

Ραδάμανθς

ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



ΤΕΥΧΟΣ ΔΕΚΑΤΟ ΠΕΜΠΤΟ

Φθινόπωρο, 2009

“Ραδάμανθους”

© 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 15ο, Φθινόπωρο 2009

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
Γιώργος Γιαχνάκης,
Κατερίνα Δουλγεράκη,
Απόλλων Καλογερόπουλος,
Όλγα Κλίνη,
Κατερίνα Κοσμαδάκη,
Ιωάννης Λεβέντης,
Ανδρέας Λιανέρης,
Νικόλαος Λογοθέτης,
Ιάσοντας Παπαστεφανάκης,
Μιχάλης Σφακιανάκης,
Τίτος Ταγαράκης, μέλη.

ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Ανδρέας Λιανέρης, Πρόεδρος
Μανόλης Ανδρουλακάκης
Βιβή Δεμιτζάκη
Ελένη Καρακωνσταντάκη
Βαγγέλης Κάτης
Ελευθερία Λυπάκη
Θέτις Ξυλούρη
Πάτρα Πατεράκη
Μιχάλης Περγασιανός
Αριστέα Πλεύρη
Αντώνης Ταμιωλάκης
Μαρία Φιλίππακη
Χριστόφορος Φουκάκης
Φίλημον Χριστοφοράκης

ΕΙΔΙΚΟΙ ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ

Ελένη Καρακωνσταντάκη
Γεώργιος Καρακωνσταντάκης

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: radamanthys@dsh.gr

ΤΙΜΗ ΤΕΥΧΟΥΣ: 15 €

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

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ

Αντωνίου Π. Μανιάτη ΣΤΡΑΤΟΛΟΓΗΣΗ ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΩΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΝΑΥΤΙΚΗ ΕΒΔΟΜΑΔΑ	113
ΚΑΛΛΙΟΠΗ ΖΑΧΑΡΑΚΗ Η ΑΝΕΞΑΡΤΗΣΙΑ ΤΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΑΡΧΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΤΗΣ ΡΥΘΜΙΣΤΙΚΗΣ ΑΡΧΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ	120
Νάντιας Καμπέλη ΑΝΑΚΟΠΗ - ΑΝΑΚΟΠΗ ΑΡΘΡΟΥ 73 ΤΟΥ ΚΩΔΙΚΑ ΕΙΣΠΡΑΞΕΩΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΣΟΔΩΝ (Ν.Δ. 359/1974), ΟΠΩΣ ΙΣΧΥΕΙ ΜΕ ΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Κ.Δ.Δ. Ν. 2717/1999, ΑΡΘΡΑ 217 ΕΠ. ΚΑΙ ΜΕΤΑ ΤΙΣ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 3659/2008	125
Αριάδνης Σπανάκη Η ΝΟΜΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΩΝ ΑΣΥΝΟΔΕΥΤΩΝ ΑΝΗΛΙΚΩΝ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ	137

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΜΠΙΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Γ' πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 532/2003	159
Άρειος Πάγος (Γ' πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 170/2003	164
Πολυμελές Πρωτοδικείο Ρόδου - Αριθ. 245/2006	166
Ειρηνοδικείο Λάρισας (Ασφαλιστικά μέτρα) - Αριθ. 11/2006	167

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε ολομέλεια) - Αριθ. 6/2009	170
Εφετείο Αθηνών - Αριθ. 6311/2007	172
Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 241/2009	173
Πολυμελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης - Αριθ. 19932/2009	179

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε ολομέλεια) - Αριθ. 17/2008	181
Παρατηρήσεις στην απόφαση Α.Π. 17/2008*	181
Πολυμελές Πρωτοδικείο Ρόδου - Αριθ. 114/2009	184

ΚΛΗΡΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 102/2424/343/2008	185
---	-----

ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΤΑΓΗΣ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 34/2009	187
---	-----

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Άρειος Πάγος (Α1 πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 37/2009	191
Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 12/2008	193

ΕΚΟΥΣΙΑ ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 29/2009	196
---	-----

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 8/2008	199
Άρειος Πάγος (ΣΤ Ποινικό Τμήμα) - Αριθ. 2606/2008	203

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (Δ' Τμήμα) - Αριθ. 2828/2008	206
Συμβούλιο της Επικρατείας (σε ολομέλεια) - Αριθ. 314/2007	208
Τριμελές Διοικητικό Εφετείο Αθηνών (17ο τμήμα) - Αριθ. 19/2008	212
Τριμελές Διοικητικό Εφετείο Λάρισας - Αριθ. 153/2007	214
Τριμελές Διοικητικό Εφετείο Λάρισας - Αριθ. 7/2006	217

ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ ΤΟΥ Δ.Σ.Η.	221
--------------------------------	-----

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ



ΣΤΡΑΤΟΛΟΓΗΣΗ ΝΑΥΑΓΟΣΩΣΤΩΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΝΑΥΤΙΚΗ ΕΒΔΟΜΑΔΑ

Αντωνίου Π. Μανιάτη*

I. Εισαγωγή

Ο Δήμος Καλαμάτας έλαβε 5 κλήσεις του Κεντρικού Λιμενάρχη Καλαμάτας¹ προς απολογία του, για ισάριθμες παραβάσεις τις οποίες βεβαίωσε το Λιμενικό Σώμα στις 22.06.2008 στους 5 από τους 6 ναυαγοσωστικούς σταθμούς της ζώνης ευθύνης του Δήμου πλην της Πλαζ Νο 1 Ανατολικής Παραλίας Καλαμάτας (Ανάσταση).

Είναι εξεταστέο αν ο Δήμος βάσιμα μπορεί να ανασκευάσει τις σε βάρος του αιτιάσεις, κατά την υπεράσπισή του σε αυτή τη διοικητική διαδικασία², η οποία έχει σημαντικό προηγούμενο ιδίως για αυτή τη ναυαγοσωστική περίοδο και την προηγούμενη³.

II. Η βασική περίοδος χάριτος δυνάμει της αρχής της επανορθώσεως των κειμένων

Ο Δήμος Καλαμάτας παρέλαβε στις 04.06.2008 έγγραφο⁴ στο οποίο υπονοείται η οφειλόμενη διοικητική χάρις (gratia), με την έννοια της υπάρξεως μίας ικανής «περιόδου χάριτος» κατά τη θερινή περίοδο 2008, πριν η λιμενική αρχή επιβάλει την τυχόν αναλογούσα κύρωση για την έλλειψη επάνδρωσης των ναυαγοσωστικών σταθμών της ζώνης ευθύνης του Δήμου.

Ειδικότερα, στο «τελεσίγραφο» αυτό υπονοείται ότι στο ξεκίνημα μίας περιόδου υπάρχει μία εισαγωγικού χαρακτήρα φάση η οποία μπορεί να περιλαμβάνει και συγ-

* Ο Αντώνιος Π. Μανιάτης είναι Νομικός Σύμβουλος Δήμου Καλαμάτας και Λέκτορας (Π.Δ. 407/80) Πανεπιστημίου Ιωαννίνων.

1. Αρ. Πρωτ. 2111.4.1/38/08, 2111.4.1/39/08, 2111.4.1/40/08, 2111.4.1/41/08, 2111.4.1/42/08.

2. Βλ. μεταξύ άλλων Α. Μαρκαντωνάτου – Σκαλτσά, «Η Προστασία του Διοικουμένου. Βασική αρχή της διοικητικής δράσεως», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 1999.

3. Βλ. τις ad hoc γνωμοδοτήσεις: Α. Μανιάτη, «Δικαίωμα ακροάσεως από τη λιμενική αρχή», Επιθεώρηση Ναυτιλιακού Δικαίου (υπό δημοσίευση), Α. Μανιάτη, «Πρόστιμα για πλημμελή μέριμνα εξεύρεσης ναυαγοσωστών», Πειραϊκή Νομολογία 2/2008, σσ. 124-127, «Ακρόαση για αναλογικές κυρώσεις και διαρκείς παραβάσεις» (υπό κρίση στο περιοδικό «Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου»), Α. Μανιάτη, «Οι διαστάσεις της αναλογικότητας λιμενικών προστίμων» (υπό κρίση στην «Επιθεώρηση Ναυτιλιακού Δικαίου»), Α. Μανιάτη, «Η περίοδος χάριτος ως επανόρθωση των κειμένων στη λιμενική διαδικασία», (υπό κρίση στο περιοδικό Ε.Δ.Δ.Δ.), Α. Μανιάτη, «Η αρχή της χρηστής διοικήσεως για εξεύρεση ναυαγοσωστών» (υπό κρίση στο περιοδικό «Διοικητική Δίκη»), Α. Μανιάτη, «Τεκμήριο αθωότητας στη λιμενική διαδικασία» (υπό κρίση στο περιοδικό «Ευρίπλειος Νομολογία»). Σχετική είναι και η μεταγενέστερη της παρούσας ad hoc γνωμοδότηση: Α. Μανιάτη, «Νομιμότητα και ευθυδικία για πρόσληψη ναυαγοσωστών», Επιθεώρησης Εργατικού Δικαίου 2009 (προς δημοσίευση) καθώς και η ad hoc μελέτη: Α. Μανιάτη, «Δικαίωμα ακροάσεως από τη λιμενική αρχή» (υπό κρίση στο περιοδικό «Το Σύνταγμα»). Διευκρινίζεται επίσης ότι υπάρχει νομολογία σε βάρος εμπλεκόμενων Δήμων για το εξεταζόμενο ζήτημα αλλά δεν έχει δημοσιευτεί στον τύπο και δεν έχει γίνει αντικείμενο επιστημονικού σχολιασμού (π.χ. οι οριστικές δικαστικές αποφάσεις 296/2007 και 298/2007 του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Καλαμάτας και ειδικά για το Δήμο Καλαμάτας η μετέπειτα της παρούσας γνωμοδότησεως οριστική δικαστική απόφαση 211/2008 του ίδιου δικαστηρίου σχετικά με μια παράβαση της ναυαγοσωστικής περιόδου 2007).

4. Αρ. πρωτ. Κεντρικού Λιμεναρχείου Καλαμάτας 2119.4.1/15/08, της 02.06.2008.

γνωστή καθυστέρηση συμμόρφωσης με το γράμμα του νόμου. Πρόκειται για το στερεότυπο υπηρεσιακό σχήμα της περιόδου χάριτος, το οποίο όμως περιορίζεται σε ένα υπερβολικά βραχύ διάστημα σε σημείο που τελικά δεν δόθηκε στον ελεγχόμενο ο εύλογος χρόνος για να μπορέσει να συντάξει και να αποστείλει το σχετικό έγγραφο.

Αυτό προσκρούει στην απαίτηση για χρηστή διοίκηση δεδομένου ότι πέρα από την αναμονή της απαντήσεως του ελεγχόμενου, χρειάζεται αναμονή και για τη θέση σε κίνηση της διαδικασίας εξεύρεσης του υπολειπόμενου αριθμού ναυαγοσωστών, η οποία από τη φύση της είναι πολύπλοκη και χρονοβόρα. Τονίζεται ότι δεν είναι δυνατόν κατά τρόπο αυτόματο και άμεσο, δηλαδή κατά παράκαμψη της νόμιμης διαδικασίας της σχετικής με το Α.Σ.Ε.Π., να προσληφθεί ο οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος, ακόμη και αν εκδηλώσει το ενδιαφέρον του προς το Δήμο και έχει τα νόμιμα προσόντα, εάν έχει πλέον λήξει η διαδικασία αυτή.

Ο Δήμος έχει προβεί στις προβλεπόμενες από την κείμενη νομοθεσία ενέργειες για την πρόσληψη ικανού αριθμού ναυαγοσωστών για τη ζώνη ευθύνης του και έχει επιδείξει αυξημένη επιμέλεια, όπως παγίως του ζητεί η λιμενική αρχή. Αυτό προκύπτει κυρίως από το γεγονός ότι δεν αρκέστηκε στην από το νόμο επιβαλλόμενη δημοσίευση σε 2 εφημερίδες της Μεσσηνίας στις 17.05.2008, αλλά έκανε έγκαιρα χρήση της επίσημης ιστοσελίδας του⁵. Ειδικότερα, ανάρτησε την ανακοίνωσή του⁶ περί της πληρώσεως 10 θέσεων ναυαγοσωστών για τη θερινή περίοδο 2008 στην κεντρική σελίδα της ιστοσελίδας.

Η ανακοίνωση αποτέλεσε εμπρόθεσμα αντικείμενο αποκλειστικού αφιερώματος εφημερίδας πανελλήνιας κυκλοφορίας⁷. Το γεγονός ότι το Μ.Μ.Ε ενήργησε με δική του πρωτοβουλία, αντλώντας τις σχετικές πληροφορίες από το Υπουργείο Εσωτερικών, δεν μειώνει την επιμέλεια του Δήμου, ο οποίος στις 16.05.2008 είχε ενημερώσει το Υπουργείο σε έντυπη και σε ηλεκτρονική μορφή για το διαγωνισμό αυτό.

Επιπλέον, ο Δήμος χωρίς ολιγωρία έχει προβεί, αρκετά πριν από την ημερομηνία των βεβαιώσεων παραβάσεων, στην ενδεδειγμένη ανακοίνωση για συμπληρωματικές προσλήψεις⁸.

Ειδικότερα, ανακοίνωσε στις 19.06.2008 ότι θα προσλάβει 9 ναυαγοσώστες με σύμβαση 3 μηνών. Είναι αξιοπρόσεκτο, ότι η διάρκεια της σύμβασης έχει ένα χρονικό ορίζοντα πιο εκτεταμένο από εκείνον της αρχικής προκήρυξης. Επομένως, η πρόσληψη του νέου εποχικού προσωπικού είναι ιδιαίτερα επωφελής για τους κολυμβητές εφόσον αυτοί αναμένεται ότι θα απολαμβάνουν τις υπηρεσίες αυτών των οργάνων και για ολόκληρο τον προσεχή Σεπτέμβριο και όχι μόνο μέχρι το πρώτο δεκαπενθήμερο του ίδιου μήνα. Η πρόβλεψη αυτή αποτελεί σαφές δείγμα εφαρμογής της αρχής της χρηστής διοικήσεως η οποία διέπει και το Δήμο Καλαμάτας και πρέπει να ληφθεί

5. [Http://www.kalamata.gr](http://www.kalamata.gr).

6. 16-05-2008, Αρ. πρωτ. 10022.

7. Ελεύθερος Τύπος 27.05.2008, «Βρίσκω δουλειά, 20 υπάλληλοι στην Καλαμάτα. Ο Δήμος ζητά αποκλειστικά αποφοίτους Λυκείου και Γυμνασίου», σ. 19.

8. 19-06-2008, Αρ. πρωτ. 13432.

υπόψη υπέρ του, όχι μόνο για το ζήτημα των επίμαχων βεβαιώσεων αλλά και για το σύστοιχο ζήτημα, αν χωρούν κυρώσεις για τις παραβάσεις που βεβαιώθηκαν στις 09.06.2008. Η νόμιμη υποχρέωση για επάνδρωση των ναυαγοσωστικών σταθμών ισχύει μόνο μέχρι τις 31.08.2008 και η περαιτέρω επάνδρωση επιδιώκεται όχι κατά δεσμία αρμοδιότητα, αλλά κατά χρήση της διακριτικής ευχέρειας του Δήμου, αφού λήφθηκε υπόψη όχι μόνο το δημόσιο συμφέρον αλλά και το συμφέρον των ναυαγοσωστών.

Πράγματι, αποτελεί ένα σημαντικό κίνητρο για τους ενδιαφερόμενους η διευρυμένη κατά μισό μήνα και κατά ένα μήνα (με βάση την αρχική και τη συμπληρωματική προκήρυξη 2008 αντίστοιχα) χρονική διάρκεια της εργασιακής τους σχέσεως. Αυτή η θεσμική καινοτομία αποδεικνύει την επιμέλεια του Δήμου στην έγκαιρη προσπάθειά του για προσέλκυση και πρόσληψη ικανού αριθμού ναυαγοσωστών για την τρέχουσα περίοδο.

Η προθεσμία των 10 ημερών για υποβολή αιτήσεων έληξε στις 30.06.2008 ενώ η σχετική ανακοίνωση είναι αναρτημένη στην ενότητα «Ανακοινώσεις» της προαναφερθείσας δημοτικής ιστοσελίδας και μετά την εκπνοή της προθεσμίας αυτής.

Εξάλλου, η περίοδος στην οποία, κατά ορθή χρήση της διακριτικής ευχέρειας πρέπει να ισχύσει η *gratia* προς το Δήμο δεν μπορεί *in abstracto* να είναι κατώτερη του εύλογου ποσοτικά ορίου του 10% της συνολικής χρονικής διάρκειας των αρχικά προκηρυγμένων θέσεων, η οποία είναι της τάξεως των 3,5 μηνών. Τονίζεται ότι η ημερομηνία των πρώτων βεβαιώσεων παραβάσεως για την τρέχουσα περίοδο, η 09.06.2008, αναμφίβολα εμπίπτει σε αυτό το ελάχιστο χρονικό διάστημα της κατά αφηρημένη προσέγγιση απαιτούμενης περιόδου χάριτος.

Όμως, η περίοδος αυτή *in concreto* ενδέχεται να είναι και αρκετά μεγαλύτερη κατ' εκτίμηση των περιστάσεων. Το αιτούμενο λοιπόν είναι το κύριο στάδιο της περιόδου χάριτος, αν θεωρηθεί ότι ως αρχικό στάδιο της ιδίας είναι το πρώτο τετραήμερο του Ιουνίου 2008, κατά το οποίο έγιναν οι υπηρεσιακοί έλεγχοι και συντάχθηκε και παραδόθηκε στο Δήμο το προαναφερθέν προειδοποιητικό «τελεσίγραφο». Η ημερομηνία των επίμαχων βεβαιώσεων, η 22.06.2008, είναι προφανές ότι υπάγεται στην κατά συγκεκριμένη προσέγγιση αναλογούσα περίοδο χάριτος, ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι ακόμη δεν είχε παρέλθει ο Ιούνιος, που είναι ο κατ' εξοχήν μήνας εξετάσεων για τα μαθήματα του εαρινού εξαμήνου στα τριτοβάθμια εκπαιδευτικά ιδρύματα. Επισημαίνεται ότι μερικοί από τους προσληφθέντες για την περίοδο 2007 ήταν φοιτητές σε απόμακρα ιδρύματα και προέβαλαν τη σχετική δικαιολογία για την απουσία τους τουλάχιστον μέχρι τα τέλη Ιουνίου.

Η αρχή της χρηστής διοικήσεως, η οποία κατά πρώτο λόγο δεσμεύει το Κεντρικό Λιμεναρχείο Καλαμάτας ως ελεγκτική υπηρεσία, επιβάλλει να ληφθεί υπόψη ότι κανένας απολύτως από τους ναυαγοσώστες της προηγούμενης θερινής περιόδου δεν ανταποκρίθηκε στην πρώτη δημοτική ανακοίνωση προσλήψεων για την περίοδο 2008.

Αυτό δείχνει ότι υπάρχει ένα σημαντικό ευρύτερο πρόβλημα, που εκφεύγει των δυνατοτήτων του Δήμου, ο οποίος δεν βαρύνεται με υπαιτιότητα ως προς την αποτυχία

εξεύρεσης ικανού αριθμού ναυαγοσωστών. Αντιθέτως, πρόκειται για μία δυσλειτουργία *ratione personae*, πιθανόν αποδοτέα κατά κάποιον τρόπο και στο εποχικό προσωπικό της περασμένης περιόδου. Είναι όμως θέμα περαιτέρω διερεύνησης, αν η κείμενη νομοθεσία χρήζει αναθεώρησης, έτσι ώστε να δοθούν περαιτέρω κίνητρα στους ναυαγοσώστες, ιδιαίτερα για την επάνδρωση ναυαγοσωστικών σταθμών πέραν των μεγάλων πολεοδομικών συγκροτημάτων της χώρας. Αυτό το ζήτημα εδράζεται στην αρχή του κοινωνικού κράτους δικαίου, όπως για πρώτη φορά διατυπώθηκε ρητά σε συνταγματικό επίπεδο με την αναθεώρηση του έτους 2001, στο πρώτο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρ. 25 του Συντ. Αφού η θεμελιώδης αυτή αρχή τελεί υπό την εγγύηση του Κράτους, αυτό οφείλει να εξετάσει το ενδεχόμενο λήψης σχετικών μέτρων. Εκτιμάται ότι χρειάζονται «επιθετικές» πολιτικές «στρατολόγησης» αντί για «ποινικοποίηση» της διαδικασίας πρόσληψης από τους υπόχρεους.

Στη 01.07.2008 αξιολογήθηκαν οι 7 κατατεθείσες αιτήσεις, από τις οποίες οι 6 έγιναν δεκτές. Ο σχετικός πίνακας κατάταξης επιτυχόντων αναρτήθηκε αυθημερόν στον πίνακα ανακοινώσεων του Δήμου, με προοπτική κατά την επόμενη ημέρα να γίνει η κατανομή των επιλεγέντων ανά ναυαγοσωστικό σταθμό. Αυτό σημαίνει ότι ο Δήμος διαθέτει συνολικά 7 ναυαγοσώστες για 6 θέσεις της ζώνης ευθύνης του, ανταποκρινόμενος πλήρως στις σχετικές νόμιμες υποχρεώσεις του, χωρίς να χρειάζεται και καινούρια συμπληρωματική προκήρυξη. Τονίζεται ότι οι μισοί από τους επιλεγέντες με την τελευταία προκήρυξη έλαβαν την απαιτούμενη άδεια ναυαγοσώστη από το Κεντρικό Λιμεναρχείο Καλαμάτας μόλις στις 30.06.2008. Πρόκειται για το καταληκτικό όριο της προθεσμίας για υποβολή των αιτήσεων και αναμφίβολα πολύ μετά από την πρώτη προκήρυξη για την τρέχουσα περίοδο, πράγμα που συντείνει στην εξήγηση της χωρίς υπαιτιότητα του Δήμου δυστοκίας της πρώτης προκήρυξης.

Δυνάμει της αρχής της «επανορθώσεως των κειμένων» ή «ευθυδικίας» (*equitas*), κλασική τεχνική της οποίας αποτελεί η *gratia* προς τους ελεγχομένους, ενόψει των περιστάσεων αρμόζει η λιμενική αρχή να μην λειτουργήσει περαιτέρω ως τιμωρός, για το σύνολο των βεβαιώσεων της τρέχουσας περιόδου. Αυτή η θέση ισχύει ανεξάρτητα από το γεγονός ότι και επί της ουσίας ο Δήμος έχει από την αρχή χειριστεί νόμιμα την υπόθεση και επομένως δεν αξίζει να υποστεί κυρώσεις.

Επισημαίνεται ότι το νήπινο δεν είναι αντιφατικό με το καθήκον του Κεντρικού Λιμεναρχείου Καλαμάτας έναντι του αρμόδιου Υπουργείου για σχετικούς επιτόπιους ελέγχους στο πλαίσιο της διαδικασίας για περιοδική, τακτική αναφορά του βαθμού επανδρώσεως των πόστων. Η επισήμανση αυτή ενισχύεται από το γεγονός ότι ο οικείος Υπουργός έχει ήδη ενημερωθεί για το προκληθέν ζήτημα, ως ο προς κοινοποίηση αποδέκτης της έγγραφης απολογίας του Δήμου προς το Λιμεναρχείο για τις πρώτες βεβαιώσεις παραβάσεων για την περίοδο 2008.

Εξάλλου, με βάση την κατά την παρ. 1 του άρθρ. 25 του Συντ. αρχή της αναλογικότητας δίνεται προτεραιότητα στην επάνδρωση όλων των πόστων των εγγύτερων προς την πόλη της Καλαμάτας και επομένως κατά τεκμήριο πλέον πολυσύχναστων. Αυτό έχει γίνει πράξη και στην τρέχουσα περίοδο καθώς ο μοναδικός ναυαγοσώστης ο ο-

ποίος ανταποκρίθηκε στην αρχική προκήρυξη υπηρετεί κανονικά στην πλέον κεντρική πλαζ, δηλαδή στο πόστο Νο 1 της Ανατολικής Παραλίας Καλαμάτας.

Τέλος, επισημαίνεται ότι ακόμη δεν φαίνεται να επιτρέπεται η προσφυγή με πληρωμή σε Μ.Μ.Ε. πέρα από τα τοπικά, δεδομένου ότι κάτι τέτοιο προσκρούει στην αντίθετη σχετική πρακτική του Μονομελούς Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου στο Νομό Μεσσηνίας. Είναι χαρακτηριστικό της εφαρμογής της αρχής της χρηστής διοικήσεως από το Δήμο ότι έχει διαφωνήσει με την αρμόδια Επίτροπο για το ζήτημα της διακοπής της συνδρομής του προς μία οικονομική εφημερίδα. Επειδή η Επίτροπος επέμεινε στην αρχική της θέση για μη θεώρηση του σχετικού εντάλματος πληρωμής, η διαφωνία μεταξύ της Επιτρόπου και του Δήμου έχει αναβιβαστεί στο αρμόδιο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο αναμένεται να επιλύσει τη διαφωνία αυτή με Πράξη του⁹.

III. Η συμπληρωματική περίοδος χάριτος δυνάμει της Ναυτικής Εβδομάδας

Η προαναφερθείσα προβληματική της αποτροπής των επαπειλούμενων προστίμων μέσα από την προσφυγή στις αρχές της επανορθώσεως των κειμένων (τεχνική της περιόδου χάριτος) και της χρηστής διοικήσεως (τεχνική του διαλόγου του ελεγχόμενου με τον ελέγχοντα), έχει έναν τακτικό και γενικό χαρακτήρα.

Όμως, συμπληρώνεται από τα δεδομένα της παρούσας συγκυρίας, δεδομένου ότι επιδόθηκαν οι κλήσεις προς απολογία στις 30.06.2008 και η τασσόμενη προθεσμία για απολογία λήγει στη 01.07.2008. Αυτό το ημερολογιακό διήμερο ανήκει σε ένα ευρύτερο χρονικό σύνολο, που ξεχωρίζει από την υπόλοιπη ναυαγοσωστική περίοδο.

Πρόκειται για τη Ναυτική Εβδομάδα, οι εκδηλώσεις της οποίας είναι προγραμματισμένες από την Κυριακή 29.06.2008 έως και την Κυριακή 06.07.2008. Αυτό το χρονικό διάστημα αποτελεί μία επίσημη περίοδο, η οποία καθιερώθηκε να εορτάζεται από το 1933, ανά διετία, με εκδηλώσεις που γίνονται σε ολόκληρη την Ελλάδα, χωρίς αναφορά σε κάποιο συγκεκριμένο ιστορικό γεγονός. Με τις εκδηλώσεις που γίνονται κατά τη διάρκεια αυτού του κλασικού θεσμού επιχειρείται να εκφραστεί η αγάπη του λαού και ιδιαίτερα της νεολαίας προς τη θάλασσα και να προβληθεί η συμβολή του Πολεμικού Ναυτικού, του Λιμενικού Σώματος και του Εμπορικού Ναυτικού στην εθνική άμυνα, στην οικονομική πρόοδο της χώρας και στις καθημερινές κοινωνικές ανάγκες. Ένας από τους επιδιωκόμενους σκοπούς είναι η, κατά τον πλέον αποδοτικό τρόπο, εκπλήρωση της διατήρησης της αγάπης προς τη θάλασσα και ανάπτυξη του ναυτικού πνεύματος στους νέους για την προσέλκυσή τους στα ναυτικά επαγγέλματα.

9. Διευκρινίζεται ότι μετά από την παρούσα γνωμοδότηση εκδόθηκε η Πράξη 0149 (Συνεδρίαση 19η/4.7.2008) του Τμήματος VII (Α' Διακοπών) του Ελεγκτικού Συνεδρίου η οποία αφού έλαβε υπόψη και την 4478/25.2.2008 γνωμοδότηση του Νομικού Συμβούλου του Δήμου Καλαμάτας απεφάνθη ότι το 346 χρηματικό ένταλμα πληρωμής του Δήμου πρέπει να θεωρηθεί, βλ. Α. Μανιάτη, «Συνδρομή σε οικονομική εφημερίδα» (γνωμ.), Δικογραφία Έκδοση Δικηγορικού Σύλλογου Λάρισας 2008-1, σσ. 6-9, Α. Μανιάτη, «Το ζήτημα της νομιμότητας συνδρομής σε οικονομική εφημερίδα» (γνωμ.) (υπό κρίση στο περιοδικό «Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου»).

Σε αυτή λοιπόν την εορταστική περίοδο, ταυτόχρονα συμβολική και ουσιώδη, εκτιμάται, ότι δεν πρέπει το Λιμενικό Σώμα, που είναι ένας από τους θεσμικούς πρωταγωνιστές της, να λειτουργεί ως διώκτης ή και ως τιμωρός των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης, οι οποίοι άλλωστε συμβάλλουν στην επιτυχία της Ναυτικής Εβδομάδας. Αντιθέτως, αρμόζει η απονομή χάριτος για τις υποτιθέμενες παραβάσεις, κάτι το οποίο αποτελεί γενικότερη καθιερωμένη τακτική των Ενόπλων Δυνάμεων και των Σωμάτων Ασφαλείας και σε άλλες εορταστικές περιόδους, όπως αυτή του Πάσχα. Είναι προφανές ότι η gratia δεν μπορεί να εκληφθεί ως ένα φιλανθρωπικό μέτρο επανορθώσεως των κειμένων μόνον υπέρ των ανδρών και γυναικών του προσωπικού αυτών των υπηρεσιών, αλλά ως μία γενικευμένη εφαρμογή του πνεύματος των εορτών υπέρ οποιουδήποτε εμπλεκόμενου νομικού ή φυσικού προσώπου. Αυτό ισχύει τουλάχιστον στην περίπτωση της Ναυτικής Εβδομάδας, η οποία δεν απευθύνεται στενά στο προσωπικό του Πολεμικού Ναυτικού, του Λιμενικού Σώματος και της Εμπορικής Ναυτιλίας, αλλά ως εκ της φύσεώς της στις τοπικές παραθαλάσσιες κοινωνίες και ιδιαίτερα στους οικείους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης, όπως είναι και ο Δήμος Καλαμάτας.

Μάλιστα, θα ήταν σκόπιμο η Εβδομάδα αυτή να αποσκοπεί κατά τρόπο επίσημο και συστηματικό στην προσέγκυση πολιτών, ιδίως νέων και ακόμη περισσότερο γυναικών οι οποίες αποτελούν μειονότητα στο εξεταζόμενο ζήτημα, στο εποχικό επάγγελμα του ναυαγοσώστη, το οποίο άλλωστε συνδέεται τοπικά και χρονικά με το θεσμό αυτό. Διευκρινίζεται ότι αυτές οι επισημάνσεις ισχύουν χωρίς να υποβαθμίζεται η σημασία των προαναφερθέντων για την ανάγκη παροχής κινήτρων για τη στελέχωση των ναυαγοσωστικών σταθμών ιδιαίτερα της επαρχίας.

IV. Επίλογος

Η προηγηθείσα κριτική θα μπορούσε να ληφθεί υπόψη για τον εκσυγχρονισμό μίας υπηρεσίας του κράτους που είναι αρμόδια να ελέγχει και να τιμωρεί τους διοικουμένους. Στο ευαίσθητο και συμβολικό ζήτημα της στρατολόγησης νέων προσοντούχων ως επαγγελματιών ναυαγοσωστών, αυτό το στρατιωτικά συντεταγμένο Σώμα Ασφαλείας θα πρέπει να επιδεικνύει μία στάση φιλική προς τους πολίτες και ιδιαίτερα προς τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης. Έκφανση αυτής της διαλλακτικότητας αποτελεί και η άφεση μίας ικανής περιόδου χάριτος, αρχής γενομένης με την έναρξη της ναυαγοσωστικής περιόδου, με έμφαση στην ανά διετία συγκυρία της Ναυτικής Εβδομάδας, εφόσον παρίσταται ακόμη ανάγκη. Το Λιμενικό Σώμα, το οποίο άλλωστε αξίζει να μετεξελιχθεί σε Ελληνική Ακτοφυλακή, ενδείκνυται να αποβάλει τη στρατιωτική κουλτούρα, της έστω επιεικούς τιμωρίας των a priori χαρακτηριζόμενων ως «παραβατών», στην ουσία της αντικειμενικής ευθύνης των υποχρέων, η οποία άλλωστε δεν είναι άσχετη και με περιόδους διακυβέρνησης της χώρας μέσω στρατιωτικών πραξικοπημάτων¹⁰.

10. Βλ. Α. Μανιάτη, «Δικαίωμα ακροάσεως από τη λιμενική αρχή» (υπό κρίση στο περιοδικό «Το Σύνταγμα»).

Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι το θέμα της επάνδρωσης των υπολειπόμενων ναυαγοσωστικών σταθμών του Δήμου Καλαμάτας έχει μόλις διευθετηθεί πλήρως χάρη στις έγκαιρες και επιμελείς ενέργειες του Δήμου. Εκτιμάται, ότι το γεγονός αυτό θα πρέπει να ληφθεί αρμοδίως υπόψη ως προς το ζήτημα της επιβολής κυρώσεων για οποιαδήποτε βεβαίωση παραβάσεως για την τρέχουσα περίοδο¹¹.

11. Διευκρινίζεται ότι μετέπειτα από την παρούσα γνωμοδότηση επιδόθηκαν στο Δήμο Καλαμάτας οι αποφάσεις του Κεντρικού Λιμενάρχη Καλαμάτας περί επιβολής προστίμων 15/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/50/2008), 16/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/51/2008), 18/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/53/2008), 17/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/52/2008), 14/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/49/2008) οι οποίες έχουν προσβληθεί στο Μονομελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Καλαμάτας μαζί με τη διοικητική παράλειψη του αρμοδίου οργάνου του Υπουργείου Εμπορικής Ναυτιλίας, Αιγαίου και Νησιωτικής Πολιτικής να αποφανθεί για την ασκηθείσα στις 24.07.2008 σχετική ιεραρχική προσφυγή του Δήμου (Αρ. Πρωτ. Δήμου Καλαμάτας 17228/24.07.2008). Ομοίως έχουν προσβληθεί και οι αποφάσεις του Κεντρικού Λιμενάρχη Καλαμάτας περί επιβολής προστίμων 19/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/71/2008), 20/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/72/2008), 21/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/73/2008), 22/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/74/2008), 23/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/75/2008) και η διοικητική παράλειψη του αρμοδίου οργάνου του Υπουργείου Εμπορικής Ναυτιλίας, Αιγαίου και Νησιωτικής Πολιτικής να αποφανθεί για την ασκηθείσα στις 13.08.2008 σχετική ιεραρχική προσφυγή, βλ. Α. Μανιάτη, «Δικαίωμα ακροάσεως από τη λιμενική αρχή» (υπό κρίση στο περιοδικό «Το Σύνταγμα»). Η πρώτη επιτυχής έκβαση υποθέσεως του ίδιου Δήμου έναντι του Κεντρικού Λιμενάρχη Καλαμάτας έχει επέλθει με τις όμοιες αποφάσεις του τελευταίου 56/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/123/2008), 55/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/122/2008), 59/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/126/2008), 57/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/124/2008) και 58/08 (Αριθ. Πρωτ. 2111.4.1/125/2008) της 18ης Σεπτεμβρίου 2008 για τις φερόμενες ως παραβάσεις της 01.07.2008, στις οποίες αφορά η γνωμοδότηση Α. Μανιάτη, «*Νομιμότητα και ενθυδικία για πρόσληψη ναυαγοσωστών*», Επιθεώρησης Εργατικού Δικαίου 2009 (προς δημοσίευση). Η αιτιολογία της μη επιβολής προστίμων είναι ότι το αρμόδιο όργανο αξιολόγησε θετικά την επιτυχή προσπάθεια του Δήμου προς πρόσληψη τελικά του απαραίτητου ναυαγοσώστη ανά ναυαγοσωστικό σταθμό. Πάντως, εκτιμάται ότι από τη σχετική απολογία διαφαινόταν ότι ήταν πολύ πιθανό να ευδοκίμωσε η δικαστική προσβολή τυχόν προστίμων για τη συγκεκριμένη περίπτωση.

Η ΑΝΕΞΑΡΤΗΣΙΑ ΤΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΑΡΧΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΤΗΣ ΡΥΘΜΙΣΤΙΚΗΣ ΑΡΧΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ

Καλλιόπης Ζαχαράκη*

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. *Ανεξάρτητες αρχές*

Οι ανεξάρτητες διοικητικές αρχές, είναι συλλογικά όργανα που ανήκουν στο νομικό πρόσωπο του Κράτους, έχουν ιδρυθεί με νόμους και έχουν γνωμοδοτικές ή και αποφασιστικές αρμοδιότητες σχετικές, είτε με τη λειτουργία της Δημόσιας Διοίκησης, είτε με τη ρύθμιση της άσκησης από ιδιώτες ή δημόσια νομικά πρόσωπα δραστηριοτήτων ιδιαίτερης σημασίας. Στις αρμοδιότητες αυτές περιλαμβάνεται η έκδοση κανονιστικών ή και ατομικών διοικητικών πράξεων που υπόκεινται σε αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Εξάλλου, το Δημόσιο ευθύνεται για τις παρανόμες πράξεις ή τυχόν παραλείψεις των αρχών σύμφωνα με το άρθρο 105 του ΕισΝΑΚ¹. Η ίδρυση αυτών των οργάνων αποσκοπεί στην κατά το δυνατόν πληρέστερη εφαρμογή της αρχής της αμεροληψίας².

Στο Σύνταγμα προβλέπονται πέντε ανεξάρτητες αρχές: α) η Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων (άρθρο 9Α), β) το Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης (άρθρο 15 παρ. 2), γ) η Αρχή Προστασίας του Απορρήτου των Επιστολών και της Ελεύθερης Ανταπόκρισης ή Επικοινωνίας (άρθρο 19 παρ. 2), δ) το Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (άρθρο 103 παρ. 7) και ε) ο Συνήγορος του Πολίτη (άρθρο 103 παρ. 9). Στο άρθρο 101 Α του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Όπου από το Σύνταγμα προβλέπεται η συγκρότηση και η λειτουργία ανεξάρτητης αρχής, τα μέλη της διορίζονται με ορισμένη θητεία και διέπονται από προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία, όπως νόμος ορίζει...» και στο άρθρο 56 παρ. 3 περ. β' προβλέπεται η δυνατότητα ίδρυσης με νόμο και άλλων ανεξάρτητων αρχών³.

Τις σχετικές με τις συνταγματικά κατοχυρωμένες ανεξάρτητες αρχές ρυθμίσεις, περιέχει ο Ν. 3051/2002 «Συνταγματικά κατοχυρωμένες ανεξάρτητες αρχές, τροποποίηση και συμπλήρωση του συστήματος προσλήψεων στο δημόσιο τομέα και συναφείς ρυθμίσεις» (ΦΕΚ Α' 220), στο πρώτο κεφάλαιο δε του νόμου αυτού κατοχυρώνεται η προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των μελών των ανεξάρτητων αρχών.

* Η Καλλιόπη Ζαχαράκη είναι Δικηγόρος Ηρακλείου.

1. Βλ. Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ε. Σπηλιωτόπουλου (2005) παρ. 294.

2. Βλ. Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ε. Σπηλιωτόπουλου (2005) παρ. 291.

3. Βλ. Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ε. Σπηλιωτόπουλου (2005) παρ. 292.

Από τις παραπάνω συνταγματικές διατάξεις και τις διατάξεις του Ν. 3051/2002, συνάγεται ότι ο συντακτικός νομοθέτης θέτει ορισμένους κανόνες για τη συγκρότηση και τη λειτουργία των ανεξάρτητων αρχών, στους οποίους περιλαμβάνεται μεταξύ άλλων, πρώτον η λειτουργική ανεξαρτησία των μελών των αρχών αυτών και ο αποκλεισμός οποιουδήποτε διοικητικού ελέγχου, προληπτικού ή κατασταλτικού, νομιμότητας ή σκοπιμότητας, δεύτερον ο διορισμός των μελών αυτών από τη Διάσκεψη των Προέδρων της Βουλής και τρίτον ο κοινοβουλευτικός έλεγχος των ανεξάρτητων αρχών. Από τις ίδιες συνταγματικές διατάξεις συνάγεται περαιτέρω, ότι ο κοινός νομοθέτης έχει την ευχέρεια να ιδρύει και άλλες, πλην των αναφερόμενων στο Σύνταγμα, ανεξάρτητες αρχές, για τις οποίες να παραπέμπει στους συνταγματικούς ως άνω κανόνες συγκρότησης και λειτουργίας, δεν αποκλείεται όμως να ιδρύει νέες αρχές, χαρακτηριζόμενες από τον ίδιο ως ανεξάρτητες, για τις οποίες να θεσπίζει ρητά διοικητικό έλεγχο και διάφορο, σε σχέση με το Σύνταγμα, τρόπο επιλογής των μελών τους. Ειδικότερα, όσον αφορά στις αρχές, που έχουν ιδρυθεί πριν από την αναθεώρηση του Συντάγματος και δεν περιλαμβάνονται σε κάποια από τις επιμέρους ως άνω διατάξεις αυτού, αυτές διέπονται ως προς τη συγκρότηση και λειτουργία τους αποκλειστικά από τις ρυθμίσεις που έχει θεσπίσει ο κοινός νομοθέτης ⁴.

2. Ειδικότερα η ανεξαρτησία της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας.

Η Ρ.Α.Ε. έχει ιδρυθεί πριν από την τελευταία αναθεώρηση του Συντάγματος και δεν περιλαμβάνεται στις προβλεπόμενες από αυτό ανεξάρτητες αρχές. Η συγκρότηση και η λειτουργία της διέπονται αποκλειστικά από τις ρυθμίσεις που έχει θεσπίσει ο νομοθέτης με το Ν. 2773/99, χωρίς να υπόκειται για τα θέματα αυτά σε κανένα συνταγματικό περιορισμό. Περαιτέρω, ο Ν. 3051/2002 εφαρμόζεται αποκλειστικά και μόνο στις συνταγματικά κατοχυρωμένες ανεξάρτητες αρχές και συνεπώς δεν έχει εφαρμογή επί της Ρ.Α.Ε. η οποία διέπεται από το Ν. 2773/1999. Από τις διατάξεις δε του τελευταίου αυτού νόμου συνάγεται ότι η Ρ.Α.Ε. ως αρχή, έχει μεν διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια, υπόκειται όμως στην εποπτεία του Υπουργού Ανάπτυξης, η οποία περιλαμβάνει τον έλεγχο νομιμότητας όλων των πράξεών της και τούτο παρά τον χαρακτηρισμό αυτής ως ανεξάρτητης αρχής και παρά την αναφερόμενη στο νόμο λειτουργική ανεξαρτησία των μελών της και την προβλεπόμενη άσκηση αιτήσεως αναθεώρησης κατά των πράξεών της. Η αναγνώριση διοικητικής αυτοτέλειας της Ρ.Α.Ε. και προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας των μελών της, έχει σημασία ως προς την εκτέλεση εντολών ή διαταγών, αλλά δεν απαλλάσσει από την υποχρέωση τήρησης της αρχής της νομιμότητας, που είναι σύμφυτη με τη δράση της ως κρατικής αρχής και ρητά προβλέπεται στο νόμο, ως και του σχετικού ελέγχου των πράξεών της.

4. Βλ. Βελ. Καράκωστα, *Οι κατά το Σύνταγμα ανεξάρτητες αρχές και η δικονομική τους θέση*, ΝοΒ 51, σελ. 2087 επ., Εισήγηση Ευ. Βενιζέλου και Φ. Κουβέλη επί του Συντάγματος, σελ. 1165-66 και 1277 επ. αντίστοιχα.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 2 του Ν. 2773/1999, όπως ισχύει, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων της, η Ρ.Α.Ε. εποπτεύεται από τον Υπουργό Ανάπτυξης, ο οποίος ελέγχει τη νομιμότητα των πράξεών της και κινεί πειθαρχικό έλεγχο κατά των μελών της. Αξίζει να σημειωθεί ότι το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους (Ν.Σ.Κ) στην υπ' αριθ. 384/2004 γνωμοδότηση της Ολομέλειας, σκέψη ΙΙΙ, αναφέρει ότι στο πλαίσιο της ενιαίας προσωπικότητας του κράτους, εντός του οποίου αναπτύσσεται η συνολική δράση του και ειδικότερα εντός του πλαισίου της εκτελεστικής εξουσίας, καθ' ο μέρος ασκείται από την Κυβέρνηση, κάθε Υπουργός ασκεί τις αρμοδιότητες που ορίζει ο νόμος στα άρθρα 26, 81, 82, 83 του Συντάγματος και άρθρα 10 παρ. 1 περ. στ' και 16 του Ν. 1556/1985 «Κυβέρνηση και Κυβερνητικά Όργανα» (ΦΕΚ Α' 137). Ο προβλεπόμενος από την παράγραφο 2 του άρθρου 4 του Ν. 2773/1999, κατασταλτικός έλεγχος νομιμότητας των πράξεων της Ρ.Α.Ε. αποτελεί κατά το Ν.Σ.Κ, μορφή ιεραρχικού ελέγχου, ενόψει του γεγονότος ότι η Ρ.Α.Ε. δεν έχει ίδια νομική προσωπικότητα, αλλά είναι διοικητικό όργανο που ανήκει στο νομικό πρόσωπο του Κράτους⁵ και όχι μορφή διοικητικής εποπτείας επ' αυτής. Σύμφωνα με το Ν.Σ.Κ, ακόμα και αν θεωρηθεί ότι θεσπίζεται μορφή διοικητικής εποπτείας, ενόψει της διοικητικής και οικονομικής αυτοτέλει της Ρ.Α.Ε.⁶, παρέχεται σε κάθε περίπτωση, στον Υπουργό Ανάπτυξης, αφενός, η αρμοδιότητα να ακυρώνει τις μη νόμιμες πράξεις της Ρ.Α.Ε., και αφετέρου, το δικαίωμα να ζητεί πληροφορίες από τη Ρ.Α.Ε. για την εν γένει δραστηριότητά της στο πλαίσιο της διοικητικής εποπτείας. Τόσο ο κατασταλτικός ιεραρχικός έλεγχος νομιμότητας όσο και η κατασταλτική διοικητική εποπτεία νομιμότητας, παρέχουν κατά το Ν.Σ.Κ, την ικανότητα (αρμοδιότητα), στην προϊσταμένη, ή την εποπτευόμενα αρχή, ακυρώσεως των παρανόμων πράξεων της υφισταμένης ή εποπτευόμενης δημόσιας «υπηρεσίας» και το δικαίωμα να ζητούν πληροφορίες από τις υφιστάμενες ή εποπτευόμενες υπηρεσίες για την εν γένει δράση τους⁷.

Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 5 Ν. 2773/1999, κατά των πράξεων της Ρ.Α.Ε. προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης αίτησης αναθεώρησης εντός προθεσμίας 30 ημερών από τη γνώση ή την κοινοποίηση της αντίστοιχης πράξης. Γίνεται δεκτό ότι η αίτηση αναθεώρησης έχει το χαρακτήρα ενδικοφανούς προσφυγής, ασκείται ενώπιον της Ρ.Α.Ε., η οποία κρίνει επ' αυτής, ελέγχοντας τόσο τη νομιμότητα όσο και την ου-

5. Βλ. ΣτΕ 1337/2003 καθώς και ΣτΕ 1648/2007 και 2094/2007. Με την παρ. 16 του άρθρου 8 του Ν. 703/1977, που προστέθηκε με την παρ. 9 του άρθρου 10 του Ν. 3373/2005, ορίστηκε ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού έχει διακεκριμένη νομική προσωπικότητα.

6. Πρβλ Ο λ. ΣτΕ 872/1992.

7. Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλου, ό. π. υποσημ. 38, παρ. 247-249, σελ. 259-261, Γ. Παπαχατζή, *Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα Διοικητικού Δικαίου*, 1983, παρ. 47, σελ. 242-243, παρ. 88, σελ. 536-540 και ιδίως 539, παρ. 102, σελ. 745-756 και ιδίως 751, Η. Κυριακόπουλου, *Ελληνικών Διοικητικών Δίκαιον*, 1958, τόμος Β', παρ. 38, σελ. 95 και ιδίως 97 και 98, Α. Τάχου, *Η εποπτεία του Κράτους επί των αυτοδιοικουμένων Οργανισμών Δημοσίου Δικαίου*, 1968, παρ. 4.2 σελ. 23, και παρ. 12 σελ. 57 επ., του ιδίου, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, 2000, παρ. 54.5.α(2), σελ. 268-269, και «Πορίσματα Νομολογίας ΣτΕ 1929-59», σελ. 114-116 και 143-145, ΣτΕ 872/1992 Ολ.

σία της προσβαλλόμενης πράξης. Κατά των πράξεων της Ρ.Α.Ε. που εκδίδονται επί αιτήσεως αναθεώρησης, εφόσον πρόκειται για εκτελεστές αποφάσεις, προβλέπεται δυνατότητα άσκησης αίτησης ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, η απόφαση του οποίου προσβάλλεται με έφεση ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Τέλος, το Ελεγκτικό Συνέδριο ασκεί κατασταλτικό έλεγχο επί διαχειριστικών θεμάτων και η Ρ.Α.Ε. υποβάλλει ετησίως αναφορά και απολογισμό των δραστηριοτήτων και πεπραγμένων της.

Σε κάθε περίπτωση, πρέπει να σημειωθεί ότι η «εποπτεία» που προβλέπεται στο Ν. 2773/1999, αντιστοιχεί σε μία έννοια «ιδιότυπη» και «χαλαρή», αφού επιβάλλεται να ασκείται με φειδώ, έτσι ώστε να μη θίγεται η ανεξαρτησία της αρχής. Για το λόγο αυτό, η ως άνω γνωμοδότηση του Ν.Σ.Κ κρίνεται ότι δε συμβαδίζει πλέον με τη νέα τάση, η οποία διαμορφώνεται όσον αφορά την ουσιαστικότερη κατοχύρωση της λειτουργικής ανεξαρτησίας της ρυθμιστικής αρχής, σύμφωνα προς τις απαιτήσεις της κοινοτικής οδηγίας 2003/54/EK, για τον περιορισμό της κηδεμονίας της εκτελεστικής εξουσίας. Συγκεκριμένα, με την παρ. 1 του άρθρου 23 της οδηγίας, τα κράτη μέλη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να ορίσουν ένα ή περισσότερα αρμόδια όργανα ως ρυθμιστικές αρχές στον τομέα της ενέργειας, τα οποία πρέπει να είναι «ανεξάρτητα από τα συμφέροντα του κλάδου της ενέργειας [...] και υπεύθυνα τουλάχιστον, για τη διασφάλιση της αμεροληψίας». Όμως, στην περίπτωση της Ελλάδας, το κράτος ελέγχει το 51% της εταιρείας που κατέχει τη δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά. Για το λόγο αυτό, η κατά τα ως άνω πρόβλεψη ελέγχου νομιμότητας των πράξεων της Ρ.Α.Ε. από τον Υπουργό Ανάπτυξης, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι δε συνάδει με τις διατάξεις της οδηγίας 2003/54/EK περί ανεξαρτησίας του ρυθμιστή, ανεξαρτησία η οποία ως όρος, θα πρέπει να έχει τα ίδια χαρακτηριστικά με εκείνα που ο Συντακτικός νομοθέτης επιφυλάσσει, βάσει του άρθρου 101Α παρ. 1 του Συντάγματος, για τις αρχές που ο ίδιος κατοχυρώνει⁸. Εξάλλου, εάν ο νόμος προβλέπει την προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των μελών της αρχής, τυχόν πρόβλεψη ιεραρχικού ελέγχου είναι αντίφαση που καθιστά τη ρύθμιση ανεφάρμοστη⁹.

8. Πρβλ. την περίπτωση του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης. Συγκεκριμένα, όπου ενώ με το άρθρο 14, παρ. 25 του Ν. 2328/1995 «Νομικό καθεστώς της ιδιωτικής τηλεόρασης και της τοπικής ραδιοφωνίας, ρύθμιση θεμάτων της ραδιοτηλεοπτικής αγοράς και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 159), είχε προβλεφθεί ότι κατά την «έκδοση πράξης του Υπουργού Τύπου και ΜΜΕ, ύστερα από σύμφωνη γνώμη του Εθνικού Συμβουλίου Ραδιοτηλεόρασης, η αρμοδιότητα του Υπουργού περιορίζεται στον έλεγχο νομιμότητας της απόφασης του ΕΣΡ», με το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 2863/2000 «Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης και άλλες αρχές και όργανα του τομέα παροχής ραδιοτηλεοπτικών υπηρεσιών» (ΦΕΚ Α' 262/29.11.2000), «Τα μέλη του ΕΣΡ απολαμβάνουν προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας και κατά την άσκηση των καθηκόντων τους δεν υπόκεινται σε διοικητικό έλεγχο». Βλ. επίσης, τα άρθρα 15 παρ. 2 και 101Α παρ. 1 του Συντάγματος «περί προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας», καθώς και το Ν. 3310/2005 «Μέτρα για τη διασφάλιση της διαφάνειας και την αποτροπή καταστρατηγήσεων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (ΦΕΚ Α' 30/14.2.2005), όπως τροποποιήθηκε με το Ν. 3414/2005 (ΦΕΚ Α' 279/10.11.2005).

9. Βλ. *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου* Ε. Σπηλιωτόπουλου (2005) παρ. 293.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Σε καμία περίπτωση όμως, η ανεξαρτησία των ρυθμιστικών αρχών δε συνεπάγεται απουσία ελέγχου των πράξεών τους, εκδοχή η οποία εμπερικλείει τον κίνδυνο της δημιουργίας μίας ανεξέλεγκτης τέταρτης, -πέραν της νομοθετικής, εκτελεστικής και δικαστικής- δημόσιας εξουσίας. Αντιθέτως, επιβάλλεται η πρόβλεψη ειδικών διαδικασιών για τη διασφάλιση του ελέγχου της δράσης των αρχών αυτών. Στο πλαίσιο αυτό γίνεται δεκτό, ότι θα πρέπει να λαμβάνονται τόσο προληπτικά μέτρα που αφορούν την διαφάνεια κατά τη λήψη αποφάσεων, όπως είναι οι σαφείς και προκαθορισμένες ανοιχτές διαδικασίες, η δημοσίευση των αποφάσεων και της αιτιολογίας τους, όσο και μέτρα *ex post* ελέγχου, όπως η διαμόρφωση κατάλληλων δικονομικών προβλέψεων που επιτρέπουν τον δικαστικό έλεγχο των αποφάσεων των ανεξάρτητων αρχών, η υποβολή ετησίων εκθέσεων στο Κοινοβούλιο και ο έλεγχος των οικονομικών τους στοιχείων.



ΑΝΑΚΟΠΗ
ΑΝΑΚΟΠΗ ΑΡΘΡΟΥ 73 ΤΟΥ ΚΩΔΙΚΑ ΕΙΣΠΡΑΞΕΩΣ
ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΣΟΔΩΝ (Ν.Δ. 359/1974),
ΟΠΩΣ ΙΣΧΥΕΙ ΜΕ ΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Κ.Δ.Δ. Ν. 2717/1999,
ΑΡΘΡΑ 217 ΕΠ. ΚΑΙ ΜΕΤΑ
ΤΙΣ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 3659/2008



Νάντια Καμπέλη*

ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Με τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999) ρυθμίστηκε το νομοθετικό καθεστώς για την εκδίκαση των διαφορών που αναφύονται κατά την είσπραξη των Δημοσίων Εσόδων.

Οι σχετικές ρυθμίσεις περιέχονται στο πρώτο τμήμα του δεύτερου μέρους (άρθρα 216 επ. του Κ.Δ.Δ.), ενώ κάποιες τροποποιήσεις επήλθαν με το Ν. 3659/2008. Σύμφωνα με το άρθρο 285 του Κ.Δ.Δ. (Ν. 2719/1999), οι προγενέστερες γενικές και ειδικές ρυθμίσεις παύουν να ισχύουν εφ'όσον αναφέρονται σε θέμα που ρυθμίζεται από τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

Η προβλεπόμενη από τις διατάξεις του Κ.Ε.Δ.Ε. ανακοπή και από τα άρθρα 217 επ. του Κ.Δ.Δ., αποτελεί το ένδικο βοήθημα, το οποίο ασκείται ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου και έχει ως αίτημα την ακύρωση των πράξεων που προηγούνται και έπονται της έναρξης της διοικητικής εκτέλεσης.

Η αιτιολογική έκθεση του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας σχετικά με την ανωτέρω διάταξη ορίζει ότι «Με την ανακοπή προσβάλλονται όλες οι πράξεις που εκδίδονται από την ταμειακή βεβαίωση της οφειλής έως την ολοκλήρωση της διαδικασίας εκτέλεσης».

1. Φύση ανακοπής άρθρου 217 επ. Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας.

