

Ραδάμανθυς

ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



ΤΕΥΧΟΣ ΕΙΚΟΣΤΟ ΤΕΤΑΡΤΟ

Χειμώνας, 2013-14

“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 24ο, Χειμώνας 2013-14

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 Βαθιανάκης

Κατερίνα Δουλγεράκη

Απόλλων Καλογερόπουλος

Κατερίνα Κοσμαδάκη

Ντίνος Κουτρομπής

Γιάννης Λεβέντης

Νίκος Λογοθέτης

Νίκος Παπαδαντωνάκης

Τίτος Ταγαράκης

Νίκος Φλαμουράκης

Σοφία Φυτά, μέλη.

ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Ανδρέας Λιανέρης, Πρόεδρος

Γιώργος Αμοναράκης

Μανόλης Ανδρουλακάκης

Μαρία Βρέντζου

Μαρία Δαμανάκη

Βιβή Δερμιτζάκη

Νίκος Καραγιάννης

Βαγγέλης Κάτης

Αριστέα Πλεύρη

Αντώνης Ταμιωλάκης

Χριστόφορος Φουνάκης

Φιλήμων Χριστοφοράκης

ΕΙΔΙΚΟΣ ΣΥΝΕΡΓΑΤΗΣ

Χριστόφορος Φουνάκης

ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ ΦΩΤΟΓΡΑΦΙΩΝ

Δέσποινα Ταβελάρη

Γιώργος Φραγκούλης



ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΕΚΔΟΣΗΣ:

Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου

ΓΡΑΦΕΙΑ:

Δικαστικό Μέγαρο Ηρακλείου

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

ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ Δ/ΣΗ: www.dsh.gr

e-mail: radamanthys@dsh.gr

ΤΙΜΗ ΤΕΥΧΟΥΣ: 15 €

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

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ

Χαράλαμπος Πυροβολάκης

Ο ΚΡΙΣΙΜΟΣ ΧΡΟΝΟΣ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΑΞΙΑΣ

ΤΟΥ ΑΠΑΛΛΟΤΡΙΟΥΜΕΝΟΥ ΓΙΑ ΝΑ ΕΙΝΑΙ «ΠΛΗΡΗΣ»

Η ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗ, ΟΤΑΝ ΑΝΑΜΕΣΑ ΣΤΟ ΧΡΟΝΟ ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗΣ

ΣΤΕΡΗΣΗΣ ΤΗΣ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ ΚΑΙ ΣΤΟ ΧΡΟΝΟ ΣΥΖΗΤΗΣΗΣ

ΓΙΑ ΟΡΙΣΤΙΚΟ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟ ΤΗΣ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗΣ

ΜΕΣΟΛΑΒΟΥΝ ΠΟΛΛΑ ΕΤΗ..... 9

Μαρία Δαμανάκη

ΝΟΜΙΚΑ ΚΑΙ ΒΙΟΘΗΚΑ ΔΙΔΗΜΜΑΤΑ ΣΤΗΝ ΠΑΡΕΝΘΕΤΗ

ΜΗΤΡΟΤΗΤΑ ΥΠΟ ΤΗ ΣΚΟΠΙΑ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ

ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ..... 17

Θανάση Αλαμπάση

Η ΜΑΣΤΙΓΑ ΤΗΣ ΑΟΡΙΣΤΙΑΣ. ΜΠΟΡΕΙ ΝΑ ΠΡΟΛΗΦΘΕΙ;..... 23

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Α2 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 1332/2012.....29

Άρειος Πάγος (Α1 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 235/2012.....33

Άρειος Πάγος (Α1 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 656/2011.....37

ΕΜΠΙΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Γ' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 104/2013.....40

Άρειος Πάγος (Γ' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 147/2012.....43

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 23/2013.....44

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 29/2013.....46

Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών - Αριθ. 837/2012.....48

Μονομελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης - Αριθ. 13707/2009.....52

ΔΙΚΑΙΟ ΥΠΕΡΧΡΕΩΜΕΝΩΝ ΝΟΙΚΟΚΟΙΡΙΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (ως εφετείο) - Αριθ. 21/2013.....54

Μονομελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης - Αριθ. 17753/2012.....56

Ειρηνοδικείο Πατρών - Αριθ. 127/2012.....59

ΔΙΚΑΙΟ ΠΙΣΤΩΤΙΚΩΝ ΤΙΤΛΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών - Αριθ. 779/2012.....63

Μονομελές Πρωτοδικείο Χανίων - Αριθ. 116/2012.....66

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 27/2012.....69

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Μονομελές Πρωτοδικείο Χανίων - Αριθ. 3/2013.....72

Μονομελές Πρωτοδικείο Ρεθύμνου - Αριθ. 38/2012.....75

ΔΙΚΑΙΟ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Χανίων - Αριθ. 36/2012.....77

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Διοικητικό Τμήμα) - Αριθ. γνωμ. 2/2013.....79

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ ΚΑΙ ΑΡΧΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (Ολομέλεια) - Αριθμ. 3354/2013.....85

Συμβούλιο της Επικρατείας (Δ' Τμήμα) - Αριθμ. 690/2013.....88

Συμβούλιο της Επικρατείας (Επιτροπή Αναστολών) - Αριθμ. 236/2013.....90

Συμβούλιο της Επικρατείας (Β' Τμήμα) - Αριθμ. 2133/2012.....94

ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ

Από τις εκδηλώσεις και τις δραστηριότητες του Συλλόγου.....99

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ



Ο ΚΡΙΣΙΜΟΣ ΧΡΟΝΟΣ ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΑΞΙΑΣ
ΤΟΥ ΑΠΑΛΛΟΤΡΙΟΥΜΕΝΟΥ ΓΙΑ ΝΑ ΕΙΝΑΙ
«ΠΛΗΡΗΣ» Η ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗ, ΟΤΑΝ ΑΝΑΜΕΣΑ
ΣΤΟ ΧΡΟΝΟ ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗΣ ΣΤΕΡΗΣΗΣ ΤΗΣ
ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ ΚΑΙ ΣΤΟ ΧΡΟΝΟ ΣΥΖΗΤΗΣΗΣ ΓΙΑ
ΟΡΙΣΤΙΚΟ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟ ΤΗΣ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗΣ
ΜΕΣΟΛΑΒΟΥΝ ΠΟΛΛΑ ΕΤΗ



Χαράλαμπος Πυροβολάκης*

Είναι γνωστή σε όλους η διάταξη του άρθρου 13 παρ. 1 και 2 του Ν. 2882/2001 (Κώδικας Αναγκαστικών Απαλλοτριώσεων), όπως ισχύει, σύμφωνα με την οποία αν η συζήτηση για τον οριστικό προσδιορισμό της αποζημίωσης διεξαχθεί μετά την παρέλευση έτους από τη συζήτηση για τον προσωρινό προσδιορισμό, τότε για τον προσδιορισμό της αποζημίωσης λαμβάνεται υπόψη η αξία κατά το χρόνο της συζήτησης για τον οριστικό προσδιορισμό. Η διάταξη αυτή τέθηκε για να εξασφαλίσει την πληρότητα της αποζημίωσης, την οποία υπηρετεί ο θεσμός της απαλλοτρίωσης. Πλήρης δε είναι η αποζημίωση, όταν με το δικαστικό πόρισμα δεν χειροτερεύει η περιουσιακή θέση του θιγόμενου, σε σχέση με αυτήν που είχε προ της απαλλοτριώσεως.

Εν τω μεταξύ, διάταξη με ανάλογο περιεχόμενο του άρθρου 23 Ν.Δ. 797/1971, που περιόριζε το ποσό που μπορούσε να αναλάβει ο δικαιούχος σε ποσοστό 60% της προσωρινώς ορισθείσας αποζημίωσης, δεν είχε περιληφθεί στον ισχύοντα κώδικα του Ν. 2882/2001. Επομένως, υπό το καθεστώς του νέου κώδικα, ο επισπεύδων όφειλε να καταβάλει το σύνολο της αποζημίωσης, βάσει της απόφασης περί προσωρινής τιμής μονάδος αποζημίωσης, εφόσον τον ενδιέφερε η άμεση κατάληψη του ακινήτου. Αντίστοιχα ο καθού αποκτούσε το δικαίωμα να αναλάβει το σύνολο της αποζημίωσης, προκειμένου να αντικαταστήσει το απαλλοτριωθέν με ανάλογο περιουσιακό στοιχείο (το υποκατάστατο του απαλλοτριωθέντος). Έτσι σε όσες περιπτώσεις οι διαδικασίες προσδιορισμού προσωρινής και οριστικής τιμής μονάδος αποζημίωσης ολοκληρώνονταν σε εύλογο χρόνο, συνήθως δεν είχαμε προβλήματα επιστροφής αποληφθείσας αποζημίωσης, καθώς, κατά κανόνα, δεν υπήρχαν αξιόλογες διαφορές. Ωστόσο για την αντιμετώπιση των προβλημάτων από την αδυναμία επιστροφής τυχόν διαφοράς, ο νομοθέτης επανέφερε και πάλι σε ισχύ στον ισχύοντα κώδικα ανάλογη ρύθμιση με βάση την οποία προβλέπει στο άρθρο 24 ότι «1. Το δικαστήριο σε κάθε στάση της δίκης καθορισμού αποζημίωσης δύναται να υποχρεώσει το δικαιούχο σε εγγυοδοσία, για την περίπτωση προσδιορισμού ως οριστικής αποζημίωσης, τιμής μονάδας μικρότερης ε-

* Ο Χαράλαμπος Πυροβολάκης είναι δικηγόρος Ηρακλείου.

κείνης που προσδιορίστηκε προσωρινά. Πριν από την παροχή εγγυήσεως, ο δικαιούχος της αποζημίωσης δεν μπορεί να αναλάβει ποσό μεγαλύτερο από το 70% της αποζημίωσης που έχει καθορισθεί προσωρινά.».

Όμως τον τελευταίο καιρό αντιμετωπίζονται πολλά τέτοια ζητήματα σε απαλλοτριώσεις που συντελέστηκαν πολλά χρόνια πριν, χωρίς να έχει καταστεί δυνατή η έκδοση απόφασης περί οριστικής τιμής ακόμη και μέχρι σήμερα. Είναι απαλλοτριώσεις στις οποίες οι θιγόμενοι ασκούντες το δικαίωμα τους εισέπραξαν πλήρη την αποζημίωση βάσει προσωρινής τιμής μονάδος αποζημίωσης και έχουν αναλώσει αυτή προς αντικατάσταση του απαλλοτριωθέντος περιουσιακού τους στοιχείου. Η μακρόχρονη αυτή εκκρεμότητα μπορεί να οφείλεται σε διάφορους νόμιμους λόγους, για τους οποίους οι θιγόμενοι ιδιοκτήτες δεν έχουν ευθύνη (π.χ. αδυναμία συζήτησης λόγω μη ολοκλήρωσης διαδικασιών προδικασίας με την σύνταξη των πορισμάτων διαφόρων επιτροπών, βουλευτικές εκλογές, δημοτικές εκλογές, νόμος για την μεταφορά υποθέσεων στο Ανατολικό Εφετείο Κρήτης, αδυναμία τήρησης των ασφυκτικών προθεσμιών που προβλέπονται λόγω του τεράστιου φόρτου του δικαστικού έργου κ.λπ.).

Εντωμεταξύ έχει προκύψει η οικονομική κρίση στη χώρα μας που επηρεάζει αρνητικά τις αξίες τόσο των απαλλοτριωθέντων όσο και των υποκατάστατων αυτών, εκείνων δηλαδή των περιουσιακών στοιχείων τα οποία απέκτησε ο θιγόμενος με την ληφθείσα αποζημίωση προς αντικατάσταση των απαλλοτριωθέντων.

Είναι δεδομένο ότι στην αναγκαστική απαλλοτρίωση ο θιγόμενος δεν διαθέτει ελεύθερα την περιουσία του, αλλά αναγκαστικά και για δημόσια ωφέλεια και ότι ο σκοπός της απαλλοτρίωσης, δεν είναι άλλος, παρά να παρασχεθεί, με δικαστικές εγγυήσεις, στον στερούμενο την ιδιοκτησία του, η αποζημίωση, ως ισάξιο αντάλλαγμα, που θα του επιτρέψει να την αντικαταστήσει με ανάλογο περιουσιακό στοιχείο (υποκατάστατο), σε εύλογο χρόνο, από το χρόνο στέρησης του απαλλοτριωθέντος και όχι 3, 5, ή 10 χρόνια μετά.

Π.χ. αν ο θιγόμενος ιδιοκτήτης είναι αγρότης, δεν είναι εύλογο να τίθεται σε ομηρία και να μην αντικαθιστά αμέσως το απαλλοτριωθέν, όταν στερείται την ιδιοκτησία του, αλλά να περιμένει έξι ή επτά χρόνια και αν η απόφαση αναιρεθεί, μπορεί και δέκα, προκειμένου να κριθεί τελικά το ποσό της δικαιούμενης αποζημίωσης, με κρίσιμο χρόνο υπολογισμού της, το χρόνο του εφετείου, ώστε τότε να προχωρήσει στην αντικατάσταση του απαλλοτριωθέντος. Η άμεση αντικατάσταση είναι δικαίωμα του θιγόμενου, που αποβλέπει και στην άμεση αναπλήρωση της ωφέλειας που στερείται από την απώλεια του απαλλοτριωθέντος. Το ίδιο ισχύει αν απαλλοτριώνεται επιχείρηση, κατοικία κ.ο.κ.

Το ερώτημα λοιπόν που τίθεται στις περιπτώσεις αυτές είναι αν, υπό τις παρούσες οικονομικές συνθήκες πτωτικής πορείας της αξίας των περιουσιακών στοιχείων που απαλλοτριώθηκαν και των υποκατάστατων αυτών, διασφαλίζεται η πληρότητα της αποζημίωσης, όταν η τελική αποζημίωση κριθεί με κρίσιμο χρόνο προσδιορισμού της, το χρόνο συζήτησης στο εφετείο. Ο προβληματισμός τίθεται δεδομένου ότι η αποζημίωση είναι πλήρης, αν συμβαδίζει με την αξία του απαλλοτριούμενου κατά το χρόνο στέρησης της ιδιοκτησίας, αφού τότε ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα, αξιοποιώ-

ντας την αποζημίωση, να αντικαταστήσει το απαλλοτριωθέν με ανάλογο περιουσιακό στοιχείο. Η προσέγγιση του ζητήματος με την προσκόλληση στο γράμμα της διάταξης του άρθρου 13 παρ. 1 και 2 του Ν. 2882/2001, όπως ισχύει μετά το Ν. 2985/2002, οδηγεί σε άτοπα αποτελέσματα.

Παραδείγματα:

Εκδόθηκε πρόσφατα η με αριθμό 147/2013 απόφαση του Εφετείου Ανατολικής Κρήτης. Είχαμε χρόνο συζήτησης της προσωρινής τιμής μονάδος αποζημιώσεως το 2007 και συντέλεση της αποζημιώσεως το 2008. Το Εφετείο προσδιόρισε την οριστική αποζημίωση με κρίσιμο χρόνο αξίας των απαλλοτριωθέντων το 2013. Οι προσδιορισθείσες τιμές μειώθηκαν περίπου κατά 50% για το έδαφος, με αιτιολογία την υφιστάμενη οικονομική κρίση.

Στην περίπτωση αυτή, δεν κρίθηκε αν με την εφαρμογή της διατάξεως αυτής εξασφαλιζέτο η επιβαλλόμενη από το σύνταγμα «πληρότητα» της αποζημίωσης.

Για να αναδειχθούν οι πρακτικές συνέπειες που οδηγούν με μαθηματική ακρίβεια στην δήμευση της περιουσίας και στην δραματική χειροτέρευση της περιουσιακής θέσης του θιγόμενου, σε σχέση με αυτήν που είχε προ της απαλλοτριώσεως, άρα και στην στέρηση της ιδιοκτησίας του χωρίς πλήρη αποζημίωση, παρατίθεται το επόμενο παράδειγμα.

Έστω ότι ο θιγόμενος εισέπραξε ποσό 100.000 ευρώ το οποίο διέθεσε, ως είχε δικαίωμα, για την απόκτηση του υποκατάστατου, με αξίες και όρους του χρόνου συντέλεσης (2008). Τούτο κατά το χρόνο έκδοσης της απόφασης (2013) έχει προφανώς και αυτό υποστεί την ανάλογη προς την δικαστική κρίση μείωση της αξίας του κατά 50%. Μετά την έκδοση της απόφασης ο θιγόμενος είναι υποχρεωμένος να το εκποιήσει, προκειμένου να επιστρέψει την οφειλόμενη διαφορά των 50.000 ευρώ. Στην περίπτωση αυτή, αν βρεί αγοραστή, οδηγούμαστε σε δήμευση και όχι σε απαλλοτρίωση με πλήρη αποζημίωση. Τούτο διότι ο θιγόμενος θα έχει στερηθεί την περιουσία του, χωρίς καμία αποζημίωση, αφού θα έχει χάσει τόσο το απαλλοτριωθέν όσο και το υποκατάστατο, προκειμένου να επιστρέψει την διαφορά.

Η κατάσταση γίνεται δραματική, αν στο ίδιο παράδειγμα δεν βρεί αγοραστή αφού τότε ναι μεν θα έχει το υποκατάστατο στην διάθεσή του, αλλά θα οφείλει την επιστροφή των 50.000 ευρώ.

Τότε θα αντιμετωπίζει και το ενδεχόμενο φυλακίσεως συνεπεία αδυναμίας επιστροφής της διαφοράς, ενόψει του ενδεχομένου μετατροπής - βαπτίσεως της διαφοράς προσωρινής - οριστικής, ως δημοσίου φορολογικού εσόδου, της βεβαιώσεως αυτού, και στη συνέχεια ασκήσεως και σχετικής ποινικής διώξεως (δυστυχώς το είδαμε και αυτό, βλ. Ν. 4199/2013, άρθρο 95). Ευνόητο είναι ότι αν η κρίση περί μειώσεως ξεπεράσει το 50%, τότε εκτός από την δήμευση, την αδυναμία επιστροφής, τον κίνδυνο φυλακίσεως, πρέπει να βγάλει και «εξ ιδίων» την επί πλέον διαφορά, ως συνεισφορά στην δήμευση που υπέστη (sic!).

Είναι εμφανές ότι στα παραδείγματα αυτά οδηγούμαστε σε δραματική χειροτέρευση της περιουσιακής θέσης του θιγόμενου, σε σχέση με αυτήν που είχε προ της απαλ-

λοτριώσεως. Το αποτέλεσμα αυτό όχι μόνο δεν υπηρετεί το σεβασμό της περιουσίας του προσώπου, αλλά οδηγεί στον οικονομικό, κοινωνικό και ψυχικό του αφανισμό.

Ποιος από τους θιγόμενους, με τις παρούσες οικονομικές συνθήκες, θα είναι σε θέση να επιστρέψει την αναλωθείσα νομίμως και κατά τον προορισμό της αποζημίωση, προ πενταετίας και πλέον;

Ποιος θα μπορεί εκποιώντας το περιουσιακό στοιχείο που απέκτησε με την αποζημίωση να εισπράξει ανάλογο ποσό για να επιστρέψει την αποζημίωση, μετά την μείωση που υπέστη το υποκατάστατο λόγω της κρίσης, δηλαδή για άσχετους με την απαλλοτριώση λόγους;

Το ζήτημα λοιπόν είναι κρίσιμο λόγω των παρενεργειών του, όχι μόνο νομικά αλλά και ουσιαστικά και συνδέεται με τον σεβασμό της περιουσίας, της ψυχικής, οικονομικής και φυσικής υπόστασής των μικροϊδιοκτητών που συνήθως υφίστανται τις απαλλοτριώσεις στην Ελλάδα και ιδίως στη Κρήτη.

Για να μην οδηγούμαστε στα άδικα αυτά αποτελέσματα, έχουμε τη γνώμη ότι πρέπει να δοθεί η παρακάτω λύση:

ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ

Το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., που έχει κατά το άρθρο 28 του Συντάγματος αυξημένη έναντι των κοινών νόμων ισχύ, ορίζει ότι «παν φυσικό ή νομικό πρόσωπο δικαιούται σεβασμού της περιουσίας του. Ουδείς δύναται να στερηθεί της ιδιοκτησίας αυτού ειμή δια λόγους δημόσιας ωφέλειας και υπό τους προβλεπόμενους υπό του νόμου και των γενικών αρχών του διεθνούς δικαίου όρους». Τέλος το άρθρο 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α. ορίζει ότι «παν πρόσωπο έχει δικαίωμα όπως η υπόθεσή του δικασθεί δικαίως, υπό ανεξαρτήτου και αμερολήπτου δικαστηρίου, το οποίο θα αποφασίσει επί των αμφισβητήσεων επί των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αστικής φύσεως».

Ακόμη, σύμφωνα με το άρθρο 19 παρ. 3 του Ν. 2882/2001 «Ο αρμόδιος δικαστής προσδιορίζει δικάσιμο προς συζήτηση της αίτησης σε χρόνο όχι βραχύτερο από είκοσι ημέρες ούτε μακρότερο από σαράντα ημέρες...». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 20 του ίδιου νόμου «Ο πρόεδρος του εφετείου ορίζει δικάσιμο σε χρόνο όχι βραχύτερο από τριάντα ημέρες ούτε μακρότερο από σαράντα ημέρες από την κατάθεση της αίτησης. Πάντως η έκδοση της οριστικής απόφασης δεν επιτρέπεται να βραδύνει περισσότερο από ένα έτος από την άσκηση της αίτησης». Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι ο νομοθέτης θέλησε την ταχεία εκκαθάριση των εκκρεμοτήτων που τίθενται με την απαλλοτρίωση, προκειμένου να γνωρίζουν έγκαιρα τα μέρη την ακριβή έκταση των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεών τους.

ΑΚΟΜΗ

Το άρθρο 17 του Συντάγματος, όπως ίσχυε μέχρι την αναθεώρηση του 2001, όριζε ότι «1. Η ιδιοκτησία τελεί υπό την προστασία του Κράτους, τα δικαιώματα όμως που απορρέουν από αυτή δεν μπορούν να ασκούνται σε βάρος του γενικού συμφέροντος. 2. Κανένας δεν στερείται την ιδιοκτησία του, παρά μόνο για δημόσια ωφέλεια που έ-

χει αποδειχθεί με τον προσήκοντα τρόπο, όταν και όπως ο νόμος ορίζει, και πάντοτε αφού προηγηθεί πλήρης αποζημίωση, που να ανταποκρίνεται στην αξία την οποία είχε το απαλλοτριούμενο κατά το χρόνο της συζήτησης στο δικαστήριο για τον προσωρινό προσδιορισμό της αποζημίωσης. Αν ζητηθεί απευθείας ο οριστικός προσδιορισμός της αποζημίωσης, λαμβάνεται υπόψη η αξία κατά το χρόνο της σχετικής συζήτησης στο δικαστήριο».

Η ρύθμιση αυτή, με την νομολογία κυμαινόμενη, αφού ελάμβανε ως κρίσιμο χρόνο άλλοτε το χρόνο συζήτησης του Πρωτοδικείου και άλλοτε εκείνο του Εφετείου, λειτουργούσε σε βάρος του δικαιούχου, λόγω των επικρατουσών τότε οικονομικών συνθηκών (συνθήκες πληθωρισμού, οικονομικής ανάπτυξης κ.λπ.).

Τούτο είχε ως αποτέλεσμα να μην εξασφαλίζεται με ασφαλή τρόπο η απόλυτη συνταγματική επιταγή που έθετε ως προϋπόθεση της αφαίρεσης της ιδιοκτησίας τον δικαστικό προσδιορισμό «ΠΛΗΡΟΥΣ» αποζημίωσης.

Η διακύμανση αυτή απέβαινε σε βάρος του δικαιούχου, κατάσταση η οποία επιβαρύνετο και από την αδυναμία τηρήσεως των στενών χρονικών περιθωρίων, που ορίζονταν για την εκδίκαση των δικαστικών υποθέσεων προσδιορισμού της αποζημίωσης.

Για την αντιμετώπιση των ζητημάτων αυτών και προκειμένου να εξασφαλιστεί η πληρότητα της αποζημίωσης, προς όφελος του δικαιούχου, ο συνταγματικός νομοθέτης προέβη στην γνωστή ρύθμιση, λαμβάνοντας υπόψη τις επικρατούσες τότε κοινωνικοοικονομικές συνθήκες, σύμφωνα με την οποία, κρίσιμος χρόνος για τον υπολογισμό της αποζημίωσης θα ήταν ο χρόνος της συζήτησης της οριστικής, αν είχε περάσει έτος και πλέον από την χρόνο συζήτησης της αίτησης περί προσωρινής.

Επομένως το μείζον στοιχείο της αναθεωρημένης διάταξης του άρθρου 17, το οποίο θέλησε να εξασφαλίσει ο συνταγματικός νομοθέτης, ήταν η πληρότητα της αποζημίωσης και ως επί μέρους στοιχείο που υπηρετεί και την διασφαλίζει είναι το ζήτημα του κρίσιμου απαιτούμενου χρόνου, που πάντοτε πρέπει να ερευνάται από τη σκοπιά εξασφάλισης της πληρότητας της αποζημίωσης (τελεολογική ερμηνεία της διατάξεως).

Συγκεκριμένα κατά το άρθρο 17 παρ. 2 του Συντάγματος, όπως ισχύει μετά την αναθεώρησή του, κανένας δεν στερείται την ιδιοκτησία του, παρά μόνο για δημόσια ωφέλεια που έχει αποδειχθεί με τον προσήκοντα τρόπο, όταν και όπως ο νόμος ορίζει και πάντοτε αφού προηγηθεί πλήρης αποζημίωση, που να ανταποκρίνεται στην αξία την οποία είχε το απαλλοτριούμενο κατά το χρόνο της συζήτησης στο δικαστήριο για τον προσωρινό προσδιορισμό της αποζημίωσης. Αν ζητηθεί απευθείας ο οριστικός προσδιορισμός της αποζημίωσης, λαμβάνεται υπόψη η αξία κατά το χρόνο της σχετικής συζήτησης στο δικαστήριο. Αν η συζήτηση για τον οριστικό προσδιορισμό της αποζημίωσης διεξαχθεί μετά την παρέλευση έτους από τη συζήτηση για τον προσωρινό προσδιορισμό, τότε για τον προσδιορισμό της αποζημίωσης λαμβάνεται υπόψη η αξία κατά το χρόνο της συζήτησης για τον οριστικό προσδιορισμό. Οι διατάξεις αυτές του Συντάγματος ουσιαστικά επαναλαμβάνονται και στο άρθρο 13 παρ. 1 και 2 του Ν. 2882/2001, όπως ισχύει μετά το Ν. 2985/2002, που εφαρμόζεται από 1-1-2002, όπου ε-

πιπλέον, χωρίς αντίθεση με τις προηγούμενες διατάξεις, ορίζεται και ότι «ως κριτήριο για την εκτίμηση της αξίας του απαλλοτριωμένου ακινήτου λαμβάνεται υπόψη και η αξία που έχουν κατά τον κρίσιμο χρόνο παρακείμενα και ομοειδή ακίνητα ...».

Η ΥΠΙΑΓΩΓΗ ΟΛΩΝ ΤΩΝ ΣΥΝΤΕΛΕΣΜΕΝΩΝ ΑΠΑΛΛΟΤΡΙΩΣΕΩΝ ΣΤΙΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΑΥΤΕΣ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΗΣ ΟΡΘΗΣ ΕΡΜΗΝΕΙΑΣ ΚΑΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΟΥΣ.

Είναι γνωστό ότι υπάρχουν επιβαρυμένες χρονικά υποθέσεις, στις οποίες οι θιγόμενοι στερήθηκαν την ιδιοκτησία τους αναγκαστικά προ 5, 6, 7 και πλέον ετών, χωρίς να καταστεί εφικτός ο οριστικός προσδιορισμός μέχρι σήμερα και εντωμεταξύ έχομε συντελεσμένη απαλλοτρίωση - καταβολή - στέρηση της ιδιοκτησίας, σε χρόνο προγενέστερο της συζήτησεως της αιτήσεως της οριστικής τιμής μονάδος.

Εντωμεταξύ, από τα τέλη του 2009, ενέκνυε η οικονομική κρίση, η οποία οδήγησε σε μείωση της αξίας των απαλλοτριωθέντων σε σχέση με την αξία που είχαν κατά το χρόνο συζήτησης της αιτήσεως περί προσωρινής.

Με βάση λοιπόν τις επικρατούσες σήμερα οικονομικές συνθήκες, λαμβανομένης υπόψη της μείωσης της αξίας των απαλλοτριωθέντων, αλλά και των υποκατάστατων στοιχείων λόγω της οικονομικής κρίσης, αλλά και του μακρού χρόνου κατά περίπτωση ανάμεσα στο χρόνο συζήτησης της αιτήσεως περί προσωρινής και οριστικής τιμής, χωρίς υπαιτιότητα των δικαιούχων, η προσέγγιση του ζητήματος του κρίσιμου χρόνου, με βάση την γραμματική ερμηνεία της σχετικής ρύθμισης, που αναγράφει ως κρίσιμο απαιτούμενο το χρόνο της συζήτησης στο Εφετείο, αν παρέλθει έτος από τον χρόνο συζήτησης στο Πρωτοδικείο, μας οδηγεί στο αντίθετο ακριβώς αποτέλεσμα από εκείνο που επιβάλλει το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α. και θέλει ο συνταγματικός και ο κοινός νομοθέτης (πλήρη αποζημίωση) και κατά συνέπεια, σε εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της συγκεκριμένης ρύθμισης και σε παραβίαση των συγκεκριμένων ουσιαστικών διατάξεων. Για να εξασφαλιστεί η πληρότητα της αποζημίωσης θα πρέπει να ληφθεί ως κρίσιμος χρόνος ο χρόνος πρώτης συζήτησης, που είναι πλησιέστερος με το χρόνο της αναγκαστικής στέρησης της ιδιοκτησίας και πλησιέστερος στο χρόνο καταβολής.

Πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η διάταξη αναθεωρήθηκε προς όφελος του θιγόμενου (βλ. την εισηγητική έκθεση και το πρακτικό της διαρκούς Επιτροπής των Οικονομικών υποθέσεων της Βουλής για το νόμο 2985/2002 όπου αναγράφεται ρητά ότι η ρύθμιση αυτή γίνεται «προς όφελος του δικαιούχου της αποζημίωσης», δηλαδή για να εξασφαλιστεί η πληρότητα της αποζημίωσης).

Στον ίδιο σκοπό απέβλεπε διαχρονικά κάθε προσπάθεια του νομοθέτη να προσεγγίσει το ζήτημα του κρίσιμου χρόνου, δηλαδή να εξασφαλιστεί η πληρότητα της αποζημίωσης προς όφελος του δικαιούχου.

Αντίθετη εκδοχή θα οδηγούσε στο άτοπο να συντελείται η απαλλοτρίωση με αξίες π.χ. του 2007, να καταλαμβάνεται άμεσα το ακίνητο, προκειμένου να γίνει το έργο, να αξιοποιεί ο δικαιούχος εν τω μεταξύ την αποζημίωση, σε εύλογο χρόνο από της στερέσεως της ιδιοκτησίας του κατά τον προσορισμό της, αντικαθιστώντας το απαλλο-

τριωθέν με ανάλογα περιουσιακά στοιχεία, με όρους και αξίες του χρόνου στέρησης - συντέλεσης και στη συνέχεια να προσδιορίζεται η δικαιούμενη αποζημίωση όχι με βάση την αξία που είχε η περιουσία τότε που την στερήθηκε αναγκαστικά, αλλά με τους δυσμενέστερους όρους που εντωμεταξύ έχουν διαμορφωθεί, λόγω της οικονομικής κρίσης και της πτώσης των αξιών των ακινήτων, μετά την πάροδο πολλών κατά περίπτωση ετών από τον κρίσιμο χρόνο, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη, ότι ουδεμία ευθύνη φέρει για την μη τήρηση των ασφυκτικών προθεσμιών που ο νόμος ορίζει για την αποφυγή τέτοιων καταστάσεων.

Είναι απολύτως βέβαιο ότι ο θιγόμενος οδηγείται σε άδικες και αδιέξοδες καταστάσεις αφού με την εκποίηση του περιουσιακού στοιχείου που απέκτησε στη θέση του απαλλοτριωθέντος, με την μειωμένη αξία που θα έχει λόγω της κρίσεως, δεν θα μπορεί να επιστρέψει την διαφορά. Θα βλέπει λοιπόν από τη μία να στερείται αναγκαστικά την ιδιοκτησία του και από την άλλη να βγαίνει και χρεώστης, χωρίς μάλιστα κανέναν νουνεχής να μπορεί να απαιτήσει από αυτόν να διαφυλάττει την εισπραχθείσα αποζημίωση, υπό τις παρούσες οικονομικές συνθήκες, ωστόσο κάποτε, μετά από 5, 7 ή και 10 χρόνια θα κριθεί τελικά από το Εφετείο η τελική αποζημίωση.

NΟΜΟΛΟΓΙΑ

Σύμφωνα με τα παραπάνω ο κρίσιμος χρόνος σε τέτοιες περιπτώσεις δεν μπορεί να μετατεθεί σε χρόνο μεταγενέστερο της πρώτης συζήτησης, δηλαδή σε χρόνο που είναι πλησιέστερος στην καταβολή της αποζημίωσης, καθότι στην περίπτωση αυτή θα παραβιασθούν οι παραπάνω ουσιαστικές διατάξεις που επιβάλλουν την πλήρη αποζημίωση.

Με ανάλογες σκέψεις αντιμετώπιζε η νομολογία το ζήτημα του κρίσιμου χρόνου, από την σκοπιά της πληρότητας, υπό το παλαιό νομικό πλαίσιο. Στην απόφαση 1285/1979 του Αρείου Πάγου (δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ) αναφέρεται ότι σε περίπτωση συντελεσμένης απαλλοτρίωσης κρίσιμος είναι ο χρόνος της πρώτης συζήτησης, ως ο πλησιέστερος στην καταβολή. Ακόμη σύμφωνη ήταν και η άποψη της ισχυρής μειοψηφίας 13 Αρεοπαγιτών έναντι 19, που διαμορφώθηκε στην 14/2011 απόφαση της Ολομέλειας Αρείου Πάγου (δημοσιευμένη στο ΝοΒ 2012.72) κατά την οποία το ζήτημα του κρίσιμου χρόνου θα πρέπει να κρίνεται με βάση το χρόνο εκείνο που εξασφαλίζει την πληρότητα της αποζημίωσης, ήτοι το χρόνο που είναι πλησιέστερος στην καταβολή της αποζημίωσης. Σύμφωνα είναι ακόμη και τα σχόλια (παρατηρήσεις ΝοΒ 2012.72) επί της αποφάσεως αυτής από τον επίτιμο Αρεοπαγίτη Μιχάλη Μαργαρίτη, όπως επίσης και η γνώμη που διατυπώνει ο Χορομίδης (σχετικά με τα ζητήματα του κρίσιμου χρόνου βλ. ΝοΒ 2013.1086).

Επισημαίνεται ότι στην ανωτέρω απόφαση της Ολομέλειας εξετάζετο το ζήτημα, σε απαλλοτρίωση υπό καθεστώς αύξησης της αξίας των ακινήτων (με κρίσιμα έτη 2004 και 2008), αν θα έπρεπε οι δικαιούχοι, για την πληρότητα της αποζημίωσης, να λάβουν παραπάνω αποζημίωση έναντι της προσωρινώς ορισθείσης. Είναι βέβαιο ότι σύντομα θα κληθεί να αντιμετωπίσει ξανά το ζήτημα με τις παρούσες οικονομικές συνθήκες.

Οι διατάξεις λοιπόν αυτές που καθορίζουν τον κρίσιμο χρόνο υπολογισμού της αξίας του απαλλοτριωθέντος πρέπει να ερμηνευθούν τελεολογικά, εις τρόπον ώστε ο κρίσιμος χρόνος να βρίσκεται πλησίον του χρόνου στέρησης της ιδιοκτησίας, καθότι, ενόψει των συνθηκών της οικονομικής κρίσεως, που μεσολάβησαν από τον χρόνο της πρώτης συζήτησης και της μείωσης της αξίας των ακινήτων, η γραμματική ερμηνεία βάσει της οποίας ορίζεται ως κρίσιμος χρόνος ο χρόνος συζήτησης στο εφετείο, ο οποίος ευρίσκεται τόσα πολλά έτη μετά το χρόνο στέρησης της ιδιοκτησίας, είναι αντίθετη με το άρθρο 17 παρ 2 του Σ, το άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτόκολλου της Ε.Σ.Δ.Α. και το άρθρο 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α.

Κατ' αποτέλεσμα η αντίθετη προσέγγιση, όπως προαναφέρθηκε, οδηγεί σε οικονομική κοινωνική και φυσική εξόντωση τους δικαιούχους, οι οποίοι θα βιώσουν την πρωτόγνωρη και άδικη πραγματικότητα, καθώς θα βλέπουν από την μία να χάνουν χωρίς την θέληση τους τα περιουσιακά τους στοιχεία και από την άλλη, όχι μόνο να μην αποζημιώνονται καθόλου, όπως ο νόμος ορίζει, αλλά να βγαίνουν και χρεώστες, αντιμετωπίζοντας και τον κίνδυνο φυλακίσεως.

Σύμφωνα με τα παραπάνω είναι αναγκαίο να υποβάλλεται αίτημα σε συντελεσμένες απαλλοτριώσεις, να κρίνονται, σύμφωνα με το άρθρο 17 του Σ και το άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτόκολλου της Ε.Σ.Δ.Α. και το άρθρο 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α., όλα τα αιτήματα περί προσδιορισμού της αξίας του εδάφους και των επικειμένων, τα αιτήματα ι-διαίτερης αποζημίωσης των απομενόντων και της ανατροπής του τεκμηρίου της ωφέ-λειας, με κρίσιμο χρόνο, το χρόνο της πρώτης συζήτησης, όταν είναι πλησιέστερος προς την καταβολή και την αναγκαστική στέρηση της ιδιοκτησίας μας, καθότι μόνο έ-τσι εξασφαλίζεται η πληρότητα της αποζημίωσης, που επιβάλλεται από τις διατάξεις αυτές, λόγω του μεγάλου κατά περίπτωση χρόνου που θα έχει παρέλθει ανάμεσα στο χρόνο αναγκαστικής στέρησης της ιδιοκτησίας και του χρόνου συζήτησης ενώπιον του εφετείου, λαμβανομένης υπόψη της μειώσεως της αξίας των απαλλοτριωθέντων, λόγω της οικονομικής κρίσης που εν τω μεταξύ, από τα τέλη του 2009, ενέσκηψε στη χώρα, αλλά της αξίας των υποκατάστατων των απαλλοτριωθέντων.

Ωστόσο, απαιτείται να υπάρξει νομοθετική παρέμβαση για την τροποποίησή της διάταξης του άρθρου 13 παρ. 1 και 2 του Ν. 2882/2001, όπως ισχύει μετά το Ν. 2985/2002, ώστε να εναρμονιστεί με την ανάγκη να εξασφαλίζεται η πληρότητα της αποζημίωσης, και μέχρι την τροποποίησή της πρέπει να γίνεται τελεολογική ερμηνεία της ρύθμισης, με τρόπο ώστε να εξασφαλίζεται η πληρότητα της αποζημίωσης, με κρί-σιμο χρόνο το χρόνο που βρίσκεται πλησιέστερα στο χρόνο καταβολής και στέρησης της ιδιοκτησίας.



ΝΟΜΙΚΑ ΚΑΙ ΒΙΟΗΘΙΚΑ ΔΙΛΗΜΜΑΤΑ ΣΤΗΝ ΠΑΡΕΝΘΕΤΗ ΜΗΤΡΟΤΗΤΑ ΥΠΟ ΤΗ ΣΚΟΠΙΑ ΤΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ



Μαρίας Δαμανάκη*

1. Παρένθετη μητρότητα – οριακές περιπτώσεις στην ανθρώπινη αναπαραγωγή

Παρά το γεγονός ότι τα πρώτα καταγεγραμμένα δείγματα δανεισμού μήτρας εμφανίζονται ήδη χιλιάδες χρόνια πριν εκκινώντας από βιβλικές αναφορές¹, η παρένθετη μητρότητα εξακολουθεί να προβληματίζει λόγω της ανάμειξης περισσότερων από τα συνήθη μέρη στη φυσιολογική διαδικασία της ανθρώπινης αναπαραγωγής. Η δυνατότητα να συμφωνηθεί η κυοφορία τέκνου από γυναίκα, η οποία θα το παραδώσει μετά τη γέννησή του σε έτερη γυναίκα που επιθυμεί την απόκτησή του, αποτελεί μείζον βιοηθικό ζήτημα σε πολλές έννομες τάξεις, με κάποιες εξ αυτών να περιβάλλουν τις άνωθι συμφωνίες με θεσμική κατοχύρωση, άλλες να τις απαγορεύουν και άλλες να συναινούν σε αυτήν υπό προϋποθέσεις και εντός αυστηρού πλαισίου. Ενώ η παρένθετη μητρότητα εμφανίζεται υπό πολλές διαφορετικές εκφάνσεις, ως παραδοσιακή ή περιοριζόμενη στην κύηση, ως αλτρουιστική ή εμπορική, ως κοινωνική², στην παρούσα μελέτη θα εξεταστεί η προβληματική γύρω από την περιοριζόμενη στην κύηση παρένθετη μητρότητα (gestational surrogacy), σύμφωνα με την οποία εμφυτεύεται γονιμοποιημένο –μέσω διαδικασίας IVF- ωάριο της κοινωνικοσυναισθηματικής μητέρας ή τρίτης γυναίκας, στην παρένθετη μήτρα, αποκλειόμενων έτσι των περιπτώσεων εκκείνων όπου το γενετικό υλικό ανήκει στην παρένθετη μητέρα (όπως συμβαίνει στην traditional surrogacy). Το δε αλτρουιστικό ή κερδοσκοπικό κίνητρο μιας τέτοιας συμφωνίας αποτελεί τον κύριο παράγοντα διαφοροποίησης στη νομοθετική κατοχύρωση αλλά και στη βιοηθική συλλογιστική μεταξύ των εννόμων τάξεων που επιτρέπουν ή απαγορεύουν την παρένθετη μητρότητα.

2. Η δικαιολογητική βάση της προσφυγής στην παρένθετη μητρότητα

Με τον ίδιο τρόπο που αναζητείται το κίνητρο και ο βαθύτερος λόγος κάθε ανθρώπινης πράξης, η θεωρία της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου³ επισημαίνει ως ratio της θεσμικής

* Η Μαρία Δαμανάκη είναι δικηγόρος Ηρακλείου.

