

Ραδάμανθς

ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



ΤΕΥΧΟΣ ΔΕΚΑΤΟ ΕΒΔΟΜΟ

Καλοκαίρι, 2010

“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 17ο, Καλοκαίρι 2010

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,

Ιάσωνας 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 Περισυνάκης

Αριστέα Πλεύρη

Αντώνης Ταμιωλάκης

Μαρία Φιλιππάκη

Χριστόφορος Φουκάκης

Φιλήμων Χριστοφοράκης

ΕΙΔΙΚΟΙ ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ

Ελένη Καρακωνσταντάκη

Γεώργιος Καρακωνσταντάκης

ΦΩΤΟΓΡΑΦΙΚΗ ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ

Γεώργιος Φραγκούλης



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

Ευάγγελου Περάκη

Η ΠΡΩΤΗ ΦΑΣΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ

ΤΟΥ ΠΤΩΧΕΥΤΙΚΟΥ ΚΩΔΙΚΑ (Ν. 3588/2007) 153

Οδυσσέα Σπαχή

ΣΚΕΨΕΙΣ ΓΙΑ ΤΟ ΠΟΛΙΤΕΥΜΑ

ΚΑΙ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΣΤΟ ΣΤΟΧΑΣΜΟ

ΤΟΥ ΑΔΑΜΑΝΤΙΟΥ ΚΟΡΑΗ 168

Έλενας Παπαευαγγέλου

Η ΙΑΤΡΙΚΗ ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ

ΣΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ 179

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΑΝΩΤΑΤΟΥ ΕΙΔΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ

Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο - Αριθ. 1/2010 189

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΜΠΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε Τακτική Ολομέλεια) - Αριθ. 17/2009 199

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Α' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 1464/2009 202

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 223/2009 207

Μον. Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Ασφ. Μέτρα) - Αριθ. 3770/2009 223

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε ολομέλεια) - Αριθ. 9/2009 232

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Β1' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 572/2009 237

Μον. Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Ειδ. διαδ. εργατ. διαφ.) - Αριθ. 402/2010 241

Ειρηνοδικείο Ηρακλείου (Ειδ. διαδ. εργατ. διαφ.) - Αριθ. 481/2010 242

ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 29/2009 245

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 4210/2009 247

ΕΚΟΥΣΙΑ ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 182/2010 251

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Άρειος Πάγος (σε Τακτική Ολομέλεια) - Αριθ. 28/2009 257

Άρειος Πάγος (Α2' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 2347/2009 259

Ειρηνοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 198/2010 263

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Γνωμοδότηση Εισαγγελέα Αρείου Πάγου - Αριθ. 12/2009 266

Γνωμοδότηση Εισαγγελέα Αρείου Πάγου - Αριθ. 2/2009 268

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (Α' Τμήμα) - Αριθ. 4343/2009 271

Συμβούλιο της Επικρατείας (Ε' Τμήμα) - Αριθ. 3180/2008 273

Ελεγκτικό Συνέδριο (Τμήμα ΙΙΙ) - Αριθ. 3638/2009 277

Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσζού Χαρακτήρα - Αριθ. 43/2009 284

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ



Η ΠΡΩΤΗ ΦΑΣΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΟΥ ΠΤΩΧΕΥΤΙΚΟΥ ΚΩΔΙΚΑ (Ν. 3588/2007)*

Ευάγγελου Περάκη**

Την εποχή της οικονομικής κρίσης το πτωχευτικό δίκαιο («ΠτΔ») πρωταγωνιστεί στην οικονομική ζωή και βέβαια στις δικαστικές αίθουσες. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι σε άλλες εποχές το ΠτΔ είναι ανεπίκαιρο. Όπως έχει γραφεί, ο καπιταλισμός έχει το καρότο του και το μπαστούνι του, δηλ. αντίστοιχα, το κέρδος και την πτώχευση. Η πτώχευση αποτελεί ένα φυσιολογικό και μόνιμο συμπλήρωμα της ρύθμισης της εμπορικής δράσης. Όπως δε οι έννομες σχέσεις γενικά δεν μπορούν να υπάρξουν χωρίς σύστημα επίλυσης διαφορών, έτσι και η αγορά δεν λειτουργεί χωρίς συλλογικές διαδικασίες. Οι συλλογικές διαδικασίες είναι μέσο, με το οποίο ασκείται πειθαρχική εξουσία τόσο στον οφειλέτη, που υφίσταται περιουσιακές μειώσεις, όσο και στους δανειστές, που ικανοποιούνται συλλογικά. Από την άλλη μεριά, το ΠτΔ μπορεί να δράσει ευεργετικά για την οφειλέτρια επιχείρηση και την οικονομία, στο μέτρο που βάζει κάποια τάξη στις άναρχες ατομικές διώξεις, προστατεύει την πίστη και (όχι συχνά, αλλά πάντως κατά το πρόγραμμα) συντελεί στη διατήρηση και εξυγίανση της επιχείρησης.

Από το Σεπτ. 2007 ισχύει στην Ελλάδα ο νέος Πτωχευτικός Κώδικας (Ν. 3588/2007, «ΠτΚ»). Είναι ένα αξιόλογο νομοθέτημα, που ανακαινίζει το παλιό πτωχευτικό σύστημα, όπως ίσχυε με τον Εμπορικό Νόμο και τις «παραπτωχευτικές» διαδικασίες των άρθρων 44 επ. Ν. 1892/1990. Ο ΠτΚ εφαρμόζεται στις διαδικασίες που άνοιξαν μετά τη θέση του σε ισχύ, ενώ οι παλαιότερες διαδικασίες θα συνεχίσουν να διέπονται από το προϊσχύσαν δίκαιο. Ήδη οι πρώτες διαδικασίες έχουν ανοίξει (πτώχευσεις και διαδικασίες συνδιαλλαγής) και κάποια εμπειρία έχει ήδη αποκτηθεί. Στην παρούσα εισήγηση θα γίνουν ορισμένες παρατηρήσεις πάνω σ' αυτήν ακριβώς την πρώτη φάση εφαρμογής του νέου δικαίου, προηγουμένως όμως αξίζει να δούμε ορισμένα βασικά χαρακτηριστικά τούτου.

I. Ορισμένα χαρακτηριστικά του νέου πτωχευτικού δικαίου

1. Ένα πρώτο αξιοπρόσεκτο στοιχείο του νέου δικαίου είναι η ρητή αναγγελία του ιδεολογικού του στίγματος. Σύμφωνα με το άρθρο 1 του νέου Κώδικα, η πτώχευση αποσκοπεί στη συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών. Προστίθεται ότι αυτή η συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών μπορεί να επιτευχθεί είτε με τη ρευστοποίηση της πε-

* Το παρόν άρθρο αναφέρεται σε εισήγηση του κ. Ευάγγελου Περάκη που πραγματοποιήθηκε στα πλαίσια ενημέρωσης του νέου ΠτΚ στις 12 Μαρτίου 2010 στο Δικηγορικό Σύλλογο Ηρακλείου.

** Ο Ευάγγελος Περάκης είναι Καθηγητής της Νομικής Σχολής Αθηνών.

ριουσίας του οφειλέτη, είτε με σχέδιο αναδιοργάνωσης, που μπορεί να προβλέπει διάφορες λύσεις, «δίδως» δε τη διατήρηση της επιχείρησης. Άρα η διατήρηση της επιχείρησης, και ενδεχομένως η εξυγίανσή της, δεν αποτελούν αυτοτελή σκοπό της πτώχευσης, αλλά απλό μέσο ταγμένο στην ικανοποίηση των πιστωτών. Το ξεκαθάρισμα της ιδεολογίας έχει αξία, όχι μόνο διότι έτσι γίνονται αντιληπτές πολλές από τις νέες ρυθμίσεις, αλλά, σε πιο πρακτικό επίπεδο, και διότι παρέχει την αναγκαία κατεύθυνση κατά την ερμηνεία πολλών διατάξεων. Με την ιδεολογία αυτή ο ΠτΚ κατατάσσει σ' αυτό που θα μπορούσαμε να ονομάσουμε «τρίτη γενιά» πτωχευτικών νόμων.

- Η «πρώτη γενιά» ήταν εκείνη όπου η πτώχευση ήταν κύρωση, η εκκαθάριση μονόδρομος, η διάλυση της επιχείρησης περίπου αναπόφευκτη. Η δυνατότητα κάποιου «πτωχευτικού» συμβιβασμού του οφειλέτη με τους πιστωτές του ήταν βέβαια κάποια διέξοδος, όμως ο συμβιβασμός οδηγούσε σε μείωση των απαιτήσεων ή παροχή προθεσμίας, όχι όμως και σε επιχειρηματική ανόρθωση. Ήταν το ΠτΔ του ΕμπΝ, το οποίο, όπως είναι γνωστό, δεν παρείχε δυνατότητα συνολικής εκποίησης της επιχείρησης ή λήψης μέτρων για την εξυγίανσή της.
- Η κριτική που υπέστη το ΠτΔ ως δίκαιο κύρωσης και ως δίκαιο που οδηγούσε στην καταστροφή της επιχείρησης δημιούργησε τη «δεύτερη γενιά». Στη γενιά αυτή μπορούν να καταταγούν εκείνες οι πτωχευτικές νομοθεσίες, που στόχο είχαν (και έχουν) να εξυγιάνουν την επιχείρηση, καμιά φορά μάλιστα θέτοντας σε δεύτερη μοίρα την ικανοποίηση των πιστωτών. Το δίκαιο των ΗΠΑ παραδοσιακά διέκειτο ευμενώς προς τον οφειλέτη (νόμος του 1978, αλλά ήδη και πριν), η εύνοια δε αυτή ήλθε στην Ευρώπη με διάφορους νόμους, όπως ήταν ο ιταλικός νόμος του 1979 για τις μεγάλες επιχειρήσεις σε κρίση (που επηρέασε και την ελληνική νομοθεσία του 1983, για τις προβληματικές επιχειρήσεις), καθώς και το γαλλικό πτωχευτικό δίκαιο του 1985. Χαρακτηριστικά ο γαλλικός νόμος όρισε ότι σκοπός του είναι η διατήρηση της επιχείρησης, η προστασία της απασχόλησης και (σε τελευταία σειρά!) η ικανοποίηση των πιστωτών. Όμως η θεώρηση της αποστολής του ΠτΔ ως δικαίου ανόρθωσης και εξυγίανσης των επιχειρήσεων δεν κράτησε για πολύ. Συνειδητοποιήθηκε γρήγορα ότι, στην πρακτική της διάσταση, η εξυγίανση των προβληματικών επιχειρήσεων σήμαινε επιδότησή τους (συχνά μάλιστα με χρήματα των φορολογουμένων), διατάραξη του ανταγωνισμού, μετάδοση της κρίσης από τις ασθενείς επιχειρήσεις σε υγιείς και τεχνητή διατήρηση σε ζωή των πρώτων («μουμιοποίηση των επιχειρήσεων»). Έτσι η ιδέα της εξυγίανσης, και μάλιστα αυτό που χαρακτηρίστηκε «εξυγιαντική μανία», ξεθώριασε.
- Περί τα τέλη της δεκαετίας του 1990, με κύριο εκπρόσωπο το νέο γερμανικό δίκαιο και υπό την επιρροή της (αμερικανογενούς) οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, το ΠτΔ επανήλθε στην προστασία των πιστωτών, ως μέγιστο στόχο. Είναι η ιδεολογία και του ΠτΚ. Όμως η νέα νομοθεσία έχει διαφορά από το δίκαιο της πρώτης γενιάς. Το σημερινό ΠτΔ δεν ενδιαφέρεται πια για τις προσωπικές και επαγγελματικές μειώσεις του οφειλέτη (ο κυρωτικός χαρακτήρας του ΠτΔ έχει προ πολλού ε-

κλείψει), ενδιαφέρεται όμως να παράσχει ένα σύνολο εργαλείων, κατάλληλων για την καλύτερη αξιοποίηση του ενεργητικού και για τη μεγαλύτερη δυνατή (και ταχύτερη) ικανοποίηση των πιστωτών. Πρόκειται για δίκαιο πιο τεχνοκρατικό, με εξελιγμένες μεθόδους και με ένα πιο σοβαρό και προσαρμοσμένο στις ανάγκες της αγοράς σύστημα αναδιοργάνωσης της επιχείρησης. Οι δυνατότητες ανακαθορισμού της πορείας της πτώχευσης με «άλλο τρόπο» (βλ. άρθρο 1 ΠτΚ), δηλ. με σχέδιο, μετατρέπει το ΠτΔ (αν μπορεί να λεχθεί, έστω και με κάποια δόση υπερβολής) σε δίκαιο ενδοτικό. Η εξυγίανση δεν λείπει από τον τελολογικό ορίζοντα του νέου δικαίου, επιδιώκεται όμως με το σχέδιο και όχι με κάποιον «συμβιβασμό». Χαρακτηριστικό είναι βέβαια ότι, όπως ακριβώς προβλέπει το άρθρο 1 ΠτΚ, που έχει αναπαραγάγει περίπου αυτούσια την §1 του γερμανικού νόμου, η εξυγίανση είναι δυνατή και επιθυμητή στο μέτρο που με αυτήν θα επιτευχθεί η καλύτερη «συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών». Αν ο στόχος αυτός δεν επιτυγχάνεται με την εξυγίανση, η τελευταία παύει πλέον να ανήκει στο πτωχευτικό *instrumentarium*. Εδώ χρειάζεται μια εξήγηση. Είναι ορθό και κοινωνικά ανεκτό να εξαρτάται η εξυγίανση μιας επιχείρησης από το αν οι πιστωτές την θελήσουν; Μήπως η διατήρηση και η αναδιοργάνωση της επιχείρησης αποτελούν αξίες καθεαυτές, έστω και αν δεν οδηγούν στην καλύτερη συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών; Μολονότι το ζήτημα είναι δύσκολο και πάντως όχι απόλυτα ξεκαθαρισμένο, μπορούν να λεχθούν με συντομία τα εξής: Όπως ήδη αναφέρθηκε, η εξυγίανση δεν είναι πάντοτε σταθερή και γενικά αποδεκτή αξία. Υπάρχουν προσπάθειες εξυγίανσης που πέτυχαν (και δυστυχώς δεν είναι οι περισσότερες) και υπάρχουν άλλες που απέτυχαν, κατασπατάλησαν πόρους, προκάλεσαν κόστη, μετέδωσαν την ασθένεια σε άλλες επιχειρήσεις, νόθευσαν τον ανταγωνισμό, με αντάλλαγμα συνήθως την (προσωρινή!) διατήρηση θέσεων εργασίας (και την αντίστοιχη αποφυγή πολιτικού κόστους), και τίποτε άλλο. Πολλές «εξυγιανθείσες» επιχειρήσεις κατέρρευσαν λίγο μετά την ολοκλήρωση της θεραπείας. Άρα υπάρχουν περιπτώσεις όπου η εξυγίανση είναι επιθυμητή και επιδιωκτέα και άλλες όπου δεν είναι. Η εκ των προτέρων διάκριση των περιπτώσεων δεν είναι εύκολη. Ο νόμος προσφεύγει στο εξής στρατήγημα: Αναθέτει στους πιστωτές να κρίνουν, αν ενδείκνυται για την ικανοποίησή τους να εκπονηθεί σχέδιο αναδιοργάνωσης. Οι πιστωτές θα θελήσουν την εξυγίανση, όταν πράγματι αναμένεται η τελευταία να επιτύχει, οδηγώντας σε αύξηση της αξίας της επιχείρησης. Με άλλα λόγια, σε περίπτωση που η εξυγιαντική προσπάθεια έχει πιθανότητες επιτυχίας, οι πιστωτές θα είναι οι πρώτοι που θα τη θελήσουν και θα την υιοθετήσουν, διότι θα προσδοκούν μια καλύτερη ικανοποίησή τους. Αν η εξυγιαντική προσπάθεια δεν αναμένεται να αποδώσει, αλλά προβλέπεται να εξαντληθεί σε προσχηματικούς και ανώφελους διαλόγους και χειρισμούς, μόνο και μόνο για να κερδίσει η επιχείρηση χρόνο, οι πιστωτές δεν θα την υιοθετήσουν. Θα προτιμήσουν να προχωρήσει η πτώχευση στην ένωση και η επιχείρηση να εκποιηθεί, σε σύνολο ή κατά τα στοιχεία της. Ο νόμος συνεπώς αφήνει τους πιστωτές κριτές της σκοπιμότητας της εξυγίανσης. Και αυτό είναι – φαίνεται – το νόημα του άρθρου 1 ΠτΚ και

το πως ο νόμος διάκειται απέναντι στην εξυγίανση. Διάκειται θετικά, με την προϋπόθεση όμως ότι η εξυγίανση θα έχει θετικές συνέπειες στην αξία της επιχείρησης.

- Μετά τις διευκρινίσεις αυτές ενδιαφέρον έχει να δούμε αν αναμένεται νεότερη (τέταρτη) γενιά πτωχευτικών νομοθεσιών. Αυτό σήμερα δεν είναι ακόμη ορατό, γνωρίζουμε όμως ήδη ορισμένα στοιχεία, που μπορεί να αποτελέσουν δομικά στοιχεία ενός πιο εξελιγμένου ΠτΔ. Τρεις προκλήσεις είναι ορατές. Η πρώτη έχει σχέση με την παρατήρηση ότι οι οικονομικές δυσκολίες σπάνια αφορούν μια μεμονωμένη επιχείρηση. Η πρόσφατη οικονομική κρίση μας έχει πείσει ότι οι δυσκολίες είναι συλλογικές. Διατυπώνεται συνεπώς η θέση ότι ένα σύγχρονο ΠτΔ θα πρέπει να συλλαμβάνει την αφερεγγυότητα σε συνολικότερο επίπεδο, δηλ. σε επίπεδο επιχειρηματικού κλάδου (π.χ. αυτοκινητοβιομηχανίες, τράπεζες, τουρισμός) ή ομίλου επιχειρήσεων, και όχι απλώς σε επίπεδο ατομικής επιχείρησης. Η δεύτερη πρόκληση είναι η «κατασκευή» εξωνομικών διαδικασιών ήπιου δικαίου («soft law»), που θα μπορούν με ευελιξία να προσφέρουν μια a la carte μεταχείριση της επιχειρηματικής αφερεγγυότητας. Η παρέμβαση των δανειστριών τραπεζών, που καταστρώνουν σχέδιο διάσωσης των οφειλετριών επιχειρήσεων, έχει ήδη αναχθεί σε πρακτική (είναι το διεθνώς γνωστό ως «London approach»). Η τρίτη πρόκληση είναι ο σχεδιασμός κανόνων για την κρατική πτώχευση, ένα θέμα με το οποίο όλοι έχουμε εξοικειωθεί τον τελευταίο καιρό ad nauseam.

2. Ας έλθουμε σε άλλα χαρακτηριστικά του νέου ΠτΔ. Ένα άλλο χαρακτηριστικό του νέου δικαίου είναι η προσοχή που δίδει στην ύπαρξη ενεργητικού, δηλ. πτωχευτικής περιουσίας. Αποτελεί κοινή γνώση ότι χωρίς κάποιο ενεργητικό πτώχευση δεν νοείται (ακόμη λιγότερο νοείται ικανοποίηση των πιστωτών) και είναι εύγλωττη η εμπειρία της παύσης των εργασιών, που σηματοδοτούσε στο παρελθόν την αποτελμάτωση των περισσότερων πτωχεύσεων. Τόσο περισσότερο αξίζει η πτωχευτική διαδικασία και τόσο περισσότερο αποδίδει, όσο μεγαλύτερη είναι η «πίτα», από την οποία θα ικανοποιηθούν οι πιστωτές. Η μέριμνα του νομοθέτη εκδηλώνεται προς δύο κατευθύνσεις:

- Πρώτον, την αποφυγή της πτώχευσης σε περίπτωση έλλειψης ενεργητικού. Ο ΠτΚ απαγορεύει την κήρυξη της πτώχευσης, όταν δεν υπάρχει ενεργητικό ικανό να καλύψει τα έξοδα της διαδικασίας (ΠτΚ 6 § 2), ενώ για τον ίδιο λόγο (αν οι εργασίες της πτώχευσης «δεν μπορούν να εξακολουθήσουν») το δικαστήριο θα διατάξει την παύση των εργασιών (ΠτΚ 166), που, σήμερα πλέον, έχει ως αποτέλεσμα την περάτωση (και όχι απλώς την «ηρεμία») της πτώχευσης. Οι ρυθμίσεις είναι εύστοχες.
- Δεύτερον, την επαύξηση του ενεργητικού. Τα μέτρα που διεθνώς θεωρούνται κατάλληλα προς τούτο είναι η ενίσχυση της πτωχευτικής ανάκλησης, η αξιοποίηση της δυναμικής αξίας της επιχείρησης, η μείωση (ή και κατάργηση) των προνομίων και η επέκταση της πτώχευσης στη μεταπτωχευτική περιουσία. Τα δύο πρώτα είναι ορατά στον ΠτΚ: Χαρακτηριστικές είναι αφενός μεν η προσθήκη στις περιπτώσεις ανάκλησης των δόλιων πράξεων της τελευταίας πενταετίας (άρθρο 44), αλλά και οι

δυνατότητες εκποίησης της επιχείρησης ως συνόλου (ΠτΚ 19 § 2, 135 επ.), καθώς και συνέχισης ή εκμίσθωσής της (ΠτΚ 78, 84). Στο τρίτο ζήτημα ο ΠτΚ δεν τόλμησε πολύ, μολονότι στις αρχικές προθέσεις των συντακτών ήταν πράγματι ο δραστικός περιορισμός των προνομίων (όπως έχει συμβεί σε ορισμένες άλλες χώρες, π.χ. στη Γερμανία). Τελικά τα προνόμια κάπως μειώθηκαν, όμως όχι σε αξιόλογο βαθμό, έπειτα από αντιδράσεις των επωφελούμενων από τα προνόμια. Στο τέταρτο ζήτημα ο ΠτΚ παρέμεινε στον παραδοσιακό κανόνα (που δεν απαντάται όμως πια σε άλλα δίκαια) υπαγωγής στην πτώχευση μόνο της πτωχευτικής, όχι δε και της μεταπτωχευτικής περιουσίας.

3. Τρίτο χαρακτηριστικό του νέου δικαίου είναι η παροχή «δεύτερης ευκαιρίας» ή «νέου ξεκινήματος» (fresh start) στον οφειλέτη-φυσικό πρόσωπο, με απαλλαγή από τα χρέη που απομένουν στο τέλος της διαδικασίας. Αυτό προβλέπεται στο άρθρο 170 § 4, κάπως διακριτικά όμως και ευσύννοπτα, ενταγμένο στην αποκατάσταση του οφειλέτη. Σε άλλες νομοθεσίες η σχετική ρύθμιση είναι πολύ πιο αναλυτική. Το ζήτημα αυτό συζητείται σήμερα, όχι τόσο στο πλαίσιο του ΠτΚ, αλλά στο πλαίσιο της πτώχευσης καταναλωτών (των «υπερχρεωμένων νοικοκυριών»), για την οποία υπάρχει σε εκκρεμότητα σχετικό νομοσχέδιο.

4. Μια ακόμη αρετή του νέου ΠτΚ είναι η επιδίωξη επιτάχυνσης της πτωχευτικής διαδικασίας. Οι γνωστές καθυστερήσεις στην εφαρμογή του ΠτΔ και την πρόοδο των διαδικασιών ώθησαν το νομοθέτη να λάβει μέτρα για την ταχεία και αποτελεσματική διεκπεραίωσή της. Παραδείγματα της μέριμνας αυτής είναι: Ο εξ αρχής διορισμός οριστικού συνδίκου (με κατάργηση της διάκρισης προσωρινού και οριστικού συνδίκου και συνδίκου της ένωσης) (άρθρο 7), η σύγκληση αμέσως με την πτωχευτική απόφαση της συνέλευσης των πιστωτών, που κρίνει για το μέλλον της πτώχευσης (επίσης άρθρο 7), η έναρξη της προθεσμίας αναγγελίας των απαιτήσεων με την κήρυξη της πτώχευσης (ακριβέστερα: τη δημοσίευσή της στο Δελτίο Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Ταμείου Νομικών, «ΔΔΔΤΝ», άρθρο 90 § 1), η δυνατότητα του οφειλέτη να υποβάλλει σχέδιο αναδιοργάνωσης ταυτόχρονα με την αίτηση πτώχευσής του (άρθρο 108 § 2), η θέσπιση ανώτατου χρόνου διάρκειας της διαδικασίας (10ετία από την ένωση ή 15ετία από την κήρυξη, άρθρο 166), κλπ.

II. Η πρώτη φάση της πτωχευτικής διαδικασίας

Δεν είναι φυσικά δυνατόν, στο πλαίσιο της παρούσας εισήγησης να γίνει λόγος γενικά για την πτωχευτική διαδικασία. Όπως προαναγγέλληκε, θα παρουσιαστούν μόνο ορισμένα ζητήματα που σχετίζονται με την πρώτη φάση της, εκείνη της κήρυξης της πτώχευσης.

A. Η κήρυξη της πτώχευσης

1. Ας δούμε πρώτα τις προϋποθέσεις ανοίγματος της διαδικασίας. Οι δύο κλασικές προϋποθέσεις κήρυξης της πτώχευσης (εμπορική ιδιότητα του οφειλέτη και παύση

πληρωμών) έχουν κατά βάση διατηρηθεί στον ΠτΚ. Μάλιστα το άρθρο 3 § 1 παρέχει ορισμό της παύσης πληρωμών (αδυναμία εκπλήρωσης των χρηματικών υποχρεώσεων κατά τρόπο γενικό και μόνιμο), που δεν διαφέρει από τα ισχύσαντα από τον Εμπ.Ν. Ωστόσο και οι δύο προϋποθέσεις διευρύνονται: Η πτωχευτική ικανότητα καταλαμβάνει πλέον και ενώσεις προσώπων που επιδιώκουν οικονομικό σκοπό (άρθρο 2 § 1), ενώ κοντά στη παύση πληρωμών υπάρχει και η «επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης» (άρθρο 3 § 2), που δεν είναι παρά πρόγνωση μελλοντικής παύσης πληρωμών, αναμενόμενης να ανακύψει σε κάποια κάπως κοντινή χρονική στιγμή, κατά τους συγγραφείς (Κοτσίρης, ΠτΔ, 2008, σ. 147, Μιχαλόπουλος, ΔΕΕ 2009, 594, Α. Ρόκας, ΔΕΕ 2008, 676) στην τρέχουσα και την επόμενη χρήση. Συνεπώς, η πτώχευση μπορεί να κηρυχθεί και σε πιο πρώιμο στάδιο, με τον περιορισμό όμως ότι την πτώχευση ζητά ο ίδιος ο οφειλέτης.

2. Την αίτηση για κήρυξη της πτώχευσης δικαιούνται – όπως και στο παρελθόν – να υποβάλουν ο ίδιος ο οφειλέτης, κάποιος πιστωτής ή και (αντί του δικαστηρίου, ενεργώντας αυτεπαγγέλτως, όπως κατά τον Εμπ.Ν) ο εισαγγελέας, «εφόσον τούτο δικαιολογείται από λόγους δημόσιου συμφέροντος» (άρθρο 5 § 1). Προκειμένου να ενθαρρύνει τον οφειλέτη να υποβάλει την αίτηση, αν βρίσκεται ήδη σε κατάσταση παύσης πληρωμών, και μάλιστα εντός προθεσμίας 15 ημερών, από τότε που περιήλθε στην κατάσταση αυτή (άρθρο 5 § 2), ο νέος νόμος παρέχει σ' αυτόν ορισμένα πλεονεκτήματα: Να ζητήσει από το πτωχευτικό δικαστήριο να ανατεθεί η διοίκηση της περιουσίας του στον ίδιο (άρθρο 18), οπότε θα υπάρξει μια υποτονική (και μόνο) πτωχευτική απαλλοτρίωση, καθώς και να υποβάλει σχέδιο αναδιοργάνωσης ταυτόχρονα με την αίτησή του (άρθρο 108 § 2 –πρόκειται για το γνωστό διεθνώς «pre-packaged plan», που συντελεί στην επιτάχυνση των διαδικασιών). Από την άλλη μεριά η μη εμπρόθεσμη υποβολή αίτησης πτώχευσης από την οφειλέτρια κεφαλαιουχική εταιρεία δημιουργεί ευθύνες της διοίκησης για την «παρέλκυση» της πτώχευσης (άρθρο 98).

3. Αρμόδιο δικαστήριο για την κήρυξη της πτώχευσης είναι το πολυμελές πρωτοδικείο, στην περιφέρεια του οποίου ο οφειλέτης έχει το «κέντρο των κύριων συμφερόντων του» (άρθρα 4). Η αρμοδιότητα δεν διαφέρει ουσιαστικά από εκείνη του «κυρίου καταστήματος» του εμπορίου κατά Εμπ.Ν 526 – και στις δύο περιπτώσεις έμφαση δίδεται στον τόπο, όπου εκδηλώνεται η πραγματική δράση του οφειλέτη. Η νέα διατύπωση έχει ληφθεί από τον Κανονισμό 1346/2000 για τις κοινοτικές διασυννοριακές πτωχεύσεις. Νεωτερισμός όμως είναι το ότι το δικαστήριο αυτό («πτωχευτικό δικαστήριο») συγκεντρώνει πλέον την αρμοδιότητα εκδίκασης όλων των πτωχευτικών διαφορών και υποθέσεων, που ορίζονται στον ΠτΚ, αλλά και εκείνων που «αναφύονται από την πτώχευση και λόγω της κήρυξής της» («ελκτική δύναμη της πτώχευσης», «vis attractiva concursus», βλ. άρθρο 53 ΠτΚ).

4. Το άρθρο 7 ΠτΚ ορίζει το περιεχόμενο της απόφασης που κηρύσσει την πτώχευση. Δεν υπάρχουν μεγάλες αποκλίσεις από το προϊσχύσαν δικαίο, αξίζει όμως να σταθεί κανείς στο εξής σημείο: μεταξύ των άλλων θεμάτων, που πρέπει να περιέχει, η

απόφαση οφείλει να συγκαλεί δύο συνελεύσεις πιστωτών. Η μια έχει ως αποστολή τη σύνταξη του πίνακα των εικαζόμενων πιστωτών. Η κατάρτιση του πίνακα αυτού είναι απαραίτητη, διότι οι συνελεύσεις που συνέρχονται στη συνέχεια και μέχρι την επαλήθευση των πιστώσεων απαρτίζονται από τους εικαζόμενους πιστωτές. Η άλλη συνέλευση έχει σκοπό να αποφασίσει «με βάση την έκθεση του εισηγητή κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 70». Πρόκειται για μια κομβικής σημασίας συνέλευση, που σκοπό έχει να κρίνει τον τρόπο εξακολούθησης των εργασιών της πτώχευσης, αν θα συνεχιστεί η επιχείρηση, αν θα αναδιοργανωθεί, αν θα εκμισθωθεί σε τρίτους ή αν θα εκποιηθεί. Η ημερομηνία των δύο αυτών συνελεύσεων – λέγει το άρθρο 7 – δεν πρέπει να απέχει περισσότερο από 4 μήνες από την κήρυξη της πτώχευσης. Μάλιστα – προσθέτει το άρθρο 7 – δεν αποκλείεται οι δύο συνελεύσεις να συμπίπτουν.

Πρέπει βέβαια να παρατηρηθεί ότι το να συμπέσουν οι δύο συνελεύσεις δεν φαίνεται εφικτό. Η πρώτη συνέλευση, που συντάσσει τον πίνακα των εικαζόμενων πιστωτών, μπορεί να συνέλθει μέσα στο τετράμηνο. Η άλλη όμως συνέλευση, σύμφωνα με το άρθρο 84, μπορεί να λάβει χώρα μόνο «μετά το πέρας των επαληθεύσεων». Μπορεί και αυτή να λάβει χώρα μέσα στο τετράμηνο; Όχι, διότι για να γίνει η επαλήθευση θα πρέπει οι απαιτήσεις προηγουμένως να αναγγελθούν. Η προθεσμία όμως αναγγελίας είναι τρίμηνη από την κήρυξη της πτώχευσης (ΠτΚ 90 § 1), η δε προθεσμία επαλήθευσης επίσης τρίμηνη (ΠτΚ 93 § 1), άρα χρειάζεται τουλάχιστον ένα εξάμηνο, με συνέπεια η συνέλευση αυτή να μην μπορεί να συνέλθει μέσα στο τετράμηνο του άρθρου 7 § 2 (Μιχαλόπουλος, ΔΕΕ 2009, 595). Αυτό που μπορούν να κάνουν τα δικαστήρια είναι να ορίσουν μεν μια ημερομηνία για τη δεύτερη συνέλευση εντός του τετραμήνου, που όμως δεν θα μπορέσει να συνεδριάσει, αλλά θα αναβληθεί.

5. Η απόφαση που κηρύσσει την πτώχευση πρέπει να υποβληθεί σε δημοσιότητα. Σε άλλες ευρωπαϊκές χώρες η βασική δημοσιότητα είναι εκείνη του εμπορικού μητρώου. Δυστυχώς ο νέος ΠτΚ δεν απέφυγε την πολλαπλή (και χωρίς ιεράρχηση) δημοσιότητα (άρθρο 8): Στο ΔΔΔΤΝ, ένα έντυπο που πολύ λίγοι το έχουν ή ενδιαφέρονται να το αποκτήσουν, στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο («ΓΕΜΗ», Ν. 3419/2005), που δεν λειτουργεί ακόμη, και στο «Μητρώο Πτωχεύσεων», που θα ήταν ολωσδιόλου περιττό, αν λειτουργούσε το ΓΕΜΗ. Επιπλέον επιβάλλεται καταχώριση της πτωχευτικής απόφασης και στα υποθηκοφυλακεία, κτηματολόγια και τα μητρώα πλοίων ή αεροσκαφών (άρθρο 9). Η πληθωρική αυτή δεν συνδυάζεται με αντίστοιχα άξια λόγου αποτελέσματα (τα αποτελέσματα της πτώχευσης επέρχονται κατά κανόνα από την κήρυξή της και όχι από την υποβολή της σε δημοσιότητα), ελπίζεται δε ότι η θέση σε λειτουργία του ΓΕΜΗ θα αντικαταστήσει το ΔΔΔΤΝ και το Μητρώο Πτωχεύσεων. Προς το παρόν πρέπει να παρατηρηθεί ότι ορισμένες δικαστικές αποφάσεις (π.χ. Π.Πρ.Αθ 6/2010 αδημ., Π.Πρ.Αθ 9/2010 αδημ.), προφανώς αδόκιμα, διέταξαν τη δημοσίευση της πτώχευσης που κηρύχθηκε στο ανύπαρκτο ΓΕΜΗ!

6. Τα ένδικα μέσα κατά της απόφασης που κήρυξε (ή δεν κήρυξε) την πτώχευση (έφεση, αναίρεση, πτωχευτική ανακοπή και αίτηση ανάκλησης) διαγράφονται από το

νόμο (άρθρα 55-57) πάνω στα χνάρια του προίσχυσαντος δικαίου.

Β. Λόγοι απόρριψης της αίτησης πτώχευσης

Ενδιαφέρον έχει και η αντίστροφη πτυχή της κήρυξης της πτώχευσης, που είναι οι λόγοι, για τους οποίους το δικαστήριο απορρίπτει την αίτηση. Ο ΠτΚ έχει διατάξεις, που αφορούν τρεις περιπτώσεις απόρριψης: την ανυπαρξία έννομου συμφέροντος του πιστωτή, την ανυπαρξία ικανού ενεργητικού και την καταχρηστική αίτηση. Όπως θα φανεί, οι τρεις αυτοί λόγοι διαπλέκονται και σε κάποιο βαθμό επικαλύπτονται. Αξίζει να μείνει κανείς λίγο πάνω στο ζήτημα αυτό.

1. Κατά το άρθρο 5 § 1 «Η πτώχευση κηρύσσεται μετά από αίτηση πιστωτή, που έχει έννομο συμφέρον». Είναι βέβαια γνωστό ότι έννομο συμφέρον απαιτείται πάντοτε (Κ.Πολ.Δ 68), τούτο δε συντρέχει, όταν «η απόφαση που θα εκδοθεί είναι ικανή να συμβάλει στην κατοχύρωση των δικαιωμάτων του αιτούντος» (Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας, Ερμ. Κ.Πολ.Δ 2000, υπό 68 αρ. 8). Η προϋπόθεση αυτή αποτελεί ένα ουσιαστικό φραγμό σε επιδόλαιες ή προσχηματικές αιτήσεις. Για να δικαιολογείται δηλ. η αίτηση παροχής έννομης προστασίας, πρέπει να προσδοκάται κάποιο συγκεκριμένο (και θεμιτό) όφελος του πιστωτή. Όμως εφόσον έννομο συμφέρον απαιτείται ήδη από τον Κ.Πολ.Δ, λέγει άραγε ο νόμος στο άρθρο 5 § 1 απλώς το αυτονόητο ή εννοεί κάτι άλλο; Αυτό είναι ένα δύσκολο ερώτημα. Για την κατανόησή του θα πρέπει να γίνει αναφορά σε μια νομολογία (ιδίως του Εφετείου Δωδεκανήσου, π.χ. απόφαση 66/1996 ΕπισχΕΔ 1997, 138) των μέσων της δεκαετίας του '90. Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή, ο πιστωτής με επαρκείς ασφάλειες, που καθιστούν την είσπραξη της απαίτησής του βέβαιη, δεν μπορεί να προσφύγει στο ακραίο μέσο της αίτησης πτώχευσης, αφού οι ατομικές διώξεις θα του ήσαν αρκετές. Του λείπει συνεπώς το έννομο συμφέρον. Ωστόσο η νομολογία αυτή δεν επικράτησε. Ο Άρειος Πάγος την ανέτρεψε (Α.Π 852/2006 ΔΕΕ 2006, 913), με την αιτιολογία ότι η πτώχευση «υπαγορεύτηκε από λόγους δημόσιου συμφέροντος και μπορεί να επιβληθεί και αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο».

Αυτό σημαίνει ότι κάθε πιστωτής, χωρίς να αποδεικνύει αυτοτελές και ίδιο έννομο συμφέρον, μπορεί να ζητήσει την πτώχευση. Έτσι ο πιστωτής φαίνεται να εκλαμβάνεται από το νόμο ως όργανο της Πολιτείας, προκειμένου να τεθεί σε κίνηση το ΠτΔ, ως θεσμός γενικού συμφέροντος (βλ. κριτικές παρατηρήσεις Περάκη, Το θετικό ΠτΔ και τα συμφέροντα των πιστωτών, τιμ. Τομ. Α. Λουκόπουλου, 1993, σ. 129).

Άραγε ο νέος ΠτΚ με το άρθρο 5 § 1 ακολούθησε τη νομολογία του Εφετείου Δωδεκανήσου; Η Έκθεση της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής δεν είναι στο σημείο αυτό διαφωτιστική. Αν όμως θελήσει να δει κανείς με ποιο τρόπο ερμηνεύεται η αντίστοιχη γερμανική διάταξη (βλ. π.χ. Jaeger/Gerhardt, Grosskommentar, 2004, § 14, 2), την οποία έχει λάβει ο ΠτΚ κατά γράμμα, έχει όντως την αίσθηση ότι ο νομοθέτης θέλησε να ακολουθηθεί η νομολογία αυτή. Και πράγματι, η νομολογία αυτή έχει τη λογική της. Η πτώχευση είναι θεσμός βαρύς, έχει συνέπειες, φορτώνει το δικαστικό

σύστημα, προκαλεί κόσθη (ιδιωτικά και κοινωνικά) και δεν μπορεί να κηρύσσεται χωρίς να συντρέχει πραγματικός και ουσιαστικός λόγος. Θα πρέπει συνεπώς να γίνει δεκτό, ότι έννομο συμφέρον δεν θα υπάρχει, αν έχει μεν επέλθει παύση πληρωμών, όμως ο οφειλέτης έχει επαρκή περιουσία για να πληρώσει τους πιστωτές του, ή αν ο πιστωτής και χωρίς την πτώχευση, αλλά με χρήση άλλων μέτρων, θα μπορούσε να έχει τις ίδιες δυνατότητες είσπραξης, χωρίς επιπρόσθετες καθυστερήσεις και δαπάνες, π.χ. διότι η απαίτηση είναι πολύ μικρή ή διότι ο πιστωτής έχει επαρκή ασφάλεια (βλ. π.χ. Ψυχομάνη, ΠτΔ, 2007, σ. 59).

Όμως το πράγμα δεν σταματά εκεί. Οι δικονομολόγοι διδάσκουν ότι το έννομο συμφέρον δεν αρκεί απλώς να υπάρχει, θα πρέπει να είναι και θεμιτό, να μην επιδιώκονται δηλ. με την αίτηση πτώχευσης σκοποί αποδοκιμαζόμενοι από την έννομη τάξη (Κεραμεύς/Κονδυλίας/Νίκας, Ερμ. Κ.Πολ.Δ 2000, υπό 68 αριθμ. 9). Και δεν θα είναι το έννομο συμφέρον θεμιτό, αν υπάρχει αντιφατική συμπεριφορά του πιστωτή ή αν ο πιστωτής επιδιώκει στην πραγματικότητα στόχους μη συμβατούς με τους σκοπούς της πτώχευσης, όπως αν επιδιώκει μόνο και μόνο τη λύση μιας διαρκούς σύμβασης, την καταγραφή του οφειλέτη στα μητρώα πτωχευσάντων κλπ. (βλ. Καραγκουνίδη, Έλλειψη εννόμου συμφέροντος και κατάχρηση δικονομικής δυνατότητας στην αίτηση πτωχεύσεως, ΕπισκΕΔ 1997, 47).

Επειδή όμως αυτά λέγονται στο πλαίσιο των λόγων απόρριψης της αίτησης πτώχευσης, πρέπει να διευκρινισθεί το εξής: Όπως φαίνεται να είναι η κρατούσα άποψη, το δικαστήριο ελέγχει μεν το έννομο συμφέρον και μάλιστα αυτεπαγγέλτως (Κ.Πολ.Δ 73), κανονικά όμως όταν κάποιος έχει απαίτηση, την οποία οδηγεί προς κρίση στο δικαστήριο, το έννομο συμφέρον του τεκμαίρεται, ώστε κατ' αποτέλεσμα το δικαστήριο να ελέγχει πότε το έννομο συμφέρον απουσιάζει (Κεραμεύς/Κονδυλίας/Νίκας, ό.π., αριθμ. 9: «...ερευνάται όχι πότε συντρέχει, αλλά πότε απουσιάζει»). Αν αυτό είναι ορθό, η αίτηση πτώχευσης θα πρέπει να προχωρεί, εκτός αν ο οφειλέτης αμφισβητήσει την ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος, οπότε ο αιτών θα πρέπει να την αποδείξει (βλ. Παμπούκη, ΕπισκΕΔ 2008, 738, Καραγκουνίδη, ΕπισκΕΔ 1997, 58). Έτσι, μπορούμε να πούμε ότι το έννομο συμφέρον επιτελεί αρνητική λειτουργία, αποτελεί δηλ. όχι προϋπόθεση αποδοχής της αίτησης πτώχευσης, αλλά, αν λείπει, λόγο απόρριψής της.

2. Δεύτερος λόγος απόρριψης της αίτησης πτώχευσης είναι – αναφέρθηκε ήδη παραπάνω – η έλλειψη ενεργητικού. Αν, όπως λέγει ο νόμος (άρθρο 6 § 2), «η περιουσία του οφειλέτη δεν θα επαρκέσει για την κάλυψη των εξόδων της διαδικασίας», η αίτηση απορρίπτεται. Το πράγμα έχει μια σαφή λογική. Δεν είναι δυνατόν να ανοίξει μια διαδικασία, που όχι απλώς δεν πρόκειται να αποδώσει, αλλά ούτε καν να καλύψει τα έξοδά της. Όπως λέγει η Έκθεση της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής, με τη διάταξη επιτυγχάνεται «η ουσιαστική αποσυμφόρηση των δικαστικών υπηρεσιών από πτωχεύσεις, που αποδεδειγμένα προβλέπεται ότι δεν θα ανταποκριθούν στο σκοπό της πτώχευσης για ικανοποίηση των πιστωτών».

Το ζήτημα βέβαια έχει τις δυσκολίες του: Ποια είναι τα έξοδα της πτώχευσης, που πρέπει η υπάρχουσα περιουσία του οφειλέτη να καλύπτει; Τα αρχικά ή και όλης της διαδικασίας; Και αν όλης, πώς θα είναι από πριν γνωστό από τι φάσεις θα περάσει η διαδικασία και πού θα καταλήξει; Και πώς είναι δυνατόν να γνωρίζουμε εξαρχής την ύπαρξη ή ανυπαρξία πτωχευτικής περιουσίας, αφού περιουσία μπορεί να προκύψει αργότερα, με μια καλή απογραφή ή με πτωχευτική ανάκληση; Ακόμη: Επιτρέπεται η προκαταβολή των εξόδων από κάποιον δανειστή ή τρίτο, όπως προβλέπεται στο γερμανικό δίκαιο; Τα ερωτήματα αυτά δεν θα απαντηθούν εδώ, ελπίζεται όμως να καλυφθούν σύντομα από τη νομολογία.

Αυτό που πρέπει και εδώ να λεχθεί είναι το εξής: Η έλλειψη περιουσίας είναι λόγος απόρριψης της αίτησης. Όχι το αντίστροφο. Δεν είναι η ύπαρξη περιουσίας προϋπόθεση αποδοχής της. Η διάκριση είναι λεπτή, αλλά έχει τη σημασία της. Το δικαστήριο θα απορρίψει την αίτηση, αν τυχόν διαπιστώσει ότι δεν υπάρχει περιουσία, δεν χρειάζεται όμως να ψάξει να βρει περιουσία και να πιστοποιήσει την ύπαρξή της. Κάτι τέτοιο το κάνουν συχνά τα δικαστήρια, αδόκιμα κατά τη γνώμη μου, με αποτέλεσμα να προσθέτουν άλλη μια προϋπόθεση στην κήρυξη της πτώχευσης (βλ. σχετική παρατήρηση και Μιχαλόπουλου, ΔΕΕ 2009, 594, αναφερόμενου σε ορισμένες πρώτες αποφάσεις κήρυξης πτώχευσης υπό τον ΠτΚ, όπως οι Π.Πρ.Αθ 744/2008, Π.Πρ.Αθ 616/2008, Π.Πρ.Αθ 206/2009, ΔΕΕ 2009, 590 επ., Ε.Εμπ.Δ 2009, 416). Βλέπουμε έτσι αποφάσεις να διευκρινίζουν (ανώφελα!) π.χ. ότι ο οφειλέτης έχει ένα οικόπεδο κι ένα σπίτι στη Λακωνία (Π.Πρ.Αθ 18/2010 αδημ.), ή τρία φορτηγά αυτοκίνητα και εμπορεύματα αξίας περίπου 50.000€ (Π.Πρ.Αθ 2/2010 αδημ.), ή δύο δίκυκλα αξίας περίπου 10.000€ (Π.Πρ.Αθ 4/2010 αδημ.) κλπ.

Από την άλλη μεριά, τουλάχιστον στο Πρωτοδικείο Αθηνών όλο και περισσότερες είναι οι αποφάσεις που απορρίπτουν αιτήσεις πτώχευσης, όταν διαπιστώνεται ότι ο οφειλέτης βρίσκεται με ανεπαρκές ενεργητικό (π.χ. Π.Πρ.Αθ 6, 8, 9, 17/2010 αδημ.). Μάλιστα σε μια απόφαση (Π.Πρ.Αθ 8/2010 αδημ.) έχει λεχθεί ότι δεν υπάρχει αξιοποιήσιμο ενεργητικό, διότι το υπάρχον έχει ήδη κατασχεθεί από τους δανειστές. Η σκέψη αυτή όμως δεν είναι ορθή, διότι με την πτώχευση αίρεται η κατάσχεση λόγω της επερχόμενης αναστολής των ατομικών διώξεων (η απόφαση θα είχε λογική σε περίπτωση που είχε αρχίσει αναγκαστική εκτέλεση από ενυπόθηκο δανειστή επί του βεβαρημένου ακινήτου, όμως σχετική διευκρίνιση δεν παρέχεται).

3. Τρίτος λόγος απόρριψης είναι η καταχρηστική αίτηση. Κατά το άρθρο 6 § 3 «καταχρηστική είναι η αίτηση ιδίως, εάν ο πιστωτής την χρησιμοποιεί ως υποκατάστατο της διαδικασίας ατομικής ικανοποίησης ή προς επιδίωξη σκοπών άσχετων με την πτώχευση, ως θεσμό συλλογικής εκτέλεσης, καθώς και εάν ο οφειλέτης την υποβάλλει προς το σκοπό δόλιας αποφυγής πληρωμής των χρεών του». Αντιλαμβάνεται κανείς ότι η καταχρηστική αίτηση μπορεί να είναι ταυτόχρονα αίτηση από την οποία λείπει το έννομο συμφέρον, ιδίως υπό την εκδοχή ότι το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι θεμιτό.

4. Εύκολα διαπιστώνεται ότι μεταξύ των παραπάνω τριών λόγων απόρριψης (ανυπαρξία έννομου συμφέροντος, ανυπαρξία περιουσίας και καταχρηστική αίτηση) υπάρχει κάποια επικάλυψη. Π.χ. αίτηση πτώχευσης οφειλέτη χωρίς οποιοδήποτε ενεργητικό μπορεί να χαρακτηριστεί και ως καταχρηστική. Μολονότι οι τρεις αυτοί λόγοι θεωρητικά διαφέρουν, συχνά η διάκρισή τους δεν θα έχει πρακτικό ενδιαφέρον. Έτσι οι τρεις αυτοί λόγοι απόρριψης αποτελούν ένα ενιαίο και συνεχές φράγμα, που κάπως ελαφρύνει το δικαστικό φόρτο και επιτρέπει την πτώχευση εκεί μόνο, όπου μπορεί να παραχθεί ωφέλιμο αποτέλεσμα.

Αυτές είναι ορισμένες πολύ σύντομες παρατηρήσεις πάνω στην πρώτη φάση της διαδικασίας, που είναι η κήρυξη της πτώχευσης. Πρόκειται για παρατηρήσεις σχετικές με προβλήματα, που έχει ήδη συναντήσει η νομολογία. Όπως είναι προφανές, με την πάροδο του χρόνου και την πρόοδο των διαδικασιών, όλο και νέα θέματα θα προστίθενται. Στο σημείο αυτό όμως μπορούμε να αφήσουμε τις πτωχεύσεις και να στρέψουμε το βλέμμα στην άλλη διαδικασία, που εισήγαγε ο ΠτΚ, μια διαδικασία αμφιλεγόμενη, με θαυμαστές και επικριτές.

III. Διαδικασία συνδιαλλαγής

1. Πρόκειται για μια διαδικασία, που ανοίγει μετά από αίτηση του οφειλέτη, και που συσχετίζεται με την πτώχευση στον ΠτΚ. Ενώ για την πτωχευτική διαδικασία επελέγη το γερμανικό μοντέλο, για τη διαδικασία συνδιαλλαγής επελέγη το γαλλικό («procédure de conciliation», νομοθεσία του 2005). Η διαδικασία συνίσταται σε μια προσπάθεια επίτευξης συμφωνίας μεταξύ επιχείρησης και πιστωτών, με τη βοήθεια ενός «μεσολαβητή», τον οποίο διορίζει το δικαστήριο, και ο οποίος έχει δύο μήνες προθεσμία για να επιτύχει την αποστολή του, τη σύναψη δηλ. μιας συμφωνίας. Η συμφωνία μπορεί να αφορά μειώσεις απαιτήσεων, παροχή προθεσμίας, μέτρα χρηματοδότησης και αναδιάρθρωσης. Όπως με κάποιο λυρισμό βεβαιώνει πρόσφατη νομολογία, η διαδικασία συντελεί στο να αντιμετωπίζονται τα προβλήματα της επιχείρησης «κατά τρόπο προσεκτικό, σοβαρό, με φαντασία, διαπραγματεύση, ασφάλεια και διαμόρφωση περιβάλλοντος εμπιστοσύνης μεταξύ οφειλέτη και δανειστών» (Π.Πρ.Αθ 40/2010 αδημ., Μ.Πρ.Αθ 1370/2010 αδημ.). Την αίτηση υποβάλλει μόνο ο οφειλέτης, που θα πρέπει να επικαλεσθεί «οικονομική αδυναμία παρούσα ή προβλέψιμη», που όμως δεν έχει εξελιχθεί σε παύση πληρωμών.

2. Ποιο είναι το ιδεολογικό στίγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής; Ας θυμηθούμε το σκοπό της πτώχευσης, που είναι η «συλλογική ικανοποίηση των πιστωτών». Όμως ο σκοπός της διαδικασίας συνδιαλλαγής δεν φαίνεται να είναι ακριβώς ο ίδιος. Εδώ φαίνεται να υπεισέρχονται (και μάλιστα να υπερέχουν) στοιχεία προστασίας της απασχόλησης, προστασίας της επιχείρησης και κοινωνικού συμφέροντος (βλ. άρθρο 99 § 2, κατά το οποίο στην αίτηση ανοίγματος της διαδικασίας συνδιαλλαγής «πρέπει να περιγράφεται η οικονομική κατάσταση του οφειλέτη, το μέγεθος και η κοινωνική ση-

μασία της επιχείρησης από άποψη απασχόλησης...», επίσης ο νόμος προβλέπει ότι το δικαστήριο θα ανοίξει τη διαδικασία λαμβάνοντας υπόψη «και τη σκοπιμότητα της αίτησης» (100 § 1), ενώ ο μεσολαβητής θα προσπαθήσει να επιτύχει συμφωνία «με σκοπό την άρση των οικονομικών δυσκολιών του οφειλέτη, τη συνέχιση της δραστηριότητάς του και τη διατήρηση των θέσεων εργασίας...», κατά τη διατύπωση του άρθρου 101 § 1). Η διαφοροποίηση οφείλεται στη διαφορετική προέλευση των διατάξεων για την πτώχευση και για τη διαδικασία συνδιαλλαγής.

3. Η μέχρι τώρα πείρα έχει δείξει ότι κύριο κίνητρο για τον οφειλέτη να ζητήσει το άνοιγμα της διαδικασίας είναι η δυνατότητα του δικαστηρίου να λάβει προληπτικά μέτρα για το διάστημα μέχρι την έκδοση απόφασης που επικυρώνει τη συμφωνία ή παρέλθει το δίμηνο που έχει ο μεσολαβητής στη διάθεσή του (ΠτΚ 100). Τα προληπτικά αυτά μέτρα μπορεί να συνίστανται μεταξύ άλλων σε αναστολή των ατομικών διώξεων, κάτι που μπορεί να δράσει άμεσα για την ανακούφιση της χρεωμένης επιχείρησης και που δεσμεύουν και το Δημόσιο (Δ.Πρ.Αθ 5015/2009 ΔΕΕ 2010, 321). Μάλιστα προσωρινή διαταγή δεν αποκλείεται (Κοτσίρη, Η διαδικασία συνδιαλλαγής κατά τον ΠτΚ, 2010, σ. 65). Έτσι η οφειλέτρια επιχείρηση κερδίζει χρόνο, αυτό δεν είναι (κατά τη διαφαινόμενη κοινή αντίληψη) η κύρια γοητεία της διαδικασίας.

4. Ο μεσολαβητής έχει, όπως ελέχθη, ως έργο να βοηθήσει τη σύναψη συμφωνίας μεταξύ οφειλέτη και πιστωτών, που εκπροσωπούν τουλάχιστον την πλειοψηφία των απαιτήσεων. Η συμφωνία πρέπει να προβλέπει περίοδο εκτέλεσης (αυτό που ο νόμος ονομάζει «διάρκεια ισχύος της συμφωνίας», άρθρο 103 § 1) δύο ετών το πολύ. Αν συμφωνία υπάρξει, επικυρώνεται από το δικαστήριο. Τι αποτελέσματα έχει η συμφωνία και η επικύρωσή της; Το πρώτο και σημαντικό αποτέλεσμα είναι ότι κατά τη διάρκεια της συμφωνίας (το πολύ τα δύο έτη διάρκειάς της) αναστέλλονται τα μέτρα αναγκαστικής εκτέλεσης κατά του οφειλέτη, τα ασφαλιστικά μέτρα (με εξαιρέσεις), καθώς και η δυνατότητα να ζητηθεί η πτώχευση του οφειλέτη – αυτό για διάστημα το πολύ 6 μηνών. Και αυτά ισχύουν για όλους τους πιστωτές, συμβεβλημένους και μη. Άρα πρακτικά μετά τη συμφωνία θα συνεχισθεί η αναστολή των ατομικών διώξεων, που είχε ήδη διαταχθεί με την απόφαση που άνοιξε η διαδικασία. Αυτό είναι το βασικό αποτέλεσμα. Το ζήτημα αν δεσμεύονται και άλλοι πιστωτές από το περιεχόμενο της συμφωνίας, εκτός από τους συμβαλλομένους, επιλύεται από το νόμο αρνητικά (ΠτΚ 104 § 1 εδ. ζ': «Η συμφωνία δεσμεύει μόνο τον οφειλέτη και τους πιστωτές που την υπέγραψαν»).

5. Η έντονη κριτική που έχει υποστεί η διαδικασία συνδιαλλαγής εστιάζεται ακριβώς σ' αυτό το τελευταίο. Τι αξία μπορεί να έχει μια συμφωνία, στην οποία μετέχουν ορισμένοι μόνο πιστωτές, έστω και αν εκπροσωπούν το μισό τουλάχιστον παθητικό, αν δεν υπάρχει δυνατότητα επέκτασής της στο σύνολο των πιστωτών, όπως συνέβαινε με τον πτωχευτικό συμβιβασμό και με τη συμφωνία του άρθρου 44 Ν. 1892/1990; Πόσο ευεργετικά μπορεί να είναι τα αποτελέσματα μιας συμφωνίας, όπου άλλοι μεν έχουν συμβληθεί και έχουν μειώσει τις απαιτήσεις τους, άλλοι δε όχι, και όπου αυτοί οι

τελευταίοι (οι μη συμβεβλημένοι) θα αναμένουν απλώς να περάσει ο χρόνος της αναστολής των ατομικών διώξεων, προκειμένου να εκτελέσουν με ολόκληρο το ποσό των απαιτήσεών τους; Κυρίως όμως τίθεται το ερώτημα: Τι κίνητρο άραγε έχει ένας πιστωτής για να συμβληθεί, αν γνωρίζει ότι στο τέλος, αυτός μεν θα έχει θυσιάσει κάτι και θα δεσμεύεται από τη συμφωνία, οι υπόλοιποι δε, οι «free riders», όπως αποκαλούνται εκείνοι που επωφελούνται από τα κόστη τρίτων, και που αγνόησαν τη διαδικασία και δεν θυσίασαν τίποτε, θα μείνουν με ολόκληρες τις απαιτήσεις τους; Φαίνεται συνεπώς ότι η διαδικασία συνδιαλλαγής δημιουργεί δύο τουλάχιστον προβλήματα ηθικού κινδύνου (moral hazard): Το ότι ο οφειλέτης την ζητά όχι γι' αυτό που είναι, δηλ. ως διαδικασία ανόρθωσης της επιχείρησης, αλλά για την αναστολή των ατομικών διώξεων, που προσωρινά προσφέρει. Και το ότι ορισμένοι πιστωτές μπορούν να μείνουν αδιάφοροι και να κερδοσκοπήσουν σε βάρος των άλλων.

6. Όμως δεν πρόκειται για τα μόνα προβλήματα. Πολλοί έχουν διερωτηθεί γιατί η διαδικασία συνδιαλλαγής δεν είναι διαθέσιμη, ακόμη και όταν ο οφειλέτης έχει ήδη περιέλθει σε κατάσταση παύσης πληρωμών (όπως συμβαίνει στη Γαλλία). Μια επιχείρηση δεν είναι οριστικά καταδικασμένη για μόνο το λόγο ότι έπαυσε τις πληρωμές της. Άλλωστε η διαφορά «οικονομικής αδυναμίας», που δικαιολογεί το άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής, και της παύσης πληρωμών, με την οποία ανοίγει η πτώχευση, πολλές φορές θα είναι δυσδιάκριτη.

7. Αλλά θα μπορούσε κανείς να προχωρήσει ακόμη λίγο: Γιατί το νέο ελληνικό πτωχευτικό δίκαιο χρειάζεται καν τη διαδικασία συνδιαλλαγής; Πρέπει να υπομνησθεί ότι η νέα ρύθμιση της πτώχευσης είχε ως πρότυπο τον γερμανικό πτωχευτικό νόμο (InsO), που δεν γνωρίζει τέτοια προπτωχευτική διαδικασία. Η δε συνδιαλλαγή ελήφθη από τη γαλλική νομοθεσία, που όμως συμπληρώνει μια πτωχευτική διαδικασία διαφορετική από τη δική μας. Για να κριθεί συνεπώς το αν η διαδικασία συνδιαλλαγής χρειάζεται, θα πρέπει να απαντηθεί το ερώτημα, αν προσφέρει κάτι, που η πτώχευση η ίδια δεν είναι σε θέση να προσφέρει. Προς τούτο είναι σκόπιμο να λεχθεί, ότι η σημερινή πτωχευτική διαδικασία (και αυτό αποτελεί ένα από τα καλύτερα χαρακτηριστικά της) έχει μια ευελιξία και πολυμορφία, που μπορεί να συντελεί σε μεγάλο βαθμό στην εξατομικευμένη πτωχευτική μεταχείριση των επιχειρήσεων. Ας υποθέσουμε λοιπόν μια πτώχευση, όπου συμβαίνουν τα ακόλουθα:

- Την αίτηση για το άνοιγμα της διαδικασίας υποβάλλει ο ίδιος ο οφειλέτης (ΠτΚ 5 § 2), όπως μπορεί ο οφειλέτης να ζητήσει και τη διαδικασία συνδιαλλαγής (ΠτΚ 99 § 1).
- Ο οφειλέτης υποβάλλει την αίτηση πτώχευσης όχι για παύση πληρωμών, αλλά για επαπειλούμενη αδυναμία πληρωμής (3 § 2). Και η πτώχευση δηλ. μπορεί να κηρυχθεί χωρίς παύση πληρωμών, αλλά με ενδείξεις που ομοιάζουν με την «οικονομική αδυναμία, παρούσα ή προβλέψιμη», με την οποία ανοίγει η διαδικασία συνδιαλλαγής (ΠτΚ 99 § 1).

- Ο οφειλέτης ζητεί (και το δικαστήριο διατάσσει) την ανάθεση της διοίκησης της περιουσίας του στον ίδιο, όπως προβλέπει το άρθρο 18 ΠτΚ («debtor in prosession»).
- Σε μια πτώχευση όπως η παραπάνω, ο οφειλέτης μπορεί να έχει ήδη έλθει εξαρχής σε επαφή με τους πιστωτές του και να υποβάλει, μαζί με την αίτηση πτώχευσης ή μέσα σε 4 μήνες, σχέδιο αναδιοργάνωσης (το γνωστό μας «pre-packaged plan»), κατά το άρθρο 108. Αυτό μπορεί να τον οδηγήσει με μεγάλη ταχύτητα εκτός πτώχευσης.
- Στο πλαίσιο της παραπάνω πτώχευσης το δικαστήριο διατάσσει και προληπτικά μέτρα με βάση το άρθρο 10.

Η σώρευση των πτωχευτικών αυτών διαμορφώσεων μπορούν να καταστήσουν την πτώχευση ικανή να προσφέρει ό,τι μπορεί να προσφέρει και η διαδικασία συνδιαλλαγής. Δεν χρειάζεται παύση πληρωμών, δεν υπάρχει πτωχευτική απαλλοτρίωση, υπάρχει αναστολή των ατομικών διώξεων, και έχουμε δυνατότητα ταχείας εξόδου από τη διαδικασία. Μάλιστα η επικύρωση του σχεδίου αναδιοργάνωσης (σε αντίθεση με την επικύρωση της συμφωνίας συνδιαλλαγής) κάνει το σχέδιο δεσμευτικό για όλους τους πιστωτές, σε αντίθεση με τη διαδικασία συνδιαλλαγής. Ακόμη, η πτώχευση – σε αντίθεση με τη συνδιαλλαγή – εμπίπτει στο πεδίο του Καν. 1346/2000 για τις κοινοτικές πτωχεύσεις και μπορεί να έχει διεθνή αποτελέσματα. Άρα στην πραγματικότητα η πτώχευση δεν προσφέρει απλώς όσα και η συνδιαλλαγή. Προσφέρει περισσότερα. Η εμπειρία φαίνεται να επιβεβαιώνει τα λεχθέντα. Η συνδιαλλαγή είναι δημοφιλής ευκαιριακά και μόνο, για την αρχική αναστολή των ατομικών διώξεων που εξασφαλίζει. Από κει και πέρα όμως δεν φαίνεται να αποδίδει. Ακούγεται, και το αναφέρω με κάθε επιφύλαξη, ότι σε 300 περίπου διαδικασίες που έχουν συνολικά ανοίξει στην Ελλάδα, ούτε ένα 5% δεν έχει φθάσει στο σημείο της επικύρωσης της συμφωνίας.

8. Βέβαια όλα αυτά δεν μπορούν να αποτελέσουν τελικό συμπέρασμα: Η πτώχευση είναι πτώχευση – η συνδιαλλαγή δεν είναι. Δεν είναι μόνο ψυχολογική η διαφορά, είναι και νομική, διότι η πτώχευση επιφέρει εκπτώσεις, που η συνδιαλλαγή μπορεί να μην επιφέρει. Π.χ. συχνά κάποιος αδυνατεί να ασκήσει ένα επάγγελμα, αν έχει πτωχεύσει. Οι εγγραφές στον Τειρεσία είναι διαφοροποιημένες, ανάλογα με αν υπήρξε πτώχευση ή συνδιαλλαγή. Η πτώχευση μπορεί να οδηγήσει σε υποβάθμιση της πιστοληπτικής ικανότητας. Συμβατικές ρήτρες για την εξέλιξη σύμβασης (π.χ. τον τερματισμό της) σε περίπτωση πτώχευσης κανονικά δεν καταλαμβάνουν και τη συνδιαλλαγή. Αυτές οι διαφορές είναι ικανές να δικαιολογήσουν μια προπτωχευτική διαδικασία αποτροπής της πτώχευσης. Μιας διαδικασίας, που ακριβώς δεν θα λέγεται πτώχευση, αλλά κάπως αλλιώς. Αλλά μάλλον θα χρειασθεί κάποια προσπάθεια αναμόρφωσης της συνδιαλλαγής, ώστε να μπορεί να υπηρετήσει καλύτερα το σκοπό της, την ανόρθωση δηλ. της επιχείρησης, και να είναι ενδιαφέρουσα και επιθυμητή ακριβώς για την ικανότητά της να εκπληρώσει το σκοπό αυτό, περισσότερο από την προσωρινή αναστολή των ατομικών διώξεων, και το απλό κέρδος χρόνου που μπορεί να δώσει.

Επίμετρο

Ο ΠτΚ έχει πολλές αρετές, έχει όμως και τα προβλήματά του. Τα τελευταία συνίστανται όχι μόνο σε ορισμένες αμφιλεγόμενες επιλογές (όπως π.χ. η ρύθμιση της διαδικασίας συνδιαλλαγής), αλλά και σε αβλεψίες και αντιφάσεις, που δεν είναι δυνατόν να αναφερθούν στον περιορισμένο χώρο της εισήγησης αυτής. Ευτυχώς οι μεν αρετές είναι δομικές, αφορούν το ίδιο το πτωχευτικό σύστημα, δηλ. τις βασικές επιλογές του – και αυτό είναι το προέχον – ενώ τα ελαττώματα αφορούν τις επιμέρους πτωχευτικές διατάξεις. Να ελπίσουμε ότι με το χρόνο το μεν σύστημα θα μπορέσει να εδραιωθεί, οι δε διατάξεις του νέου ΠτΚ θα ερμηνευθούν με αυτόν ή τον άλλο τρόπο ή και θα υπάρξει ενδεχομένως, όπου χρειάζεται, διορθωτική νομοθετική παρέμβαση.