Αποτελεί ιδιόμορφο ένδικο βοήθημα, το οποίο έχει σκοπό τη δικαστική προστασία του οφειλέτη, του οποίου η υπόθεση έφθασε στο τελικό στάδιο της πληρωμής του χρέους, είναι μέσο άμυνας για τον ανακόπτοντα, με τα χαρακτηριστικά του εξαιρετικού επικουρικού και εσχάτου ενδίκου βοηθήματος.

Αποτελεί επίσης αναπληρωματικό ένδικο βοήθημα στις περιπτώσεις στις οποίες δεν χορηγείται από το νόμο προσφυγή ουσίας, για την κατά νόμο και ουσία αμφισβήτηση της καταλογιστικής πράξης.

* Η Νάντια Καμπέλη είναι Δικηγόρος Ηρακλείου.

2. Διαφορά ανακοπής –προσφυγής

Η ανακοπή του άρθρου 217 του Κ.Δ.Δ. πρέπει να διακρίνεται από την προσφυγή του άρθρου 63 του Κ.Δ.Δ., διότι εμφανίζει σημαντικές διαφορές.

Στην προσφυγή του άρθρου 63 Κ.Δ.Δ. προβάλλονται λόγοι που αφορούν στη βεβαίωση εν ευρεία εννοία (φορολογική) και μπορούν να προσβάλουν τόσο την ουσιαστική όσο και τη νομική βασιμότητα της οφειλής. Αντίθετα, στην ανακοπή του άρθρου 217 Κ.Δ.Δ. προβάλλονται λόγοι που αφορούν στη βεβαίωση εν στενή εννοία (ταμειακή). Η ανακοπή του άρθρου 217 παρ. 1 Κ.Δ.Δ. ασκείται μετά τη σύσταση του νομίμου τίτλου και την ταμειακή βεβαίωση του χρέους και στρέφεται κατά της βεβαιωτικής διαδικασίας.

Εάν ο απειλούμενος με διοικητική εκτέλεση ασκήσει την ανακοπή του άρθρου 217, παραπονούμενος ότι δεν οφείλει το φόρο που του ζητείται, το αρμόδιο διοικητικό δικαστήριο θα εξετάσει τη νομιμότητα της διοικητικής διαδικασίας η οποία προηγήθηκε, χωρίς να εξετάσει το ουσιαστικό θέμα της οφειλής, το οποίο αποτελεί αντικείμενο προσφυγής ουσίας. Εάν δηλαδή ο οφειλέτης δεν άσκησε μέσα στη νόμιμη προθεσμία την προσφυγή κατά της εναντίον του καταλογιστικής πράξης των φορολογικών οργάνων, δεν μπορεί να προβάλει λόγους μη οφειλής με την ανακοπή. Είναι όμως δυνατή με την ανακοπή, η προβολή λόγων αναγόμενων στο κατ' ουσίαν βάσιμο της αιτήσεως του Δημοσίου, στην περίπτωση που ο ανακόπτων υποκειμενικά δεν έχει δικαίωμα προσφυγής ενώπιον δικαστηρίου και διοικητικής επιτροπής που αποφαινεται με ισχύ δεδικασμένου, όπως π.χ. ο εγγυητής, ο οποίος μη αμέσως βαρυνόμενος εκ της πράξεως δικαιούται να αμφισβητήσει την ουσιαστική βασιμότητα της οφειλής του με την ανακοπή, προκειμένου να μην στερηθεί του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος της δικαστικής προστασίας και της προηγούμενης ακρόασης (άρθρο 20 παρ. 1 και 2 Συντάγματος).

Ειδικότερα, η παρέμβαση των διοικητικών δικαστηρίων έπεται από την άσκηση ανακοπής είναι πάντοτε κατασταλτική ενώ έπεται από την άσκηση προσφυγής η εξουσία των δικαστηρίων είναι προληπτική, αφού ελέγχοντας το νόμιμο τίτλο ουσιαστικά προλαμβάνουν τη διοικητική εκτέλεση.

3. Ενεργητική και παθητική νομιμοποίηση

Κατά το άρθρο 30 του Ν. 3659/2008 που αντικατέστησε την παράγραφο 1 του άρθρου 219 του Κ.Δ.Δ.¹ «προς άσκηση ανακοπής νομιμοποιείται εκείνος, που έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον και στον οποίο αναγνωρίζεται τέτοιο δικαίωμα από ειδική διάταξη νόμου».

1. Πριν την αντικατάστασή του το άρθρο 219 παρ. 1 είχε ως εξής «Προς άσκηση ανακοπής νομιμοποιούνται α) στις περιπτώσεις α', β', γ' και ε' της παρ. 1 του άρθρου 217: ο καθ' ου ή ο θυγόμενος ενυπόθηκος δανειστής, β) στην περίπτωση δ' της παρ. 1 του άρθρου 217: ο καθ' ου ή οι θυγόμενοι δανειστές, γ) στην περίπτωση α' της παρ. 2 του άρθρου 217: το Δημόσιο, εκπροσωπούμενο από τον προϊστάμενο της Δ.Ο.Υ. ή του τελωνείου, ενώ δ) στην περίπτωση β' της παρ. 2 του άρθρου 217 ο σύνδικος της πτώχευσης».

Σύμφωνα με τα άρθρα 30 και 31 του Ν. 3659/2008² ο διαγραφόμενος στο άρθρο 219 του Κ.Δ.Δ. κύκλος των προσώπων, τα οποία νομιμοποιούνται ενεργητικά προς άσκηση ανακοπής, στο πλαίσιο της ειδικής διαδικασίας διαφορών διοικητικής εκτέλεσης, είναι ελλιπής, με αποτέλεσμα τη δημιουργία δικονομικής ασάφειας, που επιδρά στο παραδεκτό του ως άνω ενδίκου βοηθήματος και συνακόλουθα, στην ταχύτητα εκδικάσεως των σχετικών υποθέσεων.

Σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 219 του Κ.Δ.Δ. η ανακοπή με την οποία προσβάλλεται πράξη της ταμειακής βεβαίωσης εσόδου, κατασχετήρια έκθεση, πρόγραμμα πλειστηριασμού, έκθεση πλειστηριασμού, δήλωση του προϊσταμένου της Δ.Ο.Υ. ή του τελωνείου για την ύπαρξη απαίτησης δημοσίου δικαίου ή προνομίου του Δημοσίου, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 62 του Κ.Ε.Δ.Ε., στρέφεται κατά του Δημοσίου, το οποίο εκπροσωπείται από τον προϊστάμενο της Δ.Ο.Υ. ή του τελωνείου που επισπεύδει την εκτέλεση, στον οποίο επιδίδεται η ανακοπή³.

Ειδικά στην περίπτωση που η ανακοπή προσβάλλει έκθεση πλειστηριασμού, κοινοποιείται, με ποινή απαραδέκτου και στον αρμόδιο για τον πλειστηριασμό υπάλληλο, καθώς και στον υπερθεματιστή.

Στην περίπτωση, κατά την οποία, με την ανακοπή προσβάλλεται πίνακας κατάταξης, στρέφεται κατά του επισπεύδοντος την εκτέλεση Δημοσίου, το οποίο εκπροσωπείται από τον προϊστάμενο της Δ.Ο.Υ. ή του τελωνείου που επισπεύδει την εκτέλεση. Στην περίπτωση αυτή η ανακοπή κοινοποιείται, με ποινή απαραδέκτου και στον αρμόδιο για τον πλειστηριασμό υπάλληλο, καθώς και στους δανειστές που έχουν καταταγεί. Οι σχετικές αυτές κοινοποιήσεις προς τα λοιπά πρόσωπα, πρέπει να γίνουν με επιμέλεια των διαδίκων και όχι με επιμέλεια της γραμματείας του Δικαστηρίου.

Εφαρμόζεται ακόμα και η διάταξη της παρ. 7 του άρθρου 28 του Ν. 2579/1998, η οποία, σύμφωνα με το άρθρο 285 του Κώδικα, διατηρεί την ισχύ της. Κατά τη διάταξη αυτή, στις περιπτώσεις που υπηρεσίες του Δημοσίου εφαρμόζοντας τις διατάξεις του Ν. Δ/τος 356/1974 επιμελούνται για την είσπραξη εσόδων άλλων νομικών προσώπων, υπέρ των οποίων εφαρμόζονται οι διατάξεις αυτές, στις σχετικές δίκες που δημιουργούνται δε νομιμοποιείται να παρίσταται ως διάδικος το Δημόσιο, αλλά το ενδιαφερόμενο νομικό πρόσωπο.

4. Προσβαλλόμενες πράξεις και λόγοι ανακοπής

Σύμφωνα με το άρθρο 217 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ. ανακοπή χωρεί κατά κάθε πράξης που εκδίδεται στα πλαίσια της διαδικασίας της διοικητικής εκτέλεσης.

Ειδικότερα, η ανακοπή του άρθρου 217 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ. διακρίνεται:

Α) Στην ανακοπή που ασκείται πριν από την έναρξη της εκτέλεσης και στρέφεται κατά συγκεκριμένης πράξης, η οποία είναι εκτελεστή διοικητική πράξη και εκδίδεται

2. Κεφάλαιο β' Λοιπές διατάξεις για τη βελτίωση και επιτάχυνση της δίκης, άρθρα 30 και 31

3. Έτσι παύει να ισχύει η διάταξη του άρθρου 74 παρ.1 εδ. β' του Κ.Ε.Δ.Ε. που ορίζει ότι η ανακοπή τρίτου πρέπει να απευθύνεται κατά του επισπεύδοντος την εκτέλεση Δημοσίου και κατά του οφειλέτη, καθώς και η διάταξη του άρθρου 85 παρ. 1 του Κ.Ε.Δ.Ε. που προβλέπει κοινοποίηση των σχετικών δικογράφων στον Υπουργό Οικονομικών.

από διοικητικό όργανο και παράγει έννομες συνέπειες. Ασκείται παραδεκτά, μετά την εν στενή εννοία βεβαίωση (ταμειακή), της καταχώρισης δηλαδή των στοιχείων των τίτλων είσπραξης που περιέχονται στα αρμόδια ταμειακά όργανα, στο βιβλίο βεβαίωσης εσόδων και στο βιβλίο εισπρακτέων εσόδων.

Η ατομική ειδοποίηση, με την οποία καλείται ο διοικούμενος να καταβάλει το χρέος του, δεν αποτελεί εκτελεστή της διαδικασίας της διοικητικής εκτέλεσης πράξης, αλλά πληροφοριακό έγγραφο κατά του οποίου δεν χωρεί ανακοπή. Η ανακοπή όμως κατά της ατομικής ειδοποίησης μπορεί να ερμηνευτεί ότι στρέφεται κατά της αντίστοιχης πράξης ταμειακής βεβαίωσης, η οποία και μόνο είναι προσβλητή με ανακοπή, όπως είχε γίνει νομολογιακά δεκτό και υπό την ισχύ του προγενέστερου δικονομικού καθεστώτος.

Η ανακοπή πριν από την έναρξη της διοικητικής εκτέλεσης ασκείται από τον οφειλέτη και στρέφεται κατά του Δημοσίου, το οποίο εκπροσωπείται από τον προϊστάμενο της αρμόδιας Δ.Ο.Υ. ή του Τελωνείου.

i) Σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 1 Κ.Ε.Δ.Ε.

Στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 Κ.Ε.Δ.Ε., οι λόγοι ανακοπής αποκαλούνται «αντιρρήσεις». Σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο «Δια της ανακοπής επιτρέπεται η προβολή πάσης αντιρρήσεως α) του ουσιαστικού δικαίου β) του δικονομικού δικαίου γ) πλέον τούτων επιτρέπεται η αμφισβήτηση του κατ'ουσίαν βασίμου της απαιτήσεως, εφ' όσον ο προσδιορισμός ταύτης δεν έχει ανατεθεί εις διοικητικά δικαστήρια ή διοικητικές επιτροπές αποφενόμενες μετά δυνάμεως δεδικασμένου».

Οι αντιρρήσεις ουσιαστικού δικαίου δεν πρέπει να συγχέονται με τις αμφισβητήσεις του κατ'ουσίαν βασίμου της αιτήσεως του Δημοσίου, διότι η συγκεκριμένη περίπτωση αναφέρεται στο στάδιο της βεβαίωσης εν στενή εννοία.

ii) Σύμφωνα με το άρθρο 217 του Κ.Δ.Δ.

Η διατύπωση του άρθρου 217 του Κ.Δ.Δ. γεννά το ερώτημα, εάν η παράλειψη αναφοράς του νομίμου τίτλου, ως πράξεως κατά της οποίας μπορεί να ασκηθεί ανακοπή, είναι ηθελημένη με σκοπό τον αποκλεισμό της ανακοπής κατά του νομίμου τίτλου ή αν μπορεί να θεωρηθεί ότι ανακοπή κατά του νομίμου τίτλου εμπίπτει στο «ιδίως» που χρησιμοποιείται από τη διάταξη αυτή. Στην αιτιολογική έκθεση του Κώδικα, ορίζεται σχετικά με την ανωτέρω διάταξη ότι «με την ανακοπή προσβάλλονται όλες οι πράξεις που εκδίδονται από την ταμειακή βεβαίωση της οφειλής έως την ολοκλήρωση της διαδικασίας της εκτέλεσης». Όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση, σκοπός του νομοθέτη ήταν ο διαχωρισμός των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο της διοικητικής εκτέλεσης, από τις διαφορές που ανάγονται στο στάδιο της βεβαιώσεως (εν ευρεία εννοία) των καταλογιζόμενων δημοσίων βαρών και εν γένει δημοσίων εσόδων. Επομένως υπό την ισχύ του Κ.Δ.Δ. καταργήθηκε η προβλεπόμενη από το άρθρο 73 (παρ. 1) του Κ.Ε.Δ.Ε. ανακοπή κατά του νομίμου τίτλου, όπως κρίθηκε και με

τις με αριθμό 2253/2002 και 3529/2001 αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας ⁴.

Δεν είναι νόμιμος τίτλος είσπραξης και μπορεί να προσβληθεί με ανακοπή ή σχετική πράξη, εάν π.χ. α) εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο β) στερείται αιτιολογίας, εκδόθηκε από συλλογικό όργανο που δεν συγκροτήθηκε νόμιμα, γ) έχει προταθεί για συμψηφισμό με απαίτηση την οποίαν έχει ο οφειλέτης κατά του Δημοσίου δ) έχει βεβαιωθεί σε πρόσωπο μετά το θάνατό του ε) δεν τηρήθηκε η υπό του νόμου υποχρέωση τήρησης ορισμένης διαδικασίας για την έκδοση νομίμου τίτλου, όπως π.χ. η διενέργεια ελέγχου και η σύνταξη έκθεσης ελέγχου στ) δεν κοινοποιήθηκε στον οφειλέτη ο νόμιμος τίτλος ή δεν κοινοποιήθηκε έγκυρα ζ) εκκρεμεί προσφυγή κατ' αποφάσεως του Προϊσταμένου της Δ.Ο.Υ.

Όλοι οι παραπάνω λόγοι μπορεί να προβληθούν τόσο στο στάδιο πριν από την έναρξη της διοικητικής εκτέλεσης, όσο και μετά την έναρξη αυτής.

Β) Στην ανακοπή που ασκείται μετά την έναρξη της διοικητικής εκτέλεσης κατά των διαδικαστικών πράξεων αυτής:

- 1) Της κατασχετήριας έκθεσης
- 2) Του προγράμματος πλειστηριασμού
- 3) Της έκθεσης πλειστηριασμού
- 4) Του πίνακα κατάταξης

Ασκείται από τον οφειλέτη εναντίον του οποίου κινείται ή κινήθηκε η διοικητική εκτέλεση και στρέφεται κατά του Δημοσίου το οποίο εκπροσωπείται από τον Προϊστάμενο της Δ.Ο.Υ. ή του Τελωνείου.

Αίτημα της ανακοπής αυτής είναι η ακύρωση της διαδικαστικής πράξεως της εκτελεστικής διαδικασίας, χωρίς να αποκλείεται να ζητείται η ακύρωση του συνόλου της διοικητικής εκτέλεσης, συμπεριλαμβανομένου και του νομίμου τίτλου είσπραξης.

ι) Σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 2 του Κ.Ε.Δ.Ε.

Οι λόγοι ασκήσεως της ανακοπής μετά την κίνηση της διαδικασίας διοικητικής εκτέλεσης, αναφέρονται στο άρθρο 73 παρ. 2 του Κ.Ε.Δ.Ε.:

α) Εάν η εκτέλεση έχει προχωρήσει με βάση άκυρο τίτλο είσπραξης.

Η αμφισβήτηση δηλαδή, δεν αφορά ευθέως το νόμιμο τίτλο βάσει του οποίου έγινε η εν ευρεία εννοία βεβαίωση του χρέους, αλλά επί του τίτλου αυτού, στηριζόμενο νόμιμο τίτλο είσπραξης ή η εν στενή έννοια βεβαίωση.

4. Υποστηρίχθηκε η άποψη ότι η κατάργηση της δυνατότητας άσκησης ανακοπής κατά του νομίμου τίτλου προσκρούει στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας που κατοχυρώνεται από το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και στις υπερνομοθετικές ισχύος διατάξεις των άρθρων 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου και 14 παρ. 1 του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, καθόσον εμποδίζεται ο ενδιαφερόμενος να ασκήσει ευθέως ένδικο βοήθημα πλήρους δικαιοδοσίας κατά της σχετικής καταλογιστικής πράξης, με αποτέλεσμα να παραμείνει αδρανές το δικαίωμα του οφειλέτη για παροχή δικαστικής προστασίας μέχρι την κοινοποίηση της ατομικής ειδοποίησης, ενόψει δε του ότι η τελευταία κοινοποιείται με το ταχυδρομείο, είναι δυνατόν ο οφειλέτης να λάβει για πρώτη φορά γνώση του γενόμενου καταλογισμού με την επίδοση σ' αυτόν της εκθέσεως κατασχέσεως και να επιβαρυνθεί επιπροσθέτως και με προσανξήσεις εκπρόθεσμης καταβολής. Τις προσανξήσεις αυτές μπορεί να αποφύγει με την άσκηση ανακοπής κατά της καταλογιστικής πράξης και την υποβολή αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως αυτής, προκειμένου να παρεμποδίσει προσωρινά την ταμειακή βεβαίωση του ποσού που καταλογίστηκε και να αποφύγει έτσι την καταβολή τελών εκπρόθεσμης καταβολής μέχρι να κριθεί οριστικά από το δικαστήριο της ανακοπής η νομιμότητα της καταλογιστικής πράξης(βλ. Δεφ Αθ 4276/1999 ΕΔΚΑ 1999 σελ. 961).

Οι λόγοι της ανακοπής μπορούν να αναφέρονται στη νομιμότητα της διαδικασίας για τη βεβαίωση του Δημοσίου εσόδου.

Πρόκειται για νόμιμα ελαττώματα της βεβαιωτικής διαδικασίας, π.χ. άκυρη κοινοποίηση πράξης καταλογισμού οποιουδήποτε φόρου ή προστίμου. Ο πρώτος λόγος αυτός συμπίπτει με τον πρώτο λόγο της ανακοπής πριν από την έναρξη της διοικητικής διαδικασίας.

β) Εάν το χρέος αποσβέσθηκε.

Η απόσβεση του χρέους πραγματοποιείται:

- 1) Με καταβολή
- 2) Με συμψηφισμό
- 3) Με διαγραφή

Οι παραπάνω λόγοι πρέπει να αποδεικνύονται με έγγραφα. Δεν επιτρέπεται δηλαδή η εμμέριση απόδειξη.

γ) Εάν «επιγενομένης απεσβέσθη άλλως, το χρέος του οφειλέτου».

Ο λόγος αυτός της ανακοπής, καλύπτει την περίπτωση κατά την οποία το χρέος αποσβέσθηκε μεταγενέστερα, μετά την έναρξη της διοικητικής εκτέλεσης, με οποιονδήποτε τρόπο εκτός τους αναφερόμενους ανωτέρω, στην περίπτωση β' π.χ. άσκηση αίτησης ακυρώσεως κατά της οριστικής φορολογικής εγγραφής, εφόσον έγινε δεκτή, το εν των μεταξύ βεβαιούμενο χρέος εξαλείφεται και στηρίζει λόγο ανακοπής. Και ο λόγος αυτός της επιγενόμενης απόδειξης, πρέπει να αποδεικνύεται με έγγραφα.

δ) Εάν το χρέος παραγράφηκε

Αφορά την περίπτωση της παραγραφής του δικαιώματος του Δημοσίου, για επιβολή και είσπραξη φόρων.

Στην περίπτωση αυτή ο νομοθέτης δεν κάνει διαχωρισμό της φύσης και του είδους της παραγραφής. Είναι δυνατόν να αφορά παραγραφή του δικαιώματος προς βεβαίωση ή παραγραφή του βεβαιούμενου χρέους.

ε) Εάν ο διωκόμενος ως διάδοχος του υποχρέου δεν είναι νόμω υπόχρεος.

Στην περίπτωση αυτή, ο νόμιμος τίτλος ορθά εκδόθηκε κατά του αρχικά υποχρέου, αλλά εσφαλμένα κατευθύνθηκε η εκτέλεση κατά προσώπου μη συνδεομένου προς τον υπόχρεο. Αυτό μπορεί να συμβεί στην περίπτωση που ο καθ' ου η εκτέλεση δεν είναι καθολικός ή ειδικός διάδοχος του προσώπου που αναφέρεται στον τίτλο.

ζ) Εάν κατά την εκτέλεση έλαβαν χώρα παραλείψεις και ακρότητες που δημιουργήσαν βλάβη κατά τους όρους του άρθρου 75 του Κ.Ε.Δ.Ε.

Η κρίση περί συνδρομής λόγου δικαιολογούντος την κήρυξη της ακυρότητας λόγω βλάβης στα συμφέροντα του ανακόπτοντα, μη δυνάμενης να επανορθωθεί διαφορετικά, ανατίθεται στο επιλαμβανόμενο της ανακοπής Δικαστήριο.

ii) Σύμφωνα με το άρθρο 224 Κ.Δ.Δ.

Σύμφωνα με το άρθρο 224 Κ.Δ.Δ. «1. Το δικαστήριο ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το νόμο και την ουσία, στα όρια της ανακοπής, τα οποία προσδιορίζονται από τους λόγους και το αίτημά της. 2. Κατ' εξαίρεση, ο κατά νόμο έλεγχος της προσβαλλόμενης πράξης χωρεί και αυτεπαγγέλτως εκτεινόμενος στο σύνολό της, προκει-

μένου να διακριβωθεί: α) αν η πράξη έχει εκδοθεί από αναρμόδιο όργανο, ή β) αν υπάρχει παράβαση δεδικασμένου. 3. Κατά τον έλεγχο του κύρους των προσβαλλόμενων με την ανακοπή πράξεων της εκτέλεσης δεν επιτρέπεται ο παρεμπίπτων έλεγχος της νομιμότητας προηγούμενων πράξεων της εκτέλεσης. 4. Στην περίπτωση της ανακοπής κατά της ταμειακής βεβαίωσης, επιτρέπεται ο παρεμπίπτων έλεγχος, κατά το νόμο και τα πράγματα, του τίτλου βάσει του οποίου έγινε η βεβαίωση, εφόσον δεν προβλέπεται κατ’ αυτού ένδικο βοήθημα που επιτρέπει τον έλεγχό του κατά το νόμο και την ουσία ή δεν υφίσταται σχετικώς δεδικασμένο 5. Ισχυρισμοί που αφορούν την απόσβεση της απαίτησης μπορούν να προσβάλλονται με την ευκαιρία άσκησης ανακοπής κατά οποιασδήποτε πράξης της εκτέλεσης, πρέπει δε να αποδεικνύονται αμέσως».

Ενόψει της παρ. 1 του άρθρου 224 «το δικαστήριο ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το νόμο και την ουσία, στα όρια της ανακοπής, τα οποία προσδιορίζονται από τους λόγους και το αίτημά της», η διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 73 του Κ.Ε.Δ.Ε. μπορεί να θεωρηθεί κατηγορημένη, σύμφωνα με την οποία η ανακοπή κατά της αξιόμανης εκτέλεσης ασκείται για τους λόγους που απαριθμούνται περιοριστικά στην παράγραφο αυτή.

Σύμφωνα με την παρ. 3 του ανωτέρω άρθρου κατά τον έλεγχο του κύρους των προσβαλλόμενων με την ανακοπή πράξεων της εκτέλεσης, δεν επιτρέπεται ο παρεμπίπτων έλεγχος της νομιμότητας προηγούμενων πράξεων της εκτέλεσης. Με τη ρύθμιση αυτή, έχει επέλθει μεταβολή, καθώς υπό το προγενέστερο καθεστώς μπορούσε να προβληθεί ως λόγος ότι η εκτέλεση εχώρησε με βάση άκυρο τίτλο προς είσπραξη. Η έκταση της δυσμενούς μεταχείρισης του οφειλέτη μπορεί να αποτραπεί εάν η ανακοπή κατά της κατασχετήριας έκθεσης ερμηνευτεί ότι στρέφεται και κατά της πράξης ταμειακής βεβαίωσης, εφόσον συντρέχει αρμοδιότητα του Δικαστηρίου και η ανακοπή είναι εμπρόθεσμη ως προς αυτήν.

Κατά την έννοια της διάταξης της παραγράφου 4 του άρθρου 224, σε συνδυασμό με την παράγραφο 1 του άρθρου 20 του Συντάγματος, με την ανακοπή του οφειλέτη που ασκείται πριν από την έναρξη της εκτέλεσης, είναι δυνατή η προβολή λόγων που ανάγονται στο κατ’ ουσίαν βάσιμο της απαίτησης του Δημοσίου, στην περίπτωση που ο ανακόπων υποκειμενικά δεν έχει δικαίωμα προσφυγής ενώπιον του δικαστηρίου που αποφαινεται με δύναμη δεδικασμένου, κατά της σχετικής καταλογιστικής πράξης, εκτός αν έχει εκδοθεί τελεσίδικη δικαστική απόφαση με την οποία έχει κριθεί η νομιμότητα ή μη της πράξης αυτής⁵. Για παράδειγμα στο άρθρο 115 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (Ν. 2238/1994) και στο άρθρο 69 παρ. 2 του Ν. 2676/1999 προβλέπεται αλληλέγγυα ευθύνη των προέδρων διοικητικών συμβουλίων, διευθυνόντων συμβούλων κ.λ.π. για την καταβολή των οφειλόμενων φόρων και ασφαλιστικών εισφορών ανωνύμων εταιριών. Η πληρωμή των παραπάνω οφειλών μπορεί να επι-

5. ΣτΕ 612/92 ΔΦΝ 1992/1739 = ΔΔικ 1992/1046, ΣτΕ Ολομ. 3325/1995 ΔΔικ 1995/1222, ΣτΕ 186/98, 1767/2002, 3875/2003, 1877/2004

διωχθεί και από τα προαναφερόμενα πρόσωπα με βάση τον τίτλο που έχει νομίμως αποκτηθεί κατά της εταιρείας, χωρίς να απαιτείται άλλη πράξη βεβαίωσης σε βάρος των προσώπων αυτών. Έτσι, τα πρόσωπα δε νομιμοποιούνται προς άσκηση ανακοπής κατά της πράξης ταμειακής βεβαίωσης, αφού η πράξη αυτή έχει εκδοθεί στο όνομα της εταιρείας και οι ίδιοι δεν φέρονται ως καθ' ου οφειλέτες (σύμφωνα με το άρθρο 219 του Κώδικα). Μπορούν όμως να προβάλλουν του σχετικούς ισχυρισμούς σε μεταγενέστερο στάδιο της διοικητικής εκτέλεσης (ανακοπή κατά της κατασχετήριας έκθεσης και προβολή ισχυρισμών που αφορούν τη νομιμότητα της πράξης ταμειακής βεβαίωσης σε βάρος της εταιρείας).

Περαιτέρω, από τις διατάξεις του άρθρου 224 παρ. 1 και 4 και ενόψει των όσων εκτίθενται υπό το ανωτέρω άρθρο, στην αιτιολογική έκθεση του Κώδικα «...ο παρεμπιπτων έλεγχος του τίτλου βάσει του οποίου έγινε η βεβαίωση, περιορίζεται στον έλεγχο της πλάνης περί τα πράγματα, εφόσον δεν προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης κατ' αυτού ενδίκου βοηθήματος, που επιτρέπει και τον ουσιαστικό έλεγχο της πράξης...» συνάγεται πως, όταν η διαφορά από την προσβολή της διοικητικής πράξης που συνιστά τον τίτλο, βάσει του οποίου έγινε η βεβαίωση, είναι ακυρωτική, τότε ο παρεμπιπτων έλεγχος της πράξης αυτής, είναι της ίδιας έκτασης με τον κύριο έλεγχο που πραγματοποιείται στο πλαίσιο της διαφοράς που γεννάται εξ αφορμής της ευθείας προσβολής της. Είναι επομένως, έλεγχος νομιμότητας, ο οποίος περιλαμβάνει και την πλάνη περί τα πράγματα. Κατά συνέπεια, δεν μπορούν να εξεταστούν λόγοι που αφορούν το κατ' ουσίαν βάσιμο της απαίτησης του Δημοσίου, διότι η εξέτασή τους οδηγεί σε άσκηση παρεμπιπτόντως ουσιαστικού ελέγχου του τίτλου, βάσει του οποίου έγινε η βεβαίωση, εκτός αν υπάρχει υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης.

5. Αρμόδιο Δικαστήριο

Η δικαιοδοσία προς επίλυση των αναφερομένων εκ της εφαρμογής των Κ.Ε.Δ.Ε. διαφορών ανήκε στα πολιτικά δικαστήρια, προ της υπαγωγής αυτών στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, μετά την έναρξη ισχύος του Ν. 1406/1983.

Με το άρθρο 216 του Κ.Δ.Δ. (Ν. 2717/1999) η δικαιοδοσία του δικαστηρίου που θα δικάσει τις ανακοπές προσδιορίζεται ανάλογα με τη φύση της διαφοράς της οποίας επιδιώκεται η ικανοποίηση με τη διοικητική εκτέλεση. Ο Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας υιοθέτησε στο σημείο αυτό το κριτήριο του εφαρμοστέου ουσιαστικού δικαίου, ή «θεωρία της υποκείμενης αιτίας», όπως επεκράτησε ο όρος κατ' αποδοχή της νομολογίας του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου που ερμήνευσε τα άρθρα 94 παρ. 1 του Συντάγματος και 1 παρ. 2 στοιχ. ια' του Ν. 1406/1983⁶. Σύμφωνα με το ανωτέρω κριτή-

6. Άρθρο 216 ΚΔΔ.πρβλ ΑΕΔ 5/89, ΔΦΝ 1989,762 8/89. ΔΦΝ 1989,829 18/93, Δ 1994 872. Κατά τη νομολογία αυτή, το ότι η κατά τις διατάξεις του ΚΕΔΕ, διαδικασία διοικητικού καταναγκασμού συνεπάγεται την έκδοση διοικητικών πράξεων, δεν σημαίνει ότι οι αναφερόμενες κατά τη διαδικασία αυτή ένδικες διαφορές είναι άνευ ετέρου διοικητικές διαφορές.

ριο, οι ιδιωτικές διαφορές εκδικάζονται από τα πολιτικά δικαστήρια και οι διοικητικές διαφορές ουσίας από τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια.

Η εκ του νομίμου τίτλου αποδεικνυόμενη απαίτηση είναι εκείνη η οποία καθορίζει τη δικαιοδοσία του δικαστηρίου.

Στην περίπτωση που ο νόμιμος τίτλος περιέχει απαιτήσεις μικτού χαρακτήρα τόσο του δημοσίου, όσο και του ιδιωτικού δικαίου, τότε οι διαφορές που γεννιούνται κατά τη διαδικασία της διοικητικής εκτέλεσης υπάγονται στα διοικητικά δικαστήρια μόνο κατά το μέρος που η υποκείμενη σχέση είναι δημοσίου δικαίου (ΣτΕ 985/1996) ⁷.

Καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο των διαφορών που αναφύονται κατά την είσπραξη των Δημοσίων Εσόδων κατά το άρθρο 218 του Ν. 2717/1999 ήταν σε πρώτο βαθμό το Μονομελές Πρωτοδικείο και στο δεύτερο βαθμό το Τριμελές Πρωτοδικείο.

Με το άρθρο 29 του Ν. 3659/2008 αντικαταστάθηκε η παράγραφος 1 του άρθρου 218 του Κ.Δ.Δ. ως εξής:

«Καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο προς εκδίκαση των κατά το άρθρο 216 διαφορών είναι στον πρώτο βαθμό το Μονομελές Πρωτοδικείο, ενώ στο δεύτερο βαθμό το τριμελές εφετείο».

Κατά τόπο αρμόδιο δικαστήριο σε πρώτο βαθμό είναι στην περίπτωση ανακοπής κατά πράξης ταμειακής βεβαίωσης, το δικαστήριο που εδρεύει η αρχή που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ σε κάθε άλλη περίπτωση ανακοπής το δικαστήριο του τόπου της εκτέλεσης.

Κατά το άρθρο 31 του Ν. 3659/2008, η ανακοπή κατά της πράξης ταμειακής βεβαίωσης, μπορεί να σωρευθεί κύρια ή επικουρικά στο ίδιο εισαγωγικό της δίκης δικόγραφο, με την κατά το άρθρο 63 παρ. 1 προσφυγή, κατά της πράξης που συνιστά τίτλο με βάση τον οποίο έγινε η βεβαίωση.

Στην περίπτωση αυτή εφ' όσον η προσφυγή ασκείται εμπρόθεσμα, λογίζεται πάντοτε εμπρόθεσμη και η ανακοπή.

Η καθ' ύλην και κατά τόπο αρμοδιότητα προσδιορίζεται από τις διατάξεις που διέπουν την προσφυγή.

6. Προθεσμία

Η προθεσμία για την άσκηση ανακοπής είναι τριάντα ημέρες και αρχίζει α) από

7. Σύμφωνα με όσα έχουν γίνει νομολογιακώς δεκτά από την άσκηση ανακοπής του Διευθυντή του Δημοσίου Ταμείου κατά της δηλώσεως τρίτου περί της υπέρξεως ή μη εις χείρας του κινητών πραγμάτων του οφειλέτη (άρθρο 34 του Κ.Ε.Δ.Ε) δεν δημιουργείται διοικητική διαφορά ουσίας υπαγόμενη στην δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, αλλά ιδιωτική διαφορά, καθόσον η ανακοπή αυτή στρέφεται κατά δηλώσεως ιδιώτου ή Ν.Π.Ι.Δ. και συνεπώς, προσβαλλόμενη πράξη και αντικείμενο της δίκης είναι όχι μονομερής πράξη ή ενέργεια διοικητικού οργάνου, αλλά μονομερής δήλωση ιδιώτη. Δημιουργεί όμως διοικητική διαφορά ουσίας η ανακοπή που στρέφεται κατά δηλώσεως διοικητικού οργάνου ή οργάνου Ν.Π.Δ.Δ. ως τρίτου, εφόσον και η υποκείμενη σχέση, δηλαδή η απαίτηση του Δημοσίου κατά του τρίτου, στα χέρια του οποίου γίνεται κατάσχεση, έχει το χαρακτήρα απαιτήσεως δημοσίου δικαίου (ΣτΕ 743/1993, 1490/1993) ενώ από την άσκηση ανακοπής τρίτου κατά της διοικητικής εκτέλεσης και την προβολή κυριότητας ή άλλου εμπράγματος δικαιώματος επί του αντικείμενου της εκτέλεσεως (άρθρο 74 Κ.Ε.Δ.Ε) δημιουργείται ιδιωτική διαφορά υπαγόμενη στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων, δεδομένου ότι αντικείμενο της δίκης είναι το δικαίωμα κυριότητας του ανακόπτοντος, η αναγνώριση του οποίου θα έχει ως συνέπεια την ακυρότητα της επηρεαζόμενης σε βάρος του εκτέλεσης (ΑΕΔ 1/1991).

την επίδοση ή αλλιώς από την πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από τον καθ' ου η εκτέλεση ή τον θιγόμενο ενυπόθηκο δανειστή, αν αυτοί προσβάλλουν πράξη ταμειακής βεβαίωσης, κατασχετήρια έκθεση, ή από τον καθ' ου ή τον θιγόμενο δανειστή, αν οι τελευταίοι προσβάλλουν την έκθεση πλειστηριασμού.

β) από την επίδοση της έγγραφης προσκλήσεως προς τους δανειστές από τον επί του πλειστηριασμού υπάλληλο, ώστε να λάβουν γνώση του πίνακα κατάταξης, αν προσβάλλεται ο πίνακας κατάταξης από τον καθ' ου η εκτέλεση, ή τον θιγόμενο ενυπόθηκο δανειστή.

γ) από την περιέλευση στον σύνδικο της πτώχευσης του πίνακα των βεβαιωμένων υπέρ του δημοσίου χρεών του πτωχού, τον οποίο αποστέλλει ο προϊστάμενος της Δ.Ο.Υ. ή του Τελωνείου, αν ο σύνδικος προσβάλλει την δήλωση (αναγγελία) του εν λόγω προϊσταμένου ότι εκκρεμούν βεβαιωμένες οφειλές του πτωχού προς το δημόσιο.

δ) σε κάθε άλλη περίπτωση ασκήσεως ανακοπής, από την επίδοση ή διαφορετικά από την πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης.

Εξαιρετικά, η ανακοπή, κατά του προγράμματος πλειστηριασμού ασκείται εντός τριών εργάσιμων ημερών, και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να ασκηθεί ανακοπή, αν έχουν περάσει έξι μήνες, από τη διενέργεια του πλειστηριασμού.

Η ανωτέρω διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 220 Κ.Δ.Δ., επαναλαμβάνει τη ρύθμιση της παραγράφου 2 του άρθρου 75 Κ.Ε.Δ.Ε., η οποία έχει κριθεί αντισυνταγματική κατά το μέρος που τάσσει στον οφειλέτη -στον οποίο δεν έχει κοινοποιηθεί εγκύτως το πρόγραμμα πλειστηριασμού και ο οποίος αγνοεί τη διενέργειά του- τριήμερη προθεσμία ανακοπής του πλειστηριασμού. Παρά τον προφανή λόγο δημοσίου συμφέροντος, για τον οποίο έχει θεσπισθεί, την ταχεία δηλαδή εκκαθάριση των εκκρεμοτήτων για την ασφάλεια των συναλλαγών, καταλήγει να θίγει στον πυρήνα του το δικαίωμα παροχής εννόμου προστασίας που κατοχυρώνει το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος (Α.Ε.Δ 2/1999 ΕΔΚΑ 1999/182=ΔΔικ 2000/312=ΔΦΝ 1999/1325)⁸. Τα ίδια ισχύουν για τον ενυπόθηκο δανειστή που θίγεται από τον πλειστηριασμό (ΣτΕ Ολομ. 4107/1999).

Ενόψει της απόφασης 2/1999 του Α.Ε.Δ, αν στον οφειλέτη δεν κοινοποιήθηκε εγκύτως το πρόγραμμα πλειστηριασμού, ή δεν έλαβε με οποιοδήποτε τρόπο γνώση αυτού μέχρι την ημέρα διενέργειάς του, επιτρέπεται ανακοπή ακυρώσεως του πλειστηριασμού μέσα σε ήδη τρεις ημέρες από τότε που τον πληροφορήθηκε έστω και αν πέρασε η εξάμηνη προθεσμία που τάσσεται ως απώτατο όριο.

Έχει κριθεί επίσης, ότι παραβιάζεται το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, αν ο καθ' ού δεν έχει λάβει πράγματι γνώση του προγράμματος για να ασκήσει ανακοπή εντός της προθεσμίας. Κατά το άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου ΕΣΔΑ, η κατάσχεση και ο πλει-

8. Το ΑΕΔ έκρινε ως άνω μετά την αντίθετη ερμηνεία που δόθηκε στην εν λόγω διάταξη με την ΑΠ 1121/90 (ΕλλΔνη 1992/525) και ΣτΕ Ολομ.3845-6/97 (ΕΔΚΑ 1997/703, ΔΔικ 1998/172= ΔΦΝ 1998/460).

στηριασμός αποσκοπούν σε σκοπό δημόσιας ωφέλειας. Επιτρέπονται μόνο αν τηρείται εύλογη σχέση αναλογικότητας μεταξύ σκοπού και προστασίας της περιουσίας. Η άσκηση του δικαιώματος εξόφλησης της απαίτησης, ώστε να ματαιωθεί ο πλειστηριασμός και ανακοπής κατά προγράμματος πλειστηριασμού, προϋποθέτουν γνώση του πλειστηριασμού. Διενέργεια αυτού, χωρίς γνώση του καθ' ου, αποτελεί προσβολή και του δικαιώματος ιδιοκτησίας (Απόφ. ΕΔΔΑ της 6-12-2001, ΕΔΚΑ 2002/180).

Δεύτερη ανακοπή παρά του ίδιου προσώπου κατά της ίδιας διοικητικής πράξης είναι απαράδεκτη.

7. Ένδικο μέσα

Οι αποφάσεις που εκδίδονται υπόκεινται ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, στα ένδικο μέσα της ανακοπής ερημοδικίας, της έφεσης, της αίτησης αναθεώρησης, της τριτανακοπής και της αίτησης διόρθωσης ή ερμηνείας και η προθεσμία είναι τριάντα (30) ημερών, εκτός αν πρόκειται για απόφαση που εκδόθηκε ύστερα από άσκηση ανακοπής κατά προγράμματος πλειστηριασμού, οπότε η προθεσμία είναι δέκα (10) ημερών.

8. Αναστολή της Διοικητικής Εκτέλεσης

Η άσκηση ανακοπής δεν αναστέλει αυτοδίκαια την πρόοδο της διοικητικής εκτέλεσης, αλλά απαιτείται να υποβληθεί από τον ανακόπτοντα αίτηση αναστολής εκτέλεσης των προσβαλλόμενων πράξεων.

Με την αναστολή επιτυγχάνεται η προσωρινή προστασία του ανακόπτοντα και αποφεύγονται καταστάσεις, τις οποίες μετά τη δικαίωσή του με την ανακοπή, ο ανακόπτων δεν μπορεί να ανατρέψει.

Επίσης, όπως έχει κριθεί δεν τρέχουν οι προσαυξήσεις του άρθρου 6 Κ.Ε.Δ.Ε., όταν εκ του νόμου αναστέλλεται η εκτελεστικότητα του νόμιμου τίτλου, είτε χορηγείται δικαστική αναστολή εκτέλεσης της πράξης περί καταλογισμού του χρέους (ΜΔΠρΠεις 735/2001 ΕΔΚΑ 2001/943).

Καθ' ύλην και κατά τόπο αρμόδιο δικαστήριο είναι το δικαστήριο στο οποίο εκκρεμεί η εκδίκαση της ανακοπής.

Επίλογος

Οι ρυθμίσεις του Κ.Δ.Δ. επέφεραν σημαντικές τροποποιήσεις όσον αφορά στο ένδικο βοήθημα της ανακοπής, αλλά και γενικότερα στην διαδικασία εκδίκασης διαφορών διοικητικής εκτέλεσης, ώστε να διασαφηνιστούν κάποια θέματα. Πέραν όμως αυτού οι σχετικές ρυθμίσεις ορισμένες φορές, όπως έχει υποστηριχθεί, είχαν ως αποτέλεσμα τον περιορισμό των δικαιωμάτων του οφειλέτη.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ- ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ



- *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο* 2004 Π. Δ. Δαγτόλγουν σελ. 663 επ.
- *Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας. Κατ' άρθρο Ερμηνεία-Νομολογία* 2008, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης σελ. 831 επ.
- *Φορολογικό Δίκαιο* 1999, Κωνσταντίνος Φινοκαλιώτης σελ. 372 επ.
- *Δημοσιονομικό Δίκαιο, Δημόσιο Λογιστικό-Φορολογικό Δίκαιο*, Ελένη Κυριακοπούλου, σελ 93 επ.
- Γ. Παπαγιαννόπουλος, *Η έννοια του «νομίμου τίτλου» κατά το άρθρο 73 παρ. 1 Κ.Ε.Δ.Ε.*, ΔΔ 1992.
- Α. Αθανασόπουλος, *Η ανακοπή του άρθρου 217 του Κ.Δ.Δ και ο νόμιμος τίτλος κατά τη διοικητική εκτέλεση*, ΔΕΕ 2002
- Β. Καράκωστας, *Η ανακοπή και ο νόμιμος τίτλος στη διοικητική εκτέλεση κατά τον κώδικα διοικητικής δικονομίας (Ν. 2717/1999)*, ΔΦΝ 1999, 1284
- Βελ. Καράκωστας, *Η ανακοπή προς ακύρωση του νομίμου τίτλου της διοικητικής εκτέλεσης μετά τον Κ.Διοικ.Δικ (σχολ. Στην ΣτΕ 3529/2001) Δ 2002, 343.*
- Κ. Μπέης, *Η ανακοπή προς ακύρωση του νομίμου τίτλου της διοικητικής εκτέλεσης μετά τον Κ.Διοικ.Δ (σχόλιο στην ΣτΕ 3529/2001) Δ 2002, 349.*
- Απ. Γέροντας / Αθ. Ψάλτης, *Κώδικας Εισπράξεως Δημοσίων Εσόδων*, 1998, άρθρα 73 επ.
- Γ. Σκουρλέτος, *Ανακοπή του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας κατά πράξεων του Κ.Ε.Δ.Ε.*, ΔΦΝ 2000 803.

Η ΝΟΜΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΩΝ ΑΣΥΝΟΔΕΥΤΩΝ ΑΝΗΛΙΚΩΝ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ *

Αριάδνης Σπανάκη**

Σκοπός της παρούσας μελέτης και έρευνας είναι να αναδείξει και να γνωστοποιήσει στους νομικούς κυρίως κύκλους, το ολοένα και πιο επίκαιρο θέμα των ασυνόδευτων ανηλίκων, το οποίο ως παγκόσμιο ζήτημα αφορά πλέον και τη χώρα μας, όπως καταδεικνύει τόσο η σύγχρονη μεταναστευτική πραγματικότητα και οι συνεχείς μετακινήσεις πληθυσμών, όσο και οι πρόσφατες διεθνείς και ευρωπαϊκές πολιτικές, νομοθεσίες και πρακτικές που έχουν πλέον ενσωματωθεί, έως ένα βαθμό, και στο ελληνικό δίκαιο. Η εξειδικευμένη αυτή μελέτη σκοπό δεν έχει να καταδείξει όλα τα μείζονος σημασίας ζητήματα που αφορούν στους ανήλικους στην Ελλάδα (ημεδαπούς και αλλοδαπούς) ούτε και το υπάρχον νομικό κενό στο θέμα αυτό. Να σημειωθεί μόνο, ότι το μόνο ολοκληρωμένο νομικό κείμενο σε ισχύ για τα δικαιώματα των παιδιών εξακολουθεί να είναι η Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού, όπως αυτή υιοθετήθηκε ομόφωνα από τη Γενική Συνέλευση των Ηνωμένων Εθνών το 1989, τέθηκε σε ισχύ στις 2 Σεπτεμβρίου 1990 και μέχρι σήμερα έχει κυρωθεί από 191 χώρες. Στην Ελλάδα κυρώθηκε στις 3 Δεκεμβρίου του 1992 με τον Ν. 2101/92, ενώ αρμόδιο όργανο για την επιτήρηση της εφαρμογής της είναι το Εθνικό Παρατηρητήριο για τα δικαιώματα του Παιδιού, που τελεί υπό την αιγίδα της Γραμματείας Νέας Γενιάς του Υπουργείου Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων¹. Θετικό ωστόσο θεσμικό βήμα αποτελεί η σύσταση του Συνηγόρου του Παιδιού τον Ιούλιο του 2003 ως ξεχωριστό τμήμα του Συνηγόρου του Πολίτη για τα δικαιώματα των παιδιών², στα πλαίσια της έρευνας και των παρεμβάσεων που κρίνει σκόπιμο να γίνονται σε όλα τα θέματα που αφορούν παιδιά και εφήβους, για την εν γένει προστασία των δικαιωμάτων τους στη χώρα μας. Ωστόσο μια ανεξάρτητη αρχή, με τις όσο καίριες παρεμβάσεις της, δε μπορεί από μόνη της να αναπληρώσει τα σοβαρά κενά και τις ελλείψεις σε νομοθετικό, θεσμικό και εν

* Αφορμή για τη δημοσίευση του παρόντος πρωτοτύπου κειμένου αποτελεί η συνεργασία της γράφουσας με το διεθνή οργανισμό Human Rights Watch στις Βρυξέλλες το καλοκαίρι του 2008 ως βοηθού στην έρευνα για τα ασυνόδευτα ανήλικα στην Ελλάδα, που δημοσιεύτηκε το Δεκέμβριο του 2008 με τίτλο «Left to survive- systematic failure to protect unaccompanied Migrant Children in Greece» και στην οποία αποτυπώνεται βάσει επιτόπιας έρευνας και προσωπικών συνεντεύξεων η πραγματική κατάσταση και η «συστηματική αποτυχία στην προστασία τους» - διαθέσιμη στο <http://www.hrw.org/en/reports/2008/12/22/left-survive> η οποία πρόσφατα μεταφράστηκε και στα ελληνικά διαθέσιμη στο <http://www.hrw.org/en/node/81343/section/1>

** Η Αριάδνη Σπανάκη σπούδασε νομικά στην Αθήνα και είναι κάτοχος μεταπτυχιακού διπλώματος στα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τον Εκδημοκρατισμό από το πανεπιστήμιο της Βενετίας και του τμήματος Διεθνών και Ευρωπαϊκών σπουδών (Περιβάλλον και Βιώσιμη ανάπτυξη) από το Πάντειο πανεπιστήμιο.

1. Άρθρο 4 του Ν. 2909/2001 για την ίδρυση του «Παρατηρητηρίου», όπου ορίζονται και οι σχετικές αρμοδιότητές του.

2. Συνήγορος του παιδιού <http://www.0-18.gr/>

τέλει πολιτειακό επίπεδο, όταν μάλιστα η παιδική ηλικία και η νεότητα τελούν ρητά υπό την προστασία του κράτους (άρθρο 21 Συντάγματος).

Επομένως, η παρούσα μελέτη θα περιοριστεί στην ανάπτυξη της έννοιας του ασυνόδευτου ανήλικου στην Ελλάδα, καθώς και του υπάρχοντος νομικού συστήματος και καθεστώτος, με σκοπό να αναδείξει συνοπτικά τις ιδιαιτερότητες αυτής της κατηγορίας ανήλικων αλλοδαπών και τα ιδιαίτερα προβλήματα που αντιμετωπίζει καθώς και τις νομικές ενέργειες που μπορούμε όλοι μαζί, ως λειτουργοί της δικαιοσύνης και ως επιστημονικοί φορείς να προβούμε, με την ανάληψη κοινών πρωτοβουλιών και παρεμβάσεων και βάσει αμοιβαίας συνεργασίας με τους εμπλεκόμενους φορείς και δημόσιες αρχές.

Στην εθνική μας νομοθεσία και πρακτική, ο όρος ασυνόδευτα ανήλικα, άρχισε να χρησιμοποιείται και να αποτυπώνεται μόλις πρόσφατα, σε κείμενα και νομοθετήματα, αν και οι γενικές αρχές και στόχοι στα πλαίσια μιας Κοινής Ευρωπαϊκής Πολιτικής και ενός Κοινού Συστήματος Ασύλου της Ευρωπαϊκής Ένωσης είχαν ήδη τεθεί στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο του Τάμπερε, τον Οκτώβριο του 1999 και επιβεβαιωθεί στο «Πρόγραμμα της Χάγης» το Νοέμβριο του 2004, με χρονικό ορίζοντα ολοκλήρωσης της υιοθέτησής τους το 2010³. Το καλοκαίρι του 2008, και ενόψει των επερχόμενων παραπομπών στο Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για καθυστερημένη ενσωμάτωση κοινοτικού δικαίου⁴, η χώρα μας επικύρωσε τις σχετικές Οδηγίες. Είναι τα προεδρικά διατάγματα:

1. Π.Δ. 220/2007 (ΦΕΚ Α-251/13-11-07) Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2003/9/ΕΚ του Συμβουλίου της 27ης Ιανουαρίου 2003, σχετικά με τις ελάχιστες απαιτήσεις για την υποδοχή των αιτούντων άσυλο στα κράτη μέλη (ΕΕΛ 31/6.2.2003)⁵.

2. Π.Δ. 90/2008 (ΦΕΚ Α-138/11-07-08) Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2005/85/ΕΚ του Συμβουλίου της 1ης Δεκεμβρίου 2005, σχετικά με τις ελάχιστες προδιαγραφές για τις διαδικασίες με τις οποίες τα κράτη μέλη χορηγούν και ανακαλούν το καθεστώς του πρόσφυγα (L 326/13.12.2005).

3. Π.Δ. 96/2008 (ΦΕΚ Α-152/30-07-08) Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2004/83/ΕΚ του Συμβουλίου της 29ης Απριλίου 2004 για τη θέσπιση ελάχιστων απαιτήσεων για την αναγνώριση και το καθεστώς των υπηκόων τρίτων χωρών ή των απάτριδων ως προσφύγων ή ως προσώπων που χρήζουν διεθνούς προστασίας για άλλους λόγους (L 304/30.9.2004).

Σχετικό επίσης είναι και το:

3. Η Πολιτική της Ευρωπαϊκής Ένωσης προς ένα κοινό σύστημα ασύλου (The European Union Policy towards a Common European Asylum System) στο: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/asylum/fsj_asylum_intro_en.htm.

4. Για την οδηγία 2003/9/ΕΚ υπήρξε καταδικαστική απόφαση από το ΔΕΚ στις 19/4/2007 για μη μεταφορά της στην εσωτερική έννομη τάξη εντός ταχθείσης προθεσμίας (υπόθεση C-72/06).

5. Σχετική είναι και η υπ' αριθ. 5401-1-261100 της 23/02/2008. Εγκύκλιος του Υπ. Εσωτερικών, σχετικά με την εφαρμογή του π.δ για τις συνθήκες υποδοχής των αιτούντων άσυλο.

4. Π.Δ. 80/2006 Παροχή προσωρινής προστασίας σε περίπτωση μαζικής εισροής εκτοπισθέντων Αλλοδαπών, σε συμμόρφωση με την Οδηγία 2001/55 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, για τις ελάχιστες προδιαγραφές παροχής προσωρινής προστασίας σε περίπτωση μαζικής εισροής εκτοπισθέντων και τα μέτρα για τη δίκαιη κατανομή των βαρών μεταξύ των κρατών μελών, όσον αφορά την υποδοχή και την αντιμετώπιση των συνεπειών της υποδοχής αυτών των ατόμων (Ε 212/7-8-2001).

Πριν την ψήφιση των εν λόγω οδηγιών, συστηματοποιημένος και σαφής νομικός χαρακτηρισμός για τα ασυνόδευτα ανήλικα δεν υπήρχε στην Ελλάδα. Βάσει και του ίδιου του κειμένου της Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Παιδιού, η αναφορά στην κατηγορία αυτή των αλλοδαπών παιδιών γινόταν μάλλον περιφραστικά και περιπτωσιολογικά:

«Τα Συμβαλλόμενα Κράτη παίρνουν τα κατάλληλα μέτρα προκειμένου ένα παιδί, το οποίο επιζητεί να αποκτήσει το νομικό καθεστώς του πρόσφυγα ή που θεωρείται πρόσφυγας δυνάμει των κανόνων και των διαδικασιών του ισχύοντος διεθνούς ή εθνικού δικαίου, είτε αυτό είναι μόνο είτε συνοδεύεται από τους γονείς του ή από οποιοδήποτε άλλο πρόσωπο, να χαίρει της κατάλληλης προστασίας και ανθρωπιστικής βοήθειας, που θα του επιτρέψουν να απολαμβάνει τα δικαιώματα που του αναγνωρίζουν η παρούσα Σύμβαση και τα άλλα διεθνή όργανα τα σχετικά με τα δικαιώματα του ανθρώπου ή ανθρωπιστικού χαρακτήρα, στα οποία μετέχουν τα εν λόγω Κράτη». (άρθρο 22 παρ. 1 της Σύμβασης).