1. Αντύπας Κ., Ηθικά διλήμματα στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή – Δάνεια μήτρα, Αρχαία Ελληνικής Ιατρικής 2004, 21(1), σελ. 87. Προσφυγή του Αβραάμ και της Σάρρας σε δανεισμό μήτρας από τη δούλα Άγαρ προκειμένου να τεκνοποιήσουν.

2. Χάριν δηλαδή αισθητικών και επαγγελματικών λόγων. Hatzis Aristides, “Just the Oven”: A Law and Economics approach to gestational surrogacy contracts, PERSPECTIVES FOR THE UNIFICATION OR HARMONISATION OF FAMILY LAW IN EUROPE, p. 414.

3. Hatzis A., “From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece”.

κατοχύρωσης της παρένθετης μητρότητας αφενός το δικαίωμα του συμβαλλόμενου ζευγαριού στην αναπαραγωγική ελευθερία, και αφετέρου το δικαίωμα της γυναίκας - παρένθετης μητέρας να παρέχει τις υπηρεσίες της κατά βούληση. Ως δικαίωμα αναπαραγωγής ορίζεται η ελεύθερη απόφαση των συντρόφων για το εάν και το πότε⁴ θα αποκτήσουν απογόνους⁵, ένα δικαίωμα το οποίο υπάγεται -πλην ελαχίστων εξαιρέσεων- αποκλειστικά στην ιδιωτική σφαίρα του ατόμου και στο οποίο δεν χωρούν κρατικές παρεμβάσεις. Συνεπώς το άτομο μπορεί να ασκήσει ελεύθερα είτε τη θετική έκφραση του δικαιώματός του, αποκτώντας απογόνους, είτε να αξιοποιήσει την αρνητική έκφρασή του, χωρίς να τεκνοποιήσει. Η παρένθετη μητρότητα -στην ελληνική έννομη τάξη- εμφανίζεται στο προσκήνιο σε περιπτώσεις κατά τις οποίες υπάρχει αποδεδειγμένη αδυναμία απόκτησης τέκνου με την προϋπόθεση όμως ότι η γυναίκα βρίσκεται σε αναπαραγωγική ηλικία. Δηλαδή εν προκειμένω, ενώ υπάρχει διάθεση για θετική αξιοποίηση του δικαιώματος στην αναπαραγωγή, δεν υπάρχουν οι βιολογικές προϋποθέσεις για να γίνει αυτή εφικτή -όχι όμως επειδή υπάρχει υπέρβαση του ηλικιακού αναπαραγωγικού ορίου αλλά λόγω ιατρικής αδυναμίας. Το δε δικαίωμα του αντισυμβαλλόμενου μέρους για ελεύθερη παροχή υπηρεσιών μέσω του σώματός της, αποτελεί έκφραση της ελευθερίας αυτοδιάθεσης του ατόμου, του ελεύθερου δηλαδή καθορισμού του σώματος και της διανοίας του. Μόνος περιορισμός της αυτοδιάθεσης είναι η αποφυγή νομικώς ενδιαφέρουσας βλάβης τρίτων καθώς και σοβαρής βλάβης του εαυτού (όπως συμβαίνει στην περίπτωση της αποδοχής συναίνεσης του παθόντος στην απλή σωματική βλάβη -Π.Κ. 308- αλλά μη λήψη υπόψη της αυτής συναίνεσης σε περιπτώσεις βαρύτερης βλάβης).

Η εκατέρωθεν ύπαρξη δικαιωμάτων στα αντισυμβαλλόμενα μέρη οδηγεί *mutatis mutandis* στον εντοπισμό και στη δικαιολόγηση συμφερόντων σε αυτά, τα οποία τείνουν να ικανοποιηθούν μέσω της εισόδου στην διαδικασία της παρένθετης μητρότητας. Ο Χατζής (Portuguese Economic Journal 2009) χρησιμοποιεί μεθοδολογικά την οικονομική ανάλυση του δικαίου ως την προσέγγιση εκείνη που λαμβάνει σαν δεδομένο τα άτομα ως έλλογους μεγιστοποιητές της ωφελιμότητάς τους και χρησιμοποιεί το δίκαιο ως ένα σύστημα κοινωνικού ελέγχου και επίτευξης κοινωνικής ευημερίας. Κατά τον ίδιο, τα μη δυνάμενα να τεκνοποιήσουν ζευγάρια δρουν μεγιστοποιώντας την ωφελιμότητά τους με τη διερεύνηση όλων των περιπτώσεων τεκνοποίησης και άρα είναι οι πλέον κατάλληλοι να αποφασίσουν κατά πόσο τους ευνοεί η σύμβαση ή όχι. Ήδη από την αρχή της παρουσίας της μεθολογικής προσέγγισης του όμως, πρέπει να επισημανθεί ότι οι win – win καταστάσεις δεν είναι πάντα εφικτές λόγω διαφορετικού τρόπου εκπλήρωσης των συμφερόντων κάθε μέρους ή άνισης διαπραγματευτικής ισχύος, καθώς και το ότι η πολιτεία δεν δύναται να βασίζει το θεσμικό της πλαίσιο στα προσωπικά και μόνο συμφέροντα και επιδιώξεις του ατόμου, που συχνά μπορεί να προσκρούουν σε ανθρωπιστικές αρχές και δικαιώματα. Ο ίδιος βεβαίως δέχεται την υποχώρηση σε περιπτώσεις που τα μέρη δεν δρουν λογικά ή οι πράξεις τους

4. Το ζήτημα του χρόνου απόκτησης τέκνων συνιστά *de facto* εξαίρεση στο άβατο του κρατικού παρεμβατισμού, στο μέτρο που η ηλικιακή παράμετρος των γονέων τίθεται επί τάπητος νομοθετικά στις περιπτώσεις παρένθετης μητρότητας ή υιοθεσίας.

5. Βλ. ανωτέρω, Αντύπας Κ., σελ. 91.

έχουν αρνητικές επιπτώσεις σε τρίτα μέρη, παρόλα αυτά δεν αναφέρεται καθόλου στον παράγοντα των χρηστών ηθών. Ειδικά δε όταν μας απασχολούν ζητήματα με περιεχόμενο βιολογικό, που αλληλεπιδρούν με το κοινό αίσθημα και αφορούν αρχές όπως η γεγεννημένη και αγέννητη ζωή, η υγεία και η αυτοδιάθεση, εν προκειμένω την παρένθετη μητρότητα, είμαστε αρκετά επιφυλακτικοί για την ερμηνεία της με καθαρά οικονομικούς όρους.

3. Τα οικονομικά μεγέθη στην παρένθετη μητρότητα – εμπορευματοποίηση και κάλυψη αναγκών

Το σοβαρότερο επιχείρημα των σκεπτικιστών και πολεμίων του θεσμού, αλλά και ένα εκ των νομοθετικών νετο στην ελληνική πρακτική, είναι η αποφυγή εμπορευματοποίησης της παρένθετης μητέρας και του εμβρύου. Η σύναψη σύμβασης μεταξύ του ζεύγους και της γυναίκας που προσφέρεται να κυοφορήσει, επισημαίνεται από πολλούς ως πρακτική που καταλήγει να κατακερματίζει το γυναικείο σώμα, θεωρώντας το ως μία φιλοξενούσα μήτρα, η οποία σε έτερες έννομες τάξεις μισθώνεται από τους υποβοηθούμενους, και μέσω της οποίας το παιδί μετατρέπεται από υποκείμενο αγάπης σε αντικείμενο συναλλαγής. Το κοινωνιολογικό επιχείρημα του κατακερματισμού του ανθρωπίνου σώματος δεν δύναται ευκόλως να καταρριφθεί, καθώς η εστίαση στο μέρος έναντι του όλου και η αποξένωση του πρώτου από το δεύτερο είναι συνήθης στη σύγχρονη ιατρική και όχι μόνο πρακτική, αλλά τα έτερα δύο επιχειρήματα δεν ευσταθούν -τουλάχιστον στην ελληνική έννομη τάξη- καθώς απαγορεύεται εκ του νόμου η παροχή ανταλλάγματος για την ανάληψη του εγχειρήματος ενώ ως προτεραιότητα τίθεται το συμφέρον του παιδιού, το οποίο πιθανότατα εκπληρώνεται καλύτερα επιτρέποντας του να αναπτυχθεί μέσα σε μία υγιή μήτρα (sic). Άλλωστε το έμβρυο εκπίπτει από αντικείμενο συναλλαγής καθότι η παρένθετη δεν είναι σε θέση να ασκήσει σε καμία περίπτωση γονεϊκά δικαιώματα, συνεπώς και σε περιπτώσεις επί πληρωμή κυοφορίας δεν θα μπορούσε νομικά να πωλήσει το έμβρυο εφόσον δεν το κατέχει. Επισημαίνεται επίσης ότι αυτό που «πωλεί» ή «παρέχει» η παρένθετη μητέρα είναι οι υπηρεσίες κυοφορίας, με τον ίδιο τρόπο που κάθε άτομο δύναται να παρέχει οποιεσδήποτε άλλες υπηρεσίες, χωρίς αυτό να συνιστά δουλεία (slavery) τη στιγμή που δεν υπάρχει αλλοίωση της βούλησης. Η διαφωνία μας στο σημείο αυτό έγκειται στην Μιλλιανή άποψη περί δουλείας σε συνδυασμό με την ιδιομορφία του θεσμού της παρένθετης. Σύμφωνα με τον Μίλλ, συνιστά αντίφαση στη σύλληψη να δέχεται κάποιος να υποδουλωθεί ασκώντας την ελεύθερη επιλογή και αυτοδιάθεσή του, κατά το μέτρο της ασυνέπειας που παρουσιάζεται και στην περίπτωση που το νομοθετικό σώμα αποφασίζει ελεύθερα να μην μπορεί να νομοθετεί πλέον. Η ιδιομορφία της παρένθετης σε σχέση με άλλες συμβάσεις έγκειται κατά πρώτο λόγο στο γεγονός ότι άπαξ και συμφωνηθεί δεν νοείται υπαναχώρηση με τη μορφή ανάκλησης από την συμμετέχουσα παρένθετη, παρά μόνο σε σοβαρές περιπτώσεις, ενώ αν de facto ματαιώσει την επέλευση του επιθυμητού αποτελέσματος ευθύνεται αστικά έναντι των γονέων. Η υπαναχώρηση όμως η οποία θεωρητικώς λαμβάνει χώρα σε κάθε σύμβαση είναι διαφορετικής φύσης στην εν λόγω περίπτωση καθότι αποτελεί στάθμιση πολλών παραγόντων, όπως ότι μια άμβλωση θα πλήξει και το ίδιο της το σώμα, τη μελλοντική της αναπαραγωγική ικανότητα κ.α. ή ότι επωμίζεται τη βαρύνουσα ευθύνη για μια νέα ζωή που θα

έρθει στον κόσμο. Όλοι οι παραπάνω παράγοντες καθιστούν δυσβάσταχτη την ενδεχόμενη υπαναχώρηση και για τη γράφουσα ομοιάζουν με δουλεία, με αναπότρεπτη δηλαδή κατάσταση που πρέπει νομοτελειακά να παραγάγει ένα αποτέλεσμα.

Έτερο σημαντικό ζήτημα στο χώρο της παρένθετης μητρότητας είναι η ανάγκη κάλυψης των εξόδων της κυοφορούσας. Με το Ν. 3305/2005 προβλέφθηκε ότι δε συνιστά απαγορευμένο αντάλλαγμα η αποζημίωση της παρένθετης μητέρας για όλα τα έξοδα που έκανε χάριν της εγκυμοσύνης της (ιατρικές δαπάνες κ.λπ.) καθώς και για απολεσθέντες μισθούς λόγω της αδυναμίας της για εργασία. Η ρύθμιση αυτή ήταν αναγκαία καθώς διαφορετικά θα οδηγούμασταν σε συμβατική ανισότητα των μερών, καθότι ενώ εκ των πραγμάτων δεν θα μπορούσαμε να εξασφαλίσουμε ένα μοντέλο win-win, θα επιδεινώναμε επιπλέον τη θέση της κυοφορούσας επιβαρύνοντας την με τα έξοδα και απαγορεύοντας συνάμα το αντάλλαγμα για την παροχή υπηρεσιών της, τιμωρώντας την έτσι οικονομικά. Ο Χατζής, περνώντας σε περιπτώσεις αμειβόμενης παρένθετης στη διάγνωση περιπτώσεων άνισης διαπραγματευτικής ισχύος μεταξύ των αντισυμβαλλομένων (καθότι εύπορα συνήθως ζευγάρια στρέφονται σε οικονομικά αδύναμα άτομα), υποστηρίζει ότι θα έπρεπε να καθιερωθούν τα desperation agreements και να επιτραπεί το οικονομικό αντάλλαγμα εφόσον το κράτος δεν φροντίζει να εξασφαλίσει κοινωνικοπολιτικά τις συνθήκες διαβίωσης των πολιτών του. Θεωρεί μάλιστα ότι η πολιτεία δεν μπορεί να επιβάλλει ηθικολογίες ενώ αφήνει εκτεθειμένους τους πολίτες. Η διαφωνία μας εν προκειμένω έγκειται στο ότι η μη εξασφάλιση ενός minimum «safety net» -όπως το αναφέρει και ο ίδιος- δε νομιμοποιεί την κρατική εξουσία από το να αποστερήσει τους πολίτες από τα δικαιώματά τους μέσω της νομοθετικής απογύμνωσης, αφήνοντάς τους έρμαια στην οικονομική εκμετάλλευση ισχυρότερων διαπραγματευτικά μερών (όπως γίνεται στην Ινδία όπου παρότι δεν υπάρχει νομοθετικό πλαίσιο, είναι το πιο δημοφιλές κέντρο εμπορικής παρένθετης μητρότητας⁶). Πάντως, σε έννομες τάξεις όπως η ελληνική, όπου επιτρέπεται μόνο η αλτρουιστική παρένθετη μητρότητα, είναι παρωχημένο και ασυνεπές να χρησιμοποιούμε ως όρο την εμπορευματοποίηση -από τη στιγμή που αντάλλαγμα δεν επιτρέπεται. Συνεπέστερη λοιπόν θα ήταν η χρήση του επιχειρήματος της παραβίασης του δικαιώματος αυτοδιάθεσης.

4. Ζητήματα στο ελληνικό νομοθετικό πλαίσιο

Η ρύθμιση για την παρένθετη μητρότητα στην ελληνική έννομη τάξη εισήχθη για πρώτη φορά με τον νόμο 3089/2002 για την «ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή», ενώ μεταγενέστερα με τον νόμο 3305/2005 διευθετήθηκε το ζήτημα της αποζημίωσης της κυοφορούσας. Τα ερμηνευτικά προβλήματα δεν λείπουν και από εδώ όσον αφορά τα θέματα της ηλικίας των κοινωνικοσυναισθηματικών γονέων και του δικαιώματος ανάκλησης της συναίνεσης.

Ως προϋπόθεση της δικαστικής έγκρισης για την προσφυγή στη μέθοδο της παρένθετης

6. Svitnev K., Legal control of surrogacy – International perspectives, In Schenker J: Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies, p. 154.

μητρότητας τίθεται η αδυναμία κυοφορίας της μητέρας που επιθυμεί την απόκτηση. Λογικό επακόλουθο είναι να τεθεί το ερώτημα κατά πόσον η αδυναμία αυτή περιορίζεται σε ιατρικούς λόγους ή είναι και ζήτημα υπέρβασης του γόνιμου ηλικιακού ορίου. Για την αποφυγή ενός τέτοιου σκοπέλου λαμβάνεται υπόψη η διάταξη γενικού περιορισμού του άρθρου 1455 Α.Κ., σύμφωνα με την οποία ο υποβοηθούμενος πρέπει να είναι σε ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής. Η Παντελίδου στο άρθρο της «Ζητήματα του Νέου Θεσμού της Παρένθετης Μητρότητας» (Αρμενόπουλος 2004) απαντώντας στον προβληματισμό κατά πόσο η αναπαραγωγική ηλικία είναι δεσμευτική και για τον πατέρα - σύζυγο, απαντά καταφατικά. Για τη γράφουσα, όμως, ορθότερη θα ήταν η μη υπαγωγή του συζύγου στην αυτή ρύθμιση αναλογικά καθότι εν προκειμένω κρίνεται η αναπαραγωγική ικανότητα η οποία έχει σαφή βιολογικά όρια για το γυναικείο σώμα, ενώ τίποτα και κανείς δεν θα μπορούσε να εμποδίσει σε πραγματικές συνθήκες έναν π.χ 70χρονο από την τέλεση γάμου με μία νεότερη γυναίκα και απόκτηση τέκνου με αυτή. Κάποιοι υποστηρίζουν ότι στόχος της ρύθμισης είναι το συμφέρον του παιδιού να έχει γονείς που θα δύνανται να ανταποκριθούν στα οικογενειακά βάρη και να μην έχουν μεγάλη διαφορά ηλικίας από αυτό. Παρόλα αυτά και μπαίνοντας στη ratio της διάταξης, αν υποστηρίξουμε το ανωτέρω δεν θα έπρεπε να επιτρεπόταν η post mortem γονιμοποίηση, τη στιγμή που το παιδί θα μεγάλωνε με έναν μόνο γονέα. Εφόσον εν προκειμένω έχει δύο, η ηλικία του πατέρα δεν θα έπρεπε να αποτελεί πρόβλημα, εφόσον μεγάλη διαφορά είναι δυνατή υπό φυσιολογικές και αρρυθμιστες αναπαραγωγικά συνθήκες.

Έτερο ζήτημα αποτελεί αυτό της ανάκλησης, με την καταρχήν απαγόρευσή της με το αιτιολογικό ότι η παρένθετη μητρότητα αποσκοπεί σε οριστικά και μη ανατρέψιμα αποτελέσματα, με επακόλουθο να μη χωρεί ανάκληση σε περιπτώσεις όπου π.χ το παιδί διαγιγνώσκεται με πρόβλημα υγείας. Παρόλα αυτά μέρος της νομικής θεωρίας υποστηρίζει ότι μπορεί να νοηθεί ανάκληση από τον πατέρα, εάν η σύζυγος του πέθανε πριν τον τοκετό ή σε μικρό διάστημα μετά από αυτόν –στο μέτρο που η παρένθετη μητρότητα στοχεύει στην ικανοποίηση κυρίως της μητέρας, όπως αναφέρει. Κάτι τέτοιο φαντάζει όμως εν πολλοίς παράλογο και εις βάρος του τέκνου που θα γεννηθεί και για το λόγο αυτό, κατά την άποψή μας, δεν θα έπρεπε να γίνεται δεκτό.

Το νομοθετικό μοντέλο που εφαρμόζεται στη ρύθμιση της παρένθετης μητρότητας κατά τον Χατζή, είναι απότοκο ενός «θανατηφόρου» συνδυασμού νομικού ηθικισμού και φορμαλισμού, στο μέτρο που κατά τον δε πρώτο, ο νόμος χρησιμοποιείται για να απαγορεύσει συμπεριφορές που αντιβαίνουν στα συλλογικά κοινωνικά πιστεύω ακόμη κι αν αυτές δεν προξενούν βλάβη στους άλλους, κατά τον δε δεύτερο, ο νόμος είναι σε θέση να δώσει κάθε απάντηση, δημιουργώντας θέσφατα. Παρόλα αυτά, άποψη της γράφουσας είναι ότι ο Έλληνας νομοθέτης λειτουργεί περισσότερο πατερνλιστικά, επεμβαίνοντας στις συμφωνίες ενηλίκων για να αποτρέψει σοβαρή βλάβη έναντι των άλλων και των εαυτών τους. Με τον τρόπο αυτό θέτει εκτός νόμου το ενδεχόμενο οικονομικής εκμετάλλευσης του αδύναμου μέρους και προστατεύει εν πολλοίς τα δικαιώματά του –όσο δύνανται αυτά να προστατευθούν σε ένα τέτοιο ζήτημα με σπουδαία βιοηθική διάσταση. Φυσικά, υπάρχουν ακόμη

αρκετά κενά τα οποία πρέπει να καλυφθούν για την διασφάλιση των συμφερόντων των δύο μερών, χωρίς να χρειάζεται να επενδύουμε τις ελπίδες μας σε νομολογιακές τάσεις και απαντήσεις βαδίζοντας σε ένα σχετικά αδιαμόρφωτο πεδίο.

5. Επίλογος

Η μετατόπιση ενός ευαίσθητης φύσης ανθρωπιστικού –όπως υποστηρίζεται από πολλούς– ζητήματος στο χώρο της ελευθερίας των συμβάσεων, δημιουργεί σίγουρα αρκετό σκεπτικισμό και επιφυλακτικότητα. Η νομική τους περιβολή και η σύγχρονη οικονομική ανάλυση του δικαίου υποδεικνύουν ότι τα προβλήματα που προκύπτουν στην παρένθετη μητρότητα δεν είναι άγνωστα στο δίκαιο των συμβάσεων εντός της οικονομικής αγοράς, στο μέτρο που ακόμη και το οικογενειακό δίκαιο προσεγγίζει συχνά το συμβατικό. Το διακύβευμα είναι να βρεθεί η χρυσή τομή και ισορροπία μεταξύ της στυγνής τεχνοκρατίας και του σεβασμού των δικαιωμάτων και των βαθύτερων αξιών του ατόμου.

Βιβλιογραφία



- Hatzis Aristides, From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece, Portuguese Economic Journal, Vol. 49, No. 3, pp. 205 - 220, 2009
- Παντελίδου Καλλιρρόη, Ζητήματα του Νέου Θεσμού της Παρένθετης Μητρότητας, Αρμενόπουλος, τεύχος 7, Ιούλιος 2004, Θεσσαλονίκη, σελ. 977 - 986
- Αντύπας Κ., Ηθικά διλήμματα στην υποβοηθούμενη αναπαραγωγή – Δάνεια μήτρα, Αρχεία Ελληνικής Ιατρικής 2004, 21(1), σελ. 86 - 96
- Hatzis Aristides, “Just the Oven”: A Law and Economics approach to gestational surrogacy contracts, PERSPECTIVES FOR THE UNIFICATION OR HARMONISATION OF FAMILY LAW IN EUROPE, pp. 412 - 433
- Svitnev K., Legal control of surrogacy – International perspectives, In Schenker J: Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies, pp. 149 - 163

Διαδικτυακές πηγές

<http://lawdb.intrasoftnet.com/nomos/>

Η ΜΑΣΤΙΓΑ ΤΗΣ ΑΟΡΙΣΤΙΑΣ. ΜΠΟΡΕΙ ΝΑ ΠΡΟΛΗΦΘΕΙ;



Θανάση Αλαμπάση*

Η νομική αοριστία της αγωγής συνδέεται με τη νομική εκτίμηση του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου, ενώ η ποσοτική ή ποιοτική αοριστία της αγωγής υπάρχει όταν δεν αναφέρονται όλα τα στοιχεία που απαιτούνται κατά νόμο για τη θεμελίωση του αιτήματος της αγωγής. Υπάρχει και μια τρίτη διάκριση της αοριστίας. Η δήθεν αοριστία άλλως η αοριστία που εξυπηρετεί συγκεκριμένο σκοπό σε σχέση με την έκβαση της δίκης (αυτή όμως είναι άλλη συζήτηση που δεν είναι της παρούσης).

Στη δικηγορική πάντως καθημερινότητα, η διάγνωση αοριστίας θεμελιώνει πάντοτε «ευθύνη» του δικηγόρου. Ποσοτική αοριστία σημαίνει ότι «φταίει ο δικηγόρος». Νομική αοριστία σημαίνει ότι όχι απλά «φταίει ο δικηγόρος», αλλά ότι «ο δικηγόρος είναι για ...». Νομικά αόριστη αγωγή σημαίνει ότι το δικόγραφο περιέχει ασυνάρτητες σκέψεις υπό την έννοια ότι υπάρχει ελλιπής ή αντικρουόμενη παράθεση ουσιωδών γεγονότων κατά τρόπο που το δικαστήριο δεν δύναται να προβεί σε νομική εκτίμηση του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου. Κατά την άποψή μου, νομικά αόριστη αγωγή δεν θα μπορούσε να συντάξει ακόμη και ο κοινός μέσος μαθητής της τρίτης τάξης του Γυμνασίου... Πόσο μάλλον ένας δικηγόρος ...

Η διάγνωση πάντως της αοριστίας, είτε αυτή είναι νομική είτε ποσοτική, παράγει πανομοιότυπα αποτελέσματα. Στις περισσότερες περιπτώσεις καταλήγει στην απόρριψη της αγωγής ως απαράδεκτης, με την έκφραση «η αγωγή είναι αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτιμήσεως», η οποία στερεότυπα συναντάται στις αποφάσεις των δικαστηρίων μας. Χαρακτηριστικό γνώρισμα της αοριστίας είναι ότι αποτυπώνεται στην απορριπτική απόφαση με τον πλέον ξεκάθαρο -σχεδόν πανηγυρικό θα έλεγα- τρόπο. Το αποτέλεσμα που η πανηγυρική αυτή διατύπωση παράγει, είναι ισοδύναμο με 100 κιλά εκρηκτικής ύλης TNT στα θεμέλια της σχέσης δικηγόρου - πελάτη. Αρκεί η απλή ανάγνωση της απόφασης ώστε να «πυροδοτηθεί» ακόμη και ο πλέον χαμηλών τόνων (και συνάμα αδαής περί τα νομικά) πελάτης, ο οποίος ως μαινόμενος ταύρος εφορμά στο γραφείο του δικηγόρου και α) επιρρίπτει την αποκλειστική ευθύνη στο δικηγόρο (σε τόνο και ύφος ανάλογο με το ύψος και τη σπουδαιότητα της απαίτησης) και β) απαιτεί να πάρει αμέσως το φάκελο του, ώστε να απευθυνθεί σε άλλο δικηγόρο και μάλιστα δίχως να «σηκώνει και πολλές κουβέντες» ...

Φαντάσου τώρα τον άμοιρο το δικηγόρο να προσπαθεί να αναλύσει στον -αδαή περί τα νομικά- πελάτη την έννοια της πραγματικής αοριστίας, την εσφαλμένη κατά την άποψή του κρίση του δικαστηρίου περί πραγματικής αοριστίας, ότι κατά την εκτίμηση του από τη διατύπωση της αγωγής προκύπτουν όλα τα στοιχεία που απαιτούνται κατά νόμο για τη θεμελίωση του αιτήματος της αποθετικής λόγου χάρι ζημίας. Η Εφ.Πειρ 715/2001 προσδιόρισε με επιτυχία και εξαιρετική σαφήνεια τον κύκλο των αναγκαίων περιστατικών επί αγωγής

* Ο Θανάσης Αλαμπάσης είναι δικηγόρος Αθηνών.

οδοντίατρου λόγω μη λειτουργίας του ιατρείου του, εξαφανίζοντας την πρωτοβάθμια απόφαση που είχε απορρίψει ως αόριστη την αγωγή στην οποία δεν γινόταν μνεία «πόσοι και ποιοι πελάτες θα επισκέπτονταν τον ενάγοντα τις συγκεκριμένες ημέρες, ποιες θεραπείες θα έκαναν και έναντι ποιας αμοιβής» και ορθά αρκέστηκε σε μνεία «συγκεκριμένου χρηματικού ποσού με αναφορά σε ορισμένο χρονικό πλαίσιο»...

Ο πελάτης θα σε ακούει απορημένος (αν όχι «φουντωμένος») μέχρις ότου σου ξεφουρνίσει αυτό που κανένας δικηγόρος δεν θέλει ποτέ ν' ακούσει: «εγώ δεν τα καταλαβαίνω αυτά, η απόφαση το λέει ξεκάθαρα, απορρίπτει την αγωγή ως αόριστη διότι δεν έγινε μνεία πόσοι και ποιοι πελάτες με επισκέπτονταν τις συγκεκριμένες ημέρες, ποιες θεραπείες θα έκαναν και έναντι ποιας αμοιβής κ.λπ. Γιατί δεν τα έγραψες αυτά; Θέλω να μου δώσεις το φάκελο μου για να πάω αλλού». Φαντάσου τώρα τη θέση του δικηγόρου αν η αμοιβή του καθορίζεται με εργολαβικό δίκης, περίπτωση στην οποία του έχει εκχωρηθεί μέρος της απαίτησης... Φαντάσου τώρα να αρνηθεί για το λόγο αυτό την παράδοση του φακέλου... Είναι νομίζω στο δικηγορικό κόσμο κοινή η διαπίστωση, ότι η αοριστία αποτελεί έναν από τους ελάχιστους «καραμπινάτους λόγους» που οδηγεί στην ταχεία επιδείνωση και τελικά στη ρήξη της σχέσης δικηγόρου - πελάτη. Αυτός είναι και ο βασικός λόγος που ο δικηγορικός κόσμος «τρέμει» την αοριστία (τρόμος που αποτυπώνεται στην έκφραση «πρόσεξε μη σου τραβήξει καμιά αοριστία και πάει η αγωγή, πάει και ο πελάτης»).

Ερωτάται λοιπόν: θα μπορούσε η αοριστία να αντιμετωπιστεί προληπτικά; Θα μπορούσε δηλαδή ο δικηγόρος να προνοήσει ώστε το δικαστήριο -προ της εκδίκασης της υπόθεσης- να του επισημάνει τα σημεία εκείνα της αγωγής που τυχόν χρήζουν διευκρίνισης ή συμπλήρωσης, ώστε να αποφευχθεί η έκδοση απορριπτικής λόγω αοριστίας απόφασης;

Έχω την αίσθηση ότι με την επιστράτευση του άρθρου 236 Κ.Πολ.Δ αυτό είναι εφικτό και ότι μπορεί να γίνει με το δικόγραφο της αγωγής, δεδομένου ότι π.χ ο εισηγητής της υποθέσεως οφείλει να διαπιστώσει από την μελέτη του φακέλου, ο οποίος του παραδίδεται δεκαπέντε ημέρες προ της συζήτησεως, ότι η αγωγή είναι αόριστη. Συνάγεται επομένως ότι κατά το χρόνο της εκδίκασης το δικαστήριο γνωρίζει ότι η αγωγή πάσχει από αοριστία και επομένως γνωρίζει ότι η αγωγή πρόκειται να απορριφθεί ως αόριστη (μόνο που αυτό θα γίνει 6 - 8 μήνες μετά τη συζήτησή της)! Αφού λοιπόν το δικαστήριο το γνωρίζει γιατί να μη σου το επισημάνει;

Έχω λοιπόν την αίσθηση ότι μπορείς με την αγωγή να υποδείξεις την από το άρθρο 236 Κ.Πολ.Δ δικονομική ευθύνη του δικαστή περί α) γνωστοποίησης (προ της εκδίκασης) τυχόν αοριστίας της αγωγής και β) υπόδειξης (προ της εκδίκασης) των σημείων εκείνων της αγωγής που χρήζουν συμπλήρωσης, ώστε:

I) στην περίπτωση νομικής αοριστίας ο δικηγόρος να κάνει χρήση του δικαιώματος να παραιτηθεί του δικογράφου με προφορική δήλωσή του στο ακροατήριο (άρθρ. 297 Κ.Πολ.Δ)

II) στην περίπτωση πραγματικής αοριστίας παραδεκτά βάσει της διάταξης του άρθρου 224 εδ. β' Κ.Πολ.Δ σε συνδυασμό με το άρθρο 236 Κ.Πολ.Δ, ο δικηγόρος να αιτηθεί αναβολή (άρθρ. 241 Κ.Πολ.Δ) προκειμένου στη μετ' αναβολή συζήτηση (άρθρ. 281 Κ.Πολ.Δ), με νέες προτάσεις του, συμπληρωματικές των αρχικών, να συμπληρώσει την ατελή έκθεση των πραγματικών ισχυρισμών, θεραπεύοντας με τον τρόπο αυτό την πραγματική αοριστία.

Πρώτη η υπ' αριθ. 1439/1990 απόφαση του Εφετείου Πειραιώς (Α. Παπαμιχαλόπουλος, Δ 1991.253 με παραπ. Μητσόπουλου - ΝοΒ 1991.418) επιστράτευσε τη διάταξη του άρθρου

236 Κ.Πολ.Δ, επιφυλάσσοντας, με αξιοπρόσεκτη σαφήνεια, μία διαφορετική μεταχείριση στην πραγματική από τη νομική αοριστία. Το σκεπτικό της αποφάσεως αξίζει να παρατεθεί αυτούσιο: «...Όταν όμως τα αναγόμενα στην προϋπόθεση αυτή πραγματικά περιστατικά περιέχονται μεν στην αγωγή, αλλά όχι με πληρότητα, σε τρόπον ώστε αυτή, από το λόγο αυτό, να είναι αόριστη εκ του πράγματος τότε η αοριστία αυτή μπορεί να θεραπευθεί με την συμπλήρωση της αγωγής (η οποία περιέχει τα από τον κανόνα του δικαίου απαιτούμενα στοιχεία, αλλά όχι με πληρότητα), με τις προτάσεις, την οποία (συμπλήρωση) ο δικαστής, έχει όχι μόνον την εξουσία, αλλά και υποχρέωση να υποδεικνύει στους διαδίκους, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 236 Κ.Πολ.Δ».

Σε «δικονομική ευθύνη» του δικαστή που διευθύνει τη συζήτηση αναφέρεται η Εφ.Θεσ 1278/2001, της οποίας οι σκέψεις, εξαιρετικά εύστοχες και απολύτως θεμελιωμένες στις ισχύουσες δικονομικές διατάξεις, αξίζει να παρατεθούν αυτούσιες. «Αν ο δικαστής παραλείψει την κατά τα ανωτέρω συναγωγή των αναγκαίων διασαφηνίσεων, δεν είναι θεμιτό, μετά την ολοκλήρωση της προφορικής συζήτησης να επιρρίψει στον διάδικο τις συνέπειες της δικής του παράλειψης (του δικαστή, Κ.Πολ.Δ 236), απαγγέλλοντας το απαράδεκτο του σχετικού ισχυρισμού λόγω αοριστίας, αλλά διατηρεί ως μόνη διέξοδο τη δυνατότητα επανάληψης της συζήτησης (Κ.Πολ.Δ 254)».

Περαιτέρω, η περίπτωση της παράλειψης της από το άρθρο 236 Κ.Πολ.Δ δικονομικής υποχρέωσης του Δικαστηρίου, ήτοι ότι η αγωγή πάσχει από αοριστία σε συγκεκριμένα σημεία της ώστε εγκαίρως να σπεύσει ο ενάγων να τη θεραπεύσει, η οποία (παράλειψη) θα έχει ως επακόλουθη συνέπεια α) την απόρριψη της αγωγής (ως πάσχουσας από αοριστία) κατόπιν όμως διαδικασίας που είναι υπερβολικά χρονοβόρα και δεν ανταποκρίνεται στην περί "ευλόγου προθεσμίας" επιταγή, καθώς και β) την μετά την έκδοση της απορριπτικής (λόγω αοριστίας) απόφασης επανέγερση νέας βελτιωμένης αγωγής που δεν θα πάσχει από αοριστία, επί της οποίας ομοίως θα εκδοθεί απόφαση μετά από διαδικασία που είναι υπερβολικά χρονοβόρα και δεν ανταποκρίνεται στην περί "ευλόγου προθεσμίας" επιταγή, παραβιάζει ευθέως το άρθρο 6 της Ε.Σ.Δ.Α., διότι η διάρκεια της ΟΛΗΣ ΑΥΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ είναι για τον ενάγοντα όχι απλώς υπερβολική και μη ανταποκρινόμενη στην περί "ευλόγου προθεσμίας" επιταγή, αλλά εξοντωτική! Να σημειωθεί ότι το Δικαστήριο ήδη από δεκαπενθήμερου προ της εκδίκασεως της υπόθεσης γνωρίζει άλλως -από την επισκόπηση του δικογράφου- οφείλει να γνωρίζει ότι η αγωγή πάσχει από αοριστία (ποσοτική ή νομική) και επομένως ήδη κατά το χρόνο της εκδίκασης γνωρίζει ότι η αγωγή πρόκειται να απορριφθεί (6 - 8 μήνες μετά τη συζήτησή της) λόγω αοριστίας. Έχει επομένως από το άρθρο 236 Κ.Πολ.Δ τη δικονομική υποχρέωση, κατά την ημερομηνία της δικασίμου και προ της ενάρξεως της εκδίκασεως, να ενημερώσει επ' αυτού τον ενάγοντα ώστε εφόσον το επιθυμεί α) να παραιτηθεί του δικογράφου της αγωγής αν αυτή πάσχει από νομική αοριστία ή β) αν η αγωγή πάσχει από πραγματική αοριστία να αιτηθεί κατ' άρθρο 241 Κ.Πολ.Δ αναβολή ώστε παραδεκτά βάσει της διάταξης του άρθρου 224 εδ. β' Κ.Πολ.Δ σε συνδυασμό με το άρθρο 236 Κ.Πολ.Δ, στη μετ' αναβολή συζήτηση (αρθρ. 281 Κ.Πολ.Δ) με νέες προτάσεις του, συμπληρωματικές των αρχικών, να συμπληρώσει την ατελή έκθεση των πραγματικών ισχυρισμών του, θεραπεύοντας με τον τρόπο αυτό την πραγματική αοριστία. Σε διαφορετική περίπτωση στοιχειοθετείται η παραβίαση του άρθρου 8 παρ. 1 Σ και του άρθρου 6 Ε.Σ.Δ.Α.

Εξάλλου, η προ της έκδοσης απορριπτικής (λόγω αοριστίας) απόφασης καταβολή των

εξόδων και τελών για την άσκηση της διαδικαστικής πράξεως και ιδίως η προσκόμιση του δικαστικού ενσήμου, τούτο δε παρά την από δεκαπενθημέρου προ της εκδικάσεως γνώση του δικαστηρίου της αοριστίας της αγωγής (και άρα της έκδοσης απορριπτικής για το λόγο αυτό απόφασης), στοιχειοθετεί την παραβίαση του άρθρου 17 παρ. 1 Σ του άρθρου 1 παρ. 1 του πρόσθετου πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α. Δεδομένης δηλαδή της από το άρθρο 236 δικονομικής υποχρέωσης του δικαστή, άπαξ και ο δικαστής δεν υποδείξει προ της ενάρξεως της εκδικάσεως στον ενάγοντα, ότι η αγωγή είναι αόριστη, ο ενάγων αναμένει την έκδοση αποφάσεως που θα κρίνει την ουσία της υποθέσεως.

Στην περίπτωση που δεν τηρηθεί η δικονομική αυτή υποχρέωση του δικαστηρίου ο ενάγων θα υποστεί περιουσιακή ζημία που ανέρχεται στο ποσό που αυτός κατέβαλε για τα έξοδα και τέλη της δίκης. Κατ' άλλη άποψη η ζημία επαυξάνεται κατά το ποσό που ο ενάγων κατέβαλε για το δικαστικό ένσημο, όταν η νομικά αόριστη αγωγή θεωρηθεί ως νόμω αβάσιμη αφού σε αυτή την περίπτωση πρόκειται για απόρριψη, η οποία τέμνει στην ουσία της διαφοράς και επομένως θα πρέπει να υποχρεωθεί ο ενάγων και σε νέα καταβολή του δικαστικού ενσήμου.

Συνεπώς η άσκηση νέας «βελτιωμένης» αγωγής κατά τρόπο που να μην πάσχει από αοριστία και επομένως η «ανάλωση» των εξόδων και τελών της προηγούμενης δίκης (και υπό προϋποθέσεις η ανάλωση και του δικαστικού ενσήμου), συνεπάγεται ότι ο ενάγων έχει υποστεί περιουσιακή βλάβη, αφού η υποχρέωση της εκ νέου καταβολής των εξόδων και τελών της δίκης προκειμένου να επανέλθει με νέα διορθωμένη αγωγή που δεν θα πάσχει από αοριστία ώστε να εξεταστεί εκ νέου το καταψηφιστικό της αρχικής αγωγής αίτημα, συνιστά βλάβη της περιουσίας του (αρθ. 1 πρόσθετου πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α. κ.λπ.).

Τυχόν δε αδυναμία καταβολής του ποσού αυτού συνιστά επιπρόσθετα αποστέρηση του δικαιώματος της εκδίκασης της υπόθεσής του (βλ. αρθρ. 8 Σ *«κανένας δεν στερείται χωρίς τη θέληση του το δικαστή που του έχει ορίσει ο νόμος»*).

Ερωτάται βεβαίως αν στο αιτητικό της αγωγής μπορεί να περιληφθεί «αίτημα» περί υπόδειξης (από το δικαστήριο) των σημείων της αγωγής που χρήζουν συμπλήρωσης. Άσχετα πάντως με την απάντηση σε αυτό το ερώτημα, έχω την αίσθηση ότι το δικαστήριο δεν μπορεί να παραβλέψει το κεφάλαιο αυτό της αγωγής που αφορά στην από το άρθρο 236 Κ.Πολ.Δ δικονομική ευθύνη του. Εν πάση περιπτώσει θα μπορούσε το αίτημα αυτό να συμπεριληφθεί (ως συγκεκρικαλυμμένο αίτημα) με τα «επειδή» της αγωγής. Και αν παρόλα αυτά το δικαστήριο παραβλέψει το κεφάλαιο αυτό της αγωγής και εκδώσει απορριπτική λόγω αοριστίας απόφαση, έχω την αίσθηση ότι η απόφαση προσβάλλεται για το λόγο αυτό με έφεση και ότι εύκολα μπορεί να φτάσει και στο ΕΔΔΑ.

Θα κλείσω με τη διαπίστωση της Κ. Θ. Μακρίδου από το βιβλίο της «Η αόριστη αγωγή και οι δυνατότητες θεραπείας της». *«Αν τα δικαστήρια της ουσίας επιστρατεύσουν το άρθρο 236 Κ.Πολ.Δ για την άρση της πραγματικής αοριστίας της αγωγής, αλλά και των ενστάσεων, τότε προμηνύεται ότι ο μισός, τουλάχιστον, από τον όγκο των αποφάσεων που απορρίπτονται ως αόριστες τις σχετικές αγωγές, θα αντικατασταθεί από αποφάσεις που θα συμβάλλουν στη διάσωση του ελαττωματικού δικογράφου, με τη βοήθεια του άρθρου 236 Κ.Πολ.Δ και άρα το όφελος θα ήταν αδιαμφισβήτητα μεγάλο»*.



