να δανειοδοτεί τη θυγατρική, με ευθεία ωφέλεια και της μητρικής της μητρικής. Συνεπώς σε μια τέτοια περίπτωση η τελεολογική συστολή, που χρησιμοποιήθηκε παραπάνω

14. Βλ. π.χ. Α.Π. 1142/1998 ΔΕΕ 2000.618 με σύμφωνο σχ. Μάλαμα = ΕπισκΕΔ 1999.1071 με σύμφωνο σχ. Σομπόλου, Α.Π. 324/1999 Ε.Εμπ.Δ 2000.561 = ΝοΒ 2000.940 με σύμφωνο σχ. Δωρή, Α.Π. 1066/2002 Ελλ.Δ/νη 2004.152, Εφ.Αθ. 1303/2003 ΕπισκΕΔ 2003.547, με σύμφωνο σχ. Κ. Παμπούκη, Εφ.Αθ. 27/2004 ΝοΒ 05.506, Εφ.Λαο. 27/2004 Αρμ. 2004.1578. Βλ. π.χ. και Ν. Ρόκα, Η εφαρμογή του άρθρου 23α παρ. 2 επί μονοπρόσωπης α.ε. κλπ., εις τιμ. τόμο Λ. Κοτσίρη, 2004, σ. 943, Γκολογκίνα-Οικονόμου, Συμβάσεις της α.ε. με τα μέλη της διοικήσεώς της, 1990, σ. 197, την ίδια, ΔικΑΕ, τόμος 3, 2000, υπό 23α, αριθμ. 82, Αναστασόπουλο, γνωμ., Δελτίον Συνδέσμου Α.Ε. & ΕΠΕ 2005.113, Παμπούκη, ΕπισκΕΔ 2005.898 επ., 911.

υπέρ της εγκυρότητας της εγγύησης, δεν θα είναι πια ενδεδειγμένη ή δεν θα είναι ενδεδειγμένη πλήρως και μια τέτοια εγγύηση θα πρέπει ενδεχομένως να θεωρηθεί απαγορευμένη, εκτός φυσικά αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της παρ. 1 του άρθρου 23α στ. β' για την εγκυροποίησή της. Με άλλους λόγους στην περίπτωση της μη κατά 100% θυγατρικής, όπου έχουν ευθεία και παράλληλη συμμετοχή και πρόσωπα της παρ. 5, θα πρέπει να ελέγχεται το μέτρο της τελολογικής συστολής, που προτάθηκε παραπάνω. Θα αποτελεί έτσι ζήτημα της συγκεκριμένης περίπτωσης, αν η ευθεία συμμετοχή στη θυγατρική θα είναι σημαντική, ώστε η τελολογία του άρθρου 23α να ισχύει πλήρως, ή πρόκειται απλώς για αμελητέα συμμετοχή (π.χ. 1%), ώστε η τελολογική συστολή να μην έχει λόγο να εγκαταλειφθεί.

2. Μια επόμενη συχνή απορία που διατυπώνεται είναι γιατί στη μείωση κεφαλαίου (άρθρο 4 παρ. 3 και 4) καταργήθηκε η έκθεση του ορκωτού ελεγκτή.

(α) Μπορεί πράγματι να ξενίσει το ότι η νέα νομοθεσία αφαίρεσε ένα μέτρο διασφάλισης των πιστωτών, που αξίωνε το προγενέστερο δίκαιο. Σύμφωνα με το παλιό άρθρο 4 παρ. 3, η απόφαση για μείωση κεφαλαίου ήταν δυνατή μόνο αν συνοδευόταν από έκθεση ορκωτού ελεγκτή, «στην οποία να βεβαιώνεται η δυνατότητα της εταιρίας να ικανοποιήσει του δανειστές της». Η έκθεση αυτή δεν χρειάζεται πλέον.

(β) Ο λόγος που δεν χρειάζεται πλέον είναι ότι η προστασία των δανειστών εξασφαλίζεται με επάρκεια με τη δυνατότητα τούτων να αποτρέψουν την καταβολή ποσών στους μετόχους, ως συνέπεια της μείωσης, προβάλλοντας αντιρρήσεις, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 4. Πράγματι ο κίνδυνος για τους δανειστές δεν προέρχεται από τη λήψη της απόφασης για τη μείωση καθεαυτήν (προϋπόθεση της οποίας ήταν η έκθεση του ορκωτού ελεγκτή), αλλά από την απόδοση εταιρικής περιουσίας στους μετόχους. Αυτή όμως μπορεί να αποτραπεί κατά τρόπο αποτελεσματικό με την παρ. 4.

(γ) Ιστορικά η συνύπαρξη δύο μηχανισμών προστασίας (έκθεση του ορκωτού ελεγκτή και αντιρρήσεις των πιστωτών) εξηγείται ως εξής: Το άρθρο 4 προέβλεπε μόνο την έκθεση, εισαχθείσα με το Ν.Δ. 4237/1962. Οι δε αντιρρήσεις των πιστωτών, προβλεπόμενες από τη «δεύτερη» εταιρική οδηγία (77/91/ΕΟΚ, άρθρο 32), εισήχθησαν με τη γενικότερη τροποποίηση του άρθρου 4 με το Π.Δ. 409/1986, με διατήρηση όμως της έκθεσης. Έτσι δημιουργήθηκε ένα διπλό σύστημα προστασίας, μη προβλεπόμενο από την οδηγία και μη αναγκαίο. Με το νόμο 3604/2007 αποκαταστάθηκε η ισορροπία.

3. Επόμενο ερώτημα: Τι ισχύει σε σχέση με το δικαίωμα προτίμησης των παλαιών μετόχων επί εκδόσεως μετατρέψιμου ομολογιακού δανείου σύμφωνα με το νέο άρθρο 13 παρ. 7;

Εδώ υπάρχει πράγματι κάποιο πρόβλημα. Η «δεύτερη» εταιρική οδηγία (άρθρο 29 παρ. 6) προβλέπει ότι οι υφιστάμενοι μέτοχοι έχουν δικαίωμα προτίμησης να εγγρα-

φούν στο μετατρέψιμο ομολογιακό δάνειο. Η παλιά διάταξη του άρθρου 13 παρ. 5 ήταν σύμφωνη με την οδηγία. Η νεότερη όμως προβλέπει ότι το δικαίωμα αυτό προτίμησης των παλαιών μετόχων υπάρχει μόνο, αν τούτο προβλέπεται στο καταστατικό (και πράγματι τα περισσότερα καταστατικά το προβλέπουν). Θα απαιτηθεί είτε τροποποίηση του νόμου ή διορθωτική («σύμφωνη με την οδηγία») ερμηνεία¹⁵.

4. Τέταρτο ερώτημα: Ποια είναι η διαφορά του συνετού οικογενειάρχη από το συνετό επιχειρηματία (νέο κριτήριο ευθύνης κατ' άρθρο 22α παρ. 2);

(α) Σύμφωνα με το άρθρο 22α παρ. 2 το εναγόμενο μέλος του δ.σ. απαλλάσσεται από την ευθύνη, αν αποδείξει ότι κατέβαλε την επιμέλεια του «συνετού οικογενειάρχου» (πριν) ή του «συνετού επιχειρηματία» (σήμερα). Όμοια με τη σημερινή διατύπωση είναι εκείνη του γερμανικού νόμου (παρ. 93 AktG, "die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters"). Η παλιά διατύπωση εθεωρείτο από ορισμένους συγγραφείς ότι αναφέρεται στον «επιμελή διαχειριστή»¹⁶.

(β) Η διαφορά των διατυπώσεων μπορεί να είναι ουσιαστική ή απλώς διακοσμητική, ανάλογα με το ποιο ήταν το νόημα του προϊσχύσαντος δικαίου. Κατά μία άποψη η επιμέλεια του «συνετού οικογενειάρχου» παρέπεμπε στην εν τοις ιδίοις επιμέλεια («επιμέλεια που ο οφειλέτης δείχνει συνήθως στις δικές του υποθέσεις» – Α.Κ. 333, προβλ. και 746)¹⁷. Σε μια τέτοια περίπτωση είναι σαφές ότι η νέα διάταξη διαφοροποιεί κατ' ουσία το νομικό καθεστώς της ευθύνης, αφού η επιμέλεια του συνετού επιχειρηματία είναι προσδιοριστική της ευθύνης για κάθε πταίσμα του μέλους του δ.σ., υπό μορφή εξειδίκευσης της Α.Κ. 330¹⁸, και όχι μειωτική της ευθύνης αυτής, όπως κατά Α.Κ. 333. Αντίθετα, κατ' άλλη (και μάλιστα κρατούσα) άποψη, η ευθύνη του «συνετού οικογενειάρχου» συνιστούσε εσφαλμένη διατύπωση και το νόημα ήταν ότι το μέλος του δ.σ. ευθυνόταν για κάθε πταίσμα¹⁹. Με τέτοια εκδοχή, η νέα διατύπωση του άρθρου 22α παρ. 1 δεν έχει επιφέρει ουσιαστική μεταβολή του καθεστώτος της ευθύνης, αν και βελτιώνει την ορολογία.

5. Όταν, σύμφωνα με τη νέα διάταξη του άρθρου 29 παρ. 2 εδ. τελευταίο και παρ. 4 εδ. τελευταίο, η πρόσκληση της γ.σ. ορίζει αυτή, για την περίπτωση μη επίτευξης απαρτίας, τον τόπο της ή των επαναληπτικών συνελεύσεων, ποια είναι η προθεσμία μεταξύ της συνέλευσης που δεν έλαβε χώρα και της επαναληπτικής;

(α) Το ερώτημα γεννάται εκ του ότι, κατά κανόνα, η πρόσκληση της επαναληπτικής πρέπει να γίνεται προ δεκαημέρου. Όταν όμως δεν υπάρχει νεότερη πρόσκληση για

15. Υπέρ της δεύτερης Δρυλλεράκης, Καίρια ζητήματα ερμηνείας από τις νέες διατάξεις των άρθρων 13 παρ. 7 και 23α παρ. 6 Κ.Ν.2190/20, ΔΕΕ 2008.169.

16. Βλ. Ν. Ρόκα, Εμπορικές εταιρίες, 2006, σ. 305: «...δηλ., κατά σωστή ερμηνεία, την επιμέλεια συνετού διαχειριστή...».

17. Βλ. π.χ. Τσιριντάνη, Στοιχεία Εμπορικού Δικαίου, τεύχος β', 1964, σ. 158.

18. Έτσι και κατά το γερμανικό δίκαιο, βλ. π.χ. Hüffer, AktG, 2006, παρ. 93, 4.

19. Βλ. Ν. Ρόκα, ό.π..

την επαναληπτική, για το λόγο ότι η αρχική πρόσκληση προέβλεψε ήδη τις τυχόν επαναληπτικές, για την περίπτωση όπου δεν ήθελε υπάρξει απαρτία στην πρώτη, απαιτείται να τηρηθεί η προθεσμία αυτή; Μπορεί π.χ. η αρχική πρόσκληση να προβλέπει συνεδρίαση της γ.σ. την 1.2.2008, αλλά αν δεν υπάρξει απαρτία, να προβλέπει επαναληπτική την 7.2.2008, και ενδεχομένως, αν ούτε τότε υπάρξει απαρτία, την 14.2.2008;

(β) Κατά το γράφοντα η απάντηση στο ερώτημα πρέπει να είναι θετική. Η προθεσμία συνάπτεται με πρόσκληση, και η λογική της είναι ότι μεταξύ της πρόσκλησης και του γεγονότος που η πρόσκληση αφορά πρέπει να μεσολαβήσει κάποιος χρόνος, ώστε να αποφεύγονται αιφνιδιασμοί. Όμως στην συζητούμενη περίπτωση πρόσκληση δεν υπάρχει. Συνεπώς δεν μπορεί να γίνει λόγος για χρονικό διάστημα που πρέπει να μεσολαβεί. Ο μέτοχος γνωρίζει από την αρχή πότε θα γίνουν οι συνελεύσεις, αρχική και επαναληπτική.

(γ) Υπάρχει ωστόσο ένα ζήτημα: Η επαναληπτική γ.σ. δεν πρέπει να συγκαλείται σε τόσο σύντομο χρονικό σημείο, ώστε ο μέτοχος να μην προλαβαίνει να πληροφορηθεί ότι η αρχική γ.σ. ματαιώθηκε, ώστε, αν επιθυμεί, να μετάσχει στην επαναληπτική. Π.χ. θα είναι καταχρηστική η πρόσκληση γ.σ. για την 1.2.2008 και ώρα 10.00 π.μ., αν ορίζει ότι σε περίπτωση μη επίτευξης απαρτίας, η επαναληπτική γ.σ. θα λάβει χώρα την ίδια ημέρα και ώρα 12.00. Γεννάται ακόμη το ζήτημα, μήπως πρέπει η επαναληπτική να συγκαλείται σε τέτοιο χρόνο, ώστε οι μέτοχοι να μπορούν να τηρήσουν το πενθήμερο προκατάθεσης των μετοχών τους και των «εγγράφων αντιπροσωπείας», σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 και 3. Η απάντηση κατά το γράφοντα πρέπει να είναι αρνητική. Το πενθήμερο αυτό δεν είναι υπέρ του μετόχου, αλλά είναι προθεσμία που οφείλει να τηρήσει ο μέτοχος. Αν λόγω της σύντομης προθεσμίας μέτοχος δεν προλαβαίνει να τηρήσει το πενθήμερο και δεν έχει ήδη καταθέσει από πριν τα παραπάνω έγγραφα, απλώς δεν θα είναι επιτρεπτό να αποκλεισθεί από τη γ.σ. για το λόγο αυτό (άλλως η απόφαση θα είναι σήμερα ακυρώσιμη κατ' άρθρο 35α παρ. 1). Συνεπώς ή θα μετάσχει με κατάθεση των εγγράφων σε συντομότερη προθεσμία, ή θα του δοθεί άδεια σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 4, που θα είναι υποχρεωτική για τη συνέλευση.

6. Έκτο ερώτημα: Γιατί εξακολουθούν και υποβάλλονται τα πρακτικά στη διοίκηση, ακόμη και από εταιρίες που δεν υπόκεινται σε εποπτεία;

(α) Πράγματι, ενώ η διοικητική εποπτεία έχει δραστικά απομειωθεί, τα πρακτικά των συνεδριάσεων του δ.σ., τουλάχιστον εκείνα που καταχωρούνται στο ΜΑΕ (άρθρο 20 παρ. 7), καθώς και τα πρακτικά της γ.σ. (26α παρ. 2) θα εξακολουθήσουν να υποβάλλονται εντός 20 ημερών στην αρμόδια διοικητική αρχή. Η υποχρέωση υφίσταται και για εκείνες τις α.ε., που εμπίπτουν στο άρθρο 4 παρ. 2α.

(β) Οι λόγοι για τους οποίους εξακολουθεί να είναι υποχρεωτική η υποβολή των πρακτικών στη διοίκηση έχουν σχέση με την άσκηση της υπολειμματικής εποπτείας (αίτηση για έκτακτο έλεγχο, αγωγή για λύση της εταιρίας, επιβολή προστίμων κλπ.),

ειδικά δε για τα πρακτικά της γ.σ. για να μπορεί η διοίκηση να παρέχει αντίγραφα σε μετόχους ή και τρίτους (7β παρ. 12), και για την έναρξη των προθεσμιών των άρθρων 35α παρ. 7 και 35β παρ. 4.

7. Έβδομο ερώτημα: Αφού προβλέφθηκε ρητά ο τρόπος μεταβίβασης των μετοχών, ανωνύμων και ονομαστικών, τι γίνεται με τις φορολογικές διατάξεις του Ν. 2459/97;

(α) Όπως είναι γνωστό, η μεταβίβαση των μετοχών υπόκειται σε φόρο 5%. Για να εξασφαλισθεί η καταβολή του, το άρθρο 15 παρ. 3 Ν. 2459/97 υπέβαλε τη μεταβίβαση (μάλιστα όχι μόνο την εν ζωή, αλλά και την αιτία θανάτου!²⁰) σε έγγραφο τύπο και θεώρηση από την αρμόδια ΔΟΥ. Αν δεν τηρηθεί το έγγραφο και δεν γίνει η θεώρηση, η μεταβίβαση «θεωρείται άκυρη και δεν παράγει κανένα έννομο δικαίωμα υπέρ αυτού που τις αποκτά». Αυτό σημαίνει ότι σύμφωνα με το δίκαιο που ίσχυε μέχρι το Ν. 3604/2007, η μεταβίβαση ανωνύμων μετοχών δεν μπορούσε να γίνει σύμφωνα με τις διατάξεις για τη μεταβίβαση κινητών (Α.Κ. 1034), η δε μεταβίβαση των ονομαστικών μετοχών υπέκειτο στις διατυπώσεις τόσο του Ν. 2459/97, όσο και του άρθρου 8β Ν. 2190/1920. Επρόκειτο για αθέμιτη επιδρομή του φορολογικού νομοθέτη στο δίκαιο της α.ε.

(β) Τι γίνεται όμως σήμερα, αφού ρητά το νέο άρθρο 8β ορίζει τον τρόπο μεταβίβασης τόσο των ονομαστικών όσο και των ανωνύμων μετοχών; Με δεδομένο ότι το άρθρο 15 παρ. 3 Ν. 2459/97 δεν συνιστά φορολογική διάταξη, ώστε να διατηρείται (βλ. άρθρο 79 παρ. 12 Ν. 3604/2007), αφού αφορά τις διατυπώσεις μεταβίβασης των μετοχών, η γνώμη μου είναι ότι ναι μεν η φορολογία του 5% έχει διατηρηθεί, όχι όμως και οι διατυπώσεις για τη μεταβίβαση των μετοχών. Συνεπώς μετά τη θέση σε ισχύ του νέου νόμου, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι οι μετοχές μεταβιβάζονται πλέον σύμφωνα με το άρθρο 8β²¹, ότι πάντως διατηρείται η φορολογία κατά τη μεταβίβαση. Το αν επιβεβαιωθεί αυτή η ερμηνεία ή όχι είναι θέμα χρόνου, δεν φαίνεται όμως ότι η Διοίκηση θα υιοθετήσει με προθυμία την εδώ υποστηριζόμενη άποψη χωρίς προηγούμενη δικαστική κρίση.

8. Όγδοο ερώτημα: Μήπως ήταν ευκαιρία να εισαχθεί η «μικρή» α.ε.;

Το ζήτημα αυτό είναι καίριας σημασίας, διότι πράγματι τώρα και πολύ καιρό έχει διαπιστωθεί η ακαταλληλότητα του δικαίου της α.ε. για την μικρή (ολιγομελή ή μικρού κεφαλαίου) α.ε. και διατυπώνεται το αίτημα εισαγωγής μιας νέας εταιρικής μορφής, που συνθηματικά αποκαλείται «μικρή» α.ε., για την εξυπηρέτηση των αντίστοιχων αναγκών²². Ωστόσο η επιτροπή για την αναμόρφωση του Ν. 2190/1920 δεν προέτεινε την εισαγωγή μιας τέτοιας εταιρικής μορφής. Αντ' αυτού κρίθηκε προτιμώ-

20. Βλ. ειρωνικό σχόλιο Γεωργακόπουλου, «Λάζαρε, δούρο έξω», ΔΕΕ 1997, 535.

21. Βλ. Περάκη, Το νέο δίκαιο της α.ε., 2007, σ. 31, Βερβεσό, Ε.Εμπ.Δ. 2007.323, Δρυλλεράκη, ΔΦΝ 2007, 1868, τον ίδιο, περιοδικό «Επιχείρηση», 2008.53. Αντίθετα Ρέππας, ΔΦΝ 2008.419.

22. Βλ. πρόσφατα Ν. Ρόκα, Ε.Εμπ.Δ. 2007, σ. 238, Αντωνόπουλο, Δίκαιο α.ε. και επε, 2008, σ. 9.

τερο για λόγους ευελιξίας να αυξηθούν οι δυνατότητες καταστατικών διαμορφώσεων, ώστε οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν να καταστρώνουν ένα à la carte εταιρικό φορέα που να προσαρμόζεται καλύτερα στις ανάγκες τους («μικρή α.ε. εκ του καταστατικού»)²³.

9. Ένατο ερώτημα: Γιατί η πρόσκληση της γ.σ., σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 2, πρέπει να μνημονεύει και «τους μετόχους που έχουν δικαίωμα συμμετοχής»; Τι σημαίνει αυτό; Δεν είναι αυτονόητο ότι όλοι οι μέτοχοι έχουν δικαίωμα συμμετοχής, ακόμη μάλιστα και αν δεν έχουν δικαίωμα ψήφου²⁴; Μήπως άραγε εννοείται ότι θα πρέπει να υπάρχει ονομαστική καταγραφή των μετόχων στην πρόσκληση, αν οι μετοχές είναι ονομαστικές;

Η απάντηση είναι ότι δεν εννοείται τίποτε από αυτά. Η ανάγκη μνείας των μετόχων που έχουν δικαίωμα συμμετοχής δημιουργήθηκε στην αρχική εκδοχή της πρότασης σχεδίου νόμου, όπου είχε περιληφθεί το λεγόμενο "record date", η ημερομηνία δηλ. που λαμβάνεται υπόψη για να κριθεί το ποιοι μέτοχοι μπορούν να μετάσχουν στη γ.σ. Σύμφωνα με το σύστημα αυτό (που προβλέπεται και από την οδηγία 2007/36/EK για την άσκηση ορισμένων δικαιωμάτων από μετόχους εισηγμένων εταιριών), τα πρόσωπα που δικαιούνται να μετάσχουν σε μια γ.σ. είναι εκείνα που έχουν μετοχική ιδιότητα κάποιο χρονικό σημείο πριν από τη γ.σ. (π.χ. 10 ημέρες πριν από αυτήν) και όχι την ημέρα της γ.σ. Συνεπώς στην πρόσκληση της γ.σ. πρέπει να εξειδικεύεται οι μέτοχοι τίνος χρονικού σημείου δικαιούνται συμμετοχής. Αυτό ήταν το νόημα της φράσης. Στη συνέχεια όμως δεν υιοθετήθηκε μεν το σύστημα του "record date", δεν άλλαξε όμως η διατύπωση του άρθρου 26 παρ. 2. Και έτσι όμως, όπως έχει, η φράση μπορεί να έχει νόημα, π.χ. όταν συγκαλείται «διαίτερη» γ.σ. των προνομιούχων μετόχων (άρθρο 3 παρ. 5), οπότε στην πρόσκληση πρέπει να αναφέρεται ποιοι μέτοχοι μπορούν να παραστούν.

10. Ένα τελευταίο και κρίσιμο ερώτημα: Μήπως η ανάθεση εξουσιών στα δικαστήρια να κρίνουν τις εταιρικές υποθέσεις έχει γίνει υπερβολική;

(α) Το ερώτημα είναι εύλογο από δύο απόψεις: Πρώτον, τα δικαστήρια επιφορτίζονται με περισσότερες υποθέσεις από ό,τι στο παρελθόν. Π.χ. μεγάλο μέρος των ελαττωματικών αποφάσεων της γ.σ. είναι ακυρώσιμες (άρα ακυρώνονται με δικαστική απόφαση – άρθρο 35α) και όχι άκυρες, εισάγεται η δικαστική λύση της εταιρίας (48, 48α), επιτρέπονται εξαγορές με δικαστική απόφαση (49α, 49β, 49γ), κλπ. Δεύτερον, καλούνται τα δικαστήρια να αποφασίσουν με βάση αόριστες έννοιες. Π.χ. κατά το άρθρο 22α παρ. 2 το δ.σ. δεν υπέχει ευθύνη για «πράξεις που αφορούν εύλογη επιχειρηματική απόφαση, η οποία ελήφθη με καλή πίστη, με βάση επαρκείς πληροφορίες προς εξυπηρέτηση του εταιρικού συμφέροντος». Το άρθρο 48α δε, ενεργοποιείται και η

23. Βλ. Περάκη, Το νέο δίκαιο της α.ε., 2007, σ. 14.

24. Για το τελευταίο βλ. Σωτηρόπουλο, ΔικΑΕ τόμος 1, 2002, υπό άρθρο 3, αρ. 61.

λύση της εταιρίας διατάσσεται «εάν υφίσταται προς τούτο σπουδαίος λόγος, που, κατά τρόπο προφανή και μόνιμο, καθιστά τη συνέχιση της εταιρίας αδύνατη». Το ερώτημα είναι συνεπώς αν τα δικαστήρια θα μπορέσουν να αντεπεξέλθουν στα νέα βάρη και τις νέες δυσκολίες.

(β) Ο γράφων συμμερίζεται την απορία αυτή. Ωστόσο η νομοθέτηση στη βάση ότι τα δικαστήρια δεν μπορούν να αντεπεξέλθουν στις ανάγκες, που μια σύγχρονη κοινωνία επιβάλλει, είναι καταδικασμένη να παράγει κακή νομοθεσία και μάλλον – και πολύ χειρότερο – υποδηλώνει παραίτηση από την αξίωση μιας συγκροτημένης Πολιτείας και την αναβάθμιση του δικαστικού συστήματος. Επομένως: Πρώτον, δεν γίνεται αλλιώς, και δεύτερον, ελπίζεται ότι τα δικαστήρια θα μπορέσουν να αποκτήσουν πείρα στα καινούργια ζητήματα. Οι αόριστες νομικές έννοιες των άρθρων 22α παρ. 2 ή 48α δεν είναι δυσκολότερες στο χειρισμό τους από άλλες, όπου τα δικαστήρια έχουν ήδη επαρκή παιδεία, όπως π.χ. η έννοια των «χρηστών ηθών» του άρθρου 1 Ν. 146/1914, ή από έννοιες ήδη χρησιμοποιούμενες στο Ν. 2190, όπως οι έννοιες «επουσιώδεις ενδιαφέρον», «δυσανάλογα έξοδα», «αδικαιολόγητες καθυστερήσεις» (άρθρο 97 παρ. 1) κλπ.

II. Επίμετρο

Αξιίζει μια ακόμη ερώτηση: Πότε επιτέλους θα σταθεροποιηθεί ο Ν. 2190/1920;

1. Μια βασική προϋπόθεση για μια ήρεμη και με ασφάλεια δικαίου διεξαγωγή των εμπορικών συναλλαγών είναι η σταθερότητα του δικαίου. Το κόστος της προσαρμογής σε νέους κανόνες (αν και είναι δύσκολη η μέτρησή του) δεν είναι ευκαταφρόνητο, ευκαίιο δε είναι να αποφεύγονται οι αιφνιδιασμοί και οι ανατροπές των επιχειρηματικών προσδοκιών. Όμως η νομοθετική αυτή ηρεμία δεν υπάρχει. Και δεν υπάρχει ήδη από τη δεκαετία του '80, όταν η ενσωμάτωση των κοινοτικών οδηγιών οδήγησαν σε μαζικές τροποποιήσεις του Ν. 2190/1920. Ολόκληρα κεφάλαια, όπως π.χ. εκείνα για τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις, τις συγχωνεύσεις και διασπάσεις, αλλά και πολλές διατάξεις άλλων κεφαλαίων άλλαξαν ριζικά περιεχόμενο.

2. Τα μηνύματα δεν είναι αισιόδοξα για όσους επιθυμούν την ηρεμία. Η ιστορία συνεχίζεται και ο Ν. 2190 δεν προβλέπεται να σταθεροποιηθεί σε κάποιο ορατό μέλλον. Επίκεινται και άλλες τροποποιήσεις του λόγω εκκρεμών οδηγιών, όπως εκείνων για τα δικαιώματα των μετόχων, τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις και τους τακτικούς ελεγκτές. Άλλωστε οδηγίες δεν παύουν να εκδίδονται (μόλις πρόσφατα – την 17.11.07 – δημοσιεύθηκε στην Ε.Ε. νέα οδηγία με ορισμένες διατάξεις που αφορούν τη συγχώνευση και τη διάσπαση), ενώ ετοιμάζονται και άλλες. Επίσης υπάρχει ενδεχόμενο να αποσπασθούν τα κεφάλαια για τους εταιρικούς λογαριασμούς, καθώς και εκείνα για τις μετατροπές, συγχωνεύσεις και διασπάσεις, ώστε να αποτελέσουν γενικότερα

και αυτοτελή νομοθετήματα, αφενός για τους λογαριασμούς των επιχειρήσεων, αφετέρου για τους εταιρικούς μετασχηματισμούς.

3. Ένας λόγος για τη διαρκή κινητικότητα της νομοθεσίας είναι η εισαγωγή ρυθμίσεων που βελτιώνουν το γενικό δίκαιο της α.ε. (στο πνεύμα αυτό κινήθηκε και ο Ν. 3604/2007), είτε διότι οι ελληνικές επιχειρηματικές ανάγκες το απαιτούν, είτε διότι είναι ανάγκη να επέλθουν διορθώσεις διατάξεων, που η εμπειρία απέδειξε εσφαλμένες ή ατελείς, είτε τέλος διότι στοχεύεται η γενικότερη βελτίωση του εταιρικού δικαίου, ώστε τούτο να αντεπεξέρχεται στο διεθνή ανταγωνισμό. Είναι γνωστό ότι το εταιρικό δίκαιο αποτελεί παράγοντα ανάπτυξης και ενδυνάμωσης των επιχειρήσεων και των αγορών. Όταν δε μια ελληνική μετοχή κυκλοφορεί εκτός Ελλάδος, δεν ενσωματώνει μόνο την αξία της επιχείρησης που την έχει εκδώσει, αλλά και το ελληνικό δίκαιο που τη διέπει. Έτσι, η ύπαρξη ενός καλής ποιότητας δικαίου, εξυπηρετικού των επιχειρήσεων και της οικονομίας γενικότερα, είναι διαρκές ζητούμενο, οι εξελίξεις δε στην οικονομία αλλά και την τεχνική των επιχειρήσεων θα κρατούν το νομοθέτη σε διαρκή απασχόληση.



Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ Ν. 2472/1997 ΣΤΗΝ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ



Γεωργίου Νούσκαλη*

1. Εισαγωγή

Το τελευταίο διάστημα άρχισαν να συζητώνται θεωρητικά, με αφορμή και ανακύψαντα ζητήματα στην νομική πρακτική, τα προβλήματα προστασίας της ιδιωτικότητας υπό την μορφή των προσωπικών δεδομένων, σύμφωνα με το Ν. 2472/1997, κατά τη διάρκεια της ποινικής δίκης αλλά και ενόψει της σύγκρουσης αυτού του εννόμου αγαθού με άλλα. Ένα τέτοιο πρόβλημα κλήθηκε να επιλύσει και το υπ' αριθ. 1945/2002 βούλευμα του Ανωτάτου Ακυρωτικού¹: Ασκήθηκε ποινική δίωξη για παραβίαση του άρθρου 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997, κατά συνηγόρων υπεράσπισης, οι οποίοι κατά τη διάρκεια ποινικής δίκης προσκόμισαν έγγραφο με καταδικαστικές αποφάσεις για το έγκλημα της ψευδορκίας εκείνου που επείχε θέση μηνυτή στην ανωτέρω δίκη, με σκοπό να κλονίσουν την αξιοπιστία του. Το αρμόδιο Συμβούλιο Εφετών² έκρινε ότι οι κατηγορούμενοι δικηγόροι δεν τέλεσαν το ανωτέρω αδίκημα και η υπόθεση έφτασε στον Άρειο Πάγο. Το Ανώτατο Δικαστήριο απέρριψε την σχετική αίτηση αναιρέσεως, κρίνοντας ότι η αιτιολογία του προσβαλλόμενου εφετειακού βουλεύματος είναι επαρκής και ότι το Εφετείο εφάρμοσε σωστά την διάταξη του άρθρου 22 παρ. 4 Ν. 2472/1997, την οποία δεν παραβίασε ούτε και εκ πλαγίου. Η βάση της αιτιολογίας, τόσο του αναιρεσιβληθέντος όσο και του βουλεύματος του Αρείου Πάγου, συνίσταται στο ότι οι διατάξεις των άρθρων 358 και 364 Κ.Π.Δ είναι ειδικότερες και κατισχύουν του νόμου 2472/1997. Με εφελκτήριο την παραπάνω σκέψη διατυπώθηκε από τον Άρειο Πάγο μια συλλογιστική, η οποία έχει ήδη υποστεί κριτική³. Πολύ πρόσφατα, ωστόσο, επήλθε τροποποίηση των επίμαχων διατάξεων του Ν. 2472/1997 για την προστασία προσωπικών δεδομένων, στα πλαίσια της εν γένει δικαιοδοσίας των δικαστηρίων, με το άρθρο 8 Ν. 3625/2007. Συγκεκριμένα, επαναδιατυπώθηκαν τα άρθρα 3 παρ. 2 περ. β' και 7 Α παρ. 1 περ στ' του ανωτέρω νόμου. Στη συνέχεια, θα διατυπώσουμε μια κριτική επί των ανωτέρω ρυθμίσεων αφενός και αφετέρου θα παραθέσου-

* Ο Γεώργιος Νούσκαλης είναι Λέκτορας Α.Π.Θ.-Δικηγόρος.

1. Βλ. Συμβ.Α.Π 1945/2002, Ποιν.Δικ. 2003, σ. 626

2. Βλ. Συμβ.Εφ.Αθ. 984/2001 (με παρατ. Ε. Φυτράκη), Ποιν.Δικ. 2002, σ. 1027

3. Βλ. Ε. Φυτράκη, ό.π., Ποιν.Δικ. 2002, Γ. Νούσκαλη, Προστασία προσωπικών δεδομένων και ποινική δίκη: Αξίες αντιφατικές ή παράλληλες; Ποιν.Δικ. 2003, σ. 875 επ, του ιδίου Ποινική προστασία προσωπικών δεδομένων, εκδ. β', ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2007, σ. 80 επ. με περαιτέρω παραπομπές.

με κάποιες γενικότερες σκέψεις για την προστασία των προσωπικών δεδομένων κατά το Ν. 2472/1997.

2. Το πρόβλημα

Πρόσφατα εμφανίστηκε η άποψη στη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας, αλλά ακόμη και στη θεωρία, που υποστηρίζει μια, χωρίς σαφή όρια, κάμψη της προστασίας της ιδιωτικότητας κατά την ποινική δίκη. Καταρχήν, θα πρέπει να παρατηρήσουμε ότι η θεώρηση περί ειδικότητας των διατάξεων των άρθρων 358 και 364 Κ.Π.Δ έναντι εκείνων του Ν. 2472/1997 είναι εσφαλμένη για τους εξής λόγους: Κατ’ αρχήν τα ανωτέρω άρθρα του Κ.Π.Δ δεν ρυθμίζουν το ίδιο θέμα με αυτό του Ν. 2472/1997, ώστε να τεθεί στη συνέχεια ζήτημα ειδικότητας λόγω ύπαρξης πλειόνων στοιχείων πέραν των υποτιθέμενων κοινών. Στο άρθρο 358 Κ.Π.Δ διατυπώνονται ορισμένοι ειδικότεροι κανόνες σχετικά με τα δικαιώματα των διαδίκων κατά την εξέταση των μαρτύρων, όπως προκύπτει και από την διατύπωση του νόμου «περί ακριβέστερου καθορισμού της αξιοπιστίας του μάρτυρος». Το άρθρο 364 Κ.Π.Δ εξάλλου, δίνει το δικαίωμα στο δικαστήριο να προβεί στην ανάγνωση οποιουδήποτε εγγράφου προσκομίστηκε νόμιμα και δεν αμφισβητήθηκε η γνησιότητά του.

Θα ήταν παράλογο να λειτουργούν οι ανωτέρω διατάξεις ως γενικοί λόγοι άρσης του αδίκου οποιασδήποτε προσβολής του ιδιωτικού βίου ή άλλου εννόμου αγαθού κατά τη διάρκεια της ποινικής δίκης, όπως αποδεικνύεται βέβαια, τόσο από την ύπαρξη των ειδικών διατάξεων για τα παράνομα αποδεικτικά μέσα⁴ στο άρθρο 177 παρ. 2 Κ.Π.Δ, όσο και από τη νέα ρύθμιση του άρθρου 253Α Κ.Π.Δ, η οποία καθιερώνει εξαιρέσεις προστασίας των προσωπικών δεδομένων κατά την ανακριτική διαδικασία αλλά πάντοτε υπό το γενικό πλαίσιο του Ν. 2472/1997.⁵ Εάν η ανωτέρω συλλογιστική του Αρείου Πάγου ήταν ορθή, δεν θα είχε νόημα ούτε και η διάταξη του άρθρου 370Α παρ. 4 Π.Κ., η οποία ρυθμίζει την περιορισμένη ενώπιον δικαστηρίου χρήση ορισμένων αποδεικτικών μέσων, που αποκτήθηκαν με προσβολή του απορρήτου των επικοινωνιών. Τα κυριότερα, εξάλλου, επιχειρήματα που διατυπώνονται σχετικά είναι ότι «Ο Ν. 2472/1997 δεν καταργεί θεμελιώδεις διατάξεις του Κ.Π.Δ και δεν μετατρέπει τη χώρα σε ζούγκλα». Ως περαιτέρω επιχείρημα, το παραπάνω βούλευμα του Εφετείου προέβλεπε και το ότι ο νομοθέτης, με την θέσπιση του Ν. 2472/1997 «δεν ήθελε να καταστήσει την Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα υπερσυνταγματική Αρχή, η οποία θα εποπτεύει και θα καθορίζει τον τρόπο λειτουργίας όλων των άλλων αρχών».

4. Βλ. Α. Καρρά, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, εκδ. 2η 1998, σ. 636 επ.

5. Βλ. Ι. Μανωλεδάκη, Ελευθερία και ασφάλεια (Ερμηνεία του Ν. 2928/2001 για το οργανωμένο έγκλημα), 2003, σ. 174, με περαιτέρω παραπομπές.

Ως αντίθετη επιχειρηματολογία προς τα ανωτέρω, θα μπορούσε να παρατηρηθεί καταρχήν ότι ο Ν. 2472/1997 δεν ψηφίστηκε με σκοπό την κατάργηση του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας αλλά για να διατυπωθούν και εφαρμοστούν ειδικοί και συγκεκριμένοι κανόνες προστασίας του ιδιωτικού βίου ή του πληροφοριακού αυτοκαθορισμού, όχι μόνο κατά τη διάρκεια μιας ποινικής δίκης αλλά και σε κάθε περίπτωση ροής των πληροφοριών που αφορούν σε προσωπικά δεδομένα, στα πλαίσια διαφορών είτε δημοσίου είτε ιδιωτικού δικαίου. Εξάλλου, σύμφωνα με τα άρθρα 5 παρ. 2 εδ. δ' και 7 παρ. 2 περ. ε' υποπερ. ββ' του Ν. 2472/1997, προβλέπεται ως εξαίρεση από την προστασία των προσωπικών δεδομένων, η δυνατότητα των δικαστικών λειτουργιών να επεξεργάζονται οποιαδήποτε προσωπικά δεδομένα που υπάρχουν σε εκκρεμή ποινική δικογραφία.

Από τα άρθρα 358 και 364 αλλά και τις υπόλοιπες διατάξεις του Κ.Π.Δ που αναφέρονται στην αιτιολογία του παραπάνω εφετειακού βουλεύματος, δεν προκύπτει ότι το ποινικό δικαστήριο εφοδιάζεται με γενική ελευθερία πρόσβασης και χρήσης παντός δεδομένου-πληροφορίας που αφορά τον ιδιωτικό βίο των διαδίκων. Δεν θα μπορούσε να έχει άλλως το πράγμα ούτε λόγω της δημοσιότητας αλλά ούτε και λόγω του εγγενούς στιγματιστικού χαρακτήρα της ποινικής διαδικασίας, ο οποίος διατηρείται έως και σήμερα.⁶ Η δημοσιότητα εξυπηρετεί ρητά την ανάγκη δημόσιου ελέγχου και κριτικής των αποφάσεων των δικαστηρίων και υπόρρητα φέρει τα κατάλοιπα της διαπόμευσης του κατηγορουμένου.⁷ Ωστόσο, εάν η δημοσιότητα αυτή κατέλυε κάθε έννοια της ιδιωτικότητας και προσέφερε στον καθένα δικαίωμα ελεύθερης πρόσβασης στα αρχεία των ποινικών καταδικών, τότε δεν θα είχαν νόημα οι απαγορεύσεις χορήγησης αντιγράφων ποινικού μητρώου κατά το άρθρο 577 Κ.Π.Δ. Είναι σαφές, εξάλλου, ο διαχωρισμός της δημοσιότητας της δίκης από την περαιτέρω δημοσιοποίηση της καταδίκης ή αθώωσης κάποιου, η οποία καταρχήν απαγορεύεται⁸ και επιτρέπεται μόνο στις προβλεπόμενες ειδικά από το νόμο περιπτώσεις, καθώς με την καταδίκη ή απαλλαγή του κατηγορουμένου τελειώνει η δίκη και η δημοσιότητα που την χαρακτηρίζει.⁹ Τη διάκριση μεταξύ δημοσιότητας της δίκης ως διαδικασίας και της περαιτέρω δημοσιοποίησης του αποτελέσματος αυτής, κατάκτηση του ευρωπαϊκού νομικού πολιτισμού, αποκραυγαλώνει τόσο η Οδηγία 95/46 όσο και ο σχετικός Νόμος 2472/1997 στο άρθρο 2 περ. β', το οποίο μιλά για στοιχεία «σχετικά με ποινικές διώξεις ή καταδίκες».

6. Βλ. Σ. Αλεξιάδη, Ανακριτική, εκδ. 5η 2003, σ. 173

7. Βλ. Μ. Foucault, Επιτήρηση και τιμωρία. Η γέννηση της φυλακής, (μετ. Χατζηδήμου-Ράλλη), εκδ. Ράππα, 1989, σ. 169

8. Βλ. αναλυτικά Γ. Νούσκαλη, ό.π., Ποιν.Δικ. 2003, σ. 676, με περαιτέρω παραπομπές

9. Βλ. Α. Γέροντα, Η προστασία του πολίτη από την ηλεκτρονική επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, ό.π., σ. 128.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί το περιεχόμενο των ρυθμίσεων των άρθρων 7 και 7Α του Ν. 2472/1997, τα οποία αφορούν σε εξαιρέσεις από τον κανόνα απαγόρευσης επεξεργασίας των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, που συνιστούν οι ποινικές καταδίκες, περίπτωση που απασχόλησε και το βούλευμα του Αρείου Πάγου. Για την επεξεργασία των ανωτέρω δεδομένων είναι αναγκαία η άδεια της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 2 και 3 του Ν. 2472/1997, ακόμη και όταν η επεξεργασία αυτή αφορά στην υπεράσπιση δικαιώματος ενώπιον δικαστηρίου. Από τον κανόνα της χορήγησης της ανωτέρω άδειας εξαιρούνται μόνο οι περιπτώσεις που περιγράφονται στο άρθρο 7 Α παρ. 1 περ. α' έως στ' του ίδιου νόμου.

Συμπληρωματικά, θα μπορούσαμε να ισχυριστούμε ότι δεν τίθεται θέμα ειδικότητας ή υπεροχής των διατάξεων του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας έναντι εκείνων του Ν. 2472/1997 και για τους ακόλουθους λόγους: Καταρχήν, η ίδια η νομοθετική λογική τόσο της Οδηγίας 95/46 όσο και του αντίστοιχου Ν. 2472/1997 βασίζεται στην ύπαρξη προβλέψεων για την «κυκλοφορία» των προσωπικών δεδομένων όχι μόνο στην ποινική αλλά και σε οποιαδήποτε δικαστική ή δικαιοδοτική εν γένει διαδικασία, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 5 παρ. 2 περ. δ' και 7 Α παρ. 1 περ. στ'). Θα πρέπει να σημειωθεί, εξάλλου, ότι η άσκηση των αρμοδιοτήτων των δικαστικών και εισαγγελικών λειτουργιών που προβλέπει ο Κώδικας Ποινικής Δικονομίας δεν γίνεται πλέον εν «λευκώ», αλλά πάντοτε στο πλαίσιο που εισάγει ο Ν. 2472/1997. Η ορθότητα της θέσης αυτής δεν προκύπτει μόνο από τις αμέσως παραπάνω αναφερθείσες διατάξεις του Ν. 2472/1997 για τη δικαστική χρήση προσωπικών δεδομένων, αλλά και από την δομή του άρθρου 253Α Κ.Π.Δ για τις ειδικές ανακριτικές πράξεις. Τελικό και κρίσιμο, δε, επιχείρημα επί τούτου συνιστά το σαφές περιεχόμενο των διατάξεων 9Α και 19 παρ.3 του Συντάγματος 1975/1986/2001.

3. Οι πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν. 2472/1997 για την επεξεργασία απλών και ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων στα πλαίσια δίκης

Την παραπάνω λογική δομή, έστω εμφανίζουσα κάποια κενά, του Ν. 2472/1997, κλονίζουν κατά τη γνώμη μας οι τελευταίες προαναφερθείσες τροποποιήσεις του. Η παραπάνω διαπίστωση, ισχύει, όπως θα καταδειχθεί και στη συνέχεια, τόσο ως προς το άρθρο 3, το οποίο αφορά στο πεδίο εφαρμογής του νόμου, αλλά και ως προς το άρθρο 7 Α του ίδιου ανωτέρω νόμου.

Σύμφωνα με τη νέα μορφή του άρθρου 3 παρ. 2 περ. β' του ανωτέρω νόμου «Οι διατάξεις του παρόντος νόμου δεν εφαρμόζονται στην επεξεργασία δεδομένων η οποία πραγματοποιείται από τις δικαστικές - εισαγγελικές αρχές και τις υπηρεσίες που ενεργούν υπό την άμεση εποπτεία τους στο πλαίσιο της απονομής της δικαιοσύνης ή για την εξυπηρέτηση των αναγκών της λειτουργίας τους με σκοπό τη βεβαίωση εγκλημάτων, που τιμωρούνται ως κακουργήματα ή πλημμελήματα με δόλο και ιδίως εγκλημάτων κατά της ζωής, κατά της γενετήσιας ελευθερίας, της οικονομικής εκμετάλλευσης της γενετήσιας ζωής, κατά της προσωπικής ελευθερίας, κατά της ιδιοκτησίας, κατά των περιουσιακών δικαιωμάτων, παραβάσεων της νομοθεσίας περί ναρκωτικών, επιβουλής της δημόσιας τάξης, ως και τελουμένων σε βάρος ανηλίκων θυμάτων. Ως προς τα ανωτέρω εφαρμόζονται οι ισχύουσες ουσιαστικές και δικονομικές ποινικές διατάξεις.» Εξάλλου, στη νέα διάταξη του άρθρου 7 Α παρ. 1 περ. στ' του ίδιου νόμου προβλέπεται ότι: "Ο υπεύθυνος επεξεργασίας απαλλάσσεται από την υποχρέωση γνωστοποίησης του άρθρου 6 και από την υποχρέωση λήψης άδειας του άρθρου 7 του παρόντος νόμου στις ακόλουθες περιπτώσεις: Όταν η επεξεργασία γίνεται από δικαστικές αρχές ή υπηρεσίες εκτός από τις λοιπές αρχές του εδαφίου β' της παραγράφου 2 του άρθρου 3 "στο πλαίσιο απονομής της δικαιοσύνης ή για την εξυπηρέτηση των αναγκών της λειτουργίας τους."

Η πρώτη από τις παραπάνω τροποποιήσεις «δικαιώνει» θα έλεγε κανείς την εδώ αποκρουσθείσα επιχειρηματολογία του Αρείου Πάγου και του αντίστοιχου εφετειακού βουλεύματος για την υποτιθέμενη ειδικότητα των διατάξεων του Κ.Π.Δ έναντι εκείνων του Ν. 2472/1997 για την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων στα πλαίσια της ποινικής δίκης. Προκύπτει, ωστόσο, το ζήτημα, εάν ο αποκλεισμός εφαρμογής του ανωτέρω νόμου στα πλαίσια απονομής της ποινικής δικαιοσύνης για τον παραπάνω ιδιαίτερα ευρύ κατάλογο πολύ συχνών στην πράξη κακουργημάτων και πλημμελημάτων, διαφοροποιεί στην ουσία και το πλαίσιο επεξεργασίας των ίδιων δεδομένων από τους συνηγόρους υπεράσπισης και πολιτικής αγωγής στα πλαίσια των αντίστοιχων δικών. Διότι, έως την ισχύ του Ν. 3625/2007, οι δικηγόροι μπορούσαν να χρησιμοποιήσουν τα προσωπικά δεδομένα τρίτων,¹⁰ στα πλαίσια της ποινικής ή πολιτικής δίκης, μόνο υπό τους όρους των διατάξεων των άρθρων 5 παρ. 2 εδ. ε', ως προς τα απλά, και 7 παρ. 2

10. Ως προς την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων των εντολέων τους, ισχύει η διάταξη του άρθρου 7 Α παρ.1 περ. ε', όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με το άρθρο 23 παρ. 1 Ν. 3471/2006, σύμφωνα με την οποία «Ο υπεύθυνος επεξεργασίας απαλλάσσεται από την υποχρέωση γνωστοποίησης του άρθρου 6 και από την υποχρέωση λήψης άδειας του άρθρου 7 του παρόντος νόμου στις ακόλουθες περιπτώσεις:ε'. Όταν η επεξεργασία γίνεται από δικηγόρους, συμβολαιογράφους, άμισθους υποθηκοφύλακες και δικαστικούς επιμελητές ή εταιρείες των προσώπων αυτών και αφορά στην παροχή νομικών υπηρεσιών προς πελάτες τους, εφόσον ο υπεύθυνος επεξεργασίας και τα μέλη των εταιρειών δεσμεύονται από υποχρέωση απορρήτου που προβλέπει νόμος, και τα δεδομένα δεν διαβιβάζονται ούτε κοινοποιούνται σε τρίτους, εκτός από τις περιπτώσεις που αυτό είναι αναγκαίο και συνδέεται άμεσα με την εκπλήρωση εντολής του πελάτη.»

εδ. γ', ως προς τα ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα.¹¹ Μάλιστα, μετά την εισαγωγή του εδ. στ' στο άρθρο 7 Α παρ. 1, με το Ν. 3090/2002,¹² θα μπορούσε να υποστηριχθεί κανείς ότι οι δικηγόροι θα μπορούσαν, εφόσον υπέβαλαν αίτηση στο δικάζον δικαστήριο, να χρησιμοποιήσουν τα προσωπικά δεδομένα τρίτων για την υπεράσπιση των δικαιωμάτων των εντολέων τους, χωρίς τους περιορισμούς των ανωτέρω άρθρων 5 και 7. Αντίστοιχα, σήμερα πλέον, θα μπορούσε να ισχυριστεί κανείς ότι η νέα διατύπωση του άρθρου 3 παρ. 2 εδ. β' του Ν. 2472/1997 προσφέρει τη δυνατότητα στους δικηγόρους να απεμπλακούν εντελώς από το πλέγμα διατάξεων του αμέσως παραπάνω νόμου, ως προς την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων τρίτων προσώπων στα πλαίσια άσκησης των καθηκόντων τους ενώπιον δικαστικών-εισαγγελικών αρχών που ασχολούνται με την βεβαίωση των ανωτέρω αναφερόμενων κακουργημάτων και πλημμελημάτων. Συνεπώς, αφενός δεν απαιτείται, πλέον, η συνδρομή «αναγκαιότητας» της επεξεργασίας των ανωτέρω δεδομένων για την προάσπιση του αντίθετου συμφέροντος του εντολέα τους, υπό το καθεστώς των προαναφερθέντων άρθρων 5 και 7 του Ν. 2472/1997, και αφετέρου παρέλκει η εξέταση της «νομιμότητας» και αναλογικότητας της αντίστοιχης επεξεργασίας, κατ' εφαρμογή της γενικής διάταξης άρθρου 4 του ίδιου νόμου.

Οι ανωτέρω σκιαγραφηθείσες δυνατότητες που προκύπτουν από την τροποποίηση του Ν. 2472/1997 δεν θα πρέπει, ωστόσο, να θεωρηθούν αναγκαστικά μόνο ως διευκόλυνση του έργου των συνηγόρων εν γένει. Διότι, υπό το φως των ανωτέρω ρυθμίσεων, οι δικηγόροι θα κληθούν κάποτε να αντιμετωπίσουν χωρίς την άμυνα των διατάξεων του Ν. 2472/1997 την χωρίς όρους επεξεργασία προσωπικών δεδομένων των εντολέων τους στα πλαίσια των ανωτέρω ποινικών δικών.



11. Άρθρο 5. Προϋποθέσεις επεξεργασίας

1) Επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα επιτρέπεται μόνον όταν το υποκείμενο των δεδομένων έχει δώσει τη συγκατάθεσή του.

2) Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται η επεξεργασία και χωρίς τη συγκατάθεση, όταν:

... ε) Η επεξεργασία είναι απολύτως αναγκαία για την ικανοποίηση του έννομου συμφέροντος που επιδιώκει ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή ο τρίτος ή οι τρίτοι στους οποίους ανακοινώνονται τα δεδομένα και υπό τον όρο ότι τούτο υπερέχει προφανώς των δικαιωμάτων και συμφερόντων των προσώπων στα οποία αναφέρονται τα δεδομένα και δεν θίγονται οι θεμελιώδεις ελευθερίες αυτών.

Άρθρο 7. Επεξεργασία ευαίσθητων δεδομένων

1) Απαγορεύεται η συλλογή και η επεξεργασία ευαίσθητων δεδομένων.

2) Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται η συλλογή και η επεξεργασία ευαίσθητων δεδομένων, καθώς και η ίδρυση και λειτουργία σχετικού αρχείου, ύστερα από άδεια της Αρχής, όταν συντρέχουν μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

"γ) Η επεξεργασία αφορά δεδομένα που δημοσιοποιεί το ίδιο το υποκείμενο ή είναι αναγκαία για την αναγνώριση, άσκηση ή υπεράσπιση δικαιώματος ενώπιον δικαστηρίου ή πειθαρχικού οργάνου."

12. Άρθρο 7Α. Απαλλαγή υποχρέωσης γνωστοποίησης και λήψης άδειας

1) Ο υπεύθυνος επεξεργασίας απαλλάσσεται από την υποχρέωση γνωστοποίησης του άρθρου 6 και από την υποχρέωση λήψης άδειας του άρθρου 7 του παρόντος νόμου στις ακόλουθες περιπτώσεις:

"στ) Όταν η επεξεργασία γίνεται από δικαστικές αρχές ή υπηρεσίες "εκτός από τις λοιπές αρχές του εδαφίου β' της παραγράφου 2 του άρθρου 3" στο πλαίσιο απονομής της δικαιοσύνης ή για την εξυπηρέτηση των αναγκών της λειτουργίας τους."

Η ΧΡΗΣΗ ΤΗΣ ΝΕΟΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΓΛΩΣΣΑΣ ΣΤΗ ΝΟΜΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΗ

Ανδρέα Εμμ. Λιανέρη*

Α. ANTI ΠΡΟΛΟΓΟΥ

Η γλώσσα αποτελεί μέσον έκφρασης, επικοινωνίας και διατύπωσης διανοημάτων. Είναι προϋπόθεση της ανθρώπινης σκέψης αλλά και «μορφική» έκφρασή της.

Χωρίς την γλώσσα η σκέψη μας είναι σαν ένα νεφέλωμα όπου τίποτε δεν μπορεί να προσδιορισθεί με σαφήνεια.

Από την γλώσσα εξαρτάται η ποιοτική εξωτερίκευση του είναι μας (υπαρξιακή λειτουργία) η δυνατότητα έκφρασης των σκέψεων, βιωμάτων και συναισθημάτων μας και εν τέλει η διαφοροποίησή μας ως προσώπων και συγχρόνως ως πολιτών ενός έθνους (είναι επομένως στοιχείο προσδιορισμού της ατομικής και εθνικής μας ταυτότητας).

Επομένως με τα δεδομένα αυτά η γλώσσα υπερβαίνει την τάξη του «οργάνου» και του «οχήματος πληροφοριών» και εισέρχεται στο πεδίο της ΑΞΙΑΣ- ηθικής, ατομικής, κοινωνικής.

Η Ελληνική γλώσσα έχει την πιο μακραίωνη ιστορία και την λαμπρότερη διαδρομή, από τις υπάρχουσες και ομιλούμενες σήμερα γλώσσες. Χρονολογείται από την εποχή του Ομήρου και συνδέεται με την δημιουργία του μεγαλύτερου πολιτισμού που γνώρισε ποτέ η ανθρωπότητα. Είναι η γλώσσα που ομιλείται αδιάκοπα επί 4000 χρόνια και γράφεται επί 3.500. Είναι η ίδια γλώσσα που καλλιεργήθηκε πρώιμα από προνομιά πνεύματα της επιστήμης και της τέχνης (Όμηρος, Πλάτωνας, Αισχύλος, Θουκυδίδης κ.λ.π.)

Δυστυχώς η ίδια γλώσσα, κατά την ιστορική διαδρομή της, είχε και τις γνωστές περιπέτειες, οφειλόμενες κυρίως στην υποδούλωση του Ελληνικού γένους στην Οθωμανική αυτοκρατορία και την εντεύθεν υστέρηση στην ομαλή καλλιέργεια, διαμόρφωση και εξέλιξή της. Και πριν όμως από την Τουρκοκρατία το γλωσσικό ζήτημα είχε ξεκινήσει από ένα ιστορικό και συλλογιστικό λάθος, δηλαδή τον Αρχαίο Αττικισμό ως τεχνητή επιστροφή και μίμηση της Κλασσικής Ελληνικής, για να εξελιχθεί αργότερα στον πλούτο της διπλής γλωσσικής μας παράδοσης της γραπτής και της προφορικής ή της «λόγιας» και της δημώδους Ελληνικής γλώσσας.

Μέσα από αυτήν την δυσμενή συγκυρία προέκυψαν «δυο γλώσσες»

Η «δημώδης», που εχρησιμοποιείτο κυρίως στον προφορικό λόγο από τους υπό-

* Ο Ανδρέας Εμμ. Λιανέρης είναι Δικηγόρος Ηρακλείου.

δούλους Έλληνες και η «λόγια» που «εμορφοποίησε» ο Αδαμάντιος Κοραΐς, ως επίσημη γλώσσα, για τις ανάγκες της νέας Ελληνικής Πολιτείας.

Η ύπαρξη «δύο γλωσσών» edίχασε για μεγάλο διάστημα την Νεοελληνική Κοινωνία η οποία σε πολλές περιπτώσεις δεν απέφυγε ούτε τις αιματηρές συγκρούσεις (π.χ. ευαγγελικά).

Για την ομαλοποίηση της κατάστασης αυτής και αφού προηγουμένως τα πράγματα είχαν ωριμάσει η Ελληνική πολιτεία επροχώρησε το έτος 1976 στην «καθιέρωση» (με Νόμο) της Νεοελληνικής Γλώσσας (Δημοτικής) ως επίσημης γλώσσας του κράτους.

Είναι όμως κοινός τόπος ότι η καθιέρωση της Νεοελληνικής Γλώσσας έλυσε μεν ένα χρονίζον «γλωσσικό ζήτημα», εδημιούργησε όμως ένα «γλωσσικό πρόβλημα» σχετιζόμενο κυρίως με την χρήση, τα όρια, το τυπικό και εν τέλει τον προσδιορισμό της. Το πρόβλημα δε αυτό θα απασχολήσει την παρούσα εργασία.

Β. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Όπως είναι γνωστό, κατά το έτος 1976, η τότε κυβέρνηση, του Κωνσταντίνου Καραμανλή, με υπουργό παιδείας τον Γεώργιο Ράλλη, εψήφισε και έθεσε σε εφαρμογή το Νόμο 309/1976 ο οποίος στο άρθρο 2 παρ. 2 προβλέπει ότι «ως Νεοελληνική γλώσσα νοείται η διαμορφωθείσα εις πανελλήνιον εκφραστικόν όργανον υπό του Ελληνικού Λαού και των δοκίμων συγγραφέων του Έθνους Δημοτική συντεταγμένη άνευ ιδιωματισμών και ακροτήτων».

Με το νόμο αυτό η Ελληνική Πολιτεία ηθέλησε να δώσει οριστικό τέλος σε μια ιστορική εκκρεμότητα σχετιζόμενη με το γλωσσικό ζήτημα, που είχε ανακύψει στους κόλπους της νεοελληνικής κοινωνίας και είχε ως αποτέλεσμα να διχάσει τα μέλη της σε αντιμαχόμενες παρατάξεις, χαρακτηριζόμενες από τους φίλα προσκείμενους, είτε στην «δημώδη» είτε στην «λόγια» παράδοση.

Ηθέλησε επίσης η Ελληνική Πολιτεία να καθιερώσει νομοθετικά την υπάρχουσα γλωσσική πραγματικότητα, προκειμένου να διασφαλίσει τη σωστή συναινετική επικοινωνία των συμβιούντων ανθρώπων, μέσα στο συλλογικό περιβάλλον ενός συγκροτημένου κοινωνικού σχηματισμού.

Άλλωστε, στο πλαίσιο του μεταδικτατορικού συσχετισμού κοινωνικοπολιτικών δυνάμεων δεν επαναλήφθηκε στο Σύνταγμα του 1975 η διάταξη, που από το 1911 (άρθρο 107) κατοχύρωνε την καθαρεύουσα ως επίσημη γλώσσα του κράτους, γεγονός που υποκρύπτει επιδίωξη όχι αντικατάστασης της καθαρεύουσας ως «επίσημης γλώσσας του κράτους» από μια άλλη «επίσημη γλώσσα», τη δημοτική, όσο υπέρβαση της διλημματικής αντιπαράθεσης τους με την «επικύρωση» της ήδη βασικά διαμορφωμένης, ενιαίας κοινής νεοελληνικής γλώσσας.

Μια πρώτη παρατήρηση, που επιτρέπει η διατύπωση της διάταξης, με την οποία καθιερώνεται η νεοελληνική γλώσσα, είναι ότι κατά την οριοθέτησή της χρησιμοποιεί μια θετική, «η διαμορφωθείσα εις πανελλήνιον όργανον υπό του Ελληνικού Λαού και

των δοκίμων συγγραφέων του έθνους Δημοτική», και στην συνέχεια μια αρνητική διατύπωση, «συντεταγμένη άνευ ιδιωματισμών και ακροτήτων».

Με βάση τον ορισμό αυτό, αλλά και την ιστορική διαδρομή και εξελικτική πορεία της Ελληνικής Γλώσσας, από την αρχαιότητα μέχρι τους νεώτερους χρόνους, θα επιχειρήσω να διατυπώσω κάποιες σκέψεις και απόψεις, σχετικές με τον τρόπο που θα πρέπει να χρησιμοποιείται η Νεοελληνική Γλώσσα, κυρίως δε τον τρόπο που πρέπει να χρησιμοποιείται στη Νομική επιστήμη.

Προκειμένου να γίνει σωστή προσέγγιση του θέματος πιστεύω ότι, είναι ανάγκη να εξετασθούν και ληφθούν υπόψιν, οι παρακάτω παράμετροι:

1. Ποιά γλώσσα εχρησιμοποιείτο (ως επίσημη) πριν από την καθιέρωση της Νεοελληνικής (ή Δημοτικής);
2. Η χρησιμοποιούμενη μέχρι το 1976 γλώσσα ήταν μια «άλλη» γλώσσα από αυτήν που σήμερα χρησιμοποιούμε ή και οι δύο αποτελούν εκφάνσεις της μίας και μόνης Ελληνικής Γλώσσας;
3. Ποιές είναι οι ρίζες κάθε μίας από τις δύο «γλώσσες»;
4. Ποιά είναι τα όρια της Νεοελληνικής Γλώσσας σε σχέση με την Λόγια παράδοση και την Αρχαία Γλώσσα; θα πρέπει να αναζητεί κάθε φορά ο χρήστης της καινούριους όρους για να διατυπώνει τα διανοήματά του, ή έχει την ευχέρεια να προσφεύγει στην λόγια παράδοση και την Αρχαία και να αντλεί απεριορίστως λεκτικούς γραμματικούς και συντακτικούς όρους;
5. Η Νεοελληνική (Δημοτική) ταυτίζεται με την «Γλώσσα του λαού»;
6. Πρέπει να ταυτίζεται η γραπτή γλώσσα με την ομιλούμενη; (γραπτός και προφορικός λόγος;)
7. Η γλώσσα είναι στατική ή μεταβαλλόμενη κατά την διάρκεια του χρόνου; και αν ναι οι μεταβολές της επέρχονται μέσα από ανθρώπινες «παρεμβάσεις» ή αποτελούν προϊόν φυσιολογικής εξέλιξης και διαμόρφωσης της με βάση τα κοινωνικοπολιτικά δεδομένα κάθε εποχής;

Γ. Η ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΓΛΩΣΣΑ - ΠΗΓΕΣ

Είναι γνωστό ότι, πριν από την καθιέρωση της Νεοελληνικής Γλώσσας εχρησιμοποιείτο, στον μεν προφορικό λόγο η Δημώδης Γλώσσα, όπως είχε διαμορφωθεί κατά την διάρκεια των αιώνων, στον δε γραπτό λόγο η απλή καθαρεύουσα την οποία είχε διαμορφώσει ο Αδαμάντιος Κοραΐς κατά τον 19ο αιώνα, στην προσπάθειά του να δημιουργήσει μια πιο «συγκροτημένη» γραμματικώς και συντακτικώς γλώσσα, σε σύγκριση με την δημώδη, η οποία ήταν πιο «χαλαρή» από απόψεως τυπικών κανόνων. Ηθέλησε επίσης, ο Νεοέλληνας αυτός διανοούμενος, να καθιερώσει στον γραπτό λόγο μια γλώσσα, μη ταυτιζόμενη μεν από άποψη χρησιμοποιούμενης ορολογίας, συντακτικού και γραμματικής με την ομιλούμενη (δημώδη), πλην όμως «πληρέστερη» εκφραστικώς και «ακριβέστερη».

Μεταξύ των γλωσσολόγων και των φιλολόγων που έχουν ασχοληθεί με την Ελληνική γλώσσα έχει επικρατήσει η άποψη, ότι πρόκειται για δυο διαφορετικές γλώσσες, με αποτέλεσμα να γίνεται λόγος για «διγλωσσία».

Κυρίαρχη επίσης φαίνεται να είναι η άποψη στους κόλπους της Ελληνικής κοινωνίας, ότι η «Δημοτική» είναι η γλώσσα του λαού και ότι καθιερώθηκε προκειμένου να ταυτίζεται η γραπτή γλώσσα με την ομιλουμένη.

Πιστεύω ότι και οι δύο αυτές απόψεις είναι παντελώς λανθασμένες και ότι τυχόν υιοθέτηση τους θα οδηγούσε σε παράλογα και παράδοξα αποτελέσματα.

Πριν όμως επιχειρήσω οποιαδήποτε ανάλυση του θέματος θεωρώ σκόπιμο να παραθέσω τις αντίθετες απόψεις κορυφαίων φιλολόγων της Ελληνικής κοινωνίας.

Πρόκειται πρώτα για την άποψη του κορυφαίου φιλόλογου-φιλοσόφου και συγγραφέα Στυλιανού Ράμφου, ο οποίος υποστηρίζει ότι «δεν πρόκειται για δυο γλώσσες, αλλά για δύο εκφάνσεις της ίδιας γλώσσας» η ότι δεν έχουμε «διγλωσσία» αλλά «διμορφία» της μιας και μόνης Ελληνικής γλώσσας.

Επίσης οι σπουδαίοι καθηγητές της φιλολογίας Κωνσταντίνος Στεφανάκης και Δημήτριος Πλάκας, που οργάνωσαν σεμινάρια στην αίθουσα του ΔΣΗ, αμέσως μετά την καθιέρωση της Νεοελληνικής Γλώσσας για την εφαρμογή της στη Νομική επιστήμη, έδιδασκαν ότι «Η Δημοτική Γλώσσα δεν ταυτίζεται με την γλώσσα του λαού αλλά απλώς είναι πλησιέστερη προς αυτή». Μας συνιστούσαν δε να προσέχουμε αφ' ενός την «γλώσσα της Διοικήσεως», η οποία διαφέρει από την ομιλουμένη, και αφ' ετέρου να αποφεύγουμε να χρησιμοποιούμε στα δικόγρατά μας όρους μη περιέχοντες τον αναγκαίο «νομικό χρωματισμό»... στην προσπάθειά μας να είμαστε συνεπέστεροι δημοτικιστές...

Τέλος ο κορυφαίος Έλληνας Γλωσσολόγος (και καθηγητής της γλωσσολογίας στο Πανεπιστήμιο Αθηνών Γεώργιος Μπαμπινιώτης) στον πρόλογο του βιβλίου του «ελληνική γλώσσα, παρελθόν, παρόν και μέλλον» ομιλεί περί «γλωσσικής διμορφίας» και όχι «διγλωσσίας».

Στις άκρως ενδιαφέρουσες και εξαιρετικά εύστοχες αυτές παρατηρήσεις θα ήθελα να προσθέσω τα ακόλουθα, προκειμένου να δοθεί, ικανοποιητική κατά την άποψή μου απάντηση, στα ερωτήματα που προηγουμένως έθεσα.

Βεβαίως η χρησιμοποιούμενη πριν από το έτος 1976 γλώσσα είχε διαφορετική μορφή από την χρησιμοποιούμενη σήμερα Νεοελληνική.

Επρόκειτο για μια «κατασκευή» του σπουδαίου φιλόλογου και διανοητή Αδαμαντίου Κοραή, ο οποίος προσεπάθησε, μέσω αυτής, να δώσει στην Ελληνική Κοινωνία μια γλώσσα πιο «κωδικοποιημένη» και πιο «συγκροτημένη», σε σχέση με την ομιλουμένη ελάχιστα, δε «γραφομένη» «δημώδη».

Εύκολα όμως γίνεται αντιληπτό ότι οι «ρίζες», οι «πηγές», το ετυμολογικό και σε μεγάλο βαθμό η «δομή» των δύο γλωσσικών ιδιωμάτων έχουν ως κοινή αφετηρία τη μια και μόνη Ελληνική γλώσσα, χρονολογούμενη τουλάχιστον από την εποχή του Ομήρου

π.χ. ομηρική λέξη «άλς» «αλός» που σημαίνει θάλασσα αποτελεί την «ρίζα» των σημερινών λέξεων άλας (αλάτι) αλίευμα κ.λ.π. η δε αρχαία λέξη «ναυς» (της νηός) των σημερινών λέξεων νηολόγιο, ναυτικό, ναύτης, ναυαγός, νηοπομπή, (ως προς το πρώτο συνθετικό) δήμος, δημοκρατία, δημότης, δημόσιος, τέχνη, τεχνίτης, τεχνητός κ.λ.π.

Αυτό σημαίνει ότι οι λεκτικοί αυτοί όροι επιβάλλεται να χρησιμοποιούνται και στην χρησιμοποιούμενη σήμερα γλώσσα, ανεξάρτητα αν έχουν άλλοτε περισσότερα και άλλοτε λιγότερα «λόγια» χαρακτήρα.

Όσον αφορά τα όρια των δυο γλωσσικών ιδιωμάτων (νεοελληνικής-καθαρεύουσας) και κατ' επέκταση αρχαίας) ούτε είναι ούτε πρέπει να είναι σαφή.

Υπάρχει βεβαίως κάποια διαφορά στη γραμματική, το συντακτικό και την εν γένει τυπολογία τους, πλην όμως σε πάρα πολλές περιπτώσεις, η αυστηρή προσήλωση στο τυπικό της Νεοελληνικής Γλώσσας καθιστά δυσχερέστατη την έκφραση και την διατύπωση των επιθυμητών διανοημάτων, ενώ η επιμονή στην επιλογή «καθαρώς» νεοελληνικών όρων οδηγεί, είτε σε εκφραστικά αδιέξοδα, είτε σε τραγελαφικά αποτελέσματα.

Όσον αφορά την πρώτη περίπτωση θεωρώ χρήσιμο να αναφερθώ στην τάση να χρησιμοποιούνται από πολλούς οι όροι «εισάχθηκε», «διεξάχθηκε», «παράχθηκε», «επέμβηκε»!! «Βαρυμένος», «ταμένος»!! Αντί των θεωρουμένων ως «καταργημένων» πλην όμως εξαιρετικά καλαισθητών «εισήχθη», «διεξήχθη», «παρήχθη», «επενέβη», «βεβαρημένος», «τεταμένος», καθώς επίσης να κλίνουν τα τέως τριτόκλιτα επίθετα «σαφής», «ευτυχής», «επιρρεπής» στη γενική πτώση ως του «σαφή», του «ευτυχί», του «επιρρεπή»!!

Επίσης να χρησιμοποιούνται για το σχηματισμό του θηλυκού και ουδέτερου των ιδίων επιθέτων οι όροι «η σαφή», «το σαφή», «η ευτυχί», «το ευτυχί», «η επιρρεπή», «το επιρρεπή»!!

Συχνό είναι επίσης το φαινόμενο να κλίνουν τα τέως τριτόκλιτα ουσιαστικά θηλυκού γένους που έχουν διαμορφωθεί στη νεοελληνική γλώσσα σε πρωτόκλιτα ως εξής: «η γραμματέας της γραμματέας», «η συγγραφέας της συγγραφέας»!!

Στο σημείο αυτό θέλω να διευκρινίσω ότι μπορεί στη νεοελληνική γλώσσα να έχει καταργηθεί π.χ. γλωσσικά η χρονική αύξηση και ο τύπος των τριτόκλιτων πλην όμως σε πολλές περιπτώσεις όπως αυτές που προανέφερα είναι ανάγκη να τους διατηρούμε στον λόγο μας (κυρίως τον γραπτό) για λόγους πληρέστερης διατύπωσης αλλά και για λόγους «καλαισθησίας» .

Πιο συγκεκριμένα, στα σύνθετα με προθέσεις ρήματα πρέπει να γίνεται χρήση της «αρχαϊκής» εσωτερικής αύξησης (της τονισμένης) στους παρελθοντικούς χρόνους παρτατικό και αόριστο, στα τρία πρόσωπα του ενικού και στο τρίτο του πληθυντικού της ενεργητικής φωνής π.χ. εξέφραζα-ες-ε εξέφραζαν-εξέφρασα-εξέφρασαν και παρομοίως απέβλεπα-απέβλεψα-διέπραξα-εισέπραξα κ.λ.π.

Πιο ακραία ίσως είναι τα φαινόμενα που παρατηρούνται με την επιμονή στην ανα-

ζήτηση νεοελληνικών λεκτικών και συντακτικών όρων προς αντικατάσταση των μέχρι σήμερα χρησιμοποιούμενων «λογίων» ή και «αρχαίων».

Είναι επίσης αυτονόητο ότι θα πρέπει να αποφεύγονται εκφράσεις, όπως «προθεσμία που έχει προσδιοριστεί σε χρόνια λήγει μόλις περάσει η αντίστοιχη ημερομηνία του τελευταίου χρόνου», νομίζω η καταλληλότερη γραφή είναι «προθεσμία που έχει προσδιοριστεί σε έτη λήγει μόλις παρέλθει η αντίστοιχη ημερομηνία του τελευταίου έτους», όχι «κάνει την αίτηση, αλλά «υποβάλλει την αίτηση», όχι «σκότωσε», αλλά «εφόνευσε», όχι «να πάψει» (το οποίο αρμόζει μόνο στον προφορικό λόγο), αλλά να παύσει (διότι και το αντίστοιχο ουσιαστικό είναι η παύση και όχι η πάψη!!).

Περισσότερα παραδείγματα βλέπετε στο δοκίμιο του αειμνήστου καθηγητή Αριστοβούλου Μάνεση με τον τίτλο «Η Νεοελληνική Γλώσσα στη Νομική επιστήμη», έκδοση Αγγέλου Σιδεράτου σελ. 70.

Από τα χαρακτηριστικότερα παραδείγματα είναι οι προθέσεις και η χρήση τους, αφού υπάρχει η τάση να χρησιμοποιούνται ως επί το πλείστον οι μονοσύλλαβες με, σε, για, ή «ως» να αντικαθίσταται από τον όρο «σαν», οπότε μεταβάλλεται και η έννοιά τους αφού το «σαν» είναι ομοιωματικό και όχι προσδιοριστικό «ο απασχολούμενος ως γιατρός έχει το δικαίωμα», δεν έχει την ίδια έννοια αν το ως αντικατασταθεί με το σαν, «που σημαίνει ότι ομοιάζει με γιατρό», ελάχιστα οι δισύλλαβες «κατά», «μετά», «παρά», «αντί», «από», «χωρίς», «δίχως» και καθόλου ή «υπό, «υπέρ», «περί», «ανά», «επί», «αμφί».

Έτσι π.χ. παρατηρούμε εκφράσεις όπως, είμαι σε επιτήρηση (αντί, υπό επιτήρηση), είμαι σε καθεστώς ομηρίας (αντί, υπό καθεστώς).

Εγώ σαν δικηγόρος (δηλαδή δικολάβος;)

«συνορεύει σε πλευρά μήκους» (αντί, επί πλευράς μήκους) «ο με αριθμό» (αντί «ο υπ' αριθμόν»).

Στο σημείο βεβαίως αυτό υπάρχει ο αντίλογος ότι η επίσημη γραμματική του Υπουργείου Παιδείας έχει καταργήσει την τελευταία κατηγορία από τις πιο πάνω προθέσεις «υπό, υπέρ, περί, ανά, επί, αμφί», αφού δεν τις αναφέρει (βλέπετε Νεοελληνική Γραμματική (της Δημοτικής) του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης έκδοση 1978, σελ. 386 επόμενες).

Η λύση όμως αυτή πιστεύω ότι αποτελεί παραδοξότητα, διότι οι «καταργημένες» προθέσεις αποτελούν το πρώτο συνθετικό χιλιάδων λέξεων της Ελληνικής Γλώσσας (ομιλουμένης και γραφομένης), ενώ σε πολλές περιπτώσεις η ίδια λέξη (συνήθως ρήμα) είναι δυνατόν να «εννοηθεί» με όλες ή τις περισσότερες από αυτές και να αποκτήσει διαφορετικό νόημα, π.χ. το ρήμα βάλλω σχηματίζει με κάθε μια από τις προθέσεις αυτές τα εξής σύνθετα ρήματα: υποβάλλω, υπερβάλλω, αναβάλλω, επιβάλλω, αμφιβάλλω, περιβάλλω και αν θέλουμε να αναφερθούμε στα ουσιαστικά θα έχουμε τις λέξεις: υποβολή, υπερβολή, αναβολή, επιβολή, αμφιβολία, περιβολή!!

Επομένως θα πρέπει να μας προβληματίσει το πως είναι δυνατόν, αυτές οι προθέ-

σεις, να θεωρούνται «καταργημένες» και συγχρόνως να αποτελούν το πρώτο συνθετικό ευρύτατα χρησιμοποιούμενων λέξεων της Ελληνικής γλώσσας, την οποία κυριολεκτικώς εμπλουτίζουν και την καθιστούν πληρέστερη, εκφραστικότερη και επαρκέστερη;

Βλέπετε όμοια άποψη και στο δοκίμιο Αριστοβούλου Μάνεση (Νεοελληνική Γλώσσα στη Νομική επιστήμη) σελ. 57 με ενδιαφέροντα παραδείγματα, όπως «δια του τύπου», «δια του πρωθυπουργού», «υπέρ αυτού» (του λαού), «ενώπιον του Νόμου», «υπό την εποπτεία», «εξ αίματος», «εξ αγχιστείας», «καθ' ύλην αρμοδιότητα», «επ' αυτοφώρῳ».

Στο ζήτημα πάντως της δυνατότητας ή μη χρησιμοποιήσεως όρων ή εκφράσεων της λόγιας παράδοσης, όταν αυτό επιβάλλεται είτε από λόγους καλαισθησίας, είτε από λόγους ελλείψεως νέων προς αντικατάσταση των παλαιών έχουν εκφέρει άποψη οι εξής συγγραφείς:

Ο Γεώργιος Μπαμπινιώτης σε δημοσιευμένη στην εφημερίδα «Καθημερινή» επισημονική εργασία του με τίτλο «πέραν της καθαρευούσης και της Δημοτικής» γράφει «Καθαρεύουσα και Δημοτική οι δυο παράλληλες αυτές μορφές της γλώσσας μας, αφού συμπορεύτηκαν επί αιώνες με αντίστοιχη υπεροχή στον γραπτό (ή καθαρεύουσα) και στον προφορικό (ή δημοτική) λόγο ήταν φυσικό να δεχθούν και να ασκήσουν βαθιά αλληλεπίδραση, που οδήγησε τελικά σε ολοσχερή άρση ή μείωση των διαφορών που διέκριναν τις δυο γλωσσικές μορφές».

Σύμφωνα επίσης με την άποψη του ιδίου «η καθιερωθείσα Νεοελληνική γλώσσα αποτελεί την εξελικτικά και οργανικά δημιουργημένη σύνθεση των δυο γλωσσικών εκφάνσεων (λόγιας και δημώδους) της Ελληνικής Γλώσσας».

Επιλέγει δε ο ίδιος ότι: «κάθε άλλη λύση – καταφυγή εκ νέου στην καθαρεύουσα ή στην «ρυθμισμένη δημοτική» θα αποτελούσε οπισθοδρομία... βλέπετε περισσότερα στο βιβλίο «Για την δημοτική γλώσσα» εκδόσεις Γρηγόρη σελ. 152 επομ.

Επίσης, ο καθηγητής της Κλασικής φιλολογίας του Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης Α. Τσομπανάκης σε δημοσιευμένη στο ίδιο ως άνω βιβλίο του εργασία με τον τίτλο «ο δρόμος για την δημοτική» αναφέρει μεταξύ άλλων ότι «είμεθα υποχρεωμένοι να χρησιμοποιούμε όρους της λόγιας παράδοσης ή και της αρχαίας, εάν δεν υπάρχουν υποκατάστατά τους όπως π.χ. υδραγωγείο, υδατάνθρακες, υδρογόνο, ηπατικός, ηπατίτιδα, οστεόφυτο, οστεοπάθεια...

Τέλος ο καθηγητής Αριστόβουλος Μάνεσης στο δοκίμιό του «Η Ελληνική Γλώσσα στη Νομική επιστήμη» κάνοντας ιδιαίτερη και εκτεταμένη μνεία επί του θέματος της ορολογίας στο κεφάλαιο «ΝΟΜΙΚΟΙ ΟΡΟΙ - ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΑ ΚΑΙ ΕΠΙΘΕΤΑ ΛΟΓΙΑΣ ΠΡΟΕΛΕΥΣΗΣ - ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΑ ΚΛΙΣΕΩΝ» αναφέρει μεταξύ άλλων: «Στο λεξιλόγιο της Νομικής επιστήμης υπάρχουν πολλοί καθιερωμένοι όροι λόγιας προέλευσης, που χρησιμοποιούνται μεν καθημερινά και έχουν ενταχθεί στη σημερινή δημοτική γλώσσα, δημιουργούν όμως προβλήματα προσαρμογής».

Εν πρώτοις γίνεται ευρεία χρήση μετοχών που λειτουργούν άλλοτε ως ουσιαστικά

και άλλοτε ως επίθετα π.χ. εναγόμενος συμβαλλόμενος, διωκόμενος, κληρονομούμενος, κατηγορούμενος, φορολογούμενος, απαλλοτριούμενος κ.λ.π.

Γίνεται επίσης χρήση ενεργητικών μετοχών ενεστώτος όπως ενάγων εκκαλών, αναιρεσείων, ανακόπτων, παρεμβαίνων, προσφεύγων, προεδρεύων, παρών, απών, κατέχων, ανιών, επιζών, (σύζυγος), ισχύον (δίκαιο) κ.λ.π.

Γίνεται τέλος χρήση ουσιαστικών που είναι μετοχικοί τύποι αορίστου, είτε ενεργητικής είτε παθητικής φωνής, π.χ. ζημιώσας, πτωχεύσας, συλληφθείς, προστηθείς, απολυθείς (υπάλληλος), εισπραχθείς (φόρος), απελαθείς κ.λ.π.

Διευκρινίζει δε περαιτέρω ο συγγραφέας ότι αυτοί οι όροι δεν είναι «απολιθώματα» αλλά ενεργά λόγια στοιχεία της σύγχρονης γλώσσας. Γίνονται δε δεκτοί ως έχουν και συνεπώς κλίνονται κατά το τυπικό της καθαρεύουσας, κατατασσόμενοι από γραμματική άποψη στα ιδιόκλιτα (αρχαιοκλιτα) π.χ. ο ενάγων του ενάγοντος, ο εκκαλών του εκκαλούντος, ο παθών του παθόντος, ο συλληφθείς του συλληφθέντος κ.λ.π.