Χαρακτηριστικά το προεδρικό διάταγμα 61/1999 ⁶, το οποίο ρύθμιζε εξ ολοκλήρου σχεδόν μέχρι και πρόσφατα όλα σχεδόν τα θέματα της διαδικασίας του ασύλου και του χαρακτηρισμού ενός αιτούντος ως πρόσφυγα, προέβλεπε για τους ανήλικους αιτούντες:

«Αίτημα ασύλου δύναται να υποβάλεται και από αλλοδαπό ηλικίας 14 έως 18 ετών που δεν συνοδεύεται από τους γονείς του, εφόσον από τις εν γένει περιστάσεις διαπιστώνεται από τον ενεργούντα την εξέταση ότι η πνευματική του ωριμότητα του επιτρέπει να αντιληφθεί τη σημασία της πράξης του. Σε κάθε άλλη περίπτωση που υποβάλλεται αίτημα ασύλου από αλλοδαπό ηλικίας κάτω των 18 ετών, ο οποίος δεν συνοδεύεται από τους γονείς του ή άλλο κηδεμόνα, η αρμόδια αστυνομική αρχή ενημερώνει τον Εισαγγελέα ανηλίκων και, όπου δεν υπάρχει, τον κατά τόπο αρμόδιο εισαγγελέα Πρωτοδικών, για να ενεργήσει ως ειδικός προσωρινός επίτροπος του ανηλίκου μέχρι την οριστική κρίση του αιτήματός του» (άρθρο 1 παρ. 4)

Θα μπορούσε κάποιος εύλογα να παρατηρήσει, ότι το πεδίο εφαρμογής του όρου αυτού απαντάται μόνο στους πρόσφυγες ή στους δικαιούχους προσωρινής ή επικουρικής προστασίας (ανθρωπιστικό καθεστώς), αφού ποιο άλλο γεγονός, (πέραν των όσων προβλέπει η Σύμβαση της Γενεύης του 1950 για τους Πρόσφυγες ότι δηλαδή):

6. Π.Δ. 61/1999: «Διαδικασία αναγνώρισης αλλοδαπού ως πρόσφυγα, ανάκληση της αναγνώρισης και απέλαση αυτού, έγκριση εισόδου των μελών της οικογένειάς του και τρόπος συνεργασίας με τον εκπρόσωπο της Ύπατης Αρμοστείας του ΟΗΕ για τους πρόσφυγες στην Ελλάδα».

«Άλλοδαπός ο οποίος δηλώνει προφορικώς ή εγγράφως ενώπιον οποιασδήποτε ελληνικής αρχής στα σημεία εισόδου στην Ελληνική Επικράτεια ή εντός αυτής, ότι ζητεί άσυλο στη χώρα μας ή με οποιονδήποτε τρόπο ζητεί να μη απελαθεί σε κάποια χώρα εκ φόβου δίωξης λόγω φυλής, θρησκείας, εθνικότητας, κοινωνικής τάξεως ή πολιτικών πεποιθήσεων, θεωρείται ως αιτών άσυλο σύμφωνα με τη σύμβαση της Γενεύης του 1951»,⁷

θα ανάγκαζε ένα παιδί να εγκαταλείψει τη χώρα προέλευσής του, προκειμένου να σώσει τη ζωή και την ακεραιότητά του.

Παρά ταύτα, ο πρώτος στη χώρα μας ολοκληρωμένος μεταναστευτικός Νόμος, ο 3386/2005 (άρθρο 1 παρ. θ'), αφού εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής του τους πρόσφυγες, τους αιτούντες άσυλο και τα πρόσωπα που παραμένουν στη χώρα βάσει προσωρινής ή επικουρικής μορφής προστασίας (άρθρο 2 παρ. 1 γ', δ', ε') περιλαμβάνει πρώτος αυτός από τους ελληνικούς νόμους στους ορισμούς του τον ορισμό του ασυνόδευτου ανήλικου:

*«Ασυνόδευτος ανήλικος, είναι ο υπήκοος τρίτης χώρας ή ανιθαγενής που δεν έχει συμπληρώσει το 18ο έτος της ηλικίας του και ο οποίος είτε εισέρχεται στην Ελληνική Επικράτεια χωρίς να συνοδεύεται από τον κατά το νόμο ή το έθιμο υπεύθυνο για την επιμέλειά του ενήλικο και για όσο χρονικό διάστημα διαρκεί η ανωτέρω κατάσταση είτε βρέθηκε χωρίς συνοδεία μετά την είσοδό του στη Χώρα».*⁸

Γίνεται σαφές από το συνδυασμό των ως άνω ορισμών ότι ως «ασυνόδευτο» ένα άτομο «ανήλικο» (δηλαδή κάτω των 18 ετών) ορίζεται εκείνο που: α) εισέρχεται στην Ελληνική επικράτεια χωρίς τη συνοδεία προσώπου υπευθύνου για την επιμέλειά του, σύμφωνα με το νόμο ή το έθιμο της χώρας προέλευσης (το «υπεύθυνο» αυτό πρόσωπο αναφέρεται ως επί τω πλείστον στους γονείς αλλά και στα ενήλικα αδέρφια, θείους, ξαδέλφια, συζύγους ή άλλους πλησίους συγγενείς, κηδεμόνες, κλπ), οι οποίοι μόνοι αυτοί μπορούν να του εξασφαλίσουν την ουσιαστική (και ανιδιοτελή θα προσθέταμε) φροντίδα που χρειάζεται ένα παιδί, ή που β) εγκαταλείπεται ασυνόδευτος μετά την είσοδο του στην Ελλάδα, δηλαδή για κάποιο λόγο αποστερείται, αποχωρίζεται και χάνει το οικογενειακό ή άλλο υποστηρικτικό του περιβάλλον και καταλείπεται ουσιαστικά μόνο. Η απόδειξη του συγγενικού δεσμού, προκύπτει τόσο από τη δήλωση του ανήλικου και του ενήλικου που το συνοδεύει όσο και από τις εν γένει περιστάσεις, καθώς πολλές φορές παρουσιάζονται ή δηλώνονται ενήλικες «ως θείοι» ή ως «προστάτες» που καμία σχέση δεν έχουν με το ανήλικο και αποσκοπούν σε ίδια οφέλη.

7. Ν.Δ. 3989/1959 - ΦΕΚ Α' - 201/26-9-1959, όπως τροποποιήθηκε με το πρωτόκολλο της Νέας Υόρκης του 1967 (Α.Ν. 389/1968 - ΦΕΚ Α' 125/4-6-1968).

8. Παρόμοιο ορισμό αποτυπώνουν και τα ως άνω για τους πρόσφυγες και τα άτομα χρίζοντα διεθνούς προστασίας, προεδρικά διατάγματα: 220/2007 α.1 στ', 90/2008 α. 2ζ' και 96/2008 α.2 θ'.

«Ασυνόδευτος ανήλικος» είναι το πρόσωπο ηλικίας κάτω των 18 ετών, ο οποίος φθάνει στην Ελλάδα χωρίς να συνοδεύεται από ενήλικο υπεύθυνο για τη φροντίδα του, σύμφωνα με το νόμο ή το έθιμο που εφαρμόζεται στον τόπο προέλευσης, και για όσο χρόνο δεν έχει τεθεί υπό την ουσιαστική φροντίδα ενός τέτοιου προσώπου, ή ο ανήλικος που εγκαταλείπεται ασυνόδευτος μετά την είσοδό του στην Ελλάδα».

Στη θεωρία και στη νομολογία δεν έχει εξειδικευτεί περιπτωσιολογικά ο ως άνω πραγματικός και νομικός, πλέον, όρος, και αυτό οφείλεται κυρίως στο γεγονός ότι οι αρμόδιες αρχές υποδοχής, καταγραφής και ταυτοποίησης ενός παιδιού ως ασυνόδευτου, δηλαδή ως επί το πλείστον το (τέως) Υπουργείο Δημόσιας Τάξης και τα εξουσιοδοτημένα από αυτό όργανα (Ελληνική Αστυνομία, λιμενικές αρχές, συνοριοφύλακες, κλπ) που πρώτα αυτοί έρχονται σε επαφή με τα ανήλικα (πρόσφυγες και μετανάστες) πάρα πολύ σπάνια τα έχουν καταγράψει ως ασυνόδευτα (ενώ πολλές φορές ακόμα και ούτε ως παιδιά). Γίνεται εμφανές, ότι η πρακτική αυτή παραβιάζει συλλήβδην όλα τα δικαιώματα του παιδιού και δη του ασυνόδευτου, αφού με τον τρόπο αυτό δεν ενημερώνεται κανείς για την ύπαρξη, ενδεχόμενη σύλληψη και κράτησή του, δεν διορίζεται κανείς επίτροπος αυτού, δεν απολαμβάνει των κατάλληλων μέτρων υποδοχής και φιλοξενίας και κυρίως δεν προσπαθεί κανείς να εντοπίσει, το συντομότερο δυνατόν, τα μέλη της οικογένειάς του.

ΤΟ ΘΕΜΕΛΙΩΔΕΣ ΖΗΤΗΜΑ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΕΙΑΣ ΑΣΥΝΟΔΕΥΤΩΝ ΑΝΗΛΙΚΩΝ

Παρότι και το προγενέστερο προεδρικό διάταγμα (61/99 άρθρο 1 παρ. 4) προέβλεπε για τους ανήλικους που επιθυμούσαν να αιτηθούν ασύλου την υποχρέωση της Αστυνομίας όπως ενημερώσει τον Εισαγγελέα Ανηλίκων ή τον κατά τόπο αρμόδιο Εισαγγελέα Πρωτοδικών, ώστε αυτός να ενεργήσει ως ειδικός προσωρινός επίτροπος του ανήλικου μέχρι την οριστική κρίση του αιτήματός του για άσυλο, (πράγμα το οποίο συνέβαινε δυστυχώς σπάνια) τα νέα προεδρικά διατάγματα έρχονται να διευρύνουν την υποχρέωση διορισμού Επιτρόπου για όλα τα ασυνόδευτα ανήλικα, ασχέτως, του αν αυτά αιτούνται άσυλο.

Το προεδρικό διάταγμα 220/2007 προβλέπει ρητά στο άρθρο 19 ότι:

1. Προκειμένου περί ασυνόδευτων ανηλίκων, οι αρμόδιες αρχές λαμβάνουν αμέσως τα κατάλληλα μέτρα, ώστε να εξασφαλίζεται η αναγκαία εκπροσώπησή τους. Προς τούτο οι αρμόδιες αρχές ενημερώνουν τον Εισαγγελέα Ανηλίκων και, όπου δεν υπάρχει, τον κατά τόπον αρμόδιο Εισαγγελέα Πρωτοδικών, ο οποίος ενεργεί ως προσωρινός επίτροπος και προβαίνει στις απαραίτητες ενέργειες για το διορισμό επιτρόπου του ανήλικου.

Αν και στη δεύτερη παράγραφο του ίδιου άρθρου πάλι φαίνεται να περιορίζεται το προστατευτικό πλαίσιο μόνο στους αιτούντες άσυλο, και προβλέπεται ότι οι αρμόδιες αρχές παραλαβής και εξέτασης της αίτησης ασύλου, (στη χώρα μας, η Ελληνική Αστυνομία) όταν υποβάλλεται αίτηση από ασυνόδευτους ανήλικους, λαμβάνουν αμέσως τα παρακάτω μέτρα:

«2. α. Διασφαλίζουν ότι οι ανάγκες στέγασης του παιδιού ικανοποιούνται με τη φιλοξενία του σε ενήλικους συγγενείς, σε ανάδοχο οικογένεια, σε Κέντρα Φιλοξενίας με ειδι-

κή υποδομή για ανηλίκους ή σε άλλους χώρους φιλοξενίας κατάλληλους για ανηλίκους και ότι η στέγαση του παιδιού το προστατεύει από τον κίνδυνο της εμπορίας ή εκμετάλλευσης. β. Ενεργούν για την από κοινού στέγαση και συμβίωση των αδελφών, λαμβάνοντας υπόψη την ηλικία, την ωριμότητα και γενικά το συμφέρον κάθε ανηλίκου γ. Προσπαθούν να εντοπίσουν, το συντομότερο δυνατόν, τα μέλη της οικογένειάς του... κ.λ.π.»,

δε μπορεί να γίνει δεκτό, a contrario, ότι το προστατευτικό πλαίσιο της παραγράφου 2 δεν τυγχάνει εφαρμογής για τους ασυνόδευτους ανήλικους μη αιτούντες άσυλο. Και αυτό διότι:

α) Η υπερνομοθετικής ισχύος Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού δεν κάνει καμία διάκριση ως προς το θέμα αυτό ⁹.

β) Ο μεταναστευτικός νόμος 3386/2005 (άρθρο 47 παρ. 2) ¹⁰ αναφερόμενος σε ασυνόδευτα ανήλικα-πιθανολογούμενα ως θύματα εμπορίας ανθρώπων (trafficking)-προβλέπει για αυτά συγκεκριμένους φορείς κοινωνικής αρωγής (π.δ 233/2003) ¹¹ καθώς και άλλα προστατευτικά μέτρα, που εξυπηρετούν το συμφέρον του παιδιού.

γ) Η προστασία αυτή επιβάλλεται όχι μόνο από τις επιμέρους περί επιμέλειας διατάξεις του Αστικού Κώδικα (άρθρα 1589 επομ.) αλλά και από το θεμελιώδη σεβασμό της αξίας του ανθρώπου (ανεξάρτητα από τη νομική του κατάσταση) πόσο μάλλον του παιδιού και της οικογένειας, οντότητας και θεσμού αντίστοιχα, κοινωνικά και ατομικά προστατευόμενων, σε όλα τα διεθνή και εγχώρια νομικά συστήματα.

Από τη διατύπωση αυτή του νόμου δύο συμπεράσματα μπορούν να εξαχθούν:

1^{ον}) Ότι η Ελληνική Πολιτεία οφείλει να διασφαλίζει σε κάθε ασυνόδευτο ανήλικο αναγκαία εκπροσώπηση και επιμέλεια αυτού προβαίνοντας στο διορισμό Επιτρόπου. Και μέχρι να διοριστεί αυτός, καθήκοντα προσωρινού Επιτρόπου αναλαμβάνει ο Εισαγγελέας Ανηλίκων ή όπου αυτός δεν υπάρχει, ο κατά τόπον αρμόδιος Εισαγγελέας Πρωτοδικών, ο οποίος πρέπει να ενημερώνεται αρμοδίως από την Ελληνική Αστυνομία ή τα άλλα σώματα Ασφαλείας για την παρουσία του ανηλίκου στην ελληνική επι-

9. Μολοντί ιδιαίτερη μνεία γίνεται στο άρθρο 22 αυτής για τα παιδιά-πρόσφυγες, το άρθρο 20 ορίζει:

1. Κάθε παιδί που στερείται προσωρινά ή οριστικά το οικογενειακό του περιβάλλον ή το οποίο για το δικό του συμφέρον δεν είναι δυνατόν να παραμείνει στο περιβάλλον αυτό δικαιούται ειδική προστασία και βοήθεια εκ μέρους του Κράτους.

2. Τα Συμβαλλόμενα Κράτη προβλέπουν γι' αυτό το παιδί μια εναλλακτική επιμέλεια, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία τους.

3. Αυτή η επιμέλεια μπορεί να έχει, μεταξύ άλλων, τη μορφή της τοποθέτησης σε μία οικογένεια, της ΚΑΦΑΛΑΗ του ισλαμικού δικαίου, της υιοθεσίας ή, σε περίπτωση ανάγκης, της τοποθέτησης σε ένα κατάλληλο για την κατάσταση ίδρυμα για παιδιά. Κατά την επιλογή ανάμεσα σ' αυτές τις λύσεις, λαμβάνεται δεόντως υπόψη η ανάγκη μιας συνέχειας στην εκπαίδευση του παιδιού, καθώς και η εθνική, θρησκευτική, πολιτιστική και γλωσσολογική καταγωγή του.

10. Ν.3386/05 α. 47 παρ. 2.

Στην περίπτωση υπηκόων τρίτων χωρών που είναι ασυνόδευτοι ανήλικοι, οι αρμόδιες εισαγγελικές ή αστυνομικές αρχές λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα για να προσδιορίσουν την ταυτότητα και την ιθαγένειά τους και να θεμελιώσουν το γεγονός ότι δεν συνοδεύονται. Επίσης, καταβάλλουν κάθε δυνατή προσπάθεια για τον ταχύτερο δυνατό εντοπισμό της οικογένειάς τους και λαμβάνουν αμέσως τα απαραίτητα μέτρα για να εξασφαλίσουν τη νομική τους εκπροσώπηση και, εφόσον χρειάζεται, την εκπροσώπησή τους στο πλαίσιο της ποινικής διαδικασίας.

11. Π.δ 233/2003 Προστασία και αρωγή στα θύματα των εγκλημάτων των άρθρων 323, 323Α, 349, 351 και 351 Α του Ποινικού Κώδικα, κατά το άρθρο 12 του Ν. 3064/2002.

κράτεια και να πράττει τα βέλτιστα για το συμφέρον του τέκνου κατόπιν και ακροάσεώς του. (ΑΚ 1647 και 1648).

2^{ον}) Ότι η Ελληνική Πολιτεία οφείλει να διασφαλίζει σε κάθε ασυνόδευτο ανήλικο και όχι μόνο σε αυτούς που κατάφεραν να αιτηθούν ασύλου, τις αναγκαίες συνθήκες υποδοχής σε κατάλληλες δομές ή άλλες μορφές προσωρινής φιλοξενίας, μέχρις ότου εντοπιστούν οι πλησιέστεροι συγγενείς του και καταστεί δυνατό είτε ο επαναπαρισμός του, ή η άδεια διαμονής του στη χώρα.

Περαιτέρω ως «Εκπρόσωπο» (δηλαδή Επίτροπο) του Ασυνόδευτου Ανηλίκου» τα ως άνω προεδρικά διατάγματα ορίζουν:

*«το πρόσωπο που ορίζεται από τον κατά τρόπον αρμόδιο Εισαγγελέα Ανηλίκων, ή ό-που δεν υπάρχει Εισαγγελέας Ανηλίκων, από τον Εισαγγελέα Πρωτοδικών για την προάσπιση των συμφερόντων του ανηλίκου αυτού».*¹²

Το πρόσωπο αυτό, δηλαδή ο Επίτροπος τους ασυνόδευτου ανηλίκου, μπορεί να είναι κατά αναλογία με τα οριζόμενα στο άρθρο 30 του Π.Δ. 96/2008¹³ (για τους κατόχους καθεστώτος διεθνούς προστασίας, δηλ. αναγνωρισμένους πρόσφυγες ή τους κατόχους ανθρωπιστικού καθεστώτος)

- ενήλικοι συγγενείς (προφανώς εννοεί τους άμεσα πλησιέστερους, πέραν του στενού οικογενειακού κύκλου)
- ειδικά κέντρα φιλοξενίας ανηλίκων ή άλλου είδους καταλύματα (ωστόσο ο νόμος δε διευκρινίζει ποιο φυσικό πρόσωπο θα έχει την επιμέλειά τους, π.χ. ο Διευθυντής του ξενώνα, ο κοινωνικός λειτουργός, ο νομικός εκπρόσωπος;)
- οικογένεια που θα έχει την επιμέλεια του ανηλίκου, δηλ. ανάδοχη (θεσμός όχι και τόσο δημοφιλής ως προς την εφαρμογή του στην χώρα μας)

και ακόμα περισσότερο θα συμπληρώναμε τους φορείς Κοινωνικής Πρόνοιας (κατ' αναλογία με το άρθρο 1601 ΑΚ για τον Προσωρινό Επίτροπο), τις Μη Κυβερνητικές Οργανώσεις και άλλα εξειδικευμένα Ιδρύματα και Νομικά Πρόσωπα, γιατί όχι και pro bono (αφιλοκερδώς-ενδεχομένως μέσα στο πρόγραμμα νομικής βοήθειας) ασκούμενους και μη-δικηγόρους, ειδικά καταρτισμένους ως προς το θέμα αυτό.

Όλοι οι αρμόδιοι φορείς και δη ο αρμόδιος Εισαγγελέας ως προσωρινός επίτροπος του ανηλίκου κατά το διορισμό Επιτρόπου, οφείλει να λαμβάνει υπόψη πέρα από τις διαθέσιμες λύσεις και τη γνώμη του ανηλίκου ανάλογα με την ηλικία του και το

12. Π.Δ. 220/2007 άρθρο 1ζ' αλλά και Π.Δ. 90/2008 άρθρο 2 η'

13 1. Οι αρμόδιες αρχές υποδοχής και φιλοξενίας λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα, το συντομότερο δυνατό από τη χορήγηση του καθεστώτος διεθνούς προστασίας, προκειμένου να διασφαλίσουν την εκπροσώπηση των ασυνόδευτων ανηλίκων με το διορισμό επιτρόπου ή, όπου απαιτείται, με την ανάθεση της σχετικής ευθύνης σε οργάνωση επιφορτισμένη με τη μέριμνα και τη προστασία των ανηλίκων ή με οποιαδήποτε άλλη κατάλληλη μορφή εκπροσώπησης, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία και τις αποφάσεις των δικαστηρίων.

2. Επίσης οι ως άνω αρχές μεριμνούν, ώστε οι ανάγκες του ανηλίκου να καλύπτονται επαρκώς κατά την εφαρμογή του παρόντος προεδρικού διατάγματος από τον διορισμένο επίτροπο ή εκπρόσωπο και αξιολογούν τακτικά την κατάσταση του ανηλίκου....»

βαθμό της ωριμότητάς του και να πράττει κατά το συμφέρον αυτού, όπως άλλωστε προβλέπεται ρητά στο άρθρο 1648 ΑΚ και απορρέει και από τις λοιπές περί Επιτροπείας διατάξεις του Αστικού μας Κώδικα και της Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Παιδιού.

Τέλος στο σημείο αυτό, ιδιαίτερη προσοχή πρέπει να δοθεί στο άρθρο 12 του Π.Δ. 90/2008¹⁴, και δη στην παρ. 2 αυτού που αφορά στους ασυνόδευτους ανήλικους αιτούντες άσυλο, καθώς επιτρέπει παρεκκλίσεις από την υποχρέωση ενημέρωσης του κατά τόπου αρμοδίου Εισαγγελέα, εφόσον ο ασυνόδευτος ανήλικος:

1. θα ενηλικιωθεί, κατά πάσα πιθανότητα προτού ληφθεί απόφαση σε πρώτο βαθμό, ή
2. είναι ή ήταν έγγαμος, ή
3. ο ενεργών την εξέταση διαπιστώνει ότι έχει την ωριμότητα να αντιληφθεί τη σημασία της πράξης του, είναι σε θέση να υποστηρίξει το αίτημά του και είναι άνω των 16 ετών.

Γίνεται αντιληπτό ότι, κατά τον τρόπο που είναι διατυπωμένη η περίπτωση γ' του εν λόγω άρθρου, καταλείπεται ευρεία διακριτική ευχέρεια στον εκάστοτε αστυνομικό διενεργούντα τη συνέντευξη να θεωρήσει ότι ο ανήλικος μπορεί μόνος του να υποστηρίξει βάσιμα και επαρκώς το αίτημα ασύλου του, κατά παρέκκλιση της γενικής υποχρέωσης του άρθρου 19 Π.Δ. 220/2007, χωρίς δηλαδή να τύχει των εγγυήσεων για αναγκαία εκπροσώπησή του μέσω Επιτρόπου (σε αυτό άλλωστε σκοπεύει και η ενημέρωση του Εισαγγελέα). Δεδομένων μάλιστα των ανεπαρκειών και δυσλειτουργιών που υφίστανται σήμερα στη διαδικασία του ασύλου, τόσο ως προς την ενημέρωση των αλλοδαπών περί του δικαιώματός τους να ζητήσουν άσυλο και της επικείμενης διαδικασίας που ακολουθείται στην πράξη, όσο και της έλλειψης αναγκαίων γνώσεων σχετικά με τις ειδικές ανάγκες των ανηλίκων από τους διενεργούντες τις συνεντεύξεις,¹⁵ θα μπορούσε κανείς εύκολα να πει ότι το δικαίωμά τους σε διορισμό Επιτρόπου στην ουσία καταστρατηγείται!

ΑΠΕΛΑΣΗ ΚΑΙ ΚΡΑΤΗΣΗ ΑΣΥΝΟΔΕΥΤΩΝ ΑΝΗΛΙΚΩΝ

Πουθενά στον ελληνικό νόμο δεν υπάρχει ρητή απαγόρευση της απέλασης και συνάκλουθα κράτησης ανηλίκων ή έστω επιβολή της στην πράξη «ως έσχατο μέτρο και για τη μικρότερη χρονική διάρκεια» και χωριστά από τους ενήλικες, όπως επιτάσσει

14. Άρθρο 12 παρ. 1. «Οι αρμόδιες αρχές, όταν υποβάλλεται αίτηση από ασυνόδευτους ανήλικους, ενεργούν σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 19 του Π.Δ. 220/2007 (Α' 251) για το διορισμό επιτρόπου του ανηλίκου. Στον επίτροπο παρέχεται η ευκαιρία να ενημερώνει τον ασυνόδευτο ανήλικο, για τη σημασία και τις πιθανές συνέπειες της προσωπικής συνέντευξης, καθώς και για τον τρόπο με τον οποίο πρέπει να προετοιμασθεί για την προσωπική συνέντευξη, εφόσον τούτο είναι απαραίτητο. Στον επίτροπο επιτρέπεται να παρίσταται στην εν λόγω προσωπική συνέντευξη και να υποβάλει ερωτήσεις ή παρατηρήσεις προς διευκόλυνση της διαδικασίας. Σε καμία περίπτωση δεν διεξάγεται προσωπική συνέντευξη, χωρίς την παρουσία του ασυνόδευτου ανηλίκου».

15. Υποχρέωση που απορρέει από την παρ. 3 του άρθρου 12 και τα άρθρα 8, 10 παρ. 8 του Π.Δ. 90/2008 αλλά και από το άρθρο 19 παρ. 3 του Π.Δ. 220/2007.

Βλέπε επίσης και παράγραφο 4 του ως άνω, η οποία προβλέπει τη χρησιμοποίηση ιατρικών εξετάσεων, προκειμένου να προσδιοριστεί η ηλικία των ασυνόδευτων ανηλίκων, χωρίς περαιτέρω να εξειδικεύονται ή να προσδιορίζονται οι συγκεκριμένες μέθοδοι αυτών.

η Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού.¹⁶ Όταν και εφόσον ο ανήλικος αιτηθεί ασύλου, ισχύει ο γενικός κανόνας της μη επαναπροώθησης (non-refoulement), δηλαδή της μη επιστροφής του σε χώρα όπου μπορεί να κινδυνεύσει ή να απειληθεί η ζωή και οι ελευθερίες του.¹⁷ Χαρακτηριστικά στο άρθρο 13 παρ. 4 του Π.Δ. 90/2008 προβλέπεται κάθε άλλο παρά επιτακτικά ότι:

«οι αρμόδιες αρχές (...) β. αποφεύγουν την κράτηση ή τον περιορισμό των ανήλικων, ειδικότερα των παιδιών που έχουν χωριστεί από τις οικογένειές τους και των ασυνόδευτων ανηλίκων».

Ο Ν. 3386/05 δεν απαγορεύει την κράτηση ανηλίκων που εισήλθαν στη χώρα παράνομα και δεν υπέβαλαν ή δεν υπέβαλαν αμέσως αίτημα ασύλου, ούτε περιλαμβάνει ειδικές διατάξεις για την κράτησή τους εν όψει της εκτέλεσης μιας απόφασης απέλασης (άρθρο 76). Το άρθρο 79 παρ. 1 απαγορεύει απλώς την απέλαση μόνο για τις περιοριστικά αναφερόμενες (και μάλλον αυτονόητες) στο νόμο κατηγορίες, μεταξύ άλλων όταν :

α. *Είναι ανήλικος και οι γονείς ή τα πρόσωπα που έχουν την επιμέλειά του διαμένουν νόμιμα στην Ελλάδα.*

δ. *Έχει αναγνωριστεί ως πρόσφυγας ή έχει ζητήσει την παροχή ασύλου, υπό την επιφύλαξη των άρθρων 32 και 33 της Σύμβασης της Γενεύης του 1951.*

ε. *Είναι ανήλικος στον οποίο έχουν επιβληθεί αναμορφωτικά μέτρα με απόφαση του Δικαστηρίου Ανηλίκων.*

Αλλά έτσι γίνεται προφανές το νομικό παράδοξο στην περίπτωση των ασυνόδευτων ανηλίκων, οι οποίοι εάν τυχόν έχουν διαπράξει κάποιο ποινικό αδίκημα και τους έχουν επιβληθεί αναμορφωτικά μέτρα, απαγορεύεται να απελαθούν ενώ εκείνοι που κρατούνται μόνο διοικητικά, όταν μάλιστα ο Εισαγγελέας απείχε από την ποινική τους δίωξη, (83 παρ. 2 Ν. 3386/05) απελαύνονται σωρηδόν και αδιακρίτως.

Στην πράξη, η διαδικασία που τηρείται από την Ελληνική Αστυνομία για τους ασυνόδευτους ανήλικους, ως προς την επιβολή διοικητικής απέλασης και παρεπόμενης διοικητικής κράτησης, δε διαφοροποιείται και δε διακρίνεται καθόλου από αυτή των

16 Άρθρο 37 «Τα Συμβαλλόμενα Κράτη επαγρυπνούν ώστε:

β. Κανένα παιδί να μη στερείται την ελευθερία του κατά τρόπο παράνομο ή αυθαίρετο. Η σύλληψη, κράτηση ή φυλάκιση ενός παιδιού πρέπει να είναι σύμφωνη με το νόμο, να μην αποτελεί παρά ένα έσχατο μέτρο και να είναι της μικρότερης δυνατής χρονικής διάρκειας.

γ. Κάθε παιδί που στερείται την ελευθερία να αντιμετωπίζεται με ανθρωπισμό και με τον οφειλόμενο στην αξιοπρέπεια του ανθρώπου σεβασμό, και κατά τρόπο που να ανταποκρίνεται στις ανάγκες της ηλικίας του. Ειδικότερα, κάθε παιδί που στερείται την ελευθερία θα χωρίζεται από τους ενήλικες, εκτός εάν θεωρηθεί ότι είναι προτιμότερο να μη γίνει αυτό για το συμφέρον του παιδιού, και έχει το δικαίωμα να διατηρήσει την επαφή με την οικογένειά του δι' αλληλογραφίας και με επισκέψεις, εκτός εξαιρετικών περιστάσεων.

δ. Τα παιδιά που στερούνται την ελευθερία τους να έχουν το δικαίωμα για ταχεία πρόσβαση σε νομική ή σε άλλη κατάλληλη συμπαράσταση, καθώς και το δικαίωμα να αμφισβητούν τη νομιμότητα της στέρησης της ελευθερίας τους ενώπιον ενός δικαστηρίου ή μιας άλλης αρμόδιας, ανεξάρτητης και αμερόληπτης αρχής, και για τη λήψη μιας ταχείας απόφασης πάνω σ' αυτό το ζήτημα».

17. Βλέπε άρθρο 33 της Σύμβασης της Γενεύης του 1951 για τους Πρόσφυγες, άρθρο 3 της ΕΣΔΑ, άρθρο 3 της Σύμβασης του Ο.Η.Ε. του 1984 κατά των βασανιστηρίων και άλλων μορφών κακομεταχείρισης, άρθρο 7 ΔΣΑΠΔ. Όμοια και το άρθρο 1 του Π.Δ. 61/99 .

ενήλικων. Επιπλέον ελάχιστα κέντρα κράτησης (π.χ. στην Αμυγδαλέζα Αττικής) αλλά και μεμονωμένα «κελιά» στα υπάρχοντα κρατητήρια, ακόμη και σε αυτά που τελευταία κατασκευάζονται, είναι ειδικά προορισμένα και προσαρμοσμένα για να προσιδιάζουν στις ιδιαίτερες ανάγκες ανήλικων ατόμων. Στις περισσότερες περιπτώσεις κρατούνται ακόμη και για το ανώτατο διάστημα των τριών μηνών που προβλέπει ο νόμος μαζί με τους ενήλικες, με ό,τι κινδύνους συνεπάγεται κάτι τέτοιο για το ευάλωτο και ευαίσθητο της παιδικής τους ηλικίας¹⁸. Μάλιστα τα ασυνόδευτα κορίτσια, αν και σε μειοψηφία αριθμητικά, κρατούνται πάντα μαζί με τις ενήλικες γυναίκες, ενώ δεν υπάρχει αυτή τη στιγμή στην Ελλάδα κανένας ξενώνας για τη μετέπειτα φιλοξενία των ανήλικων κοριτσιών ως αιτούντων άσυλο¹⁹.

Για το πολύ σημαντικό αυτό ζήτημα έχει παρέμβει και ο Συνήγορος του Πολίτη στην Ειδική Έκθεση που δημοσίευσε το 2005 σχετικά με το θέμα αυτό²⁰ αλλά και με επανειλημμένες ειδικές παρεμβάσεις που έχει κάνει ειδικά πάνω στο θέμα των ασυνόδευτων ανήλικων όπου επαναλαμβάνεται για ακόμα μια φορά ότι:

«οι ανήλικοι αυτοί δε θα έπρεπε να αντιμετωπίζονται ως παραβάτες της μεταναστευτικής νομοθεσίας, όπως συμβαίνει σήμερα, αλλά ως δικαιούχοι προστασίας, με βάση τις ανάγκες και τα χαρακτηριστικά που προκύπτουν από την ανηλικότητά τους. Για το λόγο αυτό είμαστε αντίθετοι και στη χρήση του όρου ανήλικους «λαθρομετανάστες», που ενισχύει την εντύπωση του «λαθραίου» και της παραβίασης της νομιμότητας, προκρίνοντας την αναφορά σε ασυνόδευτους ανήλικους, οι οποίοι βρίσκονται χωρίς νομιμοποιητικά έγγραφα στη χώρα».²¹

Τέλος το άρθρο 48 παρ. 2 του Ν. 3386/2005 αναστέλλει την τυχόν εκδοθείσα απόφαση απέλασης σε βάρος ανήλικου-θύματος εμπορίας ανθρώπων, για όσο διάστημα διαρκεί η περίοδος περίσκεψης (για τους ανήλικους μέχρι και δύο μήνες), προκειμένου να συνέλθουν, να ξεφύγουν από την επιρροή των δραστών και να συνεργαστούν με τις διωκτικές αρχές. Στις περιπτώσεις αυτές τα θύματα (ανήλικα και τις περισσότερες φορές κορίτσια) θα «περισκεπτούν» εντός των κρατητηρίων φύλαξής τους ενώ τίποτε δεν τους εγγυάται την αναγνώρισή τους ως θύματα εμπορίας, χωρίς τη συνδρομή κατάλληλα εκπαιδευμένου νομικού και κοινωνικού παραστάτη - Επιτρόπου. Επίσης ο Ν. 3536/07 στο άρθρο 11 παρ. 3 ορίζει για πρώτη φορά ρητά ότι τα αναγνωρισμένα

18. Η Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Παιδιού (α. 37) καθώς και το ΔΣΑΠΔ (α. 10β) υποχρεώνουν τα κράτη μέλη στο διαχωρισμό των ενηλίκων από τα παιδιά σε κράτηση. Επίσης το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, στην υπόθεση *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* έκρινε ότι η παρατεταμένη κράτηση ασυνόδευτου ανήλικου μαζί με ενήλικες, ισοδυναμεί με απάνθρωπη και εξευτελιστική μεταχείριση (απόφαση της 12ης Οκτωβρίου 2006, παρ. 103, διαθέσιμη στο <http://www.echr.coe.int>).

19. Οι κρατικά χρηματοδοτούμενες θέσεις σε ξενώνες για τη φιλοξενία ασυνόδευτων ανήλικων (μόνο αρρένων) είναι αυτή τη στιγμή γύρω στις 200. Βλέπε αναλυτικά την Έκθεση της Ύπατης Αρμοστείας του ΟΗΕ για τους Πρόσφυγες «Ασυνόδευτοι ανήλικοι αιτούντες άσυλο στην Ελλάδα» σ. 58-70.

20. Συνήγορος του Πολίτη- κύκλος δικαιωμάτων του παιδιού: Ειδική Έκθεση- Διοικητική Κράτηση και Απέλαση αλλοδαπών ανήλικων- Οκτώβριος 2005, διαθέσιμο στο:

<http://www.synigoros.gr/reports/SR-detention-expulsionOCTOBER-2005.pdf>

21. «Σύννοψη παρεμβάσεων 2004-2007 του Συνηγόρου του Πολίτη για θέματα Ασυνόδευτων ανήλικων» στο http://www.synigoros.gr/pdfs/Stp_Unaccomp_minors2004-2007.pdf και το πιο πρόσφατο «Ο Συνήγορος του Παιδιού για τα ασυνόδευτα παιδιά της Πάτρας» στο: http://www.synigoros.gr/pdfs/_patra_katavlisimos_8_2.pdf

θύματα εμπορίας ανθρώπων δεν απελαύνονται και τυχόν απόφαση απέλασης αναστέλλεται. Με τη διάταξη αυτή καλύπτεται το προηγούμενο νομικό κενό και προστατεύονται τα θύματα εμπορίας από τον κίνδυνο της απέλασης.²²

NOMIKO ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΑΣΥΝΟΔΕΥΤΩΝ ΑΝΗΛΙΚΩΝ

Ακόμα και από άποψη συστημική η ενότητα αυτή σκόπιμα εξετάζεται όχι στην αρχή αλλά ως παρεμπίπτον ζήτημα της όλης αναφοράς, καθότι το νομικό καθεστώς του ανηλίκου (και δη του ασυνόδευτου) δε θα πρέπει να εκλαμβάνεται ως *condition sine qua non* στην αναγνώριση και προστασία θεμελιωδών του δικαιωμάτων, όπως προαναφέρθηκε. Για τις ανάγκες της παρούσας μελέτης, η οποία δεν αποτελεί αποκλειστική και ενδελεχή αναφορά σε όλες τις περιπτώσεις ασυνόδευτων ανηλίκων στη χώρα μας, θεωρήθηκε σκόπιμη η κατηγοριοποίηση σε δύο γενικές κατηγορίες ασυνόδευτων ανηλίκων που εμφανίζουν και τη μεγαλύτερη συχνότητα: α) στους αιτούντες άσυλο (το οποίο αίτημα εάν ευδοκιμήσει θα αναγνωριστούν ως πρόσφυγες ή κάτοχοι ανθρωπιστικού καθεστώτος) και β) στα θύματα εμπορίας ανθρώπων (trafficking).

Η διάκριση γίνεται καθαρά για λόγους συστηματοποίησης και υπαγωγής τους σε αντίστοιχα νομικά καθεστώτα (status), αφού δεν αποκλείεται η αλληλοσυμπλήρωση των ως άνω κατηγοριών ή η μη υπαγωγή τους σε κανένα από αυτά. Για παράδειγμα: α) ασυνόδευτος ανήλικος (αιτών ή μη αιτών άσυλο) που έπεσε στη συνέχεια θύμα εμπορίας-αρκετά σύνηθες σε περιπτώσεις εκμετάλλευσης παιδικής εργασίας σε αγόρια αλλά και σε κορίτσια για διάθεση σε πορνεία ή άλλες μορφές εκμετάλλευσης ή β) ανήλικοι που δεν επιθυμούν να ζητήσουν πολιτικό άσυλο στην Ελλάδα αλλά σε άλλη χώρα της Ευρώπης, οι οποίοι θα έρθουν αντιμέτωποι με τον Κανονισμό του Δουβλίνου²³ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και τα ευρωπαϊκά κράτη θα αναγκαστούν να τους επιστρέψουν πίσω στην Ελλάδα²⁴. Τις περισσότερες φορές οι Ελληνικές Αρχές δεν εξετάζουν αν ο ανήλικος μπορεί να θεμελιώσει δικαίωμα οικογενειακής συνένωσης, όπως προβλέπεται από τον εν λόγω Κανονισμό, και προβαίνουν αδιακρίτως στην έκδοση απόφασης απέλασης, αν δεν υποβληθεί άμεσα αίτημα ασύλου.²⁵

22. Εθνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου «Θέσεις και Προτάσεις για το ζήτημα της εμπορίας ανθρώπων- η κατάσταση στην Ελλάδα» σελ.6- Ιούνιος 2007 <http://www.nchr.gr>

23. Ο Κανονισμός του Δουβλίνου (ΕΚ) αριθ. 343/2003 προβλέπει ένα σύστημα ανάληψης ευθύνης για την εξέταση σύμφωνα με ορισμένα κριτήρια, των αιτημάτων ασύλου που υποβάλλονται στην επικράτεια της Ε.Ε. Ο Κανονισμός έχει στόχο να διασφαλίσει ότι κάθε αίτημα θα εξετάζεται δίκαια από ένα κράτος-μέλος, ώστε να αποτρέπονται πολλαπλές αιτήσεις και να εξασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα του συστήματος. Βασικά κριτήρια για τον καθορισμό του κράτους που είναι υπεύθυνο για την εξέταση του αιτήματος ασύλου είναι : α) το κράτος-μέλος στο οποίο υποβάλλεται για πρώτη φορά αίτημα ασύλου και β) όταν διαπιστώνεται βάσει αποδεικτικών στοιχείων ή των έμμεσων αποδείξεων (...) ότι ο αιτών άσυλο διέβη παρανόμως οδικών, δια θαλάσσης ή δια αέρος τα σύνορα του κράτους μέλους προερχόμενος από Τρίτη χώρα. (άρθρο 10)». Από το τελευταίο γίνεται εμφανές το βάρος ευθύνης που επωμίζονται τα νότια και ανατολικά κράτη μέλη της Ε.Ε ως σημεία εισόδου.

24. Θέση της Υπατης Αρμοστείας του ΟΗΕ για τους πρόσφυγες (Απρίλιος 2008), όπου καλεί τις κυβερνήσεις των κρατών-μελών να μην επιστρέφουν αιτούντες άσυλο στην Ελλάδα, κάνοντας χρήση του άρθρου 3(2) του Κανονισμού, το οποίο επιτρέπει στα κράτη να εξετάσουν ένα αίτημα ασύλου ακόμη κι αν δε φέρουν την ευθύνη εξέτασής του, σύμφωνα με τα κριτήρια που θέτει ο Κανονισμός. Διαθέσιμο στο <http://www.unhcr.gr>

25. Σημαντικό το άρθρο 6 του Κανονισμού: Αν ο αιτών άσυλο είναι ασυνόδευτος ανήλικος υπεύθυνο για την εξέταση της αίτησής του είναι το κράτος μέλος στο οποίο ευρίσκεται νομίμως ένα μέλος της οικογένειάς του, εφόσον αυτό είναι προς το μείζον συμφέρον του ανηλίκου.

Α) Την πρώτη και κυριότερη από αυτές αποτελούν τα ασυνόδευτα ανήλικα-πρόσφυγες. Πράγματι αν λάβει κανείς υπόψη του τις κυρίες χώρες καταγωγής τους, Αφγανιστάν, Ιράκ, Σομαλία, Σουδάν, όσο και το γεγονός ότι έχει αυξηθεί σημαντικά η παρουσία τους στην Ευρώπη, με πρώτη χώρα εισόδου την Ελλάδα, (και κυριότερο σημείο εξόδου το λιμάνι της Πάτρας) αντιλαμβάνεται ότι τα άτομα αυτά προέρχονται από χώρες (ή περιοχές εντός των χωρών αυτών) στις οποίες η ζωή τους βρίσκεται σε άμεσο ή έμμεσο κίνδυνο, άλλοτε εξατομικευμένο (σε βάρος των ιδίων ή της οικογένειας, της θρησκείας, της φυλής τους κ.λ.π.) κι άλλοτε γενικευμένο (διεθνής ή εμφύλια εμπόλεμη σύρραξη, ανθρωπιστική κρίση, ξένη κατοχή, ουσιαστική ανυπαρξία δημοκρατικού κράτους ή κράτους δικαίου που σέβεται τα ανθρώπινα δικαιώματα).

Τα παιδιά αυτά, που στην ουσία είναι γνήσιοι πρόσφυγες ή δικαιούχοι ανθρωπιστικού καθεστώτος ή επικουρικής προστασίας, όπως επίσημα ορίζεται ²⁶, έχουν κάθε δικαίωμα να αιτηθούν πολιτικού ασύλου στην Ελλάδα, (αφού η διαδικασία για τις ως άνω κατηγορίες είναι κοινή) και να τύχουν των ευεργετικών διατάξεων που προβλέπει η εναρμονισμένη με τα ευρωπαϊκά πλέον πρότυπα νομοθεσία για τους ασυνόδευτους ανήλικους, μεταξύ των οποίων είναι και η εξέταση του αιτήματός τους κατά προτεραιότητα ²⁷. Για να μπορέσουν όμως:

- να αιτηθούν αυτοπροσώπως πολιτικού ασύλου και χωρίς κίνδυνο σύλληψής τους για παράνομη είσοδο στη χώρα.
- να ανανεώνουν εμπρόθεσμα το σχετικό Δελτίο αιτούντος άσυλο (ροζ κάρτα) κάθε έξι μήνες.
- να υποβάλουν προσφυγή κατά της σε πρώτο βαθμό απόρριψης του αιτήματός τους (το ποσοστό αναγνώρισης στο στάδιο αυτό φτάνει μόλις το 0,04% και είναι το χαμηλότερο στην Ευρώπη ²⁸).
- να υποστηρίξουν την προσφυγή και το αίτημά τους ενώπιον της Επιτροπής Προσφυγών του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης (όπου η πλειοψηφία των μελών της είναι ανώτεροι υπάλληλοι Υπουργείων) ²⁹ και ενδεικτικά για το έτος 2007 μόλις έξι ανήλικοι έλαβαν πολιτικό άσυλο από τις 6.448 προσφυγές που κατατέθηκαν και μόλις οι 31 από τις προσφυγές αυτές (0,5%) αφορούσαν καταγεγραμμένους ως ασυνόδευτους άρρενες ανηλίκους ³⁰.
- να προσφύγουν κατά ενδεχόμενης απόρριψης της προσφυγής τους από την Επιτροπή στο Συμβούλιο της Επικρατείας, όταν μάλιστα μόνο κατά το ύστατο αυτό σημείο θεσμοθετείται η παροχή δωρεάν νομικής υποστήριξης (α. 11 παρ. 2

26. Άρθρο 2 εδ.ε' Π.Δ. 96/2008 «πρόσωπο που δικαιούται επικουρική προστασία» είναι με την επιφύλαξη του άρθρου 17, ο υπήκοος τρίτης χώρας ή ο ανιθαγενής που δεν πληροί τις προϋποθέσεις για να αναγνωρισθεί ως πρόσφυγας αλλά στο πρόσωπό του συντρέχουν ουσιαστικοί λόγοι από τους οποίους προκύπτει ότι εάν επιστρέψει στη χώρα καταγωγής του ή στην περίπτωση ανιθαγενούς στη χώρα προηγούμενης συνήθους διαμονής του, κινδυνεύει να υποστεί σοβαρή βλάβη κατά την έννοια του άρθρου 15 και που δε μπορεί ή λόγω του κινδύνου αυτού δεν επιθυμεί να θέσει ε-αυτόν υπό την προστασία της εν λόγω χώρας». Ομοίως άρθρο 8 Π.Δ. 61/99

27. Π.Δ. 90/2008 άρθρο 8 παρ.2

28. Έκθεση του Human Rights Watch, σελ. 41

29. Π.Δ. 90/2008 α. 26 παρ. 1.

30. Έκθεση Ύπατης Αρμοστείας του ΟΗΕ, Απρίλιος 2008, σελ. 89-90

Π.Δ. 90/08) χωρίς βέβαια να μπορούν να επωφεληθούν όλοι από αυτή.

- σε περίπτωση που τους χορηγηθεί ανθρωπιστικό καθεστώς να υποβάλουν συνεχώς αίτηση για ανανέωσή του στο Αρχηγείο της Ελληνικής Αστυνομίας (με το νέο Π.Δ. 96/08 η ισχύς του δελτίου επιμηκύνθηκε στα δύο χρόνια, άρθρο 24 παρ. 2).
- και τόσα μα τόσα άλλα...

είναι σίγουρα επιβεβλημένη η σύμπραξη και συνεπικουρία νομικού συμπαραστάτη ή άλλου κοινωνικού εταίρου ως Επιτρόπου, αλλά και η υποστήριξη από ευρύτερους νομικούς, κοινωνικούς και πολιτικούς φορείς και οργανώσεις αφού δεν πρόκειται ποτέ να ενημερωθούν για το δικαίωμά τους αυτό από τις αρμόδιες αστυνομικές αρχές, αλλά και ούτε να διευκολυνθούν προς τούτο ως ιδιαίτερα ευάλωτα ανήλικα πρόσωπα. Κι ενώ είναι κατανοητή ως ένα βαθμό η υπερφόρτωση της Ελληνικής Αστυνομίας με καταιγισμό αιτήσεων ασύλου λόγω της σε υπερβολικό βαθμό έλλειπoux αποκέντρωσης των υπηρεσιών της από την Αττική (μόνο στο τμήμα Αλλοδαπών της Πέτρου Ράλλη στην Αθήνα υποβάλλεται πάνω από το 90% των αιτήσεων ασύλου ενώ τα σημεία εισόδου στον ελληνική επικράτεια είναι κυρίως τα βόρεια και τα ανατολικά-νησιωτικά σύνορα), δεν είναι σε καμία περίπτωση συγγνωστή η παραμέληση και η μη προτεραιότητα των 100-200 αιτήσεων ασύλου που υποβάλλονται κάθε χρόνο από ανηλίκους (η αστυνομία δεν έχει προβεί ακόμα επίσημα στο χαρακτηρισμό τους ως ασυνόδευτων), όταν μάλιστα αυτή γίνεται από τρεις ξενώνες φιλοξενίας ανηλίκων (Ανώγεια, Βόλος και Μυτιλήνη) που βρίσκονται εκτός του νομού Αττικής.

Β) Σε ό,τι αφορά τα ασυνόδευτα ανήλικα θύματα εμπορίας ανθρώπων, αυτά μπορεί να αποκτήσουν Άδεια Παραμονής εφόσον πληρούν τις προϋποθέσεις του νόμου 3386/2005 άρθρο 44 επομ. που σημαίνει:

- πρέπει να ισχυριστούν και να αποδείξουν ότι είναι θύματα των εγκλημάτων, τα οποία προβλέπονται στα άρθρα 323, 323 Α, 348 παρ.3, 348Α, 349, 351 και 351 Α του Ποινικού Κώδικα, ανεξάρτητα από το εάν έχει εισέλθει στη Χώρα νόμιμα ή παράνομα (άρθρο 47 Ν.3386/05).
- πρέπει να συνεργαστούν με τον Εισαγγελέα και τις διωκτικές Αρχές στην καταπολέμηση της εμπορίας ανθρώπων, δηλαδή να κατονομάσουν αυτούς που τους εξέδιδαν ή τους εκμεταλλεύτηκαν (α. 47 παρ.1 και 2). Στην περίπτωση αυτή ο Εισαγγελέας Ανηλίκων φέρει την ευθύνη για τον εντοπισμό της οικογένειάς τους καθώς και για την εξασφάλιση νομικής βοήθειας σε αυτά.
- να τους δοθεί η περίοδος περίσκεψης (μέχρι δύο μήνες στον ανήλικους, άρθρο 48 παρ. 1 και 2) ώστε να συνέλθουν και να είναι σε θέση να διαφύγουν από την επιρροή των δραστών των σχετικών αδικημάτων, για να μπορούν να λάβουν ανεπηρέαστη απόφαση σχετικά με τη συνεργασία τους με τις διωκτικές αρχές.
- πρέπει να χαρακτηριστεί ως θύμα από τον αρμόδιο Εισαγγελέα και να λάβει τη σχετική 12-μηνη άδεια παραμονής την οποία μπορεί να ανανεώνει για ισόχρονο διάστημα (υπό τις προϋποθέσεις των α. 50 και 51 του Ν. 3386/05).

- Η εν λόγω άδεια παραμονής ως δικαιολογητική βάση έχει την ολοκλήρωση των νομικών και δικαστικών ενεργειών που συνεπάγεται η ποινική δίωξη των δραστών (σωματεμπόρων) και περιλαμβάνει και το δικαίωμα παράστασης του θύματος ως πολιτική αγωγή στην/ις εν λόγω δίκες.

Αντιλαμβάνεται κανείς το βάρος της απόδειξης που φέρει ένα ανήλικο παιδί σε αυτές τις περιπτώσεις, όταν μάλιστα καλείται να συνεργαστεί και να κατονομάσει πρόσωπα και πράγματα, για τα οποία ενδεχομένως ελάχιστα γνωρίζει με ακρίβεια και αληθοφάνεια, προκειμένου να αποκτήσει την εν λόγω άδεια παραμονής και να τύχει της προστασίας και αρωγής των προβλεπόμενων κρατικών υπηρεσιών και μονάδων³¹, να ανασταλεί η απέλασή του και να αποκτήσει την εν λόγω άδεια παραμονής.³²

Σε όλες τις ως άνω περιπτώσεις, και κατά την προσωπική γνώμη της γράφουσας, η Ελληνική Πολιτεία θα μπορούσε (αν βέβαια είχε τη σχετική πολιτική βούληση) να εντάξει τα ασυνόδευτα ανήλικα υπό το προστατευτικό πλαίσιο των διατάξεων του άρθρου 44 παρ. 1 του Ν. 3386/05 όπου ορίζεται ότι:

1. Με απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης και Απασχόλησης και Κοινωνικής Προστασίας, επιτρέπεται να χορηγείται άδεια διαμονής για λόγους ανθρωπιστικής φύσεως σε υπηκόους τρίτων χωρών: (...)
 - γ. Πρόσωπα, τα οποία φιλοξενούνται σε ιδρύματα και σε νομικά πρόσωπα κοινωφελούς σκοπού.
 - δ. Ανήλικα, την επιμέλεια των οποίων έχουν ελληνικές οικογένειες ή οικογένειες υπηκόων τρίτων χωρών με νόμιμη διαμονή στη Χώρα ή για τα οποία είναι εκκρεμής διαδικασία υιοθεσίας.
 - ε. Πρόσωπα που πάσχουν από σοβαρά προβλήματα υγείας.

για τα οποία μάλιστα δεν απαιτείται η προηγούμενη κατοχή από τον αιτούντα άδειας διαμονής (άρθρο 44 παρ. 1β Ν. 3386/2005), χορηγώντας προσωρινή άδεια διαμονής σε όλα τα ασυνόδευτα ανήλικα που, έστω κι αν δεν πάσχουν από σοβαρό πρόβλημα υγείας ή δεν τα έχει αναλάβει κάποια ανάδοχη οικογένεια, τουλάχιστον αυτά φιλοξενούνται (έστω και προσωρινά) στις κρατικές δομές της. Και αυτή τη στιγμή υπάρχει, η έστω και πενιχρή διαθεσιμότητα των 200 και πλέον θέσεων στα ιδρύματα αυτά ή στα χρηματοδοτούμενα από αυτά κέντρα.³³

31. Π.Δ. 233/2003 προστασία και αρωγή στα θύματα εγκλημάτων των άρθρων 323, 323Α, 349, 351 και 351Α του ποινικού κώδικα.

32. Ν. 3064/ 2002 άρθρα 12 (Αρωγή θυμάτων) και 13 (Επαναπατρισμός). Αν το θύμα είναι ανήλικος, για τον επαναπατρισμό του απαιτείται η σύμφωνη γνώμη του αρμοδίου Εισαγγελέα Ανηλίκων, ύστερα από έκθεση του Επιμελητή Ανηλίκων.

33. Βλέπε αναλυτικό πίνακα των Κέντρων υποδοχής και Φιλοξενίας ασυνόδευτων ανηλίκων στην Έκθεση της Έπασης Αρμοστείας (σ. 58-60). Σε αυτά πρέπει να προστεθεί και το νέο κέντρο υποδοχής στην Παγανή της Λέσβου για 110 άτομα.

ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΑΣΥΝΟΔΕΥΤΩΝ ΑΝΗΛΙΚΩΝ

Στο τελευταίο αυτό κεφάλαιο θα γίνει μια σύντομη απαρίθμηση και παράθεση νομοθετημάτων σχετικά με θεμελιώδη οικονομικά, κοινωνικά και πολιτιστικά δικαιώματα τα οποία παρέχονται ή θα έπρεπε να παρέχονται ουσιαστικά από το Ελληνικό κράτος, όπως προβλέπει η ισχύουσα νομοθεσία:

Α) πρόσβαση στην Εκπαίδευση

«Ανήλικοι υπήκοοι τρίτων χωρών, που διαμένουν στην Ελληνική Επικράτεια, υπάγονται στην υποχρεωτική σχολική φοίτηση, όπως και οι ημεδαποί»

- Ν. 3386/2005, α. 72 παρ.1 χωρίς διάκριση ως προς το νομικό καθεστώς, δηλ. και οι ασυνόδευτοι ανήλικοι χωρίς άδεια παραμονής/ δελτίο πρόσφυγα ή αιτούντος άσυλο (το ίδιο προέβλεπε και ο προγενέστερος μεταναστευτικός Ν. 2910/2001 α. 40).
- Π.Δ. 220/2007, α. 9 (ειδικά για τους αιτούντες άσυλο και τα τέκνα αυτών).³⁴
- Π.Δ. 96/2008, α. 27 (ειδικά σε όσους έχει χορηγηθεί καθεστώς διεθνούς προστασίας, δηλαδή αναγνωρισμένους πρόσφυγες και κατόχους ανθρωπιστικού καθεστώτος).