NΟΜΟΛΟΓΙΑ





ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Α2 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 1332/2012

Πρόεδρος: Αθανάσιος Κουτρομάνος (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Δήμητρα Παπαντωνοπούλου, Χρυσόστομος Εναγγέλου, Ευφημία Λαμπροπούλου, Γεράσιμος Φουρλάνος (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Ηλίας Μαρινάκος, Ενάγγελος Πουρνάρας

Άρθρα: 1 παρ. 4 περ. α, 2 παρ. 6, 7 Ν. 2251/1994, 559 αρ. 1 Κ.Πολ.Δ

Προστασία καταναλωτή. Καθεστώς του Ν. 2251/1994. Το δίκαιο που διέπει την καταχρηστικότητα ενός Γ.Ο.Σ. είναι αυτό που ισχύει κατά το χρόνο που γίνεται η χρήση αυτού. Πότε θεωρείται καταχρηστικός ένας Γ.Ο.Σ. Συνέπεια της καταχρηστικότητας είναι ότι ο συγκεκριμένος Γ.Ο.Σ. είναι άκυρος. Εννοιολογικός προσδιορισμός Γ.Ο.Σ. και καταναλωτή. Κρίση ότι ο εγγυητής υπέρ καταναλωτή είναι και ο ίδιος καταναλωτής, εφόσον δεν αποτελεί αντικείμενο της επιχειρηματικής του δραστηριότητας. Πιστωτικά ιδρύματα. Δανειακές συμβάσεις. Σύμβαση αλληλόχρεου λογαριασμού. Ο όρος που δίνει τη δυνατότητα στην τράπεζα να καταγγείλει τη σύμβαση οποτεδήποτε και χωρίς σπουδαίο λόγο είναι καταχρηστικός. Επίσης καταχρηστικός είναι και ο όρος που προβλέπει την καταγγελία της δανειακής σύμβασης χωρίς να υπάρχει συγκεκριμένο όριο ληξιπροθέσμων οφειλών από τον οφειλέτη (Παραπέμπει στην Ολομέλεια).

Κατά τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 6 Ν. 2251/1994 που έχει τον τίτλο "προστασία καταναλωτών", όπως αυτή ίσχυε μετά την αντικατάστασή της με το άρθρο 10 παρ. 24 εδ. β' Ν. 2741/1999 και πριν από την αντικατάστασή της με το άρθρο 2 παρ. 2 Ν. 3587/2007 [και έχει εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση αφού η καταχρηστικότητα ενός Γ.Ο.Σ. κρίνεται σύμφω-

να με το δίκαιο που ισχύει κατά το χρόνο που γίνεται η χρήση αυτού (Ολ.Α.Π 15/2007)], οι γενικοί όροι των συναλλαγών (Γ.Ο.Σ.), δηλαδή οι όροι που έχουν διατυπωθεί εκ των προτέρων για απροσδιόριστο αριθμό μελλοντικών συμβάσεων, απαγορεύονται και είναι άκυροι αν έχουν ως αποτέλεσμα τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των

συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή, ο δε καταχρηστικός χαρακτήρας γενικού όρου ενσωματωμένου σε σύμβαση κρίνεται αφού ληφθούν υπόψη η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, ο σκοπός της, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψή της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της συμβάσεως ή άλλης συμβάσεως από την οποία αυτή εξαρτάται. Εξάλλου, εκτός από την ανωτέρω γενική ρήτρα για την καταχρηστικότητα των Γ.Ο.Σ. που συνεπαγόταν διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας, στην παρ. 7 του ίδιου πιο πάνω άρθρου (2 Ν. 2251/1994, όπως ίσχυε πριν από το Ν. 3587/2007) απαριθμούνταν ενδεικτικώς και τριάντα μία περιπτώσεις γενικών όρων που θεωρούνταν άνευ ετέρου (*per se*) καταχρηστικοί, χωρίς ως προς αυτούς να ερευνάται η συνδρομή των προϋποθέσεων της γενικής ρήτρας, αφού αυτοί θεωρούνται κατ' αμάχητο τεκμήριο ότι έχουν καταχρηστικό χαρακτήρα. Στις περιπτώσεις αυτές περιλαμβάνονταν και η υπό στοιχ. ε', κατά την οποία (όπως ίσχυε τότε) καταχρηστικοί είναι και οι όροι που επιφυλάσσουν στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς τροποποιήσεως ή λύσεως της συμβάσεως χωρίς ορισμένο, ειδικό και σπουδαίο λόγο. Περαιτέρω κατά τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 4 περ. α' του ίδιου πιο πάνω Ν. 2251/1994, όπως ίσχυε πριν από την αντικατάστασή του με το άρθρο 1 παρ. 5 Ν. 3587/2007, καταναλωτής είναι κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το οποίο προορίζονται τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που προσφέρονται στην αγορά ή το οποίο κάνει χρήση τέτοιων προϊόντων ή υπηρεσιών, εφόσον αποτελούν τον τελικό αποδέκτη τους. Κατά την ίδια διάταξη όπως ισχύει μετά την κατά τ' ανωτέρω αντικατάστασή της, ως καταναλωτής νοείται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα για τα οποία προορίζονται τα

προϊόντα ή οι υπηρεσίες που προσφέρονται στην αγορά και τα οποία κάνουν χρήση των προϊόντων ή των υπηρεσιών αυτών, εφόσον αποτελούν τον τελικό αποδέκτη τους. Τέλος μετά την αντικατάσταση του άρθρου 1 παρ. 4 Ν. 2251/1994 με το άρθρο 1 παρ. 5 Ν. 3587/2007 προστέθηκε και υποπερ. ββ' της ανωτέρω περ. α', κατά την οποία καταναλωτής είναι και κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που εγγυάται υπέρ καταναλωτή, εφόσον δεν ενεργεί στο πλαίσιο της επαγγελματικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητάς του.

Στην προκειμένη περίπτωση με την προσβαλλόμενη απόφαση έγιναν δεκτά τα εξής: "Δυνάμει της υπ' αριθμ. .../9-1-1991 συμβάσεως πιστώσεως δι' ανοικτού (αλληλόχρεου) λογαριασμού και των ταυτάριθμων από 9-1-1991, 31-1-1991, 11-5-1995, 6-2-1997 και 25-6-1998 πρόσθετων (αυξητικών) πράξεων που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής, καταρτίσθηκαν δε μεταξύ της "...", της οποίας καθολική διάδοχος είναι η καθ' ης η ανακοπή "... και του Ν. Κ. (γιού της ανακόπτουσας Α. συζύγου Χ. Κ. το γένος Ι. Π.) χορηγήθηκε στον τελευταίο πίστωση μέχρι του ποσού των 100.000.000 δραχμών, ως ίσχυε τότε στην Ελλάδα το εθνικό νόμισμα. Την πίστωση αυτή έλαβε ο εν λόγω δανειολήπτης στα πλαίσια της προσπάθειάς του να βελτιώσει και να εκσυγχρονίσει τη μονάδα επεξεργασίας ορειχάλκου που διατηρούσε στο Η ανακόπτουσα μητέρα του συμβλήθηκε εγγράφως ως δική του εγγυήτρια τόσο στην κύρια σύμβαση όσο και στις πρόσθετες πράξεις αυτής, ευθυνόμενη εις ολόκληρο με τον πιστούχο ως αυτοφειλέτης για την εμπρόθεσμη και ολοκληρωτική (κατά κεφάλαιο, τόκους, προμήθειες και λοιπά έξοδα) εξόφληση κάθε χρεωστικού υπολοίπου που θα προέκυπτε κατά το κλείσιμο του τηρούμενου προς εξυπηρέτηση της εν λόγω πιστώσεως αλληλόχρεου λογαρια-

σμού, αναλαμβάνοντας έτσι την ευθύνη έναντι της τράπεζας ότι θα καταβληθεί το χρέος του πρωτοφειλέτη σε όποια έκταση αυτό βρίσκεται κάθε φορά. Ο υιός της ανακόπτουσας έλαβε το παραπάνω δάνειο, όπως ήδη σημειώθηκε ανωτέρω προς εξυπηρέτηση της εμπορικής του δραστηριότητας. Η μητέρα του όμως συμβλήθηκε ως εγγυήτρια όχι στα πλαίσια ασκήσεως κάποιας εμπορικής δραστηριότητας αλλά υπό την ατομική της ιδιότητα ως οικοκυράς, χωρίς να εξυπηρετεί καθ' οιονδήποτε τρόπο δικά της οικονομικά συμφέροντα. Έτσι λοιπόν ... η ανακόπτουσα υπάγεται εν προκειμένω ως εγγυήτρια στην προστατευτική λειτουργία που επιτελεί για τους καταναλωτές (τελικούς αποδέκτες προϊόντος ή υπηρεσίας) ο Ν. 2251/1994 ... Αποδεικνύεται ακόμη ότι με τον υπ' αριθμ. 5 όρο της παραπάνω κύριας συμβάσεως συμφωνήθηκε ότι στην περίπτωση που το χρεωστικό υπόλοιπο του τηρούμενου λογαριασμού ήθελε υπερβεί το όριο της πιστώσεως, ο πιστούχος είναι υποχρεωμένος, ειδοποιούμενος σχετικά, να καταβάλει αμέσως το ποσό της υπερβάσεως, αλλιώς η Τράπεζα δικαιούται κατά την κρίση της να κλείσει οριστικά το λογαριασμό, οπότε ολόκληρο το οφειλόμενο ποσό κεφαλαίου, τόκων, προμηθειών και εξόδων αθροίζεται και είναι αμέσως απαιτητό και καταβλητέο από τον πιστούχο που καθίσταται αυτοδίκαια υπερήμερος.

Αλλά και χωρίς οποιαδήποτε υπέρβαση η Τράπεζα έχει απόλυτο δικαίωμα να κλείνει οριστικά κατά την κρίση της για οποιονδήποτε λόγο και σε κάθε χρόνο τη χορηγηθείσα πίστωση, εφαρμοζομένων των αμέσως ανωτέρω, ακόμη και άνευ ειδοποιήσεως του πιστούχου.

Στην προκειμένη περίπτωση ο πιστούχος έκαμε χρήση της παραπάνω χορηγηθείσας σ' αυτόν πιστώσεως, προς εξυπηρέτηση της οποίας τηρήθηκαν από την καθ' ης οι

υπ' αριθ. ... και ... ειδικοί λογαριασμοί χορηγήσεων. Την 1η Ιανουαρίου 2003 οι εν λόγω λογαριασμοί παρουσίασαν χρεωστικό υπόλοιπο σε βάρος του πιστούχου και της εγγυήτριας (ανακόπτουσας) ποσού 98.858,53 ευρώ και 27.341,62 ευρώ αντίστοιχα, το οποίο ο πιστούχος αναγνώρισε με τις από 1-1-2003 επιστολές του προς την καθ' ης η ανακοπή Τράπεζα. Στη συνέχεια οι πιο πάνω λογαριασμοί κινήθηκαν μέχρι την 1η Ιουλίου 2003, οπότε παρουσίασαν συνολικό χρεωστικό υπόλοιπο ποσού 139.744,03 ευρώ, το οποίο η Τράπεζα μετέφερε σε λογαριασμό οριστικής καθυστέρησης αυθημερόν, κατήγγειλε τη σύμβαση και γνωστοποίησε το κλείσιμο του αλληλόχρεου λογαριασμού στον πιστούχο και στην εγγυήτρια. Από τα παραπάνω αποδειχθέντα περιστατικά ... καθίσταται σαφές αφ' ενός ότι ο όρος της συμβάσεως πιστώσεως με τον οποίο η Τράπεζα επιφύλαξε το δικαίωμα να καταγγέλλει μονομερώς σε κάθε χρόνο τη σύμβαση, ακόμη και χωρίς τη συνδρομή σπουδαίου προς τούτο λόγου, είναι άκυρος ως καταχρηστικός και αφ' ετέρου ότι η υπό τις προαναφερθείσες περιστάσεις καταγγελία της συγκεκριμένης συμβάσεως από την καθ' ης η ανακοπή τράπεζα είναι επίσης άκυρη ως καταχρηστική. Τούτο διότι αφ' ενός το ύψος του χρεωστικού υπολοίπου σε βάρος του πιστούχου δεν υπερέβαινε το ανώτατο συμβατικό όριο της πιστώσεως αλλ' αντίθετα υπολειπόταν σημαντικά τούτου και αφ' ετέρου δεν συνέτρεχαν αποδεδειγμένοι σοβαροί λόγοι καθιστώντες έκδηλη την αδυναμία του πιστούχου να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του και συγκροτούντες τον κατά νόμο απαιτούμενο σπουδαίο λόγο για την έγκυρη καταγγελία της συμβάσεως πιστώσεως παρά τα αντιθέτως υποστηριζόμενα υπό της καθ' ης. Η τελευταία υπεραμυνόμενη της εγκυρότητας της παρ' αυτής γενόμενης καταγγελίας της συμβάσεως

πιστώσεως επαναφέρει ... τον ισχυρισμό τον οποίο και στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο διατύπωσε με τις προτάσεις της, ότι δηλαδή οι υφιστάμενες εξασφαλίσεις για την κάλυψη του χρεωστικού υπολοίπου δεν ήσαν αρκετές, λαμβανομένου κυρίως υπ' όψη ότι ορισμένες επιταγές που της είχαν παραδοθεί ως ενέχυρο επέστρεφαν απλήρωτες, πράγμα το οποίο υποδήλωνε την αδυναμία τακτοποίησης της οφειλής. Μόνο το εν λόγω γεγονός εν τούτοις δεν κρίνεται επαρκές ώστε να στοιχειοθετήσει εν προκειμένω σπουδαίο λόγο που να δικαιολογεί την καταγγελία της ένδικης συμβάσεως πιστώσεως από την καθ' ης η ανακοπή τράπεζα, τούτο δε κυρίως διότι για την υπ' όψη πίστωση υπήρχε εμπράγματη εξασφάλιση σε ακίνητο της ανακρίνουσας (εγγυητριάς) του οποίου η αξία, όπως προκύπτει από την πληττόμενη δια της ανακοπής έκθεση κατασχέσεως και την Ζ' επαναληπτική περίληψή της εκτιμάται σε 500.000 ευρώ και γι' αυτό η τιμή πρώτης προσφοράς στον επισπευδόμενο πλειστηριασμό του ορίσθηκε στο ποσό των 333.333,32 ευρώ".

Με βάση αυτές τις παραδοχές το εφετείο, αφού αντικατέστησε εν μέρει τις αιτιολογίες της αποφάσεως του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου, με την οποία είχε γίνει δεκτή η ανακοπή της αναιρεσιβλήτου και είχαν ακυρωθεί οι προσβαλλόμενες έκθεση κατασχέσεως και επαναληπτική περίληψή της, απέρριψε την έφεση της αναιρεσεύουσας κατ' αυτής.

Με τους πρώτο, δεύτερο και τρίτο λόγους της αιτήσεως η αναιρεσεύουσα, επικαλούμενη το άρθρο 559 αριθ. 1 (εδ. α') Κ.Πολ.Δ, προβάλλει ότι η αναιρεσιβλήτη δεν έχει την ιδιότητα του καταναλωτή, διότι δεν είναι ο τελικός αποδέκτης των προσφερομένων από αυτήν (την αναιρεσεύουσα τράπεζα) υπηρεσιών και διότι δεν εγγυήθηκε υπέρ καταναλωτή αλλά υπέρ προσώπου το

οποίο ενεργούσε στο πλαίσιο της επαγγελματικής και επιχειρηματικής του δραστηριότητας, γι' αυτό δεν έχουν ως προς αυτήν εφαρμογή οι διατάξεις του Ν. 2251/1994. Οι λόγοι αυτοί αναιρέσεως άπτονται ζητημάτων που, κατά την κρίση του παρόντος δικαστηρίου, είναι γενικότερου ενδιαφέροντος, γιατί αφορούν όχι μόνο την παρούσα υπόθεση αλλά και ικανό αριθμό δανειοληπτών και εγγυηθέντων υπέρ αυτών τρίτων προσώπων. Συγκεκριμένα μ' αυτούς τίθενται τα ζητήματα: Α) αν η ιδιότητα του συμβληθέντος ως καταναλωτή κρίνεται με βάση τις προαναφερθείσες διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 4 Ν. 2251/1994 όπως ίσχυαν κατά το χρόνο επικλήσεως της ιδιότητας αυτής με την άσκηση σχετικής αγωγής ή ανακοπής ή την προβολή ενστάσεως ή όπως αυτές ίσχυαν κατά το χρόνο δημοσιεύσεως της αποφάσεως του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου (άρθρο 533 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ) και Β) αν με βάση τις διατάξεις που θα κριθούν εφαρμοστέες κατά τ' ανωτέρω: α) οι δανειολήπτες οι οποίοι συνεβλήθησαν με σκοπό την εξυπηρέτηση επαγγελματικών ή επιχειρηματικών τους δραστηριοτήτων έχουν την ιδιότητα των καταναλωτών και β) τα πρόσωπα που εγγυήθηκαν και ιδίως τα πρόσωπα που εγγυήθηκαν ως αυτοφειλέτες (παραιτηθέντες των οικείων ενστάσεων) υπέρ τέτοιων δανειοληπτών, όταν τα ίδια δεν ενεργούν στο πλαίσιο επαγγελματικής ή επιχειρηματικής δραστηριότητάς τους, έχουν αυτή την ιδιότητα. Κατ' ακολουθίαν, λόγω των τιθεμένων γενικότερου ενδιαφέροντος ζητημάτων αλλά και για την ενότητα της νομολογίας, πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 563 παρ. 2 στοιχ. β' Κ.Πολ.Δ να παραπεμφθούν οι λόγοι αυτοί της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως στην Τακτική Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, όπως ειδικότερα ορίζεται στο διατακτικό.

Άρειος Πάγος (Α1 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 235/2012

Πρόεδρος: Εμμανουήλ Καλούδης (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Γεώργιος Γιαννούλης, Βασίλειος Φούκας, Νικόλαος Λεοντής, Γεώργιος Γεωργέλλης (Αρεοπαγίτες)

Διηγόροι: Ιωάννης Πάσχος, Ελευθέριος Καστορήσιος

Άρθρα: 179, 288, 300, 332 παρ. 2, 334 παρ. 2 Α.Κ., 93 παρ. 3 Σ, 559 αρ. 19, 20 Κ.Πολ.Δ

Σύμβαση παροχής ηλεκτρικής ενέργειας. Αξίωση περί θετικής και αποθετικής ζημίας λόγω πλημμελούς εκπλήρωσης των υποχρεώσεων της Δ.Ε.Η. Παροχή ηλεκτρικής ενέργειας σε βιομηχανική μονάδα. Πρόκληση υπερτάσεως με αποτέλεσμα να καταστραφεί ο ηλεκτρολογικός και μηχανολογικός εξοπλισμός του εργοστασίου. Κρίση περί αμελείας των υπαλλήλων της Δ.Ε.Η. Περιεχόμενο της αμελείας. Απαλλακτικές ρήτρες της ευθύνης της Δ.Ε.Η. Κρίση περί της ακυρότητας των ρητρών λόγω της μονοπωλιακής θέσης της Δ.Ε.Η. Το συντρέχον πταίσμα είναι έννοια νομική, η οποία υπόκειται στον αναιρετικό έλεγχο του Αρείου Πάγου.

Με την κρινόμενη 1089/25-10-2010 αίτηση αναιρέσεως προσβάλλεται η 2206/16-4-2008 απόφαση του Εφετείου Αθηνών, κατάληξη της ακόλουθης διαδικαστικής διαδρομής, κατ' επιτρεπτή, κατά το άρθρο 561 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, εκτίμηση των διαδικαστικών εγγράφων. Ειδικότερα, με την 75818/4163/23-5-2005 αγωγή εφέρετο προς διάγνωση, κατά το ενδιαφέρον την παρούσα αναιρετική διαδικασία αντικείμενο αυτής, αξίωση θετικής και αποθετικής ζημίας της δι' αυτής ενάγουσας και ήδη αναιρεσεύουσας κατά της εναγομένης και ήδη αναιρεσίβλητης «Δημοσίας Επιχειρήσεως Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ ΑΕ)», θεμελιούμενη στην πλημμελή εκπλήρωση από την τελευταία των απορρεουσών από τη συννομολογηθείσα μεταξύ των διαδίκων σύμβαση παροχής ηλεκτρικού ρεύματος υποχρεώσεων της. Επί της εν λόγω αγωγής εκδόθηκε, κατά μερική παραδοχή της, με παράλληλη κατ' ουσίαν απόρριψη της περί συνυπαιτιότητας ενστάσεως της εναγομένης, η 290/2007 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών και σε δεύτερο βαθμό, κατ' αποδοχή των (ι)1393/14-2-2007 και (ιι) 3877/3-5-2007 εφέσεων των διαδίκων, εξαφάνιση της προσβαλλόμενης δι' αυτών πρωτοβάθμιας αποφάσεως και εξέταση κατ' ουσίαν

της υποθέσεως, με μερική κατ' ουσίαν παραδοχή της περί συνυπαιτιότητας ενστάσεως της εναγομένης, η 2206/2008 απόφαση του Εφετείου Αθηνών, κρίση της την οποία στήριξε στις ακόλουθες αναιρετικώς ανέλεγκτες ουσιαστικές παραδοχές της, που ενδιαφέρουν τους ερευνώμενους στη συνέχεια λόγους αναιρέσεως. Ειδικότερα, διέλαβε στις αιτιολογίες της, κατ' ακριβή κατά τούτο αντιγραφή της, "Δυνάμει σύμβασης πωλήσεως - προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας που συνήψε η ενάγουσα εταιρία με την εναγομένη την 18-12-2001, ανέλαβε η τελευταία την υποχρέωση να προμηθεύει σε αυτήν, για τις ανάγκες λειτουργίας του εργοστασίου παραγωγής ειδών συσκευασίας κ.λπ. που διατηρεί στο Κορωπί Αττικής, ηλεκτρική ενέργεια συμφωνημένης ισχύος μέχρι 400 KVA και με τις λοιπές ιδιότητες που αναφέρονται στο από 18-12-2001 συμβόλαιο παροχής ηλεκτρικού ρεύματος μεγάλης ισχύος και την από 18-12-2001 σύμβαση διακανονισμού συμμετοχής ηλεκτροδότησης. Η ενάγουσα ήταν πάντοτε συνεπής στην εκπλήρωση των υποχρεώσεων προς την εναγομένη, ήτοι την εξόφληση των εκάστοτε εκδιδόμενων λογαριασμών ρεύματος. Στις 15-11-2004 και περί ώρα 15.00 σημειώθηκε υπέρταση ισχύος

5,15 KVA στην ηλεκτρική εγκατάσταση του εργοστασίου της ενάγουσας, με αποτέλεσμα να καταστραφεί ο μηχανολογικός και ηλεκτρολογικός εξοπλισμός του καθώς και η υπό επεξεργασία εκείνη την χρονική στιγμή πρώτη ύλη σε συσκευασία πλαστικού. Η ζημία αυτή που υπέστη η ενάγουσα οφείλεται σε αμέλεια της εναγομένης περί τη συντήρηση της υποδομής της παραγωγής και διανομής της ηλεκτρικής ενέργειας. Μάλιστα η εναγομένη, αν και από το έτος 2002, είχε επανειλημμένως οχληθεί από την ενάγουσα σχετικά με αιφνίδιες διακοπές ή βυθίσεις τάσεως της παρεχόμενης ηλεκτρικής ενέργειας (βλ. τις από 11-3-2002 και 21-3-2002 εξώδικες δηλώσεις της προς την εναγομένη, νομίμως επιδοθείσες σε αυτήν), δεν έλαβε τα απαιτούμενα μέτρα προκειμένου να παρέχει, όπως όφειλε και σύμφωνα με την συνομολογημένη ιδιότητα της παροχής ηλεκτρικής ενεργείας συμφωνημένης ισχύος μέχρι 400 KVA, σταθερή και αδιάλειπτη ηλεκτρική ενέργεια, ούτε φρόντισε για την βελτίωση και εκσυγχρονισμό των εγκαταστάσεων της, έτσι ώστε να μην σημειώνονται φαινόμενα διακοπής ρεύματος ή βύθισης τάσης, ενώ μπορούσε να το κάνει. Η ένδικη περίπτωση υπέρτασης ισχύος 520 KVA, συνεπώς, που σημειώθηκε στις 15-11-2004, αποτελεί παράβαση της συμβατικής υποχρέωσης της εναγομένης, η οποία οφείλεται όπως προαναφέρθηκε σε αμέλεια των προστηθέντων υπαλλήλων της, αφού καίτοι γνώριζαν ότι η παρεχόμενη ενέργεια στην περιοχή του Κορωπίου παρουσιάζει διακυμάνσεις και δεν είναι σταθερή, δεν φρόντισαν να επιλύσουν το πρόβλημα αυτό, όπως π.χ. να προβούν σε ενίσχυση των δικτύων της ΔΕΗ στην περιοχή με κατασκευή νέων υποσταθμών ή αναβάθμιση των παλαιών ή να λάβουν οποιοδήποτε ενδεικνύόμενο μέτρο για την αποφυγή επανάληψης τέτοιων περιστατικών (βλ. και το

από 30-6-2005 έγγραφο της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας προς την Ένωση Εταιριών Ανατολικής Αττικής που προτείνει την εγκατάσταση καταγραφικών στις εγκαταστάσεις τους με συνεργασία της ΔΕΗ, όπως και τις ιδιόχειρες σημειώσεις του Γενικού Διευθυντή Διανομής της ΔΕΗ Δ.Α. στο από 4-7-2006 υπόμνημα της Ένωσης Εταιριών Κορωπίου Αττικής προς την ΔΕΗ, όπου συστήνονται μέτρα για την αντιμετώπιση του προβλήματος των αυξομειώσεων της τάσης του ρεύματος στην περιοχή). Ο ισχυρισμός της εναγομένης ότι δεν ευθύνεται, για λόγους ανωτέρας βίας, για την σημειούμενη την 15-11-2004 υπέρταση, διότι αυτή οφείλεται σε γεγονός τυχαίο και απρόβλεπτο, ήτοι σε αστάθμητη ρύθμιση της τάσης, επειδή ενδεχομένως κάποια συνιστώσα στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν λειτούργησε, παρέμεινε εντελώς αναπόδεικτος, καθώς ούτε καν κατέστη δυνατό να προσδιορισθεί η συγκεκριμένη συνιστώσα. Περαιτέρω, η επίκληση εκ μέρους της εναγομένης των γενικών όρων και συμφωνιών της ΔΕΗ που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του από 18-12-2001 συμβολαίου, σύμφωνα με τα οποία δεν ευθύνεται ο προμηθευτής έναντι του πελάτη για τυχόν ζημιές από ανωμαλίες και διακοπές στην παροχή του ηλεκτρικού ρεύματος (άρθρο 21), όπως και ότι η ΔΕΗ δεν ευθύνεται για οποιαδήποτε βλάβη ή ζημία που προξενείται στον καταναλωτή και την περιουσία του από την χρήση του ηλεκτρικού ρεύματος και δεν προέρχεται από δόλο ή βαρεία αμέλεια αυτής (άρθρο 11), δεν είναι νόμιμες, καθώς οι απαλλακτικές αυτές ρήτρες (και για ελαφρά αμέλεια) είναι άκυρες κατ' άρθρα 332 παρ. 2 και 334 παρ. 2 Α.Κ., όπως βάσιμα ισχυρίζεται κατ' αντένσταση η ενάγουσα, δεδομένης της μονοπωλιακής θέσης της εναγομένης στην άσκηση της συγκεκριμένης δραστηριότητας και της αποτροπής εντεύ-

θεν της εκμετάλλευσης της άνισης θέσης των συμβαλλομένων από τον μεταξύ τους ισχυρότερο. Όμως το γεγονός ότι η ενάγουσα δεν εγκατέστησε κατάλληλο εξοπλισμό για να προφυλάξει τις εγκαταστάσεις της από περίπτωση ανωμαλιών στην ηλεκτροδότηση, και ειδικότερα δεν εγκατέστησε επιτηρητές - σταθεροποιητές τάσεις, συστήματα αδιάλειπτης τροφοδότησης ισχύος κ.λπ., δεν συνιστά μόνο συντρέχον πταίσμα της στην πρόκληση της ζημίας της, κατά την έννοια του άρθρου 300 Α.Κ., αλλά και πλημμελή εκ μέρους της εκπλήρωση της βαρύνουσας αυτήν παροχής, κατά την έννοια του άρθρου 288 Α.Κ., αφού σαφώς είχε τέτοια υποχρέωση από τη σύμβαση η ενάγουσα, κατ' άρθρο 6 της ένδικης σύμβασης ηλεκτροδότησης, που ρητά αναφέρεται στο άρθρο 7 των Γενικών όρων και Συμφωνιών, έτσι ώστε να καθίσταται συμβατική της υποχρέωση. Το ότι η εγκατάσταση αυτή απαιτούσε μεγάλο κόστους δαπάνη ύψους περίπου 58.700 €, όπως ανέφερε και ο μάρτυρας της εναγομένης, προϋστάμενος του δικτύου διανομής της ΔΕΗ, δεν αποτελεί επιχείρημα αντίθεσης της σύμβασης στα χρηστά ήθη λόγω κατά την έννοια του άρθρου 179 Α.Κ., καθώς, κατά τα προαναφερθέντα, ήταν δεδομένο το πρόβλημα της τάσης της ηλεκτροδότησης στην περιοχή, το δε ύψος της αιτουμένης με την αγωγή αποζημίωσης καταδεικνύει την αναγκαιότητα λήψης του παραπάνω μέτρου. Έσφαλε, λοιπόν, το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο που απέρριψε τη συγκεκριμένη ένσταση συντρέχοντος πταίσματος που προέβαλε η εναγομένη με τις προτάσεις της, η οποία πρέπει να γίνει δεκτή, προσδιοριζόμενου του βαθμού συνυπαιτιότητας, εν όψει όλων των προλεχθέντων, σε ποσοστό 50%.

Κατά της τελευταίας αυτής αποφάσεως και ειδικότερα κατά του κεφαλαίου αυτής, που αναφέρεται στην περί συνυπαιτιότη-

τας ένσταση της αναιρεσίβλητης, εναντιώνεται η ηττηθείσα εφεσίβλητη - ενάγουσα με την ένδικη αίτηση αναιρέσεως και με την έννοια αυτή ερευνάται στη συνέχεια η βασιμότητά της. Ειδικότερα, κατά τη διάταξη του άρθρου 559 αριθ. 19 του Κ.Πολ.Δ, αναίρεση επιτρέπεται αν η απόφαση δεν έχει νόμιμη βάση, και ιδίως αν δεν έχει καθόλου αιτιολογίες ή έχει αιτιολογίες αντιφατικές ή ανεπαρκείς σε ζητήματα που ασκούν ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης. Από την υπόψη διάταξη, που αποτελεί κύρωση της παράβασης του άρθρου 93 παρ. 3 του Συντάγματος, προκύπτει ότι ο προβλεπόμενος από αυτή λόγος αναίρεσης ιδρύεται όταν στην ελάχιστονα πρόταση του νομικού συλλογισμού δεν εκτίθενται καθόλου πραγματικά περιστατικά (έλλειψη αιτιολογίας) ή όταν τα εκτιθέμενα δεν καλύπτουν όλα τα στοιχεία που απαιτούνται, βάσει του πραγματικού του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου, για την επέλευση της έννομης συνέπειας που απαγγέλθηκε ή την άρνηση της (ανεπαρκής αιτιολογία) ή όταν αντιφάσκουν μεταξύ τους (αντιφατική αιτιολογία). Δεν υπάρχει όμως ανεπάρκεια αιτιολογιών, όταν η απόφαση περιέχει συνοπτικές αλλά πλήρεις αιτιολογίες. Εξ άλλου, το κατά νόμο αναγκαίο περιεχόμενο της ελάχιστονης πρότασης προσδιορίζεται από τον εκάστοτε εφαρμοστέο κανόνα ουσιαστικού δικαίου, του οποίου το πραγματικό πρέπει να καλύπτεται πλήρως από τις παραδοχές της απόφασης στο αποδεικτικό της πόρισμα και να μην καταλείπονται αμφιβολίες. Ελλείψεις δε αναγόμενες μόνο στην ανάλυση και στάθμιση των αποδεικτικών μέσων και γενικότερα ως προς την αιτιολόγηση του αποδεικτικού πορίσματος, αν αυτό διατυπώνεται σαφώς, δεν συνιστούν ανεπαρκείς αιτιολογίες. Δηλαδή, μόνο το τι αποδείχθηκε ή δεν αποδείχθηκε είναι ανάγκη να εκτίθεται στην απόφαση, πλήρως και

σαφώς, και όχι γιατί αποδείχθηκε ή δεν αποδείχθηκε. Περαιτέρω, τα επιχειρήματα του δικαστηρίου, που σχετίζονται με συνεκτίμηση των αποδείξεων, δεν συνιστούν παραδοχές επί τη βάσει των οποίων διαμορφώνεται το αποδεικτικό πόρισμα και ως εκ τούτου δεν αποτελούν "αιτιολογία" της απόφασης, ώστε στο πλαίσιο της ερευνώμενης διάταξης του άρθρου 559 αριθ. 19 να επιδέχεται αυτή μομφή για αντιφατικότητα ή ανεπάρκεια, ενώ δεν δημιουργείται ο ίδιος λόγος αναίρεσης του αριθ. 19 του άρθρου 559 του Κ.Πολ.Δ ούτε εξ αιτίας του ότι το δικαστήριο δεν αναλύει ιδιαίτερος και διεξοδικά τα μη συνιστώντα αυτοτελείς ισχυρισμούς επιχειρήματα των διαδίκων, οπότε ο σχετικός λόγος αναίρεσης απορρίπτεται ως απαράδεκτος. Τέλος, από τη διάταξη του άρθρου 561 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ προκύπτει ότι η εκτίμηση από το δικαστήριο της ουσίας των πραγματικών περιστατικών, εφ' όσον δεν παραβιάστηκαν με αυτά κανόνες δικαίου, στους οποίους περιλαμβάνονται και οι ερμηνευτικοί, εφόσον η εκτίμησή τους δεν ιδρύει λόγους αναίρεσης από τους αριθμούς 19 και 20 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ, είναι από τον Αρειο Πάγο ανέλεγκτη, ο δε λόγος αναίρεσης, εκ του περιεχομένου του οποίου προκύπτει ότι δεν συντρέχει καμία από τις προαναφερθείσες εξαιρετικές περιπτώσεις, απορρίπτεται ως απαράδεκτος, εφόσον πλέον πλήττεται η ουσία της υποθέσεως που δεν υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο.

Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 300 παρ. 1 εδ. α' Α.Κ., αν εκείνος που ζημιώθηκε συντέλεσε από δικό του πταίσμα στην ζημία ή την έκτασή της το δικαστήριο μπορεί να μην επιδικάσει αποζημίωση ή να μειώσει το ποσό της. Η εφαρμογή της διάταξης αυτής προϋποθέτει μεταξύ άλλων υποχρέωση προς αποζημίωση, η οποία μπορεί να οφείλεται είτε σε υπαίτια αθέτηση της συμβάσεως που προϋπήρχε (υπερημε-

ρίας, υπαίτιας αδυναμίας προς παροχή), είτε σε αδικοπραξία, είτε σε οποιαδήποτε άλλη αιτία. Η έννοια της συνυπαιτιότητας είναι νομική και επομένως η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας ως προς τη συνδρομή ή μη συντρέχοντος πταίσματος του ζημιωθέντος κατά την επέλευση της ζημίας υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου ως προς το αν τα περιστατικά, που το δικαστήριο της ουσίας δέχεται ανελέγκτως ως αποδειχθέντα, συγκροτούν την έννοια του συντρέχοντος πταίσματος και ειδικότερα αν η παράνομη και υπαίτια αυτού ή αντισυμβατική του συμπεριφορά ήταν, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, ικανή κατά τη συνηθισμένη και κανονική πορεία των πραγμάτων, να συντελέσει στη ζημία ή την έκταση αυτής και την επέφερε στη συγκεκριμένη περίπτωση, ως αναγόμενη στην ορθή ή μη υπαγωγή από το δικαστήριο της ουσίας των διδαγμάτων της κοινής πείρας στην αόριστη νομική έννοια της αιτιώδους συνάφειας. Αντιθέτως, ο καθορισμός της βαρύτητας του πταίσματος και του ποσοστού κατά το οποίο πρέπει να μειωθεί η αποζημίωση, αφορά εκτίμηση πραγμάτων, που δεν ελέγχεται αναιρετικώς.

Κατά τη σημειούμενη στην αρχή της πλήρη και χωρίς αντιφάσεις κατά τούτο ανέλεγκτη περί πραγμάτων κρίση του δικαστηρίου της ουσίας η αναιρεσείουσα δεν ανταποκρίθηκε στην απορρέουσα από το άρθρο 7 των Γενικών Όρων και Συμφωνιών συμβατική υποχρέωσή της να εγκαταστήσει "κατάλληλο εξοπλισμό για να προφυλάξει τις εγκαταστάσεις της από περίπτωση ανωμαλιών στην ηλεκτροδότηση και ειδικότερα δεν εγκατέστησε επιτηρητές σταθεροποιητές τάσης, συστήματα αδιάλειπτης τροφοδότησης ισχύος", μόνη παροχή της στην οποία στηριζε την μερική κατ' ουσίαν αποδοχή της περί συνυπαιτιότητας ενστάσεως της αναιρεσίβλητης, χωρίς να διαλαμβάνει περαιτέρω στις αιτιο-

λογίες της τον τρόπο κατά τον οποίο η παράλειψη αυτή της αναιρεσείουσας συνετέλεσε στην έκταση της ζημίας της σε ποσοστό 50%, στοιχείο αναγκαίο για την κάλυψη του πραγματικού και δικαιολόγηση της εφαρμογής του άρθρου 300 Α.Κ. και με την έννοια αυτή καθίσταται ανέφικτος ο α-

ναιρετικός έλεγχος από απόψεως αιτιώδους συνδέσμου, ανεπάρκεια αιτιολογιών της που αξιολογεί ως βάσιμη κατά τούτο την διατυπούμενη με τους απομένοντες προς έρευνα ενδέκατο και δωδέκατο λόγους αναιρετική αιτίαση από το άρθρο 559 αρ.19 Κ.Πολ.Δ.

Αρειος Πάγος (Α1 Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 656/2011

Πρόεδρος: Βασίλειος Φούκας (Πρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Γεώργιος Χρυσικός, Ιωάννης Σίδερης, Νικόλαος Λεοντής, Γεώργιος Γεωργέλλης (Αρεοπαγίτες)

Διηγόροι: Μαρία Στάμου, Ουρανία Θεοδοροπούλου

Άρθρα: 173, 200, 505, 1509 Α.Κ., 93 παρ. 3 Σ, 559 αρ. 1, 19, 561 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ

Γονική παροχή. Νομική φύση, έννοια και διάκριση από τη δωρεά. Πότε χαρακτηρίζεται ως δωρεά και ανακαλείται λόγω αχαριστίας. Έννοια αχαριστίας. Στοιχεία που πρέπει να περιλαμβάνει η απόφαση ώστε να είναι επαρκώς αιτιολογημένη στην περίπτωση αυτή.