Αυτό που έχει όμως σημασία – και με το οποίο θα κλείσω – είναι κάτι που επισημάνθηκε εδώ στο Ηράκλειο στο Συνέδριο του Συνδέσμου Εμπορικόλογων του Οκτωβρίου 2009 (Μιχαλόπουλος): Το ΠτΔ πρέπει να από-δραματοποιηθεί και να απο-ενοχοποιηθεί, ώστε να μπορέσει να ιδωθεί με μάτι πιο τεχνοκρατικό και λιγότερο συγκινησιακά φορτισμένο. Σήμερα πια το ΠτΔ δεν είναι δίκαιο κυρωτικό είναι δίκαιο διαχειριστικό, είναι δίκαιο αγοράς, που σκοπό έχει να επιβάλλει τάξη στο φαινόμενο της αφερεγγυότητας. Υπό το πρίσμα αυτό θα πρέπει να ελπίζουμε ότι η άνοδος του αριθμού των πτωχεύσεων, που ίσως παρατηρηθεί τα επόμενα χρόνια, θα συντελέσει όχι μόνο στη διευθέτηση ιδιωτικών διαφορών, αλλά τελικά (χωρίς διάθεση παραδοξολογίας) θα μπορέσει να αποτελέσει μοχλό ανάπτυξης μέσω της αναδιάταξης παραγωγικών πόρων.



ΣΚΕΨΕΙΣ ΓΙΑ ΤΟ ΠΟΛΙΤΕΥΜΑ ΚΑΙ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΣΤΟ ΣΤΟΧΑΣΜΟ ΤΟΥ ΑΔΑΜΑΝΤΙΟΥ ΚΟΡΑΗ



Οδυσσέα Σπαχή*

Α. Ο Αδαμάντιος Κοραής στο ευρύτερο πλαίσιο του Ευρωπαϊκού διαφωτισμού

1. Ο Αδαμάντιος Κοραής, αυτή η σπουδαία μορφή του Νεοελληνικού Διαφωτισμού, είναι γνωστός ως λαμπρός φιλόλογος με το μεγάλο κύρος και τις παρεμβάσεις του για την παιδεία και τη μόρφωση των υπόδουλων Ελλήνων. Επομένως, η αναφορά στις περὶ δικαίου και πολιτεύματος αντιλήψεις του Αδαμάντιου Κοραή μπορεί να ξαφνιάσει με μια πρώτη ματιά, γιατί αυτός δεν ήταν νομικός, ούτε πολιτικός με την τρέχουσα έννοια του όρου. Αλλά και οι σπουδές του δεν ήταν σχετικές με τους νόμους και το δίκαιο. Γεννήθηκε στη Σμύρνη το 1748, με καταγωγή από την Χίο, και τελικά το 1782 αναχώρησε για το Μονπελιέ της Γαλλίας, προκειμένου να αφιερωθεί στην ιατρική, αν και το μεγάλο πάθος του ήταν η ενασχόλησή του με τις κλασικές, φιλολογικές σπουδές. Μετά το πέρας των σπουδών του ταξίδεψε στο Παρίσι, το Μάιο του 1788, για να βρεθεί στη δίνη της Γαλλικής Επανάστασης, που ξέσπασε ένα χρόνο αργότερα, το 1789. Ήταν το γεγονός που σημάδεψε τη ζωή του, όπως και οι μεγάλοι στοχαστές του Ευρωπαϊκού Διαφωτισμού, οι οποίοι προετοίμασαν τον μεγάλο αγώνα της ελευθερίας και της δικαιοσύνης. Είναι, άλλωστε, κοινός τόπος ότι η Γαλλική Επανάσταση ήταν ο προάγγελος της Ελληνικής του 1821, αν και έχουν σημαντικές διαφορές σε πολλά επίπεδα. Ο Αδαμάντιος Κοραής λοιπόν, είναι φανερό ότι ωρίμασε ιδεολογικά και πολιτικά σε ένα εξόχως ριζοσπαστικό και φιλελεύθερο περιβάλλον που γέννησε τη Γαλλική Επανάσταση. Επομένως, ήταν αδύνατον αυτός ο αφιερωμένος στο κοινό καλό στοχαστής να μην εκφράσει απόψεις για το πολίτευμα και τους νόμους που θα έπρεπε να έχει ένα σύγχρονο (για την εποχή του) κράτος και ιδιαίτερα το ελληνικό, το οποίο είχε την πρόσθετη δυσκολία της συγκρότησής του, ύστερα από ένα σκληρό και τιτάνιο αγώνα εθνικής, κοινωνικής και πολιτικής απελευθέρωσης. Και κατ' αυτόν απελευθέρωση χωρίς Δικαιοσύνη δεν νοείται.

Β. Οι περί Δικαιοσύνης και Δικαίου αντιλήψεις του Αδαμαντίου Κοραή

1. ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗ

Ο στοχασμός του Αδαμαντίου Κοραή έχει ως κεντρικό άξονα τη Δικαιοσύνη. Η Διακήρυξη των δικαιωμάτων του ανθρώπου και του πολίτη από τη Γαλλική Εθνοσυν-

* Ο Οδυσσέας Σπαχής είναι Πρόεδρος Πρωτοδικών Διοικητικών Δικαστηρίων.

νέλευση τον επηρέασε βαθύτατα προς αυτή την κατεύθυνση. Αλλά και οι θεωρίες του φυσικού δικαίου που αναπτύχθηκαν στο πλαίσιο του ευρωπαϊκού Διαφωτισμού, άσκησαν επίδραση τέτοια, ώστε να ισχυρίζεται ότι «πολίτευμα αρετής και ευδαιμονίας» δεν νοείται χωρίς δικαιοσύνη, θεωρώντας ότι τα «πρώτα σπέρματα του δικαίου» αποτελούν φυσική φύτρα, όμοια με όλες τις πηγάζουσες από τη φύση κλίσεις του ανθρώπου¹. Πιστεύοντας, λοιπόν, στη θεμελιώδη σημασία της Δικαιοσύνης διακηρύσσει ότι «οι ελληνικοί νομοθέται και κυβερνήται...εις της Δικαιοσύνης το αδιάρρηκτον θεμέλιον χρεωστούν να στηρίξωσι το πολίτευμά των, θέτοντας νόμους κοινούς δι' όλους, κυβερνώντας κατ' αυτούς και πειθόμενοι πρώτοι εις αυτούς».² Ο Α.Κ. ορίζει ειδικότερα την Δικαιοσύνη «ως ισονομία, ισηγορία και κοινή πάντων ελευθερία»³ και της αποδίδει έναν ιδιαίτερο χαρακτηρισμό: *την αποκαλεί θυγατέρα της ανάγκης και μητέρα της ειρήνης*⁴. Ο Α.Κ. συναρτά με μια διαρκή επιμονή την τύχη της Δικαιοσύνης με την Ειρήνη, ως αγαθά που προϋποθέτουν το ένα το άλλο, εφόσον, κατ' αυτόν, χωρίς τη Δικαιοσύνη η ειρηνική συμβίωση των ανθρώπων μεταξύ τους καθίσταται ουτοπική⁵. Ο Α.Κ. δεν κουράζεται να επαναλαμβάνει ότι η Δικαιοσύνη περιέχει όλες τις αρετές και την θεωρεί ως «αχώριστη αδελφή της ευνομίας και της ειρήνης»⁶. Αλλά, αφού κατά τον Α.Κ. η Δικαιοσύνη είναι μία σύνοψη όλων των αρετών, θα πρέπει να είναι και ιδιαίτερα απαιτητική γι' αυτούς που τη διακονούν: τέλεια δίκαιος είναι όχι μόνον εκείνος που δεν αδικεί ή που δεν καταδέχεται να συμπράξει σε αδικίες εις βάρος των συνανθρώπων του, αλλά εκείνος που δεν ανέχεται να αδικούν τους συμπολίτες του και με κάθε τρόπο φανερώνει την αδικία και συμβάλλει στην εξάλειψή της⁷. Έτσι, ο Α.Κ. αμυδρά μας εισάγει σε αυτό που θα αποκαλούσαμε σήμερα «ενεργούς πολίτες», δηλαδή στους πολίτες που ενδιαφέρονται για τα κοινά, δεν υποστηρίζουν μόνο το συμφέρον τους, αλλά αντιδρούν απέναντι στην αδικία και έχουν λόγο και άποψη για ισονομία και ισοπολιτεία. Αυτό το αποδίδει ο Α.Κ. αναφέροντας συγκεκριμένα ότι «εκείνη η πόλις κατοικείται κάλλιστα, εις την οποίαν οι μη αδικούμενοι αγανακτούν ίσα με τους αδικούμενους κατά των αδικούντων»⁸. Με τον τρόπο αυτό ο Α.Κ. τοποθετεί τους πολίτες προ των ευθυνών τους και ουσιαστικά συσχετίζει αναλογικά το ήθος και τη στάση τους με την ποιότητα της διακυβέρνησής τους, καθώς το άδικο και άσωτο πολίτευμα είναι αρεστό μόνον σε αυτούς που «...προτιμούν να καταπατώνται, χωρίς ανάγκην, ως ανδράποδα, από τους ανωτέρους των, δια να συγκαταπατώσι και ούτοι τους κατωτέρους, εναντίον του Θείου Νόμου...»⁹. Η Δικαιοσύνη, όμως, δεν είναι απαραίτητη κατά τον Α.Κ. μόνο στο εσωτερικό του κράτους, αλλά πρέπει να χαρα-

1. Κοραή, *Νόμω καλόν, νόμω κακόν*, σελ. 59.

2. Κοραή, *Ξενοφ. Απομν.*, σελ. με'.

3. Λυκούρ., *Λογ. κατά Λεωκρ.*, σελ. λθ'.

4. Κοραή, *Προλεγ.* εις Αριστοτ. *Πολιτ.*, σελ. κη'.

5. Κοραή, *Προλεγ.* εις Αριστοτ. *Πολιτ.*, σελ. ρμα'.

6. Βολίδου: Κοραή *Σημ* εις *Προσ. Πολιτ.*, σελ. 130

7. Βολίδου: Κοραή *Σημ* εις *Προσ. Πολιτ.*, σελ. 132

8. Κοραή: *Προλεγόμενα* εις Βεγκαρίαν, σελ. οστ'-οζ'.

9. Κοραή, *Νόμω καλόν, νόμω κακόν*, σελ. 33.

κτηρίζει και τις σχέσεις μεταξύ των εθνών σε παγκόσμιο επίπεδο. Είναι, λοιπόν, πεπεισμένος πως «μόνη η Δικαιοσύνη σώζει τα Έθνη, μόνη η Δικαιοσύνη τα κάμνει σεβαστά, διότι μόνη πολλαπλασιάζει την δύναμιν της Πολιτείας συσφίγγουσα τα μέλη της, όλα, με τον ιερών δεσμόν της ισονομίας και ακολούθως αναγκάζει πάσαν άλλην αλλογενή Κυβέρνησιν, αν είναι δικαία, να σέβεται το έθνος και να το βοηθή».¹⁰

Ωστόσο, οι απόψεις και οι σκέψεις του Α.Κ. δεν εξαντλούνταν σε μια γενικόλογη αναφορά για την αναγκαιότητα της Δικαιοσύνης. Επιθυμεί να απονέμεται η Δικαιοσύνη από δικαστές τελείως ανεξάρτητους από τη νομοθετική και την εκτελεστική λειτουργία του κράτους και αναγνωρίζει τη βαρύτητα της δικαστικής λειτουργίας προτείνοντας την έκπτωση εκείνου, που θα προσπαθήσει να σφετεριστεί το αξίωμά του ως δικαστικού λειτουργού.¹¹ Ο Α.Κ. πιστεύει ακράδαντα ότι δεν μπορεί να νοηθεί «χρηστοήτης Πολιτεία», αν αυτή δεν φροντίζει να συγκροτήσει δικαστήρια σεβαστά, σεμνά και προσιτά στους πολίτες «ώστε ο εγκαλούμενος εις αυτά πολίτης, αν είναι αθώς, να έχη πάντοτε αχώριστον της ψυχής του την πληροφορίαν, ότι της αθωότητος αυτού απόδειξις δεν έχει να φοβήται εμπόδια».¹² Ο Α.Κ., επηρεασμένος, προφανώς, από τους σχετικούς προβληματισμούς στην Ηπειρωτική Ευρώπη προτείνει, προς διασφάλιση της μεγαλύτερης δυνατής ανεξαρτησίας της Δικαιοσύνης, την συγκρότηση ορκωτών δικαστηρίων. Αυτά, κατά την άποψή του, έχουν το πλεονέκτημα ότι προσδίδουν λαϊκό κύρος στο σύστημα απονομής της δικαιοσύνης και καθιστούν το λαό υπεύθυνο για τη διασφάλιση της ζωής, της τιμής και της παρουσίας των πολιτών, καθώς, όταν λείπουν αυτά τα δικαστήρια, «οι κρινόμενοι δεν έχουν την πίστιν και την παρηγορίαν ότι κρίνονται ελευθέρως, ως ελεύθεροι πολίται».¹³ Ο Α.Κ. έχοντας, περαιτέρω, επίγνωση του σπουδαίου ρόλου που έχει η ηθική ακεραιότητα και η ανεξαρτησία των δικαστών θεωρεί ότι πρέπει να κατοχυρωθούν έναντι της Νομοθετικής και της Εκτελεστικής Εξουσίας φρονώντας ότι πρέπει «να μένωσιν επί ζωής των αμετακίνητοι, παρεκτός αν φανερωθώσιν ανάξιοι του τόσον ιερού παραγγέλματος, δια δεκασμόν, ή άλλην τινάν πράξιν παράνομον». Εν όψει της σπουδαιότητας που δίδει ο Α.Κ. στην απονομή της Δικαιοσύνης και γνωρίζοντας ότι τους ανθρώπους κατατράχουν συνήθως αδυναμίες και μεγάλα πάθη, συμβουλεύει να επιλέγονται οι δικαστές με αυστηρά κριτήρια, ώστε να διακονούν την Δικαιοσύνη ηθικοί αδάμαντες, που ξεχωρίζουν «και δια του βίου την χρηστότητα και δια την ηλικίαν και δια την εμπειρίαν των νομικών κανόνων και διαταγών». Με αυτές τις προϋποθέσεις διασφαλίζεται στοιχειωδώς ο πολίτης, ο οποίος, όμως, πρέπει να απολαμβάνει και το δικαίωμα της εκδίκασης της υπόθεσής του από το φυσικό του δικαστή. Κανένας πολίτης, κατά τον Α.Κ., δεν πρέπει να εξαναγκασθεί σε δίκη με δικαστήρια που δεν προβλέπονται στο νόμο, ούτε να δικασθεί από επιτροπές ή συμβούλια που δεν έχουν νόμιμο έρεισμα.¹⁴ Αν επομένως,

10. Μάμουκα-Δαμαλά: Κοραή, Τα μετά θάνατον, Τομ. Δ', σελ. 982.

11. Βολίδου: Κοραή Σημ. εις Προς. Πολιτ., σελ. 109-110

12. Κοραή: Προλεγόμενα εις Βεκκαρίαν, σελ. ν'.

13. Κοραή: Προλεγόμενα εις Αριστ. Ηθ. Νικομαχ., σελ. ξα' - ξβ'.

14. Βολίδου: Κοραή Σημ. εις Προς. Πολιτ., σελ. 125.

κατά τον Α.Κ., η Δικαιοσύνη λειτουργεί σωστά υπό τις ανωτέρω προϋποθέσεις, ως τμήμα του συνόλου της Πολιτείας, τότε και αυτή η τελευταία, η πολιτειακή μηχανή δηλαδή, έχει τους καλύτερους οιωνούς για την ορθή λειτουργία της. Αλλά, εδώ τίθεται το ερώτημα: Με ποιους νόμους;

2. ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ

1. Δείγμα της βαθιάς επίδρασης που άσκησε ο Ευρωπαϊκός Διαφωτισμός και γενικότερα ο ορθολογισμός στις περί πολιτείας αντιλήψεις του Α.Κ. αποτελεί και ο ορισμός του για τον νόμο. Κατ’ αυτόν «ο Νόμος άλλο δεν είναι, παρά αυτός ο τόσον εγκωμιαζόμενος ορθός λόγος».¹⁵ Πριν από τον Α.Κ. σπουδαίοι Ευρωπαίοι στοχαστές, όπως ο ο Χομπς, ο Ρουσώ και ο Τζων Λοκ, με διαφορετικό τρόπο ο καθένας τους είναι αλήθεια, αναφέρθηκαν στη νομιμοποίηση της εξουσίας με ένα «κοινωνικό συμβόλαιο» μεταξύ εξουσιαστών και εξουσιαζόμενων. Οι προαναφερόμενοι ευρωπαίοι φιλόσοφοι έχουν σημαντικές διαφορές μεταξύ τους. Το κοινό σημείο τους ανάγεται στην αρχή ότι μια πολιτική τάξη «νομιμοποιείται» στην επιβολή της εξουσίας, μόνον όταν είναι δυνατή η γενική συναίνεση εκείνων που πρόκειται να την «υποστούν». Ο Ρουσώ χρησιμοποιεί μάλιστα στον «Λόγο για την Πολιτική Οικονομία» τον εξειδικευμένο όρο «γενική βούληση». Κατά παρόμοιο τρόπο ο νόμος ορίζεται από τον Α.Κ. «ως η κοινή θέλησις διαφόρων ανθρώπων συνελθόντων προσωπικώς ή δια τοποτηρητών, με σκοπόν να συστήσωσιν πολιτείαν», δηλαδή «να συζώσιν εντάμα και να συγκαινωνώσι πολιτικώς, ωφελούντες ο ένας τον άλλον το κατά δύναμιν, και απεχόμενοι από πάσαν βλάβην κατ’ αλλήλων».¹⁶ Και, ακόμη, ο Α.Κ. αντιπαραβάλλοντας τις αντιλήψεις του παρελθόντος με εκείνες του παρόντος για την έννοια του νόμου μνημονεύει πως ο νόμος «ωνομάσθη πόλεως κοινή συνθήκη από τους παλαιούς, και Λόγος δηλωτικός της κοινής θελήσεως από τους νεώτερους». Είναι λοιπόν ολοφάνερο ότι ο Α.Κ. συντασσόμενος με τους κορυφαίους του Ευρωπαϊκού Διαφωτισμού θεωρεί ότι ο νόμος είναι μια γενική κοινή συνισταμένη, που κάτω από την καθοδήγηση του ορθού λόγου και υπό τη γενική συναίνεση μπορεί να δημιουργήσει ένα πλαίσιο ευνομίας, ισότητας και δικαιοσύνης. Γι’ αυτό ακριβώς ο Α.Κ. υποστηρίζει ότι, κατά κάποιον τρόπο, ο νόμος είναι η ψυχή, η κινητήρια δύναμη της πολιτείας. Αλλά ποια χαρακτηριστικά πρέπει να έχει ο νόμος και η νομοθεσία γενικότερα κατά τον Α.Κ.;

Το πρώτο μέλημα του νομοθέτη, βέβαια, κατά τον Α.Κ., είναι να θεσπίσει δίκαιους νόμους, καθώς αποτελούν τον αδιαμφισβήτητο οδηγό της πορείας της Πολιτείας διότι «η αδικία των νόμων βόσκειται κατά μικρόν και διαδίδεται εις τους πολίτας ως γάγγραιναν». «Όταν οι νόμοι είναι δίκαιοι», μας λέει ο Α.Κ., «ανομεί όστις συγχωρεί εις τους παραβάτας αυτών κακουργίας».¹⁷ Πως θα αποτραπεί όμως η αδικία των νόμων; Μα βέβαια με την εκπαίδευση και δεν θα μπορούσε να προτείνει τίποτα διαφορετικό

15. Κοραή: Προλεγόμενα εις Βεκκαρίαν, σελ. νθ’.

16. Κοραή, Αδελφική Διδασκαλία, σελ. 42, Κοραή, Αριστ. Πολιτ., σελ. κθ’-ρ’.

17. Κοραή: Σημειώσεις εις Βεκκαρίαν, σελ. 221-223.

ο μεγάλος αυτός κήρυκας της παιδείας και της μόρφωσης. Οι πολίτες πρέπει, κατά τον Α.Κ., να εθίζονται από μικροί με τα νόματα της Δικαιοσύνης, ώστε να καταστεί δυνατή η βελτίωση της ποιότητας της νομοθεσίας. Οι πολίτες, όμως, δεν πρέπει απλώς να συνηθίζουν να ζουν από την παιδική τους ηλικία με δίκαιους νόμους, αλλά πρέπει να γνωρίζουν το περιεχόμενο των νόμων και τα όρια της ελευθερίας τους, αφού η άγνοια αυτών μπορεί να έχει πολύ δυσάρεστες συνέπειες, καθώς οι έχοντες άγνοια «γίνονται ανδράποδα, παρασκευασμένα να κλίνωσι τον αυχένα υπό τον ζυγόν του τυχόντος τυράννου ή στασιάζουσι κατά της νομίμου πολιτείας, ην και μεταβάλλουσι σε αναρχίαν».¹⁸ Αλλά, για να διευκολυνθεί ο πολίτης στην προσπάθειά του να γνωρίζει το περιεχόμενο των νόμων, πρέπει η νομοθεσία να είναι απλή, σαφής, ορισμένη και κατανοητή, ακόμη και από τον μέτριας διανοητικής κατάστασης άνθρωπο. Αντιλαμβανόμενος ο Α.Κ. το φοβερό κίνδυνο της πολυνομίας και της δαιδαλώδους, πολύπλοκης νομοθεσίας (κάτι που αποτελεί την γάγγραινα του ισχύοντος δικαίου) δεν διστάζει να καυτηριάζει αυτήν με τις πιο σκληρές φράσεις αναφέροντας ότι «όταν οι νόμοι πολλαπλασιάζονται, ώστε μήτε τοίχοι, μήτε βιβλία, μήτε των πολιτών η μνήμη να τους χωρώσι... τότε πλέον το έθνος δεν είναι πολιτική των ανθρώπων κοινωνία, αλλά δυστυχώς τετραπόδων αγέλη, βοσκομένη από λύκους».¹⁹ Πέραν αυτών των χαρακτηριστικών, οι νόμοι κατά τον Α.Κ. πρέπει να έχουν απαραίτητως το στοιχείο της αντικειμενικότητας, καθώς «η απροσωποληψία αυτών είναι το μόνον στερεώτατον θεμέλιον της πολιτείας...».²⁰ Σκοπός του νομοθέτη σε κάθε περίπτωση, κατά τον Α.Κ., πρέπει να είναι η δίκαιη κατανομή του πλούτου, έτσι ώστε να συμμετέχουν όλοι εξ ίσου στην απόλαυση των αγαθών που διαθέτει η Πολιτεία. Και επιφορτίζει προς αυτήν την κατεύθυνση τους ειδικούς, που γνωρίζουν τα της νομοθετικής διαδικασίας. Ως εκ τούτου, κατ' αυτόν, η δίκαιη νομοθεσία «δεν πρέπει να προσμένεται απ' όλους τους πολίτας, αλλά από εκλεγμένους τοποτηρητάς αυτών και κοινώς βουλευομένους περί των κοινών συμφερόντων».²¹ Η νομοθεσία γενικά κατά τον Α.Κ. επιτυγχάνει τους σκοπούς της όταν τελικά εξυπηρετεί όχι τα συμφέροντα των ολίγων και εκλεκτών, αλλά όταν είναι υπηρέτης του συμφέροντος της πλειονότητας με την σκέψη πως «ό,τι ωφελεί τους πολλούς, δεν αδικεί κανένα από τους ολίγους».²² Αλλά και η νομοθετική παραγωγή απασχόλησε τον Α.Κ., αναγνωρίζοντας βέβαια ότι η διαδικασία της ψήφισης των νόμων πρέπει να ανατεθεί σε αντιπροσώπους του λαού και όχι απευθείας στον λαό, χωρίς ωστόσο να αποκλείει παντελώς και την λαϊκή συμμετοχή. «Αν και εις μόνους τους αντιπροσώπους ανήκει το δίκαιον της νομοθεσίας», ισχυρίζεται ο Α.Κ., «δεν αποκλείονται όμως από αυτό και οι λοιποί πολίται..., όχι να προβάλλωσι νόμους (τούτο ήθελε φέρει την αναρχίαν), αλλά να δίδωσι αφορμάς νόμων ή αμέσως δι' αιτήσεως προς αυτό των αντιπροσώπων το Συνέδριον, ή δια των εφημερίδων, κρίνοντες

18. Θερειανού: Βιβλιογρ. Κοραή, Τομ. Γ', Παραρτ. ΣΤ, σελ. ριβ'.

19. Κοραή: Σημειώσεις εις Βεκκαρίαν, σελ. 192.

20. Βολίδου: Κοραή Σημ. εις Προσ. Πολιτ., σελ. 21.

21. Κοραή: Προλεγόμενα εις Αριστοτέλη Πολιτικά, σελ. ρδ'.

22. Κοραή: Προλεγόμενα εις Αριστοτέλη Πολιτικά, σελ. ρθ'.

τίνα και ποία πράγματα έχουν χρειάν νόμων». ²³ Ο Α.Κ., τέλος, δίδει μεγάλη σημασία στο ήθος και στην ακεραιότητα του Νομοθέτη, τον οποίο θέλει σώφρονα, γιατί μόνον έτσι μπορεί να επιτελέσει νομοθετικό έργο, που θα αντέξει στην πορεία του χρόνου. Μας λέει χαρακτηριστικά ότι ο σώφρων Νομοθέτης «αποβλέπει όχι μόνον εις την εργασίαν του καλού, αλλά και φροντίζει περισσότερον πώς να το σώση και να το φυλάξη· και τότε μόνον στοχάζεται το έργον τέλειον, όταν το κάμη και μόνιμον». ²⁴

Νομίζω όμως ότι εδώ είναι χρήσιμο να αναπτύξουμε με συντομία την άποψη του Α.Κ. για τους νομοθετικούς παράγοντες και τον τρόπο λειτουργίας τους. Ο Α.Κ. δέχεται ότι η νομοθετική διαδικασία απαιτεί ένα ανεξάρτητο νομοθετικό όργανο, το οποίο θα πρέπει να αφουγκράζεται τις ανάγκες του λαού και αναλόγως να θεσπίζει τους κανόνες δικαίου. Το νομοθετικό αυτό όργανο πρέπει να έχει πάντα κατά νου ότι οι νόμοι πρέπει να βοηθούν τους πολίτες στην επιβίωση σε ένα σύστημα όπου εξασφαλίζεται η ισοπολιτεία και η εκπαίδευση των νέων. Κατά τον Α.Κ. το κύριο νομοθετικό σώμα είναι η Βουλή, στην οποία πρέπει να εισέρχονται οι εντελώς ανιδιοτελείς άνδρες, που θα έχουν ως μοναδικό σκοπό τους την πρόοδο και την ευημερία του συνόλου των πολιτών, εκφράζοντας σε κάθε περίπτωση τη θέληση εκείνων που τους κατέστησαν αντιπρόσωπους του έθνους. Γι’ αυτό ισχυρίζεται ότι «οι νόμοι της Βουλής ενεργούμενοι από τους Κυβερνήτας είναι και λογίζονται νόμοι θέμενοι από σας όλους, επειδή σεις εκλέγετε τους βουλευτάς και το πρόσωπόν σας φέρουσιν οι βουλευταί, όταν θέτουσι νόμους». ²⁵ Ο Α.Κ. δίδει λοιπόν μεγάλη σημασία στην νομοθετική λειτουργία της Βουλής, θεωρώντας ότι οι βουλευτές «είναι αυτό το έθνος, αυτή η πατρίς, της οποίας φέρουν το πρόσωπο και παρά την οποίαν άλλο τι σεβασμιώτερον η αγιώτερον δεν ευρίσκεται». Με αυτήν την αντίληψη, ότι δηλαδή οι βουλευτές αντικατοπτρίζουν την ενότητα του έθνους, αυτοί υποχρεώνονται να υπερβούν τις στενές ή τοπικιστικές αντιλήψεις και να ανταποκριθούν στις περιστάσεις. «Πας ένας των αντιπροσώπων, αν και αποστελλόμενος από μίαν μόνον ωρισμένην χώραν ή επαρχίαν, χρεωστεί, αφού εμβή εις το Συνέδριον, να ενεργή όχι ως μιας επαρχίας, αλλ’ ως όλου του έθνους αντιπρόσωπος, και ακολούθως να υπερασπίζη τα κοινώς εις όλον το έθνος και όχι εις την επαρχίαν μόνον συμφέροντα». Πέραν των άλλων όμως, η νομοθετική λειτουργία πρέπει να ασκείται με τέτοιο διαφανή τρόπο, ώστε να μην δημιουργούνται σκιές για τα κίνητρα και τα αίτια της νομοθετικής πρωτοβουλίας. Έτσι, οι συνελεύσεις της Βουλής πρέπει να είναι δημόσιες και «ήγουν να συγχωρήται εις όλους τους πολίτας να γίνωνται ακροαταί και θεαταί των συνελεύσεων». Αλλά και η ψηφοφορία εντός της Βουλής πρέπει, κατά τον Α.Κ., να είναι φανερή διότι «από την κρυφήν ψηφοφορίαν συγχέονται οι αλόγως με τους ευλόγως ψηφίσαντες και μένουν ακολούθως άκριτοι». ²⁶ Αλλά ποιο τάχα είναι το καλύτερο πολίτευμα, στο οποίο θα εφαρμοστούν αυτοί οι δίκαιοι νόμοι;

23. Βολίδου: Κοραή Σημ. εις Προς. Πολιτ., σελ. 73.

24. Κοραή, Πλουτάρχ. Βίοι Παράλ., Τομ. Α’, σελ. μθ’.

25. Μάμουκα-Δαμαλά: Κοραή, Τα μετά Θάνατον, Τομ. Δ’, σελ. 902.

26. Βολίδου: Κοραή Σημ. εις Προς. Πολιτ., σελ. 66.

3. ΠΟΛΙΤΕΥΜΑ

Το Πολίτευμα, κατά τον Α.Κ., πρέπει να ευρίσκεται σε αρμονία με τα ειδικότερα χαρακτηριστικά του έθνους και ποικίλους άλλους παράγοντες, ώστε να το καθιστούν προσιτό και οικείο στους πολίτες. Βασική προϋπόθεση για την καλή λειτουργία του πολιτεύματος αποτελεί η εντιμότητα, η σωφροσύνη και η ικανότητα των λειτουργών του. Προβλέποντας με εξαιρετική ενάργεια το πρόβλημα της διόγκωσης, της αναποτελεσματικότητας και της διαφθοράς, που κατατρύχουν την Διοίκηση, ο Α.Κ. υποστηρίζει ότι το κράτος πρέπει να λειτουργεί «με λειτουργούς τόσους μόνον, όσοι είναι απαραίτητως αναγκαίοι· με λειτουργούς χειροτονημένους μετά έρευναν ανστηράν της προτέρας των διαγωγής· με λειτουργούς φίλους της ισότητος και δημοτικούς, και όχι επιθυμητάς να διακρίνονται με τίτλους συνθεμένους με το άρχω ρήμα» διότι «το πλήθος των λειτουργών...αντί της χρειώδους επιμελείας των κοινών, γεννά την αμέλειαν».²⁷ Ο Α.Κ. ως φίλος της ελευθερίας στρέφεται κατά της τυραννίας και επιλέγει ως πλέον κατάλληλο πολίτευμα την Δημοκρατία και το Κοινοβουλευτικό Σύστημα, υποστηρίζοντας ότι αυτό ευνοεί την ανάδειξη της αληθινής πολιτικής βούλησης του λαού και την συγκρότηση του νομοθετικού σώματος με εκλεγμένους από το λαό αντιπροσώπους του. Συνοπτικά, ο Α.Κ. προτάσσει με ευγλωττία και εξαιρετική ευκρίνεια τους λόγους για τους οποίους προτιμά την Δημοκρατία και τον Κοινοβουλευτισμό. Συγκεκριμένα, το Πολίτευμα της Ελλάδας πρέπει, κατ' αυτόν, να είναι «αβασίλευτος και πολιτεία αυτόνομος, ενιαία διότι είναι χώρα μικρά, ώστε να διαιρεθῇ εἰς πολλὰς αντονόμους πολιτείας, άνευ καταφανούς κινδύνου της ελευθερίας της, κυβερνωμένην από Βουλὴν αντιπροσώπων εκλεγομένων κατ' έτος από τον λαόν και συμφορώτερον ήθελ' είναι διπλήν· μίαν των αντιπροσώπων εκλεγομένων κατ' έτος και δευτέραν κατὰ διετίαν και ονομαζομένη Γερουσίαν».²⁸

Για τον Α.Κ., πέρα από τη σαφή επιλογή του και την προτίμησή του στο δημοκρατικό πολίτευμα και δη το κοινοβουλευτικό σύστημα, έχουν μεγάλη σημασία οι πολιτικές αξίες και ο πολιτικός, αλλά και νομικός πολιτισμός που στηρίζουν αυτό το σύστημα. Έτσι, εκτός από την Δικαιοσύνη, που αναπτύχθηκε πιο πάνω και την οποία θεωρεί βασικό πυλώνα στο πολιτικό οικοδόμημα, ο ίδιος θεωρεί ότι χρειάζονται κάποιες βασικές αρχές, οι οποίες θα καταστήσουν δυνατή την επιθυμητή ευνομία. Η Ελευθερία, κατ' αυτόν, είναι ένα βασικό αγαθό, που παρέχει την άδεια να κάνει κανείς κατ' επιλογή ό,τι θέλει, έως του ορίου να μην βλάπτει τον άλλο ή να μην παραβιάζει τα δικαιώματά του. Συνδέει μάλιστα αυτό το αγαθό με την προσήλωση του ελεύθερου πολίτη προς τη νομιμότητα, καθώς στην πολιτεία στην «οποία δεσπάζουν οι νόμοι εκεί βασιλεύει η αρετή».²⁹ Άλλο αγαθό σε μία ευδαίμονα Πολιτεία και, όχι ολιγότερο σπουδαίο κατά τον Α.Κ., είναι το δημόσιο συμφέρον και η διαπαιδαγώγηση των πολιτών προς την κατεύθυνση της αναζήτησης του κοινού καλού. Ο Α.Κ. έχοντας ως μέτρο σύγκρι-

27. Κοραή: Πλουτάρχου, Πολιτικά, σελ. 61, Διάλογος Φιλάρχου-Φυξάρχου, σελ. 57.

28. Κοραή: Διάλ. Λαοσθ.-Χαρίλ., σελ. 19.

29. Κοραή: Σημειώσεις εις Βεκκαρίαν, σελ. 232.

σης αυτήν ακριβώς την έννοια του δημοσίου συμφέροντος και την ανάμειξη των πολιτών στα κοινά προς επιδίωξη του κοινού καλού, διαχωρίζει τις πρώτες, βάρβαρες κατ’ αυτόν συνενώσεις αγρίων ανθρώπων από τις ύστερες, πολιτισμένες κοινωνίες. Οι βάρβαρες και απολίτιστες κοινωνίες χαρακτηρίζονται από την αγριότητα και την διαπαντός μέσου επιβολή του ατομικού συμφέροντος, ενώ οι πολιτισμένες από την σπουδαιότητα, που αποδίδουν στο κοινό συμφέρον. Ένα επίσης σημαντικό χαρακτηριστικό, κατά τον Α.Κ., αποτελεί η ηθική ποιότητα, η πολιτική αρετή και η καλλιέργεια εκείνων που διαχειρίζονται τις δημόσιες υποθέσεις. Έχοντας υπόψη του το ζημιογόνο ρόλο της έκπτωσης των πολιτικών και κοινωνικών ηθών σε ένα πολίτευμα σημειώνει εύστοχα πως: «ο βραδύς και κρυφός πόλεμος, αλλά ζωηρός και αδιάκοπος, τον οποίο κάμνει η διαφθορά των ηθών, πόλεμος τόσον ολέθριος, ώστε η Πατρίς ουδέν μέσον ευρίσκει να τον αποφύγει ή να τον υποφέρει». Συνεπώς, πρώτο μέλημα θα πρέπει κατά τον Α.Κ. να είναι η σωστή επιλογή των δημοσίων λειτουργών και με τέτοια αξιολογικά κριτήρια, ώστε πράγματι να κυβερνούν οι άριστοι και οι συνετοί. Ο Α.Κ. όμως έχει την άποψη ότι, εκτός από την επιλογή των αρίστων, ένα κυβερνητικό σχήμα πρέπει να είναι ευέλικτο, μικρό και να απαρτίζεται από τους αναγκαίους. Γιατί, μας λέει, «όπου βλέπεις πλήθος κολάων και υποκολάων, μην αμφιβάλλεις, ότι βδέλλαι αιμοβόροι προσεκολλήθησαν εις το πολιτικό σώμα, και του ροφούν το αίμα εωσού να το καταφέρωσιν εις φθίσιν». Όλοι αυτοί οι οποίοι έχουν επωμισθεί το βάρος της διακυβέρνησης πρέπει να παραμένουν μακριά από προνόμια, τίτλους ευγενείας, παράσημα κ.λπ., τα οποία ο Α.Κ. απεχθάνεται ως γνήσιος φιλελεύθερος. Υποστηρίζει μετά πάθος ότι εκείνα τα οποία αυξάνουν την ηθική και πολιτισμική υπόσταση ενός πολίτη, που καλείται να παίξει ρόλο δημοσίου παράγοντα δεν είναι οι κληρονομημένοι τίτλοι και ο πλούτος των προγόνων του, που τα θεωρεί τέκνα της τύχης. Αντίθετα, πιστεύει ακράδαντα μόνο στον ρόλο της παιδείας και της μόρφωσης στη διαμόρφωση μιας υγιούς πολιτικής συνείδησης και καταδεικνύει με περισσή οξυδέρκεια εκείνους που εμποδίζουν αυτόν τον ζωτικό ρόλο της εκπαίδευσης. Είναι αυτοί που, στήνοντας εμπόδια στην πλατιά, εις βάθος και ουσιαστική παιδεία του λαού, αναμένουν τα αντίστοιχα πολιτικά οφέλη από την αμορφωσιά του και την αγραμματοσύνη του. Για την επιβίωση, όμως, του πολιτικού συστήματος, το οποίο υποδεικνύει ως καλύτερο ο Α.Κ. ισχυρίζεται ότι οι άρχοντες πρέπει να προσέξουν να αποφύγουν δύο παγίδες που μπορούν να καταστούν εστίες ανάφλεξης: αυτές είναι η ανισότητα στην κατανομή του πλούτου και η απουσία ευελιξίας του συστήματος. Ένα πολιτικό σύστημα έχει τα εχέγγυα της μακροημέρευσής του, μόνο όταν δεν «συσσωρεύουν ολίγοι τινές εις εαυτούς τον πλούτον και την δύναμιν, αφήνοντας εις τους λοιπούς και αυτών των αναγκάων την ένδειαν.» Το δεύτερο κλειδί για την επιβίωση του πολιτικού συστήματος το περιγράφει ο Α.Κ. με την ίδια ακρίβεια ως εξής: «Όστις φεύγει τας αναγκαίας πολιτικάς αναμορφώσεις, προετοιμάζει εις την πολιτείαν βιαίας μεταβολάς, παντοτ’ αχωρίστους από εμφυλίους πολέμους».

Όσα αναφέρθηκαν πιο πάνω μας πείθουν ότι ο Α.Κ. δεν μετέφερε, ούτε αντέγραφε απλώς αυτούσιες και ανεπεξέργαστες τις απόψεις των κορυφαίων του ευρωπαϊ-

κού Διαφωτισμού και μάλιστα της πλέον φιλελεύθερης και ριζοσπαστικής πτέρυγας του. Βαθύς γνώστης ο ίδιος της αρχαιοελληνικής γραμματείας και ιδίως του πολιτικού στοχασμού του Αριστοτέλη, ανασύρει τον όρο της «μεσότητας», όταν καλείται να απαντήσει σε ποιους θα στηριχθεί ένα δημοκρατικό, φιλελεύθερο καθεστώς, που είναι μεν καλύτερο, αλλά που από τη φύση του και τις γενικότερες περιστάσεις είναι ευάλωτο. Μας λέει λοιπόν πως «εκείνη μόνη η πολιτεία είναι μόνιμος, εις την οποίαν η μέση τάξις των πολιτών υπερβαίνει τας λοιπάς εις τον αριθμόν και όπου το Κράτος δεν ευρίσκεται εις τας χείρας, ούτε των ολίγων δυνατών και πλουσίων, φυσικά κλινόντων εις την κατάχρησιν του πλούτου και της δυνάμεως, ούτε των πολλών πενήτων, ετοίμων να φθονώσι τους πλουσίους και να στασιάζωσιν...».³⁰ Μπορεί να συμφωνεί ή να διαφωνεί κανείς με αυτήν την άποψη, αλλά δεν υπάρχει αμφιβολία ότι αποτελεί επιρροή της Αριστοτελικής «μεσότητας», της οποίας ο Α.Κ. είναι θερμός θιασώτης. Όμως, ο Α.Κ. δεν έχει και πολλές ανταπάτες για την εξέλιξη της πολιτικής ωριμότητας και της ποιοτικής αναβάθμισης του συστήματος διακυβέρνησης. Θεωρεί, όπως αναφέρθηκε και παραπάνω, πως «οι πρώτοι συννοικισμοί των πόλεων είναι αγρίων ή βαρβάρων ανθρώπων συναθροίσματα, τους οποίους δια να μεταφέρη τις από τον κατ' αλλήλων πόλεμον και τας καθημερινάς ανομίας εις την ειρηνικήν πολιτείαν κοινωνίαν και συμβίωσιν, συγχωρημένον είναι να τους πείση με μύθους, επειδή με λόγον είναι αδύνατον». Ο Α.Κ. κατανοεί τους λόγους για τους οποίους εκείνοι που προσπάθησαν να εκπολιτίσουν τους ανθρώπους και να εισαγάγουν τα θεμέλια του πολιτικού πολιτισμού ομίλησαν με μύθους και παραβολές. Αλλά, όσο η κοινωνική οργάνωση αναπτύσσεται και ξεφεύγει από την νηπιακή ηλικία της, ο πολιτικός λόγος πρέπει να είναι ώριμος και να στηρίζεται στις μεγάλες αλήθειες και ταυτόχρονα θεμελιώδη επιτεύγματα του πολιτισμού. Και αυτά, κατά τον Α.Κ. είναι τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα και οι δημόσιες ελευθερίες.

Γ. Τα Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα και οι Δημόσιες Ελευθερίες κατά τον Αδαμάντιο Κοραή

Ο Α.Κ. αποδίδει, όπως μνημονεύθηκε και πιο πάνω, στην κοινωνική ισότητα βαρύνουσα σημασία. Με έναν ριζοσπαστισμό που εκπλήσσει για την εποχή του, ο Α.Κ. θεωρεί πως η μόνη ανισότητα που δικαιολογείται είναι εκείνη που έχει ως βάση της την αρετή και την καλλιέργεια. «Εάν η ισότης γεννά μεταξύ των ανθρώπων την φιλία» μας λέει «η ανισότης έχει θυγατέρα την έχθραν». Ο Α.Κ., βέβαια, γνωρίζει ότι η καθιέρωση της πραγματικής ισότητας είναι δύσκολη υπόθεση. Γι' αυτό και νουθετεί τους πολίτες: Αυτοί πρέπει: «Ν' ασπάζονται την ισονομία ως αιτίαν ομονοίας και φιλίας και να φεύγωσι την ανισότητα, ως πηγήν έχθρας, διχονοίας, στάσεως, εις ένα λόγο ως καθαράν αδικίαν. Να διδαχθώσιν οι μεν πένητες, μήτε να φθονώσι, μήτε να κολακεύωσι τους πλουσίους, ώστε να πωλώσιν εις αυτούς και αυτά της πατρίδος τα συμφέρο-

30. Κοραή, Προλεγ., εις Αριστ. Πολιτ., σελ. νγ', Βολίδου: Κοραή Σημ. εις Προσ. Πολιτ., Πρόλογος Φιλαρέτου, σελ. λ'.

να, αλλά να εργάζονται, αν αγαπώσι να μην κρέμονται από άλλον κανένα, παρὰ ἀπό τους νόμους της πατρίδος των».³¹ Ο Α.Κ. θεωρεί ότι η κοινωνική ισότητα είναι στενά συνδεδεμένη με την προσωπική ελευθερία. Και τούτο διότι, κατά την άποψή του, η ελευθερία συντελεί στην ευδαιμονία των εθνών και στην αρετή, η οποία γεννά την μητέρα της φιλότητας, δηλαδή την ισότητα. Κατά τον Α.Κ. αυτή η έννοια της ελευθερίας δεν περιορίζεται μόνο στην νομικά κατοχυρωμένη δυνατότητα του πολίτη να εκφράζεται και να πράττει κατά βούληση, εφόσον τηρεί τους νόμους και δεν περιορίζει τα δικαιώματα των άλλων. Η πραγματική ελευθερία, κατά τον Α.Κ., είναι, πλην άλλων, και ένα αγαθό το οποίο τρέφει η παιδεία και η αρετή, καθώς ακοίμητος και πλέον αποτελεσματικός φρουρός της είναι ο ίδιος ο ελεύθερος πολίτης. Και αυτό το πιστεύει διότι, μας λέει, πως «όταν ο πολίτης έχει όσην η κατάστασίς του συγχωρεί παιδείαν, ούτε με δόλον, ούτε με βίαν κανείς δεν ημπορεί να του αρπάξῃ την ελευθερίαν του».³² Ο Α.Κ. ως πραγματικός φίλος της ελευθερίας είναι, κατά συνέπεια, και ένθερμος υποστηρικτής της ελευθεροτυπίας. «Διότι, όστις φοβείται την λαμπάδα της τυπογραφίας πράσσει, ή μελετά να πράξῃ, οποία πράσσουν οι δούλοι, ήγουν έργα του σκότους».³³ Ο Α.Κ. εξιστορεί λεπτομερώς τα αγαθά της ελευθεροτυπίας και της μέσω αυτής διάδοσης των ιδεών. Προβάλλει τα μεγάλα αγαθά της ελεύθερης διάδοσης μέσω του τύπου, όπως η βοήθεια στην ανύψωση του μορφωτικού επιπέδου του λαού, η κριτική απέναντι στην αυθαίρετη εξουσία, η αναβάθμιση της δημοκρατίας και ο δημόσιος έλεγχος. Ο διακαής αυτός πόθος του Α.Κ. για την διάδοση των ιδεών μέσω των εντύπων αποτυπώνεται ευκρινώς σε μία επιστολή του προς τον Βάμβα, όπου του εκφράζει το παράπονό του: «Ω, πόσον με πλήγωσες φίλε» γράφει στον Βάμβα, «λέγων ότι δεν απεκτήσατε ακόμα τυπογραφίαν! Οπόταν επρόσμενα να λάβω τι αυτόθεν με αυτήν την χαρμόσυνη επιγραφήν: εκ της εν Χίω τυπογραφίας».³⁴ Ένα άλλο ατομικό δικαίωμα στο οποίο πραγματικά αποδίδει τη μέγιστη σημασία ο Α.Κ. είναι το δικαίωμα στη μόρφωση και στην παιδεία. Η έλλειψη της παιδείας, κατ' αυτόν, όχι μόνο δημιουργεί στρατιές αμόρφωτων αλλά και εν δυνάμει δούλων, χωρίς πολιτική και κριτική άποψη υπηκόων. Έτσι θεωρεί αδιαπραγμάτευτη την υποχρεωτικότητα της εκπαίδευσης, υποστηρίζοντας ότι «οι κοσμικοί άνδρες και γυναίκες, πάσης τάξεως και καταστάσεως άνθρωποι, πρέπει να υποχρεώνονται με ποινήν ατιμίας να διδάσκωσι τα τέκνα των». Ενωώντας πλήρως όσα αναφέρει για τη σημασία της παιδείας και αντιμετωπίζοντάς την ως κοινωνικό δικαίωμα και δημόσιο αγαθό, ο Α.Κ. προτείνει την λειτουργία σχολείων με δημόσια έξοδα ή με κοινή συνεισφορά, προκειμένου να καταστεί δυνατή η φοίτηση των οικονομικά αδύνατων και των κοινωνικά περιθωριοποιημένων. «Η πατρίς», γράφει, «δεν πρέπει να γίνεται μήτηρ των αρχοντοπούλων και μητριά των φτωχοπούλων. Του πτωχού το τέκνον είναι γνήσιον γέννημα της πατρίδος, καθώς και το τέκνον του πλουσιωπάτου».³⁵

31. Κοραή: Προλεγ. εις Ξενοφ. Απομν., σελ. μθ'.

32. Βολίδου: Κοραή Σημειώσεις εις Προσωρ. Πολιτ., σελ. 57.

33. Κοραή: Διάλ. Λαοσθ.-Χαριλ., σελ. 18.

34. Μάμουκα-Δαμαλά: Κοραή, Τα μετά Θάνατον, Τομ. Δ', σελ. 657.

35. Κοραή, Επιστολή προς Σμυρναίους, σελ. 15.

Πέραν αυτών, ο Α.Κ. με ένα φωτισμένο για την εποχή του τρόπο τονίζει τη σημασία των δημοσίων αγαθών, όπως είναι η ανάπτυξη των τεχνών και των επιστημών, για τις οποίες θεωρεί ότι πρέπει να τύχουν κρατικής προστασίας γιατί στο βαθμό που θεμελιώνουν την ευδαιμονία του ατόμου, συμβάλλουν και στην ευδαιμονία του συνόλου.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Από τα παραπάνω γίνεται φανερό ότι ο Α.Κ. ήταν για την εποχή του ένας ένθερμος φιλελεύθερος, με προσήλωση στις αρχές της δημοκρατίας, της ειρήνης και της ισονομίας, αξίες και αρχές που αποτελούν τα θεμέλια του σύγχρονου νομικού πολιτισμού. Ίσως αξίζει εδώ προς το τέλος και σαν σύνοψη της πολιτικής φιλοσοφίας του Α.Κ. να παραθέσουμε την άποψή του για τις βασικές αρχές, που πρέπει να διέπουν το θεμελιώδη νόμο ενός κράτους. «Το Πολιτικόν Σύνταγμα», μας λέει ο Α.Κ. «ως σύνδεσμος πολιτών, χρεωστεί να πνήη απ' αρχής ως τέλος ομόνοιαν, ισονομίαν, ειρήνην και ν' αποφεύγη ό,τι ερεθίζει τα πάθη, ό,τι δίδει υποψίαν υπεροχής ενός μέρους πολιτών υπέρ τους άλλους».



Η ΙΑΤΡΙΚΗ ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΣΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ

Έλενας Παπαευαγγέλου*

Ι. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Ζητήματα ιατρικής ευθύνης απασχολούν όλο και πιο συχνά τα μέσα μαζικής ενημέρωσης, αλλά και την κοινή γνώμη. Και βεβαίως έχουμε απομακρυνθεί από καιρού από τη θεωρία της απόλυτης ανευθυνότητας του γιατρού, αυτό που κάποτε έλεγαν ότι «ο ήλιος φωτίζει τις επιτυχίες των γιατρών, ενώ η γη καλύπτει τα σφάλματά τους», είναι όμως αλήθεια ότι μας προβληματίζουν τα φαινόμενα που παρουσιάζονται στις Η.Π.Α. και σε άλλες ευρωπαϊκές χώρες, όπου οι γιατροί βρίσκονται συχνά πλέον αντιμέτωποι με μία δικαστική εμπλοκή αλλά και ενίοτε ασκούν τη λεγόμενη «αμυντική ιατρική», ενώ κάποιοι δικηγόροι συστήνουν εταιρείες που απασχολούνται αποκλειστικά με την εξασφάλιση μεγάλων αποζημιώσεων για δυσαρεστημένους ασθενείς.

Το πρόβλημα έχει σήμερα γιγαντωθεί με γεωμετρική πρόοδο γιατί η κοινωνία φαίνεται να αμφισβητεί στη χώρα μας -σε ένα μεγάλο τουλάχιστον βαθμό- τους γιατρούς και την ιατρική που εφαρμόζουν. Έχει δυστυχώς κλονιστεί η εμπιστοσύνη στον Έλληνα γιατρό και το Εθνικό Σύστημα Υγείας.

Ζητήματα ιατρικής αμέλειας- ιατρικής ευθύνης είναι από τα ζητήματα που απασχολούν τον Έλληνα γιατρό σήμερα, περισσότερο από ποτέ. Εκείνο που πρωτίστως θα πρέπει να τον απασχολεί είναι η ενημέρωσή του, όχι τόσο για την περιφρούρηση της ευθύνης του επ' ευκαιρία κάποιου συγκεκριμένου περιστατικού, αλλά γενικότερα για την ορθή άσκηση του επαγγέλματός του και υπό το φως μίας ενδεχόμενης εμπλοκής του με τη δικαιοσύνη.

ΙΙ. ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΓΕΝΙΚΑ ΚΑΙ ΣΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ

ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ

Το μέχρι πρόσφατα παρατηρούμενο φαινόμενο της ποινικοποίησης της ιατρικής συμπεριφοράς φαίνεται να εκλείπει σιγά- σιγά πλέον και στη χώρα μας, όπου -ιδιαίτερα σε περιπτώσεις σωματικών βλαβών- οι ασθενείς προσφεύγουν απ' ευθείας στα αστικά δικαστήρια για τη διεκδίκηση χρηματικής αποζημίωσης, είτε με την μορφή της αποζημίωσης για τη βλάβη που υπέστησαν είτε ως ηθική βλάβη (ή ψυχική οδύνη στις περιπτώσεις θανάτου).

* Η Έλενα Παπαευαγγέλου είναι νομική σύμβουλος του Ιατρικού Συλλόγου Αθηνών.

Οι προϋποθέσεις για την επιδίκαση αποζημίωσης (στοιχειοθέτηση νόμου βάσιμης αξίωσης αποζημίωσης) είναι βεβαίως η ύπαρξη ζημίας ή βλάβης του ασθενούς ευρισκόμενη σε άμεση εσωτερική συνάφεια προς πράξεις ή παραλείψεις του γιατρού ή του φορέα παροχής υπηρεσιών.

Ειδικότερα, στις περιπτώσεις ιατρικής ευθύνης, ο γιατρός ευθύνεται μόνο όταν ο ασθενής υπέστη βλάβη από παράβαση του καθήκοντος του γιατρού που συνίστατο στην επίδειξη της εύλογης φροντίδας, σύμφωνα με τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, και όταν η βλάβη αυτή συνδέεται αιτιωδώς με την παράβαση αυτή, γεγονότα που πρέπει να αποδείξει ο ενάγων που φέρει και το σχετικό βάρος απόδειξης.

Όταν η ιατρική πράξη όμως έχει λάβει χώρα στο χώρο Νοσοκομείου του Ε.Σ.Υ. εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις των άρθρων 105 και 106 του Εισ.Ν. ΑΚ, οι οποίες απαιτούν, για τη θεμελίωση αστικής ευθύνης του Δημοσίου ή Ν.Π.Δ.Δ., η ζημιογόνος πράξη ή παράλειψη να είναι παράνομη.

Όπως γίνεται δεκτό η προϋπόθεση αυτή θεμελίωσης της ευθύνης στοιχειοθετείται όταν παραβιάζονται κανόνες δημοσίου δικαίου, οι οποίοι διέπουν κάθε μορφή δράσης της κυριαρχικής διοίκησης. Οι κανόνες αυτοί πρέπει, σε κάθε περίπτωση αστικής ευθύνης του κράτους ή Ν.Π.Δ.Δ., να εντοπιστούν από τον εφαρμοστή του δικαίου, ώστε βάσει αυτών να κριθεί αν η πράξη ή η παράλειψη που επικαλείται ο ενάγων ενέχει την κατά τα άρθρα 105 και 106 Εισ.ν. ΑΚ αντικειμενική απαξία, η οποία μαζί με τις λοιπές προϋποθέσεις εφαρμογής των διατάξεων αυτών οδηγεί στη θεμελίωση της αστικής ευθύνης. Οι διατάξεις των άρθρων 105 και 106 Εισ.ν. ΑΚ είναι ως προς το κριτήριο της παρανομίας της ζημιογόνου πράξεως «λευκοί κανόνες δικαίου», διότι μπορούν να εφαρμοσθούν μόνο σε συνδυασμό με άλλους. Οι τελευταίοι αυτοί είναι οι καθορίζοντες το περιεχόμενο της δράσης του δημοσίου οργάνου έναντι του υποκειμένου σ' αυτήν προσώπου και μόνο επί τη βάσει τούτων δύναται να κριθεί αν η συγκεκριμένη πράξη ή παράλειψη είναι θεμελιωτική αστικής ευθύνης ή όχι. Στη Νομολογία γίνεται δεκτό (πρβλ. ιδία ΣτΕ 2463/1998) ότι στις περιπτώσεις ιατρικής αμέλειας έρρευμα παρέχουν οι διατάξεις των άρθρων 13 και 24 του Α.Ν. 1565/39 «περί κώδικος ασκήσεως του ιατρικού επαγγέλματος», διατάξεις που διατηρήθηκαν σε ισχύ κατ' άρθρο 47 του Εισ.ΝΑΚ. Τα άρθρα αυτά επιβάλλουν σε κάθε λειτουργό της ιατρικής επιστήμης την υποχρέωση να ασκεί το επάγγελμά του με ευσυνειδησία, να διαφυλάσσει την αξιοπρέπεια του επαγγέλματος και την εμπιστοσύνη των άλλων προς αυτό, και τέλος να παρέχει στους ασθενείς ιατρικές φροντίδες τηρώντας τις θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής επιστήμης, τα διδάγματα της κτηθείσης εμπειρίας και τις ισχύουσες διατάξεις περί διαφύλαξης των ασθενών και προστασίας των υγιών προσώπων.

Γίνεται επιπλέον δεκτό ότι στις περιπτώσεις της ιατρικής αμέλειας για τη θεμελίωση της απαιτείται να διαπιστωθεί ότι ο δράστης (γιατρός) δεν κατέβαλε την απαιτούμενη κατ' αντικειμενική κρίση προσοχή, την οποία όφειλε να καταβάλει κάθε συνετός γιατρός στη θέση του και είχε τη δυνατότητα με τις προσωπικές του ιδιότητες να προβλέψει και να αποτρέψει το αξιόποιο αποτέλεσμα. Ειδικότερα ποινική ευθύνη για-

τρού για σωματική βλάβη ή ανθρωποκτονία από αμέλεια υπάρχει στις περιπτώσεις εκείνες που το αποτέλεσμα αυτό οφείλεται σε παράβαση από τον γιατρό των κοινώς αναγνωριζομένων κανόνων της επιστήμης για τους οποίους δεν μπορεί να γεννηθεί αμφισβήτηση και η ενέργειά του δεν ήταν σύμφωνη με το αντικειμενικώς επιβαλλόμενο καθήκον επιμελείας. Περαιτέρω όταν η εξωτερική συμπεριφορά του γιατρού είναι καθ’ όλα άψογη και σύμφωνη με το αντικειμενικό καθήκον επιμελείας, δεν πληρούται η αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος από αμέλεια ακόμα και αν επήλθε το παράνομο αποτέλεσμα (σωματική βλάβη ή θάνατος του ασθενή). Ο γιατρός δεν υπόσχεται για τη θεραπεία του ασθενή και δεν εγγυάται το θετικό αποτέλεσμα. Αντίθετα αναλαμβάνει την υποχρέωση να επιδείξει επαγγελματική επιμέλεια και συμπεριφορά σύμφωνη με τους κανόνες της επιστήμης. Έχει ευθύνη μέσων και όχι αποτελέσματος.

Απαιτείται δηλαδή έλλειψη της προσήκουσας προσοχής για την εξακρίβωση της ύπαρξης της οποίας δεν υπάρχει γενικό μέτρο, αλλά στην καθεμιά 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 προσοχής που προσήκει. Η οφειλομένη από τον γιατρό προσοχή δεν είναι δυνατόν να καθορισθεί σχηματικώς και δογματικώς εκ προοιμίου, αλλά ευρίσκεται πάντοτε σε συνάρτηση με τις αντικειμενικές και υποκειμενικές συνθήκες και περιστάσεις της συγκεκριμένης περίπτωσης. Οι υπαίτιες ενέργειες και παραλείψεις του γιατρού δεν είναι δυνατόν να τυποποιηθούν, δεδομένου ότι κάθε ιατρικό περιστατικό παρουσιάζει μοναδικότητα και ιδιοτυπία καθοριστική των ενδεδειγμένων ενεργειών του γιατρού και προσδιοριστική της επιμελείας την οποία πρέπει αυτός να καταβάλει. Λαμβανομένου εξ άλλου υπόψη, ότι στην Ιατρική, κατ’ αρχήν και κατά βάση, γίνεται αποδεκτό το αξίωμα, ότι «δεν υπάρχουν ασθένειες αλλά ασθενείς», και ότι οι κανόνες της ιατρικής, ακόμη και οι θεμελιώδεις, δεν είναι απόλυτοι, αλλά σχετικοί, διατυπώμενοι με μόνο σκοπό την συστηματοποίηση της γνώσης, σαφής και επιτακτική ανακύπτει η αξίωση, όπως, τα δεδομένα της επιστήμης εξετάζονται πάντοτε σε σχέση και συνάρτηση με τις κατ’ ιδίαν συνθήκες και περιστάσεις της συγκεκριμένης περίπτωσης. Αντικειμενικές συνθήκες, για κάθε ιατρικό περιστατικό πρέπει να χαρακτηρισθούν τα ευρήματα και συμπτώματα εκείνα επί του ασθενούς τα οποία αποτελούν τα ερεθίσματα για την βούληση και νόηση του γιατρού προς σπουδή και έρευνα του όλου περιστατικού, βάσει των μέχρι τούδε επιστημονικών γνώσεων και υπό το φως των πορισμάτων της επιστήμης και τέχνης.

Κατ’ αρθρ. 105 ΕισΝΑΚ, 914, 297 και 298 Α.Κ. το Δημόσιο ευθύνεται σε αποζημίωση για τις παράνομες πράξεις και παραλείψεις των οργάνων του από τις οποίες επήλθε ζημία τρίτου, δηλαδή εκείνες με τις οποίες παραβιάσθηκε διάταξη νόμου, που προσστατεύει δικαίωμα ή συμφέρον του ζημιωθέντος, εφόσον η παράνομη αυτή ενέργεια τελεί σε εσωτερική συνάφεια προς την υπηρεσία και συντρέχει συγχρόνως και πρόσφορη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της ζημιογόνου συμπεριφοράς και της επελθούσης ζημίας, πράγμα που συμβαίνει όταν, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και της

λογικής, η συμπεριφορά αυτή κατά το χρόνο και τους όρους, υπό τους οποίους συνέβη, ήταν ικανή, κατά τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων, χωρίς τη μεσολάβηση έκτακτου και ασυνήθιστου περιστατικού, να επιφέρει τη ζημία. (Α.Π. 638/1992). Έτσι πέραν των όσων αναλυτικά αναφέρονται παραπάνω για τη στοιχειοθέτηση της ευθύνης του γιατρού θα πρέπει να υπάρχει αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της συμπεριφοράς των γιατρών και του επελθόντος αποτελέσματος. Τέτοια όμως αιτιώδης συνάφεια δεν υπάρχει ούτε όταν το περιστατικό εξελίχθηκε ραγδαία και κεραυνοβόλα χωρίς να υπάρχουν συμπτώματα τέτοια που να μπορούσαν να οδηγήσουν τη σκέψη των γιατρών στο τι θα επακολουθούσε, ούτε όταν ενόψει της φύσης της νόσου ελλείπουν σύμφωνα με τα σύγχρονα επιστημονικά δεδομένα τα μέσα (τεχνικά μέσα, υλικά, φάρμακα κλπ) ώστε να είναι σε θέση οι γιατροί να παράσχουν οποιαδήποτε θεραπευτική παρέμβαση, ιδία όταν ενόψει της φύσης της νόσου, ο θάνατος ήταν αναπόφευκτος.

Με βάση τα παραπάνω, η ιατρική ευθύνη στα πλαίσια της διοικητικής δίκης (αστική ευθύνη νοσοκομείου) μπορεί να προκληθεί λόγω είτε πράξεων του ιατρικού ή νοσηλευτικού ή λοιπού προσωπικού είτε πλημμελούς - κακής οργάνωσης του Νοσοκομείου ως δημόσιας υπηρεσίας. Η συγκεκριμένη ενέργεια θα πρέπει να είναι παράνομη, θίγοντας συγκεκριμένα ιδιωτικά δικαιώματα. Στις περιπτώσεις αυτές το παράνομο της ιατρικής συμπεριφοράς μπορεί να συνίσταται στην εσφαλμένη διάγνωση της ασθένειας, στην εσφαλμένη επιλογή της προσήκουσας θεραπευτικής μεθόδου, στην πλημμελή εκτέλεση της ιατρικής πράξης (θεραπευτική αστοχία) ή και σε οποιαδήποτε παράβαση των ονομαζομένων παρεπόμενων υποχρεώσεων του γιατρού, όπως στη μη ή στην πλημμελή ενημέρωση του ασθενούς, ή στην πλημμελή τήρηση του ιατρικού απορρήτου. Επισημαίνεται τέλος ότι, ενώ στο αστικό δίκαιο στην έννοια του ιατρικού σφάλματος εμπεριέχεται και το στοιχείο της υπαιτιότητας, στο αντίστοιχο πεδίο του δημόσιου δικαίου το ζήτημα της υπαιτιότητας είναι αδιάφορο, αν και κατά κανόνα συντρέχει.

Σε κάθε περίπτωση το δικαστήριο θα πρέπει με πλήρη αιτιολόγηση της κρίσης του να αποφανθεί για την παράβαση των κανόνων της ιατρικής επιστήμης, αλλά και την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας εκθέτοντας αναλυτικά και με σαφή και εμπεριστατωμένη αιτιολογία τον τρόπο που οδηγήθηκε στον απαιτούμενο βαθμό δικανικής πεποίθησης για τα παραπάνω και ειδικότερα στο συμπέρασμα ότι παραβιάστηκαν οι κανόνες της σύγχρονης ιατρικής επιστήμης, για τους οποίους δεν μπορεί να γεννηθεί αμφισβήτηση, και ότι η βλάβη του ενάγοντος τελεί πράγματι σε άμεση εσωτερική και αιτιώδη συνάφεια με τις πράξεις και παραλείψεις των γιατρών - οργάνων του εναγομένου νοσοκομείου. Και ναι μεν κατ' άρθρο. 148 ΚΔΔ (σε συνδυασμό με το άρθρο 340 του Κ.Πολ.Δ) το Δικαστήριο εκτιμά ελευθέρως το προσαχθέν αποδεικτικό υλικό, τούτο όμως δεν σημαίνει ότι το Δικαστήριο δύναται με πλημμελή και αόριστη αιτιολογία να άγεται σε συμπεράσματα τα οποία δεν ερείδονται σε συγκεκριμένα στοιχεία του φακέλου, ιδία για ένα τόσο εξειδικευμένο επιστημονικό ζήτημα, που «γεννά ερωτηματικά» και προβληματίζει τους ειδικούς.

Το ανακριτικό δικονομικό σύστημα και η αρχή της αυτεπάγγελτης αναζήτησης της αντικειμενικής αλήθειας, που ισχύουν στη διοικητική δίκη, δεν δίνουν απάντηση στο κρίσιμο ερώτημα για το απαιτούμενο κάθε φορά μέτρο ή κριτήριο απόδειξης. Και τούτο διότι ως διαδικαστικές αρχές απαιτούν απλώς όπως το δικαστήριο αναζητήσει αυτεπάγγελτα το κρίσιμο πραγματικό υλικό, τα ουσιώδη πραγματικά περιστατικά, αφήνοντας ανοικτό το νομικό ζήτημα ως προς το ποια από τις διαβαθμίσεις του απαιτούμενου βαθμού γνώσης ισχύει στη συγκεκριμένη περίπτωση. Ο ειδικότερος προσδιορισμός της απαιτούμενης γνωστικής βαθμίδας αποτελεί αντικείμενο του εκάστοτε εφαρμοστέου ουσιαστικού κανόνα δικαίου, στο αντικειμενικό του οποίου περιέχονται και οι προϋποθέσεις εφαρμογής του. Ο εν λόγω προσδιορισμός του μέτρου απόδειξης γίνεται κατά την επαγωγική μέθοδο. Εφόσον ο νομοθέτης δεν προσδιόρισε κατά τρόπο γενικό το συνήθως απαιτούμενο μέτρο απόδειξης, ο καθορισμός του πρέπει να γίνει επαγωγικά από εκείνες τις διατάξεις, που προβλέπουν ρητά κάποια διαβάθμιση του απαιτούμενου βαθμού γνώσης και ισχύουν έτσι, ως εξαιρέσεις από το σύννηθες μέτρο απόδειξης. Με βάση αυτή τη μεθοδολογική παρατήρηση αντιπαραβάλλεται από την κρατούσα αντίληψη η πεποίθηση για την αλήθεια, που ισχύει ως γενικό μέτρο απόδειξης από την πιθανολόγηση, που ισχύει σε εξαιρετικές περιπτώσεις.