Χρησιμοποιούνται επίσης στη νομική ορολογία ως ουσιαστικά και θηλυκού γένους ενεργητικές μετοχές, όπως π.χ. ενάγουσα, εκκαλούσα, πρωτεύουσα αλλά και ως επίθετα όπως π.χ. επικρατούσα (θρησκεία) εποπτεύουσα (αρχή), σχολάζουσα (κληρονομιά), συντρέχουσα (δωσιδικία) κ.λ.π.

Υπάρχουν επίσης παθητικές μετοχές παρακειμένου, οι οποίες διατηρώντας τον αναδιπλασιασμό, χρησιμοποιούνται είτε ως ουσιαστικά π.χ. το δεδικασμένο, τα πεπραγμένα, το (κοινωνικό) κεκτημένο, ο επιτετραμμένος, ο συμβεβλημένος κ.λ.π. είτε ως επίθετα π.χ. βεβαρημένος (κληροδόχος), δεδουλευμένοι (μισθοί), εγγεγραμμένοι (φοιτητές), βεβαιωμένες (ενέργειες), πεπειραμένος (υπάλληλος), τεταμένες (σχέσεις) κ.λ.π.

Συναντούμε επίσης στη νομική ορολογία πολλές λέξεις-ουσιαστικά, επίθετα-λόγια προέλευσης οι οποίες χρησιμοποιούνται (άλλωστε και γενικότερα σε μεγάλη κλίμακα) και στη σύγχρονη νεοελληνική γλώσσα.

Πρόκειται για τις λέξεις που λήγουν σε ής (αρσενικό και θηλυκό) π.χ. συγγενής, ασθενής, υποτελής, σαφής, συνεχής κ.λ.π. και σε ές (ουδέτερο) π.χ. ουσιώδης (τύπος), αιτιώδης (δικαιοπραξία), θεμελιώδης (δικαίωμα), διεθνές (δίκαιο), διεθνής (συνθήκη), αμοτεροβαρής (σύμβαση), ενδικοφανής (προσφυγή), επαχθής (αιτία), συνεχές (ωράριο), συναφές (ζήτημα).

Αυτά τα επίθετα (και ουσιαστικά) θα πρέπει φυσικά να κλίνονται σύμφωνα με το λόγιο (αρχαϊστικό) τυπικό άρα η γενική του ενικού είναι: του ουσιώδους (τύπου), του θεμελιώδους (νόμου), της δημόδους (γραμματείας), του συναφούς (ζητήματος), (βλέπετε και λεξικό του καθηγητή Κριαρά (εμφορουμένου από απόψεις κάθε άλλο από «λόγιες»).

Στις περιπτώσεις αυτές για λόγους υφολογικής αντιστοιχίας σκόπιμο ίσως θα ήταν να παραμένουν αρχαιοκλιτα και τα συνοδευόμενα λόγια ουσιαστικά π.χ. της ψευδούς βεβαιώσεως (και όχι της ψευδούς βεβαίωσης), της πλήρους αποζημιώσεως κ.λ.π.

δεδομένου ότι και η επίσημη Γραμματική δέχεται εν προκειμένω τη διπλοτυπία.

Διότι θα αποτελούσαν όχι μόνον κακόηχους τεχνητούς τύπους, αλλά γλωσσικά εξαμβλώματα και βαρβαρισμούς ασυγχώρητους, οι τύποι «του θεμελιώδη νόμου», «του πλήρη ελέγχου», «του ουσιώδη τύπου», «του διεθνή δικαίου», «της ελλιπής (ή ελλιπής) αιτιολογίας», «του μονομελή δικαστηρίου !!!»

Η σύγχρονη νεοελληνική γνωρίζει εξ άλλου λέξεις θηλυκού γένους που λήγουν σε ος και σχηματίζουν τη γενική ενικού σε ου (π.χ. διάμετρος-διαμέτρου, ήπειρος ηπείρου κ.λ.π.).

Οι λέξεις αυτές θα πρέπει τουλάχιστον στα νομικά κείμενα να σχηματίζουν την ονομαστική πληθυντικού όμοια με αρσενικά π.χ. οι μέθοδοι και όχι οι μέθοδες!! Διότι διαφορετικά θα πρέπει η δικάσιμη να γίνει δικάσιμες, η ψήφος ψήφες η παράγραφος παράγραφες!!

Τέλος ως προς τα οξύτονα επίθετα που λήγουν σε «ργός» και «οιός» προτιμότερη είναι στα νομικά κείμενα η χρήση των δοκίμων τύπων (τους αποδέχεται και η σχολική γραμματική) όπως π.χ. «ενεργός δράση» (και όχι «ενεργή»!!) η «ενεργητική» που δεν έχει το ίδιο νόημα, «ειδοποιός διαφορά», «σιτοπαραγωγός περιοχή», «ραδιενεργός ουσία», με γενική πτώση ου π.χ. γενεσιουργού αιτίας βλέπε περισσότερα στο δοκίμιο του καθηγητού Αριστόβουλου Μάνεση. Η Νεοελληνική Γλώσσα στη νομική επιστήμη σελ. 37 επόμενες.

Δ. ΕΙΔΙΚΩΤΕΡΑ ΘΕΜΑΤΑ

Ι) Απάντηση στο ερώτημα αν είναι ανάγκη να ταυτίζεται η γραπτή με την ομιλουμένη γλώσσα και η Νεοελληνική (Δημοτική Γλώσσα με την «Γλώσσα του Λαού»).

Επί του θέματος αυτού δίδει απάντηση κατ' αρχάς το βιβλίο του καθηγητού Γεωργίου Μπαμπινιώτη «Ελληνική Γλώσσα παρελθόν παρόν και μέλλον», Εισαγωγή σελ. κθ, όπου αναφέρεται επί λέξει: «Στην ιστορία της Ελληνικής Γλώσσας τα δυο παράλληλα ρεύματα η λόγια και η προφορική παράδοση, δεν είχαν επί πολλούς αιώνες τον ανταγωνιστικό χαρακτήρα, που εκ των υστέρων τους αποδώσαμε».

«Ουδέποτε πριν από τον γλωσσικό μας εμφύλιο παραπονέθηκε ο απλός Έλληνας πως δεν καταλαβαίνει τη γλώσσα των Ευαγγελίων και πως πρέπει αυτή να αλλάξει !!!»

Επίσης ο καθηγητής Αριστόβουλος Μάνεσης στο δοκίμιο του «Η ελληνική Γλώσσα στην Νομική επιστήμη» γράφει «Τα συμφωνικά συμπλέγματα φθ, χθ και σθ γίνονται στην δημοτική σύμφωνα με τη σχολική Γραμματική φτ, χτ, και στ» Όμως κατά την χρήση των λογίας προέλευσης ρημάτων πρέπει να διατηρούνται τα πρώτα διότι και εδώ υπάρχει διπλοτυπία στην κοινή χρήση της γλώσσας.

Έτσι στην μεν καθημερινή «κουβέντα» λέγεται «θα φθειαχτεί» «θα εξαφανιστεί» σε επιστημονικά όμως κείμενα και ιδίως σε εκείνα που αφορούν στη νομική επιστήμη, θα πρέπει να επιλέγεται ο δόκιμος τύπος άρα «Θα συναφθεί» «επιληφθεί κ.λ.π.»

Επίσης είναι άπειρα τα παραδείγματα που στον μεν προφορικό λόγο χρησιμοποι-

ούμε με ευχέρεια κάποιους απλούστερους όρους, που όμως αν χρησιμοποιηθούν στον γραπτό, δεν εξασφαλίζουν το καλύτερο «αισθητικό» αποτέλεσμα, όπως π.χ. είναι πολύ φυσικό να αποκαλέσουμε τον φίλο ή συγγενή μας «Γιώργη» ή Μανώλη ή «Νίκο» πιστεύω όμως ότι θα προκαλούσε τουλάχιστον θυμηδία, αν σε ένα δικόγραφο αναφέραμε «Αγωγή Μανόλη Παπαδάκη του Γιώργη», αντί του «Αγωγή Εμμανουήλ Παπαδάκη του Γεωργίου» που άλλωστε αντιστοιχεί και στα ονόματα του Ληξιαρχείου.

Επίσης στην καθομιλουμένη είναι φυσικό να χρησιμοποιούμε την έκφραση πουλώ, όχι όμως και στα δικόγραφα ή συμβόλαια, όπου θα πρέπει να διατηρούμε τον «λόγιο» όρο πωλώ, αφού άλλωστε είναι αδύνατον ή τουλάχιστον απευκαταίο, να σχηματίσουμε με τον πρώτο όρο το αντίστοιχο ουσιαστικό («πούληση» αντί «πώληση!!»).

Επίσης για τους ίδιους λόγους θα πρέπει να προτιμώνται οι όροι «ρυπαίνω» αντί «βρωμίζω», «ολισθαίνω» αντί «γλιστράω», «κατεδαφίζω» αντί «γκρεμίζω», «ελαιοτριβείο» αντί «λιοτριβί», «ελαιώνας» αντί «λιόφυτο», «αρτοποιός» αντί «φούρναρης», «εγγράφω (προσημείωση)» αντί «γράφω» (τότε το ουσιαστικό θα διαμορφώνεται ως «γραφή» και όχι «εγγραφή»), «ιματιοθήκη» αντί «ντουλάπα», «κτίσμα» αντί «χτίσμα», «θρυμματίζω» αντί «κομματιάζω», «διακόσμηση» αντί «στόλισμα», «τροχοπέδηση» αντί «φρενάρισμα», (είναι ξενόφερτη λέξη) όπως και οι περισσότερες που αφορούν το αυτοκίνητο (όπως π.χ. βουλκανιζατέρ-αναγόμωση, αμπραγιάζ-συμπλέκτης κ.λ.π.).

Θα παραθέσω επίσης (ενδεικτικώς) μια σειρά «λογίων» λέξεων που θεωρώ ότι αποτελούν αναντικατάστατους όρους, για την απόδοση των αντιστοίχων νοημάτων (σημαινόμενων), «ύφαλος», «ευημερία», «ωορρηξία», «ευεξία», «δυσανεξία», «θησιγενής», «ωτορινολαρυγγολόγος», «ενδοκρινολόγος», «ωτακουστής», «δυσπεψία», «υδροφόρος», «ύδρευση», «υδατόπτωση», «μαστεκτομή», «ιατρείο», «γαστροίτιδα», «δοκησίσοφος», «απολωλός», «τυμβωρύχος», «ευτράπελος», «βιώσιμος», «εφαλτήριο».

Επομένως το συμπέρασμα που προκύπτει από τα ανωτέρω παραδείγματα είναι ότι πάμπολλες λέξεις ή ορολογίες είναι διαχρονικές και απόλυτα αναγκαίες για την διάτυπωση των αντιστοίχων διανοημάτων και είναι αδύνατον να τις παρακάμψουμε, ιδιαίτερα στον γραπτό λόγο, «ιδιαιτάτα» δε κατά την σύνταξη δικογράφων, αποφάσεων, συμβολαίων και παντός άλλου κειμένου σχετιζομένου με τη νομική επιστήμη.

Προκύπτει όμως και ένα δεύτερο συμπέρασμα:

Ότι τις λέξεις και τους όρους που χρησιμοποιούμε στον γραπτό λόγο και ιδιαίτερα στη νομική επιστήμη, δεν είναι αναγκαίο να χρησιμοποιεί και ο λαός και αντιστρόφως τις λέξεις και τους όρους που χρησιμοποιεί ο λαός δεν είναι αναγκαίο να χρησιμοποιούμε και εμείς στα δικόγραφα και τα λοιπά νομικά κείμενά μας!!!

Βεβαίως ορισμένοι νομίζουν ότι με την χρήση κοινών λέξεων της καθημερινής «κουβέντας» γίνεται προσιότερη στον λαό η νομική γλώσσα.

Έτσι τα «κοινόχρηστα» ρήματα κάνω, βάζω, βγάζω, μπαίνω, βγαίνω, δίνω κ.λ.π. χρησιμοποιούνται προχειρώς *Passé partout* (ή μαϊντανός) π.χ. κάνω (αντί υποβάλλω) αίτηση, κάνω (αντί εγείρω) αγωγή, έκανε (αντί διέπραξε) το έγκλημα, μπαίνει (αντί

τίθεται ή ανακύπτει) το ζήτημα, βάζω (αντί θέτω) το ερώτημα, βγαίνει (αντί συνάγεται ή εξάγεται) το συμπέρασμα, βγήκε (αντί εκδόθηκε) η απόφαση, χάνω (αντί στερούμαι) τα πολιτικά δικαιώματα κ.λ.π.

Η αντίληψη όμως αυτή και η γενικευμένη χρησιμοποίηση αυτών των ρημάτων συμβάλλει, αφ' ενός στη συρρίκνωση του γλωσσικού μας πλούτου, και αφ' ετέρου στον εκχυδαϊσμό και εκβαρβαρισμό της γλώσσας μας.

Επίσης για το κύρος και τη σοβαρότητα του ύφους της νομικής γλώσσας ενδείκνυται οι χρησιμοποιούμενες λέξεις να είναι πάντοτε ακέραιες και να αποφεύγονται οι εκκρούσεις, οι εκθλίψεις, οι αποκοπές, οι αφαιρέσεις, οι αποβολές, οι συγκοπές, οι συναιρέσεις που χρησιμοποιούνται μεν ευρέως στον προφορικό και στον λογοτεχνικό λόγο πλην όμως δεν είναι και τόσο «θεμιτές» στον επιστημονικό λόγο όπου πρέπει να προτιμώνται πάντοτε «ακέραιοι».

Ειδικότερα: πρέπει να αποφεύγονται:

Α) εκκρούσεις – εκθλίψεις όπως π.χ. από όλες (και όχι απ' όλες) τις διατάξεις, σε όλες (και όχι σ' όλες) τις περιπτώσεις, με αποτέλεσμα (και όχι μ' αποτέλεσμα), από το (και όχι απ' το) δικαστήριο.

Επίσης ο συμπλεκτικός σύνδεσμος «και» παραμένει ακέραιος, άρα «κρίθηκε και αποφασίσθηκε» και όχι «κρίθηκε κι αποφασίσθηκε».

Β) Όχι εκκρούσεις-αφαιρέσεις (αποβολές) άρα «Θα έπρεπε και όχι Θα' πρεπε», «που είναι» και όχι «που' ναι», επίσης «εκείνη την ημέρα και όχι «κείνη τη μέρα», «τις ημέρες της εβδομάδας» και όχι της «βδομάδας». Ομοίως «εξάδελφος» (και όχι ξάδερφος), «υπερήφανος και όχι «περήφανος», «ενοίκιο και όχι «νοίκι».

Γ) όχι συγκοπές με σίγηση φωνηέντων μεταξύ δυο συμφώνων άρα: »πέρυσι» και όχι «πέρσι», «σιτάρι» και όχι «στάρι».

Δ) όχι συναιρέσεις, π.χ. δεκαέξι και όχι δεκάξι.

Τέλος για λόγους αισθητικής και κομψότητας αλλά και αυθεντικότητας του νομικού λόγου ορισμένες λέξεις ή τύποι πρέπει να προτιμώνται ως δοκιμότεροι στα νομικά κείμενα π.χ. «τίποτε» αντί «τίποτα», «κατάλογος» αντί «λίστα», «αριθμός» αντί «νούμερο», «βεβαίως» ή «βέβαια» αντί «σίγουρα», «διότι» αντί του «γιατί», που χρησιμοποιείται ως αιτιολογικό αλλά και ως ερωτηματικό μόριο και μπορεί να προκαλέσει ασάφειες.

Με άλλες λέξεις η Νομική Γλώσσα και ιδίως η γραπτή όπως και γενικά ο γραπτός λόγος δεν είναι απλή αποτύπωση του προφορικού λόγου.

Η χρήση της έχει πρόσθετες απαιτήσεις προσοχής, σαφήνειας και ακρίβειας στη διατύπωση, καθώς και σοβαρού ύφους και λεκτικής ποιότητας λόγω της συγκεκριμένης επικοινωνιακής λειτουργίας της.

II) Πως πρέπει να χρησιμοποιείται το τελικό-ν .

Η σχολική γραμματική κωδικοποιώντας μια (ανορθόφωνη) φωνητική πρακτική του

«δημοτικού προφορικού λόγου» έχει επιβάλει την απάλειψη του λεκτικού-ν από το αρνητικό επίρρημα «δεν» και από την αιτιατική του ενικού του οριστικού άρθρου «τον» και «την» όταν η ακόλουθη λέξη αρχίζει από σύμφωνο εξακολουθητικό (δηλαδή β,γ,δ,ζ,φ,θ,λ,μ,ν,ρ,σ).

Δυστυχώς όμως πολλοί συντάκτες νομικών κειμένων (και όχι μόνον) απαλείφουν το τελικό -ν στην αιτιατική, ακόμη και αν η επόμενη λέξη αρχίζει από φωνήεν, διπλό σύμφωνο ή το φθογγικό σύμπλεγμα τζ γράφοντας π.χ. «το άνθρωπο», «τη πόλη», «τη τζαμαρία» !!!

Φυσικά επιστάται η προσοχή όλων, για την αποφυγή αυτού του χονδροειδούς λάθους που συνεπάγεται εκτός των άλλων, ένα κακόηχο και ιδιαίτερα αντιαισθητικό αποτέλεσμα.

Θα πρέπει όμως να προσεχθεί και η εκδοχή της διατήρησης του -ν τόσο στο αρνητικό μόριο, όσο και στην αιτιατική των άρθρων «τον» και «την», στις εξής περιπτώσεις.

Όσον αφορά το αρνητικό μόριο «δεν» θα πρέπει να διατηρούμε το -ν όταν η απάλειψή του ενδέχεται να επιφέρει σύγχυση με το «δε» ως μεταβατικό ή αντιθετικό σύνδεσμο.

Επιβεβλημένη είναι επίσης η διατήρηση του -ν κατά την πρόταξη του αρνητικού μορίου, πριν από ρήματα λόγιας προέλευσης όπως π.χ. «δεν συνάδει», «δεν διέπεται», «δεν δικαιούται» κ.λ.π.

Όσον αφορά στην διατήρηση του -ν στην αιτιατική των άρθρων «τον» και «την», επιβάλλεται όταν ακολουθεί λέξη που αρχίζει από εξακολουθητικό σύμφωνο, προκειμένου να αποφεύγεται ή «ουδετεροποίηση» των ουσιαστικών, καθώς και των ουσιαστικοποιημένων μετοχών αρσενικού γένους π.χ. «τον φορολογούμενο πολίτη» και όχι «το φορολογούμενο» που μπορεί και να εκληφθεί ως «το φορολογούμενο εισόδημα», «τον μηχανικό» όχι «το μηχανικό» που μπορεί να εκληφθεί και ως το ουδέτερο «μηχανικό» (όπλο του στρατού).

III) *Ολίγα περί του «φαινομένου» των παρατονισμών.*

Σύμφωνα με τους κανόνες της σχολικής Γραμματικής, αλλά και την εφηρμοσμένη πρακτική κατά την σύνταξη νομοθετικών κειμένων, κατά τον τονισμό των προπαροξύτων ουσιαστικών και ουσιαστικοποιημένων μετοχών που λήγουν σε -ος στη γενική πτώση του ενικού ή του πληθυντικού, ο τόνος κατεβαίνει στην παραλήγουσα, π.χ. στα αρσενικά ο υπάλληλος του υπαλλήλου, των υπαλλήλων τους υπαλλήλους, ο ένοχος του ενόχου των ενόχων τους ενόχους, το συνέδριο του συνεδρίου των συνεδρίων κ.λ.π. (βλέπετε σχετικά π.χ. στα άρθρα 17 παρ. 3, 29 παρ. 3, 35 παρ. 2 εδ. β, 57 παρ. 489 παρ. 6, 90 παρ. 4 98 παρ. 1, 118 παρ. 2 εδ. β του Συντάγματος 1975).

Παρά αυτά όμως από γραμματικά ανενημέρωτους «δημοτικιστές» ή ορισμένους επιτηδευμένα λαϊκίζοντες νομικούς αμφισβητείται ηθελημένα αυτός ο καθιερωμένος

τονισμός των ουσιαστικών σε ος (αρσενικών και θηλυκών) και ουδετέρων σε ο, οπότε έχουμε τα εξής εξόχως κακόηχα αποτελέσματα: «του συνέδριου», «του δικαστήριου», «του Συμβουλίου της Επικράτειας», «του προέδρου», «του υπόχρεου», «του θέατρου», «του αξιόγραφου», «του πανεπιστήμιου», «των υπάλληλων», «τους προκάτοχους»!!

IV) Όσον αφορά την μεταβλητότητα της γλώσσας και τους παράγοντες που συμβάλλουν σ' αυτήν:

Ότι η γλώσσα μεταβάλλεται με το πέρασμα του χρόνου αποτελεί γεγονός μη δυνατό να αμφισβητηθεί.

Το βέβαιον όμως είναι ότι θα πρέπει να υφίσταται τις μεταβολές αυτές χωρίς έξωθεν «επεμβάσεις» αλλά ως προϊόν μιας αβίαστης «εξωτερικώς ανεπηρέαστης» και εν τέλει φυσιολογικής εξέλιξης.

Στο σημείο δε αυτό αξίζει να παραθέσω αυτουσίως την σχετική ρήση του Αδαμαντίου Κοραή: «Η γλώσσα είναι εν από τα πλέον αναπαλλοτρίωτα του έθνους κτήματα. Από το κτήμα τούτο μετέχουν όλα τα μέλη του έθνους με δημοκρατικήν να είπω ούτως ισότητα. Κανείς όσον ήθελε είναι σοφός, ούτ' έχει, ούτε δύναται πόθεν να λάβη το δικαίον να λέγη προς το έθνος: «Ούτω θέλω να λαλής, ούτω να γράφης» Μόνον ο καιρός έχει την εξουσίαν να μεταβάλλη των εθνών τας διαλέκτους καθώς μεταβάλλει τα έθνη»...

Επίσης ο, μεγαλύτερος ίσως φιλόλογος της νεώτερης Ελλάδας, Ιωάννης Συκουτρής κάνει σχετική αναφορά στο βιβλίο του «Εκλογή Έργων» σελ. 576 επόμενες, αναφέροντας τα εξής:

«Το κράτος δεν έχει υποχρέωσιν ούτε αρμοδιότητα να λύση το (γλωσσικό) ζήτημα. Πουθενά άλλωστε το κράτος, δεν καθώρισεν την γραφομένην γλώσσαν, την καθιέρωσεν απλώς όταν επεκράτησεν εις την κοινήν χρήσιν.....» και επιλέγει. «Ότι είχε να λεχθή, υπέρ η κατά, (του γλωσσικού ζητήματος), ελέχθη και η λύσις του προάγεται όχι με θεωρητικές συζητήσεις, αλλά με την έμπρακτον εφαρμογήν πρακτικών και καλαιοτήτων απόψεων».

Ε. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Σε αυτές δε τις εξόχως ευθύβολες, εύστοχες και διαχρονικής αξίας παρατηρήσεις θα ήθελα να προσθέσω τα εξής:

Με τη γλώσσα του ο άνθρωπος «μορφώνει» την πραγματικότητα. Δεν την καταγράφει παθητικά ως άγραφη πινακίδα ούτε διαπιστώνει απλώς την ύπαρξή της.

Με την εφαρμογή του Νόμου 309/1976 επετεύχθη η «ενοποίηση» δυο «γλωσσικών παραδόσεων». Πρώτον της προφορικής παράδοσης, που απετέλεσε διαχρονικώς τον «παλμό» και την «ζωντάνια» της βιωματικής συγκινησιακής επικοινωνίας, αργότερα δε υπηρέτησε και την λογοτεχνία και δεύτερον της «λόγιας παράδοσης», η οποία είχε εξελιχθεί σε έναν διευρυμένο και «καλλιεργημένο» κώδικα επικοινωνίας, που εξυπη-

ρετούσε άλλες ανάγκες επικοινωνίας του ιδίου λαού, την επιστήμη, την διοίκηση, τον τύπο και την εκπαίδευση.

Η παράδοση αυτή ήταν πληρέστερη «νοηματικώς», ήτοι επαρκέστερη όσον αφορά τα «σημαίνοντα» (δηλαδή τις λέξεις) και τα «σημαινόμενα», δηλαδή τα διανοήματα που αυτές εκφράζουν.

Η γλώσσα όμως αυτή υπήρξε εν πολλοίς ένα «τεχνητό διανοητικό κατασκευάσμα» του εμπνευστού της, με αποτέλεσμα να αποτελεί μεν την επίσημη γλώσσα του κράτους, τη γλώσσα εκείνη στην οποία διευτυπώνοντο οι Νόμοι και τα κείμενα της Διοικήσεως, πλην όμως ουδέποτε υιοθετήθηκε, ούτε από τους ποιητές και συγγραφείς, ούτε από τον λαό για τις ανάγκες της καθημερινής του επικοινωνίας.

Δεν πρέπει όμως να μας διαφεύγει ότι, η γλώσσα αυτή, περιέχει έναν τεράστιο γλωσσικό πλούτο και αποτελεί πολύτιμη πολιτισμική κληρονομιά.

Επομένως κάθε προσπάθεια συρρίκνωσής της αφαιρεί από την κοινωνία μας πολύτιμα πολιτισμικά στοιχεία και την καθιστά πνευματικά πτωχότερη, ενώ συγχρόνως επέρχεται «ακρωτηριασμός» στην ίδια την Ελληνική γλώσσα και βαθμιαίως ευτελισμός της σε μια «κουτσουρεμένη» Ελληνόμορφη διάλεκτο, που είναι αδύνατον να οδηγήσει σε στερεή γλωσσική κατάρτιση, σε γλωσσική αυτογνωσία και προπάντων σε δημιουργική χρήση της.

Φοβούμαι δε ότι, αν επιμείνουμε στην τακτική αυτή, θα οδηγηθούμε σε ανεπιθύμητα επίπεδα λεξιπενίας, πολιτιστικής παρακμής και πνευματικού μαρασμού, ομοιάζοντες με εκείνους που, αγνοώντας το γεγονός ότι είναι φορείς χρυσοφόρου φορτίου, ετοιμάζονται να πέσουν στη θάλασσα παρασύροντας στο βυθό και εκείνο και τους ίδιους !!!

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΠΗΓΕΣ



1. Δοκίμιο Αριστοβούλου Μάνεση: «Η ΝΕΟΕΛΛΗΝΙΚΗ ΓΛΩΣΣΑ ΣΤΗ ΝΟΜΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΗ» επιμέλεια έκδοσης Αγγελος Σιδεράτος.
2. Σύγγραμμα Γεωργίου Μπαμπινιώτη «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΓΛΩΣΣΑ ΠΑΡΕΛΘΟΝ ΠΑΡΟΝ ΚΑΙ ΜΕΛΛΟΝ» εκδόσεις GUTENBERG Αθήνα 1994.
3. Σύγγραμμα Γεωργίου Μπαμπινιώτη Η ΓΛΩΣΣΑ ΩΣ ΑΞΙΑ εκδόσεις GUTENBERG Αθήνα 1994.
4. «Η ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΓΛΩΣΣΑ ΚΕΙΜΕΝΑΓΕΩΡΓΙΟΥ ΜΠΑΜΠΙΝΙΩΤΗΑ. ΤΣΟΠΑΝΑΚΗ» εκδόσεις Γρηγόρη.
5. Ιωάννου Συκουτρή «ΕΚΛΟΓΗ ΕΡΓΩΝ» εκδόσεις «ΚΑΚΤΟΣ».
6. Παρακολούθηση Σεμιναρίων για την χρήση της Νεοελληνικής Γλώσσας στη Νομική επιστήμη από τους καθηγητές της Φιλολογίας Κωνσταντίνου Στεφανάκη και Δημήτριο Πλάκα.

ΠΑΡΕΝΘΕΤΗ ΜΗΤΡΟΤΗΤΑ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΚΑΙ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ



Σμυρνάκη Ευγενία*

Περίληψη: Στόχος του άρθρου είναι η προσέγγιση του φαινομένου της παρένθετης μητρότητας. Θα αντλήσουμε στοιχεία για το διάστημα πριν και μετά τη ρύθμιση του 2002, από τις διαθέσιμες δικαστικές αποφάσεις, τον τύπο νομικό ή μη. Στη συνέχεια θα αναλυθεί το νέο νομοθετικό πλαίσιο, οι προϋποθέσεις, τα κοινωνικά και νομικά προβλήματα που ενδεχομένως υπάρχουν. Πέρα όμως από τις οποιεσδήποτε δυσχέρειες, είναι σίγουρο ότι η κανονικοποίηση ενός κοινωνικού φαινομένου χρόνων ήταν αδήριτη ανάγκη για την Ελλάδα. Βέβαια τα διλήμματα κυρίως ηθικής φύσεως για τη χρήση των βιοτεχνολογιών και την εμμονή προσφυγής στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή παραμένουν.

Λέξεις κλειδιά: τεκμήριο μητρότητας, βιολογική μητέρα, γενετική μητέρα, κυοφόρος, παρένθετη, κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια, συναίνεση, συμφέρον του παιδιού, χωρίς αντάλλαγμα, προσβολή μητρότητας

1. Εισαγωγή

Ο Αστικός Κώδικας (Α.Κ. 1463 παρ. 2)¹ ακολουθούσε την αρχή του Ρωμαϊκού Δικαίου "Mater semper certa est" (η μητέρα είναι πάντοτε βεβαία). Το τεκμήριο της μητρότητας κατά τη γέννηση εθεωρείτο αμάχητο. Η βιοτεχνολογία με την παρεμβολή ενός τρίτου προσώπου που παρέχει το γενετικό υλικό ή υποκαθιστά τη μητέρα στο ρόλο της κυοφορίας δημιουργεί μια νέα πραγματικότητα και οδηγεί σε αμηχανία το δικαιο. Πριν από τους Ν. 3089/2002 και Ν. 3305/2005 η εισηγητική έκθεση του νόμου 1329/1983 όριζε ότι η συγγένεια με τη μητέρα και τους συγγενείς της ιδρύεται με μόνη τη γέννηση.

Έως τότε διάκριση γινόταν ανάμεσα στη βιολογική και κοινωνική μητρότητα, η οποία προέκυπτε από τη νομοθεσία, για παράδειγμα στην υιοθεσία. Τώρα όμως η βιολογική μητρότητα διασπάται. Από τη μια έχουμε την γενετική μητέρα που προσέφερε το ωάριο και από την άλλη την κυοφόρο που κυοφόρησε και γέννησε το παιδί. Βιολογικές θεωρούνται και οι δύο μητέρες, τόσο η γενετική όσο και η κυοφόρος, εφόσον συμμετέχουν στις διαδικασίες σύλληψης, κυοφορίας και γέννησης².

* Η Σμυρνάκη Ευγενία είναι Δικηγόρος Ηρακλείου.

1. Παλαιό άρθρο: «2. Η συγγένεια του προσώπου με τη μητέρα του και τους συγγενείς της ιδρύεται με ΜΟΝΗ τη γέννηση».

2. Παπαχρίστου Θ., «Σύγκρουση μητροτήτων», Κριτ. Επιθ. 2001/ 1, σελ. 49.

2. Υποκατάστατη μητρότητα ως «ανθρωπολογικό φαινόμενο»^{3, 4}

Το πρόβλημα ατεκνίας και η αδυναμία των ανθρώπων να αποκτήσουν παιδιά είναι συνηθισμένο φαινόμενο – όχι πάντα κοινωνικά αποδεκτό - από αρχαιοτάτων χρόνων.

Στην Οδύσσεια, Ραψωδία δ' στίχοι 10 -14, ο Μενέλαος φέρεται να αποκτά παιδί από τη σκλάβα του, γιατί οι θεοί δεν έδιναν παιδιά στην Ελένη μετά τη γέννηση της κόρης τους.

*«Στο γιο του Μεγαπένθη,
που γέννησε μονάκριβο με μια γυναίκα σκλάβα,...
Γιατί οι Θεοί δε χάρισαν παιδί πια στην Ελένη,
αφότου πρωτογέννησε χαριτωμένο πλάσμα,
την Ερμιόνη, στην ειδή σαν τη Χρυσή Αφροδίτη»
(Μετάφραση Ζήσιμου Σιδέρη)*

Δύο χιλιάδες χρόνια πριν από τη γέννηση του Χριστού έχουμε την πρώτη υπόθεση πλήρους υποκατάστατης μητρότητας στην Παλαιά Διαθήκη στο βιβλίο της Γένεσης. Η Σάρα προτρέπει τον Αβραάμ να κάνει παιδιά με την Αγάρ, τη νεαρή δούλη τους. Αποτέλεσμα ήταν η γέννηση του Ισμαήλ. «Σάρα δε γυνή Αβραμ ουκ έτικτεν αυτό, ήν δε αυτή παιδίσκη Αιγυπτία, η όνομα Άγαρ, είπε δε Σάρα προς Αβραμ. ιδού συνέκλεισέν με κύριος του μή τίκτειν, είσελθε ούν προς την παιδίσκην μου ίνα τεκνοποιήσωμαι εξ αυτής. υπήκουσεν δε Αβραμ της φωνής Σάρας...Και έτεκεν Άγαρ τω Αβραμ υιόν και εκάλεσεν Αβραμ το όνομα του υιού αυτού, όν έτεκεν αυτό Άγαρ, Ισμαήλ»⁵

Παρόμοια είναι και η περιγραφόμενη στο κεφάλαιο 30 της Γένεσης περίπτωση της Ραχήλ: « Ιδούσα δε Ραχήλ ότι ου τέτοκε τω Ιακώβ... είπε δε Ραχήλ τω Ιακωβ, ιδού η παιδίσκη μου Βαλλά, είσελθε προς αυτήν, και τέξεται επί των γονάτων μου και τεκνοποιήσομαι καγώ εξ αυτής.... και συνέλαβεν Βαλλά η παιδίσκη Ραχήλ και έτεκεν τω Ιακώβ υιόν... και είπε Ραχήλ εκρινέ μοι ο Θεός και επήκουσε της φωνής μου και έδωκέ μοι υιόν, δια τούτο εκάλεσε το όνομα αυτού Δαν»⁶. Η Ραχήλ θεώρησε ότι την άκουσε ο Θεός και έδωσε και στην ίδια - «μοι» - παιδί αφού καταφέρνει να μείνει έγκυος. «εμνήσθη δε ο Θεός της Ραχήλ, και επήκουσεν αυτής ο Θεός και ...έτεκε τω Ιακώβ υιόν. είπε δε Ραχήλ αφείλεν ο Θεός μου το όνειδος και εκάλεσεν το όνομα αυτού Ιωσήφ λέγουσα, προσθέτω ο Θεός μοι υιόν έτερον»⁷. Χαρακτηριστικό είναι ότι η αδυναμία τεκνοποιίας θεωρούνταν όνειδος. Κοινός παρονομαστής και των τριών περιπτώσεων είναι η «χρήση» της σκλάβας⁸.

3. Παπαχρίστου, όπ. παρ. σελ. 51.

4. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε αυτή την ενότητα αναφέρονται στην πλήρη υποκατάστατη μητρότητα εν απουσία μεθόδων που θα έκαναν εφικτή την παρένθετη στη συγκεκριμένη εποχή που μελετάμε.

5. Παλαιά Διαθήκη, Γένεση, κεφάλαιο 16 (1-2, 15)

6. Παλαιά Διαθήκη, Γένεση, κεφ. 30 (1, 3, 5-6)

7. Παλαιά Διαθήκη, Γένεση, κεφ. 30 (22-23)

8. Για τη δημιουργία ενός νέου είδους σκλαβιάς σήμερα, έχουν εκφραστεί ανησυχίες. Βλ. παρακάτω Ισμήνη Κριαρή – Κατράνη.

Η αναζήτηση μεθόδων αντιμετώπισης της ατεκνίας ήταν διαδεδομένη και στον ελληνικό χώρο. Η ύπαρξη του θεσμού της «σύγκριας» είναι γνωστή στη Μάνη⁹. Η σύγκρια δηλαδή συν-κυρία είναι η δεύτερη σύζυγος από τέλεση γάμου παράλληλα προς τον ήδη υφιστάμενο, με στόχο να αποκτήσει ο σύζυγος απογόνους. Ο θεσμός αυτός μεταφέρθηκε και στο Τρίκερι της Θεσσαλίας όπως αποτυπώνεται στο «Γάμο του Καραχμέτη», διήγημα του Παπαδιαμάντη. Η Σεραϊνώ η Κουμπίνα, γυναίκα του Κουμπή, που ήταν προεστός του χωριού δεν αποκτούσε παιδιά. Ο Κουμπής παντρεύτηκε τη Λελούδα και η Σεραϊνώ παρά τη μεγάλη προσβολή παρέμεινε κοντά τους «δια να αθρέψει τα τέκνα του Κουμπή».

Με το νέο νομοσχέδιο, όπως παρατηρεί ο Θ. Κ. Παπαχρίστου, η Σεραϊνώ επιτέλους δικαιώνεται.

3. Παρένθετη μητρότητα ως σύγχρονο κοινωνικό – τηλεοπτικό φαινόμενο

Οι νέες μέθοδοι ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαραγωγής (ΙΥΑ) αποτελούν πλέον μέρος της καθημερινότητας. Παρόμοιες περιπτώσεις έχουν γίνει σήριαλ και ταινίες.

Με αφορμή την υπόθεση Baby M στην Αμερική γυρίστηκε το 1988 ομώνυμη ταινία¹⁰. Στην πολύ γνωστή σε όλο τον κόσμο, με μεγάλη επιτυχία και στην Ελλάδα, σειρά «Τα Φιλαράκια» (Friends), η Φοίβη μια από τις πρωταγωνίστριες γίνεται παρένθετη μητέρα των (τρίδυμων) παιδιών του αδερφού της. Στην Ελλάδα πριν από κάποια χρόνια το σήριαλ «Στο φως του Φεγγαριού» είχε ως θέμα την αδυναμία μιας πλούσιας γυναίκας και επιτυχημένης γιατρού να κυφορήσει, και την προσφορά της καλύτερης της φίλης, με οικονομικά προβλήματα, να κυφορήσει το παιδί της πρώτης. Η προϋπόθεση της ανυπαρξίας ανταλλάγματος που θέτει ο νόμος¹¹ φαίνεται πάντως να παρακάμπτεται, καθώς η υποβοηθούμενη μητέρα προσφέρει χρήματα στην παρένθετη, καθ' όλη τη διάρκεια της κυφορίας και πέρα από τις συνήθεις δαπάνες που υποχρεούται να καλύψει. Στο τέλος οι δύο φίλες καταφεύγουν στα δικαστήρια για να διεκδικήσουν το παιδί και καταλήγουν να κάνουν τεστ DNA.

4. «Δικό μου;» παιδί

Η επίδραση των πρωτόγνωρων μεθόδων ΙΥΑ είναι εμφανής και σε γλωσσικό επίπεδο. Για παράδειγμα η φράση «τα δικά μου παιδιά» με τη συνδρομή της βιοτεχνολογίας παύει να είναι σαφής και χρειάζεται περαιτέρω διευκρίνιση.

Ποια θα θεωρηθεί μητέρα του παιδιού; Τι θα πρέπει να αποφασίσουν τα δικαστή-

9. Παπαχρίστου, όπ. παρ. σελ. 51 και Παπαχρίστου Θ.Κ., «Η δικαίωση της Σεραϊνώ». Κυριακάτικη Ελευθεροτυπία, 8/12/2002. βλ. όμως και Καράση Μ., «Η κρίση του οικογενειακού δικαίου μετά τον Ν. 3089/2002», Αρμενόπουλος 9, Σεπτέμβριος 2004. που θεωρεί ότι εδώ ικανοποιείται η ατεκνία με προσωποκρατικό τρόπο με την εκούσια ανάληψη της ανατροφής των παιδιών και όχι με τη διάσπαση των νόμων της βιολογικής καταγωγής.

10. BABY M (1988) <http://www.imdb.com/title/tt0094696>

11. ά. 13 Ν. 3305/ 2005

ρια σε περίπτωση σύγκρουσης μεταξύ των δυο γυναικών (παρένθετης και υποβοηθούμενης) που διεκδικούν το παιδί; Αντιπροσωπευτική υπόθεση είναι αυτή της Melissa Stern (Baby M) ή άλλως Sarah Whitehead, όπως την είχε ονομάσει η «παρένθετη» και γενετική συγχρόνως «μητέρα» της αρνούμενη να τη δώσει στο γενετικό πατέρα και την υποβοηθούμενη κοινωνική «μητέρα» της. Η υποκατάστατη μητέρα συμφώνησε να γονιμοποιηθεί τεχνητά με γενετικό υλικό του συζύγου της υποβοηθούμενης. Όρος του συμβολαίου ήταν η υποκατάστατη να παραδώσει το παιδί που θα γεννηθεί στον γενετικό του πατέρα και τη σύζυγό του, όρο που τελικά δεν τήρησε. Το δικαστήριο ανέθεσε την κηδεμονία στον πατέρα. Ωστόσο δεν αγνόησε τη γενετική μητέρα, αναγνώρισε γονικά δικαιώματα σε αυτή και δυνατότητα επικοινωνίας με το παιδί. Η Melissa με το που ενηλικιώθηκε άρχισε τις διαδικασίες για να υιοθετηθεί από την κοινωνική της μητέρα.

Εκείνο που θέλουμε και πρέπει να αποφύγουμε είναι έντονες διαμάχες και Σολομώντιες λύσεις, καταστάσεις που κάθε άλλο παρά ωφελούν τόσο τους υποψήφιους γονείς όσο και το παιδί.

5. Ν. 1383/ 1983 – Π.Δ. 456/1984

Στην Ελλάδα γινόταν χρήση των μεθόδων υποβοηθούμενης αναπαραγωγής από αναγκαιότητα χωρίς να υπάρχει νομοθετική ρύθμιση για το σκοπό αυτό.

Μάλιστα, τα προβλεπόμενα στο νόμο 1383/1983¹² (ρητά) δεν εφαρμόζονται στη χρησιμοποίηση ωαρίων και σπέρματος και στην ενδομήτρια εμφύτευση εμβρύου¹³. Οι νεώτερες αντιλήψεις και η εξέλιξη της επιστήμης μπορούσαν να οδηγήσουν σε επέκταση, περιορισμό ή ακόμα και κατάργηση των εξαιρέσεων¹⁴. Ο εν λόγω νόμος ρυθμίζει τους όρους για τις μεταμοσχεύσεις οργάνων. Το γενετικό υλικό δεν είναι ανθρώπινο όργανο άρα δεν εμπίπτει ούτως ή άλλως στο πεδίο εφαρμογής του. Ωστόσο η αναφορά σε αυτό ενδεχομένως φανερώνει την πρόθεση του νομοθέτη να απαγορεύσει μεθόδους όπως η ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση ή η παρένθετη μητρότητα.

Με το Π.Δ. 456/1984 «ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ», η ελληνική νομοθεσία με την πρωτόπορα διάταξη 1471 παρ. 2, που ρυθμίζει τα αποτελέσματα της συναίνεσης του συζύγου για την υποβολή της συζύγου του σε τεχνητή γονιμοποίηση, αναγνώρισε τη νομιμότητα αυτής της μεθόδου.

Η Ελλάδα τη δεκαετία του '80 είχε ήδη τράπεζα σπέρματος, κέντρο κρυοσυντήρησης εμβρύων, 5 κέντρα εξωσωματικής κ.λπ. (και ανυπαρξία νομοθετικού πλαισίου). Ο κ. Μασσούρας¹⁵ - που εφάρμοζε μεθόδους υποβοηθούμενης - είχε υπογραμμίσει

12. Καθώς και στο μεταγενέστερο νόμο 2737/1999, που κατάργησε το Ν. 1383/1983

13. Ν. 1383/1983, άρθρο 1 παρ. 2 δ.

14. Ν. 1383/ 1983, άρθρο 1 παρ. 3

15. Massouras, H.G. "Ethics, law and the practice of new reproductive technologies in Greece", Human Reproduction vol.1, no. 3, pp. 199-200. 1986

την ανάγκη επέμβασης της πολιτείας, του νομοθέτη και της Ορθοδόξου Εκκλησίας. Τα ερωτήματα, όπως φαίνεται από τότε, ήταν πολλά. Και απλά μέχρι σήμερα πολλαπλασιάστηκαν. Αμφιβολίες διατυπώνονταν σχετικά με το αν η λειτουργία των τότε υπαρχόντων κέντρων ήταν σωστή ελλείψει νομικών ρυθμίσεων. Το 1986 ο Massouras γράφει: «These techniques create legal problems in Greece...in relation to human dignity, the personality of individual...The Government recently announced that these issues will be discussed in Parliament in the *very near future*." Χρειάστηκαν να περάσουν 16 χρόνια από τη δημοσίευση του άρθρου μέχρι την εισαγωγή του πρώτου σχετικού νομοσχεδίου στη Βουλή.

6. Νομολογία πριν από το νόμο για την ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή

Πολ.Πρ.Ηρακλείου 31/1999

«Δεν υπάρχει στο δίκαιό μας νομοθετική ρύθμιση που να ιδρύει σχέση συγγένειας μεταξύ των συζύγων από τους οποίους προέρχεται το γενετικό υλικό και του παιδιού που γεννήθηκε με την τεχνική της «δανεικής» μήτρας και πολύ περισσότερο μάλλον όταν δεν είναι επιτρεπτή, ούτε έγκυρη, συμφωνία με την οποία γυναίκα δίνει το ωάριό της για να γονιμοποιηθεί με σπέρμα του συζύγου της εξωσωματικά και μετά τη γέννησή του να παραδοθεί στους βιολογικούς γονείς του τέκνου¹⁶».

Πρόκειται για πρωτόγνωρη απόφαση ελληνικών δικαστηρίων που αντιμετώπισε αποτελεσματικά ελλείψει αναγκαίου νομικού ερείσματος, το πρόβλημα: μητέρα να μην είναι εκείνη που γεννά το παιδί. Ένα ζευγάρι που δεν μπορούσε να αποκτήσει παιδιά, λόγω αδυναμίας κυοφορίας της συζύγου, συμφώνησε με μια άλλη γυναίκα να τους «δανείσει»¹⁷ τη μήτρα της και να κυοφορήσει το παιδί τους-το γονιμοποιημένο ωάριο που εμφυτεύτηκε σε αυτήν προερχόταν από δικό τους γενετικό υλικό. Έπρεπε να βρεθεί μια νομική λύση, ώστε μητέρα νομικά να θεωρηθεί η γενετική.

Προτάθηκαν διάφορες λύσεις για να καλυφθεί το «οργανικό ακούσιο κενό»¹⁸ του νόμου, όπως, για παράδειγμα, η απόδειξη έγκυρης προηγούμενης συμφωνίας, ή η ανάλογη εφαρμογή ως προς τη μητρότητα των διατάξεων για την προσβολή της πατρότητας και με παράλληλο δικαίωμα αναγνώρισης¹⁹. Επίσης διατυπώθηκε η άποψη για ερμηνεία των όρων «μητέρα» και «γέννηση» ώστε να αναφέρονται στη γενετική

16. Απόσπασμα από το σκεπτικό της απόφασης.

17. Κατά την Κριαρή Ι. ο όρος «δανεική μήτρα» που χρησιμοποιείται και στο κείμενο της απόφασης είναι ανακριβής. Παραβλέπεται ότι η εγχυμοσύνη συντελείται με την επιστράτευση του συνόλου των λειτουργιών της γυναίκας και όχι με την παραχώρηση ενός μόνο οργάνου. Κριαρή- Κατράνη Ι. «Τεχνολογίες υποβοηθούμενης τεκνοποίησης και θεμελιώδη δικαιώματα» Επιτροπή Βιοηθικής της Εκκλησίας. http://www.bioethics.org.gr/03_dKriarianapar.html

18. Σκορίνη- Παπαρηγοπούλου Σημείωση Ι σε απόφαση Πολ.Πρ.Ηρ. 31/ 1999, ΝοΒ 2000.

19. Αγαλλοπούλου Πηνελόπη. «Παρένθετη Μητρότητα (με αφορμή την Πολ.Πρ.Ηρ. 31/1999)», Κριτ.Επιθ.. 2000.1. σελ. 229.

μητέρα ή για προσβολή της πατρότητας από τον τεκμαιρόμενο ως πατέρα, σύζυγο της κυοφόρου και στη συνέχεια η αναγνώρισή του παιδιού από το γενετικό πατέρα, σύζυγο της υποβοηθούμενης²⁰. Η λύση τελικά που επικράτησε ήταν αυτή της υιοθεσίας και της δημιουργίας τεχνητής συγγένειας υπό την προϋπόθεση της συμφωνίας των εμπλεκόμενων μερών. Όσο παράξενο και αν ακούγεται, η γενετική συγγένεια για τη φύση, αντιμετωπίζεται ως τεχνητή από το νόμο. Είναι χαρακτηριστικό ότι στο σκεπτικό της απόφασης χαρακτηρίζονται η κυοφόρος και ο άνδρας της ως «γονείς των προς υιοθεσία τέκνων» και οι γενετικοί γονείς ως «αιτούντες».

Ο Θ. Κ. Παπαχρίστου²¹ στο σχόλιό του επί της αποφάσεως επισημαίνει ότι η σύγκρουση των μητροτήτων είναι πλέον γεγονός και ότι ορθώς το δικαστήριο δεν προχώρησε στον έλεγχο του κύρους της συμφωνίας των γενετικών γονέων με την κυοφόρο²², η οποία ενδεχομένως να κρινόταν ως ανήθικη, αντικείμενη στα χρηστά ήθη. Αντίθετα προχώρησε στην υιοθεσία έχοντας ως κατευθυντήριο γνώμονα το συμφέρον των ανήλικων παιδιών να είναι με τα πρόσωπα που εκτός από γενετικοί ήταν παράλληλα και κοινωνικοί γονείς, εφόσον δική τους επιθυμία ήταν η απόκτηση των παιδιών. Σε αυτό το βουλευτικό στοιχείο θα στηριχθεί όπως θα δούμε στη συνέχεια η επίλυση της σύγκρουσης μητροτήτων.

Σ.τ.Ε 157/1999

Μια Ινδή υπήκοος υπέβαλε αίτηση για χορήγηση άδειας παραμονής στην Ελλάδα, επικαλούμενη την ιδιότητα της μητέρας που έχει τη γονική μέριμνα και την επιμέλεια ανήλικου εξώγαμου τέκνου, το οποίο είχε αναγνωρισθεί από τον Έλληνα πατέρα του. Η διοίκηση απέρριψε το αίτημά της. Η αιτιολόγηση της αρνητικής απάντησης της διοίκησης ελκύει το ενδιαφέρον μας: Το Υπουργείο Δημοσίας Τάξης υποστήριξε ότι η αιτούσα **δεν είναι φυσική μητέρα**, όπως κατά νόμο απαιτείται αλλά **«βιολογικός γεννήτορας»**, αφού το εξώγαμο τέκνο γεννήθηκε με τη μέθοδο της τεχνητής γονιμοποίησης με δότη σπέρματος τον πατέρα που το αναγνώρισε, που ήταν έγγαμος. Στόχος ήταν αυτός και η σύζυγός του που ήταν άτεκνοι να αποκτήσουν παιδί.

Το Σ.τ.Ε ακύρωσε την απόφαση της διοίκησης καθώς τα υποστηριζόμενα περί βιολογικού γεννήτορα – υποκατάστατης μητρότητας εν προκειμένω – είναι νόμω αβάσιμα. Με άλλα λόγια ακόμα και αν αποδειχθούν δεν υπάρχει νομικό έρεισμα που να αίρει το τεκμήριο μητρότητας και τη συγγένεια με τη μητέρα, που παραδοσιακά ιδρύεται με τη γέννηση.

20. Σκορίνη - Παπαρηγοπούλου, όπ. παρ.

21. Παπαχρίστου Σημείωση II σε απόφαση Πολ.Πρ.Ηρ. 31/1999, ΝοΒ 2000

22. Απλά αρχέστηκε στην αναφορά συμφωνίας μη επιτρεπτής. Δεν την εξέτασε περαιτέρω.

Πολ.Πρ.Αθηνών 6779/2000

Η επισκόπηση της νομολογίας προ του Ν. 3089/2002 καταδεικνύει τις δυσκολίες που ανακύπτουν και τα αδιέξοδα που δημιουργούνται ελλείψει σαφούς νομοθετικού πλαισίου. Χαρακτηριστική είναι η υπόθεση μιας γυναίκας που έμεινε έγκυος με ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση (ξένο γενετικό υλικό) έχοντας τη συγκατάθεση του συντρόφου της (και όχι συζύγου) η οποία εκδηλώθηκε έμπρακτα, καθώς εκείνος ήταν ιατρός γυναικολόγος και την είχε αναλάβει. Το ζευγάρι χώρισε και η μητέρα των διδύμων που γεννήθηκαν άσκησε αγωγή κατά του πρώην συντρόφου της με αίτημα την αναγνώριση της πατρότητας σε ελεύθερη ένωση. Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο έκρινε ότι συντρέχει αναλογική εφαρμογή του **άρθρου 1471 παρ. 2 εδ. 2** -« η προσβολή της πατρότητας του συζύγου αποκλείεται, αν αυτός συγκατατέθηκε στη σύλληψη του τέκνου από τη σύζυγό του με τεχνητή γονιμοποίηση»- και στην περίπτωση εξώγαμης συμβίωσης²³. Ωστόσο το Εφετείο και αργότερα ο Α.Π. που επικύρωσε την απόφαση του δευτέρου βαθμού, έκριναν ότι η αγωγή ήταν νόμω αβάσιμη και ότι ο πρώην σύντροφος δεν νομιμοποιούνταν παθητικά. Το πρόσωπο που είναι φυσικός πατέρας του τέκνου, και όχι το πρόσωπο που συζεί με τη μητέρα και απλά συναινεί στη σύλληψη με τεχνητή γονιμοποίηση μπορεί να εναχθεί.

Παράλληλα η αναλογική εφαρμογή του **άρθρου 1471** στην οποία προέβη το πρώτο δικαστήριο δεν μπορεί να γίνει δεκτή, καθώς δεν υπάρχει νομοθετικό κενό αλλά η μη ρύθμιση αποτελεί συνειδητή επιλογή του νομοθέτη. «Στο **άρθρο 1444 παρ. 2 Α.Κ.** αναφέρεται σε συμβίωση σε ελεύθερη ένωση και άρα αν ήθελε στην περίπτωση της συμβίωσης σε ελεύθερη ένωση, την πατρότητα εκείνου που συγκατατίθεται στη σύλληψη θα εκφραζόταν ρητώς περί τούτου θεσπίζοντας σχετική διάταξη.»²⁴

7. Στόχοι νομοθετικού πλαισίου

Επιδιώξη της παλαιάς διάταξης Α.Κ. 1463 ήταν η ίδρυση συγγένειας του παιδιού με τη γυναίκα που το τίκτει «επειδή είναι βέβαιο ότι αυτό κατάγεται βιολογικά (γενετικά) από την ίδια, **επικυρώνοντας σε νομικό επίπεδο ένα φυσικό κανόνα**, που μέχρι το πιο πρόσφατο παρελθόν επαναλαμβανόταν κατά τρόπο αδιάσπαστο στη ζωή²⁵». Ο φυσικός κανόνας όμως δεν είναι πλέον απόλυτος, υπάρχει και τεχνητός κανόνας τεκνοποίησης που είναι αδήριτη ανάγκη να επικυρωθεί σε νομικό επίπεδο. Αποτελέσματα ήταν οι νόμοι 3089/2002 και 3305/2005.

23. Κατά τον Παπαχρίστου η βιολογική αλήθεια υποχωρεί στη θέληση του συζύγου να είναι νομικός πατέρας του παιδιού. Η προσβολή της πατρότητας θα ήταν δείγμα αντιφατικής συμπεριφοράς από αυτόν (σχόλιο στην απόφαση 6779/ 2000 Πολ.Πρ.Αθ. Η απόφαση ήταν μια πρώτη προσπάθεια για την καθιέρωση της κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας. Στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο και στο Ακυρωτικό η κρίση ήταν διαφορετική. (Εφ.Αθ. 2171/2002, Α.Π. 564/2003, Α.Π. (ολομ.) 14/2004).

24. Απόσπασμα από το σκεπτικό της απόφασης Εφ.Αθ. 2171-2002

25. Ευαγγελίδου- Τσικριά « Ζητήματα από τη βιολογική διάσπαση της μητρότητας». Ελληνική Δικαιοσύνη 43, 2002, σελ. 39.

Κατά τη συζήτηση και των δύο νομοθετικών σχεδίων στη Βουλή, η πλειοψηφία των ομιλητών και σχολιαστών έκαναν λόγο για προβλήματα υπογεννητικότητας της χώρας μας, τα οποία καλείται να λύσει η βιοτεχνολογία που παρουσιάζεται παράλληλα ως το αντίδοτο της υπογονιμότητας των ζευγαριών. Ωστόσο η καταπολέμηση αυτής της κατάστασης -υπογεννητικότητας- δεν ανταποκρίνεται στη νομοπρακτική πορεία της Ελλάδας. Η υπογεννητικότητα οφείλεται σε πλήθος άλλων βαθύτερων αιτιών και συντελεστών πέρα από την αδυναμία φυσικής τεκνοποίησης²⁶. Η έκτρωση, τα μεταδιδόμενα νοσήματα, η χρονική καθυστέρηση απόκτησης παιδιών, το στρες, το αλκοόλ, και η διατροφή είναι σύγχρονα αίτια υπογεννητικότητας²⁷. Άρα, μήπως θα έπρεπε να προηγηθούν μέτρα σχετικά με τις ανωτέρω αιτίες;

Το σίγουρο είναι ότι η αντιμετώπιση του δημογραφικού προβλήματος δεν μπορεί να αποτελέσει μοναδικό δικαιολογητικό και νομιμοποιητικό λόγο των ρυθμίσεων. Η αποτροπή του κινδύνου δημιουργίας αρρυθμιστων σχέσεων, η αποφυγή κληρονομικών ασθενειών, η ασφάλεια του δικαίου συμπληρώνουν τους σκοπούς των νομοσχεδίων. Σημείο αναφοράς όλων των ρυθμίσεων αποτελεί το συμφέρον του παιδιού για να μην υπάρχουν παιδιά υποβαθμισμένα από νομικής πλευράς, παιδιά «δεύτερης κατηγορίας» γεννημένα μέσω μιας απαγορευμένης ή έστω μη ρυθμιζόμενης ως προς τις συνέπειές της μεθόδου²⁸.

8. Προϋποθέσεις παρένθετης μητρότητας

Α) Φυσική ανικανότητα να κυοφορήσει - Αδυναμία απόκτησης τέκνων

Πρώτη προϋπόθεση για να επιτραπεί η υποβοήθηση στην αναπαραγωγή είναι η ύπαρξη παθολογικών καταστάσεων²⁹, η αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο και η αποφυγή μετάδοσης στο τέκνο σοβαρής ασθένειας (Α.Κ. 1455). Για να δοθεί η δικαστική άδεια για δανεισμό μήτρας πρέπει να έχει αποδειχθεί με έγγραφα και γνωμάτευση γιατρού ότι η αιτουμένη γυναίκα είναι ιατρικώς αδύνατο να κυοφορήσει³⁰. Συνεπώς καταπολεμάται η εκούσια ατεκνία και η μετατροπή των νέων δυνατοτήτων σε εναλλακτικές μεθόδους αναπαραγωγής. Οι νέες μέθοδοι πρέπει να αντιμετωπίζο-

26. Πρακτικά Βουλής ΚΔ' 21/ 11/ 2002. Ομιλία κ. Β. Πολύδωρα

27. Πρακτικά Βουλής ΚΖ' Συνεδρίαση 26/11/2002, ομιλία κ. Α. Αγγελή

28. Εισηγητική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Ιατρική Υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή» Προς τη Βουλή των Ελλήνων, 12 Σεπτεμβρίου 2002

29. Βιδάλης Τ. Κ. «Βιολογικό-Το πρόσωπο», Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2007, σελ. 208

30. Απόσπασμα από το σκεπτικό της πρώτης απόφασης Μον.Πρ.Ηρ. 678/2003: «Την αδυναμία της αιτούσας να αποκτήσει τέκνο με φυσιολογικό τρόπο βεβαιώνει με ...ιατρική γνωμάτευση, ο μαιευτήρας-γυναικολόγος ...μετά από παρακολούθηση επί δεκαετία, γνωματεύει ότι η αιτούσα δεν είναι δυνατόν να συλλάβει». Ομοίως και απόφαση Μον.Πρ.Αθ. 1320/ 2004: «Η αιτούσα επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο με τον πιο πάνω σύζυγό της... υποβλήθηκε ... σε 27 προσπάθειες εξωσωματικής γονιμοποίησης αλλά όλες απέτυχαν. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η αιτούσα είναι ιατρικώς αδύνατο να κυοφορήσει τόσο στο παρόν όσο και στο μέλλον». Τα ανωτέρω αποδείχθηκαν με εξέταση μάρτυρα και βάσει των εγγράφων που προσκόμισε η αιτούσα.

νται ως θεραπευτικά μέσα. Κατά την Κ. Παντελίδου³¹ ο νόμος αποτρέπει από την προσφυγή στην παρένθετη μητρότητα όταν υπάρχουν ήδη παιδιά³², είτε αυτά γεννήθηκαν με φυσικό τρόπο, είτε με προσφυγή στην παρένθετη μητρότητα, είτε είναι θετά.

Η θέση αυτή και η αντίστοιχη αυστηρή προϋπόθεση του **Α.Κ. 1455** έχουν σχολιαστεί τόσο θετικά όσο και αρνητικά, αναφορικά με την προσβολή του δικαιώματος αναπαραγωγής και με το ενδεχόμενο η προσφυγή στις μεθόδους ΙΥΑ από άτομα χωρίς ιατρικό πρόβλημα, να αντίκειται στα χρηστά ήθη.

Η αξιοποίηση της αόριστης νομικής έννοιας των χρηστών ηθών επιτρέπει την προσαρμογή του δικαίου στις εκάστοτε κοινωνικές και πολιτισμικές αντιλήψεις³³. Σύμφωνα με τα κρατούντα ήθη οι μέθοδοι υποβοηθούμενης αναπαραγωγής είναι ευρέως διαδεδομένες και αποδεκτές. Συνεπώς η χρήση τους από άτομο που δεν έχει κανένα ιατρικό πρόβλημα, δεν αντίκειται σε κανένα κανόνα δικαίου, δεν ενέχει προσβολή του ανθρώπινου είδους, δεν προσβάλλει δικαίωμα τρίτου³⁴. Προσβολή χρηστών ηθών δε φαίνεται να συντρέχει. Μήπως, λοιπόν, εδώ περιορίζεται αδικαιολόγητα – ελλείψει αντίθεσης στα χρηστά ήθη - η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης του προσώπου που επιθυμεί να τεκνοποιήσει με αποτέλεσμα η νομοθεσία της ΙΥΑ να έρχεται σε αντίθεση με το Σύνταγμα και συγκεκριμένα με τα άρθρα 5 (ελεύθερη ανάπτυξη προσωπικότητας, ειδικότερη εκδήλωση της οποίας αποτελεί το δικαίωμα αναπαραγωγής) και 21 Σ (προστασία οικογένειας);

Ορθότερη είναι η αρνητική απάντηση. Η επιλογή του νομοθέτη δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως αντισυνταγματική, αφού και πάλι, δεδομένου του νομοθετικού περιορισμού, ο καθένας έχει τη δυνατότητα να ασκήσει τα δικαιώματα αυτά (αναπαραγωγής και δημιουργίας οικογένειας)³⁵. Σύμφωνα και με τις παρατηρήσεις της Επιτροπής Βιοηθικής, «η σημασία του να αποκτά κάποιος τη δυνατότητα άσκησης δικαιωμάτων τα οποία στερείται χωρίς τη θέλησή του- όπως τα δικαιώματα στην αναπαραγωγή και τη δημιουργία οικογένειας- δεν μπορεί να οδηγήσει στο φιλελευθερισμό, της προτίμησης των τεχνικών μεθόδων έναντι των φυσικών³⁶».

31. Παντελίδου Κ., «Ζητήματα του νέου θεσμού της παρένθετης μητρότητας». Αρμενόπουλος, τεύχος 7, Ιούλιος 2004, σελ. 979.

32. Στην Μον.Πρ.Ηρ. 482/2007 τονίζεται ότι η αιτούσα και ο σύζυγός της «δεν έχουν αποκτήσει δικά τους τέκνα, παρά τις επανειλημμένες προσπάθειες».

33. Γεωργιάδης Απόστολος, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Σάκκουλας, 1997, σελ. 390-391. Καράκωστας Ιωάννης. «Τα νομικά προβλήματα της τεχνητής νομιμοποίησης και οι λύσεις του Ν. 3089/2002», ΔΕΕ 2. 2003 σελ. 132.

34. Παπαζήση Θ. «Ζητήματα Βιοηθικής από τη σύμβαση του Oviedo σε σχέση με το Ν. 3089/2002» ΧΡΙΑ στ', 2006, σελ. 390.

35. Βιδάλης Τ.Κ., ΒΙΟΔΙΚΑΙΟ- Το πρόσωπο, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2007, σελ 209. Αλλά και η θεσμοθέτηση απεριορίστης προσφυγής στην ΙΥΑ θα ήταν αποδεκτή συνταγματικά, εφόσον η οικογένεια αποτελεί ζήτημα προσωπικού αυτοκαθορισμού. Βιδάλης, «Το πρόταγμα της οικογένειας», ΝοΒ 51.2003, σελ. 839.

36. Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής, *Σχόλια επί του νομοσχεδίου για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή*, Συνεδρίαση της 11ης Οκτωβρίου 2002.

i) Έλεγχος υγείας

Σύμφωνα με το άρθρ. 13 σε συνδυασμό με το άρθρ. 4 του Ν. 3305/2005 εκτός από την ιατρική βεβαίωση ότι η υποβοηθούμενη είναι αδύνατο να κυοφορήσει, πρέπει να διενεργηθούν και οι απαραίτητες ιατρικές εξετάσεις για τον έλεγχο της υγείας τόσο των υποβοηθούμενων γονέων όσο και της κυοφόρου, η οποία επιπλέον υποβάλλεται σε ενδελεχή ψυχολογική αξιολόγηση.

B) Ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής

Σύμφωνα με το άρθρο 1455 εδ. β' η υποβοήθηση επιτρέπεται μέχρι την ηλικία φυσικής αναπαραγωγής των υποβοηθούμενων προσώπων.

Στην εισηγητική έκθεση του Ν. 3305/2005 που δόθηκε στη βουλή, το όριο ήταν 55 έτη για τις γυναίκες και δεν υπήρχε ανάλογη ρύθμιση για τους άνδρες. Αποτέλεσμα ήταν να εκφραστούν ανησυχίες τόσο για άνιση μεταχείριση των δύο φύλων (Σ 4 παρ. 1) αλλά και για τη δημιουργία μιας γονεοκεντρικής νομοθεσίας. Η Επιτροπή μετά από εκτενή συζήτηση κατέβασε το αρχικά προταθέν όριο από 55 σε 50, το οποίο και χαρακτηρίστηκε ως περισσότερο ρεαλιστικό. Ένα επιχείρημα υπέρ του ορίου των 55 ήταν η αύξηση του προσδόκιμου επιβίωσης, χωρίς ωστόσο να θεωρηθεί επαρκές για τη διατήρησή του³⁷.

Τα ανώτατα ηλικιακά όρια τίθενται για ιατρικούς και κοινωνικούς λόγους. Σε μεγάλη ηλικία υπάρχουν κίνδυνοι για την μητέρα -τόσο κατά την κύηση όσο και κατά τον τοκετό- ενώ αυξάνονται οι πιθανότητες παρουσίας παθολογικών διαταραχών στο παιδί. Κατά τον προσδιορισμό του ηλικιακού ορίου των 50 ετών, λήφθηκαν υπόψη τα στατιστικά δεδομένα για τα χρονικά όρια φυσικής αναπαραγωγής των γυναικών και η ανάγκη προστασίας του παιδιού από κοινωνικά και ψυχολογικά μειονεκτήματα που ενέχει για ένα παιδί η φροντίδα από μητέρα μεγαλύτερης ηλικίας³⁸.

Η ανυπαρξία ανάλογου ηλικιακού περιορισμού για τον άνδρα αντίκειται στην αρχή της ισότητας και δεν εξυπηρετεί το συμφέρον του παιδιού. Ενδεχομένως δικαιολογείται από το γεγονός ότι στην ΙΥΑ ο νομοθέτης θεωρεί ότι βρίσκεται πιο κοντά στην φυσική αναπαραγωγή παρά στην υιοθεσία, με αποτέλεσμα να διατηρήσει τα όρια που τίθενται από τη φύση³⁹. Στην υιοθεσία, το συμφέρον του παιδιού υπαγορεύει κοινά

37. Η Πανελλήνια Ένωση Εμβρυολόγων αντιπρότεινε να παρέχεται η δυνατότητα σε μια γυναίκα 55 ετών να προσφεύγει σε μεθόδους ιατρικά υποβοηθούμενης αναπαραγωγής μετά από ειδική άδεια και κατ' εξαίρεση.

38. Έκθεση της Β' Διεύθυνσης Επιστημονικών μελετών – τμήμα νομοτεχνικής επεξεργασίας σχεδίων και προτάσεων νόμων – της Βουλής των Ελλήνων, (εισηγητής: Στέφανος Κουτσουμπίνης, 7 Ιανουαρίου 2005)

39. Ωστόσο άλλο διευκόλυνση της αναπαραγωγής και άλλο περιορισμός του δικαιώματος αναπαραγωγής, δικαίωμα που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη. Κουνούγερη- Μανωλεδάκη Έφη, «Ο Νέος Νόμος 3305/2005 για την Έφαρμογή της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής»: Ζητήματα από συσχετισμό των διατάξεων του μεταξύ τους και με τις ρυθμίσεις του Ν. 3089/2002», Αρμενόπουλος, τεύχος 5, Μάιος 2005.

όρια ηλικίας και διαφοράς ηλικίας τόσο για τους άνδρες όσο και για τις γυναίκες⁴⁰.

Αναφορικά με τα κατώτερα ηλικιακά όρια, η προσφυγή στις μεθόδους της ΙΥΑ είναι επιτρεπτή με την ενηλικίωση⁴¹. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις και λόγω σοβαρού νοσήματος, που επισύρει κίνδυνο στειρότητας, εφαρμόζονται οι εν λόγω μέθοδοι σε ανήλικα πρόσωπα και επακολουθεί η κρυοσυντήρηση του γενετικού τους υλικού.

i) κυοφόρος - ηλικία

Ερωτήματα ανακύπτουν όσον αφορά την ηλικία της κυοφόρου για την οποία δε γίνεται ρητή νομοθετική μνεία. Η προϋπόθεση που πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο της κυοφόρου και που ενδεχομένως έμμεσα συνδέεται με την ηλικία της είναι η καταλληλότητα αυτής από πλευράς κατάστασης υγείας για κυοφορία. Η ύπαρξη προβλημάτων αποτελεί πρόσκομμα για την παροχή της δικαστικής άδειας. Πρόσφατη απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Κορίνθου⁴² επέτρεψε κυοφορία σε γυναίκα που ήταν 52 χρόνων, και που «σύμφωνα με την από ... βεβαίωση του ...ιατρού, είναι γυναικολογικώς υγιής και δύναται να κυοφορήσει».

ii) Παρένθετη μητέρα – Συγγενικό πρόσωπο

Η απόφαση του Μον.Πρ.Κορ. 224/ 2006 αποτελεί σημείο αναφοράς και σταθμό για την ελληνική νομολογία όχι μόνο γιατί έσπασε το φράγμα των 50 ετών αλλά και λόγω της σχέσης της κυοφόρου με την υποβοηθούμενη μητέρα. Η κυοφόρος ήταν μητέρα της υποβοηθούμενης. Με άλλα λόγια η γιαγιά θα κυοφορούσε τα εγγόνια της⁴³. Βάσει της υπάρχουσας νομολογίας στην Ελλάδα κυοφόρος γίνεται κυρίως η αδερφή⁴⁴ της υποβοηθούμενης, όπως συνέβη στην υπόθεση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Κατερίνης⁴⁵ αλλά και σε πρόσφατη απόφαση του Μον.Πρ.Ηρ. του 2007, που επέτρεψε στην αδελφή της υποβοηθούμενης μητέρας, να κυοφορήσει τα ανίψια της. Άλλωστε κατά τη συζήτηση του αρχικού νομοσχεδίου είχε τονιστεί ότι «*αυτή η γυναίκα (δηλαδή η κυοφόρος) πρέπει να είναι συγγενής, αδελφή, μητέρα για να μην υπάρχει η λεγόμενη εμπορευματοποίηση και για να μην οδηγούμαστε στο λεγόμενο αναπαραγωγικό τουρισμό*»⁴⁶.

40. Α.Κ. 1544, 1545 παρ. 2 «Σε περίπτωση υιοθεσίας και από τους δύο συζύγους, οι προϋποθέσεις οι οποίες τάσσονται από τα άρθρα 1543 και 1544, αρκεί να συντρέχουν στο πρόσωπο μόνο του ενός», χωρίς να γίνεται διάκριση μεταξύ άνδρα ή γυναίκας

41. Άρθρο 4 παρ. 1 Ν. 3305/ 2005

42. Μον.Πρ.Κορ. 224/ 2006, (Ιατρικά Υποβοηθούμενη Αναπαραγωγή- Τεχνητή Γονιμοποίηση – Παρένθετη μητρότητα – Ηλικία Κυοφόρου), www.dsnet.gr

43. Ελευθεροτυπία, «Χανιά: Γιαγιά 52χρονη γέννησε τα δίδυμα αγοράκια της κόρης της», 5-05-07. http://www.enet.gr/online/online_text/c=112,dt=05.05.2007,id=80758716, Επίσης Την 1η Οκτωβρίου 2007 στη Βραζιλία γιαγιά γέννησε τα εγγόνια της. Ακόμα πιο παλιά το 1987, στη Νότια Αφρική, μητέρα κυοφόρησε τα παιδιά της κόρης της.

44. και έπειτα γυναίκα ξένη συγγενικά προς το ζευγάρι

45. Μον.Πρ.Κατερ. 408/ 2006 (Αρμ 2007.863 -Παρένθετη μητρότητα), lawdb.intrasoftnet.com

46. Πρακτικά Βουλής, ΚΔ' Σύνοδος. 21/11/02, Πετσάλνικος & ΚΖ' συνεδρίαση Κωνσταντόπουλος, 26/11/02.

Γ. i) Συναίνεση

Προϋπόθεση για την προσφυγή στην ΙΥΑ είναι η συναίνεση των ενδιαφερομένων μερών. Το άρθρο 1456 Α.Κ. αναφέρεται στις γενικές συνααινέσεις των προσώπων που θα αποκτήσουν παιδί με υποβοήθηση. Για τα έγγαμα ζευγάρια αρκεί το ιδιωτικό έγγραφο, ενώ για τα άγαμα η συναίνεση πρέπει να περιβληθεί τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου.

Στην περίπτωση της παρένθετης μητρότητας, οι γενικές συνααινέσεις του 1456 Α.Κ. καλύπτονται από τη συμφωνία του 1458 Α.Κ. μεταξύ των υποβοηθούμενων γονέων, της κυοφόρου και του συζύγου της εφόσον είναι έγγαμη. Το δικαστήριο έχει υποχρέωση και δυνατότητα κατά τα άρθρα 744 και 759 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ (εκουσία δικαιοδοσία) να διαπιστώσει την οικογενειακή κατάσταση των γυναικών με στόχο τη διασφάλιση της έννομης θέσης των συζύγων τους⁴⁷.

ii) Δικαστική Απόφαση

Κατά το άρθρο **1458 Α.Κ.** η μεταφορά στο σώμα άλλης γυναίκας γονιμοποιημένων ωαρίων, **ξένων προς την ίδια**, και η κυοφορία επιτρέπεται με **δικαστική άδεια** ύστερα από αίτηση της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο. Το δικαστήριο δικάζει κατά τη διαδικασία της εκουσίας δικαιοδοσίας ενώ σύμφωνα με τη διάταξη Κ.Πολ.Δ 799, αρμόδιο είναι το δικαστήριο (Μονομελές Πρωτοδικείο – Κ.Πολ.Δ 740) στην περφέρεια του οποίου έχει τη συνήθη διαμονή της η αιτούσα ή εκείνη που θα κυοφορήσει το τέκνο.

Η δικαστική άδεια και η συναίνεση ως όρος κύρους της σύμβασης μεταξύ των υποβοηθούμενων γονέων και της κυοφόρου (και του συζύγου της), δίδεται **πριν** από την τέλεση της πράξεως. Η διάταξη δεν προβλέπει πώς πρέπει να αντιμετωπιστεί η υποβοήθηση, αν επιχειρηθεί χωρίς την προηγούμενη δικαστική απόφαση και έγγραφη συγκατάθεση των προσώπων που καταφεύγουν σε αυτή. Στην περίπτωση αυτή κατά την επιστημονική έκθεση στη Βουλή και σύμφωνα με το άρθρο **1475 Α.Κ.** η **εκ των υστέρων έγκριση** της σχετικής διαδικασίας θα μπορεί να θεωρηθεί ως αναγνώριση τέκνου⁴⁸. Διαφορετικά ισχύει ο κανόνας του άρθρου **1463 Α.Κ.** και μητέρα του παιδιού θεωρείται η κυοφόρος.

Το ζήτημα αυτό αντιμετώπισε η νομολογία. Σύμφωνα με την **Μον.Πρ.Θεσ. 27035/2003**, γίνεται αναλογική εφαρμογή του άρθρου **255 Α.Κ.** (για την αναστολή της παραγραφής) για όσο χρόνο η δικαιούχος εμποδίστηκε από δικαιοστάσιο ή από άλλο λόγο ανώτερης βίας να καταθέσει αίτηση και να αναμένει την απόφαση. Το Μον.Πρ.Θεσ.

47. Κουνούγερη- Μανωλεδάκη Ε. «Τεχνητή γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκου-λας, Β' έκδοση, 2005 σελ. 62 και Εισηγητική Έκθεση νόμου 2002.

48. Έκθεση επί του σχεδίου νόμου 3089/ 2002 της Διεύθυνσης Επιστημονικών μελετών στη Βουλή των Ελλήνων, 19 Νοεμβρίου 2002.

έκρινε ότι για την εσπευσμένη υποβολή - λίγες μέρες μετά την ψήφιση του νόμου και πριν από τη δημοσίευσή του - της κυοφόρου και της γενετικής μητέρας στις διαδικασίες της ΙΥΑ και για την επιτρεπόμενη **εκ των υστέρων** παροχή **δικαστικής άδειας** από το δικαστήριο, συνέτρεξαν οι κατωτέρω αναφερόμενοι λόγοι ανωτέρας βίας: 1) οριακή ηλικία φυσικής αναπαραγωγής των δυο γυναικών, 2) ιδιαίτερα χαμηλό ποσοστό επιτυχίας του εγχειρήματος.

iii) Ανάκληση συναίνεσης- Ορφανά παιδιά;

Η ανάκληση της δοθείσας συναίνεσης είναι ελεύθερη μέχρι τη μεταφορά των γαμετών ή των γονιμοποιημένων ωαρίων στο γυναικείο σώμα (Α.Κ. 1456 παρ. 2, άρθρο 5 παρ. 3 Σύμβαση του Οβιέδο⁴⁹). Με την επιφύλαξη του άρθρου 1457, η συναίνεση θεωρείται ότι ανακλήθηκε, αν ένα από τα πρόσωπα που είχαν συναινέσει πέθανε πριν από τη μεταφορά. Αν οι γονείς αλλάξουν γνώμη μετά τη μεταφορά, δεν μπορεί να ζητηθεί ή να επιβληθεί άμβλωση στην κυοφόρο. Αντίθετα η κυοφόρος μπορεί να προχωρήσει σε τεχνητή διακοπή της εγκυμοσύνης υπό τις προϋποθέσεις του νόμου (Π.Κ. 304), χωρίς να την εμποδίσουν οι υποβοηθούμενοι γονείς, από τη στιγμή που διατηρεί την ελευθερία διάθεσης του σώματος της. Σε κάθε περίπτωση, η ανάκληση θα πρέπει να μη θέτει σε κίνδυνο αφενός μεν τη ζωή και την ιδιωτική αυτονομία του προσώπου, αφετέρου δε την ψυχοσωματική ισορροπία και το συμφέρον του παιδιού, όπως συνέβη στην υπόθεση **Buzzanca**⁵⁰ στην Αμερική όπου, αν και το παιδί είχε έξι «γονείς», σύμφωνα με το πρωτοβάθμιο δικαστήριο θεωρήθηκε νομικά ως ορφανό.

Οι Luanne and John Buzzanca ήταν αδύνατο να τεκνοποιήσουν, και κατέφυγαν στην παρενθετή κύηση με χρήση γενετικού υλικού από τρίτους δότες. Ένα μήνα πριν τη γέννηση οι Buzzanca χώρισαν αρνούμενοι να έχουν την κηδεμονία του παιδιού. Το trial court κατέληξε σε μια άνευ προηγουμένου απόφαση: το παιδί θεωρήθηκε νομικά ορφανό, αφού δεν υπήρχε γενετική- βιολογική συγγένεια αυτού είτε με την κυοφόρο είτε με τους Buzzanca⁵¹. Το Δικαστήριο παρέλειψε να συνυπολογίσει το γεγονός ότι η συγγένεια δύναται να ιδρυθεί με τη βούληση⁵², όπως στην ετερόλογη τεχνητή γονιμοποίηση στην οποία συναινεί ο σύζυγος της μητέρας και νομικός πατέρας του παιδιού.

49. Σύμβαση για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της αξιοπρέπειας του ατόμου σε σχέση με τις εφαρμογές της βιολογίας και της ιατρικής: Σύμβαση για τα ανθρώπινα δικαιώματα και την Βιοϊατρική. Υπεγράφη στις 4 Απριλίου 1997 στην πόλη Oviedo στην Ισπανία και κυρώθηκε με το νόμο 2619/ 1998 (ΦΕΚ Α 132).

50. <http://lw.bna.com/lw/19980324/22147.htm>

51. «The trial court then reached an extraordinary conclusion: Jaycee had no lawful parents. First, the woman who gave birth to Jaycee was not the mother; the court had - astonishingly - already accepted a stipulation that neither she nor her husband were the "biological" parents. Second, Luanne was not the mother. According to the trial court, she could not be the mother because she had neither contributed the egg nor given birth. And John could not be the father, because, not having contributed the sperm, he had no biological relationship with the child. We disagree» Court of Appeal of the State of California.

52. Η απόφαση του Εφετείου εκφράζει την αρχή της κοινωνικοσυναισθηματικής συγγένειας, σύμφωνα με την οποία για την ίδρυση της συγγένειας αναδεικνύεται ως σημαντικός παράγοντας η βούληση των μερών και όχι η βιολογική αλήθεια και καταγωγή.

Στο δεύτερο βαθμό, το δικαστήριο απεφάνθη ότι η συναίνεση των δύο συζύγων για την έναρξη της ιατρικής διαδικασίας, συμπεριλάμβανε και την πρόθεσή τους να μεγαλώσουν και ν’ αναθρέψουν το παιδί. Η πρόθεση έχει μεγαλύτερη σημασία από τα γονίδια, όταν εφαρμόζονται τεχνολογίες υποβοηθούμενης αναπαραγωγής.

iv) Κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια

Η βιολογική ταυτότητα και αλήθεια σχετικά με το παιδί υποβιάστηκαν και δίδουν τη θέση τους στην λεγόμενη κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια. Εφόσον υπάρχει διατυπωμένη βούληση και έγγραφη συναίνεση, η δυνατότητα προσβολής της μητρότητας ή της πατρότητας αποκλείεται⁵³.

Εκεί που δεν υπάρχει βούληση, όπως στην περίπτωση της ετερόλογης εξωσωματικής γονιμοποίησης με σπέρμα γνωστού δότη, ο οποίος δεν επιθυμεί και δεν έχει πρόθεση να αποκτήσει νομική και κοινωνικοσυναισθηματική συγγένεια με το παιδί, η συγγένεια δεν πρέπει να ιδρυθεί. Ο βιολογικός πατέρας-δότης δεν έχει καμία απολύτως νομική συγγένεια και καμία αξίωση για αναγνώριση της πατρότητας του παιδιού.