Κατά την διάταξη του άρθρου 559 αριθ. 1 του Κ.Πολ.Δ, αναίρεση επιτρέπεται μόνον αν παραβιάστηκε κανόνας του ουσιαστικού δικαίου, στον οποίο περιλαμβάνονται και οι ερμηνευτικοί κανόνες των δικαιοπραξιών. Ο κανόνας δικαίου παραβιάζεται, αν δεν εφαρμοστεί ενώ συνέτρεχαν οι πραγματικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή του ή αν εφαρμοστεί ενώ δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις αυτές, καθώς και αν εφαρμοστεί εσφαλμένα, η δε παραβίαση εκδηλώνεται είτε με ψευδή ερμηνεία, είτε με κακή εφαρμογή, δηλαδή με εσφαλμένη υπαγωγή (Ολ.Α.Π 7/2006, 4/2005). Με το λόγο αναίρεσης από τον αριθμό 1 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ (παραβίαση κανόνα του ουσιαστικού δικαίου) ελέγχονται τα σφάλματα του δικαστηρίου κατά την εκτίμηση του νόμου βάσιμου της αγωγής ή των ισχυρισμών των διαδίκων, καθώς και τα νομικά σφάλματα κατά την έρευνα της ουσίας της διαφοράς. Ελέγχεται, δηλαδή, αν η α-

γωγή, ένσταση κ.λπ. ορθώς απορρίφθηκε ως μη νόμιμη ή αν, κατά παράβαση ουσιαστικού κανόνα δικαίου, έγινε δεκτή ως νόμιμη ή απορρίφθηκε ή έγινε δεκτή κατ' ουσίαν (Ολ.Α.Π 27 και 28/1998). Περαιτέρω, οι ερμηνευτικοί κανόνες των δικαιοπραξιών των άρθρων 173 και 200 Α.Κ. εφαρμόζονται από το δικαστήριο της ουσίας όταν κατά την ανέλεγκτη, ως προς αυτό, κρίση του, διαπιστώνει ότι υπάρχει στη σύμβαση κενό ή αμφιβολία σχετικά με τη δήλωση της βουλήσεως των συμβαλλομένων. Η διαπίστωση αυτή του δικαστηρίου της ουσίας μπορεί είτε να αναφέρεται στην απόφαση ρητώς, είτε να προκύπτει από αυτήν έμμεσα όταν, παρά τη μη ρητή αναφορά της διαπιστώσεως της ή ακόμα και παρά τη ρητή διαβεβαίωση της ανυπαρξίας της, το δικαστήριο προβαίνει σε ερμηνεία της συμβάσεως, η οποία (ερμηνεία) αποκαλύπτει ότι το δικαστήριο βρέθηκε μπροστά σε κενό ή αμφιβολία σχετικά με τη δήλωση της βουλή-

σεως των συμβαλλομένων, τα οποία ακριβώς δημιουργήσαν την ανάγκη να καταφύγει σε ερμηνεία της. Μόνη η παράλειψη της μνείας των διατάξεων των άρθρων 173 και 200 Α.Κ. δεν συνιστά παραβίασή τους, αν το δικαστήριο της ουσίας έλαβε υπόψη κατά την ερμηνεία της συμβάσεως τα ερμηνευτικά κριτήρια που προβλέπονται με αυτές. Παραβιάζονται δε οι κανόνες αυτοί όταν το Δικαστήριο, παρά τη διαπίστωση έστω και έμμεσα, κενού ή αμφιβολίας σχετικά με την έννοια της δήλωσης βούλησης, παραλείπει να προσφύγει σ' αυτούς, για τη διαπίστωση της αληθινής έννοιας των δηλώσεων ή να παραθέσει στην απόφασή του τα πραγματικά στοιχεία από τα οποία προκύπτει η εφαρμογή τους ή προβαίνει σε κακή εφαρμογή τους, με την έννοια ότι το ερμηνευτικό πόρισμα στο οποίο, μετά από ερμηνεία της δικαιοπραξίας κατέληξε (το δικαστήριο), δεν είναι σύμφωνο με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη (Ολ.Α.Π 26/2004). Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 559 αριθ. 19 του Κ.Πολ.Δ, αναίρεση επιτρέπεται αν η απόφαση δεν έχει νόμιμη βάση και ιδίως αν δεν έχει καθόλου αιτιολογίες, ή έχει αιτιολογίες αντιφατικές ή ανεπαρκείς σε ζητήματα που ασκούν ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης. Από την υπόψη διάταξη, που αποτελεί κύρωση της παράβασης του άρθρου 93 παρ. 3 του Συντάγματος προκύπτει ότι ο προβλεπόμενος απ' αυτή λόγος αναίρεσης ιδρύεται όταν στην ελάχιστονα πρόταση του νομικού συλλογισμού δεν εκτίθενται καθόλου πραγματικά περιστατικά (έλλειψη αιτιολογίας), ή όταν τα εκτιθέμενα δεν καλύπτουν όλα τα στοιχεία που απαιτούνται βάσει του πραγματικού του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου για την επέλευση της έννομης συνέπειας που απαγγέλθηκε ή την άρνησή του (ανεπαρκής αιτιολογία), ή ό-

ταν αντιφάσκουν μεταξύ τους (αντιφατική αιτιολογία) (Ολ.Α.Π 1/1999). Ο προβλεπόμενος από το άρθρο 559 αριθ. 19 λόγος αναίρεσης για έλλειψη νόμιμης βάσης με την έννοια της ανεπαρκούς αιτιολογίας αφορά ελλείψεις αναγόμενες αποκλειστικά στη διατύπωση του αιτιολογικού πορίσματος αναφορικά με τη συνδρομή ή μη γεγονότων, που στη συγκεκριμένη περίπτωση συγκροτούν το πραγματικό του εφαρμοστέου κανόνα ουσιαστικού δικαίου, έτσι ώστε, από την ανεπαρκή ή αντιφατική έκθεσή τους, να μην μπορεί να κριθεί αν η απόφαση στηρίζεται ή όχι νομικώς (Ολ.Α.Π 13/1995). Η ύπαρξη νόμιμης βάσης και η αντίστοιχη έλλειψή της πρέπει να προκύπτουν αμέσως από την προσβαλλόμενη απόφαση, ο δε Αρειος Πάγος διαπιστώνει την ύπαρξη ή την ανυπαρξία του προκειμένου λόγου αναίρεσης, ελέγχοντας μόνο την προσβαλλόμενη απόφαση και το αιτιολογικό της και όχι το περιεχόμενο άλλων εγγράφων ή αποφάσεων σε εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 561 παρ. 2 του Κ.Πολ.Δ. Αντίθετα, δεν υπάρχει έλλειψη νόμιμης βάσης όταν πρόκειται για ελλείψεις αναγόμενες στην εκτίμηση των αποδείξεων και μάλιστα στην ανάλυση, στάθμιση και αιτιολόγηση του εξαγόμενου από αυτές πορίσματος, γιατί στην κρίση του αυτή το δικαστήριο προβαίνει ανέλεγκτα, κατά το άρθρο 561 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, εκτός αν δεν είναι σαφές το πόρισμα και για το λόγο αυτό γίνεται αδύνατος ο αναιρετικός έλεγχος. Εξάλλου, κατά τη διάταξη του αρθ. 1509 του Α.Κ. η παροχή περιουσίας στο τέκνο από οποιοδήποτε γονέα του, είτε για τη δημιουργία ή τη διατήρηση οικονομικής ή οικογενειακής αυτοτέλειας, είτε για την έναρξη ή την εξακολούθηση επαγγέλματος, αποτελεί δωρεά, μόνο ως προς το ποσό που υπερβαίνει το μέτρο, το οποίο επιβάλλουν οι

περιστάσεις. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι ο νομοθέτης χαρακτηρίζει ως γονική παροχή εκείνη που δεν υπερβαίνει το μέτρο το επιβαλλόμενο από τις περιστάσεις κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης, χωρίς όμως και αυτός να προσδιορίζει τις περιστάσεις. Ως ενδεικνυόμενο μέτρο από τις περιστάσεις θεωρείται το ανάλογο προς την οικονομική κατάσταση, την κοινωνική θέση του γονέα κατά τη σύσταση της παροχής, και την οικογενειακή κατάσταση, δηλαδή τον αριθμό των τέκνων, την ηλικία του κ.λπ. Απορία του τέκνου δεν απαιτείται για τη σύσταση της γονικής παροχής αλλά μόνο η συνδρομή ανάγκης υπό τις ανωτέρω προϋποθέσεις του αρθ. 1509 του Α.Κ. Αν δεν συντρέχει περίπτωση ανάγκης, τότε η παροχή έχει την έννοια της δωρεάς. Με τα δεδομένα αυτά, η απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή αγωγή για ανάκληση γονικής παροχής ως δωρεάς λόγω αχαριστίας, που έγινε προς τέκνο για τη δημιουργία οικονομικής και οικογενειακής αυτοτέλειάς του κατά την έννοια του άρθρου 1509 του Α.Κ., πρέπει να περιλαμβάνει στην ελάσσονα πρότασή της στο πλαίσιο εφαρμογής της διάταξης του αρθ. 93 παρ. 3 του Συντάγματος, ως αποδεικτικό πόρισμα, τα πραγματικά εκείνα που προαναφέρθηκαν, και είναι ανάγκη να τα επικαλείται και ο ενάγων στο δικόγραφο της αγωγής του, από τα οποία, προκύπτει, ότι η γονική παροχή είναι δωρεά γιατί υπερβαίνει στη συγκεκριμένη περίπτωση το επιβαλλόμενο από τις περιστάσεις μέτρο. Η επαρκής αναφορά των πιο πάνω κρίσιμων πραγματικών περιστατικών στις παραδοχές του αιτιολογικού της αποφάσεως ελέγχεται αναιρετικά στο πλαίσιο της διάταξης του αρθ. 559 αριθ. 19 του Κ.Πολ.Δ, ο προσδιορισμός όμως του ενδεικνυόμενου μέτρου σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, ενεργείται από το Δικαι-

στήριο ύστερα από εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, η οποία δεν υπόκειται αυτοτελώς στον έλεγχο του Αρείου Πάγου γιατί δεν είναι νομική έννοια, τα δε ιδιαίτερα ατομικά χαρακτηριστικά του μέτρου δεν συμπίπτουν σε όλες τις περιπτώσεις και εξειδικεύονται σε κάθε υπόθεση ανέλεγκτα (Α.Π. 1990/ 2007, 510/1973). Περαιτέρω, κατά το άρθρο 505 Α.Κ., ο δωρητής έχει δικαίωμα να ανακαλέσει τη δωρεά, αν ο δωρεοδόχος φάνηκε με βαρύ παράπτωμα αχάριστος απέναντι στο δωρητή ή στο σύζυγο ή στενό συγγενή του και ιδίως αν αθέτησε την υποχρέωσή του να διατρέφει το δωρητή. Αχαριστία κατά την έννοια της προπαρατιθέμενης διάταξης θεωρείται η βαριά αντικοινωνική συμπεριφορά ή διαγωγή του δωρεοδόχου, που αποτελεί παράβαση των κανόνων του δικαίου ή των αντιλήψεων περί ηθικής και ευπρέπειας, οφείλεται δε σε υπαιτιότητά του και μπορεί να καταλογιστεί σ’ αυτόν. Έτσι αχαριστία μπορεί, κατά τις περιστάσεις, να αποτελεί και η χωρίς σοβαρό λόγο αδιαφορία του δωρεοδόχου γενικώς για την τύχη του δωρητή, όταν ο τελευταίος έχει ανάγκη από περίθαλψη ή ανάγκη εκδηλώσεων αγάπης και ενδιαφέροντος για ψυχολογική του στήριξη, λόγω της δύσκολης ψυχοσωματικής κατάστασης, στην οποία έχει περιέλθει λόγω γήρατος συνοδευόμενης από ασθένεια. Η αδιαφορία αυτή, λόγω των συνθηκών, κάτω από τις οποίες ευρίσκεται ο δωρητής, είναι κοινωνικώς αποδοκιμαστέα, εις τρόπον ώστε, όταν συντρέχει να δικαιούται ο δωρητής να ανακαλέσει τη δωρεά, έστω και αν ο δωρεοδόχος, που αδιαφορεί για την τύχη του, δεν ανέλαβε με τη σύμβαση της δωρεάς τέτοια υποχρέωση. Το ζήτημα δε, αν η καταδεικνύουσα την αχαριστία συμπεριφορά ή διαγωγή του δωρεοδόχου συνιστά ή όχι βαρύ παράπτωμα αυτού,

κρίνεται από το δικαστή, ο οποίος για τη μόρφωση της κρίσης του, εκτιμά την εν λόγω συμπεριφορά βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, και λαμβάνοντας υπόψη και τον βαθμό της υπαιτιότητας του δωρεοδόχου και τυχόν συντρέχον πταίσμα του δωρητή ή του συζύγου ή του στενού συγγενή του, αποφαιίνεται αν η υπ' αυτού γενομένη δεκτή, ως εμπίπτουσα, κατά αντικειμενική κρίση, στις νομικές έννοιες του βαρέος παραπτώματος και της αχαριστίας συμπεριφορά του δωρεοδόχου, συνιστά και στη συγκεκριμένη περίπτωση βαρύ παράπτωμα και αχαριστία. Η κρίση αυτή του δικαστηρίου της ουσίας ελέγχεται αναιρετικά, όχι ως προς την παραδοχή του αν έλαβαν χώρα τα συνιστώντα το βαρύ παράπτωμα και την αχαριστία πραγματικά περιστατικά, ούτε ως προς

την εκτίμηση του αν τα περιστατικά αυτά, εν όψει του χαρακτήρα των συγκεκριμένων συμβληθέντων (δωρητή και δωρεοδόχου), του τρόπου και των συνθηκών υπό τις οποίες τελέσθηκαν, συνιστούν ή δεν συνιστούν, στη συγκεκριμένη περίπτωση βαρύ παράπτωμα και αχαριστία, αφού και στις δύο περιπτώσεις, πρόκειται για εκτίμηση πραγμάτων, αλλά ως προς την περαιτέρω αξιολόγηση αν τα εν λόγω περιστατικά, τα οποία τα δέχθηκε το δικαστήριο της ουσίας ως αποδεδειγμένα, πληρούν ή όχι το πραγματικό των νομικών εννοιών του βαρέος παραπτώματος και της αχαριστίας και κατά συνέπεια δικαιολογούν ή αποκλείουν γενικά την εφαρμογή του άρθρου 505 του Α.Κ. (Α.Π. 1990/2007).

ΕΜΠΡΑΓΜΑΤΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Γ' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 104/2013

Πρόεδρος: Βασίλειος Φούκας (Πρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Δημήτριος Μαζαράκης, Νικόλαος Μπιχάκης, Ερωτόκριτος Καλούδης, Αργύριος Σταυράκης (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόροι: Ιωάννης Βρέλλος, Γεώργιος Βαμβακίδης (Πάρεδρος ΝΣΚ)

Άρθρα: 173, 200, 369, 967, 968, 974, 1033, 1041, 1042, 1043, 1045, 1046, 1051, 1192 αρ. 1, 1194, 1198 Α.Κ., 199, 293, 294, 295, 302 Κρητ.Α.Κ., 1, 2, 3, 4 Ν. 2344/1940, 559 αρ. 19, 561 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ

Κοινόχρηστα πράγματα. Αιγιαλός. Έννοια. Η ιδιότητα του αιγιαλού προκύπτει από φυσικά και μόνο φαινόμενα και δεν δημιουργείται με πράξη της Πολιτείας. Η δημιουργία νέου αιγιαλού με πρόσχωση ανήκει στην εκτίμηση του δικαστή και όχι της διοίκησης. Κτήση κυριότητας ακινήτου με χρησικτησία. Επί δημόσιων κτημάτων η χρησικτησία τρίτων έπρεπε να είχε συμπληρωθεί μέχρι τις 11.9.1915, γιατί μετά την πιο πάνω χρονολογία δεν επιτρέπεται πλέον ούτε έκτακτη χρησικτησία επί των ακινήτων του Δημοσίου. Κτήση κυριότητας με χρησικτησία επί δημοσίου κτήματος κατά τον Κρητικό Αστικό Κώδικα.

Κατά το άρθρο 967 Α.Κ. μεταξύ των κοινής χρήσεως πραγμάτων περιλαμβάνεται και ο αιγιαλός. Είναι δε αιγιαλός, κατά τον ορισμό που δίνει το άρθρο 1 του Α.Ν. 2344/1940, που εφαρμόζεται δια-

χρονικώς στην προκειμένη περίπτωση σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 53 του Εισαγωγικού Νόμου του Α.Κ. και 34 παρ. 2 του Ν. 2971/2001, "η περιστοιχούσα την θάλασσαν χερσαία ζώνη η βρεχο-

μένη από τας μεγίστας πλην συνήθεις αναβάσεις των κυμάτων". Από τον ορισμό αυτό προκύπτει ότι ο αιγιαλός είναι τμήμα της γης που περιβάλλει τη θάλασσα με όριο προς την ξηρά το σημείο εκείνο, μέχρι το οποίο φθάνουν τα συνήθως μεγαλύτερα κύματα. Ο αιγιαλός ανήκει, κατά νομική επιταγή στο Ελληνικό Δημόσιο (άρθρα 968 Α.Κ. και 1 του Α.Ν. 2344/1940).

Μόνος δε ο καθορισμός του ορίου αυτού από τη διοικητική επιτροπή, που προβλέπεται στα άρθρα 2 και 3 του Α.Ν. 2344/1940, με απόφαση της, με τη σύνταξη του εκεί αναγραφόμενου τοπογραφικού και υψομετρικού διαγράμματος, που συνοδεύεται από σχετική έκθεση, δεν είναι ικανός να προσδώσει την ιδιότητα του αιγιαλού σε τμήμα γης, το οποίο στερείται τα παραπάνω χαρακτηριστικά, δηλαδή σε έδαφος μη βρεχόμενο όπως πιο πάνω από τα θαλάσσια ύδατα. Και αυτό διότι, υπό την αντίθετη εκδοχή, ο κύριος του εδάφους, που κατά πλάνη περιλήφθηκε στα όρια του αιγιαλού θα έχανε την ιδιοκτησία του με απλή πράξη της διοίκησης, κατά παράβαση των προστατευτικών αυτής συνταγματικών ορισμών, ενόψει ακριβώς των οποίων και θεσπίστηκαν τα όσα στο άρθρο 4 του ίδιου Α.Ν. 2344/1940 διαλαμβάνονται, κατά τα οποία τμήματα ιδιωτικών τμημάτων, που χαρακτηρίστηκαν από την προαναφερόμενη επιτροπή ως τμήματα που ανήκαν πλέον στον αιγιαλό, λογίζονται ότι κηρύχθηκαν απαλλοτριωτέα αναγκαστικώς υπέρ του Δημοσίου συγχρόνως με τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της έκθεσης και του διαγράμματος της ίδιας επιτροπής, εφαρμοζόμενης, κατά τα λοιπά, ως προς την αποζημίωση, της προβλεπόμενης στους ισχύοντες για τις απαλλοτριώσεις νόμους διαδικασίας. Έτσι η ιδιότητα του αιγιαλού προκύπτει

από φυσικά και μόνο φαινόμενα και δεν δημιουργείται με πράξη της Πολιτείας και σε κάθε τοπική περίπτωση ο καθορισμός της έκτασης ως αιγιαλού ή παλαιού αιγιαλού, όταν δημιουργείται νέος αιγιαλός δια προσχώσεως, ανήκει στην εκτίμηση του τακτικού δικαστή και όχι της διοίκησης. Ο αιγιαλός, ως κοινής χρήσεως πράγμα που ανήκει στο Δημόσιο (Α.Κ. 968) είναι εκτός συναλλαγής και ανεπίδεκτος χρησικτησίας, εκτός αν, λόγω προσχώσεων στην ακτή ή υποχώρησης του αιγιαλού στη θάλασσα, απέβαλε την ιδιότητά του αυτή, γιατί έπαυσε ο για την κοινή χρήση προορισμός του, οπότε εξακολουθεί και μετά την πρόσχωση να ανήκει στο δημόσιο, περιερχόμενος όμως εφεξής στην ιδιωτική περιουσία αυτού (Ολ.Α.Π 75/1987). Περαιτέρω, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 369, 1033, 1192 αρ.1, 1194 και 1198 προκύπτει ότι η κυριότητα ακινήτου αποκτάται παραγώγως, ύστερα από συμφωνία, μεταξύ του κυρίου και εκείνου που την αποκτά, ότι μετατίθεται σ' αυτόν η κυριότητα για κάποια νόμιμη αιτία, η οποία γίνεται με συμβολαιογραφικό έγγραφο που υποβάλλεται σε μεταγραφή. Για τη μεταβίβαση, με τον τρόπο αυτό, της κυριότητας του ακινήτου, προϋπόθεση είναι εκείνος που συμφώνησε τη μεταβίβασή της να ήταν κύριος του ακινήτου. Από δε τις διατάξεις των άρθρων 974, 1041, 1042, 1043, 1045, 1046 και 1051 Α.Κ. προκύπτει, ότι για την κτήση της κυριότητας ακινήτου με τακτική χρησικτησία, απαιτείται άσκηση νομής με καλή πίστη και με νόμιμο τίτλο για μια δεκαετία, με έκτακτη δε χρησικτησία απαιτείται άσκηση νομής επί συνεχή εικοσαετία, με τη δυνατότητα εκείνου που απέκτησε τη νομή αυτού με καθολική ή ειδική διαδοχή να συνυπολογίσει το δικό του χρόνο χρησικτησίας στο χρόνο χρη-

σικτησίας του δικαιοπαρόχου του. Και από τις διατάξεις των άρθρων 293, 294, 295, 302 και 199 του ισχύσαντος στην Κρήτη από 23/7/1904 μέχρι 23/2/ 1946, Κρητ.Α.Κ. προκύπτει ότι ήταν δυνατή η κτήση κυριότητας με τακτική χρησικτησία επί των κτημάτων του δημοσίου, όχι όμως και επί του έχοντος, κατά το άρθρο 199, την ιδιότητα του δημόσιου κτήματος αιγιαλού, εφόσον αυτή είχε συμπληρωθεί μέχρι τη 15/9/1915, σύμφωνα με τις διατάξεις αφενός μεν του νόμου ΔΣΗ/1912 και των αλλεπάλληλων διαταγμάτων περί δικαιοστασίου που εκδόθηκαν με βάση το νόμο αυτό, αφετέρου δε του άρθρου 21 του Ν.Δ. της 22-4/16.5.1926 "περί διοικητικής αποβολής από των κτημάτων της Αεροπορικής Αμύνης", με τις οποίες απαγορεύτηκε εφεξής οποιαδήποτε παραγραφή των δικαιωμάτων του Δημοσίου επί των κτημάτων του, άρα και η χρησικτησία τρίτων επ' αυτών. Εξάλλου, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 559 αριθ. 19 Κ.Πολ.Δ, η απόφαση δεν έχει νόμιμη βάση όταν στο αιτιολογικό, που συνιστά την ελάχιστονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού, δεν αναφέρονται καθόλου ή αναφέρονται ανεπαρκώς ή αντιφατικώς τα πραγματικά περιστατικά στα οποία το δικαστήριο της ουσίας στηρίξε την κρίση του επί ζητήματος με ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης, και, έτσι δεν μπορεί να ελεγχθεί αν στη συγκεκριμένη περίπτωση συνέτρεχαν οι όροι του κανόνα ουσιαστικού δικαίου που εφαρμόστηκε ή δεν συνέτρεχαν οι όροι εκείνου που δεν εφαρμόστηκε. Αντίθετα δεν υπάρχει έλλειψη νόμιμης βάσης όταν πρόκειται για ελλείψεις αναγόμενες στην εκτίμηση των αποδείξεων και μάλιστα στην ανάλυση, στάθμιση και αιτιολόγηση του εξαγόμενου από αυτές πορίσματος, εφόσον το τελευταίο διατυπώνε-

ται στην απόφαση σαφώς.

Ενόψει τούτων, για να μη στερείται από τη νόμιμη βάση της η απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας, με την οποία γίνεται δεκτό ότι κάποια εδαφική έκταση αποτελεί αιγιαλό, πρέπει να αναφέρονται, ως παραδοχή του δικάσαντος δικαστηρίου, τα περιστατικά, που κατά την ως άνω διάταξη (άρθρο 1 Α.Ν. 2344/1940) είναι αναγκαία για το χαρακτηρισμό της έκτασης αυτής ως αιγιαλού. Απλή επανάληψη της νομικής έννοιας, η οποία προσδιορίζει την προϋπόθεση της εφαρμογής του νόμου δεν αρκεί (Ολ.Α.Π 24/2000). Τέλος, κατά τη διάταξη του άρθρου 561 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, η εκτίμηση από το δικαστήριο της ουσίας πραγματικών γεγονότων και ιδιαίτερα του περιεχομένου εγγράφου δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου εκτός αν παραβιάστηκαν κανόνες δικαίου, στους οποίους περιλαμβάνονται και οι ερμηνευτικοί κανόνες των άρθρων 173 και 200 Α.Κ. Οι κανόνες αυτοί εφαρμόζονται σε κάθε περίπτωση που, κατά την ανέλεγκτη κρίση του δικαστηρίου της ουσίας, διαπιστώνεται κενό ή αμφιβολία για την έννοια της βούλησης των μερών που δηλώθηκε. Παραβίαση δε των διατάξεων αυτών μπορεί να συντελείται και εκ πлагίου, δηλαδή αν, μετά διαπίστωση της ύπαρξης κενού ή αμφιβολίας, εφαρμόστηκαν κατά τρόπο που να μην καθιστά εφικτό τον έλεγχο του Αρείου Πάγου για την ορθή εφαρμογή τους, όπως όταν δεν εκτίθενται στην απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας με σαφήνεια και πληρότητα όλα τα πραγματικά περιστατικά που διαπιστώθηκαν για τους σκοπούς της ερμηνείας της δικαιοπραξίας, οπότε ιδρύεται ο εκ του άρθρου 559 αριθ. 19 Κ.Πολ.Δ λόγος αναιρέσης για έλλειψη νόμιμης βάσης (Α.Π. 822/1998).

Άρειος Πάγος (Γ' Πολιτικό Τμήμα) - Αριθ. 147/2012

Πρόεδρος: Ελισάβετ Μουγάκου-Μπρίλλη (Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου)

Δικαστές: Χαράλαμπος Δημάδης, Σπυρίδων Μιτσιάλης, Δημήτριος Μαζαράκης, Χαράλαμπος Αθανασίου, (Αρεοπαγίτες)

Δικηγόρος: Ανδρέας Τζαβέλας

Άρθρα: 1041, 1043, Α.Κ., 559 αρ. 19 Κ.Πολ.Δ

Ακίνητα. Προϋποθέσεις κτήσεως της κυριότητας ακινήτου με τακτική χρησικτησία. Η έλλειψη κυριότητας του μεταβιβάζοντος μπορεί να καλυφθεί εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της τακτικής χρησικτησίας. Περιεχόμενο αυτών των προϋποθέσεων. Ειδικότερα ο νομιζόμενος τίτλος. Τέτοιος υφίσταται επί εκτάσεως που ο αποκτών θεωρεί ότι έχει, χωρίς όμως η έκταση αυτή να καλύπτεται από τη μεταβιβαστική δικαιοπραξία.

Από τη διάταξη του άρθρου 1041 Α.Κ., η οποία ορίζει ότι "εκείνος που έχει στην νομή του με καλή πίστη και με νόμιμο τίτλο πράγμα κινητό για μια τριετία και ακίνητο για μια δεκαετία γίνεται κύριος του πράγματος", προκύπτει ότι για την κτήση της κυριότητας ακινήτου με τακτική χρησικτησία απαιτείται και η συνδρομή του στοιχείου του νομίμου τίτλου, ήτοι περιστατικού παραγωγικού κατά νόμο κυριότητας, που αποτελεί την έννομη δικαιολογία της νομής του πράγματος με διάνοια κυρίου, όπως είναι και το μεταβιβαστικό της κυριότητας για νόμιμη αιτία συμβολαιογραφικό έγγραφο, που έχει νομίμως μεταγραφεί και παρουσιάζει εξωτερικώς τους όρους του εγκύρου τίτλου. Τυχόν ελαττώματα του, κείμενα εκτός αυτού, όπως και η έλλειψη κυριότητας στο πρόσωπο του μεταβιβάζοντος, καλύπτονται από την χρησικτησία, αν συντρέχουν και οι λοιποί όροι αυτής. Απαιτείται ακόμη και καλή πίστη, ήτοι πεποίθηση του νομέως, η οποία δεν οφείλεται σε βαρεία αμέλεια του πως με τον τίτλο απέκτησε την κυριότητα, η οποία πεποίθηση πρέπει να υπάρχει κατά την κτήση της νομής. Από τα παραπάνω συνάγεται,

ότι αν το συγκεκριμένο ακίνητο, στο οποίο ασκείται η νομή, δεν περιλαμβάνεται στα όρια του ακινήτου που μεταβιβίστηκε με τον τίτλο, δεν υπάρχει ως προς αυτό νόμιμος τίτλος, διότι ελλείπουν τα εξωτερικά στοιχεία του εγκύρου τίτλου, αφού η μεταβιβαστική δικαιοπραξία δεν το καταλαμβάνει. Στην περίπτωση αυτή μπορεί, κατά τις περιστάσεις, να υπάρχει νομιζόμενος τίτλος, κατά την έννοια του άρθρου 1043 παρ. 1 Α.Κ., όπως όταν ο αγοραστής, κατά την εφαρμογή του τίτλου του, από συγγνωστή πλάνη, καταλαμβάνει μεγαλύτερη έκταση από αυτή που του πωλήθηκε, ή πίστεψε δικαιολογημένα ότι το ακίνητο που περιήλθε στη νομή του περιλαμβάνεται στον τίτλο του, ο οποίος όμως (τίτλος) αφορά άλλο συνεχόμενο ακίνητο, υπό την προϋπόθεση ότι ο νομέας κατά την κτήση της νομής δικαιολογημένα, ήτοι χωρίς βαρεία αμέλεια υπέλαβε ως υπάρχοντα τον ανύπαρκτο τίτλο. Αυτός που επικαλείται τέτοιο τίτλο πρέπει να αποδείξει και τα στοιχεία που τον θεμελιώνουν. Εξάλλου, οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 559 αρ. 1 και 19 Κ.Πολ.Δ λόγοι αναιρέσεως, ιδρύονται, ο μὲν πρώτος, όταν το δικαστήριο της ουσίας προέ-

βη σε εσφαλμένη ερμηνεία των προϋποθέσεων εφαρμογής του κατάλληλου κανόνα ουσιαστικού δικαίου ή σε εσφαλμένη υπαγωγή ή μη υπαγωγή των πραγματικών του διαπιστώσεων στον εν λόγω κανόνα, ο δε δεύτερος, όταν στη δεύτερη (ελάχιστο) πρόταση του νομικού συλλογισμού της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως δεν περιέχονται καθόλου ή δεν α-

ναφέρονται με πληρότητα, σαφήνεια και χωρίς αντιφάσεις τα πραγματικά εκείνα γεγονότα που είναι αναγκαία για να κριθεί, αν, στη συγκεκριμένη περίπτωση, συντρέχουν ή όχι οι προϋποθέσεις εφαρμογής του εφαρμοστέου κανόνα ουσιαστικού δικαίου ή αν έγινε ή όχι ορθός νομικός χαρακτηρισμός των κρίσιμων πραγματικών γεγονότων.

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 23/2013

Πρόεδρος: Αθανάσιος Τζιούμης (Πρωτοδίκης)

Δικηγόρος: Μαριάννα Γρηγοράκη

Άρθρα: 6 παρ. 2 Ν. 2664/1998, 9, 10, 11 αρ.1, 14 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ

Ο οφειλέτης χρηματικού ποσού με κυριότητα επί ακινήτου ευρισκομένου εντός των ορίων του κτηματολογίου παραλείπει να υποβάλει δήλωση ιδιοκτησίας. Ο δανειστής έχει το δικαίωμα να ασκήσει αρμοδίως αγωγή και να ζητήσει την διόρθωση των ανακριβών πρώτων εγγραφών στα βιβλία του οικείου κτηματολογικού γραφείου.

Στην προκειμένη περίπτωση, η ενάγουσα με την υπό κρίση αγωγή της και μετά από παραδεκτή διόρθωση αυτής εκθέτει ότι έχει κατά του καθ' ου η προσεπίκληση Γ. Μ. χρηματική αξίωση ύψους 18.621,68 ευρώ (πλέον τόκων και εξόδων) η οποία έχει αναγνωρισθεί με την ήδη καταστήσασα τελεσίδικη υπ' αριθ. 56/2012 διαταγή πληρωμής. Ότι ο οφειλέτης της - καθ' ου η προσεπίκληση Γ. Μ. είναι αποκλειστικός κύριος ενός ακινήτου που βρίσκεται στην κτηματική περιφέρεια του Δήμου, Ειρηνοδικείου και Υποθηκοφυλακείου (και ήδη Κτηματολογικού Γραφείου) Ηρακλείου στη θέση «...», εμβαδού 406,69 τ.μ. που συνορεύει Βόρεια σε πλευρά Δ1-Δ4, μήκους 15,26 μ., με το με αριθμό 12 οικόπεδο πρώην ιδιοκτησίας

Γ. Μ. και νυν ιδιοκτησίας Ζ. Σ. (εναγομένου) και σε πλευρά Δ4-Δ3, μήκους 15,37 μ., με το με αριθμό 13 οικόπεδο πρώην ιδιοκτησίας Γ. Μ. και νυν ιδιοκτησίας Ζ. Σ. (εναγομένου), Νότια σε πλευρά 1-5, μήκους 14,85 μ., με νέα ιδιοκτησία 01N, σε πλευρά 5-4, μήκους 13,87 μ., με νέα ιδιοκτησία 02N, Ανατολικά σε πλευρά Δ3-4, μήκους 13,87 μ., με την οδό Σ. Τ. και Δυτικά σε πλευρά Δ1-1, μήκους 13,67 μ., με την οδό Σ., όπως το ανωτέρω ακίνητο φαίνεται και αποτυπώνεται στο από Μάρτιο 2005 τοπογραφικό διάγραμμα του αγρονόμου τοπογράφου μηχανικού Γ. Λ., με αριθμό -11- και με τα στοιχεία 1-Δ1-Δ4-Δ3-4-5-1. Ότι το ανωτέρω ακίνητο το απέκτησε δυνάμει κληρονομικής διαδοχής και ειδικότερα από

κληρονομιά της θετής μητέρας του Π. Μ., την οποία (κληρονομιά) αποδέχθηκε με το με αριθμ. 2568/12-3-2002 δηλωτικό αποδοχής κληρονομιάς της συμβολαιογράφου Ηρακλείου Ε. Χ. που έχει νόμιμα μεταγραφεί στα βιβλία του Υποθηκοφυλακείου Ηρακλείου στον τόμο ... και με α.α. μεταγραφής ... σε συνδυασμό με την με αριθμό Μ9/1995 πράξη εφαρμογής η οποία κυρώθηκε με την με αριθμό 4864/2963/17-10-1997 απόφαση του Νομάρχη Ηρακλείου που έχει μεταγραφεί νόμιμα στο Υποθηκοφυλακείο Ηρακλείου στον τόμο 395 και με α.α. μεταγραφής 262345, και όπως αυτή, στη συνέχεια διορθώθηκε, με την Δ67/2002 απόφαση του Νομάρχη Ηρακλείου μεταγεγραμμένης στο όνομα του Γ. Μ. στον τόμο ... και με α.α. μεταγραφής ... Ότι, κατά τη διαδικασία κτηματογράφησης της περιοχής, ο άνω οφειλέτης της ενάγουσας παρέλειψε να υποβάλει δήλωση ιδιοκτησίας για το επίδικο ακίνητο, το οποίο ο εναγόμενος δήλωσε ανακριβώς ως αποκλειστική ιδιοκτησία του, με συνέπεια να προσβάλλει το εμπράγματο δικαίωμα του οφειλέτη της ενάγουσας Γ. Μ. επί του περιγραφόμενου ως άνω ακινήτου που έχει λάβει ΚΑΕΚ ... Κατόπιν τούτων, η ενάγουσα ζητεί, ως έχουσα έννομο συμφέρον ως δανειστής του Γ. Μ., να αναγνωριστεί το προαναφερθέν δικαίωμα αποκλειστικής κυριότητας στο επίδικο ακίνητο του τελευταίου, να διορθωθεί σχετικά η αρχική ανακριβής εγγραφή στα Κτηματολογικά Βιβλία του Κτηματολογικού Γραφείου Ηρακλείου που αφορά το ανωτέρω ακίνητο και να καταδικαστεί ο εναγόμενος στα δικαστικά της έξοδα.

Με αυτό το περιεχόμενο και αιτήματα η υπό κρίση αγωγή αρμοδίως εισάγεται προς συζήτηση ενώπιον αυτού του Δικαστηρίου άρθρα 6 παρ. 2 Ν. 2664/1998 σε συνδυασμό με 9, 10, 11 αρ. 1, 14 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ) και κατά τόπο (άρθρο 29 Κ.Πολ.Δ), δεδομένου ότι για το παραδεκτό αυτής α) ασκήθηκε εμπρόθεσμα, εντός της δεκαετούς προθεσμίας του άρθρου 6 παρ. 2 του Ν. 2664/1998, εφόσον με την με αριθμό 505/03/24.11.2010 απόφαση του διοικητικού συμβουλίου του ΟΚΧΕ (ΦΕΚ Β' 1882) διαπιστώθηκε η περαίωση της διαδικασίας κτηματογράφησης για τα ακίνητα της περιοχής που βρίσκονται εντός του Δήμου Ηρακλείου και ορίστηκε ως ημερομηνία έναρξης του κτηματολογίου στην εν λόγω περιοχή η 2.12.2010), β) καταχωρήθηκε εμπρόθεσμα στο κτηματολογικό φύλλο του επίδικου ακινήτου του Κτηματολογικού Γραφείου Ηρακλείου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 12 παρ. 1 περ. ιβ' και 5 του Ν. 2664/1998 (βλ. το με αριθ. 4526/10-9-2012 πιστοποιητικό του Κτηματολογικού Γραφείου Ηρακλείου) και γ) προσεπικάλεσε στην παρούσα δίκη σύμφωνα με το άρθρο 7^α παρ. 1β του Ν. 2664/1998 τον οφειλέτη του Γ. Μ. Είναι δε νόμιμη αφού στηρίζεται στη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 2 του Ν. 2664/1998 καθώς και σε εκείνες των άρθρων 1033, 1034, 1193, 1194, 1199 του Α.Κ., 70 και 176 του Κ.Πολ.Δ. Επομένως, η υπό κρίση αγωγή πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω κατ' ουσίαν, δεδομένου ότι προσκομίζεται το αναλογούν δικαστικό ένσημο με τις υπέρ τρίτων προσαυξήσεις.

ΟΙΚΟΓΕΝΕΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 29/2013

Πρόεδρος: Αθηνά Κιτρίδου (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Μαρία Σγουρού (Πρωτοδίκης), Ωραιοζήλη Καραγιάννη (Πρωτοδίκης-Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Εμμανουήλ Καλογιαννάκης, Μαριάννα Γρηγοράκη

Άρθρα: 3, 174, 871, 1400, 1441 Α.Κ.

Η αξίωση του συζύγου για συμμετοχή στα αποκτήματα του άλλου γεννάται από τη στιγμή που θα λυθεί ή θα ακυρωθεί αμετακλήτως ο γάμος ή που θα συμπληρωθεί τριετία στη διάσταση των συζύγων. Η διάταξη του άρθρου 1400 Α.Κ. είναι αναγκαστικού δικαίου και συνεπώς παραίτηση του δικαιούχου ή σύναψη αντιθέτων συμφωνιών είναι άκυρη πριν γεννηθεί η σχετική αξίωση. Κατ' εξαίρεση είναι ισχυρή η συμφωνία πριν από τη γέννηση της αξιώσεως συμμετοχής στα αποκτήματα όταν έχει ως περιεχόμενο το γενικότερο διακανονισμό των περιουσιακών σχέσεων των συζύγων ενόψει συναινετικού διαζυγίου, οπότε τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της λύσεως του γάμου.

Η κατά το άρθρο 1400 Α.Κ. αξίωση του ενός συζύγου για συμμετοχή στα αποκτήματα του άλλου είναι ενοχική και προσωποπαγής, γεννάται δε από τη στιγμή που θα λυθεί ή θα ακυρωθεί αμετακλήτως ο γάμος ή που θα συμπληρωθεί τριετία στη διάσταση των συζύγων. Εξάλλου, όπως συνάγεται από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 3, 174, 178, 871, 1400 και 1441 Α.Κ., η διάταξη του άρθρου 1400 Α.Κ. έχει το χαρακτήρα κανόνα αναγκαστικού δικαίου και συνεπώς παραίτηση του δικαιούχου ή σύναψη αντιθέτων συμφωνιών εκ των προτέρων, πριν δηλαδή γεννηθεί η σχετική αξίωση, απαγορεύεται και είναι άκυρη. Κατ' εξαίρεση, είναι ισχυρή η αντίθετη προς τον κανόνα του άρθρου 1400 Α.Κ. συμφωνία πριν από τη γέννηση της αξίωσης συμμετοχής στα αποκτήματα, όταν αυτή περιεχόμενο έχει έναν γενικότερο διακανονισμό των περιουσιακών σχέσεων των συζύγων ενόψει συναινετικού διαζυγίου (αρθρ. 1441 Α.Κ.), οπότε τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της εκ του λόγου τούτου λύσεως του γάμου.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 623, 624 παρ. 1, 626, 628, 632 παρ. 1 και 633 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ προκύπτει ότι μεταξύ των ουσιαστικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων, με τη συνδρομή ή μη των οποίων μπορεί να ζητηθεί η έκδοση διαταγής πληρωμής είναι αφενός η ύπαρξη χρηματικής απαίτησης του αιτούντος από ορισμένη έννομη σχέση και αφετέρου η απαίτηση αυτή καθώς και το ποσό της να προαποδεικνύονται με δημόσιο ή ιδιωτικό έγγραφο και να μην εξαρτώνται από αίρεση, προθεσμία, όρο ή αντιπαροχή. Εάν η απαίτηση ή το ποσό της δεν αποδεικνύονται εγγράφως, ή αν διαπιστωθεί ότι η συγκεκριμένη χρηματική απαίτηση εξαρτάται από αναβλητική αίρεση και ο δανειστής δεν αποδεικνύει εγγράφως, με το ίδιο το κατ' άρθρο 623 Κ.Πολ.Δ έγγραφο (δημόσιο ή ιδιωτικό, που έχει αποδεικτική δύναμη έναντι του καθ' ου) την πλήρωση της αιρέσεως, ο δικαστής οφείλει, κατ' άρθρο 628 Κ.Πολ.Δ, να μην εκδώσει διαταγή πληρωμής, εάν δε, παρά την έλλειψη της διαδικαστικής αυτής προϋπόθεσης, εκδοθεί διαταγή

πληρωμής, τότε αυτή ακυρώνεται ύστερα από ανακοπή του οφειλέτη κατά τα άρθρα 632 και 633 Κ.Πολ.Δ. Η ακύρωση της διαταγής πληρωμής για το λόγο αυτό απαγγέλλεται λόγω διαδικαστικού παραδεκτού, ανεξαρτήτως της ύπαρξης και της δυνατότητας απόδειξης της απαίτησης με άλλα αποδεικτικά μέσα (βλ. Ολ.Α.Π 43/2005 ΧρΙΔ 2006.62 = Ελλ.Δ/νη 46.1649, Ολ.Α.Π 10/1997 Δ. 1998 = Ελλ.Δ/νη 38.768, Α.Π. 1503/2008 ΧρΙΔ 2009.414). Με την ανακοπή προβάλλονται λόγοι είτε κατά του κύρους της διαταγής πληρωμής για έλλειψη διαδικαστικής προϋπόθεσης έκδοσής της, όπως συμβαίνει στην περίπτωση της μη έγγραφης απόδειξης της απαίτησης για την οποία εκδόθηκε ή της μη έγγραφης απόδειξης της πλήρωσης της αίρεσης, είτε κατά της ύπαρξης της απαίτησης. Στη δίκη της ανακοπής δεν επανεκδικάζεται η υπόθεση καθολικά αλλά μόνο στο μέτρο των υποβαλλόμενων λόγων ανακοπής. Οι λόγοι αυτοί σε συνδυασμό με το αίτημα της ανακοπής προσδιορίζουν την έκταση της εκκρεμοδικίας που επέρχεται με την άσκησή της και αναγκαίως οριοθετούν το αντικείμενο της δίκης της ανακοπής. Αν ο λόγος της ανακοπής είναι τυπικός, όπως συμβαίνει με αυτόν της μη κατά τον ανακόπτοντα έγγραφης απόδειξης της πλήρωσης της αναβλητικής αίρεσης, από την οποία εξαρτάται η απαίτηση για την οποία εκδόθηκε η ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής, τότε αντικείμενο της δίκης της ανακοπής και κατά συνέπεια της επ’ αυτής δικαιοδοτικής κρίσης του δικαστηρίου δεν καθίσταται και το ζήτημα της πλήρωσης ή μη της αναβλητικής αίρεσης, αφού με μόνη τη διαπίστωση της βασιμότητας του τυπικού αυτού λόγου της ανακοπής, γίνεται δεκτό το αίτημα αυτής και ακυρώνεται άνευ ετέρου η διαταγή πληρωμής.

Στην προκειμένη περίπτωση, με την από 19-2-2009 ανακοπή του ο ανακόπτων - εφεσίβλητος, ισχυριζόμενος ότι με την καθ’ ης η ανακοπή, που είχαν τελέσει θρησκευτικό γάμο την 1-6-2002, κατέθεσαν την 1-2-2006 κοινή αίτηση ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, προκειμένου να λυθεί ο γάμος τους συναινετικά και ότι, ενόψει της με τον τρόπο αυτό λύσης του γάμου τους, υπέγραψαν ένα ιδιωτικό συμφωνητικό, με το οποίο ρυθμίζουν τις περιουσιακές τους διαφορές και ο ανακόπτων αναγνώριζε ότι, λόγω της συμβολής της καθ’ ης η ανακοπή στην επαύξηση της περιουσίας του κατά τη διάρκεια της έγγαμης συμβίωσης κατά το ποσό των € 20.000, αυτός ανέλαβε την υποχρέωση να της καταβάλει το ποσό αυτό, αποδεχόμενος ισόποσες συναλλαγματικές, εκδόσεως της καθ’ ης, μεταξύ των οποίων και αυτές βάσει των οποίων εκδόθηκε η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής, αιτείται την ακύρωση της με αρ. 442/2009 διαταγής πληρωμής της Ειρηνοδίκη Ηρακλείου, για το λόγο ότι η απαίτηση αυτή της αντιδίκου του τελούσε υπό την αίρεση λύσης του γάμου τους, η οποία δεν πληρώθηκε, καθόσον η καθ’ ης άσκησε έφεση κατά της με αρ. 819/2007 οριστικής απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, που απήγγειλε τη λύση του γάμου τους. Το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο με τη με αρ. 198/2010 απόφασή του, δικάζοντας κατ’ αντιμωλία των διαδίκων, δέχθηκε το μοναδικό λόγο ανακοπής ως νόμιμο και ουσιαστικά βάσιμο και ακύρωσε την προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής. Με την κρινόμενη έφεση, η εκκαλούσα παραπενοείται κατά της ανωτέρω απόφασης για τους σε αυτή διαλαμβανόμενους λόγους, που ανάγονται σε εσφαλμένη εφαρμογή του νόμου και κακή εκτίμηση των αποδείξεων και ζητά να εξαφανισθεί η προσβαλλόμενη α-

πόφαση, ώστε να απορριφθεί στο σύνολο της η από 13-4-2009 ανακοπή του εφεσιβλήτου και να καταδικασθεί ο αντίδικος της στη δικαστική της δαπάνη. Οι λόγοι

αυτοί της έφεσης είναι παραδεκτοί και νόμιμοι και πρέπει επομένως να εξετασθούν περαιτέρω ως προς την ουσιαστική τους βασιμότητα.

Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών - Αριθ. 837/2012

Πρόεδρος: Ευφροσύνη Σωζοπούλου (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Κατεχή Μαρία (Πρωτοδίκης), Φώτιος Βλάχος (Πρωτοδίκης-Εισηγητής)

Δικηγόροι: Ιωάννα Νιφοροπούλου, Χρήστος Πετρόπουλος, Φωτεινή Κουβέλη

Άρθρα: 14, 15, 340, 345, 346, 904, 1400, 1458 Α.Κ.

Αποκτήματα γάμου. Έννοια και περιεχόμενο της αξίωσης. Συμπλήρωση τριετούς διάστασης. Αύξηση της περιουσίας. Κρίσιμος χρόνος για τον υπολογισμό της αξίας της τελικής περιουσίας. Μαχητό τεκμήριο συμβολής της ενάγουσας συζύγου κατά ποσοστό 1/3. Εφαρμοστέο δίκαιο σε περίπτωση έλλειψης κοινής ιθαγένειας των συζύγων. Τέλεση γάμου στην αλλοδαπή και τελευταία κοινή κατοικία στην Ελλάδα. Για τον πραγματικό προσδιορισμό της συνεισφοράς πέραν του τεκμηρίου του 1/3 απαιτείται η συγκεκριμένη αναφορά του οφέλους του εναγομένου από τη συμβολή της ενάγουσας σε επίτευξη επιχειρηματικών συμφωνιών.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1400 παρ. 1 του Α.Κ.: "Αν ο γάμος λυθεί ή ακυρωθεί και η περιουσία του ενός συζύγου έχει, αφότου τελέσθηκε ο γάμος, αυξηθεί, ο άλλος σύζυγος, εφόσον συνέβαλε με οποιονδήποτε τρόπο στην αύξηση αυτή, δικαιούται να απαιτήσει την απόδοση του μέρους της αύξησης το οποίο προέρχεται από τη δική του συμβολή. Τεκμαίρεται ότι η συμβολή αυτή ανέρχεται στο 1/3 της αύξησης, εκτός αν αποδειχθεί μεγαλύτερη ή μικρότερη ή καμία συμβολή". Από τη διάταξη του άρθρου 1400 Α.Κ., η οποία εφαρμόζεται και επί γάμων που τελέσθηκαν και επί περιουσιακών στοιχείων που αποκτήθηκαν και πριν από την έναρξη της ισχύος του Ν. 1329/1983 (άρθρο 12 Ν. 1649/1986), συνάγεται ότι η απαίτηση του κάθε συζύγου προς συμμετοχή στα αποκτήματα του άλλου είναι κατ' αρχήν ενοχή αξίας, δηλαδή χρηματική ενοχή, αντικείμενο της οποίας αποτελεί η χρηματική αποτίμηση της περιουσιακής

αύξησης του υπόχρεου συζύγου, που προέρχεται από τη συμβολή, άμεση ή έμμεση του δικαιούχου (Ολ.Α.Π 28/1996). Ως αύξηση νοείται όχι μια συγκεκριμένη κτήση, αλλά η διαφορά που υπάρχει στην περιουσιακή κατάσταση του υπόχρεου σε δύο διαφορετικά χρονικά σημεία, ήτοι κατά την τέλεση του γάμου και κατά το χρόνο που γεννιέται η αξίωση για συμμετοχή στα αποκτήματα με βάση τις παρ. 1 και 2 του ίδιου άρθρου 1400 του Α.Κ. Από τη σύγκριση της αξίας αυτών, αναγόμενης σε τιμές του χρόνου γέννησης της αξίωσης, θα κριθεί αν υπάρχει περιουσιακή αύξηση του ενός συζύγου που να δικαιολογεί την αξίωση του άλλου για συμμετοχή στα αποκτήματα. Για την περαιτέρω, όμως, αναγωγή σε χρήμα των περιουσιακών αυτών στοιχείων, για την εξεύρεση δηλαδή της αξίας τους σε χρήμα, κρίσιμος είναι ο χρόνος της παροχής ένομης προστασίας, ήτοι ο χρόνος της έγερσης της αγωγής. Ειδικότερα, για το

στοιχείο της αύξησης λαμβάνεται υπόψη το σύνολο της περιουσιακής κατάστασης του υπόχρεου, ώστε, από τη σύγκριση της περιουσιακής κατάστασης στο χρονικό σημείο της τέλεσης του γάμου (αρχική περιουσία) με την υπάρχουσα στο χρονικό σημείο που γεννάται η αξίωση (τελική περιουσία), πρέπει να προκύπτει αύξηση. Η τελευταία, δεν αποκλείεται να ξεκινά με την αγωγή από μία μόνο ή περισσότερες μεν αλλά συγκεκριμένες κτήσεις του υπόχρεου, οπότε η συμβολή του ενάγοντος υπολογίζεται με βάση την τελική αξία τούτων. Η τυχόν ύπαρξη αρχικής περιουσίας ή στοιχείων που την διαφοροποιούν, αποτελεί βάση ένστασης, που προβάλλεται και αποδεικνύεται από τον εναγόμενο. Ο χρόνος λύσης ή της ακύρωσης του γάμου ή της συμπλήρωσης τριετίας από τη συζυγική διάσταση είναι κρίσιμος για την εξεύρεση της εν λόγω τελικής περιουσίας υπό την έννοια του καθορισμού των περιουσιακών στοιχείων που την αποτελούν. Ο δικαιούχος σύζυγος θα πρέπει να αποδείξει την τελική περιουσία, από τι αποτελείται και ποια είναι η αξία της (Α.Π. 447/2005). Ο εναγόμενος περαιτέρω, ως υπόχρεος σύζυγος, του οποίου η περιουσία αυξήθηκε με τη συμβολή του ενάγοντος συζύγου μπορεί να προβάλλει, μεταξύ άλλων, ότι η συμβολή του ενάγοντος ήταν κάτω από το ένα τρίτο ή ότι δεν υπάρχει καμία συμβολή. Για να γίνει όμως δεκτή η ανυπαρξία συμβολής που αποκλείει την αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα θα πρέπει ο εναγόμενος σύζυγος να επικαλεσθεί και αποδείξει ότι ο δικαιούχος της αξίωσης συμμετοχής σύζυγος είτε δεν μπορούσε εκ των πραγμάτων είτε δεν ήθελε να συμβάλει και ότι η επαύξηση της περιουσίας οφείλεται μόνο σ' αυτόν. Ο ισχυρισμός αυτός του εναγομένου, ενόψει του ότι το καθιερούμενο από το άρθρο 1400 Α.Κ. τεκ-

μήριο της συμβολής συμμετοχής στα αποκτήματα κατά το 1/3 ενεργεί και ως προς τους δύο συζύγους, ο δε ενάγων, έστω και αν δεν αποδείξει τη δική του συμβολή, θα δικαιούται οπωσδήποτε το 1/3 της αύξησης της περιουσίας του εναγομένου, συνιστά ως προς την απόκρουση του τεκμηρίου ένσταση (Α.Π. 287/2011 ΝΟΜΟΣ). Περίπτωση παραδεκτής διευρυνσης του αγωγικού αιτήματος αποτελεί η δυνατότητα του ενάγοντος να ζητήσει με τις προτάσεις του άλλο αντικείμενο από το αρχικό ή το διαφέρων εξαιτίας μεταβολής που επήλθε μετά την άσκηση της αγωγής. Το νέο αίτημα ως προς τα παρεπόμενα του κυρίου αιτήματος υποβάλλεται παραδεκτά με τις προτάσεις όχι όμως με την προσθήκη των προτάσεως μετά την επ' ακροατηρίου συζήτηση (Α.Π. 1575/1988 και Εφ.Αθ. 6554/1992 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Κεραμέα-Κονδύλη-Νίκα Ερμηνεία Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας έκδ. 2000, σελ. 493).

Σύμφωνα με το άρθρο 15 του Α.Κ. οι περιουσιακές σχέσεις των συζύγων διέπονται από το δίκαιο που ρυθμίζει τις προσωπικές τους σχέσεις αμέσως μετά την τέλεση του γάμου. Η διάταξη αυτή παρέμπει στην προηγούμενη του άρθρου 14 του ίδιου κώδικα (βλ. Β. Βαθρακοκοίλη: Αναλ. Ερμ-Νομολ. Α.Κ. άρθ. 15). Σύμφωνα με την τελευταία, οι προσωπικές σχέσεις των συζύγων ρυθμίζονται και από το δίκαιο της τελευταίας κατά την διάρκεια του γάμου κοινής συνήθους διαμονής τους, ελλείψει κοινής ιθαγένειας τους (περ. 2 του εν λόγω άρθρου) [Εφ.Ιωαν 133/2006 και Πολυμ. Πρωτοδ. Αθηνών 12478/1995 ΝΟΜΟΣ]. Στην προκείμενη περίπτωση με την υπό κρίση αγωγή η ενάγουσα ισχυρίζεται ότι με τον εναγόμενο τέλεσαν νόμιμο γάμο στο Περού και συγκεκριμένα στη ... το έτος 1993, ότι κατοίκησαν στη ... μέχρι το έτος 1994,

οπότε μετακόμισαν και εγκαταστάθηκαν στην Αθήνα, όπου συνέχισαν την έγγαμη συμβίωση τους μέχρι την 1-10-2004, οπότε αυτή διακόπηκε με την αναχώρηση της από την Ελλάδα και την μόνιμη εγκατάσταση της στη ... Περού μαζί με τα τρία τέκνα που είχαν αποκτήσει. Ότι η τριετής διάσταση της έγγαμης συμβίωσης με τον εναγόμενο συμπληρώθηκε στις 1-10-2007, ενώ ο γάμος τους λύθηκε με την υπ' αριθμ. .../5-2- 2009 απόφαση του Εφετείου Αθηνών η οποία δεν είχε καταστεί αμετάκλητη κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής. Ότι ο εναγόμενος κατά το χρόνο τέλεσης του γάμου τους δεν είχε ατομική περιουσία ενώ κατά το χρόνο της συμπλήρωσης της τριετούς διάστασης (1-10-2007) είχε αποκτήσει τα κάτωθι περιουσιακά στοιχεία: α) Μία διώροφη μονοκατοικία μετά οικοπέδου στο Παλαιό Ψυχικό στη διασταύρωση των οδών ... και ..., η οποία λεπτομερώς περιγράφεται στην αγωγή, με αξία κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής 4.200.000 ευρώ. β) Τρία συνεχόμενα οικόπεδα στο ... Αθηνών στην Περιοχή ... Σταδίου και τρία διαμερίσματα κείμενα σε συνεχόμενα οικόπεδα με τα ως άνω τρία οικόπεδα, τα οποία λεπτομερώς περιγράφονται στην αγωγή, με συνολική αξία κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής 2.700.000 ευρώ. γ) Δύο μεζονέτες στο Κεφαλάρι σε συγκρότημα μεζονέτων επί της οδού ... με συνολική αξία κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής 5.000.000 ευρώ. δ) Ένα πακέτο 5.835.739 κοινών ονομαστικών μετοχών με δικαίωμα ψήφου της εισηγμένης στο Χρηματιστήριο ανώνυμης εταιρείας ... που φέρει πλέον την επωνυμία «...», το οποίο αντιστοιχεί στο 1/4 περίπου του μετοχικού κεφαλαίου αυτής (της εταιρείας) και συγκεκριμένα σε ποσοστό 24,87 % επί του συνόλου των μετοχών. Ότι η λογιστική αξία αυτής της εταιρείας κατά το χρόνο άσκησης της α-

γωγής ανέρχεται στο συνολικό ποσό των 73.108.738 ευρώ, και επομένως το πακέτο των μετοχών που απέκτησε ο εναγόμενος αντιστοιχεί στο ποσό των 18.183.000 ευρώ. Ότι μετά την διακοπή της έγγαμης συμβίωσης τους και δή την 10-6-2005 ο εναγόμενος μεταβίβασε με πώληση στον ... πακέτο 5.635.739 μετοχών, όπως γνωστοποίησε σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 350/1985 έναντι τιμήματος 3.888.549,91 ευρώ. Ότι την 26-6-2006, ο ... μεταβίβασε με πώληση το ίδιο ακριβώς πακέτο των 5.635.739 μετοχών στην εταιρεία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο Λουξεμβούργο έναντι τιμήματος 7.608.247,65 ευρώ. Ότι η τελευταία αυτή συναλλαγή αποτέλεσε αναστροφή της πώλησης από τον ... προς τον εναγόμενο σε εταιρεία συμφερόντων του εναγομένου όπως ανεγράφη την ίδια ημέρα, ήτοι την 26-6-2006, σε σχετικό δημοσίευμα σε ειδική ιστοσελίδα (site) για το Χρηματιστήριο, δημοσίευση που η παραπάνω εταιρεία ουδέποτε διέψευσε. Ότι η συνολική σωζόμενη περιουσία που απέκτησε ο εναγόμενος κατά το χρόνο συμπλήρωσης της τριετούς διάστασης (1-10-2007) ανέρχεται στο ποσό των 30.083.000 ευρώ. Ότι στην αύξηση της περιουσίας του εναγομένου συνέβαλε και η ίδια με τον κάτωθι τρόπο: α) Καταβάλλοντας όλα τα εισιτήρια της οικογενείας για μεταβάσεις μετά επιστροφής στο Περού καθ' όλη την διάρκεια του έγγαμου βίου συνολικής αξίας 220.000 ευρώ, β) φιλοξενώντας φίλους του εναγομένου σε οικίες που διέθετε η οικογένεια της στο Περού με κόστος 8.000 ευρώ, γ) καταβάλλοντας για τις οικογενειακές ανάγκες το συνολικό ποσό των 876.000 ευρώ, δ) καταβάλλοντας για την δεξίωση του γάμου τους και για τις γέννες των τέκνων τους το συνολικό ποσό των 100.000 ευρώ, ε) με την ενασχόληση της για την εξεύρεση και

διακόσμηση της συζυγικής τους οικίας που την εκτιμά στο συνολικό ποσό των 50.000 ευρώ, στ) με τη συμμετοχή της στην επιχειρηματική δραστηριότητα του εναγομένου την οποία αποτιμά στο συνολικό ποσό των 13.200.000 ευρώ, ζ) με την παροχή της προσωπικής της εργασίας για τη φροντίδα της συζυγικής οικίας και την ανατροφή των τριών τέκνων που απέκτησαν από το γάμο τους την οποία αποτιμά κατά το μέρος που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο που αντιστοιχεί στην συμβολή της για την αντιμετώπιση των οικογενειακών αναγκών στο συνολικό ποσό των 134.200 ευρώ και ότι η συμβολή της στην αύξηση της περιουσίας του εναγομένου ανέρχεται σε ποσοστό 50%. Με βάση το ιστορικό αυτό και κατόπιν παραδεκτού περιορισμού του καταψηφιστικού αιτήματος της αγωγής από καταψηφιστικό σε έντοκο αναγνωριστικό με δήλωση της πληρεξουσίας δικηγόρου της στο ακροατήριο που περιέχεται στα πρακτικά δημόσιας συνεδρίασης (αρθρ. 223 Κ.Πολ.Δ) η ενάγουσα ζητεί να αναγνωρισθεί ότι ο εναγόμενος οφείλει να της καταβάλει, με βάση τον πραγματικό υπολογισμό, το 50% της αύξησης της περιουσίας του, ήτοι το ποσό των 15.041.500 ευρώ, με το νόμιμο τόκο από την επίδοση της αγωγής μέχρι την εξόφληση άλλως και όλως επικουρικά, με βάση τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού. Περαιτέρω η ενάγουσα ζητεί επικουρικά, με βάση τον τεκμαρτό υπολογισμό, το 1/3 της αύξησης της περιουσίας του εναγομένου, ήτοι να αναγνωρισθεί ότι ο εναγόμενος οφείλει να της καταβάλει το ποσό των 10.027.665 ευρώ, με το νόμιμο τόκο από την επίδοση της αγωγής μέχρι την εξόφληση, άλλως και όλως επικουρικά με βάση τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού, να κηρυχθεί η απόφαση που θα εκδοθεί προσωρινά εκτελεστή και να καταδικα-

στεί ο εναγόμενος στα δικαστικά της έξοδα. Η ένδικη, δια της ανωτέρω αγωγής, αχθείσα προς κρίση διαφορά ανάγεται στις περιουσιακές, κατά την έννοια του άρθρου 15 Α.Κ., σχέσεις των συζύγων, αφού η υπόσταση της βασίζεται και επηρεάζεται από το γάμο των διαδίκων συζύγων (Α.Π. 428/94 Ελλ.Δ/νη 36.308). Συνεπώς, ενόψει του προεκτεθέντος περιεχομένου της ανωτέρω αγωγής και των παραδοχών των διαδίκων ότι η τελευταία, κατά τη διάρκεια του γάμου τους, κοινή συνήθης διαμονή τους βρισκόταν στην Ελλάδα, κατά τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 14 και 15 Α.Κ., εφαρμοστέο δίκαιο επί της εν λόγω διαφοράς είναι το ελληνικό δίκαιο (Εφ.Ιωαν 133/2006).

Συνακόλουθα με αυτό το περιεχόμενο και αιτήματα, η αγωγή αρμοδίως και (παραδεκτώς) φέρεται προς συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου αυτού (άρθρα 18 αρ. 1 και 22 Κ.Πολ.Δ), κατά την προκείμενη τακτική διαδικασία και είναι, κατά την κύρια αυτής βάση που στηρίζεται στον πραγματικό, άλλως στον τεκμαρτό υπολογισμό σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη μείζονα σκέψη, ορισμένη και νόμιμη, στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 1400, 340, 345, 346 Α.Κ., 70 και 176 Κ.Πολ.Δ. Μη νόμιμη και απορριπτέα είναι η επικουρική βάση της αγωγής που φέρεται στηριζόμενη στη διάταξη του άρθρου 904 του Α.Κ., καθότι η αγωγή του αδικαιολογήτου πλουτισμού είναι επιβοηθητική και απαιτείται όταν λείπουν οι προϋποθέσεις της αγωγής από σύμβαση ή αδικοπραξία ή όταν η αγωγή απορριφθεί ως μη νόμιμη κατά την κύρια βάση της. Προσέτι, μη νόμιμο και απορριπτέο κατέστη και το παρεπόμενο αίτημα για την κήρυξη της απόφασης προσωρινά εκτελεστής, εφόσον, όπως προαναφέρθηκε, η ενάγουσα περιόρισε το αίτημα της

αγωγής της σε αναγνωριστικό και επομένως οι αναγνωριστικές αποφάσεις, η ενέργεια των οποίων εξαντλείται στο δεδικασμένο που αυτές παράγουν, δεν κηρύσσονται προσωρινά εκτελεστές (Εφ. Αθ 2273/1975 Αρμ 29.675 με σημείωση, βλ. και Βασίλη Αντ. Βαθρακοκοίλη Κ.Πολ.Δ Ερμηνευτική και Νομολογιακή Ανάλυση, εκδ. 1997, άρθρο 907, αρ. 6, 19 σελ. 153, 157 με τις εκεί παραπομπές). Η γενόμενη προσπάθεια για συμβιβαστική επίλυση της διαφοράς, σύμφωνα με το άρθρο 214 Α Κ.Πολ.Δ απέτυχε καθόσον ο εναγόμενος δεν εμφανίστηκε ούτε εκπροσωπήθηκε από πληρεξούσιο δικηγό-

ρο στον ορισμένο τόπο και χρόνο, αν και προσκλήθηκε προς τούτο (όπως προκύπτει από την από 17-12- 2009 δήλωση αποτυχίας της απόπειρας συμβιβασμού της πληρεξούσιας δικηγόρου της ενάγουσας σε συνδυασμό με την υπ' αριθ. ... 30-9-2009 έκθεση επίδοσης του δικαστικού Επιμελητή του Πρωτοδικείου Αθηνών ...) ενώ λόγω του αναγνωριστικού αιτήματος της αγωγής δεν απαιτείται η καταβολή δικαστικού ενσήμου. Πρέπει συνεπώς κατά το μέρος που η αγωγή κρίθηκε νόμιμη, να ερευνηθεί περαιτέρω για να κριθεί αν είναι βάσιμη και από ουσιαστική άποψη.

Μονομελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης - Αριθ. 13707/2009

Πρόεδρος: Γ. Τσουλόγλου (Πρωτοδίκης)

Δικηγόρος: Χ. Καραγιάννη

Άρθρα: 1455 παρ. 1, 1458 Α.Κ., 4 παρ. 1, 2 Σ

Τεχνητή γονιμοποίηση. Προϋποθέσεις διενέργειας αυτής και χορήγησης της σχετικής δικαστικής άδειας. Προϋποθέσεις χορήγησης δικαστικής άδειας για τεχνητή αναπαραγωγή και στον άγαμο μόνο άνδρα. Αρχή της ισότητας των φύλων.

[...Κατά τις διατάξεις των άρθρων 1455 παρ. 1, 1458 Α.Κ., όπως αυτές τροποποιήθηκαν με το Ν. 3089/2002, η ιατρική υποβοήθηση στην ανθρώπινη αναπαραγωγή (τεχνητή γονιμοποίηση) επιτρέπεται μόνο για να αντιμετωπίζεται η αδυναμία απόκτησης τέκνων με φυσικό τρόπο ή για να αποφεύγεται η μετάδοση στο τέκνο σοβαρής ασθένειας. Η υποβοήθηση αυτή επιτρέπεται μέχρι την ηλικία φυσικής ικανότητας αναπαραγωγής του υποβοηθούμενου προσώπου. Η μεταφορά στο σώμα άλλης γυναίκας γονιμοποιημένων ωαρίων, ξένων προς την ιδίαν, και η κυοφορία από αυτή επιτρέπεται με δικαστική άδεια που παρέχεται πριν από τη με-

ταφορά, εφόσον υπάρχει έγγραφη και χωρίς αντάλλαγμα συμφωνία των προσώπων που επιδιώκουν να αποκτήσουν τέκνο και της γυναίκας που θα κυοφορήσει, καθώς και του συζύγου της, αν είναι έγγαμη. Η δικαστική άδεια παρέχεται ύστερα από αίτηση της γυναίκας που επιθυμεί να αποκτήσει τέκνο, εφόσον αποδεικνύεται ότι αυτή είναι ιατρικώς αδύνατο να κυοφορήσει και ότι η γυναίκα που προσφέρεται να κυοφορήσει είναι, ενόψει της κατάστασης της υγείας της, κατάλληλη για κυοφορία. Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, το δικαίωμα στην τεχνητή αναπαραγωγή κατοχυρώνεται από το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος, οπότε α-

ποκλείεται παραδεκτά μόνο αν συγκρούεται με τα δικαιώματα των άλλων, το Σύνταγμα και τα χρηστά ήθη. Η στάση του Ν. 3089/2002 είναι προβληματική από τη σκοπιά του άρθρου 4 του Συντάγματος, γιατί η παροχή δικαιώματος τεχνητής αναπαραγωγής στην άγαμη μόνη γυναίκα και την ίδια στιγμή η στέρηση του δικαιώματος από τον άγαμο μόνο άνδρα, από τη μία πλευρά, η παροχή δικαιώματος τεχνητής αναπαραγωγής στη γυναίκα που επιζεί και στο σύζυγο ή το σύντροφο της που προαποβιώνει και την ίδια στιγμή η στέρηση του δικαιώματος από τον άνδρα που επιζεί και τη σύζυγο του ή τη σύντροφο του που προαποβιώνει, από την άλλη πλευρά, αποτελεί κατάφωρη διακριτική μεταχείριση των ενδιαφερομένων για τη λύση της τεχνητής αναπαραγωγής που δεν δικαιολογείται, κατά τα άρθρα 4 παρ. 1, 4 παρ. 2 του Συντάγματος. Το κενό αυτό που δημιουργείται ως προς το δικαίωμα τεχνητής αναπαραγωγής του άγαμου μόνου άνδρα θεραπεύεται με συνολική αναλογία των Α.Κ. 1455 (ας τονισθεί ιδιαίτερα, σε σχέση με την παρ. 1 εδ. α' ότι, όπως ακριβώς για την υποβοήθηση της άγαμης μόνης γυναίκας πέρα από τα όρια του φύλου της (με δωρεά σπέρματος), έτσι και για την υποβοήθηση του άγαμου μόνου άνδρα πέρα από τα όρια του φύλου του (με δωρεά ωαρίου και δανεισμό μήτρας) απαιτείται να συντρέχει επίσης ιατρική ανάγκη για υποβοήθηση του επίδοξου μόνου γονέα η οποία δεν θα του επέτρεπε να αναπαραχθεί φυσιολογικά ούτε στο πλαίσιο ζεύγους με πρόσωπο του άλλου φύλου -ο περιορισμός αυτός επιβάλλεται τόσο στην περίπτωση της γυναίκας όσο και στην περίπτωση του άνδρα από τα χρηστά ήθη), Α.Κ. 1456 και Α.Κ. 1458, το δε κενό ως προς το δικαίω-

μα τεχνητής αναπαραγωγής του άνδρα που επιζεί και της συζύγου ή της συντρόφου του που προαποβιώνει θεραπεύεται με συνολική αναλογία των Α.Κ. 1455, Α.Κ. 1456, Α.Κ. 1457 και Α.Κ. 1458. Η αναλογία αυτή επεκτείνεται και στη διάταξη Κ.Πολ.Δ 799 παρ. 1. Αρμόδιο για την έκδοση της δικαστικής άδειας είναι το Μονομελές Πρωτοδικείο στην περιφέρεια του οποίου βρίσκεται η συνήθης διαμονή του αιτούντος ή εκείνης που πρόκειται να κυοφορήσει, στην περίπτωση του άγαμου άνδρα που επιδιώκει τη δικαστική άδεια για τεχνητή αναπαραγωγή με δανεισμό μήτρας, η δε αίτηση εκδικάζεται κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (Γεωργιάδης- Σταθόπουλος Αστικός Κώδικας, άρθρα 1457-1458, Μον.Πρ.Αθ 2827/2008 αδημ.).

Με την κρινόμενη αίτηση ο αιτών, άγαμος άνδρας, επικαλούμενος την αδυναμία του να αποκτήσει τέκνο με φυσικό τρόπο, ζητά να του χορηγηθεί από το Δικαστήριο η άδεια να προβεί στη μεταφορά στο σώμα της Α.Κ. του Ι. και της Σ., συζύγου Π.Μ. γονιμοποιημένων ωαρίων, ξένων προς την ίδια, προκειμένου να κυοφορήσει το τέκνο που αυτός επιθυμεί, κατόπιν σχετικής συμφωνίας μεταξύ τους χωρίς αντάλλαγμα. Με αυτό το περιεχόμενο η αίτηση αρμοδίως εισάγεται για να συζητηθεί ενώπιον αυτού του Δικαστηρίου, στην περιφέρεια του οποίου έχει την κατοικία του ο αιτών κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (άρθρα 739, 740 παρ. 1, 742 και 799 Κ.Πολ.Δ), δεδομένου ότι έχει τηρηθεί η προδικασία του άρθρου 748 παρ. 2, με την επίδοση αντιγράφου της στον Εισαγγελέα Πρωτοδικών Θεσσαλονίκης, σε αυτήν που θα κυοφορήσει το τέκνο και στο σύζυγο της (βλ. τις υπ' αριθμ. 4177Γ/27-2-2009 και

4148Γ/25-2-2009 εκθέσεις επίδοσης της δικαστικής επιμελήτριας στο Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης Μ. Π. καθώς και την υπ' αριθμ. 4654/26-2-2009 έκθεση επίδοσης της δικαστικής επιμελήτριας στο Πρωτοδικείο Ροδόπης Β. Μ.-Μ. αντίστοιχα). Και είναι νόμιμη, σύμφωνα και με όσα εκτέθηκαν στη μείζονα σκέψη,

στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 1455, 1456, 1457 και 1458 Α.Κ., αναλογικά εφαρμοζομένων. Επομένως, πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω ως προς την ουσιαστική της βασιμότητα, δεδομένου ότι τόσο ο αιτών όσο και η κυοφόρος γυναίκα έχουν την κατοικία τους στην Ελλάδα (άρθρο 8 Ν. 3089/2002).

ΔΙΚΑΙΟ ΥΠΕΡΧΡΕΩΜΕΝΩΝ ΝΟΙΚΟΚΥΡΙΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (δικάζων ως εφετείο) - Αριθ. 21/2013

Πρόεδρος: Κωνσταντίνος Ρόκος (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Νικόλαος Φανταουντσάκης, Δημήτριος Μουστάκας, Νικόλαος Πενκιανάκης, Αικατερίνη Καλυβιανάκη

Άρθρα: 1, 4 παρ. 1, 5, 6 παρ. 3, 8 και 9 Ν. 3869/2010, 216, 224, 744, 745, 747, 751 Κ.Πολ.Δ

Ρύθμιση οφειλών υπερχρεωμένου φυσικού προσώπου. Στοιχεία για το ορισμένο της αιτήσεως. Δεν απαιτείται για το ορισμένο της αίτησης η αναφορά στην έλλειψη υπαιτιότητας στην πρόκληση της μόνιμης αδυναμίας πληρωμής των ληξιπρόθεσμων οφειλών. Το γεγονός αυτό προβάλλεται από τους πιστωτές, που βαρύνονται με την απόδειξη. Περαιτέρω, δεν υπάρχει υποχρέωση του οφειλέτη να αναφέρει πως περιήλθε σε οικονομική αδυναμία. Το ίδιο ισχύει και για τον ισχυρισμό ότι τα χρέη έχουν αναληφθεί τον τελευταίο χρόνο, που αποτελεί ισχυρισμό των πιστωτών. Είναι δυνατή η μεταβολή ή η συμπλήρωση της πραγματικής βάσης της αίτησης και του αιτήματος και στους δύο βαθμούς δικαιοδοσίας.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των αρθ. 1 και 4 παρ. 1 Ν. 3869/10 σαφώς προκύπτει ότι για το ορισμένο της αίτησης αρκεί να αναφέρεται ότι ο οφειλέτης είναι φυσικό πρόσωπο στερούμενο πτωχευτικής ικανότητας, ότι κατέβαλε προσπάθεια εξωδικαστικού συμβιβασμού, ο οποίος απέτυχε, ότι βρίσκεται σε μόνιμη αδυναμία πληρωμής των ληξιπρόθεσμων χρηματικών οφειλών του. Ακόμη στην αίτηση πρέπει να περιέχεται ακριβής περιγραφή της οικογενειακής (έγγαμος ή μη, προστατευόμενα μέλη), και περιουσιακής κατάστασης του οφειλέτη (το μέσο μηνιαίο εισόδημά του, τα πάσης φύσεως εισοδήματα του και τα περιουσιακά του

στοιχεία), κατάσταση όλων των πιστωτών και των απαιτήσεών τους κατά κεφάλαιο, τόκους και έξοδα και σχέδιο διευθέτησης των οφειλών, στοιχεία τα οποία μπορούν να περιέχονται σε συνημμένα στην αίτηση έγγραφα, οπότε συγκοινοποιούνται μ' αυτή. Τέλος απαιτείται ορισμένο αίτημα, που είναι αυτό της ρύθμισης των χρεών του οφειλέτη με σκοπό την απαλλαγή του, εφόσον δε επιθυμεί να εξαιρεθεί η κύρια κατοικία του πρέπει να υποβάλλεται και σχετικό αίτημα. Παραπέρα, σύμφωνα με τις διατάξεις των αρθ. 216 και 747 Κ.Πολ.Δ δεν απαιτείται πανηγυρική διατύπωση των παραπάνω στοιχείων και του αιτήματος της αίτησης, αλλά μπορούν να

περιέχονται οπουδήποτε στο δικόγραφο, γιατί δεν καθορίζεται από το νόμο η παράθεσή του σε ορισμένη θέση ή σειρά, αρκεί μόνο να προκύπτουν με σαφήνεια (βλ. Α.Π. 173/81 Αρχ. Ν. 32-258 και 1293/93 Ελλ.Δ/νη 35-140, Εφ.Αθ 2212/83 Ελλ.Δ/νη 24-1417 και 11416/87 Δ. 19-332). Δεν απαιτείται δε για την πληρότητα τη αίτησης η αναφορά της έλλειψης υπαιτιότητας στην πρόκληση της μόνιμης αδυναμίας εξόφλησης των χρεών, εφόσον δε αυτή οφείλεται σε δόλο του οφειλέτη, το γεγονός αυτό προβάλλεται από τους πιστωτές, που βαρύνονται με την απόδειξη. Επίσης δεν απαιτείται η λεπτομερής αναφορά των εξόδων διαβίωσης του οφειλέτη, αρκεί η αναφορά της οικογενειακής του κατάστασης και των υποχρεώσεών του που συνδέονται μ’ αυτήν, ώστε να μπορούν να εκτιμηθούν οι ανάγκες του, περιστατικά που περιέχονται στην ένδικη αίτηση. Περαιτέρω, δεν υπάρχει υποχρέωση του οφειλέτη να αναφέρει πώς περιήλθε σε οικονομική αδυναμία. Το γεγονός ότι έχει επέλθει χωρίς δόλο σε αυτήν την κατάσταση δεν χρειάζεται να το αναφέρει καθώς κατά το άρθρο 338 Κ.Πολ.Δ είναι κάτι που πρέπει να επικαλεστούν και να αποδείξουν οι πιστωτές. Το ίδιο ισχύει για τον ισχυρισμό ότι τα χρέη έχουν αναληφθεί τον τελευταίο χρόνο, που αποτελεί ισχυρισμό των πιστωτών, όπως και για το γεγονός ότι έχει υπαχθεί ξανά ο οφειλέτης σε αυτήν τη διαδικασία. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 5 του Ν. 3869/2010, όπως τροποποιήθηκε με την παράγραφο 3 άρθρου 85 Ν. 3996/2011, ΦΕΚ Α’ 170/5.8.2011, ο οφειλέτης το αργότερο μέσα σε ένα μήνα από την υποβολή της αίτησης επιδίδει στους πιστωτές αντίγραφο της αίτησης με ορισμό δικασίμου για τη συζή-

τηση της με πρόσκληση να υποβάλλουν στη γραμματεία του δικαστηρίου εγγράφως τις παρατηρήσεις και να δηλώσουν αν συμφωνούν με το προτεινόμενο σχέδιο διευθέτησης των οφειλών μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δύο μηνών από την υποβολή της αίτησης. Οι πιστωτές μπορούν, αφού λάβουν γνώση όλων των εγγράφων και των στοιχείων της υπόθεσης, με έγγραφο τους που κατατίθεται στη γραμματεία του αρμόδιου δικαστηρίου να προτείνουν τροποποιήσεις του σχεδίου. Το άρθρο 5 παρ. 1 αναφερόταν αρχικώς σε επίδοση αρκετών εγγράφων. Εφόσον η αίτηση ως ενιαίο δικόγραφο περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα που αναφέρει το άρθρο 5 παρ. 1, η επίδοση στους πιστωτές μόνο της αίτησης αρκεί. Γι’ αυτό άλλωστε έγινε και η αντίστοιχη τροποποίηση του άρθρου 5 παρ. 2 με το άρθρο 85 παρ. 3 του Ν. 3996/2011 με αποτέλεσμα πλέον να επιδίδεται μόνο η αίτηση με τον ορισμό της δικασίμου. Σημειώνεται όμως ότι η μη νομότυπη επίδοση θεωρείται αν ο πιστωτής με οποιοδήποτε τρόπο λάβει γνώση και εκθέσει τις απόψεις του εμπροθέσμως στο φάκελο που τηρείται στο Ειρηνοδικείο ή εν γένει παραστεί χωρίς να υποστεί δικονομική βλάβη κατά την έννοια του άρθρου 159 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ (Βενιέρης - Κατσάς, Εφαρμογή του Ν. 3869/ 2010, εκδ. 2011, σελ. 144-145). Τέλος, στο αιτητικό της αίτησης ο οφειλέτης μπορεί να ζητήσει την απαλλαγή του από τα χρέη του ή τη ρύθμιση των οφειλών του και το σχέδιο αποπληρωμής που προτείνει ο ίδιος στο σώμα της αίτησης. Μπορεί όμως και να αρκεστεί στο αίτημα να υπαχθεί στη διαδικασία του Ν. 3869/2010 και να γίνει ρύθμιση των οφειλών του. Το αίτημα δε του δικογράφου ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των άρθρων 173 και 200 Α.Κ.,

δηλαδή υπό την αρχή της καλής πίστης, με αποτέλεσμα ο δικαστής να δύναται να συνάγει ερμηνευτικά το πραγματικό αίτημα του οφειλέτη. Εφαρμόζεται δε το άρθρο 216 Κ.Πολ.Δ, αλλά σχετικοποιείται λόγω της ακολουθούμενης διαδικασίας από το άρθρο 751 Κ.Πολ.Δ. Πάντως, εκτός από το αίτημα στο εισαγωγικό δικόγραφο δυνατή είναι και η μεταβολή ή η συμπλήρωση της πραγματικής βάσης της αίτησης και στους δύο βαθμούς δικαιοδοσίας κατά τα άρθρα 744, 745 Κ.Πολ.Δ ή κατά το άρθρο 224 Κ.Πολ.Δ. Εν γένει προκύπτει από τις διατάξεις των αρθ. 744, 745, 751 Κ.Πολ.Δ, ο ιδιόρρυθμος χαρακτήρας της

εκούσιας δικαιοδοσίας ως μέσο προστασίας κυρίως δημόσιας εμβέλειας συμπεριόντων, ο οποίος επιβάλλει την ενεργό συμμετοχή του δικαστή στη συλλογή, διερεύνηση και αξιολόγηση του πραγματικού υλικού της δίκης, και επιτρέπει τη δυνατότητα συμπλήρωσης με τις προτάσεις, στο δε ειρηνοδικείο ακόμα και προφορικά κατά τη συζήτηση στο ακροατήριο (αρθ. 115 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ) με σχετική καταχώριση στα πρακτικά, εκείνων των στοιχείων της αίτησης που αναφέρονται στο άρθρο 747 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, επομένως και του αιτήματος αυτής (Βενιέρης - Κατσάς, ό.π. σελ. 197 επ.).