Εδώ ο καθορισμός του μέτρου απόδειξης θα πρέπει να αναζητηθεί στις διατάξεις των άρθρων 13 και 24 του ΑΝ 1565/1939, που αποτελούν το βασικό νομικό θεμέλιο της ιατρικής ευθύνης και στο δημόσιο τομέα. Οι «θεμελιώδεις αρχές της Ιατρικής επιστήμης και της κτηθείσης εμπειρίας» και η «ευσυνείδητη άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος» αποτελούν αόριστες έννοιες αξιολογικού χαρακτήρα. Το έργο της εξειδίκευσής τους ανατίθεται βέβαια στο δικαστή και είναι ιδιαίτερα σύνθετο, αν ληφθεί υπόψη ότι πέρα από την κοινή λογική και εμπειρία που εξ ορισμού αυτός διαθέτει, απαιτείται η συνεκτίμηση ειδικών γνώσεων ή επιστημονικών πορισμάτων, που προϋποθέτουν ειδική εμπειρία και αντίστοιχη αποδεικτική τεκμηρίωση. Η επιτυχής ερμηνευτική εξειδίκευση των εννοιών αυτών είναι προαπαιτούμενο για την ορθή κρίση ως προς τον παράνομο ή μη χαρακτήρα ορισμένης διαγνωστικής ή θεραπευτικής πράξης κατά τα άρθρα 105 και 106 Εισ.Ν. Α.Κ., αλλά και για την ύπαρξη του κατά νόμο αναγκαίου αιτιώδους συνδέσμου. Ο χαρακτήρας των τελευταίων ως «λευκών κανόνων» δεν αίρεται αυτομάτως με τον εντοπισμό από το δικαστή της κρίσιμης κάθε φορά διάταξης αν η τελευταία περιέχει και αόριστες έννοιες, όπως εν προκειμένω οι παραπάνω διατάξεις που αφορούν στο ιατρικό καθήκον επιμέλειας. Το κανονιστικό κριτήριο της παρανομίας συγκροτείται τελικά με την ερμηνευτική παρέμβαση του δικαστή. Το κρίσιμο περιεχόμενο της δικαιολογιαστικής του παρέμβασης αποτελεί, όπως πάντα, την τομή της εξειδικευόμενης αόριστης έννοιας με τη σύνθεση του συγκεκριμένου πραγματικού, που αντλείται από το αποδεικτικό υλικό κάθε υπόθεσης. Είναι, τέλος, αυτονόητο ότι η προσφυγή του δικαστή στους κανόνες της επιστήμης γενικά (που η παραβίασή τους βέβαια από μόνη της δεν αποτελεί παρανομία κατά την έννοια των άρθρων 105 και 106 Εισ.ν.ΑΚ, όπως αναλυτικά εκτίθεται παραπάνω) θα ήταν αναγκαία, ακόμη και χωρίς ρητή νομοθετική πρόβλεψη, αν κρίνονταν πράξεις ή παραλείψεις ο-

ποιουδήποτε επιστημονικού κλάδου δραστηριοποιείται και συμμετέχει στην παραγωγή των κρατικών υπηρεσιών υγείας.

Θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ειδικά στις περιπτώσεις ιατρικής ευθύνης δεν αρκεί η πιθανολόγηση, αλλά προκειμένου η κρίση του Δικαστηρίου να είναι ορθή και αιτιολογημένη θα πρέπει με βάση το σύνολο των στοιχείων του φακέλου, το Δικαστήριο να οδηγήθηκε σε πλήρη δικανική πεποίθηση ως προς τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, και ειδικότερα την παραβίασή τους, σε σχέση με τα κρίσιμα ζητήματα και για την αμέλεια των γιατρών που επιλήφθηκαν του συγκεκριμένου περιστατικού, αλλά και την ύπαρξη αιτιώδους συναφείας. Απαιτείται δηλαδή για την επέλευση της κρίσιμης έννομης συνέπειας, ο διοικητικός δικαστής να έχει σχηματίσει πλήρη δικανική πεποίθηση, δηλαδή βεβαιότητα στη συνείδησή του για την αλήθεια ή μη της πραγματικής βάσης των νομικά ουσιωδών πραγματικών περιστατικών ή με άλλη διατύπωση εδραία γνώμη και άποψη για τα κρίσιμα πραγματικά γεγονότα. Συνεπώς, η επίτευξη της εν λόγω γνωστικής βαθμίδας που είναι το σύνηθες μέτρο απόδειξης στη διοικητική δίκη, αλλά και το απαιτούμενο εν προκειμένω σε υποθέσεις ιατρικής ευθύνης, είναι αυτό της δικανικής πεποίθησης. Θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν αρκεί η πιθανότητα ή υψηλή πιθανότητα, αλλά απαιτείται ο σχηματισμός τέλει δικανικής πεποίθησης, δηλαδή εδραίωση της άποψης σε τέτοια αποδεικτικά στοιχεία ώστε κανένας λογικός και πεπειραμένος άνθρωπος να μην αμφιβάλλει πια σοβαρά για το αποδεικτέο θέμα, τόσο της ύπαρξης παράβασης των κανόνων της ιατρικής επιστήμης, όσο και της αιτιώδους συναφείας μεταξύ της πράξης ή παράλειψης των γιατρών και του επελθόντος αποτελέσματος. Με δεδομένο δε ότι τα ζητήματα που τίθενται σε τέτοιες υποθέσεις απαιτούν για να γίνουν αντιληπτά ειδικές γνώσεις επιστήμης ή τέχνης, μπορεί είτε κατόπιν σχετικού αιτήματος είτε αυτεπαγγέλτως να διαταχθεί από το Δικαστήριο η διενέργεια πραγματογνωμοσύνης. Η απόρριψη πάντως σχετικού αιτήματος, εφόσον το δικάσαν Δικαστήριο έκρινε ότι τα αποδεικτικά στοιχεία ήταν επαρκή προκειμένου να σχηματιστεί δικανική πεποίθηση, δεν ελέγχεται αναιρετικά.

III. ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ.

Είναι σαφές ότι σε κάθε περίπτωση πολλά είναι τα ζητήματα εκείνα που μπορούν να τεθούν. Κύρια όμως τίθεται το ζήτημα της προσωπικής ευθύνης του γιατρού (οργάνου) ιδίως του Πανεπιστημιακού, η σημασία προηγούμενης ποινικής καταδίκης ή αθώωσης, το δικαίωμα αναγωγής, αλλά και το ύψος της αποζημίωσης.

Όσον αφορά στο ζήτημα της προσωπικής ευθύνης του γιατρού, θα πρέπει να σημειωθεί ότι στο δημοσιούπαλληλικό δίκαιο υφίσταται ειδική ρύθμιση σύμφωνα με την οποία έναντι του θιγέντος ευθύνεται μόνο το Δημόσιο ή το Ν.Π.Δ.Δ. και όχι ο υπάλληλος γιατρός (όργανο) κατά του οποίου η τυχόν ασκηθείσα αγωγή θα απορριφθεί ως παθητικά ανομιμοποίητη. Ζήτημα γεννάται περαιτέρω όσον αφορά στους γιατρούς που έχουν την ιδιότητα του μέλους-ΔΕΠ των ιατρικών σχολών των Α.Ε.Ι. Με την πρό-

σφατη απόφαση 3/2009 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου κρίθηκε ότι τα πρόσωπα αυτά ευθύνονται αυτοτελώς και εις ολόκληρον με το οικείο νομικό πρόσωπο. Η απόφαση αυτή επικρίθηκε όμως με δεδομένο ότι τα μέλη ΔΕΠ ιατροί αποτελούν και αυτοί όργανα των οικείων Α.Ε.Ι. που είναι επίσης Ν.Π.Δ.Δ., όπως και τα νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ. Έτσι δεν φαίνεται να δικαιολογείται η διαφοροποίηση που καθιέρωσε η νομολογία αυτή του Α.Π. Τα παραπάνω, ήρθε να αποκαταστήσει ο νομοθέτης με τη διάταξη του άρθρου 1 του Ν. 3754/2009 «Ρύθμιση όρων απασχόλησης των νοσοκομειακών ιατρών του Ε.Σ.Υ., σύμφωνα με το Π.Δ. 76/2005 και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α 43/11.3.2009), όπου ορίστηκε σαφώς ότι «Οι ισχύουσες για την αστική ευθύνη των νοσοκομειακών ιατρών διατάξεις εφαρμόζονται και για τους πανεπιστημιακούς γιατρούς».

Επιπλέον, θα πρέπει να επισημανθεί ότι όπως γίνεται δεκτό, οι αμετάκλητες ποινικές καταδικαστικές αποφάσεις είναι δεσμευτικές για τον διοικητικό δικαστή ως προς τη διαπιστωθείσα ενοχή του δράστη. Αντιθέτως, ανάλογη δέσμευση δεν φαίνεται εκ πρώτης όψεως να προκύπτει όσον αφορά στις αθωωτικές αποφάσεις, αν και θα έπρεπε για λόγους ομοιόμορφης μεταχείρισης. Οι αποφάσεις αυτές φαίνεται να είναι απλώς συνεκτιμητέες από το δικαστή αλλά όχι δεσμευτικές για το διοικητικό δικαστή. Η αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία τυχόν απόκλιση από το σκεπτικό της ποινικής απόφασης θα έπρεπε να αιτιολογείται ειδικώς και εμπεριστατωμένως, αφού και η αθωωτική απόφαση έχει επίσης προκύψει βάσει του ανακριτικού συστήματος είναι ορθότερη. Προς αυτή την κατεύθυνση κινήθηκε και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, το οποίο στο πλαίσιο της υπόθεσης «B. Σταυρόπουλος κατά Ελλάδος» (απόφαση της 27.9.2007) έκρινε ότι η ποινική αθώωση, έστω και λόγω αμφιβολιών είναι απολύτως δεσμευτική για τα διοικητικά όργανα ή δικαστήρια εφόσον βεβαίως επιλαμβάνονται επί του αυτού περιστατικού, ιδία ενόψει του τεκμηρίου αθωότητας.

Οι γιατροί των νοσοκομείων δεν είναι όμως πλήρως απαλλαγμένοι από κάθε ευθύνη, αφού το ποσό της αποζημίωσης, στην οποία υποχρεώθηκε το νοσοκομείο, μπορεί να αναζητηθεί με την υποβολή εκ μέρους του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο σχετικής αίτησης καταλογισμού στο Ελεγκτικό Συνέδριο σύμφωνα με όσα ορίζουν τα άρθρα 98 παρ. 1 περ. ζ' Συντ. και 46 παρ. 4 του Π.Δ. 774/1980. Το δικαστήριο εξετάζει την υπόθεση εξ υπαρχής, επανεκτιμώντας τα πραγματικά περιστατικά και το βαθμό της υπαιτιότητας, μπορεί δε να επιδικάσει υπέρ του νοσοκομείου το σύνολο ή μέρος των καταβληθέντων, εφόσον κρίνει ότι το γιατρό βαρύνει δόλος ή βαρεία αμέλεια κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του, ή και να απαλλάξει τον καθ' ου η αίτηση από την καταβολή, εάν κρίνει ότι αυτός επέδειξε την προσήκουσα επιμέλεια.

Τέλος, όσον αφορά στο ζήτημα του ύψους της αποζημίωσης, θα πρέπει να σημειωθεί ότι με τη σχετική δικαστική απόφαση που εκδίδεται επί αγωγής αποζημίωσης αποκαθίσταται οποιαδήποτε περιουσιακή βλάβη προκληθεί, δηλαδή είτε αυτή είναι

θετική είτε αφορά διαφυγόντα κέρδη είτε επιδικάζεται ως ικανοποίηση για την ψυχική ταλαιπωρία που προκλήθηκε στον ίδιο τον παθόντα, στα μέλη της άμεσης οικογένειας και ενδεχομένως σε μέλη της ευρύτερης οικογένειάς του (ικανοποίηση της ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης). Η σχετική κρίση εκφέρεται κυριαρχικώς, πλην όμως αιτιολογημένως, από τα δικαστήρια της ουσίας, ενώ κατά την ορθότερη και πιο πρόσφατη εκδοχή, είναι ελέγξιμη υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας (Σ.τ.Ε 727/2009, αλλά και Α.Π. (Ολομ.) 6/2009, ίδια άποψη μειοψηφίας, αλλά και Α.Π. 1178/2009 με παραπομπή στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου Νοβ 57,1632), υπό την έννοια της ούτε ιδιαιτέρως χαμηλής ούτε ιδιαιτέρως υψηλής αποζημίωσης, ώστε να αγόμεθα στον πλουτισμό του ενός μέρους.

IV. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Στη χώρα μας παρατηρείται αναμφισβήτητη αυξημένη τάση μηνύσεων κατά γιατρών, αλλά και αγωγών κατά δημοσίων νοσοκομείων. Η πλημμυρής ιατρική συμπεριφορά, ένα διαγνωστικό σφάλμα, μία θεραπευτική αστοχία ή ένα τεχνικό σφάλμα συνιστούν ιατρικό - ανθρώπινο λάθος και είναι δυνατόν, εφόσον οδηγήσουν στη σωματική βλάβη ή το θάνατο του ασθενή, να οδηγήσουν συνακόλουθα και στην ποινική ή αστική ευθύνη του γιατρού. Οι περιπτώσεις όμως αυτές είναι λίγες. Είναι σίγουρα λαθεμένη η επιλογή του γιατρού από το φόβο της δικαστικής εμπλοκής του ιδίου ή του Νοσοκομείου του να καταφεύγει σε άσκηση κάθε είδους «αμυντικής ιατρικής», αποφεύγοντας σε βάρος του ασθενή ενέργειες, στις οποίες θα μπορούσε να είχε προβεί, ή αντίθετα προβαίνοντας σε ενέργειες που δεν στηρίζονται σε επιστημονικά δεδομένα και δεν αποβλέπουν αποκλειστικά στο συμφέρον του ασθενή.

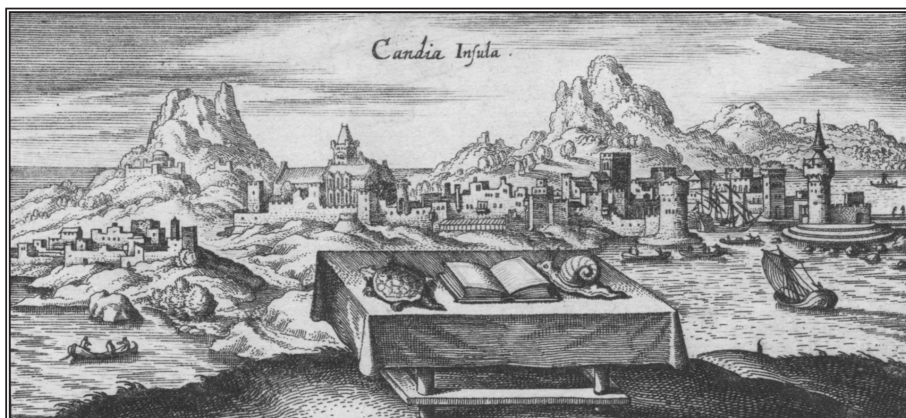
Η προσοχή της Πολιτείας, των νοσοκομείων αλλά και των γιατρών, που σε καμία περίπτωση βεβαίως δεν επιθυμούν τη βλάβη της υγείας του ασθενή τους, πρέπει να εστιαστεί σε μία οργανωμένη και συστηματική προσπάθεια αντιμετώπισης εκείνων τουλάχιστον των πηγών σφαλμάτων που επιδέχονται έλεγχο.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

1. Χαράλαμπος Χρυσανθάκης, Καθηγητής Πανεπιστημίου Αθηνών, Η Αστική Ευθύνη του Δημοσίου Νοσοκομείου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010
2. Εμμανουηλίδη Δ.-Παπαγιάννη Ι., Αστική Ευθύνη από παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των δημοσίων νοσηλευτικών ιδρυμάτων. Σχόλιο στην απόφαση Σ.τ.Ε 2463/1998 ΕΔΔΔ 2000, 502 επ.

NΟΜΟΛΟΓΙΑ





ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΑΝΩΤΑΤΟΥ ΕΙΔΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ

Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο - Αριθ. 1/2010

Πρόεδρος: Γεώργιος Καλαμίδας, (Πρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Παναγιώτης Πικραμμένος (Πρόεδρος Συμβουλίου Επικρατείας), Ιωάννης Καραβοκύρης (Αντιπρόεδρος Ελεγκτικού Συνεδρίου), Χρίστος Ράμμος, Γεώργιος Παπαγεωργίου, Ιωάννης Μαντζουράνης (Εισηγητής), (Σύμβουλοι της Επικρατείας), Χρήστος Αλεξόπουλος, Βασίλειος Λυκούδης, Ανδρέας Τσόλιας, (Αρεοπαγίτες), Βασίλειος Γρατσίας, (Σύμβουλος Επικρατείας), Σπυρίδωνας Μιτσιάλης, (Αρεοπαγίτης), Νικόλαος Νίκας, Κωνσταντίνος Φινοκαλιωτής, (Καθηγητές Νομικής Σχολής Παν/μίου Θεσσαλονίκης), Μηλιά Αθανασοπούλου, (Προϊσταμένη Διεύθυνσης της Γραμματείας του Αρείου Πάγου)

Δικηγόρος: Στυλιανή Χαριτάκη, (Νομικός Σύμβουλος Νομικού Συμβουλίου του Κράτους)

Άρθρα: 2 παρ. 1 Ν. 1867/1989, Ν.Δ 356/1974, 46 Ν. 2065/1992, 33 Ν. 2214/1994, 22 Ν. 2523/1997

(Α' ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ, ΔΕΕ 2010/374, ΕΦΑΔ 2010/463, ΛΟΓΙΣΤΗΣ 2010/617, ΕΔΚΑ 2010/108) Προσωπική κράτηση για χρέη προς το δημόσιο. Κρίση ότι το μέτρο της προσωπικής κράτησεως διαφέρει των γνησίων μέσων εκτελέσεως (κατάσχεση κλπ), τα οποία συνιστούν άμεση επέμβαση του δημοσίου στην περιουσία του οφειλέτη προς είσπραξη του προς αυτό χρέους, διότι αποτελεί μέτρο καταναγκασμού όχι επί της περιουσίας, αλλά επ' αυτού τούτου του προσώπου του οφειλέτη, προκειμένου να εξαναγκασθεί στη δια παντός μέσου καταβολή του οφειλόμενου χρέους. Τούτο όμως είναι συνταγματικώς ανεπίτρεπτο, ως αντικείμενο στο άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος. Λόγοι. Αντίθετη μειοψηφία. Λόγοι. (Βλ. σημείωση Π. Πανταζόπουλου, ΔΕΕ 2010,379 και παρατηρήσεις Γ. Ανδρουτσόπουλου, ΕΦΑΔ 2010,467). Με σημείωμα συντάξεως στο ΛΟΓΙΣΤΗ. (Επισημάνσεις της Δ. Αλεξανδροπούλου στην ΕΔΚΑ 2010, 115).

3. Επειδή, ο Ν. 1867/1989 «προσωπική κράτηση κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Κώδικος Εισπράξεως Δημοσίων Εσόδων και άλλες διατάξεις» (φ. 227), όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο εν προκειμένω

χρόνο, όριζε τα ακόλουθα: «Άρθρο 1. Η προσωπική κράτηση, ως αναγκαστικό μέτρο προς είσπραξη των δημόσιων εσόδων που αποφασίζεται με διοικητική πράξη, καταργείται. 2. Από την έναρξη της

ισχύος των διατάξεων αυτού του νόμου η προσωπική κράτηση, ως αναγκαστικό μέτρο προς είσπραξη των δημόσιων εσόδων, διατάσσεται από το δικαστήριο σύμφωνα με τις διατάξεις των επόμενων άρθρων. Άρθρο 2. 1. Προσωπική κράτηση διατάσσεται εφ' όσον συντρέχουν σωρευτικώς οι εξής προϋποθέσεις: α) Πρόκειται για έσοδο που εισπράττεται κατ' εφαρμογή του Ν.Δ. 356/1974 «περί κώδικος εισπράξεως δημοσίων εσόδων». β) πρόκειται για χρέη που απορρέουν, είτε από επιχορηγήσεις κατά την εφαρμογή των εκάστοτε ισχυουσών διατάξεων αναπτυξιακών νόμων, είτε από σύμβαση δανείου, είτε από την επιβολή προστίμου ή χρηματικής ποινής για πράξεις ή παραλείψεις που είναι κολάσιμες και ποινικώς, ή, σε κάθε περίπτωση, πρόκειται για χρέη, η μη καταβολή των οποίων εκ μέρους του οφειλέτη συνιστά ποινικώς κολάσιμη πράξη κατά τις κείμενες διατάξεις ... 2. Η προσωπική κράτηση διατάσσεται πάντοτε αυτοτελώς, κατά τις διατάξεις του επόμενου άρθρου, από το δικαστήριο ύστερα από αίτηση: α) του αρμόδιου για την είσπραξη του σχετικού εσόδου προϊσταμένου δημόσιας οικονομικής υπηρεσίας ή προϊσταμένου του τελωνείου, όταν πρόκειται για χρέη προς το Δημόσιο, β) του κατά τις κείμενες διατάξεις οργάνου διοίκησης του νομικού προσώπου, όταν πρόκειται για απαιτήσεις νομικών προσώπων, οι οποίες εισπράττονται σύμφωνα με ειδική πρόβλεψη, κατά τις διατάξεις του Ν.Δ. 356/1974 «περί κώδικος εισπράξεως δημοσίων εσόδων». 3. Η κατά

τις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου αίτηση πρέπει, με την ποινή του απαράδεκτου, να υποβληθεί ένα τουλάχιστον μήνα μετά την κοινοποίηση της ατομικής ειδοποίησης προς τον οφειλέτη και να συνοδεύεται από αντίγραφο της ατομικής ειδοποίησης, στην οποία περιέχονται οπωσδήποτε τα στοιχεία του οφειλέτη και του χρέους του. Άρθρο 3. 1α. Την προσωπική κράτηση, της οποίας η διάρκεια δεν μπορεί να υπερβαίνει το ένα έτος, διατάσσει με απόφασή του το αρμόδιο σύμφωνα με την περίπτωση β δικαστήριο. Άλλη αίτηση προσωπικής κράτησης για το ίδιο χρέος δεν μπορεί να υποβληθεί. Νέα αίτηση μπορεί να υποβληθεί μόνον εφόσον συντρέχουν εκ νέου οι σχετικές προϋποθέσεις και μόνο μετά την παρέλευση έξι μηνών από την εκτέλεση της προηγούμενης απόφασης του δικαστηρίου και την απόλυση του κρατουμένου. β. Η αίτηση για προσωπική κράτηση δικάζεται, αν ο νόμιμος τίτλος αποδεικνύει απαίτηση δημόσιου χαρακτήρα, από τριμελές διοικητικό πρωτοδικείο ή, αν ο νόμιμος τίτλος αποδεικνύει απαίτηση ιδιωτικού χαρακτήρα, από το μονομελές πολιτικό πρωτοδικείο της περιφέρειας όπου έχει την έδρα της η αρχή η οποία, είναι κατά τις διατάξεις της παρ. 2 του προηγούμενου άρθρου, αρμόδια για να την υποβάλει. 2. Το διοικητικό δικαστήριο δικάζει κατά την διαδικασία που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 73 του Κ.Ε.Δ.Ε. και το πολιτικό δικαστήριο κατά την τακτική διαδικασία. 3. Στις περιπτώσεις όπου οι κείμενες διατάξεις τάσσουν προθεσμία, μέσα στην ο-

ποία είναι δυνατή η δικαστική αμφισβήτηση του νόμιμου τίτλου, η απόφαση για προσωπική κράτηση δεν μπορεί να εκτελεσθεί πριν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία αυτή ή πριν εκδοθεί τελεσίδικη δικαστική απόφαση, εκτός αν η δικαστική απόφαση που εκδίδεται σε πρώτο βαθμό είναι, κατά νόμο, εκτελεστή. 4. Αν εκκρεμεί σε άλλο δικαστήριο δίκη ως προς το κύρος του νόμιμου τίτλου, αντίγραφο της αίτησης για προσωπική κράτηση είναι δυνατόν να διαβιβασθεί, με την επιμέλεια οποιουδήποτε έχει έννομο συμφέρον, στο δικαστήριο αυτό. Η διαβίβαση αυτή ισодυναμεί με αίτηση προτίμησης, η οποία γίνεται υποχρεωτικώς δεκτή. 5. Το αρμόδιο κατά τις διατάξεις της παραγράφου 2 δικαστήριο αποφασίζει την προσωπική κράτηση αν κρίνει ότι το μέτρο αυτό είναι, ιδίως εν όψει του ύψους του χρέους αναγκαίο και πρόσφορο για την εξόφληση του χρέους, καθώς και ότι η λήψη του μέτρου αυτού είναι το μόνο μέσο, κατ' αποκλεισμό κάθε άλλου προβλεπόμενου από τις κείμενες διατάξεις αναγκαστικού μέτρου είσπραξης δημόσιων εσόδων, ικανοποίησης της σχετικής απαίτησης. Το δικαστήριο κρίνει με βάση οποιαδήποτε κατάλληλα αποδεικτικά μέσα επιτρέπει ο νόμος και αν ακόμα δεν τα επικαλέστηκαν οι διάδικοι. Άρθρο 4. 1. Προσωπική κράτηση δεν διατάσσεται: α) κατά των ανηλίκων που τελούν υπό γονική μέριμνα ή υπό επιτροπεία και κατά των απαγορευμένων με δικαστική απόφαση, β) κατά βουλευτών, όσο διαρκεί η βουλευτική περίοδος και τέσσερις εβδομάδες μετά τη

λήξη της, γ) κατά προσώπων που συμπλήρωσαν το εξηκοστό πέμπτο έτος της ηλικίας τους, δ) κατά κληρικών κάθε βαθμού κάθε γνωστής θρησκείας, ε) κατά των στρατευμένων, κατά τη διάρκεια της στράτευσής τους, 30 ημέρες πριν από αυτήν και έξι μήνες μετά από αυτή, στ) κατά των προσώπων που τελούν σε πτώχευση και για όσο χρόνο διαρκούν οι εργασίες της πτώχευσης, ζ) κατά των εξ απογραφής κληρονόμων για χρέη της κληρονομιάς, η) κατά των πολυτέκνων που έχουν την επιμέλεια ή την υποχρέωση διατροφής των παιδιών τους, θ) κατά των κάθε είδους εκπροσώπων ανώνυμων εταιρειών και εταιρειών περιορισμένης ευθύνης, για χρέη των εταιρειών αυτών, ι) κατά των προσώπων που έχουν συμβληθεί ως εγγυητές ανεξάρτητα από το αν έχουν διατηρήσει το ευεργέτημα δίζησης ή όχι. 2. Αν πρόκειται για νομικά πρόσωπα, εκτός εκείνων που αναφέρονται στις διατάξεις της περίπτ. η της προηγούμενης παραγράφου, η προσωπική κράτηση για τα χρέη τους διατάσσεται κατά των εκπροσώπων τους. 3. Αν πρόκειται για πρόσωπα που τελούν υπό επιμέλεια, η προσωπική κράτηση για χρέη τους διατάσσεται κατά των νόμιμων αντιπροσώπων τους. Άρθρο 5. 1. Η διάταξη για προσωπική κράτηση εκτελείται, μόνο αφότου η δικαστική απόφαση που τη διατάσσει γίνει τελεσίδικη και αφού προηγουμένως επιδοθεί σ' αυτόν που καταδικάστηκε. Όταν πρόκειται για εκπρόσωπο νομικού προσώπου, η προσωπική κράτηση δεν εκτελείται πριν περάσουν τρεις ημέρες από-

του η απόφαση του επιδόθηκε. 2. Όποιος καταδικάστηκε σε προσωπική κράτηση συλλαμβάνεται από το δικαστικό επιμελητή, πάντοτε μπροστά σε μάρτυρα που προσλαμβάνεται για το σκοπό αυτόν, και συντάσσεται σχετική έκθεση. Η σύλληψη απαγορεύεται: α) μεταξύ της 7ης εσπερινής και της 7ης πρωινής ώρας, β) κατά τις εθνικές επετείους, κατά το από 23 Δεκεμβρίου έως και 2 Ιανουαρίου χρονικό διάστημα, κατά τη διάρκεια της ψηφοφορίας επί βουλευτικών, δημοτικών και κοινοτικών εκλογών, οκτώ ημέρες πριν από την έναρξη αυτών και πέντε ημέρες μετά τη λήξη τους και κατά τη διάρκεια των εβδομάδων των Παθών και του Πάσχα, γ) στον τόπο όπου συνεδριάζει δικαστήριο και όσο διαρκεί η συνεδρίαση, δ) σε καθιερωμένο τόπο ιερουργίας γνωστής θρησκείας και όσο διαρκεί η ιερουργία, ε) από 1 έως 31 Αυγούστου. Στα επόμενα άρθρα ρυθμίζονται θέματα όπως η διαδικασία αντιρρήσεων (άρθρο 6), η απόλυση κρατουμένων (άρθρο 7), η κράτηση σε άλλο χώρο (άρθρο 8) και τα ένδικα βοηθήματα (άρθρο 9), ενώ στις τελικές και μεταβατικές διατάξεις (άρθρο 10) ορίζονται τα εξής: «1. Κάθε γενική ή ειδική διάταξη, που είναι αντίθετη προς τις ρυθμίσεις αυτού του νόμου, καταργείται. 2. Όσοι κατά την έναρξη της ισχύος των διατάξεων αυτού του νόμου κρατούνται κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 63 επ. του Ν.Δ. 356/1974 «περί κώδικος εισπράξεως δημοσίων εσόδων» απολύονται αυθημερόν με επιμέλεια του διευθυντή της φυλακής. Όσοι παραβαί-

νουν τις διατάξεις αυτής της παραγράφου, εκτός από την προσωπική αστική και πειθαρχική ευθύνη, υπέχουν και ποινική ευθύνη, κατά τις διατάξεις του Ποινικού Κώδικα. 3. Μετά την απόλυση των κρατουμένων, κατά τις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου, είναι δυνατή η κατά τις διατάξεις αυτού του νόμου εκ νέου κίνηση της διαδικασίας προσωπικής κράτησης για το χρέος ή τα χρέη, για τα οποία είχε ήδη διαταχθεί η προσωπική τους κράτηση. Στην περίπτωση αυτή συνυπολογίζεται, κατά την εκτέλεση της δικαστικής απόφασης που θα εκδοθεί, ο προηγούμενος χρόνος κράτησης». Στη συνέχεια, με το άρθρο 46 του Ν. 2065/1992 (φ. 113), όπως το άρθρο αυτό διαμορφώθηκε μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 33 του Ν. 2214/1994 - φ. 75 - ορίστηκαν τα εξής: «1. Για τα ληξιπρόθεσμα προς το Δημόσιο χρέη, που βεβαιώνονται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.Δ. 356/1974 (ΦΕΚ 90 Α') καθώς και για τα ληξιπρόθεσμα προς το Ι.Κ.Α. χρέη, εκτός των φόρων μεταβίβασης ακινήτων, δωρεών, γονικών παροχών και κληρονομιών, εφαρμόζονται οι διατάξεις του Ν. 1867/1989 (ΦΕΚ 227 Α') με τις ακόλουθες παρεκκλίσεις: α) Η αίτηση του προϊσταμένου της αρμόδιας Δ.Ο.Υ. για τα παραπάνω χρέη εκδικάζεται από τον πρόεδρο του οικείου διοικητικού πρωτοδικείου, σύμφωνα με τη διαδικασία «περί ασφαλιστικών μέτρων» (άρθρα 686 και επόμενα του Κ.Πολ.Δ.). Η προθεσμία προς άσκηση έφεσης, καθώς και η άσκηση αυτής δεν αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης. β)

Εντός δέκα πέντε (15) ημερών από την καταχώριση καθαρογραμμένης της απόφασης στο οικείο βιβλίο της γραμματείας του Δικαστηρίου, η απόφαση διαβιβάζεται από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. στο αστυνομικό τμήμα της κατοικίας ή διαμονής του οφειλέτη προς εκτέλεση. γ) Τα άρθρα 2 παράγραφοι 1 και 3, 3 παράγραφοι 3, 4 και 5, 4 παράγραφος 1 περιπτώσεις γ, θ και ι, 5 παράγραφοι 1 και 2 εδάφιο πρώτο, 7 παράγραφος 1 περίπτωση γ, 9 και 12 του Ν. 1867/1989 δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω. δ) Η προσωπική κράτηση, σύμφωνα με τις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου διατάσσεται για συνολικές οφειλές πάνω από ένα εκατομμύριο (1.000.000) δραχμές. 2. Η διαδικασία για την επιβολή του μέτρου της προσωπικής κράτησης αναστέλλεται η διακόπτεται στην περίπτωση που ο οφειλέτης έχει και προβάλλει ανταπαίτηση ίση ή ανώτερη του οφειλόμενου ποσού κατά του Δημοσίου, από οποιαδήποτε νόμιμη αιτία, έστω και αν αυτή δεν είναι βέβαιη και εκκαθαρισμένη και εφόσον αποδείξει με έγγραφα στοιχεία το υπαρκτό της ανταπαίτησης. Στις περιπτώσεις αυτές η υπηρεσία, η οποία είναι αρμόδια για την εκκαθάριση της ανταπαίτησης του οφειλέτη, υποχρεούται, ύστερα από σχετικό έγγραφο του προϊσταμένου της αρμόδιας Δ.Ο.Υ., να ενεργήσει εντός δύο (2) μηνών για την εκκαθάριση της ανταπαίτησης αυτής και την έκδοση του κατά περίπτωση απαιτούμενου νόμιμου τίτλου, αποστέλλοντας τα σχετικά στοιχεία στη Δ.Ο.Υ., στην οποία εκκρεμεί η οφειλή προς το Δημόσιο, για

την ενέργεια συμψηφισμού. 3. Αντιρρήσεις κατά της εκτέλεσης επιτρέπονται μόνο για την περίπτωση εξόφλησης της οφειλής ή συμψηφισμού αυτής και εκδικάζονται από τον πρόεδρο του αρμόδιου δικαστηρίου, κατά την διαδικασία των άρθρων 686 επόμενα του Κ.Πολ.Δ. 4. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου έχουν εφαρμογή και επί όλων των κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου βεβαιωμένων για είσπραξη ληξιπρόθεσμων απαιτήσεων κατά του Δημοσίου και του Ι.Κ.Α. 5. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου έχουν εφαρμογή από 1ης Οκτωβρίου 1992».

4. Επειδή, το αναγκαστικό μέτρο της προσωπικής κρατήσεως προς είσπραξη δημοσίων εσόδων θεσπίσθηκε το πρώτον με το Β.Δ/μα της 7 (19).2.1835 και διαμορφώθηκε με διαδοχικά νομοθετήματα (Ν. ΥΛΣΤ'/1871, Ν. 4845/1930 (ΝΕΔΕ), Ν.Δ. 356/1974 - ΚΕΔΕ), επιβαλλόμενο υπό των αρμοδίων διοικητικών οργάνων κατά των οφειλετών αφ' ενός μεν του Δημοσίου, αφ' ετέρου δε των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (Ν.Π.Δ.Δ.) κατά περίπτωση. Ο θεσμός αναμορφώθηκε ριζικώς με τον ανωτέρω Ν. 1867/1989 ο οποίος, κατά τις προεκτεθείσες διατάξεις, επέτρεψε την επιβολή του μέτρου μόνο με δικαστική απόφαση, εκδιδόμενη κατόπιν αιτήσεως του αρμοδίου προς είσπραξη οργάνου του Δημοσίου ή Ν.Π.Δ.Δ., ρύθμισε δε τις ουσιαστικές και δικονομικές προϋποθέσεις επιβολής αυτού κατά τρόπο ευνοϊκότερο για τον οφειλέτη, εν σχέσει με το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς. Οι

προϋποθέσεις αυτές τροποποιήθηκαν κατά τα ως άνω, τόσο όσον αφορά στα ληξιπρόθεσμα προς το Δημόσιο, όσο και προς το Ι.Κ.Α χρέη με το άρθρο 46 του Ν. 2065/1992, εν συνεχεία δε με τα άρθρα 33 του Ν. 2214/1994 και 22 του Ν. 2523/1997 (φ. 179). Επακολούθησε η θέση εν ισχύι του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, φ. 97), ο οποίος στο Πρώτο Τμήμα του Δευτέρου Μέρους του και υπό το Δεύτερο Τίτλο «Επιβολή Προσωπικής Κράτησης» (άρθρα 231-243) περιέλαβε νέα ρύθμιση του αναγκαστικού μέτρου της προσωπικής κρατήσεως κατά τρόπο εν πολλοίς ανάλογο με τις ρυθμίσεις του Ν. 1867/1989, όπως αυτό ίσχυε προ των τροποποιήσεών του, με σημαντικές δηλαδή αποκλίσεις από τις ρυθμίσεις των νόμων 2065/92, 2214/94 και 2523/97 (βλ. και εισηγητική έκθεση του Κ.Δ.Δ. επί του άρθρου 231, η οποία αναφέρει ότι «αποδίδεται κατά βάση η έως τώρα ισχύουσα ρύθμιση»).

5. Επειδή, το μέτρο της προσωπικής κρατήσεως διαφέρει των γνησίων μέσων εκτελέσεως (κατάσχεση κ.λπ.), τα οποία συνιστούν άμεση επέμβαση του Δημοσίου στην περιουσία του οφειλέτη προς είσπραξη του προς αυτό χρέους, διότι αποτελεί μέτρο καταναγκασμού όχι επί της περιουσίας, αλλά επ' αυτού τούτου του προσώπου του οφειλέτη, προκειμένου να εξαναγκασθεί αυτός στη διά παντός μέσου καταβολή του οφειλομένου χρέους. Τούτο όμως είναι συνταγματικώς ανεπίτρεπτο, ως αντικείμενο στο άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος. Τούτο δε διότι πρω-

ταρχική υποχρέωση της Πολιτείας είναι, κατά το ανωτέρω άρθρο, ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου, πυρήνας της οποίας είναι η προσωπική ελευθερία. Και ναι μεν το Σύνταγμα ανέχεται τη στέρηση της προσωπικής ελευθερίας, υπό την προϋπόθεση όμως ότι η στέρηση αυτή είναι λογικώς αναγκαία για την προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος, χάριν του οποίου επιβάλλεται. Τέτοιοι λόγοι δημοσίου συμφέροντος, δικαιολογούντες την επιβολή των στερητικών της ελευθερίας ποινών είναι οι προβλεπόμενοι υπό του ποινικού δικαίου, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγεται, άλλωστε, το ποινικό αδίκημα της παραβάσεως της προθεσμίας καταβολής των βεβαιωμένων και ληξιπρόθεσμων χρεών προς το Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. (άρθρο 25 Ν. 1882/1990 - φ. 43 - όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 23 παρ. 1 Ν. 2523/1997, φ. 179).

Είναι, όμως, όλως διάφορο το θέμα της στέρησης της προσωπικής ελευθερίας, όχι ως ποινής για αποδοκιμαστέα κοινωνική συμπεριφορά, αλλ' ως διοικητικού μέτρου, αποβλέποντος στην άσκηση πίεσεως προς εξόφληση χρέους με χρήματα, τα οποία δεν έχει ή δεν δύναται το Δημόσιο να αποδείξει ότι έχει ο οφειλέτης. Υπό το πρίσμα τούτο, δεν υφίσταται καν θέμα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας, διότι αυτή προϋποθέτει ότι τόσο ο σκοπός, όσο και τα χρησιμοποιούμενα προς επίτευξη αυτού μέσα είναι, κατ' αρχήν, θεμιτά, οπότε και ερευνάται, περαιτέρω, η μεταξύ των σχέση σε κάθε

συγκεκριμένη περίπτωση. Το μέτρο, όμως, της προσωπικής κρατήσεως για χρέη προς το Δημόσιο απαγορεύεται, ως αντικείμενο στο Σύνταγμα (άρθρ. 2 παρ. 1), κατά τα προεκτεθέντα και, για τον λόγον αυτόν, οι διατάξεις των άρθρων 1 επόμε. του Ν. 1867/1989, όπως ο νόμος αυτός τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε με τα άρθρα 46 του Ν. 2065/1992 και 33 του Ν. 2214/1994, είναι αντίθετες προς το Σύνταγμα. Κατά την ειδικότερη γνώμη του μέλους Γ. Παπαγεωργίου, το μέτρο της προσωπικής κρατήσεως ως μέσον αναγκαστικής εκτελέσεως για την είσπραξη βεβαιωμένων και ληξιπροθέσμων χρεών προς το Δημόσιο, όπως προβλέπεται από το Ν. 1867/1989, όπως τροποποιήθηκε, ούτε αντίκειται καθ' εαυτό στα άρθρα 2 παρ. 1 και 5 παρ. 3 του Συντάγματος, εφ' όσον, αφ' ενός μεν επιβάλλεται με δικαστική απόφαση κατόπιν διαπιστώσεως της συνδρομής των υπό του νόμου προβλεπομένων ουσιαστικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων, αφ' ετέρου δε αποσκοπεί στην προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος. Πλην η επιβολή του μέτρου αυτού από τον νομοθέτη παραβιάζει την υπό του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας, διότι η στέρηση της προσωπικής ελευθερίας, αποτελούσα το έσχατο μέτρο καταναγκασμού του προσώπου, προδήλως υπερακοντίζει, εν όψει της ρυθμίσεως του άρθρου 25 του Ν. 1882/1990 (η οποία καθιερώνει την παραβίαση της προθεσμίας καταβολής βεβαιωμένων των ληξιπροθέσμων χρεών προς το Δημόσιο ως

ποινικό αδίκημα, τιμωρούμενο με φυλάκιση), τον επιδιωκόμενο σκοπό της αποτελεσματικής συμμορφώσεως του οφειλέτη προς τις έναντι του Δημοσίου οικονομικές του υποχρεώσεις. Υφίσταται δε ζήτημα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας στην παρούσα υπόθεση, κατά την οποία ελέγχεται η συνταγματικότητα του μέτρου της προσωπικής κράτησης ως μέσου για την επιδίωξη του ανωτέρω δημοσίου σκοπού, ακριβώς διότι η κρίση περί της συνταγματικότητας του μέσου αυτού, το οποίο, κατά τα προεκτεθέντα δεν αντίκειται στο άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος, συναρτάται απαραιτήτως με το ζήτημα αν το μέσο αυτό είναι πρόσφορο και απολύτως αναγκαίο για την επιδίωξη του θεμιτού ως άνω σκοπού. Μειοψήφησαν ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου και τα μέλη Χ. Αλεξόπουλος, Β. Λυκούδης, Α. Τσόλιας και Σπ. Μητσιάλης, οι οποίοι διατύπωσαν την ακόλουθη γνώμη: Οι ως άνω διατάξεις δεν αντίκεινται στο Σύνταγμα, εφ' όσον η στέρηση της προσωπικής ελευθερίας με την προσωπική κράτηση του οφειλέτη για χρέη προς το Δημόσιο προβλέπεται με νόμο, αποβλέπει στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και δεν έρχεται σε αντίθεση με τη συνταγματικά κατοχυρωμένη (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. γ' του Συντάγματος) αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερα, στο άρθρο 5 παρ. 3 του Συντάγματος, ορίζονται τα εξής: « Η προσωπική ελευθερία είναι απαραβίαστη. Κανείς δεν καταδιώκεται ούτε συλλαμβάνεται ούτε φυλακίζεται ούτε με οποιονδήποτε άλλο τρόπο περιορίζεται, παρά μό-

νον όταν και όπως ορίζει ο νόμος». Και να μεν πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας είναι ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου (άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος), πυρήνας της οποίας είναι η προσωπική ελευθερία, η οποία είναι απαραβίαστη, αλλά, όπως ρητώς ορίζεται στην παρ. 3 του άρθρου 5 του Συντάγματος, επιτρέπεται να ορίζονται με νόμο περιορισμοί στο εν λόγω δικαίωμα, που μπορεί να φθάνουν και στη στέρηση της προσωπικής ελευθερίας.

Στην προκειμένη περίπτωση, η προσωπική κράτηση κατά τις διατάξεις του Ν. 1867/1989 διατάσσεται από το δικαστήριο για χρέη προς το Δημόσιο, εφόσον το συνολικώς οφειλόμενο ποσό υπερβαίνει το ποσό των τριών εκατομμυρίων (3.000.000) δραχμών ή το ένα εκατομμύριο (1.000.000) δραχμές προκειμένου για παρακρατούμενους, επιρριπτόμενους φόρους και για δάνεια με εγγύηση του Ελληνικού Δημοσίου, που εισπράττονται από τις δημόσιες οικονομικές υπηρεσίες ή τα τελωνεία (άρθρο 22 παρ. 5-7 του Ν. 2523/1997, με τις οποίες αντικαταστάθηκε η περίπτωση δ της παραγράφου 1 του άρθρου 46 του Ν. 2065/1992), και δεν απαγγέλλεται, μεταξύ άλλων κατηγοριών προσώπων, κατά ανηλίκων, κατά προσώπων που συμπλήρωσαν το εξηκοστό πέμπτο έτος της ηλικίας τους, κατά κληρικών παντός βαθμού κάθε γνωστής θρησκείας, κατά στρατευμένων, κατά τη διάρκεια της στράτευσής τους, τριάντα ημέρες πριν από αυτήν και έξι μήνες μετά από αυτήν, κατά των προσώπων που τελούν σε πτώ-

χευση, κατά των πολυτέκνων που έχουν την επιμέλεια ή την υποχρέωση διατροφής των τέκνων τους, και κατά προσώπων που έχουν συμβληθεί ως εγγυητές ανεξάρτητα από το αν έχουν διατηρήσει το ευεργέτημα της διζήσεως ή όχι (άρθρο 4 παρ. 1 α', γ', δ', ε', στ', η' και ι' του Ν. 1867/1989). Η προσωπική κράτηση, η διάρκεια της οποίας πάντως δεν μπορεί να υπερβεί το ένα έτος και διατάσσεται μόνο μια φορά για συγκεκριμένο χρέος (άρθρο 3 παρ. 1α Ν. 1867/1989), διακόπτεται ύστερα από αίτηση του κρατούμενου και ο κρατούμενος απολύεται, αν καταβληθεί ή συμψηφιστεί το χρέος, για το οποίο επιβλήθηκε μαζί με τους τόκους, αναστέλλεται δε για χρονικό διάστημα έως τρεις μήνες αν αποσβεσθεί, κατά τ' ανωτέρω, τμήμα του χρέους (άρθρο 7 παρ. 1 και 3 Ν. 1867/1989). Επίσης, το δικαστήριο μπορεί να επιτρέψει την απόλυση του κρατούμενου οφειλέτη, αν είναι ασθενής και υπάρχει κίνδυνος, από την παράταση της κράτησης, για την υγεία του, καθώς και τη μετάβασή του στο εξωτερικό για λόγους υγείας (άρθρο 8 Ν. 1867/1989). Περαιτέρω, το στερητικό της προσωπικής ελευθερίας μέτρο, δικαιολογείται από την επιτακτική ανάγκη ικανοποίησης του ιδιαιτέρως σοβαρού δημοσίου και κοινωνικού συμφέροντος της είσπραξης των δημοσίων εσόδων. Η είσπραξη των δημοσίων εσόδων, που αποτελεί μείζον και κρίσιμο ζήτημα για τη Χώρα, είναι η αναγκαία προϋπόθεση για την ομαλή και απρόσκοπτη λειτουργία των δημοσίων υπηρεσιών, την ικανοποίηση των αναγκών

του Κράτους και της κοινωνίας. Χωρίς την αποτελεσματική είσπραξη των δημοσίων εσόδων, το Κράτος δεν είναι σε θέση να ανταποκριθεί στο σύγχρονο κοινωνικό του ρόλο με την πραγματοποίηση των αναγκαίων παροχών σε τομείς, όπως η παιδεία, η υγεία, η κοινωνική ασφάλιση, η απασχόληση, αλλά ούτε και να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του προς άλλα Κράτη ή την Ευρωπαϊκή Ένωση. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, το μέτρο της προσωπικής κράτησης δεν παραβιάζει και την αρχή της αναλογικότητας, αφού, από τις προαναφερόμενες διατάξεις του Ν. 1867/1989 και ειδικότερα από την παρ. 5 του άρθρου 3, επιβάλλεται να διασφαλίζεται από το δικαστήριο η τήρηση του προσήκοντος σε κάθε περίπτωση μέτρου, σε σχέση με το σκοπό για τον οποίο το μέτρο αυτό λαμβάνεται, και να σταθμίζονται οι συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης ώστε να αποφασίζεται η προσωπική κράτηση όταν η λήψη του μέτρου αυτού είναι το μόνο μέσο, κατ' αποκλεισμό κάθε άλλου προβλεπόμενου από τις κείμενες διατάξεις αναγκαστικού μέτρου ικανοποίησης της σχετικής απαίτησης. Αν το μέτρο είναι μεν πρόσφορο, αλλά δεν είναι αναγκαίο, διότι λ.χ. επαρκούν στη συγκεκριμένη περίπτωση ηπιότερα μέτρα, τότε δεν επιτρέπεται να ληφθεί. Αν πάλι ο οφειλέτης τελεί αποδεδειγμένα σε οικονομική αδυναμία εκπλήρωσης της οφειλής του, το μέτρο της προσωπικής κράτησης δεν επιβάλλεται, αφού θα ήταν απρόσφορο. Επίσης, οι διατάξεις του Ν. 1867/1989 δεν είναι αντίθετες προς το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, ενό-

ψει του ότι το μέτρο της προσωπικής κράτησης επιβάλλεται με δικαστική απόφαση, κατόπιν διαπιστώσεως της συνδρομής των υπό του νόμου τασσομένων ουσιαστικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων από το αρμόδιο δικαστήριο, στο οποίο ο οφειλέτης μπορεί να αναπτύξει τις απόψεις του και να προβάλει κάθε δικαίωμά του. Εξάλλου, η προσωπική κράτηση για την εκπλήρωση απλής συμβατικής υποχρέωσης, και χωρίς τις προϋποθέσεις που τασσονται από το Ν. 1867/1989, προβλέπεται τόσο από το άρθρο 11 του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, που έχει συναφθεί μεταξύ των κρατών μελών του Οργανισμού των Ηνωμένων Εθνών και έχει κυρωθεί με το Ν. 2462/1997, όσο και από το άρθρο 1 του 4ου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., με τα οποία ορίζεται, ως εξαίρεση από τον κανόνα του επιτρεπτού της προσωπικής κράτησεως, ότι κανείς δεν φυλακίζεται λόγω της αδυναμίας του να εκπληρώσει συμβατική υποχρέωση (Ολ. Α.Π. 23/2005). Σημειώνεται, ότι η στέρηση της προσωπικής ελευθερίας, ως μέτρο για την είσπραξη απαιτήσεων, προβλέπεται και από την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α.), η οποία κυρώθηκε με το Ν.Δ. 53/1974 και έχει, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος, υπερνομοθετική ισχύ. Συγκεκριμένα, το προαναφερόμενο μέτρο εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 5 παρ. 1 περ. β της Ε.Σ.Δ.Α., το οποίο κατοχυρώνει το δικαίωμα κάθε προσώπου στην ελευθερία και την ασφάλεια και ορί-

ζει ότι «Ουδείς επιτρέπεται να στερηθή της ελευθερίας του ειμή εις τας ακόλουθους περιπτώσεις και συμφώνως προς την νόμιμον διαδικασίαν: α) ... β) εάν υπεβλήθη εις κανονικὴν σύλληψιν και κράτησιν ... εις εγγύησιν εκτελέσεως υποχρεώσεως ωρισμένης υπό του νόμου». Τέλος, δεν μπορεί να γίνει λόγος για αντισυνταγματικότητα των ανωτέρω διατάξεων του Ν. 1867/1989, που προβλέπουν την προσωπική κράτηση για χρέη προς το Δημόσιο, ως εκ του γεγονότος ότι ο νομοθέτης, αποβλέποντας στην πλέον αποτελεσματική αντιμετώπιση του οξύτατου προβλήματος της είσπραξης των δημοσίων εσόδων, χαρακτήρισε, με το άρθρο 25 του μεταγενέστερου μάλιστα Ν. 1882/1990, τη μη καταβολή χρεών προς το Δημόσιο ποινικό αδίκημα, τιμωρούμενο με ποινή φυλάκισης. Πράγματι, δεν ανακύπτει ζήτημα παραβίασης της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας ή του κατοχυρούμενου από το άρθρο 14 παρ. 7 του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα και το άρθρο 4 του 7ου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., δικαιώματος κάθε προσώπου να μη δικάζεται ή να μην τιμωρείται δύο

φορές για το ίδιο αδίκημα, από μόνη την παράλληλη ισχύ των ανωτέρω ρυθμίσεων, αφού, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι η προσωπική κράτηση που ρυθμίζεται από τις διατάξεις του Ν. 1867/1989 δεν συνιστά ποινή, αλλά μέσο εκτελέσεως, οι προϋποθέσεις επιβολής της προσωπικής κρατήσεως, κατά τις διατάξεις του νόμου αυτού, όπως αυτές παρατίθενται ανωτέρω, διαφέρουν από εκείνες της επιβολής της ποινής της φυλάκισης σύμφωνα με το άρθρο 25 του Ν. 1882/1990. Σε κάθε περίπτωση, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι παραβιάζονται οι ανωτέρω διατάξεις στην περίπτωση κατά την οποία στο ίδιο πρόσωπο, για το ίδιο χρέος, απαγγελθεί προσωπική κράτηση ως μέσο εκτελέσεως και ποινή φυλακίσεως και όχι με τη γενική πρόβλεψη της προσωπικής κρατήσεως ως μέσου εκτελέσεως για την είσπραξη χρεών προς το Δημόσιο. Ενόψει όλων των ανωτέρω, οι διατάξεις του Ν. 1867/1989, που ρυθμίζουν την προσωπική κράτηση κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Κώδικα Είσπραξης Δημοσίων Εσόδων, δεν αντίκεινται στις προαναφερόμενες συνταγματικές διατάξεις.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΜΠΙΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε Τακτική Ολομέλεια) - Αριθ. 17/2009

Πρόεδρος: Βασίλειος Νικόπουλος, (Πρόεδρος του Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Δημήτριος Κανελλόπουλος, Ηλίας Γιαννακάκης, Γεώργιος Πετράκης, (Αντιπρόεδροι), Ρένα Ασημακοπούλου, Ιωάννης Ιωαννίδης, Ειρήνη Αθανασίου, Ιωάννης-Σπυρίδωνας Τέντες, Αθανάσιος Κουτρομάνος, Βασίλειος Ανκούδης, Ελευθέριος Νικολόπουλος, Βασίλειος Φούκας, Γεώργιος Χρυσικός, Ιωάννης Σίδερης, Νικόλαος Ζαίρης, Βιολέττα Κντέα, Βαυβάρια Κριτσωτάκη, Ελένη Σπίτσα, Αντώνιος Αθηναίος, Νικόλαος Κωσταντόπουλος, Γεώργιος Γεωργέλλης (Εισηγητής), Δημήτριος Μουστάκας, Δημήτριος Μαζαράκης, Χαράλαμπος Αθανασίου και Σαράντη Δρινέα, (Αρεοπαγίτες)

Εισαγγελέας: Γεώργιος Σανιδάς

Δικηγόροι: Ιωάννης Μιχαηλίδης, Ιωάννης Βρέλλος

Άρθρα: 175, 176 Α.Κ., 691 παρ. 2, 700 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ.

Ασφαλιστικά μέτρα. Προσωρινή διαταγή απαγόρευσης διάθεσης του πράγματος (μεταβολής της νομικής του κατάστασης). Μεταβίβαση του ακινήτου παρά την ισχύ προσωρινής διαταγής. Ακυρότητα της μεταβίβασης κατά το άρ. 176 Α.Κ. κατά αναλογία με τα όσα ορίζονται για τις δικαστικές αποφάσεις. Ισχύει έναντι των τρίτων με την προϋπόθεση ότι σημειώθηκε προηγουμένως στα δημόσια βιβλία κατασχέσεων. Μη νόμιμα και με ελλιπή αιτιολογία το Εφετείο έκρινε ότι δεν θεραπεύεται η ακυρότητα της μεταβίβασης αυτής απέναντι στον καλόπιστο τρίτο παρά τη μη σημείωση αυτής στα οικεία βιβλία των κατασχέσεων. Αναιρεί την με αρ. 1165/2005 απόφαση του Εφετείου Πειραιώς.

Κατά μεν το άρθρο 175 εδάφ. α Α.Κ., η διάθεση ενός αντικειμένου είναι άκυρη, αν ο νόμος την απαγορεύει, κατά δε το επόμενο άρθρο 176, αν την απαγόρευση του προηγούμενου άρθρου έχει τάξει δικαστική απόφαση, ισχύει ό,τι και στην απαγόρευση από το νόμο. Εξάλλου, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 691 παρ. 2 και 700 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ, προκύπτει ότι η προσωρινή διαταγή που εκδίδεται από το δικαστήριο στα πλαίσια της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων και καθορίζει τα ασφαλιστικά μέτρα που πρέπει να ληφθούν αμέσως, μέχρι να εκδοθεί η απόφαση, για την εξασφάλιση του δικαιώματος ή την προσωρινή ρύθμιση της κατάστασης, δεν είναι δικαστική απόφα-

ση, αφού δεν περιέχει καμιά αυθεντική διάγνωση της έννομης σχέσης που ρυθμίζει, στερείται των κατά το άρθρο 93 παρ. 3 του Συντάγματος και 305 του Κ.Πολ.Δ στοιχείων της δικαστικής απόφασης, που ανάγονται από το νόμο σε προϋποθέσεις του κύρους αυτής και επίσης δεν υποβάλλεται σε δημοσίευση, η οποία αποτελεί, κατά το άρθρο 313 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, προϋπόθεση του υπαρκτού της δικαστικής απόφασης. Είναι όμως τίτλος εκτελεστός, από αυτούς που αναφέρονται στο άρθρο 904 παρ. 2 περ. ζ' Κ.Πολ.Δ. Περαιτέρω, τα ανωτέρω άρθρα 691 παρ. 2 και 700 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ ορίζουν, ότι οι προσωρινές διαταγές διαλαμβάνουν "τα μέτρα που πρέπει να ληφθούν αμέσως έως την έκδοση της α-

πόφασης του δικαστηρίου για την εξασφάλιση ή τη διατήρηση του δικαιώματος ή τη ρύθμιση της κατάστασης" και ότι "εκτελούνται μόλις καταχωριστούν, κάτω από την αίτηση ή στα πρακτικά, με βάση σημείωση του δικαστή που τις εξέδωσε". Οι διατάξεις αυτές καθιερώνουν τη δεσμευτικότητα των προσωρινών διαταγών, με την έννοια ότι αρνούνται να προσδώσουν έννομες συνέπειες σε πράξεις που αντίκεινται στο περιεχόμενό τους και επιβάλλουν σιωπηρώς την ακυρότητα, ως κύρωση της παράβασής τους. Από αυτά παρέπεται, ότι αν το μέτρο που ορίστηκε με την προσωρινή διαταγή και παραβιάστηκε, συνίσταται στην απαγόρευση διάθεσης του πράγματος (μεταβολής της νομικής του κατάστασης), η μεταγενέστερη της προσωρινής διαταγής διάθεση (εκποίηση) πλήττεται με ακυρότητα, η οποία θεμελιώνεται όχι στο άρθρο 175 Α.Κ., αφού ο νόμος (άρθρα 691 παρ. 2 και 700 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ) δεν προβλέπει ακυρότητα της απαγορευμένης με προσωρινή διαταγή διάθεσης, αλλά στο άρθρο 176 Α.Κ., σε συνδυασμό με το άρθρο 691 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, κατ' αναλογία με τα ισχύοντα επί δικαστικής απόφασης, με την οποία προσομοιάζει, χωρίς να είναι η προσωρινή διαταγή. Περαιτέρω, κατά μεν την παρ. 1 του άρθρου 715 Κ.Πολ.Δ, "απαγορεύεται και είναι άκυρη υπέρ εκείνου που επέβαλε την κατάσχεση η διάθεση των πραγμάτων που κατασχέθηκαν από εκείνον σε βάρος του οποίου έγινε η κατάσχεση", κατά δε την παρ. 3 του ίδιου άρθρου, "Στη συντηρητική κατάσχεση ακινήτου, πλοίου, αεροσκάφους ή εμπράγματος δικαιώματος, επάνω

σ' αυτά, η ακυρότητα που αναφέρεται στην παρ. 1 ισχύει ως προς τους τρίτους, μόνον αν κατά το χρόνο της διάθεσης είχε γίνει εγγραφή της κατάσχεσης στο βιβλίο κατασκέσεων, στο νηολόγιο ή στο μητρώο αεροσκαφών". Από τις διατάξεις, αυτές, οι οποίες, κατά ρητή παραπομπή του νομοθέτη (άρθρο 727 Κ.Πολ.Δ), τυγχάνουν εφαρμογής και επί δικαστικής μεσεγγύησης, που αντικατέστησε "τη συντηρητική κατάσχεση επί σκοπώ διεκδικήσεως" του προϊσχύσαντος δικαίου, συνάγεται ότι με αυτές τίθεται, χάριν της ασφάλειας των συναλλαγών, ως προϋπόθεση ισχύος, ως προς τους τρίτους, της ακυρότητας διάθεσης (η οποία είναι έννοια ευρύτερη της απαλλοτρίωσης και περιλαμβάνει οποιαδήποτε μεταβίβαση, σύσταση, επιβάρυνση και γενικώς νομική μεταβολή) των πραγμάτων που τέθηκαν υπό δικαστική μεσεγγύηση, η εγγραφή της απόφασης με την οποία διατάχθηκε η θέση του πράγματος υπό δικαστική μεσεγγύηση στα βιβλία κατασκέσεων της περιφέρειας του τόπου, όπου βρίσκεται το ακίνητο, κατά τον χρόνο της διάθεσης. Επομένως, η προσωρινή διαταγή, που εκδίδεται στα πλαίσια της δίκης των ασφαλιστικών μέτρων για τη θέση του πράγματος υπό δικαστική μεσεγγύηση, ως συνάρτηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και τελολογικό παρεπόμενο της αντίστοιχης απόφασης, αποτελεί το πρόσφορο μέσο προς πραγμάτωση του με το ασφαλιστικό μέτρο επιδιωκόμενου σκοπού και δε μπορεί να είναι περισσότερο εξασφαλιστική από την ίδια την απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων. Έτσι η απαγόρευση, με προσωρινή διαταγή, της

νομικής μεταβολής ακινήτου ή εμπράγμα-
του δικαιώματος σ’ αυτό, ισχύει έναντι
των τρίτων με την προϋπόθεση ότι σημειώ-
θηκε προηγουμένως η προσωρινή διαταγή
στα αντίστοιχα δημόσια βιβλία κατασχέ-
σεων, σύμφωνα με την ως άνω διάταξη
του άρθρου 715 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ η οποία ε-
φαρμόζεται αναλόγως. Στην προκειμένη
περίπτωση, όπως προκύπτει από την προ-
σβαλλομένη απόφασή του, το Εφετείο ε-
πικύρωσε την εκκληθείσα απόφαση
του Πολυμελούς Πρωτοδικείου, η οποία,
αφού δέχθηκε σχετική αγωγή της με το υπ.
αριθ. συμβολαιογραφικό προσύμφωνο
αγοράστριας - πρώτης των αναιρεσιβλή-
των, προέβη σε ακύρωση των και
συμβολαίων της συμβολαιογράφου Πει-
ραιά Π. Α., που μεταγράφηκαν στα οικεία
βιβλία μεταγραφών στις 28-11-2002, με τα
οποία συνομολογήθηκε κατάργηση της
σύστασης οριζόντιας ιδιοκτησίας της περι-
γραφόμενης στην απόφαση οικοδομής και
μεταβίβαση προς τον εναγόμενο και ήδη
αναιρεσεύοντα του ποσοστού των 333,30/
1000 εξ αδιαιρέτου επί του οικοπέδου,
που αντιστοιχεί στην οριζόντια ιδιοκτησία
του επίσης στην απόφαση αναφερόμενου
ορόφου της οικοδομής αυτής, κυριότητας
της πρώτης εναγομένης. Διότι, δέχθηκε το
Εφετείο, η ακυρότητα προήλθε από το γε-
γονός ότι οι δικαιοπραξίες, που περιέχο-
νται στα ως άνω και συμβόλαια, έλα-
βαν χώρα την 28-11-2002, ενώ ίσχυε ακό-
μα η από 6-11-2002 προσωρινή διαταγή
του Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδι-
κείου Πειραιά, η οποία χορηγήθηκε κατά
τη συζήτηση της με αριθ. εκθ. κατ. αίτη-
σης ασφαλιστικών μέτρων για τη θέση υπό

δικαστική μεσεγγύηση του διαμερίσματος
της με το ανωτέρω προσύμφωνο αγορά-
στριας, αιτούσης και ήδη πρώτης αναιρε-
σιβλήτης κατά της καλής ιδιοκτητρίας τού-
του, και με την οποία η τελευταία, που έ-
λαβε γνώση της προσωρινής αυτής διατα-
γής όταν χορηγήθηκε, στις 6-11-2002, απο-
στερήθηκε προσωρινά, μέχρι τη δικάσιμο
της 28-11-2002 και μετέπειτα μέχρι την έκ-
δοση της απόφασης των ασφαλιστικών
μέτρων, της εξουσίας να μεταβάλλει τη νο-
μική κατάσταση του ανωτέρω επίδικου α-
κινήτου και να διαθέτει αυτό. Επίσης, δέ-
χθηκε το Εφετείο, ότι το γεγονός ότι η πα-
ραπάνω προσωρινή διαταγή δεν σημειώ-
θηκε στα βιβλία μεταγραφών, δεν θερα-
πεύει την ακυρότητα των δικαιοπραξιών
που προαναφέρθηκαν, οι οποίες ισχύουν
και έναντι του τρίτου και ήδη αναιρεσεύο-
ντος, σε σχέση με την ενάγουσα αγορά-
στρια του διαμερίσματος και την πρώτη
των εναγομένων. Έτσι που έκρινε το Εφε-
τείο και δέχθηκε ότι ίσχυε ως προς τον α-
ναιρεσεύοντα καλόπιστο τρίτο η ανωτέρω
απαγόρευση χωρίς την εγγραφή της προ-
σωρινής διαταγής στα βιβλία κατασχέσε-
ων, παραβίασε ευθέως τις διατάξεις των
άρθρων 175, 176 Α.Κ. και 715 παρ. 1,3
Κ.Πολ.Δ αλλά και εκ πλαγίου καθόσον
στέργει την απόφασή του νόμιμης βάσης,
αφού δεν διέλαβε σ’ αυτή επαρκείς αιτιο-
λογίες οι οποίες να στηρίζουν το διατακτι-
κό της, γι’ αυτό και οι σχετικοί λόγοι της
αναίρεσης, δεύτερος, κατά το πρώτο και
δεύτερο μέρος του, έβδομος κατ’ ορθή ε-
κτίμηση του περιεχομένου τους από τους
αριθ. 1 και 19 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ
και πέμπτος από τον αριθ. 1 του ίδιου άρ-

θρου που παραπέμφθηκαν στην Ολομέλεια, είναι βάσιμοι.

Συνεπώς η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει ν' ανααιρεθεί κατά παραδοχή των λόγων τούτων. Μετά από αυτά και ενόψει

του ότι με την παραπεμπτική απόφαση δεν έχουν κριθεί οι λοιποί λόγοι της αναίρεσης, πρέπει να αναπεμφθεί η υπόθεση στο Γ' Πολιτικό Τμήμα του Αρείου Πάγου για να αποφασίσει επ' αυτών.