Η πρόσβαση γίνεται περισσότερο ευχερής και ομαλή όταν στα εκάστοτε εκπαιδευτικά ιδρύματα λειτουργούν τάξεις υποδοχής ή φροντιστηριακά τμήματα ή διαπολιτισμικά προγράμματα εκπαίδευσης, προσαρμοσμένα στις ανάγκες των ανηλίκων αλλοδαπών.

Β) πρόσβαση στην υγεία- ιατροφαρμακευτική περίθαλψη

Κι ενώ ο κανόνας είναι η απαγόρευση παροχής υπηρεσιών σε παρανόμους διαμένοντες αλλοδαπούς, με την απειλή πειθαρχικών και ποινικών ποινών σε βάρος των υπηρεσιών και των φορέων, εισάγεται εξαίρεση υπέρ της περίθαλψης των ανηλίκων (και των ενηλίκων που εισάγονται εκτάκτως για νοσηλεία), σε νοσοκομεία, θεραπευτήρια και άλλες δημόσιες κλινικές ή οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης.

- άρθρο 84 παρ. 1 Ν. 3386/2005 (όπως και το προγενέστερο α. 51 Ν. 2910/01).

Ενώ επιπλέον για τους ανήλικους αιτούντες άσυλο:

α. 18 παρ. 2. Π.Δ. 220/2007 Οι αρμόδιες αρχές υποδοχής και φιλοξενίας, εξασφαλίζουν την πρόσβαση σε μονάδες Κοινωνικής Φροντίδας σε ανήλικους που είναι θύματα κάθε μορφής κακοποίησης, αμέλειας, εκμετάλλευσης, βασανιστηρίων ή σκληρής, απάνθρωπης ή ταπεινωτικής μεταχείρισης ή ενόπλων συγκρούσεων και εξασφαλίζουν την παροχή σ' αυτούς της κατάλληλης ψυχολογικής φροντίδας και εξειδικευμένης θεραπείας, εφόσον τούτο απαιτείται.

34. Παρ. 2. Η ένταξη στο εκπαιδευτικό σύστημα δεν πρέπει να καθυστερεί πέραν των τριών μηνών από την ημερομηνία παραλαβής της αίτησης του ανηλίκου ή των γονέων του. Το διάστημα αυτό μπορεί να φθάνει το έτος όταν παρέχεται ειδική γλωσσική εκπαίδευση προκειμένου να διευκολύνεται η πρόσβαση στο εκπαιδευτικό σύστημα. Όταν, για ειδικούς λόγους που αφορούν τον ανήλικο, είναι αδύνατη η πρόσβασή του στο εκπαιδευτικό σύστημα, είναι δυνατόν να λαμβάνονται τα κατάλληλα προς τούτο μέτρα, σύμφωνα με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας. 3. Η πρόσβαση στη δευτεροβάθμια εκπαίδευση δεν περιορίζεται αποκλειστικά και μόνο λόγω της ενηλικίωσης του ανηλίκου.

Γ) πρόσβαση στην εργασία (και κίνδυνος Εκμετάλλευσης αυτής).

Τα περισσότερα ασυνόδευτα ανήλικα πρέπει να βρουν από μόνα τους τρόπους βιοπορισμού τους. Εκείνα που δεν έχουν αιτηθεί ασύλου, δεν έχουν νόμιμο καθεστώς και συνεπώς καμία πρόσβαση σε νόμιμη εργασία. Αντίθετα οι ανήλικοι που έχουν αιτηθεί άσυλο και είναι πάνω από 15 χρονών, επιτρέπεται θεωρητικά να εργαστούν σε μη επικίνδυνες εργασίες. Παρά ταύτα και λόγω του μη λειτουργικού συστήματος Επιτροπείας, που αναφέρθηκε προηγουμένως, τις περισσότερες φορές αδυνατούν να εξασφαλίσουν την απαραίτητη συναίνεση του Επιτρόπου (άρθρα 1619-1620 Α.Κ.) για να αποκτήσουν άδεια εργασίας. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα, τα περισσότερα ανήλικα, που ζουν εκτός κρατικών δομών φιλοξενίας, να πρέπει να αγωνίζονται ωσάν ενήλικες για την επιβίωσή τους, να είναι αναγκασμένα να δέχονται οποιοδήποτε είδος εργασίας τους προσφέρεται (κυρίως σε οικοδομικές δραστηριότητες, στον τομέα της γεωργίας και της κλωστοϋφαντουργίας), και να εκτελούν επικίνδυνες για την υγεία και για την ψυχο-πνευματική και κοινωνική τους ανάπτυξη εργασίες σε συνθήκες που προσομοιάζουν της εκμετάλλευσης ή ακόμα και της εξαναγκαστικής εργασίας³⁵. Το ελληνικό δίκαιο έχει σε μεγάλο βαθμό ενσωματώσει τις προστατευτικές για τα ανήλικα, διατάξεις του διεθνούς δικαίου, και δη του Διεθνούς Οργανισμού Εργασίας³⁶, του Συμβουλίου της Ευρώπης³⁷ και της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι οποίες υπερέχουν και οποιασδήποτε άλλης διάταξης εσωτερικού δικαίου, κατ' άρθρο 28 παρ. 1 Συντάγματος.

Ενδεικτικά αναφέρονται τα εξής νομοθετήματα

- Π.Δ. 62/1998 (άρθρα 2 και 4) μέτρα για την προστασία των νέων κατά την εργασία, σε συμμόρφωση με την οδηγία 94/33/ΕΚ.
- Ν. 1837/1989 Για την προστασία των ανηλίκων κατά την απασχόληση και άλλες διατάξεις.
- Ν. 3144/2003 Κοινωνικός διάλογος για την προώθηση της απασχόλησης και την κοινωνική προστασία και άλλες διατάξεις-Προστασία εργαζόμενων ανηλίκων (ά. 4).

Παράλληλα προβλέπονται αυστηρές κυρώσεις, τόσο από τη μεταναστευτική όσο και από την εργατική νομοθεσία, σε περίπτωση παραβίασης των γενικών ή των ειμέρους απαγορεύσεων για την παιδική εργασία από την πλευρά των εργοδοτών.

Ο Ν. 3386/05 (άρθρο 86) προβλέπει ποινικές και διοικητικές κυρώσεις που φτά-

35. Μολονότι κάτι τέτοιο απαγορεύεται και από το Ελληνικό Σύνταγμα, άρθρο 22 παρ. 3.

36. Ιδίως τη Διεθνή Σύμβαση Εργασίας Νο 182 για «για την απαγόρευση των χειρότερων μορφών εργασίας των παιδιών και την άμεση δράση με σκοπό την εξάλειψή τους» με το Ν. 2918/2001 και την Νο 138 που αφορά « την 138 Σύμβαση για το Ελάχιστο Ηλικιακό Όριο (Minimum Age Convention 1973) στις 14/03/1986 που ορίζει κατώτατο όριο ηλικίας τα 15 έτη. Η Ελλάδα ωστόσο δεν έχει ακόμα επικυρώσει την αριθ. 184 που αφορά στην « Ασφάλεια και Υγιεινή στη γεωργία», η οποία υιοθετήθηκε στις 21/06/2001 και τέθηκε σε εφαρμογή στις 20/9/2003. Για όλα τα παραπάνω βλέπε <http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm> και <http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang--en/index.htm>

37. Ευρωπαϊκός Κοινωνικός Χάρτης, Οκτώβριος 1961, τέθηκε σε εφαρμογή το Φεβρουάριο 1965 και επικυρώθηκε από την Ελλάδα στις 6/6/1984, όπου περιέχει επιπρόσθετες προστατευτικές διατάξεις, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματός για δίκαιες απολαβές και την ανάγκη περιορισμού του ωραρίου εργασίας, σύμφωνα με την ανάπτυξη του παιδιού.

νουν και την κάθειρξη μέχρι 10 έτη, στις επιβαρυντικές περιπτώσεις της παραγράφου 5 αυτού (προαγωγή ανηλίκων σε πορνεία) καθώς και βαρύτατα χρηματικά πρόστιμα.

Παρόμοιες ποινές για τους εργοδότες προβλέπουν και οι:

N. 3144/2003 (άρθρο 4 παρ.4) ³⁸ και

N. 1837/1989 (άρθρο 18) ³⁹ με τους οποίους μάλιστα επεκτείνονται οι ίδιες ποινές και στον Επίτροπο του παιδιού, αυτόν που έχει ή ασκεί την επιμέλειά του!

Με την επικύρωση από τη χώρα των ως άνω διεθνών Συμβάσεων και Νόμων οι Επιθεωρήσεις Εργασίας απέκτησαν σχετική αρμοδιότητα για τη λήψη στοχευμένων δράσεων για την προστασία των ανηλίκων⁴⁰. Ωστόσο, τόσο οι επιθεωρήσεις που πραγματοποιούνται, όσο και τα πρόστιμα και οι ποινές που επιβάλλονται, καταδεικνύουν μόνο την κορυφή του παγόβουνου και καθιστούν κενό το γράμμα του νόμου, σε ένα τόσο σημαντικό ζήτημα, όπως είναι το θέμα της παιδικής εργασίας στη χώρα μας και ακόμη περισσότερο της εκμετάλλευσης αυτής.

ΑΝΤΙ ΕΠΙΛΟΓΟΥ...

Τη χρονική περίοδο που γράφονταν τα παραπάνω εγκρίθηκαν και ψηφίστηκαν δύο νομοθετήματα, τα οποία επιφέρουν σημαντικές αλλαγές αφενός στη διαδικασία του πολιτικού ασύλου και αφετέρου στην διοικητική απέλαση και κράτηση αλλοδαπών, και τα δύο αμφιβόλου Συνταγματικότητας σε επιμέρους διατάξεις τους ⁴¹. Είναι τα:

38. 4. Εργοδότης που παραβιάζει τις διατάξεις και απασχολεί ανηλίκους σε εργασίες, έργα ή δραστηριότητες κατά παράβαση των διατάξεων του παρόντος, τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι δύο (2) ετών και με χρηματική ποινή. Με την ίδια ποινή τιμωρείται και όποιος έχει την επιμέλεια ανηλίκου που απασχολείται σε εργασία, έργο ή δραστηριότητες κατά παράβαση των διατάξεων του παρόντος. Ο εργοδότης τιμωρείται επιπλέον και με τις διοικητικές κυρώσεις των παρ. 1 έως 5 του άρθρου 16 του Ν. 2639/1998 όπως ισχύουν.

39. 1. Ο εργοδότης ή οι εκπρόσωποί του που παραβαίνουν από δόλο ή από αμέλεια τις διατάξεις του νόμου αυτού και των αποφάσεων, που εκδίδονται κατ' εξουσιοδότησή του, τιμωρούνται, αν από άλλη ποινική διάταξη δεν προβλέπεται βαρύτερη ποινή, σύμφωνα με τις ποινές του άρθρου 458 του ποινικού κώδικα. 2. Με κράτηση ή πρόστιμο τιμωρείται και εκείνος που ασκεί την επιμέλεια του ανηλίκου, όταν επιτρέπει σε αυτόν να ασχολείται κατά παράβαση των άρθρων 2, 3, 5 και 8 του νόμου αυτού. 3. Εκτός από τις ποινικές κυρώσεις της παραγράφου 1, ο εργοδότης ή οι εκπρόσωποί του, που παραβαίνουν τις διατάξεις του νόμου αυτού, τιμωρούνται με πρόστιμο τριάντα χιλιάδες έως τριακόσιες χιλιάδες δραχμές. Το πρόστιμο αυτό επιβάλλεται με πράξη του προϊσταμένου της αρμόδιας Επιθεώρησης Εργασίας. Οι διατάξεις των περιπτώσεων στ' και ζ' της παραγράφου 2 του άρθρου 5 του ν.δ. 2656/1953, όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 1 του ν.δ. 763/1970 (ΦΕΚ 283), εφαρμόζονται και για το πιο πάνω πρόστιμο.

40. Ν. 3144/2003 (α. 4 παρ. 3-4), Ν. 1837/1989 (α.18) αλλά και Ν. 2639/2008 Ρύθμιση εργασιακών σχέσεων, σύσταση Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας και άλλες διατάξεις. (α.7: Αρμοδιότητες του Σ.ΕΠ.Ε).

41. Βλ. αναλυτικά τις Παρατηρήσεις της Εθνικής Επιτροπής για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου: *Παρατηρήσεις επί του σχεδίου ΠΔ «Τροποποίηση ΠΔ 90/ 2008 « Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2005/85/ΕΚ του Συμβουλίου της 1ης Δεκεμβρίου 2005, σχετικά με τις ελάχιστες προδιαγραφές για τις διαδικασίες με τις οποίες τα κράτη μέλη χορηγούν και ανακαλούν το καθεστώς του πρόσφυγα» - Μάιος 2009 & Παρατηρήσεις επί του Σ/Ν του Υπουργείου Δικαιοσύνης «Μεταρρυθμίσεις στην Οργάνωση της Ιατροδικαστικής Υπηρεσίας, στη Θεραπευτική Μεταχείριση χρηστών ναρκωτικών ουσιών και άλλες διατάξεις» Θέσεις επί των μέτρων βελτίωσης του σωφρονιστικού συστήματος, της επιβαρυντικής περίπτωσης της τέλεσης αδικημάτων από άτομο με καλυμμένα ή αλλοιωμένα χαρακτηριστικά και επί της διοικητικής απέλασης και κράτησης αλλοδαπών* - Ιούνιος 2009 στο <http://www.nchr.gr>.

- Προεδρικό διάταγμα 81/2009 –(ΦΕΚ Α 99/30.6.2009)
Τροποποίηση Π.Δ. 90/2008 «Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2005/85/ΕΚ του Συμβουλίου της 1ης Δεκεμβρίου 2005, σχετικά με τις ελάχιστες προδιαγραφές για τις διαδικασίες με τις οποίες τα κράτη μέλη χορηγούν και ανακαλούν το καθεστώς του πρόσφυγα».
- Ν. 3772/09 (ΦΕΚ 112 Α/10-7-2009) *Μεταρρυθμίσεις στην οργάνωση της Ιατροδικαστικής Υπηρεσίας, στη θεραπευτική μεταχείριση χρηστών ναρκωτικών ουσιών και άλλες διατάξεις.*

Επειδή η ανάλυση των ανωτέρω εκφεύγει της παρούσας μελέτης αν και επηρεάζει σε σημαντικό βαθμό τη νομική θέση των ασυνόδευτων ανηλίκων στην Ελλάδα, χρήσιμο θα ήταν να επισημάνουμε μόνο τα εξής επιφυλασσόμενοι και για το πως αυτά θα εφαρμοστούν στην πράξη: Το Π.Δ. 81/2009 αναθέτει την εξέταση του αιτήματος ασύλου στην αποκλειστική αρμοδιότητα των αστυνομικών διευθυντών και στερεί από τους αιτούντες άσυλο το δικαίωμα εξέτασης του αιτήματός τους σε δεύτερο βαθμό σε αντίθεση με την ευρωπαϊκή νομοθεσία. Ενώ ο Νόμος 3772/09 παρατείνει την διοικητική κράτηση για περίοδο έως και ένα έτος (ελάχιστη περίοδος διοικητικής κράτησης έξι (6) μήνες με δυνατότητα παράτασης άλλους δώδεκα(+12) προβλέποντας μία υπέρμετρα αυστηρή ποινή στέρησης της ελευθερίας σε βάρος ανθρώπων που δεν έχουν παραβιάσει άλλο κανόνα δικαίου, παρά μόνο στερούνται των νομιμοποιητικών εγγράφων παραμονής στη χώρα. Παράλληλα δίνει τη δυνατότητα να διατάσσεται από κάθε αστυνομικό διευθυντή, η απέλαση κάθε αλλοδαπού σε βάρος του οποίου έχει ασκηθεί ποινική δίωξη για κάθε πλημμέλημα χωρίς να απαιτείται καν τελεσίδικη καταδίκη από δικαστήριο, μια διάταξη που – εκτός των άλλων - βάλλει ευθέως κατά του τεκμηρίου αθωότητας.

Και επειδή το καλοκαίρι του 2009 δεν τέθηκαν σε εφαρμογή μόνο αντιμεταναστευτικά νομοθετήματα, πολιτικές και συνθήματα αλλά ακούστηκαν και αντίθετες φωνές, και δη εν χορώ η παρούσα μελέτη θα κλείσει με ένα απόσπασμα από την Παράβαση του έργου «Πλούτος» του Αριστοφάνη, όπως αυτή γράφτηκε για τις ανάγκες του εν λόγω έργου και αποδόθηκε στην Κρητική διάλεκτο από το Μιχάλη Σφακιανάκη, σκηνοθετήθηκε από το Γιώργο Μαρκόπουλο και υποστηρίχθηκε με μεγάλη επιτυχία από πληθώρα συναδέλφων του Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου. Το εν λόγω απόσπασμα είναι προϊόν της ποιητικής έμπνευσης του Μανόλη Τσικαλά και η ανάγνωσή του και μόνο προκαλεί ρίγος συγκίνησης, πολλώ δε μάλλον η σκηνική και μουσική του απόδοση και ερμηνεία:

Μεσάνυχτά 'ναι στα Καλά Λιμάνια.
Ώρες περνούν, ολάκαιρα ζαμάνια.
Σμίγει η νοτιά και το φιδίσιο κύμα,
τον έμπορα, με τση σκλαβιάς το θύμα.
Τον σκυλοπνίχτη η καταδίωξη ζωγρίζει,
με προβολείς και πολυβόλα φοβερίζει.

Ιράκ, Αφγανιστάν και Νιγηρία
σε βρωμερά αμπάρια 'ν' τα θερία.
Σαν τσι σαρδέλες, στίβες σας εβάλα,
κι εδά ξερνάτε και τση μάνας σας το γάλα.
Το μέγα όνειρο, απου έχτιζ' ο Αχμέτης
πλάνο του το 'βγαλε, μαθώς ο Μουχαμέτης.

Γη, που δε στέκεις για τσ' ανθρώπους όλους μάνα.
Που δε δακρύζεις για τσ' ελπίδες π' αποθάνα.
Γι' άλλους φυτεύγεις παραδείσους και οάσεις
και γι' άλλους τοίχους και σφαγές και απελάσεις.
Τον μετανάστη τονε πέρασες για ψείρα,
μα, στο κορμί σου περπατεί, ω, κακομοίρα.

Χαρά σε σας, πουλιά, τρυγώνια, χελιδόνια.
Κι εσάς ζηλεύγω σας τση θάλασσας χελώνια,
που δε διαβάζετε πυξίδα, μούδε χάρτη,
που' χετε σπίτι και δικούς σ' ούλα τα κράτη.
Άσπρο, γη μαύρο, αν-ε ιδείτε πλανητάρχη
στον κόσμο πέτε, δυστυχία πως υπάρχει.

Κι εσύ, παπίτσα μου, στον Νίγηρα το δέλτα,
σε μια λोटζέτα καλαμένα άμε, πέτα.
Πες στην αγάπη μου, πως θα-ν αντιγαγύρω,
όσα μαρτύρια και πείνες κι αν παρτίρω.
Φτωχός κι επά, κι εκείά φτωχός, σαν τσ' άλλους.
Σε παραδείσους ψεύτικους, μεγάλους.

ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ-ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΕΣ ΔΙΕΥΘΥΝΣΕΙΣ



Έρευνα του Human Rights Watch «Left to survive- systematic failure to protect unaccompanied Migrant Children in Greece» διαθέσιμο στο <http://www.hrw.org/en/reports/2008/12/22/left-survive> στα ελληνικά διαθέσιμη στο <http://www.hrw.org/en/node/81343/section/1>.

«Ασυνόδευτοι ανήλικοι αιτούντες άσυλο στην Ελλάδα - Μελέτη σχετικά με την αντιμετώπιση από την πολιτεία των αλλοδαπών ασυνόδευτων ανηλίκων που ζητούν άσυλο στην Ελλάδα». – κατόπιν ανάθεσης από το γραφείο της Έπατης Αρμοστείας του Ο.Η.Ε. για τους Πρόσφυγες- Απρίλιος 2008 - Γεωργία Δημητροπούλου και Ιωάννης Παπαγεωργίου, στο http://hosting01.vivodinet.gr/unhcr/UAM_survey.pdf ή στο <http://www.unhc.gr>.

Εθνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου <http://www.nchr.gr>

- «Θέσεις και Προτάσεις για το ζήτημα της εμπορίας ανθρώπων- η κατάσταση στην Ελλάδα» - Ιούνιος 2007.
- Παρατηρήσεις επί του σχεδίου ΠΔ «Τροποποίηση ΠΔ 90/ 2008 « Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2005/85/EK του Συμβουλίου της 1ης Δεκεμβρίου 2005, σχετικά με τις ελάχιστες προδιαγραφές για τις διαδικασίες με τις οποίες τα κράτη μέλη χορηγούν και ανακαλούν το καθεστώς του πρόσφυγα» - Μάιος 2009.
- Παρατηρήσεις επί του Ν/Σ του Υπουργείου Δικαιοσύνης «Μεταρρυθμίσεις στην Οργάνωση της Ιατροδικαστικής Υπηρεσίας, στη Θεραπευτική Μεταχείριση χρηστών ναρκωτικών ουσιών και άλλες διατάξεις» Θέσεις επί των μέτρων βελτίωσης του σωφρονιστικού συστήματος, της επιβαρυντικής περίπτωσης της τέλεσης αδικημάτων από άτομο με καλυμμένα ή αλλοιωμένα χαρακτηριστικά και επί της διοικητικής απέλασης και κράτησης αλλοδαπών - Ιούνιος 2009.

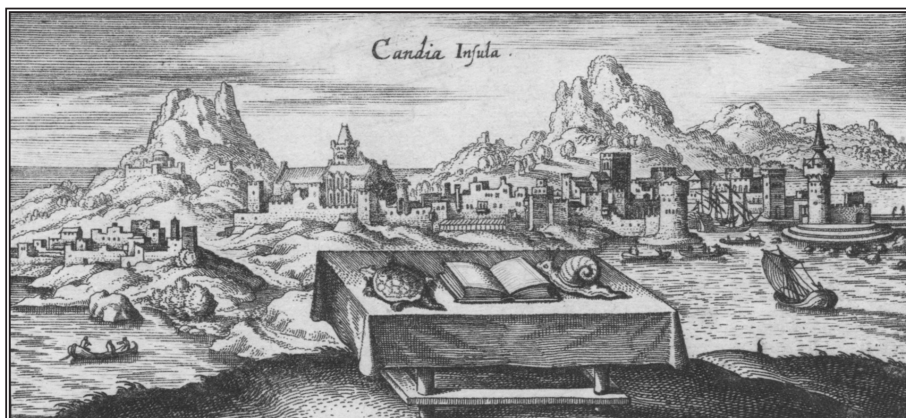
Εκθέσεις-Διαμεσολαβήσεις Συνηγόρου του Πολίτη και του Παιδιού

<http://www.0-18.gr>

<http://www.synigoros.gr/allodapoi/>

NΟΜΟΛΟΓΙΑ





ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΜΠΙΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Γ' πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 532/2003

Πρόεδρος: Παναγιώτης Φιλιππόπουλος (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου),

Δικαστές: Αχιλλέας Ζήσης, Ιωάννης Βερέτσος, Σπυρίδωνας Μπαρμπαστάθης (Εισηγητές),

Κωνσταντίνος Μουλαγιάννης (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Εμμανουήλ Θαλασσινός, Βασίλειος Γεωργίου

Άρθρα: 249, 251, 810, 976 εδ. β', 980, 982, 1045, 1047, 1055, 1192, 1193, 1198 και 1846 Α.Κ.

Απόρριψη αιτήσεως αναιρέσεως ως την πλειοψηφία των αναιρεσιόντων, παραπομπή ως προς μία εξ' αυτών στην τακτική Ολομέλεια. Επικύρωση της Εφετειακής αποφάσεως που επιδικάζει κυριότητα με έκτακτη χρησικτησία.

Όταν η νομή ασκείται σε ακίνητο μέσω αντιπροσώπου νομής, αυτός θεωρείται απλός κάτοχος αυτού, ασκεί δε τη νομή επ' ονόματι του νομέα, αν δε θελήσει να αντιποιηθεί αυτήν, δεν την αποκτά, πριν λάβει γνώση επ' αυτού ο μέχρι τούδε νομέας. Γνωστοποίηση δεν απαιτείται, όταν ο αρχικός νομέας με τη βούλησή του καθιστά τον αντιπρόσωπο νομέα και αποξενώνεται ο ίδιος από τη νομή.

Διάκριση παραχώρησης νομής από σύμβαση χρησιδανείου – Θέματα αποδοχής κληρονομίας και αναστολής συμπληρώσεως χρησικτησίας – αναστολή συνεχίσεως χρησικτησίας σε βάρος ανηλίκου.

Επειδή από την διάταξη του άρθρου 1045 Α.Κ. προκύπτει ότι για την κτήση της κυριότητας ακινήτου με έκτακτη χρησικτησία απαιτείται να ασκηθεί επ' αυτού νομή, ήτοι ενέργεια εμφανών διακατοχικών πράξεων με διάνοια κυρίου επί εικοσαετία από την κτήση της νομής. Από τον συνδυασμό της διατάξεως αυτής με εκείνες

των άρθρων 980 και 982 Α.Κ. συνάγεται ότι όταν η νομή ασκείται μέσω άλλου προσώπου, ήτοι αντιπροσώπου νομής, ο τελευταίος θεωρείται απλός κάτοχος και τεκμαίρεται ότι όσο διατηρεί την κατοχή ασκεί αυτήν επ' ονόματι του νομέως, αν δε αυτός θελήσει να αντιποιηθεί την νομή, δεν την αποκτά πριν λάβει γνώση της

αντιποιήσεως ο μέχρι τότε νομέας. Είναι όμως αυτονόητο ότι γνωστοποίηση της αντιποιήσεως εκ μέρους του κατόχου δεν απαιτείται όταν ο νομέας με την βούλησή του τον καθιστά νομέα και ο ίδιος αποξενούται από την νομή, κατ' άρθρ. 976 εδ. β' Α.Κ., αφού στην βούληση μεταβιβάσεως της νομής ενυπάρχει και η γνώση ότι ο κάτοχος καθίσταται νομέας, έκτοτε δε αρχίζει και ο υπολογισμός του χρόνου της χρησιμτησίας. Περαιτέρω, κατά την έννοια της διατάξεως του αριθμού 19 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ ιδρύεται λόγος αναιρέσεως για έλλειψη νόμιμης βάσεως, όταν στην ελάχισσωνα πρόταση του νομικού συλλογισμού δεν εκτίθενται καθόλου πραγματικά περιστατικά, ή όταν τα εκτιθέμενα δεν καλύπτουν όλα τα στοιχεία που απαιτούνται βάσει του πραγματικού του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου για την επέλευση της απαγγελεθείσης έννομης συνέπειας ή για την απόκρουσή της ή όταν αυτά εκτίθενται ασαφώς ή αντιφάσκουν μεταξύ τους, με συνέπεια να καθίσταται ανέφικτος ο αναιρετικός έλεγχος της ορθής εφαρμογής του νόμου, ακόμη δε και όταν υπάρχουν ελλείψεις ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό των περιστατικών που έγιναν δεκτά και ασκούν ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης όχι όμως όταν οι ελλείψεις, αντιφάσεις ή ασάφειες των αιτιολογιών ανάγονται στην εκτίμηση και την αξιολόγηση των αποδείξεων για την εξακρίβωση των αποδεικτικών κρισίμων πραγματικών περιστατικών. Όπως προκύπτει από την προσβαλλομένη απόφαση, το δικάσαν εφετείο δέχθηκε α-

νελέγκτως ότι η ενάγουσα, τώρα αναιρεσίβλητη και ο σύζυγός της, με την ανοχή των τότε συνιδιοκτητών, είχαν αρχίσει από το έτος 1965 να καλλιεργούν το επίδικο με κηπευτικά, ότι η δικαιοπάροχος των αναιρεσειόντων Ε. Μ., στην οποία περιήλθε το επίδικο ακίνητο το έτος 1968 μετά από διανομή, δυνάμει του με αριθμό 1..../1968 συμβολαίου διανομής του Συμβολαιογράφου Αθηνών Γ. Κ., το παρεχώρησε με άτυπη δωρεά στην αναιρεσίβλητη Π. Μ. και τον σύζυγό της για να το καλλιεργούν και να συλλέγουν τους καρπούς του, διότι ήταν από τις φτωχότερες οικογένειες στην περιοχή με τρία παιδιά και αντιμετώπιζαν σοβαρά οικονομικά προβλήματα, ότι σε αντάλλαγμα αυτής της παραχώρησης η αναιρεσίβλητη και ο σύζυγός της είχαν αναλάβει ατύπως την επίβλεψη και φύλαξη της υπόλοιπης ακίνητης περιουσίας της Ε. Μ. στην περιοχή και βοηθούσαν, όταν μπορούσαν, στη συγκομιδή των φυσιτικών στα κτήματά της, ότι μετά την παραπάνω άτυπη παραχώρηση η αναιρεσίβλητη και ο σύζυγός της άρχισαν να ασκούν διακατοχικές πράξεις που ταιριάζουν στην φύση του (όπως όργωμα, σβάρνισμα, καλλιέργεια κηπευτικών) με διάνοια κυρίου συνέχεια από το έτος 1968 έως και την άσκηση των ένδικων αγωγών αδιατάρακτα και εν γνώσει της Ε. Μ. όσο αυτή ζούσε και μετά από τους κληρονόμους και παιδιά της, Δ., πρώτο αναιρεσειόντα και Κ. που πέθανε το έτος 1987 και κληρονομήθηκε από τις δεύτερη, τρίτη, τετάρτη και πέμπτη αναιρεσειούσες και ότι το έτος 1993 προβλή-

θηκε για πρώτη φορά αμφισβήτηση, ότι δηλαδή μεταξύ της Ε. Μ. και της αναιρεσίβλητης και του συζύγου της είχε συναφθεί σύμβαση χρησιδανείου το έτος 1978. Τον τελευταίο αυτόν ισχυρισμό των αναιρεσειόντων, περί χρησιδανείου, ρητώς απέκρουσε το Εφετείο ως αβάσιμο κατ' ουσίαν με σαφές αποδεικτικό πόρισμα. Με βάση τις παραδοχές αυτές έκρινε το Εφετείο ότι η αναιρεσίβλητη έγινε κυρία του επιδικίου ακινήτου, που αποτελούσε, ως δέχεται, αυτοτελές κληροτεμάχιο προερχόμενο από αγροτική αποκατάσταση, με έκτακτη χρησικτησία που άρχισε την 23-5-1968, ήτοι την έναρξη της ισχύος του α.ν. 431/1968 και συνεχίστηκε επί χρονικό διάστημα μεγαλύτερο της εικοσαετίας, μέχρι την κατά το έτος 1995 άσκηση κατ' αυτής της συνεκδικαζομένης αγωγής των αναιρεσειόντων. Κρίνοντας έτσι το εφετείο δεν εστέρησε την προσβαλλομένη απόφασή του από νόμιμη βάση σχετικά με την παράθεση των αναγκαίων για την καταγνωσθείσα έννομη συνέπεια πραγματικών περιστατικών, διότι σαφώς προσδιορίζει το εναρκτήριο της χρησικτησίας γεγονός, ήτοι την κτήση της νομής με την βούληση της μέχρι τότε νομέως λόγω άτυπης δωρεάς, και την έκτοτε άσκηση εμφανών διακατοχικών πράξεων εκ μέρους της αναιρεσίβλητης με διάνοια κυρίου, εν γνώσει της πρώην νομέως και των διαδόχων της, επί εικοσαετία και πλέον, ενώ ο προσδιορισμός του σκοπού της άτυπης δωρεάς, συνισταμένου κατά τις παραδοχές του Εφετείου, στην παροχή περιουσιακού στοιχείου προς πορισμόν

εισοδήματος, δεν συνιστά παραδοχή υπέρθεως χρησιδανειακής συμβάσεως, ώστε να προκαλεί ασάφεια ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό των περιστατικών και γι' αυτό η περί του αντιθέτου σχετική αιτίαση του πρώτου λόγου αναιρέσεως, από τον αριθμό 19 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ είναι αβάσιμη, ενώ ο τέταρτος λόγος αναιρέσεως, από τους αριθμούς 1 και 19 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ που αφορά την παραδοχή της προσβαλλομένης αποφάσεως για την ανάληψη εποπτείας της υπόλοιπης ακίνητης περιουσίας της Ε. Μ., η οποία κατά τους αναιρεσειόντες συνιστά σύμβαση μισθώσεως παροχής υπηρεσιών, που καθιστά την αναιρεσίβλητη αντιπρόσωπο νομής εκείνης επί του επιδικίου, στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση διότι, κατά τις ανωτέρω παραδοχές του Εφετείου, η ανάληψη της εποπτείας δεν αφορά το επίδικο. Περαιτέρω, επί αναληθούς προϋποθέσεως στηρίζεται και η αιτίαση του πρώτου λόγου αναιρέσεως περί ανεπαρκείας ή ασαφείας των αιτιολογιών σε σχέση με την παραχώρηση της νομής από την Ε. Μ. με άτυπη δωρεά από το έτος 1957, διότι στην προσβαλλομένη απόφαση δεν περιέχεται τέτοια παραδοχή και η αιτίαση ότι δεν αναφέρει το Εφετείο πως εσχημάτισε την δικανική ως άνω πεποίθηση, είναι απαράδεκτη διότι αφορά ελλείψεις και ασάφειες περί την αξιολόγηση των αποδείξεων για την εξαγωγή αποδεικτικού πορίσματος. Ακόμη, ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως από τους αριθμούς 1 και 19 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ ψέγει την προσβαλλομένη απόφαση για

ευθεία, άλλως εκ πλαγίου, παραβίαση των διατάξεων των άρθρων 249, 251, 810, 1045, 1047, 1094, 1095 Α.Κ. Διατείνονται δηλαδή με τον λόγο αυτόν οι αναιρεσείοντες ότι το Εφετείο κατά την ερμηνεία και εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων παρεβίασε διδάγματα της κοινής πείρας, διότι προκειμένου να κρίνει, με βάση τα πραγματικά περιστατικά που δέχθηκε, αν το επίδικο ακίνητο περιήλθε με έκτακτη χρησικτησία στην αναιρεσίβλητη ή αν είχε συναφθεί σύμβαση χρησιδανείου μεταξύ αρχικά της Ε. Μ. και μεταγενεστέρως των ιδίων και του συζύγου της αναιρεσίβλητης, δεν έλαβε υπόψη ότι κατά τα έτη 1984 και 1993 αυτοί προέβησαν, όπως ειδικότερα εκθέτουν, σε αποδοχές της κληρονομίας της ανωτέρω δικαιοπαρόχου τους Ε. Μ. και είχαν την πεποίθηση πως είναι κύριοι του επιδίκου το οποίο (κατ' αυτούς) κατείχε η αναιρεσίβλητη λόγω χρησιδανείου. Ο λόγος αυτός είναι απαράδεκτος, αφ' ενός διότι τα διδάγματα της κοινής πείρας που επικαλούνται οι αναιρεσείοντες αφορούν την εκτίμηση και την αξιολόγηση των αποδείξεων για την εξακρίβωση πραγμάτων με βάση αποδεικτικά επιχειρήματα, που κατά τους αναιρεσείοντες έπρεπε να συναχθούν από τα γεγονότα που επικαλούνται και αφ' ετέρου, διότι η παράλειψη του δικαστηρίου να παραθέσει στην ελάχιστονα πρότασή του τα γεγονότα αυτά, ως συντελεστικά για την εξακρίβωση πραγμάτων, δεν καθιστά την αιτιολογία του ανεπαρκή ή ασαφή. Επειδή, το άρθρο 1055 Α.Κ., κατά το οποίο εξαιρούνται από την τακτική ή έκτα-

κτη χρησικτησία τα πράγματα που ανήκουν σε πρόσωπα που τελούν υπό γονική μέριμνα, επιτροπεία ή δικαστική συμπαράσταση ενόσω διαρκούν αυτές οι καταστάσεις, αποσκοπεί στην προστασία των ανωτέρω προσώπων από τον κίνδυνο να χάσουν την κυριότητά τους συνεπεία χρησικτησίας, εφαρμόζεται επί πραγμάτων που ανήκουν στα πρόσωπα αυτά κατά κυριότητα (Α.Π. 718/1979) και έχει την έννοια αναστολής της ενάρξεως της χρησικτησίας και της συνεχίσεώς της, εφόσον διαρκεί η επιμέλεια αυτή (Α.Π. 957/1972). Εξ άλλου κατά την έννοια των άρθρων 1846, 1193, 1198 και 1192 του Α.Κ. ο κληρονόμος αποκτά αυτοδικαίως την κληρονομία κατά την επαγωγή της αλλά η κτήση της κυριότητος των κληρονομιών ακινήτων επέρχεται μόνο με την μεταγραφή της αποδοχής της κληρονομίας, η οποία ενεργεί αναδρομικώς από τον χρόνο του θανάτου του κληρονομουμένου με την επιφύλαξη των διατάξεων για την αναβλητική αίρεση ή προθεσμία. Επομένως το δικαίωμα κυριότητος του κληρονόμου τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της μεταγραφής της πράξεως αποδοχής της κληρονομίας και η κυριότης που επέρχεται με αυτήν θεωρείται πως περιήλθε στον κληρονόμο από τον θάνατο του κληρονομουμένου, μέχρι δε την πλήρωση της αιρέσεως δεν ανήκει σε άλλο πρόσωπο (Ολ.Α.Π. 108/1978). Έχει γίνει δεκτό, επί του παραπλησίον θέματος της κατά τα άρθρα 1047 και 259 αναστολής συμπληρώσεως της χρησικτησίας και της αποσβεστικής παραγραφής από την επαγωγή μέχρι την

αποδοχή της κληρονομίας, ότι η αναδρομική ενέργεια της μεταγραφής της πράξεως αποδοχής δεν συνεπάγεται και την κατάλυση δικαιωμάτων τρίτων αποκτηθέντων νομίμως μετά τον θάνατο του κληρονομούμενου, όπως η κυριότης που απεκτήθη πρωτοτύπως με χρησικτησία συμπληρωθείσα μέχρι τον χρόνο της μεταγραφής (Α.Π. 1538/1995). Ενόψει όλων των ανωτέρω, για την περίπτωση που ο κληρονόμος ανήκει στις κατηγορίες των προστατευομένων με το άρθρο 1055 Α.Κ. προσώπων, ειδικότερα δε που είναι ανήλικος τελών υπό γονική μέριμνα, ανακύπτει ζήτημα γενικωτέρου ενδιαφέροντος στην ερμηνεία της διατάξεως αυτής, εάν κατά την ορθή έννοιά της επέρχεται η αναστολή της ενάρξεως και της συνεχίσεως της χρησικτησίας εις βάρος του τελούντος υπό γονική μέριμνα ανηλίκου, ήτοι ενόσω η κτήση της κυριότητος τελεί ακόμη υπό αναβλητική αίρεση, ή αν αντιθέτως η χρησικτησία μπορεί να αρχίσει, να συνεχισθεί και να συμπληρωθεί, χωρίς να ανατρέπονται τα αποτελέσματά της εξαιτίας της αναδρομικής ενέργειας της εκ των υστέρων μεταγραφής της πράξεως αποδοχής. Το δικάσαν Εφετείο, με την προσβαλλομένη απόφασή του δέχθηκε ανελégκτως ότι ο Κ. Μ. τέκνο της απώτερης δικαιοπαρόχου των αναιρεσειόντων Ε. Μ. απεβίωσε το έτος 1987 και κληρονομήθηκε από την σύζυγό του Χ.-Χ. και τα τέκνα του Α.-Μ. Μ., Ε. Μ. και Ε. Μ. περαιτέρω δε απέρριψε ως αβάσιμο τον ισχυρισμό των αναιρεσειόντων ότι ως προς την τρίτη εξ αυτών Α.-Μ. Μ. και το ι-

δανικό της μερίδιο επί του επιδίκου ανεστάλη η χρησικτησία της εναγούσης, τώρα αναιρεσίβλητης, επειδή κατά τον θάνατο του πατρός της ήτο ανήλικη και τελούσε υπό την γονική μέριμνα της μητρός της (άρθρ. 1510 παρ. 2 Α.Κ.), μη συμπληρωθείσα μέχρι την ενηλικίωσή της που επήλθε στις 29-6-1994, με την σκέψη ότι ο χρόνος της εικοσαετούς χρησικτησίας από την αναιρεσίβλητη είχε συμπληρωθεί από τις 23-5-1988, ήτοι πριν από την αποδοχή της κληρονομίας που έγινε από την μητέρα της ανήλικης για λογαριασμό της, κατά τις ανέλεγκτες παραδοχές του Εφετείου στις 30-4-1993 και την μεταγραφή της που επηκολούθησε. Ήδη, με τον τρίτο λόγο αναιρέσεως, από τον αριθμό 1 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ οι αναιρεσεύοντες διατείνονται ότι το Εφετείο με την κρίση του αυτήν παρεβίασε την ουσιαστική ως άνω διάταξη του άρθρου 1055 Α.Κ. κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του οποίου όφειλε να δεχθεί ως βάσιμο τον ανωτέρω ισχυρισμό τους. Ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί ως προς όλους τους λοιπούς, πλην της Α. - Μ. Μ., αναιρεσεύοντες αφού αυτοί δεν νομιμοποιούνται να τον προβάλουν ενώ ως προς την ανωτέρω αναιρεσείουσα, την οποία και μόνον αφορά, πρέπει, σύμφωνα με όσα έχουν αναπτυχθεί, να παραπεμφθεί στην τακτική Ολομέλεια του Αρείου Πάγου σύμφωνα με το άρθρο 563 παρ. 2β του Κ.Πολ.Δ. Ως προς τους λοιπούς αναιρεσεύοντες η υπό κρίση αίτηση πρέπει να απορριφθεί.

Άρειος Πάγος (Γ' πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 170/2003

Πρόεδρος: Παναγιώτης Φιλιππόπουλος (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Κωνσταντίνος Μουλαγιάννης (Εισηγητής), Αχιλλέας Ζήσης, Ιωάννης Βερέτσος,

Σπυρίδωνας Μπαρμπαστάθης (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Χρήστος Πραματευτάκης, Στυλιανός Καλαϊτζάκης

Άρθρα: 247, 249, 251, 982, 1045, 1095, 810, 816, 817 Α.Κ.

Αναίρεση κατά αποφάσεως του Εφετείου Κρήτης – Απορριπτική απόφαση του Α.Π.

Το χρησιδάνειο καταρτίζεται και ατύπως, ακόμη και αν αφορά ακίνητο. Αν ο χρήστης είναι κύριος του χρησιδανεισθέντος, μπορεί να αναζητήσει αυτό, είτε με την αγωγή από το χρησιδάνειο, είτε με διεκδικητική αγωγή. Πότε γεννιέται, και είναι δικαστικά επιδιώξιμη η αξίωση για απόδοση του χρησιδανεισθέντος πράγματος από τον χρήστη.

Επειδή από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 247, 249, 251, 982, 1045, 1095 και 810, 816, 817 Α.Κ. προκύπτει ότι επί συμβάσεως χρησιδανείου, που φέρει ενοχικό χαρακτήρα και δύναται να καταρτισθεί και ατύπως έστω και αν αφορά ακίνητο, εάν ο χρήστης είναι κύριος του χρησιδανεισθέντος πράγματος, δύναται να αναζητήσει τούτο είτε με την αγωγή από το χρησιδάνειο, είτε με τη διεκδικητική, που βασίζεται στο δικαίωμα κυριότητάς του. Και η μεν από το χρησιδάνειο αγωγή κατά του λήπτου προς απόδοση του πράγματος γεννιέται και είναι δικαστικά επιδιώξιμη με την πάροδο του συμφωνημένου χρόνου, ή εάν δεν ορίσθηκε διάρκεια της συμβάσεως, αμέσως μόλις ο χρησάμενος κάνει χρήση του πράγματος ή περάσει ο χρόνος κατά τον οποίο μπορούσε να κάνει χρήση, οπότε αρχίζει η παραγραφή αυτής, η δε από το δικαίωμα κυριότητας πηγάζουσα διεκδικητική αγωγή κατά του κατέχοντος το πράγμα από την ως άνω αιτία, γεννιέται και είναι δικαστικά επιδιώξιμη όχι από την παραλαβή του με βάση τη σύμβαση χρησιδανείου, οπότε ο χρησάμενος νέμεται αυτό ως άμεσος αντιπρόσωπος και για λογαριασμό του χρήστη, αλλά από την ως

άνω λήξη του δικαιώματος προς χρήση ή και πριν από αυτήν, αφότου ο χρησάμενος, αντιποιούμενος τη νομή του τελευταίου, έπαυσε να κατέχει το πράγμα για λογαριασμό εκείνου και το νέμεται για δικό του λογαριασμό, του γεγονότος δε τούτου έλαβε γνώση ο χρήστης (Ολ.Α.Π. 805/73). Εξάλλου, με τις περί δημοτικών κτηματολογίων διατάξεις των εκάστοτε ισχυσάντων Δημοτικών Κωδίκων (πρβλ. ήδη άρθρο 245 Π.Δ/τος 410/95), δεν καθιερώνεται αμάχητο τεκμήριο υπέρ της κυριότητας του Δήμου επί των κτημάτων που εγγράφονται στα ως άνω κτηματολόγια. Στην προκειμένη περίπτωση το Εφετείο, όπως προκύπτει από την προσβαλλομένη απόφασή του, δέχθηκε κατά τις κρίσιμες περικοπές της ότι, με το υπ' αριθ. 3.../1956 συμβόλαιο του συμβ/φου Χανίων Σ. Σ. που μεταγράφηκε νόμιμα, ο δικαιοπάροχος πατέρας της ενάγουσας Γ. Π. δώρησε σ' αυτήν το περιγραφόμενο ακίνητο που αποτελούσε μία οικία με την αυλή της, μετά δε την κατάρτιση της ανωτέρω δωρεάς κατά το έτος 1957 ο ως άνω πατέρας της ενάγουσας, ενεργώντας κατ' εντολή και για λογαριασμό της, κατάρτισε ατύπως σύμβαση με το νόμιμο εκπρόσωπο της εναγο-

μένης Κοινότητας Πλατανιά (στη θέση της οποίας υπεισήλθε στο μεταξύ ο αναιρεσείων ομώνυμος Δήμος), με βάση την οποία παρεχώρησε σ’ αυτήν χωρίς αντάλλαγμα τη χρήση της αυλής του ακινήτου της, εκτάσεως 57,60 τ.μ., προκειμένου εκείνη να κατασκευάσει σ’ αυτήν υδροδεξαμενή για την κάλυψη των αναγκών υδρεύσεως των κατοίκων της. Με την ίδια σύμβαση η εναγομένη ανέλαβε την υποχρέωση να αποδώσει το παραπάνω τμήμα ακινήτου μετά την παύση χρησιμοποίησής της επ’ αυτού δεξαμενής. Ακολούθως η εναγομένη δια των οργάνων της κατασκεύασε την υδροδεξαμενή, η οποία εξυπηρετούσε τις ανάγκες των κατοίκων της εναγομένης μέχρι το έτος 1986, οπότε έπαυσε η λειτουργία και χρησιμοποίησή της, γιατί κατασκευάστηκε σύγχρονο δίκτυο υδρεύσεως σε άλλο σημείο της περιοχής. Έτσι έληξε η διάρκεια της συμβάσεως και συνεπώς όφειλε η εναγομένη να αποδώσει στην ενάγουσα τη χρήση της επίδικης αυλής της, πράγμα που δεν έπραξε, παρότι οχλήθηκε επανειλημμένως, αλλά εξακολούθησε να κατέχει το επίδικο μέχρι τη συζήτηση της αγωγής. Στη συνέχεια η απόφαση απέρριψε τον ισχυρισμό της εναγομένης σύμφωνα με τον οποίο η κυριότητά της αποδεικνύεται από το κτηματολόγιο, στο οποίο το επίδικο εμφανίζεται δικό της, κρίνοντας ορθώς ότι από αυτό και μόνο δεν αποδεικνύεται δικαίωμα κυριότητάς της εναγομένης, ούτε αποκλείεται η συννομολόγηση της συμβάσεως που επικαλείται η ενάγουσα, αφού το κτηματολόγιο καταρτίστηκε από τα όργανα της εναγομένης και δεν αποδείχθηκε ότι η ενάγουσα έλαβε γνώση του περιεχομένου του. Με την ίδια απόφαση απορρίφθηκε και ο περί παραγραφής του δικαιώματος

της ενάγουσας ισχυρισμός της εναγομένης, στηριζόμενος στο ότι από την καταχώρισή του στο παραπάνω κτηματολόγιο την 3-2-1971 μέχρι την άσκηση της αγωγής παρήλθε χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των 20 ετών. Η απόρριψη αυτή έγινε διότι κρίθηκε ορθώς ότι ο εν λόγω ισχυρισμός είναι αόριστος, αφού η εναγομένη δεν επικαλείται αν με την καταχώριση αυτή εξέφρασε τη βούλησή της να κατέχει το επίδικο για δικό της λογαριασμό με διάνοια νομέως, τότε ακριβώς εκδήλωσε τη θέλησή της αυτή, αντιποιοιμένη τη νομή της ενάγουσας και τότε έλαβε γνώση η τελευταία, ώστε να αδρανήσει και να αρχίσει η προθεσμία της παραγραφής. Με βάση τα παραπάνω η απόφαση δέχθηκε την αγωγή, διατάσσοντας την απόδοση στην ενάγουσα της χρήσεως του επιδίκου. Κρίνοντας έτσι το Εφετείο δεν παραβίασε τις προαναφερόμενες ουσιαστικές διατάξεις και διέλαβε πλήρεις και σαφείς αιτιολογίες. Συνεπώς πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι 1ος και 3ος από το άρθρο 559 εδ. 1 και 19 Κ.Πολ.Δ λόγοι αναιρέσεως, με τους οποίους υποστηρίζονται τα αντίθετα.

Επειδή από την υπάρχουσα στην προσβαλλόμενη απόφαση βεβαίωση ότι ελήφθησαν υπόψη και τα έγγραφα που επικαλέστηκαν και προσεκόμισαν οι διάδικοι, σε συνδυασμό με το όλο περιεχόμενο της αποφάσεως, δεν καταλείπεται αμφιβολία ότι το Εφετείο έλαβε υπόψη και το αναφερόμενο στο αναιρετήριο κτηματολόγιο της εναγομένης Κοινότητας, το οποίο μάλιστα ειδικώς αξιολογεί κατά τη διαμόρφωση της ελεύθερης κρίσεώς του. Συνεπώς πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο 2ος κατά το πρώτο μέρος του από το εδάφ. 11 περ. γ’ του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ λόγος αναιρέσεως, που υποστηρίζει το αντίθετο. Ο ίδιος

λόγος αναιρέσεως κατά το δεύτερο μέρος του που αποδίδει στο Εφετείο την πλημμέλεια του εδαφ. 12 του ιδίου άρθρου, διότι δεν απέδωσε στο προαναφερόμενο κτηματολόγιο την κατά το νόμο αρμόζουσα αποδεικτική βαρύτητα ως προς τη διαγραφόμενη σ' αυτό τυπικότητα της καταχωρίσεως του επιδίκου, πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος, εφόσον δεν προσδιορίζεται για την απόδειξη ποίου συγκεκριμένου ισχυρισμού προσκομίσθηκε το αναφερόμενο έγγραφο, ποία αποδεικτική δύναμη προσδόθηκε σ' αυτό και ποιο είναι το σχε-

τικό σφάλμα της αποφάσεως. Επίσης και ο 4ος (τελευταίος) λόγος αναιρέσεως από το άρθρο 559 εδ. 20 Κ.Πολ.Δ, με τον οποίο προβάλλεται ότι το Εφετείο παραμόρφωσε το περιεχόμενο του ανωτέρω κτηματολογίου, είναι απορριπτέος προεχόντως ως απαράδεκτος, εφόσον από την προσβαλλόμενη απόφαση προκύπτει, ότι το Δικαστήριο μόρφωσε την κρίση του από τη συνεκτίμηση περισσοτέρων αποδεικτικών μέσων και δεν βασίσθηκε αποκλειστικώς ή κυρίως στο έγγραφο του κτηματολογίου.

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ρόδου - Αριθ. 245/2006

Πρόεδρος: Βασίλειος Παπανικόλας (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Ιωάννης Γερωνυμάκης (Πρωτοδίκης-Εισηγητής), Ανδρονίκη Αθανασιάδη (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Ελένη Αντωνιάδη, Ειρήνη Γιώρτσου - Γκορτσίδα

Άρθρα: 974, 984, παρ. 1 και 987 Α.Κ., 522, 524, 525, 526, 322 Κ.Πολ.Δ

Έφεση κατά αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων νομής. Το δευτεροβάθμιο δικαστήριο, λόγω του μεταβαστικού αποτελέσματος της έφεσης, έχει την ίδια εξουσία ως προς την αγωγή, την οποία έχει και το πρωτοβάθμιο. Συνεπώς εξετάζει αυτεπαγγέλτως την τυχόν αοριστία της.

Για την άσκηση της νομής απαιτούνται φυσική εξουσία επί του πράγματος και διάνοια κυρίου. Απαιτείται, δηλαδή, η άσκηση εμφανών υλικών δικατοχικών πράξεων επί του πράγματος για να θεμελιωθεί η φυσική εξουσία επ' αυτού. Δεν αρκεί για να είναι ορισμένη η αίτηση που ασκείται λόγω προβολής της νομής η απλή μνεία της κυριότητας, νομής ή κατοχής επί του πράγματος, αλλά απαιτείται η μνεία συγκεκριμένων δικατοχικών πράξεων νομής, από την κτήση έως την προσβολή αυτής.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 974 του Α.Κ. όποιος απέκτησε τη φυσική εξουσία επί του πράγματος είναι νομέας αυτού αν ασκεί την εξουσία διάνοια κυρίου. Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι η νομή συγκροτείται από δύο στοιχεία, το σωματικό (corpus) και το πνευματικό (animus donandi). Απαιτείται δηλαδή η άσκηση στο πράγμα εμφανών υλικών δικατοχικών πράξεων, οι οποίες προσιδιάζουν στη φύση και τον προορισμό του και οι οποίες εί-

ναι δηλωτικές της φυσικής εξουσίας με διάνοια κυρίου δηλαδή με την πρόθεση του έχοντος αυτή προσώπου για διαρκή, αποκλειστική και απεριόριστη εξουσίαση του πράγματος όμοια ή ανάλογη με εκείνη που απορρέει από το δικαίωμα της πλήρους κυριότητας και που αναγνωρίζεται στο δικαιοσύχο αυτής (Α.Π. 1420/2003 ΑρχΝ 2004, 192, Α.Π. 1025/ 2002 Ελλ.Δ/νη 43, 1680, Α.Π. 1152/1999 Ελλ.Δ/νη 41, 452). Από το συνδυασμό της ανωτέρω διάταξης με αυτές

των άρθρων 984 παρ. 1 και 987 του Α.Κ. συνάγεται ότι όποιος απέκτησε τη νομή προστατεύεται και για την αποβολή του από τη νομή, εφόσον αυτή γίνεται παράνομα και χωρίς τη θέληση του και ότι ο νομέας που αποβλήθηκε παράνομα έχει το δικαίωμα να αξιώσει την απόδοση της από αυτόν που νέμεται επιλήψιμα απέναντι του, επικαλούμενος τις μερικότερες διακατοχικές πράξεις από τις οποίες συνάγεται η άσκηση φυσικής εξουσίας επάνω στο πράγμα και η πραγμάτωση της θέλησής του να εξουσιάζει το πράγμα με διάνοια κυρίου και εφόσον αυτές αμφισβητούνται πρέπει να τις αποδείξει (Α.Π. 372/1996 Ελλ.Δ/νη 38, 51, Α.Π. 43/1980 ΝοΒ 28, 1153, Εφ.Δωδ 323/2003 αδημ., Εφ.Δωδ 165/2003 αδημ., Κ. Παπαδόπουλος, Αγωγές Εμπράγματος Δικαίου, 1989, παρ. 34 σελ. 119, Απ. Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο, τόμος Ι σελ. 224, ο ίδιος στον Α.Κ. Γεωργιάδη - Σταθόπουλου Α.Κ., άρθρο 987 - 988 αριθμ. παρ. 39). Περαιτέρω από τις διατάξεις των αρ-

θρων 522, 524, 525, 526 και 536 του Κ.Πολ.Δ συνάγεται ότι με την άσκηση της έφεσης μεταβιβάζεται η υπόθεση κατά τα όρια που διαγράφονται με την έφεση και τους τυχόν πρόσθετους λόγους στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο, το οποίο επιλαμβάνεται της διαφοράς και εξετάζει την ορθή εφαρμογή του νόμου. Από το μεταβιβαστικό αποτέλεσμα της έφεσης το Εφετείο έχει ως προς την αγωγή την ίδια εξουσία την οποία έχει και το πρωτοβάθμιο και επομένως μπορεί να εξετάσει αυτεπαγγέλτως και χωρίς ειδικό παράπονο το νόμο βάσιμο, ορισμένο ή παραδεκτό αυτής και να την απορρίψει αν δεν στηρίζεται στο νόμο, δεν έχει τα απαραίτητα στοιχεία για τη θεμελίωση της, ή ασκήθηκε απαράδεκτα, με τους περιορισμούς όμως των διατάξεων των άρθρων 322 και 536 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ (Εφ.Αθ 9469/2001 ΕΔΠ 2002, 122, Εφ.Θεσ 2485/2001 Δ 2002, 146, Εφ.Αθ 1179/2001 ΕΔΠ 2003, 79, Εφ.Δωδ 116/2000 Αρμ 2003, 316).