Μονομελές Πρωτοδικείο Θεσσαλονίκης - Αριθ. 17753/2012

Πρόεδρος: Σοφία Τσιβούλη (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Κωνσταντία Παναγιωτίδου, Χρήστος Βλάνος

Άρθρα: 1455 παρ. 1, 1458 Α.Κ., 4 παρ. 1, 2 Σ

Υπερχρεωμένα φυσικά πρόσωπα. Πρόσωπα που υπάγονται στις ρυθμίσεις του Ν. 3869/2010. Έννοια του εμπόρου. Εγγύηση. Πότε θεωρείται εμπορική πράξη και πότε προσδίδει στον εγγυητή την εμπορική ιδιότητα. Η μεμονωμένη παροχή εγγύησης για χρηματοδότηση εμπορικής δραστηριότητας, έστω και με την προσδοκία έμμεσου οφέλους εκ μέρους του εγγυητή, δεν αρκεί για να προσδώσει σ' αυτόν την εμπορική ιδιότητα.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 Ν. 3869/2010 για τη ρύθμιση των οφειλών των υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων, φυσικά πρόσωπα που δεν έχουν πτωχευτική ικανότητα και έχουν περιέλθει, χωρίς δόλο, σε μόνιμη αδυναμία πληρωμής ληξιπρόθεσμων χρηματικών οφειλών τους (οφειλέτες) δικαιούνται να υποβάλουν στο αρμόδιο δικαστήριο αίτηση για τη ρύθμιση των οφειλών τους και απαλλαγή. Ακολούθως, στην παράγραφο 2 του ιδίου άρθρου ορίζονται οι οφειλές των οποίων δεν επιτρέπεται η ρύθμιση, οι οποίες είναι: α) αυτές

που έχουν αναληφθεί το τελευταίο έτος πριν την υποβολή της αίτησης για την έναρξη της διαδικασίας κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 4 του ιδίου νόμου, β) αυτές που προέκυψαν από αδικοπράξια που διαπράχθηκε με δόλο, από διοικητικά πρόστιμα, χρηματικές ποινές, φόρους και τέλη προς το Δημόσιο και τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού, τέλη προς Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου και εισφορές προς οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης και γ) αυτές που προέκυψαν από χορήγηση δανείων από Φορείς Κοι-

νωνικής Ασφάλισης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 15 και 16 του ως άνω νόμου. Από την ανωτέρω διάταξη συνάγεται ότι στη ρύθμιση των οφειλών σύμφωνα με τις διατάξεις του παραπάνω νόμου υπάγονται μόνο φυσικά πρόσωπα, τα οποία δεν έχουν πτωχευτική ικανότητα. Ποια πρόσωπα έχουν τέτοια ικανότητα ορίζεται στο άρθρο 2 παρ. 1 του Πτωχ.Κ (Ν. 3588/2007), κατά το οποίο, πτωχευτική ικανότητα έχουν οι έμποροι. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 του ΕμπΝ, έμπορος είναι ο κατά σύνηθες επάγγελμα ασκών εμπορικές πράξεις. Οι έμποροι, συνεπώς, για τους οποίους, μάλιστα, βάσει του άρθρ. 8 παρ. 2 του Διατάγματος περί αρμοδιότητας των εμποροδικείων, ισχύει το τεκμήριο της εμπορικότητας, σύμφωνα με το οποίο όλες οι συναλλαγές που γίνονται από τον έμπορο τεκμαίρεται ότι γίνονται χάριν της εμπορίας του, αποκλείονται από την εφαρμογή του νόμου. Έτσι, υπάγονται στη ρύθμιση του ανωτέρω νόμου τα πρόσωπα που δεν ασκούν αυτοτελή οικονομική δραστηριότητα που να τους προσδίδει την ιδιότητα του εμπόρου, όπως, επίσης, και πρόσωπα τα οποία ήταν έμποροι, έπαυσαν, όμως, την εμπορία ή την οικονομική τους δραστηριότητα, χωρίς κατά την παύση αυτή να έχουν παύσει τις πληρωμές τους, ενώ, αντίθετα, δεν υπάγονται στη ρύθμιση του νόμου τα πρόσωπα το οποία, κατά το χρόνο παύσης των πληρωμών, είχαν την εμπορική ιδιότητα. Επιβάλλεται, όμως, να γίνεται διάκριση μεταξύ του εμπορικού χαρακτήρα της πράξης από την κτήση ή μη της εμπορικής ιδιότητας. Επομένως, στις ρυθμίσεις του Ν. 3869/2010 υπάγονται και οφειλές που, μολονότι έχουν ενεργήσει μία αντικειμενικά εμπορική πράξη, εντούτοις

δεν αποκτούν την ιδιότητα του εμπόρου. Περαιτέρω, η εγγύηση είναι, καταρχήν, αστική πράξη, αφού παρέχεται χαριστικά για εξυπηρέτηση ξένου συμφέροντος. Αν όμως, αυτή δίνεται από τον εγγυητή κατ' εκμετάλλευση της πίστης που παρέχει το όνομά του και η οικονομική του επιφάνεια, με την είσπραξη απ' αυτόν αμοιβής ή άλλης χρηματικής ωφέλειας ή με οποιοδήποτε άλλο, άμεσο ή έμμεσο οικονομικό όφελος, που αντλείται από το λόγο για τον οποίο δόθηκε η εγγύηση και με την ανάληψη του σχετικού κινδύνου, τότε αυτή είναι εμπορική πράξη για τον εγγυητή και, μάλιστα, ανεξάρτητα από τον εμπορικό χαρακτήρα της κύριας οφειλής ή της εμπορικής ιδιότητας του εγγυητή, δηλαδή, αντικειμενικά εμπορική πράξη, κατ' αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 2 Β.Δ/τος 2/14-5-1835 «περί αρμοδιότητας των εμποροδικείων», διότι συντρέχουν τα προσδιοριστικά στοιχεία της εξ αντικειμένου εμπορικότητας, δηλαδή η διαμεσολάβηση στην παροχή πίστης με την ανάληψη του κινδύνου, προς το σκοπό απόλαυσης οικονομικού οφέλους. Επομένως, η κατά σύνηθες επάγγελμα παροχή τέτοιων εγγυήσεων προσδίδει σ' αυτόν που τις παρέχει, κατά την έννοια του άρθρου 1 ΕμπΝ, την ιδιότητα του εμπόρου (Ολ.Α.Π 1513/1980, Α.Π. 1692/1998 Ελλ.Δ/νη 1999, σ. 101, Α.Π. 48/1996 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, Εφ.Θεσ 1903/2003 Αρμ 2005, 1056, Εφ.Θεσ 1534/1996 Αρμ 1996, 1106, Π.Πρ.Θεσ 7802/1995 Αρμ 1996, 469). Συνεπώς, η μεμονωμένη παροχή εγγύησης, έστω και με την κτήση η προσδοκία κτήσης οφέλους, δεν αρκεί για να προσδώσει στον εγγυητή την ιδιότητα του εμπόρου, αλλά θα πρέπει αυτή να είναι συστηματική και κατά σύνηθες επάγγελ-

μα (βλ. και Π.Πρ.Αθ 646/2005, Π.Πρ.Αθ 739/2005 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ). Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 Ν. 3869/2010, στην προβλεπόμενη απ' αυτόν διαδικασία ρύθμισης των οφειλών δύναται να υπαχθεί κάθε αστικό χρέος, μπορεί, όμως, να υπαχθεί και κάθε εμπορικό χρέος, αφού, κατά την ανωτέρω διάταξη, εξαιρούνται μόνο τα πρόσωπα που έχουν πτωχευτική ικανότητα, ήτοι τα πρόσωπα που φέρουν την εμπορική ιδιότητα, χωρίς να γίνεται καμία διάκριση της φύσης των χρεών τους, ήτοι ακόμα και αν τα χρέη τους είναι αστικά ή θέλουν να υπαγάγουν στην ανωτέρω διαδικασία μόνο αστικά χρέη. Συνεπώς, αφού ο νόμος δεν προέβλεψε το αντίθετο, όπως ρητά έπραξε για την ιδιότητα του οφειλέτη που προτίθεται να υπαχθεί στη διαδικασία, υπόκεινται στη ρύθμιση οποιοσδήποτε απαιτήσεις του μη εμπορεύ οφειλέτη, εκτός απ' αυτές που ρητά εξαιρούνται στην παράγραφο 2 του άρθρου 1 του ως άνω νόμου (Έτσι, Ιακ. Βενέρης-Θεοδ. Κατσάς: Εφαρμογή του Ν. 3869/2010 για τα υπερχρεωμένα φυσικά πρόσωπα, έκδοση Νομικής Βιβλιοθήκης, σ. 89, contra Αθ. Κρητικός: Ρύθμιση των οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων με βάση τον Ν. 3869/2010, έκδ 2012, σ. 53 παρ. 11).

Η εκκαλούσα, με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης έφεσης, ισχυρίζεται ότι η εκκαλούμενη απόφαση πλημμελώς ερμήνευσε και εφάρμοσε το νόμο, δεχόμενη ότι η αιτούσα-εφεσίβλητη και η προς ρύθμιση οφειλή της υπάγονται στη διαδικασία ρύθμισης του Ν. 3869/2010, ενώ, εάν ερμήνευε και εφάρμοζε σωστά το νόμο, θα έπρεπε να απορρίψει την αίτηση ως νομικά αβάσιμη και να δεχτεί ότι η αιτούσα-εφεσίβλητη εξαιρείται από την εφαρμογή

του ανωτέρω νόμου, διότι απέκτησε την ιδιότητα του εμπορεύ, αφού εγγυήθηκε, δεχόμενη και την εγγραφή προσημείωσης υποθήκης σε ακίνητο της ιδιοκτησίας της, υπέρ του συζύγου της, για τη χρηματοδότησή του από τράπεζα (την εκκαλούσα), προκειμένου αυτός να διευκολυνθεί στις εμπορικές του δραστηριότητες, ως μέλος ομόρρυθμης εμπορικής εταιρείας, χρηματοδότηση η οποία δεν θα είχε παρασχεθεί χωρίς τη συμβολή της, είχε, δε, προσδοκώμενο όφελος από τη συνέχιση λειτουργίας της επιχείρησης του συζύγου της, αφού με τα έσοδα απ' αυτή ο παρπάνω θα συνεισέφερε στις οικογενειακές ανάγκες και, επιπλέον, γνώριζε πλήρως τον κίνδυνο που αναλάμβανε με την παροχή της εγγύησης. Επίσης, η εκκαλούσα ισχυρίζεται ότι, ακόμα και αν η παροχή της ένδικης εγγύησης δεν προσέδωσε στην εφεσίβλητη την ιδιότητα του εμπορεύ, η ένδικη οφειλή της δεν δύναται να υπαχθεί στη ρύθμιση του Ν. 3869/2010, διότι η γραμματολογική και τελεολογική ερμηνεία του δεν επιτρέπει την υπαγωγή σ' αυτόν εμπορικών χρεών, όπως είναι το επίδικο. Ο λόγος αυτός της έφεσης πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, διότι το γεγονός της άπαξ παροχής εγγύησης από την αιτούσα - εφεσίβλητη για τη χρηματοδότηση της εμπορικής δραστηριότητας του συζύγου της, έστω και με την τυχόν απόκτηση έμμεσου οφέλους για την ίδια από την επαύξηση της συμμετοχής του στην κάλυψη των οικογενειακών αναγκών, δεν είναι ικανό να της προσδώσει την εμπορική ιδιότητα, αφού γι' αυτό απαιτείται, κατά τα αναφερόμενα στην ανωτέρω νομική σκέψη, η παροχή εγγύησης να γίνεται συστηματικά και κατά σύνηθες επάγγελμα, γεγονός, όμως, που δεν επικαλείται η εκκαλούσα, η οποία,

αντίθετα, αναφέρεται σε μία μεμονωμένη πράξη παροχής εγγύησης από την αντίδικό της. Εξάλλου, απορριπτός τυγχάνει ο υπό κρίση λόγος της έφεσης και κατά το σκέλος του με το οποίο αμφισβητείται η δυνατότητα της ένδικης οφειλής να ρυθμιστεί κατά τις διατάξεις του Ν. 3689/2010, καθόσον, ανεξάρτητα από το χαρακτήρα της ως εμπορικής ή αστικής οφειλής, εφόσον ο οφειλέτης της δεν φέ-

ρει την ιδιότητα του εμπόρου, όπως, κατά τα παραπάνω αναφερόμενα, συμβαίνει στην προκείμενη περίπτωση, υπάγεται στη ρύθμιση του ανωτέρω νόμου. Συνεπώς, το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο που με την εκκαλουμένη απόφαση έκρινε τα ίδια, έστω και με εν μέρει διάφορη αιτιολογία, η οποία κατά το σημείο αυτό αντικαθίσταται ως ανωτέρω, ορθά το νόμο ερμήνευσε και εφάρμοσε.

Ειρηνοδικείο Πατρών - Αριθ. 127/2012

Πρόεδρος: Γρηγόριος Κομπολίτης (Ειρηνοδίκης)

Διηγόροι: Σοφία Μαγγιώρου, Ευγενία Σπυροπούλου, Αγγελική Καρακώστα, Βασιλική Γεωργακοπούλου, Θεοφάνης Κατσίνας, Στέφανος Καραμπίνας

Άρθρα: 532 παρ. 1 Α.Κ., Ν. 3869/2010

Ρυθμίσεις οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων. Ένταξη απαίτησης από πώληση αυτοκινήτου με παρακράτηση κυριότητας. Εάν πριν από την αποπληρωμή του τμήματος πώλησης αυτοκινήτου που έχει παρακρατηθεί η κυριότητα από τον πωλητή ο αγοραστής ζητήσει την ένταξη του στις ρυθμίσεις του Ν. 3869/2010, δεν θίγονται τα δικαιώματα του πωλητή από τη σύμβαση. Η δυνατότητα του πωλητή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση προϋποθέτει υπερημερία του αγοραστή είτε πριν από την κατάθεση της αίτησης είτε μετά την κατάθεση της αίτησης και μέχρι τη δικαστική ρύθμιση. Μόνη η κατάθεση της αίτησης δεν συνεπάγεται αναστολή καταβολής των δόσεων. Αν ο πωλητής δεν υπαναχωρήσει από τη σύμβαση μέχρι τη δικαστική ρύθμιση της οφειλής, η απαίτηση του θα ενταχθεί στη ρύθμιση.

Με τη με αριθ. κατ. 217/11 κρινόμενη αίτηση, η αιτούσα επικαλούμενη έλλειψη πτωχευτικής ικανότητας και μόνιμη αδυναμία πληρωμής των ληξιπρόθεσμων χρηματικών οφειλών της προς τους πιστωτές, που αναφέρονται στην περιεχόμενη στην αίτηση αναλυτική κατάσταση, ζητά τη ρύθμιση των χρεών της, σύμφωνα με το σχέδιο διευθέτησης που υποβάλλει και αφού ληφθούν υπόψη η περιουσιακή και οικογενειακή της κατάσταση που εκθέτει αναλυτικά, με σκοπό την απαλλαγή της απ' αυτά.

Με το παραπάνω περιεχόμενο η αίτηση είναι πλήρως ορισμένη, απορριπτομένων

των περί αοριστίας της ισχυρισμών των μετεχουσών, αφού αναφέρονται τα εισοδήματα της αιτούσας και του συζύγου της και η προέλευσή τους, καθώς και το συνολικό ύψος των βιοτικών της αναγκών, μη απαιτούμενης της εξειδίκευσής τους, επίσης περιγράφονται λεπτομερώς οι απαιτήσεις των πιστωτών με αναφορά της έννομης σχέσης από την οποία απορρέουν, του ποσού τους κατά κεφάλαιο τόκους και έξοδα και των ασφαλειών, μη απαιτούμενων άλλων στοιχείων, ούτε της αναφοράς των λόγων που οδήγησαν την αιτούσα σε οικονομική αδυναμία (βλ. Βενιέρη-Κατσά «ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ Ν.

3869/2010» σελ.132, 137), αρμόδια φέρεται για συζήτηση στο δικαστήριο αυτό, κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας των αρθ. 741 επ. Κ.Πολ.Δ (άρθρο 3 Ν. 3869/2010), εφόσον για το παραδεκτό της: α) τηρήθηκε η προδικασία του εξωδικαστικού συμβιβασμού με τη διαμεσολάβηση προσώπου απ' αυτά που έχουν σχετική εξουσία από το νόμο (βλ. αρθ. 2 Ν. 3869/2010), ο οποίος απέτυχε όπως βεβαιώνεται από το διαμεσολαβητή φορέα «INKA ΕΝΩΣΗ ΚΑΤΑΝΑΛΩΤΩΝ ΝΟΜΟΥ ΑΙΤΩΛ/ΝΙΑΣ», β) κατατέθηκε μέσα στην εξάμηνη προθεσμία του αρθ. 2 παρ. 1 Ν. 3869/2010 από τη αποτυχία του εξωδικαστικού συμβιβασμού, όπως προκύπτει από την ημερομηνία αποτυχίας που αναγράφεται στη βεβαίωση του διαμεσολαβητή (14-6-11) σε συνδυασμό με την ημερομηνία κατάθεσης της αίτησης ρύθμισης (27-7-11), και γ) δεν εκκρεμεί άλλη αίτηση της αιτούσας για ρύθμιση των χρεών της στο Δικαστήριο αυτό ή άλλο Ειρηνοδικείο της χώρας, ούτε έχει απορριφθεί προγενέστερη αίτησή της για ουσιαστικούς λόγους, όπως διαπιστώθηκε μετά από αυτεπάγγελτο έλεγχο κατ' αρθ. 13 παρ. 2 (βλ. σχετικές βεβαιώσεις των Γραμματέων του Δικαστηρίου αυτού και του Ειρηνοδικείου Αθηνών). Παραδεκτά εισάγεται προς συζήτηση μετά: α) την εμπρόθεσμη και νομότυπη επίδοση στις μετέχουσες της αίτησης με ορισμό δικασίμου για τη συζήτησή της, με πρόσκληση να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δύο μηνών από την κατάθεση της αίτησης κατ' αρθ. 5 παρ. 1 Ν. 3869/2010 (βλ. τις 9540β, 9518β, 9506β, 9535β, 9500β και 9522β/2-8-11 εκθέσεις επίδοσης του δικαστικού επιμελητή στο Πρωτοδικείο Αθηνών ...), β) την εμπρόθεσμη κατάθε-

ση στη γραμματεία του δικαστηρίου αυτού των εγγράφων του αρθ. 4 παρ. και 4 Ν. 3869/2010 (βεβαίωσης αποτυχία του εξωδικαστικού συμβιβασμού, υπεύθυνης δήλωσης για την ορθότητα και πληρότητα των καταστάσεων κ.λπ.) και γ) την αποτυχία του δικαστικού συμβιβασμού, δοθέντος ότι δεν έχει γίνει δεκτό το σχέδιο διευθέτησης οφειλών από όλους τους συμμετέχοντες πιστωτές (βλ. τις έγγραφες τους απαντήσεις τους).

Η μετέχουσα «...» ισχυρίζεται ότι η απαίτησή της κατά της αιτούσας προέρχεται από σύμβαση χορήγησης δανείου για την αγορά αυτοκινήτου με το όρο παρακράτησης από την πωλήτρια της κυριότητάς του μέχρι την αποπληρωμή του τιμήματος, η οποία πωλήτρια της εκχώρησε λόγω ενεχύρου τις από την πώληση και παρακράτηση της κυριότητας αξιώσεις της για υπαναχώρηση από τη σύμβαση, δικαίωμα το οποίο έχει ήδη ασκήσει, λόγω υπερημερίας της αιτούσας. Κατόπιν αυτών ζητά να εξαιρεθεί της διαδικασίας της ρύθμισης το αυτοκίνητο και να μην ενταχθεί στη ρύθμιση των χρεών της αιτούσας η απαίτηση για το τίμημα. Από τη διάταξη του άρθ. 532 παρ. 1 Α.Κ., συνάγεται ότι όταν η πώληση έγινε με τον όρο παρακράτησης της κυριότητας τελεί υπό την αναβλητική αίρεση της αποπληρωμής του τιμήματος και ως εκ τούτου, κατά το διάστημα της αβεβαιότητας, ο πωλητής είναι όχι μόνο κύριος αλλά και νομέας του πράγματος, ο δε αγοραστής από την παράδοση σ' αυτόν του πράγματος έχει απλή κατοχή που την ασκεί στο όνομα του κυρίου. Εάν πριν την αποπληρωμή του τιμήματος μιας τέτοιας πώλησης με σύμφωνο επιφύλαξης της κυριότητας ο αγοραστής περιέλθει σε κατάσταση αδυναμίας πληρωμής των οφειλών του και

ζητήσει τη διευθέτησή τους με την ένταξη του στις ρυθμίσεις του Ν. 3869/10, σύμφωνα με την αναλογικά εφαρμοζόμενη, κατ’ αρθ. 15 Ν. 3869/10 διάταξη του αρθ. 35 παρ. 2 εδ. α’ ΠτωχΚ (Ν. 3588/07), δε θίγονται τα δικαιώματα του πωλητή που απορρέουν από την επιφύλαξη της κυριότητας. Για την άσκησή τους όμως θα πρέπει να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση της πώλησης, υπαναχώρηση η οποία προϋποθέτει υπερήμερία του αγοραστή (Ψυχομάνης, Πτωχευτικό δίκαιο, σελ. 298 επ.). Μόνη η υποβολή της αίτησης ρύθμισης δε συνεπάγεται οπωσδήποτε υπερήμερία του οφειλέτη, αλλά θα πρέπει αυτός να είχε καταστεί υπερήμερος είτε πριν την αίτηση είτε και στη συνέχεια μέχρι τη δικαστική ρύθμιση, αφού μόνη η υποβολή της αίτησης δε συνεπάγεται αναστολή καταβολής των δόσεων, εκτός αν διατάχθηκε τέτοια στα πλαίσια του αρθ. 6 παρ. 2 Ν. 3869/10 ή των αρθ. 4 παρ. 4 Ν. 3869/10 και 781 Κ.Πολ.Δ (βλ. και σε Κρητικό «Ρύθμιση των οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων», εκδ. 2010, σελ. 101). Εφόσον συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις της υπαναχώρησης και ασκήθηκε από τον πωλητή, μπορεί να ζητήσει την απόδοση του πράγματος είτε με βάση το αρθ. 37 παρ. 1 ΠτωχΚ, είτε κατ’ αρθ. 987 και 1094 Α.Κ., λόγω ματαίωσης της αίρεσης ως προς την πληρωμή του τιμήματος (αρθ. 532 Α.Κ.). Παράλληλα με την απόσβεση των υποχρεώσεων από τη σύμβαση δεν οφείλεται το υπόλοιπο του τιμήματος και συνεπώς δεν αποτελεί παθητικό της περιουσίας του οφειλέτη και δεν μπορεί να ενταχθεί ως χρέος του στη ρύθμιση. Εφόσον όμως δεν ασκηθεί υπαναχώρηση από τον πωλητή ή η ασκηθείσα δεν επέφερε έννομες συνέπειες επειδή δεν συνέτρεχε υπερήμερία του αγοραστή, ο

πωλητής θα ενταχθεί στη ρύθμιση για την απαίτησή του από το τίμημα της πώλησης, υποχρεούμενος να δεχθεί την εκπλήρωση της παροχής του αγοραστή, όπως θα διαμορφωθεί με τη δικαστική παρέμβαση ως προς το ύψος και τον τρόπο καταβολής της. Παράλληλα δικαιούται να ζητήσει την εξαίρεση από τη ρευστοποίηση του πωληθέντος, αφού αυτός είναι κύριος και νομέας του και δεν περιλαμβάνεται στην περιουσία του οφειλέτη, ο οποίος έχει μόνο την κατοχή του, τη δε κυριότητά του θα αποκτήσει αυτοδικαίως με την πλήρωση της αίρεσης της αποπληρωμής του τιμήματος, όπως αυτό θα προσδιοριστεί στα πλαίσια της ρύθμισης, δηλαδή με την τήρηση των όρων της ρύθμισης και την απαλλαγή του κατ’ αρθ. 11 Ν. 3869/10.

Στην προκειμένη περίπτωση, με τη με αριθ. ... σύμβαση μεταξύ της μετέχουσας τράπεζας «...», της εταιρείας με την επωνυμία «...» και της αιτούσας, συμφωνήθηκε η πώληση στην τελευταία ενός αυτοκινήτου τύπου ... με αριθ. κυκλοφορίας ... και πλαισίου ..., αντί τιμήματος 17.600 ευρώ, υπό τον όρο της παρακράτησης της κυριότητας και νομής του από την πωλήτρια μέχρι την πλήρη και ολοσχερή εξόφληση του τιμήματος από την αιτούσα, στην οποία παραδόθηκε η κατοχή και χρήση του. Με την ίδια αυτή σύμβαση η πιστώτρια τράπεζα χορήγησε στην αιτούσα δάνειο ύψους ίσο με το τίμημα της πώλησης, το οποίο συμφωνήθηκε να εξοφληθεί σε 70 ισόποσες μηνιαίες δόσεις ποσού 251,43 ευρώ κάθε μία, μέσω του ... λογαριασμού της αιτούσας. Προς εξασφάλιση της εκπλήρωσης των υποχρεώσεων της αιτούσας, η πωλήτρια εκχώρησε στην τράπεζα λόγω ενεχύρου τις από την πώληση και παρακράτηση της κυριότητας αξιώσεις της για υπαναχώρηση από τη

σύμβαση και απόδοση της νομής του αυτοκινήτου, καθώς και τις σχετικές αγωγές. Ακόμη συμφωνήθηκε ότι σε περίπτωση καθυστέρησης οποιασδήποτε οφειλής η αιτούσα θα περιερχόταν χωρίς όχληση σε υπερήμερία και η πιστώτρια τράπεζα θα είχε το δικαίωμα να καταγγείλει το δάνειο, εφόσον η καθυστέρηση ξεπερνούσε τις 60 ημέρες, οπότε θα γινόταν ληξιπρόθεσμο και απαιτητό το σύνολο του χρέους. Με τη με αριθ. κατ. 9979/4-8-10 αίτηση ασφαλιστικών μέτρων η πιστώτρια τράπεζα επικαλούμενη καταγγελία της σύμβασης και υπαναχώρηση λόγω υπερήμερίας της αιτούσας περί την καταβολή ληξιπρόθεσμων δόσεων του δανείου, ζήτησε την απόδοση της κατοχής και χρήσης του αυτοκινήτου. Δικάσιμος επί της αίτησης αυτής ορίστηκε η 28-1-11 και μετά από αναβολή η 30-9-11, πλην όμως δεν προκύπτει αν κοινοποιήθηκε η αίτηση αυτή ή η επικαλούμενη μ' αυτή εξώδικη δήλωση περί υπαναχώρησης από τη σύμβαση στην αιτούσα, ούτε αν έλαβε χώρα συζήτηση της υπόθεσης και ποιο το αποτέλεσμα της (δεν προσκομίζεται σχετική απόφαση). Λίγες ημέρες μετά την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων καταρτίστηκε μεταξύ της πιστώτριας τράπεζας και της αιτούσας η από 30-8-10 συμφωνία διακανονισμού οφειλής, με την οποία, αφού αναγνωρίστηκε το ύψος της ποσού τότε 11.011,73 ευρώ, συμφωνήθηκε η εξόφλησή του με συνεχείς ισόποσες μηνιαίες δόσεις των 250 ευρώ, αρχής γενομένης από το Σεπτέμβριο του 2010. Σε εκτέλεση της συμφωνίας αυτής η αιτούσα καταβάλλει έκτοτε το συμφωνηθέν ποσό της μηνιαίας δόσης, όπως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα γραμμάτια είσπραξης και συνομολογείται από τη μετέχουσα τράπεζα (βλ. προτάσεις της). Με βάση τα

προλεχθέντα δεν προκύπτει η περιέλευση στην αιτούσα της περί υπαναχώρησης δήλωσης βούλησης της τράπεζας, με την κοινοποίηση σ' αυτήν εξώδικης δήλωσης ή της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και κατ' επέκταση η επικαλούμενη άσκηση του δικαιώματος προς υπαναχώρηση από τη δικαιούχο τράπεζα και συνεπώς δεν επήλθε η έννομη συνέπεια της κατάργησης της όλης ενοχικής σχέσης. Αλλά και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ασκήθηκε υπαναχώρηση, με τη μεταγενέστερη αυτής συμφωνία διακανονισμού οφειλής οι συμβαλλόμενοι ενόψει του ενδοτικού χαρακτήρα των άνω διατάξεων της συμβατικής υπαναχωρήσεως, στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων (άρθ. 361 Α.Κ.), κατέστησαν ανενεργά τα αποτελέσματά της υπό την αίρεση της εκπλήρωσης της νέας σύμβασης στο χρόνο που συμφωνήθηκε (Α.Π. 886/2011 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ). Η συμφωνία αυτή διακανονισμού της οφειλής τηρήθηκε με συνέπεια από την αιτούσα μέχρι και τον προηγούμενο μήνα (τελευταία καταβολή ποσού 300 ευρώ τις 30-8-12), όπως συνομολογείται από την πιστώτρια τράπεζα (βλ. προτάσεις της) και προκύπτει από τα γραμμάτια είσπραξης και συνεπώς εφόσον δεν έχει περιέλθει σε υπερήμερία δε συντρέχουν οι προϋποθέσεις υπαναχώρησης από τη σύμβαση. Βέβαια με την απάντησή της στο σχέδιο διευθέτησης επικαλείται τη γενόμενη καταγγελία της σύμβασης και υπαναχώρησή της απορρίπτοντας το σχέδιο και ζητώντας την επιστροφή του αυτοκινήτου. Όμως, αφενός δεν προκύπτει η άσκηση της υπαναχώρησης και η επέλευση των αποτελεσμάτων της και αφετέρου και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ασκείται με την απάντηση στο σχέδιο δε συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αφού η αιτούσα κατά το χρόνο της ήταν

συνεπής στα συμφωνηθέντα όπως η ίδια η πιστώτρια ομολογεί και δεν τελούσε σε υπερημερία. Εφόσον λοιπόν η πιστώτρια αυτή δεν έχει ασκήσει το δικαίωμα υπαναχώρησης από τη σύμβαση και μετείχε κανονικά στα προστάδια της ρύθμισης, απορρίπτοντας το προτεινόμενο από την αιτούσα οφειλέτη σχέδιο, μετέχει κανονικά στη ρύθμιση και υποχρεούται να αποδεχθεί την εκπλήρωση της σύμβασης

όπως θα διαμορφωθεί ως προς το ύψος του οφειλόμενου τιμήματος της πώλησης και τον τρόπο πληρωμής του από το δικαστήριο στα πλαίσια της ρύθμισης. Δικαιούται όμως σε εξαίρεση του αυτοκινήτου από τη ρευστοποίηση, εφόσον παραμένει κυρία και νομέας του η δε αιτούσα έχει απλή κατοχή, και συνεπώς δεν αποτελεί περιουσιακό της στοιχείο υποκείμενο σε ρευστοποίηση.

ΔΙΚΑΙΟ ΠΙΣΤΩΤΙΚΩΝ ΤΙΤΛΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών - Αριθ. 779/2012

Πρόεδρος: Θεοδούλης Οικονόμου (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Αντώνιος Σώφρονας, Μαρία Χριστοδούλου

Άρθρα: 22 Ν. 5960/1933, 632 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ

Διαταγή πληρωμής από επιταγή. Ενστάσεις κατά του τρίτου κομιστή που στηρίζονται στις προσωπικές σχέσεις του εκδότη και των προηγούμενων οπισθογραφών. Προϋποθέσεις για την παραδεκτή προβολή των ενστάσεων. Περίπτωση επιταγής ευκολίας. Ακύρωση της διαταγής πληρωμής που εκδόθηκε βάσει επιταγής ευκολίας, διότι η κομίστρια τράπεζα, αν και γνώριζε τα δυσμενή οικονομικά στοιχεία της προηγούμενης οπισθογράφου και την έλλειψη υποκείμενης αιτίας, δέχθηκε τη μεταβίβασή της ως αξίας ενεχύρου προς βλάβη της εκδότριας.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 22 του Ν. 5960/1933 (που είναι ταυτόσημη με αυτή του άρθρου 17 του Ν. 5325/1932) τα εναγόμενα από την επιταγή πρόσωπα μπορούν να αντιτάξουν κατά του κομιστή τις ενστάσεις που στηρίζονται στις προσωπικές τους σχέσεις με τον εκδότη, ή τους προηγούμενους κομιστές, μόνο αν ο κομιστής κατά την κτήση της επιταγής ενήργησε με γνώση για να βλάβει τον οφειλέτη (βλ. Α.Π. 280/1997, ΝοΒ 46/1233, Α.Π. 623/1994, Ελλ.Δ/νη 1995/348). Δηλαδή, για τη δυνατότητα προβολής κατά του τρίτου κομιστή ενστάσεων που στηρίζονται στις προσωπικές σχέσεις του εκδότη και των προηγούμενων οπισθογρά-

φων απαιτείται αφενός γνώση από τον κομιστή της επιταγής του λόγου της ένστασης κατά το χρόνο της κτήσης της και αφετέρου σκοπός βλάβης του κατά τον ίδιο χρόνο (βλ. Α.Π. 8/1994, ΝοΒ 42/1145, Α.Π. 370/1993, Ελλ.Δ/νη 1994/397). Από την παραπάνω διάταξη σε συνδυασμό με εκείνη του άρθρου 1 του ιδίου νόμου προκύπτει το αναιτιώδες της ενοχής από την επιταγή, αλλά ο καλούμενος σε πληρωμή οφειλέτης μπορεί υπό τις άνω προϋποθέσεις να προβάλει ενστάσεις από την υποκείμενη σχέση, δηλαδή την αιτία. Τέτοια ένσταση η οποία στηρίζεται στις προσωπικές σχέσεις του ανακόπτοντος με τον εκδότη ή προηγούμενους οπισθο-

γράφους είναι η έλλειψη υποκειμένης αιτίας την οποία γνώριζε ο κομιστής και ενήργησε προς βλάβη του οφειλέτη (βλ. Εφ.Πειρ 506/2000, Αρχ.Ν 2000/529). Η κακή δε πίστη του κομιστή πρέπει να υπάρχει κατά το χρόνο οπισθογραφήσεως της επιταγής και ουδεμία επίδραση ασκεί η μεταγενέστερη γνώση (βλ. ΕΑ 446/1999, Ελλ.Δ/νη 40/1137).

Με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση ανακοπής η ανακόπτουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής πρέπει να ακυρωθεί, διότι η καθ' ης κατά το χρόνο κτήσης της επίδικης επιταγής γνώριζε ότι η λήπτρια αυτής εταιρία με την επωνυμία «... ...» βρισκόταν ήδη σε οικονομική κατάρρευση και ότι η επιταγή αυτή αποτελούσε επιταγή ευκολίας και παρά ταύτα δέχθηκε την προς αυτήν μεταβίβαση της ως αξία λόγω ενεχύρου προς βλάβη της ίδιας (ανακόπτουσας). Ο ισχυρισμός αυτός είναι νόμιμος στηριζόμενος στις διατάξεις που προεκτέθηκαν στην παραπάνω μείζονα σκέψη και πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω και κατ' ουσίαν.

Από την εκτίμηση του μάρτυρα της ανακόπτουσας που εξετάστηκε ενόρκως στο ακροατήριο αυτού του Δικαστηρίου, η οποία περιλαμβάνεται στα ταυτάριθμα με την παρούσα πρακτικά συνεδριάσεως του (η καθ' ης δεν εξέτασε μάρτυρα), τα προσκομιζόμενα και επικαλούμενα από τους διαδίκους έγγραφα, είτε για άμεση απόδειξη είτε για έμμεση απόδειξη, καθώς και από όλη τη διαδικασία αποδείχθηκαν τα εξής πραγματικά περιστατικά: Με τη με αριθ. 17841/2010 διαταγή πληρωμής του Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών η ανακόπτουσα υποχρεώθηκε να καταβάλλει στην καθ' ης εντόκως το συνολικό ποσό των 13.790 ευρώ. Η ανωτέρω διαταγή πληρωμής εκ-

δόθηκε με βάση τη με αριθμ. ... μεταχρονολογημένη επιταγή εκδόσεως της ανακόπτουσας στη Βάρη Αττικής, με φερόμενη ημερομηνία έκδοσης την 14-5-2010, ποσού 13.790 ευρώ, πληρωτέα από τον τηρούμενο στην τραπεζική εταιρία με την επωνυμία ... με αριθ. ... λογαριασμό της, σε διαταγήν της εταιρίας με την επωνυμία «... ...», η οποία στη συνέχεια και συγκεκριμένα στις 22-1-2010 την οπισθογράφησε και τη μεταβίβασε ως αξία λόγω ενεχύρου στην καθ' ης και η οποία (επιταγή), παρότι εμφανίστηκε νομότυπα και εμπρόθεσμα για πληρωμή στις 14-5-2010, δεν πληρώθηκε λόγω ελλείψεως επαρκούς υπολοίπου και σφραγίστηκε από την καθ' ης, ύστερα από ρητή προς τούτο εξουσιοδότηση της πληρώτριας τράπεζας (όπως αυτό προκύπτει από τη σχετική από 18-5-2010 βεβαίωση της καθ' ης στο σώμα της επιταγής). Περαιτέρω, αποδείχθηκε ότι η παραπάνω επιταγή δεν ανταποκρινόταν σε καμία εμπορική συναλλαγή μεταξύ της ανακόπτουσας και της λήπτριας αυτής εταιρίας με την επωνυμία «... ...», αλλά αποτελούσε επιταγή ευκολίας, εκδόθηκε δε με μοναδικό σκοπό τη χρηματική διευκόλυνση της λήπτριας εταιρίας η οποία αντιμετώπιζε ταμειακές δυσχέρειες και μεταβιβάστηκε σε αυτή, προκειμένου να την εντάξει σε πλαφόν τραπεζικού της λογαριασμού και να την προεξοφλήσει, με τη συμφωνία ότι θα κάλυπτε η ίδια το ποσό που αυτή αντιπροσώπευε και θα την επέστρεφε στην ανακόπτουσα. Η καθ' ης κατά το χρόνο κτήσης της επίδικης επιταγής κατέβαλε το αντίτιμο αυτής στη λήπτρια εταιρία στο πλαίσιο μεταξύ τους συμβατικής σχέσης. Στο πλαίσιο της μεταξύ τους συμβατικής σχέσης η καθ' ης χρηματοδοτούσε την παραπάνω λήπτρια εταιρία μέσω της

χορήγησης διαδοχικών δανείων για την εξασφάλιση της πληρωμής των οποίων δεχόταν από αυτή, ως ενέχυρο επιταγές πελατών, όπως η επίδικη. Συνάγεται επομένως, ότι η καθ’ ης κατά το χρόνο κτήσης της επίδικης επιταγής γνώριζε, άλλως όφειλε να γνωρίζει, αφού είχε στη διάθεσή της τον απαραίτητο μηχανισμό, ότι η λήπτρια εταιρία παρουσίαζε από πολύ νωρίτερα δυσμενή οικονομικά στοιχεία και να προβεί σε έλεγχο αυτών. Παρά ταύτα η καθ’ ης παρέλαβε την επίδικη επιταγή και προέβη σε καταβολή του αντιτίμου της χωρίς να ζητήσει και λάβει επαρκή παραστατικά που να πιστοποιούν την αιτία της έκδοσής της. Ο ισχυρισμός της καθ’ ης ότι παρέλαβε από την ανωτέρω εταιρία τα με αριθ. .../16-12-2009 και .../21-12-2009 τιμολόγια ποσού 13.243,50 ευρώ και 1.229,63 ευρώ αντίστοιχα δεν κρίνεται επαρκής για να στοιχειοθετήσει την καλή πίστη της καθ’ ης κατά το χρόνο κτήσης της επίδικης επιταγής, δεδομένου ότι δεν αποδείχθηκε αν τα ως άνω τιμολόγια δόθηκαν για την επίδικη επιταγή ή για την έτερη μεταχρονολογημένη επιταγή έκδοσης της ανακόπτουσας σε διαταγή της εταιρίας «... ΚΑΙ ...» με αριθ. ..., με φερόμενη ημερομηνία έκδοσης 30-9-2010, ποσού 14.680 ευρώ, ενώ τα εν λόγω τιμολόγια που δεν φέρουν υπογραφές δεν συνοδεύονται και από τα αντίστοιχα δελτία αποστολής. Η συνήθης πρακτική όλων των τραπεζών, η οποία σκοπό έχει να διασφαλίσει την ασφάλεια των συναλλαγών και δη να αντιμετωπίσει το φαινόμενο της μαζικής έκδοσης αξιόγραφων διευκόλυνσης και ενεχύρασης τους απαιτεί ουσιαστικό έλεγχο κάθε μεταχρονολογημένης επιταγής που πρόκειται να ενεχυρασθεί. Τον έλεγχο αυτό αποδείχθηκε ότι δεν διενήργησε σωστά η καθ’ ης

κατά το χρόνο ενεχύρασης της επίδικης επιταγής, ενόψει της θέσης της ως θεματοφύλακας της συναλλακτικής πίστης, ο οποίος (έλεγχος) είναι απαραίτητος και μάλιστα για αφερέγγυους πελάτες όπως η ως άνω λήπτρια εταιρία, για τους οποίους η καθ’ ης έχει πρόσβαση σε συστήματα ασφαλείας και ελέγχου ως προς τη φερεγγυότητα τους (Λευκός Τειρεσίας, Δελτίο ICAP), για το λόγο δε αυτό άλλωστε όταν σφραγίστηκε η επίμαχη επιταγή η καθ’ ης δεν ζήτησε την έκδοση διαταγής πληρωμής και σε βάρος της πελάτισσας της - λήπτριας, αλλά μόνο σε βάρος της ανακόπτουσας, η οποία γνώριζε ότι ήταν φερέγγυα. Κατά συνέπεια συνάγεται ότι η καθ’ ης αποδέχθηκε ότι η προς αυτή μεταβίβαση της επίδικης επιταγής θα μεταίωνε την προβολή ενστάσεων μεταξύ της εκδότριας - ανακόπτουσας από τη μεταξύ τους σχέση με τη λήπτρια εταιρία, όπως μεταξύ άλλων την ένσταση αχρεωστήτου, αλλά παρά ταύτα αποδέχθηκε το ενδεχόμενο να προκληθεί εξ αυτού βλάβη της εκδότριας - ανακόπτουσας, την οποία δεν αποδείχθηκε ότι βαρύνει κάποιο πταίσμα για την έκδοση μεταξύ άλλων και της ένδικης επιταγής, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του σχετικού ισχυρισμού της καθ’ ης περί ιδίου πταίσματος της ανακόπτουσας. Συνεπώς προς τα ανωτέρω, αποδεικνύεται ως βάσιμος και από ουσιαστική άποψη ο ως άνω πρώτος λόγος ανακοπής και παρελκούς της έρευνας των λοιπών λόγων αυτής, πρέπει αυτή να γίνει δεκτή στο σύνολό της και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής. Τέλος τα δικαστικά έξοδα της ανακόπτουσας πρέπει να επιβληθούν σε βάρος της καθ’ ης λόγω της ήττας της (άρθρο 176 Κ.Πολ.Δ), όπως ειδικότερα ορίζεται στο διατακτικό.

Μονομελές Πρωτοδικείο Χανίων - Αριθ. 116/2012

Πρόεδρος: Μαρία Παπαδοπούλου (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Ευγένιος Αρετάκης, Χριστίνα Αντωνίου

Άρθρα: 6 παρ. 1 Ν. 3816/2010, 623, 624 παρ. 1, 631, 682 επ., 724 παρ. 1, 933, 934 παρ. 1 εδ. α', 2 Κ.Πολ.Δ

Αναστολή εκτελέσεως διαταγής πληρωμής. Μη εμφάνιση δυσμενών στοιχείων σε αρχεία δεδομένων. Σύμβαση πιστώσεως με αλληλόχρεο λογαριασμό που καταρτίστηκε μεταξύ της καθής-πιστώτριας και ομόρρυθμης εταιρείας ως πιστούχου, και στην οποία συνεβλήθη η νυν αιτούσα ως εγγυήτρια υπέρ της πιστούχου. Λόγοι ανακοπήs. Εγκυρότητα του τίτλου. Μη ληξιπρόθεσμες οφειλές. Ρύθμιση οφειλών βάσει του Ν. 3816/2010. Προθεσμία για την υποβολή αίτησης ρύθμισης οφειλών (μηνιαία). Μη ενημέρωση της πιστούχου για δυνατότητα ρύθμισης της οφειλής της με αποτέλεσμα να μην έχει αρχίσει η μηνιαία προθεσμία. Ως εκ τούτου πρόκειται για μη ληξιπρόθεσμη και απαιτητή οφειλή. Μη εμφάνιση της οφειλής σε αρχεία δεδομένων οικονομικής συμπεριφοράς (π.χ. Τειρεσίας). Δέχεται την αίτηση. Αναστέλλει την αναγκαστική εκτέλεση. Διατάσσει τη μη εμφάνιση της διαταγής πληρωμής σε αρχεία δεδομένων οικονομικής συμπεριφοράς και την εξάλειψη της προσημείωσης υποθήκης που ενεγράφη στην ακίνητη περιουσία της αιτούσας.