ν) Επαχθείς προϋποθέσεις για την άγαμη γυναίκα και τον άνδρα

Το γεγονός ότι η συναίνεση της άγαμης γυναίκας, πρέπει να περιβληθεί τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, ενώ αντίθετα για την έγγαμη αρκεί η απλή έγγραφη συναίνεση (το ιδιωτικό έγγραφο), αποτελεί αφορμή προβληματισμού. Ομοίως συμβαίνει και με την ανάκληση, η ιδιότητα του προσώπου καθορίζει τον τύπο της. Αυτό όμως έρχεται σε αντίθεση με τη γενική αρχή του **άρθρου 3 της Σύμβασης του Οβιέδο** για την ισότιμη πρόσβαση των προσώπων στις παροχές υγείας και με τις συνταγματικά κατοχυρωμένες διατάξεις του σεβασμού της αξίας του ανθρώπου, της ισότητας και προστασίας της προσωπικότητας των πολιτών (**Σ 2** – σεβασμός αξίας ανθρώπου, **Σ 4** – ισότητα, **Σ 5** – σεβασμός προσωπικότητας). Έστω και έμμεσα εκφράζεται απαξία προς την ανάληψη του ρόλου της μητέρας χωρίς γάμο. Ο τύπος συνιστά στοιχείο του βαθμού σοβαρότητας της δήλωσης βούλησης και η σοβαρότητα της έγγαμης τεκμαίρεται από την ύπαρξη του άνδρα- συζύγου⁵⁴. Αναφορικά με τον άνδρα με τον οποίο τελεί σε ελεύθερη ένωση, ο «σοβαρότερος τύπος επιβάλλεται προκειμένου οι συναινέσεις να οδηγήσουν στην αυτόματη εκούσια αναγνώριση του τέκνου από τον άνδρα που θα έχει συναινέσει συμβολαιογραφικά»⁵⁵.

Υπάρχει και ένα δεύτερο σημείο που αξίζει να σχολιαστεί και που συνδέεται με τα δικαιώματα του άνδρα. Νομιμοποιούμενη ενεργητικά για την αίτηση του άρθρου **1458 Α.Κ.** είναι **μόνο** η γυναίκα που αδυνατεί να κυφορήσει, όχι και ο μέλλον πατέρας. Ο αρμόδιος να δικάσει δικαστής μπορεί να καλέσει τον πατέρα να παραστεί ως

53. Με την επιφύλαξη του άρθρου 1464 Α.Κ., βλ. παρακάτω υπ. αριθ. 7.

54. Παπαζήση Θ, όπ. παρ. σελ. 391

55. Εισηγητική Έκθεση νόμου του 2002

έχοντα έννομο συμφέρον. Μήπως η σιωπή του νόμου αναφορικά με το δικαίωμα του άνδρα να γίνει πατέρας με προσφυγή στην παρένθετη, συνιστά σαφή διακριτική μεταχείριση των δυο φύλων εις βάρος εν προκειμένω του άνδρα; Μάλλον όχι.

Καταρχήν, η νομική προϋπόθεση της φυσικής αδυναμίας κυοφορίας αναφέρεται μόνο στη γυναίκα καθώς ο άνδρας είναι αδύνατον να κυοφορήσει, όχι από φυσική αδυναμία αλλά λόγω των χαρακτηριστικών του φύλου του, λόγω της φύσης του. Το γεγονός ότι η κατηγορία προβλημάτων τεκνοποίησης συνδέεται με το ένα φύλο, δεν σημαίνει ότι ο περιορισμός πρόσβασης του άλλου φύλου είναι εκδήλωση διακριτικής μεταχείρισης. Δεν έχουμε ανόμοια μεταχείριση ομοίων αλλά απλώς ανόμοια μεταχείριση ανομοίων⁵⁶. Βέβαια, η εισηγητική έκθεση του Ν. 3089/ 2002 αφήνει περιθώρια στον άνδρα που θέλει να αποκτήσει παιδιά καθώς επιτρέπει την κατ' άρθρο 1457 Α.Κ. προσφυγή στη μεταθανάτια γονιμοποίηση και για τους άνδρες⁵⁷. Έτσι αφήνεται ανοιχτό το ενδεχόμενο και για ένα μοναχικό άνδρα να γίνει πατέρας μέσω παρένθετης μητέρας.

Δ. Κατοικία σε Ελλάδα

Το εθνικό δίκαιο λόγω της παγκοσμιοποίησης και της ελεύθερης διακίνησης ατόμων και αγαθών μπορεί να παρακαμφθεί. Ενέργεια που απαγορεύεται σε μια έννομη τάξη, μπορεί να είναι επιτρεπτή από το δίκαιο γειτονικής χώρας. Αυτήν την παράκαμψη νόμου προσπαθεί να αποφύγει ο έλληνας νομοθέτης με το άρθρο 8 του Ν. 3089/ 2002.

ι) Ιατρικός - Αναπαραγωγικός Τουρισμός

Σύμφωνα με το ως άνω άρθρο, η δυνατότητα του άρθρου 1458 προσφέρεται μόνο στους μόνιμους κατοίκους της Ελλάδας. Η ρύθμιση αυτή έχει κατακριθεί ότι αποτελεί «υποκρισία»⁵⁸ καθώς η διακίνηση γενετικού υλικού από και προς τη χώρα μας επιτρέπεται ρητά με το **άρθρο 14 του Ν. 3305/ 2005**. Βέβαια είναι δύσκολο ο νόμος να μιλήσει για διακίνηση ανθρώπων παραπέμποντας σε ένα είδος εμπορίου και υποβιβάζοντας τους σε αντικείμενο, με τον κίνδυνο του οικονομικού ανταλλάγματος να υφίσταται.

Ένα από τα επιχειρήματα που επιστρατεύονται για τη δικαιολόγηση αυτών των ρυθμίσεων είναι η ανάγκη αποτροπής του λεγόμενου αναπαραγωγικού τουρισμού,

56. Βιδάλης Τ.Κ., «Το πρόταγμα της οικογένειας: Η συνταγματικότητα του νόμου για την ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή». ΝοΒ 51.2003, σελ. 840.

57. Στην εισηγητική έκθεση αναφέρεται: «Τέλος, πρέπει να σημειωθεί ότι η ρύθμιση αυτή – που είναι προσανατολισμένη στη συνήθεστη περίπτωση επιθυμίας για μεταθανάτια γονιμοποίηση στην περίπτωση που πεθαίνει ο άνδρας – μπορεί να καλύψει, ΑΝΑΛΟΓΙΚΑ εφαρμοζόμενη, και την περίπτωση που πεθαίνει η γυναίκα, οπότε ο άνδρας δεν μπορεί να χρησιμοποιήσει αργότερα τα κρυοσυντηρημένα ωάρια της ή τα κρυοσυντηρημένα γονιμοποιημένα ωάρια τους για να τεκνοποιήσει με αυτά μέσω παρένθετης κυοφόρου μητέρας, παρά υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 1457».

58. Κουτσουράδης Α. «Θέματα παρένθετης μητρότητας – Ιδίως μετά το Ν. 3305/ 2005», ΝοΒ, Μάρτιος – Απρίλιος 2006, σελ. 342.

της καταφυγής των προσώπων που ενδιαφέρονται να υποβληθούν σε μεθόδους ΙΥΑ σε ξένες χώρες με ελαστικό νομοθετικό καθεστώς. Ωστόσο η έμμεση απαγόρευση του αναπαγωγικού τουρισμού δε γίνεται κατανοητή από όλους. Ο ιατρικός τουρισμός θεωρούν δεν είναι δυσμενής για τη χώρα μας, για την εθνική οικονομία ή τα ήθη που επικρατούν. Εναλλακτικές μορφές τουρισμού, όπως είναι ο ιατρικός, επιβάλλονται από το διεθνή ανταγωνισμό στη διεθνή αγορά⁵⁹. Ωστόσο διατυπώνεται και η αντίθετη άποψη καθώς «με την ίδια λογική θα έπρεπε να προχωρήσουμε επείγοντως στην κατά το δυνατόν επιεικέστερη αντιμετώπιση των ναρκωτικών για να αποτρέψουμε τον ... ανταγωνισμό άλλων προοδευτικών χωρών!»⁶⁰.

Στην Ελλάδα υπολογίζεται ότι το 2006 περίπου 250 ζευγάρια απέκτησαν παιδί με τις μεθόδους ΙΥΑ στα 50 κέντρα που υπάρχουν⁶¹. Το σύγχρονο νομοθετικό καθεστώς, τα άριστα εργαστήρια και το χαμηλό κόστος κάνουν την Ελλάδα εξαιρετικά δημοφιλή στα άτεκνα ζευγάρια. Ειδικά τώρα με τη δημιουργία ειδικών πακέτων τουρισμού, έχουν την δυνατότητα να συνδυάσουν τόσο τις διακοπές τους όσο και να πραγματοποιήσουν εξωσωματική γονιμοποίηση.

Ε. Συμφέρον του παιδιού – κατάλληλο περιβάλλον

«Κατά την εφαρμογή των ... μεθόδων (ΙΥΑ) πρέπει να λαμβάνεται κυρίως υπόψη το συμφέρον του παιδιού που θα γεννηθεί» (**άρθρο 1 παρ. 2 Ν. 3305/ 2005**). Για την αξιολόγηση του συμφέροντος του παιδιού, που αποτελεί αόριστη νομική έννοια, λαμβάνονται υπόψη από την πλευρά των γονέων παράμετροι όπως η ηλικία, το ιατρικό ιστορικό, η κληρονομικότητα αλλά και η ικανότητα αυτών να ανταποκριθούν στις ανάγκες του παιδιού⁶². Το δικαστήριο στην **Μον.Πρ.Κατερ.** 408/2006 συνυπολογίζει και αξιολογεί όχι μόνο την κατάσταση υγείας των γονέων⁶³ αλλά και το γεγονός ότι «είναι έντιμοι, ζουν σε συζυγική αρμονία, ενώ η οικονομική τους κατάσταση είναι καλή, που μπορεί να εξασφαλίσει άνετη διαβίωση στο μέλλον να γεννηθεί παιδί⁶⁴».

ΣΤ. Χωρίς αντάλλαγμα

«Η συμφωνία για κυοφορία από τρίτη γυναίκα γίνεται χωρίς οποιοδήποτε αντάλ-

59. Κουτσουράδης Α., όπ. παρ. σελ. 342

60. Βέλλης, όπ. παρ. σελ. 498

61. Ελευθεροτυπία. «Έρχονται στην Ελλάδα για το δώρο της ζωής». 24/03/07 <http://www.ethnos.gr/article.asp?catid=5348&subid=2&pubid=35525>

62. Εισηγητική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Εφαρμογή των μεθόδων Ιατρικώς υποβοηθούμενης αναπαγωγής», όπου επιπλέον σημειώνεται ότι ο Κώδικας Δεοντολογίας της Βρετανικής Αρχής Ανθρώπινης Γονιμοποίησης και Εμβρυολογίας ορίζει ότι πρέπει να αξιολογείται η ύπαρξη ενός σταθερού και υποστηρικτικού περιβάλλοντος για κάθε παιδί που θα γεννηθεί ως αποτέλεσμα της θεραπείας.

63. Ιατρικές εξετάσεις που υποβλήθηκαν βάσει του άρθρου 4 παρ. 2 και 13 παρ 3 του νόμου 3305/ 2005

64. Ο σύζυγος είναι υπάλληλος του Δήμου και με ετήσιο εισόδημα 13.917 ευρώ όπως προκύπτει από εκκαθαριστικό σημείωμα έτους 2005 ... ενώ η αιτούσα είναι κυρία σημαντικής ακίνητης περιουσίας, όπως προκύπτει από τη δήλωση στοιχείων ακινήτων.

λαγμα. Δε συνιστά αντάλλαγμα η καταβολή δαπανών ... κάθε θετική ζημία της κυοφόρου» άρθ. 13 Ν. 3305/ 2005

Το γονιμοποιημένο ωάριο προέρχεται από το γενετικό υλικό των δύο γονέων. Με την απομάκρυνσή του από το ανθρώπινο σώμα αποτελεί πράγμα. Ίσως λοιπόν θα μπορούσε να αποτελέσει και αντικείμενο σύμβασης με οικονομικά ανταλλάγματα; Η απάντηση είναι αρνητική. Βάση μας αποτελεί η διττή φύση του γενετικού υλικού (ωάριο ή σπέρμα), που εκτός από πράγμα αποτελεί στοιχείο της προσωπικότητας των δοτών, στο μέτρο που εκφράζει το δικαίωμά τους για ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας. Γι' αυτό άλλωστε κατακρίθηκε από την εκκλησία η χρήση του ουδέτερου όρου γονιμοποιημένο ωάριο αντί του όρου έμβρυο, το οποίο θεωρείται εν δυνάμει πρόσωπο και έτσι αντιμετωπίζεται με μεγαλύτερη φειδώ.

Παράλληλα, σε περίπτωση ύπαρξης ανταλλάγματος ενυπάρχει ο κίνδυνος εμπορευματοποίησης, εκμετάλλευσης της οικονομικής ένδειας της κυοφόρου και υποβιβασμού της «σε σκεύος, εντός του οποίου μεγαλώνει ένα παιδί και η διαδικασία της εγκυμοσύνης καταχωρείται ως ανθυγιεινή»⁶⁵. Όταν τη γυναίκα τη βλέπουμε απλά ως μια μηχανή, ως μήτρα που γεννά δεν μπορεί παρά να υπάρχει προσβολή της συνταγματικής αρχής για σεβασμό στην αξία του ανθρώπου. Δεν πρέπει να δημιουργηθεί ανεξέλεγκτο εμπόριο, μια νέας μορφής σκλαβιά με την επιστράτευση γυναικών που προέρχονται από τον τρίτο κόσμο (π.χ. Σ.τ.Ε 157/ 1999, η «μητέρα» ήταν από την Ινδία). Με το νέο νόμο για την ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή ρητά αποκλείεται η παροχή οικονομικού ανταλλάγματος. Κίνητρο πλέον αποτελούν τα αισθήματα αλtruισμού και αλληλεγγύης προς το άτεκνο ζευγάρι.

Αξιοσημείωτη και εύλογη είναι η επιφύλαξη του καθηγητή Κ. Τσουκαλά, που θεώρησε ότι η διάταξη Α.Κ. 1458 δεν παρέχει επαρκείς εγγυήσεις κατά της εμπορευματοποίησης τόσο των εμβρύων όσο και της παρένθετης μητέρας. Γυναίκες και κυρίως αλλοδαπές μπορεί να δελεαστούν από οικονομικές προσφορές και να αποδεχτούν να κυοφορήσουν το έμβρυο μιας άλλης. Διότι ο νόμος ναι μεν απαγορεύει ρητά τη σύμβαση με οικονομικό αντάλλαγμα, ωστόσο δε, κανείς δεν μπορεί να εγγυηθεί ότι η χωρίς αντάλλαγμα σύμβαση δε θα είναι εικονική και δε θα καλύπτει μια άλλη συμφωνία με αρκετά υψηλό χρηματικό ποσό ως αμοιβή για την κυοφόρο.

7. Αμάχητο τεκμήριο (τοκετός) → μαχητό Α.Κ. 1464

Μητέρα του παιδιού, όταν η κυοφορία έγινε από άλλη γυναίκα, τεκμαίρεται ότι είναι η γυναίκα στην οποία δόθηκε η σχετική δικαστική άδεια. Κατά τη συζήτηση του

65. Ι. Κριάρη – Κατράνη όπ. πρ.

νομοσχεδίου είχε γίνει πρόταση για αμάχητο και όχι μαχητό τεκμήριο μητρότητας⁶⁶. Σύμφωνα με τους προτείναντες το αμάχητο, στόχος ήταν το παιδί που θα γεννηθεί να υποστηριχτεί και να μην εμπλακεί σε διαδικασίες και δικαστικές περιπέτειες, που απειλούν τον ψυχισμό του και «θα υπονομεύουν την προσωπικότητά του μέσα στη διαδρομή της ζωής του». Υπερίσχυσε βέβαια και ορθά, η αντίθετη άποψη περί μαχητού τεκμηρίου. Γιατί μπορεί να συνιστά προϋπόθεση λειτουργίας του θεσμού της παρένθετης μητρότητας το γονιμοποιημένο ωάριο να είναι ξένο προς την κυοφόρο, ωστόσο η συγκατάθεσή της σε αυτή τη διαδικασία δεν καλύπτει και το ενδεχόμενο το ωάριο τελικά που θα γονιμοποιηθεί να είναι δικό της. «Είναι σκληρό να αρνηθούμε τη μητρότητα με ένα αμάχητο τεκμήριο σε γυναίκα από την οποία το τέκνο κατάγεται και βιολογικά και γενετικά, διότι η φύση έχει και τους δικούς της καμία φορά κανόνες, μη προβλέψιμους.»⁶⁷

Οπότε βάσει του **άρθρου 1464 Α.Κ.** και **619 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ** το τεκμήριο μπορεί να ανατραπεί υπέρ της κυοφόρου, με αγωγή προσβολής της μητρότητας που ασκείται μέσα σε προθεσμία έξι μηνών από τον τοκετό.

Β) Συμπέρασμα - Πυρηνική ή Μετα-οικογένεια

"Once a child is born, there is no way to end biological ties and very few ways to end emotional ones"⁶⁸. Και όμως με τις νέες ρυθμίσεις για την παρένθετη και γενικά για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή οι βιολογικοί – γενετικοί δεσμοί φαίνεται να χαλαρώνουν τουλάχιστον ενώπιον του δικαίου. Αντίθετα ιδρύονται κοινωνικοσυναισθηματικοί δεσμοί με το παιδί, όπως αποφάσισε το ελληνικό κοινοβούλιο, που ψήφισε τους νόμους για την Ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή.

Η έννοια της οικογένειας όπως είχε διαμορφωθεί στην κοινή δικαιοική κοινωνική συνείδηση πρέπει να επαναπροσδιοριστεί. Διαφορετικά μπορεί να θεωρηθεί ότι η ευρεία ερμηνεία που επιδέχονται οι διατάξεις των νέων νόμων μπορεί να οδηγήσουν σε «έννομες» καταστάσεις που αντίκεινται στο άρθρο 21 παρ. 1 του Συντάγματος. Η παράδοση αναμετράται με την εξέλιξη, όχι μόνο στο επίπεδο των κανόνων δικαίου, της κοινωνικής πραγματικότητας αλλά και αναφορικά με τον πιο κεντρικό θεσμό του οικογενειακού δικαίου που είναι ο γάμος⁶⁹.

66. Πρακτικά Βουλής ΚΔ' Συνεδρίαση 21/ 11/ 02. Ομιλία Κ. Κουβέλη: «Μητέρα του παιδιού είναι εκείνη που χορηγεί την άδεια για να γεννηθεί... Διαφορετικά θα αφήσουμε να αιωρούνται ζητήματα, περιπλοκές ...που θα ταλαιπωρούν στη διεκυστίνδα των τριών μητέρων το ίδιο το παιδί. Γι' αυτό κύριε Υπουργέ... στο άρθρο 1464 Α.Κ. το τεκμήριο μητρότητας πρέπει να είναι αμάχητο». και Πρακτικά 3ης Δεκεμβρίου ομοίως ο κ. Κουβέλης και ο κ. Λυκουρέζος,

67. Πρακτικά Βουλής της 3ης Δεκεμβρίου 2002 στο πλαίσιο της συζήτησης του νομοσχεδίου για την ιατρικά υποβοηθούμενη αναπαραγωγή.

68. Carow Jennifer, "Davis v Davis : An inconsistent Exception to an otherwise sound rule advancing procreational freedom and reproductive technology". Depaul Law Review, vol. 43, pg 523-575, 1994

69. Κουμάντος Γεώργιος, «Το Οικογενειακό Δίκαιο ως σημείο αναμέτρησης». DIGESTA 2005. σελ. 119-128.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

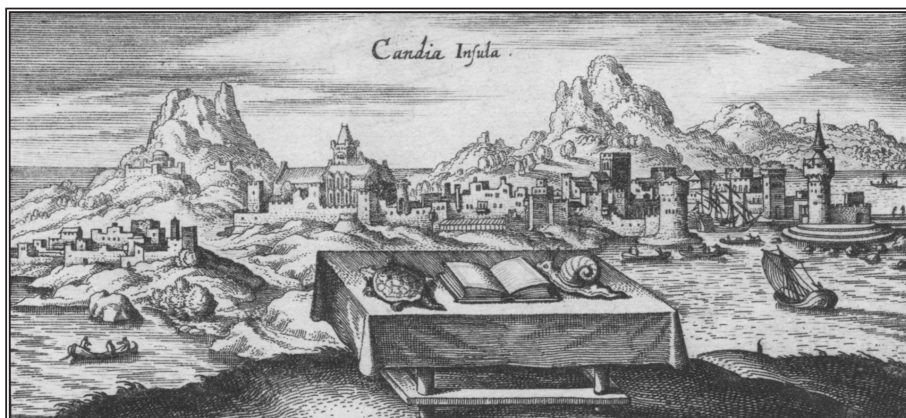


1. Αγαλλοπούλου Πηνελόπη. «Παρένθετη Μητρότητα (με αφορμή την Πολ.Πρ.Ηρ. 31/1999)», Κριτ.Επιθ.2000/1. σελ. 229
2. BABY M (1988) <http://www.imdb.com/title/tt0094696>
3. Battersby John, "Woman is carrying her daughters babies", The New York Times, April 9, 1987. <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9B0DEFDF1539F93AA35757C0A961948260>
4. Βέλλης Γεώργιος (Αντιπρόεδρος Α.Π.). «Ζητήματα από το Ν. 3089/ 2002 για την ιατρική υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή (τεχνητή γονιμοποίηση)» ΧΡ.ΙΔ. 2003, τεύχος 2, σελ.496
5. Βιδάλης Τ.Κ. ΒΙΟΔΙΚΑΙΟ- Το πρόσωπο, Δημοσιεύματα Ιατρικού Δικαίου και Βιοηθικής, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2007
6. Βιδάλης Τ.Κ., «Το πρόταγμα της οικογένειας: Η συνταγματικότητα του νόμου για την ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή». Νομικό Βήμα 51, 2003.
7. Carow Jennifer, "Davis v Davis: An inconsistent Exception to an otherwise sound rule advancing procreational freedom and reproductive technology". Depaul Law Review, vol. 43, pg 523-575, 1994
8. Δικαστικές αποφάσεις: Πολ.Πρ.Ηρ. 31/1999, Σ.τ.Ε 157/1999. Πολ.Πρ.Αθ. 6779/2000 (Εφ.Αθ. 2171/2002, Α.Π. 564/2003, Α.Π. (ολομ.) 14/2004), Μον.Πρ.Ηρ. 678/2003, Μον.Πρ.Θεσ. 27035/2003, Μον.Πρ.Καβ. 125/2004, Μον.Πρ.Αθ. 1320/2004, Μον.Πρ.Κορ. 224/2006, Μον.Πρ.Κατερ. 408/2006, Μον.Πρ.Ηρ. 482/2007
9. Έκθεση επί του σχεδίου νόμου 3089/2002 της Διεύθυνσης Επιστημονικών μελετών της Βουλής, 19/11/2002.
10. Έκθεση επί του σχεδίου νόμου 3305/ 2005 της Β' Διεύθυνσης Επιστημονικών μελετών της Βουλής, 7/01/2005.
11. Εθνική Επιτροπή Βιοηθικής, Σχόλια επί του νομοσχεδίου για την υποβοηθούμενη αναπαραγωγή, Συνεδρίαση της 11ης Οκτωβρίου 2002
12. Εισηγητική Έκθεση σχεδίου νόμου για την Ιατρική Υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή. Βουλή Ελλήνων, 12 Σεπτεμβρίου 2002.
13. Εισηγητική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Εφαρμογή Μεθόδων της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής» 23 Νοεμβρίου 2004.
14. Ελευθεροτυπία «Όταν ο μπαμπάς δε συνάντησε ποτέ τη μαμά», Ιωάννα Νιαώτη, 29/05/2006
15. Ελευθεροτυπία «Έρχονται στην Ελλάδα για το δώρο της ζωής». 24/03/07 <http://www.ethnos.gr/article.asp?catid=5348&subid=2&pubid=35525>
16. Ελευθεροτυπία, «Χανιά : Γιαγιά 52χρονη γέννησε τα δίδυμα αγοράκια της κόρης της», 5-05-07. http://www.enet.gr/online/online_text/c=112,dt=05.05.2007,id=80758716
17. Επιτροπή Βιοηθικής Εκκλησίας της Ελλάδος, Σχόλια και Προτάσεις επί του Νομοσχεδίου για την Ιατρική Υποβοήθηση στην Ανθρώπινη Αναπαραγωγή. 6/11/2002
18. Ευαγγελίδου- Τσικρικά «Ζητήματα από τη βιολογική διάσπαση της μητρότητας». Ελλ.Δ/νη 43.2002, σελ. 39.

19. Καράκωστας Ιωάννης «Τα νομικά προβλήματα της τεχνητής γονιμοποίησης και οι λύσεις του Ν. 3089/2002», ΔΕΕ 2. 2003 σελ. 132
20. Καράση Μ., «Η κρίση του οικογενειακού δικαίου μετά τον Ν. 3089/2002», Αρμενόπουλος 9, Σεπτέμβριος 2004.
21. Κουνούγερη – Μανωλεδάκη Έφη, «Ο Νέος Νόμος 3305/ 2005 για την “Εφαρμογή της Ιατρικώς Υποβοηθούμενης Αναπαραγωγής”»: Ζητήματα από συσχετισμό των διατάξεων του μεταξύ τους και με τις ρυθμίσεις του Ν. 3089/ 2002», Αρμενόπουλος, τεύχος 5, Μάιος 2005
22. Κουνούγερη- Μανωλεδάκη. «Τεχνητή Γονιμοποίηση και Οικογενειακό Δίκαιο». Εκδόσεις Σάκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, β’ έκδοση, 2005.
23. Κουτσουράδης Α. «Θέματα παρένθετης μητρότητας – Ιδίως μετά το Ν. 3305/2005», Νομικό Βήμα, Μάρτιος – Απρίλιος 2006, σελ. 342
24. Κριαρή - Κατράνη Ι. «Τεχνολογίες υποβοηθούμενης τεκνοποιίας και θεμελιώδη δικαιώματα» Επιτροπή Βιοηθικής της Εκκλησίας. http://www.bioethics.org.gr/03_dKriarianapar.html
25. Κουμάντος Γεώργιος, «Το Οικογενειακό Δίκαιο ως σημείο αναμέτρησης». DIGESTA 2005. σελ. 119-128
26. Massouras, H.G. "Ethics, law and the practice of new reproductive technologies in Greece", Human Reproduction vol. 1, no.3, pp. 199-200. 1986
27. Νόμοι 1329/83, 1383/83, 456/84, 2737/99, 3089/02, 3305/05
28. Ομήρου Οδύσσεια, Ραψωδίες Α-Ω, Οργανισμός εκδόσεων διδακτικών βιβλίων, 1980 Αθήνα, Μετάφραση ΖΗΣΙΜΟΥ ΣΙΔΕΡΗ
29. Παλαιά Διαθήκη, Γένεση, κεφ. 16 και 30.
30. Παντελίδου Κ., «Ζητήματα του νέου θεσμού της παρένθετης μητρότητας». Αρμενόπουλος, τεύχος 7, Ιούλιος 2004, σελ. 979
31. Παπαζήση Θ. «Ζητήματα Βιοηθικής από τη σύμβαση του Oviedo σε σχέση με το Ν. 3089/ 2002» ΧΡ.ΙΔ. στ’, 2006, σελ. 390
32. Παπαχρίστου Σημεύση ΙΙ σε απόφαση Πολ.Πρ.Ηρ. 31/1999, ΝοΒ 2000
33. Παπαχρίστου Θ., «Σύγκρουση μητροτήτων», Κριτ.Επιθ. 2001/1, σελ. 49
34. Παπαχρίστου Θ.Κ., «Η δικαίωση της Σεραϊνών». Κυριακάτικη Ελευθεροτυπία, 8/12/2002.
35. Π.Δ. 456/ 1984
36. Πρακτικά Βουλής από τη συζήτηση για την ψήφιση των δύο νομοσχεδίων (Ν. 3089/2002 και Ν. 3305/2005).
37. Σκορίνη-Παπαρηγοπούλου Σημεύση Ι σε απόφαση Πολ.Πρ.Ηρ. 31/1999, ΝοΒ 2000
38. Τσουκαλάς Κ., «Το τέλος του Οιδιπόδειου», Το Βήμα, 23/05/1999
39. Υπόθεση Buzzanca. <http://lw.bna.com/lw/19980324/22147.htm>
40. Winterman Denise, "I'm the daddy", BBC News Magazine http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/4986804.stm
41. "51-year- old Brazilian surrogate mother to give birth to two grandsons", <http://english.people.com.cn/90001/90782/6268172.html>

NΟΜΟΛΟΓΙΑ





ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 15/2007

Δικαστές: Ρωμύλος Κεδίκογλου (Πρόεδρος Αρείου Πάγου), Πολύκαρπος Βούλγαρης, Γεώργιος Σαραντινός, Δημήτριος Λοβέρδος, Δημήτριος Κυριτσάκης (Αντιπρόεδροι), Νικόλαος Κασσαβέτης, Αχιλλέας Νταφούλης, Δημήτριος Κιτρίδης, Ηρακλής Κωνσταντινίδης, Μιχαήλ Δέτσης, Ρένα Ασημακοπούλου (Αρεοπαγίτης, Εισηγητρια), Διονύσιος Γιαννακόπουλος, Εμμανουήλ Καλούδης, Αθανάσιος Θέμελης, Γεώργιος Πετράκης, Μάριος-Φώτιος Χατζηπανταζής, Ειρήνη Αθανασίου, Μίμης Γραμματικούδης, Λεωνίδας Ζερβομπεάκος, Αλέξανδρος Νικάκης, Δημήτριος Πατινίδης, Χαράλαμπος Παπαηλιού, Χαράλαμπος Δημάδης, Βασίλειος Κουρκάκης, Ελευθέριος Νικολόπουλος (Αρεοπαγίτες)
Δικηγόροι: Βασίλειος Κουτσοσχήνας, Δημήτριος Τσικρικιάς

Άρθρα: Οδηγία 93/13/ΕΟΚ, 2 παρ. 6, 7 Ν. 2251/94, 10 παρ. 24 στοιχ. β' Ν. 2741/1999, 178, 281, 288 Α.Κ.

Προστασία καταναλωτών. Χορήγηση δανείων σε πελάτες τράπεζας. Οι Γενικοί Όροι Συναλλαγών είναι άκυροι όταν δεσμεύουν υπέρμετρα το δανειολήπτη. Έννοια καταχρηστικής ρήτηρας στις σχετικές συμβάσεις. Κρίση ότι ο όρος επί δανειακής σύμβασης ενυπόθηκων στεγαστικών δανείων περί προσδιορισμού της αποζημίωσης της τράπεζας, λόγω προεξόφλησης συνιστάμενης στον τόκο εξαμηνίου του καταβαλλόμενου κεφαλαίου, είναι νόμιμος και εντός των ορίων της καλής πίστης.

Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 6 του Ν. 2251/1994 «περί προστασίας των καταναλωτών», όπως είχε πριν από την αντικατάστασή του με το άρθρο 10 παρ. 24 στοιχ. β του Ν. 2741/1999, οι Γενικοί Όροι Συναλλαγών, δηλαδή οι όροι που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για αόριστο αριθμό μελλοντικών συμβάσεων, απαγορεύονται και είναι άκυροι, αν έχουν ως αποτέ-

λεσμα την υπέρμετρη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή, όπως είναι και ο πελάτης της τράπεζας, στον οποίο αυτή, χωρίς ουσιαστική διαπραγμάτευση, αλλά με βάση προδιατυπωμένους όρους, χορηγεί, εκτός των άλλων, καταναλωτικά ή στεγαστικά δάνεια. Ο καταχρηστικός χαρακτήρας

τέτοιου γενικού όρου ενσωματωμένου σε σύμβαση κρίνεται αφού ληφθούν υπόψη η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία αυτή εξαρτάται. Ο περιέχων τη διάταξη αυτή νόμος 2251/1994 αποτελεί ενσωμάτωση στο εθνικό δίκαιο της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 5-4-1993 «σχετικά με τις καταχρηστικές ρήτρες συμβάσεων που συνάπτονται με τους καταναλωτές». Στο άρθρο 3 παρ. 1 της εν λόγω Οδηγίας ορίζεται, ότι «ρήτρα σύμβασης που δεν αποτέλεσε αντικείμενο ατομικής διαπραγματεύσεως, θεωρείται καταχρηστική, όταν, παρά την απαίτηση της καλής πίστης, δημιουργείται εις βάρος του καταναλωτή ανισορροπία ανάμεσα στα δικαιώματα και στις υποχρεώσεις των μερών, τα απορρέοντα από τη σύμβαση». Η ρύθμιση της παρ. 6 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994 αποτελεί εξειδίκευση της γενικής αρχής του άρθρου 281 του Α.Κ., κατά την οποία απαγορεύεται η καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος ή η κατάχρηση ενός θεσμού, όπως είναι η συμβατική ελευθερία.

Η ανωτέρω παράγραφος στην αρχική της διατύπωση χρησιμοποιούσε τον όρο «υπέρμετρη διατάραξη» της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων, αποκλίνοντας έτσι φραστικά από τη διατύπωση του άρθρου 3 παρ. 1 της ανωτέρω Οδηγίας, η οποία ομιλεί για «σημαντική ανισορροπία ανάμεσα στα δικαιώματα και στις υποχρεώσεις των μερών». Στενή γραμματική ερμηνεία του όρου «υπέρμετρη διατάραξη» θα οδηγούσε σε σημαντικό περιορισμό της δυνατότητας ελέγχου του περιεχομένου των γενι-

κών όρων των συναλλαγών (Γ.Ο.Σ.) και συνεπώς σε μειωμένη προστασία του καταναλωτή έναντι εκείνης της Οδηγίας. Η ανάγκη της σύμφωνης με την Οδηγία ερμηνείας του εθνικού δικαίου, επιβάλλει, ο όρος «υπέρμετρη διατάραξη» να εκληφθεί, διασταλτικά ερμηνευόμενος, ότι σημαίνει «ουσιώδη ή σημαντική» διατάραξη. Η ανάγκη αυτή εναρμονισμένης δηλαδή προς την Οδηγία ερμηνείας, επιβάλλει να δοθεί η ίδια έννοια μέσω τελεολογικής συστολής, στον όρο «διατάραξη» και μετά την απάλειψη του όρου «υπέρμετρη» στην οποία προέβη ο νεότερος νομοθέτης με το άρθρο 10 παρ. 24 στοιχ. β' του Ν. 2741/1999 και συνεπώς και μετά την τροποποίηση αυτή, προϋπόθεση της καταχρηστικότητας κάποιου Γ.Ο.Σ. είναι, η με αυτόν «ουσιώδης ή σημαντική» διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας (Ολομ.Α.Π. 6/2006).

Περαιτέρω, εκτός από την ανωτέρω γενική ρήτρα για την καταχρηστικότητα των Γ.Ο.Σ. που συνεπάγονται διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας, στην παράγραφο 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994 απαριθμούνται ενδεικτικώς και τριάντα μία περιπτώσεις γενικών όρων που θεωρούνται άνευ ετέρου (*per se*) καταχρηστικοί, χωρίς ως προς αυτούς να ερευνάται η συνδρομή των προϋποθέσεων της γενικής ρήτρας, αφού αυτοί θεωρούνται κατ' αμάχητο τεκμήριο ότι έχουν καταχρηστικό χαρακτήρα. Στις περιπτώσεις αυτές περιλαμβάνεται και η υπό το στοιχείο ια', σύμφωνα με την οποία καταχρηστικοί είναι και εκείνοι οι όροι, που χωρίς σπουδαίο λόγο αφήνουν το τίμημα αόριστο και δεν επιτρέπουν τον προσδιορισμό του με κριτήρια ειδικά καθορισμένα στη σύμβαση και εύλογα για

τον καταναλωτή, όπως και η υπό στοιχ. έ, κατά την οποία καταχρηστικοί είναι και οι όροι που επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης, χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο. Η σωρευτική εφαρμογή από το δικαστήριο των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994, επιβάλλεται, δεν αποκλείεται, καθώς η επίκληση του γενικού αξιολογικού κριτηρίου «της διατάραξης της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή» είναι δυνατό να έχει αξία και χρησιμότητα για την εξειδίκευση των αόριστων νομικών εννοιών και αόριστων αξιολογικών κριτηρίων που χρησιμοποιεί ο νόμος στις επί μέρους περιπτώσεις του ενδεικτικού καταλόγου. Εξάλλου και οι περιγραφόμενες από το νόμο ειδικές περιπτώσεις, κατ' αμάχητο τεκμήριο, καταχρηστικότητας, αποτελούν ενδείκτες που καθοδηγούν στην ερμηνεία της γενικής ρήτηρας και συγκεκριμένα της έννοιας της διατάραξης της συμβατικής ισορροπίας. Μεταξύ των καθοδηγητικών αρχών που συνάγονται από τις ειδικές αυτές περιπτώσεις είναι και η αρχή της διαφάνειας, η αρχή της απαγόρευσης της χωρίς λόγο ανάθεσης του προσδιορισμού της παροχής ή των επί μέρους στοιχείων της στην απόλυτη κρίση του προμηθευτή, καθώς και η αρχή της απαγόρευσης της εκ των προτέρων, χωρίς σπουδαίο λόγο, δέσμευσης του καταναλωτή, να μην ασκήσει κατά την λειτουργία και εξέλιξη της σύμβασης, νόμιμα δικαιώματά του έναντι του προμηθευτή.

Ειδικότερα, σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας, η οποία ρητά διατυπώνεται και στο άρθρο 5 της Οδηγίας, οι Γ.Ο.Σ.

πρέπει να είναι διατυπωμένοι με τρόπο σαφή και κατανοητό, ώστε ο καταναλωτής να είναι σε θέση να διαγνώσει εκ των προτέρων κρίσιμα στοιχεία ή μεγέθη της σύμβασης, όπως τη διάρκειά της και τα μεγέθη που περιλαμβάνονται στη βασική σχέση παροχής και αντιπαροχής. Η σχέση αυτή παροχής και αντιπαροχής, ενώ καταρχήν δε λαμβάνεται υπόψη για την εκτίμηση του καταχρηστικού χαρακτήρα κάποιου Γ.Ο.Σ., εντούτοις, σύμφωνα και με το άρθρο 4 παρ. 2 της Οδηγίας, ελέγχεται εάν ο σχετικός όρος δεν είναι διατυπωμένος κατά τρόπο σαφή και κατανοητό, εάν δηλαδή έχει παραβιασθεί η αρχή της διαφάνειας. Τέλος, ενόψει του ότι οι διατάξεις των παραγράφων 6 και 7 του άρθρου 2 του Ν. 2251/1994 αποτελούν εξειδίκευση του βασικού κανόνα του άρθρου 281 του Α.Κ., ενσωματώνουν κατ' ανάγκη και το πνεύμα του άρθρου 19 Εισ.Ν.Α.Κ., που ορίζει ότι η διάταξη του άρθρου 281 του Α.Κ. εφαρμόζεται και σε γεγονότα και σχέσεις προγενέστερες από την εισαγωγή του Α.Κ. Από τη συναγόμενη από τη διάταξη αυτή γενική αρχή διαχρονικού δικαίου προκύπτει ότι η καταχρηστικότητα ενός Γ.Ο.Σ. κρίνεται σύμφωνα με το δίκαιο που ισχύει κατά το χρόνο που γίνεται η χρήση αυτού και όχι κατά το χρόνο που διατυπώθηκε.

Επομένως Γ.Ο.Σ. που διατυπώθηκαν υπό την ισχύ του Ν. 1961/1991 κρίνονται σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 6 και 7 του Ν. 2251/1994, εφόσον υπό την ισχύ του γίνεται η χρήση αυτών. Συγκεκριμένα σε περίπτωση αποδοχής, με σύμβαση ενυπόθηκου δανείου με σταθερό επιτόκιο από τράπεζα σε πελάτη της, δυνατότητας προεξόφλησης από το δανειολήπτη του δανείου, υπό τον όρο καταβολής πρόσθετης παροχής (απο-

ζημίωσης), στο δανειστή, το ύψος της παροχής αυτής θα κριθεί με βάση την αρχή της εύλογης αποζημιώσεως, η οποία δεν μπορεί, σύμφωνα με τα άρθρα 281, 288 και 178 Α.Κ. να υπερβεί το ύψος της πραγματικής ζημίας, θετικής ή αποθετικής, που υφίσταται ο δανειστής από την πρόωρη εξόφληση. Το επιτρεπτό δε και νόμιμο της πρόσθετης αυτής παροχής του δανειολήπτη, σε περίπτωση πρόωρης εξόφλησης του ποσού του δανείου, υπολογίζεται με βάση το κόστος του δανεισμού που έχει ο δανειστής (Τράπεζα) για το συγκεκριμένο κεφάλαιο και το αναμενόμενο κέρδος που έχει από τη χορήγηση του δανείου στο συγκεκριμένο καταναλωτή. Οι ενδεχόμενες ζημιές και τα διαφυγόντα κέρδη του δανει-

στή θα οφείλονται στη μείωση των επιτοκίων χορηγήσεων κατά την πρόωρη εξόφληση, αν με τις συνθήκες που επικρατούν κατ' αυτήν το κεφάλαιο δεν θα μπορεί να χορηγηθεί με επιτόκιο στο ίδιο ύψος με αυτό του πρόωρα ληγμένου δανείου. Κατά συνέπεια κριτήρια υπολογισμού της απώλειας του δανειστή, αν αυτός είναι Τράπεζα από την εξόφληση μέχρι την κανονική λήξη του δανείου, είναι ο χρόνος που απομένει από την προεξόφληση μέχρι την κανονική λήξη του δανείου, το ύψος των επιτοκίων κατά τη σύναψη και τη λήξη του δανείου και το λειτουργικό κόστος και το κόστος του πιστωτικού κινδύνου από τα οποία απαλλάσσεται η Τράπεζα με την προεξόφληση του δανείου.

Άρειος Πάγος (Β1 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 1229/2006 (σε περίληψη)

Δικαστές: Θεόδωρος Αποστολόπουλος (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου), Ιωάννης Δαβύλλας, Γεώργιος Καράμπελας, Εμμανουήλ Καλούδης, Μάριος-Φώτιος Χατζηπανταζής (Αρεοπαγίτες)
Δικηγόροι: Παναγιώτα Τσακούλια, Ανδρέας Πετρόπουλος

Άρθρα: 1 παρ. 6α Ν. 2602/1998, 281, 288, 648 Α.Κ., 5, 22 παρ. 1, 106 παρ. 2 Συντ.

Ο εργοδότης ασκώντας το διευθυντικό του δικαίωμα έχει την εξουσία να εξειδικεύει κάθε φορά την υποχρέωση του μισθωτού για εργασία, καθορίζοντας τους όρους παροχής της (τόπο, χρόνο και τρόπο), εφόσον οι όροι αυτοί δεν έχουν προσδιορισθεί από κανόνες δικαίου ή από την εργασιακή σύμβαση. Το δικαίωμα αυτό περιλαμβάνει και την εξουσία του εργοδότη, ως διευθυντή της εκμετάλλευσης να οργανώνει και να διευθύνει την επιχείρησή του κατά τον προσφορότερο τρόπο. Περιορισμός στην άσκηση του δικαιώματος αυτού τίθεται από την απαγορευτική διάταξη του άρθρου 281 Α.Κ. Δεν συνιστά, ωστόσο, καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος η εκ μέρους του εργοδότη τοποθέτηση εργαζόμενου ως προϊστάμενου τμήματος και η παράλειψή του να τοποθετήσει άλλον, ακόμη και αν η υπεροχή του παραλειφθέντος σε τυπικά και ουσιαστικά προσόντα είναι καταφανής, διότι δεν πρόκειται για βαθμολογική ή μισθολογική προαγωγή (για την οποία υφίσταται αντίστοιχο δικαίωμα του μισθωτού) αλλά για απόφαση που αφορά προεχόντως στην οργάνωση και διεύθυνση της επιχείρησης. Για να είναι καταχρηστική η άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος, απαιτείται η συνδρομή και άλλων περιστάσεων (όπως ενδεικτικά ειδική γνώση του αντικειμένου, διοικητική ικανότητα κτλ), οι οποίες σε συνδυασμό με την καταφανή υπεροχή του παραλειφθέντος πρέπει να θεμελιώνουν προφανή εκ μέρους του εργοδότη υπέρβαση των ορίων που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος.

ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ - ΕΙΔΙΚΟ ΕΝΟΧΙΚΟ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 225 / 2005

Πρόεδρος: Γεώργιος Λιόλιος (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Ευριπίδης Λαγουνδιανάκης (Εφέτης, Εισηγητής), Παρασκευάς Ξηρουχάκης (Εφέτης)

Δικηγόροι: Στεπάν Βακιρτζιάν, Γεώργιος Σταυρακάκης

Άρθρα: 922 Α.Κ., 20 παρ. 4 Ν. 1969/1991

Διαχείριση αμοιβαίων κεφαλαίων. Υπεξαίρεση. Προστήσασα η εταιρία διαχείρισης. Η προστήσασα ευθύνεται εφόσον ο προστηθείς αντιπρόσωπος της, κατά κατάχρηση της υπηρεσίας του, επ' ευκαιρία, εξ αφορμής και καθ' υπέρβαση των καθηκόντων του, υπεξαίρεσε το ποσό, που του παρεδόθη από ενδιαφερόμενο επενδυτή, για αγορά αμοιβαίων κεφαλαίων, και δεν το παρέδωσε στην προστήσασα.

Από το άρθρο 922 Α.Κ., που ορίζει ότι ο κύριος ή ο προστήσας άλλον σε υπηρεσία ευθύνεται για τη ζημία που ο υπηρέτης ή ο προστηθείς προξένησε σε τρίτο παράνομα κατά την υπηρεσία του, προκύπτει ότι για την ίδρυση ευθύνης του προστησαντος από την αδικοπραξία του προστηθέντος, πρέπει ο τελευταίος να τελεί υπό τις εντολές και οδηγίες του προστησαντος ως προς τον τρόπο εκπληρώσεως των καθηκόντων του, προς τις οποίες είναι υποχρεωμένος να συμμορφώνεται. Από την ίδια διάταξη συνάγεται ότι ο προστήσας ευθύνεται για τις ζημίες που προξένησε ο

προστηθείς σε τρίτο όχι μόνο κατά την εκτέλεση της ανατεθείσας σ' αυτόν υπηρεσίας, αλλά και κατά κατάχρηση της υπηρεσίας του, η οποία υφίσταται όταν η ζημιογόνος πράξη τελέστηκε εντός των ορίων των καθηκόντων που ανατέθηκαν στον προστηθέντα ή επ' ευκαιρία ή εξ αφορμής της υπηρεσίας, αλλά κατά παράβαση των εντολών και οδηγιών που δόθηκαν σ' αυτόν ή καθ' υπέρβαση των καθηκόντων του, εφόσον μεταξύ της ζημιογόνου ενεργείας του προστηθέντος και της υπηρεσίας που ανατέθηκε σ' αυτόν υπάρχει εσωτερική συνάφεια (Α.Π. 651/2001 Δ/νη 42.1540).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 102 / 2008

Δικαστής: Ηλίας Πολλάκης (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Βασίλειος Σπανουδάκης, Ιωάννης Ξυλούρης, Κων/νος Παπαμαστοράκης

Άρθρα: 107, 505, 509, 512, 904, 1192, 1198 Α.Κ. & 949 Κ.Πολ.Δ

Η δήλωση ανάκλησης της δωρεάς από τον δωρητή είναι άτυπη, ακόμα και αν αφορά σε ακίνητο. Η ανάκληση ανατρέπει αυτοδίκαια τα αποτελέσματα της ενοχικής σύμβασης για το μέλλον και ο δωρητής δύναται να αναζητήσει το αντικείμενο της δωρεάς λόγω λήξης της αιτίας για την οποία δόθηκε το πράγμα (904 Α.Κ. επ). Αν το δωρηθέν είναι πράγμα ακίνητο και έχει μεταβιβασθεί στο δωρεοδόχο κατά κυριότητα, η αναμεταβίβαση της κυριότητας, σε περίπτωση άρνησης του δωρεοδόχου, γίνεται με καταδίκη αυτού σε δήλωση βούλησης και μεταγραφή της σχετικής τελεσίδικης απόφασης. Η «αχαριστία» ως λόγος ανάκλησης της δωρεάς δεν αποτελεί παθητική κατάσταση αγνωμοσύνης αλλά απαιτεί πράξη, παράλειψη ή διαγωγή βαριά αντικοινωνική, οφειλόμενη σε υπαιτιότητα και δύναμενη να καταλογισθεί στο δωρεοδόχο. Η σύναψη εξωσυζυγικής σχέσης εκ μέρους του δωρεοδόχου και η εγκατάλειψη της συζύγου του συνιστούν αχάριστη συμπεριφορά. Ερμηνεία άρθρου 512 Α.Κ. – έννοια ιδιαίτερου ηθικού καθήκοντος.

Από τη διάταξη του άρθρου 505 Α.Κ., που ορίζει ότι ο δωρητής έχει το δικαίωμα να ανακαλέσει τη δωρεά, αν ο δωρεοδόχος φάνηκε, με βαρύ του παράπτωμα, αχάριστος απέναντι στο δωρητή ή στο σύζυγο ή σε στενό συγγενή του, προκύπτει ότι, για να υπάρξει ο λόγος αυτός της ανακλήσεως, πρέπει ο δωρεοδόχος να εξέλθει από την παθητική απλώς κατάσταση της αγνωμοσύνης και να προβεί σε ενέργειες ένοχες απέναντι του δωρητή και συγκεκριμένα σε βαρύ παράπτωμα έναντι αυτού, του συζύγου του ή στενού συγγενούς του. Απαιτείται δηλαδή συμπεριφορά (πράξη ή παράλειψη) βαριά αντικοινωνική του δωρεοδόχου ή διαγωγή που να συνιστά παράβαση των κανόνων του δικαίου ή των περί ηθικής ή ευπρέπειας αντιλήψεων, οφειλόμενη σε υπαιτιότητά του και δυνάμενη να του καταλογισθεί (βλ. Α.Π. 1289/1986 ΝοΒ 35.1037, Εφ.Αθ. 4778/1998 Δ/νη 39.1359, Φραγκίστα, στη Ερμ. Α.Κ. άρθρο 505, αρ. 2-10). Εξάλλου, από το συνδυασμό της πιο πάνω διάταξης του άρθρου 505 και αυτής του άρθρου 509 Α.Κ. προκύπτει ότι από την περιέλευση στο δωρεοδόχο της δηλώσεως του δωρητή για ανάκληση της δωρεάς (107 Α.Κ.), η οποία είναι άτυπη, έστω και αν αφορά σε ακίνητο, η εμπράγματη κατάσταση που υπάρχει κατά το χρόνο που γίνεται η ανάκληση δεν μεταβάλλεται, δηλαδή ο δωρητής δεν αποκτά ξανά την κυριότητα του αντικειμένου της δωρεάς, αλλ' ανατρέπονται «αυτοδικαίως» για το μέλλον τα αποτελέσματα της ενοχικής συμβάσεως της δωρεάς και ο δωρητής δικαιούται να ζητήσει το αντικείμενο αυτής κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού (άρθ. 904 επ. Α.Κ.) και, ειδικότερα, λόγω λήξεως της αιτίας

για την οποία δόθηκε το πράγμα. Η αγωγή αυτή είναι προσωπική (ενοχική) και όχι εμπράγματη, στηρίζεται δε στην ενοχική υποχρέωση του δωρεοδόχου προς απόδοση του χωρίς αιτία κατεχομένου πράγματος μετά την ανάκληση της δωρεάς (Α.Π. 840/1994 Δ/νη 37.100, Α.Π. 845/1984 ΝοΒ 33.616, Α.Π. 395/1974 ΝοΒ 22.1379, Εφ.Αθ. 9719/1997 Δ/νη 39.1359, Εφ.Αθ. 2978/1991 Δ/νη 33.885). Περαιτέρω, από το συνδυασμό των παραπάνω διατάξεων με εκείνες των άρθρων 904 επ. Α.Κ., προκύπτει ότι, αν ανακληθεί νόμιμα η δωρεά για λόγους αχαριστίας, ο δωρητής δικαιούται ενοχικώς σε αυτούσια απόδοση του δωρηθέντος πράγματος, ο τρόπος δε της αυτούσιας απόδοσης εξαρτάται από την ιδιαίτερη φύση του συγκεκριμένου κάθε φορά δικαιώματος που απέκτησε ο λήπτης. Έτσι, αν το δωρηθέν είναι πράγμα ακίνητο και μεταβιβάστηκε στον δωρεοδόχο κατά κυριότητα, η αναμεταβίβαση της κυριότητας μετά τη νόμιμη ανάκληση της δωρεάς γίνεται, εφόσον αρνείται αυτήν ο δωρεοδόχος, με καταδίκη αυτού σε δήλωση βουλήσεως και μεταγραφή της σχετικής τελεσίδικης απόφασης και της δήλωσης του δωρητή ενώπιον του συμβολαιογράφου περί αποδοχής της απόφασης αυτής (άρθρα 949 Κ.Πολ.Δ, 1192 και 1198 Α.Κ., Α.Π. 840/1994, ό.π.).

...Κατά το άρθρο 512 Α.Κ., δωρεές που έγιναν από ιδιαίτερο ηθικό καθήκον ή από λόγους ευπρέπειας δεν μπορούν να ανακληθούν. Στις δωρεές αυτές εμπίπτει, κατά την έννοια της προηγουμένης διατάξεως και η ανταποδοτική δωρεά, δηλαδή αυτή με την οποία ο δωρητής σκοπεί να ανταμείψει υπηρεσίες που του παρασχέθηκαν από το δωρεοδόχο, ο οποίος δεν μπο-

ρούσε να αξιώσει εκ του νόμου αμοιβή από το δωρητή για την παροχή τους (Α.Π. 697/71 ΝοΒ 20.296, Κανκός υπ’ άρθρο 512). Γενικότερα, δωρεές που έγιναν από ιδιαίτερο ηθικό καθήκον είναι αυτές που αντικειμενικά, κατά τις κρατούσες αντιλήψεις, ανταποκρίνονται σε κάποιο ιδιαίτερο καθήκον του δωρητή, ασχέτως προς τα ελατήρια τα οποία τον ώθησαν στη δωρεά (Α.Π. 128/1979 ΝοΒ 27.1093, Φραγκίστας, στην Ερμ. Α.Κ. 512 αριθ. 2).

...Η σύναψη εξωσυζυγικών σχέσεων και

η εγκατάλειψη της συζυγικής εστίας, οι οποίες αποτέλεσαν βαρύ παράπτωμα απέναντι στη σύζυγο και λόγο διαζυγίου, συνιστούν κατά την κοινή αντίληψη κοινωνικώς αποδοκιμαστέα συμπεριφορά, που αποδεικνύει έλλειψη ευγνώμοσύνης προς την ενάγουσα – δωρήτρια, διότι αντιβαίνουν στις κρατούσες αντιλήψεις περί ηθικής και ευπρέπειας και στοιχειοθετούν αντικειμενικά την κατά την έννοια του άρθρου 505 Α.Κ. αχαριστία, που δικαιολογεί την ανάκληση της δωρεάς.

ΕΜΠΙΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Ε φ ε τ ε ί ο Δ ω δ ε κ α ν ή σ ο υ - Α ρ ι θ . 1 5 0 / 2 0 0 5

Δικαστές: Κωνσταντίνος Αποστολόπουλος (Πρόεδρος Εφετών)

Νικόλαος Καραδημητρίου (Εφέτης), Ελένη Φραγκάκη (Εισηγήτρια, Εφέτης)

Δικηγόροι: Παναγιώτης Παρασκευάς, Ανγία Παπαθεοδωράκη

Άρθρα: 904, 915, 916, Κ.Πολ.Δ, 785, 787, 789 επ. Α.Κ.

Συμβολαιογραφικό έγγραφο περί κανονισμού συγχρήσεως και τακτικής εκμεταλλεύσεως κοινού ακινήτου ως εκτελεστός τίτλος. Προϋποθέσεις εγκυρότητας της αναγκαστικής εκτέλεσης που επισπεύδεται δυνάμει των τίτλων αυτών. Απαίτηση «βέβαιη» και «εκκαθαρισμένη». Πλήρης προσδιορισμός στον εκτελεστό τίτλο της έκτασης, του είδους και των περιεχομένων της αξίωσης που ενσωματώνει.

Από το συνδυασμό των διατάξεων 904, 915 και 916 του Κ.Πολ.Δ προκύπτει ότι εκτελεστός τίτλος, εκτός των άλλων, είναι και το συμβολαιογραφικό έγγραφο, αρκεί η απαίτηση να είναι «βέβαιη» και «εκκαθαρισμένη». Εκκαθαρισμένη είναι η απαίτηση όταν από το συμβολαιογραφικό έγγραφο προκύπτει η ποσότητα και η ποιότητα της παροχής. Στην αντίθετη περίπτωση η με συμβολαιογραφικό έγγραφο διαπιστούμενη αξίωση του επισπεύδοντος δεν είναι επιδεκτική εκτελέσεως (Α.Π.

753/1994 Ελλ.Δ/νη 1995.841, Α.Π. 977/1995 Ε.Εμπ.Δ 1996.108, ΝοΒ 1997. 1118). Αναγκαία, συνεπώς προϋπόθεση της εγκυρότητας της αναγκαστικής εκτέλεσης είναι ο πλήρης προσδιορισμός στον ίδιο τον εκτελεστό τίτλο της εκτάσεως, του είδους και του περιεχομένου της αξιώσεως που ενσωματώνει. Κατά δε την απολύτως κρατούσα άποψη αναγκαστική εκτέλεση με τίτλο από τον οποίο δεν προκύπτει απαίτηση εκκαθαρισμένη είναι άκυρη χωρίς να χρειάζεται να αποδεικνύεται βλάβη

(βλ. γνωμοδότηση Π. Γέσιου-Φαλτσή σε Αρμ. 2002/819 επ. σχετικά με «το εκκαθαρισμένο της απαιτήσεως ως προϋπόθεση αναγκαστικής εκτελέσεως.. κλπ» όπ. Παραπομπές στην θεωρία και τη νομολογία). Εξάλλου, από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 785, 787 και 789 επ. Α.Κ., αν ο εκτελεστός τίτλος αφορά σε απόδοση χρήσεως ακινήτου που έχει ως βάση την κοινωνία δικαιώματος και ταυτόχρονα ρύθμιση του τρόπου τακτικής διοίκησης και εκμετάλλευσης από την πλειοψηφία, θα πρέπει σ' αυτόν να εξειδικεύονται, οι απαιτούμενες από τον Α.Κ. προϋποθέσεις ως προς το περιεχόμενο, την έκταση και τον τρόπο άσκησης. Απλή αναγνώριση του συγκεκριμένου δικαιώματος της πλειοψηφίας στο κοινό ακίνητο, χωρίς εξειδικευμένα αναφορά για τη συνδρομή των προϋποθέσεων που απαιτεί ο νόμος (787 Α.Κ.) ή χωρίς συγκεκριμένο προσδιορισμό στον τίτλο ως προς τον τρόπο ασκήσεως του δικαιώματος δεν μπορεί να ικανοποιήσει την προϋπόθεση του άρθρου 916 Κ.Πολ.Δ, για την ανάγκη υπάρξεως εκκαθαρισμένης απαίτησης. Εκτελεστός τίτλος από τον οποίο λείπουν τα παραπάνω στοιχεία δεν είναι ικανός να στηρίξει έγκυρη αναγκαστική εκτέλεση της αξιώσεως της πλειοψηφίας για ρύθμιση του τρόπου τακτικής διοίκησης και εκμετάλλευσης του κοινού που ενδεχομένως ενσωματώνει (γνωμοδότηση Π. Γέσιου-Φαλτσή όπ.). Τέτοια πράξη τακτικής διοικήσεως θεωρείται και η υπό τους όρους των άρθρων 788-790 Α.Κ. εκμίσθωση του κοινού (Εφ.Πειρ. 657/1983 Ελλ.Δ/νη 26.544) με την οποία, χωρίς να θίγεται αυτό τούτο το δικαίωμα του κοινωνού, συνιστάται απλώς υποσχετική σύμβα-

ση με αντικείμενο την παραχώρηση της πρόσκαιρης κατοχής (άρθρ. 574 και 575 Α.Κ., Εφ.Αθ. 5796/2001 Ελλ.Δ/νη 43.224, Εφ.Αθ. 1662/1993 Ελλ.Δ/νη 35. 154, Μπαλή, Εμπραγ. Δικ., 1961, παρ. 112). Τέλος από τη διάταξη του άρθρου 789 Α.Κ. συνάγεται με σαφήνεια, ότι ο καθορισμός του τρόπου διοίκησης του κοινού πράγματος, δεν τείνει στη διάγνωση ουσιαστικού δικαιώματος, αλλά αποτελεί ρύθμιση για την λειτουργία της οποίας δεν είναι αναγκαία η παρεμβολή της δικαιοδοτικής κρίσεως του Δικαστηρίου με την έννοια ότι, εφόσον υπάρχει απόφαση της πλειοψηφίας, δεν εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 790 Α.Κ. (Α.Π. 825/2004 Α' Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, Εφ.Πειρ. 253/2002 Πειρ.Νομολ. 2002/181). Ως εκ τούτου ο καθορισμός του τρόπου διοίκησης και εκμετάλλευσης κοινού πράγματος μπορεί να γίνει από την πλειοψηφία και με συμβολαιογραφικό έγγραφο, το οποίο μπορεί να χρησιμοποιηθεί για την αποβολή του μη υπογράψαντος το συμβόλαιο κοινωνού και κατόχου του πράγματος (Ι. Μπρίνια «Αναγκαστική εκτέλεση» Β' Έκδοση Τόμος πρώτος παρ. 24VII, Φραγκίστα-Φαλτσή, Δίκαιον Αναγκ. Εκτελέσεως 1978 παρ. 20 IV σελ. 117).

...Ο ως άνω όμως εκτελεστός τίτλος, ο οποίος λειτουργεί ως ρυθμιστική, κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 789 Α.Κ., της τακτικής διοίκησης και εκμετάλλευσης του ως άνω κοινού ακινήτου ταυτόχρονα δε και προσδιοριστική των ορίων της χρήσεως αυτού από κάθε κοινωνό, πράξη, δεν καθορίζει σαφώς και με τρόπο που δεν επιδέχεται αμφισβήτηση την, από μέρους της εκκαλούσας-κοινωνού, που έχει την πλειοψηφία των επί του κοινού

πράγματος μερίδων, ρύθμιση της τακτικής διοίκησης και εκμετάλλευσης αυτού. Ειδικότερα, ενώ αναφέρει ότι είναι αγρός σπόριμος και ότι υπάρχουν οικοδομήματα σ’ αυτόν, δεν προσδιορίζει: 1) τον αριθμό των οικοδομημάτων, 2) το σημείο του ακινήτου που βρίσκονται αυτά, 3) την ακριβή περιγραφή τους και την κατά προορισμό χρήση τους (κυρίας ή βοηθητικής χρήσεως), 4) την κατά προορισμό χρήση του μη καλυμμένου με οικοδομήματα χώρου του ακινήτου, 5) την ενιαία ή τη χωριστή εκμίσθωση των οικοδομημάτων ή του καθενός οικοδομήματος και του καλλιεργήσιμου αγρού, 6) το δυνάμενο να επιτευχθεί κατ’ ελάχιστον ετησίως μίσθωμα, 7) τον ελάχιστο δυνάμενο να επιτευχθεί συμβατικό χρόνο της μίσθωσης ανάλογα με την χρήση των χώρων, 8) τις κατ’ ελάχιστον απαιτούμενες κατ’ έτος δαπάνες συντηρήσεως του ή των μισθίων, ώστε να διατηρούνται αυτά κατάλληλα για την χρήση που προορίζονται. Τα παραπάνω στοιχεία είναι,

σύμφωνα με όσα και εις την μείζονα σκέψη εκτέθηκαν, απολύτως αναγκαία για την έκταση, τον ποσοτικό και ποιοτικό προσδιορισμό της ενσωματωμένης στον ως άνω εκτελεστό τίτλο ρύθμισης που, η εκκαλούσα, κατ’ ενάσκησιν του κατ’ άρθρον 789 Α.Κ. δικαιώματος, επιδιώκει με την εκτέλεσή του να επιτύχει. Ενόψει τούτων η ως άνω συμβολαιογραφική πράξη ως εκτελεστός τίτλος δεν πληροί την κατ’ άρθρο 916 Κ.Πολ.Δ αναγκαία προϋπόθεση του σ’ αυτόν καθορισμού «ποσότητας και της ποιότητας της παροχής» κατά την ερμηνεία που, στην υπό κρίση περίπτωση δόθηκε στις έννοιες αυτές στη μείζονα σκέψη και συνεπώς αφού η ενσωματωμένη σ’ αυτόν αξίωση, υπό τα στοιχεία αυτά, δεν είναι εκκαθαρισμένη, αυτός είναι άκυρος. Ακολούθως η ενσωματωμένη σ’ αυτόν ρύθμιση δεν είναι δεκτική εκτέλεσεως και επισπευδομένη μ’ αυτόν εκτέλεση είναι, απολύτως χωρίς την επίκληση βλάβης, άκυρη.

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Ε φ ε τ ε ί ο Κ ρ ή τ η ς - Α ρ ι θ . 5 2 5 / 2 0 0 5

Πρόεδρος: Ζήσης Βασιλόπουλος (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Ερμιόνη Περράκη (Εφέτης), Ειρήνη Πετρούλακη-Κιουρτσόγλου (Εισηγήτρια, Εφέτης)

Δικηγόροι: Ευδοκία Σαφαρή, Ηλίας Κόντος

Άρθρα: 3, 12, 13, και 20 της από 25.10.1980 σύμβασης της Χάγης κυρωθείσας με τον Ν. 2102/1992

Διεθνής απαγωγή παιδιού.

Η σχετική αίτηση εκδικάζεται για λόγους επιτάχυνσης της δίκης κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων. Δεν αποτελεί, όμως, ασφαλιστικό μέτρο, κατά την έννοια των άρθρων 682 επ. και η εκδιδόμενη απόφαση υπόκειται σε έφεση. Αν υπάρχει σοβαρός κίνδυνος η απόφαση για άμεση επιστροφή να εκθέσει το παιδί σε φυσική ή ψυχική δοκιμασία ή σε αφόρητη κατάσταση, είτε αν διαπιστωθεί ότι το παιδί αντιτίθεται στην επιστροφή του και διαθέτει την ηλικία και την ωριμότητα για να ληφθεί υπ’ όψιν η γνώμη του, το δικαστήριο δεν διατάσσει την άμεση επιστροφή αυτού.

Συμφέρον του παιδιού – εξειδίκευση της αόριστης νομικής έννοιας.

Η αστική διαφορά από τη διεθνή απαγωγή παιδιών, περί της οποίας προβλέπουν οι διατάξεις της από 25-10-1980 Σύμβασης Χάγης «για τα αστικά θέματα της διεθνούς απαγωγής τέκνων», η οποία κυρώθηκε με το Ν. 2102/92 δεν είναι ασφαλιστικό μέτρο με την έννοια του άρθρου 682 Κ.Πολ.Δ, ούτε μέτρο ρυθμιστικό κατάστασης, εξομοιούμενο με ασφαλιστικό μέτρο (Εφ.Λαρ. 613/2001 Δ/νη 44.511, Εφ.Μακ., 119/94 Αρμ. 49.355, με αντίθετη άποψη Εφ.Κερκ. 135/94 Δ/νη 36.1295, Βαλμαντώνη Δ/νη 36.1296), αλλά, απλά για λόγους επιτάχυνσης της διαδικασίας, εκδικάζεται κατά διαδικασία επείγοντος χαρακτήρα, που κατά τα ισχύοντα στην Ελλάδα, είναι η διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, έτσι ώστε, η εκδιδόμενη απόφαση υπόκειται σε έφεση (Α.Π. 1382/95 Δ/νη 39.540). Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη από 29-11-2004 έφεση κατά της 3507/2004 οριστικής απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, η οποία εκδόθηκε για τέτοιου είδους υπόθεση, είναι νόμιμη, εμπρόθεσμη, αλλά και παραδεκτή, διότι επιτρέπεται έφεση κατά της απόφασης, κατά τα εκτεθέντα.

...Από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 3, 12 και 13 της Διεθνούς Σύμβασης Χάγης «για τα αστικά θέματα της διεθνούς απαγωγής τέκνων», που κυρώθηκε με το Ν. 2102/92, συνάγεται: α) ότι η μετακίνηση ή η κατακράτηση παιδιού (ηλικίας κάτω των 16 ετών) θεωρούνται

παράνομες αν, εκτός άλλων, έγιναν κατά παραβίαση δικαιώματος επιμέλειας, αναγνωρισμένου σε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που μπορεί να απορρέει απευθείας από το νόμο και να το ασκούμε πραγματικά αποκλειστικά ή από κοινού με άλλους, κατά το χρόνο της μετακίνησης ή της κατακράτησης (άρθρο 3 παρ. α' και β'), β) ότι, η μετακίνηση ή κατακράτηση του παιδιού, θεωρούνται παράνομες, όταν με αυτές θίγεται το δικαίωμα επιμέλειας, που έχει φυσικό ή νομικό πρόσωπο σύμφωνα με το δίκαιο του Κράτους στο οποίο βρισκόταν η συνήθης διαμονή του παιδιού αμέσως πριν από τη μετακίνησή του ή την κατακράτησή του (Εφ.Θεσ. 998/97 Δ/νη 39.414), γ) ότι, η δικαστική αρχή κάθε Συμβαλλόμενου Κράτους, όπου βρίσκεται το παιδί, υποχρεούται να διατάξει την άμεση επιστροφή του εάν από την παράνομη μετακίνηση ή κατακράτηση διέρρευσε χρονικό διάστημα μικρότερο του ενός έτους (άρθρο 12 παρ. 1), αλλά και δ) ότι το δικαστήριο δεν διατάσσει την άμεση επιστροφή του παιδιού στην περίπτωση που συντρέχει μια από τις εξαιρέσεις που προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 12 παρ. 2, 13 και 20 της Διεθνούς Σύμβασης (βλ. Βούλγαρη ΝοΒ, 38.14), όπως αν το φυσικό πρόσωπο είχε συναινέσει στη μετακίνηση ή κατακράτηση αυτή (άρθρο 13 παρ. α') ή υπάρχει σοβαρός κίνδυνος η επιστροφή του παιδιού να το εκθεσει σε φυσική ή ψυχική δοκιμασία ή με οποιονδήποτε

άλλον τρόπο να το εκθέσει σε μια αφόρητη κατάσταση (άρθρο 13 παρ. β περ. α') είτε διαπιστωθεί ότι το παιδί αντιτίθεται στην επιστροφή του και έχει ήδη την ηλικία και την ωριμότητα που υπογορεύουν να ληφθεί υπόψη η γνώμη του (άρθρο 13 παρ. β περ. β'). Η δικαστική απόφαση τέμνει οριστικά τη διαφορά της παράνομης διεθνούς απαγωγής παιδιού, η οποία διαχωρίζεται και σαφώς διακρίνεται για την αυτοτέλειά της από την αντίστοιχη διαφορά της επιμέλειας του παιδιού, που ρυθμίζουν τα άρθρα 16 και 17 της Διεθνούς Σύμβασης (Εφ.Θεσ. 3662/96 Δ/νη 38.854, Εφ.Θεσ. 1957/97 Αρμ. 51.1490). Η δικαστική κρίση δεν υπεισέρχεται στο κατά πόσο θα ήταν πιο ενδεδευμένη η ανάθεση της επιμέλειας σε εκείνον που προέβη στην παράνομη μετακίνηση, αλλά αποβλέπει μόνο στην προστασία του συμφέροντος του παιδιού. Η εξειδίκευση της αόριστης νομικής έννοιας του συμφέροντος του παιδιού πρέπει να γίνεται σύμφωνα με τη γενική κατευθυντήρια γραμμή του προοιμίου της Σύμβασης, που απαιτεί την άμεση επαναφορά του στην κατάσταση πριν από την παράνομη μετακίνηση ή κατακράτησή του, ως προστασία του συμφέροντός του. Τέτοιο συμφέρον του παιδιού υπάρχει, εάν αυτό υποφέρει από την ξαφνική απώλεια επαφής με το γονέα που ως τότε το φρόντιζε και η διεθνής απαγωγή δημιουργεί σε αυτό αβεβαιότητα και συναισθηματικό κλονισμό από την ανάγκη προσαρμογής του

σε μια νέα χώρα και σε ένα νέο περιβάλλον. Περαιτέρω, ακόμη και εάν από την παράνομη μετακίνηση ή κατακράτηση, διέρρευσε χρονικό διάστημα μικρότερο του ενός έτους, η διάταξη του άρθρου 13 εισάγει εξαιρέσεις για την άμεση επιστροφή του παιδιού, έναντι του ενδεχομένου να προκύψουν καταστάσεις μη συμβατές με το συμφέρον του (βλ. Βασιλακάκη, Αρμ. 53. 1573). Αφού, κι αυτό, είναι υποκείμενο του δικαίου και επιβάλλεται να αντιμετωπίζεται ως άτομο με τις δικές του ανάγκες και τα δικαιώματά του, ώστε να διασφαλίζεται η πλήρης και ομαλή ψυχοσωματική του ανάπτυξη και να μην υπάρχει κίνδυνος η άμεση επιστροφή του να εκθέσει το παιδί σε ψυχική ή σωματική δοκιμασία και το περιαγάγει σε αφόρητη κατάσταση (Εφ.Θρ. 223/99 Αρμ. 53.1568, Εφ.Θρ. 61/2001 Αρμ. 2001.1058). Εξάλλου, το δικαστήριο, κατά την εκδίκαση της αίτησης (ή της έφεσης), η οποία γίνεται κατά διαδικασία επείγοντος χαρακτήρα, δεν μπορεί να αρκестεί σε απλή πιθανολόγηση, αλλά αποφαινεται κατά πλήρη δικανική πεποίθηση διότι στη διάταξη του άρθρου 14 της Διεθνούς Σύμβασης γίνεται λόγος για διαπίστωση (και όχι απλά για πιθανολόγηση) της ύπαρξης μιας παράνομης μετακίνησης ή κατακράτησης παιδιού (Α.Π. 1382/95 Δ/νη 39.540, Εφ.Λαο. 613/2001 Δ/νη 44.511).

Ε φ ε τ ε ί ο Κ ρ ή τ η ς - Α ρ ι θ . 5 2 2 / 2 0 0 7

Πρόεδρος: Νικόλαος Πέσσος (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Ελένη Βουγιούκα (Εφέτης), Ερμιόνη Περράκη (Εφέτης, Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Αγγελική Αντωνέα, Γιάννης Χατζηδάκης, Άρης Ροζάκης

Άρθρο: άρθρο 4 της από 24/4/1967 Διεθνούς Σύμβασης του Συμβουλίου της Ευρώπης «περί υιοθεσίας ανηλίκων», Ν. 1049/1980, 281 Α.Κ., 28 Συντ.

Κατάχρηση δικαιώματος. Στη διατάξη του άρθρου 281 Α.Κ. υπάγονται μόνο οι περιπτώσεις άσκησης δικαιώματος αναγνώρισης της ακυρότητας υφιστάμενων έννομων σχέσεων, συνεπεία ελαττωμάτων και ελλείψεων που καθορίζονται από το ουσιαστικό δίκαιο. Η αναγνωριστική αγωγή που ασκείται προς το σκοπό της παροχής έννομης προστασίας και της πιστοποίησης του ανυπόστατου μίας έννομης σχέσης δεν συνιστά άσκηση δικαιώματος και δεν υπόκειται στην απαγορευτική διάταξη του άρθρου 281 Α.Κ.

...Ο ενάγων και τώρα εκκαλών ιστορούσε ότι με απόφαση του περιφερειακού Συμβουλίου της Ζυρίχης η εναγομένη, τέκνο από προηγούμενο γάμο της τότε συζύγου του, με την οποία τώρα βρίσκεται σε διάσταση, κηρύχθηκε θετό τέκνο αυτού. Ότι η υιοθεσία αυτή είναι ανυπόστατη κατά το ελληνικό δίκαιο, το οποίο ήταν εφαρμοστέο λόγω της ελληνικής ιθαγένειας των μερών, αφού δεν τελέστηκε με δικαστική απόφαση. Με βάση αυτά, επικαλούμενος έννομο συμφέρον, ζητούσε να αναγνωρισθεί ότι η εναγομένη δεν είναι θετό τέκνο του διότι η ως άνω υιοθεσία είναι ανυπόστατη. Η εναγομένη με τις προτάσεις της αρνήθηκε την αγωγή και επικουρικά προέτεινε την ένσταση της καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος του ενάγοντος. Επί της αγωγής αυτής εκδόθηκε η εκκαλούμενη απόφαση, με την οποία απορρίφθηκε κατ' ουσίαν η αγωγή, ως καταχρηστικώς ασκηθείσα. Κατά της απόφασης αυτής παραπονείται ο εκκαλών-ενάγων, για τους αναφερόμενους στην έφεσή του λόγους και ζητά να γίνει δεκτή η έ-

φεσή του, να εξαφανισθεί η εκκαλούμενη απόφαση και να γίνει δεκτή η αγωγή του.

Κατά διάταξη του άρθρου 281 Α.Κ. «η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται εάν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός και οικονομικός σκοπός του δικαιώματος». Το άρθρο αυτό προϋποθέτει «άσκηση δικαιώματος», δηλαδή συμπεριφορά του δικαιούχου, που τείνει στην πραγμάτωση του περιεχομένου του δικαιώματος, η οποία μπορεί να επιδιώκεται «δια υλικής πράξεως» ή και «δια δικονομικού τινός τρόπου, όπως π.χ. δι' αγωγής-ακόμη και αναγνωριστικής» (βλ. Γεωργιάδης-Σταθόπουλος άρθρο 281 υπό στ. 3 έως 17). Στις διατάξεις του άρθρου 281 Α.Κ. υπάγονται μόνον οι περιπτώσεις ασκήσεως δικαιώματος αναγνώρισης της ακυρότητας υφισταμένων εννόμων σχέσεων (όπως είναι ο γάμος, η εκούσια αναγνώριση τέκνου, η υιοθεσία), συνεπεία ελαττωμάτων και ελλείψεων που καθορίζονται από τους κανόνες του ουσιαστικού δικαίου και παρέχουν κατά νόμον δικαίωμα

προσβολής αυτών λόγω ακυρότητας ή ακυρωσίας (Α.Π. 459/78 ΝοΒ. 27,209, Α.Π. 227/1995). Η αναγνωριστική αγωγή που ασκείται προς τον σκοπό της παροχής έννομης προστασίας και της πιστοποίησης του ανυποστάτου μιας έννομης σχέσης, προς άρση της αβεβαιότητας και αποτροπής του κινδύνου που δημιουργείται προς τα συμφέροντα του ενάγοντος σχετικά με έννομη σχέση που δεν υφίσταται (ήτοι είναι ανυπόστατη και όχι ελαττωματική, άκυρη ή ακυρώσιμη), δεν συνιστά άσκηση δικαιώματος, θεμελιώνεται στην ύπαρξη εννόμου συμφέροντος και δεν υπόκειται στην απαγορευτική διάταξη του άρθρου 281 Α.Κ. (Βαθρακοκούλης Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ, άρθρο 70, αριθμ. 31.19).

Με τον πρώτο λόγο της έφεσής του ο εκκαλών ισχυρίζεται ότι το πρωτοβάθμιο δικαστήριο εσφαλμένα ερμήνευσε και εφήρμοσε το νόμο αφού δέχθηκε ότι η αναγνωριστική αγωγή, με την οποία ζητείται να αναγνωρισθεί ότι η υιοθεσία είναι ανυπόστατη διότι δεν τελέσθηκε με δικαστική απόφαση, υπόκειται στην απαγορευτική διάταξη του άρθρου 281 Α.Κ. Στην προκειμένη περίπτωση δεν έχει εφαρμογή το άρθρο 281 Α.Κ. διότι η κρινόμενη αγωγή δεν βασίζεται σε δικαίωμα που υπάρχει και ασκείται εξ υφισταμένης έννομης σχέσης (της υιοθεσίας) προς προσβολή του κύρους της, αλλά στο έννομο συμφέρον του ενάγοντος για τη δικαστική πιστοποίηση του ανυπόστατου της επίδικης έννομης σχέσης της υιοθεσίας, προς άρση της αβεβαιότητας που δημιουργείται λόγω της επίδικης απόφασης, όσον αφορά στα δικαιώματα της εναγομένης έναντι του ενάγοντος, δεδομένου ότι η εναγομένη έχει εγεί-

ρει δικαστικούς αγώνες εναντίον του, επικαλούμενη την υιοθεσία αυτή. Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο που με την εκκαλούμενη απόφασή του έκρινε νόμιμη την ένστασή αυτή, εσφαλμένα το νόμο ερμήνευσε και εφήρμοσε και ο σχετικός λόγος της έφεσης είναι βάσιμος. Πρέπει λοιπόν να γίνει δεκτή η έφεση, να εξαφανισθεί η εκκαλούμενη απόφαση, να κρατηθεί η υπόθεση στο δικαστήριο τούτο και να ερευνηθεί περαιτέρω η αγωγή η οποία είναι νόμιμη (άρθρα 23, 1568 επ. Α.Κ. 70 Κ.Πολ.Δ).

Σύμφωνα με την υπογραφέισα στο Στρασβούργο την 24-4-1967 υπό των Κρατών-Μελών του Συμβουλίου της Ευρώπης Διεθνούς Συμβάσεως «περί υιοθεσίας ανηλίκων», η οποία τέθηκε σε ισχύ ως προς την Ελλάδα από 24-10-1980, κυρωθείσα με το νόμο 1049/1980 και ειδικότερα σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 της εν λόγω συμβάσεως «η υιοθεσία δεν είναι ισχυρά εάν δεν εχορηγήθη δι’ αποφάσεως Δικαστικής ή Διοικητικής Αρχής (κατωτέρω καλουμένης «η αρμόδια Αρχή»)). Σύμφωνα με το άρθρο 28 του Συντάγματος, οι διατάξεις της εν λόγω συμβάσεως έχουν αυξημένη τυπική ισχύ και υπερισχύουν σε περίπτωση αντιθέσεως του ημεδαπού δικαίου.

...Η απόφαση του Περιφερειακού Συμβουλίου της Ζυρίχης φέρει χαρακτηριστικά γνωρίσματα δικαστικής απόφασης αφού ήταν δεκτική ενδίκων μέσων εις το Υπουργείο Δικαιοσύνης του Καντονίου Ζυρίχης, τα οποία όμως δεν ασκήθηκαν, γι’ αυτό αυτή κατέστη τελεσίδικη και αμετάκλητη. Επομένως ο ισχυρισμός του ενάγοντος ότι η υιοθεσία είναι ανύπαρκτη διότι δεν τελέσθηκε με δικαστική απόφαση, είναι αβάσιμος...

ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ

Ε φ ε τ ε ί ο Κ ρ ή τ η ς - Α ρ ι θ . 13 / 2003

Δικαστές: Κωνσταντίνος Καφαράκης (Πρόεδρος Εφετών), Παντελής Παντελάκης (Εφέτης), Ανδρέας Δουλγεράκης (Εφέτης, Εισηγητής)

Δικηγόροι: Μιχάλης Βεργανελάκης, Ενστροάτιος Παπαμανουσάκης, Προκόπης Βαρδουλάκης, Μιχαήλ Ασχορδαλάκης

Άρθρα: 932 εδ.γ., 167 Α.Κ., 10 παρ. 1 και 11 Ν. 489/76, που κωδικοποιήθηκε με το Π.Δ. 237/1986, 7 παρ. 3 Ν. 2170/1993, 9 της Κ 45/585/1978/ΚΥΕ.

Χρηματική ικανοποίηση λόγω ψυχικής οδύνης επί θανατηφόρου αυτοκινητικού ατυχήματος – Ευθύνη ασφαλιστή – Τρόπος γνωστοποίησης της λύσης ασφαλιστικής σύμβασης

Στον κύκλο των συγγενών θανατωθέντος, που δικαιούνται χρηματική ικανοποίηση λόγω ψυχικής οδύνης δεν συμπεριλαμβάνονται οι θείοι του, ασχέτως του αν υπάρχουν ή όχι άλλοι εγγύτεροι συγγενείς του ή αν αυτοί είναι μόνοι επιζώντες.