Ειρηνοδικείο Λάρισας (Ασφαλιστικά μέτρα) - Αριθ. 11/2006

Πρόεδρος: Κωνσταντίνος Ζαρκανέλας (Ειρηνοδίκης)

Δικηγόρος: Γεώργιος Κακαράντζας

Άρθρα: 974, 984 Α.Κ., 682, 733, 943, 947 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ

Δεκτή αίτηση ασφαλιστικών μέτρων που ζητά προσωρινή προστασία της νομής των αιτούντων, μετά την παράνομη αποβολή τους από την νομή του επιδίκου. Επίσης υποχρεούται ο καθού στην παύση κάθε μελλοντικής διατάραξης αυτής. Σε περίπτωση διατάραξης της νομής, η αξίωση για παράλειψη της προσβολής στο μέλλον προϋποθέτει είτε να υπάρχει ήδη μία τουλάχιστον διατάραξη στο παρελθόν και σοβαρός φόβος επανάληψης της στο μέλλον, είτε, έστω και για πρώτη φορά να απειλείται σοβαρά με διατάραξη της η νομή. Επίσης σύμφωνα με την αρχή της οικονομίας, στην έννομη τάξη, γίνεται δεκτό ότι στην περίπτωση επικείμενης αποβολής από τη νομή ή διατάραξής της, χωρούν όχι μόνο ασφαλιστικά μέτρα νομής, αλλά και προληπτική αγωγή παράλειψης των πράξεων αυτών. απαιτείται όμως στην μεν προληπτική αγωγή διατάραξης της νομής να αναφέρεται ο κίνδυνος διατάραξης (κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων) και τα μέτρα που πρέπει να ληφθούν, στην δε προληπτική αγωγή αποβολής από τη νομή ο κίνδυνος αποβολής κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων.

{...} Η σύμφωνα με το άρθρο 731 Κ.Πολ.Δ παράλειψη ή ανοχή πράξης μπορεί να αποτελέσει περιεχόμενο ασφαλιστικού μέτρου σε όλες τις περιπτώσεις που από το ουσιαστικό δίκαιο αναγνωρίζεται αντίστοιχη αξίωση (όπως π.χ. η διάταξη του άρθρου 989 Α.Κ.), με τις γενικές διατάξεις για τις προϋποθέσεις και τα όρια των ασφαλιστικών μέτρων, δηλαδή, επείγουσα περίπτωση (682 παρ. 1) και μη συντέλεση ικανοποίησης του ασφαλιστέου δικαιώματος (692 παρ. 4). (Βλ. Βασ. Βαθρακοκοίλης: "*Κ.Πολ.Δ Ερμηνευτική νομολογιακή ανάλυση*", τ. Ε', έκδ 1977, άρθρο 947, σημ. 26 επ., σελ. 568 επ.).

Ειδικότερα, σε περίπτωση προσβολής της νομής με διατάραξη, η αυτοτελής αξίωση για παράλειψή της στο μέλλον (άρθρο 947 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ) προϋποθέτει ότι υπάρχει ήδη μία τουλάχιστον διατάραξη στο παρελθόν και σοβαρός φόβος να πραγματοποιηθεί διατάραξη στο μέλλον, ή ότι η διατάραξη απειλείται σοβαρά για πρώτη φορά (βλ. Κων. Παπαδόπουλος: "*Αγωγές Εμπρ. Δικαίου*", παρ. 38β, σελ. 129, όπου και παράδειγμα για την τελευταία περίπτωση). Η συγκεκριμένη αυτή αξίωση, η οποία αρμόζει μόνον οσάκις η πράξη διατάραξης ήταν παροδική και υπάρχει κίνδυνος επανάληψης της (Μπαλής, "*Εμπρ. Δίκαιο*", παρ. 19, Απ. Γεωργιάδης-Μιχ. Σταθόπουλος, Α.Κ., Εμπρ. δίκαιο, τ. ν. έκδ. 1985, άρθρα 989-990, σελ. 285, Βασ. Μπρακατσούλας, "*Η νομή και η προστασία της*", εκδ. 1995, σελ. 280, Τάσος Αθανασόπουλος, "*Εμπρ. Δίκαιο*", σελ. 205), μπορεί να αποτελέσει το αντικείμενο της απόφασης ασφαλιστικών μέτρων νομής (διατάραξης), δεδομένου ότι δεν αποκλείεται από τη διάταξη του αρ-

θρου 734 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, σύμφωνα με την οποία ο Ειρηνοδίκης δικαιούται να διατάξει κάθε πρόσφορο μέτρο για την προσωρινή ρύθμιση της νομής, με εξαίρεση τη μεσεγγύηση σε τρίτο (Βασ. Βαθρακοκοίλης, ό.π. τ. Δ', έκδ. 1996, άρθρο 734, σημ. 40, σελ. 344). Επιπρόσθετα, σύμφωνα με την αρχή της οικονομίας στην έννομη τάξη, ορθό είναι να γίνει δεκτό ότι ειδικότερα η περίπτωση κατά την οποία επίκειται αποβολή από τη νομή μπορεί (και πρέπει) να αντιμετωπιστεί όχι μόνο με ασφαλιστικά μέτρα νομής (ό.π. για την περίπτωση σοβαρής απειλής διατάραξης της νομής, Ειρ. Αθ. 1978/1977, ΕΕΝ 45/87), αλλά και με την προληπτική αγωγή παράλειψης της διατάραξης ή αποβολής από τη νομή (Στυριδάκης: "*Η αγωγή αποβολής από τη νομή*", έκδ. 1997, παρ. 15, σελ. 47 επ., του ιδίου: "*Η αγωγή διατάραξης της νομής*", εκδ. 1997, παρ. 13, σελ. 43 επ., Α.Π. 895/1976, ΑρχΝ 1977/170), αρκεί στην αγωγή (προληπτική) διατάραξης της νομής, να αναφέρονται ο κίνδυνος διατάραξης κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και τα μέτρα που πρέπει να ληφθούν, ώστε να αποτραπεί η απειλούμενη διατάραξη, στη δε αγωγή (προληπτική) αποβολής από τη νομή, ο κίνδυνος αποβολής κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων. Με την κρινόμενη αίτηση, όπως παραδεκτά διορθώθηκε με δήλωση στα ταυτόριθμα πρακτικά, οι αιτούντες επικαλούμενοι επείγουσα περίπτωση, ζητούν τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων προκειμένου να προστατευθεί προσωρινά η νομή τους επί του περιγραφόμενου με λεπτομέρεια στην αίτηση κατά θέση, έκταση και όρια ακινήτου από την οποία τους απέβαλε ο καθ' ου παράνομα και χωρίς τη θέλησή τους. Ζητούν επίσης, να υπο-

χρεωθεί ο καθ' ου να παύσει κάθε μελλοντική διατάραξη με απειλή χρηματικής ποινής και προσωπικής κρατήσεως και να καταδικαστεί στη δικαστική δαπάνη. Με αυτό το περιεχόμενο η κρινόμενη αίτηση είναι νόμιμη και στηρίζεται στις διατάξεις των άρθρων 974, 984, 987 Α.Κ., 682, 733, 734, 943, 947 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, αρμόδια δε φέρεται ενώπιον του δικαστηρίου τούτου κατά τα άρθρα 29 και 733 Κ.Πολ.Δ και κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων [άρθρα 686 επ. Κ.Πολ.Δ]. Το παρεπόμενο αίτημα απαγγελίας προσωπικής κρατήσεως και απειλής χρηματικής ποινής σε περίπτωση μη εκτέλεσης των όρων της παρούσας απόφασης, κρίνεται απορριπτέο ως μη νόμιμο, διότι αρμόζει μόνο στη διατάραξη της νομής, και όχι στην αποβολή που υπάρχει στην προκειμένη περίπτωση, κατά την οποία σύμφωνα με το άρθρο 943 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, ο δικαστικός επιμελητής παραμερίζει κάθε εμπόδιο για την εκτέλεση της απόφασης, εξασφαλίζοντας έτσι, μελλοντική προστασία του αιτούντος. Συνεπώς, πρέπει, να ερευνηθεί αν είναι βάσιμη και από ουσιαστική άποψη δεδομένου ότι κατεβλήθησαν τα τέλη συζητήσεως της παρούσας.- Στην προκειμένη περίπτωση από την κατάθεση πιθανολογήθηκαν κατά την κρίση του δικαστηρίου τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Οι αιτούντες από τους οποίους η α' είναι επικαρπώτρια σε ποσοστό 1/3 και οι λοιποί συννομείς και συνκάτοχοι σε ποσοστό 1/3 εξ αδιαιρέτου ο καθένας, ενός αγρού συνολικής εκτάσεως 8.923,80, το οποίο βρίσκεται στη θέση "Γ.", της κτηματικής περιφέρειας Τ. - Λάρισας. Με την από 20-11-2001 σύμβαση μισθώσεως, οι αιτούντες εκμίσθωσαν στον Ν. Σ. τμήμα από το πα-

ραπάνω ακίνητο εκτάσεως 2.700,31 τμ, το οποίο συνορεύει βόρεια με αγροτική οδό, ανατολικά με αγροτική οδό, νότια με παράπλευρη οδό του άξονα της Εθνικής οδού Λαρίσης - Τρικάλων και δυτικά με κοινόχρηστη έκταση 494,85 τμ, η οποία δημιουργήθηκε μεταξύ της έκτασης που εκμισθώθηκε και του λοιπού τμήματος του όλου αγρού, προκειμένου αυτό να χρησιμοποιηθεί μαζί με το γραφείο που υπάρχει μέσα σε αυτό, ως χώρος λειτουργίας πρατηρίου υγρών καυσίμων (βλ. προσκομιζόμενη σύμβαση μίσθωσης με τους όρους που περιέχονται σε αυτή). Οι εγκαταστάσεις που υπάρχουν στο χώρο αυτό ανήκουν στον δεύτερο αιτούντα και ο μισθωτής δεν τις χρησιμοποίησε από τη σύναψη της μισθώσεως για τους δικούς του λόγους, για μια τριετία περίπου, ενώ πριν από αυτόν τις εγκαταστάσεις τις λειτουργούσε η μάρτυρας αποδείξεως (βλ. Σ/269/10-1-1997 άδεια λειτουργίας), η οποία προμηθευόταν καύσιμα από τα ΕΛ-ΔΑ, αποκλειστικός αντιπρόσωπος των οποίων για τη Θεσσαλία ήταν ο πατέρας του μισθωτή Ο.Σ.

Κατά μήνα Ιούνιο 2004 ο Η. Ψ. πρότεινε την ίδρυση πρατηρίου υγρών καυσίμων στο επίδικο, υπό την μορφή αφανούς εταιρίας με εμφανή εταίρο τη μάρτυρα αποδείξεως και αφανή τον ίδιο, ύστερα από συνεννόηση με τον μισθωτή, με τη συμφωνία να προμηθεύονται καύσιμα από την εταιρία Πάλι με τις οδηγίες του Η. Ψ. στις 20-9-2004, συστάθηκε η ΕΠΕ ".....", με το αυτό αντικείμενο και μέλη του 1] Δ. Β. και 2] φ. Β., με νόμιμο εκπρόσωπο την πρώτη εξ αυτών, η οποία συνήψε εμπορική συνεργασία με την ΑΕ. Στις 31 -12-2004 τροποποιήθηκε το καταστατικό και εισήλθαν σε αυτή

ο Φ. Χ. με ποσοστό 49%, Η. Ψ. με ποσοστό 26% και ο δεύτερος των αιτούντων με ποσοστό 20%, ενώ η Δ. Β. παρέμεινε στην εταιρία με ποσοστό 5%. Από τον Σεπτέμβριο όμως του 2005, λειτουργεί στο επίδικο πρατήριο υγρών καυσίμων υπό τη διεύθυνση του καθ' ου, με τη ταμπέλα της εταιρίας, χωρίς να έχει προηγηθεί μισθωτήριο με τους αιτούντες και χωρίς οι ίδιοι να είναι ενήμεροι ως εται-

ροι της ΕΠΕ που προαναφέρθηκε. Ετσι, χωρίς κανένα δικαίωμα, αυτός αυθαίρετα και παράνομα εγκαταστάθηκε στο πρατήριο υγρών καυσίμων που λειτουργεί στο ακίνητο των αιτούντων, νόμιμος κάτοχος του οποίου ήταν ο αρχικός μισθωτής Ν. Σ.. Σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη ουσιαστικά σύμφωνα με το διατακτικό...

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε ολομέλεια) - Αριθ. 6/2009

Πρόεδρος: Βασίλειος Νικόπουλος, (Πρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Γεώργιος Καλαμίδας, Ιωάννης Παπανικολάου, Δημήτριος Κανελλόπουλος, Κωνσταντίνος Κούκλης, Ηλίας Γιαννακάκης, Γρηγόριος Μάμαλης, Εμμανουήλ Καλούδης, Γεώργιος Πετράκης (Αντιπρόεδρος), Ρένα Ασημακοπούλου, Αιμιλία Λίτινα, Ιωάννης Ιωαννίδης, Ειρήνη Αθανασίου, Ιωάννης-Σπυρίδωνας Τέντες (Εισηγητής), Μίμης Γραμματικούδης, Λεωνίδα Ζερβομπεάκος, Σπυρίδωνας Ζιάκας, Δημήτριος Πατινίδης, Χαράλαμπος Παπαηλιού, Χαράλαμπος Δημάδης, Αθανάσιος Κουτρομάνος, Μιχαήλ Θεοχαρίδης, Θεοδώρα Γκοϊνη, Βασίλειος Λυκούδης, Ελευθέριος Νικολόπουλος, Αναστάσιος Λιανός, Γεώργιος Γιαννούλης, Ανδρέας Τσόλιας, Ιωάννης Παπουτσής, Αθανάσιος Πολυζωγόπουλος, Γεώργιος Χρυσικός, Ιωάννης Σίδερης, Νικόλαος Ζαίρης, Δήμητρα Παπαντωνοπούλου, Νικόλαος Λεοντής, Βιολέττα Κυτέα, Ελένη Σπίτσα, Ελευθέριος Μάλλιος, Γεωργία Λαλούση, Αντώνιος Αθηναίος, Ευτύχιος Παλαιοκαστρίτης, Γρηγόριος Κουτσόπουλος, Σπυρίδωνας Μιτσιάλης, Βασιλική Θάνου-Χριστοφίλου, Γεώργιος Γεωργέλλης, Παναγιώτης Κομνηνάκης, Δημήτριος Μουστάκας, Δημήτριος Μαζαράκης, Χαράλαμπος Αθανασίου, Παναγιώτης Ρουμπής, Ανδρέας Δουλγεράκης, Σαράντης Δρινέας και Νικόλαος Πάσσος (Αρεοπαγίτες)

Εισαγγελέας: Γεώργιος Σανιδάς (Εισαγγελέας Αρείου Πάγου)

Δικηγόροι: Απόστολος Γεωργιάδης, Γιώργος Βασιλακάκης, Νικόλαος Σαργιαννίδης

Άρθρα: 25 παρ. 1 εδ. 4 Σ., 57, 59, 932 Α.Κ., 10 ΕΣΔΑ

Ατομικά δικαιώματα. Συνταγματική προστασία αυτών. Προϋποθέσεις νομίμων περιορισμών αυτών. Εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας ως προς τη θέσπιση των περιορισμών. Αυτή απευθύνεται στο νομοθέτη. Ειδικότερα η λειτουργία της αρχής αυτής στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου. Αδικοπρακτική ευθύνη αποζημίωσης. Προσδιορισμός του ύψους της αποζημίωσης. Η σχετική ρύθμιση του Α.Κ. συνάδει με το σύνταγμα και την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη η παραβίαση της αρχής δεν ελέγχεται αναιρετικά με τους λόγους της ευθείας και εκ πλαγίου παραβίασεως ουσιαστικών κανόνων δικαίου. Προσβολή της προσωπικότητας από τηλεοπτικό δελτίο ειδήσεων και αξίωση αποζημίωσης λόγω ηθικής βλάβης των ανηλίκων τέκνων των θιγομένων προσώπων. Θέση της μειοψηφίας ότι αρχή της αναλογικότητας απευθύνεται και στον δικαστή και συνεπώς μπορεί να ελεγχθεί αναιρετικά για τις ανωτέρω λόγους. (Επικυρώνει τη 2/2006 Εφ.Θ.).

Με το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. τέταρτο του Συντάγματος, όπως αυτό ισχύει μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του έτους 2001, τίθεται ο κανόνας ότι οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν να επιβληθούν στα ατομικά δικαιώματα "πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού, και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας". Κατά την αρχή αυτή, η οποία ως γενική αρχή του δικαίου ίσχυε και προ της ρητής αποτυπώσεώς της στο Σύνταγμα κατά την προαναφερθείσα αναθεώρησή του, οι νομίμως επιβαλλόμενοι περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να πληρούν τα ακόλουθα τρία κριτήρια, πρέπει δηλαδή να είναι α) κατάλληλοι, ήτοι πρόσφοροι για την πραγμάτωση του επιδιωκόμενου σκοπού, β) αναγκαίοι, ήτοι να συνιστούν μέτρο το οποίο, σε σχέση με άλλα δυνάμενα να ληφθούν μέτρα, επάγεται τον ελάχιστο δυνατό περιορισμό για τον ιδιώτη ή το κοινό, και τέλος γ) εν στενή εννοία αναλογικοί, να τελούν δηλαδή σε εύλογη σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ώστε η αναμενόμενη ωφέλεια να μην υπολείπεται της βλάβης που προκαλούν. (Ολ.Α.Π. 43/2005). Η αρχή της αναλογικότητας, ως κανόνας δικαίου που θέτει όρια στον περιοριστικό του ατομικού δικαιώματος νόμο, απευθύνεται κατ' αρχήν στο νομοθέτη. Στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου, ήτοι στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, επίκληση της αρχής της αναλογικότητας μπορεί να γίνει αν ο κοινός νομοθέτης είτε έχει παραβιάσει την αρχή αυτή, θεσπίζοντας με νόμο υπέρμετρους περιορισμούς ατομικών δικαιωμάτων, οπότε ο δικαστής μπορεί, ελέγχοντας τη συνταγματικότητα του νόμου, να μην εφαρμόσει

αυτόν (άρθρο 93 παρ. 4 του Συντάγματος), είτε έχει παραλείψει να ασκήσει τις συνταγματικές του υποχρεώσεις, καταλείποντας κενό, οπότε η αρχή της αναλογικότητας καλείται επικουρικώς σε εφαρμογή. Στο πεδίο των αδικοπρακτικών σχέσεων (άρθρο 914 επ Α.Κ.) και ειδικότερα στο ζήτημα του μέτρου της επιδικαστέας χρηματικής ικανοποιήσεως ο νόμος προβλέπει στο άρθρο 932 Α.Κ. ότι το δικαστήριο μπορεί να επιδικάσει εύλογη κατά την κρίση του χρηματική ικανοποίηση, δηλαδή χρηματική ικανοποίηση ανάλογη με τις περιστάσεις της συγκεκριμένης περιπτώσεως. Με τη διάταξη αυτή ο κοινός νομοθέτης έλαβε υπόψη του την αρχή της αναλογικότητας, εξειδικεύοντάς την στο ζήτημα του προσδιορισμού του ύψους της χρηματικής ικανοποιήσεως. Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, δεν υπάρχει έδαφος άμεσης εφαρμογής της διατάξεως του άρθρου 25 παρ. 1 εδάφιο τέταρτο του Συντάγματος, η ευθεία δε επίκλησή της κατά τον προσδιορισμό του ύψους της χρηματικής ικανοποιήσεως στερείται σημασίας, αφού δεν θα οδηγούσε σε διαφορετικά, σε σχέση με τον κατ' εφαρμογή του άρθρου 932 Α.Κ. προσδιορισμό αυτής, αποτελέσματα. Στην προκείμενη περίπτωση, οι αναιρεσίσβλητοι, ως ασκούντες τη γονική μέριμνα επί των δύο ανηλίκων τέκνων τους και, με την από 27.3.02 αγωγή τους κατά των αναιρεσιόντων, ισχυριζόμενοι ότι με την εκπομπή του πανελληνίας εμβέλειας τηλεοπτικού σταθμού της πρώτης αναιρεσειούσας, στο δελτίο ειδήσεων της 26.7.2000, που συνέταξε ο δεύτερος αναιρεσειών, και με ρεπορτάζ της τρίτης, ως δημοσιογράφου, προσεβλήθη η τιμή και υπόληψή τους, εξήγησαν, μετά τον παραδεκτώς γενόμενο

περιορισμό του αγωγικού αιτήματος από κατανηφιστικό σε αναγνωριστικό, την αναγνώριση της υποχρεώσεως των αναιρεσειόντων να καταβάλουν εις ολόκληρον, μεταξύ άλλων, στο καθένα από τα ανήλικα τέκνα το ποσό των 293.470,28 ευρώ για χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης. Η αγωγή έγινε εν μέρει δεκτή με την 6178/2005 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης για το ποσό ειδικότερα των 105.000 ευρώ για κάθε ανήλικο τέκνο. Την απόφαση αυτή προσέβαλαν με έφεση οι εναγόμενοι, επ' αυτής δε εκδόθηκε η 2/2006 απόφαση του Εφετείου Θεσσαλονίκης, που απέρριψε την έφεση ως κατ' ουσίαν αβάσιμη. Κατά της τελευταίας οι εκκαλούντες άσκησαν αναίρεση, με τον πρώτο δε εκ του άρθρου 559 αρ.1 και 19 λόγο του δικογράφου των προσθέτων λόγων της αιτήσεως

αναιρέσεως, προσάπτεται στην προσβαλλόμενη απόφαση του Εφετείου η αιτίαση ότι με το να επιδικάσει τα προαναφερόμενα χρηματικά ποσά, ως χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης για την προσβολή της προσωπικότητας των ανηλίκων, παραβίασε ευθέως και εκ πλαγίου την αρχή της αναλογικότητας, που καθιερώνεται με το άρθρο 25 του Συντάγματος. Σύμφωνα όμως με τα όσα αναπτύχθηκαν στη σκέψη που προηγήθηκε, η εν λόγω διάταξη του Συντάγματος δεν εφαρμόζεται ευθέως στην προκείμενη περίπτωση και, συνεπώς, η πληττόμενη κρίση του δικαστηρίου της ουσίας δεν μπορεί να ελεγχθεί αναιρετικώς, με βάση το άρθρο 559 αρ. 1 και 19 Κ.Πολ.Δ, για ευθεία και εκ πλαγίου παραβίασή της. Κατ' ακολουθίαν, ο εξεταζόμενος λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Ε φ ε τ ε ί ο Α θ η ν ώ ν - Α ρ ι θ . 6 3 1 1 / 2 0 0 7

Πρόεδρος: Μ. Παρηγόρη (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστής: Α. Αποστολοπούλου (Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Ε. Μιχαλάκη - Δρακούλη, Ο. Μοσχοχωρίτου, Στ. Τερεζάκης

Άρθρα: 974, 984 Α.Κ., 682, 733, 943, 947 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ

Μεσιτεία αστικών συμβάσεων. Έννοια μεσίτη και προϋποθέσεις ασκήσεως του επαγγέλματός του. Αγωγή του μεσίτη για την καταβολή της αμοιβής του. Στοιχεία ορισμένου και νόμου βασίμου της σχετικής αγωγής.

Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1 και 2 παρ. 1 του Π.Δ. 248/1993 "Περί Μεσιτών Αστικών Συμβάσεων": Μεσίτης αστικών συμβάσεων είναι το φυσικό πρόσωπο ή η εμπορική εταιρία κάθε είδους που μεσολαβεί για τη σύναψη των αστικού δικαίου συμβάσεων πώλησης, ανταλλαγής, μίσθωσης ακινήτων, παραχώρησης

ακινήτων προς ανοικοδόμηση με αντιπαροχή ή που υποδεικνύει ευκαιρία για τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων. Για την άσκηση του επαγγέλματος του μεσίτη αστικών συμβάσεων, ο ενδιαφερόμενος πρέπει να εγγραφεί στο οικείο Επιμελητήριο της έδρας του. Επίσης, κατά το άρθρο 3 του ιδίου Π.Δ., από την έναρξη ισχύος αυ-

τού, καταργείται ο Ν 308/1976, όπως έχει τροποποιηθεί μεταγενέστερα, καθώς και οποιαδήποτε άλλη ειδική διάταξη που αντίζεται σε αυτόν.

Περαιτέρω, όταν η αγωγή απορρίφθηκε πρωτοδίκως καταρρίπτεται ο ενάγων, το δευτεροβάθμιο Δικαστήριο, αν κρίνει ότι αυτή ήταν νόμιμη, αόριστη ή απαράδεκτη, εξαφανίζει την απόφαση και απορρίπτει την αγωγή για έναν από τους ως άνω τυπικούς λόγους. Στην περίπτωση αυτή, η απόφαση είναι επωφελέστερη για τον εκκαλούντα και απλή αντικατάσταση της απορριπτικής αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης δεν αρκεί, διότι η απόρριψη της αγωγής για τυπικό λόγο, άγει σε διαφορετικό, κατά το αποτέλεσμα, διατακτικό (Βλ. Σ. Σαμουήλ: *Η έφεση κατά τον Κ.Πολ.Δ*, έκδ. Ε', σελ. 333). Στην προκειμένη περίπτωση, η ενάγουσα δεν επικαλείται στην αγωγή της ότι είναι

εγγεγραμμένη στο οικείο Επιμελητήριο της έδρας της ως μεσίτρια, ώστε να νομιμοποιείται να αξιώσει την αμοιβή της, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις του Π.Δ. 248/1993 (βλ. και Εφ.Λαο 136/2001 Ελλ.Δ/νη 43,828). Το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο που με την εκκαλουμένη απόφαση έκρινε νόμιμη την αγωγή, εσφαλμένα εφήρμοσε το νόμο, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα. Κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει δεκτή η έφεση, να εξαφανισθεί η εκκαλουμένη και αφού διακρατηθεί η υπόθεση στο Δικαστήριο τούτο και δικασθεί, να απορριφθεί η αγωγή ως μη νόμιμη. Η εκκαλούσα - ενάγουσα, ως ηττηθείσα διάδικος, πρέπει να καταδικασθεί στην πληρωμή των δικαστικών εξόδων των εφεσίβλητων - εναγομένων, αμφοτέρων των βαθμών δικαιοδοσία, κατά παραδοχή του σχετικού νομικού αιτήματός των (άρθρα 176,183,191 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ). [...]

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 241/2009

Πρόεδρος: Κλεονίκη Χίλιου, (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Αργυρώ Μπαϊζάνη, Δημήτριος Ταμπάρης - Εισηγητής (Πρωτοδίκες)

Δικηγόροι: Ιωάννης Μποκαλάκης, Γεώργιος Γιαχνάκης, Ιωάννης Ξυλούρης, Ιωάννης Μουστάκας, Θάλεια Κιούλαλη, Δημήτριος Σπανάκης, Ιωάννης Λεβέντης, Δημήτριος Βούτσινος

Άρθρα: 297, 298, 330, 914, 922, Α.Κ., Α.Ν. 1565/1939 αρ. 24, 88 Κ.Πολ.Δ.

Αδικοπραξία από αμέλεια ιατρού (γυναικολόγου-μαιευτήρα) κατά την άσκηση των καθηκόντων του. Χρηματική ικανοποίηση για ψυχική οδύνη. Προσεπικλήσεις και προϋποθέσεις ασκήσεως αυτών.

Από τις διατάξεις των άρθρων 297, 298, 330 και 914 επ. του Α.Κ., συνάγεται σαφώς ότι προϋποθέσεις της ευθύνης για αποζημίωση από αδικοπραξία αποτελούν: α) υπαίτια συμπεριφορά του προσώπου, η

οποία υπάρχει και στην περίπτωση της αμέλειας, δηλαδή όταν δεν καταβάλλεται η επιμέλεια που απαιτείται στις συναλλαγές, β) παράνομη συμπεριφορά του υπόχρεου έναντι εκείνου που ζημιώθηκε,

που, ως όρος της αδικοπραξίας, μπορεί να συνίσταται όχι μόνο σε θετική πράξη αλλά και σε παράλειψη, εάν στην τελευταία αυτή περίπτωση, εκείνος που υπέπεσε στην παράλειψη ήταν υποχρεωμένος σε πράξη από το νόμο ή τη δικαιοπραξία, είτε από την, κατά την κρατούσα κοινωνική αντίληψη, καλή πίστη, με την οποία (παράνομη συμπεριφορά) προσβάλλεται κάποιο απόλυτο δικαίωμα, εφόσον αυτή καθεαυτή ενέχει εναντίωση στην αποκλειστική εξουσία του δικαιούχου, γ) επέλευση ζημίας και δ) ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της κατά τα άνω συμπεριφοράς και της ζημίας, η οποία υπάρχει όταν η πράξη ή η παράλειψη του ευθυνόμενου προσώπου είναι κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας ικανή και μπορεί αντικειμενικά να επιφέρει, κατά τη συνηθισμένη και κανονική πορεία των πραγμάτων το επιζήμιο αποτέλεσμα (βλ. Α.Π. 889/2000, Α.Π. 1128/2000 Δ/νη 42.368 και 1281). Εξάλλου, από το συνδυασμό των ως άνω διατάξεων των άρθρων 299, 330, 914 του Α.Κ. και της διατάξεως του άρθρου 932 του ιδίου κώδικα, συνάγεται ότι η χρηματική ικανοποίηση για τη ηθική βλάβη που υπέστη ο παθών από αδικοπραξία έχει ως γενεσιουργό αιτία αδικοπραξία (Γεωργιάδης – Σταθόπουλος, Αστικός Κώδικας, ειδικό ενοχικό δίκαιο, άρθρ. 932 αρ. 5, Στ. Πατεράκης, *Η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης*, σελ. 224) και επιδικάζεται σ' αυτόν, κατ' ελεύθερη εκτίμηση του δικαστηρίου της ουσίας, με βάση τα υποβαλλόμενα στην κρίση του πραγματικά περιστατικά, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και τους κανόνες της λογικής, χωρίς να υποχρεούται να διατάξει αποδείξεις, ως προς την επέλευση ή μη της ηθικής βλά-

βης, καθώς και ως προς το ύψος του ποσού της επιδικαζόμενης χρηματικής ικανοποίησης, λαμβανομένων υπόψη προς τούτο των συγκεκριμένων συνθηκών τέλεσης του εκάστοτε αδικήματος, του είδους και του μεγέθους της προσβολής που υπέστη ο ζημιωθείς, του βαθμού του πταίσματος του υπαιτίου προσώπου, της συμπεριφοράς του μετά την αδικοπραξία, της ύπαρξης ή μη πταίσματος του παθόντος, καθώς και της οικονομικής καταστάσεως των διαδίκων (βλ. Α.Π. 967/2001, Α.Π. 274/1999, Α.Π. 534/1998 Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών Δ.Σ.Α.). Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 28 Π.Κ., «από αμέλεια πράττει όποιος από έλλειψη της προσοχής, την οποία όφειλε κατά τις περιστάσεις και μπορούσε να καταβάλει, είτε δεν προέβλεψε το αξιόποιο αποτέλεσμα που προκάλεσε η πράξη του, είτε το προέβλεψε ως δυνατό, πίστεψε όμως ότι δεν θα επερχόταν». Από τη διάταξη αυτή συνάγεται με σαφήνεια ότι θεμελιώδης όρος της αμέλειας, η οποία αποτελεί στοιχείο για τη θεμελίωση της σωματικής βλάβης από αμέλεια, που προβλέπεται από το άρθρο 314 Π.Κ. είναι η έλλειψη της προσήκουσας προσοχής, για την εξακρίβωση της οποίας δεν υπάρχει γενικό μέτρο, αλλά στην καθεμία συγκεκριμένη περίπτωση εξετάζονται και οι αντικειμενικές περιστάσεις, υπό τις οποίες τελέσθηκε η πράξη και η προσωπική κατάσταση του δράστη για να διακριβωθεί ή όχι η έλλειψη της (ήτοι, της προσοχής που προσήκει). Ειδικότερα στην πρώτη περίπτωση του άρθρου 28 του Π.Κ. (μη συνειδητή αμέλεια), απαιτείται, αφενός μεν να μην καταβλήθηκε από το δράστη η κατ' αντικειμενική κρίση απαιτούμενη προσοχή, που ο καθένας μέτρια συνετός

και ευσυνείδητος οφείλει υπό τις ίδιες πραγματικές περιστάσεις να επιδείξει με βάση τους νομικούς κανόνες, την κρατούσα στις συναλλαγές συνήθεια, την κοινή συνήθη πορεία των πραγμάτων πείρα και λογική και αφετέρου να μπορούσε ο δράστης, λόγω των προσωπικών του περιστάσεων, γνώσεων και ικανοτήτων του, να προβλέψει και να αποφύγει το αξιόποιο αποτέλεσμα που η πράξη του παρήγαγε. Ακόμη για τη θεμελίωση του ως άνω εγκλήματος από αμέλεια, απαιτείται η διαπίστωση και του αντικειμενικού αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της πράξης ή παράλειψης του δράστη και του αξιοποιούνου αποτελέσματος που επήλθε. Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 922 Α.Κ., ο κύριος ή ο προστήσας κάποιον άλλο σε μια υπηρεσία ευθύνεται για τη ζημία που ο υπηρετής ή ο προστηθείς προξένησε σε τρίτον παράνομα κατά την υπηρεσία του. Κατά την έννοια της διάταξης αυτής, πρόσθεση είναι η τοποθέτηση, διορισμός, χρησιμοποίηση από κάποιο πρόσωπο (του προστήσαντος), ενός άλλου προσώπου φυσικού ή νομικού (του προστηθέντος), σε θέση ή απασχόληση (διαρκή ή μεμονωμένη εργασία), που αποβλέπει στη διεκπεραίωση υπόθεσης και γενικότερα στην εξυπηρέτηση των επαγγελματικών, οικονομικών ή άλλων συμφερόντων του πρώτου. Δικαιολογητικός λόγος της καθιέρωσης της ευθύνης από αλλότριες πράξεις είναι η ωφέλεια την οποία ο προστήσας αποκομίζει από την ανάμιξη του ενδιάμεσου προσώπου, το οποίο εντάσσει στο πεδίο της δραστηριότητας του (επαγγελματικής, επιχειρηματικής κλπ). Με τη χρησιμοποίηση τρίτων προσώπων ο προστήσας επεκτείνει το πεδίο της επιχειρηματικής κυρίως δράσης του και κατά συ-

νέπεια διευρύνει και τη δυνατότητα κερδών του. Είναι, επομένως, εύλογο να φέρει αυτός την ευθύνη και τους κινδύνους που προκύπτουν από τη δραστηριότητα των χρησιμοποιούμενων προσώπων, αφού αυτός καρπώνεται και τα οφέλη της. Άλλωστε, με την καθιέρωση της ευθύνης του προστήσαντος εξυπηρετείται και η ιδέα της ασφάλειας των ζημιωθέντων, οι οποίοι αποκτούν ένα επιπλέον οφειλέτη, εκτός από τον προστηθέντα, συνήθως οικονομικά ισχυρότερο και πιο φερέγγυο από αυτόν (Απ. Γεωργιάδη, *Ενοχ. Δίκαιο, Γεν. Μέρος*, 1999, σελ. 625, Μ. Σταθόπουλου, *Γενικό Ενοχ. Δίκαιο*, 1998, σελ. 136). Η εκπροσώπηση από τον προστηθέντα των συμφερόντων του προστήσαντος δεν απαιτείται να είναι εμφανής στους τρίτους, η δε σχέση προσθήσεως έχει τέτοια ευρύτητα, ώστε να καλύπτει κάθε εκούσια χρησιμοποίηση άλλων προσώπων και μπορεί να στηρίζεται σε σύμβαση εργασίας, έργου, εντολής, στη βάση της σχέσης πρόσκτησης μπορεί να είναι και οποιαδήποτε άλλη βιοτική σχέση μεταξύ προστήσαντος και προστηθέντος, σημειούμενου ότι είναι αδιάφορο αν η ανωτέρω σχέση στην οποία βασίζεται η πρόσκτηση είναι νόμιμη ή παράνομη, αν ο προστηθείς αμείβεται ή όχι, αν η σχέση πρόσκτησης είναι διαρκής ή ευκαιριακή, ενόψει τέλεσης συγκεκριμένης πράξης (βλ. Α.Π. 121/2002 Ελλ.Δ/νη 2002.1614, Εφ.Κερκ 213/2000 ΔΕΝ 2001.1107, Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, Α.Κ., τομ. IV, άρθρο 922 αρ. 14). Εξάλλου τόσο ο προστήσας όσο και ο προστηθείς είναι δυνατόν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα. Η ανάπτυξη από τον προστηθέντα πρωτοβουλίας και δικής του σφαίρας δράσης μέσα στα πλαίσια του πεδίου δράσης του προστήσαντος δεν

αποτελεί λόγο αποκλεισμού της ευθύνης του τελευταίου (Γεωργιάδη – Σταθόπουλου, ό.π., αρ. 29), σημειούμενου ακόμη ότι για την εξάρτηση μεταξύ προστήσαντος και προστηθέντος δεν απαιτείται η παροχή δεσμευτικών ειδικών οδηγιών, όσον αφορά το χρόνο, τόπο και τρόπο παροχής της εργασίας, αλλά αρκεί η παροχή γενικών οδηγιών ή μιας γενικής εποπτείας (βλ. Α.Π. 1270/1989 Ελλ.Δ/νη 32.765). Τέλος, ο προστήσας ευθύνεται, εφόσον η πράξη του προστηθέντος δεν είναι άσχετη ή ξένη, αλλά βρίσκεται σε εσωτερική αιτιώδη συνάφεια με την εκτέλεση της υπηρεσίας που ανατέθηκε σ' αυτόν, υπό την έννοια ότι η επιβλαβής ενέργεια δεν ήταν δυνατόν να υπάρξει χωρίς την πρόσθεση, ή ότι η τελευταία υπήρξε το αναγκαίο μέσο για την επιχείρηση της ζημιογόνου πράξης. Επιρρίπτονται δηλαδή στον προστήσαντα όλοι οι τυπικοί κίνδυνοι που συνδέονται οργανικά με τη δραστηριότητα την οποία ανέθεσε στον προστηθέντα. Πρόβλημα δημιουργείται για την ύπαρξη εξάρτησης προκειμένου για τη χρησιμοποίηση ελευθέρων επαγγελματιών που δρουν ανεξάρτητα κατά τους κανόνες της επιστήμης ή της τέχνης τους, οι οποίοι μπορεί να μην είναι προσιτοί σ' εκείνον που τους χρησιμοποιεί στην υπηρεσία του, για το λόγο ότι δεν έχει την ιδιότητα, επομένως και τις γνώσεις ή, εφόσον τις έχει, δεν μπορεί να επέμβει στη συγκεκριμένη περίπτωση, όπου ο επαγγελματίας δρα και ενεργεί με δική του πρωτοβουλία και κατά την κρίση του, όπως ο ιατρός. Προκειμένου ειδικότερα για τους ιατρούς, δεν αποκλείεται ύπαρξη εξάρτησης με τη μορφή εξαρτημένης εργασιακής σχέσης που μπορεί να υπάρχει παρ' ότι στην άσκηση των καθαρά ιατρικών τους

καθηκόντων δρουν και ενεργούν με πρωτοβουλία κατά τις επιταγές της ιατρικής επιστήμης (Κανκός, άρθρ. 922 παρ. 3 σελ. 798). Το πρόβλημα γίνεται οξύτερο στην περίπτωση που η σχέση του ιατρού με κλινική ή νοσηλευτικό ίδρυμα είναι ελεύθερη, με τη μορφή ελεύθερης συνεργασίας μεταξύ τους, σύμφωνα με την οποία ο ιατρός επιμελείται τη νοσηλεία και συνήθως τη διενέργεια της χειρουργικής επέμβασης ή τοκετού σε κλινική που διαθέτει την απαραίτητη υποδομή (εγκαταστάσεις, φάρμακα, μηχανήματα, εργαλεία κλπ) και το κατώτερο μη ιατρικό ή παραϊατρικό προσωπικό που θέτει σε διάθεση του ιατρού, με αμοιβή που εισπράττει κατευθείαν από τον πελάτη ασθενή, άσχετα με την αμοιβή του ιατρού που καταβάλλεται από τον τελευταίο απευθείας σ' αυτόν. Η σχέση αυτή είναι πολύ συνηθισμένη στις συναλλαγές και αποσκοπεί τόσο στην εξυπηρέτηση του ιατρού που έτσι κερδοφόρα χρησιμοποιεί τις υπηρεσίες της κλινικής όσο και των τελευταίων, που με τη συνδρομή των ιατρών εξασφαλίζουν πελατεία και αποκομίζουν ανάλογα κέρδη, στα οποία και αποβλέπουν. Ο ιατρός εντάσσεται βέβαια στο πρόγραμμα της κλινικής ή του ιδρύματος, το οποίο, ανάλογα με τις συνθήκες, καθορίζει τον τόπο και τον χρόνο παροχής της ιατρικής συνδρομής από τον ιατρό (βλ. έτσι Σταθόπουλο, ό.π. σελ. 220-221, Κότσιανο, *Η ιατρική ευθύνη*, 1977, αριθμ. 62 σελ. 50-51). Η άποψη αυτή είναι σύμφωνη με το δικαιολογητικό λόγο της καθιέρωσης της ευθύνης του προστήσαντος, ο οποίος ευθύνεται για αλλότρια πράξη (του προστηθέντος), για το λόγο ότι ωφελείται από τη δραστηριότητα εκείνου με τη συνδρομή του οποίου επεκτείνει τον κύκλο της δυνατότητας

κερδών και πρέπει βέβαια ευλόγως να αυξάνει και το πεδίο των κινδύνων που του αναλογούν (Σταθόπουλος ό.π. σελ. 220), επίσης δε με τη σύγχρονη αντίληψη των συναλλαγών, οι οποίες έχουν γίνει πολύπλοκες και για την επίτευξη ενός αποτελέσματος παρεμβάλλονται όχι σπάνια πολλά διαφόρων μάλιστα ειδικοτήτων, επιστημονικών ή τεχνικών γνώσεων πρόσωπα, οι δε οδηγίες του προστήσαντος δεν είναι ανάγκη να φθάνουν μέχρι παροχής λεπτομερειών ιδίως σε τεχνικής φύσεως θέματα, ή ακόμη δεν είναι καν απαραίτητο οι οδηγίες να αφορούν τον τόπο, χρόνο ή την τεχνική άσκηση της εργασίας του προστηθέντος. Από το άρθρο 24 Α.Ν. 1565/1939 «Περί Κωδικός ασκήσεως του ιατρικού επαγγέλματος» (που διατηρήθηκε σε ισχύ και μετά την εισαγωγή του Α.Κ. βάσει του άρθρου 47 Εισ.Ν.Α.Κ.), κατά το οποίο ο ιατρός οφείλει να παρέχει με ζήλο, ευσυνειδησία και αφοσίωση την ιατρική του συνδρομή, σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής επιστήμης και της κτηθείσας πείρας του, τηρώντας τις ισχύουσες διατάξεις για τη φύλαξη των ασθενών, σε συνδυασμό με τα άρθρα 652, 330 και 914 Α.Κ., προκύπτει ότι ο ιατρός ευθύνεται σε αποζημίωση για τη ζημία που έπαθε ο ασθενής πελάτης του από κάθε αμέλεια του, ακόμη και ελαφρά, εάν κατά την εκτέλεση των ιατρικών του καθηκόντων παρέβη την υποχρέωση επιμελείας του να ενεργήσει σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής επιστήμης. Αντίθετα, δεν φέρει καμία ευθύνη αν ενήργησε κατά τους πιο πάνω κανόνες (*lege artis*) και, ειδικότερα, όπως θα ενεργούσε κάτω από τις ίδιες συνθήκες και περιστάσεις και έχοντας στη διάθεση του τα ίδια μέσα ένας συνετός και επιμελητής

ιατρός. Ιδιαίτερα θα ληφθεί υπόψη η συνδρομή ειδικότητας στο πρόσωπο του ιατρού, η οποία αποτελεί και το λόγο βαρύτερης ευθύνης του ειδικού (*specialiste*), αφού η προσφυγή στις υπηρεσίες του, με βαρύτερη οικονομική επιβάρυνση συνήθως του ασθενούς, γίνεται ακριβώς λόγω της ειδικότητας του αυτής (Κότσιανος, ό.π. σελ. 67 αριθμ. 82, Α.Π. 220/2003, Α.Π. 967/2001, Εφ.Αθ 4995/ 2002 Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών Δ.Σ.Α.). Ειδικά στην περιοχή της ιατρικής αμέλειας, αυτή μπορεί να εμφανίζεται υπό τις εξής μορφές: α) είτε ως εσφαλμένη διάγνωση ή μη διάγνωση μιας νόσου που οφείλεται στη μη συμμόρφωση προς τους κοινώς αναγνωρισμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και έχει ως συνέπεια τη μη αντίληψη και μη κοινοποίηση του κινδύνου που απειλεί το έννομο αγαθό της ζωής ή της σωματικής ακεραιότητας και υγείας (ως επί το πλείστον η ορθή διάγνωση προϋποθέτει τη λήψη του ιστορικού του ασθενούς, εξέταση του ασθενούς, εργαστηριακές εξετάσεις, ακτινογραφίες και συμβουλή άλλων ιατρών), β) είτε ως εσφαλμένη – πλημμελής θεραπευτική αγωγή (φαρμακευτική, διαιτητική, χειρουργική κλπ.), διαδικασία δηλαδή που αποσκοπεί στην ίαση του ασθενούς κατά τρόπο παρακάμπτοντα τους κοινώς αναγνωρισμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης (π.χ. μη έγκαιρη επέμβαση, χορήγηση υπερβολικής δόσης φαρμάκου), δηλαδή συγκεκριμένη η αμέλεια του ιατρού μπορεί να θεμελιωθεί σε σφάλμα περί την εκλογή της θεραπείας, λόγω της οποίας και επέρχεται κακό στον ασθενή, είτε αυτό οφείλεται σε άγνοια της προσήκουσας για την περίπτωση θεραπείας ή γενικά ενέργειας, είτε γιατί επέλεξε μέθοδο και

θεραπεία η οποία, κατά τις γενικά κρατούσες αρχές της ιατρικής επιστήμης, δεν ήταν ενδεδειγμένη (γ) είτε ως μη παραπομπή του ασθενούς σε ειδικό θάλαμο και την ανάληψη της διεξαγωγής ενός διαγνωστικού ή θεραπευτικού εγχειρήματος, χωρίς να υπάρχουν οι απαραίτητες ειδικές γνώσεις και ικανότητες ή τα κατάλληλα διαγνωστικά μέσα (δ), είτε ως μη εκπλήρωση καθήκοντος ιατρικής μέριμνας και επιμέλειας (ΠλημΣαμ 19/2001, Ποιν.Δ/νη 2001.1114, με παρατηρήσεις Καϊάφα-Γκιμπάντι, Εφ.Αθ 197/1988 ΑρχΝ Λο (1983) 139 επ.).

Κατά το άρθρο 88 Κ.Πολ.Δ ο ενάγων, ο εναγόμενος και όποιος άσκησε κυρία παρεμβάση έχουν δικαίωμα να προσεπικαλέσουν στη δίκη εκείνους από τους οποίους έχουν δικαίωμα να απαιτήσουν αποζημίωση σε περίπτωση ήττας. Η προσεπίκληση δεν είναι επιτευκτική, αλλά διαμορφωτική διαδικαστική πράξη, διευρύνουσα τα υποκειμενικά όρια της εννόμου σχέσεως της δίκης, το δικονομικό της αποτέλεσμα επέρχεται με την άσκησή της και δεν περιέχει ίδιο αίτημα που πρέπει να δεχθεί ή να απορρίψει το Δικαστήριο ρητώς ή σιωπηρώς (βλ. Μπεη Πολ. Δικον. υπ' αρθ. 88, Βαθροκοκοΐλης Κ.Πολ.Δ Αρ. 8 υπ' αρθ. 88, Εφ.ΑΘ 3052/2008 Ελλ.Δ/νη 2009.271). Κατά την έννοια της παραπάνω διατάξεως η προσεπίκληση είναι παραδεκτή και χωρίς να ασκείται με αυτή παρεμπόμπουσα αγωγή για αποζημίωση, βάση δε αυτής (της προσεπικλήσεως) είναι η έννομη σχέση που συνδέει τον προσεπικαλούμενο με τον προσεπικαλούμενο και η οποία, σε περίπτωση ήττας του προσεπικαλούμενου, δημιουργεί υποχρέωση του προσεπικαλούμενου για αποζημίωση. Τα αποτελέσματα της προσεπικλήσεως ε-

πέρχονται αυτοδικαίως και μάλιστα ανεξάρτητα από το αν, μαζί με την προσεπίκληση, ασκήθηκε ή όχι αγωγή αποζημίωσης κατά του δικονομικού εγγυητή. Περαιτέρω, η παρεμπόμπουσα αγωγή αποζημίωσης, που ενώνεται με την προσεπίκληση του δικονομικού εγγυητή, εξευνάται ως προς την ουσία της μόνο μετά την παραδοχή της κύριας αγωγής, υπό την αίρεση της ευδοκίμησης της οποίας ασκείται. Αν στην προσεπίκληση δεν ενωθεί αγωγή αποζημίωσης ή η ενωθείσα αγωγή απορριφθεί, ή ο προσεπικαλών παραιτηθεί από την ενωμένη αγωγή, το Δικαστήριο δεν θ' ασχοληθεί περαιτέρω με την προσεπίκληση, η οποία έχει γίνει προηγούμενος δεκτή ως νόμιμη, δεδομένου ότι οι συνέπειές της επέρχονται από τον νόμο (Α.Π. 348/1978 Νο Β 27.167, Εφ.Αθ 1506/1990 ΑρχΝ 42.323, Εφ.Αθ 11789/1987 ΑρχΝ 40.40, Εφ.Αθ 8956/1986 Ελλ.Δ/νη 28.1105 κ.α.). Κατά το άρθρο 2, τέλος, του Ν. ΓΠΟΗ/1912 «περί δικαστικού ενσήμου», όπως ερμηνεύθηκε αυθεντικά με το άρθρο 7 παρ. 1 του Ν.Δ. 1544/1942, ο ενάγων, αν παραλείψει την προκαταβολή του οφειλόμενου τέλους δικαστικού ενσήμου, δικάζεται ερήμην.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα άρθρα 173 και 175 Κ.Πολ.Δ, όπως ισχύουν σήμερα, μετά και την τροποποίηση που επήλθε με το Ν. 2915/2001, ο υπόχρεος σε προκαταβολή τελών κι εξόδων, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται και το δικαστικό ένσημο, λογίζεται ως μη εμφανιζόμενος (πλασματική ερημοδικία) και επομένως δικάζεται ερήμην, του άρθρου 270 παρ. 1 εδ. τελευταίο Κ.Πολ.Δ μη έχοντας εν προκειμένω εφαρμογή, διότι αφορά μόνο στην ερημοδικία, η οποία επέρχεται, όχι λόγω μη προκαταβολής εξόδων, αλλά λόγω της α-

πό άλλους λόγους μη εμφανίσεως ή μη προσήκουσας εμφανίσεως (πραγματική ερημοδικία) κάποιου από τους διαδίκους. Με το άρθρο 13 παρ. 2 του Ν. 2915/2001 καταργήθηκε το άρθρο 272 Κ.Πολ.Δ, που αφορούσε την ερημοδικία του ενάγοντος (πραγματική και πλασματική), με συνέπεια σήμερα να μένει αρρύθμιστη η περίπτωση της πλασματικής ερημοδικίας και οι συνέπειές της. Διότι ο νομοθέτης προέβλεψε μεν και ρητά τροποποίησε τις συνέπειες της πραγματικής ερημοδικίας των διαδίκων στα πρωτοβάθμια δικαστήρια (άρθρα 270 παρ. 1 εδ. τελευταίο, 672 Κ.Πολ.Δ), δεν προέβλεψε όμως σχετικά, για την περίπτωση της ερημοδικίας λόγω μη προκαταβολής τελών και εξόδων. Αν ήθελε θεωρηθεί ότι το σημερινό άρθρο 270 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ αντιμετωπίζει ενιαία το ζήτημα της ερημοδικίας, αυτό θα οδηγούσε ουσιαστικά σε καταστρατήγηση των διατάξεων περί δικαστικού ενσήμου, αφού θα ήταν δυνατόν να ερευνηθεί στην ουσία της η αγωγή και να γίνει δεκτή εν λόγω ή εν μέρει ως ουσιαστική βάσιμη, αν

σε κάτι τέτοιο θα μπορούσε να καταλήξει το Δικαστήριο δημιουργώντας πλήρη δικανική πεποίθηση για τα κρίσιμα και αμφισβητούμενα πραγματικά περιστατικά από τα αποδεικτικά μέσα που βρίσκονται στη διάθεση του, χωρίς, ωστόσο, ο ενάγων να έχει προκαταβάλει το απαιτούμενο τέλος δικαστικού ενσήμου. Όμως, δεν προκύπτει τέτοια βούληση του νομοθέτη περί κατάργησης της υποχρέωσης προκαταβολής των τελών και εξόδων, η οποία για να στοιχειοθετηθεί θα πρέπει να είναι ρητή και σαφής. Ως εκ τούτου, και από την ιστορική και τελεολογική ερμηνεία του συνόλου των διατάξεων που αναφέρονται παραπάνω, προκύπτει ότι η διάταξη του άρθρου 272 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, όπως αυτή ίσχυε πριν καταργηθεί από το άρθρο 13 παρ. 2 του Ν. 2915/2001 και που αφορά τις συνέπειες της ερημοδικίας του ενάγοντος, διατηρεί την ισχύ της για την περίπτωση πλασματικής ερημοδικίας των άρθρων 2 του Ν. ΓΠΟΗ/1912 και 175 Κ.Πολ.Δ και ρυθμίζει τις συνέπειες της τελευταίας και μόνον.

Πολυμελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης - Αριθ. 19932/2009

Πρόεδρος: Αικατερίνη Παπαβασιλείου, (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Κωνσταντίνος Κουτσογεώργιος, (Πρωτοδίκης Εισηγητής), Ουρανία Ευαγγελίου, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Κλεάνθης Βουλκίδης, Κων/νος Βουλκίδης, Παρασκευάς Δέλλιος, Δημήτριος Πασσάς

Άρθρα: 298, 330, 914 Α.Κ., Ν.2251/1994 άρθρα 1 παρ. 3, 8 παρ. 4

Αδικοπραξία: Προϋποθέσεις αποζημιώσεως σε περίπτωση παράλειψης παροχής επαρκών πληροφοριών από την τράπεζα σε πελάτη της, στα πλαίσια επενδυτικού προγράμματος.