Από την εκτίμηση της ένορκης κατάθεσης του μάρτυρος ..., που εξετάσθηκε στο ακροατήριο με επιμέλεια της αιτούσας, των εγγράφων που νόμιμα επικαλούνται και προσκομίζουν οι διάδικοι, από όσα ανέπτυξαν προφορικά στο ακροατήριο οι πληρεξούσιοι δικηγόροι αυτών, σε συνδυασμό και με όλη γενικώς τη διαδικασία, πιθανολογήθηκαν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Στις 15-2-2011 η καθ' ης η αίτηση επέδωσε στην αιτούσα την από 9-2-2011 επιταγή προς πληρωμή, καταχωρηθείσα παρά πόδας αντιγράφου εξ απογράφου της υπ' αριθ. 116/2011 διαταγής πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου αυτού, επιτάσσοντας την να της καταβάλει το συνολικό ποσό των 144.933,50 ευρώ. Εν συνεχεία, με επίσπευση της καθ' ης και δυνάμει της υπ' αριθμ. 2060/15-7-2011 έκθεσης αναγκαστικής κατάσχεσης ακίνητης περιουσίας, της δικαστικής επιμελήτριας του Πρωτοδικείου Χανίων Μ. Γ., κατασχέθηκε η αναφερόμενη σε αυτήν ακίνητη περιουσία της αιτούσας, που βρίσκεται στην περιο-

χή «...» της πόλης των Χανίων. Εκτελεστός τίτλος, βάσει του οποίου επισπεύδεται η εκτέλεση, είναι, όπως προαναφέρθηκε, η υπ' αριθμ. 116/2011 διαταγή πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου αυτού, με την οποία υποχρεώθηκε, μεταξύ άλλων, και η αιτούσα να καταβάλει στην καθ' ης το ποσό των 140.308,64 ευρώ, πλέον τόκων και εξόδων, για απαίτηση που πηγάζει από την υπ' αριθμ. 52/17-4-2002 σύμβαση παροχής πιστώσεως με ανοικτό (αλληλόχρεο) λογαριασμό, που καταρτίστηκε μεταξύ της καθ' ης, ως πιστώτριας, και της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «...», ως πιστούχου, και στην οποία (σύμβαση) συνεβλήθη η νυν αιτούσα ως εγγυήτρια υπέρ της πιστούχου. Κατά των προαναφερθεισών πράξεων της εκτελεστικής διαδικασίας, ήτοι κατά της από 9-2-2011 επιταγής προς πληρωμή, της υπ' αριθμ. 2060/15-7-2011 έκθεσης αναγκαστικής κατάσχεσης ακίνητης περιουσίας, καθώς και της επακολουθήσας υπ' αριθμ. 2062/22-7-2011 περίληψης της άνω κατασχετήριας έκθε-

σης, η αιτούσα άσκησε ενώπιον του Δικαστηρίου αυτού, νόμιμα και εμπρόθεσμα, την υπ’ αριθ. καταθ. 565/26-7-2011 ανακοπή, στρεφόμενη κατά της νυν αντιδίκου της, δικάσιμος της οποίας ορίστηκε η 8-5-2014. Ταυτόχρονα, με την ως άνω ανακοπή άσκησε την κρινόμενη αίτηση αναστολής εκτέλεσης, σύμφωνα με την προμνησθείσα διάταξη του άρθρου 938 Κ.Πολ.Δ. Με τον δεύτερο λόγο της ανακοπής, ζητεί την ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων της εκτελεστικής διαδικασίας, διατεινόμενη, κατ’ εκτίμηση του περιεχομένου του, ότι είναι ακυρωτέα η διαταγή πληρωμής βάσει της οποίας επισπεύδεται η εκτέλεση, διότι η απαίτηση για την οποία εκδόθηκε δεν ήταν ληξιπρόθεσμη.

Ειδικότερα, εκθέτει ότι η καταγγελία της ένδικης σύμβασης παροχής πιστώσεως με ανοικτό (αλληλόχρεο) λογαριασμό, έλαβε χώρα εκ μέρους της καθ’ ης στις 26-1-2011, ήτοι μετά την πάροδο δύο μηνών από τη δημοσίευση του Ν. 3816/26-1-2010 και πριν την 30η Ιουνίου 2011 και, συνεπώς, η καθ’ ης όφειλε να την ενημερώσει για το δικαίωμα της να προβεί σε ρύθμιση της οφειλής, ενέργεια στην οποία δεν προέβη, με αποτέλεσμα, κατά τον χρόνο εκδόσεως της ένδικης διαταγής πληρωμής (8-2-2011) να μην έχει αρχίσει ακόμη η μηνιαία προθεσμία για την υποβολή αίτησης εκ μέρους της προς ρύθμιση της οφειλής. Ο λόγος αυτός, που αφορά την εγκυρότητα του τίτλου, προβάλλεται παραδεκτως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 933 και 934 παρ. 1 εδ. α’ και 2 Κ.Πολ.Δ, ήτοι εντός της προθεσμίας των δεκαπέντε ημερών αφότου έγινε η πρώτη μετά την επιταγή πράξη εκτέλεσης, ήτοι η σύνταξη της κατασχετήριας έκθεσης, είναι δε νόμιμος, στηριζόμενος στις διατάξεις των άρθρων 623, 624 παρ. 1 του

Κ.Πολ.Δ και 2 παρ. 1, 5 του Ν. 3816/26-1-2010. Πιθανολογείται δε ότι θα ευδοκμήσει και κατ’ ουσίαν, διότι από τα προσκομιζόμενα έγγραφα προκύπτει ότι η καθ’ ης προέβη σε έγγραφη καταγγελία της ένδικης σύμβασης, που επιδόθηκε στην αιτούσα και στην πιστούχο στις 26-1-2011, ήτοι εντός του χρονικού διαστήματος που προβλέπεται στην παρ. 5 του άρθρου 2 του Ν. 3816/26-1-2010. Συνεπώς, όφειλε να ενημερώσει την πιστούχο και την εγγυήτρια για το δικαίωμα τους να προβούν σε ρύθμιση της οφειλής τους, ενέργεια στην οποία δεν πιθανολογείται από κανένα αποδεικτικό μέσο ότι προέβη, ούτε άλλωστε και η ίδια επικαλείται. Επομένως, κατά τον χρόνο έκδοσης της διαταγής πληρωμής (8-2-2011), δεν είχε αρχίσει ακόμη η μηνιαία προθεσμία για την υποβολή αίτησης εκ μέρους της αιτούσας προς υπαγωγή της στον ανωτέρω νόμο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην προαναφερθείσα παρ. 5, και, συνεπώς, η οφειλή αυτής δεν είχε καταστεί ληξιπρόθεσμη. Απαιτούνταν, δηλαδή, για να καταστεί ληξιπρόθεσμη η απαίτηση, να προσηγηθεί η σχετική ενημέρωση ώστε να αρχίσει η μηνιαία προθεσμία και να παρέλθει αυτή άπρακτη ή να απορριφθεί η αίτηση προς ρύθμιση που τυχόν θα υπέβαλε η αιτούσα, εάν αυτή δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις που θέτει ο ως άνω νόμος (άρθρο 1 παρ. 8), ήτοι να διαθέτει φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα. Κατά συνέπεια, είναι ακυρωτέα η ως άνω διαταγή πληρωμής, η οποία αποτέλεσε τον εκτελεστό τίτλο, δυνάμει του οποίου επισπεύδεται η εκτέλεση. Πιθανολογείται, περαιτέρω, ότι από τη συνέχιση της εκτελεστικής διαδικασίας η αιτούσα θα υποστεί βλάβη δυσχερώς επανορθώσιμη, καθόσον θα εκτεθεί σε αναγκαστικό πλειστηριασμό η ακίνητη περιουσία

της και θα απολέσει την κυριότητα αυτής. Σύμφωνα με άρθρο 6 παρ. 1 του Ν. 3816/2010, με αίτηση που στρέφεται κατά του δανειστή και δικάζεται κατά την ειδική διαδικασία των άρθρων 682 επ. Κ.Πολ.Δ, το αρμόδιο κατά τις διατάξεις αυτές δικαστήριο δικαιούται να διατάξει προσωρινά ως ασφαλιστικό μέτρο τη μη εμφάνιση σε αρχεία δεδομένων οικονομικής συμπεριφοράς, που διατηρούν πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή λειτουργούν χάριν αυτών, ληξιπρόθεσμης οφειλής, για την οποία έχει ασκηθεί αγωγή ή ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής ή κατά πράξης της αναγκαστικής εκτέλεσης, εφόσον σφόδρα πιθανολογείται η ανυπαρξία της οφειλής. Στην προκειμένη περίπτωση, η αιτούσα ζητεί, επιπλέον, να διαταχθεί η μη εμφάνιση της ένδικης οφειλής σε αρχεία δεδομένων οικονομικής συμπεριφοράς, που διατηρούν πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή λειτουργούν χάριν αυτών, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προαναφερθείσας ανακοπής. Η αίτηση αυτή είναι νόμιμη, στηριζόμενη στην ανωτέρω διάταξη, και πρέπει να γίνει δεκτή ως και κατ' ουσίαν βάσιμη, διότι όπως πιθανολογήθηκε, η απαίτηση για την οποία εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 116/2011 διαταγή πληρωμής δεν είναι ληξιπρόθεσμη και απαιτητή, κατά τα ανωτέρω εκτιθέμενα, με συνέπεια να εξομοιώνεται κατά λογική και νομική αναγκαιότητα με απαίτηση ανύπαρκτη κατά τον χρόνο της πιθανολόγησης της βασιμότητας της αίτησης του άρθρου 6 παρ. 1 του προαναφερθέντος νόμου (Μον.Πρ.Αθ 2753/2011, Μον.Πρ.Κοζ 497/2011 Δημοσίευση ΝΟΜΟΣ). Η εμφάνιση δε της οφειλής αυτής σε αρχεία δεδομένων οικονομικής συμπεριφοράς (π.χ. Τειρεσίας ΑΕ), χωρίς να συντρέχει το στοιχείο του ληξιπρόθεσμου και απαιτητού, θα έχει ως ενδεχόμε-

νη συνέπεια την αδυναμία χρηματοδότησης της αιτούσας και την εντεύθεν οικονομική της ζημία.

Σύμφωνα με το άρθρο 724 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, ο δανειστής μπορεί με βάση διαταγή πληρωμής χρηματικών απαιτήσεων να ζητήσει εγγραφή προσημείωσης υποθήκης, καθώς και να επιβάλει συντηρητική κατάσχεση στα χέρια του οφειλέτη ή τρίτου για το ποσό που ορίζεται με τη διαταγή πληρωμής, ότι πρέπει να καταβληθεί, ενώ σύμφωνα με την παρ. 2, το δικαστήριο που εξέδωσε τη διαταγή πληρωμής μπορεί με αίτηση εκείνου κατά του οποίου στρέφεται η διαταγή και κατά τη διαδικασία του άρθρου 702 παρ. 1 να αναστείλει ολικά ή εν μέρει την εκτέλεση των ασφαλιστικών μέτρων που αναφέρονται στην παρ. 1, αν πιθανολογείται η εξόφληση ή η ανυπαρξία, ολική ή εν μέρει, της απαίτησης για την οποία έχει εκδοθεί η διαταγή πληρωμής ή να περιορίσει την εκτέλεση σε ορισμένα περιουσιακά στοιχεία, αν πείθεται ότι τα στοιχεία αυτά είναι επαρκή για την εξασφάλιση της απαίτησης. Η σχετική αίτηση φέρει, κατά την κρατούσα γνώμη, χαρακτήρα ανάκλησης του ασφαλιστικού μέτρου της προσημείωσης, η οποία έχει εγγραφεί όχι δυνάμει δικαστικής απόφασης αλλά δυνάμει διαταγής πληρωμής, η οποία αποτελεί εκτελεστό τίτλο, σύμφωνα με τα άρθρα 631 και 724 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, αφού πριν από την εγγραφή της προσημείωσης δεν μπορεί να γίνει λόγος για αναστολή ασφαλιστικού μέτρου που δεν λήφθηκε ακόμη (βλ. Μον.Πρ.Κοζ 497/2011 ό.π., Β. Βαθρακοκοίλη, Ερμ.Κ.Πολ.Δ, τ. Δ', σελ. 261 επ). Στην προκειμένη περίπτωση, η αιτούσα ζητεί, επιπλέον, να διαταχθεί η εξάλειψη της προσημείωσης που ενέγραψε η καθ' ης σε ακίνητη περιουσία της, δυνάμει της προαναφερθείσας διαταγής πληρωμής, επικαλούμενη την πιθανο-

λόγηση ευδοκίμησης της ασκηθείσας από αυτήν ανακοπής. Το αίτημα αυτό είναι νόμιμο, στηριζόμενο στις προαναφερθείσες διατάξεις, και πρέπει να γίνει δεκτό, ως βάσιμο και κατ’ ουσίαν, καθόσον, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η απαίτηση για την οποία εκδόθηκε η υπ’ αριθμ. 116/2011 διαταγή πληρωμής (βάσει της οποίας ενεγράφη εν συνεχεία προσημείωση σε ακίνητα της αιτούσας), δεν είναι ληξιπρόθεσμη και απαιτητή, με συνέπεια αφενός να εξομοιώνεται κατά λογική και νομική αναγκαιότητα με απαίτηση ανύπαρκτη και αφετέρου να καθίσταται ακυρωτέα η ως άνω διαταγή πληρωμής, η οποία και δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου, καθόσον εκκρεμεί προς εκδίκαση η ασκηθείσα κατ’ αυτής ανακοπή. Κατ’ ακολουθίαν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση, ως βάσιμη και κατ’ ουσίαν, ως προς όλα τα αιτήματα αυτής, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο διατακτικό. Η αιτούσα, παρά τα οριζόμενα στο άρθρο 178 παρ. 3 του Κώδικα περί Δικηγόρων, δεν θα καταδικαστεί στα δικαστικά έξοδα της καθ’ ης, ελλείψει υποβολής σχετικού αιτήματος εκ μέρους της τελευταίας.

Για τους λόγους αυτούς δικάζοντας αντιμολία των διαδίκων. Δέχεται την αίτηση. Αναστέλλει τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης που επισπεύδεται από την καθ’ ης σε βάρος της αιτούσας δυνά-

μει της από 9-2-2011 επιταγής προς πληρωμή που έχει καταχωρηθεί παρά πόδας αντιγράφου εξ απογράφου της υπ’ αριθμ. 116/2011 διαταγής πληρωμής τόν Δικαστή του Δικαστηρίου αυτού, της υπ’ αριθμ. 2060/15-7-2011 έκθεσης αναγκαστικής κατάσχεσης ακίνητης περιουσίας, της δικαστικής επιμελήτριας του Πρωτοδικείου Χανίων Μ. Γ., και της υπ’ αριθμ. 2062/22-7-2011 περίληψης κατασχετήριας έκθεσης της ιδίας ως άνω δικαστικής επιμελήτριας, μέχρι να εκδοθεί οριστική απόφαση επί της υπ’ αριθμ. καταθέσεως 565/26-7-2011 ανακοπής που άσκησε η αιτούσα και υπό τον όρο ότι η ανακοπή θα συζητηθεί κατά την ορισθείσα δικάσιμο της 8ης-5-2014.

Διατάσσει τη μη εμφάνιση της υπ’ αριθμ. 116/2011 διαταγής πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου αυτού, σε αρχεία δεδομένων οικονομικής συμπεριφοράς, που διατηρούν πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα ή λειτουργούν χάριν αυτών, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της ανωτέρω ανακοπής.

Διατάσσει την εξάλειψη της προσημείωσης υποθήκης που ενεγράφη δυνάμει της υπ’ αριθμ. 116/2011 διαταγής πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου αυτού, στην ακίνητη περιουσία της αιτούσας (με αριθμό καταχώρησης στο κτηματολογικό γραφείο Χανίων 537/15-2-2011).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 27/2012

Πρόεδρος: Αθηνά Κυτρίδου (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Ιωάννης Παπαδάκης, Απόστολος Σφακιανάκης

Άρθρα: 281, 288, 300, 914 Α.Κ., 1, 2, 28, 29, 56, 79 παρ. 1 Ν. 5960/1933, 623, 634 Κ.Πολ.Δ

Αναστολή εκτέλεσης διαταγής πληρωμής από επιταγή. Μεταχρονολογημένη επιταγή. Κρίση ότι μπορεί να εκδοθεί διαταγή πληρωμής από μεταχρονολογημένη επιταγή και δεν είναι απαίτητο στην αίτηση να αναγράφεται ότι πρόκειται για μεταχρονολογημένη επιταγή.

Από τις διατάξεις των άρθρων 1, 2, 28, 29, 56 και 79 παρ. 1 του Ν. 5960/1933 "περί επιταγής" συνάγεται ότι η σημείωση του χρόνου έκδοσης της επιταγής είναι απαραίτητο τυπικό στοιχείο του κύρους της, το οποίο όμως δεν θίγεται αν η σημειούμενη χρονολογία στο σώμα της επιταγής δεν είναι αληθινή, αφού η επιταγή είναι πληρωτέα πάντοτε "εν όψει", με την προϋπόθεση εμφάνισης της μέσα σε οκταήμερη προθεσμία από την αναγραφόμενη επ' αυτής ημεροχρονολογία έκδοσης της. Έτσι, η μεταχρονολογημένη επιταγή είναι έγκυρη, εφόσον η χρονολογία έκδοσης της τέθηκε από τον εκδότη ή τον κομιστή στα πλαίσια της εξουσιοδοτικής συμφωνίας του εκδότη προς αυτόν και μπορεί να εμφανισθεί προς πληρωμή και πριν από την ημεροχρονολογία που φέρεται ότι εκδόθηκε, οπότε οφείλει ο εκδότης να έχει διαθέσιμα κεφάλαια για την πληρωμή της επιταγής. Από τις ανωτέρω διατάξεις σε συνδυασμό με εκείνες των άρθρων 623 και 624 Κ.Πολ.Δ προκύπτει ότι με βάση μεταχρονολογημένη επιταγή μπορεί να εκδοθεί διαταγή πληρωμής και δεν είναι απαραίτητο στην αίτηση έκδοσης της να αναγράφεται ότι πρόκειται για μεταχρονολογημένη επιταγή, αφού η εμφάνιση της από την πραγματική ημερομηνία έκδοσης της μέχρι τη λήξη της οκταήμερης προθεσμίας προς εμφάνιση της, που έχει ως αφετηρία υπολογισμού την πλασματική ημερομηνία έκδοσης της επιταγής, αρκεί για τη θεμελίωση της αίτησης για την έκδοση της διαταγής πληρωμής και για το κύρος της τελευταίας (Α.Π. 193/1999 Ελλ.Δ/νη 40.1055). Εξάλλου, από τις διατάξεις των άρθρων 281, 300, 288 και 914 Α.Κ. συνάγεται ότι αυτός που δέχεται επιταγή, γνωρίζοντας ότι αυτή δεν έχει αντίκρουσμα, δεν απαλλάσσει μεν με τη συμπεριφορά

του τον εκδότη από την ποινική ευθύνη του άρθρου 79 Ν. 5960/1933, παρέχει όμως σε αυτόν το δικαίωμα να αποक्रούσει την αγωγή, εάν προβάλλει και αποδεικνύει την ύπαρξη ιδιαίτερης συμφωνίας με τον κομιστή για την έλλειψη διαθεσίμων κεφαλαίων πληρωμής της επιταγής και την έλλειψη καλής πίστης τούτου στην επιδίωξη είσπραξης της επιταγής, επειδή είχε αποδεχθεί τον κίνδυνο των επιζήμιων συνεπειών από την έκδοση ακάλυπτης επιταγής. Ο ισχυρισμός αυτός του εκδότη της επιταγής, που καταλύει το δικαίωμα του κομιστή της προς είσπραξη του τίτλου γενικώς ή πριν από την άρροδο ορισμένης προθεσμίας, μπορεί να προταθεί κατ' ένσταση και με την ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής (άρθρο 632 Κ.Πολ.Δ), η οποία εκδόθηκε με βάση την επιταγή (Εφ.Αθ 2009/2009 Ελλ.Δ/νη 2010.150, Εφ.Λαρ 323/2004 Δικογραφία 2005.57).[...]

[...] Με τον πρώτο και το δεύτερο λόγο της ανακοπής τους ισχυρίζονται οι αιτούντες ότι η καθ' ης η αίτηση δεν είχε δικαίωμα να εμφανίσει τις επιταγές προς πληρωμή στην πληρώτρια τράπεζα πριν τις αναγραφόμενες σε αυτές ημερομηνίες έκδοσης τους, καθώς αυτές αποτελούσαν συμφωνημένες προθεσμίες πληρωμής των δόσεων του χρέους της πρώτης αιτούσας προς την καθ' ης η αίτηση, ώστε τα αντιστοιχούντα στις επιταγές ποσά να μην έχουν καταστεί ληξιπρόθεσμα κατά το χρόνο εμφάνισης των επιταγών, συνακόλουθα δε ότι το ίδιο ισχύει και για τους τόκους επί των ποσών αυτών, ενώ με τον τρίτο λόγο της ανακοπής τους ισχυρίζονται ότι σε κάθε περίπτωση η ως άνω συμπεριφορά της καθ' ης η αίτηση είναι καταχρηστική, καθώς αντίκειται στη μεταξύ τους συμφωνία για την εξόφληση του υπολοίπου της αμοιβής της καθ' ης η αίτηση σε δόσεις. Οι δύο πρώτοι

λόγοι της ανακοπής πιθανολογείται ότι θα απορριφθούν ως νομικά αβάσιμοι, καθόσον, σύμφωνα και με όσα αναλυτικά αναφέρθηκαν στη μείζονα σκέψη της παρούσας, εν προκειμένω πληρούνται όλες οι τυπικές προϋποθέσεις για την έκδοση διαταγής πληρωμής με βάση τα επίδικα αξιόγραφα, αφού και οι μεταχρονολογημένες επιταγές, όπως εν προκειμένω, μπορούν να εμφανισθούν προς πληρωμή ακόμα και πριν από την αναγραφόμενη σε αυτές ημερομηνία έκδοσης τους, αποδεικνύοντας έτσι ληξιπρόθεσμη απαίτηση, μη εξαρτώμενη από αίρεση, προθεσμία, όρο ή αντιπαροχή. Ωστόσο, ο τρίτος λόγος της ανακοπής πιθανολογείται ότι θα γίνει δεκτός ως ουσιαστικά βάσιμος, καθώς το ουσιαστικό δικαίωμα της καθ'ής η αίτηση, οι χρηματικές δηλαδή απαιτήσεις της εργολάβου καθ'ής η αίτηση, που ήταν ενσωματωμένες στις επιταγές, πράγματι τελούσαν υπό προθεσμία και έληγαν κατά τις αναφερόμενες στα αξιόγραφα μεταγενέστερες ημερομηνίες έκδοσης τους, με βάση τη μεταξύ των διαδίκων συμφωνία. Από τα ίδια λοιπόν ως άνω στοιχεία πιθανολογήθηκε ότι κατά το χρόνο ολοκλήρωσης και παράδοσης των δύο έργων η πρώτη αιτούσα εταιρεία δεν ήταν σε θέση να ανταποκριθεί στη συμβατική της υποχρέωση για εξόφληση της αμοιβής της καθ'ής η αίτηση και έτσι κατόπιν συνεννοήσεων μεταξύ των δύο πλευρών, κατέληξαν στη συμφωνία η εργοδότη να εκδώσει τις επίδικες επιταγές, με μεταγενέστερες ημερομηνίες έκδοσης, καλύπτοντας το οφειλόμενο ποσό, το οποίο έτσι θα εξοφλείτο ουσιαστικά σε δόσεις αντίστοιχες με τα αναγραφόμενα στις επιταγές ποσά και ημερομηνίες. Τούτο προκύπτει από την ηλεκτρονική αλληλογραφία που είχαν οι δύο πλευρές, από την οποία φαίνεται ότι γινόταν συζήτηση

σχετικά με την καταβολή του υπολοίπου ήδη από το Σεπτέμβριο 2011. Μάλιστα, στις 10 Σεπτεμβρίου 2011 απεστάλη από την καθ'ής η αίτηση ηλεκτρονικό μήνυμα φέρον την υπογραφή "... (πρόκειται μάλλον για το ..., νόμιμο εκπρόσωπο της καθ'ής η αίτηση), στο οποίο αναφέρεται ρητά η δυνατότητα εξόφλησης του υπολοίπου με επιταγές και μάλιστα γίνεται πρόταση για απώτερη ημερομηνία εξόφλησης το Φεβρουάριο 2012, ήτοι χρόνο πολύ μεταγενέστερο του αρχικώς συμβατικά συμφωνηθέντος χρόνου της παράδοσης των έργων, γεγονός που καταδεικνύει ότι είχε μεσολαβήσει νέα μεταξύ των διαδίκων συμφωνία περί της εξόφλησης, παρά τα περί του αντιθέτου ισχυριζόμενα από την καθ'ής η αίτηση εταιρεία, που υποστηρίζει ότι ποτέ δεν τροποποιήθηκαν οι όροι της σύμβασης. Πιθανολογήθηκε δε ότι στη συνέχεια οι αντισυμβαλλόμενοι κατέληξαν σε συμφωνία για μερική εξόφληση, που υλοποιήθηκε με την έκδοση των έξι επίδικων επιταγών με τις ημερομηνίες και τα ποσά που αναφέρθηκαν. Τη συμφωνία αυτή αποδέχθηκε και η καθ'ής η αίτηση, η οποία παρέλαβε ανεπιφύλακτα τα αξιόγραφα, εκδίδοντας τα αντίστοιχα παραστατικά και ενημερώνοντας σχετικά και πάλι μέσω ηλεκτρονικής επιστολής την πρώτη αιτούσα. Εξάλλου, εάν η καθ'ής η αίτηση είχε αντιρρήσεις περί της παράτασης του χρόνου αποπληρωμής της αμοιβής της, τότε αναμενόμενο θα ήταν να μην παραλάβει τις πρώτες τρεις επιταγές στις 07 Οκτωβρίου 2011, αλλά να αντιδράσει και να μην στείλει μάλιστα και σχετική επιβεβαίωση περί της παραλαβής τους, περαιτέρω δε, εάν ενέμενε στην αρχική συμφωνία της άμεσης εξόφλησης, θα προέβαινε ήδη από την παραλαβή των πρώτων επιταγών σε εμφάνιση τους και δεν θα περιμένει να της παρα-

δοθούν και οι υπόλοιπες, επιχειρώντας κατά τρόπο αντίθετο στα συνήθως συμβαίνοντα στις εμπορικές συναλλαγές να επιτύχει την κατά το δυνατό μεγαλύτερη εξασφάλιση της απαίτησής της. Σε αυτό δε δεν μπορεί να προταθεί ως αντίθετο επιχείρημα η "αγωνία" της καθ' ης η αίτηση να εισπράξει την αμοιβή της, για να καλύψει τις οικονομικές της υποχρεώσεις, καθόσον είχε ήδη μεσολαβήσει η νέα συμφωνία με την πρώτη αιτούσα. Συνοψίζοντας λοιπόν τα προηγούμενα, πιθανολογείται ότι ο λόγος αυτός της ανακοπής των αιτούντων θα γίνει δεκτός ως ουσιαστικά βάσιμος και θα ακυρωθεί η διαταγή πληρωμής λόγω της αντικείμενης στους ορισμούς του άρθρου 281 Α.Κ. συμπεριφοράς της καθ' ης η αίτηση.

Κατόπιν λοιπόν όλων των ανωτέρω, πιθανολογείται ότι η ως άνω ανακοπή των αιτούντων για ακύρωση της προσβαλλόμενης διαταγής πληρωμής θα ευδοκιμήσει, ενώ περαιτέρω πιθανολογήθηκε ότι η εκτέλεση με βάση την προαναφερόμενη διαταγή πληρωμής σε βάρος των αιτούντων θα επιφέρει σε αυτούς βλάβη, αφού θα είναι δυσχερής η επαναφορά των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση ενόψει του ύψους του ποσού. Επομένως, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή ως ουσιαστικά βάσιμη και να ανασταλεί η εκτέλεση της ως άνω διαταγής πληρωμής, μέχρι την έκδοση τελεσίδικης απόφασης επί της κατά τα ανωτέρω ανακοπής των αιτούντων (άρθρο 632 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ).

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Μονομελές Πρωτοδικείο Χανίων - Αριθ. 3/2013

Πρόεδρος: Ιωάννης Ευαγγελάτος (Πρωτοδίκης)
Δικηγόρος: Μιχαήλ Μετζιδάκης

Άρθρα: 6α Ν. 4093/2012, 20 παρ. 1 Σ, 6, 13 Ε.Σ.Δ.Α.

Δικαστικό ένσημο. Η διάταξη που επιβάλει δικαστικό ένσημο στις αναγνωριστικές αγωγές είναι αντισυνταγματική και αντίθετη στην Ε.Σ.Δ.Α. καθώς προσβάλλει το δικαίωμα του πολίτη για παροχή έννομης προστασίας.

Το δικαίωμα του πολίτη για παροχή έννομης προστασίας από τα Δικαστήρια αποτελεί θεμελιώδες συνταγματικό δικαίωμα (άρθρο 20 παρ. 1 Συντάγματος), το οποίο κατοχυρώνεται και από την κυρωθείσα με το Ν.Δ. 53/1974 Ευρωπαϊκή Σύμβαση της Ρώμης του 1950 για τα δικαιώματα του ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α. άρθρα 6 και 13) και αποτελεί θεμελιώδη αρχή του κράτους δικαίου. Ο ουσιαστικός νόμος καθορίζει τις ειδικότερες προ-

ϋποθέσεις για την άσκηση του δικαιώματος προσφυγής στη Δικαιοσύνη θεσπίζοντας δικονομικές προϋποθέσεις, δαπάνηματα και γενικότερα διατυπώσεις για την πρόοδο της δίκης, πλην όμως, ο κοινός νομοθέτης δεν έχει απεριορίστη εξουσία προσδιορισμού των προϋποθέσεων αυτών. Οι ρυθμίσεις του ουσιαστικού νόμου πρέπει να συνάπτονται προς τη λειτουργία των Δικαστηρίων και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της Δικαιοσύ-

νης και δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να θέτουν αδικαιολόγητους δικονομικούς φραγμούς στην παροχή εννόμου προστασίας από τα Δικαστήρια, οι οποίοι ισοδυναμούν με κατάργηση, άμεση ή έμμεση, του σχετικού δικαιώματος, άλλως οι ρυθμίσεις αυτές είναι προδήλως αντισυνταγματικές και αντίκεινται στο άρθρο 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α. Επιπλέον, η επιβολή φορολογικού βάρους με τη μορφή του τέλους δικαστικού ενσήμου μόνο στις καταψηφιστικές αγωγές δεν συνιστούσε στέρηση του δικαιώματος αυτού καθώς συναρτάτο με την εκτελεστικότητα της απόφασης και όχι με την προσφυγή στη Δικαιοσύνη, δεδομένου ότι το δικαίωμα προσφυγής στη Δικαιοσύνη προστατευόταν επαρκώς με δυνατότητα άσκησης αναγνωριστικής αγωγής. Η διαφορετική αντιμετώπιση της καταψηφιστικής από την αναγνωριστική αγωγή στο θέμα του δικαστικού ενσήμου, είχε επαρκή δικαιολογική εξήγηση, καθώς οι αποφάσεις επί καταψηφιστικών αγωγών είναι το δίχως άλλο εκτελεστές, ενώ οι αποφάσεις επί των αναγνωριστικών αγωγών δεν είναι εκτελεστές, το δε Δημόσιο δεν στερείται του αναλογούντος δικαστικού ενσήμου που καταβάλλεται όταν η αναγνωριστική απόφαση γίνει, με τους όρους που στο νόμο προβλέπονται, εκτελεστή. Η επέκταση του δικαστικού ενσήμου, όμως, και στις αναγνωριστικές αγωγές και μάλιστα πλέον σε ποσοστό διπλάσιο από αυτό που ίσχυε μέχρι σήμερα (άρθρο 6α του Ν. 4093/2012), σημαίνει ότι πλέον καθίσταται δικονομική προϋπόθεση του παραδεκτού της παράστασης του διαδίκου, γεγονός προδήλως αντισυνταγματικό, καθώς, καθιστώντας δυσβάσταχτη οικονομικά την προσφυγή στη Δικαιοσύνη, περιορίζει και σε πολλές περιπτώσεις

στερεί το συνταγματικό δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας. Στα πλαίσια αυτά, ο Άρειος Πάγος με την υπ αριθμ. 675/2010 απόφαση του, έκρινε ότι η υποχρέωση καταβολής αναλογικού τέλους δικαστικού ενσήμου στις καταψηφιστικές αγωγές δεν αναιρεί το ατομικό δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας του διαδίκου «λαμβάνομένου υπόψη ότι το εν λόγω δικαίωμα ικανοποιητικά προστατεύεται με την άσκηση αναγνωριστικού χαρακτήρα αγωγής». Είναι προφανές ότι η νομική παραδοχή του Αρείου Πάγου περί της συνταγματικότητας του δικαστικού ενσήμου προϋπέθετε την απωλεσθείσα πλέον δυνατότητα του πολίτη να προσφύγει στα Δικαστήρια με αναγνωριστική αγωγή, η άσκηση της οποίας χωρίς υποχρέωση καταβολής δικαστικού ενσήμου προστατεύει ικανοποιητικά το συνταγματικό δικαίωμα παροχής εννόμου προστασίας. Με την αιτιολογική έκθεση επί του σχεδίου νόμου για το άρθρο 70 φέρεται ως σκοπός της νέας διάταξης η αύξηση των δημοσίων εσόδων, πρόβλεψη που αποτυπώνεται και στην σχετική Έκθεση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους επί του σχεδίου νόμου. Πλην όμως, σύμφωνα και με τον έντονο νομικό προβληματισμό που διατύπωσε η Επιστημονική Επιτροπή της Βουλής με την έκθεση της επί του συγκεκριμένου νομοσχεδίου και κατά την πάγια νομολογία του Σ.τ.Ε, η επίκληση αμγώς ταμειακών αναγκών του Δημοσίου χωρίς σύνδεση με τη λειτουργία των Δικαστηρίων και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της Δικαιοσύνης, δεν είναι συνταγματικώς ανεκτή για τη θέσπιση προϋποθέσεων για την παροχή δικαστικής προστασίας. Αντίστοιχη είναι και η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου

(ΕΔΔΑ), κατά την οποία μόνο το δημοσιονομικό συμφέρον του Δημοσίου δεν μπορεί να αφομοιωθεί συλλήβδην σε ένα γενικότερο δημόσιο συμφέρον, το οποίο θα δικαιολογούσε σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση την παραβίαση των δικαιωμάτων του πολίτη. Άλλωστε, η υποχρεωτική επιβολή δικαστικού ενσήμου σε όλες τις αγωγές που έχουν περιουσιακό αντικείμενο ή είναι χρηματικά αποτιμητές δεν συνδέεται με τη λειτουργία των Δικαστηρίων και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της Δικαιοσύνης, ούτε μπορεί να δικαιολογηθεί επαρκώς από τις ταμειακές ανάγκες του δημοσίου από την «κινητοποίηση ενός πολυδάπανου δημόσιου μηχανισμού», όπως αναφέρεται στη σχετική αιτιολογική έκθεση. Πρώτον, διότι το λειτουργικό κόστος της Δικαιοσύνης όχι μόνο δεν έχει αυξηθεί, αλλά αντίθετα έχει περιοριστεί κατά πολύ (όμοια και Γνωμοδότηση Κ. Χρυσόγονου - Α. Καϊδατζή, για τη συνταγματικότητα του σχεδίου νόμου «Έγκριση μεσοπρόθεσμου πλαισίου δημοσιονομικής στρατηγικής 2013-2016» παρ. Γ 7). Δεύτερον, διότι η Δικαιοσύνη δεν αποτελεί «μηχανισμό», όπως εσφαλμένα αναφέρεται στην ως άνω αιτιολογική έκθεση, αλλά αποτελεί δημόσια λειτουργία, συνταγματικά κατοχυρωμένη και χρηματοδοτούμενη από το δημόσιο προϋπολογισμό και δεν λειτουργεί με βάση την αρχή της ανταποδοτικότητας. Τρίτον, διότι θα έπρεπε με την ίδια λογική το σχετικό τέλος να επεκταθεί σε όλες τις αγωγές και όχι μόνο στις χρηματικά αποτιμητές, καθώς οι λοιπές αγωγές κινητοποιούν τον ίδιο πολυδάπανο «μηχανισμό» κατά την έκφραση της αιτιολογικής έκθεσης. Φαίνεται, αντίθετα, ότι η ρύθμιση αποκτά αποτρεπτικό, καταρχήν, και, στη συνέχεια, κυρωτικό χαρακτήρα,

ειδικά για τις χρηματικά αποτιμητές αγωγές, καθώς, όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση, με την επέκταση του δικαστικού ενσήμου και στις αναγνωριστικές αγωγές επιδιώκεται «να αποτραπεί η συζήτηση προπετών και αβασίμων αγωγών». Ο πολίτης, για λόγους καθαρά εισπρακτικούς, στερείται του δικαιώματος να προσφύγει στη Δικαιοσύνη χωρίς να καταβάλει δικαστικό ένσημο για να εμποδίσει την παραγραφή του δικαιώματος του, να άρει υφιστάμενη αβεβαιότητα περί της ύπαρξης του δικαιώματος ή της έκτασης του, να εκδώσει αναγνωριστική απόφαση, όταν υπάρχει αμφιβολία για τη φερεγγυότητα του οφειλέτη και για τη δυνατότητα εκτέλεσης της απόφασης, να προστατεύσει το εμπράγματο δικαίωμα του από την ανακριβή πρώτη εγγραφή με την οποία αμφισβητείται ολικά ή μερικά το δικαίωμα που έχει επί ενός κτηματογραφημένου ακινήτου, χωρίς βεβαίως όλα αυτά να μπορούν να θεωρηθούν προπετείς και αβάσιμες αγωγές. Ειδικά στην τελευταία περίπτωση των κτηματολογικών αγωγών, είναι σύνηθες οι εναγόμενοι να συνομολογούν ή να αποδέχονται την αγωγή, αφού δεν υφίσταται εν τοις πράγμασι αμφισβήτηση σχετικά με το ιδιοκτησιακό καθεστώς των ακινήτων των διαδίκων και η όποια αμφισβήτηση ανακύπτει τυπικά κατά την κτηματογράφηση εξ αφορμής πράξεων του ΟΚΧΕ. Άλλωστε, κατά το Σύνταγμα, μόνο τα αρμόδια Δικαστήρια και ουδείς άλλος, και βεβαίως όχι προκαταβολικά, μπορεί να κρίνει αν οι αγωγές είναι πράγματι προπετείς και αβάσιμες, προβλέπονται δε στον Κ.Πολ.Δ επαρκείς ποινές (άρθρο 205) και κυρώσεις (άρθρα 178-179, περί δικαστικής δαπάνης) για τις περιπτώσεις τέτοιων αγωγών, ώστε να μην χρειάζονται

άλλες και σε καμία περίπτωση το δικαστικό ένσημο δεν μπορεί να αποτελέσει τέτοιου είδους κύρωση. Επιπλέον, ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι λαμβάνεται υπόψη το δικαστικό ένσημο στον υπολογισμό της επιδικαζόμενης δικαστικής δαπάνης, το γεγονός αυτό αφορά στο χρόνο μετά την παροχή δικαστικής προστασίας και δεν εξισορροπεί τα εμπόδια που τίθενται στον πολίτη κατά το χρόνο προσφυγής του στη Δικαιοσύνη. Συνεπώς, η υποχρεωτική προσκομιδή δικαστικού ενσήμου στις αναγνωριστικές αγωγές και μάλιστα τέτοιου ύψους, ως προϋπόθεση προσφυγής στη Δικαιοσύνη, αποτελεί συνταγματικά ανεπίτρεπτο περιορισμό που παρεμποδίζει την ανοιχτή πρόσβαση κάθε πολίτη στη Δικαιοσύνη και ισοδυναμεί με έμμεση κατάργηση του προστα-

τευόμενου και από την ΕΣΔΑ δικαιώματος παροχής εννόμου προστασίας, καθώς προσβάλλει την ίδια την υπόσταση του δικαιώματος (Ολ.Σ.τ.Ε 601/2012 ΝοΒ 2012.376, Ολ.Σ.τ.Ε 3087/2011, Ολ.Ελ.Συν 2006/2008 Α' Δημοσίευση Νόμος, Ολ.Σ.τ.Ε 647/2004 ΔΕΕ 2004.821, ΑΕΔ 33/1995 Ελλ.Δ/νη 1995.571, ΕΔΔΑ της 28-10-1998, Ait Mououb κατά Γαλλίας, της 15-2-2000 Garcia Manipardo κατά Ισπανίας, της 19-5-2001 Kreuz κατά Πολωνίας, Απόφαση ΕΔΔΑ της 24-5-2006 επί της υπόθεσης Λιακόπουλου κατά Ελλάδος στην προσφυγή υπ αριθμ. 20627/2004, σχόλιο Κ. Μπέη κάτωθι της Α.Π. 9/2002 σε Δίκη 2002.686, Εφετείο Πειραιά 55/2009, Δίκη 2009.246 με σχόλιο Κ. Μπέη).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ρεθύμνου - Αριθ. 38/2012

Πρόεδρος: Ευαγγελία Ψαράκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Διηγόροι: Στυλιανός Τζανουδάκης, Κωνσταντίνος Βαμιαδάκης, Καλλιόπη Τζουανάκη

Άρθρα: 686 επ., 933, 938, 982 επ. Κ.Πολ.Δ

Κατάσχεση απαιτήσεων που συνάπτονται με ανοικτό ή αλληλόχρεο λογαριασμό. Η κατάσχεση απαίτησης που εισήλθε σε ανοικτό λογαριασμό αποκλείεται. Το κατά το κλείσιμο όμως του λογαριασμού κατάλοιπο υπέρ του καθού η κατάσχεση υπόκειται σε κατάσχεση από τους δανειστές του. Η κατάσχεση αυτή μπορεί να επιβληθεί είτε μετά το κλείσιμο του λογαριασμού, οπότε αναφέρεται σε υπαρκτή κατά το χρόνο της κατάσχεσης απαίτηση, είτε κατά τη διάρκεια της κίνησης του λογαριασμού, οπότε πρόκειται για κατάσχεση μελλοντικής απαίτησης.

Η αιτούσα ζητεί με την αίτηση της κατ' εκτίμηση του δικογράφου της να ανασταλεί η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης που επισπεύδεται σε βάρος της δυνάμει του με χρονολογία 14.9.2011 κατασχετηρίου αναγκαστικής κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, μεχρι να εκδοθεί οριστική απόφαση επί της ανακοπής που άσκησε, νόμιμα και εμπρόθεσμα, κατά της εκτέλε-

σης, για τους λόγους που αναφέρει στην ανακοπή της και για το λόγο ότι η διενέργεια της αναγκαστικής εκτέλεσης θα επιφέρει σ' αυτήν ανεπανόρθωτη βλάβη. Η αίτηση αρμοδίως εισάγεται προς συζήτηση ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου, κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (άρθρα 686 επ. Κ.Πολ.Δ), είναι νόμιμη, στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων

933 και 938 του Κ.Πολ.Δ και πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω κατ' ουσίαν.