Η ακύρωση, λήξη, ή αναστολή της ασφαλιστικής σύμβασης μπορεί να αντισταχθεί από τον ασφαλιστή κατά του τρίτου ζημιωθέντος, μόνον εφόσον το ατύχημα συνέβη δεκαέξι ημέρες μετά την γνωστοποίηση της λύσης της ασφαλιστικής σύμβασης. Αν η γνωστοποίηση αυτή δεν γίνει καθόλου ή δεν γίνει νομότυπα, ο ασφαλιστής εξακολουθεί να ευθύνεται έναντι του ζημιωθέντος τρίτου, δικαιούται δε το ποσόν που τυχόν θα καταβάλει σ' αυτόν να το αναζητήσει από τον ασφαλισμένο, βάσει των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Η δήλωση λύσης της ασφαλιστικής σύμβασης θεωρείται γενομένη με την παραλαβή από τον νόμιμο παραλήπτη (θεωρία λήψεως). Πρέπει να γίνεται με έγγραφο (συστημένο ή επί αποδείξει).

Η μη έκδοση ασφαλιστηρίου δεν αναιρεί την υποχρέωση του ασφαλιστή για αποζημίωση, η δε έκδοση νέου δεν θεωρείται ως προϋπόθεση για την επέλευση της αυτοδίκαιης ανανέωσης της ασφαλιστικής σύμβασης.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 932 εδ. γ' Α.Κ., σε περίπτωση θανάτωσης προσώπου χρηματική ικανοποίηση μπορεί να επιδικαστεί στην οικογένεια του θύματος λόγω ψυχικής οδύνης. Κατά την έννοια της διάταξης αυτής, στην οποία δε γίνεται προσδιορισμός της έννοιας του όρου «οικογένεια του θύματος» και που απορρέει από το σκοπό της θέσπισής της, στην οικογένεια του θύματος περιλαμβάνονται οι εγγύτεροι και στενά συνδεδεμένοι συγγενείς του θανατωθέντος, αδιάφορα αν συζούσαν μ' αυτόν ή διέμεναν χωριστά. Στον κύκλο των συγγενών αυτών περιλαμβάνονται ο σύζυγος, τα παιδιά, οι γονείς, τα εγγόνια, οι παππούδες, οι γιαγιάδες και τα

αδέλφια του θύματος, όχι όμως και άλλοι συγγενείς όπως οι θείοι, αδιάφορα από το αν υπάρχουν και άλλοι εγγύτεροι συγγενείς ή αν αυτοί είναι οι μόνοι επιζώντες συγγενείς του θανατωθέντος (Ολομ.Α.Π. 21/2000 Ελλ.Δ/νη 42.56, Α.Π. 749/2000 Ελλ.Δ/νη 42.76).

Επομένως, εφόσον οι τέσσερις τελευταίοι ενάγοντες ζητούν την επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ψυχικής οδύνης, την οποία υπέστησαν ως θείοι του θανατωθέντος, δεν περιλαμβάνονται στον κύκλο των συγγενών που νομιμοποιούνται να διεκδικήσουν αυτήν και έπρεπε να απορριφθεί η αγωγή, ως προς αυτούς. Το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο, με την εκκα-

λουμένη απόφασή του, τα ίδια δέχθηκε. Επομένως ορθώς το νόμο εφάρμοσε και πρέπει να απορριφθεί ο λόγος εφέσεως και η έφεση στο σύνολό της, ως προς τους εκκαλούντες αυτούς.

...Όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 10 παρ. 1 και 11 του Ν. 489/76 που κωδικοποιήθηκε με το Π.Δ. 237/1986 και οι διατάξεις του περιλήφθηκαν στα αντίστοιχα ταυτάριθμα άρθρα του, το πρόσωπο που ζημιώθηκε από αυτοκινητικό ατύχημα έχει από την ασφαλιστική σύμβαση και μέχρι του ποσού αυτής ίδια αξίωση κατά του ασφαλιστή, ο οποίος δεν μπορεί να αντιτάξει κατ’ αυτού, όταν ασκεί την παραπάνω αξίωση, ενστάσεις, που απορρέουν από την ασφαλιστική σύμβαση, ενώ η ακύρωση, η λήξη ή η αναστολή της ασφαλιστικής σύμβασης μπορεί να αντιταχθεί κατά του τρίτου, ο οποίος ζημιώθηκε, μόνον εφόσον το ατύχημα συνέβη μετά δεκαέξι (16) ημέρες από τη γνωστοποίηση της ακύρωσης ή λήξης ή αναστολής από τον ασφαλιστή. Η γνωστοποίηση αυτή γίνεται στην κατοικία ή διαμονή του αντισυμβαλλομένου ή ασφαλισμένου, που συντελείται με έγγραφο, το οποίο αποδεικνύει τη χρονολογία λήψης και το περιεχόμενο. Με το άρθρο 7 παρ. 3 του Ν. 2170/1993 η τελευταία διάταξη αντικαταστάθηκε και ορίστηκε ότι «γνωστοποίηση γίνεται στην κατοικία ή διαμονή του ασφαλισμένου ή αντισυμβαλλομένου με επιστολή του ασφαλιστή προς αυτόν». Ο σκοπός της γνωστοποίησης είναι να άρει κάθε αμφισβήτηση ως προς το χρόνο παύσης της ευθύνης του ασφαλιστή και έτσι να αποτρέψει τη δυνατότητα συμπαιγνίας μεταξύ ασφαλισμένου και ασφαλιστή σε

βάρος του ζημιωθέντος τρίτου, στην προστασία του οποίου και αποβλέπει το περιεχόμενο του άρθρου, στο οποίο και αυτή η διάταξη έχει ενταχθεί. Επομένως, για την έναντι του ζημιωθέντος τρίτου απαλλαγή του ασφαλιστή είναι αναγκαία η τήρηση του επιβαλλομένου από το νόμο τύπου της γνωστοποίησης αυτής, και αν ακόμη η ακύρωση ή η λήξη της ασφαλιστικής σύμβασης επήλθε με μεταγενέστερη συμφωνία του ασφαλιστή και του ασφαλισμένου, οπότε ο τελευταίος γνώριζε έκτοτε την ακύρωση, αφού με τη σύμπραξή του είχε προκληθεί. Τα ίδια ισχύουν και στην περίπτωση λύσης της ασφαλιστικής σύμβασης, λόγω μεταβίβασης σε άλλον της κυριότητας του ασφαλισμένου αυτοκινήτου. Η ανάγκη της γνωστοποίησης, αποβλέπουν στον παραπάνω σκοπό, προκύπτει από την ίδια τη διατύπωση της διάταξης που επιβάλει αυτήν σε κάθε περίπτωση ακύρωσης, λήξης ή αναστολής της ασφαλιστικής σύμβασης και συνεπώς και στην προκύπτουσα από συμφωνία των μερών για τη λύση της σύμβασης ασφάλισης. Αν δεν γίνει καθόλου ή δεν γίνει νομότυπα η γνωστοποίηση της λύσης της σύμβασης, ο ασφαλιστής παρά τη λύση της, εξακολουθεί κατά το νόμο να ευθύνεται έναντι του ζημιωθέντος τρίτου και το ποσό, που τυχόν θα καταβάλει στον τελευταίο δικαιούται να το αναζητήσει από τον ασφαλισμένο βάσει των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού (Α.Π. 1738/2001 ΝοΒ 50. 1690). Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 167 Α.Κ. «η δήλωση της βούλησης έχει νομική ενέργεια μόνο αφότου περιέλθει στο πρόσωπο στο οποίο απαιτείται να απευθυνθεί». Η καταγγελία για

τη λύση της σύμβασης ασφαλίσεως είναι μονομερής και ληψιδεής δήλωση της βούλησης του συμβαλλομένου μέρους, σύμφωνα δε με τη θεωρία της παραλαβής ή λήψεως, που δέχεται ο Α.Κ., η δήλωση θεωρείται συντελεσθείσα από την παραλαβή της. Έτσι για να παραγάγει τα αποτελέσματά της απαιτείται η περιέλευσή της στο νόμιμο παραλήπτη. Ο νομοθέτης, για να εξασφαλίσει την περιέλευσή της στον παραλήπτη, απαιτεί να περιέχεται σε έγγραφο και μάλιστα συστημένο ή επί αποδείξει. Ο τρόπος αυτός κοινοποιήσεως εξασφαλίζει τη δυνατότητα γνώσεως εκ μέρους του παραλήπτη προς τον οποίο και μόνο παραδίδεται. Η επιλογή από το νόμο του τρόπου αυτού επιδόσεως οφείλεται στη σημαντική έννομη συνέπεια που αναφέρεται στη λύση της ασφαλιστικής κάλυψης. Επί συστημένης επιστολής μέσω των ΕΛΤΑ δεν αρκεί η εγχείριση από τον ταχυδρομό της γραπτής ειδοποίησης στον παραλήπτη, αλλά απαιτείται και η παραλαβή της συστημένης επιστολής αυτοπροσώπως από τον παραλήπτη (χέρι με χέρι), οπότε εξασφαλίζεται η δυνατότητα γνώσεως εκ μέρους του, του περιεχομένου της. Αν ο παραλήπτης δεν ανοίξει την επιστολή και δεν λάβει γνώση του περιεχομένου της, η δήλωση θεωρείται συντελεσθείσα και η σύμβαση λυθείσα από την παραλαβή της. Αντίθετα, αν για οποιοδήποτε λόγο, όπως λόγω παρόδου της προθεσμίας για την παραλαβή της, αλλαγής κατοικίας ή διαμονής, δεν παραλάβει την συστημένη επιστολή ο ίδιος ο παραλήπτης, δεν θεωρείται ότι συντελέστηκε η πιο πάνω απευθυντέα δήλωση καταγγελίας και άρα δεν επήλθε η λύση της ασφαλιστικής σύμβασης. Ακόμη το έγγρα-

φο της ασφαλιστικής εταιρείας επί αποδείξει, που μπορεί να επιδοθεί και από τον υπάλληλό της που εισπράττει τα ασφάλιστρα ή άλλον υπάλληλό της, πρέπει να επιδοθεί στον ίδιο τον παραλήπτη αυτοπροσώπως. Από τη διατύπωση της διάταξης του άρθρου 9 της Κ45 585/1978/ΚΥΕ δεν προκύπτει αποκλεισμός άλλου τρόπου κοινοποίησης της καταγγελίας, εφόσον με τον άλλο τρόπο εξασφαλίζεται η ίδια δυνατότητα γνώσεως και γι' αυτό είναι δυνατή η κοινοποίηση μέσω δικαστικού επιμελητή, που επιδίδει το έγγραφο στον παραλήπτη αυτοπροσώπως. Το ίδιο μπορεί να συμβεί και με ιδιωτική επιστολή που επιδίδεται χωρίς όμως την παρεμβολή άλλου μεσολαβούντος προς τούτο προσώπου, όπως προαναφέρθηκε (Α.Π. 1250/2001 Ελλ.Δ/νη 43.109). Περαιτέρω, με το άρθρο 3 του Π.Δ. 314/ 13-8-1993 στην παρ. 5 του άρθρου 19 του Π.Δ. 237/1986 προστέθηκε και δεύτερο εδάφιο που έχει ως εξής: «Σε περίπτωση διαφοράς μεταξύ του Επικουρικού Κεφαλαίου και του ασφαλιστή αστικής ευθύνης για το ποιος πρέπει να αποζημιώσει το θύμα για σωματικές βλάβες που προκαλούνται από όχημα αγνώστων στοιχείων ή για υλικές ζημιές και σωματικές βλάβες ανασφάλιστου οχήματος, το Επικουρικό Κεφάλαιο υποχρεούται σε πρώτη φάση να αποζημιώσει το θύμα. Αν τελικά αποφασιστεί ότι ο ασφαλιστής αστικής ευθύνης θα έπρεπε να έχει καταβάλει την αποζημίωση εξ' ολοκλήρου ή εν μέρει ο ασφαλιστής αστικής ευθύνης θα επιστρέφει το οφειλόμενο ποσό στο Επικουρικό Κεφάλαιο που το κατέβαλε». Η διάταξη αυτή αναφέρεται σε διαφορά Επικουρικού Κεφαλαίου και ασφαλιστή, για το ποιος πρό-

πει να αποζημιώσει τον τρίτο ζημιωθέντα και δεν καθιερώνει εξαρχής δυνατότητα του τρίτου να στραφεί κατά του Επικουρικού Κεφαλαίου και υποχρέωση του τελευταίου να αποζημιώσει αυτόν και αν ακόμη το ζημιολόγο αυτοκίνητο ήταν ασφαλισμένο, με περαιτέρω υποχρέωση του ασφαλιστή, στην περίπτωση αυτή, την επιστροφή στο Επικουρικό Κεφάλαιο του ποσού που αυτό κατέβαλε (Α.Π. 938/1998 αδημοσίευτη). Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ. 1 της Κ4/584/5-4-1984/ΚΥΕ «η ασφαλιστική σύμβαση ισχύει για την ασφαλιστική περίοδο που ορίζεται στο ασφαλιστήριο και ανανεώνεται κάθε φορά για ίσο χρονικό διάστημα μετά τη λήξη της ασφαλιστικής περιόδου, εκτός εάν 30 ημέρες πριν από τη λήξη κάθε μιας ασφαλιστικής περιόδου ειδοποιήσει το άλλο με συστημένη επιστολή για το αντίθετο». Από τη διάταξη αυτή σαφώς προκύπτει ότι η μη έκδοση α-

σφαλιστηρίου συμβολαίου δεν αναιρεί την υποχρέωση του ασφαλιστή για αποζημίωση και η έκδοση νέου δεν θεωρείται από το νόμο ως προϋπόθεση για την επέλευση της αυτοδίκαιης ανανέωσης της ασφαλιστικής σύμβασης, αλλά θεωρείται ως πρόσθετη υποχρέωση στα πλαίσια της σχέσης των ασφαλισμένων.

Αν το εναγόμενο Επικουρικό Κεφάλαιο επικαλείται και αποδεικνύει την ύπαρξη τέτοιας ασφαλιστικής συμβάσεως τότε ο ενάγων, για να επιτύχει θεμελίωση της ευθύνης του, πρέπει να ισχυριστεί και αποδείξει με κάθε νόμιμο μέσο ότι η σύμβαση ασφαλίσεως που συνήφθη πριν από το ατύχημα δεν ίσχυε κατά το χρόνο που αυτό συνέβη, γιατί λύθηκε με νόμιμο τρόπο, είχε γνωστοποιηθεί η λύση της με τον τρόπο που προαναφέρθηκε και όταν συνέβη το ατύχημα είχε παρέλθει χρονικό διάστημα 16 ημερών από την γνωστοποίηση.

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Άρειος Πάγος (Α1 Πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 1351/2007

Δικαστές: Δημήτριος Λοβέρδος (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου), Γεώργιος Καλαμίδας, Δημήτριος Κανελλόπουλος, Διονύσιος Γιαννακόπουλος, Χαράλαμπος Παπαηλιού (Αρεοπαγίτες)
Δικηγόρος: Στυλιανός Σταματόπουλος

Άρθρα: 444 αρ. 3 Κ.Πολ.Δ, 2 παρ. 1 & 9 παρ. 1 εδ. β', 19 Συντ, 8 Ε.Σ.Δ.Α., Ν.Δ. 53/1974, 28 παρ. 1 Συντ.

Για να είναι νόμιμη η επαναφορά ισχυρισμών που υποβλήθηκαν σε προηγούμενη συζήτηση στο ίδιο ή σε ανώτερο δικαστήριο, αρκεί η επανυποβολή τους σε σύντομη περίληψη και αναφορά στις σελίδες των προτάσεων της προηγούμενης συζήτησης που τους περιέχουν.

Αποδεικτικά μέσα. Μαγνητοφωνημένη συνομιλία. Συνταγματικά απαγορευμένο μέσο απόδειξης εφόσον δεν υπάρχει προηγούμενη συναίνεση των συνομιλούντων. Εξαιρέσεις.

Σύμφωνα με το άρθρο 240 του Κ.Πολ.Δ, για την επαναφορά ισχυρισμών που υποβλήθηκαν σε προηγούμενη συζήτηση στο

ίδιο ή ανώτερο δικαστήριο, αρκεί η επανυποβολή τους με σύντομη περίληψη και αναφορά στις σελίδες των προτάσεων της

προηγούμενης συζήτησης, που τους περιέχουν. Οι προτάσεις της προηγούμενης συζήτησης προσκομίζονται απαραίτητως σε επικυρωμένο αντίγραφο. Εξ άλλου, για το ορισμένο του εκ του άρθρου 559 αριθ. 8α του Κ.Πολ.Δ λόγου αναιρέσεως πρέπει το αναιρετήριο να αναφέρει ποια ήταν τα «πράγματα», που παρά το νόμο, το δικαστήριο της ουσίας έλαβε υπόψη, μολονότι δεν προτάθηκαν νόμιμα, και ποια επίδραση άσκησαν στην έκβαση της δίκης. Επομένως, σε περίπτωση μη νόμιμης επαναφοράς ισχυρισμών περιεχομένων σε προτάσεις προηγούμενης συζήτησης, για τη στοιχειοθέτηση και το ορισμένο του εκ του άρθρου 559 αριθ. 8α Κ.Πολ.Δ λόγου αναιρέσεως, πρέπει στο αναιρετήριο να εκτίθεται ο συγκεκριμένος, μη νομίμως επαναφερθείς, ισχυρισμός που αποτελεί «πράγμα», τον οποίο το δικαστήριο παρά το νόμο έλαβε υπόψη, μολονότι δεν προτάθηκε (αφού δεν επαναφέρθηκε σ' αυτό) νόμιμα. Στην προκειμένη περίπτωση, ο αναιρεσείων, με τον πρώτο λόγο αναιρέσεως προβάλλει ότι ο αναιρεσιβλήτος (ενάγων), με τις ενώπιον του Εφετείου προτάσεις του, δεν είχε νομίμως, κατ' άρθρο 240 Κ.Πολ.Δ, επαναφέρει σ' αυτό (Εφετείο) τους πρωτόδικους ισχυρισμούς του, αφού δεν τους επανυπέβαλε με σύντομη περίληψη και αναφορά στις σελίδες των προτάσεων της προηγούμενης (στο Πρωτοδικείο) συζήτησης που τους περιείχαν. Και ότι, επομένως, οι ισχυρισμοί αυτοί του αναιρεσιβλήτου δεν επαναφέρθηκαν νόμιμα στο Εφετείο και το δικαστήριο αυτό, που έλαβε υπόψη τους άνω μη νομίμως (απαράδεκτως) επαναφερθέντες και προβληθέντες σ' αυτό ισχυρισμούς του αναι-

ρεσιβλήτου, που άσκησαν ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης, υπέπεσε στην πλημμέλεια του άρθρου 559 αριθ. 8α του Κ.Πολ.Δ. Εφόσον στο αναιρετήριο δεν εκτίθεται ποιοι ήταν οι απαράδεκτως επαναφερθέντες (προβληθέντες) στο Εφετείο ισχυρισμοί του αναιρεσιβλήτου και ότι σ' αυτούς περιεχόταν συγκεκριμένος ισχυρισμός που αποτελεί «πράγμα» και τον οποίο παρά το νόμο το Εφετείο έλαβε υπόψη, μολονότι δεν προτάθηκε (αφού δεν επαναφέρθηκε σ' αυτό) νόμιμα, ο λόγος αυτός της αναιρέσεως είναι αόριστος και εντεύθεν απαράδεκτος.

...Επειδή κατά το άρθρο 444 αριθ. 3 του Κ.Πολ.Δ, ιδιωτικά έγγραφα θεωρούνται και οι φωτογραφικές ή κινηματογραφικές αναπαραστάσεις, φωνοληψίες και κάθε άλλη μηχανική απεικόνιση, συνεπώς και οι μαγνητοταινίες, αφού αποτελούν την κύρια μορφή της φωνοληψίας. Κατά τη θεμελιώδη, όμως, διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 του Συντάγματος «ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν την πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας». Στην προστατευόμενη από το Σύνταγμα και μάλιστα «πρωταρχικά», αξία του ανθρώπου περιλαμβάνεται και η ελευθερία της επικοινωνίας, αφού μέσω και αυτής εκφράζεται και πραγματώνεται η αξία του ανθρώπου. Η συνταγματική κατοχύρωση της ελευθερίας αυτής προκύπτει και από το άρθρο 9 παρ. 1 εδ. β' του Συντάγματος, που ορίζει ότι «η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου είναι απαραβίαστη», καθώς και από το άρθρο 19 του Συντάγματος, που ορίζει ότι «το απόρρητο των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας με οποιονδή-

ποτε άλλο τρόπο είναι απόλυτα απαράβιαστο. Νόμος ορίζει τις εγγυήσεις, υπό τις οποίες η δικαστική αρχή δεν δεσμεύεται από το απόρρητο για λόγους εθνικής ασφάλειας ή για διακρίβωση ιδιαίτερα σοβαρών εγκλημάτων». Το τελευταίο αυτό άρθρο αναφέρεται μεν στο απόρρητο της ελεύθερης ανταποκρίσεως ή επικοινωνίας, είναι, όμως, πρόδηλο ότι προϋποθέτει την ελευθερία της ανταποκρίσεως ή επικοινωνίας ως συνταγματικά προστατευόμενο έννομο αγαθό. Ανάλογα προκύπτουν και από την αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 8 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α.), η οποία κυρώθηκε με το Ν.Δ. 53/1974 και έχει υπερνομοθετική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος. Η εν αγνοία, όμως, και χωρίς τη συναίνεση ενός των συνομιλητών μαγνητοφώνηση ιδιωτικής συνομιλίας ενέχει παγίδευσή του και συνεπώς, αποτελεί δέσμευση και περιορισμό στην ελεύθερη άσκηση της επικοινωνίας.

Γι' αυτό, ασχέτως του χώρου όπου έγινε η συνομιλία, η μαγνητοταινία, στην οποία αυτή, χωρίς τη συναίνεση του ετέρου των συνομιλητών, αποτυπώθηκε, είναι συνταγματικά απαγορευμένο αποδεικτικό μέσο και δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθεί εναντίον του σε πολιτική δίκη, ανεξαρτήτως του προσώπου που επιχείρησε τη μαγνητοφώνηση, δηλ. έστω κι αν πρόκειται για πρόσωπο που μετέσχε στη μαγνητοφωνηθείσα συζήτηση. Πράγματι, η απονομή της δικαιοσύνης δεν πρέπει να γίνεται έναντι οιοδήποτε τιμήματος. Η αντίθετη άποψη θα μπορούσε να οδηγήσει – υπό την επίκληση της ανάγκης αποκτήσεως αποδεικτικού μέσου για ενδεχόμενα δικαιώματα-

ώματα- στη γενίκευση της χρήσεως μαγνητοφώνων από τους συνομιλητές προσώπων, η φωνή των οποίων θα καταγραφόταν χωρίς τη συναίνεσή τους. Κατ' αυτόν, όμως, τον τρόπο η ελευθερία της επικοινωνίας θα περιοριζόταν, διότι τότε ο καθένας θα ζούσε με το καταθλιπτικό συναίσθημα ότι κάθε αστόχαστη ή υπερβολική, έστω, έκφρασή του, στα πλαίσια μιας προφορικής ιδιωτικής συζητήσεως, θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί στη συνέχεια υπό άλλες περιστάσεις ως αποδεικτικό μέσο εναντίον του, πολύ περισσότερο μάλιστα όταν τα σύγχρονα τεχνικά μέσα παρέχουν ευρείες δυνατότητες αλλοιώσεως του περιεχομένου των αποτυπώσεων, οι οποίες (αλλοιώσεις) είναι πολύ δύσκολο ή και αδύνατο να διαγνωσθούν. Εξ' άλλου, χωρίς την ανωτέρω κύρωση (απαράδεκτο του αποδεικτικού μέσου) η προπαρατεθείσα, συνταγματικής ισχύος, ρύθμιση θα είχε περιορισμένη αποτελεσματικότητα, παρά την απειλή κατά του παραβάτη της ποινικής κυρώσεως (ποινής φυλακίσεως), που προβλέπεται στο άρθρο 370 Α παρ. ιδίως 2 εδ. β' και γ' του Π.Κ. Εξαίρεση από τον, συνταγματικής ισχύος, κανόνα της απαγορεύσεως των εν λόγω αποδεικτικών μέσων ισχύει μόνο χάριν της προστασίας συνταγματικά υπέρτερων έννομων αγαθών, όπως είναι η ανθρώπινη ζωή. Κάθε άλλη εξαίρεση από την ως άνω απαγόρευση, εισαγόμενη τυχόν με διάταξη κοινού νόμου, όπως είναι και ο Ποινικός Κώδικας, είναι ανίσχυρος κατά το μέτρο που υπερβαίνει το κριτήριο της προστασίας συνταγματικά υπέρτερου έννομου αγαθού (Ολομ.Α.Π. 1/2001).

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 538/2006

Πρόεδρος: Νικόλαος Πάσσος (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Ερμιόνη Περράκη (Εφέτης), Κωνσταντίνος Γκανιάτσος (Εφέτης, Εισηγητής)

Δικηγόροι: Γεώργιος Καρτσωνάκης, Ιωάννα Σμυρνοιωτάκη

Άρθρα: 63, 67 Κ.Π.Δ, 321, 322, 325, 331, 527, 269 παρ. 2β' και γ' Κ.Πολ.Δ, 932, 914, 57 εδ. α' 59 εδ. α', 299 Α.Κ., 361, 362, 363 και 367 Π.Κ., 2 παρ. 1 Συντ.

Απόρριψη εφέσεων. Επικύρωση πρωτόδικης απόφασης που επιδικάζει χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, εξ αιτίας παράνομης προσβολής της προσωπικότητας.

Αν ο δικαιούχος χρηματικής ικανοποίησης (λόγω ηθικής βλάβης) έχει παρασταθεί ως πολιτική αγωγή στο ποινικό δικαστήριο και η πολιτική αγωγή έχει απορριφθεί κατ' ουσίαν ή έχει επιδικασθεί μέρος μόνο του αιτηθέντος ποσού, δεν μπορεί να επιδιώξει στα πολιτικά δικαστήρια το υπόλοιπο ή μεγαλύτερο ποσό. Εξαίρεση ισχύει μόνο αν έχει παρασταθεί στο ποινικό δικαστήριο ως πολιτική αγωγή για συμβολικό ποσό, με σκοπό την υποστήριξη και μόνο της κατηγορίας. Για τη δυνατότητα έγερσης νέας αγωγής (στα πολιτικά δικαστήρια) είναι απαραίτητη η ρητή δήλωση του δικαιούχου στο ποινικό δικαστήριο, ότι ασκεί μέρος της αξιώσεώς του και ότι επιφυλάσσεται για το υπόλοιπο αυτής.

Δυνατότητα προβολής στην κατ' έφεση δίκη της ένστασης της παραγραφής-προϋποθέσεις.

Πότε εξετάζει το δευτεροβάθμιο ποινικό δικαστήριο το κεφάλαιο της πρωτόδικης απόφασης που αφορά στις απαιτήσεις του πολιτικώς ενάγοντος. Δεν αποτελούν ζημία (κατά το άρθρο 914 Α.Κ.) τα έξοδα από την άσκηση ποινικής δίωξης κατά του ζημιώσαντος και τη δήλωση πολιτικής αγωγής εναντίον αυτού.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 63 και 67 Κ.Π.Δ, 321, 322, 325 και 331 Κ.Πολ.Δ και 932 Α.Κ., προκύπτει ότι είναι παραδεκτή η άσκηση της πολιτικής αγωγής ενώπιον του ποινικού δικαστηρίου για την επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης από αδικοπραξία, η τελεσίδικη κρίση επί της οποίας έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία δεδικασμένου το οποίο κωλύει τη νέα έγερση της αυτής αγωγής ενώπιον του πολιτικού δικαστηρίου. Στην περίπτωση όμως κατά την οποία ο δικαιούχος της χρηματικής ικανοποίησης επιφυλάχθηκε κατά την εκδίκαση της κατηγορίας να ζητήσει μεγαλύτερο ποσό από το αρμόδιο πολιτικό δικαστήριο, δεν επιδιώκει να πράξει τούτο εφόσον το ποινικό δικαστήριο επιδικάσει ολόκληρο το μικρότερο ποσό που είχε ζητηθεί. Εδώ το αίτημα της πολιτικής αγωγής περιορίζεται στην ε-

πιδίκαση μέρους μόνο από τη συνολική αξίωση του δικαιούχου χρηματικής ικανοποίησης εναντίον του υπόχρεου και συνεπώς, αν επακολοιγήσει νέα αγωγή για το μέρος της αρχικής αξίωσης που απέμεινε αδίκαστο, η νέα αγωγή έχει διαφορετικό αντικείμενο δίκης από την αρχική που δεν υπάρχει στη δέσμευση του δεδικασμένου αναφορικά με την αρχική αγωγή. Το δεδικασμένο για την αρχική αγωγή περιορίζεται στο ποσό για το οποίο είχε ζητήσει ο δικαιούχος χρηματικής ικανοποίησης δικαστική προστασία και στην έκταση που εκείνο είχε κριθεί βάσιμο. Για να καταστεί δυνατή η έγερση νέας αγωγής, πρέπει ο δικαιούχος να καθιστά σαφές στο ποινικό δικαστήριο ότι ασκεί μέρος της αξιώσεώς του και ότι για το υπόλοιπο επιφυλάσσεται να εγείρει σχετική αγωγή ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων. Εξαίρεση ισχύει, κα-

τά την κρατούσα στη νομολογία και θεωρία άποψη στις περιπτώσεις που η παράσταση της πολιτικής αγωγής γίνεται για συμβολικό ποσό για την υποστήριξη και μόνο της κατηγορίας, πράγμα που μπορεί να συνάγεται και ερμηνευτικά. Αντίθετα, αν στο δικαιούχο της χρηματικής ικανοποίησης επιδικάστηκε μέρος μόνο από αυτό που ζήτησε ή η πολιτική αγωγή απορρίφθηκε κατ' ουσίαν, δεν μπορεί να επιδιώξει στα πολιτικά δικαστήρια το υπόλοιπο ή και μεγαλύτερο ακόμη ποσό, γιατί στην περίπτωση αυτή η αξίωσή του έχει αναλωθεί αφού κρίθηκε ολόκληρη από το ποινικό δικαστήριο (Α.Π. 374/2001 Ελλ.Δ/νη 2002.156, Α.Π. 1044/2000 Ελλ.Δ/νη 2001.388, Α.Π. 866/1988 Ελλ.Δ/νη 1989.1321, Γεωργιάδη στον Α.Κ. Γεωργιάδη/Σταθόπουλου άρθρ. 932 αριθ. 25, 26, Πατεράκη, η Χρηματική Ικανοποίηση Λόγω Ηθικής Βλάβης, έκδ. 1995 σελ. 405, Κρητικό Αποζημίωση από Τροχαία Αυτοκινητικά Ατυχήματα, έκδ. 1998 αριθ. 1005, Κονδύλη, Το Δεδικασμένο παρ. 19 Ι, σελ. 229, Μπέη, Τα αντικειμενικά όρια του δεδικασμένου Δ. 1988.717). Τέλος, από τη διάταξη του άρθρου 502 παρ. 1 εδ. τελευταίο Κ.Π.Δ, προκύπτει ότι, το δευτεροβάθμιο (ποινικό) δικαστήριο, όταν επιλαμβάνεται της ουσιαστικής έρευνας της υπόθεσης, εξετάζει και το προσβαλλόμενο κεφάλαιο της απόφασης, που αφορά στις απαιτήσεις του πολιτικώς ενάγοντος, στις οποίες περιλαμβάνεται και η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, που επιδικάστηκε πρωτοδίκως, όχι μόνο όταν απουσιάζει ο πολιτικώς ενάγων, αλλά ακόμα και όταν εμφανίζεται αυτός ενώπιον του εφετείου υπό την ιδιότητα του μάρτυρα, και

χωρίς να παραιτείται με σχετική δήλωσή του της πολιτικής αγωγής, δεν επαναλαμβάνει την περί παραστάσεώς του ως πολιτικώς ενάγοντος δήλωσή του (Α.Π. 1769/1988 ΝοΒ 1989.617, ΠΧ.ΛΘ. 587).

Κατά το άρθρο 527 Κ.Πολ.Δ, είναι απαράδεκτη η προβολή στην κατ' έφεση δίκη πραγματικών ισχυρισμών που δεν προτάθηκαν στην πρωτόδικη δίκη, εκτός αν, 1) προτείνονται από τον εφεσίβλητο, ενάγοντα, εναγόμενο ή εκείνον που είχε παρέμβει, ως υπεράσπιση κατά της έφεσης, και δεν μεταβάλλεται με τους ισχυρισμούς αυτούς η βάση της αγωγής ή της παρέμβασης, ή προτείνονται από εκείνον που παρεμβαίνει με κυρία παρέμβαση για πρώτη φορά στην κατ' έφεση δίκη ή παρεμβαίνει με πρόσθετη παρέμβαση, θεωρείται όμως αναγκαίος ομόδικος του αρχικού διαδίκου, 2) γεννήθηκαν μετά την τελευταία συζήτηση στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο, 3) συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 269. Το απαράδεκτο λαμβάνεται υπόψη και αυτεπαγγέλτως. Ως νέος ισχυρισμός για τον οποίο ισχύει κατ' αρχήν το απαράδεκτο, πρέπει να θεωρηθεί πλην των άλλων και η ένσταση παραγραφής (Α.Π. 992/1988 ΒΝ συμπλ. ΙΙ 488, Α.Π. 1966/1987 ΒΝ συμπλ. ΙΙ 827, Μ. Μαργαρίτη Ερμ.Κ.Πολ.Δ Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα άρθρ. 527 αριθ. 5), η οποία μπορεί να προβληθεί το πρώτον στην κατ' έφεση δίκη, αν συμπληρώθηκε σε επιδικία, δηλαδή μετά την έκδοση της πρωτόδικης απόφασης, οπότε αποτελεί οψιγενή ισχυρισμό ή συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 269 παρ. 2β' και γ', δηλαδή αυτή αποδεικνύεται με δικαστική ομολογία ή εγγράφως και το δικαστήριο κρίνει ότι ο διάδικος δεν

γνώριζε ούτε μπορούσε να είχε πληροφορηθεί εγκαίρως την ύπαρξη των εγγράφων (Α.Π. 842/1976 ΝοΒ 1977.197, Εφ.Θεσ. 1860/1990 Αρμ. 1990.448). Τέλος, κατά τις διατάξεις των άρθρων 247, 251, 298 και 937 παρ. 1 Α.Κ., η παραγραφή της αξίωσης από αδικοπραξία είναι πενταετής και αρχίζει από τη στιγμή που ο δικαιούχος έλαβε γνώση τόσο της ζημίας, όσο και του υπόχρεου προς αποζημίωση.

Πότε λαμβάνει γνώση ο παθών των δύο αυτών στοιχείων είναι ζήτημα πραγματικό που εκτιμάται κάθε φορά από το δικαστή (βλ. Α.Π. 57/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.497, Γεωργιάδη στον Α.Κ. Γεωργ/Σταθ άρθρ. 937 αριθ. 12).

...Εξ' άλλου το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος, εισάγοντας ως νομικό κανόνα την «αρχή της αναλογικότητας», επιβάλλει σε όλα τα κρατικά όργανα, συνεπώς και τα δικαιοδοτικά, κατά τη στάθμιση των εκατέρωθεν δικαιωμάτων και υποχρεώσεων να λαμβάνουν υπόψη τους την εκάστοτε αντιστοιχία μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και του σκοπού που επιδιώκεται εκάστοτε (βλ. Ολομ.Α.Π 43, 44, 45/2005 Ελλ.Δ/νη 2005.1649, Α.Π. 132/2006 Ελλ.Δ/νη 2006.742). Έτσι, σε περίπτωση προσδιορισμού του ποσού της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης, το δικαστήριο δεν πρέπει μεν να υποβαθμίζει την απαξία της πράξης επιδικάζοντας χαμηλό ποσό, όμως συγχρόνως δεν πρέπει, με ακραίες εκτιμήσεις, να καταλήγει σε εξουθένωση του ενός μέρους και αντίστοιχο υπέρμετρο πλουτισμό του άλλου, διότι τούτο υπερακοντίζει το σκοπό που επιδιώξε ο νομοθέτης, ήτοι την αποκατάσταση της τρωθείσας με την αδικοπραξία κοινω-

νικής ειρήνης (Α.Π. 132/2006 ο.π.). Τέλος, από τη διάταξη του άρθρου 914 Α.Κ., που ορίζει ότι, «όποιος ζημιώσει άλλον παράνομα και υπαίτια έχει υποχρέωση να τον αποζημιώσει», συνάγεται ότι, η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του λόγου από τον οποίο απορρέει η ευθύνη, και της ζημίας που επήλθε, αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για να θεμελιωθεί ευθύνη εκείνου, που ζημίωσε άλλον παράνομα και υπαίτια, και η υποχρέωσή του να τον αποζημιώσει. Δεν υπάρχει όμως αιτιώδης συνάφεια και δεν αποδίδονται τα έξοδα, τα οποία προκαλούνται σ' εκείνον που ζημιώθηκε και έχουν αφορμή μια ποινική δίκη που ανοίχθηκε από τον ίδιο εναντίον εκείνου, ο οποίος τον ζημίωσε. Αυτό ισχύει τόσο για τα έξοδα που έγιναν εξ αφορμής μιας καταγγελίας όσο και εκείνα που έγιναν εξ αφορμής της πολιτικής αγωγής που ασκήθηκε στην ποινική δίκη. Ειδικότερα, δεν αποτελούν ζημία ούτε τα έξοδα στα οποία υποβάλλεται ο ζημιωθείς για την απόκρουση μιας κατ' αυτού ποινικής δίωξης, αλλ' ούτε και τα έξοδα που προκαλούνται από την άσκηση της ποινικής δίωξης και τη δήλωση παράστασης πολιτικής αγωγής εναντίον εκείνου, που επέφερε τη βλάβη, γιατί η πολιτεία έχει αναλάβει την αυτεπάγγελτη φροντίδα για την άσκηση και κίνηση της ποινικής δίωξης (βλ. σχετ. Εφ.Αθ. 3013/1991 αδημ. σε νομικό περιοδικό, Εφ.Πειρ. 68/1990 Πειρ.Νομολ. 1989.489, Εφ.Αθ. 718/1961 ΝοΒ 10.284, Σταθόπουλο στον Α.Κ. Γεωργ/Σταθ άρθρ. 297/298 αριθ. 64, Σταθόπουλο Γενικό Ενοχικό Δίκαιο Ι 1979 σελ. 282, Α. Κρητικό, Αποζημίωση από Τροχαία Αυτοκινητικά Ατυχήματα 1998 αριθ. 154-167).

ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Ε φ ε τ ε ί ο Α θ η ν ώ ν - Α ρ ι θ . 5 5 4 7 / 2 0 0 6

Δικαστές: Ιωάννης Σιμόπουλος (Πρόεδρος Εφετών), Θεόδωρος Τζανάκης (Εφέτης, Εισηγητής)

Δικηγόροι: Γεώργιος Σκιαδόπουλος, Χριστίνα Πραπίδη

Άρθρο: 758 παρ. 2, 58 Α.Κ.

Αφανής Εταιρία. Σχέσεις των εταιρών μεταξύ τους και με τους τρίτους. Κέρδη. Διανομή αυτών στους εταίρους κατά το λόγο της μερίδας τους. Λύση και περάτωση. Επωνυμία με έμμεση αναφορά στο όνομα του αφανούς εταίρου. Παράνομη η συνέχιση της χρήσης της επωνυμίας από τον εμφανή εταίρο σε ατομική επιχείρηση, μετά τη λύση της αφανούς εταιρίας. Αξιώσεις του αφανούς εταίρου.

Αφανής ή συμμετοχική εταιρία είναι η προσωπική χωρίς νομική προσωπικότητα εταιρία, στην οποία ο μεταξύ των εταιρών εταιρικός δεσμός καταλαμβάνει τις προς τα έσω σχέσεις αυτών, ενώ προς τα έξω εμφανίζονται ένας ή περισσότεροι που ονομάζονται εμφανείς εταίροι, οι οποίοι αναπτύσσουν δραστηριότητα έναντι των τρίτων ιδίω ονόματι (βλ. Ν. Ρόκα, Εμπορικά εταιρίες 1974 παρ. 21 σελ. 90, Εφ.Αθ. 5060/1995 Ε.Εμπ.Δ. 1996, 603). Η αφανής εταιρία λύεται για τους ίδιους λόγους για τους οποίους λύεται και η αστική εταιρία, εφαρμόζονται δε οι διατάξεις των άρθρων 765 επ. Α.Κ. Μεταξύ των λόγων λύσεως της εταιρίας περιλαμβάνεται και η ομόφωνη συμφωνία των εταιρών για τη λύση της (βλ. Λιακόπουλο, Α.Κ. Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, άρθρο 765 αρ. 13, Γεωργακόπουλο, Το δίκαιον των εταιριών, τ.Ι, σελ. 391-392).

Εξάλλου, μετά τη λύση της αφανούς εταιρίας, κατά την κρατούσα γνώμη, επέρχεται και η περάτωσή της γιατί, λόγω ελλείψεως εταιρικής περιουσίας, δεν υπάρχει ανάγκη να ακολουθήσει το στάδιο της εκκαθάρισης, εκτός αν υπάρχει μεταξύ τους αντίθετη συμφωνία ή αν το δικαστήριο κρίνει ότι πρέπει να προηγηθεί η εκκα-

θάρισή της (βλ. Ν. Ρόκα, ό.π., Κ. Παμπούκη, Δίκαιον Εμπορικών εταιριών τ. Ι, παρ. 20 Π 1, Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Εμπορικών εταιριών τ. Α' 1993 παρ. 31 σελ. 125 και επ., Λιακόπουλο, ό.π. άρθρο 765 αρ. 11, Α.Π. 513/1991 Ελλ.Δ/νη 33.887, Εφ.Αθ. 6509/2002 ΔΕΕ 2003.54, Εφ.Αθ. 5060/1995 ό.π., Εφ.Αθ. 6841/1994 Ε.Εμπ.Δ. 1995.417, Εφ.Θεσ 63/1989 Ε.Εμπ.Δ. 90.61, Εφ.Αθ. 3478/1985 Ε.Εμπ.Δ. 1986.287). Ενόψει των ανωτέρω, μετά τη λύση της εταιρίας, μπορεί ο αφανής εταίρος να αξιώσει την καταβολή της αναλογίας του από τα τυχόν υπάρχοντα κέρδη της εταιρίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 779, 780 παρ. 2 και 3 και 782 Α.Κ., τα οποία εφαρμόζονται αναλόγως (βλ. Εφ.Αθ. 5060/1995 ό.π.). Ως κέρδος κατά την έννοια του νόμου νοείται το καθαρό κέρδος, δηλαδή το καθαρό προϊόν που απομένει μετά την αφαίρεση των εξόδων. Η ύπαρξη εξόδων που πρέπει να αφαιρεθούν από τα ακαθάριστα έσοδα αποτελεί ένσταση, που αποκλείεται στον εμφανή εταίρο να προτείνει, όταν ενάγεται για την απόδοση στον αφανή εταίρο της ανήκουσας στον τελευταίο μερίδας από τα αποκτηθέντα κατά την εταιρική δράση (Α.Π. 1629/2001 Ελλ.Δ/νη 43.418, Α.Π.

243/1995 Ε.Εμπ.Δ. ΜΣΤ. 607), μπορεί δε η σχετική αξίωση να ασκηθεί και με αυτοτελή αγωγή. Εξάλλου, ως αποκτηθείσα από την εταιρική δραστηριότητα περιουσία, νοείται και η υπεραξία της εταιρικής επιχειρήσεως ως συνόλου, που δημιουργείται επιπλέον της τρέχουσας συναλλακτικής αξίας των συγκροτούντων αυτή επί μέρους υλικών περιουσιακών στοιχείων και οφείλεται στην καλή φήμη, την πελατεία και την καλή πορεία των εταιρικών υποθέσεων [βλ. Δελούκα, Η εμπορική επιχείρησης και η προστασία αυτής 1977, τ. 1^ο, σελ. 4-5, Λιακόπουλο, Βιομηχανική ιδιοκτησία έκδ. Β' (1988) τ. Ι, σελ. 72, σημ. 15α].

Περαιτέρω, από τη διάταξη του άρθρου 766 Α.Κ., η οποία ορίζει ότι η εταιρία που έχει συσταθεί για ορισμένο χρόνο λύεται με καταγγελία και πριν από την πάροδο του χρόνου αυτού αν υπάρχει σπουδαίος λόγος, σε συνδυασμό προς το άρθρο 767 του ίδιου Κώδικα, που αναφέρεται στη λύση της εταιρίας αορίστου χρόνου με καταγγελία, συνάγεται ότι η αφανής εταιρία ορισμένου χρόνου λύεται και πριν από την πάροδο του χρόνου αυτού με καταγγελία κάποιου εταίρου, η οποία απευθύνεται στους άλλους, χωρίς να απαιτείται προηγουμένως δικαστική απόφαση που να βεβαιώνει την ύπαρξη του λόγου αυτού. Η λύση της εταιρίας επέρχεται οπωσδήποτε με την καταγγελία, η δε άκαιρη λύση από τον καταγγέλλοντα ως μόνη συνέπεια έχει

την υποχρέωσή του προς αποζημίωση των λοιπών για την επελθούσα σ' αυτούς από την άκαιρη καταγγελία ζημία σε περίπτωση ανυπαρξίας σπουδαίου λόγου (βλ. Κανκά, Ενοχ. υπ' αριθ. 766 αρ. 7, Α.Π. 427/1978 ΝοΒ 27.193, Α.Π. 8229/1977 ΝοΒ 26.1075, Εφ.Αθ. 8129/1977 ΝοΒ 26.1051, Εφ.Αθ. 373/1977 Ε.Εμπ.Δ. ΚΗ. 206).

Εξάλλου, είναι δυνατόν ο εμφανής εταίρος να χρησιμοποιεί κατά την άσκηση της εταιρικής εμπορικής δραστηριότητας ορισμένη επωνυμία με την οποία η επιχείρηση να έχει γίνει γνωστή στην πελατεία της. Εάν στην επωνυμία της επιχειρήσεως που ασκεί ο εμφανής εταίρος γίνεται έστω και έμμεση αναφορά στο όνομα του αφανούς εταίρου και συνεπώς στην πραγματική εταιρική μορφή του φορέα αυτής, εν γνώσει των τρίτων πελατών της, τότε η συνέχιση της ασκήσεως αυτής ατομικά μόνο υπό τον εμφανή εταίρο υπό την ίδια επωνυμία συνιστά παράνομη χρήση της τελευταίας ως προς το όνομα του αφανούς εταίρου, διότι δημιουργείται παραπλάνηση του κοινού ως προς τον φορέα της επιχειρήσεως σε φυσικό πρόσωπο (βλ. αναλογικά επί μεταβιβάσεως εταιρικής επιχειρήσεως σε φυσικό πρόσωπο, Ν. Δελούκα, ό.π., σ. 55 τέλος). Επομένως, η χρήση αυτής ως παράνομη, δίνει αξίωση στον φορέα του ονόματος αφανή εταίρο για άρση της προσβολής και παράλειψη στο μέλλον (άρθρο 58 Α.Κ.).

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Η με αριθμό 5547/2006 απόφαση του Εφετείου Αθηνών επιλύει σειρά θεμάτων σχετικά με την αφανή (μετοχική ή πιο ορθά συμμετοχική) εταιρία.

1. Η αφανής εταιρία είναι προσωπική εταιρία, χωρίς νομική προσωπικότητα. Ο εμφανής ε-

ταίρος ασκεί κατ’ αρχήν εμπορική δραστηριότητα επ’ ονόματί του. Ο εταιρικός δεσμός λειτουργεί μόνον όσον αφορά στις εσωτερικές σχέσεις των εταίρων. Ρυθμίζεται νομοθετικά από τα άρθρα 47 – 50 Εμπ.Ν. καθώς και από τις διατάξεις των άρθρων 741 επ. Α.Κ. περί αστικής εταιρίας, οι οποίες τυγχάνουν εφαρμογής μόνον εφ’ όσον δεν αντιτίθενται στο χαρακτήρα της εταιρίας ως εσωτερικής¹.

Η αφανής εταιρία, η οποία συνιστάται με άτυπη εταιρική σύμβαση, στερείται νομικής προσωπικότητας και δεν έχει εταιρική περιουσία. Η τυχόν αποκτηθείσα από την άσκηση εμπορικής δραστηριότητας περιουσία, ανήκει στον εμφανή εταίρο, ο οποίος ευθύνεται αποκλειστικά έναντι των τρίτων για τα εταιρικά χρέη.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 758 παρ. 2 Α.Κ., η οποία εφαρμόζεται επί των εμπορικών εταιριών κατά τη σαφή διατύπωση του άρθρου 18 Εμπ.Ν., τα αποκτηθέντα από την άσκηση της εμπορικής δραστηριότητας κέρδη, διανέμονται στους εταίρους κατά το λόγο της εταιρικής τους μερίδας. Έτσι και νομολογιακά γίνεται δεκτό ότι ο εμφανής εταίρος υποχρεούται να διανέμει στους αφανείς τα τυχόν αποκτήματα².

Στη θεωρία υποστηρίζεται και η αντίθετη άποψη κατά την οποία η εφαρμογή της 758 παρ. 2 Α.Κ. προϋποθέτει εξωτερική εταιρία, η δε διανομή των κερδών αποτελεί υποχρέωση του εμφανούς εταίρου μόνον εφ’ όσον υπάρχει σχετική περί τούτου συμφωνία των εταίρων της αφανούς εταιρίας³.

2. Κατά την κρατούσα γνώμη, η αφανής εταιρία περατώνεται με τη λύση της, χωρίς αυτή να περιέρχεται στο στάδιο της εκκαθάρισης, όπως ορθά γίνεται δεκτό από τη σχολιαζόμενη απόφαση, εξαιτίας της μη ύπαρξης εταιρικής περιουσίας, εκτός αν αυτή (εκκαθάριση) κριθεί απαραίτητη από το Δικαστήριο ή υπάρχει αντίθετη συμφωνία των εταίρων⁴. Έτσι ο αφανής εταίρος μπορεί να αξιώσει τη διανομή των τυχόν αποκτηθέντων κερδών, εφαρμοζομένων αναλογικώς των διατάξεων περί εκκαθαρίσεως αστικής εταιρίας εφ’ όλων των αποκτημάτων της. Υποστηρίζεται όμως και η άποψη ότι μετά την λύση της αφανούς εταιρίας, οι περί εκκαθαρίσεως διατάξεις του Α.Κ. εφαρμόζονται αναλογικά μόνον όσον αφορά στα κοινά περιουσιακά στοιχεία, όταν δηλαδή υφίσταται συγκυριότητα των εταίρων επ’ αυτών (εξ’ αδιαιρέτου κοινωνία), ενώ και πάλι δεν αναγνωρίζεται η ύπαρξη εταιρικής περιουσίας. Έτσι, και με την παραδοχή της ανυπαρξίας εταιρικής περιουσίας, η διανομή των λοιπών αποκτημάτων της εταιρίας διακανονίζεται από τον εσωτερικό ενοχικό δεσμό μεταξύ των εταίρων.

3. Ορθά επίσης γίνεται δεκτό από την απόφαση που σχολιάζεται, ότι μεταξύ των αποκτημάτων της αφανούς εταιρίας περιλαμβάνεται και η υπεραξία της επιχείρησης (άνλη αξία), της οποίας στοιχεία είναι η καλή φήμη, η σταθερή πελατεία και η ανταγωνιστικότητα καθώς και η εν γένει καλή πορεία της⁵.

1. Παμπούκη Κ., Δίκαιον Εμπορικών Εταιριών, χχ, σελ. 166 επ.

Αλεξανδρίδου Ελ., Δίκαιον Εμπορικών Εταιριών, τεύχος α’, έκδ. 1993, σελ. 125.

Λεβαντή Ελ., Δίκαιον των Εμπορικών Εταιριών, έκδ. 1985, τόμος 1ος, σελ. 301 επ.

Ρόκα Ν., Εμπορικές Εταιρίες, 1984, σελ. 82 επ.

Το δίκαιο των προσωπικών εταιριών, επιμέλεια ύλης Ν. Ρόκα, έκδοση ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ 2001, τόμος 2ος σελ. 764 επ.

2. Πολ.Πρ.Αθ. 5722/1998 Ε.Εμπ.Δ. 1999.312

3. Αλεξανδρίδου Ελ. ό.π. σελ. 133

4. Εφ.Δωδ. 130/2006 ΝΟΜΟΣ, Εφ.Πατρών 149/2006 ΔΕΕ 2007.53

5. Πολ.Πρ.Αθ. 5722/1998 ό.π.

4. Τόσο η σχολιαζόμενη απόφαση, όσο και τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης, εμφανίζουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον στο μείζονος σημασίας ζήτημα της χρήσης του ονόματος του αφανούς εταίρου στην επωνυμία της εταιρικής επιχείρησης. Τέτοια χρήση είναι κατ' αρχήν επιτρεπτή κατά τη διάρκεια και πριν από τη λύση της αφανούς εταιρίας, αφού αυτή ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Οι τρίτοι πελάτες της επιχείρησης είναι δυνατόν να αναγνωρίζουν ότι πρόκειται περί εταιρικής και όχι περί ατομικής επιχείρησης του εμφανούς της εταίρου, χωρίς αυτό να επιδρά στη νομική φύση της εταιρίας⁶. Η αναφορά του ονόματος του αφανούς εταίρου στην επωνυμία της επιχείρησης μπορεί να είναι και έμμεση (εδώ με το αρχικό του υποκοριστικού του ονόματος).

Η σχολιαζόμενη απόφαση αντιμετωπίζει, ορθά κατά τη γνώμη μας, το επιτρεπτό ή μη της εξακολούθησης της αναφοράς του ονόματος του αφανούς εταίρου (έστω και έμμεσης) στην επωνυμία της επιχείρησης που ο εμφανής εταίρος συνεχίζει να λειτουργεί και να εκμεταλλεύεται ατομικά μετά τη λύση της αφανούς εταιρίας. Τέτοια αναφορά, που συνιστά παραπλάνηση του κοινού, είναι παράνομη, αντικείμενη στη διάταξη του άρθρου 58 του Α.Κ.^{7,8} Γεννάται δε αξίωση του αφανούς εταίρου για άρση της συγκεκριμένης προσβολής και παράλειψή της στο μέλλον. Δεν αποκλείεται και αξίωση του προσβληθέντος για αποζημίωση από αδικοπραξία (άρθρο 914 Α.Κ.) αν η προσβολή είναι υπαίτια. Γίνεται δεκτό ότι η προστασία του ονόματος αφορά σε όλα τα στοιχεία αυτού, ακόμη και στις παραλλαγές του. Δύναται επίσης ο ζημιωθείς να εγείρει αξίωση για την αποκατάσταση της ηθικής του βλάβης κατ' άρθρο 59 Α.Κ., για τη θεμελίωση της οποίας, κατά την ορθή και κρατούσα άποψη, απαιτείται υπαιτιότητα του προσβαλόντος⁹.

Βαγγέλης Κάτης, Φιλήμων Χριστοφοράκης*

* Οι Βαγγέλης Κάτης και Φιλήμων Χριστοφοράκης είναι Δικηγόροι Ηρακλείου.

6. Δελούκα Ν., Η εμπορική επιχείρησης και η προστασία αυτής, 1977, τεύχος 1ο, σελ. 4-5.

7. Πολ.Πρ.Αθ. 5722/1998 ό.π.

8. Πολ.Πρ.Αθ. 5722/1998 ό.π.

9. Βαθρακοκοίλη Β., Αναλυτική Ερμηνεία – Νομολογία Α.Κ., 1992, Α' τόμος, σελ. 111.

Ε φ ε τ ε ί ο Κ ρ ή τ η ς - Α ρ ι θ . 4 8 2 / 2 0 0 6

Δικαστές: Αντώνιος Αθηναίος (Πρόεδρος Εφετών), Ερμιόνη Περράκη (Εφέτης),

Κωνσταντίνος Γεωργιάδης (Εφέτης, Εισηγητής)

Δικηγόροι: Μελπομένη Μπαντουβάκη, Γεώργιος Στυλιανάκης

Άρθρα: 200 Α.Κ., 503007/29.1.1976 απόφαση Γενικού Γραμματέα ΕΟΤ που απέκτησε ισχύ νόμου με το άρθρο 8 Ν. 1652/1986

Σύμβαση μίσθωσης allotment (κράτηση υπό προειδοποίηση), δηλαδή σύμβαση μεταξύ ξενοδόχων και τουριστικών γραφείων ή ταξιδιωτικών οργανισμών ή ομάδας πελατών που αφορά σε κράτηση συγκεκριμένου αριθμού κλινών, για ορισμένη χρονική περίοδο, προς συνεχή αποστολή εναλλασσόμενων πελατών.

Απαραίτητο στοιχείο της παραπάνω σύμβασης είναι ο καθορισμός ανώτατου και κατώτατου αριθμού διανυκτερεύσεων σε μία ορισμένη χρονική περίοδο. Στην περίπτωση που δεν έχει καθορισθεί αυτό το όριο, υπάρχει απλή μίσθωση πράγματος στην οποία εφαρμόζονται οι ανάλογες διατάξεις του Α.Κ. Στη σύμβαση allotment ο μισθωτής των κλινών καταβάλλει το μίσθωμα μόνο για όσες κλίνες χρησιμοποίησε, χωρίς υποχρέωση αποζημίωσης για τις μη χρησιμοποιηθείσες, με μόνη υποχρέωσή του την κάλυψη του κατώτατου ορίου διανυκτερεύσεων.

Με την 503007/29.1.1976 απόφαση του Γενικού Γραμματέα του ΕΟΤ «περί κανονισμού σχέσεων ξενοδόχων και πελατών αυτών», που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του Α.Ν. 1656/1950 και κυρώθηκε και απέκτησε ισχύ νόμου με το άρθρο 8 του Ν. 1652/1986, ορίστηκαν μεταξύ άλλων και τα εξής: 1) Με το άρθρο 3 ότι: «Ο παραγγέλων δωματία με προκαθορισμένην την χρονικήν περίοδον χρησιμοποιήσεώς των και μη τελικώς χρησιμοποιήσας ταύτα δι' όλην ή μέρος της περιόδου οφείλει να αποζημιώσει τον ξενοδόχον με το ήμισυ της συμφωνηθείσης τιμής δια την περίοδον που δεν εχρησιμοποιήθησαν. Εάν όμως ο πελάτης προειδοποίησε τον ξενοδόχον προ 21 τουλάχιστον ημερών, τότε απαλλάσσεται της αποζημιώσεως υποχρεουμένου του ξενοδόχου εις την άμεσον επιστροφήν τυχόν εισπραχθείσης προκαταβολής». 2) Με το άρθρο 12 παρ. 3 ότι: «Εις περίπτωσιν καθ' ην το τουριστικόν γραφείον ή ο ταξιδιωτικός οργανισμός δεν καλύψη το συμφωνηθέν κατώτατον όριον του allotment εκάστου μηνός, ο ξενοδόχος δικαιούται α-

ποζημιώσεως υπολογιζομένης επί της συμφωνηθείσης τιμής διανυκτερεύσεως και ανερχομένης εις το ήμισυ του παραμένοντος ακαλύπτου υπολοίπου του κατωτάτου ορίου του allotment». Η έννοια της σύμβασης Allotment (κράτηση υπό προειδοποίηση) περιέχεται στο άρθρο 11 της ίδιας απόφασης, που ορίζει ότι «συμφωνία συμβόλαια μεταξύ ξενοδόχων και τουριστικών γραφείων ή ταξιδιωτικών οργανισμών είτε ομάδος πελατών δια κράτησιν αριθμού κλινών δι' ορισμένην χρονικήν περίοδον προς συνεχή αποστολήν εναλλασσομένων πελατών (allotment), δέον όπως περιλαμβάνουσι εκτός τυχόν λοιπών όρων: α) την συμφωνηθείσαν τιμήν απλής διανυκτερεύσεως, ή μετά πρωϊνού ή μετά ημιδιατροφής ή μετά πλήρους διατροφής, β) τον τύπον των δωματίων, γ) την ακριβή χρονικήν διάρκειαν της μισθώσεως και δ) τον συμφωνηθέντα αριθμόν διανυκτερεύσεων κατά μήνα κατ' ανώτατον και κατώτατον όριον». Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι πραγματικά αναγκαίο και ιδιαίτερο χαρακτηριστικό στοιχείο της συμφωνίας αυτής είναι

ο συμβατικός καθορισμός κατωτάτου και ανωτάτου αριθμού διανυκτερεύσεων μέσα σε μια ορισμένη χρονική περίοδο, χωρίς τον οποίο δεν υπάρχει σύμβαση allotment (Α.Π. 162/1990 ΝοΒ 39.546, Εφ.Δωδ. 90/1989 Αρμ. 44.430). Κατά την εν λόγω σύμβαση (allotment) ο ξενοδόχος είναι υποχρεωμένος να διαθέτει στον αντισυμβαλλόμενο του το ανώτατο όριο κλινών, ενώ ο μισθωτής των κλινών καταβάλλει το μίσθωμα μόνο για όσες κλίνες χρησιμοποιήσε, χωρίς υποχρέωση καταβολής αποζημίωσης για τις μη χρησιμοποιηθείσες κλίνες, αναλαμβάνοντας μόνο την υποχρέωση κάλυψης του κατωτάτου ορίου. Οι ρυθμίσεις αυτές βέβαια δεν ισχύουν, αν τα μέρη, κατά την κατάρτιση της σύμβασής τους, δεν περιέλαβαν ανώτατο και κατώτατο όριο κάλυψης, οπότε έχουμε απλά μια μικτή σύμβαση με προέχοντα οικονομικά το μισθωτικό χαρακτήρα και εφαρμογή όχι πια του Κανονισμού αλλά των κοινών διατάξεων του Αστ. Κώδικα για τη μίσθωση πράγ-

ματος (Εφ.Δωδ. 90/1989 ό.π.). Περαιτέρω, η διάταξη του άρθρου 200 του Α.Κ., κατά την οποία οι συμβάσεις ερμηνεύονται όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη, εισάγει ερμηνευτικό κανόνα των δικαιοπρακτικών δηλώσεων βούλησης, που έχουν διατυπωθεί ατελώς ή η έννοιά τους είναι αμφίβολη, οπότε το περιεχόμενό τους προσδιορίζεται με την ερμηνεία (Α.Π. 651/1999 Δ/νη 41.437). Τέλος, η φύση της σύμβασης δεν εξαρτάται από την ονομασία που της προσδίδουν οι συμβαλλόμενοι. Ο χαρακτηρισμός της αποτελεί έργο του δικαστηρίου, που συνάγει τη σχετική κρίση του από το περιεχόμενο των συμφωνηθέντων και καθορίζει βάσει τούτων τους κανόνες δικαίου που αρμόζουν και πρέπει να εφαρμοστούν στη σχέση, προσφεύγοντας, αν χρειαστεί, και σε στοιχεία εκτός της σύμβασης, όταν αυτά συνδέονται με τα συμφωνηθέντα κατά τρόπο που επηρεάζει το αποτέλεσμα (Α.Π. 111/1996 Δ/νη 37.1347).

Π ο λ υ μ ε λ έ ς Π ρ ω τ ο δ ι κ ε ί ο Η ρ α κ λ ε ί ο υ - Α ρ ι θ . 1 6 / 2 0 0 7

Δικαστές: Γεώργιος Μίνσης (Πρόεδρος Πρωτοδικών), Μαρία Σγουρού (Πρωτοδίκης), Φραγκίσκος Βόσσορ (Πρωτοδίκης, Εισηγητής)

Δικηγόροι: Γεώργιος Γιαχνάκης, Δ. Κουτσούκη, Ε. Μαζαράκη, Π. Τσουμάνης

Άρθρα: 1 παρ. 2, 8, 9 Π.Δ. 219/1991 «περί εμπορικών αντιπροσώπων», Οδηγία 86/653 ΕΟΚ, 1Ν. 146/1914, 2α Ν. 703/1977 «περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού», 297, 298, 914, 299, 57, 59, 281, 147, 154, 155 Α.Κ.

Σύμβαση αντιπροσωπείας - σύμβαση αποκλειστικής διανομής. Ομοιότητες - διαφορές. Είναι επιτρεπτή η ad hoc αναλογική εφαρμογή του Π.Δ. 219/1991 «περί εμπορικών αντιπροσώπων» και σε άλλες διαρκείς συμβάσεις διαμεσολάβησης στο εμπόριο, όπως σε αυτήν της αποκλειστικής διανομής υπό προϋποθέσεις.

Εξομοιώνονται με συμβάσεις αορίστου χρόνου οι λεγόμενες «αλυσιδωτές συμβάσεις» εμπορικής αντιπροσωπείας ή αποκλειστικής διανομής, δηλαδή οι συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται για ορισμένο χρόνο και διαρκούν για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα με ταυτόσημο ή κυρίως ίδιο περιεχόμενο. Προϋποθέσεις λύσης της σύμβασης αποκλειστικής διανομής (τακτική-έκτακτη καταγγελία).

Έννοια του όρου αποζημίωση πελατείας Π.Δ. 219/1991 σε περίπτωση λύσης της σύμβασης αντιπροσωπείας. Θεωρία της αμοιβής. Θεωρία της επιείκειας. Όροι γέννησης της απαίτησης. Αναλογική εφαρμογή επί λύσεως σύμβασης αποκλειστικής διανομής-προϋποθέσεις αποζημίωσης. Περαιτέρω αξίωση του αντιπροσώπου (αποκλειστικού διανομέα) για θετική/αποθετική ζημία σε περίπτωση άκυρης ή καταχρηστικής καταγγελίας της σύμβασης. Δεν ταυτίζεται στην προκειμένη περίπτωση το διαφυγόν κέρδος με τις προμήθειες τις αναφερόμενες στο άρθρο 9 Π.Δ. 219/1991.

Επιπλέον αξίωση αποζημίωσης του εμπορικού αντιπροσώπου (αποκλειστικού διανομέα) βάσει των διατάξεων των Ν. 703/1977, 146/1914 & 914, 919 Α.Κ.

Αξίωση αποκατάστασης ηθικής βλάβης κατά τα άρθρα 299 και 932 Α.Κ. ή 299 και 59 Α.Κ.

Ι. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 του Π.Δ. 219/1991 «περί εμπορικών αντιπροσώπων», που εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς την Οδηγία 86/653/ΕΟΚ του Συμβουλίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για το συντονισμό των δικαίων των κρατών-μελών όσον αφορά στους εμπορικούς αντιπροσώπους (ανεξάρτητους επαγγελματίες), όπως τροποποιήθηκε με τα Π.Δ. 249/1993, 88/1994 και 312/1995, εμπορικός αντιπρόσωπος είναι εκείνος στον οποίο ανατίθεται, υπό την ιδιότητά του ως ανεξάρτητου μεσολαβητή, σε μόνιμη βάση, είτε να διαπραγματεύεται για λογαριασμό άλλου προσώπου, το οποίο καλείται «αντιπροσωπευόμενος», την πώληση ή την αγορά εμπορευμάτων, είτε να διαπραγματεύεται και να συνάπτει τις πράξεις αυτές επ' ονόματι και για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου. Με αυτήν τη σύμβαση, ο αντιπροσωπευόμενος (παραγωγός ή χονδρέμπορος) αναθέτει, σε μόνιμη βάση, στον εμπορικό του αντιπρόσωπο, έναντι αμοιβής (προμήθειας), συνήθως για ορισμένη περιοχή, τη μέριμνα των υποθέσεών του, η οποία, ως υποχρέωση του αντιπροσώπου, κατευθύνεται είτε στη διαπραγμάτευση είτε στη σύναψη σύμβασης πώλησης ή αγοράς εμπορευμά-

των στο όνομα και για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου. Περαιτέρω, κατά την απορρέουσα από τις διατάξεις των άρθρων 5 παρ. 1 του Συντάγματος και 361 του Α.Κ. αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, τα μέρη είναι ελεύθερα να διαπλάσσουν τις έννομες σχέσεις τους σε μεγάλο μέτρο και δεν είναι υποχρεωμένα να ακολουθούν τα πρότυπα που θέτει ο νόμος. Έτσι, δημιούργημα της σύγχρονης οικονομίας και μόρφωμα, που εξυπηρετεί τις συναλλακτικές ανάγκες της διεπιχειρησιακής συνεργασίας ως απόρροια της παραπάνω αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων και, ιδίως, της ελευθερίας προσδιορισμού του περιεχομένου τους, αποτελεί και η σύμβαση αποκλειστικής διανομής, δηλαδή η ιδιόρρυθμη διαρκής, αμφοτεροβαρής, άτυπη ενοχική σύμβαση με εμπορικό χαρακτήρα, κατά τη διάρκεια της οποίας ο ένας συμβαλλόμενος (παραγωγός ή χονδρέμπορος) υποχρεούται να πωλεί, αποκλειστικά για μια ορισμένη περιοχή, στον άλλον (διανομέα) τα συμβατικά εμπορεύματα, τα οποία, στη συνέχεια, ο τελευταίος μεταπωλεί σε τρίτους στο δικό του όνομα, για δικό του λογαριασμό και με δικό του επιχειρησιακό κίνδυνο. Και ενώ, κατ' αρχήν, σε αντίθεση με τον αποκλειστικό δια-

νομέα, που συναλλάσσεται με τους τρίτους στο όνομα και για λογαριασμό του, αναλαμβάνοντας πλήρως τον επιχειρησιακό κίνδυνο, ο εμπορικός αντιπρόσωπος εκτελεί βοηθητική εργασία διαμεσολάβησης, στο όνομα και για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου, τελικά δεν αποκλείεται μια συγκεκριμένη σύμβαση αποκλειστικής διανομής να προσομοιάζει, κατά περιεχόμενο, με τη σύμβαση της εμπορικής αντιπροσωπείας προς την οποία και να ταυτίζεται κατά τα ουσιώδη μέρη. Επί της σύμβασης αποκλειστικής διανομής, εφόσον ελλείπουν διατάξεις στον Εμπ.Ν. που να τη ρυθμίζουν και, εν προκειμένω, υφίσταται ακούσιο (γνήσιο) νομοθετικό κενό, εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις περί εντολής (άρθρα 713 επ. του Α.Κ.) και αντιπροσωπείας (άρθρα 210 επ. του Α.Κ.) σε συνδυασμό, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, με αυτές του Π.Δ. 219/1991 «περί εμπορικών αντιπροσώπων» (ιδίως των άρθρων 8 και 9 αυτού), κατά το μέρος που προσαρμόζονται στη φύση και στο περιεχόμενο της συγκεκριμένης σύμβασης αποκλειστικής διανομής, η οποία ομοιάζει κατά τα ουσιώδη (κρίσιμα) σημεία της, με εκείνη της εμπορικής αντιπροσωπείας. Όλα δε αυτά υπό το πρίσμα της κατά το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος θεμελιώδους αρχής της ισότητας και της αρχής της καλής πίστης που απορρέει από το άρθρο 288 του Α.Κ., ιδίως: α) εάν ο διανομέας ενεργεί ως τμήμα της εμπορικής οργάνωσης του αντισυμβαλλομένου του, έχοντας την ίδια ασθενή θέση και έντονη εξάρτηση από τον παραγωγό, αλλά και τον αυτό βαθμό ένταξης στο δίκτυο διανομής, με

τον τύπο του εμπορικού αντιπροσώπου, τον οποίο ο κοινοτικός νομοθέτης είχε υπόψη του όταν θέσπισε τις προστατευτικές διατάξεις της παραπάνω Οδηγίας, β) εάν αυτός συμβάλλει στην επέκταση της πελατείας του αντισυμβαλλομένου του, επιτελών σε σημαντική έκταση καθήκοντα συγκρίσιμα με εκείνα του εμπορικού αντιπροσώπου, συνδεδεμένος με το δίκτυο πωλήσεων του παραγωγού ή χονδρεμπόρου, όπως ο αντιπρόσωπος, γ) εάν αναλαμβάνει την υποχρέωση να μην ανταγωνίζεται τον αντισυμβαλλόμενο του, δ) εάν το πελατολόγιό του κατά τη σύμβαση είναι σε γνώση του αντισυμβαλλομένου του και, μάλιστα, μετά τη λύση της σύμβασης διανομής, περιέχονται οι πελάτες του στον τελευταίο και ε) εάν, γενικά, η οικονομική δράση του διανομέα και τα οικονομικά του οφέλη (ανεξάρτητα από τον τυπικό νομικό χαρακτηρισμό τους) είναι όμοια με εκείνα του αντιπροσώπου. Στα πλαίσια δε του κοινοτικού δικαίου ο παραγγελιοδόχος αντιπρόσωπος, καθώς και άλλα πρόσωπα που διαμεσολαβούν στο εμπόριο κατά την πώληση προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών (όπως είναι και ο διανομέας) δεν εμπίπτουν ευθέως στο πεδίο εφαρμογής των αναγκαστικού δικαίου διατάξεων της Οδηγίας 86/653/ΕΟΚ για το συντονισμό των δικαίων των κρατών-μελών, όσον αφορά στους εμπορικούς αντιπροσώπους, ούτε είναι δυνατόν να επιβληθεί στα κράτη μέλη η αναλογική εφαρμογή της εν λόγω Οδηγίας στα λοιπά αυτά πρόσωπα μέσω της νομολογίας του ΔΕΚ. Εφόσον, όμως, δεν ανιχνεύεται ούτε εξ αντιδιαστολής, στην προαναφερόμενη Οδηγία βού-

ληση του κοινοτικού νομοθέτη να απαγορεύσει στα κράτη-μέλη να θεσπίσουν παρόμοιους εθνικούς προστατευτικούς κανόνες και για τα λοιπά διαμεσολαβούντα στο εμπόριο πρόσωπα, δεν μπορεί να συναχθεί, ούτε από το εθνικό νομοθέτημα που ενσωμάτωσε την Οδηγία στο εσωτερικό δίκαιο (Π.Δ. 219/1991), αντίστοιχου περιεχομένου βούληση του εθνικού νομοθέτη για τη μη παροχή ανάλογης προστασίας στα πρόσωπα αυτά. Ούτε, βεβαίως, μπορεί να συναχθεί από μία απλή πράξη συμμόρφωσης προς την Οδηγία σε εκπλήρωση κοινοτικής υποχρέωσης, παρόμοια βούληση του εθνικού νομοθέτη, με επίκληση του επιχειρήματος από τη σιωπή του νομοθετήματος, με το οποίο έγινε η παραπάνω συμμόρφωση. Είναι, λοιπόν, φανερό ότι η νομοθετική αυτή κατάσταση σε κοινοτικό επίπεδο (που δημιουργήθηκε με την ως άνω Οδηγία) δεν εμποδίζει τον εθνικό νομοθέτη να προβλέπει, για την προστασία των λοιπών διαμεσολαβούντων στο εμπόριο προσώπων (επομένως και για τον διανομέα), πρόσφορους κανόνες, εμπνεόμενος από τις διατάξεις της Οδηγίας 86/653/ΕΟΚ, εφόσον αυτό είναι προφανώς χρήσιμο και καθόσον καμία άλλη διάταξη του κοινοτικού δικαίου δεν το εμποδίζει. Από αυτά έπεται ότι και από πλευράς κοινοτικού δικαίου είναι επιτρεπτή η, μέσω της δικαιοπλαστικής εξουσίας του εθνικού δικαστή, ad hoc αναλογική εφαρμογή του Π.Δ. 219/1991 για τους εμπορικούς αντιπροσώπους σε άλλες διαρκείς συμβάσεις διαμεσολάβησης στο εμπόριο, όπως σε αυτήν της αποκλειστικής διανομής, υπό προϋποθέσεις και με τρόπο που

προσήκει στην ίδια τη φύση της αναλογικής εφαρμογής, με κύρια κριτήρια την ομοιότητα (όχι ταυτότητα) των καταστάσεων, την ύπαρξη παρόμοιας κατάστασης συμφερόντων και, ενόψει του κατεξοχήν προστατευτικού για τον εμπορικό αντιπρόσωπο χαρακτήρα των περισσότερων διατάξεων του Π.Δ. 219/1991, τη διαπίστωση ανάλογης ανάγκης προστασίας (Α.Π. 212/2006 ΝΟΜΟΣ, Α.Π. 139/2006 ΔΕΕ 2006.249, Α.Π. 849/2002 ΝοΒ 2003.47, Εφ.Αθ. 5879/2005 ΔΕΕ 2006.192, Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988).

II. Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 8 παρ. 3 του Π.Δ. 219/1991, όταν η σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας ή η σύμβαση αποκλειστικής διανομής είναι αορίστου χρόνου, καθénas από τους συμβαλλόμενους μπορεί να την καταγγείλει με τήρηση της οριζόμενης στην παρ. 4 προθεσμίας και κατά την παρ. 8 του ίδιου άρθρου, η σύμβαση αορίστου χρόνου μπορεί να καταγγελθεί, κατά πάντα χρόνο και χωρίς την τήρηση των προθεσμιών της παρ. 4, σε περίπτωση κατά την οποία ένα εκ των μερών παραλείψει την εκτέλεση του συνόλου ή μέρους των συμβατικών του υποχρεώσεων, καθώς και σε περίπτωση έκτακτων περιστάσεων. Ως αορίστου χρόνου θεωρείται η σύμβαση όταν από την αρχή δεν έχει τεθεί χρόνος λήξης αυτής ή όταν έχει συναφθεί μεν ως ορισμένου χρόνου αλλά, μετά την πάροδο του χρόνου αυτού, εξακολουθεί χωρίς νέο καταληκτικό χρονικό προσδιορισμό. Επίσης, ως αορίστου χρόνου ισχύουσες συμβάσεις θεωρείται ότι είναι και οι λεγόμενες «αλυσιδωτές συμβάσεις». Με τον όρο αυτό χαρα-

κτηρίζονται οι συμβάσεις οι οποίες συνάπτονται για ορισμένο χρόνο και με το ταυτόσημο ή κυρίως ίδιο περιεχόμενο διαρκούν περαιτέρω για ένα χρονικό διάστημα. Χαρακτηριστικό γνώρισμα των συμβάσεων αυτών είναι ότι οι επόμενες συμβάσεις δεν αποτελούν αντικείμενο διαπραγματεύσεως αλλά το ότι ο επιχειρηματίας στέλνει στον αντιπρόσωπο μια νέα έγγραφη σύμβαση, η οποία είναι ίδια με τη σύμβαση που έληξε ως προς την εξωτερική της διάρθρωση και στο κυρίως περιεχόμενό της. Ο χωρισμός της ενιαίας και για μεγάλο χρονικό διάστημα υπάρχουσας συμβατικής σχέσης σε περισσότερες όμοιες ή παρόμοιες συμβάσεις οδηγεί στην καταστράτηγηση των διατάξεων που αφορούν στην καταγγελία. Για αυτό, τέτοιες αλυσιδωτές συμβάσεις, αντιμετωπίζονται ως αορίστου χρόνου συναπτόμενες συμβάσεις στις οποίες βρίσκει εφαρμογή το άρθρο 8 του παραπάνω Π.Δ., που έχει ως αποτέλεσμα ότι η συμβατική σχέση δεν λήγει μετά τη λήξη της διάρκειάς της και το συμβαλλόμενο μέρος, το οποίο θέλει να καταγγείλει τη συμβατική σχέση, πρέπει να το κάνει με τήρηση των προθεσμιών που καθορίζονται στην παρ. 4 του άρθρου 8 ή χωρίς την τήρηση των προθεσμιών, σε περίπτωση που συντρέχουν οι λόγοι της παρ. 8 του ίδιου άρθρου. Με την τελευταία διάταξη της παρ. 8 του άρθρου 8 του Π.Δ. 219/1991, ο νόμος ανάγει την, άλλως αναιτιώδη, καταγγελία της σύμβασης σε αιτιώδη, υπό την έννοια ότι αξιώνει τη συνδρομή σπουδαίου λόγου για να επέλθουν τα αποτελέσματα της καταγγελίας, την ύπαρξη του οποίου οφείλει να προτείνει και αποδείξει

ο επικαλούμενος την καταγγελία και την κατάλυση της σύμβασης. Από τις διατάξεις αυτές, προκύπτει ότι, όταν η σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας ή η σύμβαση αποκλειστικής διανομής, στην οποία έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του παραπάνω διατάγματος, είναι αόριστης διάρκειας λύεται κατά πάντα χρόνο με την τήρηση όμως της προθεσμίας, που αναφέρθηκε (τακτική καταγγελία), όταν δε είναι ορισμένου χρόνου λύεται ή με την πάροδο του ορισμένου χρόνου ή με καταγγελία, αλλά μόνο, αν συντρέχει σπουδαίος προς τούτο λόγος (έκτακτη καταγγελία). Στην ορισμένου, δηλαδή, χρόνου σύμβαση ο σπουδαίος λόγος είναι προϋπόθεση για να επέλθουν οι έννομες συνέπειες της καταγγελίας. Αν δεν συντρέχει σπουδαίος λόγος, δεν επέρχονται οι έννομες συνέπειες αυτής (καταγγελίας). Πάντως, τόσο η σύμβαση ορισμένου χρόνου, όσο και η σύμβαση αορίστου χρόνου μπορεί να καταγγελθούν κατά πάντα χρόνο και χωρίς την τήρηση των προθεσμιών που αναφέρθηκαν, σε περίπτωση κατά την οποία ένα εκ των μερών παραλείψει την εκτέλεση του συνόλου ή μέρους των συμβατικών υποχρεώσεων, καθώς και σε περίπτωση έκτακτων περιστάσεων. Η έννοια της διάταξης είναι ότι, αν συντρέχει σπουδαίος λόγος ή έκτακτες περιστάσεις, επιτρέπεται η καταγγελία της αορίστου χρόνου σύμβασης και χωρίς την τήρηση των προθεσμιών, που αναφέρθηκαν (Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988, Εφ.Αθ. 1714/2005 ΔΕΕ 2005.838, Εφ.Αθ. 3628/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.1456, Εφ.Αθ. 9155/2002 ΔΕΕ 2004.677, Εφ.Αθ. 5539/2001 ΕπισκΕΔ 2002.418).