Η πρόκληση βλάβης στην περιουσία ορισμένου προσώπου, η οποία συνδέεται προς τις παρεχόμενες από την τράπεζα επενδυτικές υπηρεσίες, συνιστά όρο θεμε-

λιώσεως της αστικής ευθύνης της τελευταίας σε καταβολή αποζημιώσεως λόγω αδικοπραξίας, εφόσον επιπλέον υφίστανται και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις υπαγωγής

της συγκεκριμένης βιοτικής σχέσεως στους κανόνες των άρθρων 298, 330, 914, Α.Κ. Οι προϋποθέσεις θεμελιώσεως της ανωτέρω μορφής ευθύνης αναλύονται ειδικότερα στην απαιτούμενη σχέση αιτιώδους συνάφειας μεταξύ των παρεχόμενων υπηρεσιών με το επελθόν ζημιόγono αποτέλεσμα καθώς και στην υπαίτια εκδήλωση παράνομης συμπεριφοράς, μέσω της οποίας εκ μέρους της τράπεζας που παρέχει τις υπηρεσίες παραβιάζονται οι συναλλακτικές της υποχρεώσεις, όπως το ειδικότερο περιεχόμενο αυτών στην συγκεκριμένη περίπτωση, προσδιορίζεται σύμφωνα με τους κανόνες των άρθρων 281, 288 Α.Κ. (βλ. Σταθόπουλο *Γενικό ενοχικό δίκαιο* εκδ. 2004 σελ. 798-803., Απ Γεωργιάδη *Ενοχικό Δίκαιο γενικό μέρος* εκδ. 1999 σελ. 599-600). Ειδικότερη μορφή παραβίασεως των κανόνων αυτών αποτελεί η εκ μέρους της τράπεζας παράλειψη εκπλήρωσεως των υποχρεώσεων εκτιμήσεως των συμφερόντων του πελάτη, διαφωτίσεως, παροχής συμβουλευτικής καθοδηγήσεως και προειδοποιήσεως αυτού (βλ. Ψυχομάνης *Τραπεζικό Δίκαιο I* εκδ. 2001 σελ. 93-94, 210-211). Υπό την έννοια αυτή οι συγκεκριμένες συναλλακτικές υποχρεώσεις παραβιάζονται μεταξύ άλλων και στις περιπτώσεις που παραλείπεται η παροχή όσων πληροφοριών είναι απαραίτητες στον συγκεκριμένο αποδέκτη των επενδυτικών υπηρεσιών, προκειμένου αυτός να είναι σε θέση να αντιληφθεί την μορφή της προτεινόμενης σε αυτόν τοποθετήσεως των κεφαλαίων του και κυρίως να κατανοήσει όσους κινδύνους συνδέονται με την ζημιόγono για τον ίδιο εξέλιξη αυτής, ώστε έχοντας ενημερωθεί σχετικώς, ακολούθως να αξιολογήσει ιδίως τις επιβλαβείς συνέπειες της συγκεκριμένης επενδυτικής επιλογής και ο

ίδιος να αποφασίσει εάν θα την επιχειρήσει, παρέχοντας την σχετική εντολή στην αντισυμβαλλομένη αυτού τράπεζα. Οι ως άνω προϋποθέσεις, στις οποίες θεμελιώνεται αστική ευθύνη σε αποζημίωση λόγω αδικοπραξίας, δεν διαφέρουν από εκείνες, η συνδρομή των οποίων επάγεται την εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 8 Ν. 2251/1994, που μεταξύ άλλων ρυθμίζει και τις περιπτώσεις ευθύνης λόγω παροχής τραπεζικών επενδυτικών υπηρεσιών, εφόσον ο αντισυμβαλλόμενος της τράπεζας χαρακτηρίζεται ως καταναλωτής, σύμφωνα με την ρύθμιση του άρθρου 1 παρ. 3 Ν. 2251/1994, όπως δεν αμφισβητείται ότι συμβαίνει, με το πρόσωπο που μετέχει στην συγκεκριμένη σχέση ως αποδέκτης των υπηρεσιών, χωρίς να διαθέτει οποιουδήποτε είδους εξειδίκευση, επιχειρώντας να καλύψει προεχόντως ανάγκες ασφαλούς τοποθετήσεως του κεφαλαίου του (βλ. Ψυχομάνης ο.π. σελ. 15-16, Καρακώστα *Οι γενικοί όροι των τραπεζικών συναλλαγών* εκδ. 2001 σελ. 28-35, ιδίου *Ο αποδέκτης τραπεζικών υπηρεσιών ως καταναλωτής* ΧρΙΔ 2003 σελ. 97 επ, Βασιλόπουλο σε *Δίκαιο προστασίας καταναλωτών I* εκδ. 2008 σελ. 39 επ, Χριστιανού, *Η προστασία του επενδυτή ως καταναλωτή στο κοινοτικό δίκαιο* Ελλ.Δ/νη 43 σελ. 1558 επ, Αυγητίδης, «*Ο αποδέκτης των επενδυτικών υπηρεσιών ως καταναλωτής*» ΕπισκΕΔ 2001 σελ. 286). Η διάταξη του άρθρου 8 Ν. 2251/1994 περιέχει ειδικότερο κανόνα, ο οποίος εντασσόμενος στο γενικότερο σύστημα θεμελιώσεως αστικής ευθύνης, διαμορφώνει την ενοχή που καταλαμβάνεται από αυτόν κατά τρόπο, ώστε κύριο χαρακτηριστικό της να είναι η απομάκρυνση από την αρχή της υποκειμενικής ευθύνης μέσω της αντιστροφής του σχετικού βά-

ρους αποδείξεως. Σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 4 Ν. 2251/1994 όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 10 παρ. 3 Ν. 3584/2007, η αντιστροφή αυτή του αποδεικτικού βάρους επεκτείνεται αναγκαίως και στο μέγεθος της παρανομίας, διότι παραλλήλως των εννοιολογικών διακρίσεων μεταξύ αυτής και του πταίσματος που δεν αμφισβητούνται και εξακολουθούν να υφίστανται, η προσέγγιση των σχετικών όρων θεμελιώσεως της ευθύνης από την οπτική της αμέλειας επιδρά στην συγκρότηση του περιεχομένου της τελευταίας κατά τρόπο, ώστε μέσω της χρήσεως της συγκεκριμένης έννοιας να αποτυπώνεται και η εκδήλωση μιας μορφής παράνομης συμπεριφοράς (βλ. Α.Π. 1227/2007 ο.π. Απ. Γεωργιάδη ο.π. γενικό μέρος σελ. 656-657, Καράκωστα σημ. σε Εφ.Αθ 4495/2002 ΔΕΕ 2004 σελ. 206-207, Φουντεδάκη *Αστική Ιατρική Ευ-*

θύνη σελ. 98 επ. 335 επ.). Εξαιτίας της διαλαμβανόμενης στον προαναφερόμενο κανόνα κατανομής του βάρους αποδείξεως, στην περίπτωση που η ευθύνη του υποχρέου αποζημιώσεως θεμελιώνεται στην συγκεκριμένη ρύθμιση, ο δικαιούχος επιβάλλεται να αποδεικνύει τη ζημία, την παροχή των υπηρεσιών προς τον ίδιο και τον υφιστάμενο μεταξύ τους αιτιώδη σύνδεσμο, ενώ ο οφειλέτης την εκ μέρους του έλλειψη εκδηλώσεως παράνομης και υπαίτιας συμπεριφοράς, την έλλειψη συνδρομής αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της τελευταίας και της ζημίας ή την εμφάνιση κάποιου λόγου άρσεως ή μειώσεως της ευθύνης του (βλ. Καράκωστα *Προστασία του καταναλωτή* εκδ. 1997 σελ. 137 επ, Κατσα σε *Δίκαιο προστασία καταναλωτών II* εκδ. 2008 σελ. 1358 επ. Φουντεδάκη ο.π. σελ. 103 επ).

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε ολομέλεια) - Αριθ. 17/2008

Πρόεδρος: Βασίλειος Νικόπουλος (*Πρόεδρος Αρείου Πάγου*)

Δικαστές: Γεώργιος Σαραντινός, Αναστάσιος-Φιλητάς Περίδης, Γεώργιος Καλαμίδας, Ιωάννης Παπανικολάου (*Αντιπρόεδροι*), Κωνσταντίνος Κούκλης, Μάριος-Φώτιος Χατζηπανταζής, Ιωάννης Ιωαννίδης, Σπυρίδων Ζιάκας, Χαράλαμπος Ζώης, Χαράλαμπος Δημάδης, Αθανάσιος Κοντρομάνος, Βασίλειος Λυκούδης, Βασίλειος Κουρκάκης, Ελευθέριος Νικόπουλος, Ανδρέας Τσόλιας, Αθανάσιος Πολυζωγόπουλος, Γεώργιος Χρυσικός, Ιωάννης Σιδέρης, Νικόλαος Ζαΐρης, Βαρβάρα Κριτσωτάκη, Ελένη Σπίτσα, Γεωργία Λαλούση (*Αρεοπαγίτες*), Γεώργιος Γιαννούλης (*Αρεοπαγίτης-Εισηγητής*)

Δικηγόροι: Γεώργιος Αντωνόπουλος, Λεωνίδας Μαραβέλης

Άρθρα: 2, 3, 5, 13 Συντ., 8, 9, ΕΣΔΑ, 1 Πρ.Προσθ.Πρωτ. ΕΣΔΑ, 23 παρ. 1, 33, 1568, 1579 Α.Κ., 323 παρ. 5, 780 παρ. 2, 905 παρ. 3 και 4 Κ.Πολ.Δ, 1, 18 παρ. 1 Ν. 590/1977.

Η αλλοδαπή δικαστική απόφαση υιοθεσίας ενηλίκου από μοναχό προσκρούει στη δημόσια τάξη (υπό την έννοια του άρθρου 33 Α.Κ.) και δεν είναι επιτρεπτή η αναγνώριση του δεδικασμένου ή της ισχύος της στην Ελλάδα. Τα δόγματα, οι ιεροί αποστολικοί και συνοδικοί κανόνες και οι ιερές παραδόσεις της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας του Χριστού αποτελούν κανόνες δημόσιας τάξης. Γνώμη μειοψηφίας.

Παρατηρήσεις στην απόφαση Α.Π. 17/2008*

Στην απόφαση με αρ. Ολ.Α.Π. 17/2008, η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου επιχειρεί να δώσει απάντηση στο ζήτημα της ισχύος αλλοδαπής δικαστικής απόφασης, η οποία έρχεται σε αντίθεση με τους κανόνες της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας. Η πλειοψηφία της Ολομέλειας δέχθηκε ότι η υιοθεσία ενηλίκου από μοναχό, η οποία έχει τελεστεί με αλλοδαπή δικαστική απόφαση, έρχεται σε αντίθεση με τους Κανόνες της Ορθόδοξης Εκκλησίας και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της στην Ελλάδα, γιατί κατ' αυτό τον τρόπο «μπορεί να προξενήσει διαταραχή στην αρμονία του βιοτικού ρυθμού, που κυριαρχεί στη χώρα και διέπεται από τις εν λόγω αρχές». Με την παραδοχή αυτή, η Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου έθεσε την απαρασάλευτη τήρηση των δογμάτων και των κανόνων της Ορθόδοξης Εκκλησίας, υπεράνω της ισχύος του δεδικασμένου μίας αλλοδαπής δικαστικής απόφασης, δυνάμει της επιταγής του άρθρου 3 Συντ. Η κρίση αυτή της Ολομέλειας του Ανωτάτου Δικαστηρίου πάσχει ως προς τα εξής:

α. Τα δόγματα, οι ιεροί αποστολικοί και συνοδικοί κανόνες και οι ιερές παραδόσεις της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας αποτελούν αναμφίβολα το εσωτερικό δίκαιο της επικρατούσας στην Ελλάδα θρησκείας. Το γεγονός όμως αυτό δεν μπορεί να οδηγήσει αβίαστα στην παραδοχή ότι όλοι οι ανωτέρω κανόνες αποτελούν άνευ άλλων τινός και κανόνες δημόσιας τάξης. Αφενός, διότι η Ορθόδοξη Εκκλησία δεν ταυτίζεται με το σύνολο του Ελληνικού λαού, που περιλαμβάνει αλλόδοξους, αλλόθρησκους και άθεους πολίτες, και αφετέρου διότι οι εν λόγω κανόνες σε καμία περίπτωση δεν δύναται να θεωρηθεί ότι «απηχούν τις κοινωνικές, οικονομικές, πολιτειακές, πολιτικές, θρησκευτικές, ηθικές και άλλες αντιλήψεις, που διέπουν το βιοτικό ρυθμό» της ζωής στη χώρα μας, όπως δέχεται η κρινόμενη απόφαση. Τα δόγματα και οι κανόνες της Ορθόδοξης Εκκλησίας έχουν διατυπωθεί πριν από αρκετούς αιώνες και δύσκολα θα μπορούσε να θεωρήσει κάποιος ότι «κρατούν» στη σύγχρονη ελληνική κοινωνία. Κανόνες όπως ο 72ος της Πενθέκτης Οικουμενικής Συνόδου, ο οποίος απαγορεύει το γάμο μεταξύ ορθόδοξων και αιρετικών και ο 50ος κανόνας του Μεγάλου Βασιλείου, ο οποίος απαγορεύει τον τρίτο γάμο στους ορθοδόξους, δεν συνάδουν με τις τρέχουσες κοινωνικές αντιλήψεις, τουλάχιστον όχι σε τέτοιο βαθμό ώστε να θεωρηθούν ως όριο της δημόσιας τάξης. Άλλωστε κανένας δικαστής δεν θεώρησε ως άκυρο το γάμο χριστιανού ορθόδοξου με αιρετικό, κρίνοντας ότι οι κανόνες της Εκκλησίας προστατεύονται συνταγματικά και υπερισχύουν των ρυθμίσεων του Αστικού Κώδικα. Ας διευκρινίσουμε εδώ ότι η Ορθόδοξη Εκκλησία, όπως και κάθε άλλο θρήσκευμα στην Ελλάδα, δικαιούται να εφαρμόζει στο εσωτερικό της τα δόγματά της και τους κανόνες της, επιβάλλοντας ακόμη και επιτίμια στους παραβάτες, προστατευόμενη μάλιστα απόλυτα προς τούτο από το άρθρο 13 Συντ. Όμως, δεν μπορούμε στα πλαίσια του ισχύοντος δικαϊκού μας πολιτισμού να θεωρήσουμε ότι τα δικαστήρια της Πολιτείας θα απονέμουν δικαιοσύνη βασιζόμενα στις απαγορεύσεις των κανόνων οποιονδήποτε θρησκευματος.

Β. Η πλειοψηφία της σχολιαζόμενης απόφασης έδωσε προβάδισμα στην «απαρσάλευτη

* Απόφαση Α.Π. 17/2008 (Ολ.) δημοσιεύθηκε στον «Ραδάμανθυ», τεύχος 14, 2009, σελ. 79-81. Το παρόν σχόλιο θα συνόδευε την ανωτέρω δημοσίευση, αλλά ο «δαίμων του τυπογραφείου» δεν το επέτρεψε.

τήρηση» των δογμάτων και των κανόνων της Ορθόδοξης Εκκλησίας, παραβλέποντας άλλες διατάξεις του Συντάγματος και της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, με θεμελιώδη ρόλο στο σύστημα των δικαϊκών αρχών που διέπουν τον νομικό πολιτισμό στον ευρωπαϊκό χώρο. Το άρθρο 2 § 1 Συντ. ορίζει με σαφήνεια ότι «Ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν την πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας». Ακόμη, η ΕΣΔΑ διακηρύσσει στο άρθρο 8 § 1 ότι «Παν πρόσωπον δικαιούται εις τον σεβασμόν της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του [...]», ενώ στο άρθρο 9 § 1 ότι «Πάν πρόσωπον δικαιούται εις την ελευθερίαν της σκέψεως, συνειδήσεως και θρησκείας, το δικαίωμα τούτο επάγεται την ελευθερίαν αλλαγής θρησκείας ή πεποιθήσεων [...]». Με ποιο τρόπο διασφαλίζει άραγε η κρινόμενη απόφαση τον σεβασμό της αξίας του ανθρώπου και της ελευθερίας στην ιδιωτική του ζωή, όταν κρίνει ότι ένας άνθρωπος δεν έχει το δικαίωμα να αποκτήσει τέκνο με υιοθεσία, επειδή αυτό αντίκειται στους κανόνες ενός θρησκειώματος που αυτός σε κάποια στιγμή της ζωής του επέλεξε; Κι ακόμη, πώς συμβιβάζεται η κρινόμενη απόφαση με τον σεβασμό της παρουσίας κάθε ανθρώπου, την οποία επιτάσσει το άρθρο 1, του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, όταν ο υιοθετούμενος στερείται παντελώς των κληρονομικών του δικαιωμάτων, λόγω της θρησκευτικής ιδιότητας του υιοθετούντος; Πολύ περισσότερο μάλλον αφού η υιοθεσία έγινε στην αλλοδαπή, όπου τα δικαστήρια αγνοούν την ορθόδοξη θεολογία και προβληματική. Αποτελεί πρωτίστως δείγμα έλλειψης ανθρωπιάς η στέρηση των δικαιωμάτων του τέκνου επί της παρουσίας του αποθανόντος πατρός του, θεωρώντας ότι με τον τρόπο αυτό εκφράζονται ορθότερα οι ηθικές αξίες και αρχές της κοινωνίας μας. Όπως ορθά σημείωσε η μειοψηφούσα ομάδα δικαστών της κρινόμενης απόφασης, καμία ρητή διάταξη νόμου, στο ελληνικό δίκαιο, δεν απαγορεύει την υιοθεσία από μοναχό ή από οποιονδήποτε άλλο θρησκευτικό λειτουργό, οιοδήποτε θρησκειώματος. Πώς λοιπόν κρίνεται ως αντίθετη προς τη δημόσια τάξη μία υιοθεσία που τελέσθηκε νόμιμα στην αλλοδαπή, όταν αντίστοιχη υιοθεσία θα μπορούσε νόμιμα να λάβει χώρα και στην Ελλάδα;

Κάποιο εκκλησιαστικό δικαστήριο θα μπορούσε να επιβάλει επιτίμιο (εκκλησιαστική ποινή) στον μοναχό που παρέβη τα δόγματα και τους κανόνες της Εκκλησίας και παραβίασε τις υποχρεώσεις της μοναχικής επαγγελίας, αν βέβαια η υιοθεσία μπορεί να θεωρηθεί ως πράξη αντιβαίνουσα στα ανωτέρω. Ακόμη και μετά θάνατον, ο εκκλησιαστικός δικαστής δύναται να επιτιμήσει το μέλος της Εκκλησίας που αμάρτησε, αφού η ζωή, σύμφωνα με την Εκκλησία, δεν σταματά στον θάνατο, αλλά συνεχίζεται αιώνια. Ο Άρειος Πάγος όμως, είναι δικαστήριο της Πολιτείας και όχι της Εκκλησίας. Ρόλος του δεν είναι η ηθική αποδοκιμασία των θρησκευτικών λειτουργών που παρέβησαν τα δόγματα του θρησκειώματός τους, ούτε η «απαρασάλευτη» τήρηση αυτών. Αποστολή και μέλημα του κάθε δικαστή (πρέπει να) είναι η απονομή της δικαιοσύνης και η προστασία της αξίας του ανθρώπου. Αν από την οπτική του δικαστή εκλείψει ο άνθρωπος ως αυτοτελής αξία και τη θέση του λάβει η προάσπιση των κανόνων της όποιας θρησκείας, ακόμη και αυτής της επικρατούσας, τότε φαλκιδεύεται στην πράξη η προάσπιση των ατομικών δικαιωμάτων και ελευθεριών, θεματοφύλακας των οποίων θα έπρεπε να είναι η δικαιοσύνη.

Εμμανουήλ Χ. Ανδρουλακάκης
Δικηγόρος – Μ.Δ.Ε. Εκκλησιαστικού Δικαίου

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ρόδου - Αριθ. 114/2009

Πρόεδρος: Μαργαρίτα Νικάκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Πέτρος Πρέκας (Πρωτοδίκης-Εισηγητής), Αθανασία Παναγιωτακοπούλου (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Βασίλης Χειρδάρης, Νικόλαος Σκούρτος, Φώτης Κωστόπουλος

Άρθρα: 4 παρ. 1, 5 παρ. 1, 21 παρ. 1, 28 παρ. 1 Συντ., 12 ΕΣΔΑ, 1367, 1372 Α.Κ., 94, 608 Κ.Πολ.Δ, Ν. 2462/1997, Ν. 3719/2008

Ο Εισαγγελέας νομιμοποιείται ενεργητικά να ασκήσει αγωγή αναγνωριστική της ανυπαρξίας ανυπόστατου γάμου. Δεν απαιτείται η παράσταση του Εισαγγελέα δια ή μετά πληρεξουσίου δικηγόρου. Από την ερμηνεία των σχετικών διατάξεων του Α.Κ., συνάγεται το συμπέρασμα ότι ο γάμος μεταξύ ατόμων του ίδιου φύλου είναι ανυπόστατος, έστω και αν η διαφορά του φύλου δεν αποτελεί ρητή προϋπόθεση του άρθρου 1367 Α.Κ. Η παραδοχή αυτή δεν προσκρούει στο δικαίωμα της ισότητας και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, όπως κατοχυρώνονται στο Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ.

[...] Ομοίως, αβάσιμος και απορριπτέος είναι ο αυτός ισχυρισμός των εναγομένων, σύμφωνα με τον οποίο ο ενάγων δεν νομιμοποιείται ενεργητικά για την άσκηση της κρινόμενης αγωγής, καθόσον ο νόμος του απονέμει ρητά μόνον την ευχέρεια άσκησης αγωγής ακυρώσεως γάμου, όχι δε και την άσκηση αγωγής σε περίπτωση ανυπόστατου γάμου. Και τούτο διότι α] ναί μεν ο ανυπόστατος γάμος δεν παράγει κανένα έννομο αποτέλεσμα και η ανενέργειά του είναι αυτοδίκαιη, με συνέπεια, σε αντίθεση με ό,τι συμβαίνει με τον άκυρο γάμο, να μην είναι αναγκαία η ύπαρξη διαπλαστικής δικαστικής απόφασης για την ανατροπή του, πλην όμως μπορεί να ασκηθεί αναγνωριστική αγωγή για τη βεβαίωση της ανυπαρξίας του από όποιον έχει έννομο συμφέρον και β] η δυνατότητα του εισαγγελέα για την άσκηση της εν λόγω αγωγής προκύπτει σαφώς από την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 608 παρ. 2 σε συνδ. με παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, όπου γίνεται λόγος τόσο για την αγωγή ακύρωσης, όσο και για την αγωγή για την αναγνώριση της ύπαρξης ή της ανυπαρξίας του γάμου, η ο-

ποία μπορεί να ασκείται από τον αρμόδιο εισαγγελέα (βλ. Κεραμέως-Κονδύλη-Νίκα Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ υπό άρθρο 607 αρ. 1 και 608 αρ. 1, Σινανιώτη *Ειδικές Διαδικασίες* [έκδ. 2008] σελ. 16-17, Βαθρακοκοίλη Κ.Πολ.Δ υπό άρθρο 607 αρ. 1).

Περαιτέρω οι εναγόμενες ισχυρίζονται ότι η αυτοπρόσωπη παράσταση του Εισαγγελέα Πρωτοδικών στο ακροατήριο χωρίς πληρεξούσιο δικηγόρο δεν είναι νόμιμη, αφού καταλαμβάνεται από την υποχρέωση παράστασης με πληρεξούσιο δικηγόρο που θεσπίζει το άρθρο 94 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ. Κατά την εν λόγω διάταξη, σύμφωνα με την οποία «στα πολιτικά δικαστήρια οι διάδικοι έχουν υποχρέωση να παρίστανται με πληρεξούσιο δικηγόρο» ρυθμίζεται από τον Κώδικα η ικανότητα προς το δικολογείν, η οποία εξυπηρετεί τόσο το δημόσιο όσο και το ιδιωτικό συμφέρον, και διασκευάζεται ως προϋπόθεση του κύρους κάθε μεμονωμένης διαδικαστικής πράξης της δίκης. Σκοπός της διάταξης είναι η προστασία του διαδίκου, ώστε κατά την αίτηση του για παροχή δικαστικής προστασίας να αναπληρώνονται οι

νομικές γνώσεις, που ο ίδιος δεν διαθέτει. Όσον αφορά όμως στις οριζόμενες από τον Κ.Πολ.Δ περιπτώσεις παράστασης του εισαγγελέα ως διαδίκου, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η κρινόμενη περίπτωση, δεν προβλέπεται από καμία διάταξη η παράσταση του διαμέσου πληρεξουσίου δικηγόρου ή η σύμπραξη του με δικηγόρο, καθώς κάτι τέτοιο δεν υπαγορεύεται από καμία πραγ-

ματική ανάγκη υπεράσπισης των ενδιαφερόντων της πολιτείας, ενώ είναι προφανές ότι δεν υπάρχει ανάγκη συμπλήρωσης ή αναπλήρωσης ελλειπόντων νομικών γνώσεων (βλ. Μπέη *Πολιτική Δικονομία* [1991] σελ. 269, Κεραμέως – Κονδύλη – Νίκα ό.π. υπό άρθρο 94 αρ. 2). Συνεπώς ο ισχυρισμός αυτός των εναγομένων είναι αβάσιμος και απροσιπτός.

ΚΛΗΡΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 102/2424/343/2008

Πρόεδρος: Ευγενία Μπιτσακάκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Ευαγγελία Αρβανίτου (Πρωτοδίκης – Εισηγήτρια), Αδαμαντία Κρόκου (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Δημήτρης Σαβοϊδάκης, Ιωάννης Ξυλούρης

Άρθρα: 1 παρ. 2, Ν. 1700/1987, 80, 89, 90 Ν. 4149/1961, 1193, 1198, 1199 Α.Κ.

Σε δίκες σχετικές με τη μοναστηριακή περιουσία νομιμοποιείται ενεργητικά και παθητικά μόνο ο οικείος Ο.Δ.Μ.Π. και όχι η Ιερά Μονή. Μόνη η επαγωγή κληρονομιάς σε Ιερά Μονή δεν καθιστά το καταλειπόμενο ακίνητο εκκλησιαστική περιουσία, αλλά μόνο από της μεταγραφής της σχετικής δηλώσεως αποδοχής της κληρονομιάς, από της οποίας επέρχεται η μεταβίβαση της κυριότητας επί του ακινήτου.

Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 2 του Ν. 1700/1987 (ΦΕΚ 61 Α/6.5.1987) η διοίκηση, διαχείριση και εκπροσώπηση ολόκληρης της μοναστηριακής περιουσίας της Κρήτης, όπως προσδιορίζεται στα άρθρα 80, 89 και 90 του Ν. 4149/1961, ανήκει αποκλειστικώς στους οργανισμούς διοίκησης Μοναστηριακής Περιουσίας (Ο.Δ.Μ.Π.) των Νομών Χανίων, Ρεθύμνης, Ηρακλείου και Λασιθίου, ενώ σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 1β του ίδιου νόμου ως ακίνητη περιουσία κατά την έννοια της διατάξεως αυτής νοούνται τα αγροτικά και επιδεχόμενα γεωργική εκμετάλλευση ακίνητα, τα

δάση, οι δασικές γενικό εκτάσεις, οι βοσκότοποι, οι χορτολιβαδικές και άλλες αγροτικές γενικά εκτάσεις, καθώς και τα λατομεία, μεταλλεία και ιχθυοτροφεία. Στην έννοια της διοίκησης και διαχείρισης εντάσσονται και οι διαχειριστικές πράξεις και οι ενέργειες εκείνες που αποβλέπουν στην παροχή έννομης προστασίας. Έτσι αντί της Μονής νομιμοποιείται ενεργητικά και παθητικά σε δίκες που σχετίζονται με τη μοναστηριακή περιουσία μόνο ο οικείος Ο.Δ.Μ.Π., ο οποίος διεξάγει τη δίκη υπό την ιδιότητα του διαδίκου (Α.Π. 1550/ 1998, ΕΕΝ 200, 219) [...]

Κατά το άρθρο 4 παρ. 3 του υπ' αριθ. 4 Κανονισμού της 5.7/16.8.1969 της Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος, επί των ακινήτων κτημάτων της εκκλησιαστικής περιουσίας εφαρμόζονται αναλόγως οι ουσιαστικές και δικονομικές διατάξεις του Α.Ν. 1539/1938 «περί προστασίας των δημοσίων κτημάτων», ως και οι διατάξεις του Ν.Δ. της 22.4/16.5.1926 «περί διοικητικής αποβολής από των κτημάτων της Αεροπορικής Αμύνης κλπ». Κατά δε το άρθρο 17 του Ν.Δ. 3432/1955 «περί τροποποίησης και συμπληρώσεως της περί Ο.Δ.Ε.Π. νομοθεσίας κλπ.», εφαρμόζεται και επί των ακινήτων των Ιερών Μονών, ως και επί της εν γένει εκκλησιαστικής περιουσίας της διαχειριζόμενης υπό του Ο.Δ.Ε.Π., η διάταξη του άρθρου 6 παρ. 3 του Ν. 4944/1931 κατά την οποία «Το Ταμείο του Εθνικού Στόλου θεωρείται αδιαλείπτως έχον την νομική ακινήτου κτήματος από της κτήσεως της κυριότητας αυτού, ασχέτως προς πάσαν εκ μέρους τρίτου αφαίρεσιν αυτής». Εξάλλου κατά το άρθρο 62 παρ. 2 του Ν. 590/1977 «Περί του Καταστατικού Χάρτου της Εκκλησίας της Ελλάδος», διά του οποίου καταργήθηκε και ο άνω Κανονισμός της Ιεράς Συνόδου, οι διατάξεις των άρθρων 4 και 23 του α.ν. 1539/1938, όπως αυτός μεταγενεστέρως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε, έχουν ανάλογη εφαρμογή και επί των κτημάτων που ανήκουν στα αναφερόμενα στο άρθρο 1 παρ. 4 του νόμου αυτού Νομικά Πρόσωπα (Α.Π. 1650/1981 ΝοΒ 30.932), στα οποία περιλαμβάνονται και οι Ενορίες μετά των Ενοριακών αυτών Ναών οι Ιερές Μονές. Η επαγωγή κληρονομιάς και μόνο εις στον Ιερόν Ναό και την Ιερά Μονή δεν καθι-

στά το καταλειπόμενο σ' αυτόν ακίνητο εκκλησιαστική περιουσία, αλλά μόνο από της μεταγραφής της σχετικής δηλώσεως αποδοχής της κληρονομιάς, από της οποίας επέρχεται και μάλιστα αναδρομικώς, κατ' άρθρ. 1193, 1198 και 1199 Α.Κ., η μεταβίβαση της κυριότητας επί του ακινήτου από του θανάτου του κληρονομουμένου, με την επιφύλαξη των διατάξεων για την αναβλητική αίτηση ή προθεσμία. Εάν η μεταγραφή της περί αποδοχής της κληρονομιάς δηλώσεως γίνει από τον Ιερό Ναό ή την Ιερά Μονή μετά πάροδο είκοσι ετών από της επαγωγής της κληρονομιάς, και κατά το διάστημα τούτο (δηλαδή από της επαγωγής μέχρι της μεταγραφής) κάποιος τρίτος κατέβαλε και νεμήθηκε με διάνοια κυρίου επί εικοσαετία πλήρη μέχρι της μεταγραφής της κληρονομιάς το κληρονομαίο ακίνητο, το οποίο και δεν κατέστη, όπως ειπώθηκε προ της μεταγραφής, κτήμα του Ιερού Ναού ή της Ιεράς Μονής, γίνεται κύριος αυτού με έκτακτη χρησικτησία, κατ' άρθρο 1045 Α.Κ., της κυριότητας του αυτής μη ανατρεπόμενης εκ της επερχόμενης, μετά την κτήση αυτής, αναδρομικής ενεργείας της υπό του Ιερού Ναού ή της Ιεράς Μονής μεταγραφής της κληρονομιάς, η οποία ουδεμία έχει αξία, ως προς τον τρίτον που κατέστη ήδη κύριος του ακινήτου. (Βλ. Α.Π. 1650/1981 ΝοΒ 30.932).

Η αγωγή με αυτό το περιεχόμενο είναι ενεργητικά ανομιμοποίητη και ως εκ τούτου απορριπτέα ως απαράδεκτη κατά το μέρος που ασκείται από την Ι.Μ.Α.Μ.Β. διότι μόνο ο Ο.Δ.Μ.Π. Ν.Η. νομιμοποιείται ενεργητικά στην παρούσα δίκη σύμφωνα με όσα αναφέρονται στη μείζονα σκέψη της παρούσας.

ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΤΑΓΗΣ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 34/2009

Πρόεδρος: Κωνσταντίνος Ρόκος, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Κωνσταντίνος Μαρκουλάκης, Ιωάννης Μουστάκας

Άρθρα: 424 εδ β', 1243 αρ. 2, Α.Κ. και 28, 40 παρ. 1, 44 παρ. 2 Ν.5960/1933

**Επιταγή. Οπισθογράφηση λόγω ενεχύρου. Όταν η επιταγή δεν εξοφληθεί και επιστραφεί με απλή παράδοση από τον κομιστή - δανειστή στον οπισθογράφο - ενεχυραστή, αποσβήνεται το ε-
νέχυρο, τυχόν δε οπισθογράφηση από τον κομιστή στον οπισθογράφο δεν ασκεί καμία νομική
επιρροή. Εξ άλλου από την διάταξη του άρθρου 424 εδ. β' Α.Κ. συνάγεται ότι η παράδοση της
επιταγής από το νόμιμο κομιστή στον υπόχρεο προς πληρωμή της και η εκ μέρους του τελευ-
ταίου κατοχή της τεκμαίρει μαχητά την καταβολή του χρέους που προκύπτει απ' αυτήν.**

Με την υπό κρίση ανακοπή του και τους πρόσθετους λόγους ο ανακόπτων στρέ-
φεται κατά της καθ' ής, κομίστριας τεσ-
σάρων επιταγών και αιτηθείσας την
έκδοση της ανακοπτόμενης διαταγής
πληρωμής, και ζητεί την ακύρωση της τε-
λευταίας για τους λόγους που αναπτύσ-
σει. Με το περιεχόμενο και το αίτημα
αυτό η ανακοπή και οι πρόσθετοι λόγοι
αρμοδίως φέρονται προς συζήτηση στο
Δικαστήριο τούτο (άρθρα 584, 636
Κ.Πολ.Δ) κατά την προκείμενη ειδική
διαδικασία των άρθρων 635 επ.
Κ.Πολ.Δ, με την οποία δικάζεται η δια-
φορά από την απαίτηση (επιταγή), για
την οποία εκδόθηκε η ανακοπτόμενη
διαταγή πληρωμής και πρέπει να εξετα-
σθούν περαιτέρω για την νομική και ου-
σιαστική τους βασιμότητα.

Με την ενεχυρική οπισθογράφηση ο δα-
νειστής κομιστής του τίτλου αποκτά ενέ-
χυρο στην απαίτηση που ενσωματώνεται
στον τίτλο και στον ίδιο τον τίτλο, κύριος

όμως αυτού και ουσιαστικός δικαιούχος
της απαίτησης από αυτόν παραμένει ο
ενεχυραστής οπισθογράφος, παρότι δεν
κατέχει πλέον τον τίτλο. Πρόκειται,
δηλαδή, για περιορισμένη οπισθογρά-
φηση.

Εξ άλλου, κατά το άρθρο 1243 αρ. 2 Α.Κ.
η απόδοση του ενεχυρασμένου πράγμα-
τος οικειοθελώς από το δανειστή στον ε-
νεχυράσαντα ή τον κύριο έχει σαν απο-
τέλεσμα την απόσβεση του ενεχύρου και
αυτό γιατί εκλείπει βασικός όρος για τη
σύσταση και στη συνέχεια διατήρηση
του ενεχύρου, ο φυσικός εξουσιασμός
του πράγματος από το δανειστή ή τον ε-
νεχυροφύλακα.

Όταν η κατοχή του πράγματος επανέλ-
θει στα χέρια του ενεχυράσαντα παύει
από τη στιγμή εκείνη να είναι φανερή
στους τρίτους η υπεγγυότητα του πράγ-
ματος και έτσι δημιουργείται σε αυτούς
η εντύπωση ότι το πράγμα είναι ελεύθε-
ρο από χρέη.

Προκειμένου δε περί επιταγής, όταν αυτή δεν εξοφληθεί και επιστραφεί με απλή παράδοση από τον κομιστή-δανειστή στον οπισθογράφο-ενεχυραστή, αποσβήνεται το ενέχυρο, τυχόν δε οπισθογράφιση από τον κομιστή προς τον οπισθογράφο δεν ασκεί καμία νομική επίδραση (βλ. Εφ.ΑΘ 1321/1995 Αρμ 1997, 373, Μάρκου *Δίκαιο Συναλλαγματικής*, έκδ. β σελ. 192 επ., Δημάκο σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο ερμηνεία Α.Κ. υπό άρθρο 1251, σελ. 390-392).

Εξάλλου, το κατά το άρθρο 40 παρ. 1 του Ν. 5960/1933 προβλεπόμενο δικαίωμα αναγωγής του νόμιμου κομιστή της επιταγής είναι διαφορετικό από το προβλεπόμενο από το άρθρο 44 παρ. 2 του ίδιου νόμου δικαίωμα αναγωγής προς απόδοση του πληρώσαντος οφειλέτη οπισθογράφου της επιταγής εναντίον των προηγούμενων υπογραφέων. Τα δύο αυτά δικαιώματα διαφέρουν και ως προς τις προϋποθέσεις γένεσής τους και ως προς το περιεχόμενο και ως προς το χρόνο παραγραφής της αξίωσης που περιέχουν. Για να γεννηθεί το δικαίωμα αναγωγής προς απόδοση, εκτός από τις προϋποθέσεις του δικαιώματος αναγωγής του νόμιμου κομιστή (εμπρόθεσμη εμφάνιση της επιταγής, μη πληρωμή της και βεβαίωση του πληρωτή για τα γεγονότα αυτά), απαιτείται να συντρέχουν και οι εξής προϋποθέσεις:

α) Η πληρωμή της επιταγής από αυτόν που ασκεί το δικαίωμα "αναγωγής προς απόδοση" και β) η ιδιότητα του πληρώσαντος ως υπογραφέως της επιταγής (Ν. Δελούκα: ό.π. σελ. 242). Εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτές, ο πληρώ-

σας οφειλέτης δεν ανακτά την παλαιά νομική του θέση, δηλαδή δεν γίνεται κομιστής από οπισθογράφιση με την έννοια που προαναφέρθηκε, αλλά αποκτά νέο, πρωτότυπο και αυτόνομο δικαίωμα που στηρίζεται στην ιδιότητα του πληρώσαντος ως εξ επιταγής υπόχρεου και στο γεγονός της πληρωμής της κι γι' αυτό αν θελήσει να στραφεί δικαστικά κατά των προηγούμενων υπογραφέων της επιταγής, πρέπει να επικαλεσθεί και αποδείξει τις προϋποθέσεις γένεσης του νέου αυτού δικαιώματός του.

Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 424 εδ. β' του Α.Κ., η οποία ορίζει ότι από την απόδοση του χρεωστικού εγγράφου τεκμαίρεται η εξόφληση του χρέους, συνάγεται ότι η παράδοση της επιταγής από το νόμιμο κομιστή στον υπόχρεο προς πληρωμή της και η εκ μέρους του τελευταίου κατοχή της τεκμαίρει μαχητά την καταβολή του χρέους που προκύπτει από αυτήν (πρβλ. Α.Π. 774/2004, αδημοσίευτη στο νομικό τύπο, Ι. Μάρκου: *Δίκαιο Συναλλαγματικής*, έκδ. 2002, άρθρο 43, σελ. 373) και επομένως από την κατοχή και μόνο της επιταγής αποδεικνύεται η πληρωμή της και η συνακόλουθη απαίτηση του πληρώσαντος εναντίον των προηγούμενων υπογραφέων (δικαίωμα αναγωγής προς απόδοση), των τελευταίων εχόντων δικαίωμα να αμφισβητήσουν το μαχητό τεκμήριο της εξόφλησης του ποσού της επιταγής με ανακοπή.

Στην προκειμένη περίπτωση ο ανακόπτων με τον πρώτο λόγο ανακοπής εκθέτει ότι η καθ' ης, η οποία στηρίζει την απαίτηση της στο προβλεπόμενο από το άρθρο 44 παρ. 2 του Ν. 5960/1933 δικαί-

ωμα αναγωγής προς απόδοση επικαλούμενη ότι ως προηγούμενος υπογραφέας της επιταγής και υπόχρεος κατέβαλε το ποσό της στη νόμιμη από οπισθογράφηση κομίστρια, δεν απέδειξε εγγράφως την κατ’ αυτής (ανακόπτουσας) απαίτηση της και συγκεκριμένα δεν απέδειξε με έγγραφο την πληρωμή του ποσού της επιταγής στην νόμιμη από αδιάκοπη σειρά οπισθογραφήσεων κομίστρια αυτής, που αποτελεί και προϋπόθεση του δικαιώματος αναγωγής προς απόδοση. Ο λόγος αυτός είναι νόμιμος, στηριζόμενος, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη μείζονα σκέψη της παρούσας στη διάταξη του άρθρου 623 Κ.Πολ.Δ, πλην όμως κρίνεται αβάσιμος κατ’ ουσίαν διότι τόσο από την αίτηση προς έκδοση της προσβαλλόμενης διαταγής πληρωμής όσο και από το ίδιο το κείμενο της τελευταίας προέκυψε η αποδεικνυόμενη εγγράφως απαίτηση της καθ’ ης η ανακοπή έναντι του ανακόπτοντος.

Συγκεκριμένα από τα προαναφερόμενα έγγραφα αποδείχθηκε ότι η καθ’ ης η ανακοπή και αιτούσα την έκδοση της προσβαλλόμενης διαταγής επικαλέσθηκε και προσκόμισε τις υπ’ αριθ. επιταγή της τράπεζας ".....", με ημερομηνία έκδοσης 30.8.07, 30.9.07, 30.11.07 και 30.12.07 και ποσού 10.000, 10.000, 10.000 και 15.000 ευρώ αντίστοιχα και την υπ’ αριθ. επιταγή της τράπεζας "....." με ημερομηνία έκδοσης 30.9.07 και ποσού 5.000 ευρώ.

Τις επιταγές αυτές είχε εκδώσει ο ανακόπτων σε διαταγή της καθ’ ης, η οποία τις μεταβίβασε με οπισθογράφηση στην τράπεζα "..... ΑΕ", λόγω ενέχυρου,

επειδή δε όταν η τελευταία τις εμφάνισε στις πληρώτριες τράπεζες νόμιμα και εμπρόθεσμα για πληρωμή, αυτές δεν πληρώθηκαν τις επέστρεψε στην καθ’ ης με αποτέλεσμα να αποσβεσθεί το ενέχυρο και να καταστεί η καθ’ ης νόμιμη κομίστρια αυτών, η δε απαίτηση του έναντι του αιτούντος αποδεικνυόταν από τις επιταγές που έχει προσκομίσει ενώπιον του εκδώσαντος τη διαταγή πληρωμής δικαστηρίου.

Από τα παραπάνω περιστατικά, όπως αυτά προκύπτουν από το προσκομιζόμενο αντίγραφο της διαταγής πληρωμής, συνάγεται ότι η καθής κατά τον χρόνο έκδοσης της ήταν νόμιμη κομίστρια των επιταγών και άσκησε κατά του αιτούντος το δικαίωμα της αναγωγής προς πληρωμή το απορρέον από το άρθρο 40 Ν. 5960/1933 και όχι της αναγωγής προς απόδοση εκ του άρθρου 44 του ίδιου νόμου.

Σε κάθε περίπτωση δε, ακόμα και αν θεωρούνταν ότι δικαίωμα που άσκησε η καθ’ ης η ανακοπή ήταν το απορρέον εκ του άρθρου 44 του ίδιου νόμου (άποψη στην οποία δεν προσχωρεί το Δικαστήριο) και πάλι από μόνη την προσκομιζόμενη προς έκδοση της διαταγής επιταγή αποδείχθηκαν η εμπρόθεσμη εμφάνιση της επιταγής προς πληρωμή, η μη πληρωμή της, η βεβαίωση του πληρωτή για τα γεγονότα αυτά, καθώς και η ιδιότητα της καθ’ ης ως υπογραφέως της επιταγής, ενώ από την κατοχή της αποδείχθηκε εγγράφως η "πληρωμή" της επιταγής στο νόμιμο κομιστή από την καθ’ ης η ανακοπή. Πρέπει λοιπόν, ενόψει και όσων ε-

κτέθηκαν στην αρχή της παρούσας να απορριφθεί ο πρώτος λόγος ανακοπής.

Όπως προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1,12 παρ. 1,14, 22 και 28 του Ν. 5960/1933 "περί επιταγής", η ελαττωματική βασική σχέση δεν επιδρά μεν στο κύρος της υποχρεώσεως από την επιταγή, γεννά όμως απαίτηση για απόδοση του αδικαιολόγητου πλουτισμού, η οποία μπορεί να προβληθεί κατ' ένσταση με την ανακοπή κατά της διαταγής πληρωμής που εκδόθηκε με βάση την επιταγή (άρθρο 632 επ. Κ.Πολ.Δ). Με την ανακοπή αυτή, ειδικότερα, ο εκδότης της επιταγής μπορεί να αντιτάξει το γεγονός ότι ο κατά του οποίου στρέφεται η ανακοπή κομιστής και λήπτης της επιταγής απέκτησε περιουσιακό στοιχείο, με το οποίο πλούτισε αδικαιολόγητα σε βάρος του και να αντικρούσει έτσι την ενάσκηση του δικαιώματος από την επιταγή (Α.Π. 155/1999 ΕΕμπΔ 1999.538).

Σε περίπτωση όμως κατά την οποία προβάλλεται ο ανωτέρω ισχυρισμός με λόγο ανακοπής αυτός πρέπει, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 111 παρ. 1, 118 παρ. 4, 216 παρ. 1, 217, 583, 585 και 933 επ. Κ.Πολ.Δ, να είναι επαρκώς ορισμένος και να δίδεται η ευχερής δυνατότητα στον καθ'ού η ανακοπή να αμυνθεί και στο Δικαστήριο να τάξει αποδείξεις.

Στην προκειμένη περίπτωση, ο ανακοπών με τον δεύτερο λόγο ανακοπής, αλλά και τον πρώτο πρόσθετο λόγο ανακοπής που λειτουργεί συμπληρωματικά με αυτόν εκθέτει ότι δυνάμει της μεταξύ των διαδίκων σχέσεως είχε παραγγείλει ε-

μπορεύματα εκ των οποίων ορισμένα παραδόθηκαν με πραγματικά ελαττώματα και ελλείψεις συνομολογημένων ιδιοτήτων και άλλα δεν παραδόθηκαν καθόλου, αφού υπαναχώρησε από την πώληση.

Για το σκοπό αυτό ζήτησε την επιστροφή όλων επιταγών (μεταξύ των οποίων και των επιδίκων), δήλωσε ότι ασκεί το δικαίωμα μειώσεως του τιμήματος και υπαναχωρούσε από την σύμβαση πώλησεως των προϊόντων που δεν είχαν παραδοθεί.

Τέλος, ισχυρίζεται ότι με τον τρόπο αυτό η καθ'ής η ανακοπή καθίσταται πλουσιότερη. Ο λόγος αυτός ανακοπής όμως, ο οποίος στηρίζεται στις μεταξύ των διαδίκων συμβάσεις πώλησεως είναι απαράδεκτος, λόγω της προφανούς του αοριστίας, αφού δεν εξειδικεύει το περιεχόμενο των πωληθέντων αγαθών, δεν εξειδικεύει έστω και σχηματικά σε ποιο από τα παραληφθέντα προϊόντα υπήρχε πραγματικό ελάττωμα και τι είδους ακριβώς, ποιες ήταν οι συνομολογημένες ιδιότητες, ποια ήταν τα μη παραδοθέντα προϊόντα με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατη η έρευνα των τυχόν ελαττωμάτων, των ελλείψεων συνομολογημένων ιδιοτήτων και κατ' αποτέλεσμα το αν όντως δικαιολογείται η άσκηση του δικαιώματος της υπαναχώρησης.

Πρέπει λοιπόν να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος ανακοπής καθώς επίσης και ο συναφής πρώτος πρόσθετος λόγος. Ομοίως και ο τρίτος λόγος ανακοπής ότι είναι καταχρηστική η αξίωση της καθ'ής η ανακοπή, ενόψει των όσων εξέθεσε με τους δύο πρώτους λόγους ανακοπής, εί-

ναι ομοίως απαράδεκτος ως αόριστος και πρέπει να απορριφθεί.

Ο ανακόπτων με τον δεύτερο πρόσθετο λόγο ανακοπής εκθέτει η έκδοση της επίδικης Διαταγής Πληρωμής αποτελεί προϊόν απάτης επί Δικαστηρίου, αφού η καθ’ής η ανακοπή ισχυρίστηκε ψευδώς ότι ο ανακόπτων της οφείλει ποσό 50.000 €, έχουν ήδη εκδοθεί άλλες δύο Διαταγές Πληρωμής για ποσό 30.000 € επιπλέον, ενώ η οφειλή του ανέρχεται υπό προϋποθέσεις μόνο σε 31.391,31 €.

Ο λόγος αυτός όμως ουσιαστικά δεν αποτελεί νέο λόγο ανακοπής, αφού για μία εισέτι φορά ο ανακόπτων θέτει στο

προσκήνιο τις μεταξύ των διαδίκων εμπορικές σχέσεις, για τις οποίες όμως συνεχίζει να μην κάνει σαφή και ορισμένη μνεία.

Πρέπει λοιπόν να απορριφθεί ως απαράδεκτος, λόγω της αοριστίας του. Με βάση τα παραπάνω δεδομένα, πρέπει απορριπτομένης της ανακοπής όπως οι λόγοι της συμπληρώθηκαν με το δικόγραφο των πρόσθετων λόγων, να επιβληθούν σε βάρος του ανακόπτοντος τα δικαστικά έξοδα της καθ’ής η ανακοπή λόγω της ήττας του (άρθρο 176 Κ.Πολ.Δ).

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Άρειος Πάγος (Α1 πολιτικό τμήμα) - Αριθ. 37/2009

Πρόεδρος: Γεώργιος Καλαμίδας, (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Διονύσιος Γιαννακόπουλος, Ιωάννης - Σπυρίδωνας Τέντες, Βασίλειος Φούκας, Γεώργιος Χρυσικός, (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Χαράλαμπος Σύψας, Παναγιώτης Αναγνωστόπουλος, Ελευθέριος Παπαδημητρίου, Αικατερίνη Κοκκαλιάρη - Γιατρά

Άρθρα: 76 παρ. 1, 334 παρ. 1 περ. γ’ και 334 παρ. 3 περ. γ’, 933, 934 παρ. 1, 2, 3 Κ.Πολ.Δ και 261 Α.Κ.

Αναγκαστική ομοδικία. Προϋποθέσεις αυτής. Αντιπροσώπευση των απόντων ομοδίκων, εφόσον έχουν γίνει διάδικοι. Αναγκαστική εκτέλεση. Ανακοπή κατ’ αυτής ασκουμένη μετά την κατακύρωση. Απευθύνεται κατά του υπερθεματιστή και του επισπεύδοντος δανειστή. Μεταξύ αυτών δημιουργείται παθητική αναγκαία ομοδικία. Προθεσμία για την άσκηση αυτής της ανακοπής. Εντός αυτής πρέπει να έχει ολοκληρωθεί η άσκησή της, δηλαδή και η επίδοση και σε περίπτωση που δεν έχει ασκηθεί και κατά των δυο ομοδίκων, τότε η προσεπίκληση πρέπει ν’ ασκηθεί εντός της νόμιμης προθεσμίας. Διαφορετικά ο πλειστηριασμός καθίσταται έγκυρος. (Επικυρώνει την 397/2006 Εφ.ΑΘ).

Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 76 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ, στην οποία ορίζονται η έννοια και οι συνέπειες της αναγκαστι-

κής ομοδικίας, "όταν η διαφορά επιδέχεται ενιαία μόνο ρύθμιση ή η ισχύς της απόφασης που θα εκδοθεί εκτείνεται σε ό-

λους τους ομοδίκους ή όταν οι ομοδικοί, μόνον από κοινού μπορούν να ασκήσουν αγωγή ή να εναχθούν ή, εξ αιτίας των περιστάσεων που συνοδεύουν την υπόθεση, δεν μπορούν να υπάρξουν αντίθετες αποφάσεις απέναντι στους ομοδίκους, οι πράξεις του καθενός, ωφελούν και βλάπτουν τους άλλους, οι δε ομοδικοί που μετέχουν νόμιμα στη δίκη ή έχουν προσεπικληθεί, αν δεν παραστούν, θεωρούνται ότι αντιπροσωπεύονται, από εκείνους που παρίστανται".

Περίπτωση αναγκαστικής ομοδικίας καθιερώνεται και με τη διάταξη του άρθρου 933 του Κ.Πολ.Δ, από την οποία προκύπτει, ότι η ανακοπή κατά της αναγκαστικής εκτέλεσης, που ασκείται μετά την κατακύρωση, πρέπει να απευθύνεται κατά του υπερθεματιστή και του επισπεύδοντος δανειστή, αφού η διαφορά επιδέχεται ως προς αυτούς ενιαία μόνο ρύθμιση και δεν νοείται έγκυρος πλειστηριασμός για τον έναν και άκυρος για τον άλλο (Ολ.Α.Π. 6/2005, Ελλ.Δ/νη 46.691, Ολ.Α.Π. 11/1992, Ελλ.Δ/νη 33.759). Αν δεν απευθύνεται και κατά των δύο τούτων, η ανακοπή είναι απαράδεκτη. Εξάλλου, κατά το άρθρο 934 παρ. 1 περ. γ' του Κ.Πολ.Δ, η ανακοπή του άρθρου 933 είναι παραδεκτή, αν αφορά την εγκυρότητα της τελευταίας πράξης εκτέλεσης και πρόκειται για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων και πλειστηριασμό (ή αναπλειστηριασμό) ακινήτων, εφόσον ασκηθεί μέσα σε ενενήντα (90) ημέρες από τη μεταγραφική περιλήψεως της κατακυρωτικής εκθέσε-

ως, κατά δε την παρ. 2 του ίδιου άρθρου του Κ.Πολ.Δ, τελευταία στην περίπτωση αυτή πράξη εκτέλεσης είναι η σύνταξη έκθεσης πλειστηριασμού (ή αναπλειστηριασμού) και κατακύρωσης. Αν ο πλειστηριασμός (ή ο αναπλειστηριασμός) δεν προσβληθεί μέσα στην προθεσμία αυτή με την άσκηση της εκ του άρθρου 933 του Κ.Πολ.Δ ανακοπής, στρεφόμενης κατά των ως άνω δύο αναγκαίων ομοδίκων, ως άσκηση δε νοείται, όχι μόνον η κατάθεση αλλά και η επίδοση της ανακοπής (άρθρα 585 παρ. 1 και 215 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ), τότε αυτός καθίσταται απρόσβλητος. Η δυνατότητα δε προσεπικλήσεως στη δίκη του άλλου (κατά το άρθρο 86 του Κ.Πολ.Δ) ή μεταγενέστερης επίδοσης αυτής (με κλήση προς συζήτηση) και στον άλλο, όταν η ανακοπή στρέφεται κατά του ενός των αναγκαίων ομοδίκων ή επιδόθηκε μόνον στον ένα από αυτούς, τελεί πάντοτε υπό την προϋπόθεση, ότι αυτή θα έχει συντελεσθεί μέσα στην αναφερόμενη προθεσμία του άρθρου 934 του Κ.Πολ.Δ. Η άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας αυτής, έχει όπως αναφέρθηκε, ως συνέπεια το απρόσβλητο έκτοτε του πλειστηριασμού (Ολ.Α.Π. 6/2005 ό.π.), τούτο δε διότι οι θεσπιζόμενες στο άρθρο 934 παρ. 1 περ. α', β' και γ' του Κ.Πολ.Δ προθεσμίες, οι οποίες είναι δικονομικές, εξετάζονται αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο και η πάροδος τους συνεπάγεται έκπτωση από το δικαίωμα προσβολής των πράξεων της αναγκαστικής εκτελέσεως.

Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 12/2008

Πρόεδρος: Βασίλειος Νικόπουλος, (Πρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Αναστάσιος-Φιλητάς Περίδης, Γεώργιος Καλαμίδας, Ιωάννης Παπανικολάου (Αντιπρόεδροι), Κωνσταντίνος Κούκλης, Μάριος-Φώτιος Χατζηπανταζής, Γεώργιος Πετράκης, Ιωάννης Ιωαννίδης, Σπυρίδωνας Ζιάκας, Αθανάσιος Κουτρομάνος, Βασίλειος Λυκούδης, Βασίλειος Κουρκάκης, Ελευθέριος Νικολόπουλος, Γεώργιος Γιαννούλης, Ανδρέας Τσόλιας, Αθανάσιος Πολυζωγόπουλος (Αρεοπαγίτης- Εισηγητής), Γεώργιος Χρυσικός, Ιωάννης Σίδερης, Νικόλαος Ζαΐρης, Βαρόβρα Κριτσωτάκη, Ελένη Σπίτσα και Γεωργία Λαλούση, (Αρεοπαγίτες)

Εισαγγελέας: Γεώργιος Σανιδάς, (Εισαγγελέας Αρείου Πάγου)

Δικηγόροι: Χρίστος Κουλιός, Χριστόφορος Αργυρόπουλος

Άρθρα: 559 αρ. 1, 1005 παρ. 1, 1017 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, 199, 513, 914, 939 επ., 1192, 1198 Α.Κ.

Αναγκαστικός Πλειστηριασμός – Καταδολίευση δανειστών – Αδικοπραξία. Δεν υπόκειται σε διάρρηξη ο αναγκαστικός πλειστηριασμός των μοναδικών ακινήτων του καθού η εκτέλεση, ύστερα από μεθόδευση του ιδίου, του υπερθερματιστή και του φερομένου ως δανειστή. Εφαρμογή των περί αδικπραξιών διατάξεων.