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Δ' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 1464/2009

Πρόεδρος: Γεώργιος Πετράκης (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Αθανάσιος Πολυζωγόπουλος, Ελευθέριος Μάλλιος, Γεωργία Λαλούση, Εντύχιος Παλαιοκαστρίτης (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Αγγελος Σκιαδάς, Γρηγόριος Λαγομάτης

Άρθρα: 288, 388 Α.Κ.

Προκειμένου να αποφασίσει το δικαστήριο της ουσίας αύξηση ή μείωση του συμβατικά ή αντικειμενικά καταβαλλόμενου μισθώματος στις εμπορικές μισθώσεις, πρέπει να συντρέχουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) Μόνιμη μεταβολή των συνθηκών από τον χρόνο της σύναψης της μίσθωσης ή της τελευταίας αναπροσαρμογής αυτής μέχρι τον χρόνο άσκησης της αγωγής. Ενδεικτικά αναφέρονται, αύξηση ή μείωση της μισθωτικής αξίας του μισθίου, υποτίμηση του νομίσματος, αυξομείωση της ζήτησης του ακινήτου. β) Ουσιώδης απόκλιση, κατά τον χρόνο της άσκησης της αγωγής μεταξύ του καταβαλλόμενου τότε μισθώματος και του από τα συναλλακτικά ήθη και την καλή πίστη επιβαλλόμενου. γ) Αιτιώδης σύνδεσμος ανάμεσα στην μεταβολή των συνθηκών και την ουσιώδη απόκλιση του μισθώματος.

Η διάταξη του άρθρου 288 Α.Κ., κατά την οποία ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να εκπληρώσει την παροχή, όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη, εφαρμόζεται σε οποιαδήποτε ενοχή, ασχέτως αν αυτή απορρέει από σύμβαση ετεροβαρή ή αμφοτεροβαρή ή από άλλη δικαιοπραξία ή αν πηγάζει ευθέως από το νόμο, εκτός αν προβλέπεται άλλη ανάλογη ειδική προστασία ή αν συντρέχουν οι ειδικές προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 388 Α.Κ. Παρέχει δε στο δικαστή τη δυνατότητα, όταν, λόγω συνδρομής ειδικών συνθηκών, η εμμονή

στην εκπλήρωση της παροχής είναι αντίθετη προς την ευθύτητα και την εντιμότητα, που επιβάλλονται στις συναλλαγές, να την επεκτείνει ή να την περιορίσει με βάση αντικειμενικά κριτήρια κατά τις αντιλήψεις, που κρατούν στις συναλλαγές, στο επίπεδο εκείνο που ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της συναλλακτικής πίστης (Ολ.Α.Π. 927/1992). Επομένως, με βάση την πιο πάνω διάταξη, η οποία είναι εφαρμοστέα και επί των εμπορικών μισθώσεων, ενόψει του άρθρου 44 του Π.Δ. 34/1995, ο εκμισθωτής εμπορικής μίσθωσης μπορεί να ζητήσει κατά το άρθρο 288

Α.Κ. αναπροσαρμογή του οφειλόμενου αρχικού ή μετά από αναπροσαρμογή συμβατική ή νόμιμη (αντικειμενική) μισθώματος, εφόσον εξαιτίας προβλεπτών ή απρόβλεπτων περιστάσεων επήλθε αδιαμφισβήτητα τόσο ουσιώδης αύξηση της μισθωτικής αξίας του μισθίου, ώστε με βάση τις συγκεκριμένες συνθήκες η εμμονή του μισθωτή στην καταβολή του ίδιου μισθώματος να είναι αντίθετη προς την ευθύτητα και εντιμότητα που απαιτούνται στις συναλλαγές και να επιβάλλεται, σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη - παρά την ανάγκη διασφάλισης των σκοπών του ως άνω νόμου και κατοχύρωσης της ασφάλειας των συναλλαγών, η οποία πρέπει πάντοτε να συνεκτιμάται - η αναπροσαρμογή του μισθώματος στο επίπεδο εκείνο το οποίο αίρει τη δυσαναλογία των εκατέρωθεν παροχών και αποκαθιστά τη διαταραχθείσα καλή πίστη (Ολ.Α.Π. 9/1997). Μεταβολή των συνθηκών, με την έννοια του άρθρου 288 Α.Κ., μπορεί να αποτελέσουν η σημαντική αύξηση ή μείωση της μισθωτικής αξίας του μισθίου και άλλων όμορων και ομοειδών ακινήτων, η υποτίμηση του νομίσματος, η από διαφόρους λόγους αυξομείωση της ζητήσεως των ακινήτων και άλλοι λόγοι. Με βάση τα στοιχεία αυτά, το δικαστήριο οφείλει πρώτα να διαγνώσει, αν μεταξύ του οφειλόμενου, κατά το σύστημα της συμβατικής ή αντικειμενικής αναπροσαρμογής, μισθώματος και εκείνου που μπορεί να επιτευχθεί υπό καθεστώς ελεύθερης μισθώσεως ("ελεύθερου"), υπάρχει διαφορά τόσο σημαντική,

ώστε επιβάλλεται κατά τις αρχές της καλής πίστεως, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη, η αναπροσαρμογή του πρώτου (οφειλόμενου), και ύστερα, αν διαπιστώσει τέτοια διαφορά, να αναπροσαρμόσει το ίδιο αυτομίσθωμα στο επίπεδο, το οποίο αίρει τη δυσαναλογία και αποκαθιστά τη διαταραχθείσα καλή πίστη (Α.Π. 633/2007). Κατά συνέπεια, για την αναπροσαρμογή του μισθώματος κατ' άρθρο 288 Α.Κ. απαιτείται και, συνακόλουθα, αρκεί: α) Μόνιμη μεταβολή των συνθηκών κατά το διάστημα από τη σύναψη της επαγγελματικής μίσθωσης και τον αρχικό συμβατικό προσδιορισμό του μισθώματος και της αναπροσαρμογής του ή από το χρόνο της μεταγενέστερης (συμβατικής ή νόμιμης) αναπροσαρμογής μέχρι το χρόνο άσκησης της αγωγής, ανεξάρτητα από το υπαίτιο, το έκτακτο και το απρόβλεπτο των λόγων που προξένησαν την εν λόγω μεταβολή, β) ουσιώδης απόκλιση (αύξηση ή μείωση) κατά το χρόνο ασκήσεως της αγωγής ανάμεσα στο από την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη επιβαλλόμενο αφενός και στο αρχικά συνολοποιημένο ή το μετ' αναπροσαρμογή καταβαλλόμενο μίσθωμα αφετέρου, σε τρόπο ώστε η διατήρηση τούτου να επιφέρει ζημία στον ενάγοντα, η οποία υπερβαίνει τον αναλαμβανόμενο, με τον αρχικό ή μετ' αναπροσαρμογή ορισμό του μισθώματος κίνδυνο και γ) αιτιώδης σύνδεσμος (συνάφεια) ανάμεσα στη μεταβολή των συνθηκών και την ουσιώδη απόκλιση του μισθώματος, ώστε η αναπροσαρμογή να αποκλείεται αν η απόκλιση θα επερχό-

ταν και χωρίς μεταβολή των συνθηκών. Εξάλλου, κατά των αποφάσεων του Πρωτοδικείου, που εκδίδονται σε εφέσεις κατά των αποφάσεων των Ειρηνοδικείων, επιτρέπεται, κατ' άρθρο 560 αριθ. 1 Κ.Πολ.Δ, αναίρεση για παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου, συνίσταται δε η παραβίαση στην εσφαλμένη ερμηνεία ή εφαρμογή κανόνα, που υπάρχει όταν εφαρμόζεται ή δεν εφαρμόζεται, κατά περίπτωση, κανόνας ουσιαστικού δικαίου αν και δεν υπάρχουν ή υπάρχουν, αντίστοιχα, οι πραγματικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή του, σύμφωνα με τα όσα ανελégτως δέχθηκε το δικαστήριο της ουσίας. Εν προκειμένω, το Πολυμελές Πρωτοδικείο, δικάζοντας ως Εφετείο, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφασή του, δέχθηκε, ανελégτως, ότι απεδείχθησαν τα ακόλουθα, αναφορικά με την αναπροσαρμογή κατ' άρθρο 288 Α.Κ. του μισθώματος του αναφερομένου σ' αυτή μισθίου εμπορικού καταστήματος:

" Με το από 30-12-1994 συμφωνητικό η δικαιοπάροχος αδελφή του ενάγοντος (ήδη πρώτου αναιρεσιβλήτου) Ρ1, είχε εκμισθώσει στην εναγομένη (ήδη αναιρεσείουσα) για χρονικό διάστημα πέντε ετών, δηλαδή μέχρι 31-12-1999 ένα ισόγειο κατάστημα, εμβαδού 85,57 τ.μ., με πατάρι 21 τ.μ. και υπόγειο 85,57 τ.μ. της ιδιοκτησίας της, όπως αυτό με λεπτομέρεια περιγράφεται στην αγωγή, αντί μηνιαίου μισθώματος 80.000 δρχ. προκειμένου να το χρησιμοποιήσει η εναγόμενη ως κατάστημα πωλήσεως ηλεκτρικών συσκευών, χωρίς να υπάρχει συμφωνία αναπροσαρμογής

του. Μετά την παρέλευση της ως άνω ημερομηνίας, η εναγόμενη παρέμεινε στο μίσθιο ακίνητο, σύμφωνα με τη νομοθεσία περί εμπορικών μισθώσεων (αρθρ. 5 του Π.Δ. 34/79), όπως προκύπτει από 10-1-2005 ιδιωτικό συμφωνητικό μίσθωσης που υπογράφηκε μεταξύ αυτής και της ως άνω εκμισθώτριας και η διάρκεια της μίσθωσης παρατάθηκε για 9 επιπλέον έτη, δηλ. μέχρι την 31-12-2013, ενώ το μίσθωμα αναπροσαρμόστηκε στο ποσό των 280 ευρώ και συμφωνήθηκε η αναπροσαρμογή αυτού σε ποσοστό 2% ανά 2 έτη. Ωστόσο, την 7-10-2006 απεβίωσε η ως άνω εκμισθώτρια του και την κυριότητα του επιδικου ακινήτου απέκτησε ο ενάγων-αδελφός της, δυνάμει της υπ' αριθ. ... δημόσιας διαθήκης της, που συντάχθηκε ενώπιον του συμβολαιογράφου Γιαννιτσών Γ. Κ., η οποία δημοσιεύθηκε νόμιμα με το υπ' αριθ. πρακτικό του Μον.Πρωτ. Γιαννιτσών, αφού αποδέχθηκε την κληρονομιά της με την υπ' αριθ. ... δήλωση ενώπιον του ιδίου ως άνω συμβολαιογράφου που μεταγράφηκε νόμιμα στα βιβλία μεταγραφών του Υποθηκοφυλακείου ... στον τόμο ... και με αύξ. αριθμό Όπως αποδείχθηκε το εν λόγω μίσθιο βρίσκεται στον κεντρικότερο εμπορικό δρόμο της πόλης των ... επί της Τα καταστήματα που βρίσκονται πάνω σε αυτό το δρόμο παρουσιάζουν σημαντική αύξηση της μισθωτικής τους αξίας λόγω της μεγάλης ζήτησης που υπάρχει στην περιοχή αυτή και αντίστοιχα της μικρής προσφοράς τέτοιων καταστημάτων. Συγκεκριμένα αποδείχθηκε ότι: α) δυνάμει του από ... ιδιωτι-

κού συμφωνητικού εκμισθώθηκε από τη ... στη ... ένα ισόγειο κατάστημα εμβαδού 90 τ.μ. το οποίο έχει υπόγειο και πατάρι και βρίσκεται στην ίδια με το επίδικο κατάστημα οικοδομή, για το χρονικό διάστημα από 1-2-2003 έως 31-12-2009, με μηνιαίο καταβαλλόμενο μίσθωμα το ποσό των 1.250 ευρώ, το οποίο σήμερα μετά τις συμβατικές αναπροσαρμογές του ανέρχεται στο ποσό των 1.450 ευρώ, προκειμένου να χρησιμοποιηθεί ως κατάστημα βιβλιοχαρτοπωλείο, β) δυνάμει του από ... ιδιωτικού συμφωνητικού, εκμισθώθηκε από τους ... και ... στην .. ένα ισόγειο κατάστημα εμβαδού 92 τ.μ., που βρίσκεται στην ίδια οδό και απέναντι από το επίδικο, για το χρονικό διάστημα από 1-6-2006 έως 1-6-2016, με μηνιαίο μίσθωμα το ποσό των 1.400 ευρώ για τον πρώτο χρόνο, 1.500 ευρώ για τους δεύτερο, τρίτο και τέταρτο χρόνο, 1.550 ευρώ για τους πέμπτο, έκτο και έβδομο χρόνο και 1.600 ευρώ για τους όγδοο, ένατο και δέκατο χρόνο, προκειμένου να χρησιμοποιηθεί ως κατάστημα πώλησης ενδυμάτων, γ) δυνάμει του από 1-7-2006 ιδιωτικού συμφωνητικού εκμισθώθηκε από τους ... και στη ένα ισόγειο κατάστημα εμβαδού 28 τ.μ., επί της οδού ..., για το χρονικό διάστημα από 1-7-2006 έως 30-6-2012 με μηνιαίο μίσθωμα το ποσό των 724 ευρώ αναπροσαρμοζόμενο κατά ποσοστό 4% ετησίως προκειμένου να χρησιμοποιηθεί ως κατάστημα πώλησης παιδικών υποδημάτων, δ) δυνάμει του από ... ιδιωτικού συμφωνητικού, εκμισθώθηκε από το ... στον .., ένα ισόγειο κατάστημα εμβαδού 50 τ.μ., με υπό-

γειο 50 τ.μ. και βοηθητικό χώρο, για το χρονικό διάστημα από 1-1-2006 έως 31-12-2011, με μηνιαίο καταβαλλόμενο μίσθωμα το ποσό των 1.000 ευρώ για τον πρώτο χρόνο, αναπροσαρμοζόμενο κατά ποσοστό 5% ετησίως προκειμένου να χρησιμοποιηθεί ως κατάστημα πώλησης υποδημάτων και δερμάτινων ειδών, ε) το έτος 2006 εκμισθώθηκε από τον ... ένα ισόγειο κατάστημα, εμβαδού 48,50 τ.μ. επί της οδού με μίσθωμα 1.184 ευρώ, στ) δυνάμει του από ... ιδιωτικού συμφωνητικού εκμισθώθηκε στον ..., ένα ισόγειο κατάστημα επιφανείας 20 τ.μ. περίπου, με ένα αποθηκευτικό βοηθητικό χώρο, επί της οδού, για το χρονικό διάστημα από 6-4-2006 έως και 5-4-2012, με μηνιαίο καταβαλλόμενο μίσθωμα το ποσό των 200 ευρώ αναπροσαρμοζόμενο κατά ποσοστό 6% ετησίως, προκειμένου να χρησιμοποιηθεί ως εργαστήριο επιδιόρθωσης υποδημάτων και κατασκευής κλειδιών, ζ) ένα ισόγειο κατάστημα εμβαδού 70 τ.μ. που βρίσκεται επί της οδού ..., που χρησιμοποιείται ως επιχείρηση με την επωνυμία "...", καταβάλλεται ως μίσθωμα το ποσό των 520 ευρώ και η) ένα ισόγειο κατάστημα εμβαδού 40 τ.μ. με πατάρι 10 τ.μ., επί της οδού ... που καταβάλλεται ως μηνιαίο μίσθωμα το ποσό των 340 ευρώ. Ο ενάγων ως κληρονόμος διαδέχθηκε τη δικαιοπαροχή του σε όλα τα δικαιώματα και υποχρεώσεις της μισθωτικής σχέσης (1710 Α.Κ.), ωστόσο το γεγονός της διαδοχής στο πρόσωπο του εκμισθωτή συνιστά μία μεταβολή που δεν αφήνει ανεπηρέαστη τη συμβατική σχέση. Συγκεκριμένα, η συμ-

φωνία που συνήψε η δικαιοπάροχος του ενάγοντα στις 10-1-2005 σύμφωνα με την οποία το καταβαλλόμενο μίσθωμα ήταν 280 ευρώ και η αναπροσαρμογή αυτού θα γίνονταν σε ποσοστό 2% ανά 2 έτη, έγινε στα πλαίσια της ελεύθερης διαπραγμύσεως μεταξύ των συγκεκριμένων συμβαλλομένων δηλ. της Ρ1 με την εναγόμενη. Το γεγονός ότι κατά τη σύναψη της συμφωνίας αυτής το συμφωνηθέν μίσθωμα ήταν κατά πολύ μικρότερο από το σύνηθες καταβαλλόμενο είτε δεν ενδιέφερε την τότε εκμισθώτρια είτε η ίδια το αγνοούσε. Σε κάθε περίπτωση, η συμβατική της αυτή επιλογή δεν μπορεί να δεσμεύσει υπέρμετρα τη βούληση του διαδόχου της, ο οποίος ενώ εξακολουθεί να διατηρεί τη συμβατική ιδιότητα του εκμισθωτή, ωστόσο θεωρεί ότι αδικείται κατάφωρα με το να εμμένει στη συμφωνία καταβολής ενοικίου στο 1/5 περίπου της αντικειμενικής του αξίας. Από την άλλη μεριά, η εμμονή της εναγομένης στην καταβολή μισθώματος κατώτερου κατά το 1/5 περίπου της τρέχουσας αντικειμενικής μισθωτικής του αξίας είναι αντίθετη προς την ευθύτητα και εντιμότητα που επιβάλλεται στις συναλλαγές, παρά την ανάγκη διασφάλισης των σκοπών του ως άνω νόμου και κατοχύρωσης της ασφάλειας των συναλλαγών η οποία πρέπει πάντοτε να συνεκτιμάται. Συνεπώς, αυτή η ουσιώδης αύξηση της μισθωτικής αξίας του επιδίκου αποτελεί λόγο αναπροσαρμογής του μισθώματος με βάση το 288 Α.Κ., σύμφωνα με τα εκτιθέμενα στη μείζονα πρόταση, δεδομένου ότι η εφαρμογή των διατάξεων του Ν.

2041/1992 απαιτεί να μην έχει προβλεφθεί συμβατικά η αναπροσαρμογή ή η συμφωνία αναπροσαρμογής να έχει λήξει ... Με τις παραδοχές αυτές το Πολυμελές Πρωτοδικείο, που δίκασε ως Εφετείο, έκρινε ότι στην προκειμένη περίπτωση, συντρέχει νόμιμος λόγος για αναπροσαρμογή του καταβαλλόμενου μισθώματος. Έτσι, απέρριψε την έφεση της αναιρεσείουσας κατά της πρωτόδικης απόφασης του Ειρηνοδικείου, που είχε κρίνει ομοίως. Όμως με την εξεनेχθείσα ως άνω κρίση του το Πολυμελές Πρωτοδικείο παραβίασε ευθέως τις διατάξεις του άρθρου 288 Α.Κ., αφού δέχτηκε ότι έχουν εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση οι ως άνω διατάξεις μόνο εκ του γεγονότος ότι υπάρχει μεγάλη απόκλιση μεταξύ του καταβαλλόμενου και αναπροσαρμοζόμενου ανά διετία κατά 2% μισθώματος και εκείνου που μπορεί να επιτευχθεί υπό καθεστώς ελεύθερης μισθώσεως, χωρίς να δέχεται ότι έχει επέλθει ουσιώδης μεταβολή των συνθηκών από την γενομένη στις 10-1-2005 αναπροσαρμογή μέχρι την άσκηση της αγωγής, επί της οποίας εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση. Επομένως ο πρώτος λόγος αναιρέσεως από το άρθρο 560 αριθ. 1 του Κ.Πολ.Δ. είναι βάσιμος και, κατά παραδοχή αυτού, πρέπει να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να παραπεμφθεί η υπόθεση για περαιτέρω εκδίκαση στο ίδιο δικαστήριο, συγκροτούμενο από δικαστές άλλους από εκείνους που δίκασαν προηγουμένως (άρθρο 580 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ.).

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 223/2009

Πρόεδρος: Κλεονίκη Χίλιου, (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Κωνσταντίνος Ρόκος, (Πρωτοδίκης – Εισηγητής), Ηλίας Πολλάκης, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Εμμ. Περαντωνάκης, Βασ. Σπανουδάκης, Χρήστος Τόλος, Γεωργ. Κοπιδάκης, Ιωαν. Ξυλούρης, Ιωαν. Λεβέντης, Φλώρα Καρακαϊδού

Άρθρα: 299, 330, 914, 922, 932, Α.Κ. 24 Ν. 1565/1939, 9 Ν. 3418/2005

Αδικοπραξία, ιατρική ευθύνη, Αδικοπραξία τελούμενη από γιατρό από αμέλεια. Περιεχόμενο της αμέλειας. Επίταση της ευθύνης του γιατρού λόγω της ειδικότητάς του. Σχέση πρόσκτησης μεταξύ θεραπευτικού ιδρύματος (κλινικής) και θεράποντος ιατρού.

Φέρονται ενώπιον του παρόντος Δικαστηρίου η με αριθμό καταθέσεως αγωγή δυνάμει της με αριθμό καταθέσεως κλήσης, η με αριθμό καταθέσεως ανακοίνωση δίκης – παρεμπίπτουσα αγωγή δυνάμει της με αριθμό καταθέσεως κλήσης και η με αριθμό καταθέσεως πρόσθετη παρέμβαση δυνάμει της με αριθμό καταθέσεως κλήσης, οι οποίες πρέπει να ενωθούν και να συνεκδικαστούν, εφόσον εκκρεμούν ενώπιον του ίδιου Δικαστηρίου, υπάγονται στην ίδια διαδικασία, αφορούν αξιώσεις που απορρέουν από το ίδιο βιοτικό περιστατικό και, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, διευκολύνεται και επιταχύνεται η διεξαγωγή της δίκης και επέρχεται μείωση των εξόδων.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 914 Α.Κ., όποιος ζημιώσει άλλον παράνομα και υπαίτια έχει υποχρέωση να τον αποζημιώσει. Κατά την έννοια της διάταξης αυτής, για την ύπαρξη της αδικοπραξίας και την από αυτή υποχρέωση του δράστη σε αποζημίωση του παθόντος απαιτείται, εκτός από την επέλευση της ζημίας, όπως α) η ζημία αυτή επήλθε από το δράστη παρα-

νόμως συγχρόνως δε και υπαιτίως ήτοι από δόλο ή αμέλεια (330 Α.Κ.), β) η παράνομη συμπεριφορά του υπαιτίου να οφείλεται σε πράξη ή παράλειψη αυτού και γ) να υφίσταται πρόσφορη (αιτιώδης) συνάφεια μεταξύ της ζημιολογούσας πράξης ή παράλειψης και της επελθούσας ζημίας, η οποία συντρέχει όταν, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και της λογικής, η συμπεριφορά αυτή στο χρόνο και με τις συνθήκες που έλαβε χώρα, ήταν ικανή, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, να επιφέρει το επιζήμιο αποτέλεσμα, το οποίο και πράγματι επέφερε στην συγκεκριμένη περίπτωση. Και η μεν προξηνηθείσα από τον δράστη ζημία είναι παράνομη, όταν προσβάλλεται με τη συμπεριφορά του (πράξη ή παράλειψη) δικαίωμα του παθόντος προστατευόμενο από το νόμο, η δε υπαίτια παράλειψη του δράστη γεννά την προς αποζημίωση υποχρέωσή του, όταν αυτός ήταν υποχρεωμένος στην πράξη από το νόμο ή τη δικαιοπραξία ή την καλή πίστη κατά την κρατούσα κοινωνική αντίληψη (βλ. Α.Π. 831/2005 Ελλ.Δ/νη 2006, 94, Α.Π. 996/2004 Ελλ.Δ/νη 2006, 1624 και 2004, 1348, Α.Π. 926/2004 Ελλ.Δ/νη 2005,

1659, Α.Π. 1676/2001 Ελλ.Δ/νη 2004, 83). Περαιτέρω, από το άρθρο 24 Α.Ν. 1565/1939 «Περί Κώδικος 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 διαφύλαξη των ασθενών και προστασία των υγιών, 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, μη εκπληρώνοντας το καθήκον ιατρικής μέριμνας και επιμέλειας (βλ. Π.Πρ.Θεσ 8413/2005 Αρμ 2006, 1909, 1911, 1912, πρβλ. και Α.Π. 2368/2005 Ποιν.Δικ. 2006, 664, Α.Π. 1659/2003 Ποιν.Δικ. 2004, 227). Εξάλλου, η συνδεόμενη προς την παροχή ιατρικών υπηρεσιών εμφάνιση βλάβης στην υγεία του ασθενούς ή η επέλευση του θανάτου του τελευταίου συνιστούν όρους θεμελίωσης της προβαλλόμενης εκ μέρους των δικαιούχων ευθύνης καταβολής αποζημιώσεως και χρηματικής ικανοποίησης, λόγω ηθικής βλάβης ή ψυχικής οδύνης, εφόσον επιπλέον υφίστανται και οι υπόλοιπες προϋποθέσεις υπαγωγής της συ-

γκεκριμένης βιοτικής σχέσεως στους κανόνες των άρθρων 299, 330, 914, 932 Α.Κ. μέσω των οποίων ιδρύεται αστική ευθύνη του ιατρού λόγω αδικοπραξίας. Για τη θεμελίωση της (αδικοπρακτικής) ιατρικής ευθύνης απαιτείται παράνομη και υπαίτια πρόκληση ζημίας. Αμφότερες οι προϋποθέσεις αυτές (παράνομία και υπαιτιότητα) συντρέχουν ταυτοχρόνως, με βάση τη θεώρηση της αμέλειας ως μορφής πταίσματος και ως μορφής παρανομίας («διπλή λειτουργία της αμέλειας»). Έτσι, αν, στο πλαίσιο μιας ιατρικής πράξεως, παραβιασθούν οι κανόνες και αρχές της ιατρικής επιστήμης και εμπειρίας ή (και) οι εκ του γενικού καθήκοντος πρόνοιας και ασφάλειας απορρέουσες υποχρεώσεις επιμέλειας του μέσου συνετού ιατρού της ειδικότητας του ζημιώσαντος, τότε η συμπεριφορά αυτή είναι παράνομη και, συγχρόνως υπαίτια. Το ιατρικό σφάλμα αποτελώντας την αντικειμενική και υποκειμενική προϋπόθεση της ευθύνης του ιατρού εμφανίζεται με την μορφή της εκδηλώσεως ορισμένης συμπεριφοράς χαρακτηριζόμενης ως αποκλίνουσας σε σχέση με αυτή την οποία ο μέσος ιατρός της αντίστοιχης ειδικότητας επιβάλλεται να επιδείξει, υπό τις ίδιες συνθήκες και περιστάσεις, τηρώντας τους αναγνωρισμένους κανόνες της ιατρικής επιστήμης σε σχέση με τους οποίους δεν υφίσταται αμφισβήτηση (βλ. Α.Π. 1337/2005 Π.Δ. 2006 Π.Δ. σελ. 135, Α.Π. 1659/2003 Π.Δ. σελ. 386). Υπό την έννοια αυτή στο πεδίο της διερευνήσεως της συνδρομής ιατρικού σφάλματος, συνδεόμενου με την επιλογή ορι-

σμένης θεραπευτικής μεθόδου, η αναζήτηση και ο προσδιορισμός του ειδικότερου περιεχόμενου όσων κανόνων διαγράφουν τα εφαρμοζόμενα κριτήρια αξιολογήσεως ως παράνομης της συμπεριφοράς του ιατρού δεν επιχειρείται μέσω της αναγωγής στο πρότυπο της ίασης του ασθενούς, προσαρμοζόμενο σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, διότι η κρίσιμη για την θεμελίωση της ιατρικής ευθύνης διαπίστωση δεν συνδέεται με την απουσία επιτεύξεως ενός τέτοιου αποτελέσματος, αλλά με την επιβλαβή επίδραση της ελλείψεως παροχής κατάλληλης ιατρικής φροντίδας (βλ. Απ. Γεωργιάδη ο.π. ειδικό μέρος σελ. 181 και 199 επ., Φουντεδάκη ο.π. σελ. 289 και 337 επ.). Εξάλλου σε περίπτωση συνδρομής συμβατικής σχέσεως παροχής ιατρικών υπηρεσιών μεταξύ ιατρού και ασθενή, η συμπεριφορά στην οποία σύμφωνα με όσα παραπάνω αναπτύχθηκαν θεμελιώνεται ιατρική ευθύνη λόγω αδικοπραξίας, αξιολογούμενη παράλληλα και ως ελλιπής ή πλημμελής εκπλήρωση της αντίστοιχης συμβατικής ενοχής, θεμελιώνει την σχετική υποχρέωση αποζημιώσεως και στις διατάξεις των άρθρων 648, 652, 676 Α.Κ. (βλ. Απ. Γεωργιάδη ο.π. ειδικό μέρος σελ. 179 επ., Φουντεδάκη ο.π. σελ. 267 επ. και 337 επ.). Περαιτέρω, κατά το άρθρο 9 του Ν. 3418/2005 ο ιατρός οφείλει να δίνει προτεραιότητα στην προστασία της υγείας του ασθενή, απαγορεύεται να αρνείται την προσφορά των υπηρεσιών του για λόγους άσχετους προς την επιστημονική του επάρκεια, εκτός εάν συντρέχει ειδικός λόγος, που να καθιστά

αντικειμενικά αδύνατη την προσφορά των υπηρεσιών του και τέλος οφείλει να παρέχει τις υπηρεσίες του για την αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών ανεξάρτητα από την ειδικότητά του. Η υποχρέωση αυτή διατηρείται συνεχώς έστω και επικουρικά, ακόμη και σε περίπτωση παραπομπής σε ιατρό ειδικότητας. Αντίθετη άποψη ότι δηλαδή ο ιατρός δεν υπέχει πλέον υποχρέωση προστασίας της υγείας του ασθενούς όταν αναλαμβάνει ιατρός της αρμόζουσας ειδικότητας, δεν βασίζεται ούτε στο νόμο, αλλά ούτε και στα δεδομένα της ιατρικής επιστήμης. Το ζήτημα δε αυτό προκύπτει εντονότερο σε ορισμένες επείγουσες καταστάσεις υγείας όπου η ιατρική γνώση για την αντιμετώπιση αυτών δεν σχετίζεται με μία μόνο ιατρική ειδικότητα, αλλά είναι κοινή για όλους τους ιατρικούς κλάδους. Βέβαια, συνήθως ο ιατρός που δεν είναι ειδικευμένος, όταν παρίσταται ο ειδικευμένος συνάδελφός του, θα έχει δευτερεύοντα ρόλο στην αντιμετώπιση του περιστατικού, εκτός βέβαια αν διαπιστώσει ότι οι ιατρικές πράξεις που λαμβάνουν χώρα είναι καταφανώς εσφαλμένες και θέτουν σε κίνδυνο την υγεία ή τη ζωή του ασθενούς. Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 922 Α.Κ., σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 299, 330 εδ β', 914 και 932 του ίδιου Κώδικα, προκύπτει ότι, σε περίπτωση θανατώσεως προσώπου από αδικοπρακτική συμπεριφορά του προστηθέντος η ευθύνη του προστήσαντος προς αποκατάσταση της ψυχικής οδύνης των μελών της οικογένειας του θανόντος προϋποθέ-

τει: α) σχέση προσθήσεως, β) παράνομη και υπαίτια (άρα και αμελή) συμπεριφορά του προστηθέντος, τελούσα σε πρόσφορο αιτιώδη σύνδεσμο με την επέλευση του θανάτου και γ) εσωτερική αιτιώδη σχέση μεταξύ της εν λόγω συμπεριφοράς και της εκτέλεσεως της ανατεθειμένης στον προστηθέντα υπηρεσίας. Σχέση προσθήσεως υπάρχει όταν, στο πλαίσιο υφιστάμενης μεταξύ δύο προσώπων (φυσικών ή νομικών) δικαιοπρακτικής ή οποιασδήποτε άλλης βιοτικής σχέσεως διαρκούς ή ευκαιριακής, το ένα από τα πρόσωπα αυτά (προστήσας) αναθέτει στο άλλο (προστηθέντα), με ή χωρίς αμοιβή, την εκτέλεση ορισμένης υπηρεσίας υλικής ή νομικής φύσεως, η οποία αποβλέπει στη διεκπεραίωση υποθέσεων και γενικότερα στην εξυπηρέτηση των επαγγελματιών, οικονομικών ή άλλων συμφερόντων του πρώτου και κατά την οποία ο δεύτερος υπόκειται στον έλεγχο ή έστω στις γενικές οδηγίες και εντολές ή μόνο στην επίβλεψη του πρώτου. Έτσι, πρόσθεση μπορεί να υπάρχει και επί συμβάσεως παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών. Πάντως, όταν η εκτέλεση μιας υπηρεσίας έχει ανατεθεί σε πρόσωπα με εξειδικευμένες επιστημονικές ή τεχνικές γνώσεις, ο άνω έλεγχος δεν είναι απαραίτητο να εκτείνεται στον τρόπο εργασίας των εν λόγω προσώπων, ως προς τον οποίο άλλωστε ο κύριος της υποθέσεως, ελλείψει των σχετικών γνώσεων, δεν είναι σε θέση να τα ελέγξει, αλλά μπορεί και αρκεί (ο έλεγχος) να αφορά στην παροχή οδηγιών, έστω και γενικού περιεχομένου, ως προς τον τόπο, τον χρό-

νο και τους λοιπούς όρους εργασίας των ειδικευμένων προσώπων. Ειδικότερα, στην περίπτωση νοσηλείας ασθενούς από ιατρό σε ιδιωτική κλινική, αρκεί, για τον χαρακτηρισμό του ιδιοκτήτη της κλινικής ως προστήσαντος η εκ μέρους του παροχή γενικών μόνο οδηγιών στον ιατρό, ως προς τον τόπο, τον χρόνο και τους όρους εργασίας του τελευταίου. Και τούτο, γιατί η παροχή ειδικών οδηγιών στον ιατρό για τον τρόπο διενέργειας των ιατρικών πράξεων (διαγνωστικών ή θεραπευτικών) δεν είναι δυνατή, αφού, όπως προκύπτει από το άρθρο 24 του Α.Ν. 1565/1939 "περί κώδικος ασκήσεως του ιατρικού επαγγέλματος", ο ιατρός είναι υποχρεωμένος κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του, να ενεργήσει όχι σύμφωνα με τις τυχόν ειδικές αυτές οδηγίες, αλλά σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής επιστήμης ήτοι τα διδάγματα της εν λόγω επιστήμης και την αποκτηθείσα συναφώς ειδική πείρα. Επομένως, αν από αμελή κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του συμπεριφορά του προστηθέντος ιατρού επήλθε ο θάνατος προσώπου νοσηλευόμενου σε ιδιωτική κλινική, ο προστήσας τον ιατρό ιδιοκτήτη της κλινικής ευθύνεται για την αποκατάσταση της ψυχικής οδύνης που υπέστησαν τα μέλη της οικογένειάς του θανόντος. Πρόκειται για γνήσια αντικειμενική ευθύνη, δικαιολογητικό λόγο της οποίας αποτελεί το γεγονός ότι ο προστήσας ωφελείται από τις υπηρεσίες του προστηθέντος διευρύνοντας το πεδίο της επιχειρηματικής του δραστηριότητας και ως εκ τούτου είναι εύλογο να φέρει

την ευθύνη για τους κινδύνους που προκύπτουν από τη δραστηριότητα του προστηθέντος. Στον προστήσαντα δεν παρέχεται η δυνατότητα απαλλαγής του από την ευθύνη, αν αποδείξει ότι δεν βαρύνεται με πταίσμα (αμέλεια) ως προς την εκ μέρους του επιλογή του προστηθέντος ή ως προς τις οδηγίες που του παρείχε, ούτε αν αποδείξει ότι ο προστηθείς ανέπτυξε πρωτοβουλία εντός του πεδίου δράσεως εκείνου (προστήσαντος). Έτσι, επί αγωγής κατά του ιδιοκτήτη ιδιωτικής κλινικής, ως προστήσαντος, περί επιδικάσεως χρηματικής ικανοποιήσεως για την ψυχική οδύνη που υπέστησαν τα μέλη της οικογένειας προσώπου θανατωθέντος στην κλινική από αμέλεια του προστηθέντος ιατρού, αρκεί, για τη διαδικαστική πληρότητα αυτής (αγωγής) σε σχέση με την πρόσθεση, η επίκληση εκείνων των ουσιωδών γεγονότων που καθιστούν εφικτό στο δικαστήριο τον έλεγχο της στοιχειοθετήσεως ή μη της νομικής έννοιας της προστήσεως, αλλά και εξασφαλίζουν την αμυντική θέση του εναγομένου. Τέλος σύμφωνα με το άρθρο 928 εδ. α' Α.Κ., σε περίπτωση θανατώσεως προσώπου ο υπόχρεος οφείλει να καταβάλει τα έξοδα κηδείας σε εκείνον που κατά το νόμο βαρύνεται με αυτά. Ως έξοδα κηδείας νοούνται όλες οι απαιτούμενες και πραγματοποιηθείσες δαπάνες για την κηδεία του θύματος που είναι ανάλογες με την κοινωνική θέση και αφορούν τη μεταφορά του νεκρού σε τόπον άλλον από εκείνον του θανάτου του προς ταφή, με σύνηθες μεταφορικό μέσο, τα έξοδα ταφής και προετοιμασίας αυτής

(π.χ. δημοσίευση αγγελιών), τα έξοδα για τη νεκρώσιμη ακολουθία (αμοιβές ιερέων και ψαλτών, δικαιώματα Ναού), τα έξοδα για την ταφή (μεταφορά του νεκρού στο νεκροταφείο, ανόρυξη τάφου, αμοιβή του γραφείου κηδειών ή των προσώπων που συμμετέχουν στην ταφή κλπ). Περιλαμβάνονται επίσης τα έξοδα για την κατασκευή τάφου, όχι όμως οικογενειακού (βλ. Αθ. Κρητικός "Αποζημίωση από τροχαία αυτοκινητικά ατυχήματα" έκδ. 1993 σελ. 178 όπου και παραπομπές στη νομολογία).

Στην προκειμένη περίπτωση, οι ενάγοντες εκθέτουν ότι οι δύο πρώτοι εξ αυτών είναι οι γονείς οι τρίτος και τέταρτη ο παππούς και η γιαγιά από την πατρική γραμμή και η πέμπτη γιαγιά από την μητρική γραμμή του αποθανόντος υιού και εγγονού τους αντίστοιχα, ο οποίος απεβίωσε κατά τη διάρκεια ιατρικής επεμβάσεως που έλαβε χώρα σε κλινική που διαχειρίζεται η τρίτη εναγομένη. Ο θάνατος του συγγενούς τους έλαβε χώρα λόγω παράβασης του καθήκοντος επιμέλειας την οποία όφειλαν να επιδείξουν οι εναγόμενοι ιατροί λόγω της ιδιαιτερότητας της χειρουργικής επέμβασης, αλλά και λόγω αλλεπάλληλων ιατρικών λαθών τους, όπως αυτά αναλυτικά εκτίθενται στην αγωγή και αναπτύσσονται κατωτέρω. Με βάση το περιεχόμενο αυτό, και όπως παραδεκτά περιόρισαν το καταψηφιστικό αίτημα περί χρηματικής αποζημίωσης λόγω ψυχικής οδύνης κατά το ήμισυ σε αναγνωριστικό, ζητούν, με απόφαση προσωρινά εκτελεστή και με απαγγελία προσω-

πικής κράτησης σε βάρος των δύο πρώτων εναγομένων, να υποχρεωθούν οι εναγόμενοι εις ολόκληρον έκαστος να καταβάλουν στον πρώτο από αυτούς 12.152€ (εκ των οποίων 10.500€ για αγορά οικογενειακού τάφου) για έξοδα κηδείας τα οποία κατέβαλε αυτός και επιπλέον ως αποζημίωση λόγω ψυχικής οδύνης ποσό 199.956€ στον πρώτο (πέραν των 44€ τα οποία επιφυλάχθηκε να αναζητήσει στα Ποινικά Δικαστήρια με την άσκηση πολιτικής αγωγής), ποσό 200.000€ στην δεύτερη, και 50.000€ σε κάθε έναν των λοιπών εναγόντων, με το νόμιμο τόκο από την επομένη της επιδόσεως της αγωγής. Παράλληλα δε, να αναγνωρισθεί ότι οι εναγόμενοι οφείλουν να καταβάλουν ποσό 200.000€ σε κάθε έναν των πρώτου και δεύτερης των εναγόντων και 50.000€ σε κάθε έναν των λοιπών εναγόντων, με το νόμιμο τόκο από την επομένη της επιδόσεως της αγωγής. Επιπλέον, ζητούν να καταδικαστούν οι εναγόμενοι στη δικαστική τους δαπάνη. Η αγωγή με το περιεχόμενο και το αίτημα αυτό αρμοδίως φέρεται για συζήτηση ενώπιον του παρόντος Δικαστηρίου, το οποίο είναι αρμόδιο καθ' ύλην και κατά τόπο (άρθρο 9, 12, 18, 22 Κ.Πολ.Δ) και κατά την προκείμενη διαδικασία. Από τα ανωτέρω αιτήματα όμως, εκείνο της υποχρέωσης των εναγόντων να καταβάλουν την δαπάνη αγοράς οικογενειακού τάφου είναι νόμω αβάσιμο, σύμφωνα με την σκέψη που προηγήθηκε και πρέπει να απορριφθεί. Κατά τα λοιπά όμως η αγωγή είναι ορισμένη, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς των ενα-

γομένων, και νόμω βάσιμη στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 297, 298, 330, 648, 652, 676, 914, 932, άρθρο 24 του Α.Ν. 1565/1939, 176, 908, 910 Κ.Πολ.Δ. Πρέπει δε να εξετασθεί περαιτέρω και για την ουσιαστική της βασιμότητα, αφού απέτυχε η προσπάθεια συμβιβαστικής επίλυσης της διαφοράς (βλ. την από 24.1.2007 μονομερή δήλωση ενός εκ των συνηγόρων των εναγόντων περί αποτυχίας της απόπειρας) και καταβλήθηκε το αναλογούν δικαστικό ένσημο με τις υπέρ τρίτων προσαυξήσεις (βλ. το με αριθμό ΣΤ 52512872 διπλότυπο είσπραξης Δ.Ο.Υ. Καστελλίου Πεδιάδος, σε συνδυασμό με το με αριθμό 6464207 γραμμάτιο είσπραξης ΕΤΕ Ηρακλείου και το με αριθμό 1303/2009 γραμμάτιο είσπραξης ΛΕΑΔΗ).

Οι εναγόμενοι με τις προτάσεις τους αρνούνται την αγωγή και ισχυρίζονται ότι δεν βαρύνονται με καμία αμέλεια σχετικά με την επέλευση του θανάτου του συγγενούς των εναγόντων. Ειδικότερα, ο πρώτος εκθέτει ότι αιτία του θανάτου ήταν αναισθησιολογικής υφής και ως εκ τούτου ο ίδιος δεν βαρύνεται με καμία αμέλεια, αφού ως χειρουργός ιατρός τέλεσε με απόλυτη επιτυχία τους οφειλόμενους από αυτόν ιατρικούς χειρισμούς. Ακολούθως ο δεύτερος με σειρά ιατρικών επιχειρημάτων που θα εκτεθούν στην οικεία θέση, κατά την εξέταση των πραγματικών δεδομένων της υπόθεσης, ιστορεί ότι δεν βαρύνεται με καμία ευθύνη, αφού και αυτός ενήργησε σύμφωνα με τους παραδεδωμένους κανόνες της ιατρικής ειδικότητας της αναισθησιολογίας, την οποία και κα-

τέχει. Τέλος, σε όμοια επιχειρηματολογία καταφεύγει και η τρίτη εναγόμενη εταιρεία, αρνούμενη αρχικά την σχέση προσήσεως και ακολούθως επικουρικά την ευθύνη των ιατρών που διενήργησαν την επέμβαση που προκάλεσε τον θάνατο του ασθενούς.

Κατά το άρθρο 250 Κ.Πολ.Δ, αν είναι εκκρεμής ποινική αγωγή, που επηρεάζει τη διάγνωση της διαφοράς το Δικαστήριο μπορεί, αυτεπαγγέλτως ή ύστερα από αίτηση κάποιου διαδίκου, να διατάξει την αναβολή της συζήτησεως εως ότου περατωθεί αμετάκλητα η ποινική διαδικασία. Με την ανωτέρω διάταξη, χωρίς να θεσμοθετείται υποχρέωση, παρέχεται η δυνατότητα στο Δικαστήριο και στην κατ' έφεση δίκη (Α.Π. 680/1994 Ελλ.Δ/νη 36.1104, Α.Π. 678/1998 ΕΕργΔ 47.297), να αναβάλλει με απόφασή του τη συζήτηση της υποθέσεως αυτεπαγγέλτως ή μετά από αίτηση διαδίκου, μέχρι να περατωθεί αμετάκλητα η ποινική δίκη, η οποία επηρεάζει, κατά οποιοδήποτε τρόπο, τη διάγνωση της αστικής διαφοράς (Α.Π. 1479/1984 Ελλ.Δ/νη 26. 646, Α.Π. 892/1976 ΝοΒ 25. 344). Έτσι, για την αναβολή της συζήτησεως απαιτείται, αφενός εκκρεμής ποινική αγωγή, αφετέρου δε επηρεασμός της ποινικής αγωγής στη διάγνωση αστικής δικαιολογικής σχέσεως, με την έννοια ότι τα πραγματικά περιστατικά, που συνθέτουν την υπόσταση μιας πράξεως που τελέστηκε, ασκούν ουσιώδη επιρροή, όσον αφορά στα θεμελιωτικά της δικαιολογικής σχέσεως περιστατικά (Α.Π. 1479/1984 ό.π Ελ 825/1986 Ελλ.

Δ/νη 28.144). Και εκκρεμής μεν θεωρείται η ποινική αγωγή, εφόσον έχει ασκηθεί ποινική δίωξη και διατάχθηκε προανάκριση ή κύρια ανάκριση, ανεξαρτήτως της εισαγωγής ή όχι της υποθέσεως στο ακροατήριο κατά το χρόνο της εκδόσεως της αναβλητικής αποφάσεως (ΕΑ 4492/2003, αδημοσίευτη στο νομικό τύπο). Και είναι αλήθεια ότι η αμετάκλητη ποινική απόφαση, ούτε δημιουργεί, ούτε είναι δυνατόν να δημιουργήσει δεδικασμένο για τα πραγματικά γεγονότα, τα οποία στηρίζουν παραλλήλως, αφενός μεν την ποινική αξίωση της πολιτείας κατά του κατηγορουμένου, αφετέρου δε την εναντίον του αστική αξίωση, πλην όμως κατά τις διατάξεις του Κ.Πολ.Δ, ο δικαστής είναι ελεύθερος να εκτιμήσει, κατά συνείδηση, την αξία της ποινικής αποφάσεως. Έτσι, αποκείται στην έμφρονα κρίση του πολιτικού δικαστηρίου να εξετάσει, αν με την αναβολή της πολιτικής δίκης μέχρι να περατωθεί αμετακλήτως η ποινική διαδικασία, θα διευκολυνθεί η αποδεικτική διαδικασία περί της βασιμότητος της εκκρεμούς αγωγής. Στην προκειμένη περίπτωση, ο πρώτος εναγόμενος ζητεί την αναστολή της παρούσας δίκης εως ότου περατωθεί η ποινική δίκη που άρχισε με την επίδοση σε αυτόν κλητηρίου θεσπίσματος με το οποίο καλείται να δικαστεί αυτός και ο δεύτερος εναγόμενος για το αδίκημα της ανθρωποκτονίας εξ αμελείας εξ αφορμής του ερευνώμενου και εδώ πραγματικού περιστατικού. Ο ισχυρισμός αυτός είναι νόμιμος σύμφωνα με τη σκέψη που προηγήθηκε, και θα συνεξετασθεί κατά την ε-

κτίμηση και του υπολοίπου αποδεικτικού υλικού.

Στην δίκη που άνοιξε με την ανωτέρω αγωγή νομίμως παρενέβη προσθέτως υπέρ του πρώτου εναγομένου η ασφαλιστική εταιρία του, με την οποία είχε προβεί σε ασφάλιση αστικής ευθύνης, η οποία αρνήθηκε την αγωγή προβάλλοντας τον αρνητικό της αγωγής ισχυρισμό ότι ο ασφαλισμένος της δεν υπέχει καμία ευθύνη για το θάνατο του ασθενούς. Η πρόσθετη αυτή παρέμβαση παραδεκτά εισάγεται προς συζήτηση ενώπιον του παρόντος αρμοδίου Δικαστηρίου, κατά την τακτική διαδικασία, είναι νόμιμη και ορισμένη, πρέπει δε να εξετασθούν περαιτέρω οι ισχυρισμοί που προβάλλει για την ουσιαστική τους βασιμότητα.

Ο πρώτος εναγόμενος με την κρινόμενη προσεπίκληση - παρεμπιπτούσα αγωγή του και κατ' εκτίμηση του δικογράφου του εκθέτει ότι είχε συμβληθεί με την παρεμπιπτόντως εναγομένη ασφαλιστική εταιρία με ασφαλιστική σύμβαση αστικής ευθύνης, σύμφωνα με το περιεχόμενο της οποίας η εναγομένη ανέλαβε να καταβάλει σε αυτόν ποσό έως 90.000€ λόγω αποζημίωσης που ήθελε τυχόν ο ίδιος υποχρεωθεί να καταβάλει σε τρίτους βλαβέντες από αυτόν κατά την εκτέλεση των ιατρικών του καθηκόντων. Ακολούθως, εκθέτει τα περιστατικά του θανάτου του ασθενούς του και με βάση το περιεχόμενο αυτό ζητά να υποχρεωθεί η παρεμπιπτόντως εναγομένη να του καταβάλει το ποσό των 90.000€ με το νόμιμο τόκο από την επομένη της επιδόσεως της αγωγής και να

καταδικασθεί η εναγομένη στα δικαστικά του έξοδα, σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι φέρει ο ίδιος ευθύνη για τυχόν αμέλειά του. Από τα αιτήματα αυτά εκείνο της τοκοφορίας από την επίδοση της κυρίας αγωγής είναι νόμω αβάσιμο, αφού δεν υπήρχε τότε όχληση της παρεμπιπτόντως εναγομένης. Κατά τα λοιπά, η αγωγή με το περιεχόμενο και τα αιτήματα αυτά αρμοδίως εισάγεται στο Δικαστήριο τούτο το οποίο είναι αρμόδιο καθ' ύλη και κατά τόπο (άρθρα 18 § 2, 22, 37 § 1 Κ.Πολ.Δ) για να συζητηθεί κατά την προκείμενη τακτική διαδικασία, η αγωγή είναι νόμιμη και ορισμένη, στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 297, 298, 345, 346, 914 Α.Κ., 176, 908 στοιχ. δ' Κ.Πολ.Δ και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσίαν, δεδομένου ότι έχει καταβληθεί το απαιτούμενο για το αντικείμενο της τέλος δικαστικού ενσήμου με τις υπέρ τρίτων προσαυξήσεις (βλ. με αρ. ΣΤ 65248738 διπλότυπο είσπραξης Α' Δ.Ο.Υ. Ηρακλείου, σε συνδυασμό με το με αριθμό 6816520 γραμμάτιο είσπραξης ΕΤΕ Ηρακλείου και το με αριθμό 1441 γραμμάτιο είσπραξης ΛΕΑΔΗ) και απέτυχε η απόπειρα συμβιβαστικής επίλυσης της διαφοράς (βλ. την από 15.2.2008 δήλωση περί αποτυχίας συμβιβασμού που προσκομίζει η προσεπικαλούμενη).

Η παρεμπιπτόντως εναγομένη ομολόγησε την ασφαλιστική σχέση και παρενέβη προσθέτως στην κυρία δίκη, προβάλλοντας ισχυρισμούς για τους οποίους έγινε λόγος ανωτέρω.

Από τις ένορκες καταθέσεις των μαρτύρων που εξετάστηκαν νομότυπα στο α-

κροατήριο του Δικαστηρίου και περιέχονται στα ταυτάριθμα με την παρούσα πρακτικά δημόσιας συνεδριάσεως αυτού, καθώς επίσης και απ’ όλα τα έγγραφα ανεξαιρέτως, τα οποία οι διάδικοι προσκομίζουν και επικαλούνται, αποδείχθηκαν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά (σημειώνεται ότι η μνεία παρακάτω ορισμένων εγγράφων είναι ενδεικτική αφού ουδενός η συνεκτίμηση παρελείφθη): Οι δύο πρώτοι ενάγοντες είναι οι γονείς, οι τρίτος και τέταρτη παππούς και γιαγιά αντίστοιχα από την πατρική γραμμή και η πέμπτη γιαγιά από την μητρική γραμμή του αποθανόντος ..., ηλικίας κατά χρόνο του θανάτου του 9 ετών. Εξαιτίας προβλήματος υγείας που αντιμετώπιζε ο ανωτέρω ανήλικος (άπνοια κατά τον ύπνο και ροχαλητό), οι γονείς του είχαν επισκεφτεί τον πρώτο εναγόμενο, χειρουργό ωτορινολαρυγγολόγο, ο οποίος τους συνέστησε την ενδεδειγμένη ιατρικά λύση της διενέργειας χειρουργικής επέμβασης με σκοπό την αφαίρεση των αμυγδαλών. Οι ενάγοντες γονείς πεισθέντες από τις διαβεβαιώσεις του ανωτέρω ιατρού, σχετικά με τις οφειλόμενες ιατρικές πράξεις, συμφώνησαν στην προτεινόμενη λύση και μάλιστα συνεβλήθησαν με αυτόν προκειμένου να εκτελέσει αυτός την αφαίρεση των αμυγδαλών με την καταβολή της οφειλόμενης αμοιβής. Ως ιατρός αναισθησιολόγος, ο οποίος θα συνεπικουρούσε στην χειρουργική επέμβαση προτάθηκε από τον χειρουργό ο δεύτερος εναγόμενος τον οποίο εμπιστευόταν, και κατόπιν αυτού οι γονείς συμφώνησαν

στην ιατρική συνδρομή του τελευταίου με την καταβολή της οφειλόμενης αμοιβής. Η επέμβαση συμφωνήθηκε να πραγματοποιηθεί στην κλινική «....», της οποίας φορέας λειτουργίας είναι η τρίτη εναγόμενη εταιρία. Οι δύο πρώτοι εναγόμενοι, ήταν ενταγμένοι στο λειτουργικό πρόγραμμα της κλινικής με την έννοια ότι τους παρέχονταν ο πλήρης μηχανολογικός εξοπλισμός αυτής, μπορούσαν να κάνουν χρήση οιοδήποτε είδους ιατρικών εγκαταστάσεων, να χρησιμοποιούν κατά την διενέργεια ιατρικών πράξεων φάρμακα, που η τελευταία είχε προμηθευτεί για αυτόν τον λόγο, και δέχονταν την συμβολή του επιστημονικού και παραϊατρικού προσωπικού της τελευταίας, το οποίο και εργαζόταν με σχέση εργασίας με την κλινική. Επιπλέον, κατά το μέτρο των αρμοδιοτήτων τους για την τέλεση ιατρικών πράξεων έδιδαν εντολές στο προσωπικό της τρίτης εναγομένης. Από την άλλη πλευρά, η τρίτη εναγομένη, που διαχειριζόταν την κλινική, συνεργαζόμενη με τους εναγόμενους ιατρούς αύξανε τον κύκλο των εργασιών της και προσέθετε κύρος στην επαγγελματική της φήμη. Ειδικά δε, στην προκειμένη περίπτωση, θα λάμβανε και ιδιαίτερη αμοιβή από τους ενάγοντες γονείς για την παροχή του ιατρικού εξοπλισμού της κατά τη διάρκεια του χειρουργείου, την παροχή φαρμάκων και την διαμονή του ανηλίκου ασθενούς στους χώρους της έως την ανάρρωσή του. Κατόπιν αυτών, συμφωνήθηκε ότι η χειρουργική επέμβαση θα λάμβανε χώρα το πρωί της 5^{ης}.9.2005, α-

φού πρώτα βέβαια είχαν πραγματοποιηθεί οι απαιτούμενες προεγχειρητικές εξετάσεις. Πράγματι, την 2^η.9.2005 έγινε αναισθησιολογική εξέταση και καρδιογράφημα, τα οποία δεν αμφισβητείται από τους διαδίκους ότι ήταν φυσιολογικά. Το γεγονός δε, ότι ο ανήλικος ήταν υπέρβαρος δεν αξιολογήθηκε ότι ενέπνεε ανησυχία και ούτε προκύπτει ότι συνετέλεσε με οποιονδήποτε τρόπο στα όσα έλαβαν χώρα στη συνέχεια. Άλλωστε, εκκίνη την χρονική στιγμή δεν υπήρχε κάποιο στοιχείο που να προοιωνίζεται ότι η επέμβαση δεν θα είχε αίσιο τέλος. Είναι μάλιστα χαρακτηριστικό ότι ο ανήλικος είχε και κατά το παρελθόν χειρουργηθεί με επιτυχία στο Βενιζέλειο-Πανάνειο Νοσοκομείο Ηρακλείου με ολική αναισθησία για εγχείρηση αδενотоμής. Το πρωί της 5^{ης}.9.2005 ξεκίνησε η προετοιμασία για την επέμβαση με την παρουσία του δευτέρου εναγομένου και αφού μάλιστα προσελήφθη ως δεύτερος χειρουργός ο ιατρός Ω.Ρ.Α. ο οποίος ήταν ο επιστημονικός υπεύθυνος του Τμήματος Ω.Ρ.Α. της παραπάνω κλινικής και από τον οποίο είχε ζητηθεί από τον πρώτο εναγόμενο να παρευρίσκεται στην επέμβαση, για μεγαλύτερη ασφάλεια, παρόλο που κάτι τέτοιο δεν απαιτούνταν. Η εισαγωγή στη γενική αναισθησία έγινε από τον δεύτερο εναγόμενο στις 8.45 με 0.5 mg Ατροπίνης [= παρασυμπαθολυτικό φάρμακο που χορηγείται στα παιδιά για πρόληψη τυχόν βραδυκαρδίας], 35 mg Pentothal [= Νατριούχος Θειοπεντάλη, υπνωτικό υπερβραχείας δράσης για ει-

σαγωγή στην αναισθησία], 20 mg Lycitrope [= Σουκινυλοχολίνη, υπερβραχείας δράσης μυοχαλαρωτικό που διευκολύνει την ενδοτραχειακή διασωλήνωση]. Η συντήρηση της γενικής αναισθησίας έγινε [σύμφωνα με το διάγραμμα αναισθησίας] με χορήγηση 66% N2O [= Υποξείδιο του Αζώτου, ασθενές αέριο αναισθητικό] σε 33% οξυγόνο και Tractium [= Ατρακούριο, μέσης διάρκειας μυοχαλαρωτικό] αρχικά σε δόση 20 mg και συμπληρωματικά 7 mg. Παράλληλα, αποδείχθηκε ότι δεν χορηγήθηκε «προνάρκωση» στον ανήλικο, αφού στο διάγραμμα αναισθησίας δεν αναφέρεται ούτε το τυχόν χορηγηθέν φάρμακο ούτε και η οδός λήψης. Σημειώνεται ότι η «προνάρκωση» [χορήγηση ενδομυϊκά ή από του στόματος ενός ηρεμιστικού μία ώρα περίπου πριν την αναισθησία] έχει στόχο να ηρεμήσει τον ασθενή και να βοηθήσει την εισαγωγή στην αναισθησία με το να μειώσει τις χορηγούμενες δόσεις φαρμάκων. Η αναφερόμενη ως χορηγηθείσα δόση της Θειοπεντάλης όμως ήταν πάρα πολύ μικρή για παιδί 46 Kgr. Η συνήθης δόση Θειοπεντάλης για εισαγωγή στην αναισθησία είναι 3-5 mg/kg στους ενήλικες και 5-6 mg/kg σε παιδιά ηλικίας 1-12 ετών [στο συγκεκριμένο ασθενή 230 - 270 mg]. Στη συγκεκριμένη περίπτωση δείχνει, και επί απουσίας προνάρκωσης και αναλγησίας, «πολύ ελαφρύ βάθος αναισθησίας». [Το ελαφρύ βάθος γενικής αναισθησίας (δηλαδή ο ασθενής «δεν κοιμάται») συνεπάγεται μη καταστολή έντονων αντανακλαστικών από το συμπα-

θητικό (ταχυκαρδία) και παρασυμπαθητικό σύστημα (βραδυκαρδία)]. Σε περίπτωση μάλιστα που, όπως επισημαίνει η πραγματογνώμονας, καθηγήτρια Αναισθησιολογίας, έχει γίνει λάθος στον αναγραφέντα αριθμό και χορηγήθηκαν 350 mg και όχι 35 mg Θειοπεντάλης, η δόση των 350 mg είναι πολύ μεγάλη και θα είχε προκαλέσει πτώση της αρτηριακής πίεσης, γεγονός που δεν αναφέρεται (σύμφωνα με το διάγραμμα αναισθησίας). Επιπλέον, η αναφερόμενη ως χορηγηθείσα δόση της Σουκινυλοχολίνης είναι πάρα πολύ μικρή για παιδί 46 Kg. Η συνήθης δόση Σουκινυλοχολίνης για διασωλήνωση της τραχείας είναι 1-1.5 mg/Kg σε παιδιά (στο συγκεκριμένο ασθενή 45-65 mg). Επιπλέον, δεν καταγράφεται στο διάγραμμα αναισθησίας εάν χορηγήθηκε κάποιας μορφής αναλγησία [κατά την εισαγωγή ή αργότερα] για μια επέμβαση που προκαλεί έκλυση αντανεκλαστικών και μάλιστα σε υπέρβαρο παιδί χωρίς προνάρκωση, οπότε εύλογο κρίνεται ότι δεν χορηγήθηκε. Επίσης, δεν καταγράφεται εάν κατά την εισαγωγή στην αναισθησία έγινε προξυγόνωση με 100% οξυγόνο. Δεν αναφέρεται από τον αναισθησιολόγο και ούτε καταγράφεται [στο διάγραμμα αναισθησίας] ποια μορφή υποστήριξης της αναπνοής χρησιμοποιήθηκε, με μηχανικά μέσα (αναπνευστήρας και με ποιες παραμέτρους) ή αερισμός με το χέρι, αφού, εφόσον χρησιμοποιήθηκαν μυοχαλαρωτικά [Tractium], είναι επιβεβλημένη η υποστήριξη της αναπνοής με τον έναν ή τον

άλλο τρόπο. Μόνον ο χειρουργός ΩΡΑ αναφέρει ότι ο αερισμός του ασθενούς δινόταν από τον αναισθησιολόγο χειροκίνητα μέσω της διασωλήνωσης. Παράλληλα, σύμφωνα με το προανακριτικό υπόμνημα του δεύτερου εναγομένου ο ασθενής ήταν συνδεδεμένος με monitor καρδιακών παλμών [καρδιακής συχνότητας] και κορεσμού της αιμοσφαιρίνης. Τα καταγραφέντα στο διάγραμμα αναισθησίας ανά δεκάλεπτο [από τις 8.30 μέχρι τις 10.40] ζωτικά σημεία [αρτηριακή πίεση = ΑΠ και καρδιακή συχνότητα = ΚΣ] δείχνουν σταθερή αιμοδυναμική πορεία του ασθενούς από τις 8.30 μέχρι τις 9.50, με σταθερή ΑΠ = 100/70 mmHg και ΚΣ περίπου από 116-100 σφύξεις/λεπτό. Με βάση τα παραπάνω δεδομένα, και υπό τις εκτεθείσες παραλείψεις του δεύτερου εναγομένου, που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι στον ασθενή δεν είχε χορηγηθεί η απαιτούμενη δόση αναισθησίας και δεν είχαν κατασταλεί οι αντανεκλαστικές αντιδράσεις του οργανισμού του που μπορούν να οδηγήσουν ακόμα και σε ανακοπή, ο χειρουργός εισήλθε στην χειρουργική τράπεζα μαζί με τον Ακολούθως και μετά την έγκριση του αναισθησιολόγου ξεκίνησε η επέμβαση στις 09:00-09:10 π.μ. Αρχικά, ο χειρουργός προχώρησε σε αμυγδαλεκτομή (δεξιά) και αιμόσταση έως 09:25 π.μ. - 09:30 π.μ. χωρίς την εμφάνιση προβλήματος. Την στιγμή εκείνη και ενώ είχε αφαιρεθεί η δεξιά αμυγδαλή, ο αναισθησιολόγος ανέφερε ότι υπήρχε πρόβλημα στον σφυγμό του ασθενούς (βραδυκαρδία), οπότε και διε-

κόπη το χειρουργείο. Η βραδυκαρδία είναι συνήθης κατά τις επεμβάσεις αμυγδαλεκτομής σε παιδιά και οφείλεται σε έκλυση παρασυμπαθητικών αντανάκλαστικών από τους χειρουργικούς χειρισμούς στον ανώτερο αεραγωγό. Αντιμετωπίζονται με τη χορήγηση Ατροπίνης και «βαθεία αναισθησία». Άλλη συνήθης αιτία βραδυκαρδίας είναι η πρόκληση υποξυγοναιμίας. Η υποξυγοναιμία κατά την αναισθησία μπορεί να οφείλεται σε μετακίνηση ή απόφραξη του ενδοτραχειακού σωλήνα ή ατυχηματική αποσώληνωση. Στην υπό εξέταση περίπτωση δεν πρέπει η υποξυγοναιμία να προηγήθηκε της βραδυκαρδίας από πρόβλημα στον ενδοτραχειακό σωλήνα, αλλά πρέπει να ήταν αποτέλεσμα της πτώσης της αρτηριακής πίεσης. Κάποιο πρόβλημα στον ενδοτραχειακό σωλήνα θα γινόταν αντιληπτό από τον αναισθησιολόγο, εφόσον υποστήριζε την αναπνοή του ασθενούς με το χέρι, ή από τους συναγερμούς των πιέσεων εάν χρησιμοποιείτο αναπνευστήρας. Στο διάγραμμα αναισθησίας δεν καταγράφεται ή αναφέρεται κάποια μορφή «καρδιακή ανακοπή» [ασυστολία, κοιλιακή μαρμαρυγή, άσφυγμη κοιλιακή ταχυκαρδία ή ηλεκτρομηχανικός διαχωρισμός], που υποδηλώνει η αναφερθείσα «απουσία σφυγμού». Εάν ο ασθενής ήταν συνδεδεμένος με monitor ηλεκτροκαρδιογραφήματος θα πρέπει να διαπιστώθηκε το είδος της ανακοπής, δεδομένου ότι απαιτείται διαφορετική σε κάθε περίπτωση αντιμετώπιση. Η αναφερόμενη στο διάγραμμα αναισθησίας «α-

νάταξη με 0.4 mg Adrenaline» σημαίνει ότι μάλλον επρόκειτο για «ασυστολία ή άσφυγμη ηλεκτρική δραστηριότητα». Η χορηγηθείσα δόση είναι η ενδεικνυόμενη παιδιατρική δόση των 0.01 mg/Kg για «άσφυγμη καρδιακή ανακοπή» (δηλαδή 0.46 mg σε παιδί 46 Kg). Ακολούθως, ο αναισθησιολόγος προέβη στην εσφαλμένη κίνηση της αποσώληνωσης του ανηλίκου ασθενούς, θεωρώντας ότι η ενέργειά του ήταν η ενδεδειγμένη. Όπως όμως εκτιμάται από την πραγματογνωμοσύνη της καθηγήτριας, η αξιολόγηση της νευρολογικής κατάστασης του ασθενούς μετά την αποσώληνωση με βάση την Κλίμακα Γλασκώβης και τα αναφερόμενα στο υπόμνημα του χειρουργού και του αναισθησιολόγου ήταν περίπου 7-8 [1 (= μη άνοιγμα οφθαλμών) + 2 (κλάμα = ακατάληπτοι ήχοι) + 5 (εντοπίζει στον πόνο) ή 4 (αποσύρει στον πόνο)], που σημαίνει ότι ο ασθενής έπρεπε να είχε παραμείνει διασωληνωμένος και με υποστήριξη της αναπνοής του και ειδικό μετά από επεισόδιο καρδιακής ανακοπής. Ακολούθως η ανωτέρω καθηγήτρια επισημαίνει ότι δεν αναφέρονται τα ζωτικά σημεία [αναπνευστική συχνότητα, ΑΠ, ΚΣ, κόρες οφθαλμών, περιφερική κυκλοφορία] ή το είδος της αναπνοής του ασθενούς στο διάστημα 10.40 μέχρι 12.30, που είχε αποσώληνωθεί, εκτός από το ότι η «κατάσταση ήταν ικανοποιητική». Επίσης δεν διευκρινίζεται από τον αναισθησιολόγο τι σημαίνει «του χορηγούσα υποβοηθητικά οξυγόνο» και σε ποια συγκέντρωση χορηγείτο το οξυγόνο. Το «υποβοηθητι-