III. Περαιτέρω, κατά το άρθρο 9 παρ. 1 εδ. α' και β' του Π.Δ. 219/1991, ο εμπορικός αντιπρόσωπος δικαιούται, στην περίπτωση της λύσης της σύμβασης εμπορικής αντιπροσωπείας, αποζημίωσης πελατείας. Η αποζημίωση πελατείας είναι μια ιδιόρρυθμη αξίωση αμοιβής που κινείται μεταξύ δύο ισοδύναμων πόλων. Πρόκειται, καταρχάς, για την αμοιβή του αντιπροσώπου (θεωρία της αμοιβής) για την επιτυχή διαμεσολαβητική δραστηριότητα και για τη συμβολή του στη δημιουργία μιας σταθερής πελατείας που παραμένει στον παραγωγό. Με την προμήθεια «αποζημιώνεται» η ωφέλεια του αντιπροσωπευόμενου παραγωγού από τη σύναψη της συγκεκριμένης σύμβασης, όχι όμως και η «προστιθέμενη» αξία που αποκομίζει ο παραγωγός από τους νέους πελάτες, οι οποίοι παραμένουν σε αυτόν. Ο δεύτερος πόλος και κατευθυντήρια ερμηνευτική αρχή έγκειται στην προστασία του κατά τεκμήριο ασθενέστερου αντισυμβαλλόμενου «ανεξάρτητου» εμπόρου (θεωρία της επιείκειας). Οι δύο αυτοί πόλοι δικαιολογούν το χαρακτηρισμό της ως ένα είδος εύλογης ή δίκαιης αποζημίωσης, όπως φαίνεται και από τη διατύπωση του άρθρου 9 παρ. 1 εδ. α' του Π.Δ. 219/1991, όπως το εδ. α' αντικαταστάθηκε με το άρθρο 7 του Π.Δ. 312/1995. Το πραγματικό του άρθρου 9 θέτει τρεις ισοδύναμες προϋποθέσεις, οι οποίες πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά: α) η εισφορά νέων πελατών ή η προαγωγή, σημαντικά, των υποθέσεων με τους υπάρχοντες πελάτες κατά τη διάρκεια της σύμβασης, β) η διατήρηση ουσιαστικών ωφελειών από τον εντολέα-αντιπροσωπευόμενο, που

προκύπτουν από τις υποθέσεις με τους πελάτες αυτούς μετά τη λύση της σύμβασης και γ) η καταβολή της αποζημίωσης να είναι δίκαιη, αν ληφθούν υπόψη όλες οι περιστάσεις κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης και, ιδιαίτερα, οι προμήθειες που χάνει ο αντιπρόσωπος από τις υποθέσεις με τους πελάτες αυτούς. Τις προϋποθέσεις γέννησης της απαίτησης καλείται να επικαλεσθεί και να αποδείξει για το ορισμένο της αγωγής του (άρθρα 111 παρ. 2, 118 περ. 4 και 216 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ) ο εμπορικός αντιπρόσωπος. Έτσι, εκτός από τη λύση της σύμβασης, ο εμπορικός αντιπρόσωπος βαρύνεται, καταρχάς, να επικαλεστεί και να αποδείξει ότι κατά τη διάρκεια της σύμβασης έφερε νέους σταθερούς πελάτες ή προήγαγε σημαντικά τις υποθέσεις με τους υπάρχοντες πελάτες. Στη συνέχεια, θα πρέπει να αποδείξει εάν και σε ποιο ύψος συντρέχουν τα δύο μετρήσιμα μεγέθη που περικλείονται στο πραγματικό της οικείας διάταξης: αφενός τα διατηρούμενα εκ μέρους του εντολέα και μετά τη λύση της σύμβασης οφέλη και αφετέρου η απώλεια προμηθειών του αντιπροσώπου. Θα πρέπει, εξάλλου, να ληφθεί υπόψη ότι η διάταξη αυτή θεσπίζει ένα ανώτατο όριο ευθύνης. Η γένεση και το ύψος της αξίωσης του αντιπροσώπου για την αποζημίωση πελατείας διαπιστώνονται με βάση τις προϋποθέσεις του πραγματικού της. Η απώλεια προμηθειών του εμπορικού αντιπροσώπου, δεν συνιστά, σύμφωνα με την ισχύουσα ρύθμιση του άρθρου 9 παρ. 1 εδ. α' του Π.Δ. 219/1991, αυτοτελή ουσιαστική προϋπόθεση γέννησης της αξίωσής του για αποζημίωση πελατείας. Αποτελεί απλώς

μία, αν και ασφαλώς τη βασικότερη, από τις περιστάσεις εκείνες που λαμβάνονται υπόψη προκειμένου να κριθεί, εάν και σε ποιο ύψος η καταβολή της αποζημίωσης πελατείας είναι στη συγκεκριμένη κάθε φορά περίπτωση εύλογη και δίκαιη. Το ύψος της ωφέλειας του αντιπροσωπευόμενου, η διάρκεια της σύμβασης και άλλα αντικειμενικά περιστατικά προσδιορίζουν το μέγεθος της αποζημίωσης. Η αξίωση καταβολής της ειδικής αυτής αποζημίωσης προϋποθέτει την, σε κάθε περίπτωση, λύση της σύμβασης εμπορικής αντιπροσωπείας, είτε λόγω λήξης του χρόνου αυτής, εάν συνολογλήθηκε να είναι ορισμένου χρόνου, είτε λόγω εγκύρου και ισχυρής καταγγελίας επί της αορίστου χρόνου (Εφ.Αθ. 5539/2001 ΕπισκΕΔ 2002.418). Η ανάλογη εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 9 του Π.Δ. 219/1991 περί αποζημίωσης πελατείας στη σύμβαση αποκλειστικής διανομής, πρέπει να γίνεται δεκτή σε περιπτώσεις που ο αποκλειστικός διανομέας έχει την ίδια θέση και τον ίδιο βαθμό ένταξης στο σύστημα διανομής με αυτήν του εμπορικού αντιπροσώπου και εφόσον προώθησε τις υποθέσεις του προμηθευτή του, ιδίως με την προσέλκυση νέων πελατών και μόνο όταν ο προμηθευτής διατηρεί και μετά τη λύση της σύμβασης ουσιαστικά οφέλη από την προώθηση αυτή, ενώ κρίσιμα περιστατικά αποτελούν, κατά τη διάρκεια της σύμβασης, η υποχρέωση του διανομέα να διαφημίζει τα συμβατικά προϊόντα και η υποχρέωση διαρκούς πληροφόρησης του προμηθευτή από τον διανομέα και, μετά τη λήξη της σύμβασης, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού και η υποχρέωση μεταβίβασης πε-

λατείας. Από όλα τα παραπάνω προκύπτουν τα ακόλουθα: 1) Το όφελος του εντολέα συνίσταται τουλάχιστον στο ποσό της αξίας των προμηθειών που θα εδικοούτο ο αποκλειστικός διανομέας, αν δεν είχε καταγγελθεί ή λυθεί η σύμβαση, με δυνατότητα ανταπόδειξης από τον εντολέα ότι τα οφέλη που διατηρεί είναι μικρότερα από τις απολεσθείσες προμήθειες του διανομέα. 2) Τα οφέλη του εντολέα δεν μειώνονται κατά το ποσό των προμηθειών που αυτός καταβάλλει στον νέο αποκλειστικό διανομέα. 3) Βάση του υπολογισμού της αποζημίωσης είναι οι προμήθειες που προβλέπεται να καταρτισθούν στο μέλλον με δικούς του πελάτες και τις οποίες προμήθειες λόγω της καταγγελίας χάνει. 4) Ως βάση υπολογισμού, επί μακροχρόνιων συμβάσεων, για τον προσδιορισμό των προμηθειών θα πρέπει να ληφθούν υπόψη οι προμήθειες που ο διανομέας εισέπραξε κατά την τελευταία πενταετία, με ιδιαίτερη έμφαση στις προμήθειες των δώδεκα τελευταίων μηνών. 5) Ως προμήθειες πρέπει να νοηθούν οι μικτές προμήθειες, από τις οποίες δεν αφαιρούνται τα έξοδα της λειτουργίας της επιχείρησης, εκτός αν είναι ασυνήθιστα μεγάλα. 6) Το χρονικό διάστημα, για το οποίο ο διανομέας δικαιούται να λαμβάνει την εν λόγω αποζημίωση, δεν ορίζεται στο νόμο, τούτο όμως προσδιορίζει η επιβίωση των πελατειακών σχέσεων με τους πελάτες του διανομέα, τους οποίους καρπώνεται ο εντολέας μετά την καταγγελία, η οποία (επιβίωση) κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, συναρτώμενη προς τη φύση και, ιδίως, τη διαρκεσιμότητα των προϊόντων, ανέρχεται συνήθως

σε τρία ως πέντε έτη (Α.Π. 212/2006 ΝΟΜΟΣ, Α.Π. 139/2006 ΔΕΕ 2006.249, Εφ.Αθ. 5879/2005 ΔΕΕ 2006.192, Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988, Εφ.Αθ. 254/2004 ΕπισκΕΔ 2004.702, Εφ.Αθ. 3628/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.1456, Εφ.Αθ. 119/2002 ΕπισκΕΔ 2002.425). Η χορήγηση αυτής της αποζημίωσης δεν στερεί από τον εμπορικό αντιπρόσωπο ή τον αποκλειστικό διανομέα την αξίωση για την ανόρθωση της περαιτέρω ζημίας, την οποία υπέστη, όπως ορίζεται από τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα (άρθρο 9 παρ. 1 εδ. γ' του Π.Δ. 219/1991).

IV. Έτσι, όταν ο αντιπρόσωπος-εντολόμενος δικαιούται να συνεχίσει την εκτέλεση της σύμβασης, αδυνατεί, όμως, από υπαιτιότητα του αντιπροσωπευόμενου-εντολέα, να εκτελέσει την αφορώσα και στο συμφέρον αυτού σύμβαση (λ.χ. άκυρη ή καταχρηστική καταγγελία της σύμβασης), δικαιούται να αξιώσει τη θετική και αποθετική ζημία την οποία υπέστη, δηλαδή την καταβολή πλήρους διαφέροντος. Η προς ανόρθωση της περαιτέρω ζημίας για τα διαφυγόντα κέρδη αξίωση του εμπορικού αντιπροσώπου, σε περίπτωση υπαίτιας και παράνομης (αντισυμβατικής) συμπεριφοράς εκ μέρους του αντιπροσωπευόμενου, συνίσταται, στη μεν σύμβαση ορισμένου χρόνου, στην περίπτωση της χωρίς τη συνδρομή σπουδαίου λόγου αδικαιολόγητης καταγγελίας, στις κάθε φύσεως προμήθειες και αμοιβές, που θα εισέπραττε ο εμπορικός αντιπρόσωπος κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων στο υπόλοιπο χρονικό διάστημα, μέχρι δηλαδή να συμπληρωθεί ο συμβατικά καθορισμένος χρόνος

διάρκειας της σύμβασης, στη δε σύμβαση αορίστου διαρκείας, στην περίπτωση της μη έγκυρης καταγγελίας, στις κάθε φύσεως προμήθειες και αμοιβές, που θα εισέπραττε ο εμπορικός αντιπρόσωπος κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων στο υπόλοιπο χρονικό διάστημα, μέχρι δηλαδή να συμπληρωθεί ο συμβατικά καθορισμένος χρόνος διαρκείας της σύμβασης, στη δε σύμβαση αορίστου διαρκείας, στην περίπτωση της μη έγκαιρης καταγγελίας, στις κάθε φύσεως προμήθειες και αμοιβές, που θα εισέπραττε ο εμπορικός αντιπρόσωπος, όχι για όσο χρόνο επιθυμεί αυτός, αλλά μόνο μέχρι να συμπληρωθεί η προθεσμία, η οποία έπρεπε να τηρηθεί κατά τις διατάξεις του διατάγματος αυτού για την καταγγελία της. Κατά τις διατάξεις των άρθρων 297-298 του Α.Κ., ο υπόχρεος σε αποζημίωση οφείλει να την παράσχει σε χρήμα, η αποζημίωση δε αυτή περιλαμβάνει τόσο τη μείωση της περιουσίας του δανειστή (θετική ζημία), όσο και το διαφυγόν κέρδος, δηλαδή εκείνο που προσδοκάνε με πιθανότητα, σύμφωνα με τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και, ιδίως, τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί (π.χ. διαφυγούσες προμήθειες, αποκατάσταση δαπανών και επενδύσεων που έγιναν από τον αντιπρόσωπο). Η διάταξη του άρθρου 298 του Α.Κ. είναι δικονομικού χαρακτήρα μόνο καθόσον, προκειμένου περί διαφυγόντος κέρδους, επιτρέπει στον δικαστή να αρκестεί στην πιθανολόγηση του κέρδους αυτού. Κατά τα λοιπά, όμως, η διάταξη αυτή είναι ουσιαστικού περιεχομένου, λόγω του ότι καθορίζει τα στοιχεία, στα

οποία στηρίζεται η αξίωση για το διαφυγόν κέρδος. Από τις ίδιες διατάξεις του Α.Κ. προκύπτει ότι δεν αποκαθίσταται όλη η ζημία που προβάλλει ο ζημιωθείς, αλλά μόνο αυτή που βρίσκεται σε σχέση αιτίου και αιτιατού προς την υπαίτια παράβαση της σύμβασης, δηλαδή κατά την επικρατούσα στην ελληνική νομολογία και επιστήμη θεωρία της αιτιώδους συνάφειας, αποκαθίσταται εκείνη η ζημία, την οποία, κατά τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων και τα διδάγματα της κοινής πείρας, η υπαίτια παράβαση ήταν μόνη της ικανή και μπορεί κατά αντικειμενική εκτίμηση να επιφέρει. Από τη διάταξη του άρθρου 298 του Α.Κ. προκύπτει ότι ο νομοθέτης (πλην εξαιρέσεων, όπως λ.χ. το άρθρο 345 εδ. α' του Α.Κ.) επιλέγει τον κανόνα του συγκεκριμένου υπολογισμού της ζημίας, ήτοι εκείνης της ζημίας που επέρχεται στον ζημιωθέντα, ενόψει των συγκεκριμένων συνθηκών του. Έτσι, σε περίπτωση που η ζημία του δανειστή προήλθε από περιορισμό της επαγγελματικής του δραστηριότητας λόγω υπαίτιας συμπεριφοράς του οφειλέτη, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη λύση ή την παρεμπόδιση της περαιτέρω λειτουργίας μιας διαρκούς σύμβασης, αποκαθίσταται πλήρως η ζημία του, διά της παροχής αποζημίωσης που να καλύπτει ό,τι αυτός θα είχε, αν δεν μεσολαβούσε η υπαίτια ζημιογόνα συμπεριφορά του οφειλέτη και η σύμβαση εξακολουθούσε να λειτουργεί καθ' όλο το συμφωνημένο χρόνο και τίποτε πλέον τούτου. Συνεπώς, ο εμπορικός αντιπρόσωπος δικαιούται σωρευτικά τόσο την αποζημίωση πελατείας, όσο και την αποζημίωση του κοινού

δικαίου, η οποία προϋποθέτει όχι μόνο να έχει λάβει χώρα υπαίτια και παράνομη (αντισυμβατική) συμπεριφορά εκ μέρους του εντολέα, αλλά πρέπει, επιπροσθέτως, η συμπεριφορά του αυτή να έχει προκαλέσει και ζημία στον εμπορικό αντιπρόσωπο. Η ζημία αυτή και όταν ακόμη συνίσταται σε διαφυγόν κέρδος δεν ταυτίζεται με τις αναφερόμενες στο άρθρο 9 παρ. 1 εδ. α' του Π.Δ. 219/1991 προμήθειες, που χάνει ο αντιπρόσωπος. Δηλαδή, η προς ανόρθωση αυτή ζημία έχει τη μορφή του διαφυγόντος κέρδους και συνίσταται στις κάθε φύσεως προμήθειες και αμοιβές, που θα εισέπραττε ο εμπορικός αντιπρόσωπος κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων στο υπόλοιπο χρονικό διάστημα, μέχρι δηλαδή να συμπληρωθεί ο συμβατικά καθορισμένος χρόνος διάρκειας της σύμβασης, αφαιρούμενων των εξόδων, που αυτός ενδεχομένως εξοικονόμησε από την πρόωγη λήξης της συνεργασίας του με τον αντιπροσωπευόμενο (Α.Π. 849/2002 ΝοΒ 2003.47, Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988, Εφ.Αθ. 1714/2005 ΔΕΕ 2005.838).

V. Περαιτέρω, η έννομη προστασία του εμπορικού αντιπροσώπου και του αποκλειστικού διανομέα και επιπλέον αξίωση αποζημίωσης, λόγω διαφυγόντων κερδών, έναντι του παραγωγού δεν αποκλείεται να υφίσταται με τη συνδρομή και άλλων διατάξεων.

Ως προς την προστασία της επιχείρησης, κατά τη διάταξη του άρθρου 1 του Ν. 146/1914 «περί αθεμίτου ανταγωνισμού», απαγορεύεται κατά τις εμπορικές συναλλαγές κάθε προς το σκοπό ανταγωνισμού πράξη, που αντίκειται στα χρηστά ήθη, ο

δε παραβάτης μπορεί να εναχθεί προς παράλειψη και προς ανόρθωση της προσγενομένης ζημίας. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει αξίωση για άρση ως αθέμιτης ανταγωνιστικής ενέργειας και παράλειψή της στο μέλλον, καθώς και αποκατάστασης της προξηνηθείσας ζημίας, εφόσον συντρέχουν σωρευτικά οι προϋποθέσεις: α) σκοπός ανταγωνισμού, β) ανάπτυξη, ως ανταγωνιστικής, ενέργειας σε μια σχετική αγορά που νοείται κατά τρόπο ευρύ και γ) αντίθεση της ανταγωνιστικής ενέργειας στα χρηστά ήθη. Ο σκοπός ανταγωνισμού αναλύεται στα εξής επιμέρους στοιχεία: ι) σε πράξη ανταγωνισμού και ιι) σε σχέση ανταγωνισμού. Η ενέργεια που γίνεται για την επίτευξη του ανταγωνιστικού σκοπού αποτελεί την «πράξη ανταγωνισμού», ενώ η τελευταία προϋποθέτει την ύπαρξη «σχέσης ανταγωνισμού». Ως πράξη ανταγωνισμού θεωρείται η αντικειμενικά ικανή να διευρύνει ή διατηρήσει τον κύκλο πελατών. Η παράβαση συμβατικών δεσμεύσεων, ενόψει ανταγωνιστικών σκοπών, δεν είναι χωρίς άλλο αθέμιτη. Για να χαρακτηριστεί αθέμιτη, πρέπει να συντρέχουν ιδιαίτερες περιστάσεις που να στοιχειοθετούν τον αθέμιτο χαρακτήρα της συμβατικής παράβασης. Ως σχέση ανταγωνισμού νοείται δράση δύο ή περισσότερων επιχειρήσεων σε μία κοινή αγορά με κοινό στόχο τη σύναψη συναλλακτικών σχέσεων με τρίτους. Πρόκειται για την κατάσταση έντασης που υφίσταται μεταξύ δύο τουλάχιστον ανταγωνιζόμενων, οι οποίοι επιδιώκουν να προτιμηθούν τα εμπορεύματα ή οι υπηρεσίες τους από έναν πελάτη. Ουσιώδης προϋπόθεση δηλαδή

για να υπάρχει σχέση ανταγωνισμού είναι η ύπαρξη του αυτού κύκλου πελατών. Η δεύτερη από τις παραπάνω προϋποθέσεις ερμηνεύεται ευρέως, γίνεται μάλιστα δεκτό, ότι ένας επαγγελματίας λειτουργεί ανταγωνιστικά όχι μόνον όταν ενεργεί με πρόθεση να διευρύνει τη δική του πελατεία, αλλά και όταν ενεργεί με πρόθεση να διευρύνει την πελατεία ενός τρίτου. Επίσης, γίνεται δεκτό ότι η πρόθεση ανταγωνισμού δεν είναι αναγκαίο να αποτελεί και τον αποκλειστικό σκοπό τέλεσης μίας πράξης. Αντίθεση στα χρηστά ήθη υπάρχει όταν η ανταγωνιστική ενέργεια προσκρούει στο αίσθημα και στις ιδέες του εκάστοτε -κατά γενική αντίληψη- ορθώς, δικαίως και εμφρόνως σκεπτόμενου ανθρώπου εντός του συναλλακτικού κύκλου όπου λαμβάνει χώρα η πράξη ή όταν γίνεται χρήση μεθόδων και μέσων αντίθετων προς την ομαλή ηθικότητα των συναλλαγών είτε και κατά το άρθρο 281 του Α.Κ., κατά περίπτωση. Περαιτέρω, όπως γίνεται δεκτό, η συμβατική παράβαση δεν συνιστά καθεαυτή αθέμιτο ανταγωνισμό. Όμως, συγκεκριμένη συμβατική παράβαση μπορεί να είναι αντίθετη προς τα χρηστά ήθη και τις αρχές του ανταγωνισμού, απαγορευόμενη από το άρθρο 1 του Ν. 146/1914. Ειδικότερα, η παράβαση σύμβασης που δημιουργεί μονομερή ή και αμοιβαία υποχρέωση για αποκλειστική συναλλαγή μεταξύ των συμβαλλόμενων, όπως δημιουργούν οι συμβάσεις αποκλειστικής προμήθειας ή αποκλειστικής διάθεσης, συνιστά συγχρόνως και πράξη αθέμιτου ανταγωνισμού, μόνο αν με αυτήν εξυπηρετείται σκοπός ανταγωνισμού και συντρέχουν

ειδικές συνθήκες που της προσδίδουν αθέμιτο χαρακτήρα. Τέτοιο χαρακτήρα έχει όταν γίνεται με μεθοδεύσεις και με σκοπό την απόσπαση πελατείας, που αποτελεί πολύτιμο αγαθό της επιχείρησης ή και την εκμετάλλευση της ξένης φήμης (Εφ.Αθ. 2093/2006 ΔΕΕ 2006.757, Εφ.Θεσ. 2655/2004 Αρμ. 2004.1683, Εφ.Θεσ. 1628/2004 Ε.Εμπ.Δ. 2004.512, Εφ.Αθ. 2527/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.1451).

Εξάλλου, στα πλαίσια του ελεύθερου ανταγωνισμού των επιχειρήσεων, στη διάταξη του άρθρου 2α του Ν. 703/1977 «περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού» ορίζεται ότι απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση, από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, της σχέσης οικονομικής εξάρτησης, στην οποία βρίσκεται προς αυτές μία επιχείρηση, η οποία κατέχει θέση πελάτη ή προμηθευτή τους, ακόμη και ως προς ένα ορισμένο είδος προϊόντων ή υπηρεσιών και δεν διαθέτει ισοδύναμη εναλλακτική λύση. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση της σχέσης οικονομικής εξάρτησης δύναται να συνίσταται ιδία στην επιβολή αυθαίρετων όρων συναλλαγής, στην εφαρμογή διακριτικής μεταχείρισης ή στην αιφνίδια και αδικαιολόγητη διακοπή μακροχρόνιων εμπορικών σχέσεων. Βάσει των παραπάνω, γίνεται δεκτό ότι δεν απαγορεύεται η οικονομική εξάρτηση, αλλά μόνο η καταχρηστική εκμετάλλευσή της. Η έννοια της καταχρηστικής συμπεριφοράς δεν ορίζεται στις ως άνω διατάξεις, που περιορίζονται στην ενδεικτική απαρίθμηση ορισμένων μορφών αυτής. Επομένως, κατά την ερμηνεία της έννοιας της

καταχρηστικής εκμετάλλευσης λαμβάνονται υπόψη ο σκοπός και το αντικείμενο προστασίας του Ν. 703/1977, δηλαδή η προστασία του συστήματος της οικονομίας της αγοράς, καθώς και η προστασία της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων. Συνεπώς, νομικά κρίσιμη είναι η συμπεριφορά καθεαυτή και όχι τα κίνητρα ή οι σκοποί της, τα οποία μπορεί να έχουν επιβαρυντικό ή ελαφρυντικό ρόλο. Αρκεί μόνο η συμπεριφορά αυτή –με τις ως άνω μεθόδους και πρακτικές– να τείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό ή να είναι ικανή ή να ενδέχεται να έχει τέτοιο αποτέλεσμα. Για την υπαγωγή στην απαγόρευση του άρθρου 2α με την έννοια της αιφνίδιας και αδικαιολόγητης διακοπής μακροχρόνιων εμπορικών σχέσεων, θα πρέπει 1) να υπάρχει σχέση οικονομικής εξάρτησης μίας επιχείρησης από άλλη ή άλλες επιχειρήσεις, από τις οποίες προμηθεύεται ή τις οποίες προμηθεύει ακόμη και με ένα ορισμένο είδος προϊόντων, 2) η επιχείρηση αυτή να μην διαθέτει ισοδύναμη εναλλακτική λύση, με την έννοια ότι δεν προσφέρονται καθόλου τέτοιες λύσεις ή οι προσφερόμενες συνδέονται με σοβαρά μειονεκτήματα, δηλαδή δεν μπορεί να προμηθευτεί τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες από άλλη πηγή ή να προμηθεύει τα προϊόντα της σε άλλες επιχειρήσεις ή, αν μπορεί, όχι με τους ίδιους, αλλά με δυσμενέστερους όρους, που θα έχουν ως αποτέλεσμα την περιέλευση της εξαρτώμενης επιχείρησης σε δυσμενή έναντι των ανταγωνιστών της θέση, αφού μειώνεται έτσι σημαντικά η ικανότητά της να αντεπεξέλθει στον ελεύθερο ανταγωνισμό, πράγμα που μπορεί να την οδηγήσει ακό-

μη και σε αδυναμία να συνεχίσει τη λειτουργία της και 3) η επιχείρηση, από την οποία εξαρτώνται οι άλλες, να προβαίνει σε καταχρηστική εκμετάλλευση της εν λόγω εξάρτησης, δηλαδή να εκμεταλλεύεται την ισχύ που της δίνει η αδυναμία της εξαρτώμενης ή των εξαρτώμενων επιχειρήσεων να διαθέτουν άλλη ισοδύναμη εναλλακτική λύση, σύμφωνα με τα όσα αναφέρθηκαν παραπάνω, με μέσα και πρακτικές, όπως στο εν λόγω άρθρο αναφέρονται, που έχουν ως αποτέλεσμα να βλάψουν την ανταγωνιστικότητα των τελευταίων (Εφ.Αθ. 1572/2006 ΔΕΕ 2006.760). Η παράβαση του άρθρου 2α του Ν. 703/1977 συνιστά παράνομη συμπεριφορά κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 914 του Α.Κ., έτσι ώστε, εφόσον συντρέχουν και οι άλλοι όροι της διάταξης αυτής, ο τρίτος που ζημιώνεται να έχει αξίωση για αποζημίωση (Εφ.Αθ. 2093/2006 ΔΕΕ 2006.757, Εφ.Αθ. 6042/2002 ΔΕΕ 2003.282).

Δικαίωμα δε, προς αποζημίωσή του, μπορεί να θεμελιωθεί και σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 914 του Α.Κ. (Εφ.Αθ. 2093/2006 ΔΕΕ 2006.757, Εφ.Αθ. 2527/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.1451, Εφ.Αθ. 119/2002 ΕπισκΕΔ 2002.425) όταν, ειδικότερα, οι προαναφερόμενες προσβολές, κατά της επιχείρησής του δηλαδή, ως διανομέα, έγιναν υπαιτίως (και από ελαφρά έστω, αμέλεια) και παρανόμως, καθώς και να ικανοποιηθεί η ηθική βλάβη του κατά τις διατάξεις των άρθρων 299 και 932 του Α.Κ. (Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988, Εφ.Λαρ. 254/2004 ΕπισκΕΔ 2004.702, Εφ.Αθ. 2527/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.1451, Εφ.Αθ. 5808/2002 ΔΕΕ 2003.1088,

Εφ.Θεσ. 1876/2002 ΕπισκΕΔ 2003.437, Εφ.Αθ. 119/2002 ΕπισκΕΔ 2002.425). Το δικαίωμα αποζημίωσης υφίσταται και όταν συντρέχουν ακόμα και οι όροι της διάταξης του άρθρου 281 του Α.Κ., δηλαδή η απαγόρευση της άσκησης του δικαιώματος όταν γίνεται κατά προφανή υπέρβαση των ορίων που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη και ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος (Εφ.Αθ. 2093/2006 ΔΕΕ 2006.757, Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988, Εφ.Αθ. 1714/2005 ΔΕΕ 2005.838, Εφ.Αθ. 2527/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.1451). Κατά τον ίδιο τρόπο, αξίωση αποζημίωσης υφίσταται κατά τη διάταξη του άρθρου 919 του Α.Κ., όταν με πρόθεση επέρχεται ζημία στην επιχείρηση του διανομέα, κατά τρόπο αντίθετο στα χρηστά ήθη, με διεύρυνση της έννοιας της κατάχρησης δικαιώματος, ώστε να μην περιορίζεται, όπως στο άρθρο 281 του Α.Κ., στην άσκηση συγκεκριμένου δικαιώματος εκ του νόμου ή της δικαιοπραξίας, αλλά να καταλαμβάνει και κάθε πράξη ή παράλειψη εκ της γενικής ατομικής ελευθερίας, τις λεγόμενες φυσικές ευχέρειες, δηλαδή τις εξουσίες που απολαύει κάθε πρόσωπο με ικανότητα δικαίου και δικαιοπραξίας, για την κάθε θετική ή αποθετική ζημία του (Εφ.Αθ. 2093/2006 ΔΕΕ 2006.757, Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988, Εφ.Αθ. 2527/2003 Ελλ.Δ/νη 2004.1451, Εφ.Αθ. 119/2002 ΕπισκΕΔ 2002.425). Επίσης, κατά τη διάταξη του άρθρου 57 του Α.Κ., όποιος προσβάλλεται παράνομα στην προσωπικότητά του, έχει δικαίωμα να απαιτήσει να αρθεί η προσβολή και να μην επαναληφθεί στο μέλλον, κατά δε τις διατάξεις των άρθρων

299 και 59 του Α.Κ., στην περίπτωση της κατά το άρθρο 57 προσβολής της προσωπικότητας το δικαστήριο με την απόφασή του, ύστερα από αίτηση αυτού, που έχει προσβληθεί και, αφού λάβει υπόψη του το είδος της προσβολής, μπορεί επιπλέον να καταδικάσει τον υπαίτιο να ικανοποιήσει την ηθική βλάβη αυτού, που είχε προσβληθεί. Η ικανοποίηση συνίσταται σε πληρωμή χρηματικού ποσού, σε δημοσίευμα ή σε οτιδήποτε επιβάλλεται από τις περιστάσεις. Προϋποθέσεις για την εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 57 και 59 του Α.Κ. είναι: α) προσβολή του δικαιώματος της προσωπικότητας και β) η προσβολή να είναι παράνομη, πράγμα το οποίο συμβαίνει, όταν η προσβολή γίνεται χωρίς δικαίωμα ή γίνεται μεν με την άσκηση δικαιώματος, το οποίο όμως είτε είναι από την άποψη της έννομης τάξης μικρότερης σπουδαιότητας, είτε ασκείται υπό περιστάσεις, που καθιστούν την άσκησή του καταχρηστική, σύμφωνα με το άρθρο 281 του Α.Κ. ή το άρθρο 25 παρ. 3 του Συντάγματος. Για την επιδίκαση δε χρηματικής ικανοποίησης κατά τη διάταξη αυτή απαιτείται και πταίσμα εκείνου, από τον οποίο προέρχεται η προσβολή, η οποία πρέπει να είναι σημαντική. Η αποκατάσταση της περιουσιακής ζημιάς, η οποία προκλήθηκε από την προσβολή της προσωπικότητας χωρίς, βάσει όσων ισχύουν για τις αδικοπραξίες (άρθρα 914 επ. του Α.Κ.), στις διατάξεις των οποίων παραπέμπει η διάταξη του άρθρου 57 του Α.Κ. Εξάλλου, εάν ο αποκλειστικός διανομέας είναι εταιρία, μπορεί μόνο αυτή (και όχι τα φυσικά πρόσωπα, οι εταίροι της) να ζητήσει χρηματική ικανο-

ποίηση για μη περιουσιακή ζημία, εάν υπέστη (παράνομη) προσβολή η εμπορική της πίστη, η επαγγελματική της υπόληψη και, γενικά, το εμπορικό της μέλλον (Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988, Εφ.Αθ. 1191/ 2001 Ελλ.Δ/νη 2002.1067). Οι αξιώσεις εκ συμβάσεως και εξ αδικοπραξίας είναι δυνατόν να συρρέουν και να ασκηθούν και παράλληλα, αλλά δεν μπορούν και να ικανοποιηθούν και οι δύο, γιατί η ικανοποίηση της μιας καθιστά την άλλη χωρίς αντικείμενο (Εφ.Αθ. 4594/2005 ΔΕΕ 2005.988).

VI. Τέλος, όπως προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 147, 154 και 155 του Α.Κ., όποιος παρασύρθηκε με απάτη σε δήλωση βούλησης έχει δικαίωμα να ζητήσει την ακύρωση της αδικοπραξίας. Απάτη, κατά την έννοια του άρθρου 147 του Α.Κ., αποτελεί κάθε συμπεριφορά από πρόθεση που τείνει να παράγει, ενισχύσει ή διατηρήσει πεπλανημένη αντίληψη ή εντύπωση, είτε η συμπεριφορά αυτή συνίσταται σε παράσταση ψευδών γεγονότων ως αληθινών είτε σε απόκρυψη ή αποσιώπηση ή ατελή ανακοίνωση των αληθινών γεγονότων, των οποίων η αποκάλυψη στον συμβαλλόμενο που τα αγνοούσε ήταν επιβεβλημένη από την καλή πίστη ή από την υπάρχουσα ιδιαίτερη σχέση μεταξύ του δηλούντος και εκείνου προς τον οποίον απευθύνεται η δήλωση, η συμπεριφορά δε αυτή αποσκοπεί στην πρόκληση δήλωσης βούλησης του απατηθέντος, η οποία προκλήθηκε πράγματι από την απάτη (Α.Π. 441/2004 Ελλ.Δ/νη 2006.112, Α.Π. 1458/2001 Ε.Εμπ.Δ. 2003.145, Εφ.Αθ. 302/2006 ΔΕΕ 2006.513).

Ειρηνοδικείο Νίκαιας Πειραιά - Αριθ. 44 / 2007

Δικαστής: Παναγιώτης Σκουρκέας (Ειρηνοδίκης)

Δικηγόροι: Ελευθερία Βαγιανού, Μαρία Σακελλαρίου

Άρθρα: 9 εδ. β' Κ.Πολ.Δ, Ν. 2121/1993 «πνευματική ιδιοκτησία, συγγενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα»

Συγγενικά δικαιώματα-Οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης και προστασίας τους. Στους οργανισμούς αυτούς ανατίθεται από τα μέλη τους (μουσικούς, ερμηνευτές μουσικών έργων, παραγωγούς υλικών φορέων ήχου) η διαπραγμάτευση, ο καθορισμός και η είσπραξη από τους χρήστες υλικών φορέων ήχου, της ενιαίας εύλογης αμοιβής και η διανομή αυτής στους δικαιούχους της.

Συγγενικά δικαιώματα από τη δημόσια εκτέλεση μέσω της χρήσης υλικών φορέων ήχου, μουσικών έργων του αλλοδαπού ρεπερτορίου.

Ένσταση καθ' ύλην αναρμοδιότητας και απόρριψή της, λόγω του παρεπόμενου χαρακτήρα του αιτήματος προσκομιδής και παραδόσης καταλόγων αλλοδαπού ρεπερτορίου σε σχέση με το κύριο αίτημα της αγωγής, δηλαδή τον οριστικό καθορισμό του ύψους και των όρων καταβολής της επίδικης εύλογης αμοιβής.

Ένσταση αοριστίας λόγω μη ονομαστικής αναφοράς των αλλοδαπών δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων από τους ενάγοντες-απόρριψη αυτής λόγω της θέσπισης μαχητού τεκμηρίου, κατά την ορθή ερμηνεία του οποίου, αρκεί για το ορισμένο της αγωγής η αναφορά στο δικόγραφο της, ότι οι οργανισμοί αυτοί εκπροσωπούν το σύνολο της ενδιαφερόμενης κατηγορίας δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων (ημεδαπών ή αλλοδαπών).

Αίτημα κήρυξης της απόφασης ως προσωρινά εκτελεστής και απόρριψη αυτού, λόγω του διαπλαστικού χαρακτήρα της εκδοθησομένης απόφασης.

Με την υπό κρίση αγωγή οι ενάγοντες εκθέτουν ότι είναι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης και προστασίας συγγενικών δικαιωμάτων, οι οποίοι λειτουργούν στο πλαίσιο των διατάξεων του άρθρου 54 του Ν. 2121/1993 «πνευματική ιδιοκτησία, συγγενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα και έχουν αποκλειστικό σκοπό τη διαχείριση και προστασία των συγγενικών δικαιωμάτων των μελών τους, έχουν δε, κατά τα αναλυτικά εκτιθέμενα στο δικόγραφο της κρινόμενης αγωγής, συσταθεί νόμιμα, σύμφωνα με τις αναφερόμενες σ' αυτή πράξεις και αποφάσεις των αρμόδιων οργάνων, ενώ έχουν γίνει και οι νόμιμες δημοσιεύσεις. Ότι ο πρώτος από αυτούς έχει μέλη μουσικούς (εκτελεστές μουσικών έργων), ο δεύτερος ερμηνευτές (τραγουδιστές) μουσικών επίσης έργων και ο τρίτος παραγωγούς (εταιρίες παρα-

γωγής και εμπορίας) υλικών φορέων ήχου ή ήχου και εικόνas, όπως ορισμένα από τα μέλη τους αυτά ενδεικτικά κατονομάζονται στο δικόγραφο της κρινόμενης αγωγής, ενώ ο καθένας από τους οργανισμούς τούτους αποτελεί το μοναδικό, για την αντίστοιχη κατηγορία των δικαιούχων της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 παρ. 1 του προαναφερόμενου νόμου, οργανισμό συλλογικής διαχείρισης και εκπροσωπεί στο σύνολό της τη σχετική με αυτόν κατηγορία δικαιούχων της εν λόγω αμοιβής. Ότι τα μέλη τους έχουν αναθέσει στους οργανισμούς αυτούς, με σχετικές συμβάσεις ανάθεσης, τη διαχείριση και προστασία των περιουσιακών συγγενικών δικαιωμάτων επί των συμβολών τους, μεταξύ δε των σχετικών εξουσιών, που έχουν μεταβιβασθεί στους εν λόγω οργανισμούς από τα μέλη τους, περιλαμβάνονται η διαπραγ-

μάτευση, ο καθορισμός και η είσπραξη από τους χρήστες υλικών φορέων ήχου της προαναφερόμενης ενιαίας εύλογης αμοιβής και η διανομή στους δικαιούχους της, μέλη των εναγόντων, της αμοιβής αυτής, η οποία διαμορφώνεται και προσδιορίζεται κατά τον τρόπο που ορίζεται από τον παρπάνω νόμο και κατανέμεται μεταξύ των κατηγοριών των εκπροσωπούμενων από τους ενάγοντες δικαιούχους της, κατά ποσοστά προσδιοριζόμενα επίσης από τον ίδιο νόμο, και από τους εσωτερικούς κανονισμούς των εναγόντων οργανισμών. Ότι οι οργανισμοί αυτοί, ως μόνοι στην ελληνική επικράτεια αντιπροσωπευτικοί οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης των πιο πάνω τριών κατηγοριών δικαιούχων, έχουν συνάψει με τους αντίστοιχους προς αυτούς και ενδεικτικά απαριθμούμενους στην κρινόμενη αγωγή αλλοδαπούς αντιπροσωπευτικούς οργανισμούς, συμβάσεις αμοιβαιότητας, με βάση τις οποίες οι ενάγοντες νομιμοποιούνται στη διαπραγμάτευση, διεκδίκηση, είσπραξη και διανομή της εύλογης αμοιβής, που δικαιούνται και οι αλλοδαποί δικαιούχοι (μουσικοί-εκτελεστές, ερμηνευτές-τραγουδιστές και παραγωγοί) για τη χρήση στην ημεδαπή του ρεπερτορίου τους ή των από αυτούς παραχθέντων υλικών φορέων ή άλλως νομιμοποιούνται αυτοί (οι ενάγοντες) στις ως άνω ενέργειες και πράξεις, με βάση τις διατάξεις της διεθνούς σύμβασης της Ρώμης, που κυρώθηκε με το Ν. 2054/1992 και αποτελεί πλέον εσωτερικό δίκαιο. Ότι οι τελευταίοι συμφώνησαν και συνέταξαν από κοινού αμοιβολόγιο, το οποίο, όπως επιτάσσει ο πιο πάνω νόμος, γνωστοποίησαν στο κοινό μέσω της δημοσίευσής του σε τρεις Αθηναϊκές εφημερίδες, προσκά-

λεσαν δε τους χρήστες υλικών φορέων ήχου, μεταξύ των οποίων και ο εναγόμενος, σε διαπραγματεύσεις τόσο για τον καθορισμό της ως άνω ενιαίας εύλογης αμοιβής, όσο και για τον τρόπο της νόμιμης καταβολής και είσπραξης αυτής από τους ενάγοντες οργανισμούς, πλην όμως ο εναγόμενος, ο οποίος διατηρεί και διαχειρίζεται στον του Νομού Αττικής το με διακριτικό τίτλο «.....» και έχον επιφάνεια 100 τ.μ. καφέ-μπαρ και κατά το έτος 2005 σε αυτό, σε καθημερινή βάση και καθ όλη τη διάρκεια της ημερησίας λειτουργίας του, υλικούς φορείς ήχου με τα ενδεικτικά αναφερόμενα στην κρινόμενη αγωγή μουσικά έργα του αλλοδαπού μουσικού ρεπερτορίου, προσελκύοντας και αυξάνοντας έτσι την πελατεία του και συνακόλουθα και τα έσοδα της επιχείρησής του, με την εκ μέρους του δημόσια εκτέλεση και εκμετάλλευση αλλοδαπών μουσικών έργων, αρνήθηκε να συμπράξει σε τούτο, αρνούμενος παράλληλα την καταβολή στους ενάγοντες του ποσού των 10.000 ευρώ, πλέον του αναλογούντος σε αυτό ποσοστού (19%) του Φ.Π.Α., ποσό στο ύψος του οποίου καθορίστηκε από τους τελευταίους η οφειλόμενη σε αυτούς ενιαία εύλογη αμοιβή για το έτος 2005, δεδομένου ότι η χρήση μουσικής, με δημόσια εκτέλεση μουσικών έργων, στην επιχείρηση του εναγόμενου είναι απολύτως απαραίτητη για τη λειτουργία της και επομένως το ύψος της επίδικης ενιαίας εύλογης αμοιβής ανέρχεται, σύμφωνα με το συνταχθέν από τους ενάγοντες αμοιβολόγιο, σε ποσοστό 10% επί των ετήσιων ακαθάριστων εσόδων της εν λόγω επιχείρησης.... λαμβανομένων υπ' όψιν, του απολύτως απαραίτητου, για τη λειτουργία της ως άνω επιχεί-

ησησης της χρήσης μουσικής στο χώρο του καταστήματός της, της προαναφερόμενης επιφάνειας τούτου και της καθ' όλη τη διάρκεια του έτους λειτουργίας της επιχείρησης αυτής. Κατόπιν τούτων, λοιπόν, ζητούν οι ενάγοντες: α) να καθορισθεί οριστικά το ύψος της επίδικης εύλογης και ενιαίας αμοιβής, για την εκ μέρους του εναγόμενου, κατά το έτος 2005 και σε καθημερινή βάση, δημόσια εκτέλεση, μέσω της χρήσης υλικών φορέων ήχου, μουσικών έργων του αλλοδαπού μουσικού ρεπερτορίου..., β) να υποχρεωθεί ο εναγόμενος να καταβάλει επίδικη ενιαία εύλογη αμοιβή, που θα καθορισθεί οριστικά από το παρόν δικαστήριο....., γ) να υποχρεωθεί ο εναγόμενος, με την απειλή χρηματικής ποινής, να προσκομίσει και να παραδώσει στους ενάγοντες καταλόγους με τους τίτλους του αλλοδαπού μουσικού ρεπερτορίου που χρησιμοποίησε και εκμεταλλεύτηκε κατά την επίδικη χρονική περίοδο, ήτοι κατά το έτος 2005, προκειμένου έτσι να καταστεί δυνατό για τους ενάγοντες να προβούν στη διανομή της παραπάνω ενιαίας εύλογης αμοιβής στους εκπροσωπούμενους από αυτούς δικαιούχους του σχετικού συγγενικού δικαιώματος, δ) να καθορισθεί το ποσοστό της επίδικης εύλογης αμοιβής, που δικαιούται να λάβει η εκπροσωπούμενη από τον καθένα από τους ενάγοντες κατηγορία δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων και ειδικότερα να καθορισθεί το ποσοστό αυτό σε 25% για τους εκπροσωπούμενους από τον πρώτο των εναγόντων μουσικούς-εκτελεστές, σε 25% επίσης για τους εκπροσωπούμενους από τον δεύτερο των εναγόντων ερμηνευτές-τραγουδιστές και σε 50% για τους εκπροσωπούμενους από την τρίτη των εναγόν-

ντων παραγωγούς υλικών φορέων ήχου, ε) να κηρυχθεί η παρούσα απόφαση προσωρινά εκτελεστή κατά τις καταψηφιστικές αυτής διατάξεις Ο εναγόμενος παραδεκτά πρότεινε την ένσταση της καθ' ύλην αναρμοδιότητας του παρόντος δικαστηρίου, υποστηρίζοντας ότι λόγω του γεγονότος ότι το αίτημα της κρινόμενης αγωγής να υποχρεωθεί αυτός να προσκομίσει και να παραδώσει στους ενάγοντες καταλόγους με τους τίτλους του αλλοδαπού μουσικού ρεπερτορίου, που ο τελευταίος χρησιμοποίησε κατά το έτος 2005, είναι αυτοτελές και μη αποτιμητό σε χρήμα αίτημα, η καθ' ύλην αρμοδιότητα για την εκδίκαση της όλης επίδικης διαφοράς ανήκει, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 18 αρ. 1 και 31 παρ. 2 και 3 του Κ.Πολ.Δ, στο Πολυμελές Πρωτοδικείο και όχι στο παρόν δικαστήριο, το οποίο και υποχρεούται, αποφαινόμενο σχετικά, να την παραπέμψει στο πρώτο. Η ένσταση, όμως, αυτή είναι απορριπτέα ως μη νόμιμη, καθ' όσον το προαναφερόμενο αίτημα της υπό κρίση αγωγής δεν έχει αυτοτελή χαρακτήρα, όπως αβάσιμα διατείνεται ο ενιστάμενος, αλλά αντίθετα, αποβλέποντας τούτο στην ικανοποίηση της απορρέουσας από τις διατάξεις των άρθρων 55 παρ. 1 εδ. στ' και 56 παρ. 4 παρεπόμενης σχετικής αξίωσης των εναγόντων οργανισμών συλλογικής διαχείρισης (βλέπε: Γ. Κουμάντου «Πνευματική Ιδιοκτησία», έκδοση 2002, σελ. 361, Μον.Πρ.Αθ. 413/2004 αδημ.), συνιστά κατ' ανάγκη παρεπόμενο αίτημα, άμεσα συνδεδέμενο και εξαρτώμενο από το κύριο αίτημα της κρινόμενης αγωγής, που είναι ο οριστικός καθορισμός του ύψους και των όρων καταβολής της επίδικης εύλογης αμοιβής και

επομένως, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η απαρίθμηση, στο εδ. β' του άρθρου 9 του Κ.Πολ.Δ, των παρεπόμενων απαιτήσεων που δεν συνυπολογίζονται και δεν ασκούν καμμία επιρροή στην από το δικαστήριο εκτίμηση του αντικειμένου της διαφοράς και συνακόλουθα και στην καθ' ύλην αρμοδιότητά του, δεν είναι περιοριστική, το παρόν δικαστήριο είναι, παρά τα αντίθετα υποστηριζόμενα από τον εναγόμενο, καθ' ύλην αρμόδιο για την εκδίκαση της υπό κρίση αγωγής, όπως συνάγεται από το συνδυασμό της παραπάνω διάταξης με εκείνη του άρθρου 49 παρ. 1 εδ. ε' του Ν. 2121/1993 (βλέπε Βασιλή Αντ. Βαθρακοκοίλη «Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας-Ερμηνευτική-Νομολογιακή Ανάλυση», έκδοση 1996, τόμος Α', υπό το άρθρο 9 αριθ. 7 και 49, σελ. 131 και 139). Περαιτέρω, ο εναγόμενος, επικαλούμενος τη διάταξη του άρθρου 55 παρ. 2 εδ. α' του Ν. 2121/1993, πρότεινε τον ισχυρισμό ότι η υπό κρίση αγωγή πάσχει αοριστία, γιατί σ' αυτήν δε γίνεται από τους ενάγοντες αναλυτική και ονομαστική αναφορά των δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων, τους οποίους εκπροσωπούν, των έργων αυτών, για τα οποία τους έχουν μεταβιβασθεί οι σχετικές εξουσίες, των αλλοδαπών οργανισμών συλλογικής διαχείρισης συγγενικών δικαιωμάτων, στους οποίους ανήκουν οι ως άνω δικαιούχοι, των λεπτομερειών, των σχετιζόμενων με τις συμβάσεις αμοιβαιότητας, που οι ενάγοντες, όπως διατείνονται, έχουν συνάψει με τους αλλοδαπούς αυτούς οργανισμούς, ενώ δεν διευκρινίζουν και δεν εξειδικεύουν ούτε τη σχέση που συνδέει τούτους (ενάγοντες) με τον κάθε αλλοδαπό δικαιούχο, για τον οποίο αξιώνουν την καταβολή της επίδικης

εύλογης αμοιβής. Αναφορικά με τον ως άνω ισχυρισμό του εναγόμενου πρέπει να σημειωθούν τα ακόλουθα: κατά την προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 55 παρ. 2 εδ. α' του Ν. 2121/1993 «τεκμαίρεται ότι οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης ή προστασίας έχουν την αρμοδιότητα διαχείρισης ή προστασίας όλων των έργων ή όλων των πνευματικών δημιουργών, για τα οποία δηλώνουν εγγράφως ότι έχουν μεταβιβασθεί σ' αυτούς οι σχετικές εξουσίες ή ότι καλύπτονται από την πληρεξουσιότητα». Με τη διάταξη αυτή θεσπίζεται μαχητό τεκμήριο που λειτουργεί κατ' αρχήν αποδεικτικά και αποβλέπει στη διευκόλυνση της απόδειξης, εκ μέρους των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ή συγγενικών προς τούτα δικαιωμάτων, της νομιμοποίησής τους, τόσο για την κατάρτιση των σχετικών συμβάσεων και την είσπραξη των προβλεπόμενων από τον παραπάνω νόμο αμοιβών, όσο και για τη δικαστική προστασία των δικαιούχων των δικαιωμάτων αυτών, ενισχύοντας έτσι σημαντικά την έναντι των χρηστών θέση των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης, η οποία υπό το προϊσχύσαν δίκαιο ήταν ιδιαίτερα ασθενής, με εντεύθεν συνέπεια τη μαζική προσβολή των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών δικαιωμάτων (βλέπε: Μιχαήλ- Θεόδωρου Δ. Μαρίνου «Πνευματική Ιδιοκτησία», δεύτερη έκδοση, αριθ. 750 και 751, σελ. 379, Διονυσίας Καλλινίκου «Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα», δεύτερη έκδοση, σελ. 275 και 276). Από την ως άνω όμως διάταξη και ιδίως από την περιεχόμενη σε αυτή φράση «...για τα οποία δηλώνουν εγγράφως ότι έχουν μεταβιβασθεί

σε αυτούς οι σχετικές εξουσίες ή ότι καλύπτονται από την πληρεξουσιότητα» δεν μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα, όπως αβάσιμα υποστηρίζει ο εναγόμενος, ότι ο νόμος απαιτεί, για το ορισμένο της σχετικής και συνακόλουθα και της υπό κρίση αγωγής των ημεδαπών οργανισμών συλλογικής διαχείρισης, την εξαντλητική και δη την ονομαστική αναφορά στο δικόγραφο της όλων των δικαιούχων αλλοδαπών ή ημεδαπών συγγενικών δικαιωμάτων που οι οργανισμοί αυτοί εκπροσωπούν και όλων των έργων τους, για τα οποία τους έχουν μεταβιβασθεί οι σχετικές εξουσίες, καθώς και των αντίστοιχων αλλοδαπών οργανισμών, στους οποίους ανήκουν οι αλλοδαποί δικαιούχοι ή των επί μέρους στοιχείων και λεπτομερειών, των σχετιζομένων με τις συμβάσεις αμοιβαιότητας, που οι ενάγοντες ημεδαποί οργανισμοί έχουν συνάψει με τους ομοειδείς αλλοδαπούς, αφού κάτι τέτοιο θα αντέβαινε στο πνεύμα της ολότητας των διατάξεων του Ν. 2121/1993, δημιουργώντας νέες δυσχέρειες στη δικαστική κυρίως διεκδίκηση της προστασίας των εν λόγω δικαιωμάτων και της είσπραξης των προβλεπόμενων από το νόμο αυτό αμοιβών -μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται η επίδικη ενιαία εύλογη αμοιβή-και αποδυναμώνοντας έτσι σε σημαντικό βαθμό τον επιδιωκόμενο από την προαναφερόμενη διάταξη στόχο. Κατά συνέπεια, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το εισαγόμενο από τη διάταξη αυτή μαχητό τεκμήριο λειτουργεί όχι μόνο αποδεικτικά, αλλά και νομιμοποιητικά και επομένως, κατά την αληθή έννοια της εν λόγω διάταξης, αρκεί, για το ορισμένο και παραδεκτό της σχετικής αγωγής των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης, η αναφορά στο δικόγραφο

της ότι αυτοί εκπροσωπούν το σύνολο της ενδιαφερόμενης κατηγορίας δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων (ημεδαπών ή αλλοδαπών) και του έργου αυτών, καθώς και, το πολύ, η δειγματοληπτική αναφορά τούτων, όπως πράγματι πράττουν με το δικόγραφο της υπό κρίση αγωγής τους οι ενάγοντες οργανισμοί και δεν απαιτείται η εξαντλητική αναφορά του συνόλου των προεκτεθέντων στοιχείων, μη απαιτούμενης ούτε της διευκρίνισης της επί μέρους σχέσης που συνδέει τους τελευταίους με τον κάθε αλλοδαπό δικαιούχο, για τον οποίο αξιώνουν την καταβολή της επίδικης εύλογης αμοιβής, αφού, σύμφωνα με τη διάταξη του εδ. β' του προαναφερόμενου άρθρου του Ν. 2121/1993, οι ενάγοντες οργανισμοί νομιμοποιούνται και μπορούν πάντα να ενεργούν, δικαστικώς ή εξωδίκως, στο δικό τους και μόνο όνομα, χωρίς να χρειάζεται επομένως, να διευκρινίζουν κάθε φορά την ειδικότερη σχέση που τους συνδέει με τον καθένα από τους δικαιούχους (ημεδαπούς ή αλλοδαπούς). Υπέρ της ανωτέρω άποψης, που δέχεται ως ορθή και το παρόν δικαστήριο, συνηγορούν, άλλωστε και τα ακόλουθα: Α) Το γεγονός ότι η διαχείριση και η προστασία του επίδικου συγγενικού δικαιώματος, του αφορώντος στη διεκδίκηση και στην είσπραξη της προβλεπόμενης από τη διάταξη του άρθρου 49 του Ν. 2121/1993 εύλογης αμοιβής, ανατίθεται υποχρεωτικά από το νόμο σε οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης και δεν μπορεί να ασκηθεί ατομικά από τους δικαιούχους του εν λόγω δικαιώματος. Β) Το γεγονός ότι το ύψος της επίδικης εύλογης αμοιβής, αλλά βέβαια και η υποχρέωση καταβολής της από τους χρήστες, σε καμμία περίπτωση δε συναρτάται

προς τον αριθμό και την ταυτότητα των μελών των εναγόντων οργανισμών συλλογικής διαχείρισης. Γ) Το ότι στην αμέσως επόμενη παρ. 3 του ίδιου ως άνω άρθρου 55, ο Ν. 2121/1993 αρκείται, για την πληρότητα και το παραδεκτό του δικογράφου της σχετικής αγωγής των εν λόγω οργανισμών, στη δειγματοληπτική αναφορά των έργων, που έγιναν αντικείμενο εκμετάλλευσης από τους εκάστοτε εναγόμενους χρήστες και δεν απαιτεί την πλήρη και εξαντλητική απαρίθμηση των έργων αυτών και πολύ περισσότερο την ονομαστική αναφορά των παραγωγών των υλικών φορέων, στους οποίους αυτά έχουν εγγραφεί, όπως αβάσιμα διατείνεται ο εναγόμενος. Δ) Το ότι το εισαγόμενο, κατά τα παραπάνω, τεκμήριο είναι, όπως προελέχθη, μαχητό και ο εναγόμενος χρήστης, στα πλαίσια της νόμιμης άμυνάς του, μπορεί να το ανατρέψει, αφού από τον προαναφερόμενο νόμο προβλέπεται: αα) υποχρέωση του οργανισμού συλλογικής διαχείρισης να διαπραγματεύεται με τους χρήστες και να προβάλλει τις σχετικές με τις αμοιβές των μελών του αξιώσεις, σε περίπτωση δε διαφωνίας τους να προσφεύγει στο Μονομελές Πρωτοδικείο, για τον, κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινό καθορισμό της επίδικης εύλογης αμοιβής ή στο καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο, για τον, κατά την τακτική διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, οριστικό καθορισμό της αμοιβής αυτής (άρθρο 49 παρ. 1 εδ. γ', δ' και ε' του Ν. 2121/1993), με επακόλουθο οι χρήστες να έχουν τη δυνατότητα και την απαιτούμενη άνεση χρόνου να πληροφορηθούν ο, τιδήποτε σχετίζεται με τα μέλη ή τα έργα των μελών του οργανισμού ή με τους αντίστοι-

χους αλλοδαπούς οργανισμούς και τα μέλη τους, που αυτός αντιπροσωπεύει στην ημεδαπή ή ακόμα και με τις σχετικές συμβάσεις αμοιβαιότητας και εν γένει να διαπιστώνουν αν το ως άνω τεκμήριο ανταποκρίνεται ή μη στην αλήθεια, ββ) υποχρέωση του οργανισμού συλλογικής διαχείρισης και προστασίας συγγενικών δικαιωμάτων, σε περίπτωση που αμφισβητηθεί από δικαιούχο μέλος του ότι ορισμένο έργο, στη σύμβαση που καταρτίστηκε με το χρήστη, ανήκε στην αρμοδιότητά του, να συντρέξει με κάθε τρόπο τον αντισυμβαλλόμενο του χρήστη (άρθρο 55 παρ. 4 του Ν. 2121/1993), παρέχοντάς του, μεταξύ των άλλων, πληροφορίες ή ο, τιδήποτε άλλο σχετικό με τα μέλη του και τα έργα αυτών, γγ) αν ο πιο πάνω οργανισμός δηλώσει ψευδώς ότι έχει την εξουσία να διαχειρίζεται ορισμένα έργα ή να αντιπροσωπεύει ορισμένους καλλιτέχνες ή παραγωγούς, εκτός από τις ποινικές ευθύνες, οφείλει να αποζημιώσει τον αντισυμβαλλόμενο του (άρθρο 55 παρ. 4 εδ. β' του Ν. 2121/1993). Ε) Το γεγονός ότι η τακτική αγωγή του άρθρου 49 παρ. 1 εδ. ε' του ίδιου νόμου -όπως και η υπό κρίση αγωγή- προσομοιάζει, ως προς τη νομιμοποίηση, με τις συλλογικές αγωγές (όπως με την αγωγή του άρθρου 10 παρ. 1, 8 και 9 του Ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών και του άρθρου 10 παρ. 1 του Ν. 146/1914 «περί αθέμιτου ανταγωνισμού» ή ακόμα και με εκείνη του άρθρου 669 του Κ.Πολ.Δ), τις οποίες νομιμοποιούνται να ασκήσουν, όχι πλέον μεμονωμένα άτομα, αλλά συλλογικοί φορείς, όπως διάφορα σωματεία ή άλλες ενώσεις προσώπων, που έχουν συσταθεί και αποβλέπουν στην προστασία συγκεκριμένων συλλογικών

συμφερόντων, χωρίς να είναι αναγκαία η αναφορά όλων των μελών του εκάστοτε ενάγοντος συλλογικού φορέα για το ορισμένο και παραδεκτό της αγωγής τούτου (βλέπε σχετικά με τα προεκτεθέντα: την εισηγητική έκθεση του Ν. 2121/1993 στο περί συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων ένατο κεφάλαιό της, Διονυσία Καλλινίκου ό.π., αριθ. 207, σελ. 268 και αριθ. 211, σελ. 276, σ. Ματθία «Μελετήματα Ιδιωτικού Δικαίου» έκδοση 1997, κεφ. 22 και 23, σελ. 239 και 251, Αθ. Πουλιάδη «Συλλογική αγωγή και δίκαιο καταναλωτών», έκδοση 1990, σελ. 13 επ., του ιδίου «Η Συλλογική Αγωγή των Ενώσεων Καταναλωτών στο Ελληνικό Δίκαιο» Ελλ.Δ/νη 33.485-490, Εφ.Αθ. 6252/2004 ΔΕΕ 2005.425, Μον.Πρ.Κοζ. 281/2005 Τ.Ν.Π του Δ.Σ.Α, Μον.Πρ.Πειρ. 4454/2006 αδημ., Μον.Πρ.Αθ. 413/2004 αδημ., Μον.Πρ.Αθ. 418/2004 αδημ., Μον.Πρ.Αθ. 3622/2004 αδημ., Μον.Πρ.Καρδ. 922/2002 αδημ., Μον.Πρ.Αθ. 9646/2001 ΔΕΕ 2002.275, αντίθετες οι: Μον.Πρ.Πειρ. 4970/2005 αδημ., Μον.Πρ.Πειρ. 4971/2005 Τ.Ν.Π «ΝΟΜΟΣ», Μον.Πρ.Τρ. 1250/2002 Χρ.Ι.Δ. 2003. 175, Μον.Πρ.Τρ. 1253/2002 ΕπισκΕΔ 2003.230, οι οποίες αντλώντας επιχειρήματα από τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 55 παρ. 2 εδ α' του Ν. 2121/1993, υποστηρίζουν ότι για το ορισμένο της αγωγής των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης, με την οποία διώκεται η προστασία των συγγενικών δικαιωμάτων των δικαιούχων αυτών μελών τους και η είσπραξη της προβλεπόμενης από τον ως άνω νόμο εύλογης αμοιβής, απαιτείται η ονομαστική αναφορά στο δικόγραφο της εν λόγω αγωγής του συνόλου των μελών των εναγόντων οργανισμών,

καθώς και του συνόλου του προστατευόμενου από αυτούς ρεπερτορίου τους. Εν όψει λοιπόν αυτών, πρέπει να απορριφθεί, ως μη νόμιμος, ο παραπάνω περί αοριστίας της υπό κρίση αγωγής ισχυρισμός του εναγόμενου...

Το αίτημα, όμως, της υπό κρίση αγωγής να κατανεμηθεί το ποσό της ζητούμενης με αυτή ενιαίας εύλογης αμοιβής μεταξύ των εναγόντων οργανισμών, πρέπει να απορριφθεί ως μη νόμιμο, γιατί, όπως ευθέως συνάγεται από τη διάταξη του άρθρου 49 παρ. 3 του Ν. 2121/1993, οι εισπραττόμενες αμοιβές κατανέμονται κατ' αρχήν εξ ημισείας μεταξύ ερμηνευτών ή εκτελεστών καλλιτεχνών και παραγωγών υλικών φορέων, η δε περαιτέρω κατανομή των αμοιβών αυτών μεταξύ των ερμηνευτών ή εκτελεστών καλλιτεχνών και μεταξύ των παραγωγών γίνεται κατά τις μεταξύ τους συμφωνίες, που περιέχονται στον κανονισμό λειτουργίας του κάθε αντίστοιχου οργανισμού συλλογικής διαχείρισης και κατά συνέπεια το δικαστήριο δεν έχει εξουσία κατανομής των ποσοστών, που δικαιούται ειδικότερα καθένας από τους ενάγοντες οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης, από την επίδικη ενιαία εύλογη αμοιβή, αφού η κατανομή αυτή αποτελεί, κατά την προεκτεθείσα διάταξη, αντικείμενο εσωτερικής συμφωνίας των οργανισμών αυτών (βλέπε: Μον.Πρ.Τρικ. 1253/2002 ό.π.). Επίσης, ως μη νόμιμο, πρέπει να απορριφθεί και το αίτημα της υπό κρίση αγωγής για κήρυξη προσωρινά εκτελεστής της παρούσας απόφασης, αφού αυτή, κατά τα παραπάνω εκτιθέμενα είναι διαπλαστική και οι διαπλαστικές και αναγνωριστικές αποφάσεις δεν είναι δεκτικές προσωρινής εκτέλεσης (βλέπε Βασίλη Βαθρα-

κοκοίλη όπ.π, τόμος Ε', υπό το άρθρο 907, αριθ. 6 και 19 σελ. 153 και 157, Ιωάννη Μπρίνια «Αναγκαστική Εκτέλεσις», τόμος Α', υπό το άρθρο 907, παρ. 47, σελ. 132 και 133). Εξ άλλου και αναφορικά με το περί τοκοδοσίας αίτημα της υπό κρίση αγωγής, πρέπει να παρατηρηθούν τα ακόλουθα: κατά τα άρθρα 340 και 345 Α.Κ. ο οφειλέτης ληξιπρόθεσμης παροχής γίνεται υπερήμερος, αν προηγήθηκε δικαστική ή εξώδικη όχληση του δανειστή, όταν δε πρόκειται για χρηματική οφειλή, ο δανειστής, σε περίπτωση υπερημερίας του οφειλέτη, έχει δικαίωμα να απαιτήσει τον τόκο υπερημερίας που ορίζεται από το νόμο ή με δικαιοπραξία, χωρίς να είναι υποχρεωμένος να αποδείξει ζημία. ... Α) Προϋπόθεση της υπερημερίας και της συνακόλουθης από την αιτία αυτή υποχρέωσής του προς καταβολή τόκων υπερημερίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 340 και 345 του Α.Κ., είναι το ληξιπρόθεσμο, απαιτητό και εκκαθαρισμένο της χρηματικής οφειλής, ενώ τη συνδρομή της ίδιας προϋπόθεσης απαιτεί και η διάταξη του άρθρου 346 του Α.Κ. για την από αυτή προβλεπόμενη υποχρέωση του οφειλέτη χρηματικής παροχής προς καταβολή δικονομικών ή δικαστικών τόκων (βλέπε Απ. Γεωργιάδη-Σταθόπουλου «Αστικός Κώδιξ- Κατ' άρθρο Ερμηνεία», έκδοση 1980, τόμος ΙΙ, υπό το άρθρο 340, αριθ. 7, σελ. 235, υπό το άρθρο 346, σελ. 246, Βασίλη Αντ. Βαθρακοκοίλη «ΕΡΝΟΜΑΚ-Ερμηνεία-Νομολογία Αστικού Κώδικα», έκδοση 2003, τόμος Β, υπό το άρθρο 340 αριθ. 3., σελ. 216, και αριθ. 24, σελ. 223, υπό το άρθρο 346, αριθ. 1, 4, 13 και 14, σελ. 241, 242 και 245 αντίστοιχα, Α.Π. 387/2002 Ελλ.Δ/νη 44.479). Β) Ειδικότερα,

επί της διαπλαστικής αγωγής για τον οριστικό καθορισμό της οφειλόμενης από τους χρήστες υλικών φορέων ήχου εύλογης αμοιβής στους προαναφερόμενους δικαιούχους του σχετικού συγγενικού δικαιώματος, πριν να προσδιορισθεί με την αντίστοιχη διαπλαστική δικαστική απόφαση η οριστική αυτή αμοιβή, ο οφειλέτης-χρήστης των ως άνω υλικών φορέων που διαφωνεί με το προτεινόμενο από τους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης, μέσω του συνταχθέντος από αυτούς σχετικού αμοιβολογίου, ποσό της εν λόγω αμοιβής, δεν γνωρίζει το ακριβές ύψος στο οποίο θα καθορισθεί, κατά τρόπο οριστικό, αυτή από το δικαστήριο, αφού πριν από τον οριστικό δικαστικό προσδιορισμό του το ύψος της είναι αόριστο, αβέβαιο και ανεκκαθάριστο. Συνεπώς, το χρέος της εύλογης αμοιβής, το οριστικό μέγεθος της οποίας προσδιορίζει, κατά τα προαναφερθέντα, το καθ' ύλην και κατά τόπον αρμόδιο δικαστήριο, δικάζοντας κατά την τακτική διαδικασία, καθίσταται ορισμένο και απαιτητό από την τελεσίδικία της διαπλαστικής απόφασης που το προσδιορίζει και από την επίδοση της τελεσίδικης αυτής απόφασης και όχι από προγενέστερο χρονικό σημείο και έτσι μόνο έκτοτε ο χρήστης των ως άνω υλικών φορέων οφείλει τόκους υπερημερίας ή ανάλογα δικονομικούς τόκους επί του ποσού της προσδιορισθείσας οριστικά εύλογης αμοιβής των δικαιούχων του σχετικού συγγενικού δικαιώματος, έστω και αν με την αγωγή περί του οριστικού καθορισμού της εν λόγω αμοιβής ενώνεται και καταψηφιστική αγωγή, με την οποία ζητείται και η καταβολή αυτής, αλλά και η καταδίκη του χρήστη στην καταβολή τό-

κων επί του ποσού της από την επίδοση της αγωγής αυτής ή από προγενέστερο χρονικό σημείο (βλέπε: Α.Π. 387/2002 όπ. π., Εφ.Δωδ. 10/2004 Τ.Ν.Π «ΝΟΜΟΣ», Εφ.Αθ. 2749/2001 Ελλ.Δ/νη 42.1407, οι οποίες αποφάνθηκαν επί του παρεμφερούς θέματος της έναρξης της τοκογονίας επί αγωγών για την αναπροσαρμογή του μισθώματος επαγγελματικής μίσθωσης, για το ότι δε η καθορίζουσα το οριστικό ύψος της ως άνω εύλογης αμοιβής απόφαση έχει διαπλαστικό χαρακτήρα και εκδίδεται κατά την τακτική διαδικασία, βλέπε και Εφ.Αθ. 3058/2005 Δ.Ε.Ε. 2005.1179, Μον.Πρ.Ρόδου 1127/ 2003 Τ.Ν.Π. «ΝΟΜΟΣ» όπ.π., αριθ. 742, σελ. 375, Διονυσίας Καλλινίκου όπ.π., αριθ. 213, σελ. 279, αντίθετη η Μον.Πρ.Τρ. 687/2003 Ελλ.Δ/νη 45.604, η οποία έκρινε ότι η μεν απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου, με την οποία καθορίζεται προσωρινά η εύλογη αμοιβή, λαμβάνει προσωρινό ρυθμιστικό μέτρο της εκουσίας δικαιοδοσίας, εκδικαζόμενο, κατά παραπομπή του νόμου, κατά τη διαδικασία για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, η δε απόφαση του αρμόδιου για τον οριστικό καθορισμό της εύλογης αμοιβής δικαστηρίου, πρέπει, λαμβάνουσα και αυτή, κατά τρόπο όμως οριστικό επίσης ρυθμιστικό μέτρο της εκουσίας δικαιοδοσίας, να εκδίδεται κατά την προσήκουσα διαδικασία της τελευταίας). Και ναι μεν, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 56 παρ. 2 του Ν. 2121/1993 ο χρήστης πρέπει να πράξει όσα η διάταξη αυτή, κατά τα προαναφερθέντα, επιτάσσει «πριν από οποιαδήποτε χρήση», πλην, όμως, πέρα από το γεγονός ότι η καθοδηγητικού περιεχομένου διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή σε κάθε περίπτωση, αλλά

μόνο στις περιπτώσεις που ο οργανισμός συλλογικής διαχείρισης προβαίνει σε αδικαιολόγητες και δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος ενός συγκεκριμένου χρήστη (βλέπε Μιχαήλ – Θεόδωρου Μαρίνου όπ. π. αριθ. 741, σελ. 375), η έννοια της εν λόγω διάταξης είναι ότι από οποιαδήποτε χρήση, πριν καταρτισθεί η σχετική σύμβαση ή έστω πληρωθεί η αμοιβή, είναι παράνομη, συνεπαγόμενη ποινικές ή άλλες αστικές συνέπειες και δεν έχει αυτή την έννοια ότι η –οπωσδήποτε παράνομη– πρόωγη χρήση εμποδίζει το χρήστη να ασκήσει το δικαίωμά του να προσφύγει στο αρμόδιο δικαστήριο για τον προσωρινό ή οριστικό προσδιορισμό της ανάλογης αμοιβής (βλέπε Μον.Πρ.Τρικ. 687/2003 όπ.π., Μον.Πρ.Ρόδου 1127/2003 όπ.π., αντίθετες οι: Μον.Πρ.Τρικ. 578/2002 Δ. 33.1140-1145, Μον.Πρ.Χίου 118/1998 Δ.Ε.Ε 6.593), γεγονός που με τη σειρά του δεν μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι το χρέος του χρήστη για καταβολή της οφειλόμενης από αυτόν εύλογης αμοιβής καθίσταται ορισμένο, βέβαιο και εκκαθαρισμένο από χρονικό σημείο προγενέστερο της προς αυτόν επίδοσης της τελεσίδικης απόφασης για τον οριστικό καθορισμό της αμοιβής αυτής και ότι επομένως ο τελευταίος οφείλει τόκους υπερημερίας ή δικονομικούς τόκους από το προγενέστερο αυτό χρονικό σημείο. Εξ άλλου και όσον αφορά, στον αναλογούντα στην οφειλόμενη εύλογη αμοιβή, Φ.Π.Α. το συνδεόμενο με αυτόν μέρος της επίδικης χρηματικής αξίωσης καθίσταται ληξιπρόθεσμο και απαιτητό, στο βαθμό που η πληρωμή της αμοιβής αυτής γίνεται, στις περιπτώσεις διαφωνίας του χρήστη και οριστικού καθορισμού της

από το δικαστήριο, μετά από επιταγή της σχετικής δικαστικής απόφασης, όπως συμβαίνει και στην προκειμένη περίπτωση, από την είσπραξη εκ μέρους των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης του ποσού της επιδικαζόμενης σε αυτούς εύλογης αμοιβής, οπότε και γεννάται η σχετική φορολογική υποχρέωσή τους και εκδίδουν αυτοί το απαιτούμενο από το νόμο τιμολόγιο ή απόδειξη και επομένως μόνο

έκτοτε οφείλονται, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 340 και 345 του Α.Κ., από το χρήστη νόμιμοι τόκοι υπερημερίας επί του ποσού του αναλογούντος στην επιδικασθείσα εύλογη αμοιβή Φ.Π.Α. και όχι πριν από την επέλευση του ως άνω χρονικού σημείου, ήτοι της ημέρας είσπραξης της αμοιβής αυτής (βλέπε Α.Π. 80/1999 όπ.π., Εφ.Αθ. 8884/2003 όπ.π., Εφ.Αθ. 9411/2000 αδημ.).

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 37/2007

Δικαστές: Γεώργιος Σαραντινός (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου), Δημήτριος Λοβέρδος (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου), Αχιλλέας Νταφούλης, Ηρακλής Κωνσταντινίδης, Ρένα Ασημακοπούλου, Εμμανουήλ Καλούδης, Αθανάσιος Θέμελης (Αρεοπαγίτης, Εισηγητής), Μάριος-Φώτιος Χατζηπανταζής, Γεώργιος Πετράκης, Ειρήνη Αθανασίου, Μίμης Γραμματικούδης, Λεωνίδα Ζερβομπεάκος, Αλέξανδρος Νικάκης, Χαράλαμπος Ζώης, Δημήτριος Πατινίδης, Χαράλαμπος Παπαηλιού, Χαράλαμπος Δημάδης, Βασίλειος Κουρκάκης, Ελευθέριος Νικολόπουλος, Αναστάσιος Λιανός, Ανδρέας Τσόλιας (Αρεοπαγίτες)
Δικηγόροι: Αρις Καζάκος, Ιωάννης-Διονύσιος Φιλιώτης, Κωνσταντίνος Κρεμαλής

Άρθρα: 1 παρ. 2 εδ. δ' Οδηγίας Συμβουλίου 75/129/ΕΟΚ, 2 παρ. 2 στ. γ' Ν. 1387/1983

Προδικαστικό ερώτημα με απόφαση της Τακτικής Ολομέλειας του Αρείου Πάγου προς το ΔΕΚ αναφορικά με το αν οι διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 εδ. δ' Οδηγίας του Συμβουλίου 75/129/ΕΟΚ εφαρμόζονται επί ομαδικών απολύσεων προκαλουμένων από την οριστική διακοπή της λειτουργίας επιχείρησης ή εκμετάλλευσης η οποία αποφασίσθηκε οικειοθελώς από τον εργοδότη και έγινε χωρίς να προηγηθεί σχετική δικαστική απόφαση.

Έννοια ομαδικών απολύσεων κατά την οδηγία 75/129/ΕΟΚ.

Με την με αριθμό 24/2005 απόφαση της Τακτικής Ολομέλειας, ο Άρειος Πάγος, αφού ανέκλυψε ζήτημα ερμηνείας πράξεως οργάνων της Ε.Ε. από το Δ.Ε.Κ., η δε απόφαση του Δικαστηρίου αυτού δεν υπόκειται σε ένδικα μέσα του εσωτερικού δικαίου, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 234 παρ. 1 και 3 της Συνθήκης Ε.Κ., απηύθυνε στο ΔΕΚ προδικαστικό ερώτημα με

το εξής περιεχόμενο: «Με δεδομένο ότι δεν προβλέπεται από το Ελληνικό (Εθνικό) δίκαιο προηγούμενη δικαστική απόφαση για την οριστική διακοπή της επιχείρησης ή εκμεταλλεύσεως με μόνη τη βούληση του εργοδότη: Ερωτάται αν, κατά την έννοια της διατάξεως του άρθρου 1 παρ. 2 εδ. δ' της Οδηγίας του Συμβουλίου 75/129 ΕΟΚ, οι διατάξεις της Οδηγίας αυ-

τής εφαρμόζονται επί ομαδικών απολύσεων προκαλούμενων από την οριστική διακοπή της λειτουργίας μιας επιχειρήσεως ή εκμεταλλεύσεως, η οποία αποφασίσθηκε οικειοθελώς από τον εργοδότη και έγινε χωρίς να προηγηθεί σχετική δικαστική απόφαση». Η έκδοση οριστικής αποφάσεως αναβλήθηκε μέχρις ότου το ΔΕΚ αποφανθεί επί του παραπάνω ερωτήματος. Με την από 7 Σεπτεμβρίου 2006 απόφασή του, το ΔΕΚ αποφάνθηκε επί του ανωτέρω ερωτήματος, ότι η οδηγία 75/129/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Φεβρουαρίου 1975, περί προσεγγίσεως των νομοθεσιών των κρατών μελών που αφορούν στις ομαδικές απολύσεις, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι εφαρμόζεται σε περίπτωση ομαδικών απολύσεων, λόγω οριστικής παύσεως της λειτουργίας επιχειρήσεως ή εκμεταλλεύσεως, η οποία αποφασίζεται οικειοθελώς από τον εργοδότη, χωρίς προηγούμενη δικαστική απόφαση, ενώ η παρέκκλιση που προβλέπεται στο άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο δ', της εν λόγω Οδηγίας δεν δικαιολογεί τη μη εφαρμογή της. Το νομικό πλαίσιο της απόφασης αυτής του ΔΕΚ έχει σχετικώς ως εξής: Η Οδηγία 75/129, η οποία εκδόθηκε με βάση το άρθρο 100 της Συνθήκης της ΕΟΚ (μετέπειτα άρθρο 100 της Συνθήκης Ε.Κ., τώρα άρθρο 94 Ε.Κ.), αποσκοπεί στην ενίσχυση της προστασίας των εργαζομένων σε περίπτωση ομαδικών απολύσεων, λαμβανομένης υπόψη της ανάγκης ισόρροπης οικονομικής και κοινωνικής αναπτύξεως εντός της Κοινότητας. Ως «ομαδικές απολύσεις», κατά το άρθρο 1 παρ. 1 εδ. α' της Οδηγίας αυτής, νοούνται οι απολύσεις που πραγματοποιούνται από έναν εργοδότη για έναν ή περισσότερους λόγους, οι οποίες δεν έχουν σχέση με το πρόσωπο

των εργαζομένων, εφόσον ο αριθμός των απολύσεων ανέρχεται, ανάλογα με την επιλογή των κρατών μελών, στις εκεί αναφερόμενες διακρίσεις. Κατά δε την παράγραφο 2 εδ. δ' του ίδιου άρθρου 1, η παρούσα Οδηγία δεν εφαρμόζεται επί των εργαζομένων που θίγονται από τη διακοπή της δραστηριότητας της επιχειρήσεως, εφόσον αυτή επέρχεται κατόπιν δικαστικής αποφάσεως. Το άρθρο 2 της εν λόγω Οδηγίας προβλέπει ορισμένες υποχρεώσεις του εργοδότη που προτίθεται να προβεί σε ομαδικές απολύσεις. Κατ' αρχάς υποχρεούται να προβαίνει σε διαβουλεύσεις με τους εκπροσώπους των εργαζομένων, οι οποίες αφορούν τουλάχιστον στις δυνατότητες αποφυγής ή μειώσεως των ομαδικών απολύσεων, καθώς και στις δυνατότητες αμβλύνσεως των συνεπειών τους. Επίσης, προκειμένου να τους παράσχει τη δυνατότητα να υποβάλουν εποικοδομητικές προτάσεις, ο εργοδότης υποχρεούται να κοινοποιεί στους εκπροσώπους των εργαζομένων κάθε χρήσιμη πληροφορία και, σε κάθε περίπτωση, να τους ανακοινώνει εγγράφως τους λόγους των απολύσεων, τον αριθμό των υπό απόλυση εργαζομένων, τον αριθμό των συνήθως απασχολούμενων, καθώς και την περίοδο μέσα στην οποία πρόκειται να πραγματοποιηθούν οι απολύσεις. Το άρθρο 3 παράγραφος 1 της Οδηγίας 75/129 ορίζει ότι ο εργοδότης υποχρεούται να κοινοποιεί εγγράφως στην αρμόδια αρχή κάθε σχεδιαζόμενη ομαδική απόλυση. Η κοινοποίηση πρέπει να περιέχει κάθε χρήσιμη πληροφορία σχετικά με τη σχεδιαζόμενη ομαδική απόλυση, και τις διαβουλεύσεις με τους εκπροσώπους των εργαζομένων που προβλέπονται στο άρθρο 2, και ιδίως τους λόγους της απόλυσεως, τον αριθμό των υπό

απόλυση εργαζομένων, τον αριθμό των συνήθως απασχολούμενων και την περίοδο μέσα στην οποία πρόκειται να πραγματοποιηθούν οι απολύσεις. Με το νόμο 1387/1983 (έλεγχος ομαδικών απολύσεων και άλλες διατάξεις), θεσπίζεται ειδική διαδικασία για την πραγματοποίηση των ομαδικών απολύσεων, η οποία εξασφαλίζει α) την πλήρη πληροφόρηση των εργαζομένων σχετικά με τις σχεδιαζόμενες ομαδικές απολύσεις, β) στάδιο διαβουλεύσεων του εργοδότη με τους εκπροσώπους των εργαζομένων και γ) σε περίπτωση ασυμφωνίας των μερών, αποφασιστική παρέμβαση της διοικητικής αρχής. Με τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 εδ. γ' του παραπάνω νόμου, ορίζεται ότι «οι διατάξεις του νόμου αυτού δεν εφαρμόζονται στους εργαζόμενους που απολύονται λόγω διακοπής των εργασιών της επιχείρησης ή εκμετάλλευσης κατόπιν πρωτόδικης απόφασης». Ο Ν. 1387/1983 αποτελεί μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο της Οδηγίας του Συμβουλίου 75/129 ΕΟΚ, με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 2 περ. δ' της οποίας ορίζεται ότι η παραπάνω Οδηγία δεν εφαρμόζεται «επί των εργαζομένων που θίγονται από τη διακοπή της δραστηριότητας της επιχείρησης, εφόσον αυτή επέρχεται κατόπιν δικαστικής απόφασης». Η Οδηγία 75/129 τροποποιήθηκε με την Οδηγία 92/56/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 24ης Ιουνίου 1992, κατόπιν της εγκρίσεως του Κοινοτικού Χάρτη των θεμελιωδών κοινωνικών δικαιωμάτων των εργαζομένων, κατά τη σύνοδο του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου στο Στρασβούργο στις 9-12-1989. Στο πλαίσιο της τροποποίησης επήλθε κατάργηση του στοιχείου δ' του άρθρου 1 παράγραφος 2 της Οδηγίας 75/129 και προστέθηκε, μετά το πρώτο εδάφιο του άρθρου 3

παρ. 1 της Οδηγίας, το ακόλουθο εδάφιο: «Εν τούτοις, τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέψουν ότι, στην περίπτωση ενός σχεδίου ομαδικών απολύσεων που προκαλούνται από τη διακοπή της δραστηριότητας της επιχείρησης η οποία επέρχεται κατόπιν δικαστικής απόφασης, ο εργοδότης υποχρεούται να το κοινοποιήσει γραπτώς στην αρμόδια δημόσια αρχή μόνον κατόπιν αιτήσεώς της».