Από τη διάταξη του άρθρου 1005 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, σε συνδυασμό με εκείνες των άρθρων 1017 παρ. 2 του ίδιου Κώδικα και 199, 513, 1192 και 1198 Α.Κ. συνάγεται, ότι ο αναγκαστικός πλειστηριασμός αποτελεί ιδιόρρυθμη σύμβαση πωλήσεως, η οποία ενεργείται υπό το κύρος της αρχής και τελειώνεται με την κατακύρωση που αποδέχεται την τελευταία προσφορά. Ο αναγκαστικός πλειστηριασμός, ανεξάρτητα από τη νομική φύση του, δεν υπόκειται σε προσβολή με βάση την κατά τα άρθρα 939 επ. Α.Κ. καταδολίευση δανειστών, διότι σε διάρρηξη, με τους όρους των άρθρων 940 - 944 Α.Κ., υπόκεινται μόνο οι απαλλοτριώσεις των μοναδικών περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη, οι οποίες γίνονται από αυτόν όχι αναγκαστικά αλλά εκουσίως και με σκοπό βλάβης του δανειστή που επιδιώκει τη διάρρηξη. Αλλά και όταν ο αναγκαστικός πλειστηριασμός έγινε ύστερα από τη δημιουργία ψευδών χρεών και μεθόδευση του καθού η εκτέλεση, του υπερθερματιστή και του

φερομένου ως δανειστή που επέσπευσε την αναγκαστική εκτέλεση, προκειμένου ο πρώτος να αποφύγει την ικανοποίηση των πραγματικών δανειστών του, δεν υπόκειται, και στην περίπτωση αυτή, σε διάρρηξη, διότι, σύμφωνα με τα όσα προεκτέθηκαν, ναι μεν ο πλειστηριασμός εξομοιώνεται με πώληση, πλην όμως αυτή ενεργείται υπό το κράτος της αρχής και με τη δημοσιότητα και τις διατυπώσεις που απαιτεί ο νόμος για τη διενέργεια του πλειστηριασμού, λαμβάνεται πρόνοια για την επίτευξη μεγαλύτερου πλειστηριασματος και παρέχεται, αφενός μεν η ευχέρεια σε οποιονδήποτε να πλειοδοτήσει, αφετέρου δε η δυνατότητα σε κάθε δανειστή για αναγγελία της απαιτήσεώς του κατά την κατάταξη. Εξάλλου, η καταδολίευση δανειστών, τελούμενη προς βλάβη τους, με την από τον οφειλέτη απαλλοτρίωση της περιουσίας του, ώστε να καθίσταται έναντι αυτών αναξιόχρεος, ρυθμιζόμενη ειδικώς από τα άρθρα 939 επ. του Α.Κ., δεν αποτελεί και αδικοπραξία, υπό

την έννοια του άρθρου 914 Α.Κ., γιατί είναι μεν παράνομη συμπεριφορά, αφού απαγορεύεται, ως συνέπειά της όμως τάσσεται με το νόμο όχι η αποζημίωση, αλλά η διάρρηξη της απαλλοτριωτικής πράξεως. Ακόμη και όταν η καταδολιευτική απαλλοτρίωση πληροί την αντικειμενική υπόσταση του κατά το άρθρο 937 Π.Κ. εγγλήματος, δεν έχει ως συνέπεια την αποζημίωση, αλλά τη διάρρηξη. Όμως, ο περιορισμός αυτός δεν ισχύει και είναι δυνατή η εφαρμογή των περί αδικοπραξιών διατάξεων, όταν συντρέξουν στοιχεία περισσότερο ή βαρύτερα από εκείνα που απαιτούνται για την εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 939 επ. Α.Κ. Τούτο συμβαίνει, πλην άλλων περιπτώσεων, και όταν συντρέξουν οι όροι του άρθρου 386 Π.Κ. ή όταν υπάρχει συμπαιγνία μεταξύ του οφειλέτη και του τρίτου. Πρέπει να σημειωθεί ότι η συμπαιγνία αποτελεί περιστατικό το οποίο βρίσκεται πέρα από το "δόλο του οφειλέτη" και τη "γνώση του τρίτου", που αποτελούν κατά τα άρθρα 939 και 941 Α.Κ. προϋποθέσεις της διαρρήξεως, εμφανίζει δε την συμπεριφορά αυτών ιδιαίτερα αξιόπεμπτη, αφού ο τρίτος όχι μόνον γνωρίζει και αποδέχεται ότι ο οφειλέτης απαλλοτριώνει προς βλάβη των δανειστών του, αλλά αμφοτέροι, με βάση σχέδιο το οποίο έχουν καταστρώσει, επιδιώκουν τούτο, συνεργαζόμενοι και ενεργώντας με διάφορα τεχνάσματα. Περαιτέρω, για τη δημιουργία ευθύνης προς αποζημίωση κατά το άρθρο 914 Α.Κ. απαιτείται συμπεριφορά παράνομη και υπαίτια (εκ δόλου ή εξ αμελείας), επέλευση ζημίας και ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της συμπεριφοράς του δράστη και της ζημίας. Παράνομη είναι η συμπεριφορά που αντίκειται σε α-

παγορευτικό ή επιτακτικό κανόνα δικαίου, ο οποίος απονέμει δικαίωμα ή προστατεύει συγκεκριμένο συμφέρον του ζημιωθέντος, μπορεί δε η συμπεριφορά αυτή να συνίσταται σε θετική ενέργεια ή σε παράλειψη ορισμένης ενέργειας. Με την έννοια αυτή παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά, τίκτουσα υποχρέωση προς αποζημίωση κατά το άρθρο 914 Α.Κ., υπάρχει και στην περίπτωση της καταδολίευσης των δανειστών που γίνεται από τον οφειλέτη με τη μεταβίβαση των περιουσιακών του στοιχείων, ύστερα από μεθοδευμένο πλειστηριασμό. Στην προκειμένη περίπτωση, το Εφετείο, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφασή του, κρίνοντας επί αγωγής αποζημιώσεως, κατά τη διάταξη του άρθρου 914 Α.Κ., των αναιρεσιβλήτων κατά των δύο αναιρεσειόντων και κατά δύο άλλων προσώπων που αναφέρονται πιο κάτω, δέχτηκε ανελέγκτως, τα ακόλουθα: Ύστερα από επίσπευση του πρώτου εναγομένου (που δεν είναι διάδικος στην παρούσα αναιρετική δίκη), στις 21-1-1998 εκπλειστηριάστηκαν αναγκαστικώς τα δύο αναφερόμενα αγροτεμάχια, ιδιοκτησίας του δεύτερου εναγομένου Χ (ο οποίος επίσης δεν είναι διάδικος στην παρούσα αναιρετική δίκη). Υπερθεματιστής στον πλειστηριασμό αναδείχθηκε ο τέταρτος εναγόμενος (ήδη δεύτερος αναιρεσιδίων) Χ2. Ο καθού η εκτέλεση προμνημονεύμενος Χ, ο οποίος διατηρούσε νυκτερινό κέντρο διασκέδασεως στην , στις 26-2-1997 είχε θανατώσει με πρόθεση τον ηλικίας 21 ετών Ψ, γιο των δύο πρώτων εναγόντων και αδελφό της τρίτης (ήδη αναιρεσιβλήτων). Αυτός, μετά το έγκλημα εξαφανίστηκε και κατέστη άγνωστης διαμονής. Συνελήφθη στο εξωτερικό, μετά δύο και πλέον έτη, βάσει του 3/1997 εντάλ-

ματος σύλληψης του Α' Ανακριτή Πατρών και, αφού εκδόθηκε στην Ελλάδα, καταδικάστηκε σε ισόβια κάθειρξη με τις 71-72-73/2002 αποφάσεις του Μ.Ο. Εφετείου Πατρών, για ανθρωποκτονία από πρόθεση. Στο μεταξύ, ο πρώτος εναγόμενος, με αίτησή του, την οποία κατέθεσε στο Μονομελές Πρωτοδικείο Αμαλιάδας στις 5-6-1997, ζήτησε να εκδοθεί διαταγή πληρωμής εις βάρος του δεύτερου εναγομένου Χ, με βάση 64 συναλλαγματικές, ποσού της καθεμιάς 1467,37 ευρώ, που φέρονταν ότι τις είχε εκδώσει ο ίδιος (πρώτος εναγόμενος) σε διαταγή του στη Ηλείας στις 30-8-1995 και ότι τις είχε αποδεχτεί ο δεύτερος εναγόμενος αυθημερόν στη , λήξεως των μεν 29 από αυτές στις 30-10-1995 των δε υπόλοιπων 35 στις 30-12-1995. Επί της αιτήσεως αυτής εκδόθηκε η 140/5-6-1997 διαταγή πληρωμής του Δικαστή του πιο πάνω Δικαστηρίου. Αλλά οι προαναφερόμενες συναλλαγματικές είναι όλες προχρονολογημένες, δηλαδή εκδόθηκαν πραγματικά μετά τις 26-2-1997, που έγινε η ανθρωποκτονία και έως τις 28-5-1997 που υποβλήθηκε η αίτηση για την έκδοση της διαταγής πληρωμής.

Ομως, η απαίτηση του πρώτου εναγομένου κατά του δεύτερου εναγομένου, συνολικού ποσού 93.910,49 ευρώ, που ενσωμάτωναν οι πιο πάνω συναλλαγματικές, δεν ήταν αληθινή, αλλά εικονική, τη δημιούργησαν δε (την εικονική απαίτηση) αυτοί, με σκοπό να επιτευχθεί η αποξένωση του δεύτερου εναγομένου από τα εμφανή περιουσιακά στοιχεία, με την απαλλοτρίωση τούτων χωρίς ισότιμο και αξιόχρεο αντάλλαγμα και έτσι να ματαιωθεί η ικανοποίηση των απαιτήσεων των εναγόντων, για την καταβολή χρηματικής ικανοποίησης, που είχαν, κατά του δεύτερου

εναγομένου, κατά του οποίου αυτοί άσκησαν ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πατρών την από 8-10-1997 αγωγή τους, με την οποία ζητούσαν το συνολικό ποσό των 234.776,23 ευρώ ως χρηματική τους ικανοποίηση, λόγω ψυχικής οδύνης. Με βάση το ως άνω ψευδές και ανύπαρκτο χρέος, ο πρώτος εναγόμενος επέσπευσε αναγκαστική εκτέλεση, κατά την οποία εκπλειστηριάστηκαν τα ως άνω εμφανή περιουσιακά στοιχεία του δεύτερου εναγομένου, με εκπλειστηρίασμα πολύ κατώτερο όχι μόνο της πραγματικής αγοραίας αξίας τους, αλλά και της τιμής που θα μπορούσαν να επιτύχουν σε κανονικές συνθήκες πλειστηριασμού. Όλοι δε οι εναγόμενοι, δέχτηκε το Εφετείο, τελούντες σε συμπαιγνία μεταξύ τους, κατέστρωσαν σχέδιο, που είχε ως στόχο την καταδολίευση των δανειστών-εναγόντων, ως εξής: Ο πρώτος εναγόμενος, μολονότι γνώριζε ότι δεν είχε αληθινή απαίτηση κατά του δεύτερου εναγομένου από τις πιο πάνω συναλλαγματικές και ότι ο τελευταίος ήταν άγνωστης διαμονής από τις 26-2-1997 που τέλεσε την ανθρωποκτονία, με την από 28-5-1997 αίτησή του για την έκδοση διαταγής πληρωμής ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αμαλιάδος, παρέστησε ψευδώς στη Δικαστή του ως άνω Δικαστηρίου, ότι είχε αληθινή απαίτηση κατά του δεύτερου εναγομένου, συνολικού ύψους 93.910,49 ευρώ και ότι αυτός ήταν γνωστής διαμονής, δηλαδή, ότι ήταν κάτοικος Αχαΐας και έτσι πέτυχε να την παραπλανήσει και να εκδώσει την 140/5-6-1997 διαταγή πληρωμής, με την οποία ο δεύτερος εναγόμενος επιτάσσεται να καταβάλει στον πρώτο εναγόμενο 93.910,49 ευρώ, πλέον τόκων, ποσό το οποίο δεν οφείλεται στην πραγματικότητα.

ΕΚΟΥΣΙΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΣΙΑ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Εκουσία διαδικασία) - Αριθ. 29/2009

Πρόεδρος: Επαμεινωνδία Κουσκούτη, (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Διακαστές: Ευδοκία Γκιόγκη (Εισηγήτρια), Αργυρώ Μπαϊζάνη (Πρωτοδίκες)

Δικηγόροι: Αικατερίνη Κοσμαδάκη, Ελευθερία Τσίτα

Άρθρα: 4 παρ. 1, 2, 3, 99 παρ. 1, 2, 100 παρ. 3, 4, 101 παρ. 1, 105 Ν. 3588/2007

Διαδικασία συνδιαλλαγής στα πλαίσια του Ν. 3588/2007 (νέος Πτωχευτικός κώδικας). Προϋποθέσεις, στοιχεία της αίτησης, παρεμβάσεις και προϋποθέσεις ασκήσεως αυτών.

Με τη διαδικασία συνδιαλλαγής του νέου Πτωχευτικού Κώδικα (Ν. 3588/2007) επιδιώκεται, υπό την εγγύηση της δικαστικής αρχής και με τη σύμπραξη των πιστωτών, η ικανοποίηση των τελευταίων μέσω της διάσωσης της επιχείρησης, που απειλείται με οικονομική κατάρρευση ή εκείνης που τα δεδομένα της επιχειρηματικής δραστηριότητας δεν αφήνουν προσδοκία επιβίωσης, με απώτερους σκοπούς τη διατήρηση των θέσεων εργασίας, την προαγωγή του τοπικού κοινωνικοοικονομικού χώρου όπου δραστηριοποιείται η επιχείρηση και ευρύτερα της εθνικής οικονομίας. Η διαδικασία συνδιαλλαγής δεν είναι παρά μια συλλογική συναινετική διαδικασία, που λειτουργεί στα πλαίσια της συμβατικής αυτονομίας. Εντούτοις προβλέπεται εκ του νόμου τριπλή παρέμβαση του δικαστηρίου, υπό την έννοια ότι στα πλαίσια της εκδίδονται τρεις αποφάσεις δυνάμει των οποίων λειτουργεί η διαδικασία συνδιαλλαγής, ήτοι η πρώτη απόφαση που επιτρέπει το «άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής» (100 ΠτωχΚ), η δεύτερη απόφαση επικυρώνει ή μη την συμφωνία, που τυχόν θα συναφθεί μεταξύ του οφειλέτη και εκείνων των πιστωτών, που έχουν την πλειοψηφία των απαιτήσεων, με τη συμμετοχή του μεσολαβητή (101

παρ. 1 ΠτωχΚ) και η τρίτη απόφαση διατάσσει τη λύση της συμφωνίας λόγω μη εκπλήρωσης των όρων της (105 ΠτωχΚ). Στη διαδικασία συνδιαλλαγής μπορεί να υπαχθεί κάθε οφειλέτης, που σε περίπτωση πτώχευσης θα είχε πτωχευτική ικανότητα κατά το άρθρο 2 παρ. 1 του ΠτωχΚ, δηλαδή κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο έμπορος ή ένωση προσώπων με νομική προσωπικότητα που επιδιώκει οικονομικό σκοπό (άρθρο 99 παρ. 1 του ΠτωχΚ). Η απόφαση για υπαγωγή στη διαδικασία συνδιαλλαγής είναι πράξη διαχείρισης, για την οποία εξουσία έχει μόνο το όργανο του νομικού προσώπου ή ο έμπορος ατομικά. Ο οφειλέτης ούτε υποχρέωση έχει για υπαγωγή στη διαδικασία αυτή, αλλά ούτε και δικαίωμά του είναι, αν δεν συντρέχουν οι κάτωθι αναφερόμενες αντικειμενικές προϋποθέσεις. Η υπαγωγή προϋποθέτει οικονομική αδυναμία, παρούσα ή προβλέψιμη, χωρίς είσοδο στο στάδιο της παύσης των πληρωμών. Συνεπώς οικονομική αδυναμία μπορεί να συνιστά η μη γενική, κατά την αντίληψη των συναλλαγών, οικονομική αδυναμία ή η πρόσκαιρη ή η οφειλόμενη σε παροδικούς λόγους οικονομικής στενότητας ή σε λόγους δικαιολογημένης αρρυθμίας πληρωμών. Δεν απαιτείται η οικονομική αδυ-

ναμία να είναι παρούσα, αλλά αρκεί, κατά αντικειμενική εκτίμηση, να προβλέπεται ότι στο άμεσο μέλλον η επιχείρηση θα αντιμετωπίσει οικονομικές δυσκολίες. Ο προβλέψιμος χαρακτήρας προϋποθέτει πρόγνωση, όχι αόριστα και αφηρημένα, αλλά με συγκεκριμένες καταστάσεις και ενδείξεις, οι οποίες μπορεί να είναι: α) τα οικονομικά δεδομένα, όπως αρνητικός ισολογισμός, συνεχής έλλειψη κερδοφορίας και αδυναμία μερισματικής πολιτικής, υπερβολικός βραχυπρόθεσμος δανεισμός, διακοπή τραπεζικών συναλλαγών, αφαίρεση βιβλιαρίου επιταγών, διακοπή οικονομικής υποστήριξης από μητρική εταιρία ομίλου, β) η περιουσιακή κατάσταση, όπως η επιβάρυνση των περιουσιακών στοιχείων με πολλαπλές εμπράγματα ασφάλειες ή η ανυπαρξία ελεύθερης περιουσίας ή η εκποίηση περιουσιακών στοιχείων για αντιμετώπιση βραχυπρόθεσμων υποχρεώσεων, γ) η επιχειρηματική δραστηριότητα, όπως έλλειψη των αναγκαίων πρώτων υλών, υπολειτουργία της επιχείρησης, δυσχέρειες στην κάλυψη αποθεμάτων, προβλήματα και διεκδικήσεις προσωπικού μη αντιμετωπισιμες, δυσαναλογία εσόδων και λειτουργικών εξόδων και δ) το οικονομικό περιβάλλον της επιχείρησης, όπως μείωση παραγγελιών, ανάκληση ή μη παράταση αδειών εκμετάλλευσης ή ευρεσιτεχνιών, προβληματικές σχέσεις με προμηθευτές, συγκρούσεις με προσωπικό, καταστροφική ολική ή μερική εγκαταστάσεων ή παραγωγής, ευρεία ελαττωματικότητα προϊόντων και μαζικές υπαναχωρήσεις καταναλωτών. Για την υπαγωγή του σε διαδικασία συνδιαλλαγής, ο οφειλέτης υποβάλλει σχετική αίτηση ενώπιον του πτωχευτικού δικαστηρίου, ήτοι του πολυμελούς πρωτοδικείου της περιφέρειας, στην οποία έχει

το κέντρο των κυρίων συμφερόντων του –ειδικά δε για τα νομικά πρόσωπα τεκμαίρεται ως τέτοιος ο τόπος της καταστατικής έδρας (άρθρο 4 παρ. 1 και 2 ΠτωχΚ)- το οποίο δικάζει κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (741 επ. του Κ.Πολ.Δ), με την απόκλιση που καθιερώνει η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 3 του ΠτωχΚ για τη δυνατότητα άσκησης παρεμβάσεων, κύριων ή πρόσθετων, και προφορικά με δήλωση που καταχωρείται στα πρακτικά. Για το ορισμένο της σχετικής αίτησης, πέραν των άλλων στοιχείων που απαιτούν οι διατάξεις των άρθρων 118 και 216 του Κ.Πολ.Δ, πρέπει να περιέχονται με ποινή απαραδέκτου πληροφορίες ως προς την οικονομική κατάσταση του οφειλέτη, το μέγεθος, την κοινωνική σημασία της επιχείρησης από άποψη απασχόλησης, περιγραφή των προτεινόμενων μέτρων χρηματοδότησης του οφειλέτη και τα μέσα αντιμετώπισης της κατάστασης αυτής (99 παρ. 2 ΠτωχΚ). Για το παραδεκτό της αίτησης, επισυνάπτεται γραμμάτιο κατάθεσης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων ποσού 5.000 ευρώ για την αμοιβή του εμπειρογνώμονα και του μεσολαβητή. Επειδή κατά κανόνα το δικαστήριο δεν έχει ειδικές γνώσεις ή δυνατότητες διάγνωσης της οικονομικής κατάστασης του οφειλέτη από άποψη ιδίως προβλέψιμης οικονομικής αδυναμίας, προβλέπεται από το νόμο (99 παρ. 2 ΠτωχΚ) η διακριτική ευχέρεια του προέδρου του πτωχευτικού δικαστηρίου, αμέσως μετά την υποβολή της αίτησης, να ορίσει εμπειρογνώμονα για να διαπιστώσει την οικονομική κατάσταση του οφειλέτη. Ο εμπειρογνώμονας, αφού συλλέξει κάθε σχετική πληροφορία, συντάσσει έκθεση, την οποία καταθέτει στον γραμματέα των πτωχεύσεων μέσα σε προθεσμία

20 ημερών από το διορισμό του (99 παρ. 3 ΠτωχΚ). Το πτωχευτικό δικαστήριο, προκειμένου να αποφανθεί για το «άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής», ορίζει μεσολαβητή, που επιλέγει από τον κατάλογο των πραγματοποιωμένων. Κατ' άρθρο 106 παρ. 1 του ΠτωχΚ, μεσολαβητής δεν μπορεί να είναι πρόσωπο, το οποίο την τριετία πριν το άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής είχε λάβει άμεσα ή έμμεσα αμοιβή ή είχε πληρωθεί απαίτηση του από τον οφειλέτη ή πιστωτή του ή πρόσωπο που ελέγχει ή ελέγχεται από τον οφειλέτη. Με την ως άνω απόφαση του δικαστηρίου καθορίζεται, ανάλογα με το μέγεθος και τη φύση της επιχείρησης του οφειλέτη, ο χρόνος που δίνεται στον μεσολαβητή να περαιώσει το έργο του, αλλά όχι πέραν του διμήνου, αρχομένου όχι από την επίδοση σε αυτόν της απόφασης που τον διορίζει (144 Κ.Πολ.Δ), η οποία γίνεται με επιμέλεια της γραμματείας

αυτού του πτωχευτικού δικαστηρίου (375 Κ.Πολ.Δ), αλλά από τη δημοσίευση της σχετικής απόφασης στο Δελτίο Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Ταμείου Νομικών. Εφόσον ο μεσολαβητής το ζητήσει, το πτωχευτικό δικαστήριο μπορεί να παρατείνει την προθεσμία για ένα ακόμη μήνα. Η 1η απόφαση του Δικαστηρίου για «το άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής» δημοσιεύεται στο Δελτίο Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Ταμείου Νομικών (100 παρ. 3 ΠτωχΚ) και επιπλέον δεν υπόκειται σε ένδικα μέσα, είτε δέχεται την αίτηση είτε όχι (100 παρ. 4 ΠτωχΚ). Επειδή τα καθήκοντα του μεσολαβητή περιγράφονται στο νόμο, δεν είναι αναγκαία η αναφορά τους στην δικαστική απόφαση που τον ορίζει (ΠΠΡ ΘΕΣ 28664/2008, ΕΠΙΣΚΕΜΠΔ 2008, σελ. 911, βλ. επίσης ΠΠΡ ΑΘ 670/2008, ΔΕΕ 2008, σελ. 1265).



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε τακτική ολομέλεια) - Αριθ. 8/2008

Πρόεδρος: Βασίλειος Νικόπουλος, (Πρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Δημήτριος Κυριτσάκης, Αναστάσιος-Φιλητάς Περίδης, Ηρακλής Κωνσταντινίδης, Γεώργιος Καλαμίδας, Ιωάννης Παπανικολάου, Μιχαήλ Δέτσης, (Αντιπρόεδροι), Ελισάβετ Μονγάκου-Μπρούλλη, Ρένα Ασημακοπούλου, Κωνσταντίνος Κούκλης, Γρηγόριος Μάμαλης, Μάριος-Φώτιος Χατζηπανταζής, Γεώργιος Πετράκης, Ιωάννης Ιωαννίδης, Ειρήνη Αθανασίου, Ιωάννης-Σπυρίδωνας Τέντες, Λεωνίδας Ζερβομπεάκος, Σπυρίδωνας Ζιάκας, Αλέξανδρος Νικάκης, Χαράλαμπος Παπαηλιού, Χαράλαμπος Δημάδης, Αθανάσιος Κουτρομάνος, Θεοδώρα Γκοϊνή (Εισηγήτρια), Βασίλειος Λυκούδης, Βασίλειος Κουρκάκης, Ελευθέριος Νικολόπουλος, Αναστάσιος Λιανός, Γεώργιος Γιαννούλης, Ανδρέας Τσόλιας, Ιωάννης Παπουτσης, Αθανάσιος Πολυζωγόπουλος, Γεώργιος Χρυσικός, Ιωάννης Σίδερης, Νικόλαος Ζαΐρης, Δήμητρα Παπαντωνοπούλου, Νικόλαος Λεοντής, Βιολέττα Κυτέα, Βαρβάρα Κριτσωτάκη, Ελένη Σπίτσα, Ελευθέριος Μάλλιος και Γεωργία Λαλούση (Άρειοπαγίτες)

Δικηγόροι: Χριστόφορος Αργυρόπουλος, Αντώνιος Βγόντζας, Ναούμ Τζίφρας, Ηλίας Αναγνωστόπουλος, Νικόλαος Μπάκας, Ηλίας Ψώνης (Νομικός Σύμβουλος του Κράτους) και ο Γεώργιος Ανδρέου (Πάρεδρος του Ν. Σ.Κ.).

Άρθρα: 23 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 1756/1988, 473 παρ. 3, 479 παρ. 2, 505 παρ. 2, 510 παρ. 1, 519 Κ.Ποιν.Δ, 86 Συντ., 2, 3, 4 παρ. 1, 2 και 3, Ν. 2509/1997, 1 παρ. 1, 3, 7 παρ. 3 Ν. 3126/2003, 1 παρ. 1 Ν. 1608/1950, 2 παρ. 1, 18, 49, παρ. 2, 256 εδ. γβ, 263α Π.Κ.

Ποινική ευθύνη Υπουργών και αποκλειστική αρμοδιότητα της Βουλής στο να προσδώσει την ιδιότητα του δράστη στον Υπουργό. Δεν θίγεται ως προς τους συμμετόχους η δικαιοδοσία των τακτικών ποινικών δικαστηρίων. Προκύπτουν δύο παραγραφές για τα ανωτέρω κακουργήματα, μία πενταετής υπέρ του Υπουργού και μία μακροτέρα (15ετής ή 20ετής) επί του συμμετόχου του Υπουργού, καθόσον αυτό προβλέπεται και από τις κοινές διατάξεις του Ποινικού Κώδικα, ο οποίος επί συμμετοχικής δράσεως δέχεται τον περιορισμένως παρακολουθηματικό χαρακτήρα της πράξεως του συμμετόχου.

Κατά το άρθρο 505 παρ. 2 Κ.Ποιν.Δ, ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου μπορεί να ζητήσει την αναίρεση οποιασδήποτε αποφάσεως μέσα στην προθεσμία του άρθρου 479 παρ. 2, δηλαδή μέσα σε ένα μήνα από την καταχώρηση της αποφάσεως καθαρογραμμένης στο ειδικό βιβλίο του άρθρου 473 παρ. 3 Κ.Ποιν.Δ. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου δικαιούται να ασκεί αναίρεση κατά πάσης αποφάσεως οποιουδήποτε ποινικού δικαστηρίου, καταδικα-

στικής ή αθωωτικής ή εκείνης που παύει οριστικά την ποινική δίωξη ή την κηρύσσει απαράδεκτη, για όλους τους λόγους του άρθρου 510 παρ. 1 Κ.Ποιν.Δ, μεταξύ των οποίων και η εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή ουσιαστικής ποινικής διατάξεως και η υπέρβαση εξουσίας (άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Ε' και Η' Κ.Ποιν.Δ). Εσφαλμένη ερμηνεία ουσιαστικής ποινικής διατάξεως υπάρχει όταν το δικαστήριο αποδίδει στη διάταξη διαφορετική έννοια από εκείνη που πραγματικά έχει και

εσφαλμένη εφαρμογή όταν το δικαστήριο δεν υπάγει σωστά τα πραγματικά περιστατικά που δέχθηκε ότι προέκυψαν από την αποδεικτική διαδικασία στη διάταξη που εφήρμοσε, υπέρβαση δε εξουσίας συντρέχει όταν το δικαστήριο άσκησε δικαιοδοσία που δεν του παρέχεται από το νόμο ή όταν αρνείται να ασκήσει δικαιοδοσία η οποία του παρέχεται από το νόμο στη συγκεκριμένη περίπτωση, αν και συντρέχουν οι απαιτούμενοι γι' αυτό κατά νόμον όροι. Περαιτέρω με το άρθρο 86 του Συντάγματος, όπως είχε πριν και έχει και μετά την αναθεώρηση του έτους 2001, ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι μόνον η Βουλή έχει το δικαίωμα να ασκεί δίωξη κατά όσων διατελούν ή διετέλεσαν μέλη της Κυβερνήσεως ή Υφυπουργοί για ποινικά αδικήματα που τέλεσαν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, όπως νόμος ορίζει, και ότι δίωξη κατά των ανωτέρω προσώπων για τα ανωτέρω αδικήματα δεν επιτρέπεται χωρίς προηγούμενη απόφαση της Βουλής. Σε εκτέλεση της διατάξεως αυτής του Συντάγματος, εκδόθηκε ο Ν. 2509/1997 με τον τίτλο "ποινική ευθύνη των Υπουργών", ο οποίος ίσχυε κατά τον ενδιαφέροντα εν προκειμένω χρόνο (Μάρτιος - Απρίλιος 2000) και ακολούθως ο ήδη, από 19.3.2003, ισχύων Ν. 3126/2003 με όμοιο τίτλο. Κατά τη διάταξη του άρθρου 2 του Ν. 2509/1997 "1. Πλημμελήματα ή κακουργήματα που τελούνται από υπουργό κατά την άσκηση των καθηκόντων του εκδικάζονται σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου αυτού και αν ακόμα ο δράστης έχει παύσει να έχει, υπουργική ιδιότητα... 2. Τυχόν συμμετοχοί κατηγορούνται και δικάζονται μαζί με τον υπουργό", κατά δε τη διάταξη του άρθρου 3 αυτού "οι αξιόποινες πράξεις

που είναι άσχετες με τα καθήκοντα των υπουργών εκδικάζονται σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας από τα αρμόδια δικαστήρια". Περαιτέρω κατά τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 2 του ίδιου νόμου "οι αξιόποινες πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 2 παραγράφονται μετά από πέντε (5) έτη από την ημέρα που τελέστηκαν", ενώ κατά την παρ. 1 του ίδιου άρθρου 4 "οι αξιόποινες πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 3 παραγράφονται σύμφωνα με τις κοινές διατάξεις, οι οποίες ορίζουν την παραγραφή των πράξεων αυτών". Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι εκείνες των άρθρων 2 και 3 έχουν και δικονομικό χαρακτήρα, ειδικότερα δε η παρ. 2 του άρθρου 2, στην οποία δεν μνημονεύονται πράξεις, όπως συμβαίνει στην παρ. 1 αυτού, αλλά καθορίζεται απλώς διαδικασία, προδικασίας και επ' ακροατηρίου διαδικασίας, έχει αμιγώς δικονομικό χαρακτήρα.

Συνεπώς, όταν στην παρ. 2 του άρθρου 4 μνημονεύονται "οι αξιόποινες πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 2", είναι πρόδηλο ότι νοούνται "τα πλημμελήματα ή κακουργήματα που τελούνται από υπουργό κατά την άσκηση των καθηκόντων του", όπως και όταν στην παρ. 1 του ίδιου άρθρου μνημονεύονται "οι αξιόποινες πράξεις που αναφέρονται" στο άρθρο 3 νοούνται "οι αξιόποινες πράξεις που είναι άσχετες με τα καθήκοντα των υπουργών". Παρέπεται εκ τούτων ότι ως αξιόποινες πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 2, όπου παραπέμπει το άρθρο 4 παρ. 2, οι οποίες "παραγράφονται μετά από πέντε έτη από την ημέρα που τελέστηκαν", νοούνται τα μόνον εγκλήματα που μνημονεύει το άρθρο 2 και δη στην παρ. 1 αυτού, ήτοι τα πλημμελήματα και κακουρ-

γήματα που τελούνται από υπουργό κατά την άσκηση των καθηκόντων του και όχι οι αξιόποινες πράξεις συμμετόχων των υπουργών, για τις οποίες δεν γίνεται καμία μνεία στο άρθρο 2, όπως σημειώθηκε.

Τα ανωτέρω ενισχύονται από τη διάταξη της παρ. 3 του ίδιου άρθρου 4, κατά την οποία "η προθεσμία παραγραφής της προηγούμενης παραγράφου (δηλ. της παρ. 2 η οποία προβλέπει την παραγραφή των πέντε ετών) αναστέλλεται όσο διαρκεί η βουλευτική περίοδος κατά τη διάρκεια της οποίας τελέστηκε η πράξη", διότι η διάταξη αυτή προσιδιάζει μόνον σε παραγραφή συνδεδεμένη με την πολιτική λειτουργία της Χώρας ήτοι τη λειτουργία της Βουλής και δεν σχετίζεται με τις κοινές διατάξεις του Ποινικού Κώδικα. Στην εισηγητική έκθεση, εξάλλου, του Ν. 2509/1997, μεταξύ άλλων αναφέρεται επί λέξει ότι "ερωτήματα στα οποία καλείται να απαντήσει ρητά ο κοινός νομοθέτης είναι... Η διάρκεια της παραγραφής των αδικημάτων των Υπουργών". Από τη φράση αυτή καθίσταται σαφές ότι η βούληση του ιστορικού νομοθέτη του ανωτέρω νόμου ήταν, ειδικώς ως προς την παραγραφή, να διαφοροποιήσει τις υπ' αυτού σχετικές ρυθμίσεις, από τις ρυθμίσεις περί παραγραφής του κοινού δικαίου, μόνον ως προς τους Υπουργούς, κατ' αποκλεισμόν της ρυθμίσεως ως προς τους συμμετόχους των Υπουργών, ως προς τους οποίους, προδήλως, ισχύουν οι κοινές διατάξεις. Ως δικαιολογητικό δε λόγο της διαφοροποίησεως αυτής επικαλείται η ίδια εισηγητική έκθεση την ανάγκη "να μην τελούν για πολλά χρόνια τα πολιτικά πρόσωπα υπό τη δαμόκλειο σπάθη μιας εκκρεμούς ποινικής δίκης σε βάρος τους", λόγος ο οποίος, προδήλως, δεν προσιδιά-

ζει σε μη πολιτικά πρόσωπα, όπως είναι οι συμμετοχοί. Άλλωστε και στο νεώτερο Ν. 3126/2003 περί της ποινικής ευθύνης των Υπουργών, στο άρθρο 3 αυτού, για τον προσδιορισμό των αξιοποιώνων πράξεων οι οποίες υπάγονται στην περί παραγραφής - προθεσμίας ρύθμισή του, που επίσης ορίζεται σε πέντε έτη από την ημέρα που τελέστηκαν, γίνεται παραπομπή στην παρ. 1 του άρθρου 1 του νόμου αυτού, δηλαδή σε "πλημμελήματα ή κακουργήματα που τελούνται από Υπουργό κατά την άσκηση των καθηκόντων του", στο δε άρθρο 7 παρ. 3 προβλέπεται ρητώς ότι "αν η Βουλή απορρίψει ως προδήλως αβάσιμη την πρόταση για την άσκηση ποινικής δίωξης κατά Υπουργού ή αποφασίσει να μην ασκήσει δίωξη, δεν θίγεται ως προς τους συμμετόχους η δικαιοδοσία των τακτικών ποινικών δικαστηρίων, ως προς τους οποίους στην περίπτωση αυτή παύουν να έχουν εφαρμογή οι διατάξεις του νόμου αυτού". Εκ τούτων προκύπτει ότι και κατά το νεώτερο αυτό νόμο η πενταετής παραγραφή του άρθρου 3 αφορά μόνον σε "πλημμελήματα ή κακουργήματα που τελούνται από Υπουργό κατά την άσκηση των καθηκόντων του" και δεν αφορά στους συμμετόχους του Υπουργού, οι οποίοι, κατά την παρ. 1 του άρθρου 1 του νόμου αυτού συμπαράπεμπονται και δικάζονται σύμφωνα με τις διατάξεις του εν λόγω νόμου. Τούτο, δε διότι δεν είναι νοητό να μην υπάρχει ως προς τους συμμετόχους σταθερός χρόνος παραγραφής, αλλά να εξαρτάται ο χρόνος αυτός από το αν η Βουλή θα ασκήσει ποινική δίωξη κατά του Υπουργού, ήτοι δεν είναι νοητό, αν μεν η Βουλή παραπέμψει τον Υπουργό και τους συμμετόχους, το κακούργημα του συμμετόχου να παραγράφεται μετά

πενταετία, αν δε η Βουλή δεν τους παραπέμψει το ίδιο κακούργημα να παραγραφεί μετά δεκαπενταετία ή εικοσαετία, κατά περίπτωση. Εξάλλου, οι ουσιαστικού δικαίου διατάξεις του Ν. 2509/1997, μεταξύ των οποίων και οι προαναφερθείσες περί παραγραφής, δεν έχουν εφαρμογή ως προς τους συμμετόχους του Υπουργού για τους εξής λόγους: Τόσον ο Ν. 2509/1997, όσον και ο ήδη ισχύων Ν. 3126/2003, περιέχουν ενιαία και ειδική ρύθμιση κατ' απόκλιση από τις κοινές ποινικές διατάξεις, ουσιαστικές και δικονομικές, με κοινό σημείο τους την ποινική ευθύνη Υπουργού για αξιόποινες πράξεις που τελούνται κατά την άσκηση των καθηκόντων του. Παραλλήλως, από τον νομοθέτη αντιμετωπίστηκε το ζήτημα της ευθύνης των συμμετόχων του Υπουργού και της, ως προς αυτούς, διαδικασίας. Κοινή ρύθμιση των ανωτέρω νόμων είναι το ότι ο Υπουργός δεν διώκεται κατά τις κοινές διατάξεις (από τον Εισαγγελέα Πλημμελειοδικών ή την Ολομέλεια των Εφετών), αλλά μόνον από τη Βουλή. Υπουργός, ο οποίος δεν προσέλαβε την ιδιότητα του κατηγορουμένου, για έγκλημα που τελέστηκε κατά την άσκηση των καθηκόντων του, κατά τον προσήκοντα τρόπο που προβλέπεται στους ανωτέρω νόμους, δηλαδή με δίωξη μετά από απόφαση της Βουλής, δεν μπορεί να λάβει το χαρακτηρισμό του "δράστη" τέτοιου εγκλήματος από άλλο πολιτειακό όργανο, ήτοι τον Εισαγγελέα, τον Ανακριτή ή το Δικαστικό Συμβούλιο.

Συνεπώς, για την εφαρμογή του Ν. 2509/1997 και ήδη του Ν. 3126/2003, για τις αξιόποινες πράξεις Υπουργού που δεν είναι άσχετες με τα καθήκοντά του, είναι αναγκαία η κίνηση κατ' αυτού ποινικής

διώξεως, κατά τα ανωτέρω. Αν η Βουλή δεν προσδώσει στον Υπουργό την ιδιότητα του κατηγορουμένου για αξιόποινες πράξεις αναγόμενες στα καθήκοντά του ως Υπουργού, δεν νοείται εφαρμογή των διατάξεων των ανωτέρω νόμων ως προς τα πρόσωπα τα οποία φέρονται ως συμμετοχοί του Υπουργού, ακριβώς, διότι, πλην της Βουλής, κανένα άλλο πολιτειακό όργανο δεν έχει αρμοδιότητα να χαρακτηρίσει τον Υπουργό ως "δράστη" τέτοιας πράξεως, μόνον δε ο χαρακτηρισμός αυτός του Υπουργού από τη Βουλή χαρακτηρίζει και τους συμμετόχους του ως συμμετόχους Υπουργού και συνεπάγεται την εφαρμογή για τους τελευταίους των διατάξεων του νόμου περί ποινικής ευθύνης των Υπουργών.

Συνεπώς, η εφαρμογή του ενδιαφέροντος εν προκειμένω Ν. 2509/1997 αυτομάτως αποκλείεται επί "συμμετόχων" Υπουργού, αν η Βουλή δεν προσέδωσε στον Υπουργό την ιδιότητα του "δράστη" πλημμελήματος ή κακούργηματος σχετικού με την άσκηση των καθηκόντων του. Από το γεγονός ότι τούτο, δηλαδή ο αποκλεισμός της εφαρμογής του νόμου περί ποινικής ευθύνης των Υπουργών επί των συμμετόχων, προβλέφθηκε ρητώς μόνον στο νεώτερο Ν. 3126/2003 (άρθρο 7 παρ. 3) και μόνον για τις υποπεριπτώσεις που η Βουλή απορρίπτει ως προδήλως αβάσιμη την πρόταση για άσκηση ποινικής διώξεως κατά του Υπουργού ή αποφασίζει να μην ασκήσει δίωξη κατ' αυτού, δεν συνάγεται ότι στις λοιπές περιπτώσεις, δηλαδή στις περιπτώσεις που καταλαμβάνονται από τα χρονικά όρια ισχύος του Ν. 2509/1997 και στην απομένουσα περίπτωση του Ν. 3126/2003 όπου η Βουλή δεν επελήφθη καθόλου ως προς τον Υπουργό, είναι ε-

φαρμοστέος επί των συμμετόχων του Υπουργού ο νόμος περί ποινικής ευθύνης των Υπουργών. Τουναντίον, μάλιστα, κατά μείζονα λόγο πρέπει να αποκλεισθεί στην τελευταία περίπτωση η εφαρμογή του νόμου περί ποινικής ευθύνης Υπουργών, αφού σ’ αυτήν την περίπτωση οι συμμετοχοί του Υπουργού δεν έλαβαν καν την ιδιότητα του κατηγορουμένου ενώπιον της Βουλής. Συμπερασματικώς, μη χαρακτηρισθέντος του Υπουργού ως κατηγορουμένου από τη Βουλή, τόσον κατά το Ν. 2509/1997 όσον και κατά το Ν. 3126/2003 δεν λαμβάνουν την ιδιότητα συμμετόχου αυτού τρίτα πρόσωπα και επομένως αποκλείεται η ενεργοποίηση, ως προς τα πρόσωπα αυτά, οιοδήποτε εκ των νόμων αυτών, οι οποίοι έχουν ως

προϋπόθεση την κίνηση από τη Βουλή ποινικής διώξεως κατά του Υπουργού. Το γεγονός ότι προκύπτουν έτσι δύο παραγραφές για τα ανωτέρω κακουργήματα, μία πενταετής υπέρ του Υπουργού και μία μακροτέρα (15ετής ή 20ετής) επί του συμμετόχου του Υπουργού, δεν μεταβάλλει τ’ ανωτέρω, καθόσον τούτο προβλέπεται και κατά τις κοινές διατάξεις του Ποινικού Κώδικα, ο οποίος επί συμμετοχικής δράσεως δέχεται τον περιορισμένως παρακολουθηματικό χαρακτήρα της πράξεως του συμμετόχου, με αποτέλεσμα να είναι δυνατή η διαφοροποίηση του χρόνου παραγραφής μεταξύ των περισσότερων συμμετόχων, αν η πράξη ως προς τον ένα τιμωρείται ως πλημμέλημα και ως προς τον έτερο ως κακούργημα.

Άρειος Πάγος (ΣΤ Ποινικό Τμήμα) - Αριθ. 2606/2008

Πρόεδρος: Κωνσταντίνος Κούκλης, (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Βασίλειος Λυκούδης, Ιωάννης Παπουτσης, Νικόλαος Ζαΐρης (Αρεοπαγίτες), Ανδρέας Τσόλιας (Αρεοπαγίτης-Εισηγητής)

Εισαγγελέας: Μιλτιάδης Ανδρειωτέλλης (Αντεισαγγελέας Αρείου Πάγου)

Δικηγόρος: Δημήτριος Σαββόπουλος

Άρθρα: 42 παρ. 2, 3, 46 και 510 παρ. 1 εδ. Δ’, Η’ περ. δ’ Κ.Π.Δ, 18 παρ. 2, 22 παρ. 3 Ν. 2190/1920, 65, 67, 68, 211 και 713 Α.Κ.

Προϋποθέσεις παραδεκτής υποβολής εγκλήσεως. Ειδικότερα η εκπροσώπηση της ανώνυμης εταιρίας στην υποβολή εγκλήσεως. Η εκπροσώπηση της Ανώνυμης Εταιρίας ανήκει στο διοικητικό συμβούλιο, το οποίο ενεργεί συλλογικώς, εκτός αν στο καταστατικό ορίζεται ότι ένα ή περισσότερα μέλη του διοικητικού συμβουλίου ή και άλλα πρόσωπα δικαιούνται να εκπροσωπούν δικαστικώς ή εξωδικώς την εταιρία.

Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 46 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, αν ο παθών θέλει να ζητήσει την ποινική δίωξη αξιόποινης πράξεως, υποβάλλει την έγκληση σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 42 παρ. 2 και 3. Στο άρθρο δε 42

παρ. 2 ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι η μήνυση γίνεται απ’ ευθείας στον εισαγγελέα πλημμελειοδικών, αλλά και στους άλλους προανακριτικούς υπαλλήλους, είτε από τον ίδιο τον μηνυτή είτε από ειδικό πληρεξούσιο. Το έγγραφο της πληρεξουσίου

τητας προσαρτάται στην έκθεση για την κατάθεση της μηνύσεως, μπορεί δε να δοθεί και με απλή έγγραφη δήλωση. Η γνησιότητα της υπογραφής του εντολέως πρέπει να βεβαιώνεται από οποιαδήποτε δημόσια, δημοτική ή κοινοτική Αρχή ή δικηγόρο. Εξάλλου, οι διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 2 και 22 παρ. 3 του Ν. 2190/1920, που αλληλοσυμπληρώνονται, ρυθμίζουν το ζήτημα της υποκαταστάσεως του διοικητικού συμβουλίου της ανώνυμης εταιρείας, κατά τρόπον, ώστε αυτή να είναι νόμιμη, μόνο εφ' όσον διενεργείται με βάση μία από τις διατάξεις αυτές. Το άρθρο 18 παρ. 2 αναφέρεται αποκλειστικώς στην εξουσία εκπροσώπησης της ανώνυμης εταιρείας. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι η εκπροσώπηση της ανώνυμης εταιρείας ανήκει στο διοικητικό της συμβούλιο, το οποίο κατ' αρχήν ενεργεί συλλογικώς.

Επιτρέπεται, όμως, στο καταστατικό της εταιρείας να ορίζεται ότι ένα ή περισσότερα μέλη του διοικητικού συμβουλίου ή και άλλα πρόσωπα, μη μέλη, που κατονομάζονται, δικαιούνται να εκπροσωπούν δικαστικώς ή εξωδίκως την εταιρεία, γενικώς ή σε ορισμένες μόνο πράξεις. Στην περίπτωση αυτή, η εκπροσώπηση αφορά ευθέως το νομικό πρόσωπο της εταιρείας, ο οριζόμενος δε από το διοικητικό συμβούλιο, ως υποκατάστατος αυτού (μέλος του ή τρίτος) ενεργεί ως όργανο εκπροσώπησης του νομικού προσώπου της εταιρείας, κατά τα άρθρα 65, 67 και 68 του Αστικού Κώδικα, δηλαδή ως καταστατικό όργανο αυτής και δεν έχει ανάγκη από άλλη, ειδική ή μη έγγραφη πληρεξουσιότητα ή εξουσιοδότηση, όπως έχει ανάγκη ο κατά το άρθρο 211 του Αστικού Κώδικα αντιπρόσωπος ή ο κατά το άρθρο 713 του

ίδιου Κώδικα εντολοδόχος. Αρκεί δηλαδή στην περίπτωση αυτή για την υποβολή εγγλήσεως από την εταιρεία επικυρωμένο αντίγραφο της πράξεως του διοικητικού συμβουλίου της με την οποία ανατίθεται η ενέργεια αυτή σε μέλος του ή σε τρίτον και δεν είναι αναγκαία και η βεβαίωση της γνησιότητας της υπογραφής των μελών του διοικητικού συμβουλίου από Αρχή ή δικηγόρο.

Εν προκειμένω, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ".....", με την από 5 Ιανουαρίου 2004 έγκλησή της, εγγάλεσε τον νόμιμο εκπρόσωπο της ανώνυμης εταιρείας που εδρεύει στη με την επωνυμία "....." για έκδοση ακάλυπτης επιταγής. Η έγκληση υποβλήθηκε από τον διευθύνοντα σύμβουλο της εγγαλούσας Ψ, εταιρείας, κατόπιν της από 5 Ιανουαρίου 2004 αποφάσεως του διοικητικού της συμβουλίου. Αντίγραφο του πρακτικού αυτού είχε επισυνάψει ο εγγαλών στην έγκλησή του. Το Μονομελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου με την 1113/2006 απόφασή του, κήρυξε ένοχο τον κατηγορούμενο και του επέβαλε ποινή φυλακίσεως δεκαοκτώ (18) μηνών και χρηματική ποινή δύο χιλιάδων (2.000) ευρώ, ανέστειλε δε την εκτέλεση της ποινής της φυλακίσεως για τρία έτη. Κατά της αποφάσεως αυτής ο κατηγορούμενος άσκησε έφεση και το Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου, που δίκασε ως εφετείο, απαντώντας σε σχετική ένσταση του κατηγορουμένου και ήδη αναιρεσειόντος περί του απαραδέκτου της ασκήσεως της ποινικής διώξεως, διότι το προσκομισθέν αντίγραφο του πρακτικού του διοικητικού συμβουλίου της εγγαλούσας εταιρείας δεν έφερε υπογραφή ή σφραγίδα της εταιρείας, παρά το ότι ανέγραφε "ακριβές αντίγραφο", δέ-

χθηκε, με την προσβαλλόμενη 2632/2007 απόφασή του, ότι "όσον αφορά τον ισχυρισμό ότι δεν έχει σφραγίδα και υπογραφή το ακριβές αντίγραφο του προσκομισθέντος με την έγκληση πρακτικού ΔΣ της εγκαλούσας εταιρείας πρέπει να απορριφθεί διότι αυτός που το εγγείρισε κατά την υποβολή της μήνυσης είναι ο Πρόεδρος του ΔΣ, ο οποίος εξέδωσε το ακριβές αντίγραφο". Από την επισκόπηση του αντιγράφου του πρακτικού της συνεδρίασεως του Διοικητικού Συμβουλίου της εγκαλούσας εταιρείας, που γίνεται παραδεκτώς από τον Αρειο Πάγο, προκύπτει ότι το αντίγραφο αυτό δεν είναι επικυρωμένο, αφού δεν φέρει υπογραφή ή σφραγίδα.

Κατ' ακολουθίαν η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας και νόμιμης βάσεως αφού, κατά τρόπο ασαφή και αντιφατικό, γίνεται δεκτό ότι είναι έγκυρο το προσκομισθέν ως άνω αντίγραφο από το γεγονός και μόνο ότι η προσκομιδή του από τον Πρόεδρο του Διοικητικού Συμβουλίου

της εγκαλούσας καθιστά αυτό επικυρωμένο, χωρίς μάλιστα να γίνεται αναφορά σχετικά με το ποιος είναι ο πρόεδρος του διοικητικού συμβουλίου και

από πού προκύπτει αυτό, ότι δηλαδή πράγματι αυτός που υπέβαλε την έγκληση για λογαριασμό της εγκαλούσας εταιρείας ήταν και ο πρόεδρος αυτής. Κατόπιν τούτου, θεωρώντας το Τριμελές Πλημμελειοδικείο ότι η έγκληση υποβλήθηκε εγκύρως, κήρυξε τον αναιρεσείοντα ένοχο και του επέβαλε την πρωτόδικη ποινή, υπερβαίνοντας έτσι την εξουσία του. Ενόψει των παραπάνω, πρέπει, κατά παραδοχή ως βάσιμων των από το άρθρο 510 παρ. 1 Δ' και Η περ. δ' του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας λόγων αναιρέσεως και της αιτήσεως αναιρέσεως στο σύνολό της, να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να παραπεμφθεί η υπόθεση για νέα κρίση στο ίδιο Δικαστήριο, το οποίο θα συντεθεί από άλλους δικαστές, εκτός από εκείνους που δίκασαν προηγουμένως (άρθρο 519 Κ.Πολ.Δ).



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (Δ' Τμήμα) - Αριθ. 2828/2008

Πρόεδρος: Μ. Βροντάκης, (Αντιπρόεδρος Συμβουλίου Επικρατείας)

Δικαστές: Δ. Πετρούλιας, Π. Κοτσώνης (Σύμβουλοι), Η. Μάζος, Ουρ. Νικολαράκου (Πάρεδροι)

Δικηγόροι: Μιχαήλ Ασκορδαλάκης, Γεώργιος Ασπετάκης, Ανδρέας Ανδρουλιδάκης (Πάρεδρος Ν. Σ. Κ.)

Άρθρα: 5, 22, 24, 25 και 102 Συντ., 37 παρ. 1 Π.Δ. 410/95 (Δ.Κ.Κ.).

Έκδοση κανονιστικής απόφασης (άρθρο 37 Π.Δ. 410/95) προς απαγόρευση οικοδομικών εργασιών κατά τη θερινή περίοδο χάριν προστασίας του περιβάλλοντος (αρ. 24, 22 και 25 Συντ). Με το άρθρο 102 παρ. 1-2 Συντ. δεν καθιερώνεται αυτονομία υπέρ των Ο.Τ.Α., ούτε εξουσία να θέτουν αυτοτελείς κανόνες δικαίου, αλλά παρέχεται σ' αυτούς μόνο αυτοδιοίκηση, δηλ. εξουσία να αποφασίζουν με δικά τους όργανα επί των τοπικών υποθέσεων, εντός των πλαισίων των γενικών κανόνων που διέπουν την οργάνωση και λειτουργία τους.

[...] 3. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής: Με την υπ' αριθμ. 127/29.3.2004 απόφασή του, το Δημοτικό Συμβούλιο του Δήμου Χ... ενέκρινε το Σχέδιο Κανονισμού Καθαριότητας και Οικοδομικών Εργασιών του Δήμου, το οποίο είχε υποβληθεί προς αυτό από την Δημορχιακή Επιτροπή με την υπ' αριθμ. 196/12.3.2004 απόφασή της. Με το άρθρο 40 του εγκριθέντος με την ως άνω απόφαση Κανονισμού απαγορεύθηκε η εκτέλεση των εξής οικοδομικών εργασιών για το χρονικό διάστημα από 15 Μαΐου έως 30 Σεπτεμβρίου κάθε έτους: γενικές εκσκαφές, εργασίες θεμελίωσης, σκυροδέτηση, τοιχοποιίες και επιχρίσματα, υδραυλικές και ηλεκτρολογικές εγκαταστάσεις, τοποθέτηση δαπέδων, πλακιδίων και μαρμάρων, πάσης φύσεως κατεδαφίσεις, εργασίες διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου που περιλαμβάνουν εκσκαφές και σκυροδέτηση, χρωματισμοί με χρήση ικτριωμάτων. Στο ίδιο άρθρο κα-

θορίσθηκαν οι περιοχές, εντός των ορίων των οποίων ισχύει η απαγόρευση εκτελέσεως των ανωτέρω εργασιών. Κατά τα οριζόμενα στο εν λόγω άρθρο, η ως άνω απαγόρευση θεσπίζεται για τις περιοχές εντός των ορίων των παραδοσιακών οικισμών του καθ' ου Δήμου (Χ..., Π..., Κ...), εντός των ορίων του εγκεκριμένου ρυμοτομικού σχεδίου Λ... Χ... και της παραλιακής ζώνης του Δήμου, όπως αυτή απεικονίζεται στα τοπογραφικά διαγράμματα κλίμακας 1/1500 που συνοδεύουν τον Κανονισμό καθώς και εντός των ορίων του οικισμού Α.... Περαιτέρω, σε ζώνη 500 μέτρων γύρω από το συνεκτικό τμήμα των παραδοσιακών οικισμών του Δήμου καθώς και σε ζώνη 200 μέτρων γύρω από το συνεκτικό τμήμα του οικισμού Α... απαγορεύθηκαν οι εργασίες γενικών εκσκαφών. Προσφυγή του αιτούντος σωματείου (υπ' αριθμ. πρωτ. 140/29.4.2004), με την οποία εξητείτο η ακύρωση του άρθρου 40 της υπ' αριθ. 127/2004 αποφάσεως του Δη-

μοτικού Συμβουλίου του Δήμου Χ..., απερίφραστη από την Επιτροπή του άρθρου 18 του Ν. 2218/1994 Περιφέρειας Κρήτης, με την δεύτερη των προσβαλλομένων αποφάσεων, με το σκεπτικό ότι «...κατά την ουσιαστική των πραγμάτων εκτίμηση και επιλογή του Δήμου Χ... ως ασκούντος την διοίκηση των τοπικών υποθέσεων του, υπήρχε ανάγκη προστασίας του περιβάλλοντος και λήψης μέτρων για την καθαριότητα και την εκτέλεση οικοδομικών εργασιών στην τουριστικά ανεπτυγμένη και ευαίσθητη περιοχή της Χ..., ανενκή εν προκειμένω βάσει των άρθρων 24, 22 και 25 του Συντάγματος...».