κά» σημαίνει ότι υποστηριζόταν εξωτερικά η αναπνοή του ασθενούς που δείχνει ότι η αναπνοή δεν ήταν ικανοποιητική. Επίσης δεν έγινε λήψη αερίων αίματος που είναι επιβεβλημένα κατά και μετά μια ανακοπή για την εκτίμηση της μεταβολικής κατάστασης του ασθενούς και της επάρκειας της αναπνοής. Είναι προφανές ότι κατά το κρίσιμο διάστημα μεταξύ 10.40 και 12.00 καμία ιατρική πράξη δεν πραγματοποιήθηκε, γεγονός που επιβεβαιώνει ότι κανείς των δύο εναγομένων ιατρών δεν είχε αντιληφθεί την σοβαρότητα της κατάστασης. Ο πρώτος εναγόμενος χειρουργός ο οποίος είχε τουλάχιστον την πρόνοια να σταματήσει την επέμβαση, παρόλο που ο αναισθησιολόγος τον προέτρεπε για το αντίθετο, ισχυρίζεται ότι επικοινωνήσε δύο φορές στο ανωτέρω χρονικό διάστημα με το Ε.Κ.Α.Β., προκειμένου να αναφέρει το περιστατικό και να το συνεκτιμήσει με τους συναδέλφους του. Ο ισχυρισμός αυτός αποδεικνύεται όμως ότι δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Ειδικότερα, από τα τηλεφωνικά αρχεία του Ε.Κ.Α.Β. έχει καταγραφεί μόνο μία κλήση και ώρα 12.12'.58'' και σαφώς όχι εντός του κρίσιμου χρονικού διαστήματος. Βέβαια, ο εναγόμενος χειρουργός εκθέτει ότι μίλησε τηλεφωνικά/με ιατρούς της Μονάδος Εντατικής Θεραπείας ήδη πολύ νωρίτερα και μάλιστα κατά τις 11.00. Αυτό όμως δεν επιβεβαιώνεται από καμία κατάθεση ιατρού της Μ.Ε.Θ. ή της Γ Παιδιατρικής Κλινικής ή έστω και οποιασδήποτε άλλης κλινικής. Επιπλέον, ποτέ

ο εναγόμενος χειρουργός δεν ανέφερε το όνομα του συναδέλφου του, γεγονός που άλλωστε θα ήταν ευχερέστατο να το γνωρίζει, ενόψει του μικρού αριθμού συναδέλφων του που εργάζονται στα κρατικά νοσοκομεία. Η επικοινωνία αυτή φαίνεται να επιβεβαιώνεται από τον ιατρό Πράγματι, από τον τρόπο διατύπωσης της κατάθεσης του τελευταίου προκύπτει ότι πρέπει να ήταν παρών κατά την συνομιλία. Αυτό όμως δεν είναι αληθές. Όπως προκύπτει από το υπόμνημα του εναγομένου χειρουργού, ο τελευταίος εξήλθε του χειρουργείου, όπου ευρίσκονταν και ο ιατρός μετά την αποσωλήνωση του ασθενούς, συνάντησε τους ενάγοντες γονείς και ακολούθως μίλησε με την Μ.Ε.Θ. Παίδων. Άρα, όταν υποτίθεται ότι λάμβανε χώρα το τηλεφώνημά του προς τους συναδέλφους του, δεν ήταν παρών ο άλλος χειρουργός. Είναι δηλαδή προφανές ότι ο μεταφέρει απλά τις διαβεβαιώσεις του εναγομένου χειρουργού ότι τηλεφώνησε στην Μ.Ε.Θ. Στο σημείο αυτό πρέπει να σημειωθεί ότι ανεξάρτητα από το γεγονός ότι ο ανωτέρω ισχυρισμός είναι αναληθής, αποδεικνύεται ότι ο εναγόμενος χειρουργός έστω και καθυστερημένα κατατείνει προς την ορθή άποψη ότι μετά την ανακοπή έπρεπε ο ανήλικος να μεταφερθεί αμελητί στην Μονάδα Εντατικής Θεραπείας. Ακολούθως, μετά την καθυστερημένη κλήση του Ε.Κ.Α.Β., όχημα του τελευταίου με ιατρό προσήλθε στο χώρο της κλινικής στις 12.18'.55'', βρήκε τον ανήλικο διασωληνωμένο εκ νέου, αφού εκ των υ-

στέρων ο εναγόμενος αναισθησιολόγος μετέβαλε άποψη σχετικά με την αναγκαιότητα της αποσωλήνωσης. Από το Ιατρικό Σημείωμα και στην πρώτη κατάθεση του ιατρού του Ε.Κ.Α.Β., που στελέχωνε την Κινητή Μονάδα Μ-7, αναφέρεται ότι κατά την άφιξη στο χώρο του χειρουργείου διαπιστώθηκε εικόνα συμβατή με οξύ πνευμονικό οίδημα. Την күάνωση και υποξαιμία (κορεσμός οξυγόνου 55%) επιβεβαιώνει στην κατάθεση της και η αναισθησιολόγος του, αδελφή του χειρουργού που κλήθηκε και έφθασε στην κλινική στις 12:10. Ο ιατρός του Ε.Κ.Α.Β.,, αναφέρει προσπάθεια βελτίωσης της οξυγόνωσης με αερισμό με θετικές πιέσεις, βρογχοαναρροφήσεις, χορήγηση 20 + 40 mg Φουροσεμίδης» [= διουρητικό φάρμακο που χορηγείται στο πνευμονικό οίδημα για αποσυμφόρηση των πνευμόνων] χωρίς όμως ουσιαστική βελτίωση. Μετά 30 περίπου λεπτά προσπαθειών σταθεροποίησης ο ανήλικος μεταφέρθηκε στην κινητή μονάδα και έφθασε στο νοσοκομείο ΠΑ.Γ.Ν.Η. στις 13.19'.00''. Σύμφωνα με την «Πορεία νόσου του ασθενούς στη Μ.Ε.Θ. Παίδων» ο ανήλικος εισήχθη στη Μ.Ε.Θ. στις 13.30 σε κατάσταση καρδιακής ανακοπής με μυδρίαση άμφω χωρίς αντίδραση στο φως, αγγειοκινητικές διαταραχές και υποστάσεις κάτω άκρων, κεντρική күάνωση, ήταν διασωληνωμένος με άφθονη εκροή αιματηρών εκκρίσεων από τον τραχειοσωλήνα, πλημμυλή έως έλλειψη εισόδου αέρα άμφω [στους πνεύμονες] και ασυστολία. Συνεχίστηκε η αναζωογόνηση

με ΚΑΡΠΑ και επαναληπτικές δόσεις Αδρεναλίνης, και απινίδωση όταν εμφανίστηκε κοιλιακή μαρμαρυγή. Οι προσπάθειες αναζωογόνησης στη Μ.Ε.Θ. Παίδων συνεχίστηκαν για περίπου δύο ώρες αλλά χωρίς αποτέλεσμα. Στις 15.25 αποφασίστηκε η διακοπή της ΚΑΡΠΑ και καταγράφηκε ο θάνατος του ανηλίκου. Η ιατροδικαστική έκθεση του Αν. Καθηγητή έδειξε κατά τη νεκροψία, εγκέφαλο με εικόνα χαρακτηριστική οιδήματος, πνεύμονες πυκνωτικούς, συμφορητικούς και οιδηματώδεις ερυθρόφαιης χροιάς. Κατά την διάνοιξη του βρογχικού δένδρου διαπιστώθηκε μόνο υπεραιμία του βρογχικού βλεννογόνου χωρίς εκκρίματα στο σώμα ή αναχθέντα υγρά. Στο συμπέρασμα αναφέρεται ότι ο θάνατος οφείλεται σε εγκεφαλική ανοξία από σύμβαμμα κατά τη διάρκεια εγχείρισης αμυγδαλεκτομής, ενώ τα ανωτέρω ευρήματα επιβεβαιώνονται και από τη νεκροψία του ιατροδικαστή, τεχνικού συμβούλου των εναγόντων. Συνοψίζοντας τα ανωτέρω δεδομένα, προκύπτει η ευθύνη και των δύο εναγομένων ιατρών: του μεν αναισθησιολόγου λόγω των εσφαλμένων ιατρικών χειρισμών και του χειρουργού για την έλλειψη επίδειξης πρόνοιας για την μη αποσωλήνωση και την έγκαιρη μεταφορά του σε μονάδα εντατικής θεραπείας. Ειδικότερα, όπως και η καθηγήτρια καταλήγει στα συμπεράσματά της, ο ανήλικος υπέστη κατά τη διάρκεια της γενικής αναισθησίας έντονη αντανάκλαστική βραδυκαρδία, κατά πάσα πιθανότητα λόγω των χειρουργικών χειρι-

σμών στον αεραγωγό παρουσία ανεπαρκούς βάθους αναισθησίας που οδήγησε σε καρδιακή ασυστολία, η οποία ανατάχθηκε επιτυχώς με αδρεναλίνη. Μετά την ανακοπή ο ασθενής δεν ανένηψε, ενώ ως πιθανότερη αιτία του κόματος (Κλίμακα Γλασκώβης 7-8) θεωρείται η εγκεφαλική υποξία από πλημμελή εγκεφαλική αιμάτωση και οξυγόνωση πριν και κατά την ανακοπή, που δεν αντιμετωπίστηκε με ενδοτραχειακή διασωλήνωση, οξυγόνωση και υποστήριξη της αναπνοής και κυκλοφορίας, ενδεδειγμένη αγωγή για την υποχώρηση του εγκεφαλικού οιδήματος μετά την ανακοπή. Ακολούθως, ο ασθενής υπέστη δεύτερη καρδιακή ανακοπή με πιθανότερη αιτία να θεωρείται η καρδιακή ανεπάρκεια (οξύ πνευμονικό οίδημα) λόγω προοδευτικά επιδεινούμενης υποξαιμίας κατά την περίοδο της αποσωλήνωσης μετά την πρώτη ανακοπή. Άλλη πιθανή αιτία του πνευμονικού οιδήματος κατά το διάστημα που ο ασθενής παρέμεινε μη διασωληνωμένος με χαμηλή Κλίμακα Γλασκώβης 7- 8, είναι η δημιουργία αρτητικής ενδοθωρακικής πίεσης από απόφραξη του αεραγωγού λόγω πλημμελών προσπαθειών αναπνοής του ασθενούς. Παράλληλα, αποδείχθηκε από την κατάθεση του ιατρού του Ε.Κ.Α.Β. ότι αν καλούνταν άμεσα βοήθεια και το παιδί μεταφέρονταν σε μονάδα εντατικής θεραπείας θα ζούσε. Αυτό κρίνεται ότι ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα, αφού πλειάδα ιατρικών άρθρων που προσκομίζουν οι ενάγοντες αποδεικνύεται ότι μετά την ανακοπή επιβάλλεται η

διασωλήνωση και η άμεση μεταφορά του ασθενούς σε Μ.Ε.Θ. Μάλιστα η ιατρική αυτή γνώση είναι τόσο κοινότοπη, που εμφανίζεται ακόμα και σε ιστοσελίδες που ενημερώνουν για ιατρικά θέματα. Εξάλλου, δεν ευσταθούν τα επιχειρήματα του εναγομένου χειρουργού ότι έπραξε ό,τι έπρεπε να κάνει, αφού τέλεσε την χειρουργική επέμβαση με τον ιατρικώς ενδεδειγμένο τρόπο. Αυτό είναι μεν αληθές όπως και η ιατροδικαστική έκθεση αποκαλύπτει, πλην όμως η ευθύνη του δεν εδράζεται στο σημείο αυτό. Απεναντίας, οι στοιχειώδεις παραλείψεις του έγκεινται αρχικά στο γεγονός ότι δεν απέτρεψε τον αναισθησιολόγο από την προσπάθεια αποσωλήνωσης του ασθενούς. Βέβαια, η μάρτυράς του εκθέτει ότι σε ένα χειρουργείο οι ιατροί δεν μπορούν να «χειροδικούν» πάνω από το σώμα του ασθενούς. Αυτό βέβαια ως θέση είναι αληθές, όπως όμως αληθές είναι και το γεγονός ότι ο εναγόμενος χειρουργός καίτοι εξέφρασε την αντίρρησή του για την αποσωλήνωση, εντούτοις υποχώρησε χωρίς να διευκρινίζεται με ποια ιατρικά επιχειρήματα μεταπείσθηκε. Μπορεί βέβαια όπως επικαλείται, η αποσωλήνωση να υπάγεται στην αρμοδιότητα ενός αναισθησιολόγου, πλην όμως μέσα στο χειρουργείο δεν υπάρχει σχέση υπαλληλίας μεταξύ των ιατρών, οι οποίοι οφείλουν να μην ανέχονται τόσο εξώφθαλμα εσφαλμένες ενέργειες, όπως η αναίτια αποσωλήνωση μετά από ανακοπή. Ακολούθως, ουδέποτε προέβη σε έγκαιρη κλήση του Ε.Κ.Α.Β., παρόλο που θεωρούσε ήδη α-

πό την αρχή αυτή την κίνηση ενδεδειγμένη, για λόγους που δεν διευκρινίσθηκαν και είχαν μάλλον σχέση με το γεγονός ότι εμπιστευόταν απολύτως τον αναισθησιολόγο. Παράλληλα, αποδείχθηκε και από τα προδιαληφθέντα αντικειμενικά στοιχεία αλλά και από την κατάσταση της μάστιγος των εναγόντων ότι κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα μεταξύ της ανακοπής του ασθενούς και της κλήσης του Ε.Κ.Α.Β. σε καμία ενέργεια δεν προέβη, αρκούμενος να αφήσει τον ασθενή αποσπληνωμένο πάνω στην χειρουργική κλίνη, αφού κατά την εκτίμησή του το περιστατικό πλέον δεν ήταν χειρουργικό, αλλά αναισθησιολογικό. Εξαιτίας του θανάτου του ανηλίκου ο πρώτος ενάγων και πατέρας του δαπάνησε για την κηδεία 1.578 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 9% (βλ. απόδειξη παροχής υπηρεσιών 941/2005 του). Ειδικότερα για δαπάνη φέρετρον 600 ευρώ, μαξιλάρι, κορδέλες κ.λπ. 50 ευρώ, νεκροφόρο αυτοκίνητο 50 ευρώ, νεκροφόρα κηδείας 100 ευρώ, εκτύπωση αγγελτηρίων 20 ευρώ, λαμπάδες 50 ευρώ, άνθη φέρετρον 100 ευρώ, διακόσμηση ναού 100 ευρώ, στέφανα 50 ευρώ, εργασίες ταφής 50 ευρώ, σφράγιση τάφου 80 ευρώ, έξοδα περιποίησης νεκρού 150 ευρώ και τοιχοκολλήσεις αγγελτηρίων 100 ευρώ και ΦΠΑ 78 ευρώ. Επίσης, δαπάνησε ποσό 74 ευρώ για τέλη και δικαιώματα δημοτικών νεκροταφείων που κατέβαλε στον Δήμο Ηρακλείου (αποδείξεις με αρ. 2019/2005 και 5946/2005 Δήμου Ηρακλείου). Συνολικά επομένως για έξοδα κηδείας δαπάνησε το

ποσό των $(1.578 + 74 =) 1.652$ ευρώ. Εξάλλου, ενόψει των συνθηκών τελέσεως του αδικήματος, συντρέχει περίπτωση επιδικάσεως στους ενάγοντες εύλογης χρηματικής ικανοποίησης λόγω της ψυχικής οδύνης που δοκίμασαν, η οποία κατ' εκτίμηση των κατά το νόμο στοιχείων, δηλαδή του βαθμού της υπαιτιότητας του είδους του εννόμου αγαθού που προσβλήθηκε, του βαθμού της συγγενικής σχέσης και του ψυχικού δεσμού κάθε ενάγοντος με τον θανόντα, καθώς και της κοινωνικής και οικονομικής θέσης των διαδίκων φυσικών προσώπων, πρέπει να προσδιορισθεί σε 150.000€ για κάθε ένα των πρώτου και δεύτερης των εναγόντων (εκ των οποίων στον πρώτο ενάγοντα θα επιδικασθούν 149.956 ευρώ εφόσον για ποσόν 44 ευρώ έχει επιφυλαχθεί προκειμένου να παρασταθεί ο πολιτικών ενάγων στο ποινικό δικαστήριο), και σε 50.000€ για κάθε έναν των υπολοίπων εναγόντων. Παράλληλα, η παρεμπιπτόντως εναγομένη ασφαλιστική εταιρία πρέπει να καταβάλει στον πρώτο εναγόμενο της κυρίας αγωγής και παρεμπιπτόντως ενάγοντα ότι αυτός ήθελε υποχρεωθεί καταβάλει στους ενάγοντες της κυρίας αγωγής, αλλά περιορισμένα και έως του ποσού των 90.000€, σύμφωνα με τους ορισμούς του με αριθμό 58096 ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης μεταξύ αυτής και του ιατρού. Σύμφωνα επομένως με όσα προεκτέθηκαν πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η ένδικη κυρία αγωγή καθώς επίσης και η παρεμπιπτούσα αγωγή στο σύνολο της, ως βάσιμες και

στην ουσία τους και να υποχρεωθούν οι εναγόμενοι, ευθυνόμενοι εις ολόκληρον έκαστος για τις ανωτέρω αιτίες να καταβάλουν στον πρώτο ενάγοντα το συνολικό ποσό των 151.608€ στην δεύτερη ενάγουσα το ποσό των 150.000€, και σε κάθε ένα των υπολοίπων 50.000€, νομιμότητα από την επίδοση της αγωγής μέχρι την εξόφληση, χωρίς κήρυξη της αποφάσεως προσωρινά εκτελεστής, αφού εκτιμάται ότι η καθυστέρηση της εκτελέσεως δεν θα επιφέρει σημαντική ζημιά σε αυτούς. Πρέπει όμως να απαγγελθεί προσωπική κράτηση έως τρεις μήνες ως μέσο εκτέλεσης της παρούσας απόφασης. Ομοίως πρέπει να γίνει δεκτή η παρεμπιπτούσα αγωγή και να υποχρεωθεί η παρεμπιπτόντως εναγομένη να καταβάλει στον παρεμπιπτόντως ενάγοντα ό,τι υποχρεωθεί ο τελευταίος να καταβάλει στους ενάγοντες έως όμως του ποσού των 90.000€ χωρίς να κηρυχθεί η απόφαση προσωρινά εκτελεστή, αφού εκτιμάται ό-

τι η καθυστέρηση της εκτελέσεως δεν θα επιφέρει σημαντική ζημιά σε αυτόν. Τέλος πρέπει να επιβληθεί ένα μέρος των δικαστικών εξόδων των εναγόντων της κυρίας αγωγής σε βάρος των εναγομένων, συμψηφισμένων κατά τα λοιπά, λόγω της μερικής νίκης και ήττας των διαδικών (άρθρο 178 § 1 Κ.Πολ.Δ). Επίσης τα δικαστικά έξοδα των καθ' ών η πρόσθετη παρέμβαση θα επιβληθούν σε βάρος της ασκήσας την πρόσθετη παρέμβαση λόγω της ήττας της (άρθρο 182 Κ.Πολ.Δ), πλην όμως στα έξοδα αυτά των καθ' ών η πρόσθετη παρέμβαση δεν περιλαμβάνεται η αμοιβή του πληρεξουσίου δικηγόρου προς απόκρουση της παρέμβασης, διότι ο τελευταίος δεν δικαιούται αμοιβής για την απόκρουση της πρόσθετης παρέμβασης έστω κι αν κατέθεσε χωριστές προτάσεις (Εφ.ΑΘ 8044/ 1981 ΝοΒ 1981.1418).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Ασφαλιστικά Μέτρα) - Αριθ. 3770/2009

Πρόεδρος: Ευγενία Μπιτσακάκη, (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Ιωάννα Συμυριωτάκη, Εμμανουήλ Σφακιανάκης, Στυλιανός Σαρρής

Άρθρα: 728 παρ. 1 εδ. ε Α.Κ., 682 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, 18 Ν 1654/1986

Αδικοπραξία – Σωματική βλάβη αιτούντος (από τροχαίο).

Προσωρινή επιδίκαση αποζημίωσης.

Επιδίκαση αποζημίωσης (ως ασφαλιστικό μέτρο) στον αιτούντα από προσωρινή απώλεια ή μείωση ικανότητάς του για εργασία καθώς και για έξοδα θεραπείας του. Δεν απαιτείται να συντρέχει επικείμενος κίνδυνος (μη ύπαρξη ικανής περιουσίας του υποχρέου), αρκεί να συντρέχει επείγουσα περίπτωση αποκατάστασης της υγείας ή εξασφάλιση της διαβίωσης του αιτούντος και οικονομική αδυναμία αυτού. Απαιτείται δηλαδή η έλλειψη ασφάλισής του (ιδιωτικής ή κοινωνικής), η μη ύπαρξη περιουσίας, επίσης η αδυναμία του, λόγω απορίας να καλύψει τις άμεσες οικονομικές ανάγκες του. Ποια από τα αιτούμενα κονδύλια επιδικάζονται.

Ι Από τη διάταξη του άρθρου 682 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ συνάγεται ότι, η λήψη ασφαλιστικών μέτρων επιτρέπεται και διατάσσεται σε περίπτωση που υπάρχει επικείμενος κίνδυνος, ο οποίος απειλεί το επίδικο δικαίωμα ή την απαίτηση και προς αποτροπή του, ή σε περίπτωση συνδρομής επείγουσας περίπτωσης, η οποία επιβάλλει την άμεση λήψη ασφαλιστικών μέτρων, πριν ή κατά τη διάρκεια της τακτικής διαγνωστικής δίκης. Όταν δε ο νόμος απαιτεί επικείμενο κίνδυνο ή επείγουσα περίπτωση εννοεί προδήλως την ύπαρξη ασυνήθιστα έκτακτης ανάγκης παροχής δικαστικής προστασίας του διαδίκου, η οποία να δικαιολογείται από τη συνδρομή των υφισταμένων πραγματικών περιστατικών (Π. Τζίφρα Ασφαλιστικά Μέτρα, άρθρο 682, Μ.Πρ.Α. 18488/1977 ΝοΒ 36, 1254). Ειδικότερα, το ασφαλιστικό μέτρο της προσωρινής επιδίκασης απαιτήσεως, το οποίο, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 728 παρ. 1 εδ. ε Κ.Πολ.Δ, παρέχεται και στην περίπτωση κατά την οποία επιδιώκεται να επιδικαστεί αποζημίωση, που έχει γενεσιουργό αιτία αδικοπραξία και συνέπεια την απώλεια ή τη μείωση της ικανότητας για εργασία, λόγω τραυματισμού του αιτούντος- παθόντος ή αποζημίωση για έξοδα θεραπείας, αποβλέπει και οδηγεί στην προσωρινή μερική απόλαυση της παροχής, που έχει ως αντικείμενο η συγκεκριμένη απαίτηση, με προφανή νομοθετικό σκοπό να μην στερηθεί ο αιτών δικαιούχος της πιθανολογούμενης απαίτησης τα απολύτως αναγκαία μέσα για τη διαβίωσή του, ή να μην εκτεθεί σε κίνδυνο η υγεία ή ακόμα και η ζωή του ή για την αποκατάσταση της υγείας ή της

σωματικής ακεραιότητάς του. Έτσι και αν ακόμη ελλείπει επικείμενος κίνδυνος, υπό την έννοια ότι ο υπόχρεος έχει περιουσία με συνέπεια την εξασφάλιση της φερεγγυότητάς του, αυτό δεν αποκλείει τη συνδρομή επείγουσας περίπτωσης που δικαιολογεί την προσωρινή επιδίκαση. Αυτή η επείγουσα περίπτωση έχει την έννοια ότι, η άμεση, έστω και μερική, απόλαυση της απαίτησης είναι, κατά τα δίδαγματα της κοινής πείρας και εξαιτίας της οικονομικής ανεπάρκειας του δικαιούχου, ανεπίδεκτη αναβολής. Με αυτά τα μέτρα η συνδρομή επείγουσας περίπτωσης βρίσκεται οπωσδήποτε σε συνάρτηση με την κακή οικονομική κατάσταση του αιτούντος. Η βλάβη της υγείας ή του σώματος προσώπου συνεπάγεται την άμεση ανάγκη αναλώσεως χρημάτων για φάρμακα, ιατρούς, νοσήλεια κ.λπ. Η ανάγκη αυτή αντιμετωπίζεται επαρκώς όταν ο παθών είναι ασφαλιστικά καλυμμένος από οργανισμό ιδιωτικής ή κοινωνικής ασφάλισης, ή διαθέτει ο ίδιος ικανή περιουσία. Όταν, όμως, δεν συμβαίνει κάτι τέτοιο και ο παθών, λόγω απορίας ή από άλλο λόγο, δεν μπορεί να αντιμετωπίσει τις άμεσες οικονομικές ανάγκες του τραυματισμού του, έχει τη δυνατότητα να ζητήσει, με τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, κατ' άρθρο 728 παρ. 1 περ. ε Κ.Πολ.Δ, την προσωρινή επιδίκαση απαιτήσεων, που αναφέρονται στα άρθρα 929 και 930 Α.Κ. (βλ. Β. Βαθρακοκοίλη, Ερμ. Κ.Πολ.Δ, σελ. 290, Μπρακατσούλα, Ασφαλιστικά μέτρα, σελ. 243, Μ.Πρ.Α. 4109/1980, ΝοΒ 28, 1595, Διαμαντάκος: Ε.Ε.Ν. 38, 529, Κ. Γεωργίου: Ασφαλιστικά Μέτρα, σελ. 340, Α. Κοητικός: Αποζη-

μίσωση από τροχαία ατυχήματα, παρ. 382, 384). Δηλαδή το γνήσιο ασφαλιστικό μέτρο της προσωρινής επιδίκασης απαιτήσεως έχει ως στόχο την προσωρινή, έστω μερική, απόλαυση της απαιτήσεως για να μην στερηθεί ο δικαιούχος, έως την οριστική κρίση της διαφοράς, τα αναγκαία για τη διαβίωσή του μέσα ή για να μπορέσει έως τότε να αποκαταστήσει την παρανόμως προσβληθείσα υγεία ή σωματική ακεραιότητά του. Η οικονομική, δηλαδή, αδυναμία του δικαιούχου να ανταποκριθεί στις ανωτέρω ανάγκες του συνιστά την επείγουσα περίπτωση, που δικαιολογεί την προσωρινή επιδίκαση της απαιτήσεώς του, η δε συνδρομή της επείγουσας περίπτωσης είναι κατά κανόνα σύμφυτη με τις περισσότερες από τις απαιτήσεις του άρθρου 728 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ. Το γεγονός ότι ο δικαιούχος κάλυψε ενδεχομένως τις ανάγκες του ως την υποβολή της αιτήσεως δεν αναιρεί τη συνδρομή επείγουσας περίπτωσης για την προσωρινή επιδίκαση της απαιτήσεως και για προηγούμενο της αιτήσεως χρόνο («παρελθόν»), ιδίως όταν αυτός δημιούργησε για τη συντήρησή του ληξιπρόθεσμα ήδη χρέη (Μ.Πρ.Α. 14447/1997 Δ/νη 1998, 212, Μ.Π.Α. 298/1995 Ε.Εργ.Δ. 1996, 248, Κεραμεύς-Κονδύλης-Νίκας Ερμ. Κ.Πολ.Δ 2000, άρθρ. 728 αριθ. 1, 1423, Α. Κρητικός Αποζημίωση από Τροχαία Αυτοκινητικά Ατυχήματα», 1998 παρ. 384 σελ. 149). Η εφαρμογή στην πράξη της δυνατότητας προσωρινής επιδίκασης απαιτήσεως αποζημιώσεως κατά την Κ.Πολ.Δ 728 παρ. 1 ε περιορίζεται σημαντικά προκειμένου περί παθόντων ασφαλισμένων στο Ι.Κ.Α. Στην περίπτωση αυτή ισχύει το

άρθρο 18 Ν. 1654/1986, κατά το οποίο επέρχεται αυτόματη μεταβίβαση της απαιτήσεως αποζημιώσεως κατά του υπόχρεου από τον παθόντα στο Ι.Κ.Α. από τότε που γεννάται η αξίωση αποζημιώσεως. Η μεταβίβαση αυτή επέρχεται στο μέτρο που ο παθών δικαιούται να απαιτήσει παροχές από το Ι.Κ.Α. Ο παθών τότε παύει να είναι φορέας της απαιτήσεως και καθίσταται το Ι.Κ.Α. Με τον τρόπο αυτό παύει πλέον να υπάρχει μια από τις βασικές προϋποθέσεις του νόμου (ασφαλιστέα απαίτηση του ουσιαστικού δικαίου). Προς τούτο πρέπει να ερευνάται στη συγκεκριμένη περίπτωση αν και πόση απαίτηση αποζημιώσεως μεταβιβάστηκε στο Ι.Κ.Α. Όμως, δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 18 Ν. 1654/1986 σε περίπτωση που ο παθών δεν καλύπτεται ασφαλίστικά από το Ι.Κ.Α. κατά το χρόνο του ατυχήματος. Έτσι, εφόσον κατά νόμο είναι βεβαιωμένο ότι δεν πρόκειται να καταβληθεί στον παθόντα από το Ι.Κ.Α. οποιοδήποτε ποσό, τότε λειτουργεί υπέρ του παθόντος η κατά του υπόχρεου επιδίωξη της αξιώσεως αποζημιώσεως (Α. Κρητικός ο.π. παρ. 380, 656 σελ. 148 και 239). Στην προκειμένη περίπτωση ο αιτών εκθέτει στην υπό κρίση αίτησή του ότι υπέστη σοβαρές σωματικές βλάβες κατά το τροχαίο ατύχημα που συνέβη στον τόπο, το χρόνο και κάτω από τις συνθήκες που αναφέρει στην αίτησή του, από υπαιτιότητα του πρώτου των καθ' ων, ως οδηγού του υπ' αριθμ. ... Ι.Χ.Ε. αυτοκινήτου, το οποίο συγκρούστηκε με την ... δίκυκλη μοτοσυκλέτα που αυτός οδηγούσε, αυτοκίνητο το οποίο ήταν ασφαλισμένο για την πρόκληση υλικών ζημιών και σωματικών

βλαβών έναντι τρίτων από τη λειτουργία του στη δεύτερα των καθ' ων ασφαλιστική εταιρεία, εξ αιτίας δε του τραυματισμού του κατέστη ανίκανος για εργασία από την ημέρα του ατυχήματος και εφεξής, η ανικανότητά του δε αυτή θα εξακολουθήσει να υφίσταται τουλάχιστον μέχρι 30-6-2009. Με βάση τα παραπάνω πραγματικά περιστατικά και όσα άλλα εκθέτει στην αίτησή του, επικαλούμενος την συνδρομή επείγουσας περίπτωσης, που συνίσταται στην αδυναμία του να αντιμετωπίσει τα συνήθη έξοδα διαβίωσής του, ζητεί να ληφθούν ασφαλιστικά μέτρα και να υποχρεωθούν οι καθ' ων να του καταβάλλουν εις ολόκληρον έκαστος Α) α) το ποσό των 4.920 ευρώ για απώλεια εισοδήματος, λόγω της ανικανότητάς του για εργασία κατά το χρονικό διάστημα από την ημέρα του ατυχήματος (27-11-2008) έως 28-2-2009, επικαλούμενος το γεγονός ότι ελλείπει άλλων εισοδημάτων για την συντήρησή του κατέφυγε σε δανεισμό δημιουργώντας ληξιπρόθεσμα χρέη, β) συνολικό ποσό των 3.043,44 ευρώ που δαπάνησε για νοσηλευτές και οικιακούς βοηθούς κατά το χρονικό διάστημα που παρέμεινε νοσηλευόμενος στο Νοσοκομείο αλλά και κλινικής, καθώς και για τη λήψη βελτιωμένης διατροφής, για την κάλυψη των οποίων δαπανών έχει καταφύγει σε δανεισμό γ) το ποσό των 1.140,16 ευρώ που δαπάνησε για καταβολή μισθώματος για την μίσθωση της κατοικίας του κατά το χρονικό διάστημα από 27-11-2008 έως και Φεβρουάριο 2009 και Β) α) το ποσό των 1640 ευρώ μηνιαίως και για το χρονικό διάστημα από 1-3-2009 έως και 30-6-2009, για απώλεια εισοδήματος, λόγω της ανι-

κανότητάς του για εργασία κατά το εν λόγω χρονικό διάστημα, β) το ποσό των 400 ευρώ μηνιαίως για δαπάνη οικιακής βοήθου για το ίδιο ως άνω χρονικό διάστημα, γ) το ποσό των 900 ευρώ μηνιαίως ως δαπάνη λήψεως βελτιωμένης τροφής το αυτό χρονικό διάστημα και δ) το ποσό των 285,04 ευρώ μηνιαίως ως δαπάνη καταβολής μισθώματος για την μίσθωση της κατοικίας του το παραπάνω χρονικό διάστημα, προκαταβαλλόμενα την πρώτη ημέρα εκάστου μηνός, και όλα τα παραπάνω ποσά νομιμότοκα μέχρι εξοφλήσεως. Με το περιεχόμενο αυτό και αιτήματα η αίτηση αρμόδια εισάγεται για να συζητηθεί ενώπιον αυτού του δικαστηρίου κατά την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων άρθρα 686 επ. Κ.Πολ.Δ) και είναι νόμιμη στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 914, 297, 298, 330 εδ. β, 481 επ., 926, 929, 930 Α.Κ., 2, 4, 9 και 10 Ν. ΓΠΝ/1911, 10 Ν. 489/76, 728 παρ. 1 εδ. Κ.Πολ.Δ. Σημειώνεται εδώ ότι είναι νόμιμα τα υπό στοιχεία Αα και Αβ κονδύλια, αν και αφορούν απώλεια εισοδημάτων και δαπάνες για προηγούμενο της αιτήσεως χρόνο, αφού γίνεται επίκληση ότι για την συντήρησή του ο αιτών κατά το εν λόγω χρονικό διάστημα δημιούργησε ληξιπρόθεσμα χρέη, καταφεύγοντας σε δανεισμό, και ότι επίσης με δανεισμό καλύφθηκαν οι αιτούμενες δαπάνες, οπότε το γεγονός της κατά τα άνω καλύψεως των εξόδων συντηρήσεώς του και των άνω δαπανών με την δημιουργία ληξιπρόθεσμου χρέους, δεν αναιρεί την συνδρομή επείγουσας περίπτωσης για την προσωρινή επιδίκαση αυτών, σύμφωνα και με όσα στη μερίζονα σκέψη αναφέρονται. Τα αιτούμενα όμως

υπό στοιχεία Αγ και Βδ κονδύλια που αφορούν δαπάνες καταβολής μισθωμάτων για την μίσθωση της κατοικίας του είναι μη νόμιμα και απορριπτέα, αφού οι δαπάνες αυτές δεν τελούν σε αιτιώδη συνάφεια με την ζημιολόγο πράξη (βλ. Εφ.ΑΘ. 8578/1998 Δ/νη 41, 142). Πρέπει επομένως κατά το μέρος που κρίθηκε νόμιμη να ερευνηθεί περαιτέρω κατ’ ουσίαν.

Από την εκτίμηση των υπ’ αριθμ. 11486/2009, 11487/2009 και 11488/2009 ενόρκων βεβαιώσεων της συμβολαιογράφου Ηρακλείου ..., που επικαλείται και προσκομίζει ο αιτών, όλα τα έγγραφα που οι διάδικοι προσκομίζουν, μεταξύ των οποίων και η σχηματισθείσα ποινική δικογραφία και απ’ όλη την εν γένει διαδικασία πιθανολογήθηκαν τα ακόλουθα: Στις 27-11-2008 και περί ώρα 17.10 μ.μ. ο αιτών οδηγώντας την με αριθμό κυκλοφορίας ... δίκυκλη μοτοσικλέτα του, έβαινε επί της Λ. Ικάρου της πόλεως του Ηρακλείου με κατεύθυνση από Αλικαρνασσό προς Ηράκλειο. Η οδός αυτή είναι ευθεία, διπλής κατευθύνσεως με μία λωρίδα κυκλοφορίας ανά κατεύθυνση, με πλάτος οδοστρώματος 9,50 μ. και πλάτος πεζοδρομίου 1,70 μ., ενώ τα δυο ρεύματα κυκλοφορίας χωρίζονται με διπλή διαχωριστική γραμμή που σημαίνεται επί του οδοστρώματος. Την αυτή ημέρα και ώρα ο πρώτος καθ’ ου ο οποίος είχε σταθμεύσει το με αριθμό κυκλοφορίας ... Ι.Χ.Ε. αυτοκίνητο ιδιοκτησίας του, ασφαλισμένο κατά το χρόνο εκείνο για την πρόκληση υλικών ζημιών και σωματικών βλαβών έναντι τρίτων από τη λειτουργία του στην δεύτερη καθ’ ης ασφαλιστική εταιρεία, στο δεξιό

άκρο της άνω Λεωφόρου και στο ρεύμα πορείας προς το κέντρο της πόλεως του Ηρακλείου (Πλατεία Ελευθερίας), στο ύψος αυτής, μεταξύ της Παγκρήτιας Συνεταιριστικής Τράπεζας και του πρώην εργοστασίου Καστρινογιάννη, επιχείρησε να εξέλθει από το χώρο αυτό, προκειμένου να συνεχίσει την πορεία του επί της αυτής Λεωφόρου αλλά με αντίθετη κατεύθυνση, ήτοι από Ηράκλειο προς Αλικαρνασσό, με στροφή προς τα αριστερά, διασχίζοντας κάθετα το οδόστρωμα του ρεύματος πορείας προς το κέντρο της πόλεως. Στην προσπάθειά του αυτή συγκρούστηκε με τη δίκυκλη μοτοσικλέτα που οδηγούσε ο αιτών, ο οποίος την ώρα εκείνη είχε φθάσει στο εν λόγω σημείο. Συγκεκριμένα το όχημα του αιτούντος επέπεσε με το εμπρόσθιο δεξιό μέρος του, στην εμπρόσθια αριστερή πλευρά του αυτοκινήτου που οδηγούσε ο πρώτος των καθ’ ων, με αποτέλεσμα να προκληθούν υλικές ζημιές στη δίκυκλη μοτοσικλέτα του ενάγοντος και να τραυματιστεί ο ίδιος, ο οποίος υπέστη κατάγματα και εξάρθρωμα μεταταρσίου, καθώς και ρήξη κνημοπερονιαίας συνδέσμου δεξιάς ποδοκνημικής. Υπό τα περιστατικά αυτά αποκλειστικά υπαίτιος της ένδικης σύγκρουσης είναι ο πρώτος των καθ’ ων οδηγός, ο οποίος δεν κατέβαλε την κατ’ αντικειμενική κρίση απαιτούμενη επιμέλεια και προσοχή που κάθε μετρίως συνετός οδηγός όφειλε κατά τις συγκεκριμένες περιστάσεις να καταβάλλει βάσει των νομικών κανόνων της κοινής πείρας και της λογικής και την οποία μπορούσε να καταβάλλει βάσει των προσωπικών του

ικανοτήτων για να αποφύγει την ένδικη σύγκρουση. Ειδικότερα ενώ είχε πρόθεση να εξέλθει από χώρο στάθμευσης και να στρίψει αριστερά, διασχίζοντας κάθετα το ρεύμα πορείας της Λ. Ικάρου, που οδηγούσε προς το κέντρο της πόλεως του Ηρακλείου, προκειμένου να συνεχίσει την πορεία του επί του αντιθέτου ρεύματος κυκλοφορίας αυτής, ήτοι από Κέντρο προς Αλικαρνασσό, δεν ενήργησε όπως κάθε μέσος συνετός οδηγός, αλλά από απροσεξία και ανεπιτηδειότητα στην οδήγηση κινήθηκε απότομα με στροφή προς αριστερά και σε σημείο όπου απαγορεύεται η αναστροφή, λόγω της διπλής διαχωριστικής γραμμής που σήμαινε το οδόστρωμα της οδού όπου εκινείτο, χωρίς προηγουμένως να βεβαιωθεί ότι μπορούσε να πραγματοποιήσει την κίνησή του αυτή, χωρίς κίνδυνο για τους κινούμενους επί της οδού αυτής, λαμβάνοντας υπόψη τη θέση, την κατεύθυνση και την ταχύτητά τους και επιπλέον χωρίς να λάβει υπόψη τις συνθήκες που επικρατούσαν την ώρα εκείνη στην περιοχή (αυξημένη κίνηση λόγω της ώρας), με αποτέλεσμα να παρεμβληθεί της πορείας του οχήματος του αιτούντος που εκείνη την ώρα διήρχετο από αυτό το σημείο, το οποίο και επέπεσε με το εμπρόσθιο δεξιό μέρος του στο εμπρόσθιο αριστερό μέρος του αυτοκινήτου του πρώτου των καθ' ων. Συνεπώς απορριπτέοι τυγχάνουν οι αντίθετοι ισχυρισμοί και ένσταση περί συνυπαιτιότητας του αιτούντος κατά ποσοστό 90%, που προέβαλλαν οι καθ' ων, ισχυριζόμενοι ειδικότερα ότι ο οδηγός αυτός οδηγούσε το όχημά του χωρίς σύνεση και προσοχή, κι-

νούμενος με αυξημένη ταχύτητα και στερούμενος άδειας οδήγησης, με αποτέλεσμα να μην αντιληφθεί εγκαίρως το όχημά του πρώτου εξ αυτών και να προσπαθήσει να το αποφύγει με ελιγμό προς τα αριστερά ή με έγκαιρη τροχοπέδηση του οχήματός του. Και τούτο διότι όπως αποδείχθηκε ο οδηγός αυτός έβαινε κανονικά στο ρεύμα πορείας του και με κανονική για την περιοχή ταχύτητα, λόγω δε της αιφνίδιας προς τα αριστερά κίνησης του πρώτου των καθ' ων, ο οποίος εξήλθε από χώρο στάθμευσης και τον οποίο αντιλήφθηκε λίγα μόλις μέτρα πριν φθάσει στο σημείο που αυτός βρισκόταν, δεν πρόλαβε παρά την τροχοπέδηση του οχήματός του στην οποία προέβη άμεσα να ακινητοποιήσει τούτο. Επιπλέον ο πρώτος των καθ' ων, κατά την έκθεση αυτοψίας του τροχαίου ατυχήματος είχε απεριόριστη ορατότητα και μπορούσε να αντιληφθεί εγκαίρως την δίκυκλη μοτοσυκλέτα που οδηγούσε ο ενάγων να κινείται επί του αυτού ρεύματος πορείας και να ανέμενε την διέλευσή της πριν επιχειρήσει την προς αριστερά στροφή. Μάλιστα αυτός ο ίδιος, εξεταζόμενος χωρίς όρκο στα πλαίσια της προανάκρισης ομολογεί ότι κατά την έξοδό του από το χώρο στάθμευσης δεν έλεγξε όσο θα έπρεπε, με αποτέλεσμα να προκληθεί η ένδικη σύγκρουση, αναγνωρίζοντας ευθέως την ευθύνη του γι' αυτήν. Ως προελέχθη εξ αιτίας της συγκρούσεως τραυματίστηκε ο αιτών. Μεταφέρθηκε αμέσως με ασθενοφόρο στο Περιφερειακό Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο Ηρακλείου (ΠΕ.ΠΑ.Γ.Ν.Η.), όπου διαπιστώθηκε ότι είχε υποστεί κατάγματα ε-

ξαρθρήματα μεταταρσίου (πρώτου) κα-
θώς και ρήξη κνημοπερνιαίας συνδέ-
σματος δεξιάς ποδοκνημικής. Την ίδια η-
μέρα αντιμετωπίστηκαν χειρουργικά τα
εξαρθρήματα- κατάγματα του μεταταρσί-
ου με ανοικτή ανάταξη και στερέωση με
βελόνα Kirshner. Λόγω όμως της υπάρξε-
ως μεγάλου οιδήματος και του κινδύνου
που θα προκαλείτο απ’ αυτό η αποκατά-
σταση της ρήξης συνδέσμου της δεξιάς
ποδοκνημικής αντιμετωπίστηκε χειρουργικά την 11-12-2008, με την πάροδο του
οιδήματος, οπότε έγινε οστεοσύνθεση με
την τοποθέτηση βίδας συνδέσμου. Πα-
ρέμεινε νοσηλευόμενος στην ορθοπεδική
κλινική του άνω νοσοκομείου από 27-11-
2008 έως και 16-12-2008, οπότε εξήλθε
φέροντας κνημοποδικό νάρθηκα και με
οδηγίες. Σύμφωνα με την από 16-12-2008
ιατρική βεβαίωση του άνω νοσοκομείου ο
αιτών έχρηζε αποχής από την εργασία
του για δυο μήνες με προβλεπόμενο χρό-
νο αποθεραπείας 6 μηνών από της εξόδου
του από το νοσοκομείο. Ήδη σήμερα και
μετά την αφαίρεση των υλικών οστεοσύν-
θεσης παρουσιάζει χαλαρή ποδοκνημική
άρθρωση και αποστοτικό κάταγμα του έ-
σω σφυρού. Η άρθρωση του πρώτου με-
ταταρσίου είναι σε ελαφρά υποξαρθροτι-
κή θέση με εμφανή τα στοιχεία μιας μετα-
τραυματικής αρθρίτιδας, ενώ παρατηρεί-
ται και δυσκαμψία των αρθρώσεων. Πι-
θανολογήθηκε περαιτέρω ότι κατά το
διάστημα της νοσηλείας του είχε ανάγκη
αποκλειστικού νοσοκόμου κατά την διάρ-
κεια της νύκτας, αφού κατά την διάρκεια
της ημέρας του παρείχε τις φροντίδες του
ο πατέρας του με την δεύτερη σύζυγο του,

αφού η μητέρα του έχει ήδη αποβιώσει.
Έτσι κατά το χρονικό διάστημα από 27-
11-2008 έως 16-12-2008 που παρέμεινε
νοσηλευόμενος στο άνω νοσοκομείο πλή-
ρωσε για την χρήση αποκλειστικού νοσο-
κόμου και δη του και της το συνολι-
κό ποσό των 1.174,36 ευρώ και συγκεκρι-
μένα το ποσό των 69,08 ευρώ για κάθε νύ-
κτα. Επιπλέον λόγω της αδυναμίας του να
αυτοεξυπηρετηθεί επί εξάμηνο, ήτοι μέ-
χρι 30-6-2009, είχε ανάγκη των υπηρε-
σιών τρίτου προσώπου. Έτσι προσέλαβε
την, την οποία απασχολούσε επί πέντε
ώρες ημερησίως, φροντίζοντας τον ίδιο
και την οικία του, αντί μηνιαίου μισθού
400 ευρώ και συνολικά κατέβαλλε για το
χρονικό διάστημα από 16-12-2008 έως και
28-2-2009, ήτοι για το προ της ασκήσεως
της αιτήσεως χρονικό διάστημα το συνo-
λικό ποσό των 800 ευρώ, για δε το χρονι-
κό διάστημα από 1-3-2009 έως και 30-6-
2009 το ποσό των 400 ευρώ μηνιαίως.
Έχει επομένως αξίωση ο αιτών κατά των
καθ’ ων για την δαπάνη αυτή από 16-12-
2008 έως και της εγέρεως της αγωγής ύ-
ψους 800 ευρώ (2 μήνες Χ400 ευρώ μηνι-
αίως), για το χρονικό δε διάστημα από
της εγέρεως της αγωγής έως και 30-6-
2009 ύψους 400 ευρώ μηνιαίως. Ακόμη
κατά σύσταση των θεραπόντων ιατρών
του και για την πόρωση των καταγμάτων
του έπρεπε να λαμβάνει βελτιωμένη τρο-
φή, πλούσια σε πρωτεΐνες και ασβέστιο,
μετά την έξοδό του από το Νοσοκομείο,
δηλαδή από 16-12-2008 και για χρονικό
διάστημα έξι μηνών. Για την αιτία αυτή
δαπάνησε το ποσό των 5 ευρώ επιπλέον
καθημερινά και συνολικά το ποσό των

150 ευρώ μηνιαίως. Έχει επομένως αξίωση ο αιτών κατά των καθ' ων για την δαπάνη αυτή από 16-12- 2008 έως και της εγέρεως της αγωγής ύψους 300 ευρώ (2 μήνες X 150 ευρώ μηνιαίως), για το χρονικό δε διάστημα από της εγέρεως της αγωγής έως και 30-6-2009 ύψους 150 ευρώ μηνιαίως. Πιθανολογήθηκε περαιτέρω ότι ο αιτών πριν από το ατύχημα εργαζόταν ως ανειδίκευτος ξυλουργός στο ξυλουργείο του, όπου θα συνέχιζε να εργάζεται κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων και μετά βεβαιότητος μέχρι και τον Ιούνιο 2009, αν δεν μεσολαβούσε ο ένδικος τραυματισμός του και η εξ αιτίας αυτού ανικανότητά του προς εργασία, αντί ημερομισθίου 30 ευρώ, όπου και θα πραγματοποιούσε περί τα 20 ημερομίσθια μηνιαίως. Εξαιτίας δε του ένδικου τραυματισμού του και της ανικανότητάς του προς εργασία μέχρι 30-6-2009 απώλεσε το ποσό των 600 ευρώ μηνιαίως. Επίσης εργαζόταν κατά τις βραδινές ώρες, επί τρεις ημέρες την εβδομάδα ήτοι κατά την Παρασκευή, Σάββατο και Κυριακή ως βοηθός Ντισκ-Τζόκευ στην καφετέρια- μπαρ «.....», από την εργασία του δε αυτή κέρδιζε το ποσό των 150 ευρώ εβδομαδιαίως (3X 50 ευρώ), όπου πιθανολογήθηκε ότι θα συνέχιζε να εργάζεται αν δεν μεσολαβούσε ο τραυματισμός του και η ανικανότητά του προς εργασία μέχρι και 30-6-2009. Αντίθετα δεν πιθανολογήθηκε ότι ο αιτών τις ελεύθερες ώρες του απασχολείτο σε επισκευές παλιών επίπλων κ.λ.π. καθώς και σε εργασίες τοποθέτησεως ξύλινων κατασκευών κ.λ.π. σε άλλα συνεργεία κερδίζοντας το αναφερό-

μενο στην αίτηση ποσό. Ως εκ τούτου το σχετικό κονδύλιο που ζητεί ο αιτών πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμο. Έχει επομένως αξίωση ο αιτών κατά των καθ' ων για την απώλεια εισοδημάτων του από την επομένη ημέρα του ατυχήματος έως και της εγέρεως της αγωγής ύψους 3.600 ευρώ (3 μήνες X 600 ευρώ μηνιαίως + 3 μήνες X 600 ευρώ μηνιαίως), για το χρονικό δε διάστημα από της εγέρεως της αγωγής έως και 30-6- 2009 ύψους 1.200 ευρώ μηνιαίως. Σημειώνεται εδώ ότι ο αιτών ήταν ασφαλισμένος στο Ι.Κ.Α., πλην όμως όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη από 30-7-2009 βεβαίωση της διευθύντριας του Ι.Κ.Α. Λιμένα Χερσονήσου, αυτός δεν έλαβε, ούτε και δικαιούται να λάβει αποζημίωση για το τροχαίο ατύχημά του, ενώ δεν δικαιούται και κάλυψη ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης σε χρήμα και σε είδος. Συνεπώς ο ισχυρισμός των καθ' ων περί ελλείψεως ενεργητικής νομιμοποιήσεως του αιτούντος να αναζητήσει κονδύλια και δαπάνες για τα οποία έχει πληρωθεί από τον άνω ασφαλιστικό Οργανισμό, στον οποίο κατ' άρθρο 10 παρ. 5 Ν.Δ. 4104/1960 μεταβιβάζεται αυτοδικαίως η αξίωση αυτή, είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Περαιτέρω πιθανολογήθηκε ότι για την κάλυψη των παραπάνω δαπανών για τον προ της εγέρεως της αιτήσεως χρόνο(μέχρι 28- 2-2009) καθώς και προκειμένου να αντεπεξέλθει στα έξοδα διαβίωσης, θεραπείας και ανάρρωσης, λόγω οικονομικής του αδυναμίας να ανταποκριθεί σε αυτά, ελλείπει εισοδημάτων, αναγκάστηκε να καταφύγει σε δανεισμό, δημιουργώντας με τον τρόπο αυτό

ληξιπρόθεσμο χρέος, οικονομική αδυναμία που σύμφωνα με όσα στη μερίζονα σκέψη αναφέρονται, συνιστά επείγουσα περίπτωση που δικαιολογεί την προσωρινή επιδίκαση των εν λόγω απαιτήσεων του αιτούντα κατ' άρθρο 728 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ και επιπλέον πιθανολογείται ότι λόγω της ανικανότητάς του για εργασία και της εξ αυτής απώλειας μέρους των εισοδημάτων του, ο αιτών στερείται των αναγκαίων οικονομικών πόρων για την αντιμετώπιση στοιχειωδών αναγκών διαβίωσης του ίδιου, που λόγω της καταστάσεως της υγείας του είναι αυξημένες. Συνεπώς ο ισχυρισμός των καθ' ων περί ελλείψεως κατεπείγοντος κρίνεται αβάσιμος και απορριπτέος. Εξάλλου πρέπει να επιδικαστεί στον αιτούντα για το μετά την έγερση της αγωγής χρόνο λόγω απώλειας των εισοδημάτων του, το ποσό των 600 ευρώ μηνιαίως, για την δαπάνη οικιακής βοηθού το ποσό των 200 ευρώ μηνιαίως και για την δαπάνη λόγω λήψεως βελτιωμένης διατροφής το ποσό των 75 ευρώ μηνιαίως που αποτελεί το ήμισυ των πιθανολογούμενων απαιτήσεών του (άρθρο 729 παρ. 1 και 2 Κ.Πολ.Δ). Μετά από τα παραπάνω, πρέπει η αίτηση κατά το μέρος που κρίθηκε νόμιμη, να γίνει εν μέρει δεκτή ως και κατ' ουσίαν βάσιμη και να υποχρεωθούν οι καθ' ων να καταβάλλουν εις ολόκληρον ο καθένας στον αιτούντα το ποσό των 5.874,52 ευρώ (1.174,36 + 800 + 300 + 3.600) με το νόμιμο τόκο από την επομένη ημέρα της επιδόσεως της αιτήσεως μέχρις εξοφλήσεως και το ποσό των οκτακοσίων εβδομήντα πέντε (875) ευρώ μηνιαίως (600+200 + 75), για το

χρονικό διάστημα από της εγέρσεως της αγωγής έως 30-6-2009, καταβλητέου την τελευταία ημέρα εκάστου μηνός εντός του οποίου πραγματοποιήθηκε η δαπάνη αλλά και δεδομένου ότι στον ιδιωτικό τομέα οι αποδοχές των εργαζομένων καταβάλλονται δεδουλευμένες, με το νόμιμο τόκο από την επομένη ημέρα που κάθε επιμέρους ποσό οφείλει να καταβληθεί μέχρι την εξόφληση. Τα δικαστικά έξοδα του αιτούντος βαρύνουν κατά ένα μέρος τους καθ' ων (άρθρο 178 Κ.Πολ.Δ), όπως ειδικότερα ορίζεται στο διατακτικό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δικάζει ερήμην του πρώτου των καθ' ων και με παρόντες τους λοιπούς διαδίκους.

Δέχεται κατά ένα μέρος την αίτηση. Υποχρεώνει τους καθ' ων να καταβάλουν εις ολόκληρο ο καθένας στον αιτούντα ως προσωρινή αποζημίωση α) πέντε χιλιάδων οκτακοσίων εβδομήντα τεσσάρων ευρώ και πενήντα δύο λεπτών (5.874,52) με το νόμιμο τόκο από την επομένη ημέρα της επιδόσεως της αιτήσεως μέχρις εξοφλήσεως και β) το ποσό των οκτακοσίων εβδομήντα πέντε (875) ευρώ μηνιαίως για το χρονικό διάστημα από της εγέρσεως της αιτήσεως έως 30-6-2009, καταβλητέον την τελευταία ημέρα κάθε μήνα, με το νόμιμο τόκο από την επομένη ημέρα που κάθε επιμέρους ποσό οφείλει να καταβληθεί, μέχρις εξοφλήσεως.

Επιβάλλει σε βάρος των καθ' ων μέρος της δικαστικής δαπάνης του αιτούντος το ύψος της οποίας καθορίζει στο ποσό των τριακοσίων (300) ευρώ.

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (σε ολομέλεια) - Αριθ. 9/2009

Πρόεδρος: Βασίλειος Νικόπουλος, (Πρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Γεώργιος Καλαμίδας, Κωνσταντίνος Κούκλης, Γρηγόριος Μάμαλης, Εμμανουήλ Καλούδης, (Αντιπρόεδροι), Ελισάβετ Μουγάκου-Μπρίλλη, Χρήστος Αλεξόπουλος, Χαράλαμπος Ζώης, Αναστάσιος Λιανός, Ανδρέας Τσόλιας, Ιωάννης Παπουτσή, Αθανάσιος Πολυζωγόπουλος (Εισηγητής), Δήμητρα Παπαντωνοπούλου, Νικόλαος Λεοντής, Ελευθέριος Μάλλιος, Γεωργία Λαλούση, Γρηγόριος Κουτσόπουλος, Σπυρίδωνας Μιτσιάλης, Παναγιώτης Κομνηνάκης, Παναγιώτης Ρουμπής, Ανδρέας Δουλγεράκης, Κωνσταντίνος Φράγκος και Νικόλαος Πάσσοι, (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόρος: Αικατερίνη Καφτάνη

Άρθρα: 559 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, 17, 1469, 1463, 1465, Α.Κ., 8 ΕΣΔΑ.

Τέκνο χωρίς γάμο των γονέων του. Αναγνώριση του τέκνου από το σύζυγο της μητέρας του (που δεν είναι ο βιολογικός πατέρας). Ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Εφαρμοστέο δίκαιο για την ιδιότητα του τέκνου ως γεννημένου σε γάμο. Τεκμήριο πατρότητας τέκνου γεννημένου σε γάμο. Εκτείνεται το τεκμήριο αυτό και στην περίπτωση που ο σύζυγος δεν είναι ο πατέρας του παιδιού. Προσβολή της πατρότητας. Έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής αγωγής. Πότε θεωρείται το τέκνο γεννημένο χωρίς γάμο και πότε αποκτά συγγένεια με το βιολογικό πατέρα του. (Επικυρώνει την 2601/2006 Εφ.Αθ).

III. Κατά την ιδιωτικού διεθνούς δικαίου διάταξη του άρθρου 17 Α.Κ., η ιδιότητα τέκνου ως γεννημένου σε γάμο κρίνεται κατά το δίκαιο, που διέπει τις προσωπικές σχέσεις της μητέρας και του συζύγου της κατά το χρόνο γεννήσεως του τέκνου ή αν ο γάμος τους έχει λυθεί πριν από τη γέννηση, κατά το χρόνο λύσης του γάμου, με το άρθρο δε 14 του Α.Κ. ορίζεται ότι οι προσωπικές σχέσεις των συζύγων ρυθμίζονται κατά σειρά: 1. από το δίκαιο της τελευταίας κατά τη διάρκεια του γάμου κοινής ιθαγένειάς τους, εφόσον ο ένας τη διατηρεί, 2. από το δίκαιο της τελευταίας κατά τη διάρκεια του γάμου κοινής συνήθους διαμονής τους και 3. από το δίκαιο με το οποίο οι σύζυγοι συνδέονται στενότερα. Περαιτέρω, κατά το άρθρο 1465 παρ. 1 Α.Κ., με τον τίτλο τεκμήριο καταγωγής από γάμο, το τέκνο που γεννήθηκε

κατά τη διάρκεια του γάμου της μητέρας του ή μέσα σε τριακόσιες ημέρες από τη λύση ή ακύρωσή του τεκμαίρεται ότι έχει, πατέρα τον σύζυγο της μητέρας (τέκνο γεννημένο σε γάμο). Κατά συνέπεια, το τέκνο δεν μπορεί να θεωρηθεί εκτός γάμου και καλύπτεται από το ως άνω τεκμήριο και στην περίπτωση που δεν είναι πραγματικό, φυσικό τέκνο του συζύγου της μητέρας του. Το τεκμήριο αυτό ανατρέπεται κατ' άρθρο 1469 Α.Κ. με την προσβολή της πατρότητας, πλην άλλων, από το σύζυγο της μητέρας του ή από τον άνδρα με τον οποίο η μητέρα, βρισκόμενη σε διάσταση με το σύζυγό της, είχε μόνιμη σχέση με σαρκική συνάφεια κατά το κρίσιμο διάστημα της σύλληψης. Μάλιστα, σε περίπτωση προσβολής από τον άνδρα που είχε σαρκική συνάφεια με τη μητέρα, η σχετική δικαστική απόφαση, εφόσον

καταστεί αμετάκλητη, επιφέρει αυτοδικαίως δικαστική αναγνώριση του τέκνου από τον άνδρα αυτόν (Α.Κ. 1472). Πριν από την αμετάκλητη ανατροπή του τεκμηρίου καταγωγής από γάμο, το τέκνο δεν μπορεί να αναγνωρισθεί εκουσίως ή δικαστικώς, η παρά ταύτα δε εκούσια αναγνώρισή του ουδεμία επάγεται έννομη συνέπεια και δεν δημιουργεί δεσμούς συγγένειας μεταξύ του τέκνου και του φυσικού πατέρα, η οποία ως ενδιαφέρουσα άμεσα τη δημόσια τάξη, διαφεύγει της εξουσίας ελεύθερης διαθέσεως. Πρέπει να σημειωθεί εδώ ότι η Α.Κ. 1465 βρίσκεται σε συμφωνία με τη γενικότερη αρχή που εκφράζει το άρθρο 1463 εδ. β' Α.Κ., ότι για τη θεμελίωση της συγγένειας με τον πατέρα απαιτείται ένα νομικό γεγονός και όχι το βιολογικό - πραγματικό γεγονός της καταγωγής του τέκνου από συγκεκριμένο άνδρα. Στη συγκεκριμένη περίπτωση το νομικό γεγονός είναι ο υποστατός γάμος της μητέρας με ορισμένο πρόσωπο. Είναι, ωστόσο προφανές ότι κατά τη λογική του νόμου, όπως προκύπτει από την κρατούσα ερμηνεία της Α.Κ. 1465 και από το θεσμό της προσβολής της πατρότητας, η πραγματική βάση της συγγένειας του τέκνου με ορισμένο άνδρα δεν είναι ο γάμος της μητέρας του τέκνου με τον τελευταίο, αλλά η βιολογική καταγωγή του τέκνου από αυτόν, με την έννοια ότι ο γάμος της μητέρας δεν αρκεί για να συνδέσει οριστικά το τέκνο της με έναν πατέρα. Αν, ωστόσο, για τους προβλεπόμενους στο νόμο λόγους, εκλείψει κάθε δυνατότητα προσβολής της τεκμαιρόμενης πατρότητας του συζύγου, αυτή οριστικοποιείται και το στοιχείο της (έλλειψης) βιο-

λογικής καταγωγής απογυμνώνεται από κάθε σημασία. Κατά συνέπεια, τέκνο γεννημένο χωρίς γάμο είναι το τέκνο που γεννήθηκε από άγαμη μητέρα, καθώς και το τέκνο που γεννήθηκε σε γάμο, αλλά η πατρότητά του έχει προσβληθεί. Το τέκνο που γεννήθηκε χωρίς γάμο έχει συγγένεια με τη μητέρα και τους συγγενείς της (άρθρο 1463 εδ. 1 Α.Κ.), όμως δεν συνδέεται νομικά με τον βιολογικό πατέρα και δεν έχει μ' αυτόν καμιά συγγένεια, ακόμη και αν αυτός είναι γνωστός ή βέβαιος. Μπορεί όμως να αναγνωρισθεί από αυτόν, εκούσια ή δικαστικά ή με επιγενόμενο γάμο, οπότε αποκτά δικαιώματα και υποχρεώσεις τέκνου που γεννήθηκε σε γάμο. Το νομικό καθεστώς των τέκνων γεννημένων χωρίς γάμο ρυθμίζεται κατά το ελληνικό δίκαιο από τα άρθρα 1473-1484 του Α.Κ., όπως ισχύουν μετά τον Ν. 1329/1983 και από τις διατάξεις της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για το καθεστώς των τέκνων χωρίς γάμο των γονέων τους, που κυρώθηκε με το Ν. 1702/1987 και τέθηκε σε ισχύ με την από 27 Ιουνίου/1 Ιουλίου 1988 ανακοίνωση του Υπουργείου Εξωτερικών (ΦΕΚ 177 Α') και η οποία κατ' άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος, υποεπισχύνει κάθε άλλης αντίθετης διάταξης του Αστικού Κώδικα. Στην εν λόγω Ευρωπαϊκή Σύμβαση ορίζονται, πλην άλλων, και τα εξής: ... άρθρο 2: "Η συγγένεια με τη μητέρα κάθε τέκνου που γεννιέται χωρίς γάμο των γονέων του βασίζεται μόνο στο γεγονός της γέννησης του τέκνου". Άρθρο 3: "Η συγγένεια με τον πατέρα κάθε τέκνου που γεννιέται χωρίς γάμο των γονέων του μπορεί να πιστοποιηθεί ή να ιδρυθεί με εκούσια αναγνώριση ή με δι-

καστική απόφαση". Άρθρο 4: "Η εκούσια αναγνώριση της πατρότητας δεν μπορεί να προσβληθεί με ανακοπή ή αντιρρήσεις, εφόσον οι διαδικασίες αυτές προβλέπονται από το εσωτερικό δίκαιο, παρά μόνο στην περίπτωση που το πρόσωπο που επιδιώκει να αναγνωρίσει ή που αναγνώρισε το τέκνο δεν είναι ο φυσικός πατέρας" ... Άρθρο 7: "1. Όταν η συγγένεια του τέκνου που γεννήθηκε χωρίς γάμο των γονέων του, έχει ιδρυθεί και ως προς τους δύο γονείς, η γονική εξουσία δεν μπορεί να ανατίθεται αυτοδικαίως μόνο στον πατέρα 2. Η γονική εξουσία πρέπει να μπορεί να μεταβιβάζεται. Οι περιπτώσεις μεταβίβασης ρυθμίζονται από το εσωτερικό δίκαιο" ... Άρθρο 10: "Ο επιγεγνόμενος γάμος μεταξύ του πατέρα και της μητέρας του τέκνου που γεννήθηκε χωρίς γάμο των γονέων του παρέχει στο τέκνο αυτό το νομικό καθεστώς του τέκνου που γεννήθηκε σε γάμο". Με τις διατάξεις της ως άνω Ευρωπαϊκής Συμβάσεως, δίδεται προτεραιότητα στον βιολογικό πατέρα και, κυρίως αναβαθμίζεται η θέση των τέκνων που γεννήθηκαν εκτός γάμου, τα οποία εξομοιώνονται με τα γεννημένα σε γάμο τέκνα, χωρίς περαιτέρω διάκριση. Τούτο, άλλωστε, αναφέρεται ρητά στο προοίμιο της ανωτέρω Ευρωπαϊκής Συμβάσεως. Όμως, τέκνο που γεννήθηκε χωρίς γάμο των γονέων του, ως στοιχείο της ρυθμιστέας σχέσεως των Α.Κ. 19-22, είναι όποιο δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως "γεννημένο σε γάμο" κατά την έννοια του άρθρου 17 του Α.Κ.. Σημειώνεται ότι ο κανόνας ιδ. δ. δ του Α.Κ. 17 θέτει ως πρόκριμα το γάμο της μητέρας με το φερόμενο ως σύζυγό της, πρόκριμα που θα

κριθεί κατά τα δίκαια του Α.Κ. 13. Από τα ανωτέρω προκύπτει σαφώς ότι οι διατάξεις της εν λόγω Ευρωπαϊκής Συμβάσεως δεν αφορούν τέκνα που γεννήθηκαν σε γάμο και καλύπτονται από το τεκμήριο καταγωγής από γάμο. Αυτό επιβάλλεται, άλλωστε, και από την άποψη της ασφάλειας δικαίου, διότι διαφορετικά τέκνο που γεννήθηκε σε γάμο και καλύπτεται από το τεκμήριο καταγωγής από γάμο θα έχει ταυτόχρονα πατέρα τόσο το σύζυγο της μητέρας, όσο και αυτόν που θα προβεί κατά βούληση σε εκούσια ή δικαστική αναγνώρισή του, χωρίς προηγουμένως να έχει προσβάλει την πατρότητα του συζύγου της μητέρας, πράγμα που δεν είναι βεβαίως δυνατόν να ισχύει.