Οι τροποποιήσεις που επέφερε η Οδηγία 92/56 μεταφέρθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με τους νόμους 2736/1999 και 2874/2000. Η προβλεπόμενη στο άρθρο 2 της Οδηγίας 92/56 προθεσμία μεταφοράς των εν λόγω τροποποιήσεων στην εσωτερική έννομη τάξη έληξε την 24η Ιουνίου 1994. Περαιτέρω, από τις παραπάνω διατάξεις, συνάγεται ότι η μη εφαρμογή της Οδηγίας είναι δυνατή μόνον όταν η διακοπή της δραστηριότητας της επιχείρησης επέρχεται κατόπιν δικαστικής απόφασης. Και ότι σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, ιδίως όταν η οριστική διακοπή των δραστηριοτήτων της οικείας επιχείρησης αποφασίζεται οικειοθελώς από τον εργοδότη και θεμελιώνεται σε εκτιμήσεις οικονομικής φύσεως ή άλλες, οι απορρέουσες από την Οδηγία 75/129 υποχρεώσεις του εργοδότη παραμένουν στο ακέραιο. Ότι, συνάφως, είναι άνευ σημασίας το γεγονός ότι οι προαναφερθείσες διατάξεις του Εθνικού δικαίου δεν προβλέπουν προηγούμενη έκδοση δικαστικής απόφασης στην περίπτωση οριστικής διακοπής της λειτουργίας επιχείρησης ή εκμεταλλεύσεως που αποφασίζεται οικειοθελώς από τον εργοδότη. Ότι, ως εκ τούτου, κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών (Ιούλιος 1996) των κυρίων δικών, η εργοδότης υπείχε υποχρέωση ενημερώσεως και δια-

βουλεύσεως με τους εργαζομένους σε όλες τις περιπτώσεις ομαδικών απολύσεων, λόγω διακοπής των δραστηριοτήτων της

εκμεταλλεύσεως, αφού η διακοπή αυτή αποφασίστηκε οικειοθελώς από αυτήν, χωρίς να προηγηθεί δικαστική απόφαση.

Ά ρ ε ι ο ς Π ά γ ο ς - Α ρ ι θ . 1 2 6 5 / 2 0 0 5

Δικαστές: Ρωμύλος Κεδίκογλου (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου), Σπυρίδων Κολυβάς, Ευάγγελος Σταυρουλάκης, Δημήτριος Λοβέρδος, Αναστάσιος Περίδης (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Αντώνης Βγόντζας, Εμμανουήλ Αμωναχάκης

Άρθρα: 4, 5 και 6 παρ. 3 εδ. α', β' και παρ. 4 Ν. 1866/1989, 23 παρ. 1 Ν. 2328/1995, 22 παρ. 2

Οι τακτικοί και έκτακτοι υπάλληλοι και οι δημοσιογράφοι των ιδιωτικών ραδιοτηλεοπτικών σταθμών της χώρας, εφόσον οι αντίστοιχες επαγγελματικές οργανώσεις τους δεν συνήψαν Συλλογικές Συμβάσεις για τους όρους εργασίας και αμοιβής με τους σταθμούς, υπόκεινται στις ρυθμίσεις των εκάστοτε ισχυουσών Σ.Σ.Ε. της ΕΡΤ Α.Ε.

Στην έννοια του άρθρου 23 του Ν. 2328/95 περιλαμβάνονται και οι ιδιωτικοί ραδιοτηλεοπτικοί σταθμοί που λειτουργούν κατά την έναρξη ισχύος του νόμου 2644/98, δηλ. την 1-11-1999 και έχουν υποβάλει εμπροθέσμως αίτηση χορήγησης αδείας λειτουργίας ιδιωτικού τηλεοπτικού σταθμού, οι οποίοι θεωρούνται ως «νομίμως λειτουργούντες».

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 4, 5, 6 παρ. 3 εδ' α' και β' και παρ. 4 Ν. 1866/1989 και του άρθρου 1 παρ. 23 Ν. 2328/1995, που ισχύει από 8-8-95, συνάγεται ότι με τις επιχειρησιακές Συλλογικές Συμβάσεις Εργασίας (άρθρα 3 παρ. 5 και 6 παρ. 1β' του Ν. 1876/1990) τακτικών και εκτάκτων υπαλλήλων και δημοσιογράφων της ΕΡΤ-ΑΕ αμείβονται και οι εργαζόμενοι σε ιδιωτικούς τηλεοπτικούς και ραδιοφωνικούς σταθμούς, οι οποίοι λειτουργούν ύστερα από τη σύναψη σύμβασης παραχώρησης μη κρατικής τηλεόρασης, εφόσον δεν έχουν υπογραφεί γι' αυτούς ειδικές ΣΣΕ. Τούτο ισχύει και για τους ραδιοτηλεοπτικούς σταθμούς που έχουν προσωρινή άδεια λειτουργίας, οι οποίοι, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 1 Ν. 2644/1998, που ισχύει από 24-3-98 και δεν έχει αναδρομική ισχύ, θεωρούνται ως «νο-

μίμως λειτουργούντες» προσωρινά και μέχρι τη χορήγηση των αδειών λειτουργίας ή την απόρριψη της αίτησής τους, μετά την ολοκλήρωση του προβλεπόμενου στο άρθρο 2 παρ. 5, περιπτώσεις γ' και δ' του Ν. 2328/1995, ελέγχου συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων ή της επάρκειας της τεχνικής μελέτης, όπως και για τους ραδιοφωνικούς σταθμούς, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 53 Ν. 2778/1999, που ορίζει ότι θεωρούνται ως «νομίμως λειτουργούντες» οι ραδιοφωνικοί σταθμοί που λειτουργούσαν την 1-11-1999 μέχρι την έκδοση της απόφασης του Υπουργού Τύπου και ΜΜΕ, η οποία προβλέπεται στο άρθρο 7 του Ν. 2328/1995, για την προκήρυξη συγκεκριμένων θέσεων λειτουργίας ραδιοφωνικών σταθμών, ισχύει από 1-11-1999 και δεν έχει αναδρομική ισχύ.

Η παραπάνω, με το άρθρο 1 παρ. 23 Ν.

2328/1995, νομοθετική επέκταση των ΣΣΕ τακτικών και έκτακτων υπαλλήλων της ΕΡΤ-ΑΕ και στους εργαζομένους σε ιδιωτικούς τηλεοπτικούς και ραδιοφωνικούς σταθμούς – οι οποίοι έχουν προσωρινή άδεια λειτουργίας, θεωρούμενοι ως νομίμως λειτουργούντες προσωρινά μέχρι την χορήγηση της άδειας λειτουργίας ή την απόρριψη της προς τούτο αίτησης – δεν ενέχει υποχρέωση για σύναψη ΣΣΕ και ανεπίτρεπτη επέμβαση του νομοθέτη στη συλλογική αυτονομία. Διότι με τη διάταξη του άρθρου 22 παρ. 2 του Συντάγματος, που καθιερώνει τη συλλογική αυτονομία, στο περιεχόμενο της οποίας εμπίπτει και η συνδικαλιστική ελευθερία για την ελεύθερη άσκηση της οποίας επιβάλλεται στο Κράτος να λαμβάνει τα προσήκοντα μέτρα, μέσα στα

όρια του νόμου, κατά το άρθρο 23 παρ. 1 του Συντάγματος, προβλέπεται ότι με νόμο καθορίζονται οι γενικοί όροι εργασίας, που συμπληρώνονται από τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας, συναπτόμενες με ελεύθερες διαπραγματεύσεις και αν αυτές αποτύχουν με τους κανόνες που θέτει η δικαιοσύνη. Γενικοί δε όροι εργασίας είναι αυτοί που έχουν ως αντικείμενο τη γενική διάπλαση της εργασιακής σχέσης καθώς επίσης και τη ρύθμιση οποιουδήποτε άλλου εργασιακού θέματος, το οποίο ενδιαφέρει την έννομη τάξη επειδή αφορά στο γενικότερο κοινωνικό συμφέρον, το οποίο έτσι οριοθετεί το πεδίο εξουσίας του κρατικού νομοθέτη έναντι της εξουσίας των φορέων της συλλογικής αυτονομίας (Α.Π. 615/2003, Α.Π. 401/1991, Α.Π. 331/1989).

Ε φ ε τ ε ί ο Α θ η ν ώ ν - Α ρ ι θ . 1 4 / 2 0 0 8

Δικαστές: Ελένη Μαλλιαράκη (Πρόεδρος Εφετών), Καλλιόπη Πανά (Εφέτης),

Σοφία Μιχαλοπούλου (Εφέτης, Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Ανάργυρος Μπουτσικάρης, Διαμαντής Καριώτης

Άρθρα: Οδηγία 1999/20/ΕΚ, 8 παρ. 3 Ν. 2112/1920, 6 Ν. 765/1943, 38 Εισ.Ν.Α.Κ.σ 648 επ. Α.Κ.

Προσωπικό ΟΤΕ – Διαδοχικές συμβάσεις ορισμένου χρόνου – Ένσταση κατάχρησης δικαιώματος – Υποχρέωση απασχόλησης ακύρωσ απολυθέντος – Ένσταση εκκρεμοδικίας – προϋποθέσεις καταγγελίας εργασιακής σχέσης.

Η έλλειψη ενός αντικειμενικού λόγου που να δικαιολογεί τη σύναψη διαδοχικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, έχει ως αποτέλεσμα την ακυρότητα της σύμβασης και θεωρείται στην περίπτωση αυτή ότι έχει καταρτιστεί ενιαία σύμβαση αορίστου χρόνου, στην οποία η απόλυση του μισθωτού δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα χωρίς καταγγελία και καταβολή της νόμιμης αποζημίωσης. Η ένσταση της εναγομένης – εργοδότης περί καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος των εναγουσών, για το λόγο ότι αυτές ζητούν να αναγνωρισθεί ότι η εργασιακή τους σχέση έχει το χαρακτήρα της συμβάσεως εργασίας αορίστου χρόνου, καίτοι από την υπογραφή των συμβάσεων γνώριζαν ότι επρόκειτο να καλύψουν πρόσκαιρες ανάγκες, με αποτέλεσμα να υπάρχει κίνδυνος «να θεσμοθετηθεί και νέα κατηγορία εργαζομένων στον ΟΤΕ» είναι ουσιαστικά αβάσιμη. Η διάταξη που επιβάλλει στον εργοδότη, με απειλή ποινικών κυρώσεων, την υποχρέωση για πραγματική απασχόληση του εργαζόμενου, αναφέρεται στην εξαιρετική περίπτωση που ο εργαζόμενος απολύθηκε και η απόλυσή του κρίθηκε άκυρη με δικαστική απόφαση. Αλλά και τότε η υποχρέωση αυτή δεν ανακύπτει ως αυτόματη συνέπεια της αναγνώρισης της ακυρότητας της καταγγελίας, αλλά με τη συνδρομή των προεθεθέντων περιστατικών.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 648 επ. Α.Κ και 6 του Ν. 765/1943 (που κυρώθηκε με την π.υ.σ. 324/1946 και διατηρήθηκε σε ισχύ με το άρθρο 38 του Εισ.Ν.Α.Κ) προκύπτει, ότι σύμβαση εξαρτημένης εργασίας υπάρχει όταν ο εργαζόμενος παρέχει την εργασία του με μισθό, ανεξάρτητα από τον τρόπο καθορισμού και καταβολής του, επί πλέον δε υπόκειται σε νομική εξάρτηση από τον εργοδότη ως προς τον τόπο, το χρόνο και τον τρόπο παροχής της εργασίας υποχρεούμενος να ακολουθεί τις δεσμευτικές γι’ αυτόν οδηγίες του τελευταίου και υποκείμενος στον έλεγχο και την εποπτεία του (Α.Π. 1507/2004, απ 3 618/03 Ελλ.Δ/νη 45.754, Α.Π. 1273/02 Ελλ.Δ/νη 45.446, Α.Π. 219/02 Ελλ.Δ/νη 44.158, Α.Π. 704/02 Ελλ.Δ/νη 43.1656, Α.Π. 1246/00 ΔΕΝ 58.546, Εφ.Αθ. 5420/03 Ελλ.Δ/νη 45.541). Επίσης από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 648 και 669 Α.Κ. προκύπτει, ότι σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου υπάρχει, όταν οι συμβαλλόμενοι δεν έχουν συμφωνήσει ορισμένη διάρκεια για την παροχή της εργασίας ούτε η χρονική αυτή διάρκεια συνάγεται από το είδος και το σκοπό της εργασίας. Αντίθετα, η σύμβαση εργασίας είναι ορισμένου χρόνου, όταν συνομολογείται η διάρκεια αυτής μέχρι ορισμένου χρονικού σημείου ή μέχρι της επελεύσεως ορισμένου μέλλοντος και βέβαιοι γεγονότος ή της εκτέλεσεως ορισμένου έργου, μετά την περάτωση του οποίου ή την επέλευση του βεβαίου γεγονότος ή του χρονικού σημείου, παύει να ισχύει αυτοδικαίως (Α.Π. 936/04 ΔΕΝ 60.1848, Α.Π. 1618/03 Ελλ.Δ/νη 45.753, Εφ.Αθ. 2708/98 Ελλ.Δ/νη 39.907). Επομένως η διάρκεια της συμβάσεως εργασίας ορισμένου χρόνου είναι σαφώς κα-

θορισμένη είτε γιατί συμφωνήθηκε, ρητά ή σιωπηρά, είτε γιατί προκύπτει από το είδος και το σκοπό της σύμβασης εργασίας (Α.Π. 1204/02 Ελλ.Δ/νη 44.159). Χαρακτηριστικό της σύμβασης εργασίας ορισμένου χρόνου είναι, ότι τα μέρη γνωρίζουν επακριβώς το χρονικό σημείο της λήξης της. Η σύμβαση αυτή παύει αυτοδικαίως, σύμφωνα με το άρθρο 669 παρ. 1 Α.Κ., όταν λήξει ο χρόνος για τον οποίο συνομολογήθηκε, χωρίς να χρειάζεται καταγγελία της και καταβολή αποζημιώσεως (Α.Π. 1318/98 Ελλ.Δ/νη 44.109). Ο χαρακτηρισμός της σύμβασης ανήκει στο δικαστήριο, το οποίο μη δεσμευόμενο από το χαρακτηρισμό, που προσέδωσαν τα συμβαλλόμενα μέρη, κρίνει ερμηνεύοντας το περιεχόμενό της, όπως απαιτεί η καλή πίστη και τα συναλλακτική ήθη και οι περιστάσεις, υπό τις οποίες συνήφθη η σύμβαση (Α.Π. 1507/2004, Α.Π. 1618/03 Ελλ.Δ/νη 45.754, Α.Π. 926/99 ΔΕΝ 56.70, Εφ.Αθ. 7488/03 Ελλ.Δ/νη 45.862, Εφ.Αθ. 226/01 Ελλ.Δ/νη 42.785). Εξάλλου, από τις διατάξεις των άρθρων 1 και 8 παρ. 3 του Ν. 2112/1920, όπως έχει τροποποιηθεί και αυθεντικώς ερμηνευτεί (Ν. 4558/1920, άρθρ. 11 Α.Ν. 547/1937), το οποίο ορίζει ότι «οι διατάξεις του νόμου αυτού εφαρμόζονται και επί συμβάσεων εργασίας με ορισμένη χρονική διάρκεια, εάν ο καθορισμός της διάρκειας αυτής δεν δικαιολογείται εκ της φύσεως της συμβάσεως, αλλά τέθηκε σκοπίμως προς καταστρατήγηση των περί υποχρεωτικής καταγγελίας της υπαλληλικής συμβάσεως διατάξεων του παρόντος νόμου», προκύπτει ότι, όταν συνάπτονται αλληπάλληλες συμβάσεις εργασίας ορισμένης χρονικής διάρκειας, αν ο καθορισμός της διάρκειάς τους δεν δικαιολογείται από τη φύση ή το

είδος ή το σκοπό της εργασίας ή δεν υπαγορεύεται από ειδικό λόγο, που ανάγεται ιδίως στις ιδιαίτερες συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης, αλλά έχει τεθεί με σκοπό την καταστρατήγηση των διατάξεων περί υποχρεωτικής καταγγελίας των αορίστου χρόνου συμβάσεων (άρθρα 1, 2, 3 του Ν. 2112/1920 ή 1, 3, 5 του Β.Δ. 16/18-7-1920) ανακύπτει ακυρότητα ως προς τον καθορισμό ορισμένης χρονικής διάρκειας της σύμβασης και θεωρείται, ότι τότε καταρτίστηκε ενιαία σύμβαση αορίστου χρόνου, επί της οποίας δεν είναι δυνατή η απόλυση του εργαζομένου χωρίς καταγγελία και καταβολή της νόμιμης αποζημιώσεως (Α.Π. 1618/03 Ελλ.Δ/νη 45.754, Α.Π. 603/94 ΔΕΝ 50.1214, Α.Π. 759/03, Εφ.Αθ. 3047/99 Ελλ.Δ/νη, 41.510). Όταν, όμως, ο καθορισμός ορισμένης χρονικής διάρκειας στη σύμβαση εργασίας υπαγορεύεται από αποχρώντα λόγο, αναγόμενο κυρίως στις ιδιαίτερες συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης του εργοδότη ή τις ιδιαίτερες ανάγκες αυτού, η κατάρτιση αλληπάληλων συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου δεν μπορεί να θεωρηθεί, ότι έγινε σκόπιμα προς καταστρατήγηση των διατάξεων περί καταγγελίας της σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου (Ολομ.Α.Π. 1807/86 Ε.Εργ.Δ 46.335, Α.Π. 299/84 ΔΕΝ 1985.217, Εφ.Αθ. Ελλ.Δ/νη 45.232). Έτσι, η εποχική εργασία, δηλαδή η εργασία που προκύπτει κατά συγκεκριμένη χρονική περίοδο (εποχή έτους), είτε η εργασία αυτή προσφέρεται σε εποχική επιχείρηση είτε όχι, αποτελεί λόγο, που δικαιολογεί αντικειμενικά τη σύναψη συμβάσεων ορισμένου χρόνου, αφού με αυτήν καλύπτονται αυξημένες ανάγκες σε εργατικό δυναμικό περιορισμένης και προβλέψιμης χρονικής

διάρκειας (βλ. Δ. Ζερδελή, «Οι συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου μετά τα Π.Δ. 81/03 και 184/04», Μελέτη στο ΔΕΝ 61.97 επ. Γ. Λεβέντη, «Σύμβαση εργασίας αορίστου και ορισμένου χρόνου», Μελέτη στο ΔΕΝ 56.833 επ., Εφ.Θεσ. 1989/87 Αρμ. 1997.1042).

Η σύμβαση εργασίας απαγορεύεται να παραταθεί ή να ανανεωθεί ή να μετατραπεί σε σύμβαση αορίστου χρόνου. Το προσωπικό αυτό διέπεται αποκλειστικά από τη σύμβαση εργασίας του και την εργατική νομοθεσία, χωρίς να υπάγεται στον παρόντα Κανονισμό. Έτσι κατά την παραπάνω σύμβαση, η πρόσληψη των εναγουσών έγινε για την κάλυψη έκτακτων και πρόσκαιρων αναγκών της εναγομένης, χωρίς όμως να υπάρξει ειδικότερος καθορισμός αυτών στην παραπάνω ατομική σύμβαση εργασίας των εναγουσών, ώστε να δικαιολογείται η συνολολόγηση ορισμένης διάρκειας αυτής. Μετά τη λήξη της διάρκειας των παραπάνω συμβάσεων, αυτές ανανεώθηκαν από την εναγομένη, μετά την πάροδο από 5-14 ημερών, αντίστοιχα έξι φορές και τέσσερις, αντίστοιχα και συγκεκριμένα για την 1η ενάγουσα από 15-10-2001 μέχρι 31-1-2002, από 6-2-2002 μέχρι 30-4-2002, από 5-2002 μέχρι 7-1-2003, από 1-2003 μέχρι 7-9-2003, από 9-2003 μέχρι -3-2004 και από 5-3-2004 μέχρι 14-4-2005 και για την 2η ενάγουσα από 8-5-2002 μέχρι 7-1-2003, από 8-1-2003 μέχρι 7-9-2003, από 8-9-2003 μέχρι 7-3-2004 και στη συνέχεια από 5-3-2004 μέχρι 14-9-2005, οπότε η εναγομένη έπαυσε να δέχεται τις προσηκόντως προσφερόμενες υπηρεσίες των εναγουσών. Έτσι η συνολική απασχόληση αυτών διήρκεσε πολύ πλέον των 22 μηνών. Παρά το γεγονός όμως ότι οι ενάγουσες προσλή-

φθηκαν με την ειδικότητα του τεχνικού και Ε.Η.Ε. αντίστοιχα, από την αρχή της προσλήψεώς τους εκτελούσαν εξειδικευμένη εργασία στις τεχνικές υπηρεσίες της εναγομένης και μάλιστα απασχολήθηκαν, καθ’ όλο το προαναφερθέν χρονικό διάστημα ως τεχνικός στην υποστήριξη συνεργειών νέων τηλεφωνικών συνδέσεων και βλαβών, έκδοση δελτίων κατασκευής νέων συνδέσεων ταξινόμησης και διανομής τους στα συνεργεία, στατιστική απόδοση των συνεργειών η 1η ενάγουσα και, ως Ε.Η.Ε. στην διαχείριση μισθωμένων κυκλωμάτων (αριθμοδότηση, εντολοδότηση νέων συνδέσεων μεταφορών και αναβαθμίσεων και οικονομική τακτοποίηση σε Η..C., Η..Ρ., Ε..D..) η 2η ενάγουσα, καλύπτοντας έτσι πάγιες και διαρκείς ανάγκες της εναγομένης. Επρόκειτο δηλαδή για εργασίες μ’ αυτές που εκτελούσαν και οι μόνιμοι υπάλληλοι της εναγομένης και οι οποίες εντάσσονταν στην καθημερινή εργασία, που διεκπεραιώνουν οι υπάλληλοι των συνεργειών νέων τηλεφωνικών συνδέσεων και βλαβών, καθώς και αυτών της διαχείρισης των μισθωμένων κυκλωμάτων αντίστοιχα, για την εύρυθμη λειτουργία της εναγομένης και την εκπλήρωση της επιχειρηματικής της δραστηριότητας. Ο ισχυρισμός της εναγομένης ότι η πρόσληψη των εναγουσών έγινε για την κάλυψη έκτακτων και πρόσκαιρων αναγκών των υπηρεσιών της που προέκυψαν από την εκτέλεση έργων σχετικών με τους Ολυμπιακούς Αγώνες, ουδόλως αποδείχθηκε, αφού ούτε η εναγομένη επικαλέστηκε την εκτέλεση συγκεκριμένων έργων, με τα οποία να συνδέεται η εργασία που είχε ανατεθεί στις ενάγουσες, ούτε και αποδείχθηκε αύξηση των τηλεφωνικών συνδέσεων και βλαβών καθώς

και μισθωμένων κυκλωμάτων εξαιτίας των εκτελούμενων παραπάνω έργων. Πρέπει να αναφερθεί ότι οι ενάγουσες απασχολήθηκαν στην εναγομένη προσφέροντας την ίδια παραπάνω εργασία καθεμία με τις προαναφερθείσες συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου που συνήψαν είτε απ’ ευθείας με την ίδια την εναγομένη είτε με διαδοχικές συμβάσεις ορισμένου χρόνου όπως από 15-10-2001 μέχρι 31-1-2001, 6-2-2002 μέχρι 30-4-2002 και από 5-3-2004 μέχρι 14-9-2005 η 2η ενάγουσα, στις οποίες φερόταν τυπικά ως φορέας πρόσληψης τρίτη ιδιωτική εταιρία-εργολάβος με τις επωνυμίες «Κ...ΑΤΕ», «C..», «Η....», «Κ...ΑΤΕ» Η..ΑΕ», αντίστοιχα, πλην όμως και στις περιπτώσεις αυτές πραγματική εργοδότηρα ήταν η εναγομένη, δεδομένου ότι οι ενάγουσες τελούσαν υπό τις οδηγίες και εντολές του προϊσταμένου της εναγομένης στα συνεργεία νέων τηλεφωνικών συνδέσεων και βλαβών, καθώς και διαχείρισης μισθωμένων κυκλωμάτων, εκτελώντας πάντα, μόνιμα και σταθερά, την ίδια παραπάνω εργασία. Συνεπώς η σχέση εργασίας των εναγουσών με την εναγομένη είχαν από 2-4-2001 και 21-2-2001 αντίστοιχα τα χαρακτηριστικά των συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου, αφού η πρόσληψη και η απασχόληση αυτών δεν εξυπηρετούσε πρόσκαιρες και παροδικές ανάγκες της εναγομένης αλλά πάγιες, διαρκείς και μόνιμες ανάγκες των τεχνικών υπηρεσιών της. Ως εκ τούτου ο χρονικός περιορισμός των από 2-4-2001 και 21-2-2001, αντίστοιχα συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας που καταρτίστηκαν μεταξύ των διαδίκων και των εν συνεχεία διαδοχικών ανανεώσεων αυτών, δεν δικαιολογείται από λόγους αντικειμενικούς και

συγκεκριμένα από την εποχικότητα των έργων της εναγομένης και από τη φύση των υπηρεσιών που παρείχαν σ' αυτήν οι ενάγουσες, ούτε από τη φύση και το είδος των καλυπτομένων από την εργασία τους αναγκών της εναγομένης, αλλά ούτε και υπαγορεύτηκε από κάποιο άλλο ειδικό λόγο, αναγόμενο στις συνθήκες λειτουργίας των υπηρεσιών της εναγομένης. Επομένως οι εν λόγω συμβάσεις όπως ανανεώθηκαν στη συνέχεια καταρτίστηκαν προσχηματικά, με πρόθεση καταστρατήγησης των διατάξεων του Ν. 2112/1920 ως προς τον καθορισμό ορισμένης χρονικής διάρκειας, με συνέπεια να καθίστανται αυτές άκυρες ως προς τον χρονικό αυτό περιορισμό της διάρκειάς τους και να συνιστούν έτσι κατ' ορθό χαρακτηρισμό τους, συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου που συνεχίζουν να υφίστανται και μετά τη συμφωνημένη λήξη τους στις 14-9-2005 κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 8 παρ. 3 του Ν. 2112/20 και της ρήτρας 5 παρ. 1 του Παραρτήματος της Οδηγίας 1999/70/ΕΚ για την αποφυγή της κατάχρησης των διαδοχικών συμβάσεων ορισμένου χρόνου, μη εφαρμοζομένων στην περίπτωση αυτή των απαγορεύσεων που επιβάλλει ο έχων ισχύ νόμος Κανονισμός Προσωπικού της εναγομένης (η οποία όπως η ίδια συνομολογεί δεν υπάγεται πλέον στο δημόσιο τομέα), ως αντίθετων προς τις διατάξεις αλλά και προς το πνεύμα και τους σκοπούς της παραπάνω Οδηγίας. Πρέπει να σημειωθεί ότι ήδη με βάση την από 25-5-2005 ΕΣΣΕ

προβλέπεται ευθέως η πρόσληψη από την εναγομένη προσωπικού με σύμβαση συμβάσεων εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου. Ενόψει των ανωτέρω πραγματικών περιστατικών η άσκηση του ενδίκου δικαιώματος των εναγουσών δεν υπερβαίνει τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και ο κοινωνικός και οικονομικός σκοπός του δικαιώματος, δεδομένου ότι αυτές προσλήφθηκαν μεν σύμφωνα με τις συμβάσεις για ορισμένο χρόνο, πλην όμως τούτο δεν εδικαιολογείτο από λόγους αντικειμενικούς και η πρόσληψή τους έγινε, κατά τα παραπάνω, για την κάλυψη εξ αρχής πάγιων, διαρκών και μονίμων αναγκών της εναγομένης η οποία έθεσε στις συμβάσεις ορισμένη χρονική διάρκεια αποκλειστικά και μόνον προς καταστρατήγηση τόσο της σχετικής διατάξεως του άρθρου 2 παρ. 2 του ΓΚΠ-ΟΤΕ όσο και των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας περί υποχρεωτικής καταγγελίας των αορίστου χρόνου συμβάσεων.

Συνεπώς η ένσταση της εναγομένης περί καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος των εναγουσών (άρθρο 281 Α.Κ.) για το λόγο ότι αυτές ζητούν να αναγνωρισθεί ότι η εργασιακή τους σχέση έχει το χαρακτήρα της συμβάσεως εργασίας αορίστου χρόνου, καίτοι από την υπογραφή των συμβάσεων γνώριζαν ότι επρόκειτο να καλύψουν πρόσκαιρες ανάγκες, με αποτέλεσμα να υπάρχει κίνδυνος «να θεσμοθετηθεί και νέα κατηγορία εργαζομένων στον ΟΤΕ» είναι ουσιαστικά αβάσιμη.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Στ' ποινικό τμήμα) - Αριθ. 243/2008

Δικαστές: Γεώργιος Σαραντινός (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου), Βασίλειος Λυκούδης (Αρεοπαγίτης, Εισηγητής), Ανδρέας Τσόλιας, Ιωάννης Παποντλής, Νικόλαος Ζαΐρης (Αρεοπαγίτες)

Εισαγγελείς: Ανάργυρος Πλατής, Γεώργιος Βούλγαρης, Δημήτριος Κυριτσάκης, Αχιλλέας Νταφούλης (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόρος: Γεώργιος Ράικος

Άρθρα: 139, 154 παρ. 2, 156 παρ. 1 περ. δ', 273, παρ. 1, 473 παρ. 1 περ. β', 476 παρ. 1 & 2, 510 παρ. 1, 519 Κ.Π.Δ, 93 παρ. 3 Συντ.

Είναι άκυρη η επίδοση που γίνεται στον κατηγορούμενο ως άγνωστης διαμονής χωρίς να συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτής, μολοντί δηλαδή ο εκκαλών κατηγορούμενος έχει γνωστή διαμονή. Σε περίπτωση εκπρόθεσμης άσκησης έφεσης θα πρέπει να προβάλλεται υποχρεωτικά ο λόγος της ανώτερης βίας, στην οποία οφείλεται η εκπρόθεσμη άσκηση του ένδικου μέσου. Δεν συνιστά ανώτερη βία η ακυρότητα της επίδοσης αλλά ο ισχυρισμός της μη γνώσης ότι εκκρεμεί εις βάρος του εκκαλούντος ποινική διαδικασία, στον οποίο το δικαστήριο οφείλει να απαντήσει κατά τρόπο σαφή και αιτιολογημένο.

Από τις διατάξεις των άρθρων 154 παρ. 2 και 156 Κ.Π.Δ, προκύπτει ότι ως άγνωστης διαμονής θεωρείται εκείνος που απουσιάζει από τον τόπο της κατοικίας του σε άγνωστο μέρος για τη δικαστική αρχή, που έχει εκδώσει το προς επίδοση έγγραφο ή έχει παραγγείλει την επίδοσή του και στην περίπτωση αυτή η επίδοση προς αυτόν γίνεται ως άγνωστης διαμονής, μετά την άκαρπη αναζήτηση των αναφερόμενων στη διάταξη του άρθρου 156 παρ. 1 εδ. δ' προσώπων, προς τον δήμαρχο ή αρμόδιο δημοτικό υπάλληλο, που όρισε ο δήμαρχος, της τελευταίας γνωστής κατοικίας ή διαμονής του, άλλως η επίδοση είναι άκυρη και δεν αρχίζει η προθεσμία ασκήσεως ενδίκων μέσων, που ορίζεται στη διάταξη του άρθρου 473 παρ. 1 Κ.Π.Δ. Τόπος δε κατοικίας θεωρείται εκείνος που έχει

δηλώσει ο κατηγορούμενος, κατά το άρθρο 273 παρ. 1 Κ.Π.Δ, κατά την προανάκριση που τυχόν έχει ενεργηθεί και, σε περίπτωση αλλαγής κατοικίας, εκείνος που έχει δηλωθεί στην αρμόδια εισαγγελική αρχή, και αν δεν έχει ενεργηθεί προανάκριση ή ο κατηγορούμενος δεν έχει εμφανισθεί κατ' αυτήν, ως τόπος κατοικίας θεωρείται εκείνος που αναφέρεται στη μήνυση ή στην έγκληση.

Όταν δε το ένδικο μέσο ασκήθηκε εκπρόθεσμα, το αρμόδιο δικαστικό συμβούλιο ή δικαστήριο το απορρίπτει ως απαράδεκτο, κατά δε της σχετικής αποφάσεως ή βουλεύματος επιτρέπεται αναίρεση (476 παρ. 1 και 2 Κ.Π.Δ). Ο έλεγχος του Αρείου Πάγου περιορίζεται στην ορθότητα της κρίσης για την απόρριψη αυτή.

Ειδικότερα, μεταξύ των λόγων ακυρότη-

τας της επιδόσεως, οι οποίοι πρέπει να προβάλλονται υποχρεωτικά με την έφεση, είναι και η επίδοση ως άγνωστης διαμονής, χωρίς να συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτής, μολοντί δηλαδή ο εκκαλών κατηγορούμενος είχε γνωστή διαμονή. Επίσης, πρέπει να προβάλλεται υποχρεωτικά με την έφεση και ο λόγος ανώτερης βίας, εκ της οποίας ο εκκαλών παρακαλώθηκε στην εμπρόθεσμη ά-

σκησή της, στην έννοια όμως της οποίας δεν εμπίπτει ο ισχυρισμός για ακυρότητα της επίδοσης ως άγνωστης διαμονής και εντεύθεν μη γνώση από μέρους του εκκαλούντος της εκκαλούμενης απόφασης, γιατί στην περίπτωση αυτή ο τελευταίος μάχεται κατά του κύρους της επίδοσης και δεν επικαλείται λόγο ανώτερης βίας, δικαιολογητικό της εκπρόθεσμης άσκησης της εφέσεώς του.

Άρειος Πάγος (Στ' ποινικό τμήμα) - Αριθ. 1709/2007

Δικαστές: Δημήτριος Κυριτσάκης (Αντιπρόεδρος), Μιχαήλ Δέσης (Αρεοπαγίτης, Εισηγητής), Γρηγόριος Μάμαλης, Αιμιλία Λίτινα, Θεοδώρα Γκοϊνή (Αρεοπαγίτες)

Εισαγγελέας: Ανδρέας Ζυγούρας (Αντεισαγγελέας Α.Π.)

Δικηγόροι: Αριστοτέλης Χαραλαμπίδης, Διονύσιος Βέρρας

Άρθρα: 15, 28, 302 παρ. 1 Π.Κ., 93 παρ. 3 Συντ.

Προϋποθέσεις θεμελίωσης του εγκλήματος της ανθρωποκτονίας από αμέλεια, καθώς και της δια παράλειψης τέλεσης αυτού. Η καταδικαστική απόφαση πρέπει να στηρίζεται σε ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία. Εφόσον το Δικαστήριο παρεκκλίνει από διενεργηθείσα πραγματογνωμοσύνη, οφείλει να δικαιολογήσει την αντίθετη δικανική του πεποίθηση.

Από το συνδυασμό της διατάξεως του άρθρου 302 παρ. 1 του Π.Κ., η οποία ορίζει ότι, όποιος από αμέλεια επιφέρει το θάνατο άλλου τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών, προς τη διάταξη του άρθρου 28 του ιδίου Κώδικα, στην οποία ορίζεται ότι από αμέλεια πράττει, όποιος από έλλειψη της προσοχής, την οποία όφειλε κατά τις περιστάσεις και μπορούσε να καταβάλει, είτε δεν πρόβλεψε το αξιόποιο αποτέλεσμα που προκάλεσε η πράξη του, είτε το πρόβλεψε ως δυνατό, πίστεψε όμως ότι δεν θα επερχόταν, συνάγεται ότι προς θεμελίωση του εγκλήματος της ανθρωποκτονίας από αμέλεια απαιτούνται τα ακόλουθα στοιχεία: α)

να μην καταβλήθηκε από τον δράστη η επιβαλλόμενη κατ' αντικειμενική κρίση προσοχή, την οποία κάθε μετρίως συνετός και ευσυνείδητος άνθρωπος οφείλει, κάτω από τις ίδιες πραγματικές περιστάσεις, να καταβάλει, με βάση τους νομικούς κανόνες, τις συνήθειες που επικρατούν στις συναλλαγές και την κοινή, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, πείρα και λογική, β) να μπορούσε αυτός, με βάση τις προσωπικές του περιστάσεις, ιδιότητες, γνώσεις και ικανότητες και κυρίως εξαιτίας της υπηρεσίας του ή του επαγγέλματός του να προβλέψει και να αποφύγει το αξιόποιο αποτέλεσμα και γ) να υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ενέρ-

γειας ή παράλειψης του δράστη και του αποτελέσματος που επήλθε. Η παράλειψη, ως έννοια, ενυπάρχει σε κάθε είδος αμέλειας, εφόσον το ένα σκέλος της ευθύνης συνίσταται στη μη καταβολή της προσήκουσας προσοχής, δηλαδή σε μία παράλειψη, αλλά αποτελεί σύνολο συμπεριφοράς που προηγήθηκε του αποτελέσματος, τότε για τη θεμελίωση της ανθρωποκτονίας από αμέλεια, ως εγκλήματος που τελείται με παράλειψη, απαιτείται η συνδρομή και των όρων του άρθρου 15 Π.Κ. στο οποίο ορίζεται ότι, όπου ο νόμος για την ύπαρξη αξιόποινης πράξης απαιτεί να έχει επέλθει ορισμένο αποτέλεσμα, η μη αποτροπή του τιμωρείται όπως η πρόκλησή του με ενέργεια, αν ο υπαίτιος της παράλειψης είχε ιδιαίτερη νομική υποχρέωση να παρεμποδίσει την επέλευση του αποτελέσματος. Από την τελευταία αυτή διάταξη συνάγεται ότι αναγκαία προϋπόθεση εφαρμογής της είναι η ύπαρξη ιδιαίτερης (δηλαδή ειδικής και όχι γενικής) νομικής υποχρέωσης του υπαιτίου προς παρεμπόδιση του εγκληματικού αποτελέσματος. Η υποχρέωση αυτή μπορεί να πηγάζει κυρίως: α) από ρητή διάταξη του νόμου, β) από σύμπλεγμα νομικών καθηκόντων, που συνδέονται με ορισμένη έννομη θέση του υπόχρεου, γ) από ειδική σχέση που θεμελιώθηκε, είτε συνεπεία συμβάσεως, είτε απλώς από προηγούμενη ενέργεια, με την οποία ο υπαίτιος της παραλείψεως αναδέχθηκε εκουσίως την αποτροπή κινδύνων στο μέλλον, δ) από προηγούμενη πράξη του υπαιτίου (ενέργεια ή παράλειψη), συνεπεία της οποίας δημιουργήθηκε ο κίνδυνος επελεύσεως του εγκληματικού αποτελέσματος. Εξάλλου, η καταδικαστική απόφαση έχει την επιβαλλόμενη από τα άρθρα 93 παρ. 3 του Συντάγματος και 139 του Κ.Π.Δ ειδική

και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, η έλλειψη της οποίας ιδρύει τον από το άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' του ίδιου Κώδικα λόγο αναιρέσεως, όταν αναφέρονται σ' αυτήν με σαφήνεια, πληρότητα και χωρίς αντιφάσεις τα πραγματικά περιστατικά που προέκυψαν από την ακροαματική διαδικασία, στα οποία στηρίχθηκε η κρίση του δικαστηρίου για τη συνδρομή των αντικειμενικών και υποκειμενικών στοιχείων του εγκλήματος, οι αποδείξεις που τα θεμελιώνουν και οι νομικές σκέψεις υπαγωγής των περιστατικών αυτών στην ουσιαστική ποινική διάταξη που εφαρμόστηκε. Για την πληρότητα της αιτιολογίας σε σχέση με τα αποδεικτικά μέσα, πρέπει να προκύπτει με βεβαιότητα, ότι έχουν ληφθεί υπόψη όλα στο σύνολό τους και όχι ορισμένα μόνον από αυτά. Για τη βεβαιότητα δε αυτή αρκεί να μνημονεύονται όλα, έστω κατά το είδος τους (μάρτυρες, έγγραφα κ.λ.π.), χωρίς ανάγκη ειδικότερης αναφοράς τους και μνείας του τι προκύπτει από το καθένα χωριστά. Όταν δε εξαίρονται ορισμένα από αυτά δεν ανακύπτει ανάγκη αιτιολόγησης, γιατί δεν εξαίρονται τα άλλα, ούτε προκύπτει, ότι δεν λήφθηκαν υπόψη τα άλλα. Για την ύπαρξη τέτοιας αιτιολογίας είναι παραδεκτή η αλληλοσυμπλήρωση του αιτιολογικού με το διατακτικό, τα οποία αποτελούν ενιαίο σύνολο. Τέλος, επί πραγματογνωμοσύνης όταν το δικαστήριο δεν αποδέχεται τα προκύπτοντα από αυτήν συμπεράσματα, οφείλει για την πληρότητα της αιτιολογίας, να αιτιολογήσει την αντίθετη δικαστική πεποίθηση, παραθέτοντας τα αποδεδειγμένα περιστατικά, που αποκλείουν εκείνα, επί των οποίων ο πραγματογνώμονας θεμελίωσε το πόρισμά του.

Στην προκειμένη περίπτωση το Τριμελές

Εφετείο Κρήτης δικάζον σε δεύτερο βαθμό δέχθηκε κατά την αναιρετικώς ανέλεγκτη περί τα πράγματα κρίση του ότι ο θάνατος της συζύγου του πολιτικώς ενάγοντα υπήρξε αποτέλεσμα της επιλογής του θεράποντα ιατρού της να υποστεί διαδοχικές χειρουργικές επεμβάσεις σε χώρο χειρουργείου με ελλείψεις σε ιατρικά μέσα, αναγκαία σε περιπτώσεις αιμορραγίας του ασθενούς, ενώ, αν εγκαίρως μεταφερόταν σε ένα από τα δύο πλήρως οργανωμένα νοσοκομεία της πόλης με μεγίστη πιθανότητα, που προσεγγίζει τη βεβαιότητα, θα αντιμετωπιζόταν αποτελεσματικά η αιμορραγία της και θα αποτρεπόταν η εγκατάσταση της διάχυτης ενδοαγγειακής πήξης, στην οποία οφείλεται ο θάνατός της.

Σχετικά με το ζήτημα αυτό και σε ερώτηση της Πταισματοδίκη Ηρακλείου, αν έπρεπε να μεταφερθεί η ασθενής μετά τη διαπίστωση της αιμορραγίας σε οργανωμένο νοσοκομείο με τμήμα αιμοδοσίας και ΜΕΘ, οι διορισθέντες πραγματογνώμονες δεν απάντησαν με σαφήνεια με το Υπόμνημά τους. Συγκεκριμένα, η μεταφορά της σε μεγάλο νοσοκομείο, κατά τους παραπάνω πραγματογνώμονες ιατρούς «... .. σε αυτή τη φάση ίσως ήταν επικίνδυνη από άποψη απώλειας χρόνου κατά τη μεταφορά οι θεράποντες ιατροί θεώρησαν ότι η κατάσταση της ασθενούς βρίσκεται υπό έλεγχο και κράτησαν την άρρωση στην Κλινική Ωστόσο, τα πράγματα άλλαξαν αργότερα όταν η άρρωση άρχισε να αιμορραγεί εκ νέου τέτοια συμβάντα δεν είναι συνήθη κατά τον τοκετό, όταν όμως παρατηρηθούν έχουν μεγάλη θνητότητα ακόμη και σε οργανωμένα μεγάλα Νοσοκομεία». Αντίθετα, όμως, με τις διατυπωθείσες αυτές γνώμες των πραγ-

ματογνομόνων, αποδείχθηκε κατά τα παραπάνω, ότι ο απαιτούμενος χρόνος μεταφοράς της ασθενούς σε οργανωμένο νοσοκομείο ήταν ελάχιστος (10 λεπτά της ώρας περίπου), ώστε καμμία δυσμενή συνέπεια δεν θα είχε στην αντιμετώπιση της αιμορραγίας της, ενόψει της μεγάλης σχετικώς χρονικής διάρκειας των δύο εγχειρήσεων (από 17.55' μέχρι 23.00' περίπου). Άλλωστε, η μεταφορά της σε τέτοιο νοσοκομείο έγινε αργότερα, όταν όμως είχε ήδη εγκατασταθεί πλήρως το αίτιο του θανάτου της, δηλαδή το σύνδρομο της διάχυτης ενδοαγγειακής πήξης (ΔΕΠ). Τέλος, καθόσον αφορά στο χρονικό σημείο της εμφάνισης του συνδρόμου αυτού, οι ίδιοι πραγματογνώμονες το προσδιορίζουν στο τέλος της πρώτης χειρουργικής επέμβασης, ώστε υπήρχε ικανός χρόνος για τη μεταφορά της σε οργανωμένο νοσοκομείο, όπου, αν χρειαζόταν, θα πραγματοποιείτο η νέα χειρουργική επέμβαση ή άλλη ιατρική πράξη.

Η αιτίαση, με την οποία ο αναιρεσείων διατείνεται, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται της επιβαλλόμενης, ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας, επειδή στο σκεπτικό της αναφέρεται, ότι λήφθηκαν υπόψη οι ένορκες καταθέσεις των μαρτύρων κατηγορίας και υπερασπίσεως, όχι όμως και η χωρίς όρκο κατάθεση του πολιτικώς ενάγοντος, είναι προεχόντως απαράδεκτη, διότι δεν προσδιορίζεται με την αιτίαση, σε ποια σημεία η κατάθεση αυτή τον ωφελεί και ποια η βλάβη του από τη μη λήψη υπόψη της καταθέσεως αυτής, σε κάθε δε περίπτωση, είναι αβάσιμη, διότι, εφόσον το Δικαστήριο αναφέρει στην απόφασή του, ότι για το σχηματισμό της κρίσεώς του για την ενοχή του αναιρεσείοντος, έλαβε υπόψη, πλην των άλλων αποδεικτικών μέσων και τις κα-

ταθέσεις των μαρτύρων κατηγορίας και υπερασπίσεως που εξετάσθηκαν ενόρκως ενώπιόν του, παρέπεται ότι έλαβε υπόψη και την κατάθεση του πολιτικώς ενάγοντος που δόθηκε χωρίς όρκο, από την παραδεκτή επισκόπηση της οποίας, για την έρευνα της βασιμότητας του προβαλλόμενου λόγου αναίρεσης, προκύπτει ότι με αυτήν κατατίθενται εξόχως επιβαρυντικά για τον αναιρεσείοντα στοιχεία. Περαιτέρω, το Δικαστήριο αιτιολογεί την αντίθετη πεποίθησή του προς το πόρισμα της ιατρικής πραγματογνωμοσύνης των ιατρών, 1), 2) ... και 3) ..., παραθέτοντας τα αποδεδειγμένα περιστατικά, που αποκλείουν εκείνα, επί των οποίων οι πραγματογνώμονες θεμελίωσαν το πόρισμά τους και συγκεκριμένα, ότι ο θάνατος της Α..Β. θα αποτρεπόταν με την έγκαιρη μεταφορά της μετά την πρώτη εγχείρηση της υφολικής υστερεκτομής, στην οποία υποβλήθηκε στο Ηρακλείου «...», σε ένα από τα νοσοκομεία «ΒΕΝΙΖΕΛΕΙΟ» ή Πανεπιστημιακό Νοσοκομείο Ηρακλείου, στα οποία θα αντιμετωπιζόταν αποτελεσματικά η αιμορραγία, συνεπεία της οποίας επήλθε η διάχυτη ενδοαγγειακή πήξη, με την έγκαιρη χορήγηση των απαιτούμενων μονάδων αίματος και παραγόντων πηκτικότητας σε συνδυασμό με την εφαρμογή άλλων επιστημονικών μεθόδων, όπως, απολίνωσης της μητρικής αρτηρίας από εξειδικευμένους γιατρούς τους οποίους διέθεταν, ενώ δεν υπάρχει αντίφαση, μεταξύ της παραδοχής της προσβαλλόμενης απόφασης, ότι κατά τη διάρκεια της

δεύτερης εγχείρησης (ολικής υστερεκτομής) χρειάστηκε να της χορηγηθούν 11 μονάδες αίματος, 2 μονάδες πλάσματος και 4 γραμμάρια ινωδογόνου που μετέφεραν οι συγγενείς της θανούσας από τα νοσοκομεία Ηρακλείου, Βενιζέλειο και Πανεπιστημιακό και εκείνης, κατά την οποία αμέλησε ο κατηγορούμενος, παραλείποντας την έγκαιρη διακομίδή της σε ένα από τα ανωτέρω νοσοκομεία πριν υποβληθεί αυτή στη δεύτερη εγχείρηση, όπου θα της εχορηγούντο εγκαίρως οι απαραίτητες μονάδες αίματος και πηκτικότητας και θα υποβαλλόταν σε απολίνωση της μητρικής αρτηρίας από εξειδικευμένους γιατρούς, τους οποίους τα νοσοκομεία αυτά διέθεταν.

Τέλος, από την διάταξη του άρθρου 79 του Π.Κ. προκύπτει ότι, κατά την επιμέτρηση της ποινής, που ανήκει στην ουσιαστική και κυριαρχική κρίση του δικαστηρίου, λαμβάνονται υπόψη η βαρύτητα του εγκλήματος που έχει τελεσθεί και η προσωπικότητα του δράστη, αρκεί δε να αναφέρει το δικαστήριο στην απόφασή του τα στοιχεία αυτά, έχοντας υπόψη και τις οδηγίες που αναφέρονται στις παρ. 2 και 3 του άρθρου τούτου για την εκτίμηση της βαρύτητας του εγκλήματος και της προσωπικότητας του δράστη, χωρίς να είναι ανάγκη να διαλαμβάνει στην απόφασή του περί ποινής άλλη ειδικότερη αιτιολογία, αρκούσης εκείνης για την ενοχή του κατηγορουμένου με τα πραγματικά περιστατικά της πράξεως που έγιναν δεκτά γι' αυτήν.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (σε ολομέλεια) - Αριθ. 410/2008

Δικαστές: Γεώργιος Παναγιωτόπουλος (Αντιπρόεδρος Συμβουλίου της Επικρατείας), Γεώργιος Τσιμέκας (Εισηγητής), Φιλοποίμην Αρναούτογλου, Παναγιώτης Πικραμμένος, Αγγελική Θεοφιλοπούλου, Νικόλαος Ρόζος, Αναστάσιος Γκότσης, Αθανάσιος Ράντος, Δημήτριος Μπριόλας, Ειρήνη Σαρπ, Χρίστος Ράμμος, Διονύσιος Μαρινάκης, Σταύρος Χαραλάμπους, Γεώργιος Παπαγεωργίου, Μαρία Καραμανώφ, Ιωάννης Μαντζουράνης, Αικατερίνη Σακελλαροπούλου, Αικατερίνη Χριστοφορίδου, Δημήτριος Αλεξανδρής, Δημήτριος Σκαλτσούνης, Κωνσταντίνος Βιολάρης, Γεώργιος Σγουρόγλου, Αθανάσιος Καραμιχαλές, Αριστόβουλος Γεώργιος Βώρος, Ελένη Αναγνωστοπούλου, Γεώργιος Ποταμιάς, Ευαγγελία Νίκα-Μανονικιάν, Ευθύμιος Αντωνόπουλος, Γεώργιος Τσιμέκας, Ιωάννης Ζόμπολας, Παναγιώτα Καρλή, Δημήτριος Γρατσίας, (Σύμβουλοι), Διομήδης Κυριλλόπουλος, Θεόδωρος Αραβάνης (Πάρεδροι)

Δικηγόροι: Παναγιώτης Λαζαράτος, Ηλίας Παπανικολάου, Βασ. Σπ. Χριστιανός, Μεταξία Ανδροβιτσάνεα (Νομικός Σύμβουλος του Κράτους)

Άρθρα: 1 & 15 Κ.Α.Δ, 3 παρ. 1 Συντ., 6 και 24 Ν. 590/1977, Πατριαρχική και Συνοδική Πράξη του 1928

Το Σύνταγμα κατοχυρώνει μόνο εκείνες τις διατάξεις του Πατριαρχικού Τόμου της 29ης Ιουνίου 1850 και της Συνοδικής Πράξης της 4ης Σεπτεμβρίου 1928, που αναφέρονται στον τρόπο συγκρότησης της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας και της Ιεράς Συνόδου. Πλήρωση χηρευσουσών Μητροπόλεων των Νέων Χωρών με μετάθεση. Νομίμως θεωρήθηκαν από την Ι.Σ.Ι. ως απόντα τα μέλη της που ψήφισαν λευκό ή «επέχω» στην ψηφοφορία για την πλήρωση Μητροπόλης με μετάθεση. Συμπληρωματική εφαρμογή του Κ.Α.Δ και στα συνοδικά όργανα της Εκκλησίας της Ελλάδας, όταν δεν υπάρχει ειδικότερη ρύθμιση.

«...3. Επειδή, η υπόθεσις εισάγεται προς συζήτησιν ενώπιον της Ολομελείας του Συμβουλίου της Επικρατείας κατόπιν πράξεως του Προέδρου του Δικαστηρίου, λόγω της μείζονος σπουδαιότητός της.

4. Επειδή, ο αιτών, Μητροπολίτης ..., ο οποίος και ως μέλος της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας έχει εύλογο ενδιαφέρον για την τήρηση της νομιμότητας των αποφάσεων της Ιεράς Συνόδου, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση αίτηση.

5. Επειδή, μόνη εκτελεστή και παραδεκτως προσβαλλόμενη πράξη είναι το από 11 Μαΐου 2004 προεδρικό διάταγμα περί αναγνώρισεως και καταστάσεως του εκλεγέντος Μητροπολίτη, με το οποίο τελειώθηκε η σύνθετη διοικητική ενέργεια της εκλογής. Στο προεδρικό διάταγμα αυτό ενσωματώθη-

κε η από 26 Απριλίου 2004 απόφαση της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας, η οποία απαράδεκτως προσβάλλεται αυτοτελώς. Τυχόν δε πλημμέλειες της αποφάσεως αυτής εξετάζονται κατά τον έλεγχο του προσβαλλόμενου προεδρικού διατάγματος (Σ.τ.Ε 545/1978 Ολομ., 1571/1985 Ολομ.).

6. Επειδή, με προφανές έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτως ασκεί παρέμβαση υπέρ του κύρους των προσβαλλομένων πράξεων ο εκλεγείς και κατασταθείς με αυτές στην Ιερά Μητρόπολη Θεσσαλονίκης.

7. Επειδή, στο άρθρο 24 του Ν. 590/1977 «Περί του Καταστατικού Χάρτη της Εκκλησίας της Ελλάδας» (Α' 146), κατ' εφαρμογήν του οποίου έγινε εν προκειμένω η πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, ορίζονται τα εξής: «1. Η εκλογή Μη-

τροπολίτου προς πλήρωςιν χηρευούσης Μητροπόλεως ενεργείται εντός εξαμήνου το βραδύτερον από της ημέρας καθ’ ην εχίρευσεν αυτή υπό της Ι. Σ. Ι., συνερχομένης προς τούτο εκτάκτως, εφ’ όσον εντός του χρονικού τούτου διαστήματος δεν συμπίπτει χρόνος τακτικής συνόδου. 2. Η πλήρωσις Μητροπόλεως γίνεται κανονικώς δι’ εκλογής, εξαιρετικώς δε δύναται να γίνη κατ’ άσκησιν οικονομίας προς μείζον της Εκκλησίας όφελος και διά καταστάσεως μετ’ αποφάσιν της Ι. Σ. Ι., λαμβανομένην κατά τα εις την επομένην παράγραφον οριζόμενα, ανεξαρτήτως δε της εδαφικής εκτάσεως ή του πληθυσμού της προς πλήρωςιν Μητροπόλεως. 3. Διά την πλήρωςιν Μητροπόλεως διά καταστάσεως απαιτείται όπως ληφθή προηγουμένως αποφάσις υπό της Ι. Σ. Ι. κατά την προς τούτο συνεδριάν διά μυστικής ψηφοφορίας και διά πλειονοψηφίας των 2/3 των παρόντων. Εν συνεχεία η Ι. Σ. Ι. προβαίνει εις την εκλογήν διά μυστικής ψηφοφορίας ενός εκ των δικαιουμένων κατά την παρ. 5 του παρόντος Μητροπολιτών. Ως εκλεγείς θεωρείται ο λαβών τα 2/3 των ψήφων των παρόντων. Εις την περίπτωσιν δεν επιτευχθή κατά την πρώτην ψηφοφορίαν η πλειονοψηφία αύτη των 2/3, η χηρεύουσα Μητροπολιτική έδρα πληρούται δι’ εκλογής κατά τας περί αυτής διατάξεις. 4. Άμα τη επισήμω αναγγελία της περί καταστάσεως αποφάσεως ο μετατιθέμενος Μητροπολίτης δηλοί εάν αποδέχεται ταύτην. Εφ’ όσον αποδεχθή, τελείται εν συνεχεία το κεκανονισμένον μήνυμα. Εις περίπτωσιν μη αποδοχής η εκλογή επαναλαμβάνεται. 5. Ουδείς Μητροπολίτης μετατίθεται προ της συμπληρώσεως πενταετούς υπηρεσίας από της εκλογής του εις Μητροπολίτην. Ο άπαξ μετατεθείς δεν δύναται να μετατεθῇ εκ νέου». 8. Επειδή, προβάλλεται ότι η πλήρωση του μη-

τροπολιτικού θρόνου της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης δια καταστάσεως, που προβλέπεται, έστω και εξαιρετικώς, από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 24 του Ν. 590/1977, παραβιάζει τον Ε’ όρο της Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης του 1928, η οποία κατοχυρώνεται στο σύνολό της – ως προς όλους τους όρους της – με το άρθρο 3 παρ. 1 του Συντάγματος. Σύμφωνα με τον όρο αυτόν, η πλήρωση μητροπολιτικού θρόνου στις περιοχές των Νέων Χωρών γίνεται μόνο δι’ εκλογής και απαγορεύονται οι αρχιερατικές μεταθέσεις από επαρχία σε επαρχία. Πρέπει, κατά συνέπεια, κατά τα προβαλλόμενα με την αίτηση, να ακυρωθεί το προσβαλλόμενο προεδρικό διάταγμα, διότι η πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης εχώρησε δια μεταθέσεως και όχι δι’ εκλογής, κατ’ εφαρμογήν της αντισυνταγματικής, κατά τούτο, διατάξεως του άρθρου 24 του Ν. 590/1977.

Επιπροσθέτως, προβάλλεται ότι παραβιάσθηκε και η διάταξη του Ζ’ όρου της ίδιας Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης του 1928, η οποία είναι, κατά τον αιτούντα, κατοχυρωμένη με το άρθρο 3 παρ. 1 του Συντάγματος και προβλέπει ουσιώδη τύπο της διαδικασίας συγκλήσεως της Ιεραρχίας, ο οποίος δεν τηρήθηκε στην προκειμένη περίπτωση. Σύμφωνα δε με τον ουσιώδη τύπο αυτόν, της προσκλήσεως των Μητροπολιτών των Νέων Χωρών προς συμμετοχή στις Συνόδους της Ιεραρχίας πρέπει να προηγείται αναγγελία από την Εκκλησία της Ελλάδας προς τον Οικουμενικό Πατριάρχη. 9. Επειδή, στο άρθρο 3 παρ. 1 του ισχύοντος Συντάγματος ορίζεται ότι: «1. Επικρατούσα θρησκεία στην Ελλάδα είναι η θρησκεία της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας του Χριστού. Η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδας,

που γνωρίζει κεφαλή της τον Κύριο ημών Ιησού Χριστό, υπάρχει αναπόσπαστα ενωμένη δογματικά με τη Μεγάλη Εκκλησία της Κωνσταντινούπολης και με κάθε άλλη ομόδοξη Εκκλησία του Χριστού τηρεί απαρασάλευτα, όπως εκείνες, τους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και τις ιερές παραδόσεις. Είναι αυτοκέφαλη, διοικείται από την Ιερά Σύνοδο των εν ενεργεία Αρχιερέων και από τη Διαρκή Ιερά Σύνοδο που προέρχεται από αυτή και συγκροτείται όπως ορίζει ο Καταστατικός Χάρτης της Εκκλησίας, με τήρηση των διατάξεων του Πατριαρχικού Τόμου της κθ' (29) Ιουνίου 1850 και της Συνοδικής Πράξης της 4ης Σεπτεμβρίου 1928». Με τη διάταξη αυτή, όπως προκύπτει και από τις συζητήσεις στη Βουλή κατά την ψήφιση του Συντάγματος, επιδιώχθηκε να κατοχυρωθούν συνταγματικά, όχι όλες οι διατάξεις που περιέχονται στον ως άνω Πατριαρχικό Τόμο και στην Πατριαρχική και Συνοδική Πράξη της 4ης Σεπτεμβρίου 1928 «Περί της Διοικήσεως των Ιερών Μητροπόλεων των Νέων Χωρών», αλλά μόνον οι διατάξεις εκείνες των εν λόγω κειμένων, οι οποίες αναφέρονται στον τρόπο συγκροτήσεως της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου κατά τα πρεσβεία της αρχιερωσύνης και κατ' ίσο αριθμό από τις επαρχίες της Παλαιάς Ελλάδας και των Νέων Χωρών, ώστε να καταστεί αδύνατη στο μέλλον η δημιουργία αριστίνδην Συνόδων [βλ. και Σ.τ.Ε 3178/1976 Ολομ., 545-6/1978 Ολομ.]. Συνεπώς, δεν κατοχυρώνεται συνταγματικά και η διάταξη του Ε' όρου της ως άνω Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης, με τον οποίο απαγορεύονται οι αρχιερατικές μεταθέσεις από επαρχία σε επαρχία των Νέων Χωρών, στις οποίες υπάγεται και η Ιερά Μητρόπολη Θεσσαλονίκης. Κατά συνέπεια, εφόσον δεν

υπάρχει, κατά τούτο συνταγματικός περιορισμός, δεν κωλύεται ο κοινός νομοθέτης να ορίσει ότι η πλήρωση Ιερών Μητροπόλεων των Νέων Χωρών δύναται να γίνεται και δια μεταθέσεως. Ενόψει αυτού, η προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 24 του Ν. 590/1977, η οποία προβλέπει την, κατ' εξαίρεση και υπό τις εκτεθείσες σ' αυτήν προϋποθέσεις, δια μεταθέσεως πλήρωση Ιερών Μητροπόλεων των Νέων Χωρών είναι εφαρμοστέα, διότι δεν αντίκειται στο άρθρο 3 παρ. 1 του Συντάγματος. Επομένως, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο προβαλλόμενος ανωτέρω λόγος ακυρώσεως, σύμφωνα με τον οποίο η δια καταστάσεως πλήρωση του μητροπολιτικού θρόνου της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης είναι άκυρη διότι το ως άνω άρθρο 24 του Ν. 590/1977, κατ' εφαρμογήν του οποίου διενεργήθηκε, αντίκειται στην κατοχυρούμενη δια του άρθρου 3 παρ. 1 του Συντάγματος διάταξη του Ε' όρου της ως άνω Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης, η οποία απαγορεύει τις αρχιερατικές μεταθέσεις από επαρχία σε επαρχία των Νέων Χωρών. Εξάλλου, εφόσον, κατά τα εκτεθέντα, κατοχυρώνονται συνταγματικά μόνον οι διατάξεις των ως άνω κειμένων, οι οποίες αφορούν στον τρόπο συγκροτήσεως της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου, δεν κατοχυρώνεται από το άρθρο 3 παρ. 1 του Συντάγματος η διάταξη του Ζ' όρου της ως άνω Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης, σύμφωνα με την οποία: «..αγγέλλεται τω Οικουμενικώ Πατριάρχει η πρόσκλησις των Μητροπολιτών του Οικουμενικού Θρόνου προς συμμετοχήν εις την εν Αθήναις Ιεράν Σύνοδον, ... ως και εις τας Γενικάς Συνόδους της Ιεραρχίας». Συνεπώς, η τήρηση του τύπου που θεσπίζεται με τον όρο αυτό δεν αποτελεί υποχρέωση, επι-

βαλλόμενη από το Σύνταγμα, η μη τήρησή του δε εν προκειμένω, εφ’ όσον δεν επιβάλλεται ούτε από άλλην εφαρμοστέαν εν προκειμένω διάταξιν, δεν καθιστά άκυρη την διαδικασία πλήρωσης της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης και ο λόγος ακυρώσεως με τον οποίο προβάλλεται το αντίθετο είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Κατά την γνώμη, όμως, των Συμβούλων Α. Θεοφιλοπούλου, Ν. Ρόζου, Χ. Ράμμου, Ι. Μαντζουράνη, Αικ. Σακελλαροπούλου και Δ. Γρατσία, προς την οποία συντάχθηκε ο Πάρεδρος Θ. Αραβάνης, με το άρθρο 3 παρ. 1 εδ. γ’ του Συντάγματος κατοχυρώνονται όλες οι διατάξεις του Πατριαρχικού και Συνοδικού Τόμου της 29ης Ιουνίου 1850 και της Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης της 4ης Σεπτεμβρίου 1928 στο σύνολό τους, όχι δε μόνον οι διατάξεις εκείνες των εν λόγω κειμένων, οι οποίες αφορούν στον τρόπο συγκροτήσεως της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου. Επομένως, κατοχυρώνεται και ο Γενικός Όρος Ε’ της Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης, με τον οποίον ορίζεται ότι: «Οι των εν Ελλάδι Επαρχιών του Πατριαρχικού Θρόνου αρχιερείς εκλέγονται εφεξής και αποκαθίστανται εις τας οικείας έδρας καθ’ όν τρόπον και σύστημα και οι της Ορθόδοξου Αυτοκεφάλου Εκκλησίας της Ελλάδος επί τη βάσει καταλόγου εκλεξίμων, συντεταγμένου υπό της εν Αθήναις Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος και εγκεκριμένου υπό του Οικουμενικού Πατριαρχείου, δικαιουμένου και τούτου υποδεικνύειν υποψηφίους, απαγορευομένων των Αρχιερατικών μεταθέσεων από επαρχίας εις επαρχίαν...».

Συνεπώς, σύμφωνα με τη γνώμη αυτή, η διάταξη του άρθρου 24 του Ν. 590/1977, η οποία επιτρέπει την δια μεταθέσεως πλήρω-

ση Ιερών Μητροπόλεων των Νέων Χωρών είναι, κατά τούτο, αντισυνταγματική, διότι αντίκειται στον κατοχυρωμένο από το άρθρο 3 παρ. 1 του Συντάγματος Γενικό Όρο Ε’ της Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης της 4ης Σεπτεμβρίου 1928, σύμφωνα με τον οποίο η πλήρωση των κενών μητροπολιτικών εδρών στις Νέες Χώρες ενεργείται μόνο δι’ εκλογής, απαγορευομένης της πληρώσεως αυτών δια μεταθέσεως. Η δε επίδικη δια των προσβαλλομένων πράξεων δια μεταθέσεως πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης είναι, για το λόγο αυτό, άκυρη, κατά τον βασίμως, σύμφωνα με τη γνώμη αυτή, προβαλλόμενο σχετικό λόγο ακυρώσεως. Κατά την ειδικότερη δε γνώμη των Συμβούλων Δ. Μαρινάκη, Ελ. Αναγνωστοπούλου και Γ. Ποταμιά, η διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 περ. γ’ του Συντάγματος, αναφερόμενη στο αυτοκέφαλο της Ορθόδοξης Εκκλησίας της Ελλάδος, ως και στο ότι διοικείται από την Ιερά Σύνοδο των εν ενεργεία Αρχιερέων και από τη Διαρκή Ιερά Σύνοδο (Δ.Ι.Σ.), με τήρηση των διατάξεων του Πατριαρχικού Τόμου της 29ης Ιουνίου 1850 και της Συνοδικής Πράξης της 4ης Σεπτεμβρίου 1928 δεν εξαντλείται στο ειδικό θέμα του τρόπου συγκροτήσεως της Δ.Ι.Σ., αλλά εκτείνεται και σε όλους τους όρους των προαναφερόμενων πράξεων. Συνεπώς, το Σύνταγμα κατοχυρώνει τον τρόπο διοικήσεως της Εκκλησίας της Ελλάδος, όπως αυτός ορίζεται από τα μνημονευθέντα πατριαρχικά κείμενα, δια των οποίων κατοχυρώνεται η κανονική αυτονομία και αυτοδιοίκηση της Εκκλησίας, υπαγόμενη στην εποπτεία του Κράτους. Οι όροι που περιλαμβάνονται στα προαναφερόμενα πατριαρχικά κείμενα (Πατριαρχικός Τόμος του 1850 και Συνοδι-

κή Πράξη του 1928) αποτελούν και όρια για τον νομοθέτη, τη Διοίκηση και τα Δικαστήρια. Επομένως, ο νομοθέτης δεν δύναται να θεσπίζει διατάξεις, μονομερώς και με τη συνήθη νομοθετική οδό, που αντιβαίνουν στο περιεχόμενο των όρων των ως άνω πατριαρχικών πράξεων.

Περαιτέρω, η συνταγματική αυτή κατοχύρωση του τρόπου διοικήσεως της Ορθόδοξης Εκκλησίας της Ελλάδος πρέπει να διασφαλίζεται από τη Διοίκηση και από τα Δικαστήρια. Ενόψει των ανωτέρω, η δια του άρθρου 24 παρ. 2 του Καταστατικού Χάρτη της Εκκλησίας της Ελλάδος θέσπιση ως τρόπου πληρώσεως Μητροπόλεων δια μεταθέσεως εν ενεργεία Μητροπολίτη, είναι, καθόσον αφορά στην πλήρωση Μητροπόλεων των Νέων Χωρών, ανίσχυρη, διότι αντίκειται στον Γενικό Όρο Ε' της Πατριαρχικής και Συνοδικής πράξεως του 1928, με τον οποίο απαγορεύεται ρητώς η πλήρωση Μητροπόλεως των εν Ελλάδι επαρχιών του Πατριαρχικού Θρόνου δια μεταθέσεως.

Περαιτέρω, κατά την ειδικότερη γνώμη του Συμβούλου Φ. Αρναούτογλου εφόσον ο Οικουμενικός Πατριάρχης, υπέρ του οποίου τέθηκε η διάταξη του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 3 παρ. 1 του Συντάγματος, με το από 31 Μαρτίου 2004 Πατριαρχικό Γράμμα προς τον Αρχιεπίσκοπο Αθηνών και Πάσης Ελλάδος ενέκρινε κατ' οικονομία, έστω και υπό όρους, την διά μεταθέσεως πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, άνευ εννόμου συμφέροντος ο αιτών προβάλλει τον σχετικό λόγο ακυρώσεως. Ακολουθώς, κατά την ίδια ως άνω γνώμη της μειοψηφίας, σύμφωνα με την οποία με το άρθρο 3 παρ. 1 εδαφ. γ' του Συντάγματος κατοχυρώνονται όλες οι διατάξεις των ανωτέρω

Πατριαρχικών και Συνοδικών κειμένων στο σύνολό τους, η τήρηση του Γενικού Ορου Ζ' της Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης της 4ης Σεπτεμβρίου 1928, εφόσον και αυτή κατοχυρώνεται συνταγματικά, αποτελεί τύπο υποχρεωτικό, επιβαλλόμενο από το Σύνταγμα, η μη τήρηση του οποίου, στην προκειμένη διαδικασία πλήρωσης δια καταστάσεως της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, καθιστά την επίδικη εκλογή παράνομη και ακυρωτέα, ο δε σχετικός λόγος ακυρώσεως θα έπρεπε, ενόψει αυτών, να γίνει δεκτός.

10. Επειδή, στον Καταστατικό Χάρτη της Εκκλησίας της Ελλάδας ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: Άρθρον 1 : «1 ... 2. ... 3. Η Εκκλησία της Ελλάδος περιλαμβάνει τας Μητροπόλεις της Αυτοκεφάλου Εκκλησίας της Ελλάδος, συμφώνως προς τον από 29ης Ιουνίου 1850 Πατριαρχικόν και Συνοδικόν Τόμον και τας από Ιουλίου 1866 και Μαΐου 1882 Πατριαρχικάς Συνοδικάς Πράξεις και τας Μητροπόλεις των Νέων Χωρών, συμφώνως προς την από 4ης Σεπτεμβρίου 1928 Πατριαρχικήν και Συνοδικήν Πράξιν του Οικουμενικού Πατριαρχείου 4. Κατά τας νομικάς αυτών σχέσεις η Εκκλησία της Ελλάδος, αι Μητροπόλεις, ... είναι Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου». Άρθρον 3.- «1. Ανωτάτη Εκκλησιαστική Αρχή της Εκκλησίας της Ελλάδος είναι η Ιερά Σύνοδος της Ιεραρχίας (Ι. Σ. Ι.), συγκροτούμένη εκ του Αρχιεπισκόπου Αθηνών και πάσης Ελλάδος, ως Προέδρου, και εκ πάντων των διαποιμαινόντων Μητροπόλεις Αρχιερέων ...». Άρθρον 6 - «1. Η Ι. Σ. Ι. συνέχεται εις τακτικήν συνέλευσιν αυτοδικαίως μεν την 1ην Οκτωβρίου εκάστου έτους, εκτάκτως δε οσάκις ήθελε συγκληθή υπό του Προέδρου

αυτής, α) είτε ίδια αυτού πρωτοβουλία, β) είτε μετά προηγούμενην απόφασιν της Δ. Ι. Σ., γ) είτε κατόπιν αιτήσεως του 1/3 τουλάχιστον των εν ενεργεία Μητροπολιτών προς τον Πρόεδρον, εις ην αίτησιν δέον όπως αναγράφονται και τα θέματα δια τα οποία ζητείται η σύγκλησις της Ιεραρχίας ... 2. Η Ι. Σ. Ι. συνεδριάζει βάσει ημερησίας διατάξεως. Επί τακτικής συνελεύσεως η Δ.Ι.Σ. καταρτίζει την ημερησίαν διάταξιν και ο Πρόεδρος κοινοποιεί ταύτην προς άπαντα τα μέλη της Ιεραρχίας δύο τουλάχιστον μήνας προ της συνεδριάσεως. Επί εκτάκτου συνελεύσεως την ημερησίαν διάταξιν καταρτίζει εις μεν την υπό στοιχείον α' περίπτωσιν ο Πρόεδρος, εις δε την περίπτωσιν υπό στοιχείον β' η Δ. Ι. Σ. Εις την υπό στοιχείον γ' περίπτωσιν η ημερησία διάταξις περιλαμβάνει τα εν τη αιτήσει αναγραφόμενα θέματα και καταρτίζεται υπό του Προέδρου. Και εις τας τρεις ως άνω περιπτώσεις η ημερησία διάταξις κοινοποιείται εις άπαντα τα μέλη της Ι. Σ. Ι. ομού μετά της περί συγκλήσεως αυτής πράξεως του Προέδρου ... 3... Η Ι. Σ. Ι. ευρίσκεται εν απαρτία εάν οι παρόντες Μητροπολίται είναι πλείονες του ημίσεος αριθμού του συνόλου αυτών. Αι αποφάσεις της Ι. Σ. Ι. λαμβάνονται κατά πλειοψηφίαν των παρόντων νίκωσιν εν ισοψηφία, επί φανεράς ψηφοφορίας, της ψήφου του Προέδρου Αυτής ... 4. ... Αι τακτικάί και έκτακτοι συνελεύσεις της Ι. Σ. Ι. διαρκούν ουχί πέραν του μηνός, εκτός εάν άλλως αποφασισθή υπ' Αυτής εις την συγκεκριμένην εκάστοτε περίπτωσιν. 5. Πάντα τα αφορώντα εις την οργάνωσιν και λειτουργίαν της Ι. Σ. Ι. ρυθμίζονται δι' αποφάσεων Αυτής, δημοσιευομένων διά της Εφημερίδος της Κυβερνήσεως». Άρθρον 25. - «1. Προς πλήρωσιν χρευσά-

ντος μητροπολιτικού τινος θρόνου τα μέλη της Ι. Σ. Ι., συνερχόμενα εις συνεδρίαν, εκλέγουν διά μυστικής ψηφοφορίας τρεις υποψηφίους εκ των εγγεγραμμένων εις τον κατάλογον των προς Αρχιερατείαν εκλογίμων κληρικών. Έκαστος εκλέκτωρ υποχρεούται να αναγράψη εν τω ψηφοδελτίω αυτού τρεις υποψηφίους. Εν συνεχεία η Ι. Σ. Ι. διά μυστικής ψηφοφορίας και διά σχετικής πλειονοψηφίας εκλέγει ένα εκ των τριών προς πλήρωσιν της χηρευούσης Μητροπόλεως. 2. Εκλόγιμοι επίσης είναι άνευ εγγραφής εις κατάλογον οι καθ' οιονδήποτε τρόπον σχολάζοντες Μητροπολίται της Εκκλησίας της Ελλάδος, και οι Βοηθοί Επίσκοποι, ως και οι κατά την έναρξιν ισχύος του παρόντος Τιτουλάριοι Μητροπολίται και Επίσκοποι. 3. Εν περιπτώσει ισοψηφίας είτε μεταξύ των Μητροπολιτών, είτε μεταξύ Επισκόπων, προτιμάται ο έχων τα πρεσβεία της Αρχιερωσύνης, μεταξύ Πρεσβυτέρων ή Διακόνων προτιμάται ο κατά βαθμόν ανώτερος μεταξύ δε Πρεσβυτέρων ο έχων τα πρεσβεία της Ιερωσύνης. 4. Μετά την κατά τα άνω εκλογήν τελείται το μικρόν Μήνυμα, μεθ' ο η Ι. Σ. Ι. κατέρχεται εις το Συνοδικόν Παρεκκλήσιον και τελεί το Μέγα Μήνυμα. Άρθρον 26.- 1. Μετά την προς το Υπουργείον Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων γνωστοποίησιν υπό της Ι. Σ. Ι. της εκλογής, της τελέσεως του Μηνύματος και της χειροτονίας του εκλεγέντος, εφ' όσον ούτος δεν ήτο Αρχιερεύς, εκδίδεται εντός δέκα ημερών, προτάσει του ασκούντος μόνον έλεγχον νομιμότητος Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων Προεδρικόν Διάταγμα περί αναγνωρίσεως και καταστάσεως του εκλεγέντος, δημοσιευόμενον διά της Εφημερίδος της Κυβερνήσεως. 2. Μετά την

προς την Ι. Σ. Ι. κοινοποίησιν του κατά την προηγουμένην παράγραφον Προεδρικού Διατάγματος ο νέος Μητροπολίτης δίδει ενώπιον του Προέδρου της Δημοκρατίας, παρουσία του Αρχιεπισκόπου Αθηνών και του Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων, την υπό του άρθρου 16 παρ. 1 του παρόντος οριζομένην διαβεβαίωσιν, περί της εκπληρώσεως των "αρχιερατικών" αυτού καθηκόντων, μεθ' ήν ακολουθεί η κατά την εκκλησιαστικήν τάξιν ενθρόνισις". Εξ άλλου στον Κανονισμό υπ' αριθ. 1/1977 «Περί των εργασιών της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας της Εκκλησίας της Ελλάδος» (Α' 275) ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: Άρθρον 10: «1. Τα θέματα συζητούνται κατά την εν τη Ημερησία Διατάξει σειράν αυτών ...». Άρθρον 19: «1... 2.... 3. Η ψηφοφορία δύναται να είναι φανερά ή μυστική. Η μυστική διεξάγεται δι' ομοιομόρφων ψηφοδελτίων, ριπτομένων εις την ειδικήν ψηφοδόχον επί τη εκφωνήσει του ονόματος του ψηφίζοντος. Η ψηφοφορία άρχεται πάντοτε από των νεωτέρων, του Προέδρου ψηφίζοντος τελευταίου. Αι ψήφοι συλλέγονται υπό του Αντιπροέδρου και του Αρχιγραμματέως, τα δε ονόματα εκφωνούνται υπό του Αρχιγραμματέως. Η διαλογή των ψήφων γίνεται υπό του Προέδρου βοηθούμενου υπό του Αρχιγραμματέως». Εξάλλου, στο άρθρο 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999, Α' 45) ορίζεται ότι : «Οι διατάξεις του Κώδικα αυτού εφαρμόζονται στο Δημόσιο, στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης και στα άλλα νομικά πρόσωπα δημόσιου δικαίου», στο δε άρθρο 33 παρ. 1 αυτού ότι: «1. Από την έναρξη της ισχύος του Κώδικα, αν σε αυτόν δεν ορίζεται διαφορετικά, καταργείται κάθε γενική διάταξη

η οποία αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από αυτόν».

11. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις, σε συνδυασμό προς την παρατεθείσα σε προηγούμενη σκέψη διάταξη του άρθρου 24 του Ν. 590/1977 και προς τις λοιπές διατάξεις του ιδίου νόμου, συνάγεται ότι, λόγω της ειδικότερης φύσεως και του χαρακτήρα των θεμάτων που ρυθμίζονται από τον Καταστατικό Χάρτη, δεν εφαρμόζονται, κατ' αρχήν, οι σχετικές με τα συλλογικά όργανα της Διοικήσεως διατάξεις του Κ.Δ.Δ, ως προς τα εν λόγω θέματα, εφόσον ως προς αυτά, περιέχεται σχετική, έστω και κατ' αρχήν, ρύθμιση στις διατάξεις του Καταστατικού Χάρτη, η οποία, στην περίπτωση αυτή, τυγχάνει αποκλειστικής εφαρμογής. Σε περίπτωση όμως πλήρους έλλειψης σχετικής ρυθμίσεως, ως προς ορισμένο θέμα, από τις διατάξεις του Καταστατικού Χάρτη, εφαρμόζονται συμπληρωματικώς, ενόψει του υπάρχοντος κενού, οι σχετικές, ως προς το θέμα αυτό, ρυθμίσεις του Κ.Δ.Δ. Κατά την γνώμη, όμως, των Συμβούλων Π. Πικραμμένου, Δ. Μπριόλα, Στ. Χαραλάμπους, Μ. Καραμανώφ, Αικ. Χριστοφορίδου, Δ. Αλεξανδρή και Γ. Σγουρόγλου, κατά την έννοια των άρθρων 1 και επ. του Ν. 2690/1999, οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας έχουν εφαρμογή μόνο στο Δημόσιο, στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοικήσεως και στα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.), των οποίων τα όργανα και οι αρχές χαρακτηρίζονται ως διοικητικά, δηλαδή σε Ν.Π.Δ.Δ., τα οποία είναι ενταγμένα στη Δημόσια Διοίκηση, με τις πράξεις των οποίων ασκείται διοίκηση και το προσωπικό των οποίων συνδέεται με αυτά με υπαλληλική σχέση και υπάγεται στην υπαλληλική

ιεραρχία. Επομένως, οι διατάξεις του προαναφερθέντος Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας δεν βρίσκουν έδαφος εφαρμογής επί των συνοδικών οργάνων της Εκκλησίας, η οποία χαρακτηρίζεται μεν από το νομοθέτη ως Ν.Π.Δ.Δ. (άρθρο 1 παρ. 4 του ΚΧ), αλλά είναι Ν.Π.Δ.Δ. ιδιόρρυθμης προέλευσης στο οποίο δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις που εφαρμόζονται στα λοιπά διοικητικά συλλογικά όργανα της Δημοσίας Διοικήσεως. Εξάλλου, οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ο οποίος ρυθμίζει σχέσεις κράτους και πολίτη και δεν αναφέρεται σε ζητήματα λειτουργίας των οργάνων της Εκκλησίας, δεν είναι δυνατόν, λόγω του διαφορετικού σκοπού, στον οποίο αποβλέπουν (δηλαδή την διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας των συλλογικών διοικητικών οργάνων που είναι ενταγμένα στη Δημόσια Διοίκηση και έχουν ως αποστολή την άσκηση διοικήσεως δια της εκδόσεως διοικητικών πράξεων), να εφαρμοσθούν επί της λειτουργίας των συνοδικών οργάνων της Εκκλησίας, όπως είναι η Ι.Σ.Ι. ούτε ακόμη και συμπληρωματικώς, όταν δηλαδή ορισμένο ζήτημα δεν ρυθμίζεται, ευθέως, από τις ειδικές διατάξεις του Καταστατικού Χάρτη. Κατά την ειδικότερη δε γνώμη των Συμβούλων Ελ. Αναγνωστοπούλου και Γ. Ποταμιά, ο Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας δεν εφαρμόζεται στα συνοδικά όργανα της Εκκλησίας της Ελλάδος για δύο λόγους: α) Κατά την εισηγητική έκθεση του νόμου 2690/1999 που κύρωσε τον Κώδικα (βλ. σελ. 1-3) η θέσπισή του υπαγορεύτηκε από την ανάγκη αποτελεσματικής συνεργασίας Δημόσιας Διοικήσεως και Πολιτών και την βελτίωση των παρεχομένων από αυτή υπηρεσιών προς αυτούς. Δηλαδή, ο εν λόγω Κώδι-

κας έχει έδαφος εφαρμογής στο Δημόσιο, στους Ο.Τ.Α. και στο σύνολο των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, των οποίων τα όργανα και οι αρχές χαρακτηρίζονται ως διοικητικά. Επομένως, κατά τη βούληση του νομοθέτη, δεν υφίσταται πεδίο εφαρμογής του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας στα συνοδικά όργανα της Εκκλησίας που έχουν εκ του Συντάγματος (άρθρ. 3 παρ. 1 περ. γ) ως αποστολή να διοικούν την Εκκλησία της Ελλάδος και να τηρούν απαρασάλευτα τους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και τις ιερές παραδόσεις. β) Για τους λόγους που εκτίθενται στη μειοψηφούσα γνώμη στη σκέψη 9 της παρούσης αποφάσεως ούτε ο νομοθέτης δύναται μονομερώς και με τη συνήθη νομοθετική οδό να θεσπίσει διατάξεις που το περιεχόμενό τους αντιβαίνει στους όρους του Πατριαρχικού Τόμου του 1850 και της Συνοδικής Πράξεως του 1928, ούτε τα Δικαστήρια δύναται να εφαρμόζουν, στα πλαίσια του ελέγχου νομιμότητας των πράξεων των συνοδικών οργάνων, αναλόγως ή συμπληρωματικώς, διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας.