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, για την έκδοση της επίμαχης κανονιστικής απόφασης (127/2004), το Δημοτικό Συμβούλιο του καθ' ου Δήμου στηρίχθηκε στις διατάξεις των άρθρων 37 παρ. 1 εδ. β και 24 παρ. 1 εδ. ιε του τότε ισχύοντος Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα (Π.Δ. 410/1995 - Φ.Ε.Κ. Α' 231). Στις ανωτέρω διατάξεις ορίζονται τα εξής: Άρθρο 37: «1. Το δημοτικό ή το κοινοτικό συμβούλιο μπορεί να εκδίδει τοπικές κανονιστικές αποφάσεις με τις οποίες: α. ... β. Ρυθμίζονται θέματα κυκλοφορίας και στάθμευσης των οχημάτων, ειδικών όρων δόμησης, καθαριότητας, προστασίας των κατοίκων από την ηχορύπανση, προστασίας των θαλασσών από πηγές ξηράς, των υπόγειων και των επίγειων υδάτινων αποθεμάτων από τη ρύπανση ...». Άρθρο 24 «1. Η διοίκηση όλων των τοπικών υποθέσεων ανήκει στην αρμοδιότητα των δήμων και των κοινοτήτων, κύρια μέριμνα των οποίων αποτελεί η προαγωγή των κοινωνικών και οικονομικών συμφερόντων, καθώς και των πολιτιστικών και πνευματι-

κών ενδιαφερόντων των κατοίκων τους. Στην αρμοδιότητα των δήμων και των κοινοτήτων ανήκουν ιδίως: α) ... ιε) ο έλεγχος της τήρησης των διατάξεων που αφορούν την καθαριότητα, την κυκλοφορία και στάθμευση των οχημάτων, την οικοδόμηση, την ύδρευση, την άρδευση, την αποχέτευση, την ηχορύπανση, τη ρύπανση των θαλασσών από πηγές ξηράς, την προστασία των επίγειων και υπόγειων υδάτινων αποθεμάτων και την προστασία του περιβάλλοντος, ιστ) ...».

5. Επειδή, με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 37 παρ. 1 εδ. β του Π.Δ. 410/1995 προβλέπεται η έκδοση τοπικών κανονιστικών αποφάσεων από το δημοτικό ή το κοινοτικό συμβούλιο για την ρύθμιση των ειδικώς αναφερομένων στην διάταξη αυτή θεμάτων. Με το άρθρο αυτό, ωστόσο, δεν παρέχεται εξουσιοδότηση προς τα ως άνω όργανα για την θέσπιση ρυθμίσεως, όπως η επίμαχη του άρθρου 40 της προσβαλλομένης απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Χ..., με την οποία απαγορεύεται η εκτέλεση των προμνησθεισών οικοδομικών εργασιών, οι οποίες συνιστούν το σημαντικότερο τμήμα της σχετικής επαγγελματικής δραστηριότητας, εντός των ορίων των καθοριζομένων στην ίδια διάταξη περιοχών του Δήμου, για χρονικό διάστημα 4 1/2 μηνών τον χρόνο. Τούτο διότι, εν όψει της καθιερωμένης από το άρθρο 5 του Συντάγματος οικονομικής και επαγγελματικής ελευθερίας, η δυνατότητα θεσπίσεως, εκ μέρους της κανονιστικώς δρώσης διοικήσεως, μιας τέτοιας ρυθμίσεως, συνεπαγομένης τον ως άνω ουσιώδη περιορισμό της επαγγελματικής ελευθερίας, θα έπρεπε να προβλέπεται ρητώς ή, πάντως, να συνάγεται σαφώς α-

πό την εξουσιοδοτική διάταξη (πρβλ. ΣτΕ 253/2008 Ολ., 4342/2005, 986/2005, 2760/ 2003). Εξ άλλου, με τις διατάξεις του άρθρου 102 του Συντάγματος, όπως ισχύει μετά την αναθεώρησή του με το Ψήφισμα της 6.4.2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής (Φ.Ε.Κ. Α' 84), οι οποίες ορίζουν ότι η διοίκηση των τοπικών υποθέσεων ανήκει στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης (παρ. 1) και ότι οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης έχουν διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια (παρ. 2), δεν καθιερώνεται υπέρ των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης αυτονομία, εξουσία, δηλαδή, να θεσπίζουν αυτοτελώς κανόνες δικαίου, αλλά παρέχεται σε αυτούς μόνον αυτοδιοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξουσία να αποφασίζουν επί των τοπικών υποθέσεων με δικά τους όργανα, εντός των πλαισίων των γενικών κανόνων οι οποίοι διέπουν την

οργάνωση και λειτουργία τους (βλ. ΣτΕ 371/1985 Ολ., 1809/1983 Ολ., 3787/2001, 3923/ 2007). Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, η επίμαχη ρύθμιση της προσβαλλομένης αποφάσεως του Δημοτικού Συμβουλίου του καθ' ου Δήμου περί απαγορεύσεως εκτελέσεως οικοδομικών εργασιών έχει τεθεί καθ' υπέρβαση εξουσιοδοτήσεως. Για τον λόγο αυτό, βασίμως προβαλλόμενο, η υπό κρίση αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί το άρθρο 40 της υπ' αριθμ. 127/2004 αποφάσεως του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Χ...καθώς και η υπ' αριθμ. 5/17-5-2004 απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 18 του Ν. 2218/1994 Περιφέρειας Κρήτης, ενώ παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών προβαλλομένων λόγων ακυρώσεως.

Συμβούλιο της Επικρατείας (σε ολομέλεια) - Αριθ. 314/2007

Πρόεδρος: Γ. Παναγιωτόπουλος, (Αντιπρόεδρος Συμβουλίου Επικρατείας)

Δικαστές: Ν. Ντούβας, Ε. Γαλανού, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Ν. Σκλίας, Α. Θεοφιλοπούλου, Ν. Σακελλαρίου, Δ. Πετρούλιας, Ν. Ρόζος, Α. Γκότσης, Α. Ράντος, Ε. Δανδουλάκη, Ν. Μαρκουλάκης, Δ. Μαρινάκης, Μ. Καραμανάφ, Α. Σακελλαροπούλου, Δ. Αλεξανδρής, Μ. Κωνσταντινίδου, Γ. Σγουρόγλου, Α. Καραμιχαλέλης, Α. Βώρος, Κ. Ευστρατίου, Ε. Αναγνωστοπούλου, Γ. Ποταμιάς, Μ. Γκορτζολίδου, Ε. Νίκα, Ι. Γράβαρης, Ε. Αντωνόπουλος, Ι. Ζόμπολας, Σ. Μαρκάτης, Δ. Γρατσία (Σύμβουλοι), Α. Σδράκα, Χ. Λιάκουρας, (Πάρεδροι)

Δικηγόροι: Ευστ. Σερμιές, Θ. Ηλιάκης, (Νομικός Σύμβουλος του Κράτους), Θ. Ράπτης, (Πάρεδρος του Ν.Σ.Κ.)

Άρθρα: 4, 21 Σ, 63, 86 Ν. 1892/90

Σύνταξη πολύτεκνης μητέρας. Αν αποβιώσει η δικαιούχος της σύνταξης αυτή καταβάλλεται και στον πολύτεκνο πατέρα, λόγω της προστασίας της οικογένειας κατά το άρθρο 21 του συντάγματος και της εφαρμογής της αρχής της ισότητας. Η διάταξη του άρθρου 63 παρ. 6 του Ν. 1892/1990 αντίκειται στην ανωτέρω συνταγματική διάταξη. Αντίθετη μειοψηφία. Κατά των αποφάσεων του προϊσταμένου του κλάδου Οικογενειακών Επιδομάτων του ΟΓΑ ασκείται ενδικοφανής προσφυγή ενώπιον της Επιτροπής του ΟΓΑ, η απόφαση της οποίας προσβάλλεται με αίτηση ακύρωσης. Δεκτή η αίτηση ακύρωσης.

3. Επειδή, κατά το άρθρο 10 της Γ1α/440/7.2.1991 Κοινής Αποφάσεως των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Οικονομικών και Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων (ΦΕΚ Β' 90), «Αρμόδιο όργανο για την αναγνώριση του δικαιώματος στις παροχές που θεσπίζονται με τις διατάξεις του άρθρου 63 του Ν. 1892/1990, τον προσδιορισμό του ποσού αυτών και του χρόνου έναρξης και λήξης του δικαιώματος, καθώς και την ανάκληση, την αναστολή και την επαναχορήγηση της παροχής, ορίζεται ο Προϊστάμενος του Κλάδου Οικογενειακών Επιδομάτων του Ο.Γ.Α. ή ο νόμιμος αναπληρωτής αυτού.». Περαιτέρω, στο άρθρο 11 της ίδιας αποφάσεως ορίζεται ότι: «1. Κατά της πράξης του αρμοδίου για την χορήγηση των παροχών του άρθρου 63 του Ν. 1892/1990 οργάνου, επιτρέπεται η άσκηση ένστασης από τον ενδιαφερόμενο, ενώπιον Επιτροπής που εδρεύει στον Ο.Γ.Α. ... 2. Η ένσταση ασκείται μέσα σε προθεσμία (2) μηνών από την ημερομηνία της κοινοποιήσεως της προσβαλλόμενης πράξης, παραδίδεται δε ή στέλνεται στον Ανταποκριτή του Ο.Γ.Α. που υποβλήθηκε η αρχική αίτηση για την χορήγηση των παροχών». Από τις διατάξεις αυτές συνάγεται ότι οι αποφάσεις του Προϊσταμένου του Κλάδου Οικογενειακών Επιδομάτων του Ο.Γ.Α., που αφορούν στις παροχές, οι οποίες προβλέπονται από το άρθρο 63 του Ν. 1892/1990, υπόκεινται σε ενδικοφανή προσφυγή ενώπιον της προβλεπόμενης από το άρθρο 11 της παραπάνω αποφάσεως επιτροπής. Ως εκ τούτου, μόνη παραδεκτώς προσβαλλόμενη με αίτηση ακυρώσεως είναι η επί της ενστάσεως εκδιδόμενη απόφαση της Επιτροπής, ή, σε περίπτωση παρελεύσεως από της υποβο-

λής της απράκτου τριμήνου, μη τασσομένης εκ του νόμου άλλης προθεσμίας, η τεκμαιρόμενη απόρριψή της. Ήδη, όμως, εν προκειμένω, με την κρινόμενη αίτηση παραδεκτώς συμπεροσβάλλεται και η 524/14.11.2003 απόφαση της Επιτροπής Εκδικάσεως Ενστάσεων, εκδοθείσα εκκρεμούσης της ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως, με την οποία απερρίφθη και ρητώς η ασκηθείσα ένσταση του αιτούντος κατά της ως άνω πράξεως του Προϊσταμένου του Κλάδου Οικογενειακών Επιδομάτων του Ο.Γ.Α. Αντιθέτως, απαραδέκτως στρέφεται η υπό κρίση αίτηση κατά της 200405/17.3.2003 αρχικής απορριπτικής πράξεως του Ο.Γ.Α., η οποία, ως υποκειμένη σε ενδικοφανή προσφυγή, δεν μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς με αίτηση ακυρώσεως καθώς έχει ενσωματωθεί τόσο στην ως άνω τεκμαιρόμενη σιωπηρά απόρριψη, όσο και στην, τελικώς, εκδοθείσα ρητή απορριπτική απόφαση.

4. Επειδή στο άρθρο 4 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «1. Οι Έλληνες είναι ίσοι ενώπιον του νόμου. 2. Οι Έλληνες και οι Ελληνίδες έχουν ίσα δικαιώματα και υποχρεώσεις ...». Στο δε άρθρο 21 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «1. Η οικογένεια ως θεμέλιο της συντήρησης και προαγωγής του Έθνους, καθώς και ο γάμος, η μητρότητα και η παιδική ηλικία τελούν υπό την προστασία του Κράτους. 2. Πολύτεκνες οικογένειες, ..., έχουν δικαίωμα ειδικής φροντίδας από το Κράτος. ... 5. (προσθεθείσα με το Ψήφισμα της 6-4-2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής). Ο σχεδιασμός και η εφαρμογή δημογραφικής πολιτικής, καθώς και η λήψη όλων των αναγκαίων μέτρων αποτελούν υποχρέωση του Κράτους». Εξάλλου, στο άρθρο πρώτο του Ν. 1910/1944 «περί κωδικοποιήσεως

και συμπληρώσεως της νομοθεσίας περί προστασίας πολυτέκνων» (Α' 299), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 860/1978 (Α' 2), ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «1. Πολύτεκνοι υπό την έννοιαν του παρόντος νόμου είναι οι γονείς οι έχοντες τέσσερα τουλάχιστον ζώντα τέκνα εκ νομίμου γάμου ή νομιμοποιηθέντα ή νομίμως αναγνωρισθέντα, εφ' όσον τα μεν θήλεα είναι άγαμα ή διατελούν εν διαζεύξει ή εν χηρεία και συντηρούνται υπό τινος των γονέων των, τα δε άρρενα εφ' όσον είναι ανήλικα. ... 7. Εν περιπτώσει θανάτου της μητρός ή εν περιπτώσει καθ' ήν κατέστη αυτή εξ ουιουδήποτε λόγου ανίκανος τελείως προς πάσαν εργασία, ο σύζυγος θεωρείται πολύτεκνος εφ' όσον έχει τρία τουλάχιστον ζώντα τέκνα, υπαγόμενα εις τινα των ανωτέρω περιπτώσεων». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο. 63 του Ν. 1892/1990 «Μέτρα για το δημογραφικό πρόβλημα», στην μητέρα που αποκτά τρίτο τέκνο χορηγείται επί τριετία μηνιαίο επίδομα (παρ. 1). Εξ άλλου, επίδομα χορηγείται και στην μητέρα που θεωρείται πολύτεκνη κατά τον Ν. 1910/1944, εφ' όσον η ηλικία των αγάμων τέκνων της δεν υπερβαίνει το 23ο έτος (παρ. 3, όπως ισχύει τροποποιηθείσα με την παρ. 2 άρθρ. 39 Ν. 2459/1997, Α' 17). Στην παρ. 4 του αυτού άρθρ. 63 του Ν. 1892/1990 ορίζεται ότι «Στην μητέρα που δεν δικαιούται πλέον το επίδομα της προηγούμενης παραγράφου χορηγείται ισόβια σύνταξη ίση προς το τετραπλάσιο του ημερομισθίου του ανειδίκευτου εργάτη . . .» και στην παρ. 5 ότι «Τα επιδόματα των προηγούμενων παραγράφων καταβάλλονται στη μητέρα ανεξάρτητα από κάθε άλλο επίδομα, μισθό, σύνταξη, αμοιβή, αποζημίωση κ.λπ.». Τέλος, στην παρ.

6 του ανωτέρω άρθρ. 63 του Ν. 1892/1990 ορίζεται ότι «Σε περίπτωση οριστικής διακοπής της συγκατοίκησης των παιδιών με τη μητέρα λόγω υπαιτίου εγκατάλειψής τους από αυτήν ή λόγω θανάτου της, τα επιδόματα των παρ. 1, 2 και 3 αυτού του άρθρου καταβάλλονται σε όποιον έχει την κύρια ή αποκλειστική ευθύνη διατροφής των παιδιών. Η χορήγηση της σύνταξης της παρ. 4 αυτού του άρθρου αποκλείεται σε περίπτωση προηγούμενης υπαιτίου εγκατάλειψης των παιδιών. Η χορήγηση της σύνταξης της παρ. 4 αυτού του άρθρου αποκλείεται σε περίπτωση προηγούμενης υπαιτίου εγκατάλειψης των παιδιών από τη μητέρα». Κατ' επίκληση εξουσιοδότησεως, που περιέχεται στην παρ. 7 του προαναφερθέντος άρθρου 63 του Ν. 1892/1990, εκδόθηκε η Γ1α/440/7.2.1991 κοινή απόφαση των Υπουργών Εθνικής Οικονομίας, Οικονομικών και Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων (Β' 90). Με την απόφαση αυτή, η οποία κυρώθηκε και απέκτησε ισχύ νόμου από τότε που ίσχυσε, με την διάταξη του άρθρου 18 παρ. 9 του Ν. 2008/1992 (Α' 16), ως αρμόδιος φορέας για την εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 63 του Ν. 1892/1990 ορίσθηκε «ο Οργανισμός Γεωργικών Ασφαλίσεων (Ο.Γ.Α.), που ενεργεί ως εντολοδόχος του Υπουργείου Υγείας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων» (άρθρο 1 παρ. 1), προβλέφθηκε δε ότι, για την αντιμετώπιση των σχετικών δαπανών, ο Ο.Γ.Α. επιχορηγείται από τον κρατικό προϋπολογισμό (άρθρο 1 παρ. 2). Εξάλλου, στην εισηγητική έκθεση του Ν. 1892/1990 και στα σχετικά πρακτικά συνεδριάσεων της Βουλής αναφέρεται ότι το δημογραφικό πρόβλημα συνιστά το πρώτο εθνικό πρό-

βλημα με σοβαρές οικονομικές και κοινωνικές επιπτώσεις, η αλλαγή δε των δημογραφικών δεδομένων αποτελεί την βάση για την οικονομική ανάπτυξη της Χώρας, ενώ ως κίνητρο, προς την κατεύθυνση αυτή, θεσπίζεται η χορήγηση των προπεριγραφεισών παροχών, οι οποίες καταβάλλονται ανεξάρτητα από κάθε άλλο επίδομα, μισθό, σύνταξη, αμοιβή ή αποζημίωση.

5. Επειδή, η διάταξη της παρ. 6 άρθρ. 63 Ν. 1892/1990, καθ' ο μέρος με αυτήν δεν προβλέπεται ότι σε περίπτωση θανάτου της δικαιούχου της ισοβίας συντάξεως μητέρας, την σύνταξη δύναται να λάβει ο επιζών σύζυγός της, ο οποίος είχε την μετά τον θάνατο ευθύνη διατροφής των τέκνων, δεν είναι σύμφωνη με τις παραπάνω συνταγματικές διατάξεις. Τούτο δε διότι το άρθρο 21 του Συντάγματος επιβάλλει την προστασία της πολύτεκνης οικογένειας, την οποία αποτελούν, πλην των τέκνων, και οι δύο σύζυγοι. Συνεπώς, δεν είναι συνταγματικώς ανεκτό να χορηγείται μόνον στον έναν από τους συζύγους (στην μητέρα) παροχή, υπό την ιδιότητα του πολύτεκνου συζύγου, σε περίπτωση δε θανάτου να μην λαμβάνει ο επιζών την παροχή αυτή, απομειωμένης, με τον τρόπο αυτόν, της προς την πολύτεκνη οικογένεια προστασίας, εφ' όσον και οι δύο σύζυγοι αποτελούν μέλη της συνταγματικώς προστατευομένης οικογενείας. Εξ άλλου, σύμφωνα και με την εισηγητική έκθεση του Ν. 1892/1990, οι παροχές του νόμου αυτού, δηλαδή τόσο το επίδομα, όσο και η ισόβια σύνταξη, έχουν προσέτι, τον χαρακτήρα κινήτρου προς τους νέους γονείς για την δημιουργία πολύτεκνων οικογενειών, με στόχο την αντιμετώπιση του οξέος δημογραφικού προβλήματος

της Χώρας. Η δε χορήγηση της συντάξεως αποτελεί επί πλέον κίνητρο προς τους γονείς, δεδομένου, ότι η οικονομική ενίσχυση προς αυτούς δεν θα παύσει να χορηγείται, λόγω της ηλικίας των τέκνων. Συνεπώς, για να είναι πλήρης και λυσιτελής η συνταγματικώς επιβαλλόμενη προστασία της πολύτεκνης οικογένειας, η ισόβια σύνταξη θα πρέπει να καταβάλλεται και στον επιζώντα σύζυγο (πατέρα), σε περίπτωση θανάτου της συζύγου του. Αν και κατά την γνώμη των Συμβούλων Ε. Γαλανού, Αγγ. Θεοφιλοπούλου, Αν. Γκότση, Μ. Καραμανώφ, Γ. Σγουρόγλου, Γ. Ποταμιά, Ε. Νίκα και Ι. Ζόμπολα εκ των διατάξεων του Ν. 1892/90 προκύπτει η διάκριση μεταξύ του επιδόματος, ως οικονομικής ενισχύσεως προς την πολύτεκνη οικογένεια μέχρις ενηλικίωσεως των τέκνων αυτής, και της συντάξεως, ως οικονομικής ενισχύσεως προς τον πολύτεκνο γονέα μετά την ενηλικίωση των τέκνων του. Περαιτέρω, εκ της παρ. 4 του άρθρου 63 του Ν. 1892/90, η οποία ρητώς θεσπίζει ως προϋπόθεση συνταξιοδοτήσεως της μητέρας, την υπ' αυτής λήψη του επιδόματος, συνάγεται ότι σκοπός του νόμου είναι η προστασία της μητρότητας, κατά το άρθρο 21 του Συντάγματος, όχι δε η παροχή κινήτρων προς τους γονείς για τη δημιουργία πολύτεκνης οικογενείας. Τούτο δε διότι, με την αντίθετη εκδοχή, η σύνταξη θα έπρεπε να χορηγείται εις αμφοτέρους τους γονείς εις ολόκληρον η κατ' ισομοιρίαν, αφού η διάκριση μεταξύ μητρός και πατρός, όσον αφορά στη δημιουργία πολύτεκνης οικογενείας, δεν αντίκειται στο άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος.

Τριμελές Διοικητικό Εφετείο Αθηνών (17ο τμήμα) - Αριθ. 19/2008

Πρόεδρος: Γεώργιος Κωστάκης (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Αριστείδης Γκάγκαρης (Εφέτης), Ζαφειρία Γιαλελή (Εφέτης-Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Ιωάννης Ιωαννίδης, Σταυρούλα Τρεκλή (Δικαστική Αντιπρόσωπο του Ν.Σ.Κ.)

Άρθρα: 94 Συντ., Ν. 1406/1983, 12 Ν. 2717/1999 (Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας), Ν. 2731/1999.

Διοικητικές συμβάσεις – Διαφορές που πηγάζουν από διοικητική σύμβαση και ανάγονται στο κύρος, την ερμηνεία και την εκτέλεση αυτής, υπάγονται στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων. Προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως διοικητικής: Ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη πρέπει να είναι το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου. Επίσης να επιδιώκεται με τη σύναψη της σύμβασης η ικανοποίηση δημοσίου σκοπού. Τέλος, πρέπει το Δημόσιο ή το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου να βρίσκεται σε υπερέχουσα θέση έναντι του αντισυμβαλλόμενου μέρους.

Επειδή το Σύνταγμα (Α' 84/18-4-01), όπως αναθεωρήθηκε με το Ψήφισμα της 6ης Απριλίου 2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων, ορίζει στο άρθρο 94 ότι "1. Στο Συμβούλιο της Επικρατείας και τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια υπάγονται οι διοικητικές διαφορές, όπως νόμος ορίζει, με την επιφύλαξη των αρμοδιοτήτων του Ελεγκτικού Συνεδρίου. 2. Στα πολιτικά δικαστήρια υπάγονται όλες οι ιδιωτικές διαφορές, καθώς και οι υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας, όπως νόμος ορίζει". Περαιτέρω, ο Ν. 1406/1983 "Ολοκλήρωση της δικαιοδοσίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, συγκρότηση Γενικής Επιτροπείας της Επικρατείας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων και ρύθμιση μερικών άλλων θεμάτων" (Α' 182) ορίζει στο άρθρο 1 ότι "1. Υπάγονται στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων όλες οι διοικητικές διαφορές ουσίας που δεν έχουν μέχρι σήμερα υπαχθεί σ' αυτή. 2. Στις διαφορές αυτές περιλαμβάνονται ιδίως αυτές που αναφέρονται κατά την εφαρμογή της νομοθεσίας που αφορά: α).... ι) τις διοικητικές συμβάσεις, ια)....". και ο Κώδικας Διοικη-

τικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, Α' 97) ορίζει στο άρθρο 12 ότι "1. Το δικαστήριο εξετάζει και αυτεπαγγέλτως τη δικαιοδοσία και την αρμοδιότητά του. 2. Αν το δικαστήριο διαπιστώσει ότι η υπόθεση υπάγεται στα πολιτικά-ποινικά δικαστήρια, απορρίπτει το σχετικό ένδικο βοήθημα ή μέσο...». Από τις παραπάνω διατάξεις συνάγεται ότι στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων υπάγονται, μεταξύ άλλων, και οι διαφορές που αναφέρονται κατά την εφαρμογή της νομοθεσίας των διοικητικών συμβάσεων, δηλαδή εκείνες οι διαφορές που προέρχονται από διοικητική σύμβαση και ανάγονται στο κύρος, την ερμηνεία και την εκτέλεση αυτής ή σε οποιαδήποτε παρεπόμενη της σύμβασης αυτής αξίωση. Εξάλλου, διοικητική είναι μία σύμβαση εάν συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις: α) Ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη είναι το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, β) με τη σύναψη της σύμβασης επιδιώκεται η ικανοποίηση σκοπού τον οποίο ο νόμος έχει αναγάγει σε δημόσιο σκοπό και γ) το Ελληνικό Δημόσιο ή το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου βρί-

σκειται σε υπερέχουσα θέση απέναντι στο αντισυμβαλλόμενο μέρος, είτε βάσει του κανονιστικού καθεστώτος που διέπει τη σύμβαση, είτε βάση ρητρών που προβλέπονται κανονιστικά και έχουν περιληφθεί στη σύμβαση, αποκλίνουν δε από το κοινό δίκαιο, είτε από τους όρους της οικείας διακήρυξης ή από το ίδιο το περιεχόμενο της συμβάσεως (βλ. ΑΕΔ 6/2007, 12/2007, 14/2007, 3/1999, ΣτΕ 3869/2005, 3144/2005, 4242/2005, 3106/2002 κ.α.).

Επειδή, περαιτέρω, με τις διατάξεις του Ν. 2731/1999 «Ρύθμιση θεμάτων Διμερών Κρατικής Αναπτυξιακής Συνεργασίας και Βοήθειας, ρύθμιση θεμάτων Μη Κυβερνητικών Οργανώσεων και άλλες διατάξεις» (Φ. Α 138) ορίζεται το Υπουργείο Εξωτερικών αρμόδιο για το συντονισμό των δράσεων που εκτελούνται από Μη Κυβερνητικές Οργανώσεις (Μ.Κ.Ο.) και που αποβλέπουν σε αναπτυξιακούς σκοπούς ή στην παροχή επείγουσας ανθρωπιστικής ή επισιτιστικής βοήθειας σε περίπτωση φυσικών καταστροφών ή άλλων έκτακτων καταστάσεων. Ειδικότερα, με τις διατάξεις του άρθρου 18 του πιο πάνω νόμου συστάθηκε ως ανεξάρτητη υπηρεσία του Υπουργείου Εξωτερικών η Υπηρεσία Διεθνούς Αναπτυξιακής Συνεργασίας (Υ.Δ.Α.Σ.) με γενική αρμοδιότητα την εποπτεία, συντονισμό και προώθηση των δράσεων και προγραμμάτων επείγουσας ανθρωπιστικής ή άλλης μορφής βοήθειας, καθώς βοήθειας αναδιάρθρωσης και αποκατάστασης των αναπτυσσόμενων χωρών που προωθούνται μέσω Μ.Κ.Ο. Στα πλαίσια αυτά η Υπηρεσία αυτή προτείνει την ανάληψη πρωτοβουλιών σε αναπτυσσόμενες χώρες μέσω της συμμετοχής Μ.Κ.Ο ή άλλων συναφών φορέων, εισηγείται προτάσεις για τη συγ-

κέντρωση της διμερούς αναπτυξιακής βοήθειας που προωθείται μέσω Μ.Κ.Ο. σε συγκεκριμένες χώρες και διαχειρίζεται το σύνολο των πόρων της αναπτυξιακής συνεργασίας που εγγράφονται για το σκοπό αυτό στον προϋπολογισμό του Υπουργείου Εξωτερικών. Με τις διατάξεις των άρθρων 5 επόμενου ίδιου νόμου ρυθμίζονται θέματα συμβάσεων προμηθειών και παροχής υπηρεσιών, προβλέπεται δε σύναψη σχετικής σύμβασης, ανάλογα με το ύψος προϋπολογισμού του προγράμματος (π.χ. μέχρι 200.000 ευρώ μετά από πρόσκληση ενδιαφέροντος ή με απευθείας ανάθεση) είτε, για μεγαλύτερα ποσά, με εφαρμογή των κειμένων διατάξεων. Τέλος, με τις διατάξεις του Π.Δ. 224/2000 « Για την οργάνωση, στελέχωση και λειτουργία της Υπηρεσίας Διεθνούς Αναπτυξιακής Συνεργασίας (Υ.Δ.Α.Σ.) ...», που εκδόθηκε σε εκτέλεση του άρθρου 18 παρ. 5 του πιο πάνω νόμου, προβλέπεται ότι η Υ.Δ.Α.Σ. (με τις επί μέρους Διευθύνσεις της, στις οποίες αντιστοιχούν επί μέρους αρμοδιότητες) είναι αρμόδια για όλες τις δράσεις, προγράμματα ή οποιασδήποτε άλλης μορφής έκτακτη βοήθεια που αποφασίζεται να σταλεί σε χώρες, επεξεργάζεται τα υποβαλλόμενα από τις Μ.Κ.Ο. προγράμματα, για την αξιολόγηση των Μ.Κ.Ο. και την εγγραφή τους στο «Ειδικό μητρώο των Μ.Κ.Ο.», που είναι αναγκαία προϋπόθεση για την χρηματοδότηση τους, για την προκήρυξη σχετικών διαγωνισμών (όπου απαιτείται) και για την σύναψη των σχετικών συμβάσεων και έχει σαν βασικό στόχο τη βελτίωση της συμμετοχής ελληνικών Μ.Κ.Ο. σε προγράμματα διμερούς αναπτυξιακής συνεργασίας και ανθρωπιστικής βοήθειας, καθώς και τη στήριξη και ενίσχυση των

ελληνικών Μ.Κ.Ο. που συμμετέχουν σε προγράμματα Ε.Ε. Για την έγκριση και χρηματοδότηση δράσεων και προγραμμάτων Μ.Κ.Ο. ή άλλων συναφών φορέων και αναπτυξιακών δικτύων, είναι αναγκαίο να υποβληθεί στην Υ.Δ.Α.Σ. ο πλήρης φάκελος της προς χρηματοδότηση

δράσης ή προγράμματος. (άρθρ. 2, 9, 10, 13 του Π.Δ. 224/2000). Μετά την έγκριση του αιτήματος χρηματοδότησης υπογράφεται σύμβαση, ανάμεσα στην Υ.Δ.Α.Σ. και την Μ.Κ.Ο, και καταβάλλεται η πρώτη δόση του συνολικού ύψους της επιχορήγησης. (άρθρ. 25 Π.Δ. 224/2000).

Τριμελές Διοικητικό Εφετείο Λάρισας (Α' Τμήμα) - Αριθ. 153/2007

Πρόεδρος: Κωνσταντίνος Αναγνώστου (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Γεωργία Σακαρέλλου (Εφέτης), Ζαφειρία Γιαλελή (Εφέτης-Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Πάυλος Μαουσιδής, Αλέξανδρος Παπαναστασίου, Βασίλειος Κορκίζογλου, (Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.)

Άρθρα: 4Ν. 1418/1984 όπως τροποποιήθηκε με τον Ν. 222/9/1994, 10 Π.Δ. 609/1985 όπως ισχύει μετά το Π.Δ. 286/1994, παρ. 1 άρθ. 8 Ν. 1418/1984 όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 αρθ. 4 Ν. 2372/1996, παρ. 3 αρθρ. 30 Π.Δ. 609/1985 όπως τροποποιήθηκε με το 17 του Π.Δ. 218/1999.

Προσφυγή κοινοπραξίας (αναδόχου έργου) με σκοπό την ακύρωση τεκμαιρόμενης σιωπηρής απόρριψης από τον αρμόδιο Υπουργό αίτησης θεραπείας της, με θέμα αμοιβή μελέτης έργου.

Κατάργηση της δίκης κατά ένα μέρος, Απόρριψη της προσφυγής κατά τα λοιπά.

Το σύστημα προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή έργου με κατ' αποκοπή εργολαβικό αντίλλαγμα, αποτελεί ιδιόζοντα τρόπο καθορισμού αυτού, με προέχον στοιχείο την παρεχόμενη ελευθερία στον ανάδοχο του έργου, ως προς τη διαμόρφωση της προσφοράς του. Κατά την εφαρμογή του συστήματος αυτού ο ανάδοχος έχει πλήρη ελευθερία στη διαμόρφωση της προσφοράς του, συμπεριλαμβανομένης και της αμοιβής μελέτης, μη δεσμευόμενος από τις ισχύουσες διατάξεις περί αμοιβών μηχανικών για τη σύνταξη μελετών. (Π.Δ. 696/1974). Μπορεί δε να επιλέξει τον υπολογισμό της αμοιβής του (κατά την υποβολή της προσφοράς του), είτε κατ' αποκοπή, είτε με βάση τις διατάξεις του Π.Δ. 696/974, ενώ μπορεί να επιλέξει και μεταγενέστερα, όταν υπάρξει ανάγκη τροποποίησης της μελέτης, μετά την σύμβαση ανάθεσης, χωρίς υπαιτιότητα του σε συμφωνία με τον ανάδοχο του έργου.

Επειδή, ο Ν. 1418/1984 (φ. 23Α') που διέπει το ένδικο δημόσιο έργο, όπως ισχύει μετά τις τροποποιήσεις του με το Ν. 2229/1994 (Α 138), ορίζει στο άρθρο 4 ότι «1. Τα δημόσια έργα κατασκευάζονται: α)...β)...2. Τρόποι επιλογής της εργοληπτικής επιχείρησης για την κατασκευή του έργου είναι: α) Η ανοικτή δημοπρασία... β) Η δημοπρασία με προεπιλογή... γ) Η απ' ευθείας ανάθεση ή διαγωνισμός μετα-

ξύ περιορισμένου αριθμού προσκαλούμενων εργοληπτικών επιχειρήσεων... 3. Η ανάθεση της κατασκευής γίνεται με βάση τη σχετική μελέτη. Ο προϋπολογισμός της Υπηρεσίας, με τον οποίο δημοπρατείται το έργο, καταρτίζεται με βάση τις εγκεκριμένες Αναλύσεις Τιμών, στις οποίες εφαρμόζονται οι βασικές τιμές υλικών και ημερομισθίων που έχουν διαπιστωθεί από την Επιτροπή Διαπίστωσης Τιμών Δημο-

σίων Έργων...4). Η διακήρυξη για την δημοπράτηση καθορίζει το σύστημα υποβολής των προσφορών. Συστήματα υποβολής προσφορών είναι: α)...β)...γ)...δ)...ε) Η προσφορά που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή με κατ’ αποκοπή εργολαβικό αντάλλαγμα για το έργο ολόκληρο ή κατά τμήματα. Στο σύστημα αυτό αξιολογείται πρώτα η ποιότητα της προσφοράς (μελέτη) και στη συνέχεια εξετάζεται η οικονομική προσφορά...». Περαιτέρω, με τις διατάξεις του άρθρου 10 του π.δ/τος 609/1985 (ΦΕΚ Α’, 223) «Κατασκευή Δημοσίων Έργων», όπως αυτές ισχύουν μετά την αντικατάστασή τους με τις διατάξεις του Π.Δ. 286/1994 (Α 148), ορίζεται ότι: «1. Για την επιλογή του συστήματος προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή απαιτείται αιτιολογημένη γνώμη του οικείου Τεχνικού Συμβουλίου της αρμόδιας Προϊσταμένης Αρχής, με τη συμμετοχή στη σύνθεση του και εκπροσώπου των Εργοληπτικών Οργανώσεων. Το σύστημα προσφοράς μελέτης και κατασκευής εφαρμόζεται στις περιπτώσεις έργων που επιδέχονται ειδικούς τρόπους κατασκευής ή μεθόδους που καλύπτονται από τεχνογνωσίες ή άλλα κατοχυρωμένα δικαιώματα ή στα έργα με ιδιομορφίες ως προς τον τρόπο και τις φάσεις κατασκευής τους ή αν κρίνεται σκόπιμος ο συνδυασμός βελτίωσης ή ολοκλήρωσης ή αναθεώρησης υπάρχουσας μελέτης της Υπηρεσίας με την κατασκευή ή αναζήτηση εναλλακτικών λύσεων. Κατά την εφαρμογή του συστήματος αυτού μπορεί με τη διακήρυξη να ζητείται από τους συναγωνιζόμενους, εκτός από την οικονομική τους προσφορά, η συμπλήρωση ή σύνταξη μελετών, ο προσδιορισμός τεχνολογικών χαρακτηριστικών και προδιαγραφών επί μέρους

στοιχείων του έργου ή η υποβολή προτάσεων-λύσεων σε δεδομένο τεχνικό πρόβλημα...2. Απαραίτητη προϋπόθεση για την επιλογή του συστήματος προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή πέρα από τα οριζόμενα στην προηγούμενη παράγραφο, είναι η ύπαρξη εγκεκριμένης Προμελέτης και Οικονομοτεχνικής Μελέτης της Υπηρεσίας για τον καθορισμό του προϋπολογισμού Υπηρεσίας. Τα τεύχη δημοπράτησης περιλαμβάνουν μεταξύ των άλλων «Κανονισμό μελετών Έργου» και «Πρότυπα Κατασκευής Έργου», ...Οι διαγωνιζόμενοι υποβάλλουν στη δημοπρασία τουλάχιστον Προμελέτη όλων των απαραίτητων έργων ή Οριστική Μελέτη προκειμένου για κτιριακά έργα...3. Η οικονομική προσφορά περιλαμβάνει το εργολαβικό αντάλλαγμα κατ’ αποκοπή για ολόκληρο το έργο ή για τμήματα του έργου. Με την διακήρυξη μπορεί να ζητείται και συμπλήρωση Τιμολογίου από το διαγωνιζόμενο, προκειμένου να πιστωθεί ο βαθμός προετοιμασίας της οικονομικής προσφοράς ή να αποτιμηθούν τυχόν διαφοροποιήσεις που ενδεχόμενα προκύψουν από την υπηρεσία ή από απρόβλεπτες περιστάσεις». Οι διατάξεις δε της παραγράφου 3 του άρθρου 30 του ίδιου Π. Δ/τος, όπως ισχύουν μετά την τροποποίησή τους με το άρθρο 17 του Π.Δ. 218/1999 (ΦΕΚ Α 187), ορίζουν ότι: «Αν υπάρχει ανάγκη τροποποίησης της μελέτης, μετά την υπογραφή της σύμβασης κατασκευής του έργου, για την εκτέλεση συμπληρωματικών εργασιών, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 8 του Ν. 1418/1984, όπως αυτή αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου τέταρτου του Ν. 3272/1996 (ΦΕΚ 29Α), χωρίς υπαιτιότητα του μελετητή... μπορεί να ανατεθούν οι τροποποιή-

σεις αυτές στον ίδιο μελετητή και να συμφωνηθεί με αυτόν η αποζημίωση του κατ' αποκοπή ή με απολογισμό των δαπανών του ή με βάση τις διατάξεις του Π.Δ. 696/1974 (ΦΕΚ 301Α), όπως κάθε φορά ισχύει...» Από τις παραπάνω διατάξεις συνάγεται ότι το σύστημα προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή με κατ' αποκοπή εργολαβικό αντάλλαγμα αποτελεί ιδιάζοντα τρόπο καθορισμού του εργολαβικού ανταλλάγματος, με προέχουσα σημασία στην παρεχόμενη ελευθερία στον ανάδοχο ως προς την διαμόρφωση της προσφοράς του (πρβλ. ΣΤΕ 1347/2001, 484/2003, 2214/2005). Με την έννοια αυτή, στην περίπτωση εφαρμογής του συστήματος προσφοράς που περιλαμβάνει μελέτη και κατασκευή κατ' αποκοπή ο ανάδοχος έχει πλήρη ελευθερία στην διαμόρφωση της προσφοράς του, συμπεριλαμβανομένης και της αμοιβής μελέτης, μη δεσμευόμενος από τις διατάξεις του Π.Δ. 696/1974 «περί αμοιβών μηχανικών δια την σύνταξιν μελετών κλπ. (Α 301)». Αντίθετα, μπορεί να επιλέξει ο ίδιος, κατά την υποβολή της προσφοράς του, τον υπολογισμό της αμοιβής αυτής είτε κατ' αποκοπή είτε με βάση τις διατάξεις του Π.Δ. 696/1974, ενώ μπορεί να επιλέξει αυτό και μεταγενέστερα, όταν προκύψει ανάγκη τροποποίησης της μελέτης μετά την υπογραφή της σύμβασης, χωρίς υπαιτιότητα του, σε συμφωνία πάντως με τον κύριο του έργου, που πρέπει να προκύπτει, κατά τα ανωτέρω (άρθρ. 30 παρ. 3 Π.Δ. 606/1974).

Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το Δικαστήριο κρίνει ότι ορθά υπολόγισε η Διευθύνουσα Υπηρεσία την ΝΤ2 πρόσθετη αμοιβή μελέτης σε 313.481, 34 Ευρώ, λαμβάνοντας ως βάση το ποσοστό 4% του συμβατικού οικονομικού αντικειμένου, ό-

πως προκύπτει από το άρθρο 1 του τιμολογίου μελέτης του έργου, κατά τα ανωτέρω, και την αναλογία της μελέτης εφαρμογής έναντι της οριστικής μελέτης, καθώς και την έκταση των τροποποιήσεων της νέας οριστικής μελέτης, σε συνδυασμό με το σύστημα προσφοράς (βλ. σχετ. αναλυτικό προσδιορισμό αμοιβής μελέτης στην Ανάλυση τιμών που συνοδεύει το 1ο Π.Κ.Τ.Μ.Ν.Ε. του έργου) και, ενόψει μη ειδικότερης αμφισβήτησης προς τους υπολογισμούς αυτούς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά παραπάνω. Ειδικά δε εκείνοι που αναφέρονται σε μη νόμιμη εφαρμογή στην ένδικη περίπτωση των διατάξεων του άρθρου 43 του Π.Δ. 609/1985 πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι ειδικά για το λόγο ότι στο Τιμολόγιο Μελέτης, που συνοδεύει την σύμβαση και προαναφέρεται, γίνεται συγκεκριμένη αναφορά και παραπομπή στις διατάξεις του Π.Δ. 286/1994 (που αποτελεί τροποποίηση του άρθρου 43 παρ. 3 περίπτ. Α του Π.Δ. 609/1985) και αναφέρεται δεσμευτικά στα ποσοστά των αντίστοιχων εργασιών, μεταξύ των οποίων και η αμοιβή μελέτης εφαρμογής, προβλέπεται δε από τις τελευταίες αυτές διατάξεις αναλογική σύνταξη νέων τιμών βάσει ομοειδών τιμών του εγκεκριμένου συμβατικού τιμολογίου.

Επειδή, μετά από αυτά, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη προσφυγή, ως αβάσιμη στο σύνολό της, να καταπέσει δε το καταβληθέν παράβολο υπέρ του Δημοσίου. Περαιτέρω, το Δικαστήριο, κατ' εκτίμηση των προαναφερόμενων περιστάσεων, κρίνει ότι πρέπει να απαλλαγεί η προσφεύγουσα των δικαστικών εξόδων (άρθρ. 275 παρ. 1 Κ.Δ.Δ.)

Τριμελές Διοικητικό Εφετείο Λάρισας (Α' Τμήμα-Ακυρωτική διαδικασία) - Αριθ. 7/2006

Πρόεδρος: Κωνσταντίνος Αναγνώστου, (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Σπυριδούλα Δεγαΐτα, (Εφέτης), Ζαφειρία Γιαλελή, (Εφέτης-Εισηγήτρια)

Δικηγόρος: Νικόλαος Αλεξίου

Άρθρα: 109 Ν. 1188/1981 όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το 66 Ν. 1416/1984, 26 Ν. 2130/1993, 8 Ν. 2307/1995.

Αίτηση ακύρωσης απόφασης Δημάρχου, με την οποία αποφασίστηκε η απόσπαση της αιτούσας, αίτηση η οποία γίνεται δεκτή από το δικαστήριο.

Γίνεται δεκτό από το δικαστήριο, ότι, κατ' εξαίρεση, είναι δυνατόν με αιτιολογημένη απόφαση του οικείου Δημάρχου να αποφασιστεί η απόσπαση δημοτικού υπαλλήλου σε άλλη θέση, για μικρό χρονικό διάστημα και για λόγους έκτακτης υπηρεσιακής ανάγκης. Πρέπει η σχετική απόφαση απόσπασης του Δημάρχου να αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς ως προς την έκτακτη υπηρεσιακή ανάγκη που θα καλύψει ο αποσπώμενος. Επίσης πρέπει να ανατίθενται καθήκοντα στον αποσπώμενο εντός του ιδίου κλάδου με βάση τις σχετικές διατάξεις που προβλέπουν την οργανική ένταξη των υπαλλήλων σε κλάδους.

Επειδή, με τις διατάξεις του άρθρου 109 του Ν. 1188/1981 «Κώδικας Προσωπικού ΟΤΑ» (ΦΕ Α 204), όπως ισχύουν, μετά την αντικατάστασής τους με τις διατάξεις του άρθρου 66 του Ν. 1416/1984 (ΦΕΚ Α 18), του άρθρου 26 του Ν. 2130/1993 (ΦΕΚ Α 62) και του άρθρ. 8 του Ν. 2307/1995 (ΦΕΚ Α 113), ορίζεται ότι:» «1. Ειδικές διατάξεις νόμων που επιτρέπουν την απόσπαση υπαλλήλων σε κρατικές υπηρεσίες ή σε άλλον οργανισμό τοπικής αυτοδιοίκησης ή σε υπηρεσίες νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου ή οργανισμών κοινής ωφέλειας εξακολουθούν να ισχύουν. Η απόσπαση γίνεται πάντοτε ύστερα και από γνώμη του αρμόδιου για διορισμό οργάνου του οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης από τον οποίο αποσπάται ο υπάλληλος. Απαγορεύεται η απόσπαση υπαλλήλου αν ένας μόνο υπηρετεί στον κλάδο στον οποίο αυτός ανήκει. 2. Αν υπάρχει έκτακτη υπηρεσιακή ανάγκη, με απόφαση του δημάρχου ή προέδρου κοινότητας μπορεί να αποσπασθεί έως ένα έτος υπάλληλος δήμου ή κοινότητας σε δημοτικό ή κοινοτικό ίδρυμα ή δη-

μοτικό ή κοινοτικό νομικό πρόσωπο του ίδιου οργανισμού τοπικής αυτοδιοίκησης ή σε σύνδεσμο δήμων ή κοινοτήτων ή δήμων και κοινοτήτων ή σε αναπτυξιακό σύνδεσμο στον οποίο συμμετέχει ο δήμος ή η κοινότητα από τον οποίο γίνεται η απόσπαση και αντίστροφα. Η απόσπαση μπορεί να παρατείνεται με την ίδια διαδικασία για ένα ακόμη έτος...». Εξάλλου, με τις διατάξεις του άρθρου 31 του ίδιου Κώδικα διακρίνεται το προσωπικό των ΟΤΑ «σε α) διοικητικό, β) τεχνικό γ) υγειονομικό προσωπικό και ε) εκπαιδευτικό και αι θέσεις αυτού κατατάσσονται εις κλάδους» κατά τα επόμενα άρθρα 32 έως 36. Ειδικά για τον κλάδο εκπαιδευτικού προσωπικού υπάρχουν επί μέρους κλάδοι, μεταξύ των οποίων «κλάδοι ΑΡ 16 – Νηπιαγωγών» ενώ, περαιτέρω, με τις διατάξεις του άρθρου 109, προβλέπεται αποζημίωση για πρόσθετη εργασία (υπηρεσία πέραν των καθιζόντων της θέσης ή πέραν του ωραρίου). Κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, μπορεί, κατ' εξαίρεση, με αιτιολογημένη απόφαση του οικείου Δημάρχου

να αποφασισθεί η απόσπαση δημοτικού υπαλλήλου σε άλλη θέση, για μικρό χρονικό διάστημα, για λόγους έκτακτης υπηρεσιακής ανάγκης, υπό τους περιορισμούς πάντως των σχετικών διατάξεων που προβλέπουν την οργανική ένταξη των υπαλλήλων σε κλάδους. Με την έννοια αυτή, αφενός πρέπει η σχετική απόφαση απόσπασης του Δημάρχου να αιτιολογείται πλήρως και ειδικώς ως προς την έκτακτη υπηρεσιακή ανάγκη που καλείται να καλύψει ο αποσπώμενος υπάλληλος, αφετέρου πρέπει αυτή να κινείται στα όρια που θέτουν οι σχετικές διατάξεις, δηλαδή στην ανάθεση καθηκόντων εντός του ιδίου κλάδου. Την τελευταία, άλλωστε, ερμηνεία των σχετικών διατάξεων έχει κάνει και η Διοίκηση (βλ. στη δικογραφία σχετ. γνωμοδότηση 596/2004 του Γραφείου Νομικού Συμβούλου του Κράτους και αποδοχή της από την Γενική Δ/ση Περιφέρειας Θεσσαλίας με κοινοποίηση σχετικού εγγράφου της προς όλους του Ο.Τ.Α., προκειμένου να εφαρμόζουν ενιαία και ορθά τις σχετικές διατάξεις). Επειδή, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Η αιτούσα, δημοτική υπάλληλος του κλάδου νηπιαγωγών ΤΕ, υπηρετούσε στον παιδικό σταθμό του Δ.Δ. Γ... του Δήμου Γ..., και μάλιστα ως Διευθύντρια αυτού. Με βάση την από 17-4-2000 έγγραφη καταγγελία, που ασκήθηκε σε βάρος της από τους εργαζόμενους του συγκεκριμένου παιδικού σταθμού, και μετά την ανάληψη των καθηκόντων του νέου Δημάρχου κ. Ν. Τ. την 1-1-2003, κλήθηκε η ανωτέρω να δώσει εξηγήσεις για την συμπεριφορά που της επεδίεδετο (αντιπαιδαγωγική και απρεπή κατά των εργαζομένων αλλά και των παιδιών του συγκεκριμένου παιδικού σταθμού), αυτή αρνήθηκε όλες τις κατηγορίες ως συκοφαντικές (για

τις οποίες υπέβαλε σχετική μήνυση κατά του Δημάρχου Γ...) και, στη συνέχεια, παραπέμφθηκε από το Δ.Σ. του Δημοτικού Παιδικού Σταθμού Γ... στο Υπηρεσιακό Πειθαρχικό Συμβούλιο για παραβίαση του άρθρου 165 παρ. 1 περ. στ, ι, ια, ιθ του Ν. 1188/1981, χωρίς μέχρι σήμερα να έχει εκδοθεί σχετική απόφαση. Στη συνέχεια, με την 3/2005 απόφαση του ίδιου Δ.Σ. αποφασίσθηκε το κλείσιμο του Παιδικού Σταθμού του Δ.Δ. Γ..., ενώ με την 42/2005 απόφαση του Δημάρχου, που επικυρώθηκε με την 202/2005 απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 18 του Ν. 2218/1994 της Περιφέρειας Θεσσαλίας, αποφασίσθηκε «η απόσταση της αιτούσας από τη θέση της παιδαγωγού του πρώην Δημοτικού Παιδικού Σταθμού του Δ.Δ. Γ... στη θέση της Γραμματέως του Δημάρχου Γ... από την 27-6-2005 έως 31-12-2005». Με τις κρινόμενες αιτήσεις ζητείται από την αιτούσα η ακύρωση των τελευταίων αυτών αποφάσεων, εκτός άλλων, γιατί η τοποθέτησή της, με την ένδικη απόσπαση, στη νέα θέση είναι παράνομη.

Επειδή, η απόσπαση της αιτούσας από την θέση Νηπιαγωγών ΤΕ (Κλάδος εκπαιδευτικός) στη θέση Γραμματέα του Δημάρχου (κλάδος διοικητικός) δεν είναι, κατ' αρχήν, νόμιμη, αφού ο κάθε κλάδος των δημοτικών υπαλλήλων είναι αυτοτελής και ανεξάρτητος. Περαιτέρω, στην προσβαλλόμενη 42/2005 απόφαση του Δημάρχου αναγράφεται επί λέξει «Ο Δήμαρχος του Δήμου Γ... Έχοντας υπόψη: 1) Τις διατάξεις του άρθρου 133 του Ν. 1188/1981... 2) την υπ' αριθ. 7572/2005 Απόφαση του Γενικού Γραμματέα Περιφέρειας Θεσσαλίας περί συγχώνευσης Νομικών Προσώπων... 3) Την υπ' αριθμ. 3/2005 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργανισμού Παι-

δικών Σταθμών του Δήμου Γ.... 4) Την ύπαρξη έκτακτης υπηρεσιακής ανάγκης για άμεση στελέχωση του γραφείου του Δημάρχου Δήμου Γ.... με δημοτικό υπάλληλο για γραμματειακή υποστήριξη... ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ Την απόσπαση της δημοτικής υπαλλήλου... Ζ. Μ. από τη θέση της παιδαγωγού... στη θέση της Γραμματέως...». Ενόψει αυτών προκύπτει ότι δεν αιτιολογείται ειδικά η έκτακτη υπηρεσιακή ανάγκη της Γραμματείας του Δήμου Γ...., που καλείται να καλύψει η αιτούσα με την ένδικη απόσπαση, κατά παρέκκλιση των ανωτέρω διατάξεων, αν και μόνο, σύμφω-

να με όσα έγιναν δεκτά παραπάνω, σε τέτοια έκτακτη περίπτωση θα είχε σχετική αρμοδιότητα ο Δήμαρχος. Επομένως, η ως άνω γενόμενη μετακίνηση συνιστά πράγματι μη νόμιμη απόσπαση και για τον τελευταίο αυτό λόγο, σύμφωνα με τις διατάξεις που προαναφέρθηκαν. Ενόψει αυτών πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του Δημάρχου Γ...., καθώς και η απόφαση του Γενικού Γραμματέα Περιφέρειας Θεσσαλίας που επικύρωσε αυτήν, ως μη νόμιμες, κατά παραδοχή του σχετικού λόγου της κρινόμενης αίτησης ως βασίμου.



ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ
ΤΟΥ Δ.Σ.Η.



Από τις εκδηλώσεις και τις δραστηριότητες του Συλλόγου



☼ Ολομέλεια Προέδρων Δικηγορικών Συλλόγων Ελλάδος. Ηράκλειο 4, 5, 6 Ιουλίου 2009, Ξενοδοχείο “ΑΤΛΑΝΤΙΣ” αίθουσα “Μίνως 2”.



Στιγμιότυπο από την Ολομέλεια Προέδρων Δικηγορικών Συλλόγων Ελλάδος.
Ηράκλειο 4, 5, 6 Ιουλίου 2009



Στιγμιότυπο από την Ολομέλεια Προέδρων Δικηγορικών Συλλόγων Ελλάδος.
Ηράκλειο 4, 5, 6 Ιουλίου 2009

☼ Παράσταση Θεατρικής Ομάδας Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου με το έργο «ΠΛΟΥΤΟΣ» του Αριστοφάνη, που παρουσιάστηκε στις 3, 4, 5 και 6 Ιουλίου 2009, στο κηποθέατρο «Νίκος Καζαντζάκης».



Στιγμιότυπα από την παράσταση «ΠΛΟΥΤΟΣ» του Αριστοφάνη της Θεατρικής Ομάδας Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου στις 3, 4, 5 και 6 Ιουλίου 2009, στο κηποθέατρο «Νίκος Καζαντζάκης»



Στιγμιότυπα από την παράσταση «ΠΛΟΥΤΟΣ» του Αριστοφάνη της Θεατρικής Ομάδας Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου στις 3, 4, 5 και 6 Ιουλίου 2009, στο κηποθέατρο «Νίκος Καζαντζάκης»

ΤΟ 15ο ΤΕΥΧΟΣ ΤΟΥ “*Ραδάμανθυ*”
ΤΥΠΩΘΗΚΕ ΤΟΝ ΟΚΤΩΒΡΙΟ ΤΟΥ 2009, ΣΕ 1000 ΑΝΤΙΤΥΠΑ
& ΣΕ ΧΑΡΤΙ GARDARAT 115 gr., ΑΠΟ ΤΙΣ ΓΡΑΦΙΚΕΣ ΤΕΧΝΕΣ
Μ. & Μ. ΠΑΤΕΡΑΚΗΣ Ο. Ε., ΓΙΑ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟ ΤΟΥ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