Τέλος, με το άρθρο 8 της Ε.Σ.Δ.Α., που κυρώθηκε με το Ν.Δ. 53/1974, προστατεύεται η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή στην έννοια της οποίας εμπίπτουν και οι οικογενειακοί δεσμοί των γονέων με τα τέκνα τους και στην περίπτωση που είναι γεννημένα χωρίς γάμο αυτών. Όμως, το τελευταίο, ήτοι τότε τα τέκνα θεωρούνται γεννημένα χωρίς γάμο και υπό ποιες προϋποθέσεις και όρους είναι δυνατή η εκούσια ή δικαστική αναγνώριση των χωρίς γάμο των γονέων τους γεννηθέντων τέκνων, ρυθμίζεται από το εσωτερικό δίκαιο κάθε χώρας, ζήτημα το οποίο δεν έθιξε η προαναφερθείσα Ευρωπαϊκή Σύμβαση για το νομικό καθεστώς των τέκνων χωρίς γάμο των γονέων τους, κατά δε το ελληνικό δίκαιο (το οποίο ισχύει στην προκειμένη περίπτωση κατά τα άρθρα 14 και 17 του Α.Κ.) η εκουσία ή δικαστική αναγνώριση προϋποθέτει ανατροπή του τεκμηρίου καταγωγής από γάμο του τέ-

κνου που γεννήθηκε κατά τη διάρκεια αυτού, ανεξάρτητα από το γεγονός του εάν πράγματι είναι ή όχι βιολογικός πατέρας ο σύζυγος της μητέρας του.

Εξάλλου, κατά το άρθρο 559 αριθ. 1 Κ.Πολ.Δ ιδρύεται λόγος αναιρέσεως για ευθεία παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου, αν αυτός δεν εφαρμοσθεί, ενώ συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του ή αν εφαρμοσθεί ενώ δεν έπρεπε, καθώς και αν εφαρμοσθεί εσφαλμένα. Η ευθεία παραβίαση κανόνων ουσιαστικού δικαίου, στους οποίους περιλαμβάνονται τόσο οι κανόνες του Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου όσο και οι κανόνες του Ευρωπαϊκού Δικαίου, έχει ως περιεχόμενο, πλην άλλων, την αιτίαση ότι η αγωγή επί της οποίας έκρινε σε δεύτερο βαθμό το δικαστήριο που εξέδωσε την προσβαλλόμενη τελεσίδικη απόφαση, απορρίφθηκε ως μη νόμιμη, ενώ θα έπρεπε να γίνει το αντίθετο, σύμφωνα με τους συγκεκριμένους κανόνες του ουσιαστικού δικαίου. Στην προκειμένη περίπτωση, με την από 9-3-2001 αγωγή του ο ενάγων και ήδη αναιρεσείων ισχυρίστηκε ότι με την εναγομένη (αναιρεσίβλητη), η οποία ήταν έγγαμη με τον Α, συνήψε μόνιμη ερωτική σχέση με σαρκική συνάφεια από τον Ιούλιο του έτους 1986 στο , την οποία διατήρησε συνεχώς επί δωδεκαετία έως τον Μάρτιο του έτους 1998, χωρίς να τελέσει γάμο με αυτή, αφού ήταν έγγαμη και ο γάμος δεν είχε λυθεί και ότι από την εξώγαμη αυτή σχέση προήλθαν δύο τέκνα, ο Β που γεννήθηκε στο ... την 26-8-1987 και η Ω που γεννήθηκε στην ... την 25-11-1995, την οποία και αναγνώρισε ως δικό του τέκνο με δήλωσή του στο Δημαρχείο της Πε-

ραιτέρω, ο ενάγων (αναιρεσείων) ισχυρίστηκε ότι με την εναγομένη και τα ως άνω τέκνα συμβίωσαν μέχρι τον Μάρτιο του έτους 1998, όταν, μετά την επιστροφή τους στην Ελλάδα, αναγκάστηκε να φύγει από την κατοικία στην οποία συμβίωναν, γιατί η εναγομένη συνήψε σχέση με άλλον άνδρα με τον οποίο ήδη έχει τελέσει γάμο, πλην όμως ο ίδιος συνέχισε να συνδέεται ψυχικά και να έχει επικοινωνία με τα ως άνω τέκνα μέχρι τις αρχές του έτους 2000, οπότε η εναγομένη έπαυσε να του επιτρέπει να έχει οποιαδήποτε επικοινωνία με αυτά, ενώ, εξάλλου, αδιαφορώντας για τις υποχρεώσεις της ως ασκούσα την επιμέλεια των εν λόγω τέκνων, ανέθεσε τη φροντίδα αυτών στη μητέρα της. Γι' αυτό ζήτησε με την αγωγή, κυρίως, να ανατεθεί σ' αυτόν η γονική μέριμνα, άλλως η επιμέλεια των ως άνω τέκνων και, επικουρικά, να ρυθμισθεί το δικαίωμα επικοινωνίας με αυτά. Η ως άνω αγωγή απορρίφθηκε με την απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών ως μη νόμιμη, το δε Εφετείο, κρίνοντας ύστερα από την έφεση και τους πρόσθετους λόγους έφεσης που άσκησε ο αναιρεσείων - ενάγων κατά της πρωτόδικης απορριπτικής απόφασης, δέχθηκε τα εξής: "Με το ιστορικό αυτό και αιτήματα η αγωγή είναι μη νόμιμη, ως προς δε το μεγαλύτερο τέκνο τον Β, που γεννήθηκε στις 26-8-1987, είναι πλέον άνευ αντικειμένου αφού έχει ήδη ενηλικιωθεί με τη συμπλήρωση του 18° έτους της ηλικίας του στις 28-8-2005. Ειδικότερα, από τα αναφερόμενα στην αγωγή και από τα προαποδεικτικώς προσκομιζόμενα από τους διαδίκους έγγραφα, ήτοι από την υπ' αριθμ. ... ληξιαρχική πράξη γάμου του

Ληξιάρχου Αθηνών, την οριστική απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, και το από 14-1-1999 διαζευκτήριο της Αρχιεπισκοπής Αθηνών, προκύπτει ότι ο γάμος της εναγομένης με τον Α που τελέστηκε στην ... στις 27-7-1985 λύθηκε λόγω τετραετούς διαστάσεως με τη παραπάνω απόφαση, η οποία έγινε αμετάκλητη στις 18-12-1998.

Συνεπώς, τα άνω τέκνα της εναγομένης καλύπτονται από το τεκμήριο καταγωγής από γάμο του άρθρου 1465 Α.Κ., με τεκμαιρόμενο πατέρα το σύζυγο της εναγομένης μητέρας τους, κατά τη γέννησή τους Α. Δεν είναι επομένως τέκνα γεννημένα εκτός γάμου, εφόσον δεν έχει ανατραπεί με αγωγή προσβολής πατρότητας το άνω τεκμήριο, από κάποιο από τα νομιμοποιούμενα προς τούτο πρόσωπα, και δεν έχει συνακόλουθα εκδοθεί αμετάκλητη δικαστική απόφαση με την οποία να έχει γίνει δεκτή η αγωγή (βλ. υπ' αριθμ. , ... πιστοποιητικά του Γραμματέα του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών περί μη ασκήσεως σχετικής αγωγής). Επομένως, η προηγούμενη από τον ενάγοντα εκούσια αναγνώριση του δεύτερου τέκνου, Ω με σχετική δήλωσή του στο Δημαρχείο ..., ανεξαρτήτως του εάν έχει τηρηθεί ή όχι ο απαιτούμενος κατά το δίκαιο του τόπου που επιχειρήθηκε τύπος, δεν παράγει έννομα αποτελέσματα εφόσον δεν έχει προηγηθεί ανατροπή του τεκμηρίου καταγωγής από γάμο, δεδομένου ότι λόγω της ελληνικής ιθαγένειας της εναγομένης και του συζύγου της, κατά το χρόνο γέννησης των άνω τέκνων της, Α, εφαρμογή έχει κατά τα άρθρα 17 και 14 το Ελληνικό Δίκαιο και όχι το Αγγλικό όπως αβάσιμα ι-

σχυρίζεται ο ενάγων, λόγω της Αγγλικής του ιθαγένειας.

Το Ελληνικό Δίκαιο δεν έρχεται σε αντίθεση με τα οριζόμενα από την άνω Ευρωπαϊκή Σύμβαση (Ν. 1702/1987) με την οποία ρυθμίζεται το νομικό καθεστώς των τέκνων που γεννήθηκαν χωρίς γάμο των γονέων τους. Επομένως, εφόσον δεν θεμελιώνεται νομική, συγγενική σχέση, πατέρα - τέκνου, του ενάγοντος προς τα άνω τέκνα της εναγομένης, η οποία προϋποθέτει ανατροπή του τεκμηρίου καταγωγής τους από γάμο και εν συνεχεία αναγνώριση της πατρότητάς τους, ανεξαρτήτως του εάν αυτός είναι ή όχι ο φυσικός, βιολογικός τους πατέρας, η ένδικη αγωγή του, που έχει ως αντικείμενο την ανάθεση σ' αυτόν της γονικής μέριμνας, ή της επιμέλειας ή τη ρύθμιση του δικαιώματος επικοινωνίας του με αυτά, είναι μη νόμιμη. Ενόψει δε του ότι το δικαίωμα του ενάγοντος εκ του άρθρου 1496 παρ. 5 Α.Κ. για άσκηση της αγωγής προσβολής πατρότητας του δεύτερου τέκνου Ω έχει ήδη υποκύψει στην διετή αποσβεστική προθεσμία του άρθρου 1470 παρ. 5 Α.Κ., δεν συντρέχει λόγος εφαρμογής του άρθρου 621 Κ.Πολ.Δ., προκειμένου να ταχθεί προθεσμία προς άσκηση τέτοιας αγωγής, ενώ για το πρώτο τέκνο, Β, το οποίο, όπως, προαναφέρεται, έχει ήδη ενηλικιωθεί δεν τίθεται θέμα πλέον άσκησης γονικής μέριμνας ή επιμέλειας. Πρέπει να σημειωθεί ότι οι άνω χρονικοί περιορισμοί και οι δικονομικές προϋποθέσεις δεν αναιρούν το δικαίωμα του ενάγοντος, ούτε εμποδίζουν αυτόν να το ασκήσει μέσα στα πλαίσια που ορίζονται από τις σχετικές διατάξεις, οι οποίες έ-

χουν γνώμονα τη διαφύλαξη του συμφέροντος των ανηλίκων τέκνων. Κατ’ ακολουθία των ανωτέρω, το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δεν έσφαλε που με την εκκαλουμένη απόφαση απέρριψε ως μη νόμιμη την αγωγή του ενάγοντος και τα αντίθετα που υποστηρίζονται με όλους τους λόγους της έφεσης, καθώς και τους προσθετους λόγους αυτής, είναι αβάσιμα και απορριπτέα. Πρέπει συνεπώς να απορρι-

φθούν η έφεση και οι πρόσθετοι λόγοι αυτής ως ουσιαστικά αβάσιμοι. Με την κρίση του αυτή το Εφετείο σωστά ερμήνευσε και εφάρμοσε τις διατάξεις ουσιαστικού δικαίου που προαναφέρθηκαν. Επομένως, οι πρώτος και δεύτερος λόγοι αναιρέσεως από το εδάφιο 1 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ, με τους οποίους υποστηρίζονται τα αντίθετα είναι αβάσιμοι και πρέπει ν’ απορριφθούν.

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Β1 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 572/2009

Πρόεδρος: Ηλίας Γιαννακάκης, (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Αθανάσιος Θεμέλης, Ειρήνη Αθανασίου, Βαυβάρα Κριτσωτάκη και Νικόλαος Πάσσος, (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόρος: Κυριάκος Παραβάντης

Άρθρα: 559 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, 173, 200, 63, Α.Ν., 3026/1954, 16 Ν. 1366/1983.

(Α' ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ, Δ/ΝΗ 2009/1030, ΧΡΙΑ 2010/37) Δικηγόροι. Απαγορεύεται ο δικηγόρος να παρέχει τις υπηρεσίες του με πάγια περιοδική αμοιβή σε περισσότερους από έναν εντολείς. Συμβάσεις που συνάπτονται παρά την ανωτέρω απαγόρευση είναι αυτοδικαίως άκυρες και δεν υπάρχει ούτε αξίωση από αδικαιολόγητο πλουτισμό. Τα προαναφερόμενα δεν έχουν εφαρμογή όταν ο δικηγόρος που παρέχει τις υπηρεσίες του με έμμισθη εντολή, έχει προσληφθεί παράλληλα με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου σε Υπουργείο ως ειδικός σύμβουλος ή συνεργάτης ή στο ειδικό επιστημονικό προσωπικό. (Απόρριψη της 1309/2008 Εφετείου Αθηνών).

Ι. Η νομική αοριστία της αγωγής που συνδέεται με τη νομική εκτίμηση του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου ελέγχεται ως παράβαση από τον αριθ. 1 του άρθ. 559 Κ.Πολ.Δ, εάν το δικαστήριο για τον σχηματισμό της, περί νομικής επάρκειας της αγωγής, κρίσης του αξίωσε περισσότερα στοιχεία από όσα απαιτεί ο νόμος προς θεμελίωση του δικαιώματος ή αρκέσθηκε σε λιγότερα. Εξάλλου, από τον συνδυα-

σμό των διατάξεων των αρ. 713 Α.Κ. και 216 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ προκύπτει, ότι στοιχεία της αγωγής που έχει ως αίτημα, επί συμβάσεως έμμισθης εντολής δικηγόρου, την καταβολή των παγίων αντιμισθιών υπερημερίας για να είναι αυτή ορισμένη είναι η ύπαρξη έγκυρης σύμβασης εντολής, η συμβατική ή νόμιμη πάγια περιοδική αντιμισθία και η άρνηση του εντολέα ν’ αποδεχθεί τις νομικές υπηρεσίες που

του προσέφερε πραγματικά και με τον προσήκοντα τρόπο (ενώ μπορεί να περιληφθεί σ' αυτήν καθ' υποφοράν, για την περίπτωση που ο εντολέας προτείνει την ένσταση της καταγγελίας της σύμβασης, η αντένσταση ότι η καταγγελία είναι άκυρη). Στην κρίσιμη υπόθεση, όπως προκύπτει από την επιτρεπτή κατ' αρ. 561 παρ.2 Κ.Πολ.Δ επισκόπηση των διαδικαστικών εγγράφων και δη της ένδικης από 29-5-2006 αγωγής τους ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσίβλητοι ισχυρίστηκαν με αυτήν, ότι με έγγραφη σύμβαση έμμισθης εντολής που συνήψαν την 20-9-2000 με την εναγομένη και τώρα αναιρεσείουσα εταιρεία ανέλαβαν από κοινού την παροχή προς αυτήν νομικών συμβουλών σε όλους τους τομείς του δικαίου, κατά τα ειδικότερα εκεί αναφερόμενα, αντί συνολικής και για τους δύο μηνιαίας αντιμισθίας 200.000 δρχ., αναπροσαρμοζομένης κατά 10% ετησίως, ότι με βάση την σύμβαση αυτή προσέφεραν συνεχώς και κατά τρόπο άμεμπτο τις υπηρεσίες τους στην εναγομένη, ότι την 29-4-2006 η εναγομένη κατήγγειλε την μεταξύ τους σύμβαση, ότι η καταγγελία αυτή ήταν άκυρη ως καταχρηστική για τους αναφερόμενους στην αγωγή λόγους, και ότι κατά συνέπεια η εναγομένη, αρνούμενη να δεχθεί τις προσηκόντως προσφερόμενες υπηρεσίες τους που έχουν θέσει στην διάθεσή της, περιήλθε σε υπερμερία, με βάση δε τα πραγματικά αυτά περιστατικά ζήτησαν να υποχρεωθεί η εναγομένη να καταβάλει σ' αυτούς τα παρατιθέμενα στην αγωγή ποσά για μισθό του μηνός Απριλίου 2006, μισθούς υπερμερίας, ε-

πιδόματα Πάσχα και Χριστουγέννων, αποζημίωση και επιδόματα αδείας. Με το περιεχόμενο αυτό η ένδικη αγωγή ήταν πλήρως ορισμένη και επομένως ο περί του αντιθέτου πρώτος λόγος αναιρέσης αληθώς μόνον από τον αρ. 1 του αρ. 559 Κ.Πολ.Δ και όχι και από τον αριθ. 14 (αφού αποδίδεται στην αγωγή νομική αοριστία), ανεξάρτητα από την αοριστία του, καθόσον δεν προσδιορίζεται στο αναιρετήριο η συγκεκριμένη διάταξη του ουσιαστικού δικαίου που παραβιάστηκε (άρθρ. 118 αριθ. 4, 566 παρ. 1, 577 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ) πρέπει ν' απορριφθεί ως αβάσιμος.

II. Κατά την διάταξη του άρθρου 559 αριθ. 1 εδ. β' Κ.Πολ.Δ ανáιρεση επιτρέπεται και αν παραβιάστηκε κανόνας ουσιαστικού δικαίου, στον οποίο περιλαμβάνονται και οι ερμηνευτικοί κανόνες των δικαιοπραξιών των αρ. 173 και 200 Α.Κ. που ορίζουν το μεν πρώτο ότι κατά την ερμηνεία της δήλωσης βούλησης αναζητείται η αληθινή βούληση χωρίς προσήλωση στις λέξεις το δε δεύτερο ότι οι συμβάσεις ερμηνεύονται όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη. Οι ως άνω γενικοί ερμηνευτικοί κανόνες εφαρμόζονται από το δικαστήριο της ουσίας, όταν, κατά την ανέλεγκτη ως προς αυτό κρίση του, διαπιστώνει ότι υπάρχει στην σύμβαση κενό ή αμφιβολία σχετική με τη δήλωση της βούλησης των συμβαλλομένων. Η διαπίστωση αυτή του δικαστηρίου μπορεί, είτε ν' αναφέρεται στην απόφαση ρητά, είτε να προκύπτει απ' αυτήν έμμεσα, τούτο δε συμβαίνει, όταν, παρά την μη ρητή αναφορά της διαπίστωσής του ή ακόμη και παρά

την ρητή διαβεβαίωση της ανυπαρξίας της, το δικαστήριο προβαίνει σε ερμηνεία της σύμβασης, η οποία ερμηνεία, αποκάλυπτει ότι το δικαστήριο αντιμετώπισε κενό ή αμφιβολία σχετικά με την δήλωση βούλησης των συμβαλλομένων, τα οποία ακριβώς δημιούργησαν την ανάγκη να καταφύγει σε ερμηνεία της. Η έμμεση αυτή διαπίστωση κενού ή αμφιβολίας μπορεί να προκύπτει και από το γεγονός, ότι το δικαστήριο για την αληθινή έννοια της σύμβασης έλαβε υπόψη και άλλα αποδεικτικά στοιχεία που βρίσκονται έξω από το κείμενο της σύμβασης ή χρησιμοποίησε επιχειρήματα. Πάντως, μόνη η παράλειψη του δικαστηρίου της ουσίας ν' αναφέρει ρητά στην απόφασή του ότι για την εξεύρεση της αληθινής βούλησης των συμβαλλομένων προσέφυγε στους ερμηνευτικούς κανόνες των ως άνω διατάξεων του Α.Κ. δεν συνιστά παραβίαση των διατάξεων αυτών, εφόσον στην απόφαση εκτίθενται τα περιστατικά, από τα οποία προκύπτει η εφαρμογή των κανόνων αυτών. Στην προκειμένη περίπτωση το Εφετείο Αθηνών, κρίνοντας ύστερα από έφεση της ήδη αναιρεσείουσας ανώνυμης εταιρείας επί αγωγής των τώρα αναιρεσιβλήτων που αφορούσε αξιώσεις τους από σύμβαση έμμισθης εντολής, δέχθηκε με την προσβαλλόμενη με αριθ. απόφαση τους μεταξύ άλλων, ότι οι ενάγοντες είναι σύζυγοι και δικηγόροι εγγεγραμμένοι στον Δικηγορικό Σύλλογο Αθηνών, ότι με την ιδιότητα αυτή συνήψαν την από 20-9-2000 σύμβαση έμμισθης εντολής με την εναγομένη εταιρεία για την παροχή σ' αυτήν νομικών συμβουλών επί 10 ώρες το μήνα σε όλους τους τομείς του δικαίου με

πάγια συνολική μηνιαία αμοιβή 200.000 δρχ., ότι στο έγγραφο της σύμβασης φέρονται ως συμβαλλόμενοι η εναγόμενη διά των νομίμων εκπροσώπων της και "το Δικηγορικό Γραφείο Ψ1 και Ψ2 και Συνεργάτες", ότι η αληθινή βούληση των μερών ήταν η σύμβαση να καταρτισθεί μόνο μεταξύ των εναγόντων ως δικηγόρων, οι οποίοι και υπέγραψαν την σύμβαση, και όχι και άλλων συνεργατών των γραφείων τους, δεδομένου ότι το δικηγορικό γραφείο των εναγόντων δεν είχε νομική προσωπικότητα και οι ενάγοντες δεν ενεργούσαν, ούτε είχαν πληρεξουσιότητα να ενεργήσουν για λογαριασμό και άλλων συγκεκριμένων δικηγόρων, κατά την διάρκεια δε λειτουργίας της σύμβασης μόνον οι ενάγοντες παρείχαν συμβουλές και συμμετείχαν σε συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της εναγομένης και όχι οποιοσδήποτε άλλος συνεργάτης τους δικηγόρος. Από τις παραδοχές αυτές της προσβαλλόμενης απόφασης προκύπτει σαφώς, ότι το Εφετείο διαπίστωσε, κατά την αναιρετικά ανέλεγκτη ως προς το σημείο αυτό κρίση του αμφιβολία ως προς την αληθινή βούληση των συμβληθέντων μερών στην σύμβαση έμμισθης εντολής και εφήρμοσε προς εύρεσή της τους ερμηνευτικούς κανόνες των άρθρ. 173 και 200 Α.Κ., παρά την μη ρητή αναφορά στην απόφαση ότι προσέφυγε στους ερμηνευτικούς αυτούς κανόνες, η έμμεση δε αυτή διαπίστωση προκύπτει από το γεγονός ότι το δικαστήριο για την εύρεση της αληθινής έννοιας της σύμβασης έλαβε υπόψη και αποδεικτικά στοιχεία εκτός της σύμβασης (ότι οι ενάγοντες δεν ενήργησαν, ούτε είχαν πληρεξουσιότητα να ε-

νεργήσουν για λογαριασμό και άλλων δικηγόρων καθώς και ότι κατά την διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης μόνον οι ενάγοντες παρείχαν συμβουλές και συμμετείχαν σε συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της εναγομένης) και χρησιμοποίησε επιχειρήματα (ότι το δικηγορικό γραφείο των εναγόντων δεν είχε νομική προσωπικότητα). Με την κρίση του αυτή το Δικαστήριο, εφόσον δέχθηκε, εμμέσως πλην με σαφήνεια, ότι υπήρχε στην επίμαχη σύμβαση αμφιβολία σχετικά με την αληθινή βούληση των συμβληθέντων μερών και στην συνέχεια προς άρση της αμφιβολίας αυτής προσέφυγε στους ερμηνευτικούς κανόνες των άρθρων 173 και 200 Α.Κ., αφού από τα ως άνω εκτιθέμενα στην απόφαση περιστατικά προκύπτει η εφαρμογή των κανόνων αυτών, ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε τις ως άνω ουσιαστικού δικαίου διατάξεις και διέλαβε πλήρεις, σαφείς και χωρίς αντιφάσεις σχετικές αιτιολογίες, χωρίς να δεχθεί ότι η επίμαχη σύμβαση ήταν σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου, ως εκ τούτου δε πρέπει ν' απορριφθούν ως αβάσιμοι οι αντίθετοι δεύτερος και τρίτος λόγοι αναιρέσεως αντίστοιχα, από τους αριθμούς 1 και 19 του αρ. 559 Κ.Πολ.Δ).

III. Από το αρ. 63 Α του κυρωθέντος με το Ν.Δ. 3026/1954 Κώδικα περί Δικηγόρων που προστέθηκε με το αρ. 1 Ν. 1093/1980 και αντικαταστάθηκε με το άρθρ. 16 Ν. 1366/1983 προκύπτει, ότι απαγορεύεται στον δικηγόρο να παρέχει τις νομικές ή δικηγορικές υπηρεσίες του με πάγια περιοδική αμοιβή σε περισσότερους από έναν εντολείς και ότι συμβάσεις συναπτόμενες κατά παράβαση των διατάξεων αυ-

τών είναι αυτοδίκαια άκυρες και δεν υπάρχει ούτε αξίωση για αδικαιολόγητο πλουτισμό. Από την διάταξη αυτή προκύπτει επίσης, ότι η απαγόρευση αυτή δεν καταλαμβάνει τους δικηγόρους που παρέχουν τις νομικές ή δικηγορικές υπηρεσίες τους, σε κάποιον εντολέα με σύμβαση έμμισθης εντολής, με πάγια περιοδική αμοιβή και συγχρόνως έχουν προσληφθεί με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου σε Υπουργείο ως ειδικοί σύμβουλοι ή ειδικοί συνεργάτες ή επιστημονικοί συνεργάτες, ή στο ειδικό επιστημονικό προσωπικό, αφού πρόκειται για διαφορετικής νομικής υφής σύμβαση με διαφορετικό αντικείμενο και περιεχόμενο. Στην προκειμένη περίπτωση το Εφετείο δέχθηκε περαιτέρω με την προσβαλλομένη απόφασή του, ότι ο πρώτος ενάγων είχε προσληφθεί την 24-3-1994 με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου στη Γενική Γραμματεία Τύπου και Πληροφοριών του Υπουργείου Προεδρίας της Κυβέρνησης, ως μέλος του ειδικού επιστημονικού προσωπικού και ότι η σχέση που τον συνέδεε με την Γενική Γραμματεία Τύπου δεν ήταν έμμισθη εντολή κατά την έννοια του αρ. 63 Α του Κώδικα περί Δικηγόρων και συνεπώς εγκύρως συνήψε τέτοια σύμβαση με την εναγομένη. Με τις παραδοχές αυτές το Εφετείο διέλαβε στην απόφασή του πλήρεις, αν και συνοπτικές, σαφείς και χωρίς αντιφάσεις αιτιολογίες για το ζήτημα αυτό και επομένως πρέπει ν' απορριφθεί ως αβάσιμος ο περί του αντιθέτου τέταρτος λόγος αναιρέσεως από το άρθρο 559 αριθ.19 Κ.Πολ.Δ.

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Ειδική διαδικασία εργατικών διαφορών) - Αριθ. 402/2010

Δικαστής: Ηλίας Πολλάκης, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Ευτυχία Κατσαρού, Μαρίνα Μιχελάκη

Άρθρα: 103 Συντάγματος, 21 Ν. 2190/1994, Οδηγία 1999/70/ΕΚ, αρθρ. 8 Ν. 2112/1920 και Π.Δ. 164/2004

Δεν υφίσταται νομικό έρεισμα χαρακτηρισμού των πολλαπλών και διαδοχικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, ακόμη και αν καλύπτουν πάγιες και διαρκείς ανάγκες του Ν.Π.Δ.Δ., ως συμβάσεων αορίστου χρόνου. Νομολογία: Ολ.Α.Π. 20/2007, Α.Π. 438/2009 και Σ.τ.Ε 1041/2009.

Η ενάγουσα με την υπό κρίση αγωγή της, εκθέτει ότι απασχολήθηκε από το εναγόμενο με τις ιδιότητες που αναφέρει, με διαδοχικές συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου. Ότι οι υπηρεσίες που προσέφερε στο εναγόμενο κάλυπταν εξ' αρχής πάγιες και διαρκείς ανάγκες του και ότι η σύναψη διαδοχικών πολλαπλών συμβάσεων εργασίας από πλευράς του εναγομένου ήταν καταχρηστική γι' αυτή, αφού οι πολλαπλές συμβάσεις εργασίας που συνάπτονταν μεταξύ τους, υπέκρυπταν σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου. Ζητεί δε, επικαλούμενη έννομο συμφέρον, να αναγνωριστεί ότι συνδέεται με το εναγόμενο με σύμβαση εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου από την πρώτη ημέρα εργασιακής της απασχόλησης, να υποχρεωθεί το εναγόμενο να προβεί στη σύναψη με αυτήν συμβάσεως εξαρτημένης εργασίας αορίστου χρόνου, κατ' εφαρμογή της με αριθμό 70/1999 οδηγίας, καθώς και να καταδικαστεί το εναγόμενο στα δικαστικά έξοδά της. Με αυτό το περιεχόμενο και αιτήματα η αγωγή παραδεκτώς και αρμοδίως μεν εισάγεται για να συζητηθεί ενώπιον του Δικαστηρίου αυτού (άρθρα 16 αριθμ. 2, 25 και 664 Κ.Πολ.Δ) κατά την

ειδική διαδικασία των εργατικών διαφορών (άρθρα 663 επ. Κ.Πολ.Δ), πλην όμως δεν είναι νόμιμη, καθώς δεν καταλείπεται από το νομοθέτη πεδίο εκτίμησης των συμβάσεων αυτών, κατ' ορθό νομικό χαρακτηρισμό της έννομης σχέσης κατά τη δικαστική διαδικασία, ως συμβάσεων αορίστου χρόνου, στην περίπτωση που αυτές καλύπτουν πάγιες και διαρκείς ανάγκες, αφού, έστω και αν τούτο συμβαίνει, ο εργοδότης, βάσει των διατάξεων του άρθρου 103 του Συντάγματος και του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994, δεν έχει ευχέρεια για τη σύναψη σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου, ενώ ούτε και σύμφωνα με την Οδηγία 1999/70/ΕΚ του συμβουλίου το άρθρο 8 του Ν. 2112/1920 έχει εφαρμογή κατά το μεσοδιάστημα από 10-7-2002 (ημερομηνία λήξης της προθεσμίας προσαρμογής) μέχρι την έναρξη της ισχύος του Π.Δ. 164/2004, αλλά βέβαια και μετά την έναρξη ισχύος του Π.Δ./τος αυτού (βλ. Ολ.Α.Π. 20/2007, δημ. «Νόμος», Ολ.Α.Π. 19/2007 δημ. «Νόμος»). Επομένως, πρέπει να απορριφθεί η αγωγή στο σύνολό της και να επιβληθούν σε βάρος της ενάγουσας τα δικαστικά έξοδα του εναγομένου.

Ειρηνοδικείο Ηρακλείου (Ειδική διαδικασία εργατικών διαφορών) - Αριθ. 481/2010

Ειρηνοδίκης: Ιωάννα Γρηγορίου

Δικηγόροι: Βιβή Δερμιτζάκη, Μανόλης Καρνίκης

Άρθρα: 48 παρ. 3, 52 εδ. γ Ν.Α. 469/1974

Μετά την έκδοση της ΑΕΔ 9/2009 δεν αμφισβητείται πλέον ότι επί αξιώσεων υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ. ισχύει η βραχυπρόθεσμη (διετής) παραγραφή και ότι δεν αντίκειται η διάταξη του άρθρ. 48 παρ. 3 Ν.Α. 469/1974 που τη θεσπίζει, στην κατ' άρθρο 4 παρ. 1 ισχ. Συντ/κή αρχή της ισότητας. Μάλιστα η σχετική ένσταση παραγραφής λαμβάνεται υπόψη και αντεπαγγέλτως από το Δικαστήριο για λόγους δημοσίου συμφέροντος.

Επειδή, το Ν.Α. 496/1974 "περί Λογιστικού των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου" (ΦΕΚ Α' 204) ορίζει στο άρθρο 44 παρ. 1 ότι: "Παν χρέος προς το νομικό πρόσωπο παραγράφεται, εφόσον δεν ορίζεται άλλως υπό των διατάξεων του παρόντος, μετά πέντε έτη από της λήξεως του οικονομικού έτους εντός του οποίου εβεβαιώθη. ...", στο άρθρο 48 ότι 1. "Ο χρόνος παραγραφής των χρηματικών αξιώσεων κατά του Ν.Π.Δ.Δ. είναι πέντε ετών, εφόσον δεν ορίζεται άλλως υπό του παρόντος. 2. ... 3. Ο χρόνος παραγραφής των κατά του νομικού προσώπου αξιώσεων των υπαλλήλων τούτου των επί σχέσει δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου μετ' αυτού συνδεομένων, εκ καθυστερουμένων αποδοχών ή άλλων πάσης φύσεως απολαβών ή αποζημιώσεων εξ αδικαιολογήτου πλουτισμού είναι δύο ετών. 4. ...", στο άρθρο 49 ότι: "Η παραγραφή άρχεται από του τέλους του οικονομικού έτους καθ' ο εγεννήθη η αξίωσις και είναι δυνατή η δικαστική αυτής επιδίωξις" και στο άρθρο 51 ότι: α) "Φυλαττομένης της ισχύος των ειδικών διατάξεων, η παραγραφή των χρηματικών αξιώσεων κατά του νομικού προσώπου διακόπτεται μόνο κατόπιν

πράξεως των διαδίκων, του δικαστηρίου ή των διαιτητών, β) Δια της υποβολής προς το νομικόν πρόσωπον αιτήσεως περί πληρωμής της απαιτήσεως, οπότε η παραγραφή άρχεται εκ νέου από της χρονολογίας την οποίαν φέρει η έγγραφος αίτησις της αρμοδίας δια την αναγνώρισιν ή την πληρωμήν της απαιτήσεως Αρχής. Εν περιπτώσει μη απαντήσεως η παραγραφή άρχεται μετά πάροdon εξαμήνου από της χρονολογίας υποβολής της αιτήσεως. ... γ) ...". Εξάλλου, το ανωτέρω Ν.Δ/γμα 496/1974 ορίζει στο άρθρο 50 ότι: "Αι περί αναστολής της παραγραφής διατάξεις των άρθρων 257 έως 259 του Αστικού Κωδικός, εφ' όσον δεν ορίζεται άλλως, εφαρμόζονται και επί των χρηματικών αξιώσεων κατά του νομικού προσώπου. Επίσης η παραγραφή αναστέλλεται, εφ' όσον χρόνον ο δικαιούχος ένεκεν ανωτέρας βίας εκωλύθη να ασκήση την αξιώσιν του εντός του τελευταίου εξαμήνου του χρόνου παραγραφής". Από τις παρατεθείσες στην προηγούμενη σκέψη διατάξεις των παραγράφων 1 και 3 του άρθρου 48 του Ν.Δ/τος 496/1974 προκύπτει ότι οι αξιώσεις των υπαλλήλων των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου α-

πό καθυστερούμενες αποδοχές ή απολαβές, οποιασδήποτε φύσεως, ή αποζημιώσεις από αδικαιολόγητο πλουτισμό, οι οποίες ορίζονται και οφείλονται απ' ευθείας από το νόμο και των οποίων την πληρωμή αρνείται ή καθυστερεί το νομικό πρόσωπο για οποιοδήποτε λόγο, σύμφωνα με την έννοια, την οποία προσδίδουν τα όργανα του στο νόμο, από την οποία όμως, άρνηση ή καθυστέρηση δεν παρακωλύεται η δικαστική επιδίωξη της αξιώσεως, υπόκεινται σε διετή παραγραφή. Η πενταετής παραγραφή, αντιθέτως, ισχύει όταν για την θεμελίωση του επί των αποδοχών ή των πάσης φύσεως απολαβών δικαιώματος απαιτείται η έκδοση πράξεως του νομικού προσώπου, την οποία παρανόμως παραλείπουν να εκδώσουν τα όργανά του, δηλαδή όταν δεν πρόκειται για ευθεία αγωγή, λόγω αρνήσεως ή καθυστέρησης καταβολής αποδοχών, αλλά για αγωγή αποζημιώσεως, λόγω παραλείψεως οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας των οργάνων του νομικού προσώπου, σύμφωνα με τα άρθρα 105 και 106 του Εισαγωγικού Νόμου του Αστικού Κώδικα. Η προβλεπόμενη από την παραπάνω διάταξη του άρθρου 48 παρ. 3 του Ν.Δ/τος 496/1975, για τις πιο πάνω αξιώσεις των υπαλλήλων των Ν.Π.Δ.Δ., βραχυπρόθεσμη (διετής) παραγραφή, ο χρόνος της οποίας είναι μικρότερος από τον οριζόμενο στο άρθρο 44 του ίδιου Ν. Δ/τος χρόνο παραγραφής των χρηματικών απαιτήσεων του νομικού προσώπου κατά τρίτων (πενταετία), έχει θεσπισθεί για λόγους γενικότερου δημόσιου συμφέροντος και, συγκεκριμένα, από την ανάγκη ταχείας

εκκαθαρίσεως αξιώσεων, απορρεουσών από περιοδικές (κατά μήνα) παροχές και των αντιστοίχων υποχρεώσεων των Ν.Π.Δ.Δ., η οποία είναι απαραίτητη για την προστασία της περιουσίας και της οικονομικής κατάστασης αυτών, στην οποία συμβάλλουν οι φορολογούμενοι πολίτες με την καταβολή φόρων. Συνεπώς η διάταξη αυτή του άρθρου 48 παρ. 3 του Ν. Δ/τος 496/1974, που θεσπίζει διετή παραγραφή για τις ρηθείσες αξιώσεις των υπαλλήλων των Ν.Π.Δ.Δ., δεν αντίκειται στην κατά το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος αρχή της ισότητας. (ΑΕΔ 9/2009 Ελλ.Δ/νη 2009 676, Ολ.Α.Π. 31/2007, 38/2005, 22/2005, Α.Π. 281/2009, Α.Π. 1865/2008 Ελλ.Δ/νη 2009. 168, Α.Π. 1491/2007 Ελλ.Δ/νη 2009. 510). Εξάλλου, ένσταση που λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως είναι και η στηριζόμενη στο άρθρο 48 § 3 του Ν.Δ. 496/1974 ένσταση παραγραφής των κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου αξιώσεων των υπαλλήλων του, για την οποία ορίζεται στο άρθρο 52 εδ. γ' του ίδιου Ν.Δ. ότι λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως από τα δικαστήρια. Η ρύθμιση αυτή δεν είναι αντίθετη προς το άρθρο 106 του Κ.Πολ.Δ, το οποίο ορίζει ότι το δικαστήριο ενεργεί μόνο ύστερα από αίτηση των διαδίκων και αποφασίζει με βάση τους πραγματικούς ισχυρισμούς που προτείνουν και αποδεικνύουν και τις αιτήσεις που υποβάλλουν, αφού η ίδια διάταξη προβλέπει περαιτέρω εξαίρεση από την καθιερούμενη με αυτήν αρχή της διαθέσεως της συζητήσεως "αν ο νόμος ορίζει διαφορετικά". Εξάλλου, η αυτεπάγγελτη έρευνα της πα-

ραγραφής από τα δικαστήρια που ισχύει για το Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. και θεσπίσθηκε για λόγους δημοσίου συμφέροντος, προκειμένου να αποτραπεί η τυχόν υπαίτια ή και ανυπαίτια παράλειψη των εκπροσώπων τους να προτείνουν τη σχετική ένσταση, είναι συνταγματικά θεμιτή και δεν αντίκειται στις διατάξεις των άρθρων 110 § 1 Κ.Πολ.Δ, 4 § 1 και 20 του Συντάγματος και 6 § 1 της Ε.Σ.Δ.Α., που εξασφαλίζουν σε κάθε πρόσωπο το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας με το συνανκλόουθο δικαίωμα να παρίστανται σε όλες τις συζητήσεις της υποθέσεως, να αναπτύσσουν τις απόψεις τους και να δικάζονται δίκαια και αμερόληπτα. Η διασφαλιζόμενη από τις διατάξεις αυτές δικαστική προστασία δεν έχει σχέση με την αυτεπάγγελτη εξέταση και λήψη υπόψη της παραγραφής από τα δικαστήρια, αφού η αυτεπάγγελτη αυτή ενέργεια του δικαστηρίου δεν παραβιάζει το δικαίωμα των αντιδίκων του Ν.Π.Δ.Δ. να προβάλλουν όλες τις αντενστάσεις που τους παρέχει το ουσιαστικό και δικονομικό δίκαιο για την απόκρουση της παραγραφής. Τέλος, η ως άνω διάταξη του άρθρου 52 εδ. γ' του Ν.Δ. 496/1974 δεν είναι αντίθετη και προς τις διατάξεις του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., οι οποίες επιβάλλουν το σεβασμό της περιουσίας, αφού οι διατάξεις αυτές εμποδίζουν το νομοθέτη να καταργεί και ενοχικά ακόμη δικαιώματα που αποτελούν αντικείμενο εκκρεμών δικών, με τη μέθοδο της αναδρομικής παραγραφής αυτών και όχι να θεσπίζει γενικώς κανόνες για την παραγραφή των αξιώσεων και την αυτεπάγγελ-

τη ή μη λήψη αυτής υπόψη από το δικαστήριο (Ολ.Α.Π. 38/2005, Ολ.Α.Π. 11/2003, Α.Π. 272/2009, Α.Π. 187/2009). Σύμφωνα με τα παραπάνω οι προαναφερόμενες αξιώσεις των εναγόντων που είχαν γεννηθεί μέχρι 31-12-2005 παραγράφηκαν, εφόσον η υπό κρίση αγωγή ασκήθηκε στις 22-12-2008 (Βλ. την έκθεση επιδόσεως του Δικαστικού Επιμελητή του Πρωτοδικείου Ηρακλείου), δεδομένου ότι υπέπεσαν στη διετή παραγραφή από το τέλος του οικονομικού έτους μέσα στο οποίο γεννήθηκαν οι αξιώσεις τους και ήταν δυνατή η δικαστική επιδίωξή τους, της παραγραφής ερευνωμένης αυτεπαγγέλτως, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παραπάνω νομική σκέψη. Να σημειωθεί ότι η παραγραφή των αξιώσεων των εναγόντων από κανένα στοιχείο δεν προέκυψε ότι διακόπηκε με κάποιον από τους νόμιμους τρόπους διακοπής της παραγραφής που αναφέρονται στο άρθρο 51 του ως άνω Ν.Δ. 496/1974, ήτοι με άσκηση αγωγής, υποβολή αιτήσεως προς το νομικό πρόσωπο περιπληρωμής της απαιτήσεως ή έκδοση τίτλου πληρωμής. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και αν υποτεθεί ότι είναι αληθινό το γεγονός ότι ο εναγόμενος Δήμος όφειλε τα αιτούμενα ποσά στους ενάγοντες, η υπό κρίση αγωγή πρέπει να απορριφθεί ως ουσιαστικά αβάσιμη, εφόσον η σχετική αξίωσή τους έχει παραγραφεί, όπως προαναφέρθηκε. Η δικαστική δαπάνη πρέπει να συμψηφιστεί μεταξύ των διαδίκων, όπως ορίζεται στο διατακτικό, ενόψει της ιδιαίτερης δυσχέρειας ως προς την ερμηνεία των εφαρμοστέων κανόνων δικαίου (άρθρο 179 Κ.Πολ.Δ).

ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 29/2009

Πρόεδρος: Επαμεινωνδία Κουσκούκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

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

Δικηγόροι: Αικατερίνη Κοσμαδάκη, Ελευθερία Τοίτα

Άρθρα: 93 παρ. 2, 3, 106 παρ. 1 & 3 Ν. 3588/2007 (Πτωχ Κωδ.)

Η υπαγωγή του οφειλέτη στη διαδικασία συνδιαλλαγής προϋποθέτει οικονομική αδυναμία παρούσα ή προβλέψιμη χωρίς εισόδο στο στάδιο παύσης των πληρωμών.

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 πλαίσιά 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 απαιτήσε-

ων, 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 εισόδο 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 παραδοκούς λόγους οικονομικής στενότητας ή σε

λόγους δικαιολογημένης αργυθμίας πληρωμών. Δεν απαιτείται η οικονομική αδυναμία 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 αναγκαιών πρώτων υλών, υπολειτουργία της επιχείρησης, δυσχέρειες στην κάλυψη αποθεμάτων, προβλήματα και διεκδικήσεις προσωπικού μη αντιμετωπίσιμες, 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 διαδικα-

σία 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 εμπει-

ρογνώμονα 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", αρκείται σε πιθανολόγηση του ουσία βάσιμου του αιτήματος, στηριζόμενο στην έκθεση του εμπειρογνώμονα, εφόσον τούτος ορίσθηκε. Εάν αποφασίσει το "άνοιγμα της διαδικασίας συνδιαλλαγής", ορίζει μεσολαβητή, που επιλέγει από τον κατάλογο των πραγματογνομόνων. 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 απαίτησή 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 επι-

χείρησης 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 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 (Π.Πρ.Θεσ 28664/2008, ΕΠΙΣΚΕΜΠΔ 2008, σελ. 911, βλ. επίσης Π.Πρ.Αθ 670/2008, ΔΕΕ 2008, σελ. 1265).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 4210/2009

Πρόεδρος: Δομνίκη Λασπά (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Νικόλαος Σκουλάς, Αντώνιος Επιτροπάκης, Γεωργία Επιτροπάκη

Άρθρα: 13, 19, 22 Ν. 146/1914, 4, 5 Ν. 1089/1980, 57 και 58 ΑΚ, 731, 732, 947, 176 Κ.Πολ.Δ.

Προστασία του ανταγωνισμού. Έννοια διακριτικού γνώρισματος. Η «διαδικτυακή διεύθυνση» (domain name) αποτελεί διακριτικό γνώρισμα. Η «διαδικτυακή διεύθυνση» λειτουργεί κατ' έμμεσο τρόπο όπως το σήμα και ο διακριτικός τίτλος. Κίνδυνος σύγχυσης με άλλο διακριτικό γνώρισμα. Ισχύει η αρχή της χρονικής προτεραιότητας. Αξιώσεις παράλειψης της προσβολής και αποζημίωσης. Παραγραφή αυτών.

Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου 13 παρ. 1 και 3 του Ν 146/1914 "περί αθεμίτου ανταγωνισμού", απαγορεύεται να χρησιμοποιεί κανείς κατά τις συναλλαγές, ιδιαίτερο διακριτικό γνώρισμα που χρησιμοποιεί άλλος νομίμως. Διακριτικά γνωρίσματα είναι ορισμένες ενδείξεις (λέξεις, ονομασίες, απεικονίσεις, σημεία κ.λπ.) που εξατομικεύουν και διακρίνουν, στα πλαίσια των συναλλαγών, το πρόσωπο που αναπτύσσει οικονομική δραστηριότητα και τα μέσα που αυτό χρησιμοποιεί, δηλαδή, την επιχείρηση και τα εμπορεύματα ή προϊόντα που αυτή θέτει σε κυκλοφορία ή που παράγει (βλ. Β. Αντωνόπουλο, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, έκδοση 2002, σελ. 267 επ., Λ. Κοτσίρη, Δίκαιο Ανταγωνισμού, 4η έκδοση, σελ. 243 επ.). Αναγκαία προϋπόθεση για την προστασία του διακριτικού γνωρίσματος είναι να έχει αυτό διακριτική δύναμη. Τον χαρακτήρα αυτό δεν έχουν συνηθισμένα ονόματα, λέξεις της καθομιλουμένης, γενικές περιγραφές ή γεωγραφικές δηλώσεις που διακρίνουν ολόκληρους κλάδους εμπορίου ή κατηγορία επιχειρήσεων ή καταστημάτων (π.χ. "φαρμακείο", περιγραφές του αντικειμένου, απλές χωρίς ιδιορρυθμία απεικονίσεις των πωλουμένων προϊόντων ή άλλες ενδείξεις που χρησιμοποιούνται για τη δήλωση της προέλευσης ή της ύλης του (π.χ. "πλαστικό") ή της ποιότητας του εμπορεύματος (Εφ.ΑΘ 6270/2000 Ελλ. Δ/νη 42,1679, Εφ.ΑΘ 799/1988 Ελλ.Δ/νη 30,167 & Ε.Εμπ.Δ 1989, 502) κατά την οποία η διακριτική ικανότητα του διακριτικού γνωρίσματος αποτελεί στοιχείο της αγωγής που ασκείται σε περίπτωση προ-

σβολής του, βλ. επίσης Λ. Κοτσίρη, ό.π., σελ. 247 επ. Εξάλλου, οι ενδείξεις από τις οποίες λείπει (ή είναι ασθενής) η διακριτική ικανότητα μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο προστασίας του δικαίου των διακριτικών γνωρισμάτων μόνο εάν καθιερωθούν στις συναλλαγές ως διακριτικά γνωρίσματα ή όταν συνδεθούν με άλλη ένδειξη που να έχει από μόνη της διακριτική ικανότητα ή με άλλη ένδειξη που δεν έχει από μόνη της διακριτική ικανότητα, αλλά τέτοια έχει ο συνδυασμός στον οποίο ενώνονται (βλ. Β. Αντωνόπουλο, ό.π., σελ. 275). Μία μορφή ιδιαίτερου διακριτικού γνωρίσματος είναι ο διακριτικός τίτλος του καταστήματος ή της επιχείρησης (άρθρο 13 παρ. 1 Ν. 146/1914), ο οποίος είναι λεκτική ένδειξη με την οποία εξατομικεύεται και διακρίνεται ονομαστικά η όλη επιχείρηση ή κλάδος αυτής ή μόνο το κατάστημα, ο χώρος, δηλαδή, όπου γίνονται οι συναλλαγές, λειτουργεί δε, σαν όνομα της επιχείρησης. Το επ' αυτού δικαίωμα δημιουργείται με τη χρησιμοποίησή του στις συναλλαγές, χωρίς να απαιτείται και καθιέρωση στις συναλλαγές, υπό την προϋπόθεση πάντοτε ότι έχει διακριτική δύναμη αρχική. Η αναγγελία του τυχόν διακριτικού τίτλου της επιχείρησης στο Επιμελητήριο (άρθρο 4 παρ. 2β' Ν. 1089/1980) και η καταχώρισή του στο πρωτόκολλο επωνυμιών (άρθρο 5 παρ. 2 Ν. 1089/1980) δεν έχει δημιουργικό, αλλά απλώς δηλωτικό χαρακτήρα. Ο διακριτικός τίτλος, που έχει τα στοιχεία της ονοματικής λειτουργίας, της διακριτικής δύναμης και της χρησιμοποίησής στις συναλλαγές, προστατεύεται κατά το άρθρο 13 παρ. 1,

εφόσον συντρέχει το στοιχείο της συγχύσεως στις συναλλαγές (Λ. Κοτσίρης, ό.π., σελ. 274-276. βλ. επίσης Β. Αντωνόπουλο ό.π., σελ. 379 επ. και Παμπούκη, Το δικαιο των διακριτικών γνωρισμάτων Συμβολή εις την θεωρίαν των άυλων αγαθών, 1965, σελ. 80 επ.). Περαιτέρω, νέα μορφή διακριτικού γνωρίσματος, στα πλαίσια του ηλεκτρονικού εμπορίου, είναι το "domain name", δηλαδή, η "διαδικτυακή διεύθυνση" ή "κυβερνο διεύθυνση" (για την προσπάθεια απόδοσης στην ελληνική γλώσσα βλ. Άνθιμο, Εισαγωγή στην προβληματική του domain name, ΔΕΕ 1999,817), με την οποία μία επιχείρηση έχει καταχωρηθεί στο διαδίκτυο (Internet), αφού συνδέεται στενά με τα στοιχεία εξατομίκευσής της (Β. Αντωνόπουλος, ό.π., σελ. 385 επ.). Ειδικότερα, όταν δικαιούχος του domain name είναι επιχείρηση, ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι πρόκειται για διακριτικό γνώρισμα του άρθρου 13 παρ. 1 Ν. 146/1914, δηλαδή, για διακριτικό γνώρισμα της επιχείρησης ή του καταστήματος, που, ως λεκτικό, αν έχει διακριτική δύναμη, προστατεύεται από τη χρησιμοποίησή του, διαφορετικά από την καθιέρωσή του στις συναλλαγές. Εξάλλου παρά το ότι το "domain name" δεν ταυτίζεται με την εμπορική επωνυμία, το διακριτικό τίτλο και τον εμπορικό τίτλο, μπορεί όμως να αποδοθεί σε αυτό κατά έμμεσο τρόπο λειτουργία τόσο διακριτικού τίτλου, όσο και σήματος, διότι, όπως τα προηγούμενα, έτσι και το τελευταίο, έχει πρωταρχικά εξατομικευτική και αναγνωριστική λειτουργία. Η ευχέρεια ελεύθερης χρήσης οποιασδήποτε ονομασίας, από τον

πρώτο τυχόντα θα προκαλούσε τεράστιες ή και ανεπανόρθωτες ζημιές στην επιχείρηση που καθιερώθηκε στις συναλλαγές με την επίμαχη ονομασία. Για τη διαφύλαξη έτσι των νομίμων συμφερόντων των παραπάνω επιχειρήσεων θα πρέπει να αποδοθεί στο "domain name" μία οιονεί λειτουργία διακριτικού τίτλου και σήματος. Τούτο ενισχύεται και από το ότι οι κάτοχοι "domain name" στην πράξη εμφανίζονται στο διαδίκτυο με τα διακριτικά γνωρίσματα που τους κατέστησαν γνωστούς στον υλικό κόσμο, δηλαδή χρησιμοποιούν το όνομα, την επωνυμία ή το σήμα τους (βλ. Μ.Πρ.Σύρου 637/1999 με σημ. Β. Τουντόπουλου, Μελέτη Απ. Άνθιμου με τίτλο Εισαγωγή στην προβληματική του Domain Name, ΔΕΕ 1999, 815 επ.). Όντας, τώρα, το domain name, διακριτικό γνώρισμα επιχείρησης ή προϊόντος, μπορεί να συνυπάρξει και συνεπώς να συγκρουστεί με οποιοδήποτε άλλο διακριτικό γνώρισμα καθώς και με άλλο domain name. Η σύγκρουση αυτή θα αρθεί κατ' αρχήν με βάση την αρχή της χρονικής προτεραιότητας, αφού ληφθούν υπ' όψιν οι συναλλαγές, τόσο στον άυλο (διαδίκτυο) όσο και στον υλικό (κατάστημα κ.λπ.) κόσμο. Η καταχώριση στο διαδίκτυο δεν παρέχει οποιοδήποτε προβάδισμα έναντι των μη καταχωρημένων σε αυτό διακριτικών γνωρισμάτων και το αντίστροφο. Με άλλα λόγια, η διαδικτυακή προτεραιότητα (ο έλεγχος της οποίας περιορίζεται στις καταχωρίσεις του διαδικτύου και μόνο, δεδομένου ότι δεν υπάρχει νόμιμη εντολή, αλλά ούτε και τεχνική δυνατότητα να επεκταθεί και σε άλλους τομείς, όπως π.χ. στα βιβλία ση-

μάτων του Υπουργείου Ανάπτυξης) δεν υπερισχύει της αρχής της χρονικής προτεραιότητας όπως αυτή είναι γνωστή και ισχύει στο δίκαιο της Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας. Έτσι, σε κάθε περίπτωση προσβολής διακριτικού γνωρίσματος από domain name τρίτου, η χρονική προτεραιότητα κρίνεται με βάση το χρονικό σημείο γένεσης του δικαιώματος επί του διακριτικού γνωρίσματος (βλ. Β. Αντωνόπουλο, ό.π., σελ. 389 - 390 και τις εκεί παραπομπές), εάν και εφόσον, βέβαια, υφίσταται τέτοιο δικαίωμα που απολαμβάνει της προστασίας του δικαιού των διακριτικών γνωρισμάτων. Στην προκειμένη περίπτωση ο αιτών με την υπό κρίση από 26-3-2009 αίτησή του ισχυρίζεται, κατ'επίκριση του περιεχομένου της, ότι στα πλαίσια των δραστηριοτήτων της ατομικής επιχείρησης παροχής υπηρεσιών διαφήμισης που διατηρεί στην πόλη του Ηρακλείου, στις 23 Μαΐου 2008 κατοχύρωσε ως όνομα χώρου (domain name) τη λέξη «.....», δια της οποίας εντοπίζεται η ιστοσελίδα της επιχείρησής του στο διαδίκτυο (internet), ασκεί δε μέσω αυτής την εμπορική του δραστηριότητα, ενώ η λέξη αυτή ως συνδυασμός του τοπωνύμιου «.....» με τη δηλωτική παροχής ηλεκτρονικών υπηρεσιών λέξη «.....» που μεταφράζεται στα ελληνικά «πύλη» αποτελεί διακριτικό γνώρισμα της επιχείρησής του, αφού έχει εξατομικευμένη και αναγνωριστική λειτουργία. Ότι στις 30-10-2008 διαπίστωσε ότι η καθ'ης που δραστηριοποιείται επίσης στον ίδιο τομέα υπηρεσιών κατοχύρωσε μεταγενέστερα από αυτόν, ως όνομα δικτυακού τόπου (domain name) τη λέξη «.....» δηλαδή

λέξη σχεδόν ταυτόσημη με την ονομασία «.....» που κατοχύρωσε αυτός προσβάλλοντας με τον τρόπο αυτό το απόλυτο και αποκλειστικό δικαίωμά του επί του ονόματος χώρου που καταχώρισε και του διακριτικού γνωρίσματος της επιχείρησής του, υφισταμένου κινδύνου σύγχυσης στο καταναλωτικό κοινό ως προς την προέλευση των παρεχόμενων υπηρεσιών, προκειμένου να ωφεληθεί τα πλεονεκτήματα της επωνυμίας της επιχείρησής του μέσα στο διαδίκτυο, κατά τρόπο που αντίκειται στα χρηστά ήθη και στην καλή πίστη στις συναλλαγές, η δε ενέργειά της αυτή συνιστά πράξη αθέμιτου ανταγωνισμού, εφόσον η προαναφερόμενη λέξη έχει καθιερωθεί στους συναλλακτικούς κύκλους ως ιδιαίτερο διακριτικό γνώρισμα της επιχείρησής του. Κατ'ακολουθίαν του ιστορικού αυτού ζητά επικαλούμενος επείγουσα περίπτωση, να ληφθούν ασφαλιστικά μέτρα στα πλαίσια ρύθμισης της κατάστασης και ειδικότερα α) να υποχρεωθεί η καθ'ης η αίτηση να παύσει προσωρινά να χρησιμοποιεί ως όνομα περιοχής διαδικτύου (domain name), τη λέξη (ένδειξη) «.....» και β) να απειληθεί εναντίον της καθ'ης η αίτηση χρηματική ποινή και να απαγγελθεί προσωπική κράτηση κατά των νομίμων εκπροσώπων της για κάθε παράβαση της παρούσας απόφασης, τέλος δε να καταδικασθεί η καθ'ης στη δικαστική του δαπάνη. Η αίτηση αυτή αρμοδίως εισάγεται για να συζητηθεί ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου, κατά την προκειμένη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (άρθρα 683, 686 επ. Κ.Πολ.Δ) και είναι νόμιμη, ως στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 13, 22 Ν.

146/1914, 57, 58 Α.Κ., 731, 732, 947, 176 Κ.Πολ.Δ, πλην του παρεπόμενου αιτήματος για απειλή προσωπικής κράτησης σε βάρος των νομίμων εκπροσώπων της καθ’ης, το οποίο είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο, αφού η αίτηση δεν στρέφεται

ατομικά και κατά των παραπάνω, οι οποίοι και δεν είναι διάδικοι, ώστε να μπορεί να ζητηθεί η απαγγελία εις βάρος τους των άνω ποινών έμμεσης εκτέλεσης. Κατόπιν τούτων, η υπό κρίση αίτηση πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω κατ’ ουσίαν.

ΕΚΟΥΣΙΑ ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 182/2010

Πρόεδρος: Θεονύμφη Σουλαδάκη

Δικηγόρος: Εμμανουήλ Ανδρουλακάκης

Άρθρα: 1666 επ. Α.Κ., 739 επ. Κ.Πολ.Δ.

Πλήρης επικουρική δικαστική συμπαράσταση, δυνατότητα πρόσθετης παρέμβασης τρίτου.

Από το με ημερομηνία 25-01-2010 αποδεικτικό επίδοσης της Δικαστικής Επιμελήτριας του Πρωτοδικείου Ηρακλείου,, προκύπτει ότι ακριβές επικυρωμένο αντίγραφο της κρινόμενης αίτησης, με πράξη ορισμού δικασίμου και κλήση προς συζήτηση για τη δικάσιμο αυτή, επιδόθηκε νόμιμα και εμπρόθεσμα στον καθ’ ου η αίτηση (άρθρο 802 παρ. 1 και 2 Κ.Πολ.Δ), ο οποίος, όμως, δεν εμφανίσθηκε με πληρεξούσιο δικηγόρο κατά την εκφώνηση της υποθέσεως με τη σειρά που ήταν γραμμένη στο πινάκιο και δεν πήρε μέρος στη συζήτηση της και συνεπώς πρέπει να δικαστεί ερήμην (άρθρο 271 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, σε συνδυασμό με το άρθρο 741 Κ.Πολ.Δ). Το Δικαστήριο, ωστόσο, πρέπει να προχωρήσει κατά τη συζήτησή της υπόθεσης, σαν να ήταν παρόντες όλοι οι διάδικοι (άρθρο 754 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ).

Η έννοια του διαδίκου, όπως αυτή καθορίζεται στο πλαίσιο της αμφισβητούμενης

δικαιοδοσίας δεν προσαρμόζεται στην από τα άρθρα 741 - 781 Κ.Πολ.Δ ρυθμιζόμενη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας όπου δεν υπάρχει αντιδικία, αλλά μετέχουν στη διαδικασία αυτή οι ενδιαφερόμενοι για τη ρύθμιση που θα αποφασιστεί, οι οποίοι προσλαμβάνουν την ιδιότητα του διαδίκου: α) με την υποβολή αίτησης για την εκδίκαση ορισμένης υπόθεσης της εκούσιας δικαιοδοσίας, β) με την κλήτευση τρίτων στη διαδικασία, κατόπιν διαταγής του αρμόδιου δικαστηρίου (άρθρο 748 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ), γ) με την προσεπίκληση τρίτων κατόπιν πρωτοβουλίας του διαδίκου ή αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο (άρθρο 753 Κ.Πολ.Δ), δ) με την άσκηση κύριας ή πρόσθετης παρέμβασης (άρθρο 752 Κ.Πολ.Δ) και ε) με την άσκηση τριτανακοπής (άρθ. 773, 583 επ. Κ.Πολ.Δ βλ. Α.Π. 646/1975 ΝοΒ 24.50 Εφ.Δωδ 120/2004 Α’ Δημοσίευση στην ΤΝΠ «Νόμος», Εφ.ΑΘ 341/1991 Δ

22.847). Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 748 παρ. 3 και 5 Κ.Πολ.Δ, μπορεί από το Δικαστή που ορίζει δικάσιμο να διαταχθεί η κλήτευση τρίτων που έχουν έννομο συμφέρον στη δίκη, είτε αυτεπάγγελα, είτε συνηθέστερα με ειδική αίτηση του αιτούντος, η οποία θεωρείται ότι υποβάλλεται, όταν η αίτηση στρέφεται κατά κάποιου άλλου. Και στις δύο περιπτώσεις, όταν ο δικαστής διατάσσει την επίδοση, εκείνος προς τον οποίο αυτή κοινοποιείται, έχει τη δυνατότητα, εμφανιζόμενος και υποβάλλοντας προτάσεις, να ισχυριστεί όσα αναφέρονται σ' αυτές, είτε συμπορευόμενος, είτε αντιτιθέμενος προς τον αιτούντα και γινόμενος κατ' αυτόν τον τρόπο διάδικος (Εφ.ΑΘ 7159/1986 Ελλ.Δ/νη 28.675, Εφ.ΑΘ 3489/1981 ΝοΒ 29.727, Εφ.Πατρ 135/1971 ΝοΒ 19.1957, Μ.Πρ.ΑΘ 299/1985 Ελλ.Δ/νη 27.1417). Αυτό άλλωστε προκύπτει με σαφήνεια από τη διάταξη του άρθρου 754 Κ.Πολ.Δ, όπου γίνεται διάκριση μεταξύ του τρίτου που κλητεύεται και του τρίτου που παραστάθηκε αυτοκλήτως και ρυθμίζεται το ζήτημα της ερημοδικίας τους, πράγμα το οποίο σημαίνει ότι ο τρίτος που κλητεύεται γίνεται διάδικος με μόνη την κλήτευσή του, με διαταγή του δικαστή, έστω και αν δεν μετάσχει καθόλου στη δίκη. Εξάλλου, από το άρθρο 752 Κ.Πολ.Δ, ερμηνευόμενο σε σχέση με τα προεκτεθέντα και σε συνδυασμό με τις γενικές διατάξεις των άρθρων 79, 80 Κ.Πολ.Δ, που εφαρμόζονται στην προκειμένη περίπτωση (άρθρα 741 επ. Κ.Πολ.Δ), προϋπόθεση για την άσκηση παρέμβασης είναι ότι ο παρεμβαίνων πρέπει να είναι τρίτος, τέτοιος δε κατά τα προαναφερόμενα, δεν είναι ο τρίτος προς

τον οποίο διατάχθηκε η επίδοση της αίτησης. Αυτός, επομένως, δεν έχει το δικαίωμα να ασκήσει παρέμβαση, κύρια ή πρόσθετη, η οποία, αν ασκηθεί, απορρίπτεται ως απαράδεκτη (Εφ.Λαρ 591/2000 Δικογραφία 2000.76, Μ.Πρ.ΑΘ 3235/2007 ΝοΒ 2007.1358* Μ.Πρ.ΑΘ 11439/2001 Ελλ.Δ/νη 52.616* Κ. Μπέη, Εκούσια Δικαιοδοσία, έκδοση 1991, άρθρο 752, σελ. 280- 281). Αυτό, άλλωστε, προκύπτει και από το άρθρο 754 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, όπου γίνεται μνεία για τον τρίτο που παρεμβαίνει, χωρίς να κλητεύεται. Είναι βέβαια αυτονόητο ότι όταν με ξεχωριστό δικόγραφο ή με τις προτάσεις ασκείται παρέμβαση, αν αυτή απορριφθεί ως απαράδεκτη, δεν θα θεωρηθεί ο διάδικος ως απολειπόμενος, αλλά ότι υποβάλλει απλά προτάσεις, αφού είναι διάδικος, εφόσον στο «μείζον» περιέχεται και το «έλασσον» (Μ.Πρ.ΑΘ 799/1992 Ε.Εργ.Δ 1992.627). Περαιτέρω, στη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας των άρθρων 739 επ. Κ.Πολ.Δ, η παρέμβαση, κύρια ή πρόσθετη, συνεκδικάζεται κατά τα άρθρα 741, 246 και 31 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, με την κύρια αίτηση, διότι η παρέμβαση αποτελεί παρεπόμενο της κύριας αίτησης, αμφοτέρω εκκρεμούν στο αυτό δικαστήριο και υπάγονται, αναφορικά με την εκδίκασή τους, στην ίδια διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας και με την ένωση και συνεκδίκασή τους διευκολύνεται η διεξαγωγή της δίκης (Μ.Πρ.ΑΘ 723/1993 ΝοΒ 1994.230). Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 752 Κ.Πολ.Δ σαφώς συνάγεται ότι στις δίκες της εκούσιας δικαιοδοσίας η μεν κύρια παρέμβαση ασκείται δια δικόγραφου, εφαρμοζόμενων των άρθρων 747, 748 και 751 Κ.Πολ.Δ, η δε πρόσθετη

μπορεί να ασκηθεί και κατά τη συζήτηση στο ακροατήριο χωρίς προδικασία. Από τη διάταξη δε του άρθρου 1667 στην οποία ορίζεται, ότι η υποβολή στη δικαστική συμπαράσταση αποφασίζεται από το δικαστήριο, ύστερα από αίτηση του ίδιου του πάσχοντος ή του συζύγου του, εφόσον υπάρχει έγγαμη συμβίωση, ή των γονέων ή των τέκνων του ή του εισαγγελέα ή και αυτεπαγγέλτως ή και του επιτρόπου (προκειμένου περί ανηλίκου κατ' άρθρο 1666 Α.Κ.) προκύπτει ότι τα πρόσωπα, που νομιμοποιούνται για την κίνηση της διαδικασίας υποβολής του πάσχοντος ενηλίκου σε δικαστική συμπαράσταση, λόγω ψυχικής ή διανοητικής διαταραχής (με εξαίρεση την περίπτωση της σωματικής αναπηρίας) είναι ο πάσχων, ο σύζυγος αυτού, οι γονείς του, τα τέκνα του και ο Εισαγγελέας ή και το Δικαστήριο αυτεπαγγέλτως υποκινούμενο είτε από τα αναφερόμενα στο άρθρο 1668 Α.Κ. πρόσωπα (δημόσιους ή δημοτικούς υπαλλήλους, εισαγγελείς, όργανα των αρμόδιων κοινωνικών υπηρεσιών και προϊσταμένους μονάδων ψυχικής υγείας, οι οποίοι κατά την άσκηση των καθηκόντων τους έχουν πληροφορηθεί περίπτωση, που μπορεί να συνεπάγεται την υποβολή προσώπου σε δικαστική συμπαράσταση), είτε από οποιοδήποτε άλλο πρόσωπο που δείχνει ενδιαφέρον για τον πάσχοντα, πέραν δε από τα περιοριστικώς αναφερόμενα στο νόμο κατά τα ως άνω πρόσωπα, κανένα άλλο πρόσωπο, όπως συγγενής (ακόμη και αδελφός) ή πολύ περισσότερο, άλλος που δικαιολογεί έννομο συμφέρον, δεν νομιμοποιείται σε υποβολή αιτήσεως για την κήρυξη σε δικαστική συμπαράσταση του πάσχοντος (Α.Π. 1103/2005 Α' δημοσίευση στην

ΤΝΠ «Νόμος»). Παράλληλα, από τη διάταξη του άρθρου 803 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, όπως ισχύει σήμερα, που ορίζει ότι «Παρέμβαση ή τριτανακοπή μπορούν να ασκήσουν μόνο τα πρόσωπα που νομιμοποιούνται να ζητήσουν την υποβολή του προσώπου σε δικαστική συμπαράσταση» συνάγεται ότι τα αδέλφια του συμπαρστατέου δεν δικαιούνται ν' ασκήσουν παρέμβαση σε ανοιγείσα και εκκρεμή δίκη με το αυτό αντικείμενο, ήτοι τη θέση προσώπου σε καθεστώς δικαστικής συμπαράστασης (βλ. σχετ. Β. Βαθρακοκοίλη, Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ, Τόμος Η' Συμπληρωματικός, άρθρο 802, σελ. 842, αρ. 3, Β. Μπρακατσούλα, Εκούσια Δικαιοδοσία, Όγδοη έκδοση, Θεωρία - Πράξη - Νομολογία, σελ. 612). Στην προκειμένη περίπτωση, με την υπό κρίση αίτηση, η αιτούσα Αντεισαγγελέας ζητεί να υποβληθεί σε καθεστώς πλήρους επικουρικής δικαστικής συμπαράστασης ο Π., Α. του Αντωνίου, κάτοικος Τυμπακίου Ηρακλείου, για το λόγο ότι αντιμετωπίζει προβλήματα ψυχιατρικής υφής με αποτέλεσμα να απαιτείται για την ισχύ όλων των δικαιωμάτων του η συναίνεση δικαστικού συμπαρστατή, να διοριστεί δικαστικός συμπαρστατής ο ανιψιός του, Ε. Α. και να οριστεί εποπτικό συμβούλιο, αποτελούμενο από τα αναφερόμενα στην αίτηση πρόσωπα.