12. Επειδή, ο Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας ορίζει στο άρθρο 14 αυτού, μεταξύ άλλων, ότι: «1. Το συλλογικό όργανο συνεδριάζει νομίμως όταν στη σύνθεσή του μετέχουν, ως τακτικά ή αναπληρωματικά μέλη, περισσότερα από τα μισά των διορισμένων τακτικών μελών (απαρτία) ... 2. Ο πρόεδρος καθορίζει την ημέρα, την ώρα και τον τόπο των συνεδριάσεων και καλεί τα τακτικά και τα αναπληρωματικά μέλη να συμμετάσχουν. Η πρόσκληση η οποία περιλαμβάνει την ημερήσια διάταξη, γνωστοποιείται, από το γραμματέα, στα μέλη του συλλογικού οργάνου τουλάχιστον σαράντα οκτώ (48) ώρες

πριν από τη συνεδρίαση, μπορεί δε να γίνει και με τηλεφώνημα, τηλεγράφημα, τηλεομοιοτυπία ή άλλο πρόσφορο μέσο, εφόσον το γεγονός τούτο αποδεικνύεται από σχετική σημείωση σε ειδικό βιβλίο, η οποία πρέπει να φέρει χρονολογία και την υπογραφή του προσώπου που έκανε την πρόσκληση. Η προθεσμία αυτή μπορεί, σε περίπτωση κατεπείγοντος, να συντμηθεί, η πρόσκληση όμως, τότε, πρέπει να είναι έγγραφη και να βεβαιώνονται σε αυτήν οι λόγοι που κατέστησαν τη σύντμηση αναγκαία. Πρόσκληση των μελών του συλλογικού οργάνου δεν απαιτείται όταν οι συνεδριάσεις γίνονται σε ημερομηνίες τακτές, που ορίζονται με απόφασή του, η οποία και γνωστοποιείται στα μέλη του. Πρόσκληση δεν απαιτείται, επίσης, όταν μέλος έχει δηλώσει, πριν από τη συνεδρίαση, κώλυμα συμμετοχής του σε αυτήν, ή όταν το κώλυμα τούτο είναι γνωστό στον πρόεδρο του συλλογικού οργάνου. 3 ... 4. Αν κατά τη συνεδρίαση απουσιάσει τακτικό μέλος το οποίο δεν είχε προσκληθεί, η συνεδρίαση είναι παράνομη. Το ίδιο ισχύει ακόμη και αν, αντ' αυτού, είχε μετάσχει το αντίστοιχο αναπληρωματικό μέλος. Αν υπήρξαν πλημμέλειες ως προς την κλήτευση μέλους, το συλλογικό όργανο συνεδριάζει νομίμως αν αυτό είναι παρόν και δεν αντιλέγει για την πραγματοποίηση της συνεδρίασης. 5...».

Στο άρθρο 15 παρ. 1 του ίδιου Κώδικα ορίζεται ότι: «1. Οι αποφάσεις των συλλογικών οργάνων, αν ο νόμος δεν ορίζει διαφορετικά, λαμβάνονται με την απόλυτη πλειοψηφία των παρόντων μελών. Αν δεν καθίσταται δυνατός ο σχηματισμός της πλειοψηφίας αυτής, η ψηφοφορία επαναλαμβάνεται ωσότου σχηματιστεί απόλυτη πλειοψηφία με την υ-

ποχρεωτική προσχώρηση, κάθε φορά, εκείνου ή εκείνων που διατυπώνουν την ασθενέστερη γνώμη, σε μια από τις επικρατέστερες. Σε κάθε περίπτωση, αν υπάρξει ισοψηφία, υπερισχύει η ψήφος του προέδρου, εκτός αν η ψηφοφορία είναι μυστική, οπότε αυτή επαναλαμβάνεται για μια ακόμη φορά, η τυχόν δε νέα ισοψηφία ισοδυναμεί με απόρριψη. Το μέλος που απέχει από την ψηφοφορία ή δίδει λευκή ψήφο θεωρείται απόν».

13. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με την υπ' αριθμ. 1180/770/23.4.2004 πράξη του, ο Αρχιεπίσκοπος Αθηνών και Πάσης Ελλάδος, υπό την ιδιότητα του Προέδρου της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας, συγκάλεσε έκτακτη συνέλευση της Ιεραρχίας για την 26η Απριλίου 2004, με θέμα ημερησίας διατάξεως, μεταξύ άλλων, την πλήρωση τεσσάρων Ιερών Μητροπόλεων, μεταξύ των οποίων και της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης. Κατά την έναρξη της συνεδρίασεως, ο Πρόεδρος έθεσε σε μυστική ψηφοφορία, μεταξύ άλλων, την πρόταση, αν πράγματι το Σώμα θα προχωρούσε, την ημέρα αυτή, στην άμεση διενέργεια εκλογών για την πλήρωση των χρευσουσών Μητροπόλεων. Επί της προτάσεως αυτής και σε σύνολο 71 ψηφισάντων, 35 ετάχθησαν υπέρ και 23 κατά, ενώ 8 ψήφισαν λευκό και 5 «επέχω». Εφ' όσον όμως η πρόταση αυτή συγκέντρωσε την πλειοψηφία, η Ιερά Σύνοδος προχώρησε στην διαδικασία πληρώσεως, μεταξύ άλλων, της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, για την οποία ο Πρόεδρος έθεσε το ερώτημα αν αυτή θα πληρωθεί δια καταστάσεως ή δι' εκλογής. Κατά την πρώτη ψηφοφορία, η οποία διεξήχθη σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο 24 του Καταστατικού

Χάρτη, επί συνόλου 70 ψηφισάντων Ιεραρχών, υπέρ της δια καταστάσεως πληρώσεως της εν λόγω Ιεράς Μητροπόλεως ψήφισαν 46 μητροπολίτες, υπέρ της δι' εκλογής πληρώσεως αυτής 11 μητροπολίτες, ενώ βρέθηκαν 9 λευκά, 3 άκυρα και ένα «επέχω». Με τα δεδομένα αυτά της ψηφοφορίας, η Ιερά Σύνοδος της Ιεραρχίας, θεωρώντας, ύστερα και από σχετική γνωμοδότηση του ειδικού επιστημονικού της συμβούλου, απόντα τα μέλη που ψήφισαν λευκό και «επέχω», σύμφωνα με τα οριζόμενα σχετικώς στο εκτιθέμενο στην προηγούμενη σκέψη άρθρο 15 παρ. 1 εδ. τελευταίο του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, δέχθηκε ότι είχε συγκεντρωθεί η απαιτούμενη από το νόμο (άρθρο 24 παρ. 3 του Ν. 590/1977) πλειοψηφία των 2/3 των παρόντων για την δια καταστάσεως πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, δηλαδή περισσότεροι από 40 θετικοί ψήφοι σε σύνολο 60 παρόντων, επί των οποίων, μετά την αφαίρεση των 10 ψηφισάντων λευκό και «επέχω» από τους 70 συνολικά ψηφίσαντες Ιεράρχες, υπολογίσθηκε η πλειοψηφία των 2/3 (η οποία με το συνυπολογισμό στους παρόντες και των 10 ψηφισάντων «λευκό» και «επέχω» Μητροπολιτών ανήρχετο σε 47 ψήφους, δηλ. μια ψήφο λιγότερη από όσες είχε συγκεντρώσει η πρόταση πληρώσεως της Μητροπόλεως δια καταστάσεως). Κατόπιν αυτού, η Ιερά Σύνοδος της Ιεραρχίας προχώρησε στη δεύτερη ψηφοφορία για την εκλογή του Μητροπολίτη, ο οποίος θα καταλάμβανε δια καταστάσεως τη Μητρόπολη και ύστερα από μυστική ψηφοφορία, επί συνόλου 66 ψηφισάντων συνέδρων, (είχαν εν τω μεταξύ αποχωρήσει 4 Μητροπολίτες), ο παρεμβαίνων Μητροπολίτης έλαβε 49 ψήφους και, έχοντας συ-

γκεντρώσει την πλειοψηφία των 2/3 των παρόντων συνέδρων, αποφασίσθηκε να κατασταθεί στην Ιερά Μητρόπολη Θεσσαλονίκης, ενώ ο ίδιος, εν συνεχεία, δήλωσε ότι αποδέχεται την εκλογή. Η διαδικασία της καταστάσεως περατώθηκε με την έκδοση του προσβαλλόμενου προεδρικού διατάγματος, αφού προηγήθηκε έλεγχος νομιμότητας από την Υπουργό Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 26 του Ν. 590/1977.

14. Επειδή, προβάλλεται ότι κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 24 παρ. 3 του Καταστατικού Χάρτη έγινε δεκτό από την Ιερά Σύνοδο της Ιεραρχίας ότι συγκεντρώθηκε η απαιτούμενη πλειοψηφία των 2/3 των παρόντων Μητροπολιτών για την δια καταστάσεως πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, με τον μη συνυπολογισμό στους παρόντες Μητροπολίτες όσων ψήφισαν «λευκό» και «επέχω», κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 15 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Παρανόμως, επομένως, για το λόγο αυτό, προβάλλει ο αιτών, προχώρησε στη συνέχεια η Ιερά Σύνοδος της Ιεραρχίας στη δεύτερη ψηφοφορία για την ανάδειξη του Μητροπολίτη που θα καταλάμβανε την Μητρόπολη δια μεταθέσεως, αντί της πάγιας διαδικασίας εκλογής, η οποία θα έπρεπε να είχε ακολουθηθεί, όπως ορίζει η διάταξη του άρθρου 24 του Καταστατικού Χάρτη.

Ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Διότι η ρύθμιση του άρθρου 24 του Καταστατικού Χάρτη αποτελεί μεν ειδική πλήρη ρύθμιση, κατά το μέρος που θεσπίζει ειδικές πλειοψηφίες για τη λήψη αποφάσεως για την δια καταστάσεως πλήρωση Μητροπόλεως, δεν ρυθμίζει όμως ούτε τον

τρόπο υπολογισμού της πλειοψηφίας των 2/3 των αρχιερατικών ψήφων, σε περίπτωση που ορισμένοι εκ των ψηφισάντων Αρχιερέων ψηφίσουν λευκό ή δηλώσουν ότι «επέχουν», ούτε την επιρροή των ψήφων αυτών επί του αποτελέσματος της ψηφοφορίας, όπως τούτο ρυθμίζεται σε άλλες διατάξεις του Καταστατικού Χάρτη, όπως στο άρθρο 21 παρ. 2, σύμφωνα με το οποίο επί εκλογής των προς Αρχιερατεία εκλογίμων οι λευκές ψήφοι λογίζονται υπέρ του υποψηφίου και στη μεταβατική διάταξη του άρθρου 71 παρ. 2, στην οποία ορίζεται, αντιθέτως, ότι επί εκλογής προς πλήρωση Μητροπόλεως, δημιουργηθείσης δι' αποσπάσεως εξ υπάρχουσας ήδη Μητροπόλεως η λευκή ψήφος θεωρείται ως αρνητική. Εφόσον, συνεπώς, δεν υπάρχει στην επίμαχη διάταξη του άρθρου 24 ρύθμιση του θέματος της επιρροής της λευκής ψήφου και της αποχής στον υπολογισμό της ανωτέρω πλειοψηφίας των 2/3, έχουν εν προκειμένω εφαρμογή συμπληρωματικώς, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 11, οι σχετικές επί του θέματος αυτού διατάξεις του Κ.Δ.Δ και, συγκεκριμένα, η γενική επί του εν λόγω θέματος διάταξη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 15 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, κατά την έννοια της οποίας, τα μέλη του συλλογικού οργάνου, όταν δίδουν λευκή ψήφο ή δηλώνουν ότι απέχουν, θεωρούνται, κατά πλάσμα δικαίου, ως απόντα και, άρα, δεν συνυπολογίζονται στα παρόντα μέλη. Νομίμως, συνεπώς, λόγω της απουσίας, εν προκειμένω, σχετικής ρυθμίσεως που να ορίζει τον τρόπο υπολογισμού της ανωτέρω πλειοψηφίας των 2/3, σε περίπτωση υπάρξεως λευκών ψήφων και αποχών, θεωρήθηκαν από την Ιερά Σύνοδο της Ιεραρχίας ως από-

ντα τα μέλη της που ψήφισαν λευκό και «επέχω», κατ' εφαρμογήν του ανωτέρω άρθρου 15 παρ. 1 εδ. τελευταίο του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, και νομίμως, περαιτέρω, έγινε, ενόψει αυτού, δεκτό ότι είχε συγκεντρωθεί η απαιτούμενη από το άρθρο 24 παρ. 3 του Ν. 590/1977 πλειοψηφία των 2/3 των παρόντων για την δια καταστάσεως πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, κατά τα εκτιθέμενα ανωτέρω στη σκέψη 13, προχώρησε δε στη συνέχεια, η Ιερά Σύνοδος στη δεύτερη ψηφοφορία για την ανάδειξη του Μητροπολίτη που θα καταλάμβανε την Μητρόπολη δια μεταθέσεως. Κατά την γνώμη, όμως, των Συμβούλων Α. Θεοφιλοπούλου, Ν. Ρόζου, Χ. Ράμμου, Ι. Μαντζουράνη, Αικ. Σακελλαροπούλου, Δ. Αλεξανδρή, Κ. Βιολάρη, Α.-Γ. Βώρου, Ε. Αναγνωστοπούλου, Γ. Ποταμιά, Π. Καρλή και Δ. Γρατσία, προς την οποία συντάχθηκε ο Πάρεδρος Θ. Αραβάνης, ο προβαλλόμενος λόγος θα έπρεπε να γίνει δεκτός ως βάσιμος, δεδομένου ότι η διάταξη του άρθρου 24 παρ. 3 του Καταστατικού Χάρτη, πράγματι ειδική, δεν παρουσιάζει κενό ρυθμίσεως, ως προς το ζήτημα της επιρροής της λευκής ψήφου και της αποχής στο εκλογικό αποτέλεσμα και, επομένως, εσφαλμένως εφαρμόστηκε εν προκειμένω από την Ι.Σ.Ι η διάταξη του άρθρου 15 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ και θεωρήθηκε, κατ' εφαρμογήν αυτής, ότι είχε συγκεντρωθεί εν προκειμένω η πλειοψηφία των 2/3 των παρόντων Μητροπολιτών με μη συνυπολογισμό όσων Μητροπολιτών έδωσαν λευκή ψήφο και του ενός που δήλωσε «επέχω». Τούτο δε διότι η ως άνω διάταξη του άρθρου 24 παρ. 3 του Καταστατικού Χάρτη, προβλέπει αυξημένο πλειοψηφικό ποσοστό 2/3, λόγω του ότι η κατ' εξαίρεση

δια καταστάσεως πλήρωση Ιεράς Μητροπόλεως, αντί της παγίας πλήρωσης δι' εκλογής, γίνεται, σύμφωνα με την ίδια διάταξη, εξαιρετικώς κατ' άσκησιν οικονομίας προς μείζον όφελος της Εκκλησίας, απαιτεί δε, ενόψει αυτού, τη θετική βούληση της πλειοψηφίας των 2/3 των πράγματι προσωπικώς παρόντων Ιεραρχών υπέρ της προτάσεως της δια καταστάσεως πληρώσεως, επί των οποίων υπολογίζεται η πλειοψηφία των 2/3. Αποβλέπει δηλαδή ο νομοθέτης του Καταστατικού Χάρτη στην ευρύτερη, κατά το δυνατόν, συμμετοχή των Ιεραρχών, κατά τη σχετική διαδικασία της ψηφοφορίας ενώπιον της Ι.Σ.Ι, ενόψει της σοβαρότητας του προς ψηφοφορία θέματος και δεν ανέχεται τη μη προσμέτρηση στην, καθοριζόμενη από αυτόν, πλειοψηφία των 2/3 εκείνων εξ αυτών, οι οποίοι δίνουν λευκή ψήφο ή δηλώνουν ότι «επέχουν». Εξάλλου, η διάταξη του άρθρου 15 του Κ.Δ.Δ, θεσπίζοντας τον κανόνα της κατά πλάσμα δικαίου απουσίας όσων εκφράζονται με λευκή ψήφο ή αποχή, αναφέρεται σε κοινές διαδικασίες λήψης αποφάσεων και όχι σε εξαιρετικές εκλογικές διαδικασίες, όπως η προκειμένη και αποβλέπει στην διευκόλυνση ευχερέστερης λήψεως αποφάσεων στα συλλογικά όργανα της Διοικήσεως, με σκοπό την αποδοτικότερη λειτουργία των ίδιων των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου για λογαριασμό των οποίων τα όργανα αυτά λειτουργούν. Ο σκοπός, όμως, αυτός δεν εξυπηρετείται στην προκειμένη περίπτωση, κατά την οποία, κατά ρητή πρόβλεψη της διατάξεως του 24 παρ. 3 του Καταστατικού Χάρτη, εάν η πρόταση για πλήρωση της Μητροπόλεως δια καταστάσεως δεν συγκεντρώσει την απαιτούμενη από τη διάταξη αυτή πλειοψηφία

των 2/3, ακολουθείται η πάγια διαδικασία πληρώσεως της Μητροπόλεως δι' εκλογής, σύμφωνα με το άρθρο 25 του Καταστατικού Χάρτη με αποτέλεσμα, σε κάθε περίπτωση, να εκλέγεται Μητροπολίτης.

15. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 6 του Ν. 590/1977 ορίζονται τα εξής: «1. Η Ι.Σ.Ι συνέρχεται σε τακτική συνέλευση αυτοδικαίως μεν την 1ην Οκτωβρίου εκάστου έτους, εκτάκτως δε οσάκις ήθελε συγκληθή υπό του Προέδρου αυτής α) είτε ιδία αυτού πρωτοβουλία, β)...γ)...2. Η Ι.Σ.Ι συνεδριάζει βάσει ημερήσιας διατάξεως... Επί εκτάκτου συνελεύσεως την ημερησίαν διάταξιν καταρτίζει εις μεν την υπό στοιχείον α' περιπτώσιν ο Πρόεδρος,...Και εις τας τρεις ως άνω περιπτώσεις η ημερησία διάταξις κοινοποιείται εις άπαντα τα μέλη της Ι.Σ.Ι ομού μετά της περί συγκλήσεως αυτής πράξεως του Προέδρου. Εξάλλου, ο ανωτέρω Κανονισμός 1/1977 της Εκκλησίας της Ελλάδος ορίζει στο άρθρο 2 ότι : «Αι συνεδρίαί της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας, γνωσταί ούσαι εκ των προτέρων, δια της κοινοποιουμένης τοις Σεβασμιωτάτοις Συνέδροις Ημερησίας Διατάξεως των εργασιών αυτής, άρχονται και λήγουν δια προσευχής...». Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται ότι, προκειμένου να συνεδριάσει η Ι.Σ.Ι είτε σε τακτική, είτε σε έκτακτη σύνοδο, πρέπει να γνωστοποιείται σε όλα τα μέλη αυτής η ημερήσια διάταξη από κοινού με την πράξη του Προέδρου περί σύγκλησης της Συνόδου. Εφόσον δε, υφίσταται στις εν λόγω διατάξεις, έστω και κατ' αρχήν, σχετική ρύθμιση επί του θέματος αυτού, η οποία προϋποθέτει έγκαιρη γνωστοποίηση των ως άνω εγγράφων με νόμιμο και πρόσφορο τρόπο, όπως είναι η πρόσκληση μέσω τηλεομοιοτυπίας (άρθρο

14 Ν. 2672/1998, Α' 290), αποκλείεται η επί του ως άνω θέματος συμπληρωματική εφαρμογή της σχετικής με την πρόσκληση μελών συλλογικού οργάνου διατάξεως του άρθρου 14 παρ. 2 του Κ.Δ.Δ. Κατά την γνώμη, όμως, των Συμβούλων Α. Θεοφιλοπούλου, Χ. Ράμμου, Αικ. Σακελλαροπούλου, Δ. Σκαλτσούνη, Κ. Βιολάρη, Α.-Γ. Βώρου, Ε. Νίκα, Ε. Αντωνόπουλου, Π. Καρλή και Δ. Γρατσία προς την οποία συντάχθηκαν οι Πάρεδροι, δεδομένου ότι οι ανωτέρω διατάξεις δεν ορίζουν περί του τρόπου γνωστοποίησης της ημερησίας διατάξεως στα μέλη της Ι.Σ.Ι, εφαρμόζεται, ως προς το θέμα αυτό, συμπληρωματικά, η αναφερόμενη στη σκέψη 12 γενική επί του εν λόγω θέματος διάταξη του άρθρου 14 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας.

16. Επειδή, με το από 21-11-2005 δικόγραφο προσθέτων λόγων προβάλλεται ότι οι αποφάσεις της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας της 26ης Απριλίου 2004, στις οποίες στηρίζεται το προσβαλλόμενο προεδρικό διάταγμα, ελήφθησαν υπό μη νόμιμη σύνθεση, διότι δεν προκύπτει ότι στα μέλη της Ιεραρχίας που απουσίασαν στην έκτακτη συνεδρίαση, κατά την οποία ελήφθησαν οι αποφάσεις αυτές, είχαν κοινοποιηθεί, νομοτύπως και εγκαίρως, η υπ' αριθμ. 1180/770/23.4.2004 πράξη του Προέδρου της Ι.Σ.Ι. περί συγκλήσεως της Ιεραρχίας μαζί με την ημερήσια διάταξη. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι δεν προκύπτει κοινοποίηση στους οκτώ συνολικά Μητροπολίτες που φέρονται ότι δεν παρέστησαν κατά την κρίσιμη συνεδρίαση της 26ης Απριλίου 2004, ήτοι στους Μητροπολίτες Ο λόγος πρέπει να απορριφθεί, ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης εκδοχής, όσον αφορά στους τρεις από τους Μητροπολίτες

αυτούς διότι, όπως προκύπτει από τα επικυρωμένα φωτοαντίγραφα των πρωτοτύπων χειρογράφων πρακτικών της κρίσιμης συνεδρίασης της 26ης Απριλίου 2004, καθώς και από τις καταστάσεις ψηφοφορίας που απέστειλε η Εκκλησία της Ελλάδος στο Δικαστήριο, οι ως άνω Μητροπολίτες ήταν παρόντες καθ' όλη τη διάρκεια της ως άνω συνεδρίασης και ψήφισαν μάλιστα σε όλες τις ψηφοφορίες, εκ παραδρομής, όμως, κατά το στάδιο καθαρογραφής των πρακτικών, παρελείφθησαν τα ονόματα τους και, έτσι, δεν περιλαμβάνονται μεταξύ των Μητροπολιτών που παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση στο απόσπασμα δακτυλογραφημένου πρακτικού που είχε αρχικώς αποσταλεί στο Δικαστήριο. Ως προς τους λοιπούς πέντε Μητροπολίτες, που φέρονται πράγματι απόντες κατά την κρίσιμη συνεδρίαση, από το υπ' αριθμ. πρωτ. 5409/2860/29.11.2005 έγγραφο του Αρχιγραμματέα της Ι.Σ.Ι και τα λοιπά στοιχεία που απεστάλησαν από την Εκκλησία της Ελλάδος προκύπτει ότι σ' αυτούς, όπως και στα λοιπά μέλη της Ιεραρχίας που παρέστησαν κατά τη συνεδρίαση, απεστάλη δια τηλεομοιοτυπίας την 24η Απριλίου 2004 (ημέρα Σάββατο) η σχετική πράξη του Προέδρου για τη σύγκληση της Ιεραρχίας μαζί με την ημερήσια διάταξη. Ειδικότερα, από το ως άνω έγγραφο, σε συνδυασμό με τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα εξής : 1) ότι τα μέλη της Ι.Σ.Ι πληροφορήθηκαν την 1180/770/23.4.2004 πράξη του Προέδρου της Ι.Σ.Ι δια της αποστολής σε αυτούς τηλεομοιοτυπίας την 24.4.2004, 2) ότι συνολικώς απεστάλησαν επτά σελίδες αναλυόμενες ως εξής: μία εισαγωγική σελίδα της Αρχιγραμματείας της Ι.Σ.Ι της 24.4.2004, με την ένδειξη «κατεπείγον» και τη φράση

«σύνολον σελίδων μαζί με την παρούσα 7», μία σελίδα με διαβιβαστικό έγγραφο του Προέδρου της Ι.Σ.Ι ονομαστικά προς έκαστον των Μητροπολιτών της Ι.Σ.Ι περί της έκτακτης συγκλήσεως της Ιεραρχίας, τρεις σελίδες με την 1180/770/23.4.2004 πράξη του Προέδρου μετά της ημερησίας διατάξεως, και δύο σελίδες με το υπ’ αριθμ. 692/489/8.3.2004 έγγραφο της Ιεράς Συνόδου προς τον Οικουμενικόν Πατριάρχη. Στις σελίδες που απεστάλησαν σε καθένα από τους απόντες μητροπολίτες έχουν επισυναφθεί τα μηχανικά αποτυπώματα της τηλεομοιοτυπικής αποστολής τους, στα οποία περιέχεται αναφορά: α) του αριθμού τηλεομοιοτυπίας, στον οποίο εστάλησαν, β) της ημερομηνίας και ώρας αποστολής τους, γ) του συνόλου των σελίδων που απεστάλησαν, καθώς και δ) παρατήρηση περί της επιτυχούς ή μη αποστολής τους. Συγκεκριμένα, προκύπτει ότι απεστάλησαν, επιτυχώς, στις 24.4.2004, σε αριθμούς τηλεομοιοτυπίας των Ιερών Μητροπόλεων που υπηρετούν οι αντίστοιχοι πέντε Μητροπολίτες, επτά σελίδες. ... Ανεξαρτήτως, όμως, της αποστολής των ως άνω επιστολών, εφόσον, όπως κατά την πλειοψηφήσασα ανωτέρω (σκέψη 15) γνώμη εκρίθη, δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω το άρθρο 14 του Κ.Δ.Δ, και αρκεί η νόμιμη και έγκαιρη, μέσω τηλεομοιοτυπίας, πρόσκληση προς τα μέλη της Ι.Σ.Ι, νομίμως έγινε η κοινοποίηση προς όλους τους ως άνω απουσιάσαντες Μητροπολίτες μέσω τηλεομοιοτυπίας και είναι, ως εκ τούτου, απορριπτέος ο λόγος ακυρώσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι δεν προκύπτει νομότυπη πρόσκλησή τους, εφόσον τούτο δεν αποδεικνύεται με σχετική σημείωση στο οικείο βιβλίο, η οποία να φέρει χρονολογία

και υπογραφή του προσώπου που έκανε την πρόσκληση, κατά τα οριζόμενα στην διάταξη του άρθρου 14 παρ. 2 Κ.Δ.Δ. Απορριπτέοι είναι, κατόπιν αυτών, εν πάση περιπτώσει, όλοι οι περαιτέρω ειδικότεροι ισχυρισμοί που περιέχονται στο από 10.2.2006 υπόμνημα του αιτούντος, οι οποίοι στρέφονται κατά των ως άνω επιστολών ή με τους οποίους προβάλλεται παράβαση του άρθρου 14 του Κ.Δ.Δ, το οποίο, κατά τα εκτεθέντα, δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω, ή παράβαση διατάξεων που προϋποθέτουν την εφαρμογή του άρθρου αυτού (άρθρον 145 Κ.Πολ.Δ. και άρθρον 1 Ν. 1157/1981, Α. 126). Περαιτέρω, ο λόγος ακυρώσεως περί κακής συνθέσεως της Ι.Σ.Ι, λόγω του ότι ο μετασχών στη συνεδρίαση Μητροπολίτης ... διετύπωσε κατά την έναρξη αυτής ένσταση για τον τρόπο προσκλήσεώς του, προβάλλων ότι η αποστολή της προσκλήσεως το Σάββατο (24.4.2004), δεν επέτρεψε στους Ιεράρχες να παρουσιαστούν εγκαίρως στη Σύνοδο και απεχώρησε από τη συνεδρίαση εκτός του ότι αναφέρεται σε παραβίαση του μη εφαρμοστέου, κατά τα εκτεθέντα, εν προκειμένω άρθρου 14 παρ. 4 Κ.Δ.Δ, είναι απορριπτέος, εν πάση περιπτώσει, ως απαράδεκτος το πρώτον προβαλλόμενος με το ως άνω υπόμνημα, αυτεπάγγελτη δε εξέταση του λόγου αυτού δεν είναι δυνατή, διότι δεν προκύπτει αμέσως από τα στοιχεία του φακέλου η έλλειψη νομότυπης κλήσεως του ως άνω Μητροπολίτη. Αν και κατά τη γνώμη της Συμβούλου Αικ. Σακελλαροπούλου παραδεκτώς προβάλλεται ο ανωτέρω λόγος, ενώ περαιτέρω, κατά τη γνώμη της ιδίας Συμβούλου και του Συμβούλου Γ. Ποταμιά ο ως άνω λόγος είναι αυτεπαγγέλτως εξεταστέος, διότι το πραγματικό, στο οποίο στηρίζε-

ται προκύπτει από τα αναφερόμενα στο πρακτικό της επίμαχης συνεδρίασεως της 26ης Απριλίου 2004. Τέλος, η αποστολή της σχετικής προσκλήσεως την 24.4.2004 για την συνεδρίαση της 26.4.2004 δεν υπερβαίνει τα εύλογα χρονικά όρια για την έγκαιρη προετοιμασία και προσέλευση των Ιεραρχών στη συνεδρίαση, ενόψει των συγκεκριμένων συνθηκών της υποθέσεως, λαμβανομένου δηλαδή υπόψη αφενός μεν ότι η πλήρωση χηρεύοντος μητροπολιτικού θρόνου (και μάλιστα τεσσάρων εν προκειμένω) συνιστά, εκ της φύσεώς του, ζήτημα ιδιαίτερου πνευματικού και διοικητικού ενδιαφέροντος, το οποίο ο Πρόεδρος της Ι.Σ.Ι θεώρησε ότι δεν έπρεπε να χρονίσει περαιτέρω, αλλά να αντιμετωπισθεί επειγόντως με τη σύγκληση έκτακτης συνεδρίασης της Ι.Σ.Ι, αφετέρου δε ότι δεν προβλήθηκε από κάποιον από τους μετασχόντες στη συγκεκριμένη συνεδρίαση Ιεράρχες συγκεκριμένος ισχυρισμός ότι δεν πρόλαβε να μελετήσει τα θέματα της ημερησίας διατάξεως, τα οποία, άλλωστε, ως αφορώντα και στις σχέσεις Οικουμενικού Πατριαρχείου και Εκκλησίας της Ελλάδος, όπως προκύπτει από το πρακτικό της επίμαχης συνεδρίασης της 26ης Απριλίου 2004, παρέμεναν εκκρεμή επί μακρό χρόνο, είχαν δε γνώση αυτών και της επικείμενης συνεδρίασεως τα μέλη της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας, ως εκ των προσηγηθεισών συνεδριάσεων και της ιδιότητάς τους ως Μητροπολιτών. Κατά την γνώμη, όμως, των Συμβούλων Α. Θεοφιλοπούλου, Ν. Ρόζου, Χ. Ράμμου, Δ. Μαρινάκη, Ι. Μαντζουράνη, Αικ. Σακελλαροπούλου, Δ. Σκαλτσούνη, Ε. Αναγνωστοπούλου, Γ. Ποταμιά και Δ. Γρατσία, προς την οποία συντάχθηκε ο Πάρεδρος Θ. Αραβάνης, το χρονικό διάστημα που μεσολάβη-

σε εν προκειμένω από την αποστολή της προσκλήσεως μέχρι τη διενέργεια της συνεδρίασεως δεν είναι εύλογο για την έγκαιρη προετοιμασία και προσέλευση των Ιεραρχών στη συνεδρίαση και δεν δικαιολογείται από τις εκτεθείσες ανωτέρω συνθήκες.

17. Επειδή, προβάλλεται ότι παρανόμως προσμετρήθηκε υπέρ της δια καταστάσεως πληρώσεως της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, ψηφοδέλτιο με αντιφατικό περιεχόμενο, στο οποίο είχε αναγραφεί «και δια καταστάσεως και δια εκλογής», ενώ τούτο θα έπρεπε να είχε κριθεί άκυρο. Ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος, προεχόντως ως αλυσιτελής, διότι, εφόσον σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, νομίμως, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 15 του Κ.Δ.Δ, θεωρήθηκαν απόντες όσοι ιεράρχες ψήφισαν λευκό ή «επέχω», και, επομένως, αρκούσε εν προκειμένω πλειοψηφία 40 ψήφων για την δια καταστάσεως πλήρωση της Ιεράς Μητροπόλεως, η αφαίρεση μιας μόνον ψήφου, κατ' αποδοχή του εξεταζόμενου λόγου ακυρώσεως, δεν θα οδηγούσε σε αποδοχή της αιτήσεως, αφού και στην περίπτωση αυτή θα παρέμενε υπέρ της προτάσεως για την δια καταστάσεως πλήρωση της Μητροπόλεως πλειοψηφία άνω των 40 ψήφων (45 ψήφοι).

18. Επειδή, με την υπό κρίση αίτηση, όπως συμπληρώθηκε με το από 21-11-2005 δικόγραφο προσθέτων λόγων προβάλλεται, περαιτέρω, ότι κατά τη διεξαγωγή των ψηφοφοριών που κατέληξαν στην προσβαλλόμενη εκλογή (για το αν θα διενεργηθεί ή όχι η πλήρωση των χηρευόντων μητροπολιτικών θρόνων, μεταξύ των οποίων και του μητροπολιτικού θρόνου Θεσσαλονίκης, κατά τη συνεδρίαση της 26ης Απριλίου 2004, για το αν θα πληρωθεί ο εν λόγω μητροπολιτικός

θρόνος δια καταστάσεως ή δι' εκλογής και για την εκλογή του προσώπου του Μητροπολίτη που θα καθίστατο στον μητροπολιτικό αυτό θρόνο) παραβιάσθηκε η αρχή της μυστικότητας της ψηφοφορίας, την οποία επιβάλλει η παρ. 3 του προαναφερόμενου άρθρου 24 του Ν. 590/1977, το οποίο ορίζει ότι οι ψηφοφορίες για την δια καταστάσεως εκλογή Μητροπολίτη είναι μυστικές, καθώς και το άρθρο 19 παρ. 3 του Κανονισμού υπ' αριθμ. 1/1977 της Εκκλησίας της Ελλάδας, το οποίο επιβάλλει η μυστική ψηφοφορία να διεξάγεται «δι' ομοιομόρφων ψηφοδελτίων». Η παραβίαση των άρθρων αυτών συνίσταται, κατά την αίτηση, στο ότι οι επιλογές των εκλεκτόρων Ιεραρχών και στις τρεις αυτές ψηφοφορίες δεν έχουν δοθεί κατά τρόπο ομοιόμορφο, αλλά οι Ιεράρχες έχουν εκφρασθεί ιδιοχειρώς με διαφορετικό τρόπο (στις δύο πρώτες ψηφοφορίες, σε άλλα ψηφοδέλτια οι σύνεδροι έχουν γράψει με το χέρι «ναι», σε άλλα «όχι», σε άλλα «επέχω», και στην τρίτη ψηφοφορία έχει αναγραφεί ιδιοχειρώς σε λευκό χαρτί το όνομα του προτεινόμενου Μητροπολίτη).

Με τον τρόπο αυτό ψηφοφορίας πλήσσεται η αρχή της μυστικότητας, καθόσον η ιδιοχειρη αναγραφή της προτίμησης κάθε μέλους καθιστά εύκολη την αποκάλυψη της ταυτότητας κάθε Ιεράρχη ψηφοφόρου από τον γραφικό του χαρακτήρα. Αντί της ιδιοχειρης αναγραφής του ονόματος του υποψηφίου Μητροπολίτη, τον οποίο ψήφισαν (για την τρίτη ψηφοφορία), προβάλλεται ότι θα έπρεπε να διατίθεται στους εκλέκτορες ιεράρχες έντυπος κατάλογος ή έντυπο ψηφοδέλτιο με εγγεγραμμένα τα ονόματα των αρχιερέων και επί του ψηφοδελτίου αυτού, να τοποθετείται σταυρός προτίμησης ή να ακολουθείται άλλο

σύστημα που θα εξασφάλιζε την μυστικότητα της ψηφοφορίας. Εφόσον, όμως, ο τρόπος, με τον οποίο εκφράζεται η προτίμηση των εκλεκτόρων – Αρχιερέων στις ψηφοφορίες, τις σχετικές με την πλήρωση μητροπολιτικού θρόνου δια καταστάσεως ή δι' εκλογής, δεν ρυθμίζεται από το νόμο, είναι ανεκτή η διαφοροποίηση στον τρόπο εκδηλώσεως της σχετικής προτιμήσεως των Ιεραρχών επί των ψηφοδελτίων. Τούτο δε διότι ο νομοθέτης, όπου θέλησε να καθορίσει τον τρόπο διατυπώσεως της επιλογής των Ιεραρχών, εξεφράσθη ρητώς, όπως στο άρθρο 25 παρ. 1 του Ν. 590/1977, περί του τρόπου εκλογής των προσώπων που θα καταλάβουν συγκεκριμένο μητροπολιτικό θρόνο, όπου ορίσθηκε ότι οι Ιεράρχες εκλέκτορες αναγράφουν στα ψηφοδέλτια τα ονόματα των υποψηφίων της επιλογής τους. Επομένως ο εξεταζόμενος λόγος, κατά το μέρος που με αυτόν προβάλλεται ότι η ψήφος των Μητροπολιτών, πρέπει, για να είναι έγκυρη, να διατυπώνεται κατά συγκεκριμένο και ομοιόμορφο τρόπο, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ο ίδιος λόγος, κατά το μέρος που με αυτόν προβάλλεται, εμμέσως, ότι ο ως άνω τρόπος της εκφράσεως της βουλήσεως των ψηφισάντων στα ψηφοδέλτια των τριών ψηφοφοριών περιλαμβάνει διακριτικά γνωρίσματα που παραβιάζουν την μυστικότητα της ψηφοφορίας, πέραν του ότι προβάλλεται αορίστως, καθόσον δεν προσδιορίζεται ποια ψηφοδέλτια αποκλίνουν του, κατά τους αιτούντες, κανόνα της ομοιόμορφης συμπληρώσεως και σε τι συνίσταται η προβαλλόμενη απόκλιση, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, διότι άγει το Δικαστήριο σε ανεπίτρεπτη ακυρωτικώς ουσιαστική εκτίμηση, περί του αν με τον συγκεκριμένο τρόπο συμπληρώσεως των ψηφοδελ-

τίων δημιουργούνται διακριτικά γνωρίσματα που παραβιάζουν την μυστικότητα της ψηφοφορίας. Τέλος, ο εξεταζόμενος λόγος, κατά το μέρος που με αυτόν προβάλλεται ότι στοιχείο της ομοιομορφίας των ψηφοδελτίων είναι το έντυπο αυτών, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, δεδομένου ότι από τις εφαρμοστέες εν προκειμένω διατάξεις δεν προκύπτει υποχρέωση της Εκκλησίας της Ελλάδος να χρησιμοποιεί έντυπα ψηφοδέλτια, με την έννοια που προβάλλει ο αιτών. Τούτο δε ανεξαρτήτως ότι σε ό,τι αφορά στην ψηφοφορία για το αν η Ιερά Μητρόπολη Θεσσαλονίκης θα καλυφθεί δια καταστάσεως ή δι' εκλογής, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του αποσταλέντος φακέλου της υποθέσεως, τα ψηφοδέλτια ήταν όλα σε έντυπη μορφή και ανεγράφοντο σε αυτά ομοιομόρφως και με κεφαλαία γράμματα οι λέξεις: ΨΗΦΟΔΕΛΤΙΟ ΠΕΡΙ ΤΟΥ ΤΡΟΠΟΥ ΠΛΗΡΩΣΕΩΣ ΤΗΣ ΙΕΡΑΣ ΜΗΤΡΟΠΟΛΕΩΣ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ, από κάτω δε ομοίως με κεφαλαία γράμματα περιείχοντο ως δυνατές επιλογές οι εξής: ΔΙ' ΕΚΛΟΓΗΣ, ΔΙΑ ΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΣ και ΛΕΥΚΗ, κάτω από καθεμία από τις οποίες υπάρχει η οικεία στήλη για την ανάλογη συμπλήρωση της επί μέρους επιλογής των εκλεκτόρων.

19. Επειδή, με το από 21-11-2005 δικόγραφο προσθέτων λόγων προβάλλεται ότι, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, δεν τηρήθηκαν οι τύποι που επιβάλλονται από τις διατάξεις των άρθρων 14 παρ. 1, 3, 4 και 15 παρ. 1 του Καταστατικού Χάρτη, οι οποίοι διέπουν την διαδικασία εκλογής Αρχιεπισκόπου και οι οποίοι θα έπρεπε να εφαρμοσθούν κατ' αναλογία και στις τρεις ψηφοφορίες που οδήγησαν στην επίδικη εκλογή (δηλ. στην ψηφοφορία κατά την οποία

αποφασίσθηκε να πληρωθεί η κενωθείσα Μητρόπολη Θεσσαλονίκης κατά την επίμαχη συνεδρία της 26ης Απριλίου 2004, στην ψηφοφορία, σχετικά με το αν η πλήρωση του μητροπολιτικού θρόνου αυτής θα γινόταν δια καταστάσεως ή δι' εκλογής και στην ψηφοφορία, την σχετική με την ανάδειξη του προσώπου του Μητροπολίτη που θα καθίστατο στον χρεεύσαντα μητροπολιτικό θρόνο).

Ειδικότερα, προβάλλεται ότι δεν τηρήθηκαν οι προβλεπόμενοι από τις εν λόγω διατάξεις τύποι της διεξαγωγής της ψηφοφορίας από εκλογική επιτροπή, της αριθμήσεως και μονογραφής των ψηφοδελτίων κατά την εξαγωγή τους από την κάλη και της υπογραφής των ψηφισάντων σε σχετικό κατάλογο, με συνέπεια την παραβίαση της αρχής της γνησιότητας του αποτελέσματος της ψηφοφορίας. Ανεξαρτήτως, όμως, αν οι προαναφερθείσες διατάξεις, που θεσπίζουν τους τύπους αυτούς, θα μπορούσαν, κατ' αναλογία, να εφαρμοσθούν και σε ψηφοφορίες, με τις οποίες αποφασίζεται η πλήρωση ενός μητροπολιτικού θρόνου δια καταστάσεως ή δι' εκλογής, πάντως, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, οι ανωτέρω τύποι, για την δεύτερη και τρίτη από τις αναφερόμενες ανωτέρω ψηφοφορίες, έχουν οικειοθελώς τηρηθεί. Συγκεκριμένα, όλα τα παρόντα και ψηφίσαντα μέλη της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας έχουν υπογράψει μετά την ρύψη της ψήφου τους, τόσο στον κατάλογο ψηφισάντων περί του τρόπου πληρώσεως της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, όσο και στον κατάλογο ψηφισάντων περί αναδείξεως Μητροπολίτου της Ιεράς Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης, ενώ, περαιτέρω, τα ψηφοδέλτια έχουν αριθμηθεί κατά την σειρά εξα-

γωγής τους από την κάλπη και έχουν μονογραφηθεί από την Εκλογική Επιτροπή, η οποία συγκροτήθηκε, σύμφωνα με την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 14 παρ. 1 του Καταστατικού Χάρτη, από τον Πρόεδρο της Ιεράς Συνόδου και από τους δύο παρόντες στη συνέλευση και αμέσως επόμενους αυτού, κατά τα πρεσβεία της Αρχιερωσύνης, Μητροπολίτες

20. Επειδή, στο άρθρο 23 του Κανονισμού 1/1977 της Εκκλησίας της Ελλάδος, το οποίο προβλέπει τον τρόπο τηρήσεως των πρακτικών της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας, ορίζεται ότι τα πρακτικά των συνεδριών συντάσσονται υπό του Γραμματέως Πρακτογράφου (παρ. 1), η δε επικύρωσή τους γίνεται κατά την αμέσως επόμενη συνεδρία, κατόπιν αναγνώσεως υπό του Γραμματέως ο οποίος τα συνέταξε (παρ. 2). Περαιτέρω, ορίζεται ότι μετά την ανάγνωση των πρακτικών κάθε σύνεδρος μπορεί να προτείνει τη διόρθωση ή τη συμπλήρωση όσων είτε και δεν διατυπώθηκαν επαρκώς και να επιφέρει διορθώσεις των τυχόν λαθών που παρεισέφρησαν εκ παραδρομής κατά την αγόρευση του (παρ. 4). Ακολούθως, στην παρ. 5 προβλέπεται ότι: «5. Τα Πρακτικά υπογράφονται υποχρεωτικώς υπό πάντων των συμμετασχόντων εν ταις Συνεδρίασις Σεβασμιωτάτων Ιεραρχών εν τη τελευταία σελίδι του Πρακτικού. Ο Μακαριώτατος Πρόεδρος μονογραφεί επί πλέον και εκάστην σελίδα των Πρακτικών», στην δε τελευταία παρ. 7 του άρθρου αυτού ορίζεται ότι: «7. Το Πρακτικό της τελευταίας ημέρας της Συνεδρίας επί εκτάκτου ή τακτικής συνελεύσεως της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας επικυρώνεται αυθημερόν και υπογράφεται υπό μόνου του Μακαριωτάτου Προέδρου, γίνεται δε περί τού-

του ειδική μνεία εν τέλει του πρακτικού».

21. Επειδή, με το από 21-11-2005 δικόγραφο προσθέτων λόγων προβάλλεται ότι το προσβαλλόμενο προεδρικό διάταγμα είναι άκυρο, διότι το πρακτικό της συνεδριάσεως της 26ης Απριλίου 2004, στο οποίο στηρίζεται, δεν έχει επικυρωθεί με τις υπογραφές όλων των παρόντων στην συνεδρία εκείνη Ιεραρχών, κατά παράβαση της ανωτέρω διατάξεως του άρθρου 23 παρ. 5 του Κανονισμού 1/1977 της Εκκλησίας της Ελλάδος. Ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Διότι, από την εκτιθέμενη ανωτέρω ειδική διάταξη της παρ. 7 του ως άνω άρθρου 23 του Κανονισμού 1/1977 της Εκκλησίας της Ελλάδος συνάγεται ότι, κατ' εξαίρεση από τον τιθέμενο με την παρ. 5 του ίδιου άρθρου γενικό κανόνα ότι τα πρακτικά των συνεδριών της Ιεραρχίας, οι οποίες διαρκούν περισσότερες από μία ημέρες, επικυρώνονται δι' υπογραφής τους υποχρεωτικώς υπό πάντων των συνεδρων κατά την αμέσως επομένη ημέρα της συνεδρίας, το πρακτικό της τελευταίας ημέρας της συνεδρίας επί εκτάκτου ή τακτικής συνελεύσεως της Ιεραρχίας και, επομένως, και το πρακτικό εκτάκτου συνελεύσεως η οποία διαρκεί μία μόνον ημέρα, επικυρώνεται αυθημερόν, υπογραφόμενο μόνον από τον Πρόεδρο αυτής και όχι από όλους τους μετασχόντας στη συνεδρίαση Ιεράρχες. Η εξαίρεση το πέρας της συνελεύσεως, η οποία έληξε αυθημερόν, να αναχωρήσουν για τις Μητροπόλεις τους και δεν είναι σκόπιμο να αναμείνουν τη σύνταξη των επίσημων πρακτικών στην Πρωτεύουσα, η οποία, ενδεχομένως, για διάφορους λόγους, να καθυστερήσει (βλ. ομοίου περιεχομένου ρύθμιση στην αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 21 παρ. 4 του Κανονισμού

2/1977 «Περί εργασιών της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος» Α' 275). Νομίμως, επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, το πρακτικό της Εκτάκτου Συνεδρίας της Ιεράς Συνόδου της 26ης Απριλίου 2004 επικυρώθηκε δια μόνης της υπογραφής του Προέδρου αυτής Αρχιεπισκόπου Αθηνών και Πάσης Ελλάδος, χωρίς να απαιτείται η υπογραφή του από όλα τα μέλη της Ιεράς Συνόδου που παρίσταντο σ' αυτήν, σύμφωνα με την εξαίρεση που θεσπίζει η προαναφερθείσα διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 23 του Κανονισμού 1/1977 της Εκκλησίας της Ελλάδος, δεδομένου ότι η Έκτακτη Συνεδρία άρχισε και τελείωσε εντός της αυτής ημέρας, γίνεται δε ειδική μνεία περί αυτού στο τελευταίο φύλλο (ΙΘ') του πρακτικού, ενώ, επίσης, έχουν μονογραφηθεί και τα υπόλοιπα φύλλα του πρακτικού αυτού. Η μονογραφή δε των φύλλων των πρακτικών υπό του Προέδρου της Ιεραρχίας, παρέχει τα εχέγγυα της γνησιότητας του κειμένου του πρακτικού και του ακριβούς της καταχωρίσεως των λεχθέντων κατά τη συνεδρίαση (Σ.τ.Ε 960/1978 Ολομ.). Εξάλλου, μόνη η τυχόν μη ανάγνωση του πρακτικού στους συνέδρους δεν επηρεάζει, άνευ άλλου, το κύρος του πρακτικού, εφόσον ταυτόχρονα ούτε προβάλλεται, ούτε

προκύπτει ότι τα όσα ανεγράφησαν στο πρακτικό αυτό δεν αποδίδουν επακριβώς όσα διημείφθησαν κατά τη συνεδρίαση.

Τούτο δε, διότι ο τύπος της προηγούμενης αναγνώσεως των πρακτικών δεν προκύπτει ότι έχει τεθεί επί ποινή ακυρότητας της διαδικασίας, όπως συμβαίνει για τον τύπο της υπογραφής των πρακτικών, ο οποίος αποτελεί απαραίτητο στοιχείο του τύπου εγκύρου των αποφάσεων της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας (Σ.τ.Ε 1175/1973 Ολομ.). Εν προκειμένω, επομένως, εφόσον δεν προβάλλεται ότι δεν αποδίδονται ορθώς όσα διημείφθησαν κατά την επίμαχη συνεδρίαση ή ότι απεδόθησαν αυτά εσφαλμένως, ο λόγος, με τον οποίο προβάλλεται ακυρότητα των πρακτικών, δοθέντος ότι αυτά δεν προκύπτει ότι ανεγνώσθησαν εις επήκοον των μελών της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ενόψει μάλιστα και του ότι τα προβαλλόμενα περί του ότι δεν συνάγεται από το πρακτικό ο ακριβής αριθμός των παρόντων και των ψηφισάντων Μητροπολιτών, γεγονός που, όπως εκτέθηκε, οφείλετο σε παραδρομή κατά το στάδιο καθορογραφής των πρακτικών, είναι, όπως προκύπτει από τα εκτιθέμενα σε προηγούμενες σκέψεις (σκ. 13, 16), αβάσιμα ...» .

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Το μείζον θέμα, στο οποίο έρχεται να δώσει απάντηση με την απόφασή της η Ολομέλεια του Σ.τ.Ε, αφορά στην έκταση της συνταγματικής κατοχύρωσης της ισχύος της Πατριαρχικής και Συννοδικής Πράξης της 4ης Σεπτεμβρίου 1928, με αφορμή τη μετάθεση του (από Αλεξανδρονπόλεως) Μητροπολίτη Ανθιμου (Ρούσσα) στη χηρεύουσα Μητρόπολη Θεσσαλονίκης, τον Απρίλιο του 2004.

Η Πατριαρχική και Συνοδική Πράξη¹ (στο εξής ΠΣΠ/1928) εξεδόθη από το Οικουμενικό Πατριαρχείο στις 4 Σεπτεμβρίου 1928, στοχεύοντας στο να επιλύσει το πρόβλημα των λεγόμενων «Νέων Χωρών», των επαρχιών δηλαδή του Οικουμενικού Θρόνου της Κωνσταντινούπολης οι οποίες προσαρτήθηκαν στην ελληνική επικράτεια μετά τους βαλκανικούς πολέμους (Ηπειρος, Μακεδονία, Θράκη και ησιά του Αιγαίου). Με την εν λόγω Πράξη ανατέθηκε «επιτροπικώς»² η διοίκηση των εκκλησιαστικών επαρχιών των «Νέων Χωρών» στην Αυτοκέφαλη Εκκλησία της Ελλάδος, θέτοντας παράλληλα κάποιους όρους, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται η υποχρέωση μνημόνευσης του Οικουμενικού Πατριάρχη από τους Αρχιερείς των «Νέων Χωρών», η ισότιμη συμμετοχή των Αρχιερέων των επαρχιών αυτών στα όργανα διοίκησης της Εκκλησίας της Ελλάδος, η απαγόρευση των αρχιερατικών μεταθέσεων, το δικαίωμα του εκκλησιολόγου ενώπιον του Οικουμενικού Πατριάρχη κατά τελεσίδικων αποφάσεων εκκλησιαστικών δικαστηρίων που επιβάλλουν στους Αρχιερείς των «Νέων Χωρών» ποινή αργίας ή καθαίρεση, καθώς και η διασφάλιση των κανονικών δικαιωμάτων του Οικουμενικού Πατριάρχη επί των Πατριαρχικών και Σταυροπηγιακών Μονών³.

Παρά τις ρητές αυτές διατάξεις, η Εκκλησία της Ελλάδος δεν σεβάσθηκε πάντοτε τις υποχρεώσεις της έναντι του Οικουμενικού Πατριαρχείου. Η ισχύς των όρων της ΠΣΠ/1928 τέθηκε ενίοτε υπό αμφισβήτηση, προκαλώντας τριβές και εντάσεις στις σχέσεις της Εκκλησίας της Ελλάδος, του Οικουμενικού Πατριαρχείου και της Ελληνικής Πολιτείας⁴. Τελευταία αναζωπύρωση του ζητήματος είχαμε στις αρχές του έτους 2004, όταν η Ιερά Σύνοδος της Ιεραρχίας της Εκκλησίας της Ελλάδος αποφάσισε, παρά τις Πατριαρχικές προειδοποιήσεις, την πλήρωση της χρεώουσας Μητροπόλεως Θεσσαλονίκης με μετάθεση και όχι με εκλογή, όπως απαιτεί ο Ε' όρος της ΠΣΠ/1928. Ο (τότε) Αρχιεπίσκοπος Αθηνών Χριστόδουλος έθεσε υπό αμφισβήτηση την ισχύ των όρων της ΠΣΠ/1928, θεωρώντας ότι δύναται να εφαρμοστεί το άρθρο 24 Ν. 590/1977 (Καταστατικός Χάρτης της Εκκλησίας της Ελλάδος), το οποίο στην παρ. 4 επιτρέπει υπό προϋποθέσεις την πλήρωση χρεώουσας Μητροπόλης με μετάθεση. Μεταξύ άλλων επιχειρημάτων προέβαλε και την επαναλαμβανόμενη στη νομολογία του Σ.τ.Ε άποψη ότι η κατοχύρωση της ΠΣΠ/1928 στο άρθρο 3 παρ. 1 Συντ. αφορά αποκλειστικά στον τρόπο συγκρότησης των οργάνων διοίκησης της Εκκλησίας της Ελλάδος και όχι στο σύνολο των όρων αυτής. Η αντίδραση του Οικουμενικού Πατριαρχείου ήταν άμεση και αυστηρή, ζητώντας επανειλημμένως την πλήρη εφαρμογή των όρων της ΠΣΠ/1928. Οι προσπάθειες εξεύρεσης συμβιβαστικής λύσης απέβησαν άκαρπες, με αποτέλεσμα να πραγματοποιηθούν οι εκλογές Μητροπολιτών στις 26-4-2004 και η Μητρόπολη Θεσσαλονίκης να πληρωθεί με μετάθεση. Ο Οικουμενικός

1. Το πλήρες κείμενο της ΠΣΠ/1928 βλ. σε ΚΟΜΜΑΤΑ (Μητροπολίτου Σεβαστείας) ΔΗΜΗΤΡΙΟΥ Κ., Η Πατριαρχική και Συνοδική Πράξη του 1928 παρακαλυπόμενη τοις όροις, Θεσσαλονίκη 2006, σελ. 72-76 = ΚΟΝΙΔΑΡΗ Ι. Μ., Θεμελιώδεις διατάξεις σχέσεων Κράτους – Εκκλησίας, Βιβλιοθήκη Εκκλησιαστικού Δικαίου, Σειρά Α': Πηγές, Αθήνα 1999, σελ. 44-48 = ΤΖΩΡΤΖΑΤΟΥ (Μητροπολίτου Κίτρους) ΒΑΡΝΑΒΑ Δ., Οι βασιικοί θεσμοί διοικήσεως των Ορθοδόξων Πατριαρχείων μετά ιστορικών ανασκοπήσεων, εν Αθήναις 1972, σελ. 52-56.

2. Για την έννοια της ανάθεσης διοικήσεως των «Νέων Χωρών» επιτροπικώς στην Εκκλησία της Ελλάδος βλ. ΤΡΩΙΑΝΟΣ Ν. ΣΠΥΡΟΣ – ΠΟΥΛΗΣ Α. ΓΕΩΡΓΙΟΣ, Εκκλησιαστικό Δίκαιο, 2η έκδοση, Αθήνα – Κομοτηνή, 2003, σελ. 9 επ.

3. Βλ. ΚΟΝΙΔΑΡΗΣ Μ. ΙΩΑΝΝΗΣ, Εγχειρίδιο Εκκλησιαστικού Δικαίου, Αθήνα – Κομοτηνή, 2000, σελ. 80 επ.

4 Βλ. ΚΟΜΜΑΤΑ, ό.π., passim.

Πατριάρχης συγκάλεσε στην Κωνσταντινούπολη Μείζονα Ενδημούσα σύνοδο (30-4-2004), η οποία θεώρησε άκυρες τις εκλογές και μεταθέσεις που είχαν γίνει χωρίς την τήρηση της ΠΣΠ/1928 και επέβαλε στον μακαριστό Αρχιεπίσκοπο Αθηνών Χρυσόδουλο τη διακοπή της κοινωνίας με την Μητέρα Εκκλησία⁵. Το βαρύτατο, από κανονικής απόψεως, αυτό μέτρο είχε εν τέλει θετικό αποτέλεσμα, εφόσον στη συνεδρίαση της 28-5-2004 η Ιερά Σύνοδος της Ιεραρχίας της Εκκλησίας της Ελλάδος διακήρυξε πανηγυρικά τον σεβασμό και την τήρηση όλων των διατάξεων της ΠΣΠ/1928.

Πολλά έχουν κατά καιρούς ειπωθεί στη θεωρία, για την έκταση της ισχύος των όρων της ΠΣΠ/1928. Παρ' ότι υπάρχουν απόψεις⁶ που θεμελιώνουν, στο Σύνταγμα ή εκτός αυτού, την πλήρη κατοχύρωση των διατάξεων της ΠΣΠ/1928, η νομολογία του Σ.τ.Ε.⁷ είχε κρίνει ότι η κατοχύρωση το άρθρου 3 παρ. 1 Συντ. αφορά μόνο στους όρους εκείνους της ΠΣΠ/1928 οι οποίοι ρυθμίζουν τη συγκρότηση της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας και της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος. Κατά συνέπεια, ο όρος της απαγόρευσης πλήρωσης των χρευσουσών μητροπόλεων με μετάθεση, όπως κατέληξε και η σχολιαζόμενη απόφαση, δεν κατοχυρώνεται συνταγματικά και συνεπώς η μη τήρησή του από την Εκκλησία της Ελλάδος δεν καθιστά άκυρη την προσβαλλόμενη μητροπολιτική μετάθεση. Στην εν λόγω απόφαση παρουσιάστηκε όμως, για πρώτη φορά, ισχυρή μειοψηφία, η οποία υποστήριξε ότι η συνταγματική κατοχύρωση του άρθρου 3 παρ. 1 Συντ. αφορά το σύνολο των όρων της ΠΣΠ/1928. Η οπτική αυτή, σέβεται την πνευματική/δογματική σχέση του Οικουμενικού Θρόνου με την Εκκλησία της Ελλάδος και περιορίζει τον παρεμβατικό χαρακτήρα του κοινού νομοθέτη στα *in interna corporis* της Εκκλησίας, απαιτητό δικαίωμα κάθε θρησκειώματος σύμφωνα με το άρθρο 13 Συντ. και 9 Ε.Σ.Δ.Α.

Έστω και αν οι πολιτικές κι εκκλησιαστικές συγκυρίες εννόησαν τον εναγκαλισμό Κράτους και Εκκλησίας και την «κρατικοποίηση» της τελευταίας, με ό,τι αυτό συνεπάγεται για τον πνευματικό χαρακτήρα της και την εκκλησιολογική αποστολή της, έχει έρθει το πλήρωμα του χρόνου οι δεσμοί αυτοί να χαλαρώσουν, διασφαλίζοντας έτσι την κανονικότητα και τη δυνατότητα αυτοδιοίκησης στο πολίτευμα της Εκκλησίας⁸. Το στοιχείο που ο, μακαριστός πλέον,

5. Βλ. Κομματά, ό.π., σελ. 735-740.

6. Βλ. ΜΠΕΗΣ Κ., «Παρατηρήσεις στην απόφαση ΣτΕ 410/2008», Νομοκανονικά 1/2008, σελ. 172 επ., ΤΟΥ ΙΔΙΟΥ «Η εσφαλμένη νομολογία ως ερμηνευτικό επιχείρημα (Η συνταγματική κατοχύρωση της Πατριαρχικής Συνοδικής Πράξης του 1928)», Δίκη 35/2004, σελ. 149 επ., ΚΑΣΙΜΑΤΗΣ Γ., «Το δικαίωμα του Οικουμενικού Πατριαρχείου να ανακαλέσει την Πατριαρχική Συνοδική Πράξη του 1928», Νομοκανονικά 2/2004, σελ. 67 επ., ΠΑΠΑΣΤΑΘΗΣ Χ. Κ., «Περί του κύρους της Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξεως του 1928 περί των Νέων Χωρών», Νομοκανονικά 2/2004, σελ. 73 επ., ΦΕΙΔΑΣ Β., «Η συνταγματική κατοχύρωση της Πατριαρχικής Πράξεως του 1928», Δίκη 35/2004, σελ. 902 επ., BENIZEΛΟΣ ΕΥΑΓΓΕΛΟΣ, Οι σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας ως σχέσεις συνταγματικά ρυθμισμένες, Θεσσαλονίκη: εκδ. Παρατηρητής, 2000, σελ. 64 επ., ΜΑΡΙΝΟΣ Α., Σχέσεις Εκκλησίας και Πολιτείας, Αθήναι, 1984, σελ. 18 επ., ΜΑΝΕΣΗΣ Α. – ΒΑΒΟΥΣΚΟΣ Κ., «Αι σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας κατά το Νέον Σύνταγμα», ΝοΒ 1975, σελ. 1031 επ.

Contra ΜΑΥΡΟΣ Γ. Ι. – ΚΟΛΛΙΑΣ Ν. Ι., «Υποχρέωση υποβολής καταλόγου Αρχιερέων των Νέων Χωρών στο Οικουμενικό Πατριαρχείο», Νομοκανονικά 2/2004, σελ. 83 επ.

7. Βλ. Σ.τ.Ε 3178/76 (Ολομ.), Σ.τ.Ε 545-546/1978 και Σ.τ.Ε 2785/1984.

8. Το δικαίωμα της θρησκευτικής ελευθερίας, όπως διατυπώνεται στα άρθρα 13 Συντ. και 9 Ε.Σ.Δ.Α. και έχει ερμηνευθεί από τη νομολογία, υποχρεώνει το Κράτος να μην παρεμβαίνει άλλους περιορισμούς στο εσωτερικό των θρησκειωμάτων, πέραν αυτών που επιβάλλονται για την προστασία της δημόσιας τάξης και των χρηστών ηθών. Σχετικά βλ. ΒΑΡΘΟΛΟΜΑΙΟΣ, Αρχιεπίσκοπος Κωνσταντινουπόλεως, Νέας Ρώμης και Οικουμενικός Πατριάρχης, «Νόμοι και Ιεροί Κανόνες», Νομοκανονικά 2/2005, σελ. 11-12.

Αρχιεπίσκοπος Χριστόδουλος δεν στάθμισε ορθά, είναι ότι για την Εκκλησία η κανονικότητα⁹ πρέπει να προέχει της νομιμότητας¹⁰. Διαφορετικά, μία Πολιτεία με παρεμβατική διάθεση θα δύναται να δημιουργεί εκκλησιαστικά μορφώματα κατά το δοκούν, τα οποία όμως δεν θα τυγχάνουν αναγνώρισης από τις λοιπές ομόδοξες Εκκλησίες¹¹. Η συμμόρφωση με το άρθρο 24 του Ν. 590/1977 από την πλευρά της Εκκλησίας της Ελλάδος, αγνοώντας τις απαγορεύσεις της ΠΣΠ/1928, επέφερε την επιβολή του επιτίμιου της ακοινωνησίας που επιβλήθηκε στον πρόεδρο της Ιεράς Συνόδου και τη διακοπή των σχέσεών του με τη Μητέρα Εκκλησία, αλλά και όλες τις λοιπές ανά τον κόσμο ορθόδοξες Εκκλησίες. Η νομολογία του Σ.τ.Ε επιτρέπει (και δεν υποχρεώνει) την Εκκλησία της Ελλάδος να ενεργεί κατά παράβαση των όρων της ΠΣΠ/1928, εφόσον τηρεί κατά τα λοιπά την εθνική νομοθεσία. Τέτοια συμπεριφορά όμως δεν είναι ανεκτή στον εκκλησιαστικό χώρο και η Εκκλησία που πράττει ανάλογα υπέχει εκκλησιαστική «διεθνή» ευθύνη, αν μας επιτρέπεται να δανειστούμε τον όρο του διεθνούς δικαίου.

Την αποφυγή τέτοιων παρεκτροπών επιτάσσει το ίδιο το Σύνταγμα στο εδαφ. 2 του άρθρου 3 παρ. 1, ορίζοντας ότι «Η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδας ... υπάρχει αναπόσπαστα ενωμένη δογματικά με τη Μεγάλη Εκκλησία της Κωνσταντινούπολης και με κάθε άλλη ομόδοξη Εκκλησία του Χριστού. Τηρεί απαρασάλευτα, όπως εκείνες, τους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και τις ιερές παραδόσεις». Η διατύπωση αυτή, επιβάλλει στον κοινό νομοθέτη, αλλά και στον δικαστή, να σεβασθεί στο σύνολό της την ΠΣΠ/1928, αλλά και τον Πατριαρχικό και Συνοδικό Τόμο του 1850 περί της Αυτοκεφαλίας της Εκκλησίας της Ελλάδος, ως δομικά στοιχεία της υπόστασης αυτής, αλλά και ως απαραίτητο όρο των αδιατάρακτων πνευματικών σχέσεων αυτής με τον Οικουμενικό Θρόνο και, συνακόλουθα, με όλες τις ορθόδοξες Εκκλησίες. Ίσως στο μέλλον η νομολογία του Σ.τ.Ε τολμήσει να ερμηνεύσει τεολογικά, στο σύνολό του, το άρθρο 3 παρ. 1, ξεφεύγοντας από τη στενά γραμματική και αμφιλεγόμενη ερμηνεία που εδώ και 30 χρόνια επιμένει να υιοθετεί.

Εμμανουήλ Ανδρουλακάκης*

* ΟΕμμανουήλ Χ. Ανδρουλακάκης είναι Δικηγόρος Ηρακλείου, ΜΔΕ Εκκλησιαστικού Δικαίου.

9. Η συμμόρφωση δηλαδή προς τις επιταγές των κανόνων της Εκκλησίας.

10. Για το θέμα βλ. ΚΟΝΙΔΑΡΗ Ι. Μ., Η διαπάλη νομιμότητας και κανονικότητας και η θεμελίωση της εναρμονισιάς τους, Αθήνα 1994.

11. Τα παραδείγματα πολλά, ενδεικτικά βλ. την λεγόμενη «Εκκλησία της Μακεδονίας» η οποία αποσχίστηκε αντικανονικά, με εθνοφυλετικούς-πολιτικούς όρους, από το Πατριαρχείο Σερβίας και μέχρι και σήμερα δεν αναγνωρίζεται από καμία άλλη ορθόδοξη Εκκλησία.

Συμβούλιο της Επικρατείας - Αριθ. 3275/2007

Πρόεδρος: Αθανασία Τσαμπάση (Αντιπρόεδρος)

Δικαστές: Δημοσθένης Πετρούλιας, Αικατερίνη Χριστοφορίδου (Σύμβουλοι), Ηρακλής Τσακόπουλος, Όλγα Ζύγουρα (Πάρεδροι)

Δικηγόρος: Αλέξανδρος Σκονδριανός

Άρθρα: 23, 24, 33 Π.Δ. 18/1989, 20 παρ. 1 Συντ., 1, 4 Α.Ν. 582/1968, 970 Α.Κ.

Η εκ μέρους της Διοίκησης ή Ν.Π.Δ. παράλειψη της έγκαιρης αποστολής προς το Σ.τ.Ε των στοιχείων και πληροφοριών που προβλέπονται από τα άρθρα 23 και 24 Π.Δ. 18/1989, καθώς και της έκθεσης συνιστά πειθαρχικό αδίκημα. Από την έλλειψη στοιχείων εκ μέρους Δήμου, λόγω της μη αποστολής του φακέλου από αυτόν, συνάγεται τεκμήριο ομολογίας της πραγματικής βάσης των ισχυρισμών του αιτούντος. Συνεπεία των ανωτέρω ακυρώνεται η ρητή ή σιωπηρή πράξη του καθ' ου η αίτηση Δήμου, με την οποία παραχωρήθηκε σε τρίτο το δικαίωμα χρήσης οικογενειακού τάφου, που είχε ήδη παραχωρηθεί στον αιτούντα.

...Επειδή, εις το άρθρον 23 του Π.Δ. 18/89 (ΦΕΚ 8 τ. Α') ορίζεται ότι: «Το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, κατά του οποίου στρέφεται η αίτηση ακυρώσεως ή η προσφυγή, έχει την υποχρέωση να εκθέτει τις απόψεις του για καθένα από τους προσβαλλόμενους λόγους, διευκρινίζοντας σαφώς και το συναφές με κάθε λόγο πραγματικό μέρος.

2. Η έκθεση αυτή με το σχετικό φάκελο πρέπει να αποστέλλεται στον εισηγητή τριάντα τουλάχιστον ημέρες πριν από τη δικάσιμο που έχει ορισθεί εφόσον το δικόγραφο της αίτησης ακυρώσεως ή της προσφυγής έχει επιδοθεί στη Διοίκηση δύο τουλάχιστον μήνες πριν από τη δικάσιμο, διαφορετικά σε εύλογο χρόνο πριν από τη δικάσιμο. 3. Την έκθεση προσυπογράφει ο νομικός σύμβουλος του Δημοσίου ή του νομικού προσώπου που έχει εντολή να υποστηρίζει τα συμφέροντά τους καθώς και οι καθ' ύλην αρμόδιοι υπάλληλοι, σύμφωνα με τους κανόνες που διέπουν τις διοικητικές πράξεις και με την ευθύνη που καθιερώνουν οι κανόνες αυτοί». Εις το άρθρον 24 του ιδίου πδ/τος ορίζεται ε-

πίσης, εν σχέσει προς τας συνεπείας της μη αποστολής του ιδίου φακέλου ότι: «1. Η παράλειψη της έγκαιρης αποστολής προς το Συμβούλιο των στοιχείων και πληροφοριών που προβλέπονται από τα προηγούμενα άρθρα, καθώς και της έκθεσης, συνιστά ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμοδίων για την ενέργεια αυτή υπαλλήλων. 2. Η πειθαρχική δίωξη ασκείται σύμφωνα με τις διατάξεις για το πειθαρχικό δίκαιο κάθε κατηγορίας υπαλλήλων. Την άσκηση της πειθαρχικής δίωξης μπορεί να προκαλέσει και ο Πρόεδρος του Συμβουλίου της Επικρατείας με έγγραφό του προς τον αρμόδιο υπουργό ή τη διοίκηση του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου. Στην περίπτωση αυτή καθίσταται υποχρεωτική η άσκηση της δίωξης. Η πειθαρχική απόφαση εκδίδεται το αργότερο μέσα σε δύο μήνες από τη λήψη του εγγράφου για την άσκηση της πειθαρχικής δίωξης. Η απόφαση που εκδίδεται κοινοποιείται αμελητί και στον Πρόεδρο του Συμβουλίου». Εις το άρθρον 33 δε του ιδίου πδ/τος προβλέπεται, ως προς την συζήτησιν επ' ακροατηρίου, ότι: «Η συζήτηση αρχίζει με την ανά-

γνωση και την προφορική ανάπτυξη από τον εισηγητή της έκθεσής του. Η συζήτηση γίνεται προφορικά αποκλειστικά βάσει των δικογράφων και των εγγράφων που έχουν προσαχθεί προαποδεικτικώς. Το Συμβούλιο πάντως μπορεί κατά την κρίση του να διατάξει και κάθε συμπληρωματική απόδειξη και να υποχρεώσει οποιαδήποτε αρχή να παράσχει έγγραφα ή πληροφορίες σχετικά με την υπόθεση που διακάζεται». Εκ των ανωτέρω διατάξεων, ερμηνευομένων εν όψει των συνταγματικών διατάξεων του άρθρου 20 παρ. 1 του Συντ. περί του δικαιώματος περί την παροχή εννόμου προστασίας από τα Δικαστήρια και 95 παρ. 1α περί αναθέσεως εις το Συμβούλιον της Επικρατείας της αρμοδιότητος εκδικάσεως αιτήσεων περί ακυρώσεως των εκτελεστών διοικητικών πράξεων, συνάγεται ότι, όταν η Διοίκησης ή νομικόν πρόσωπον δημοσίου δικαίου, ως οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοικήσεως, δεν αποστέλλει εις

το Συμβούλιον της Επικρατείας τον φάκελον της υποθέσεως και δη παρά την έκδοσιν προδικαστικής αποφάσεως, υποχρεούσης την Διοίκησιν ή το νομικόν πρόσωπον προς αποστολήν του φακέλου, η στάσις αυτή της Διοικήσεως ή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, πέραν του ότι έχει ως συνέπειαν την δυνατότητα κινήσεως πειθαρχικής διώξεως κατά των υπευθύνων υπαλλήλων, επιτρέπει εις το Δικαστήριον να συναγάγη τεκμήριον ομολογίας της πραγματικής βάσεως των ισχυρισμών του αιτούντος. Τούτο δε, διότι άλλως η αδράνεια της Διοικήσεως ή του νομικού προσώπου θα ωδήγει εις αδυναμίαν του Συμβουλίου της Επικρατείας προς άσκησιν της ανατεθειμένης εις αυτό διά του Συντάγματος αρμοδιότητος και προς παροχήν εις τον πολίτην της εννόμου προστασίας, την οποίαν εγγυάται υπέρ αυτού το άρθρον 20 παρ. 1 του Συντ. (Σ.τ.Ε 3487/04, 2125/99, 3976/92, 72/93 κ.ά) .

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Τμήμα Α') - Αριθ. 27/2005

Δικαστές: Χρυσάνθη Μαυρομιχάλη (Πρόεδρος Πρωτοδικών Δ.Δ.), Αικατερίνη Δημητρουλάκη (Πρωτοδίκης Δ.Δ.), Νικόλαος Δρόσος (Πρωτοδίκης Δ.Δ, Εισηγητής)

Δικηγόροι: Νικόλαος Κοκκινάκης, Νικόλαος Χριστοφιλάκης

Άρθρα: 3 Ν. 2954/2001 περί «αυτοτελούς φορολογίας αφορολόγητων αποθεματικών», 78 παρ. 2 Συντ., 2 παρ. 4, 9, 34 παρ. 5 και 6, 101 παρ. 1 και 106 παρ. 4 και 8 Ν. 2238/1994 «Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος», 7 παρ. 1 Ν. 2579/1998, 113 Ν. 2717/1999, Ν. 2523/1997, 277 παρ. 9 και 275 παρ. 1 εδ. έ Κ.Δ.Δ

Τα αποθεματικά ανώνυμων ημεδαπών τεχνικών εταιρειών που δεν έχουν φορολογηθεί στο όνομα των εταιρειών αυτών, φορολογούνται πλέον στο όνομά τους με συντελεστή 17,50%, εφόσον αυτά προέρχονται από τα, πέραν των τεκμαρτών, πραγματικά κέρδη τους από την εκτέλεση δημόσιων ή ιδιωτικών τεχνικών έργων, εμφανίζονται στον τελευταίο ισολογισμό που έκλεισαν πριν από τη δημοσίευση του νόμου αυτού και δεν έχουν διανεμηθεί ή κεφαλαιοποιηθεί μέχρι τη δημοσίευσή του. Κατά το μέρος που οι διατάξεις αυτές καταλαμβάνουν αποθεματικά που έχουν σχηματισθεί από τις εταιρείες αυτές πριν από την 1η/1/2000 κρίνονται αντινυνταγματικές, αφού μεταβάλλουν επί το δυσμενέστερον το φορολογικό καθεστώς των παραπάνω ανώνυμων ημεδαπών τεχνικών εταιρειών, δεδομένου ότι κατά το χρόνο σχηματισμού των αποθεματικών, αυτά ήταν εν όλω αφορολόγητα. Εξάλλου αποκλείεται η επιβολή άλλου οικονομικού βάρους με νόμο αναδρομικής ισχύος που να εκτείνεται πέρα από το προηγούμενο της επιβολής του φόρου οικονομικό έτος.

«Επειδή, το άρθρο 78 παράγραφος 2 του Συντάγματος ορίζει ότι «Φόρος ή άλλο οποιοδήποτε οικονομικό βάρος δε μπορεί να επιβληθεί με νόμο αναδρομικής ισχύος που εκτείνεται πέρα από το οικονομικό έτος το προηγούμενο εκείνου κατά το οποίο επιβλήθηκε». Εξάλλου, η παράγραφος 1 του άρθρου 101 του Ν. 2238/1994 (Κύρωση του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος Α' 151) ορίζει ότι «Στο φόρο υπόκεινται: α) Οι ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες ...» ενώ στις παραγράφους 5 και 6 του άρθρου 34 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, όπως αυτές προστέθηκαν με την παράγραφο 1 του άρθρου 7 του Ν. 2579/1998 (Α' 31), ορίζεται ότι: «5. Για τον προσδιορισμό των φορολογητέων καθαρών κερδών των νομικών προσώπων της παραγράφου 4 του άρθρου 2 και των ατομικών επιχειρήσεων, που τηρούν βιβλία και στοιχεία τρίτης κατηγορίας του Κ.Β.Σ., σε περίπτωση που τα δηλούμενα ή κατ' έλεγχο προσδιοριζόμενα κέρδη, τα οποία προέρχονται από εργασίες που αναφέρονται στις διατάξεις του άρθρου αυτού, είναι μεγαλύτερα των τεκμαρτών προσδιοριζομένων καθαρών κερδών, για τον υπολογισμό των φορολογητέων κερδών των υπόχρεων, προστίθεται στα τεκμαρτά κέρδη και το σαράντα τοις εκατό (40%) του ποσού της ως άνω διαφοράς καθαρών κερδών. Το υπόλοιπο κερδών που απομένει και δε φορολογήθηκε μεταφέρεται και εμφανίζεται στα βιβλία στο λογαριασμό «Αφορολόγητα κέρδη τεχνικών και οικοδομικών επιχειρήσεων». Κατά τη διανομή ή κεφαλαιοποίηση του αποθεματικού αυτού εφαρμόζονται ανάλογα οι διατάξεις της παραγράφου 4 του άρθρου 106, ενώ προκειμένου για ατομική ε-

πιχείρηση το αναλαμβανόμενο ή κεφαλαιοποιούμενο αφορολόγητο αποθεματικό προστίθεται στα λοιπά εισοδήματα του φυσικού προσώπου του οικείου οικονομικού έτους και φορολογείται με βάση την κλίμακα του άρθρου 9.

6. Οι διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου δεν εφαρμόζονται στα νομικά πρόσωπα της παραγράφου 4 του άρθρου 2 των οποίων τα μέλη είναι αποκλειστικά ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες και εταιρείες περιορισμένης ευθύνης. Σε περίπτωση όμως κατά την οποία, εκτός από ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες και εταιρείες περιορισμένης ευθύνης συμμετέχουν και άλλα νομικά πρόσωπα της παραγράφου 1 του άρθρου 101 και της παραγράφου 4 του άρθρου 2 ή ατομικές επιχειρήσεις, οι διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου εφαρμόζονται μόνο για το τμήμα των κερδών που υπερβαίνουν τα προσδιοριζόμενα τεκμαρτά και κατά το μέρος που αντιστοιχεί στα ποσοστά συμμετοχής των νομικών αυτών προσώπων ή των ατομικών επιχειρήσεων, με εξαίρεση τις συμμετέχουσες ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες και εταιρείες περιορισμένης ευθύνης». Περαιτέρω, στο άρθρο 3 του Ν. 2954/2001 (Α' 255) "Αυτοτελής φορολογία αφορολόγητων αποθεματικών" ορίζεται ότι: «1. Επιβάλλεται αυτοτελής φορολογία εισοδήματος με συντελεστή δεκαεπτά και πενήντα τοις εκατό (17, 50%) στα αποθεματικά που έχουν σχηματίσει, σύμφωνα με τις διατάξεις των παραγράφων 5 και 6 του άρθρου 34 ή παραγράφου 8 του άρθρου 106 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, τα οποία προέρχονται από τα, πέραν των τεκμαρτών, πραγματικά κέρδη τους από την πώληση ανε-

γειρόμενων οικοδομών ή την εκτέλεση δημόσιων ή ιδιωτικών τεχνικών έργων και εμφανίζονται στον τελευταίο ισολογισμό που έκλεισαν πριν από τη δημοσίευση του παρόντος, οι ατομικές επιχειρήσεις, οι υπόχρεοι που αναφέρονται στην παράγραφο 4 του άρθρου 2 και τα νομικά πρόσωπα που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 101 του ίδιου Κώδικα, εφόσον αυτά δεν έχουν υπαχθεί σε φορολογία και δεν έχουν διανεμηθεί ή κεφαλαιοποιηθεί, μέχρι τη δημοσίευση αυτού του νόμου. 2. Για την εφαρμογή των διατάξεων της προηγούμενης παραγράφου, οι υπόχρεοι που αναφέρονται σε αυτήν πρέπει να υποβάλλουν ιδιαίτερη δήλωση για την καταβολή του οφειλόμενου ποσού. Η δήλωση αυτή υποβάλλεται στην αρμόδια για τη φορολογία του υπόχρεου Δ.Ο.Υ. μέχρι την τελευταία εργάσιμη ημέρα, για τις δημόσιες υπηρεσίες, του μήνα Νοεμβρίου 2001. Ο φόρος που προκύπτει με βάση αυτή τη δήλωση καταβάλλεται σε πέντε (5) ίσες δόσεις, από τις οποίες η πρώτη με την υποβολή της εμπρόθεσμης δήλωσης και οι υπόλοιπες τέσσερις την τελευταία εργάσιμη ημέρα των επόμενων τρίτου, πέμπτου, έβδομου και ένατου, από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της δήλωσης, μηνών. Με την καταβολή αυτού του φόρου εξαντλείται κάθε φορολογική υποχρέωση του φυσικού ή νομικού προσώπου, καθώς και των μετόχων ή εταίρων του. Το ποσό των αποθεματικών που φορολογήθηκαν με αυτόν τον τρόπο, μετά την αφαίρεση του φόρου που καταβάλλεται, εμφανίζονται σε ειδικούς λογαριασμούς στα τηρούμενα βιβλία της επιχείρησης, και δύνανται, οποτεδήποτε, να διανεμηθούν ή κεφαλαιοποιη-

θούν ή να εξαχθούν στο εξωτερικό, όταν πρόκειται για αλλοδαπές επιχειρήσεις, χωρίς καμμία άλλη φορολογική επιβάρυνση. 3. Οι διατάξεις του άρθρου 113 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, του Ν.2717/1999 (ΦΕΚ 97 Α') και του Ν. 2523/1997 εφαρμόζονται ανάλογα και στο φόρο που οφείλεται με βάση τις διατάξεις αυτού του άρθρου».