Με το ανωτέρω περιεχόμενο και αιτήματα, η αίτηση, αρμοδίως και παραδεκτώς, εισάγεται προς συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου αυτού, κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (άρθρα 739, 740, 801 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ), και είναι νόμιμη, στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 1666 παρ. 1 περ. 1, 1667 παρ. 1, 1668,

1669, 1670, 1672 - 1676, 1678, 1681 και 1682 του Α.Κ. και 741, 801, 802, 804 παρ. 1 και 805 του Κ.Πολ.Δ. Πρέπει, συνεπώς να ερευνηθεί περαιτέρω και ως προς την ουσιαστική της βασιμότητα, δεδομένου ότι έχει τηρηθεί η προβλεπόμενη από τις διατάξεις των άρθρων 748 παρ. 2 και 802 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ προδικασία, με την επίδοση αντιγράφου της κρινόμενης αίτησης στον αρμόδιο Εισαγγελέα Πρωτοδικών Ηρακλείου (βλ. το από 25-01-2010 αποδεικτικό επίδοσης της Δικαστικής Επιμελήτριας του Πρωτοδικείου Ηρακλείου), στον Χ.Α. (βλ. το από 25-01-2010 αποδεικτικό επίδοσης της ανωτέρω ιδίας Δικαστικής Επιμελήτριας) και στη Διεύθυνση της Κοινωνικής Πρόνοιας Ηρακλείου (βλ. το από 25-01-2010 αποδεικτικό επίδοσης της ανωτέρω ιδίας Δικαστικής Επιμελήτριας). Σημειώνεται ότι στην προκειμένη περίπτωση δεν έχει γνωμοδοτήσει σχετικά η προβλεπόμενη από το άρθρο 1674 Α.Κ. κοινωνική υπηρεσία, ωστόσο το Δικαστήριο θα προχωρήσει στην ουσιαστική έρευνα της αίτησης, χωρίς την έκθεση της υπηρεσίας αυτής, καθόσον στο άρθρο 19 παρ. 4 του Ν. 2125/1997 ορίζεται ότι αν η έκθεση αυτή δεν υποβληθεί εμπρόθεσμα, το δικαστήριο δικάζει χωρίς αυτήν, η οποία άλλωστε δεν είναι δεσμευτική, αλλά απλώς συνεκτιμάται και συνεπώς η παραλείψη προσαγωγής της δεν δημιουργεί τυπικό απαράδεκτο για τη συζήτηση της υπόθεσης και την έκδοση της σχετικής απόφασης.

Ο εξάδελφος του συμπαραστατέου, Χ.Α. του Εμμανουήλ, με δήλωση του πληρεξουσίου δικηγόρου του, που καταχωρήθηκε στα πρακτικά, καθώς και με τις προτάσεις

του, άσκησε κατά τη συζήτηση της κρινόμενης αίτησης στο ακροατήριο πρόσθετη παρέμβαση υπέρ της αιτούσας αιτούμενος την παραδοχή της κρινόμενης αίτησης ως ουσιαστικά βάσιμης. Όμως, σύμφωνα και με τα αναφερόμενα στην ως άνω νομική σκέψη της παρούσας, η παρέμβαση αυτή πρέπει ν' απορριφθεί ως απαράδεκτη, αφενός μεν διότι ο ως άνω «παρεμβαίνων» δεν είναι «τρίτος» στην παρούσα δίκη διάδικος, καθόσον κατά την κατάθεση της κύριας αίτησης διατάχθηκε κατ' άρθρο 748 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ, από το Δικαστήριο αυτό, η κλήτευσή του (βλ. έκθεση κατάθεσης του δικογράφου της κύριας αίτησης την επ' αυτής προ ορισμού δικασίμου), αφετέρου δε, διότι, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρ., 803 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, ο ανωτέρω «παρεμβαίνων» δεν δικαιούται ως εξάδελφος του συμπαραστατέου ν' ασκήσει στην παρούσα δίκη παρέμβαση, αφού δεν συμπεριλαμβάνεται στον κύκλο των προσώπων, τα οποία νομιμοποιούνται να ζητήσουν την υποβολή του τελευταίου σε συμπαράσταση.

Από την κατάθεση της μάρτυρος του «προσθέτως παρεμβαίνοντος», που δόθηκε νόμιμα στο ακροατήριο του παρόντος Δικαστηρίου και περιέχεται στα πρακτικά της κεκλεισμένων των θυρών συνεδρίασης αυτού και η οποία νομίμως λαμβάνεται υπόψη, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 744 Κ.Πολ.Δ καθώς και από όλα τα έγγραφα που προσκομίζονται, αποδεικνύονται τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Ο Π. Α. του Αντωνίου και της Χαρίκλειας, ηλικίας 69 ετών, κάτοικος Τυμπακίου Ηρακλείου και ήδη προσωρινά διαμένων στην ιδιωτική ψυχιατρί-

κή κλινική Ηρακλείου «.....» πάσχει από χρόνια διπολική διαταραχή τύπου I, με ποσοστό αναπηρίας 80%. Λόγω της ασθένειάς του αυτής, κρίθηκε ανίκανος προς εργασία μέχρι τις 30-11-2011. Ενόψει δε της πιστοποιούμενης κατάστασης του ανωτέρω από τη με αριθμό πρωτ. απόφαση της Διευθύντριας Συντάξεων του Τ.Ε.Β.Ε. - Ο.Α.Ε.Ε., παρέλκει η περαιτέρω διενέργεια πραγματογνωμοσύνης για την κατάσταση της υγείας του. Ωστόσο, όμως, από την προσωπική επικοινωνία του Δικαστηρίου με τον πάσχοντα και τουλάχιστον κατά τη διάρκεια αυτή αποδείχθηκε ότι πρόκειται για ένα έξυπνο άτομο, με άμεση αντίληψη του χώρου και του χρόνου, στον οποίο βρισκόταν, με ευχέρεια λόγου και ειρμό στην σκέψη, με ικανοποιητική μόρφωση και γενικότερα ένα άτομο αρκετά επικοινωνιακό, που ανταποκρίθηκε σε ικανοποιητικό βαθμό στις ερωτήσεις του Δικαστηρίου. Τα παραπάνω επιβεβαιώνονται και από την κατάθεση της μάρτυρος απόδειξης, η οποία ανέφερε ότι η κατάσταση της υγείας του πάσχοντος, μπορεί να παραμείνει σταθερή, εάν υπόκειται σε διαρκή φαρμακευτική θεραπευτική αγωγή, με την λήψη των χορηγούμενων από τους θεράποντες ιατρούς φαρμάκων. Εξάλλου, και από την επικαλούμενη από 26-01-2010 ιατρική γνωμάτευση της ψυχιάτρου,, προκύπτει ότι η κατάσταση της ψυχικής υγείας του πάσχοντος κατά το τελευταίο διάστημα είναι εξισορροπημένη όπως και οι νοητικές του λειτουργίες. Κατόπιν τούτων, το Δικαστήριο κρίνει ότι ο πάσχων αδυνατεί να φροντίζει εν όλω μόνος του για τις υποθέσεις του, ωστόσο, όμως, όταν βρίσκεται υπό

φαρμακευτική αγωγή, δύναται να έχει επίγνωση των ενεργειών του και να ενεργεί αυτοπροσώπως. Συνεπώς, είναι απαραίτητο να βρίσκεται διαρκώς υπό την επίβλεψη άλλου προσώπου, το οποίο θα συναινεί, όταν το κρίνει σκόπιμο, για το συμφέρον του συμπαραστατούμενου, στη διενέργεια απ' αυτόν, των πράξεων που ο ίδιος επιθυμεί, θα τον φροντίζει και θα μεριμνά για την λήψη απ' αυτόν της χορηγούμενης φαρμακευτικής αγωγής. Σύμφωνα, επομένως, μ' όσα προαναφέρθηκαν και κρίνοντας πάντα με γνώμονα το συμφέρον του καθ' ου, πρέπει αυτός να υποβληθεί σε καθεστώς πλήρους επικουρικής δικαστικής συμπαράστασης, έτσι ώστε για την ισχύ όλων των δικαιοπραξιών του να απαιτείται η συναίνεση του δικαστικού του συμπαραστάτη. Καταλληλότερο πρόσωπο να ασκήσει αυτό το λειτουργήμα, με αποκλειστικό γνώμονα το συμφέρον του συμπαραστατούμενου, όπως το καθορίζουν οι βιοτικές και ψυχικές του ανάγκες, κρίνεται ο ανιψιός του, του Χαράλαμπου, γιος του πρώτου εξαδέλφου του, Χ. Α. ο οποίος είναι νέος υγιής και ικανός σύμφωνα με τον νόμο. Παρέχει δε τα εχέγγυα ότι θα ασκήσει με επάρκεια και συνέπεια το λειτουργημά του, θα μεριμνήσει για την κάλυψη των αναγκών του ανωτέρω και την εξασφάλιση του προσώπου και της παρουσίας του και οι ενέργειές του θα αποβλέπουν αποκλειστικώς και μόνο στο συμφέρον του πάσχοντος, τον οποίο φροντίζει και αγαπά, αντιλαμβάνεται δε απολύτως την κατάσταση της υγείας του και κάθε είδους ανάγκη του. Πρέπει ακόμη να διοριστεί, κατ' άρθρο 1682 εδ. β' του Α.Κ., εποπτικό

συμβούλιο, το οποίο θα ασκεί τα έργα της εποπτείας της δικαστικής συμπαράστασης, καθόσον από την διατύπωση της ανωτέρω διάταξης του εδ. β', το οποίο αναφέρεται στη δικαστική συμπαράσταση, προκύπτει ότι η ύπαρξη και λειτουργία του εποπτικού συμβουλίου αφορά κάθε μορφή δικαστικής συμπαράστασης (δηλαδή και της επικουρικής) προς το σκοπό της οποίας άλλωστε πλήρως δικαιολογείται (βλ. Β. Βαθρακοκοίλη, Ερμηνεία Αστικού Κώδικα, έκδοση 2003, τόμος Οικογενειακού Δικαίου, άρθρο 1682 Α.Κ.). Το εποπτικό συμβούλιο αυτό θα αποτελείται από τα εξής πρόσωπα: 1) ... κάτοικο Ηρακλείου, οδός, εξάδελφο του συμπαραστατούμενου, ως Πρόεδρο, 2) ... κάτοικο Αθηνών, οδός, εξάδελφο του συμπαραστατούμενου, 3) ... κάτοικο Ηρακλείου,, επίσης εξάδελφο του συμπαραστατούμενου, και 4) ... κάτοικο Τυμπακίου Ηρακλείου, φίλο του συμπαραστατούμενου ως μέλη. -Τα πρόσωπα αυτά, τα οποία ανήκουν στο συγγενικό και φιλικό περιβάλλον του συμπαραστατούμενου, κρίνονται κατάλληλα για το λειτούργημα αυτό, καθόσον μπορούν να βοηθήσουν το έργο του ανωτέρω δικαστικού συμπαραστάτη, ασκώντας αποτελεσματικά την εποπτεία της συμπαράστασης. Επομένως, σύμφωνα και μ' όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη αίτηση, και ως ουσιαστικά βάσιμη και να διαταχθεί η Γραμματεία του Δικαστηρίου αυτού, κατ' άρθρο 802 παρ. 5 του Κ.Πολ.Δ, να καταχωρίσει, την παρούσα απόφαση στο ειδικό για το σκοπό αυτό τηρούμενο βιβλίο (άρθρο 1675 Α.Κ.), να διαταχθεί δε η επίδοσή της (της

παρούσας απόφασης στα πρόσωπα της παραγράφου 4 του άρθρου 802 Κ.Πολ.Δ, κατά τα ειδικά αναφερόμενα στο διατακτικό. Επίσης, πρέπει να γνωστοποιηθεί η παρούσα απόφαση και στο συμπαραστατούμενο, με την υπενθύμιση του δικαιώματος να ασκήσει ένδικα μέσα (άρθρο 802 παρ. 5 Κ.Πολ.Δ).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

ΔΙΚΑΖΕΙ ερήμην του καθ' ου η αίτηση.

ΑΠΟΡΡΙΠΤΕΙ την πρόσθετη παρέμβαση.

ΔΕΧΕΤΑΙ την αίτηση.

ΥΠΟΒΑΛΛΕΙ τον κάτοικο Τυμπακίου Ηρακλείου και προσωρινά διαμένοντα στην ιδιωτική ψυχιατρική κλινική Ηρακλείου «.....», οδός, σε καθεστώς πλήρους επικουρικής δικαστικής συμπαράστασης.

ΔΙΟΡΙΖΕΙ τον του Χαράλαμπου και της Σοφίας κάτοικο Ηρακλείου,, προσωρινό δικαστικό συμπαραστάτη του ανωτέρω συμπαραστατούμενου, για το χρονικό διάστημα από την έκδοση της παρούσας μέχρι την τελεσιδικία της και οριστικά δικαστικό συμπαραστάτη για τον μετέπειτα της τελεσιδικίας της παρούσας χρόνο.

ΔΙΟΡΙΖΕΙ τετραμελές εποπτικό συμβούλιο, αποτελούμενο από τους 1) Χ.Α. του Εμμανουήλ, κάτοικο Ηρακλείου,, ως Πρόεδρο, 2) Ε.Α. του Ζαχαρία, κάτοικο Αθηνών,, 3) Γ.Χ. του Εμμανουήλ, κάτοικο Ηρακλείου,, και 4) Κ.Κ. του Αγησίλαου, κάτοικο Τυμπακίου Ηρακλείου, ως μέλη.

ΔΙΑΤΑΣΣΕΙ τη Γραμματεία του Δικαστηρίου αυτού να προβεί στη καταχώριση του διατακτικού της παρούσας απόφασης στο ειδικό βιβλίο, που τηρείται για το

σκοπό αυτό στη γραμματεία του παρόντος Δικαστηρίου. ΔΙΑΤΑΣΣΕΙ με επιμέλεια της Γραμματέας του Δικαστηρίου αυτού την επίδοση της παρούσας απόφασης στα πρόσωπα της παραγράφου 4 του άρθρου 802 Κ.Πολ.Δ, με την υπενθύμιση στο συ-

μπαραστατούμενο του δικαιώματός του ν’ ασκήσει ένδικα μέσα.

ΚΡΙΘΗΚΕ, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στο Ηράκλειο, σ’ έκτακτη δημόσια συνεδρίαση, στο ακροατήριο του, στις 29/1/2010.

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Άρειος Πάγος (σε Τακτική Ολομέλεια) - Αριθ. 28/2009

Πρόεδρος: Γεώργιος Καλαμίδας, (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Ιωάννης Ιωαννίδης, Μίμης Γραμματικούδης, Βασίλειος Φούκας, Γεώργιος Χρυσικός, Ιωάννης Σίδερης, Βιολέττα Κυτέα, Βαρβάρα Κριτσωτάκη, Ελένη Σπίτσα, Αντώνιος Αθηναίος, Νικόλαος Κωσταντόπουλος, Γεώργιος Γεωργέλλης, Δημήτριος Μουστάκας (Εισηγητής), Δημήτριος Μαζαράκης, Σαράντης Δρινέας, Σοφία Καραχάλιον, και Νικόλαος Μπιχάκης, (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Νικόλαος Καλλιούρης, Φανή Καραγιάννη

Άρθρα: 134, 159 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, Ν. 1334/1983 άρθρο 25 της από 15/11/1965 Σύμβασης Χάγης, άρθρο 28Σ.

Αναγκαστικός πλειστηριασμός ακινήτου. Επιδόσεις δικογράφων στην αλλοδαπή. Εννοια εισαγωγικού δικογράφου. Δεν είναι εισαγωγικό δικόγραφο η περίληψη κατασχετήριας έκθεσης της οποίας αρκεί για την εγκυρότητα του πλειστηριασμού η πλασματική της επίδοση. Αντίθετη μειοψηφία. Παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια με την υπ’ αριθμ. 1687/2008 απόφαση του Α2 Τμήματος και αναιρεί την υπ’ αριθμ. 663/2005 απόφαση του Εφετείου Πατρών.

Επειδή, από τη διάταξη του άρθρου 15 της από 15-11-1965 Συμβάσεως της Χάγης που κυρώθηκε με τον Ν. 1334/1983 και υπερισχύει, σύμφωνα με το άρθρο 28 του Συντάγματος, του άρθρου 134 Κ.Πολ.Δ, προκύπτει ότι σε αστικές ή εμπορικές υποθέσεις το δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να αναβάλει την έκδοση αποφάσεως, αν δεν παρίσταται στην ορισμένη δικάσιμο ο διάδικος που διαμένει στην αλλοδαπή, μέχρι να διαπιστωθεί, ότι το αντίστοιχο εισαγωγικό της δίκης ή άλλο ισοδύναμο προς αυτό έγγραφο επιδόθηκε πραγματικά σ’ αυτόν εγκαίρως, ώστε να μπορεί να υπερασπισθεί τον εαυτό του. Στην

περίπτωση αυτή δεν έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 134 Κ.Πολ.Δ, με την οποία προβλέπεται επίδοση στον εισαγγελέα του αρμοδίου δικαστηρίου για τους διαμένοντες στην αλλοδαπή διαδίκους, όταν δηλαδή τα επιδοτέα έγγραφα είναι δικόγραφα εισαγωγικά δίκης, όπως είναι η αγωγή, τα ένδικα μέσα και οι ανακοπές, ή ισοδύναμα προς αυτά έγγραφα (βλ. Α.Π. 163/2002). Τέτοια δε "ισοδύναμα έγγραφα" αποτελούν η επιταγή προς εκτέλεση, που είναι εισαγωγικό έγγραφο της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτελέσεως όχι όμως και τα επόμενα της πράξεως αυτής έγγραφα της εκτελέσεως, όπως εί-

ναι η περίληψη της κατασχήτηριας έκθεσης (πρώην "πρόγραμμα πλειστηριασμού") η οποία, κατά το άρθρο 999 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ είναι επιδοτέα (με ποινή ακυρότητας) προς τον οφειλέτη (και προς άλλα πρόσωπα) εντός είκοσι ημερών από την ημέρα της κατάσχεσης. Περαιτέρω, κατά την από 30-3-1934 Σύμβαση "περί διακανονισμού της αμοιβαίας δικαστικής αγωγής επί αστικών και εμπορικών υποθέσεων μεταξύ της Ελλάδος και της Ελβετίας", που κυρώθηκε με τον Α.Ν. 729/1937: "Επί αστικών και εμπορικών υποθέσεων, η επίδοσις εγγράφων προερχόμενων εκ των αρχών του ενός των συμβαλλομένων Κρατών και προοριζομένων δια πρόσωπα διαμένοντα επί του εδάφους του ετέρου Κράτους, θα ενεργήται, δι' αιτήσεως του διπλωματικού ή προξενικού αντιπροσώπου του αιτούντος Κράτους, απευθυνόμενης προς την αρχήν, ήτις θέλει υποδειχθή υπό του προς ό η αίτησις Κράτους ... Η αρχή προς ην απευθύνεται η αίτησις θα αποστέλλη προς τον διπλωματικόν ή προξενικόν αντιπρόσωπον το έγγραφον, δι' ου αποδεικνύεται η επίδοσις ή εν ω δηλούται το παρακωλύσαν ταύτην γεγονός", (άρθρο 1 εδ. α και γ) "Η απόδειξις της επιδόσεως θα γίνεται είτε δι' αποδείξεως παραλαβής χρονολογούμενης και υπογραφομένης υπό τα προς ον απευθύνεται το έγγραφον, είτε δια βεβαιώσεως της αρχής του προς ό η αίτησις Κράτους, εν ή θα βεβαιούται το γεγονός, ο τύπος και ο χρόνος της επιδόσεως", (άρθρο 3). Από το συνδυασμό των ανωτέρω ρυθμίσεων προς την γενική νομική αρχή της λογικής ενότητας της έννομης τάξης (εθνικής και διεθνούς) και υπό το φως των προφανών νομοθετικών σκοπιμοτήτων των διατάξεων

περί πραγματικής και πλασματικής επιδόσεως εγγράφων, συνάγεται ότι κατά την έννοια της μεταξύ Ελλάδος και Ελβετίας Συμβάσεως, ως "έγγραφα", για την επίδοση των οποίων δεν αρκεί η πλασματική τοιαύτη δια του εισαγγελέως, αλλά απαιτείται πραγματική παράδοση αυτών στον παραλήπτη τους κατά την διαγραφόμενη στη Σύμβαση διαδικασία, νοούνται (όπως και υπό τις ρυθμίσεις της Συμβάσεως της Χάγης) μόνον τα εισαγωγικά δίκης δικόγραφα και τα ισοδύναμα προς αυτά έγγραφα, όχι δε και τα ακολουθούντα την επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση έγγραφα της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτελέσεως, όπως είναι και η περίληψη της κατασχήτηριας έκθεσης. Αντίθετη ερμηνεία θα οδηγούσε σε νομικά και λογικά άτοπα, αφού θα απέδιδε στον Νομοθέτη τη βούληση να υπερπροστατεύσει την μία εκ των δύο (νομικώς ισοτίμων και έχουσών αντιτιθέμενα συμφέροντα) πλευρών εις βάρος της άλλης, και δη τον οφειλέτη εις βάρος του δανειστού του. Ειδικότερα, η αντίθετη εκδοχή θα ισοδυναμούσε ουσιαστικώς με νομοθετική κατάργηση του δικαιώματος του δανειστού να ζητήσει έννομη προστασία με τη μορφή της αναγκαστικής εκτέλεσης κατά προσώπου (οφειλέτη του) που διαμένει στην ..., αφού είναι δεδομένο της κοινής πείρας, ότι η επίδοση εγγράφου με την προβλεπόμενη από την Σύμβαση διαδικασία είναι απολύτως αδύνατο να συντελεσθεί μέσα στην σύνομη προθεσμία των είκοσι ημερών του άρθρου 999 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ. Τούτο δε μάλιστα, χωρίς να υπηρετείται αντίστοιχο εύλογο συμφέρον του (καλόπιστου) οφειλέτου, αφού ο τελευταίος, μετά την προς αυτόν επίδοση της "επιταγής προς εκτέλε-

ση", δύναται, επιδεικνύοντας στοιχειώδη επιμέλεια, να αποφύγει, οποιοδήποτε αιφνιδιασμό του δανειστού του, ορίζοντας νομίμως αντίκλητο στον τόπο της εκτέλεσής και γνωστοποιώντας αυτόν στον επισπεύδοντα την εκτέλεση δανειστή του. Τα παραπάνω ενισχύονται και από το άρθρο 27 της Συμβάσεως του Λουγκάνο, για τη διεθνή δικαιοδοσία και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, που κυρώθηκε με το Ν. 2460/1997 και την οποία (σύμβαση) έ-

χει υπογράψει και η Ελβετία, στο οποίο ορίζεται (μεταξύ άλλων) ότι "απόφαση δεν αναγνωρίζεται, αν το εισαγωγικό έγγραφο της δίκης ή άλλο ισοδύναμο έγγραφο δεν έχει επιδοθεί ή κοινοποιηθεί στον εναγόμενο κανονικά και έγκαιρα, ώστε να αμυνθεί". Συνεπώς, αν πρόκειται για επίδοση άλλου εγγράφου, μη εισαγωγικού της δίκης, αρκεί προς τούτο η πλασματική επίδοση, ήτοι η επίδοση στον εισαγγελέα, όπως προβλέπουν τα άρθρα 134 και 136 του Κ.Πολ.Δ.

Άρειος Πάγος (Α2' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 2347/2009

Πρόεδρος: Δημήτριος Δαλιάνης, (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Ρένα Ασημακοπούλου, Ιωάννης Ιωαννίδης, Χαράλαμπος Ζώης και Αθανάσιος Κουτρομάνος, (Αρεοπαγίτες)

Διηγόροι: Βασίλειος Κωστόπουλος, Παναγιώτης Μακαρίτης

Άρθρα: 20 Ν. 3301/2004, 24 παρ. 4 Σ., 623 επ. Κ.Πολ.Δ άρθρο 6 παρ. 1 Ε.Σ.Δ.Α.

(Α' ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ , ΕΔΚΑ 2009/887 , ΕΠΟΛΔ 2010/72) Επιτρεπτή η εκτέλεση διαταγής πληρωμής κατά του Δημοσίου, Ο.Τ.Α. ή Ν.Π.Δ.Δ. Αντισυνταγματική η διάταξη του άρθρου 20 του Ν. 3301/2004. Δυνατή η έκδοση διαταγής πληρωμής από τον πολιτικό δικαστή σε βάρος του Δημοσίου, Ο.Τ.Α. ή Ν.Π.Δ.Δ, ακόμη κι αν η υποκείμενη σχέση υπάγεται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων. Διαφορά από σύμβαση δημοσίου έργου. Τηρητέα διοικητική προδικασία πριν την άσκηση προσφυγής. Όταν πρόκειται για πράξη της οποίας την υλοποίηση επιδιώκει ο ανάδοχος, όπως η πράξη περί εγκρίσεως του τελικού λογαριασμού, η οποία αποτελεί την πιστοποίηση για την πληρωμή του, δεν είναι αναγκαία η τήρηση της διοικητικής προδικασίας και ο ανάδοχος μπορεί να ζητήσει ευθέως την καταβολή της αμοιβής του. Επικυρώνει την υπ' αριθμ. 4486/2006 ΕφΑθ. (Βλ. παρατηρήσεις Σ. Σταματόπουλου, ΕΠΟΛΔ 2010,74).

Στο άρθρο 94 του Συντάγματος, όπως ισχύει μετά την αναθεώρησή του με το από 6.4.2001 Ψήφισμα της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής ορίζεται ότι "1. Στο Συμβούλιο της Επικρατείας και τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια υπάγονται οι διοικητικές διαφορές ουσίας όπως νόμος ορίζει, με την επιφύλαξη των αρμοδιοτήτων του Ελε-

γκτικού Συνεδρίου 2. Στα πολιτικά δικαστήρια υπάγονται οι ιδιωτικές διαφορές, καθώς και οι υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας, όπως νόμος ορίζει 3. Σε ειδικές περιπτώσεις και προκειμένου να επιτυγχάνεται η ενιαία εφαρμογή της αυτής νομοθεσίας, μπορεί να ανατεθεί με νόμο η εκδίκαση κατηγοριών ιδιωτικών διαφο-

ρών στα διοικητικά δικαστήρια ή κατηγοριών διοικητικών διαφορών ουσίας στα πολιτικά δικαστήρια 4. Στα πολιτικά ή διοικητικά δικαστήρια μπορεί να ανατεθεί και κάθε άλλη αρμοδιότητα διοικητικής φύσης, όπως νόμος ορίζει. Στις αρμοδιότητες αυτές περιλαμβάνεται και η λήψη μέτρων για τη συμμόρφωση της διοίκησης με τις δικαστικές αποφάσεις. Οι δικαστικές αποφάσεις εκτελούνται αναγκαστικά και κατά του Δημοσίου και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, όπως νόμος ορίζει. Στο άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι: "5. Η διοίκηση είναι υποχρεωμένη να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει αναγκαστικά μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης" Στο άρθρο 1 του Ν. 3068/2002 (ΦΕΚ α 274/14.11.2002), όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με το άρθρο 20 του Ν. 3301/2004, που εκδόθηκε εις εκτέλεση του άρθρου 94 παρ. 4 του Συντάγματος, ορίζεται ότι: "Το Δημόσιο, οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης και τα λοιπά Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου έχουν υποχρέωση να συμμορφώνονται χωρίς καθυστέρηση προς τις δικαστικές αποφάσεις και να προβαίνουν σε όλες τις ενέργειες που επιβάλλονται για την εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής και για την εκτέλεση των αποφάσεων. Δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του προηγούμενου εδαφίου είναι όλες οι αποφάσεις των διοικητικών, πολιτικών, ποινικών και ειδικών δικαστηρίων που παράγουν υποχρέωση συμμόρφωσης ή είναι εκτελεστές κατά τις οικείες δικονομικές διατάξεις και τους ό-

ρους που κάθε απόφαση τάσσει".

Επακολούθησε ο Ν. 3301/2004 με το άρθρο 20 του οποίου προστέθηκε στο άνω άρθρο 1 του Ν. 3068/02 εδάφιο, σύμφωνα με το οποίο, δεν είναι δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του παρόντος νόμου και δεν εκτελούνται οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται στις περιπτώσεις των εδαφίων γ'- ζ' της παρ. 2 του άρθρου 904 Κ.Πολ.Δ (μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και οι κατά τα άρθρα 623 επ. του ιδίου Κώδικα εκδιδόμενες από τον αρμόδιο δικαστή διαταγές πληρωμής), πλην των κηρυχθεισών εκτελεστών αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων. Περαιτέρω, το Διεθνές Σύμφωνο για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, που, μαζί με το προαιρετικό Πρωτόκολλό του, κυρώθηκε με τον Ν. 2462/1997, και άρχισε να ισχύει για την Ελλάδα από 5.8.1997 (Ανακοίνωση Υπ. Εξωτ. Φ. 0546/62/Α1 /292/Μ.2870/7.5.1997), έχει δε υπερνομοθετική ισχύ κατά το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος, στο άρθρο 2 παρ. 3 αυτού ορίζει ότι: "Τα Συμβαλλόμενα Κράτη στο παρόν Σύμφωνο αναλαμβάνουν την υποχρέωση: α) να εγγυώνται ότι κάθε άτομο, του οποίου τα δικαιώματα και οι ελευθερίες, που αναγνωρίζονται στο παρόν Σύμφωνο, παραβιασθούν, θα έχει στη διάθεσή του μία πρόσφορη προσφυγή, ακόμη και αν η παραβίαση θα έχει διαπραχθεί από πρόσωπα που ενεργούν υπό την επίσημη κρατική ιδιότητά τους, β) να εγγυώνται ότι η αρμόδια δικαστική, διοικητική, νομοθετική... αρχή ... θα αποφαινεται πράγματι σχετικά με τα δικαιώματα του προσφεύγοντος, και να προωθήσουν τη δυνατότητα δικαστικής προσφυγής, γ) να εγγυώνται την εκτέλεση, από τις αρμόδιες αρ-

χές, κάθε απόφασης που θα έχει κάνει δεκτή τη σχετική προσφυγή". Εξάλλου, το άρθρο 14 παρ. 1 εδ. α' του ίδιου Συμφώνου ορίζει ότι: "Κάθε πρόσωπο έχει το δικαίωμα η υπόθεσή του να δικαστεί από ... δικαστήριο ... το οποίο θα αποφασίσει ... και για αμφισβητήσεις δικαιωμάτων και υποχρεώσεων αστικού χαρακτήρα". Με τη διάταξη αυτή συμπορεύεται και το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο, που καθιερώνεται με το άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α.) (η οποία κυρώθηκε με το Ν.Δ. 53/1974), καθώς και με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Οι ως άνω διατάξεις δεν ιδρύουν μόνο διεθνή ευθύνη των συμβαλλομένων κρατών, αλλά έχουν άμεση εφαρμογή και υπερνομοθετική ισχύ, άρα θεμελιώνουν δικαιώματα υπέρ των προσώπων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής τους. Οι διατάξεις αυτές εγγυώνται όχι μόνο την ελεύθερη πρόσβαση σε δικαστήριο, αλλά και την πραγματική ικανοποίηση του δικαιώματος που επιδικάστηκε από το δικαστήριο, δηλαδή το δικαίωμα αναγκαστικής εκτέλεσης, χωρίς την οποία η προσφυγή στο δικαστήριο θα απέβαλλε την ουσιαστική αξία και χρησιμότητά της (Ολ.Α.Π. 21/2001). Από τις εκτεθείσες συνταγματικές διατάξεις και εκείνες του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα και της Ε.Σ.Δ.Α. σαφώς συνάγεται ότι, προς επίτευξη του επιδιωκόμενου με αυτές σκοπού της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, επιτρέπεται η εκτέλεση δικαστικών αποφάσεων κατά του Δημοσίου, Ο.Τ.Α. και Ν.Π.Δ.Δ., με τις οποίες επιδικάζονται εις βάρος τους χρηματικές απαιτήσεις, στους τίτλους δε αυτούς συ-

μπεριλαμβάνονται και οι κατά τα άρθρα 627 επ. Κ.Πολ.Δ διαταγές πληρωμής, οι οποίες να μεν εκδίδονται από δικαστή, χωρίς προηγουμένως να ακουστεί και να αναπτύξει τις απόψεις του ο καθού, μετά από εξέταση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή τους και όχι από συγκροτημένο δικαστήριο, πλην όμως εξομοιώνονται λειτουργικώς με τις δικαστικές αποφάσεις, διότι αφ' ενός μεν επιλύουν διαφορές, εφ' ετέρου δε ανταποκρίνονται στα βασικά λειτουργικά γνωρίσματα της προβλεπόμενης από το άρθρο 20 του Συντάγματος δικαστικής προστασίας, δεδομένου ότι παρέχεται η δυνατότητα στον καθού να ασκήσει ανακοπή και να προβάλει τους ισχυρισμούς του, τόσο ως προς τη μη συνδρομή των προϋποθέσεων έκδοσης της διαταγής πληρωμής όσο και ως προς την απαίτηση. Παρέπεται, ότι η άνω νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 20 Ν. 3301/2004, κατά την οποία δεν εκτελούνται οι αναφερόμενοι σ' αυτή εκτελεστοί τίτλοι, μεταξύ των οποίων και οι διαταγές πληρωμής, αντίκειται στις ειρημένες διατάξεις του Συντάγματος και των Διεθνών Συμφώνων και ως εκ τούτου είναι δυνατή, η από τον αρμόδιο πολιτικό δικαστή (ειρηνοδίκη ή δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου) έκδοση διαταγής πληρωμής, συντρεχουσών των προς τούτο προϋποθέσεων, εις βάρος του Δημοσίου, Ο.Τ.Α. και Ν.Π.Δ.Δ., και αν ακόμη η υποκείμενη σχέση, από την οποία απορρέει η χρηματική απαίτηση προς πληρωμή της οποίας ζητείται η έκδοση διαταγής πληρωμής, υπάγεται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, όπως συμβαίνει επί διαφοράς από σύμβαση δημόσιου έργου (σχ. ΑΕΔ

18/2005). Επομένως, ο πρώτος λόγος της αιτήσεως αναίρεσης από τον αριθμό 4 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ, με τον οποίο προσάπτεται στο Εφετείο η αιτίαση ότι με το να απορρίψει όπως και το πρωτοδικείο, τον λόγο ανακοπής κατά της διαταγής πληρωμής του δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, πως η ανακοπόμενη διαταγή πληρωμής εκδόθηκε από τον άνω δικαστή καθ' υπέρβαση της δικαιοδοσίας του, διότι η υποκείμενη μεταξύ των διαδίκων σχέση ήταν σύμβαση δημοσίου έργου και οι εξ αυτής προκύπτουσες διαφορές υπάγονται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, είναι αβάσιμος. Από τις διατάξεις των άρθρων 12 και 13 του Ν. 1418/84, όπως τροποποιήθηκαν με τις παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 2 Ν. 2940/01, καθιερώνεται, προ της ασκήσεως προσφυγής στο Διοικητικό Εφετείο, σύστημα διοικητικής επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν από την εκτέλεση δημοσίου έργου, προβλέποντας ότι, κατά των πράξεων της διευθύνουσας υπηρεσίας, που προσβάλλουν έννομα συμφέροντα του αναδόχου, αυτός δικαιούται, μέσα σε τακτή προθεσμία, να ασκήσει ένσταση στην προϊσταμένη αρχή, και στη συνέχεια αίτηση θεραπείας.

Περαιτέρω, στο άρθρο 5 παρ. 8 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: "Οι λογαριασμοί των κατά τη σύμβαση οφειλομένων ποσών συντάσσονται κατά μηνιαία χρονικά διαστήματα, εκτός αν η σύμβαση ορίζει άλλες προθεσμίες. Οι λογαριασμοί συντάσσονται από τον ανάδοχο και υποβάλλονται στη διευθύνουσα υπηρεσία, η οποία τους ελέγχει και τους διορθώνει, όταν απαιτείται, μέσα σε ένα μήνα από την υποβολή τους. Οι εγκρινόμενοι από τη διευθύνου-

σα υπηρεσία λογαριασμοί αποτελούν την πιστοποίηση για την πληρωμή των εργασιών που έχουν εκτελεσθεί..", ενώ στο άρθρο 40 του Π.Δ. 609/1985 ορίζεται ότι "1. Η πραγματοποίηση των τμηματικών πληρωμών που προβλέπει η παρ.8 του άρθρου 5 Ν. 1418/84 ή της οριστικής πληρωμής του εργολαβικού ανταλλάγματος και η εκκαθάριση όλων των αμοιβαίων απαιτήσεων από την εκτέλεση της εργολαβικής συμβάσεως γίνεται με βάση τους λογαριασμούς και τις πιστοποιήσεις που συντάσσονται σύμφωνα με τις επόμενες παραγράφους 2...7. Οι λογαριασμοί υποβάλλονται στη διευθύνουσα υπηρεσία που τους ελέγχει και τους διορθώνει, αν είναι ανάγκη μέσα στην προθεσμία που προβλέπει η παρ. 8 του άρθρου 5 Ν. 1418/84..... Ο λογαριασμός μετά τον έλεγχο εγκρίνεται από τη διευθύνουσα υπηρεσία και έτσι εγκεκριμένος αποτελεί την πιστοποίηση για την πληρωμή του αναδόχου... 9. Με τον τελικό λογαριασμό γίνεται εκκαθάριση του εργολαβικού ανταλλάγματος και όλων των αμοιβαίων απαιτήσεων που έχουν σχέση με την εκτέλεση της σύμβασης. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι, όπου εκδίδεται από τη διευθύνουσα υπηρεσία πράξη βλαπτική για τα συμφέροντα του αναδόχου, αυτός υποχρεούται, επί ποινή απαραδέκτου, πρώτα να ακολουθήσει την προβλεπόμενη από τα άρθρα 12 και 13 του Ν. 1418/84 διαδικασία διοικητικής επίλυσης της διαφοράς και κατόπιν να ασκήσει προσφυγή στο αρμόδιο δικαστήριο. Όταν όμως δεν πρόκειται περί βλαπτικής για τα συμφέροντα του αναδόχου πράξεως, αλλά αντίθετα περί πράξεως της οποίας αυτός επιδιώκει την υλοποίηση, όπως είναι η πράξη της δι-

ευθύνουσας υπηρεσίας περί εγκρίσεως του τελικού λογαριασμού, η οποία αποτελεί την πιστοποίηση για την πληρωμή του, τότε και εφόσον η διοίκηση αρνείται να ικανοποιήσει τη σχετική απαίτησή του (πληρωμή της αμοιβής) δεν είναι αναγκαία η τήρηση της άνω διοικητικής διαδικασίας και ο ανάδοχος μπορεί να ζητήσει ευθέως την καταβολή της αμοιβής του. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως από την προσβαλλόμενη απόφαση προκύπτει το Εφετείο απέρριψε τον σχετικό λόγο ανακοπής του ήδη αναιρεσειόντος, δεχθέν ότι το ποσό των 62.731,33 ευρώ που διατάχθηκε το αναιρεσεϊόν να πληρώσει στον αναιρεσιβλήτο, ως υποκατάστατο των μελών του, αποτελούσε την αμοιβή αυτών (μελών), από σύμβαση δημόσιου έργου που είχε καταρτισθεί μεταξύ των ιδίων και του αναιρεσειόντος η οποία (αμοιβή) πιστοποιήθηκε και εγκρίθηκε από τη διευθύνουσα υπηρεσία και ότι, ως εκ τούτου, δεν απαιτείτο η τήρηση της ειρημένης διοικητικής διαδικασίας. Με την

κρίση του αυτή το Εφετείο, σύμφωνα με τα εκτιθέμενα στην πρώτη (μειζονα) πρόταση του παρόντος συλλογισμού, δεν παραιτήθηκε με εσφαλμένη ερμηνεία ή εφαρμογή τις διατάξεις των άρθρων 12 και 13 του Ν. 1418/1984. Επομένως, ο περί του αντιθέτου, εκ του άρθρου 559 αρ. 1 Κ.Πολ.Δ απορρέων δεύτερος λόγος του αναιρετηρίου είναι αβάσιμος. Κατ' ακολουθίαν, πρέπει να απορριφθεί η αίτηση αναιρέσεως.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την από 14-5-2007 αίτηση του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία "....." για αναίρεση της υπ' αριθ. απόφασης του Εφετείου Αθηνών, και καταδικάζει το αναιρεσεϊόν στα δικαστικά έξοδα του αναιρεσιβλήτου από τριακόσια (300) ευρώ. Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 23 Νοεμβρίου 2009, και δημοσιεύθηκε στην Αθήνα σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριό του στις 28 Δεκεμβρίου 2009.

Ειρηνοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 198/2010

Ειρηνοδίκης: Μαρία Νικολακάκη - Ξημέρη

Δικηγόροι: Μαριάννα Γρηγοράκη, Εμμανουήλ Καλογιαννάκης

Άρθρα: 623, 624 παρ. 1 626, 628, 632 παρ. 1 και 633 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ.

Ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής: Δεκτή για έλλειψη διαδικαστικής προϋποθέσεως έκδοσης της διαταγής. Τέτοια είναι και η μη πλήρωση της αιρέσεως από την οποία εξαρτήθηκε η απαίτηση που ενσωματώθηκε στη συναλλαγματική, με βάση την οποία εκδόθηκε η ακυρωθείσα διαταγή.

Από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 623, 624 παρ. 1, 28, 632 παρ. 1 και 633 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, σαφώς συνάγεται ότι

απαγορεύεται η έκδοση διαταγής πληρωμής, όταν η απαίτηση εξαρτάται από αίρεση ή όρο, εκτός αν η πλήρωση της αιρέ-

σεως ή η πραγματοποίηση του όρου προ- αποδεικνύεται με δημόσιο ή ιδιωτικό έγ- γραφο, και ότι αν κατά λάθος ή από ε- σφαλμένη ερμηνεία έχει εκδοθεί διαταγή πληρωμής για απαίτηση που τελεί υπό αί- ρηση και δεν προαποδεικνύεται η πλήρω- ση αυτής από δημόσιο ή ιδιωτικό έγγρα- φο, τότε ο καθού η διαταγή πληρωμής (ο- φειλέτης της απαιτήσεως) δικαιούται να ζητήσει με ανακοπή την ακύρωση της δια- ταγής πληρωμής, για έλλειψη συνδρομής των αναγκαίων κατά νόμο προϋποθέσεων προς έκδοσή της (βλ. Μπέη Πολ. Δικ. Τό-μος Δ', άρθρο 624, σελ 183-186, Εφ.ΑΘ. 7451/1985 Ελλ.Δ/νη 28.682, Α.Π. 811/1986 ΝοΒ 35.747). Με την ανακοπή δηλαδή προβάλλονται λόγοι κατά του κύρους της διαταγής πληρωμής για έλλειψη διαδικα- στικής προϋποθέσεως έκδοσής της, ήτοι λόγω διαδικαστικού απαραδέκτου, το ο- ποίο δημιουργεί και η έκδοση διαταγής πληρωμής με βάση έγγραφο, που δεν απο- δεικνύει άμεσα την απαίτηση και το πο- σόν αυτής ή που αποδεικνύει άμεσα την πλήρωση της αιρέσεως ανεξαρτήτως της απαιτήσεως (Α.Π. 1503/2008 ΝΟΜΟΣ).

Η από το άρθρο 1400 Α.Κ. αξίωση συμμε- τοχής στα αποκτήματα συνιστά ρύθμιση αναγκαστικού δικαίου, με συνέπεια να α- παγορεύεται οιαδήποτε αντίθετη συμφω- νία μεταξύ των συζύγων, διαρκούντος του γάμου, όπως εκείνη με την οποία συνομο- λογείται ότι δεν θα υπάρχει αξίωση συμ- μετοχής στην περιουσιακή επαύξηση ή η παραίτηση από τέτοια αξίωση, εξαιρού- νται όμως οι συμφωνίες ή η παραίτηση που γίνονται στα πλαίσια ρύθμισης συναι-

νετικού διαζυγίου και ενόψει αυτού, οπό- τε τελούν υπό την αναβλητική αίρεση της λύσης του γάμου (Α.Π. 668/2001 ΝοΒ 50. 700, Εφ.Θεσ. 1091/2003 Αρμ. 58. 541, Εφ.Θρ, 202/2000 Αρμ. 55. 478, Εφ.Θεσ. 2910/1990 Ελλ.Δ/νη 32. 1345, Βαθρακο- κοίλης Οικ.Δικ., εκδ. 2003, υπό τα άρθρα 1400-1402, σελ. 294).

Με τον πρώτο και μοναδικό λόγο της α- νακοπής, κατ' εκτίμηση του δικογράφου της, ο ανακόπτων ισχυρίζεται ότι με την καθής, που είχαν τελέσει θρησκευτικό γάμο στις 1-6-2002, κατέθεσαν στις 1-2- 2006 από κοινού, αίτηση στο Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, προκειμένου να λυθεί ο γάμος τους συναινετικά και εν όψει της εκδόσεως συναινετικού διαζυγί- ου, στις 5-9-2005 είχαν υπογράψει ένα ι- διωτικό συμφωνητικό, με το οποίο ρύθμι- ζαν τις μεταξύ τους περιουσιακές διαφο- ρές και ο ανακόπτων αναγνώριζε ότι, λό- γω της συμβολής της καθής στην επαύξη- ση της περιουσίας του κατά το ποσόν των 20.000 ευρώ, θα υποχρεούτο να της πλη- ρώσει το ποσόν αυτό, αναλαμβάνοντας την υποχρέωση με την αποδοχή συναλ- λαγματικών, που η καθής εξέδωσε, μετα- ξύ των οποίων είναι και η επίμαχη, ποσού 5.000 ευρώ, με βάση την οποία εκδόθηκε η ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής. Πε- ραιτέρω εκθέτει ότι, ενώ η οφειλή του προέρχεται από τη ρύθμιση των περιου- σιακών τους σχέσεων ως συζύγων και υπό την αναβλητική αίρεση της λύσης του γά- μου τους με συναινετικό διαζύγιο, η αίρε- ση αυτή δεν πληρώθηκε, καθόσον η κα- θής άσκησε την υπό χρονολογία 20-2-

2008 και με αριθμό πρωτ. έφεση κατά της με αριθμό οριστικής απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου που απήγγειλε τη λύση του γάμου τους και ως εκ τούτου δεν ήταν επιτρεπτή η έκδοση της ανακοπτόμενης διαταγής πληρωμής, αφού η απαίτηση ήταν από αίρεση

που δεν πληρώθηκε, ζητώντας για τον λόγο αυτό την ακύρωσή της. Ο λόγος αυτός της ανακοπής είναι νόμιμος και στηρίζεται στις διατάξεις των άρθρων 623, 624 παρ.1, 626, 628 και 632 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ. Πρέπει επομένως, να ερευνηθεί περαιτέρω κατ' ουσίαν.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Γνωμοδότηση Εισαγγελέα Αρείου Πάγου - Αριθ. 12/2009

Θέμα: Δικαίωμα ανακριτικών αρχών να ζητούν από τους παρόχους υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, στοιχεία εντοπισμού προσώπων που ενεργούν κακόβουλες κλήσεις.

Άρθρα: 4 παρ. 1 Ν. 3471/2006, Οδηγία 2002/58/Ε.Κ και άρθρο 19 Σ.

Προς την Αρχή Διασφάλισης του Απορρήτου των Επικοινωνιών (Α.Δ.Α.Ε.). Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1604 από 13 Ιουλίου 2009 έγγραφό σας ζητάτε διευκρινίσεις επί της υπ' αριθμ. 9/2009 Γνωμοδοτήσεως του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου. Όπως προκύπτει από την εν λόγω Γνωμοδότηση, με αυτή αντιμετωπίζεται, ύστερα από σχετικό ερώτημα του Τμήματος Διώξεως Ηλεκτρονικού Εγκλήματος της Υποδιευθύνσεως Διώξεων Οικονομικών Εγκλημάτων κλπ. της Διευθύνσεως Ασφαλείας Αττικής, το ζήτημα της νομιμότητας των αιτημάτων εισαγγελικών, ανακριτικών και προανακριτικών αρχών προς τους παρόχους υπηρεσιών ηλεκτρονικών εν γένει επικοινωνιών (σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, επικοινωνίας μέσω διαδικτύου - Internet), να τους παρέχουν στοιχεία εντοπισμού της ταυτότητας προσώπων που ενεργούν τηλεφωνικές κλήσεις ή αποστέλλουν μηνύματα εξυβριστικού, δυσφημιστικού, απειλητικού ή άλλου εγκληματικού χαρακτήρα προς τον εγκαλούντα (κακόβουλες κλήσεις).

Με το προαναφερόμενο έγγραφό σας αμφισβητείτε τη νομιμότητα και συνταγματικότητα των παραπάνω αιτημάτων των ανακριτικών αρχών, η οποία καταφάσκε-

ται από την προηγηθείσα 9/2009 Γνωμοδότηση του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, αντικρούοντας συγκεκριμένα επιχειρήματα από αυτά που στηρίζουν το πόρισμα της Γνωμοδοτήσεως. Σε απάντηση του αιτήματός σας, σας γνωρίζουμε τα ακόλουθα:

Κατά το άρθρο 4 § 1 του Ν. 3471/2006, με τον οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη η Οδηγία 2002/58/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12ης Ιουλίου 2002, "οποιαδήποτε χρήση των υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών που παρέχονται μέσω δημοσίου δικτύου επικοινωνιών και των διαθέσιμων στο κοινό υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών ... προστατεύεται από το απόρρητο των επικοινωνιών. Η άρση του απορρήτου είναι επιτρεπτή μόνο υπό τις προϋποθέσεις και τις διαδικασίες που προβλέπονται από το άρθρο 19 του Συντάγματος" (τον ορισμό των ηλεκτρονικών υπηρεσιών βλ. στο άρθρο 2 περ. ρίπτ. μζ' του Ν. 3431/2006).

Είναι σαφές ότι η έννοια του επιβαλλόμενου από τη διάταξη αυτή απορρήτου των επικοινωνιών συμπίπτει με την έννοια του απορρήτου "των επιστολών και της ελεύθερης ανταπόκρισης ή επικοινωνίας" κα-

τά το άρθρο 19 § 1 του Συντάγματος. Το Σύνταγμα δεν αναφέρεται σε οποιαδήποτε επικοινωνία ή ανταπόκριση μεταξύ προσώπων. Καθιερώνει την προστασία της επικοινωνίας με την έννοια της ανταλλαγής διανοημάτων, ειδήσεων, γνώμών (βλ. BVerfGE 67, 157-G10) και συναισθημάτων και ειδικότερα αυτής που γίνεται εντός πλαισίων οικειότητας και εμπιστευτικότητας (Χρυσόγονος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 3η έκδ. (2006), σ. 256 επ., Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο - Ατομικά Δικαιώματα Α' αριθ. 534, σ. 350 επ., Τσακυράκης, Το απόρρητο της επικοινωνίας, ΝοΒ 1993, 995, BVerfG, EU GRZ 2009, 404, 407-408). Προστατεύεται το δικαίωμα του ατόμου να μοιράζεται με πρόσωπο της επιλογής του σκέψεις, ιδέες και συναισθήματα, χωρίς τον κίνδυνο της αποκάλυψης αυτών σε τρίτους, και χωρίς να ξει με το καταθλιπτικό συναίσθημα ότι κάθε αστόχαστη ή υπερβολική έκφραση, στα πλαίσια μιας ιδιωτικής επικοινωνίας, θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί εναντίον του (Ολ.Α.Π. 1/2001, Ελλ.Δ/νη 2001, 374, πρβλ. και Munch/Kunig (W. Lower) Grundgesetz - Kommentar, 5 Aufl., Art 10, 22).

Οι περιπτώσεις που ενδιαφέρουν στο προκείμενο, ήτοι οι περιπτώσεις στις οποίες οι ανακριτικές αρχές για την εντόπιση του δράστη εξυβριστικών, συκοφαντικών, απειλητικών, εκβιαστικών τηλεφωνικών κλήσεων ή μηνυμάτων, κατά την διενέργεια προκαταρκτικής εξέτασης, προανακρίσεως ή κυρίας ανακρίσεως, κατόπιν εγκλήσεως κατά κανόνα του παθόντος, δέκτη των εν λόγω κλήσεων κλπ., ζητούν την ανακοίνωση εκ μέρους των

παρόχων υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών στοιχείων σχετικών με την ταυτότητα ή τη θέση της συνδέσεως του χρήστη, εκφεύγουν του προστατευτικού πεδίου της διατάξεως του άρθρου 19 § 1 του Συντάγματος. Στις προαναφερόμενες περιπτώσεις δεν πρόκειται για επικοινωνία ή ανταπόκριση κατά την έννοια της συνταγματικής διατάξεως. Οι επαφές αυτές, ως εκ του σκοπού και του περιεχομένου τους, το οποίο είναι ευθέως εγκληματικό (Καρράς, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο αριθ. 705), αφενός δεν συνιστούν "ανταλλαγή απόψεων, διανοημάτων κλπ." και αφετέρου δεν γίνονται στο πλαίσιο σχέσεως οικειότητας και εμπιστευτικότητας (Χρυσόγονος, ανωτ. σελ. 260, Τσακυράκης, ανωτ. σελ. 997, 998). Επομένως, δεν συντρέχει ο δικαιολογητικός λόγος προστασίας του απορρήτου, δηλαδή η διαφύλαξη του προσώπου από τον κίνδυνο παραβιάσεως της εν ευρεία έννοια προσωπικής ελευθερίας του και της παγιδεύσεώς του με την έκθεσή του σε κάθε είδους συνέπειες από τυχόν υπερβολικές και αστόχαστες εκφράσεις κατά την ιδιωτική και εμπιστευτική επικοινωνία του, και, κατ' ακολουθίαν, η επικοινωνία αυτού του είδους δεν προστατεύεται ως αυτή από το Σύνταγμα και, συνακολούθως, από τη διάταξη του άρθρου 4 § 1 του Ν. 3471/2006.

Συνεπώς προς τα ανωτέρω, οι ανακριτικές αρχές, ανταποκρινόμενες στο προστατευτικό καθήκον του Κράτους, εκδηλούμενο ως θετική υποχρέωση αυτού προς διασφάλιση της ανεμπόδιστης και αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων του ατόμου, κατ' άρθρο 25 § 1 του Συ-

ντάγματος, και ενεργούσες σύμφωνα με τη συνταγματική επιταγή για παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 του Συντάγματος) και τιμωρήσεως των εγκλημάτων (άρθρα 96 § 1 και 87 § 1 του Συντάγματος) μπορούν, στα πλαίσια του δικαιώματός τους να συγκεντρώνουν τα αναγκαία αποδεικτικά στοιχεία για τη βεβαίωση του εγκλήματος (άρθρα 251, 239 παρ. 1-2 και 248 Κ.Πολ.Δ), να ζητούν τα προαναφερόμενα στοιχεία, χωρίς την προηγούμενη τήρηση της διαδικασίας άρσεως του απορρήτου του εκτελεστικού της διατάξεως του άρθρ. 19 § 1 εδ. β' του Συντάγματος Ν. 2225/1994, αφού, όπως ελέγχθη, δεν πρόκειται για απόρρητο.

Είναι αυτονόητο, ότι πρέπει να διενεργείται κυρία ανάκριση ή προκαταρκτική εξέταση ή προανάκριση μετά από παραγγελία εισαγγελέα καθώς και ότι ο τακτικός ανακριτής ή ο παραγγέλλων εισαγγελέας, σύμφωνα με βασική αρχή ισχύουσα επί των ανακρίσεων, θα ζητήσει τα στοιχεία για τα οποία γίνεται λόγος, αφού μετά τή-

ρηση των αρχών της αναλογικότητας, κρίνει ότι, βάσει των στοιχείων που μέχρι τη στιγμή εκείνη διαθέτει, είναι δυνατόν να υποτεθεί ευλόγως ότι μόνο με αυτό το μέσο θα γίνει δυνατή η βεβαίωση του εγκλήματος και η ανακάλυψη του δράστη (Καρκάς, ανωτ., αριθ. 44).

Πρέπει να σημειωθεί ότι οι επικαλούμενες στο υπ' αριθμ. 1604/13-7-2009 έγγραφό σας αποφάσεις του ΕΔΔΑ (υποθέσεις Malone κατά Ηνωμένου Βασιλείου και Copland κατά Ηνωμένου Βασιλείου) καθώς και του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας (BVerfGE 67, 157 - G10) αφορούν επεμβάσεις τρίτων σε ιδιωτικές επικοινωνίες μεταξύ άλλων προσώπων, πράγμα που διαφέρει από το εξεταζόμενο εδώ ζήτημα των εγκληματικού περιεχομένου κλήσεων και μηνυμάτων που απευθύνονται προς τον επιζητούντα την αποκάλυψη του δράστη τους.

Ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου
Ιωάννης Τέντες

Γνωμοδότηση Εισαγγελέα Αρείου Πάγου - Αριθ. 2/2009

Θέμα: (ΠΟΙΝΔ/ΝΗ 2009/185) Εκτέλεση της ποινής. Κατάδικοι που υπερέβησαν το 70^ο έτος της ηλικίας τους. Τέτοιος είναι και αυτός που υπερέβη το όριο αυτό, καθόν χρόνο πρόκειται να κριθεί η απόλυση. Προϋποθέσεις απόλυσης. Αυτός ο κατάδικος, ο οποίος εκτίει ποινή πρόσκαιρης κάθειρξης, προκειμένου να απολυθεί υπ' όρον, και εφ' όσον δεν εργάζεται, απαιτείται να εκτίσει, με συννυπολογισμό της προσωρινής κρατήσεως, μετά τη συμπλήρωση του 65ου έτους της ηλικίας του, χρονικό διάστημα ίσο με 1/5 της ποινής που του επιβλήθηκε, χωρίς να είναι υποχρεωτική η παραμονή στο σωφρονιστικό κατάστημα για χρονικό διάστημα ίσο με το 1/3 της ποινής.

Άρθρα: 105 παρ. 2, 6 Π.Κ., 25 παρ. 2 Ν. 1756/1988.

Εκ των διατάξεων της παρ. 2 του άρθρου 105 Π.Κ., προκύπτει σαφώς ότι αναφέρεται αποκλειστικά στους κατάδικους που

υπερέβησαν το 65^ο-70^ο έτος της ηλικίας τους. Πρόκειται για ειδική διάταξη που αντιστοιχεί όλα τα θέματα που αναφέ-

ρονται στην υφ' όρον απόλυση των άνω καταδίκων. Σκοπός της ειδικής αυτής διάταξης είναι η επιεικής αντιμετώπιση των παραπάνω καταδίκων, η οποία (επιεικής αντιμετώπιση) οφείλεται στη φύση του πράγματος, και δη της ηλικίας τους, σε συνδυασμό με τον σκοπό και τη φύση της υφ' όρον απολύσεως (Βλ. γι' αυτόν μόνο την Αιτιολογική Έκθεση των άνω νόμων) και η οποία (επιεικής αντιμετώπιση) είχε αρχίσει με αυτόν τούτον τον αρχικό νόμο (Ν. 811/1917, άρθρο 1 εδ. β' - πρβλ. στη συνέχεια άρθρο 2 παρ. 2 εδ. β', Ν.Δ. 4/4.7.1933). Η παρ. 2 του άρθρου 105 Π.Κ. δεν απαιτεί ως προϋπόθεση της υφ' όρον απόλυσης των υπερβάντων το 65ο έτος της ηλικίας τους να έχουν αυτοί εκτίσει πραγματικά κάποιο όριο της ποινής.

Εξάλλου, η παρ. 6 του αυτού άρθρου 105 Π.Κ. [προστέθηκε - και αντικαταστάθηκε] με το άρθρο 1 παρ. 5γ' Ν. 2408/1996] αποτελούσε την παρ. 5 του άρθρου 25 Ν. 2058/1952, όπως είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 4 παρ. 3 Ν. 2207/1994, και από παραδρομή αριθμήθηκε ως παρ. 6, ενώ δεν υπήρχε ούτε υπάρχει παρ. 5. (Με το άρθρο 2 παρ. 4 Ν. 3189/2003 καταργήθηκε και το εκεί υπάρχον πέμπτο εδάφιο που αφορούσε τους ανήλικους ενόψει του άρθρου 129 Π.Κ.).

Η άνω παράγραφος καθίσταται έτσι σαφές ότι ρυθμίζει αποκλειστικά τον ευεργετικό - λόγω εργασίας - υπολογισμό των ημερών της εκτιμώμενης ποινής, στον οποίο αναφερόταν και το άρθρο 25 Ν. 2058/1952. Έτσι, η παρ. 6 δεν συνιστά διάταξη γενική, δηλ. για όλους τους κατάδικους για το θεσμό της υφ' όρον απόλυσης, αφού αναφέρεται αποκλειστικά στο άνω

ζήτημα και θα ίσχυε και χωρίς ενσωμάτωσή της στην παρ. 6 του άρθρου 105 Π.Κ. και συνεπώς δεν καταλαμβάνει και τους υπερήλικες κατάδικους της παρ. 2.

Έτσι, δεν μπορεί να ισχύει σωρευτικά και η παρ. 6 εδ. β' και η παρ. 2 του άρθρου 105 Π.Κ., αφού έτσι επιβάλλει πρόσθετη υποχρέωση (πραγματική έκταση) στον κατάδικο, η οποία δεν ορίζεται ρητά, αντίκειται δε στον σκοπό της παρ. 2 όπως αναφέρθηκε. Τον σκοπό αυτό μάλιστα ρητά πλέον τον αναφέρει το τελευταίο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 105 Π.Κ. Ο σκοπός αυτός έχει σημασία και για την εδώ εφαρμογή της γνωστής αρχής *in dubio pro reo*.

Από το παραπάνω συνάγεται σαφώς ότι, προκειμένου για κατάδικο που έχει υπερβεί το 70^ο έτος της ηλικίας του, ο οποίος εκτίει ποινή πρόσκαιρης κάθειρξης, απαιτείται, προκειμένου να απολυθεί υφ' όρον, και εφ' όσον δεν εργάζεται, να εκτίσει με συνυπολογισμό της προσωρινής κρατήσεως, μετά τη συμπλήρωση του 65ου έτους της ηλικίας του, χρονικό διάστημα ίσο με το ένα πέμπτο της ποινής που του επιβλήθηκε (δηλ. $1/5 = 2/5 : 2$) και δεν χρειάζεται - προκειμένου να απολυθεί υφ' όρον - να παραμείνει στο σωφρονιστικό κατάστημα υποχρεωτικά για χρονικό διάστημα ίσο με το ένα τρίτο της επιβληθείσας ποινής, υποχρέωση που ορίζει η παρ. 6 του άρθρου 105 Π.Κ. Έτσι και ο Μαργαρίτης, Τιμ. Τόμ. Μανωλεδάκη, Π (2007), σελ. 359 επ. (389 επ.) - όπου αναλυτική αιτιολογία και μια εκπληκτικής πληρότητας ανάλυση της νομοθετικής και νομολογιακής διαδρομής του όλου άρθρου 105 Π.Κ., αλλά αναφορά και των δυ-

σμενών για τον υπερήλικα κατάδικο συνεπειών της τυχόν αντίθετης άποψης, ιδίως δε, διότι εξαιρεί τους εκτίοντες ποινή ισοβίου καθείρξεως υπερήλικες κατάδικους από τον ευεργετικό υπολογισμό πρβλ. και Καϊάφα-Γκμπάντι, Υπέρ 1998,868 επ. Ως κατάδικος που υπερέβη το 65° ή το 70° έτος της ηλικίας είναι αυτός

που υπερέβη το όριο αυτό, καθόν χρόνο πρόκειται να κριθεί η απόλυση (βλ. Μπουρόπουλο, ΕρμΠΚ τόμ. Α', σελ. 280, Ζησιάδη, Γενικό Ποινικό, τόμ. β', σελ. 422, Στάικο, υπό 105, σελ. 952).

Ο Αντεισαγγελέας του Αρείου Πάγου,
Αθανάσιος Κονταξής Π.Β.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (Α' Τμήμα) - Αριθ. 4343/2009

Πρόεδρος: Γ. Ανεμογιάννης, (Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Α' Τμήματος)

Δικαστές: Δ. Σκαλτσούνης, Ι. Ζόμπολας (Σύμβουλοι), Π. Μπραϊμή, Αικ. Ρωξάνα (Πάρεδροι)

Δικηγόροι: Κ. Γρηγορίου (Πάρεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους),

Ι. Χαμάκου-Παπαχριστοδούλου

Άρθρα: 1510, 1512, 1514, 1518 παρ. 1 Α.Κ., Ν. 1329/1983, 932 Α.Κ., 105 Εισ.Ν.Α.Κ.

Διοικητική δικονομία. Δικαστική εκπροσώπηση ανηλίκων. Εκπροσωπούνται και από τους δύο γονείς που ασκούν την γονική μέριμνα και όχι μόνο από το γονέα στον οποίο έχει ανατεθεί η επιμέλεια λόγω διακοπής της έγγαμης συμβίωσης. Αστική ευθύνη Δημοσίου. Ευθύνη αστυνομικών οργάνων του Τμήματος Ασφαλείας Αερολιμένα που από πλημμελή έλεγχο διαβατηρίων διευκόλυναν την αρπαγή ανηλίκων τέκνων από τον αλλοδαπό πατέρα τους και τη διαφυγή τους στο εξωτερικό παρά την ύπαρξη σήματος που απαγόρευε την εξοδό τους από τη Χώρα. Περιστατικά. Τα αστυνομικά όργανα δεν έχουν εξουσία ελέγχου της νομιμότητας του μέτρου που είχε ληφθεί με το επίμαχο σήμα, αλλά μόνο υποχρέωση συμμόρφωσης, βάσει του καθήκοντος υποταγής.

1. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση, για την άσκηση της οποίας δεν απαιτείται, κατά νόμο, καταβολή παραβόλου, ζητείται να αναιρεθεί η απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία έγινε δεκτή έφεση της αναιρεσίβλητης και εξαφανίστηκε η απόφαση του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών, ακολουθώντας δε έγινε εν μέρει δεκτή αγωγή της ίδιας και αναγνωρίστηκε ότι το Ελληνικό Δημόσιο όφειλε να της καταβάλει, κατ' άρθρο 105 του Εισαγωγικού Νόμου του Αστικού Κώδικα, ως χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης ποσό 146.735 ευρώ για την ίδια ατομικώς και ποσό 44.020,5 ευρώ για λογαριασμό των τριών ανήλικων τέκνων της. Με την πρωτόδικη απόφαση είχε απορριφθεί η πιο πάνω αγωγή της αναιρεσίβλητης, με την οποία ζητούσε να αναγνωρισθεί ότι το Ελληνικό Δημόσιο όφειλε να της καταβάλει ως χρηματική ικανοποίηση, λόγω ηθικής βλάβης, ποσό 150.000.000 δραχμών για την ίδια α-

τομικώς και ποσό 150.000.000 δραχμών για λογαριασμό των τριών ανήλικων τέκνων της, των οποίων είχε την επιμέλεια.

2. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 1510 του Αστικού Κώδικα, η μέριμνα για το ανήλικό τέκνο είναι δικαίωμα και καθήκον των γονέων (γονική μέριμνα), οι οποίοι την ασκούν από κοινού. Η γονική μέριμνα περιλαμβάνει την επιμέλεια του προσώπου, τη διοίκηση της περιουσίας και την εκπροσώπηση του τέκνου σε κάθε υπόθεση ή δικαιοπραξία ή δίκη, που αφορούν το πρόσωπο ή την περιουσία του. Κατά τις διατάξεις των άρθρων 1512 και 1514 του ίδιου Κώδικα, στις περιπτώσεις όπου υπάρχει διακοπή της συμβίωσης των συζύγων, την άσκηση της γονικής μέριμνας, εφόσον αυτοί διαφωνούν, ρυθμίζει το δικαστήριο. Τέλος, κατά τη διάταξη του άρθρου 1518 παρ. 1 του Α.Κ., η επιμέλεια του προσώπου του τέκνου περιλαμβάνει ιδίως την ανατροφή, την επίβλεψη,

τη μόρφωση και την εκπαίδευσή του, καθώς και τον προσδιορισμό του τόπου διαμονής του. Από το συνδυασμό των διατάξεων που προαναφέρθηκαν συνάγεται ότι, μετά τον Ν. 1329/1983, η άσκηση της γονικής μέριμνας έχει ανατεθεί και στους δύο γονείς του ανήλικου τέκνου από κοινού και ότι ένα μέρος του καθόλου ιδιόρρυθμου αυτού δικαιώματος, αλλά και καθήκοντος, είναι η επιμέλεια του προσώπου του τέκνου. Περιλαμβάνει δε η επιμέλεια, όπως συνάγεται από το χρησιμοποιούμενο στην πιο πάνω διάταξη του άρθρου 1518 Α.Κ. επίρρημα «ιδίως», κάθε θέμα το οποίο σχετίζεται με την ανάπτυξη της σωματικής, πνευματικής και ψυχικής προσωπικότητας του ανήλικου τέκνου (όπως στέγη, ντύσιμο, τροφή, υγεία, μόρφωση, επαγγελματική εκπαίδευση, ηθική διαπαιδαγώγηση). Περαιτέρω, ενόψει του όλου περιεχομένου των πιο πάνω διατάξεων και του επιδιωκόμενου με αυτές σκοπού, που συνίσταται στο να ασκείται η γονική μέριμνα κατά κανόνα από τους δύο γονείς από κοινού, είναι φανερό ότι, αν η άσκηση της γονικής μέριμνας έχει κατανεμηθεί ανάμεσα στους γονείς, λόγω διάστασής τους, κατ' άρθρο 1514 Α.Κ. και η επιμέλεια του ανήλικου έχει ανατεθεί με δικαστική απόφαση στον έναν από τους γονείς λ.χ. τη μητέρα, τότε η τελευταία έχει αρμοδιότητα να αποφασίζει για τα τρέχοντα και καθημερινά μόνο θέματα σχετιζόμενα με την επιμέλεια του τέκνου και όχι για τα λοιπά (σοβαρά) θέματα, επί των οποίων η λήψη αποφάσεως εξακολουθεί να παραμένει στον πυρήνα της γονικής μέριμνας.

Γι' αυτό είναι απαραίτητο, εφόσον η γονική μέριμνα ανήκει και στους δύο γονείς, να αποφασίζουν αυτοί από κοινού για τέτοια θέματα και, αν διαφωνούν, να απο-

φασίζει, κατ' άρθρο 1512 Α.Κ., το δικαστήριο (Α.Π. 1321/1992). Εξάλλου, κατά το άρθρο 64 Κ.Πολ.Δ., οι ανήλικοι να παρίστανται στο δικαστήριο με το δικό τους όνομα εκπροσωπούνται από τους νόμιμους αντιπροσώπους τους. Προκειμένου δε περί ανηλίκων, οι οποίοι, όπως προκύπτει, από τις διατάξεις των άρθρων 127 παρ. 1 Α.Κ., 63 και 64 του Κ.Πολ.Δ. ως ανήλικοι για δικαιοπραξία δεν έχουν δικαίωμα να παρίστανται στο δικαστήριο με το δικό τους όνομα, νόμιμοι αντιπρόσωποί τους είναι οι γονείς τους, οι οποίοι, κατ' άρθρο 1510 Α.Κ., από κοινού ασκούν τη γονική μέριμνα επ' αυτών (Α.Π. 1864/1984, 511/1989, 1005/2006). [...]

[...].4. Επειδή, ο Εισαγωγικός Νόμος του Αστικού Κώδικα ορίζει στο άρθρο 105 ότι «Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος...». Κατά την έννοια της διάταξης αυτής γεννάται ευθύνη του Δημοσίου προς αποζημίωση για ζημία η οποία προκλήθηκε από την πλημμελή εκτέλεση ή την παράλειψη εκτέλεσης από τα όργανα του Δημοσίου του επιβεβλημένου σ' αυτά εκ του νόμου καθήκοντος. Περαιτέρω, κατά την έννοια της ίδιας διάταξης, η υποχρέωση του Δημοσίου προς αποζημίωση αίρεται μόνο αν η γενεσιουργός της ζημίας πράξη ή παράλειψη ή υλική ενέργεια ή παράλειψη υλικής ενέργειας έλαβε χώρα κατά παράβαση διάταξης, η οποία έχει θεσπιστεί αποκλειστικώς για χάρη του γενικού συμφέροντος, όχι όμως και αν η παραβίασθαισα διάταξη αποβλέπει, παράλληλα με την προστασία του γενικού συμφέροντος, και

στην προστασία ιδιωτικών συμφερόντων (Σ.τ.Ε 28/2000).

5. Επειδή, εξάλλου, στην παρ. 1 του άρθρου 4 του Ν. 1975/1991 (Α' 184) ορίζεται ότι «Κάθε άτομο, που με οποιονδήποτε τρόπο εισέρχεται στο ελληνικό έδαφος ή εξέρχεται από αυτό, υποβάλλεται σε αστυνομικό έλεγχο κατά την άφιξη και την αναχώρησή του, με εξαίρεση τις περιπτώσεις που προβλέπονται από ειδικές διεθνείς συμβάσεις» και στην παρ. 2 ότι «Ο έλεγχος των προσώπων, που με οποιονδήποτε τρόπο εισέρχονται στο ελληνικό έδαφος ή εξέρχονται από αυτό, ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα του Υπουργού Δημόσιας Τάξης και ενεργείται από τις κατά τόπους αστυνομικές υπηρεσίες». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 και 3 του Ν. 1481/1984 (Α' 152), ο κλάδος αστυνομίας τάξης, ο οποίος κατά το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του νόμου τούτου, ανήκει στις κεντρικές υπηρεσίες του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης, έχει ως ειδικότερη αποστολή, εκτός των άλλων, την «απρόσκοπτη

κοινωνική διαβίωση των πολιτών» καθώς και την «προστασία των ατομικών ελευθεριών του πολίτη». Από τις πιο πάνω διατάξεις των νόμων 1975/1991 και 1481/1984 συνάγεται ότι με αυτές επιδιώκεται όχι μόνο η προστασία του γενικού συμφέροντος αλλά παράλληλα και η προστασία των ατομικών δικαιωμάτων των κατ' ιδίαν προσώπων (Σ.τ.Ε 28/2000).

Ως εκ τούτου, η παραβίαση των πιο πάνω διατάξεων από τα κρατικά όργανα, με πράξεις ή παραλείψεις τους κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας τους, μπορεί να στοιχειοθετήσει, κατά τα εκτεθέντα, υποχρέωση του Δημοσίου προς αποζημίωση κατά το άρθρο 105 Εισ.Ν.Α.Κ. για την αποκατάσταση κάθε θετικής ή αποθετικής ζημίας, τα δικαστήρια δε της ουσίας μπορούν, επιπλέον, να επιδικάσουν σε βάρος του Δημοσίου χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 932 του Αστικού Κώδικα.

Συμβούλιο της Επικρατείας (Ε' Τμήμα) - Αριθ. 3180/2008

Πρόεδρος: Π. Ν. Φλώρος, (Αντιπρόεδρος Συμβουλίου Επικρατείας)

Δικαστές: Χ. Λιάκουρας (Εισηγητής)

Δικηγόροι: Γεώργιος Κιαούλιας, Φερενίκη Οικονομίδου, Ξανθή Μπασάκου (Πάρεδρος Νομικού Συμβουλίου του Κράτους), Σπύρος Βλαχόπουλος

Άρθρα: 411 Π.Δ. 14/7/1999, 6 Άρ. 1 Ν. 720/1977

Σχέδια πόλεων. Αναγνώριση του κοινόχρηστου χαρακτήρα οδών με πράξη του Νομάρχη, κατά της οποίας ασκήθηκε προσφυγή στο Γενικό Γραμματέα της Περιφέρειας, που απορρίφθηκε σιωπηρώς. Ο αιτών, ιδιοκτήτης ξενοδοχείου επί ακινήτου ομόρου με το οικόπεδο του παρεμβαίνοντος, με έννομο συμφέρον ασκεί αίτηση ακύρωσης κατά των ανωτέρω πράξεων, έστω και αν ανήγειρε αυτός οικοδομή χρησιμοποιώντας, κατά την έκδοση της οικείας οικοδομικής άδειας, και το μη αμφισβητηθέντα τότε κοινόχρηστο χαρακτήρα μιας εκ των οδών. Απαγορεύεται να σχηματίζονται εντός των σχεδίων πόλεων κοινόχρηστοι χώροι από ιδιωτική βούληση, εκτός αν πρόκειται για κοινόχρηστους χώρους που δημιουργήθηκαν πριν από την 16/1/1924. Ο Νομάρχης έχει αρμοδιότητα να διαπιστώνει, μετά από γνώμη του αρμοδίου συμβουλίου, κατά πόσον εδαφική λωρίδα έχει πράγματι αφαιρεθεί στην κοινή χρήση πριν από την ανωτέρω ημερομηνία. Η προσβαλλόμενη πράξη δεν είναι νόμιμη διότι ο Νομάρχης δεν διαπιστώνει αν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις. Μη νόμιμα εφαρμόστηκε στην ένδικη υπόθεση το άρθρο 6 του Ν. 720/1977. Δεκτή η αίτηση ακύρωσης.

[...] 6. Επειδή, ο αιτών, ο οποίος φέρεται ως ιδιοκτήτης ξενοδοχείου επί ακινήτου ομόρου με το οικοπέδο του παρεμβαίνοντος, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση αίτηση, δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη πράξη του Νομάρχη Πειραιά αναγνωρίζεται ο κοινόχρηστος χαρακτήρας των οδών που περιβάλλουν το εν λόγω οικοπέδο και επιτρέπεται με τον τρόπο αυτό η ανοικοδόμησή του, επιφέροντας βλάβη στο υφιστάμενο όμορο ακίνητο του αιτούντος.

Το έννομο δε συμφέρον του αιτούντος δεν αναιρείται από το γεγονός ότι, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, και αυτός ανήγειρε την οικοδομή του δυνάμει οικοδομικής άδειας, η οποία, αφορά μεν οικόπεδο με πρόσωπο και σε άλλο κοινόχρηστο δρόμο, για την έκδοσή της, όμως, και προκειμένου να συντρέξουν όλες οι, κατά το χρόνο έκδοσής της προϋποθέσεις αρτιότητας, χρησιμοποιήθηκε και ο μη αμφισβητηθείς τότε κοινόχρηστος χαρακτήρας μίας εκ των επιδίκων οδών. Και τούτο διότι, κατά την έννοια του άρθρου 47 παρ. 1 του Π. Δ/τος 18/1989, το συμφέρον προς άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως δεν παύει να είναι έννομο από μόνο το γεγονός ότι ο αιτών φέρεται να έχει εκμεταλλευτεί σε προγενέστερο χρόνο την ίδια ενδεχόμενη παρανομία της προσβαλλόμενης πράξης.

Ο νόμος αποβλέπει, και αρκείται, στην ύπαρξη δεσμού που επιτρέπει στον αιτούντα να αμφισβητήσει την αντικειμενική νομιμότητα της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, προκειμένου να επιτύχει αποτέλεσμα που καθ' εαυτό δεν αποδοκιμάζεται από την έννομη τάξη. Η θεραπεία της τυχόν παρανομίας της νομικής κατάστασης του αιτούντος δεν επέρχεται με τη στέρηση του εννόμου συμφέροντος προς

άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά με την δυνατότητα της διοίκησης να επιβάλει την άρση της παράβασης.

Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, συμφέρον στηριζόμενο σε ισχύουσα διοικητική πράξη είναι πάντοτε και εξ ορισμού έννομο, αφού διοικητική πράξη που δεν ανακλήθηκε ή ακυρώθηκε παράγει, κατά γενικό κανόνα, όλα τα έννομα αποτελέσματά της, μεταξύ των οποίων και το δικαίωμα του δικαιούχου να αξιώσει την επέλευση όλων των έννομων συνεπειών που απορρέουν από την ύπαρξή της. Ο έλεγχος δε της νομιμότητας της διοικητικής πράξης, στην οποία ο αιτών στηρίζει το έννομο συμφέρον του, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτο παρεμπόμπτο έλεγχο του κύρους της και θα δημιουργούσε, κατ' αποτέλεσμα, μία άλλη δίκη εντός του πλαισίου της κυρίας δίκης που και οικονομικώς δυσχερής είναι και διεξάγεται χωρίς την τήρηση στοιχειωδών δικονομικών προϋποθέσεων για τον αιτούντα, ενόψει και της αυτεπάγγελτης έρευνας της συνδρομής του εννόμου συμφέροντος (πρβλ. Σ.τ.Ε 3095/2001 Ολ., 173/1998 Ολ.).

Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, ανεξαρτήτως ότι η ενδεχόμενη ωφέλεια του αιτούντος από την προσβαλλόμενη πράξη δεν αποκλείει και την εξ αυτής βλάβη του, η εν λόγω ωφέλεια καθώς και οι προκαλούμενες, ενδεχομένως, σε αυτόν έννομες συνέπειες της τυχόν ακύρωσής της (παράνομη η μεταβίβαση σε αυτόν του οικοπέδου, ακυρότητα της οικοδομικής του άδειας) δεν μπορούν, ενόψει των ανωτέρω, να αποτελέσουν αντικείμενο ειδικότερου ελέγχου στο παρόν στάδιο εξέτασης του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος.

Επομένως, ο περί του αντιθέτου προβαλλόμενος ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος

και της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης Αθηνών - Πειραιά είναι αβάσιμος.

7. Επειδή, στο άρθρο 411 του Κώδικα Βασιικής Πολεοδομικής Νομοθεσίας (Π.Δ. της 14.7.1999 - Δ' 580), το οποίο κωδικοποίησε το άρθρο 20 του Ν.Δ. της 17.7.1923 "περί σχεδίων πόλεων" (ΦΕΚ 228 Α') ορίζονται τα εξής: 1. Δεν επιτρέπεται οιαδήποτε μεταβίβαση της κυριότητας μέρους ή του όλου γηπέδου, στο οποίο ο ιδιοκτήτης σχημάτισε ή αναγνώρισε κοινόχρηστους χώρους που τυχόν σχηματίστηκαν χωρίς τη θέλησή του (ιδιωτικές οδούς, πλατείες κ.λπ.) ή δεν τους σχημάτισε ούτε τους αναγνώρισε αλλά επιδιώκει το σχηματισμό ή την αναγνώρισή τους με τη μεταβίβαση αυτή.

Στην έννοια του σχηματισμού κοινοχρήστων χώρων περιλαμβάνεται ο περιορισμός ή η παραίτηση δικαιωμάτων στα παραπάνω γήπεδα που γίνεται με οποιονδήποτε τρόπο, με ιδιωτική πρωτοβουλία ή συμφωνία με σκοπό τον άμεσο ή έμμεσο σχηματισμό των χώρων αυτών. Κάθε μεταβίβαση της κυριότητας που γίνεται κατά παράβαση των παραπάνω διατάξεων είναι αυτοδικαίως άκυρη. Η διάταξη αυτή περί ακυρότητας ισχύει και αν ακόμη δεν έχει γίνει σε κάποια επίσημη πράξη σαφής μνεία του σχηματισμού των παραπάνω κοινοχρήστων χώρων αλλ' εμμέσως προκύπτει από τις μεταβιβάσεις που έγιναν ότι αυτές έχουν σκοπό το σχηματισμό των χώρων αυτών και εν γένει την εφαρμογή ιδιωτικού σχεδίου ρυμοτομίας. 2. Για τα εντός των εγκεκριμένων σχεδίων πόλεων γήπεδα επιτρέπεται, με ορισμένες προϋποθέσεις και όρους, η παρέκκλιση από τις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου μέχρι οποιουδήποτε βαθμού. Τα σχετικά με την παρέκκλιση και τις προϋποθέσεις και όρους αυτής κανο-

νίζονται με Π.Δ/τα, που εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη του Κ.Σ.Χ.Ο.Π. εφάπαξ για κάθε πόλη, κώμη κ.λπ. ή για κάθε τμήμα τους ή για κάθε ειδική περίπτωση. 3. Οι διατάξεις της παραγράφου 1 δεν ισχύουν προκειμένου περί γηπέδων που καλλιεργούνται και βρίσκονται εκτός των εγκεκριμένων σχεδίων πόλεων, στα οποία σχηματίζονται ιδιωτικές οδοί για μεταφορά των προϊόντων, εφόσον εκ των πραγμάτων προκύπτει ότι ο σχηματισμός τους έχει σκοπό μόνο τη μεταφορά αυτή και όχι την εφαρμογή ιδιωτικού σχεδίου ρυμοτομίας και τη βάσει αυτού κατάτμηση των γηπέδων σε μικρά τμήματα.

Επίσης δεν ισχύουν οι διατάξεις της ίδιας παραγράφου 1: α) για κάθε περαιτέρω μεταβίβαση της κυριότητας γηπέδων, των οποίων έχει ήδη αυτή μεταβιβασθεί κατά παράβαση των διατάξεων της παραπάνω παραγράφου, πριν από την ημερομηνία που ορίζεται στην παράγραφο 5, εφ' όσον δεν επέρχεται αύξηση της επιφάνειας των κοινόχρηστων χώρων που σχηματίστηκαν με ιδιωτική πρωτοβουλία πριν την ημερομηνία αυτή, και β) Ως προς τα εντός των εγκεκριμένων σχεδίων των πόλεων κ.λπ. γήπεδα, στα οποία σχηματίστησαν με ιδιωτική πρωτοβουλία, πριν από την οριζόμενη ημερομηνία, κοινόχρηστοι χώροι (ιδιωτικές οδοί κ.λπ.) εφ' όσον η κυριότητα τμημάτων των γηπέδων αυτών μεταβιβάσθηκε ήδη πριν από την ημερομηνία αυτή και δεν έχει γίνει μεταγενέστερη αύξηση των κοινόχρηστων χώρων που σχηματίστηκαν αρχικά.

4. Ο Υπουργός Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων αποφαινεται ύστερα από γνώμη του Κ.Σ.Χ.Ο.Π. για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος άρθρου, αν η μεταβίβαση της κυριότητας γηπέδου έγινε με σκοπό το σχηματισμό σε

αυτό κοινοχρήστων χώρων και εν γένει την εφαρμογή ιδιωτικού σχεδίου ρυμοτομίας ή για απλή μεταφορά προϊόντων, αν έχει γίνει ή όχι αύξηση της έκτασης των κοινοχρήστων αυτών χώρων και ποια είναι η θέση και η έκταση αυτών και ειδικότερα τότε υπάρχει περίπτωση εφαρμογής των εξαιρέσεων α' και β' της προηγούμενης παραγράφου.

Σε περίπτωση ενστάσεων των ενδιαφερομένων ο Υπουργός μπορεί να αναθεωρήσει την αρχική απόφασή του μόνο μία φορά. Περίληψη των παραπάνω αποφάσεων του Υπουργού και της σχετικής γνωμοδότησης του Κ.Σ.Χ.Ο.Π. δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Εξάλλου, στη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 6 του Ν. 720/1977, όπως κωδικοποιήθηκε με το άρθρο 419 του Κώδικα Βασικής Πολεοδομικής Νομοθεσίας ορίζεται ότι: "1. Απαγορεύσεις και περιορισμοί εκ των κειμένων εν γένει διατάξεων, περί την μεταβίβαση ακινήτων ή τμημάτων αυτών μετά κτισμάτων ή μη, κειμένων εντός ή εκτός εγκεκριμένου σχεδίου, (εντός ή εκτός ζώνης) δεν ισχύουν προκειμένου περί αγοράς αυτών υπό του Δημοσίου ή Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοικήσεως ή λοιπών Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου ή δωρεάς προς αυτά".

8. Επειδή, όπως έχει κριθεί, σύμφωνα με τις προεκτεθείσες διατάξεις του άρθρου 20 του Ν.Δ. της 17-7/16-8-1923, οι οποίες αποσκοπούν στην παρεμπόδιση της δημιουργίας ιδιωτικών σχεδίων ρυμοτομίας, απαγορεύεται να σχηματίζονται εντός των σχεδίων πόλεων κοινόχρηστοι χώροι από ιδιωτική βούληση.

Κατ' εξαίρεση, όμως, από τον κανόνα αυτό, ο νομοθέτης ανέχεται την διατήρηση κοινοχρήστων χώρων που δημιουργήθηκαν με ιδιωτική βούληση πριν από την έ-

ναρξη ισχύος του παραπάνω άρθρου, δηλαδή πριν από την 16-1-1924 (Β.Δ. από 4-1-1924, ΦΕΚ Α' 8/16-1-1924). Οι κοινόχρηστοι αυτοί χώροι αναγνωρίζονται ως υφιστάμενοι, για την εφαρμογή γενικώς της πολεοδομικής νομοθεσίας, παράλληλα με τους προβλεπόμενους από το οικείο ρυμοτομικό σχέδιο, έως ότου καταργηθούν με τη νόμιμη διαδικασία, ενώ με την παράγραφο 4 του ιδίου άρθρου θεσπίζεται αρμοδιότητα του Υπουργού Συγκοινωνιών (μετέπειτα του Υπουργού Δημοσίων Έργων και ήδη του οικείου Νομάρχου) να διαπιστώνει, μετά από γνώμη του αρμοδίου Συμβουλίου, κατά πόσον εδαφική λωρίδα έχει πράγματι αφαιρεθεί στην κοινή χρήση, πριν από την παραπάνω ημερομηνία (πρβλ. Σ.τ.Ε 966/2006, 5211/1997, 1352/1991, 4360/1987).

9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, με την προσβαλλόμενη πράξη του Νομάρχου Πειραιά, κατ' εφαρμογή της προαναφερόμενης διάταξης της παρ. 4 του άρθρου 20 του Ν.Δ. από 17.7.1923, αποφασίσθηκαν τα εξής : "α) υπέρ του σύννομου της μεταβίβασης της κυριότητας γηπέδων, που δημιουργήθηκαν από την κατάτμηση έκτασης σε εννέα (9) τμήματα και τα οποία μεταβιβάστηκαν από την κ. χήρα και τους κληρονόμους αυτής, β) υπέρ της νομιμότητας του σχηματισμού των δύο κοινοχρήστων χώρων και της αναγνώρισης των δρόμων με την έννοια του άρθρου 2 παρ. 2 και 4 του Ν. 1577/1985, όπως αυτοί αποτυπώνονται στο συνημμένο σχεδιάγραμμα του Αγρονόμου Τοπογράφου Μηχ/κού κ., που συντάχθηκε τον Απρίλιο του 1980 και συνόδευε τους τίτλους ιδιοκτησίας ..". Οπως δε προκύπτει, τόσο από το προοίμιο της προσβαλλόμενης πράξης όσο και από τα αναφερόμενα στοιχεία του φακέλου, η

κρίση αυτή περί του κοινόχρηστου χαρακτήρα των ανωτέρω δύο εδαφικών λωρίδων στηρίχθηκε και στη διάταξη του άρθρου 6 του Ν. 720/1977.

Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, η προσβαλλόμενη πράξη, που εκδόθηκε δυνάμει της ειδικής διάταξης της παρ. 4 του άρθρου 20 του Ν.Δ. από 17.7.1923, δεν είναι νόμιμη, διότι ο Νομάρχης Πειραιά δεν διαπιστώνει, όπως προβλέπει η διάταξη αυτή, μετά από γνώμη του αρμοδίου Συμβουλίου, αν οι επιδικές εδαφικές λωρίδες έχουν πράγματι αφεθεί στην κοινή χρήση, πριν από την 16-1-1924, ούτε αποφαίνεται επί των λοιπών θεμάτων για τα οποία είναι αρμόδιος σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη της παρ. 4, αλλά κρίνει υπέρ της νομιμότητας της μεταβίβασης της κυριότητας των ανωτέρω γηπέδων και υπέρ της νομιμότητας του σχηματισμού των δύο κοινοχρήστων χώρων και της αναγνώρισής τους ως δρόμων δυνάμει της διάταξης του άρθρου 6 του Ν. 720/1977, η οποία δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω, διότι, όπως προκύπτει από το περιεχόμενό της,

αφενός μεν δεν προβλέπει την έκδοση συγκεκριμένης διοικητικής πράξης που να επιτρέπει την ιδιωτική πολεοδόμηση και την κατάτμηση οικοπέδων, αφετέρου δε ρυθμίζει ιδιοκτησιακά μόνο θέματα υπέρ του Δημοσίου, Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης και Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου και όχι μέσω αυτών πολεοδομικά ζητήματα υπέρ τρίτων ιδιωτών, φυσικών ή νομικών προσώπων. Για το λόγο αυτό που προβάλλεται βασίμως πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη αίτηση ακυρώσεως και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις.

Διά ταύτα:

Δέχεται την αίτηση.

Ακυρώνει την υπ’ αριθμ. απόφαση της βοηθού Νομάρχη Πειραιά και τη σιωπηρή απόρριψη από τον Γενικό Γραμματέα Περιφέρειας Αττικής της προσφυγής του αιτούντος κατά της ανωτέρω πράξης.

Απορρίπτει την ασκηθείσα παρέμβαση.

Διατάσσει την απόδοση του παραβόλου.

Ελεγκτικό Συνέδριο (Τμήμα ΙΙΙ) - Αριθ. 3638/2009

Πρόεδρος: Γεώργιος Κωνσταντάς, (Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος)

Δικαστές: Ευφροσύνη Κραμποβίτη, Ενάγγελος Νταής (Σύμβουλοι), Βασιλική Προβίδη (Εισηγήτρια), Ενάγγελος Καραθανασόπουλος, (Πάρεδροι)

Διηγόρος: Νικόλαος Καραγιώργης (Πάρεδρος Νομικού Συμβουλίου του Κράτους)

Άρθρα: 116 παρ. 3, 1 Π.Δ. 168/2000, άρθρο 1 Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου Ε.Σ.Δ.Α. που κυρώθηκε με το Ν.Δ. 53/1974

Διεκδίκηση συντάξεων από κληρονόμους. Παραγραφή αξίωσης 6 μήνες από το χρόνο θανάτου. Πραγματικά περιστατικά. Διεκδίκηση σύνταξης από κληρονόμους - εγγόνια, οι οποίοι και αποτελούν τους μοναδικούς εξ αδιαθέτου κληρονόμους πέραν των 6 μηνών. Η εξάμηνη αυτή προθεσμία συνιστά για τον κληρονόμο δυσανάλογα επαχθές μέτρο σε σχέση με τον επιδιωκόμενο με τη διάταξη αυτή σκοπό (σύντομη εκκαθάριση των κληρονομικών απαιτήσεων σε βάρος του Δημοσίου) η ικανοποίηση του οποίου μπορεί να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά από τη διετή προθεσμία του αρ. 116 παρ. 1 του Κώδικα. Η διάταξη του αρ. 116 παρ. 3 του ως άνω Κώδικα αντίκειται στο αρ. 1 του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α. Ακυρώνει την απόφαση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους και αναπέμπει την υπόθεση στην αρμόδια Διεύθυνση.

[...] II. Το Π.Δ. 168/2000 "Κώδικας Πολεμικών Συντάξεων" (Α' 155) ορίζει: α) στο άρθρο 24 ότι "1. Δικαίωμα πολεμικής σύνταξης από πάθηση που οφείλεται στην εμπόλεμη περίοδο 1940-45, με την επιφύλαξη των διατάξεων των άρθρων 1-5 του Κώδικα αυτού, έχουν: α) Οι οπλίτες που έγιναν διαρκώς ανίκανοι γιατί τραυματίστηκαν στον πόλεμο....", β) στο άρθρο 31 ότι " Οι οικογένειες των προσώπων που αναφέρονται στα άρθρα 24,26 μέχρι και 30, που πεθαίνουν μετά την απόκτηση δικαιώματος σύνταξης ..., δικαιούνται σύνταξη σύμφωνα με όσα ορίζονται στα άρθρα 35 και 36 του Κώδικα αυτού", γ) στο άρθρο 35 ότι " I. Αν αυτοί που αναφέρονται στα άρθρα 31 μέχρι 34 ήσαν έγγαμοι δικαιούνται σύνταξη: α) Η χήρα σύζυγος. Όταν πρόκειται γι' αυτόν που πέθανε μετά την απόκτηση δικαιώματος σύνταξης τότε η χήρα σύζυγος δικαιούται σύνταξη, αν από το γάμο έχει συμπληρωθεί εξαμήνη συντάξιμη υπηρεσία του συζύγου της ή ο γάμος έχει τελεσθεί δύο τουλάχιστον πλήρη έτη πριν από το θάνατό του.

Αν από το γάμο γεννήθηκε τέκνο η χήρα δικαιούται σύνταξη και χωρίς να υπάρχουν οι όροι αυτοί... " και δ) στο άρθρο 116 ότι "1. Ο χρόνος παραγραφής των απαιτήσεων των συνταξιούχων γενικά και βοηθηματούχων του Δημοσίου, καθώς και των κληρονόμων τους, από καθυστερούμενες συντάξεις, επιδόματα και βοηθήματα είναι δύο ετών, έστω και αν έχουν ενταλθεί εσφαλμένα.

Η παραγραφή αυτή αρχίζει από το τέλος του οικονομικού έτους μέσα στο οποίο γεννήθηκε η απαίτηση και ήταν δυνατή η δικαστική επιδίωξή της 2...3. Οι συντάξεις

που από οποιονδήποτε λόγο οφείλονται, έστω και αν δεν έχουν αναγνωριστεί ακόμη, σ' αυτούς που πέθαναν, καταβάλλονται στους κληρονόμους εφόσον αυτοί μέσα σε ένα εξάμηνο από το θάνατο των δικαιοπαρόχων τους ζητήσουν εγγράφως την πληρωμή ή αναγνώριση των συντάξεων, αφού συνυποβάλλουν μαζί με την αίτηση στο αρμόδιο Υπουργείο ή την Υπηρεσία Συντάξεων σχετική ληξιαρχική πράξη θανάτου ... Με την τελευταία αυτή διάταξη, η οποία σκοπεύει στη σύντομη εκκαθάριση των κληρονομικών απαιτήσεων από συντάξεις, θεσπίζεται εξαμήνη αποσβεστική προθεσμία για τη διεκδίκηση από τους κληρονόμους ποσών που οφείλονται στους συνταξιούχους, οι οποίοι απεβίωσαν.

Σε περίπτωση αδράνειας των δικαιούχων κληρονόμων πέραν του εξαμήνου, καταλύεται ολοσχερώς το δικαίωμά τους και οι σχετικές αξιώσεις του δικαιοπαρόχου τους για οφειλόμενες ή ακόμη και για μη αναγνωρισθείσες συντάξεις, παραγράφονται υπέρ του Δημοσίου, έστω και αν οι αξιώσεις αυτές δεν έχουν υποκύψει στην οριζόμενη από το άρθρο 91 παρ. 5 του Ν.Δ. 321/1969 και ήδη 90 παρ. 5 του Ν. 2362/1995 διετή παραγραφή, η οποία προβλέπεται αποκλειστικά και μόνο για τον ίδιο τον δικαιοπάροχο (πρβλ. Ολ.Ε.Σ. 596/2000).

Με την έννοια όμως αυτή, η ως άνω διάταξη του άρθρου 116 παρ. 3 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων δεν είναι συμβατή με την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών (Ε.Σ.Δ.Α.) και ειδικότερα με το άρθρο 1

του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου (των Παρισίων) αυτής, που κυρώθηκε (μαζί με τη σύμβαση) με το Ν.Δ. 53/1974 (Α' 256) και έχει, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος αυξημένη έναντι των κοινών νόμων ισχύ και στο οποίο ορίζεται ότι: "Παν φυσικόν ή νομικόν πρόσωπον δικαιούται σεβασμού της περιουσίας του. Ουδείς δύναται να στερηθή της ιδιοκτησίας αυτού ειμή δια λόγους δημοσίας ωφελείας και υπό τους προβλεπόμενους υπό του νόμου και των γενικών αρχών του διεθνούς δικαίου όρους.

Αι προαναφερόμεναι διατάξεις δεν θίγουν το δικαίωμα παντός κράτους, όπως θέση εν ισχύ νόμους ους ήθελε κρίνει αναγκαίον προς ρύθμιση της χρήσεως αγαθών συμφώνως προς το δημόσιο συμφέρον ή προς εξασφάλισιν της καταβολής φόρων ή άλλων εισφορών ή προστίμων". Με τη διάταξη αυτή θεσπίζεται γενικός και απόλυτος κανόνας, σύμφωνα με τον οποίο κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο δικαιούται σεβασμού της περιουσίας του, την οποία, όμως, μπορεί να αποστερηθεί μόνο για λόγους δημοσίας ωφελείας.

Στην προστασία αυτή της περιουσίας εντάσσεται, κατ' αρχήν και το δικαίωμα κάθε ενδιαφερομένου προς λήψη συνταξιοδοτικών και εν γένει ασφαλιστικών παροχών, εφόσον όμως συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις που τάσσονται εκάστοτε από το εσωτερικό δίκαιο του συμβαλλόμενου κράτους (ΕΔΔΑ υπόθεση Αντωνακόπουλος κ.ά. κατά της Ελλάδος της 14.12.1999, Γεωργιάδης κατά Ελλάδος της 28.3.2000, Ολ.Ε.Σ. 747/2002), χωρίς περαιτέρω, για τη νομιμότητα της εν λόγω περιουσιακής αποστέρη-

σης να επαρκεί απλώς και μόνο η ύπαρξη κάποιου κανόνα δικαίου, που να περικλείει τον επιδιωκόμενο σκοπό, αναγορεύοντάς τον σε σκοπό δημόσιας ωφελείας. Πρέπει δε επιπρόσθετα ο σχετικός νόμος να είναι επαρκώς προσβάσιμος, σαφής και προβλέψιμος, δηλαδή εκ των προτέρων θεσπισμένος και σταθερός.

Εξάλλου, από την ίδια ως άνω διάταξη συνάγεται ότι η ανωτέρω αναγνωριζόμενη από το Συνταξιοδοτικό Κώδικα απαίτηση των κληρονόμων για τις οφειλόμενες συντάξεις, η οποία είχε ήδη γεννηθεί στο πρόσωπο του συνταξιούχου όσο αυτός βρισκόταν στη ζωή και επομένως αποτελεί από τη γέννησή της στοιχείο της (κληρονομούμενης) περιουσίας του θανόντος, έστω και αν δεν έχει ακόμη αναγνωρισθεί, δεν επιτρέπεται να περιοριστεί δυσανάλογα προς χάριν ενός επικαλούμενου δημοσίου συμφέροντος, διαταράσσοντας τη δίκαιη ισορροπία, που πρέπει να υπάρχει μεταξύ των απαιτήσεων του γενικού συμφέροντος και των επιταγών για διασφάλιση των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ατόμου, κατά τρόπο που να αναιρείται ή να καθίσταται ανενεργός η άσκησή της.

Υπό το πρίσμα αυτό, η διάταξη του άρθρου 116 παρ. 3 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων, κατά το μέρος που με αυτή θεσπίζεται συντομότητα (εξάμηνη) προθεσμία για την υποβολή αίτησης εκ μέρους των κληρονόμων ή των δικαιούχων κατά μεταβίβαση της σύνταξης του αποβιώσαντος, με αντικείμενο την καταβολή των χρηματικών ποσών που για οποιοδήποτε λόγο οφείλονταν στον δικαιούπαρχό τους, έστω και αν ακόμη δεν είχαν ανα-

γνωριστεί, συνιστά παρέκκλιση τόσο από τις λοιπές περί παραγραφής ρυθμίσεις του άρθρου 116 του προαναφερόμενου Κώδικα, στις οποίες προβλέπεται διετία, όσο και προς τις ρυθμίσεις του Αστικού Κώδικα, στις οποίες ορίζεται ότι ο κληρονόμος δύναται να αποποιηθεί την επαγόμενη κληρονομική περιουσία μέσα σε προθεσμία τεσσάρων μηνών από τότε που έμαθε την επαγωγή και το λόγο της (Α.Κ. 1847), ενώ το δικαίωμά του για την άσκηση αγωγής περί κλήρου παραγράφεται μετά πάροδο είκοσι ετών (Α.Κ. 249, 1871 επ.).

Κατά τον τρόπο αυτό περιορίζεται δυσανάλογα το συνταξιοδοτικό δικαίωμα των κληρονόμων, χωρίς αυτό να δικαιολογείται από λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, εφόσον από μόνη της η αναμενόμενη για το Δημόσιο δημοσιονομική ωφέλεια από την απόσβεση των σχετικών έναντι αυτού περιουσιακών απαιτήσεων, δεν αποτελεί επαρκή λόγο αποστέρησης της περιουσίας, πολύ δε περισσότερο στο μέτρο που δεν συνοδεύεται και από τη θέσπιση άλλων παροχών ή ωφελημάτων υπέρ των δικαιούχων κληρονόμων που να αντισταθμίζουν την περιουσιακή απώλεια.

Συνεπώς, η επίμαχη διάταξη του άρθρου 116 παρ. 3 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων δεν είναι συμβατή προς το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α.) και για το λόγο αυτό, που σε κάθε περίπτωση εξετάζεται από το Δικαστήριο και αντεπαγγέλτως στο πλαίσιο της δίκης για την αναγνώριση του συνταξιοδοτικού δι-

καιώματος αποβιώσαντος, δεδομένου ότι αφορά στο δικαίωμα των κληρονόμων του να απολαύσουν τα χρηματικά ποσά που τυχόν δικαιωθούν συνεπεία της συγκεκριμένης δικαστικής κρίσης, είναι ανίσχυρη και δεν μπορεί εν προκειμένω να εφαρμοστεί (πρβλ. Αποφάσεις Ολ.Ε.Σ. 2437/2007, 1 Τμημ. 1218/2007).

III. Περαιτέρω, στο άρθρο 49 του Π.Δ. 1225/1981 "όρια ελέγχου της πράξεως ή αποφάσεως" ορίζεται ότι: " I. Διά της εφέσεως η υπόθεσις μεταβιβάζεται εις το αρμόδιον Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου ως προς μεν το νόμω βάσιμον της πράξεως ή αποφάσεως κατά το σύνολον, ως προς δε το ουσία βάσιμον της πράξεως ή αποφάσεως κατά τα δια της εφέσεως και των προσθέτων λόγων καθοριζόμενα όρια.

2. Το δικαστήριο την νομικώς πλημμελή πράξιν ακυροί εν όλω ή εν μέρει ή μεταρρυθμίζει αναλόγως, φυλασσομένης της διατάξεως της επομένης παραγράφου.

Την ουσιαστικώς εσφαλμένη πράξιν ακυροί ή μεταρρυθμίζει εντός των εν τη εφέσει ορίων, κρίνον περαιτέρω επί της ουσίας της υποθέσεως. 3. Δια της αποφάσεως αυτού το δικαστήριο δεν δύναται να καταστήσει χείρονα την θέσιν του εκκαλούντος.... ..".

Κατά την έννοια των τελευταίων αυτών διατάξεων (άρθρου 49 του Π.Δ/τος 1225/1981), όταν προσβάλλεται με έφεση ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου πράξη ή παράλειψη των αρμοδίων συνταξιοδοτικών οργάνων της Διοίκησης να ενεργήσουν νομίμως προς κανονισμό ή ανακαθορισμό συντάξεως, το Δικαστήριο, δεχόμενο την έφεση, ακυρώνει την προ-

σβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη και αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση (αρμόδια Διεύθυνση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους) για να προβεί στις νόμιμες ενέργειες, σύμφωνα με όσα κρίθηκαν με την σχετική απόφαση. Ειδικότερα αν για τον κανονισμό ή την αύξηση ήδη κανονισθείς συντάξεως απαιτείται η συνδρομή και άλλων προϋποθέσεων, οι οποίες δεν εξετάστηκαν από τη Διοίκηση, τότε το Δικαστήριο οφείλει να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη και να αναπέμψει την υπόθεση στη Διοίκηση για να εξετάσει κατά πρώτο βαθμό τη συνδρομή ή μη και των μη εξετασθεισών προϋποθέσεων κανονισμού ή αύξησης της συντάξεως.

Σε αντίθετη περίπτωση το Δικαστήριο θα υποκαθιστούσε την Διοίκηση στο έργο της (ΕΣ Ολομ. 116-119/2001, 1441/2001 κ.ά.).

IV. Στην προκειμένη περίπτωση από όλα ανεξαιρέτως τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, εκτιμώμενα το καθένα ξεχωριστά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την 7550/1941 πράξη της Επιτροπής Κανονισμού Πολεμικών Συντάξεων του Υπουργείου Οικονομικών (Γενική Δ/ση Δημ. Λογιστικού) κανονίστηκε στον Λοχία του, ο οποίος στις 30 Δεκεμβρίου 1940 τραυματίστηκε (βλ. το από 13.6.1949 φύλλο μητρώου) και κατέστη ανάπηρος συνεπεία πολεμικού τραύματος με ποσοστό αναπηρίας 45%, μηνιαία πολεμική σύνταξη. Την πολεμική αυτή σύνταξη ελάμβανε ο ίδιος μέχρι την ημέρα του θανάτου του, που έλαβε χώρα στις 20.5.2002 (βλ. την ληξιαρχική πράξη θανάτου της Ληξιάρχου Αθηνών).

Ακολούθως, η χήρα σύζυγος του, με την από 11.9.2002 αίτησή της προς την αρμόδια Διεύθυνση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, ζήτησε να μεταβιβαστεί σ' αυτήν η κανονισθείσα πολεμική σύνταξη του αποβιώσαντος συζύγου της.

Ομως, η 46η Δ/ση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, με το έγγραφό της, της γνωστοποίησε ότι για την μεταβίβαση της σύνταξης του αποβιώσαντος συζύγου της στο όνομά της απαιτείται πιστοποιητικό ταυτοπροσωπίας από το Δήμο από το οποίο να προκύπτει ότι ο του είναι το ίδιο πρόσωπο με τον αναφερόμενο στα συνταξιοδοτικά μητρώα του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους του Θεσσαλονίκης, αρχικά αρνήθηκε να χορηγήσει το ως πιστοποιητικό αλλά στην συνέχεια, κατόπιν της απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης με το αρ. πρωτ. πιστοποιητικό του, βεβαιώνει ότι "Ο του δημότης του Δήμου Θεσσαλονίκης με αριθμό οικογενειακής μερίδας 32237, ο οποίος απεβίωσε στην Αθήνα στις 20 Μαΐου 2002 και ο του ήταν το ίδιο πρόσωπο".

Στις 26.9.2003 και πριν την έκδοση της ως άνω απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης, απεβίωσε η χήρα σύζυγος (βλ. την ληξιαρχική πράξη θανάτου του Ληξιάρχου Αθηνών).

Για το λόγο αυτό, τα εγγόνια της, τέκνα της προαποβιώσασας θυγατέρας της συζ. θυγατέρας και, η οποία απεβίωσε στις 24.2.2001, ως μοναδικοί εξ αδιαθέτου κληρονόμοι αυτής (βλ. το πιστοποιητικό εγγυτέρων συγγενών του Δημάρχου Θεσσαλονίκης), υπέβαλαν στις 22.10.2004 την αίτησή τους προς

την αρμόδια Διεύθυνση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, με την οποία ζητούσαν να τους καταβληθούν οι συντάξεις που δικαιούτο να λάβει η αποβιώσασα γιαγιά τους, από 20.5.2002 (ημεροχρονολογία θανάτου του συζύγου της και του παππού τους,) μέχρι 26.9.2003 (ημεροχρονολογία θανάτου της γιαγιάς τους,), σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 35 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων (Π.Δ.168/2000).

Η 44η Διεύθυνση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, με την 29.11.2004 πράξη της απέρριψε την ως άνω αίτηση, με την αιτιολογία ότι "το αξιούμενο κληρονομικό δικαίωμα αυτών έχει ήδη υποπέσει στην εξάμηνη παραγραφή που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 116 παρ.3 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων (Π.Δ. 168/2000) καθόσον από την ημερομηνία θανάτου (26.9.2003) της χήρας συζύγου μέχρι στις 22.10.2004, ημερομηνία, κατά την οποία υποβλήθηκε το σχετικό αίτημα έχει παρέλθει χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των έξι μηνών". Ένσταση (αρ. πρωτ. 11368/4.2.2005) των ανωτέρω μοναδικών εξ αδιαθέτου κληρονόμων κατά της ως άνω πράξης απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη με την ένδικη έφεση απόφαση της Επιτροπής Ελέγχου Πράξεων Κανονισμού Συντάξεων του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, ως νόμω αβάσιμη με την ίδια ως άνω αιτιολογία ότι δηλαδή, το αξιούμενο κληρονομικό δικαίωμα έχει υποπέσει σε εξάμηνη παραγραφή, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 116 παρ. 3 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων (Π.Δ. 168/2000) αφού έχει παρέλθει χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των έξι μηνών από

την ημερομηνία θανάτου της γιαγιάς (26.9.2003) έως την ημερομηνία υποβολής της σχετικής αίτησης στις 22.10.2004.

Με την ένδικη έφεση, οι ήδη εκκαλούντες ζητούν την ακύρωση της ως άνω απορριπτικής απόφασης της Ε.Ε.Π.Κ.Σ., ισχυριζόμενοι ότι α) η διάταξη του άρθρου 116 παρ. 3 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους είναι ανίσχυρη ως μη συμβατή προς το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., β) ότι ήταν αδύνατη η υποβολή αίτησης εκ μέρους τους για την καταβολή των επίδικων συντάξεων κατά τον χρόνο θανάτου της γιαγιάς τους χήρας, αφού δεν είχε εκδοθεί το απαιτούμενο πιστοποιητικό ταυτοπροσωπίας για τον παππού τους,, από τον Δήμο Θεσσαλονίκης και γ) η αποβιώσασα χήρα είχε διακόψει την παραγραφή με την υποβολή σχετικής αίτησης για μεταβίβαση σ' αυτήν της πολεμικής σύνταξης του αποβιώσαντος συζύγου της, από 11.9.2002.

Με δεδομένα τα ανωτέρω και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στις νομικές σκέψεις που προηγήθηκαν, το Δικαστήριο κρίνει ότι η διάταξη του άρθρου 116 παρ. 3 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων (Π.Δ. 168/2000), με την οποία θεσπίζεται αποκλειστική εξάμηνη προθεσμία, εντός της οποίας οι κληρονόμοι του αποβιώσαντος συνταξιούχου (που δεν είναι δικαιούχοι της συντάξεως) οφείλουν να γνωστοποιήσουν με αίτησή τους στο Δημόσιο τις κληρονομικές τους απαιτήσεις αναφορικά με συντάξεις που δεν έχουν ακόμη αναγνωρισθεί και οι οποίες οφείλονται στον δικαιοπάροχό τους, συνιστά δυσά-

νάλογα επαχθές μέτρο σε σχέση με τον επιδιωκόμενο με τη διάταξη αυτή σκοπό (σύντομη εκκαθάριση των κληρονομικών απαιτήσεων σε βάρος του Δημοσίου από οφειλόμενες συντάξεις του δικαιοπαρόχου τους), η ικανοποίηση του οποίου μπορεί να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά από τη γενικότερη διετή προθεσμία παραγραφής που τάσσεται υπέρ του Δημοσίου στην παρ. 1 του ίδιου ως άνω άρθρου 116 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων, για τις απαιτήσεις συνταξιούχων και των κληρονόμων τους από καθυστερούμενες συντάξεις, επιδόματα και πάσης φύσεως βοηθήματα.

Συνεπώς, η ως άνω διάταξη περιέχει κανόνα δικαίου που έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α. και για το λόγο αυτό καθίσταται ανίσχυρη και μη εφαρμόστια. Για το λόγο αυτό το Δικαστήριο κρίνει ότι εν προκειμένω τυγχάνει εφαρμοστέα η παρ. 1 του άρθρου 116 του Κώδικα Πολεμικών Συντάξεων και ως εκ τούτου νομίμως υπέβαλαν οι ήδη εκκαλούντες, ως μόνοι εξ αδιαθέτου κληρονόμοι της χήρας, εντός διετίας από το θάνατό της, αίτηση για την καταβολή σ' αυτούς των συντάξεων που δικαιούνταν να λάβει αυτή, αντλώντας το σχετικό δικαίωμά της από το θάνατο του πολεμικού συνταξιούχου αποβιώσαντος συζύγου της, αν και δεν έχουν αναγνωρισθεί ακόμα, κατά το χρονικό διάστημα από 20.5.2002 έως 26.9.2003. Συνεπώς, έσφαλε η απόφαση της Ε.Ε.Π.Κ.Σ., με την οποία έγιναν δεκτά τα αντίθετα.

Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η ένδικη έφεση πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρω-

θεί η απόφαση της Ε.Ε.Π.Κ.Σ. και ακολουθώντας να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αρμόδια (44η) Διεύθυνση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους, προκειμένου να κριθεί στην ουσία και σε πρώτο βαθμό το αίτημα των εκκαλούντων.

Μετά δε την παραδοχή της κρινόμενης έφεσης, πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή στους εκκαλούντες του κατατεθέντος για την άσκησή της παραβόλου (άρθρο 56 του Π.Δ. 774/1980, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 57 παρ. 3 του Ν. 3659/2008), ενώ κατ' εκτίμηση των περιστάσεων της κρινόμενης υπόθεσης και ειδικότερα της δυσχερούς ερμηνείας των διατάξεων που προπαρατέθηκαν στις νομικές σκέψεις της παρούσας, το Δικαστήριο κρίνει ότι δεν πρέπει να επιβληθεί δικαστική δαπάνη εις βάρος του Δημοσίου (άρθρο 275 παρ. 1 του Ν. 2717/1999 σε συνδυασμό με το άρθρο 123 του Π.Δ/τος 1225/1981, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 12 παρ. 2 του Ν. 3274/2006).

Για τους λόγους αυτούς Δικάζει ερήμην των εκκαλούντων. Απορρίπτει, ότι κρίθηκε απορριπτέο. Δέχεται την έφεση κατά τα λοιπά. Ακυρώνει την απόφαση της Επιτροπής Ελέγχου Πράξεων Κανονισμού Συντάξεων του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους. Αναπέμπει την υπόθεση στην αρμόδια 44η Διεύθυνση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους για να κριθεί αυτή στην ουσία κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό. Απαλλάσσει το Ελληνικό Δημόσιο από την υποχρέωση καταβολής δικαστικής δαπάνης. Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου στους εκκαλούντες. Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα στις 16 Οκτωβρίου 2009.

Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα - Αριθ. 43/2009

Άρθρα: 4 παρ. 1, 2 παρ. ζ, 5, 7 Ν. 2472/1997

Ο σκοπός της επιστημονικής πληροφόρησης και τεκμηρίωσης της νομολογίας και θεωρίας ικανοποιείται πλήρως με το ηπιώτερο μέσο, της ανωνυμοποίησης των στοιχείων των φυσικών προσώπων που περιλαμβάνονται στις δημοσιευόμενες δικαστικές αποφάσεις.

1. Επειδή, το άρθρο 4 παρ. 1 του Ν. 2472/1997 ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι: "Τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα για να τύχουν νόμιμης επεξεργασίας πρέπει: α) Να συλλέγονται κατά τρόπο θεμιτό και νόμιμο για καθορισμένους, σαφείς και νόμιμους σκοπούς και να υφίστανται θεμιτή και νόμιμη επεξεργασία ενόψει των σκοπών αυτών, β) Να είναι συναφή, πρόσφορα και όχι περισσότερα από όσα κάθε φορά απαιτείται εν όψει των σκοπών της επεξεργασίας (...)". Η διάταξη αυτή καθιερώνει ως θεμελιώδεις προϋποθέσεις για τη νομιμότητα κάθε επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, καθώς και για τη νομιμότητα της σύστασης και λειτουργίας κάθε αρχείου, τις αρχές του σκοπού της επεξεργασίας και της αναλογικότητας των δεδομένων σε σχέση πάντα με το σκοπό επεξεργασίας. Συνεπώς, κάθε επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, που γίνεται πέραν του επιδιωκόμενου σκοπού ή που δεν είναι πρόσφορη και αναγκαία για την επίτευξή του, δεν είναι νόμιμη.

2. Επειδή στο άρθρο 2 στοιχ. ζ' του Ν. 2472/1997 ορίζεται ως υπεύθυνος επεξεργασίας: "οποιοσδήποτε καθορίζει τον σκοπό και τον τρόπο της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, όπως φυσικό ή νομικό πρόσωπο, δημόσια αρχή ή υπηρεσία ή οποιοσδήποτε άλλος οργανισμός. Όταν ο σκοπός και ο τρόπος

επεξεργασίας καθορίζονται με διατάξεις νόμου ή κανονιστικές διατάξεις εθνικού ή κοινοτικού δικαίου, ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή τα ειδικά κριτήρια βάσει των οποίων γίνεται η επιλογή του καθορίζονται αντίστοιχα από το εθνικό ή κοινοτικό δίκαιο".

3. Επειδή, το άρθρο 5 του Ν. 2472/1997 ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι: "1. Επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα επιτρέπεται μόνον όταν το υποκείμενο των δεδομένων έχει δώσει τη συγκατάθεσή του. 2. Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται η επεξεργασία και χωρίς τη συγκατάθεση, όταν: (...) ε) Η επεξεργασία είναι απολύτως αναγκαία για την ικανοποίηση του έννομου συμφέροντος που επιδιώκει ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή ο τρίτος ή οι τρίτοι στους οποίους ανακοινώνονται τα δεδομένα και υπό τον όρο ότι τούτο υπερέχει προφανώς των δικαιωμάτων και συμφερόντων των προσώπων στα οποία αναφέρονται τα δεδομένα και δεν θίγονται οι θεμελιώδεις ελευθερίες αυτών".

4. Επειδή, το άρθρο 7 του Ν. 2472/1997 ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι: "1. Απαγορεύεται η συλλογή και επεξεργασία ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων. 2. Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται η συλλογή και η επεξεργασία ευαίσθητων δεδομένων, καθώς και η ίδρυση και λειτουργία σχετικού αρχείου, ύστερα από άδεια της Αρχής, όταν συντρέχουν μία ή περισσότερες από

τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) Το υποκείμενο των δεδομένων έδωσε τη γραπτή συγκατάθεσή του, εκτός εάν η συγκατάθεση έχει αποσπασθεί με τρόπο που αντίκειται στο νόμο ή τα χρηστά ήθη ή νόμος ορίζει ότι η συγκατάθεση δεν αίρει την απαγόρευση (...). γ) Η επεξεργασία αφορά δεδομένα που δημοσιοποιεί το ίδιο το υποκείμενο ή είναι αναγκαία για την αναγνώριση, άσκηση ή υπεράσπιση ενώπιον δικαστηρίου ή πειθαρχικού οργάνου (...).

5. Επειδή, το άρθρο 11 παρ. 3 του Ν. 2472/1997 ορίζει ότι: "Εάν δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα ανακοινώνονται σε τρίτους, το υποκείμενο ενημερώνεται για την ανακοίνωση πριν από αυτούς".

6. Επειδή, από το συνδυασμό των προαναφερομένων διατάξεων προκύπτει ότι η συλλογή και κάθε περαιτέρω επεξεργασία τόσο των απλών όσο και των ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα επιτρέπεται, καταρχήν, εφόσον το υποκείμενο των δεδομένων έχει δώσει τη συγκατάθεσή του. Ωστόσο, η συλλογή και κάθε περαιτέρω επεξεργασία τόσο των απλών όσο και των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, και χωρίς τη συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων στις περιπτώσεις που περιοριστικά προβλέπει ο νόμος.

Ειδικότερα, επιτρέπεται για τα απλά δεδομένα, ιδίως, υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 5 παρ. 2 στοιχ. ε' εφόσον είναι απολύτως αναγκαία για την ικανοποίηση του εννόμου συμφέροντος που επιδιώκει ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή ο τρίτος ή οι τρίτοι στους οποίους ανακοινώνονται τα δεδομένα και υπό τον όρο ότι τούτο υπερέχει προφανώς των δικαιωμάτων και

συμφερόντων των προσώπων στα οποία αναφέρονται τα δεδομένα και δεν θίγονται οι θεμελιώδεις ελευθερίες αυτών. Επιπλέον, τόσο για τα απλά όσο και για τα ευαίσθητα δεδομένα πρέπει ο σκοπός επεξεργασίας να είναι νόμιμος, σαφής και καθορισμένος και τα δεδομένα να μην υπερβαίνουν το σκοπό της επεξεργασίας.

7. Επειδή, στην κρίνόμενη υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου και την ακροαματική διαδικασία προκύπτουν, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: Το Δικηγορικό Γραφείο στα πλαίσια συνεργασίας με Διεθνείς Οργανισμούς του Κλάδου έχει αναλάβει την υποχρέωση να συμβάλλει στην επιστημονική τεκμηρίωση των εξελίξεων στο χώρο της νομολογίας και θεωρίας του δικαίου των σημάτων και ευρεσιτεχνιών. Για το λόγο αυτό συντάσσει δύο εκθέσεις ανά έτος με τις σημαντικότερες υποθέσεις και τις αποστέλλει στις νομικές επιθεωρήσεις "World Trademark Law Report" (που εκδίδεται στο Ηνωμένο Βασίλειο) και "The Trademark Reporter" (που εκδίδεται από το International Trademark Association - INTA - στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής) για δημοσίευση στις ηλεκτρονικές και έντυπες εκδόσεις των ως άνω νομικών επιθεωρήσεων.

Επίσης, δημοσιεύει στην ιστοσελίδα του σαρωμένο αντίγραφο της έντυπης δημοσίευσης του "The Trademark Reporter" καθώς και το κείμενο που απεστάλη από το Δικηγορικό Γραφείο στο "World Trademark Law Reporter" για ηλεκτρονική αναπαραγωγή.

Η μεταφρασμένη περίληψη της υπ' αρ. .../2006 απόφασης του Π.Πρ.Ρόδ από το Δικηγορικό Γραφείο και η αναγραφή αυ-

τής στην ιστοσελίδα του (...) με τα στοιχεία του φυσικού προσώπου του αντιδίκου, ήτοι ονοματεπώνυμο, τόπο εργασίας, επάγγελμα και αστικού περιεχομένου καταδίκη του, συνιστούν επεξεργασία προσωπικών δεδομένων (συλλογή, καταχώριση και εξαγωγή μεμονωμένων ή συνόλων δεδομένων από ευρύτερα σύνολα δεδομένων) σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 2 στοιχ. α' και δ' του Ν. 2472/1997 (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ C-7/2004, υποθ. C-101/2001 Lindqvist, αιτ. σκ. 25-27). Εξάλλου, επεξεργασία προσωπικών δεδομένων συνιστά και η διαβίβαση μεταφρασμένης στην αγγλική περίληψης της ως άνω δικαστικής απόφασης στην αμερικάνικη επιθεώρηση της International Trademark Association (INTA) και συγκεκριμένα στο The Trademark Reporter, όπου δημοσιεύεται σαρωμένο αντίγραφο της έντυπης δημοσίευσης (Vol.), καθώς και η διαβίβαση περίληψης της εν λόγω δικαστικής απόφασης που απεστάλη από το Δικηγορικό Γραφείο στο βρετανικό World Trademark Law Report για ηλεκτρονική αναπαραγωγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2 στοιχ. α' και δ' του Ν. 2472/1997.

8. Επειδή, ο σκοπός της επιστημονικής πληροφόρησης και τεκμηρίωσης της νομολογίας και θεωρίας -τον οποίο επικαλείται το Δικηγορικό Γραφείο- ικανοποιείται πλήρως με το ηπιότερο μέσο της ανωνυμοποίησης των στοιχείων των φυσικών προσώπων που περιλαμβάνονται στις δικαστικές αποφάσεις, κατ' εφαρμογήν των διατάξεων 4 και 5 παρ. 2 στοιχ. ε' του Ν. 2472/1997, προς αποτροπή των κινδύνων που ενέχει η δημοσίευση δικαστικών αποφάσεων στο διαδίκτυο για την

προσωπική, επαγγελματική και περιουσιακή κατάσταση των διαδίκων και των λοιπών αναφερομένων τρίτων προσώπων. Στην Ελλάδα ακολουθείται ως προς τη δημοσίευση των δικαστικών αποφάσεων στο νομικό Τύπο (ηλεκτρονικό και έντυπο) η πρακτική της ανωνυμοποίησης των στοιχείων των φυσικών προσώπων (ονοματεπώνυμο, διευθύνσεις, καθώς και κάθε άλλο στοιχείο, από το οποίο θα μπορούσε εμμέσως να προκύψει η ταυτότητα των φυσικών προσώπων) πλην των στοιχείων που αφορούν στα πρόσωπα της σύνθεσης του δικαστηρίου καθώς και των πληρεξουσίων δικηγόρων (βλ. σχετικά την απόφαση 1319/2000 και τη γνωμοδότηση 2/2006 της Αρχής που είναι διαθέσιμες στην ιστοσελίδα της Αρχής www.dpa.gr). Συνεπώς, η μη ανωνυμοποιημένη δημοσίευση μεταφρασμένης περίληψης της υπ' αρ. .../2006 απόφασης του Π.Πρ.Ρόδ από το Δικηγορικό Γραφείο, ως υπεύθυνο επεξεργασίας, συνιστά παράνομη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων. Η Αρχή αναγνωρίζει, ωστόσο, ως ελαφρυντικό το στοιχείο που επικαλέστηκε το Δικηγορικό Γραφείο προσκομίζοντας τα υπ' αρ. πρωτ. .../28.5.2009 έγγραφα κατά την ακροαματική διαδικασία, ότι δηλαδή έχει ήδη προβεί στην ανωνυμοποίηση της δικαστικής απόφασης που δημοσιεύεται στη βρετανική νομική επιθεώρηση του "World Trademark Law Report" και στη διαγραφή της εν λόγω δικαστικής απόφασης στον ιστότοπό της, καθώς και το γεγονός που επικαλέστηκε ότι έχει προβεί, στις απαιτούμενες ενέργειες για την ανωνυμοποίηση της επίμαχης δικαστικής απόφασης στη αμερικάνικη νομική επιθεώρηση του "The Trademark Reporter" που εκδίδεται από την International

Trademark Association και την αντίστοιχη ανωνυμοποίηση της δικαστικής απόφασης στον ιστότοπό της.

9. Επειδή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3 παρ. 3 στοιχ. α' του Ν. 2472/1997 "Ο παρών νόμος εφαρμόζεται σε κάθε επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, εφόσον αυτή εκτελείται: α) από υπεύθυνο επεξεργασίας ή εκτελούντα την επεξεργασία, εγκατεστημένο στην Ελληνική Επικράτεια ή σε τόπο όπου βάσει του δημοσίου διεθνούς δικαίου εφαρμόζεται το ελληνικό δίκαιο". Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι η δημοσίευση της δικαστικής απόφασης στο "World Trademark Law Report" (Ηνωμένο Βασίλειο) και στο "The Trademark Reporter" (Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής), δηλαδή σε νομικά περιοδικά-επιθεωρήσεις

που εκδίδονται από υπευθύνους επεξεργασίας, οι οποίοι είναι εγκατεστημένοι εκτός της ελληνικής επικράτειας, εκφεύγει του πεδίου εφαρμογής του Ν. 2472/1997.

Για τους λόγους αυτούς:

Η Αρχή απευθύνει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 21 του Ν. 2472/1997, στο Δικηγορικό Γραφείο Β αυστηρή προειδοποίηση να μεριμνήσει για την ανωνυμοποίηση της υπ' αρ. .../2006 απόφασης του Π.Πρ.Ρόδ στην αμερικάνικη νομική επιθεώρηση και την αντίστοιχη ανωνυμοποίηση αυτής στον ιστότοπό του, καθώς και να μεριμνήσει για τη μελλοντική ανωνυμοποιημένη επεξεργασία δικαστικών αποφάσεων, που δημοσιεύονται στον ιστότοπό της ή/και διαβιβάζονται σε αλλοδαπές νομικές επιθεωρήσεις.



ΤΟ 17ο ΤΕΥΧΟΣ ΤΟΥ ΠΕΡΙΟΔΙΚΟΥ “*Ραδάμανθς*”
ΤΥΠΩΘΗΚΕ ΤΟΝ ΙΟΥΛΙΟ ΤΟΥ 2010, ΣΕ 1000 ΑΝΤΙΤΥΠΑ
& ΣΕ ΧΑΡΤΙ GARDARAT 115 gr., ΑΠΟ ΤΙΣ ΓΡΑΦΙΚΕΣ ΤΕΧΝΕΣ
Μ. & Μ. ΠΑΤΕΡΑΚΗΣ Ο. Ε., ΓΙΑ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟ ΤΟΥ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