Επειδή, με τις διατάξεις του άρθρου 3 του Ν. 2954/2001 τα αποθεματικά ανώνυμων ημεδαπών τεχνικών εταιρειών που δεν έχουν φορολογηθεί στο όνομα των εταιρειών αυτών, φορολογούνται πλέον στο όνομά τους με συντελεστή δεκαεπτά και πενήντα τοις εκατό (17,50%), εφόσον αυτά προέρχονται από τα, πέραν των τεκμαρτών, πραγματικά κέρδη τους από την εκτέλεση δημόσιων ή ιδιωτικών τεχνικών έργων, εμφανίζονται στον τελευταίο ισολογισμό που έκλεισαν πριν από τη δημοσίευση του νόμου αυτού και δεν έχουν διανεμηθεί ή κεφαλαιοποιηθεί, μέχρι τη δημοσίευσή του. Οι ως άνω διατάξεις μεταβάλλουν επί το δυσμενέστερον το φορολογικό καθεστώς των παραπάνω ανώνυμων ημεδαπών τεχνικών εταιρειών, δεδομένου ότι κατά το χρόνο σχηματισμού των αποθεματικών αυτά ήταν εν όλω αφορολόγητα. Επομένως, κατά το μέρος που οι διατάξεις αυτές καταλαμβάνουν αποθεματικά που έχουν σχηματισθεί από τις εταιρείες αυτές πριν από την 1η/1/2000, αντίκεινται στο άρθρο 78 παρ. 2 Συντ., σύμφωνα με το οποίο αποκλείεται η επιβολή φόρου ή άλλου οικονομικού βάρους με νόμο αναδρομικής ισχύος που να εκτείνεται πέρα από το προηγούμενο της επιβολής του φόρου οικονομικό έτος και είναι, ως εκ τούτου, ανίσχυρες.

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Τμήμα Β') - Αριθ. 131/2007

Δικαστές: Ανδρέας Γαλανάκης (Πρόεδρος Πρωτοδικών Δ.Δ.), Γεώργιος Α. Καθαράκης (Πρωτοδίκης Δ.Δ.), Παρασκευή Ψωμά (Πρωτοδίκης Δ.Δ, Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Γεώργιος Τσικνάκης, Εμμανουήλ Βοργιάς

Άρθρα: 1, 3 παρ. 1, 5 παρ. 1 & 7 παρ. 2 Ν. 997/1979, 1 παρ. 1, 2 παρ. 1 & παρ. 5, 6 παρ. 1 & 2 Ν. 1358/1983, 17 παρ. 3 Ν. 1539/1985, 18 παρ. 3 Ν. 1902/1990, 275 παρ. 1 Κ.Α.Δ

Η καταβολή της επικουρικής σύνταξης ανατρέχει στο χρόνο έναρξης καταβολής της κύριας σύνταξης, εφόσον ο ασφαλισμένος θεμελιώνει κατά το χρόνο έναρξης καταβολής της κύριας σύνταξης το δικαίωμα για τη χορήγηση σε αυτόν και της επικουρικής σύνταξης. Στην ασφάλιση του ταμείου επικουρικής ασφάλισης μισθωτών (TEAM) υπάγονται υποχρεωτικά τα πρόσωπα, τα οποία ασφαλίζονται υπό το ΙΚΑ ή άλλο φορέα κύριας ασφάλισης μισθωτών και δεν υπάγονται για την ίδια απασχόληση στην ασφάλιση άλλου φορέα, κλάδου ή λογαριασμού ασφαλίσεων που λειτουργεί με το μορφή Ν.Π.Δ.Δ. Ο ασφαλισμένος δικαιούται επικουρικής σύνταξης λόγω γήρατος εάν, μετά την έναρξη λειτουργίας του ταμείου, έτυχε σύνταξης λόγω γήρατος από το ΙΚΑ ή άλλον φορέα κύριας ασφάλισης και πραγματοποίησε 1.000 ημέρες εργασίας στην ασφάλιση του Ταμείου. Σε περίπτωση κατά την οποία το δικαίωμα σε σύνταξη από το ΙΚΑ-TEAM θεμελιώνεται σε χρόνο μεταγενέστερο της κύριας σύνταξης, η καταβολή της σύνταξης αρχίζει από την ημερομηνία υποβολής της αίτησης για συνταξιοδότηση από το ΙΚΑ-TEAM.

...2. Επειδή, στα άρθρα 1, 3 παρ. 1, 5 παρ. 1, 7 παρ. 2 του Ν. 997/1979 «Περί της συστάσεως Ταμείου Επικουρικής Ασφαλίσεως Μισθωτών και ετέρων διατάξεων» (Α' 287), (το οποίο με το άρθρο 6 παρ. 1 και 2 του Ν. 1358/1983 (Α' 64) συγχωνεύθηκε με το ΙΚΑ και ονομάθηκε ΙΚΑ-TEAM), όπως η παρ. 1 του άρθρου 3 αντικαταστάθηκε από το άρθρο 18 παρ. 3 του Ν. 1902/1990 και η παρ. 2 του άρθρου 7 αντικαταστάθηκε από το άρθρο 17 παρ. 3 του Ν. 1539/1985 (Α' 64) ορίζονται τα εξής: Άρθρο 1: «Συνιστάται Νομικόν Πρόσωπον Δημοσίου Δικαίου υπό την επωνυμία «Ταμείον Επικουρικής Ασφαλίσεως Μισθωτών (TEAM), αποκαλούμενον εν τοις επομένοις, χάριν συντομίας «Ταμείον»,». Άρθρο 3 παρ. 1: « Στην ασφάλιση του

Ταμείου υπάγονται υποχρεωτικώς τα πρόσωπα, τα οποία ασφαλίζονται, δυνάμει των κειμένων περί υποχρεωτικής ασφάλισης διατάξεων, από ΙΚΑ ή άλλο φορέα κύριας ασφάλισης μισθωτών και δεν υπάγονται, για την αυτήν απασχόληση, στην ασφάλιση άλλου φορέα, κλάδου ή λογαριασμού ασφαλίσεων που λειτουργεί με τη μορφή Ν.Π.Δ.Δ.». Άρθρο 5 παρ. 1: « ο ασφαλισμένος παρά τω Ταμείω δικαιούται συντάξεως λόγω γήρατος, εάν, μετά την έναρξιν της λειτουργίας του Ταμείου, έτυχε συντάξεως λόγω γήρατος εκ του ΙΚΑ ή ετέρου φορέως κύριας ασφαλίσεως αυτού και επραγματοποίησε 1.000 ημέρες εργασίας εις την ασφάλισιν του Ταμείου. Το ως άνω κατώτατον όριον ημερών εργασίας αυξάνεται προοδευτικώς εις 4.050 ημέ-

ρες εργασίας προστιθεμένων εις τας 1.000 ημέρας εργασίας, ανά 175 τοιούτων, κατά μέσον όρον, καθ' έκαστον επόμενον ημερολογιακό έτος, αρχής γενομένης από της 1ης Ιανουαρίου του έκτου έτους από της ενάρξεως λειτουργίας του Ταμείου...». Άρθρο 7 παρ. 2: «α) Η καταβολή της σύνταξης από το ΙΚΑ-TEAM αρχίζει από την ημερομηνία έναρξης καταβολής της σύνταξης από το φορέα κύριας ασφάλισης εφόσον η αίτηση υποβληθεί μέσα σε τρεις μήνες από την ημερομηνία κοινοποίησης της απόφασης απονομής της σύνταξης από τον φορέα κύριας ασφάλισης. β) Σε περίπτωση που η αίτηση για την απονομή σύνταξης από το ΙΚΑ-TEAM υποβληθεί μετά την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας, η σύνταξη καταβάλλεται από την ημερομηνία υποβολής της αίτησης. γ) Αν το δικαίωμα σε σύνταξη από το ΙΚΑ-TEAM θεμελιώνεται σε χρόνο μεταγενέστερο της έναρξης καταβολής της κύριας σύνταξης, η καταβολή της σύνταξης αρχίζει από την ημερομηνία υποβολής της αίτησης για συνταξιοδότηση από το ΙΚΑ-TEAM».

3. Επειδή, από τη συνδυασμένη ερμηνεία των παραπάνω διατάξεων συνάγεται ότι για την εφαρμογή του εδαφίου ά της παραγράφου 2 του άρθρου 7 του Ν. 997/1979, όπως ήδη ισχύει, προκειμένου δηλαδή η καταβολή της επικουρικής σύνταξης να ανατρέχει στον χρόνο έναρξεως καταβολής της κύριας συντάξεως, προϋποτίθεται ότι ο ασφαλισμένος θεμελιώνει κατά τον χρόνο έναρξεως κα-

ταβολής της κύριας συντάξεως, το δικαίωμα για την χορήγηση σε αυτόν και της επικουρικής συντάξεως, ενώ αν η προϋπόθεση αυτή δεν συντρέχει, τότε εφαρμοστέο είναι μόνο το εδάφιο γ' της ίδιας διατάξεως. Σύμφωνα δε με το τελευταίο αυτό εδάφιο της προαναφερόμενης διατάξεως, η επικουρική σύνταξη είναι καταβλητέα, σε κάθε περίπτωση από την ημερομηνία υποβολής της σχετικής αιτήσεως προς το Ταμείο και όχι από τον χρόνο θεμελιώσεως του σχετικού δικαιώματος, ως τέτοια δε αίτηση νοείται αυτή που υποβάλλεται μετά την συμπλήρωση των απαιτούμενων χρονικών προϋποθέσεων (Δ.Εφ.Θεσ. 436/2003, ΕΔΚΑ 2004, σελ. 536).

4. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 1358/1983 ορίζει ότι «1. Αναγνωρίζεται ως χρόνος ασφάλισης για την κύρια προσαύξηση του ποσού της σύνταξης που χορηγούν οι οργανισμοί κύριας και επικουρικής ασφάλισης αρμοδιότητας του Υπουργείου Κοινωνικών Ασφαλίσεων, ο χρόνος της στρατιωτικής υπηρεσίας στις Ένοπλες Δυνάμεις...». Το άρθρο 2 παρ. 1 και 5 αυτού ότι «1. Η αναγνώριση του χρόνου της στρατιωτικής υπηρεσίας, όπως προσδιορίζεται στα άρθρα 1 του παρόντος, γίνεται με απόφαση του αρμόδιου οργάνου του ασφαλιστικού οργανισμού, ύστερα από αίτηση του ασφαλισμένου...5. Ο χρόνος που αναγνωρίζεται υπολογίζεται για την προσαύξηση του ποσού της σύνταξης και τη θεμελίωση του δικαιώματος μόνο μετά την πλήρη εξόφληση του

ποσού της εξαγοράς». Και το άρθρο 23 παρ. 8 του Ν. 1539/1985, με το οποίο αντικαταστάθηκε η παράγραφος της προηγούμενης διατάξεως, ορίζει ότι «Σε περίπτωση θεμελίωσης δικαιώματος συνταξιοδότησης ή προσαύξησης του ποσού της σύνταξης πριν από το χρόνο εξόφλησης της εισφοράς εξαγοράς, παρακρατείται από τη σύνταξη κάθε μήνα και μέχρι την εξόφληση ποσό ίσο με το 1/3 του ποσού της σύνταξης».

5. Επειδή, από όλες τις προηγούμενες διατάξεις συνάγεται ότι «Τα όργανα του ΙΚΑ, που παραλαμβάνουν την αίτηση, οφείλουν να ερευνούν στο αρχείο τους για τα σχετικά με την ασφαλιστική σχέση στοιχεία και να φροντίζουν για τη συλλογή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν το δικαίωμα για συνταξιοδό-

τηση. Η υποχρέωση όμως αυτή των οργάνων υφίσταται για στοιχεία που υπάρχουν στο Ίδρυμα και για όσα θέτει υπόψη τους ο ασφαλισμένος και δεν εκκνείται μέχρι σημείου αναζήτησης στοιχείων αγνώστων σε αυτά, τα οποία ουδόλως τέθηκαν υπόψη τους. Περαιτέρω, η συλλογή των απαιτούμενων δικαιολογητικών χορηγεί το δικαίωμα απόληψης σύνταξης, εφόσον όμως αυτά αναφέρονται σε δικαίωμα συνταξιοδότησης, το οποίο είχε ήδη γεννηθεί κατά το χρόνο υποβολής της οικείας αίτησης και όχι όταν αφορούν σε άλλο αυτοτελές δικαίωμα, έστω και συναφές, το οποίο ασκείται δι' ειδικής αιτήσεως και για το οποίο ακολουθείται αυτοτελής διαδικασία ικανοποίησέως του, όπως π.χ. η αναγνώριση χρόνου στρατιωτικής υπηρεσίας.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Υ π ό θ ε σ η C - 3 0 5 / 0 5

Ordre des barreaux francophones et germanophones κ.λπ. κατά Conseil des ministres
(αίτηση του *Cour d'arbitrage*, νυν *Cour constitutionnelle*, για την έκδοση προδικαστικής απόφασης)

Άρθρα: Οδηγία 91/308/ΕΟΚ, 6 παρ. 2 Ε.Ε., 2α σημείο 5 & 6 παρ. 1 και 3 εδ. 2

Νομικό πλαίσιο: Η τρίτη αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 91/307 έχει ως εξής:

«Εκτιμώντας ότι η νομιμοποίηση των εσόδων από παράνομες δραστηριότητες επηρεάζει καταφανώς την ανάπτυξη του οργανωμένου εγκλήματος γενικά, και ειδικότερα του λαθρεμπορίου ναρκωτικών, ότι συνειδητοποιείται όλο και περισσότερο ότι η καταπολέμηση της νομιμοποίησης των εσόδων από παράνομες δραστηριότητες είναι ένα από τα πλέον αποτελεσματικά μέσα για την αντιμετώπιση αυτής της μορφής παράνομης δραστηριότητας, η οποία αποτελεί ιδιαίτερη απειλή για τις κοινωνίες των κρατών μελών».

Οσάκις διάταξη του παράγωγου κοινοτικού δικαίου επιδέχεται περισσότερες από μία ερμηνείες, πρέπει να εκτιμάται η ερμηνεία που καθιστά την εν λόγω διάταξη σύμφωνη προς τη Συνθήκη Ε.Κ. και όχι εκείνη που συνεπάγεται το ασυμβίβαστό της προς αυτήν.

Η υποχρέωση ενημέρωσης και συνεργασίας με τις αρμόδιες για την καταστολή της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες αρχές, δεν προσβάλλει το δικαίωμα για δίκαιη δίκη, όπως κατοχυρώνεται με το άρθρο 6 της Ε.Σ.Δ.Α και το άρθρο 6, παράγραφος 2 Ε.Ε.

Οι δικηγόροι υπέχουν υποχρέωση ενημέρωσης και συνεργασίας μόνο καθόσον επικουρούν τον πελάτη στην προπαρασκευή ή τη διενέργεια ορισμένων πράξεων οι οποίες έχουν κυρίως χρηματοοικονομικό χαρακτήρα ή αφορούν στην αγοραπωλησία ακινήτων ή οσάκις ενεργούν εξ ονόματος του πελάτη τους και για λογαριασμό του προς διενέργεια οποιασδήποτε πράξης χρηματοπιστωτικού χαρακτήρα ή αγοραπωλησίας ακινήτων.

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

11. Με δύο προσφυγές που άσκησαν στις 22 Ιουλίου 2004, αφενός, η *Ordre des barreaux francophones et germanophone* και η *Ordre francais des avocats du barreau de Bruxelles* και, αφετέρου, η *Ordre des barreaux flamands* και η *Ordre neerlandais des avocats du barreau de Bruxelles* ζήτησαν από το αιτούν δικαστήριο να ακυρώσει τα άρθρα 4, 5, 7, 25, 27, 30 και 31 του νόμου της 12ης Ιανουαρίου 2004. Το *Conseil des barreaux de l' Union europeenne* (Συμβούλιο των δικηγορικών συλλόγων της Ευρω-

παϊκής Ένωσης) και η *Ordre des avocats du barreau de Liege* (Ένωση δικηγόρων του δικηγορικού συλλόγου της Λιέγης) παρενέβησαν στην κύρια δίκη.

12. Οι προσφεύγουσες ενώσεις υποστήριξαν, ειδικότερα, ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου ότι τα άρθρα 4, 25 και 27 του νόμου της 12ης Ιανουαρίου 2004, κατά το μέτρο που επιβάλλουν και στους δικηγόρους την υποχρέωση, αφενός, να ενημερώνουν τις αρμόδιες αρχές οσάκις διαπιστώνουν γεγονότα για τα οποία γνωρίζουν ή έχουν υπονοίες ότι συνδέονται με τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και,

αφετέρου, να διαβιβάζουν στις εν λόγω αρχές τα πρόσθετα πληροφοριακά στοιχεία τα οποία αυτές κρίνουν αναγκαία, συνιστούν αδικαιολόγητη προσβολή των αρχών της προστασίας του επαγγελματικού απορρήτου και της ανεξαρτησίας του δικηγόρου, οι οποίες αποτελούν συστατικό στοιχείο του θεμελιώδους δικαιώματος κάθε πολίτη για δίκαιη δίκη και προστασία των δικαιωμάτων άμυνας. Επομένως, τα εν λόγω άρθρα αντιβαίνουν προς τα άρθρα 10 και 11 του Βελγικού Συντάγματος, σε συνδυασμό με το άρθρο 6 της Ε.Σ.Δ.Α., τις γενικές αρχές του δικαίου περί των δικαιωμάτων άμυνας, το άρθρο 6 παρ. 2 Ε.Ε και τα άρθρα 47 και 48 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που διακηρύχθηκε στις 7 Δεκεμβρίου 2000 στη Νίκαια (Ε.Ε. C 364, σ. 1, στο εξής: Χάρτης).

13. Οι προσφεύγουσες ενώσεις και το Conseil des barreaux de l' Union europeenne υποστηρίζουν, επίσης, ότι το συμπέρασμα αυτό δεν αναιρείται από το γεγονός ότι, κατά τη μεταφορά των διατάξεων της Οδηγίας 91/308 στην εθνική έννομη τάξη, ο Βέλγος νομοθέτης περιόρισε, ως προς τους δικηγόρους, την έκταση των υποχρεώσεων ενημέρωσης και συνεργασίας. Συναφώς, η Ordre des barreaux francophones et germanophone και η Ordre francais des avocats du barreau de Bruxelles ισχυρίζονται ότι η προβλεπόμενη από τις εν λόγω διατάξεις διάκριση αναλόγως του κύριου ή επικουρικού χαρακτήρα των δραστηριοτήτων του δικηγόρου στερείται νομικού ερείσματος και συνεπάγεται σημαντική νομική αβεβαιότητα. Η Ordre des barreaux flamands και η Ordre neerlandais des avocats du barreau de Bruxelles υπογραμμίζουν ότι οι υποχρεώσεις καταγγελίας και παροχής στοιχείων εις βάρος του πελάτη

δεν συνιστούν, απλώς, παραβίαση του επαγγελματικού απορρήτου, αλλά καταλύουν τη σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ αυτού και του δικηγόρου του.

16. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Cour d' arbitrage αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το επόμενο προδικαστικό ερώτημα:

«Προσβάλλει το άρθρο 1, (σημείο 2), της Οδηγίας 2001/97 (...) το δικαίωμα για δίκαιη δίκη, όπως αυτό διασφαλίζεται με το άρθρο 6 της Σύμβασης για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών, και, κατά συνέπεια, αντιβαίνει, προς το άρθρο 6, παράγραφος 2, (Ε.Ε.), καθόσον το νέο άρθρο 2α, (σημείο 5), που προστέθηκε με την εν λόγω διάταξη στην Οδηγία 91/308/ΕΟΚ, ορίζει ότι οι ασκούντες ελεύθερα νομικά επαγγέλματα, περιλαμβανομένων των δικηγόρων, εμπίπτουν πλέον στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας, η οποία σκοπεύ, κατ' ουσίαν, να επιβάλει στα εμπίπτοντα στο πεδίο εφαρμογής της πρόσωπα και φορείς, την υποχρέωση να ενημερώνουν τις αρχές που είναι αρμόδιες για την καταστολή της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες για κάθε γεγονός που θα μπορούσε να αποτελέσει ένδειξη μίας τέτοιας νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες (άρθρο 6 της Οδηγίας 91/308/ΕΟΚ, το οποίο αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1, (σημείο 5), της Οδηγίας 2001/97/Ε.Κ.)».

Επί του προδικαστικού ερωτήματος

20. Το άρθρο 6, παράγραφος 1, της Οδηγίας 91/308 προβλέπει ότι τα πρόσωπα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οφείλουν να συνεργάζονται πλήρως με τις αρχές που είναι αρμόδιες για την καταστολή της

νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, ενημερώνοντας με δική τους πρωτοβουλία τις εν λόγω αρχές για κάθε γεγονός που θα μπορούσε να αποτελέσει ένδειξη πράξης νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και παρέχοντας σε αυτές, κατόπιν αιτήσεώς τους, όλα τα αναγκαία πληροφοριακά στοιχεία κατά τις προβλεπόμενες από την εφαρμοστέα νομοθεσία διαδικασίες.

21. Όσον αφορά στους δικηγόρους, η Οδηγία 91/308 περιορίζει την έκταση των υποχρεώσεων ενημέρωσης και συνεργασίας με δύο τρόπους.

22. Αφενός, κατά το άρθρο 2α σημείο 5, της Οδηγίας 91/308, οι δικηγόροι υπέχουν τις προβλεπόμενες από την εν λόγω Οδηγία υποχρεώσεις και, ειδικότερα, τις υποχρεώσεις ενημέρωσης και συνεργασίας του άρθρου 6 παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής, μόνον καθόσον μετέχουν, κατά τους τρόπους που προσδιορίζει το άρθρο 2α σημείο 5, σε ορισμένες περιοριστικώς απαριθμούμενες πράξεις.

23. Αφετέρου, από το άρθρο 6 παράγραφος 3 δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 91/308, προκύπτει ότι τα κράτη μέλη μπορούν να απαλλάσσουν τους δικηγόρους από τις υποχρεώσεις ενημέρωσης και συνεργασίας, οσάκις πρόκειται για πληροφοριακά στοιχεία που έχουν περιέλθει σε αυτούς από πελάτη τους ή που προέκυψαν, αναφορικά με πελάτη τους, κατά την εκτίμηση της νομικής του κατάστασης ή στο πλαίσιο της άσκησης της αποστολής τους υπεράσπισης ή εκπροσώπησης του πελάτη σε ένδικη ή άλλη σχετική διαδικασία, περιλαμβανομένης της παροχής συμβουλών ως προς τον τρόπο κινήσεως ή αποφυγής μίας διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν τα πληροφοριακά στοιχεία περιήλθαν σε

γνώση τους ή προέκυψαν πριν, κατά τη διάρκεια ή μετά το πέρας της διαδικασίας αυτής.

27. Επισημαίνεται, κατ’ αρχάς, ότι το άρθρο 6 παράγραφος 3 της Οδηγίας 91/308 επιδέχεται πολλές ερμηνείες, με συνέπεια να εγείρονται αμφιβολίες ως προς την ακριβή έκταση των υποχρεώσεων ενημέρωσης και συνεργασίας που υπέχουν οι δικηγόροι.

28. Συναφώς, κατά πάγια νομολογία, οσάκις διάταξη του παράγωγου κοινοτικού δικαίου επιδέχεται περισσότερες από μία ερμηνείες, πρέπει να αποτιμάται η ερμηνεία που καθιστά την εν λόγω διάταξη σύμφωνη προς τη Συνθήκη Ε.Κ. και όχι εκείνη που συνεπάγεται το ασυμβίβαστό της προς αυτήν (βλ. αποφάσεις της 13ης Δεκεμβρίου 1983, 218/82, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, Συλλογή 1983, σελ. 4063, σκέψη 15, και της 29ης Ιουνίου 1995, C-135/93, Ισπανία κατά Επιτροπής, Συλλογή 1995, σελ. I-1651, σκέψη 37). Πράγματι, εναπόκειται στα κράτη μέλη όχι μόνο να ερμηνεύουν το εθνικό τους δίκαιο, αλλά και να μεριμνούν ώστε να μην ερμηνεύουν τις διατάξεις του παράγωγου κοινοτικού δικαίου κατά τρόπο που θα μπορούσε να έλθει σε σύγκρουση με τα θεμελιώδη δικαιώματα που προστατεύει η κοινοτική έννομη τάξη ή με τις λοιπές γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου (απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2003, C-101/01, Lindqvist, Συλλογή 2003, σελ. I-12971, σκέψη 87).

30. Το άρθρο 6 της Ε.Σ.Δ.Α. αναγνωρίζει σε κάθε πρόσωπο το δικαίωμα η υπόθεσή του να δικαστεί δικαίως, είτε στο πλαίσιο διαδικασίας που αφορά σε αμφισβητήσεις επί των αστικής φύσεως δικαιωμάτων και υποχρεώσεών του, είτε στο πλαίσιο ποινικής διαδικασίας.

31. Κατά τη νομολογία του Ευρωπαϊκού

Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, η έννοια «δίκαιη δίκη» του άρθρου 6 της Ε.Σ.Δ.Α. περιλαμβάνει διάφορα στοιχεία, όπως, μεταξύ άλλων, τα δικαιώματα άμυνας, την αρχή της ισότητας των όπλων των διαδίκων, το δικαίωμα πρόσβασης στη δικαιοσύνη και στις υπηρεσίες συνηγόρου τόσο σε αστικές όσο και σε ποινικές υποθέσεις (βλ. Ε.Δ.Δ.Α., αποφάσεις Golder κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 21ης Φεβρουαρίου 1975, σειρά Α αριθ. 18, παρ. 26 έως 40, Campell και Fell κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 28ης Ιουνίου 1984, σειρά Α αριθ. 80 παρ. 99, 107, 111 έως 113, και Borghers κατά Βελγίου της 30ης Οκτωβρίου 1991, σειρά Α αριθ. 214-B, παρ. 24).

33. Όσον αφορά στην Οδηγία 91/308, όπως επισημάνθηκε με τη σκέψη 22 της παρούσας απόφασης, από το άρθρο 2α, σημείο 5, της Οδηγίας αυτής προκύπτει ότι οι δικηγόροι υπέχουν τις υποχρεώσεις ενημέρωσης και συνεργασίας μόνον καθόσον επικουρούν τον πελάτη στην προπαρασκευή ή τη διενέργεια ορισμένων πράξεων οι οποίες έχουν, κυρίως, χρηματοοικονομικό χαρακτήρα ή αφορούν στην αγοραπωλησία ακινήτων και αναφέρονται στο σημείο α της διάταξης αυτής ή οσάκις ενεργούν εξ ονόματος του πελάτη τους και για λογαριασμό του προς διενέργεια οποιασδήποτε πράξης χρηματοπιστωτικού χαρακτήρα ή αγοραπωλησίας ακινήτων. Κατά γενικό κανόνα, οι δραστηριότητες αυτές, ως εκ της φύσεώς τους, δεν συνδέονται με ένδικη διαδικασία και, ως εκ τούτου, δεν εμπίπτουν στο πεδίο της εφαρμογής του δικαιώματος για δίκαιη δίκη.

34. Επιπλέον, δεδομένου ότι ο δικηγόρος απαλλάσσεται δυνάμει του άρθρου 6 παράγραφος 3 δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 91/308 από τις υποχρεώσεις που επιβάλλει η

παράγραφος 1 του άρθρου αυτού, εφόσον η αρωγή την οποία παρέσχε στον πελάτη στο πλαίσιο μίας εκ των αναφερομένων στο άρθρο 2α σημείο 5 της Οδηγίας 91/308 πράξεων ζητήθηκε, είτε για την άσκηση της αποστολής υπεράσπισης ή εκπροσώπησής του σε ένδικη διαδικασία, είτε υπό τη μορφή συμβουλής για τον ενδεχόμενο τρόπο κίνησης ή αποφυγής μίας ένδικης διαδικασίας, μικρή σημασία έχει το ότι τα επίμαχα πληροφορικά στοιχεία περιήλθαν σε γνώση τους ή προέκυψαν πριν, κατά τη διάρκεια ή μετά το πέρας της διαδικασίας. Μία τέτοια απαλλαγή μπορεί να διασφαλίσει την προστασία του δικαιώματος για δίκαιη δίκη.

35. Δεδομένου ότι οι απαιτήσεις που απορρέουν από την υποχρέωση προστασίας του δικαιώματος για δίκαιη δίκη συνδέονται εξ ορισμού, με ένδικη διαδικασία και λαμβανομένου υπόψη ότι το άρθρο 6 παράγραφος 3 δεύτερο εδάφιο της Οδηγίας 91/308 απαλλάσσει τους δικηγόρους από τις υποχρεώσεις ενημέρωσης και συνεργασίας του άρθρου 6 παράγραφος 1 της Οδηγίας αυτής, οσάκις οι δραστηριότητές τους συνδέονται με ένδικη διαδικασία, οι απαιτήσεις αυτές πληρούνται.

36. Αντιθέτως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, ανεξαρτήτως των απαιτήσεων που συνδέονται με την προστασία του δικαιώματος για δίκαιη δίκη, οι δικηγόροι, οσάκις δρουν εντός του συγκεκριμένου πλαισίου των απαριθμούμενων στο άρθρο 2α σημείο 5 της Οδηγίας 91/308 δραστηριοτήτων, αλλά εκτός του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 6 παράγραφος 3 δεύτερο εδάφιο της εν λόγω Οδηγίας, εξακολουθούν να υπέχουν τις υποχρεώσεις ενημέρωσης και συνεργασίας του άρθρου 6 παράγραφος 1 της Οδηγίας αυτής, εφόσον η επιβολή των υποχρεώσεων

αυτών δικαιολογείται, όπως υπογραμμίζεται μεταξύ άλλων, με την τρίτη αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 91/309, από την ανάγκη καταστολής της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, η οποία επηρεάζει προδήλως την ανάπτυξη του οργανωμένου εγκλήματος που συνιστά σημαντική απειλή για τις κοινωνίες των κρατών μελών.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τμήμα μείζονος συνθέσεως) αποφαινεται:

Η υποχρέωση ενημέρωσης και συνεργασίας με τις αρμόδιες για την καταστολή της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες αρχές, την οποία προβλέπει το άρθρο 6 παράγραφος 1 της Οδηγίας

91/308/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 10ης Ιουνίου 1991, για την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για την νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2001/97/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 4ης Δεκεμβρίου 2001, και επιβάλλει στους δικηγόρους το άρθρο 2α σημείο 5 της Οδηγίας αυτής, σε συνδυασμό με το άρθρο 6 παράγραφος 3, δεν προσβάλλει το δικαίωμα για δίκαιη δίκη, όπως κατοχυρώνεται με το άρθρο 6 της Ε.Σ.Δ.Α. και το άρθρο 6 παράγραφος 2 Ε.Ε.

Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (1ο τμήμα) - ΥΠΟΘΕΣΗ ΒΑΣΙΛΑΚΗΣ κατά ΕΛΛΑΔΑΣ

Δικαστές: Λουκής Λουκαΐδης (Πρόεδρος), Χρήστος Ροζάκης, Nina Vajic, Anatoli Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann

Δικηγόροι: Σ. Τσακνράκη, Σταύρος Σπυρόπουλος (πάρεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους), Ιωάννης Μπακόπουλος (δικαστικός αντιπρόσωπος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους).

Άρθρα: 14 Συντ., 118, 566 παρ. 1, 577 παρ. 3, 578 Κ.Πολ.Δ, 57, 914 Α.Κ., 361, 362 Π.Κ., 6 παρ. 1, 10, 35 παρ. 3, 41 Ε.Σ.Δ.Α.

Προσφυγή Έλληνα πολίτη στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων κατά της Ελλάδας επικαλούμενου προσβολή του δικαιώματός του πρόσβασης σε δικαστήριο και της ελευθερίας της έκφρασης. Το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο θίγεται όταν η σχετική ρύθμιση δεν εξυπηρετεί τους σκοπούς της ασφάλειας του δικαίου και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης. Υπάρχει παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 1 Ε.Σ.Δ.Α. όταν απορρίπτεται αναίρεση για το λόγο ότι ο αναιρεσείων δεν εκθέτει στην αίτησή του τα πραγματικά περιστατικά που έγιναν επί της ουσίας δεκτά από το Εφετείο. Επίσης, υπάρχει παραβίαση της ελευθερίας της έκφρασης (άρθρο 10 Ε.Σ.Δ.Α.) όταν κατόπιν επιστολής του προσφεύγοντος στον πρόεδρο δικηγορικού συλλόγου για τη λήψη πειθαρχικών μέτρων κατά των μελών του και αγωγή αυτού κατόπιν στα πολιτικά δικαστήρια καταδικάζεται ο προσφεύγων σε αποζημίωση για δυσφήμιση και εξύβριση.

1. Η υπόθεση έχει εισαχθεί με τη με αριθ. 25145/05 προσφυγή στρεφόμενη κατά της Ελληνικής Δημοκρατίας, από υπήκοο του Κράτους αυτού, τον κύριο Εμμανουήλ Βασιλάκη («ο προσφεύγων»), ο οποίος προσέφυ-

γε ενώπιον του Δικαστηρίου στις 28 Ιουνίου 2005 δυνάμει του άρθρου 34 της Σύμβασης για την προστασία των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και των θεμελιωδών Ελευθεριών («η Σύμβαση»).

3. Ο προσφεύγων επικαλέστηκε ειδικότερα την προσβολή του δικαιώματός του για πρόσβαση σε δικαστήριο και εκείνου για προστασία της ελευθερίας έκφρασής του.

ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΑ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ Ι. ΟΙ ΣΥΝΘΗΚΕΣ ΤΗΣ ΠΑΡΟΥΣΑΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ

Α. Η γένεση της υπόθεσης

..5. Δημοσιογράφος το επάγγελμα, ο προσφεύγων δημοσίευσε το 1999 μία σειρά από άρθρα πολιτικού περιεχομένου που επέκριναν τα μέλη του «Δικτύου 21», ενός σωματίου πολιτικού χαρακτήρα, ορισμένα μέλη του οποίου είχαν συνδράμει, τον Φεβρουάριο του 1999, τον κ. Αμπντουλάχ Οτσαλάν, τούρκο υπήκοο και πρώην ηγέτη του Εργατικού Κόμματος του Κουρδιστάν («ΡΚΚ»). Ενώ οι τουρκικές αρχές τον καταζητούσαν για τρομοκρατικές πράξεις, ο κ. Οτσαλάν μετέβη στην Ελλάδα, τον Φεβρουάριο 1999, με την συνδρομή Ελλήνων υπηκόων. Προηγουμένως, η Ελληνική Κυβέρνηση είχε δηλώσει ότι η είσοδος του κ. Οτσαλάν στο ελληνικό έδαφος θα ήταν ιδιαίτερα ανεπιθύμητη για τον λόγο ότι θα προκαλούσε επιδείνωση των σχέσεων μεταξύ της Ελλάδας και της Τουρκίας. Οι συνθήκες υπό τις οποίες ο κ. Οτσαλάν εισήλθε και διέμεινε στην Ελλάδα, η μεταγενέστερη σύλληψή του στην Κέννα και η μεταφορά του στην Τουρκία προκάλεσαν το ενδιαφέρον των ελληνικών μέσων ενημέρωσης.

6. Μετά την δημοσίευση των άρθρων αυτών, πολλά μέλη του «Δικτύου 21», ενεργούντα ατομικώς, κατέθεσαν ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων αγωγές αποζημίωσης για δυσφήμιση και εξύβριση στρεφόμενες κατά του προσφεύγοντος. Το οικονομικό αντικείμενο των αγωγών αυτών υπερέβαινε τα δύο δισεκατομμύρια δραχμές (έξι εκατομμύρια ευρώ περίπου). Ο Δ.Κ. και ο Φ.Κ., δικηγόροι

και μέλη του «Δικτύου 21», κατέθεσαν πολλές αγωγές κατά του προσφεύγοντος, είτε ατομικά είτε ως εκπρόσωποι άλλων μελών του σωματείου αυτού.

7. Στις 12 Ιουλίου 1999, στην διάρκεια μιας συνέντευξης τύπου, ο δημοσιογράφος Ρ.Σ. ανακοίνωσε μία δήλωση υπογεγραμμένη από «εκατόν είκοσι προσωπικότητες του δημοσίου βίου, από τον ακαδημαϊκό, τον πνευματικό και τον δημοσιογραφικό χώρο», με την οποία εκδηλωνόταν η υποστήριξή τους προς τον προσφεύγοντα. Η δήλωση αυτή βεβαίωνε ότι η κλιμάκωση των αγωγών κατά του προσφεύγοντος στόχευε στην πραγματικότητα να εξασθενίσει την ελευθερία του Τύπου και να τρομοκρατήσει τους δημοσιογράφους. Τον Σεπτέμβριο 1999, ο Δ.Κ. κοινοποίησε εξώδικες διαμαρτυρίες σε ορισμένα από τα εκατόν είκοσι άτομα που είχαν προσφέρει την υποστήριξή τους στον προσφεύγοντα, καλώντας τα να δηλώσουν δημοσίως αν συντάσσονταν με τις απόψεις που εκφράστηκαν από τον δημοσιογράφο Ρ.Σ. στην συνέντευξη τύπου και να δημοσιεύσουν μία ανακοίνωση στον τύπο για να επανορθώσουν την προσβολή της προσωπικότητάς τους.

8. Τον Νοέμβριο του 1999, ο προσφεύγων απήρθε μία επιστολή στον πρόεδρο του Δικηγορικού Συλλόγου της Αθήνας. Με αυτήν, παραπονέθηκε για την συμπεριφορά του Δ.Κ. και του Φ.Κ., την οποία χαρακτήρισε «αντίθετη προς τον κώδικα δεοντολογίας των δικηγόρων». Ισχυρίστηκε ειδικότερα ότι η σώρευση αγωγών σε βάρος του από τα μέλη του «Δικτύου 21» στόχευε, στην ουσία, στην οικονομική και επαγγελματική εξόντωσή του. Επίσης, βεβαίωνε ότι ο Δ.Κ. και ο Φ.Κ. είχαν κοινοποιήσει πολλές εξώδικες διαμαρτυρίες σε προσωπικότητες της πολιτικής ή του πνεύματος που είχαν εκφράσει εν τω μεταξύ την υποστήριξή τους στο πρόσωπό του.

Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίστηκε ότι η συμπεριφορά του Δ.Κ. και του Φ.Κ. συνιστούσε κατάχρηση δικαιώματος που είχε συνέπειες στην ελευθερία του τύπου και της δικαιοσύνης. Ο προσφεύγων ζητούσε από τον πρόεδρο των δικηγόρων της Αθήνας να παρέμβει και να ενεργήσει τα νόμιμα, μέσα στα πλαίσια της δεοντολογίας του Δικηγορικού Συλλόγου.

Β. Η επίδικη δικαστική διαδικασία

9. Στις 8 Μαΐου 2000, ο Δ.Κ. προσέφυγε εκ νέου στα πολιτικά δικαστήρια με μία αγωγή αποζημίωσης για δυσφήμιση στρεφόμενη κατά του προσφεύγοντος. Ζητούσε ένα ποσό 8 εκατομμυρίων δραχμών (23.500 ευρώ περίπου) για ηθική βλάβη. Υποστήριζε ότι «οι επίδικες εκφράσεις τον μείωναν και προσέβαλαν, με πρωτοφανή βιαιότητα, την επαγγελματική και πολιτική υπόστασή του».

10. Στις 29 Οκτωβρίου 2001, το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών έκανε εν μέρει δεκτή την αγωγή του Δ.Κ. (απόφαση αριθ. 5074/2001).

11. Στις 4 Φεβρουαρίου 2002, ο προσφεύγων άσκησε έφεση. Στις 5 Δεκεμβρίου 2002, το Εφετείο Αθηνών επικύρωσε την προσβληθείσα απόφαση. Το σκεπτικό του είχε ως εξής:

«Ο εναγόμενος χρησιμοποιεί στην επιστολή [που απηύθυνε στον Δικηγορικό Σύλλογο της Αθήνας] εκφράσεις όπως “ζητώ την παρέμβασή σας” για να υπομνησθεί [στον Δ.Κ. και τον Φ.Κ.] ο ρόλος τους ως δικηγόρων (...), για να τεθεί ένα τέλος στην τρομοκρατία που ασκούν στους δημοσιογράφους και τα μέσα ενημέρωσης καταχρώμενοι της εξουσίας τους (...), οι κύριοι αυτοί απάντησαν καταθέτοντας δεκάδες καταχρηστικές, αβάσιμες και περιέχουσες παράλογα επιχειρήματα αγωγές (...). [Ο Δ.Κ. και ο Φ.Κ.] διαστρεβλώνουν τα κείμενα των δημοσιο-

γράφων (...) διότι εγκαινιάζουν μία νέα πρακτική φήμωσης και κατάργησης της ελευθερίας της έκφρασης (...) που στοχεύει να τρομοκρατήσει και να εκμηδενίσει τα άτομα που αντιτίθενται στις ιδέες τους (...), θεωρούν ότι όλοι εκείνοι που επικρίνουν τις πολιτικές πράξεις και τους στόχους τους είναι εχθροί της πατρίδας και του έθνους και ότι πρέπει να φιμωθούν και να εξουδετερωθούν (...), κάνουν κατάχρηση της ιδιότητάς τους [του δικηγόρου] με απίστευτο φανατισμό, ο οποίος καταντά ιδεοληψία (...), κοινοποίησαν εξωφρενικές εξώδικες διαμαρτυρίες σε 120 προσωπικότητες αξιώνοντας από αυτές “δηλώσεις μετανοίας” σε ό,τι αφορά στην υποστήριξή τους στον Μ. Βασιλάκη (...), όλα αυτά είναι εξωφρενικά, όπως και η θέλησή τους να εξοντώσουν μέσω αυτής της πρωτότυπης μεθόδευσης (...), [ο Δ.Κ. και ο Φ.Κ.] οργάνωσαν την εξόντωση προς παραδειγματισμό δημοσιογράφων-θυμάτων μέσω αυτής της καταχρηστικής διαδικασίας (...), κάνοντας κατάχρηση της ιδιότητάς τους ως δικηγόρων και της δυνατότητας να προσφύγουν στα δικαστήρια χωρίς έξοδα, εξαπολύουν αυτό το ανθρωποκνηνηγό (...)».

[Όλες οι εκφράσεις αυτές] συνιστούν σαρκασμούς και, σε κάθε περίπτωση, αμφισβητούν την επαγγελματική δραστηριότητα και την εντιμότητα του ενάγοντος, είναι υβριστικές και δυσφημιστικές και προσβάλλουν παρآنόμως την τιμή και την υπόληψη του ενδιαφερομένου (...). Ο εναγόμενος είχε σκοπό να ενεργοποιήσει την άσκηση πειθαρχικής δίωξης κατά του προσφεύγοντος ενώπιον του αρμοδίου συμβουλίου του Δικηγορικού Συλλόγου Αθηνών και στόχευε, μέσω των πιο πάνω εκφράσεων, να τον καταστήσει ύποπτο παράβασης των καθηκόντων του κατά την άσκηση των επαγγελματικών δραστηριοτήτων του. (...) Αν ο εναγόμενος πίστευε ότι ο

ενάγων ασκούσε το επάγγελμά του κατά τρόπο αξιόμιμτο, του αρκούσε, προκειμένου να εκπληρώσει τον σκοπό του, να συντάξει την διαμαρτυρία του εκμεταλλευόμενος διαφορετικά τον πλούτο της ελληνικής γλώσσας.»

12. Δυνάμει των άρθρων 57 και 914 του Αστικού Κώδικα σε συνδυασμό με τα άρθρα 361 και 362 του Ποινικού Κώδικα, το Εφετείο Αθηνών καταδίκασε τον προσφεύγοντα να καταβάλει στον Δ.Κ. το ποσό των 3.000 ευρώ για ηθική βλάβη (απόφαση αριθμός 9537/2002).

13. Στις 19 Ιουλίου 2002, ο προσφεύγων άσκησε αίτηση αναιρέσεως, προβάλλοντας δύο λόγους. Αφενός, ισχυρίστηκε ότι το Εφετείο δεν είχε ερμηνεύσει ορθά το άρθρο 14 του Συντάγματος, το άρθρο 10 της Σύμβασης και τα άρθρα 361 και 362 του Ποινικού Κώδικα. Αφετέρου, ισχυρίστηκε ότι η απόφαση του Εφετείου δεν ήταν επαρκώς αιτιολογημένη. Ανέφερε τις εκφράσεις που είχαν κριθεί δυσφημιστικές από το Εφετείο και τους λόγους στην βάση των οποίων αυτό είχε απορρίψει την προσφυγή του.

14. Στις 7 Φεβρουαρίου 2005, ο Άρειος Πάγος απέρριψε την αίτηση αναιρέσεως, κρίνοντας απαράδεκτους τους δύο λόγους που προέβαλε ο προσφεύγων, για τον λόγο ότι αυτός δεν είχε διευκρινίσει τα πραγματικά περιστατικά πάνω στα οποία είχε στηριχθεί το Εφετείο για να απορρίψει την έφεσή του...

ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΜΕΡΟΣ - ΕΠΙ ΤΗΣ ΕΠΙΚΑΛΟΥΜΕΝΗΣ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 6 παρ. 1 ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

20. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η απόρριψη της αίτησης αναιρέσεώς του παραβίασε το δικαίωμα πρόσβασής του σε δικαστήριο, όπως αυτό προβλέπεται από το άρθρο 6 παρ. 1 της Σύμβασης.

Εκτίμηση του Δικαστηρίου

α) Γενικές αρχές

..24. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει την πάγια νομολογία του σύμφωνα με την οποία δεν έχει ως αποστολή του να υποκαθιστά τα εθνικά δικαστήρια. Η ευθύνη της ερμηνείας της εθνικής νομοθεσίας ανήκει καταρχήν στις εθνικές αρχές και ειδικότερα στα δικαστήρια (βλέπε, μεταξύ πολλών άλλων, Garcia Manibardo, αριθ. 38695/97, παρ. 36, CEDH 2000-II). Εξάλλου, το «δικαίωμα σε δικαστήριο», του οποίου το δικαίωμα πρόσβασης συνιστά μία ιδιαίτερη πλευρά, δεν είναι απόλυτο και προσφέρεται σε περιορισμούς, οι οποίοι γίνονται σιωπηρά δεκτοί, ειδικότερα ως προς τους όρους του παραδεκτού μιας προσφυγής, διότι απαιτεί από την ίδια την φύση του μία ρύθμιση από το Κράτος, το οποίο απολαμβάνει, ως προς τούτο, μιας συγκεκριμένης διακριτικής ευχέρειας. Εν τούτοις, οι περιορισμοί αυτοί δεν θα μπορούσαν να περιορίσουν την ανοικτή πρόσβαση ενός διοικούμενου κατά τρόπο ή σε βαθμό ώστε το δικαίωμά του σε δικαστήριο να θιγεί στην ίδια την ουσία του. Τέλος, δεν συμβιβάζονται με το άρθρο 6 παρ. 1, παρά μόνον αν τείνουν προς θεμιτό σκοπό και αν υφίσταται εύλογη σχέση αναλογικότητας μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και του επιδιωκόμενου σκοπού (βλέπε, μεταξύ πολλών άλλων, Edificaciones March Gallego S.A. κατά Ισπανίας, απόφαση της 19 Φεβρουαρίου 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, σελ. 290, παρ. 34). Πράγματι, το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο θίγεται όταν η ρύθμισή του παύει να εξυπηρετεί τους σκοπούς της ασφάλειας του δικαίου και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης και αποτελεί ένα είδος φραγμού που εμποδίζει την επί της ουσίας εξέταση της υπόθεσης του διοικούμενου από το αρμόδιο δικαστήριο.

25. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει εξάλλου ότι το άρθρο 6 της Σύμβασης δεν υποχρεώνει τα συμβαλλόμενα Κράτη να θεσπίσουν εφετεία ή ακυρωτικά δικαστήρια (βλέπε, ειδικότερα, Delcourt κατά Βελγίου, απόφαση της 17 Ιανουαρίου 1970, série A no. 11, σελ. 13-15, παρ. 25-26). Εν τούτοις, αν υπάρχουν τέτοια δικαστήρια, οι εγγυήσεις του άρθρου 6 πρέπει να τηρούνται, ειδικότερα ως προς την εξασφάλιση στους διαδίκους ενός πραγματικού δικαιώματος πρόσβασης στα δικαστήρια προκειμένου αυτά να αποφασίσουν επί των αμφισβητήσεων των σχετικών με τα «δικαιώματα και τις υποχρεώσεις τους αστικής φύσεως (βλέπε, μεταξύ άλλων, Brualla Gómez de la Torre κατά Ισπανίας της 19 Δεκεμβρίου 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, σελ. 2956, παρ. 37). Εξάλλου, η συμβατότητα των περιορισμών που προβλέπονται από το εθνικό δίκαιο προς το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο, το οποίο αναγνωρίζεται από το άρθρο 6 παρ. 1 της Σύμβασης εξαρτάται από τις ιδιαιτερότητες της επίδικης διαδικασίας και πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το σύνολο της δίκης που διεξήχθη μέσα στην εθνική έννομη τάξη και ο ρόλος που έπαιξε σε αυτήν το ανώτατο δικαστήριο, αφού οι προϋποθέσεις του παραδεκτού μιας αίτησης αναίρεσης μπορούν να είναι πιο αυστηρές από εκείνες μιας έφεσης (Khalfaoui κατά Γαλλίας, αριθ. 34791/97, CEDH 1999-IX).

26. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει τέλος ότι η ρύθμιση του τύπου της άσκησης μιας προσφυγής στοχεύει στην εξασφάλιση της ορθής απονομής της δικαιοσύνης και του σεβασμού, ιδιαίτερα, της αρχής της ασφαλείας του δικαίου. Εν τούτοις, οι ενδιαφερόμενοι πρέπει να μπορούν να αναμένουν ότι οι κανόνες αυτοί θα εφαρμοστούν (Miragall Escolano και λοιποί κατά Ισπανίας, αριθ. 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98,

41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 και 41509/98, παρ. 33, CEDH 2000-I).

27. Εν τούτοις, το Δικαστήριο έχει κρίνει πολλές φορές ότι η εφαρμογή εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων συγκεκριμένου τύπου που πρέπει να τηρείται για την άσκηση μιας προσφυγής μπορεί να παραβιάσει το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο. Το ίδιο ισχύει όταν η υπερβολικά τυπολατρική ερμηνεία της συνήθους νομιμότητας εκ μέρους ενός δικαστηρίου εμποδίζει, τοις πράγμασιν, την επί της ουσίας εξέταση μιας προσφυγής ασκηθείσας από τον ενδιαφερόμενο (Beles κατά Δημοκρατίας της Τσεχίας, αριθ. 47273/99, παρ. 69, CEDH 2002-IX, Zvolsky και Zvolska κατά Δημοκρατίας της Τσεχίας, αριθ. 46129/99, παρ. 55, CEDH 2002-IX).

28. Στην προκειμένη περίπτωση, η αποστολή του Δικαστηρίου συνίσταται στην εξέταση του κατά πόσο η αιτιολογία για την οποία ο Άρειος Πάγος απέρριψε την αίτηση αναίρεσης του προσφεύγοντος στέρησε, τοις πράγμασιν, τον ενδιαφερόμενο από το δικαίωμά του να εξεταστεί η υπόθεσή του στην ουσία. Για να το πράξει, το Δικαστήριο θα επικεντρωθεί στην αναλογικότητα του επιβαλλόμενου περιορισμού σε σχέση με τις απαιτήσεις της ασφαλείας του δικαίου και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης.

29. Καταρχήν, το Δικαστήριο διαπιστώνει ότι ο κανόνας, που εφαρμόζεται από τον Άρειο Πάγο για να αποφανθεί επί του παραδεκτού των επιδίκων λόγων, είναι μία κατασκευή της νομολογίας: δεν απορρέει από μία συγκεκριμένη δικονομική διάταξη, αλλά από τον συνδυασμό τεσσάρων άρθρων του κώδικα πολιτικής δικονομίας. Εν συντομία, το ανώτατο δικαστήριο ορίζει ως προς το σημείο αυτό μία προϋπόθεση του παραδεκτού

αναφερόμενη στην σαφήνεια των λόγων αναίρεσης.

30. Επίσης, αυτός ο νομολογιακός κανόνας υπακούει, γενικά, στις απαιτήσεις της ασφάλειας του δικαίου και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης. Όταν ο ανααιρεσίων παραπονείται κατά του Εφετείου για μία εσφαλμένη εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών σε σχέση με τον εφαρμοσθέντα κανόνα δικαίου, φαίνεται εύλογο να ζητείται από αυτόν να εκθέσει μέσα στην αίτηση αναίρεσής του τα πραγματικά περιστατικά που έγιναν δεκτά από το Εφετείο. Ελλείψει αυτού, το ανώτατο δικαστήριο δεν θα ήταν σε θέση να ασκήσει τον ακυρωτικό έλεγχο του έναντι της προσβληθείσας απόφασης, θα ήταν υποχρεωμένο να προβεί σε μία νέα παραδοχή των αμυγδαλίων πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης και να τα εκτιμήσει το ίδιο σε σχέση με τον κανόνα δικαίου που εφαρμόστηκε από το Εφετείο. Το ενδεχόμενο αυτό δεν θα μπορούσε να γίνει δεκτό, διότι θα ισοδυναμούσε με αξίωση από το ανώτατο δικαστήριο να διατυπώσει το ίδιο τους λόγους αναίρεσης που υποτίθεται ότι υποβάλλονται στην κρίση του. Συμπερασματικά, ο νομολογιακός κανόνας που εφαρμόστηκε εν προκειμένω συμβιβάζεται με την ιδιαιτερότητα του ρόλου του Αρείου Πάγου, ο έλεγχος του οποίου περιορίζεται στην τήρηση του νόμου (βλέπε, προς τούτο, Μπρέχος κατά Ελλάδα (déc.), αριθ. 7632/04, 11 Απριλίου 2006).

31. Δεν μπορεί εν τούτοις να υποστηριχθεί εν προκειμένω ότι η αίτηση αναίρεσης του προσφεύγοντος επιβάρυνε τον Άρειο Πάγο με την υποχρέωση να προβεί σε μία νέα παραδοχή των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης. Το Δικαστήριο σημειώνει πράγματι ότι ο προσφεύγων είχε αναφέρει στην αίτηση αναίρεσής του όλες τις εκφράσεις που κρίθηκαν δυσφημιστικές από το κατώτερο δι-

καστήριο καθώς και τους λόγους στην βάση των οποίων αυτό είχε απορρίψει την έφεσή του. Ο Άρειος Πάγος είχε επομένως στην διάθεσή του όλα τα αναγκαία στοιχεία για να εξετάσει το βάσιμο της εν λόγω αίτησης αναίρεσης. Επιπλέον, η επίδικη απόφαση του Εφετείου είχε επισυναφθεί στην αίτηση αναίρεσης. Ο ανώτατος δικαστής ήταν έτσι σε θέση να εξετάσει ευχερώς το κείμενο της προσβληθείσας απόφασης και να επαληθεύσει την ακρίβεια των αναφερόμενων στην αίτηση αναίρεσης πραγματικών περιστατικών.

32. Κάτω από τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο εκτιμά ότι τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, όπως αυτά έγιναν δεκτά από το Εφετείο, είχαν αχθεί σε γνώση του Αρείου Πάγου. Η κήρυξη του απαραδέκτου των προβληθέντων λόγων αναίρεσης για τον λόγο ότι ο ανααιρεσίων δεν εξέθεσε μέσα στην αίτηση αναίρεσής του «τα πραγματικά περιστατικά που έγιναν επί της ουσίας δεκτά από το Εφετείο για την θεμελίωση της κρίσης του» (πιο πάνω παράγραφος 14) συνιστά μία υπερβολικά τυπολατρική προσέγγιση, η οποία εν προκειμένω εμπόδιζε τον προσφεύγοντα από το να τύχουν οι αιτιάσεις του μιας επί της ουσίας εξέτασης εκ μέρους του Αρείου Πάγου (βλέπε, προς τούτο, πιο πάνω αναφερόμενη Beles κατά Δημοκρατίας της Τσεχίας, παρ. 69, και πιο πάνω αναφερόμενη Zvolsky και Zvolska κατά Δημοκρατίας της Τσεχίας, παρ. 55).

33. ... Όμως, ο Άρειος Πάγος δεν μνημόνευσε, έστω και συνοπτικά, αυτό που έλειπε από την αίτηση αναίρεσης και υποτίθεται ότι δεν περιλαμβανόταν μεταξύ των εκτεθέντων κατά τρόπο, «αποσπασματικό», πραγματικών περιστατικών. Έτσι μπορούμε εύλογα να θεωρήσουμε ότι ο προσφεύγων, ο οποίος μπορούσε εύλογα να έχει την πεποίθηση ότι είχε πληρώσει την προϋπόθεση του παραδε-

κτού που έχει καθιερωθεί από την νομολογία του Αρείου Πάγου, βυθίστηκε στην αβεβαιότητα ως προς τα στοιχεία που έλειπαν από την αίτηση αναίρεσής του.

34. Ενόψει των προηγουμένων σκέψεων, το Δικαστήριο εκτιμά ότι εν προκειμένω ο περιορισμός του δικαιώματος πρόσβασης σε δικαστήριο που επιβλήθηκε στον προσφεύγοντα δεν είναι ανάλογος προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της εξασφάλισης της ασφαλείας του δικαίου και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης.

35. Συνεπώς, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 1 της Σύμβασης σχετικά με το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο του προσφεύγοντος.

Π. ΕΠΙ ΤΗΣ ΕΠΙΚΑΛΟΥΜΕΝΗΣ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 10 ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Α. Επί του παραδεκτού

37. Η Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω το άρθρο 10 δεν έχει εφαρμογή, σημειώνοντας ειδικότερα ότι δεν υπήρξε μετάδοση στην κοινή γνώμη ιδεών πολιτικού, κοινωνικού ή γενικού ενδιαφέροντος.

38. Ο προσφεύγων αμφισβητεί την τοποθέτηση αυτή.

39. Το Δικαστήριο σημειώνει, καταρχήν, ότι η εφαρμογή του άρθρου 10 δεν προϋποθέτει την διάδοση των επιδίκων χαρακτηρισμών προς πολλά πρόσωπα. Πράγματι, προκειμένου να τύχει εφαρμογής το άρθρο 10, η επίδικη πληροφορία ή άποψη πρέπει μόνον να κοινοποιηθεί, ακόμη και μέσω της αποστολής μιας επιστολής προς έναν μοναδικό παραλήπτη (βλέπε Skolka κατά Πολωνίας, αριθ. 43425/98, παρ. 10 και 30, 27 Μαΐου 2003, και Γρηγοριάδης κατά Ελλάδας, απόφαση της 25 Νοεμβρίου 1997, Recueil 1997-VII, σελ. 2580-2582, παρ. 13, 14 και 33). Εξάλλου, το περιεχόμενο των εν λόγω χαρακτηρισμών ή ακριβέστερα το ζήτημα του κατά πόσον αυ-

τοί προκαλούν γενικό ενδιαφέρον ή όχι, δεν είναι ένα στοιχείο ικανό να επηρεάσει την εφαρμογή του άρθρου 10, αλλά μπορεί να ληφθεί υπόψη για την εκτίμηση της σχέσης αναλογικότητας μεταξύ της επίδικης παρέμβασης και του επιδιωκόμενου θεμιτού σκοπού.

40. Στην προκειμένη περίπτωση, ο προσφεύγων καταδικάστηκε να καταβάλει αποζημίωση στον Δ.Κ. για το περιεχόμενο μιας επιστολής που απηύθυνε στον πρόεδρο του Δικηγορικού Συλλόγου της Αθήνας. Έπεται ότι οι απόψεις αυτές κοινοποιήθηκαν, με την έννοια του άρθρου 10 της Σύμβασης, και ότι αυτή η διάταξη έχει εφαρμογή εν προκειμένω.

Β. Επί της ουσίας- Επιχειρήματα των διαδίκων

42. Η Κυβέρνηση σημειώνει ότι εν προκειμένω υπάρχει σύγκρουση μεταξύ της ελευθερίας έκφρασης και του δικαιώματος της προστασίας της προσωπικότητας. Υποστηρίζει ότι, ακόμη και αν οι επίδικες εκφράσεις ήταν αξιολογικές κρίσεις, η προσβολή της ελευθερίας της έκφρασης του προσφεύγοντος δεν είναι δυσανάλογη. Υπογραμμίζει ότι οι επίδικες εκφράσεις δεν αφορούσαν σ' έναν πολιτικό, αλλά σ' έναν απλό ιδιώτη και βεβαιώνει ότι στόχευαν να προσβάλουν την προσωπικότητα και την επαγγελματική φήμη του ενδιαφερομένου. Η ελευθερία του Τύπου δεν διακυβεύεται στην προκειμένη περίπτωση και η καταδίκη του προσφεύγοντος να καταβάλει το ποσό των 3.000 ευρώ ως αποζημίωση είναι εύλογη και ανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό.

43. Ο προσφεύγων εκτιμά από την πλευρά του ότι το δικαίωμα εκάστου πολίτη να απευθύνεται στις αρμόδιες αρχές βρίσκεται στον πυρήνα της ελευθερίας της έκφρασης. Αυτό ισχύει ακόμη περισσότερο στην περίπτωση μιας αιτίας που δεν προβλήθηκε δημο-

σίως, αλλά απευθύνθηκε ατομικά στην αρμόδια αρχή. Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ζήτησε καλόπιστα την επέμβαση του προέδρου του Δικηγορικού Συλλόγου της Αθήνας, αφού ο Δ.Κ. προσέφυγε ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων με μία σειρά αγωγών με αντικείμενο ιλιγγιώδη ποσά. Επιπλέον, η υποχρέωση να είναι παρών στις συζητήσεις, οι οποίες ορίστηκαν σε διαφορετικές ημερομηνίες, των υποθέσεων αυτών είχε ως συνέπεια ένα σημαντικό κόστος γι' αυτόν και έπληξε ουσιωδώς την άσκηση του επαγγέλματός του ως δημοσιογράφου. Ο προσφεύγων προσθέτει ότι οι εκφράσεις για τις οποίες κατηγορήθηκε είχαν στέρη πραγματική βάση και καμία από τις διατυπώσεις που χρησιμοποιήθηκαν μέσα στην επίδικη επιστολή δεν ήταν υπερβολική ή υβριστική. Εκτιμά τέλος ότι, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως και του αντικειμένου της υπόθεσης, η καταδίκη να καταβάλει αποζημίωση, όποιο και αν είναι το ποσό της, πρέπει να θεωρηθεί ως προσβολή του δικαιώματος έκφρασής του. Καταλήγει ότι η καταδίκη του να καταβάλει το ποσό των 3.000 ευρώ δεν ήταν ανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό.

2. Η εκτίμηση του δικαστηρίου

α) Γενικές αρχές

44. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι ο ρόλος του συνίσταται στο να αποφανθεί σε τελευταίο βαθμό επί του ζητήματος αν ένας «περιορισμός» της ελευθερίας της έκφρασης συμβιβάζεται με το άρθρο 10 της Σύμβασης. Προς τον σκοπό αυτό, εξετάζει την επίδικη παρέμβαση υπό το φως του συνόλου της υπόθεσης, προκειμένου να καθορίσει αν αυτή ήταν «ανάλογη προς τον επιδιωκόμενο θεμιτό σκοπό» και αν οι λόγοι που επικαλέστηκαν οι εθνικές αρχές για να την δικαιολογήσουν φαίνονται «προσήκοντες και επαρκείς». Τούτο πράττοντας, το Δικαστήριο πρέπει να

πειστεί ότι οι εθνικές αρχές εφήρμοσαν κανόνες σύμφωνους προς τις καθιερωθείσες από το άρθρο 10 αρχές, και τούτο, επιπλέον, στηριζόμενο πάνω σε μία αποδεκτή εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών (βλέπε, μεταξύ άλλων, Steel και Morris κατά Ηνωμένου Βασιλείου, αριθ. 68416/01, παρ. 87, CEDH 2005-II).

45. Το Δικαστήριο υπογραμμίζει εξαρχής τον εξέχοντα ρόλο, αυτόν του «μαντρόσκυλου», που παίζει ο Τύπος μέσα σε μία δημοκρατική κοινωνία (βλέπε, Bladet Tromsø και Stensaas κατά Νορβηγίας [GC], αριθ. 21980/93, παρ. 62, CEDH 1999-III). Λόγω αυτής της λειτουργίας του Τύπου, η δημοσιογραφική ελευθερία εμπεριέχει και την δυνατότητα να προσφεύγει κανείς σε μία συγκεκριμένη δόση υπερβολής, ακόμη και πρόκλησης (Gaweda κατά Πολωνίας, αριθ. 26229/95, παρ. 34, CEDH 2002-II). Προς τούτο, πρέπει να υπομνησθεί ότι η άσκηση της ελευθερίας της έκφρασης περιλαμβάνει καθήκοντα και ευθύνες και ότι η εγγύηση που το άρθρο 10 προσφέρει στους δημοσιογράφους υπόκειται στην προϋπόθεση ότι οι ενδιαφερόμενοι ενεργούν καλόπιστα, κατά τρόπο ώστε να παρέχονται πληροφορίες ακριβείς και αξιόπιστες με σεβασμό στην δημοσιογραφική δεοντολογία (Radio France και λοιποί κατά Γαλλίας, αριθ. 53984/00, παρ. 37, CEDH 2004-II και McVicar κατά Ηνωμένου Βασιλείου, αριθ. 46311/99, παρ. 83-86, CEDH 2002-III).

46. Προκειμένου περί της φύσεως εκφράσεων ικανών να βλάψουν την υπόληψη ενός ατόμου, το Δικαστήριο διακρίνει κατά παράδοση μεταξύ γεγονότων και αξιολογικών κρίσεων. Ενώ η υπόσταση των πρώτων μπορεί να αποδειχθεί, οι δεύτερες δεν προσφέρονται για απόδειξη της ακρίβειάς τους. Όταν μία δήλωση ερμηνεύεται ως αξιολογι-

κή κρίση, η αναλογικότητα της παρέμβασης μπορεί να είναι συνάρτηση της ύπαρξης μιας επαρκούς πραγματικής βάσης, διότι, ελλείψει τέτοιας βάσης, μία αξιολογική κρίση μπορεί και αυτή να αποδειχθεί υπερβολική (βλέπε, για παράδειγμα, *Feldek κατά Σλοβακίας*, αριθ. 29032/95, παρ. 75-76, CEDH 2001-VIII).

47. Μέσα στο πλαίσιο μιας δίκης για δυσφήμιση ή εξύβριση, το Δικαστήριο οφείλει εξάλλου να ελέγξει αν οι εθνικές αρχές τηρήσαν μία δίκαιη ισορροπία μεταξύ, αφενός, της προστασίας της ελευθερίας της έκφρασης, η οποία καθιερώνεται από το άρθρο 10, και, αφετέρου, εκείνης του δικαιώματος της υπόληψης των θιγόντων ατόμων, η οποία, ως στοιχείο της ιδιωτικής ζωής, προστατεύεται από το άρθρο 8 της Σύμβασης (*Chauvy και λοιποί κατά Γαλλίας*, αριθ. 64915/01, παρ. 70 *in fine*, CEDH 2004-VI). Αυτή η τελευταία διάταξη μπορεί να απαιτήσει την θέσπιση θετικών μέτρων ικανών να εγγυηθούν τον πραγματικό σεβασμό της ιδιωτικής ζωής μέχρι και τις σχέσεις των ατόμων μεταξύ τους (*Von Hannover κατά Γερμανίας*, αριθ. 59320/00, παρ. 57, CEDH 2004-VI, και *Stubbings και λοιποί κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, απόφαση της 22 Οκτωβρίου 1996, *Recueil* 1996-IV, σελ. 1505, παρ. 61-62).

48. Εξάλλου, σε ό,τι αφορά στο αντικείμενο των επιδίκων εκφράσεων, το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι τα όρια της αποδεκτής κριτικής ως προς έναν πολιτικό, στον οποίο γίνεται αναφορά με την ιδιότητα αυτή, είναι ευρύτερα από εκείνα έναντι ενός απλού ιδιώτη: αντίθετα με τον δεύτερο, ο πρώτος εκτίθεται αναπόφευκτα και ενσυνείδητα σε έναν προσεκτικό έλεγχο των πράξεων και των χειρονομιών του, τόσο από τους δημοσιογράφους όσο και από το σύνολο των πολιτών. Αυτός πρέπει συνεπώς να επιδεικνύει μεγαλύτερη

ανοχή (*Lingens κατά Αυστρίας*, απόφαση της 8 Ιουλίου 1986, *série A* no. 103, σελ. 26, παρ. 42). Η αρχή αυτή δεν εφαρμόζεται μόνον στην περίπτωση του πολιτικού, αλλά επεκτείνεται σε οποιοδήποτε πρόσωπο που μπορεί να χαρακτηριστεί ως δημόσιο πρόσωπο, δηλαδή σε οποιοδήποτε άτομο, το οποίο, με τις πράξεις του (βλέπε, προς τούτο, *Krone Verlag GmbH & Co. KG κατά Αυστρίας*, αριθ. 34315/96, παρ. 37, 26 Φεβρουαρίου 2002, και *News Verlags GmbH & Co. KG κατά Αυστρίας*, αριθ. 31457/96, παρ. 54, CEDH 2000-1) ή με την ίδια την θέση του (*Verlagsgruppe News GmbH κατά Αυστρίας* (αριθ. 2), αριθ. 10520/02, παρ. 36, 14 Δεκεμβρίου 2006), υπάγεται στην δημόσια σφαίρα.

49. Τέλος, το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι η φύση και η βαρύτητα των επιβληθεισών ποινών είναι στοιχεία που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη όταν πρόκειται να αξιολογηθεί η αναλογικότητα μιας προσβολής του δικαιώματος της ελευθερίας της έκφρασης (*Cumpana και Mazare κατά Ρουμανίας* [GC], αριθ. 33348/96, παρ. 111, CEDH 2004-XI). Το Δικαστήριο πρέπει επίσης να επιδεικνύει την μεγαλύτερη προσοχή, όταν τα μέτρα ή οι κυρώσεις που ελήφθησαν από τις εθνικές αρχές είναι ικανά να αποθαρρύνουν τον Τύπο από το να συμμετέχει στην συζήτηση ζητημάτων που παρουσιάζουν θεμιτό γενικό ενδιαφέρον (*Jersild κατά Δανίας*, απόφαση της 23 Σεπτεμβρίου 1994, *série A* no. 298, σελ. 25-26, παρ. 35).

β) Εφαρμογή των πιο πάνω αναφερομένων αρχών στην παρούσα υπόθεση

50. Το Δικαστήριο εκτιμά ότι η καταδίκη σε καταβολή αποζημίωσης προς τον Δ.Κ., η οποία απαγγέλθηκε κατά του προσφεύγοντος από τα πολιτικά δικαστήρια, μεταφράζεται σε προσβολή του δικαιώματος ελεύθερης έκφρασης του ενδιαφερομένου, θεωρεί

εξάλλου ότι το μέτρο αυτό «προβλεπόταν από τον νόμο», και πιο συγκεκριμένα από τα άρθρα 57 και 914 του Αστικού Κώδικα σε συνδυασμό με τα άρθρα 361 και 362 του Ποινικού Κώδικα και ότι επεδίωκε έναν θεμιτό σκοπό σε σχέση με το άρθρο 10 παρ. 2 της Σύμβασης, ήτοι την προστασία της υπόληψης του άλλου, και εν προκειμένω εκείνης του Δ.Κ. Το Δικαστήριο θα επικεντρωθεί επομένως στο ζήτημα του αν η επίδικη παρέμβαση ήταν ανάλογη προς τον επιδιωκόμενο θεμιτό σκοπό και αν οι λόγοι που επικαλέστηκαν τα εθνικά δικαστήρια για να την δικαιολογήσουν ήταν προσηκόντες και επαρκείς.

51. Το Δικαστήριο σημειώνει καταρχήν ότι, μέσω της επιστολής που απηύθυνε στον πρόεδρο του Δικηγορικού Συλλόγου της Αθήνας, ο προσφεύγων διατύπωσε ισχυρισμούς αναφορικά με την συμπεριφορά του Δ.Κ. και του Φ.Κ., την οποία αυτός εκτιμούσε αντίθετη προς την δεοντολογία των δικηγόρων και έχουσα στόχο να τον βλάψει επαγγελματικά. Το Δικαστήριο θεωρεί ότι, εκφέροντας αξιολογικές κρίσεις, μεταφραζόμενες σε εκφράσεις όπως «τρομοκρατία που ασκούν στους δημοσιογράφους και τα μέσα ενημέρωσης», «νέα πρακτική φίμωσης και κατάργησης της ελευθερίας της έκφρασης», «με απίστευτο φανατισμό, ο οποίος καταντά ιδεοληψία» ...κτλ., ο προσφεύγων επιθυμούσε να παρουσιάσει την δική του εκδοχή της συγκεκριμένης υπόθεσης. Το Δικαστήριο παρατηρεί προς τούτο ότι δεν αμφισβητείται ότι ούτε ο Δ.Κ. ούτε ο Φ.Κ. προσέφυγαν ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων με μία σειρά αγωγών αποζημίωσης για δυσφήμιση και εξύβριση ούτε ότι το οικονομικό αντικείμενο των αγωγών αυτών υπερέβαινε τα δύο δισεκατομμύρια δραχμές (έξι εκατομμύρια ευρώ περίπου). Επίσης, δεν αμφισβητείται ότι ο Δ.Κ. είχε κοινοποιήσει εξώδικες διαμαρτυ-

ρίες σε ορισμένες προσωπικότητες που είχαν προσφέρει την υποστήριξή τους στον προσφεύγοντα, καλώντας τους να δηλώσουν δημοσίως αν συμμερίζονταν τις απόψεις, οι οποίες είχαν εκφραστεί από τον δημοσιογράφο Ρ.Σ. κατά την συνέντευξη τύπου, και να δημοσιεύσουν μία ανακοίνωση στον Τύπο για να άρουν την προσβολή κατά της προσωπικότητάς του. Φαίνεται έτσι ότι ο προσφεύγων κατέβαλε προσπάθεια να παράσχει μία πραγματική βάση στους ισχυρισμούς του και να θεμελιώσει την θέση του, σύμφωνα με την οποία ο Δ.Κ. επεδίωκε την επαγγελματική και οικονομική εξόντωσή του.

52. Όμως, προκαλεί εντύπωση στο Δικαστήριο το γεγονός ότι τα εθνικά δικαστήρια ουδόλως διέκριναν μεταξύ «πραγματικών περιστατικών» και «αξιολογικών κρίσεων», αλλά διερεύνησαν μόνον αν οι εκφράσεις που χρησιμοποιήθηκαν από τον προσφεύγοντα ήταν ικανές να θίξουν την προσωπικότητα και την επαγγελματική και προσωπική υπόληψη του ενάγοντος. Στην πράξη, προκειμένου να αξιολογήσουν την πρόθεση του προσφεύγοντος, δεν τοποθέτησαν τις επίδικες εκφράσεις μέσα στο πλαίσιο της υπόθεσης. Το Δικαστήριο εκτιμά από την πλευρά του ότι η εκ μέρους του προσφεύγοντος διατύπωση των απόψεών του υπό την μορφή μιας επιστολής απευθυνόμενης προσωπικά στον πρόεδρο του Δικηγορικού Συλλόγου της Αθήνας, παρά μέσω της δημοσίευσης στον Τύπο ενός άρθρου με το ίδιο περιεχόμενο, έδειχνε μάλλον μία πρόθεση να τεθεί ζήτημα δεοντολογικών ευθυνών των Δ.Κ. και Φ.Κ. ενώπιον της αρμόδιας πειθαρχικής αρχής, παρά πρόθεση να εξυβριστούν ή να δυσφημιστούν ανοικτά οι ενδιαφερόμενοι.

53. Στην πραγματικότητα, ο προσφεύγων, ασκώντας ένα θεμελιώδες δικαίωμα, εκείνο του να απευθυνθεί στις αρχές, ζήτησε απλώς

την παρέμβαση του προέδρου του Δικηγορικού Συλλόγου της Αθήνας για να προστατευτεί τα δικαιώματα που εκτιμούσε ότι είχαν θιγεί από την συμπεριφορά δύο μελών του συλλόγου αυτού. Επιπλέον, δεν ζήτησε από τον πρόεδρο την λήψη παρανόμων μέτρων, αλλά του ζήτησε μόνον να πράξει τα δέοντα μέσα στο πλαίσιο της δεοντολογίας του συλλόγου του. Αυτός δεν εξήλθε επομένως των ορίων της νομιμότητας.

54. Σε ό,τι αφορά στην κατάσταση του στόχου των επιδίκων εκφράσεων, ήτοι με άλλα λόγια στο ζήτημα του αν ο ενάγων πρέπει να θεωρηθεί ως «απλός ιδιώτης» ή να εξομοιωθεί με έναν «πολιτικό», στην οποία περίπτωση τα όρια της αποδεκτής κριτικής θα ήταν ευρύτερα, το Δικαστήριο εκτιμά ότι αυτό το στοιχείο δεν είναι καθοριστικό εν προκειμένω. Πράγματι, η διάκριση μεταξύ «απλού ιδιώτη» και «πολιτικού» πρέπει να εφαρμόζεται στις περιπτώσεις κατά τις οποίες οι επιδίκες εκφράσεις μεταδίδονται στο κοινό, διότι τότε πρόκειται να εκτιμηθεί αν σχετίζονται με ένα ζήτημα που από την φύση του προκαλεί το ενδιαφέρον. Στην προκειμένη περίπτωση, η επίδικη επιστολή δεν απευθυνόταν στο κοινό, αλλά σε ένα μοναδικό άτομο, αρμόδιο να ανοίξει την πειθαρχική διαδικασία κατά του Φ.Κ. και του Δ.Κ.

55. Σε κάθε περίπτωση, το Δικαστήριο θεωρεί ότι στον ενάγοντα πρέπει να δούμε όχι έναν «απλό ιδιώτη», αλλά μάλλον ένα δημόσιο πρόσωπο της επικαιρότητας. Ο ενδιαφερόμενος ήταν πράγματι μέλος του «Δικτύου 21», ενός σωματίου πολιτικού χαρακτήρα του οποίου ορισμένα μέλη είχαν προσφέρει την συνδρομή τους προς τον κ. Αμπντουλάχ Οτσαλάν τον Φεβρουάριο του 1999. Συνεπώς, η ουσία του ζητήματος που τέθηκε από τον προσφεύγοντα αφορούσε σε ένα θέμα

που είχε προκαλέσει την εποχή εκείνη το ενδιαφέρον των μέσων μαζικής ενημέρωσης. Έτσι, οι επίδικες εκφράσεις, αν και δεν στόχευαν έναν πολιτικό με την αυστηρή έννοια του όρου, εντάσσονταν στο πλαίσιο ενός διαλόγου με μεγάλο δημόσιο ενδιαφέρον (βλέπε, προς τούτο, Selisio κατά Φινλανδίας, αριθ. 56767/00, παρ. 51, 16 Νοεμβρίου 2004). Δεν διαλανθάνει της προσοχής του Δικαστηρίου ως προς τούτο ότι, στην αγωγή του, ο Δ.Κ. υποστήριζε ότι οι επίδικες εκφράσεις προσέβαλαν τόσο την επαγγελματική όσο και την πολιτική υπόστασή του. Έτσι, αναγνώριζε ο ίδιος, εμμέσως, ότι η επίδικη επιστολή δεν τον έθιγε μόνον με την ιδιότητα του «απλού ιδιώτη».

56. Λαμβανομένων υπόψη των προηγουμένων, το Δικαστήριο θεωρεί ότι οι εθνικές αρχές δεν παρείχαν προσήκουσες και επαρκείς αιτιολογίες για να δικαιολογήσουν την κατάδίκη στην καταβολή αποζημίωσης προς τον Δ.Κ., η οποία απαγγέλθηκε κατά του προσφεύγοντος από τα πολιτικά δικαστήρια και ότι αυτή η κύρωση δεν ανταποκρινόταν σε μία «επιτακτική κοινωνική ανάγκη».

Συνεπώς, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 10 της Σύμβασης.

III. ΕΠΙ ΤΗΣ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 41 ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

A. Ζημία

...60. Το Δικαστήριο εκτιμά ως πιθανό να υπέστη ο προσφεύγων μία ταλαιπωρία εξαιτίας των παραβιάσεων που διαπιστώθηκαν. Αποφαινόμενο κατά δίκαιη κρίση, όπως ορίζει το άρθρο 41, του επιδικάζει 6.000 για ηθική βλάβη, πλέον οποιουδήποτε ποσού που μπορεί να οφείλεται ως φόρος επί του ποσού αυτού.

B. Έξοδα και δικαστική δαπάνη

63. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του, η επιδίκαση

εξόδων και δικαστικής δαπάνης στη βάση του άρθρου 41 προϋποθέτει την απόδειξη της πραγματικότητας και της αναγκαιότητάς τους και, επιπλέον, του εύλογου χαρακτήρα του ύψους τους (Ιατρίδης κατά Ελλάδα [GC], no. 31107/96, παρ. 54, CEDH 2000-XI). Εν προκειμένω, το Δικαστήριο σημειώνει ότι το ποσό που ζητείται για την αποζημίωση, η οποία επιδικάστηκε από τα εθνικά δικαστήρια, δεν σχετίζεται με τα έξοδα και

την δικαστική δαπάνη της επίδικης διαδικασίας. Απορρίπτει συνεπώς αυτό το τμήμα του αιτήματος του προσφεύγοντος. Σε ό,τι αφορά στο υπόλοιπο των αξιώσεων, λαμβάνοντας υπόψη τα δικαιολογητικά που προσκομίστηκαν και τα κριτήρια που μνημονεύονται πιο πάνω, κρίνει εύλογο να επιδικάσει στον προσφεύγοντα 6.000 ευρώ, πλέον οποιουδήποτε ποσού που μπορεί να οφείλεται ως φόρος επί του ποσού αυτού.



ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ
ΤΟΥ Δ.Σ.Η.



Από τις εκδηλώσεις και τις δραστηριότητες του Συλλόγου



☼ Διημερίδα του Δ.Σ.Η στις 9 και 10 Μαΐου 2008

σε συνεργασία με την Ένωση Εισαγγελέων Ελλάδος και την Ένωση Ελλήνων Ποινολόγων, στην Αίθουσα “Μίνως 2” του Ξενοδοχείου “Ατλαντίς”, με θέματα: «Μ.Μ.Ε και Ποινική Δίκη» και «Προκαταρκτική Εξέταση».



Στιγμιότυπο από την διημερίδα του Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου.

☼ Ημερίδα 19 Μαΐου 2008

Ομιλία του Δικηγόρου Αθηνών κ. Ιωάννη Κ. Δρυλλεράκη με θέμα: «Το Νέο Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρείας. Σύνομη παρουσίαση των αλλαγών του Ν. 3604/07» στην αίθουσα «Νίκος Σακλαμπίνης» στην πλατεία Δασκαλογιάννη 7, με παρεμβαίνοντες τους Εμμ. Ι. Δρυλλεράκη και Κλεομένη Γιαννίκα.

ΤΟ 12ο ΤΕΥΧΟΣ ΤΟΥ “*Ραδάμανθυ*”
ΤΥΠΩΘΗΚΕ ΤΟΝ ΣΕΠΤΕΜΒΡΙΟ ΤΟΥ 2008, ΣΕ 1200 ΑΝΤΙΤΥΠΑ
& ΣΕ ΧΑΡΤΙ GARDARAT 115 gr., ΑΠΟ ΤΙΣ ΓΡΑΦΙΚΕΣ ΤΕΧΝΕΣ
Μ. & Μ. ΠΑΤΕΡΑΚΗΣ Ο. Ε., ΓΙΑ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟ ΤΟΥ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