Η δυνατότητα κατάσχεσης απαιτήσεων, που συνάπτονται με τον ανοικτό ή τρέχοντα ή αλληλόχρεο λογαριασμό στα χέρια αυτού που τον τηρεί, βάσει των διατάξεων των αρθ. 982 επ. Κ.Πολ.Δ, εμφανίζεται με τριπλή μορφή, δηλαδή την κατάσχεση ορισμένου περιουσιακού στοιχείου που καταχωρήθηκε στο λογαριασμό (κονδύλιο), την κατάσχεση του τυχόν υπολοίπου κατά το κλείσιμο του λογαριασμού και την κατάσχεση του κατά το χρόνο της κατάσχεσης τυχόν υπολοίπου υπέρ του καθού η κατάσχεση. Η κατάσχεση απαίτησης που εισήλθε σε ανοικτό λογαριασμό αποκλείεται. Ο αποκλεισμός της κατάσχεσης αυτής στηρίζεται άλλοτε στην αδυναμία μεταβίβασης (εκχώρησης) των απαιτήσεων αυτών, άλλοτε στο ενοποιητικό αποτέλεσμα του ανοικτού λογαριασμού, εξαιτίας του οποίου οι εισερχόμενες απαιτήσεις αποβάλλουν την αυτοτέλεια τους και άλλοτε στην κατά τη σύναψη του ανοικτού λογαριασμού συμφωνία για συμψηφισμό των απαιτήσεων που εγγράφονται στο λογαριασμό. Το κατά το κλείσιμο του λογαριασμού κατάλοιπο υπέρ του καθού η κατάσχεση υπόκειται σε κατάσχεση από τους δανειστές του. Η κατάσχεση αυτή μπορεί να επιβληθεί είτε μετά το κλείσιμο του λογαριασμού, οπότε αναφέρεται σε υπαρκτή κατά το χρόνο της κατάσχεσης απαίτηση, είτε κατά τη διάρκεια της κίνησης του λογαριασμού, οπότε πρόκειται για κατάσχεση μελλοντικής απαίτησης. Η κατάσχεση του κατά τη διάρκεια της κίνησης (λειτουργίας) του ανοικτού λογαριασμού και κατά το χρόνο της επιβολής της κατάσχεσης δυνάμενου να προκύψει καταλοίπου, δύναται να επιβληθεί με βάση την αρχή της επιείκειας και την προστασία του δανειστή έναντι

καταδολιευτικής συμπεριφοράς μεταξύ οφειλέτη και τρίτου, οι οποίες συντελούν σε αποδυνάμωση ή εξανέμιση του δικαιώματος της κατάσχεσης του μελλοντικού υπολοίπου υπέρ του οφειλέτη, και, κατ' αντικειμενική εκτίμησης, των εκατέρωθεν συμφερόντων. Η κατάσχεση θα αφορά το στη δεδομένη στιγμή κατάλοιπο του ανοικτού λογαριασμού, που λειτουργεί, κατά το χρόνο επιβολής της κατάσχεσης (Β. Βαθρακοκοίλη Ερμ.Κ.Πολ.Δ 1997, τόμος ΣΤ' σελ. 31, Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεσις τόμος Γ' σελ. 1285-1287). Από τις ένορκες καταθέσεις των μαρτύρων των διαδίκων ... και ..., που εξετάστηκαν στο ακροατήριο, τα έγγραφα που οι διάδικοι προσκομίζουν και από τους ισχυρισμούς τους πιθανολογήθηκε ότι στην προκείμενη περίπτωση επισπεύδεται αναγκαστική εκτέλεση σε βάρος της αιτούσας με βάση τη με αριθ. 397/2011 διαταγή πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου αυτού και επιβλήθηκε με το από 14.9.2011 κατασχετήριο, το οποίο επιδόθηκε στην αιτούσα στις 22.0.2011 από το δικαστικό επιμελητή στο Πρωτοδικείο Ρεθύμνου ..., αναγκαστική κατάσχεση στα χέρια τρίτων και συγκεκριμένα των παρακάτω ανώνυμων τραπεζικών εταιρειών: ..., ...», πάσης φύσεως χρηματική απαίτηση που έχει η καθής εταιρεία ή θα έχει στο μέλλον από οποιαδήποτε αιτία μέχρι το ποσό των 142.708,166 προς ικανοποίηση των απαιτήσεων της εις βάρος της αιτούσας που προέρχονται από τη με αριθ. 397/2011 διαταγή πληρωμής. Περαιτέρω πιθανολογήθηκε ότι με τις παραπάνω τραπεζικές εταιρείες η αιτούσα είχε συνάψει συμβάσεις πίστωσης με ανοικτό αλληλόχρεο λογαριασμό (ή τρεχούμενο ή τρέχοντα λογαριασμό), οι οποίες ήταν ενεργές μέχρι τη στιγμή που η καθής η αίτηση προέβη στην προσβαλλόμενη κατάσχεση και σε

καμιά περίπτωση οι τράπεζες δεν είχαν προβεί σε οριστικό κλείσιμο αυτών, γεγονός που και η καθής αποδέχεται. Επομένως σύμφωνα με όσα ανωτέρω προαναφέρθηκαν αποκλείεται η κατάσχεση των απαιτήσεων αυτών που εισήλθαν με τη μορφή κονδυλίων σ' αυτούς τους ανοικτούς αλληλόχρεους λογαριασμού, δεν πιθανολογήθηκε δε ότι μεταξύ οφειλέτριας (αιτούσας) και τρίτου (τραπεζών), υπήρξε οποιαδήποτε καταδολευτική συμπεριφορά και επομένως η με τον τρόπο αυτό επιβληθείσα αναγκαστική κατάσχεση στα χέρια των προαναφερόμενων α-

νώνυμων τραπεζικών εταιρειών με το από 14.9.2011 κατασχετήριο είναι άκυρη. Ενόψει δε και της επικαλούμενης από την αιτούσα ανεπανόρθωτης δικονομικής βλάβης που θα υποστεί από τη συνέχιση της αναγκαστικής εκτέλεσης με το προαναφερθέν κατασχετήριο, πιθανολογείται η ευδοκίμηση ενός τουλάχιστον λόγου (4ου) της από 28.9.2011 ανακοπής της κατά της αντιδίκου της. Κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη αίτηση και ως κατ' ουσία βάσιμη και να διαταχθεί η αναστολή της επισπευδομένης κατά της αιτούσας αναγκαστικής εκτέλεσης.

ΔΙΚΑΙΟ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Χανίων - Αριθ. 36/2012

Πρόεδρος: Μαρία Παπαδοπούλου (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Ράνια Μπουρδάκη, Εμμανουήλ Μπερτίου

Άρθρα: 974, 976, 984, 987, 994 Α.Κ., 682 παρ. 1, 683 έως 703 Κ.Πολ.Δ

Ασφαλιστικά μέτρα νομής. Αίτηση για προσωρινή αναγνώριση του αιτούντος ως συννομέα ακινήτου. Επί προσβολής της νομής, της κυριότητας και γενικά των απόλυτων δικαιωμάτων επείγουσα περίπτωση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας συντρέχει όταν αποδειχθεί η προσβολή του δικαιώματος, χωρίς να απαιτείται να αποδειχθεί κίνδυνος σύγκρουσης ή διαπληκτισμών των διαδίκων.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 682 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, κατά την ειδική διαδικασία των άρθρων 683 έως 703 τα δικαστήρια, σε επείγουσες περιπτώσεις ή για να αποτραπεί επικείμενος κίνδυνος, μπορούν να διατάζουν ασφαλιστικά μέτρα για την εξασφάλιση ή διατήρηση ενός δικαιώματος ή τη ρύθμιση μιας κατάστασης και να τα μεταρρυθμίζουν ή να τα ανακαλούν. Από το συνδυασμό των διατάξεων του ως άνω άρθρου και του άρθρου 690 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, προκύπτει πως το δικαστήριο, προκειμένου να διατάξει τη λήψη ασφαλιστικού μέτρου, πρέπει προηγουμένως να

πιθανολογήσει πως: 1) η προβαλλόμενη, ως ασφαλιστέα, αξίωση έχει γεννηθεί, δηλ. υφίστανται όλα τα -κατά την οικεία διάταξη νόμου, που είναι στην in concreto περίπτωση εφαρμοστέα- δικαιοπαραγωγικά γεγονότα της και 2) υπάρχει επείγουσα περίπτωση ή επικείμενος κίνδυνος. Πρόκειται για έννοιες που, προφανώς, δεν είναι ταυτόσημες, διότι -διαφορετικά- δεν θα είχαν θέση και οι δύο στο κείμενο του νόμου. Οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (επείγον και κίνδυνος), αποτελούν στην ουσία το έννομο συμφέρον του αιτούντος για

τη λήψη ασφαλιστικού μέτρου. Συνεπώς, χαρακτηρίζονται ως διαδικαστικές προϋποθέσεις της δίκης και, επομένως, αν δεν πιθανολογηθεί η συνδρομή τους, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων θα απορριφθεί, όχι ως κατ' ουσίαν αβάσιμη, αλλά, ως απαράδεκτη. Επί προσβολών της νομής, της κυριότητας και γενικά των απολύτων δικαιωμάτων, η επείγουσα περίπτωση, δηλ. η ανάγκη να ενεργοποιηθεί προσωρινά η εριζόμενη έννομη σχέση, παρίσταται αυτόθρο, όταν πιθανολογείται η ύπαρξη του ασφαλιστέου δικαιώματος, καθώς και η προσβολή του. Ειδικότερα, όταν προσβάλλεται η νομή (με αποβολή ή διατάραξη), το δικαστήριο των ασφαλιστικών μέτρων έχει τη δυνατότητα να αποκαταστήσει προσωρινά την τρωθείσα φυσική εξουσία του αιτούντος στο διαφιλονικούμενο πράγμα, κατά τη ρητή διάταξη της Κ.Πολ.Δ 734 παρ. 2, ακριβώς επειδή η προσβολή και μόνο της εν λόγω εξουσίας του, δημιούργησε eo ipso την ανάγκη να συνεχίσει αυτός προσωρινά να ασκεί το διαφιλονικούμενο δικαίωμα του, με άλλα λόγια να ενεργοποιηθεί προσωρινά το δικαίωμα του σε αυτό. Δεν απαιτείται δηλαδή αποδεικτική κρίση και περί της συνδρομής της επείγουσας περίπτωσης και συνεπώς, δεν απαιτείται, για να θεμελιωθεί νόμω η εν λόγω περίπτωση, κίνδυνος συγκρούσεων ή διαπληκτισμών των διαδίκων (βλ. Κ. Γεωργίου, Οι έννοιες του «επικείμενου κινδύνου» και της «επείγουσας περίπτωσης» στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, Ελλ.Δ/νη 1997.16 επ.). Στην προκειμένη περίπτωση, με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης έφεσης προβάλλεται η αιτίαση ότι εσφαλμένως η εκκαλούμενη απέρριψε ως αόριστη την αίτη-

ση, καθόσον αναγράφονταν σε αυτήν όλα τα απαιτούμενα για την πληρότητα της στοιχεία. Όπως προκύπτει δε από την επισκόπηση της εκκαλουμένης, η αίτηση απερρίφθη ως απαράδεκτη λόγω αοριστίας με την αιτιολογία ότι δεν έγινε επίκληση της συνδρομής επείγουσας περίπτωσης με παράθεση συγκεκριμένων περιστατικών, αλλά απλή αναφορά σε ύπαρξη ερίδων και διαπληκτισμών μεταξύ των διαδίκων. Επομένως, το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο έσφαλε, δεδομένου ότι, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στη μείζονα σκέψη της παρούσας, επί προσβολών της νομής, η επείγουσα περίπτωση, δηλ. η ανάγκη να ενεργοποιηθεί προσωρινά η εριζόμενη έννομη σχέση, παρίσταται αυτόθρο, χωρίς μάλιστα να απαιτείται, για να θεμελιωθεί νόμω η εν λόγω περίπτωση, κίνδυνος συγκρούσεων ή διαπληκτισμών των διαδίκων. Συνεπώς, κατά παραδοχή του ανωτέρω λόγου της έφεσης, πρέπει να γίνει αυτή δεκτή, να εξαφανισθεί η εκκαλουμένη απόφαση και αφού κρατηθεί η υπόθεση, να δικαστεί η αίτηση κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο αυτό (άρθρο 535 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ), καθόσον είναι νόμιμη, στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 974, 976, 984, 987, 994 Α.Κ., 682 και 733 Κ.Πολ.Δ, πλην των αιτημάτων περί επαναφοράς των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση και της απαγόρευσης στον καθ' ου κάθε μελλοντικής διατάραξης της συννομής της αιτούσας, με την απειλή χρηματικής ποινής και προσωπικής κράτησης, τα οποία πρέπει να απορριφθούν ως μη νόμιμα, καθόσον τα αιτούμενα μέτρα προβλέπονται εκ του νόμου μόνο σε περίπτωση διατάραξης της νομής και όχι σε περίπτωση αποβολής από αυτή, όπως εν προκειμένω.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Διοικητικό Τμήμα) - Αριθ. γνωμ. 2/2013

Εισαγγελέας: Νικόλαος Παντέλης (Αντεισαγγελέας Αρείου Πάγου)

Άρθρα: 19 παρ. 1, 21 παρ. 2 Ν. 2523/1997

Ποινική δίωξη εγκλημάτων φοροδιαφυγής και χρόνος υποβολής μηνυτήριας αναφοράς κατά περίπτωση. Κρίση περί της αναδρομικής ή μη ισχύος της διάταξης του άρθρου 21 παρ. 2 Ν. 2523/1997, όπως αυτή ισχύει μετά την αντικατάστασή της με το Ν. 3943/2011.

Θέμα: Περί της αναδρομικής ή μη ισχύος της διάταξης του άρθρου 21 παρ. 2, όπως αυτή ισχύει μετά την αντικατάστασή της με το Ν. 3943/2011. Ι) Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2988 Κ.Δ.Ε/16-1-2013 έγγραφο του Εισαγγελέα Οικονομικού Εγκλήματος, υποβάλλεται αίτημα παροχής οδηγιών στις διωκτικές υπηρεσίες του Υπουργείου Οικονομικών, περί του εάν η διάταξη του άρθρου 21 παρ. 2 εδάφιο α' περίπτωση αα' του Ν. 2523/1997, όπως αυτή ισχύει μετά την τροποποίησης της με το άρθρο 3 παρ. 2 εδάφιο θ' του Ν. 3943/2011, έχει ή όχι αναδρομική ισχύ και επί περιπτώσεων κακουργηματικής φοροδιαφυγής (στην φορολογία εισοδήματος) τελεσθεισών πριν από την ισχύ του Ν. 3943/2011. Σχετικά με το ζήτημα αυτό το οποίο είναι γενικότερου ενδιαφέροντος ως συναπτόμενο άμεσα με τις προϋποθέσεις κάτω από τις οποίες ασκείται εγκύρως ποινική δίωξη σε διάφορες περιπτώσεις φοροδιαφυγής, η γνώμη μας είναι η εξής:

ΙΙ) Με το άρθρο 21 παρ. 2 του Ν. 2523/1997, όπως αυτό ίσχυε μετά την τροποποίηση του με το άρθρο 12 παρ. 3 του Ν. 2753/1999, οριζόταν ότι η ποινική δίωξη επί των εγκλημάτων φοροδιαφυγής ασκείτο αυτεπάγγελτα και δεν άρχιζε πριν από την τελε-

σίδικη κρίση του διοικητικού δικαστηρίου επί της προσφυγής που τυχόν είχε ασκηθεί σύμφωνα με την παράγραφο 1 του ιδίου άρθρου, ή, σε περίπτωση μη άσκησης προσφυγής, πριν από την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής με την πάροδο της προθεσμίας για την άσκηση προσφυγής κατά της εγγραφής αυτής. Κατ' εξαίρεση, στις περιπτώσεις του άρθρου 19 του ιδίου νόμου που αφορούσαν την έκδοση πλαστών ή εικονικών και την αποδοχή ή νόθευση εικονικών φορολογικών στοιχείων, η ποινική δίωξη ασκείτο άμεσα με βάση τα πορίσματα του φορολογικού ελέγχου και την μηνυτήρια αναφορά του προϊσταμένου της αρμόδιας Δ.Ο.Υ (ως τέτοιου νοουμένου του προϊσταμένου της Δ.Ο.Υ ένθα έχει τη έδρα της η επιχείρηση κατά τον χρόνο τέλεσης του εγκλήματος τούτου) ή του προϊσταμένου της υπηρεσίας που διενήργησε τον έλεγχο, σε περίπτωση που ο έλεγχος διενεργήθηκε από όργανα του Σώματος Δίωξης Οικονομικού Εγκλήματος (Σ.Δ.Ο.Ε.) ή των Ελεγκτικών Κέντρων του άρθρου 3 του Ν. 2343/1995. Στην εξαιρετική αυτή περίπτωση, σύμφωνα με το επόμενο εδάφιο της ίδιας παραγράφου, η μηνυτήρια αναφορά υποβαλλόταν εντός προθεσμίας ενός (1) μηνός από την πάροδο

άπρακτης της προθεσμίας διοικητικής επίλυσης της διαφοράς επί της απόφασης επιβολής προστίμου του Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων, ανεξάρτητα από το εάν κατά της απόφασης αυτής είχε ασκηθεί προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού πρωτοδικείου. Με το άρθρο 40 παρ. 1 του Ν. 3220/2004 (Φ.Ε.Κ Α' 15/28-1-2004) προστέθηκε εδάφιο στην παράγραφο 1 του άρθρου 19 του Ν. 2523/1997, με το οποίο ορίστηκε ότι «ειδικά, όποιος εκδίδει ή αποδέχεται εικονικά φορολογικά στοιχεία για ανύπαρκτη συναλλαγή στο σύνολο της ή για μέρος αυτής, τιμωρείται: α) με φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους, εφόσον η συνολική αξία των εικονικών φορολογικών στοιχείων υπερβαίνει το ποσό των τριών χιλιάδων (3.000) ευρώ και β) με κάθειρξη μέχρι δέκα (10) ετών, εφόσον το ως άνω ποσό υπερβαίνει τις εκατόν πενήντα χιλιάδες (150.000) ευρώ.», ενώ με την παράγραφο 2 του ιδίου άρθρου του ως άνω νόμου, προστέθηκε εδάφιο τελευταίο στην παράγραφο 2 του άρθρου 21 του Ν. 2523/1997, ως εξής: «ειδικά, όταν η συνολική αξία των εικονικών φορολογικών στοιχείων που αφορούν ανύπαρκτη συναλλαγή στο σύνολο της ή για μέρος αυτής, υπερβαίνει το ποσό των εκατόν πενήντα χιλιάδων (150.000) ευρώ, δεν ακολουθείται η διαδικασία του προηγούμενου εδαφίου, αλλά η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλεται αμέσως με την ολοκλήρωση του ελέγχου και ζητείται από τον αρμόδιο εισαγγελέα η κατά προτεραιότητα εκδίκαση της υπόθεσης με βάση τα πορίσματα του φορολογικού ελέγχου.». Το εδάφιο αυτό αντικαταστάθηκε εκ νέου με το άρθρο 16 παρ. 3 του Ν. 3888/2010 (Φ.Ε.Κ. Α' 175/30-9-2010), ως εξής: «ειδικά, στις περιπτώσεις: α) της παραγράφου 1 περίπτωση γ του άρθρου 18, β) της παραγρά-

φου 5 του άρθρου 19, όταν το πλήθος των μη εκδοθέντων παραστατικών στοιχείων είναι πλέον των δέκα (10) ή υπερβαίνουν σε αξία τα πεντακόσια (500) ευρώ και γ) της περίπτωσης β της παραγράφου 1 του άρθρου 19, δεν ακολουθείται η διαδικασία του προηγούμενου εδαφίου, αλλά η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλεται αμέσως με την ολοκλήρωση του ελέγχου και ζητείται από τον αρμόδιο εισαγγελέα η κατά προτεραιότητα εκδίκαση της υπόθεσης με βάση τα πορίσματα του φορολογικού ελέγχου.». Η επελθούσα δηλαδή με τον Ν. 3220/2004 μεταβολή σχετικά με τις προϋποθέσεις υποβολής της μηνυτήριας αναφοράς στην περίπτωση της κακουργηματικής φοροδιαφυγής του άρθρου 19 παρ. 1 εδάφιο β' του Ν. 2523/1997, επαναλήφθηκε στο άρθρο 16 παρ. 3 του Ν. 3888/2010 με την προσθήκη ότι η ίδια διαδικασία ακολουθείται και στην περίπτωση της κακουργηματικής φοροδιαφυγής για μη απόδοση ή ανακριβή απόδοση Φ.Π.Α., Φ.Κ.Ε και λοιπών παρακρατούμενων φόρων ή εισφορών (άρθρο 18 παρ. 1 εδάφιο γ' του Ν. 2523/1997), καθώς και στην περίπτωση της παρ. 5 του άρθρου 19 του ιδίου νόμου, η οποία είχε προστεθεί με το άρθρο 76 παρ. 2 του Ν. 3842/2010, εφόσον το πλήθος των μη εκδοθέντων παραστατικών στοιχείων είναι πλέον των δέκα (10) ή υπερβαίνουν σε αξία τα πεντακόσια (500) ευρώ. ΙΙΙ) Με τα εδάφια β', ε' και η' της παραγράφου 2 του άρθρου 3 του Ν. 3943/2011 (Φ.Ε.Κ τεύχος Α' 66/31-3-2011) αντικαταστάθηκαν οι λέξεις «με ποινή κάθειρξης μέχρι δέκα (10) ετών» της περίπτωσης β της παραγράφου 2 του άρθρου 17, της περίπτωσης γ της παρ. 1 του άρθρου 18 και της περίπτωσης β της παρ. 1 του άρθρου 19 του Ν. 2523/1997, με την λέξη « με κάθειρξη» , ενώ με το εδάφιο θ' της παρ. 2

του ιδίου νόμου (3943/2011), η παρ. 2 του άρθρου 21 του Ν. 2523/1997, αντικαταστάθηκε ως εξής « 2. Η ποινική δίωξη ασκείται αυτεπάγγελτα. Η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλεται από τον Προϊστάμενο της αρμόδιας Δ.Ο.Υ. ή τον Προϊστάμενο της υπηρεσίας που διενήργησε τον έλεγχο σε περίπτωση που ο έλεγχος διενεργήθηκε από όργανα του Σώματος Δίωξης Οικονομικού Εγκλήματος (Σ.Δ.Ο.Ε.) ή των ελεγκτικών κέντρων του άρθρου 3 του Ν. 2343/1995 (ΦΕΚ 211 Α') ή υποβάλλεται από τον Προϊστάμενο της Γενικής Διεύθυνσης Φορολογικών Ελέγχων της Γενικής Γραμματείας Φορολογικών και Τελωνειακών θεμάτων του Υπουργείου Οικονομικών, ως εξής: α) Η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλεται αμέσως με την ολοκλήρωση του ελέγχου και ζητείται από τον αρμόδιο εισαγγελέα η κατά προτεραιότητα εκδίκαση της υπόθεσης, με βάση τα πορίσματα του φορολογικού ελέγχου, ανεξάρτητα εάν έχει ασκηθεί προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου: αα) στην περίπτωση β της παραγράφου 2 του άρθρου 17, εφόσον ο Εισαγγελέας Οικονομικού Εγκλήματος παραγγείλει την άμεση άσκηση ποινικής δίωξης, ββ) στις περιπτώσεις α και β της παραγράφου 1 του άρθρου 18, εφόσον ο φορολογικός έλεγχος έχει διαταχθεί για την ημερομηνία που διενεργήθηκε, με ειδική εντολή ελέγχου του Υπουργού Οικονομικών, γγ) στην περίπτωση γ της παραγράφου 1 του άρθρου 18, δδ) στην περίπτωση β της παραγράφου 1 του άρθρου 19 και εε) στις περιπτώσεις της παραγράφου 5 του άρθρου 19, εφόσον το πλήθος των μη εκδοθέντων παραστατικών στοιχείων είναι πλέον των δέκα ή υπερβαίνουν σε αξία τα πεντακόσια (500) ευρώ. β) Η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλεται μέσα σε ένα (1) μήνα α-

πό την πάροδο άπρακτης της προθεσμίας διοικητικής επίλυσης της διαφοράς, επί της οικείας απόφασης επιβολής προστίμου του Κ.Β.Σ. ή κατά της οικείας πράξης επιβολής φόρου, τέλους ή εισφοράς και ανεξάρτητα αν κατά της απόφασης αυτής ή της πράξης ασκήθηκε προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου: αα) στις περιπτώσεις α και β της παραγράφου 1 του άρθρου 18, εφόσον ο φορολογικός έλεγχος δεν έχει διαταχθεί με ειδική εντολή του Υπουργού Οικονομικών, ββ) στην περίπτωση του πρώτου εδαφίου και την περίπτωση α της παραγράφου 1 του άρθρου 19 και γγ) στις περιπτώσεις της παραγράφου 5 του άρθρου 19, εφόσον το πλήθος των μη εκδοθέντων παραστατικών στοιχείων δεν υπερβαίνει τα δέκα ή δεν υπερβαίνει σε αξία τα πεντακόσια (500) ευρώ. Η ποινική δίωξη δεν αρχίζει πριν από την τελεσίδικη κρίση του διοικητικού δικαστηρίου στην προσφυγή που ασκήθηκε ή σε περίπτωση μη άσκησης προσφυγής πριν από την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής με την πάροδο της νόμιμης προθεσμίας για την άσκηση προσφυγής κατά της εγγραφής αυτής: αα) στην περίπτωση α της παραγράφου 2 του άρθρου 17 και ββ) στην περίπτωση β της παραγράφου 2 του άρθρου 17, εφόσον δεν παραγγέλθηκε η άμεση άσκηση ποινικής δίωξης από τον Εισαγγελέα Οικονομικού Εγκλήματος. Η ποινική δίωξη δεν αρχίζει σε καμία από τις ανωτέρω περιπτώσεις, επίσης, αν αυτός κατά του οποίου πρόκειται να ασκηθεί, αποδεικνύει ότι έχει έναντι του Δημοσίου ή των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.) απαίτηση βέβαιη και εκκαθαρισμένη, ποσού ίσου ή μεγαλύτερου του ποσού των φόρων, τελών και εισφορών, για τα οποία επρόκειτο να ασκηθεί η ποινική δίωξη.». Με την πελ-

θούσα κατά τα ανωτέρω τροποποίηση των διατάξεων των άρθρων 17, 18, 19 και 21 παρ. 2 του Ν. 2523/1997, αφ' ενός μεν επιτάχθηκε το όριο ποινής για τις κακουρηγματικές πράξεις φοροδιαφυγής, έτσι ώστε αυτές να τιμωρούνται εφεξής με ποινή κάθειρξης έως είκοσι (20) έτη, αντί του ανωτάτου ορίου των δέκα (10) ετών που προβλεπόταν έως τότε, αφ' ετέρου δε στις μέχρι τότε περιπτώσεις που θέσπιζαν υποχρέωση των αρμόδιων φορολογικών αρχών να υποβάλλουν άμεσα μηνυτήρια αναφορά μετά το πέρας του ελέγχου, χωρίς να αναμένουν τελεσίδικη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου ή την παρέλευση της προθεσμίας για άσκηση προσφυγής κατά της οικείας πράξης καταλογισμού φόρου, προσετέθη αφ' ενός μεν η περίπτωση κακουρηγματικής φοροδιαφυγής στην φορολογία εισοδήματος του άρθρου 17 παρ. 2 εδάφιο β', αφ' ετέρου δε οι περιπτώσεις α και β της παραγράφου 1 του άρθρου 18, εφόσον ο φορολογικός έλεγχος γι' αυτές έχει διαταχθεί για την ημερομηνία που διενεργήθηκε με ειδική εντολή ελέγχου του Υπουργού Οικονομικών, επιπροσθέτως δε διαφοροποιήθηκαν οι προϋποθέσεις για την υποβολή της μηνυτήριας αναφοράς στις περιπτώσεις που απαριθμούνται στο εδάφιο β' της παραγράφου 2 του ως άνω άρθρου.

IV) Οι λαβούσες χώρα κατά τα ανωτέρω τροποποιήσεις των άρθρων 17, 18 και 19 του Ν. 2523/1997, ανάγονται στο ουσιαστικό ποινικό δίκαιο και όπως είναι φυσικό ερμηνεύονται υπό το πρίσμα της διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 του Π.Κ, ενώ οι διαδοχικές τροποποιήσεις του άρθρου 21 του ίδιου νόμου ανάγονται στο πεδίο του δικονομικού δικαίου και κατά την γενικώς κρατούσα στον χώρο αυτό θεωρητική αλλά και νομολογιακή άποψη (βλ. σχετικά Η. Γά-

φου, Η Ποινική Δικονομία κατά τον νέο Κώδικα, τόμος Α σελ 13 και επόμ., Ζησιάδη Ποινική δικονομία, έκδοση δεύτερη τόμος Α σελ 23 και επομ., Ολ.Α.Π 1282/1992 Ποιν.Χρον.ΜΒ 921, εν μέρει αντίθ. Α. Καρράς Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, έκδοση τρίτη, σελ 10), θα μπορούσαν κατ' αρχήν να έχουν αναδρομική ισχύ. Η αναδρομική όμως ισχύς των δικονομικών κανόνων γίνεται δεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν αποβαίνει σε βάρος θεμελιωδών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου. Αντίθετα, τόσο σε θεωρητικό όσο και σε νομολογιακό επίπεδο γίνεται δεκτό ότι, εκτός εναντίας ρητής νομοθετικής πρόβλεψης (βλ. σχετικά Ι. Ζησιάδη Ποινική Δικονομία, έκδοση δεύτερη, τόμος Α σελ. 25), απαγορεύεται γενικώς η αναδρομική εφαρμογή δικονομικών κανόνων, όταν αυτοί περιέχουν προβλέψεις οι οποίες θίγουν εν τέλει ουσιώδη συμφέροντα του κατηγορουμένου (βλ. σχετ. Α. Καρρά, Ποινικό Δικονομικό Δίκαιο, έκδοση τρίτη, σελ. 10, παρατηρήσεις Μπέκα υπό το 71/1990 βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών Θεσσαλονίκης, σε Υπεράσπιση 1991, σελ. 14 και επόμ., παρατηρήσεις Καλφέλη υπό την υπ' αριθμ. 94/1992 Διάταξη του Εισαγγελέα Εφετών Θεσσαλονίκης, σε Υπεράσπιση 1992 σελ. 1201, και αναλυτική επισκόπηση για το θέμα σε Ε. Φυτράκη, Η απαγόρευση της αναδρομικότητας στην Ποινική Δικονομία, έκδοση 1998 σελ. 149 και επόμ., Α.Π. 1786/2003 Ποιν.Χρον. ΝΔ 648, Α.Π. 19/1995 Ποιν.Χρον. ΜΕ 307 Α.Π. 469/1995 Ποιν.Χρον. ΝΔ 778). Περιπτώσεις δυσμενέστερων δικονομικών διατάξεων περιλήφθηκαν στα άρθρα 40 παρ. 2 του Ν. 3220/2004, 16 παρ. 3 του Ν. 3888/2010 και 3 παρ. 2 εδάφιο θ' του Ν. 3943/2011, στο μέτρο που αυτά περιλαμβάνουν ρυθμίσεις που καθιστούν ευχερέστερη την άσκηση

ποινικής δίωξης στις περιπτώσεις φοροδιαφυγής που περιλαμβάνονται στο ρυθμιστικό τους πεδίο, αφού ως προϋπόθεση για την υποβολή της μηνυτήριας αναφοράς, συνυπολογισθεί και για την άσκηση ποινικής δίωξης, δεν θέτουν πλέον την οριστικοποίηση της φορολογικής εγγραφής, είτε με την έκδοση τελεσίδικης απόφασης του διοικητικού δικαστηρίου είτε με την πάροδο άπρακτης της προθεσμίας για την άσκηση αυτής (προσφυγής). Με δεδομένα τα ανωτέρω αλλά και την διαπίστωση ότι κανείς από τους πιο πάνω νόμους δεν περιέλαβε διατάξεις περί αναδρομικής ισχύος των άρθρων δυνάμει των οποίων επήλθαν οι ως άνω μεταβολές, οι διάφορες περιπτώσεις φοροδιαφυγής για τις οποίες υφίσταται υποχρέωση των αρμοδίων υπηρεσιών του Υπουργείου Οικονομικών να υποβάλλουν μηνυτήριες αναφορές, διαμορφώνονται ως εξής: α) η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλεται αμέσως με την ολοκλήρωση του ελέγχου, μαζί με αίτημα για την κατά προτεραιότητα εκδίκαση της υπόθεσης με βάση τα πορίσματα του φορολογικού ελέγχου, κατά τις κατωτέρω διακρίσεις: αα) στην περίπτωση της κακουργηματικής έκδοσης ή αποδοχής εικονικών φορολογικών στοιχείων για ανύπαρκτη εν όλω ή εν μέρει συναλλαγή του άρθρου 19 παρ. 1 β Ν. 2523/1997, όταν το έγκλημα αυτό έχει τελεσθεί από 28-1-2004 (ημερομηνία δημοσίευσης του Ν. 3220/2004) και εφεξής, ββ) στην περίπτωση της κακουργηματικής μη απόδοσης ή ανακριβούς απόδοσης Φ.Π.Α, Φ.Κ.Ε και λοιπών παρακρατούμενων ή επιρριπτόμενων φόρων και τελών ή εισφορών του άρθρου 18 παρ. 1 εδάφιο γ' του Ν. 2523/1997, καθώς και στην περίπτωση του άρθρου 19 παρ. 5 του ιδίου νόμου, εφόσον το πλήθος των μη εκδοθέντων παραστατικών στοιχείων είναι

πλέον των δέκα (10) ή υπερβαίνουν σε αξία τα πεντακόσια (500) ευρώ, όταν το έγκλημα έχει τελεσθεί από 30-9-2010 (ημερομηνία δημοσίευσης του Ν. 3888/2010) και εφεξής, γγ) στις περιπτώσεις της πλημμεληματικής φοροδιαφυγής λόγω μη απόδοσης ή ανακριβούς απόδοσης Φ.Π.Α, Φ.Κ.Ε, κ.λπ., των εδαφίων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 18, εφόσον ο φορολογικός έλεγχος για τις περιπτώσεις αυτές έχει διαταχθεί για την ημερομηνία που διενεργήθηκε με ειδική εντολή ελέγχου του Υπουργού Οικονομικών, όταν τα εγκλήματα αυτά έχουν τελεσθεί από 31-3-2011 (ημερομηνία δημοσίευσης του Ν. 3943/2011) και εφεξής, δδ) στην περίπτωση της κακουργηματικής φοροδιαφυγής στην φορολογία εισοδήματος του άρθρου 17 παρ. 2 εδάφιο β' του Ν. 2523/1997 και εφόσον ο Εισαγγελέας Οικονομικού Εγκλήματος παραγγείλει την άμεση άσκηση της ποινικής της δίωξης, όταν το έγκλημα έχει τελεσθεί από 31-3-2011 και εφεξής, β) η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλεται εντός ενός (1) μηνός από την πάροδο άπρακτης της προθεσμίας διοικητικής επίλυσης της διαφοράς, ανεξάρτητα από το εάν κατά της απόφασης επιβολής προστίμου του Κ.Β.Σ ή της οικείας πράξης επιβολής φόρου, τέλους ή εισφοράς, ασκήθηκε προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου, κατά τις κατωτέρω διακρίσεις: αα) στις περιπτώσεις πλημμεληματικής φοροδιαφυγής των εδαφίων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 18, εφόσον ο φορολογικός έλεγχος δεν έχει διαταχθεί γι' αυτές με ειδική εντολή του Υπουργού Οικονομικών, όταν τα εγκλήματα αυτά έχουν τελεσθεί από 31-3-2011 και εφεξής, ββ) στην περίπτωση της πλημμεληματικής φοροδιαφυγής του άρθρου 19 παρ. 1 εδάφιο α' του Ν. 2523/1997

(έκδοση, αποδοχή ή νόθευση πλαστών ή ει-
κονικών φορολογικών στοιχείων) καθώς
και στην περίπτωση της παραγράφου 5 του
άρθρου 19, εφόσον το πλήθος των μη εκδο-
θέντων παραστατικών στοιχείων δεν υπερ-
βαίνει τα δέκα ή δεν υπερβαίνει σε αξία τα
πεντακόσια (500) ευρώ, όταν τα εγκλήματα
αυτά έχουν τελεσθεί από 31-3-2011 και ε-
φεξής, γ) η μηνυτήρια αναφορά υποβάλλε-
ται μετά την οριστικοποίηση της φορολογι-
κής εγγραφής που επέρχεται είτε με την
έκδοση τελεσίδικης απόφασης του αρμόδι-
ου διοικητικού δικαστηρίου επί της ασκη-
θείσας προσφυγής κατά της οικείας πρά-
ξης καταλογισμού, είτε με την παρέλευση
άπρακτης της προθεσμίας για την άσκηση
μιας τέτοιας προσφυγής, κατά τις κατωτέρω
διακρίσεις: αα) στην περίπτωση της
πλημμεληματικής φοροδιαφυγής στην φο-
ρολογία εισοδήματος (άρθρο 17 παρ. 2 ε-
δάφιο α'), καθώς και στην κακουρηγματι-
κή της εκδοχή του άρθρου 17 παρ. 2 εδάφιο
β, εφόσον στην τελευταία περίπτωση ο Ει-
σαγγελέας Οικονομικού Εγκλήματος δεν
παρήγγειλε την άμεση άσκηση της ποινικής
της δίωξης, ανεξάρτητα από τον χρόνο τέ-
λεσης των πράξεων αυτών, και ββ) στις πε-
ριπτώσεις που απαριθμούνται στο κεφάλαιο IV
υπό τα στοιχεία α και β, εφόσον οι
πράξεις φοροδιαφυγής που προβλέπονται
από τις οικείες διατάξεις, έχουν τελεσθεί
πριν από τους χρόνους που παρατίθενται
στο κεφάλαιο αυτό αναλυτικά και κατά πε-
ρίπτωση. Οίκοθεν νοείται ότι το τελευταίο

εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 21 του Ν.
2523/97, το οποίο προστέθηκε με το άρθρο
3 παρ. 2 εδαφ. θ' του Ν. 3943/2011, με το ο-
ποίο ορίζεται ότι «η ποινική δίωξη δεν αρ-
χίζει σε καμία από τις ανωτέρω περιπτώ-
σεις, επίσης, αν αυτός κατά του οποίου
πρόκειται να ασκηθεί, αποδεικνύει ότι έχει
έναντι του Δημοσίου ή των οργανισμών το-
πικής αυτοδιοίκησης (Ο.Τ.Α.) απαίτηση
βέβαιη και εκκαθαρισμένη, ποσού ίσου ή
μεγαλύτερου του ποσού των φόρων, τελών
και εισφορών, για τα οποία επρόκειτο να
ασκηθεί η ποινική δίωξη», περιέχει ευμε-
νέστερη ρύθμιση και συνεπώς εφαρμόζε-
ται αναδρομικά σε όλες τις περιπτώσεις
φοροδιαφυγής, ανεξάρτητα από το χρόνο
τέλεσης τους.

V) Σημειώνεται πάντως ότι με την υπ' αριθ.
1795/2009 απόφαση του Αρείου Πάγου (α-
δημοσίευτη σε νομικό περιοδικό), έγινε δε-
κτή η αναδρομική εφαρμογή της δικονομι-
κού περιεχομένου διάταξης του άρθρου 40
παρ. 2 του Ν. 3220/2004 στην περίπτωση
της κακουρηγματικής αποδοχής εικονικών
φορολογικών στοιχείων (άρθρο 19 παρ.ιβ
του Ν. 2523/1997). Η αιτιολογία όμως της
απόφασης αυτής, η οποία, σημειωθήτω, εί-
ναι αντίθετη με τις ανωτέρω υπ' αριθμ.
1786/2003, 19/1995 και 469/1995 αποφά-
σεις του ιδίου δικαστηρίου επί παρεμφε-
ρούς ζητήματος, δεν είναι πειστική (βλέπε
κριτική της σε Γ. Δημήτριάνα Εγκλήματα
Φοροδιαφυγής σελίδες 254 και επόμενα).



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ ΚΑΙ ΑΡΧΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Συμβούλιο της Επικρατείας (Ολομέλεια) - Αριθμ. 3354/2013

Πρόεδρος: Κων. Μενουνδάκος (Πρόεδρος του Συμβουλίου της Επικρατείας)

Δικαστές: Ευδ. Γαλανού, Χρ. Ράμμος, Μ. Βηλαράς, Ι. Μαντζουράνης, Αικ. Σακελλαροπούλου, Δ. Αλεξανδρή, Γ. Ποταμιάς, Ι. Γράβαρης, Ευθ. Αντωνόπουλος, Γ. Τσιμέκας, Σπ. Μαρκάτης, Αντ. Ντέμσις, Σπ. Χρυσικοπούλου, Β. Κаланτζή, Μ. Σταματελάτου, Α. Καλογεροπούλου, Ε. Κουσιουρής, Ε. Ζύγουρα, Β. Ραφτοπούλου, Κ. Φιλοπούλου, Θ. Αραβάνης, Κ.Πισπιρίγκος, Α. Χλαμπέα, Δ. Μακρής, Τ. Κόμβου, Β. Αναγνωστοπούλου - Σαρρή (Σύμβουλοι), Σ. Βιτάλη, Ι. Δημητράκοπουλος, Στ. Λαμπροπούλου (Πάρεδροι)

Δικηγόροι: Μαρία Τσίπρα, Εμμανουέλα Πανοπούλου (Πάρεδρος Ν.Σ.Κ)

Άρθρα: 4, 103 παρ. 2, 4

Αίτηση ακύρωσης κατά της υπουργικής απόφασης για την κατάργηση των οργανικών θέσεων που κενώνονται λόγω της αυτοδίκαιης απόλυσης και της θέσης σε προσυνταξιοδοτική διαθεσιμότητα των υπαλλήλων του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ και των ΟΤΑ α' και β' βαθμού. Εισαγωγή της στην Ολομέλεια λόγω της σπουδαιότητας της. Κατάργηση, δυνάμει του Ν. 4024/2011, των ειδικών διατάξεων που παρείχαν τη δυνατότητα παραμονής στην υπηρεσία υπαλλήλων που πληρούσαν τις προϋποθέσεις αυτοδίκαιης αποχώρησης λόγω συνταξιοδότησης, με συνέπεια την αυτοδίκαιη απολύσή τους με την παρέλευση του οριζόμενου χρονικού διαστήματος ενός μηνός από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού και την περαιτέρω κατάργηση των οργανικών θέσεών τους. Αντίθεση του άρθρου 33 του Ν. 4024/2011, που αποτελεί το έρεισμα της προσβαλλόμενης κοινής υπουργικής απόφασης, στο συνταγματικό πλαίσιο που θέτει το άρθρο 103 του Συντάγματος και η συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας. Δεκτή η αίτηση ακύρωσης. Ακύρωση της προσβαλλόμενης κοινής υπουργικής απόφασης κατά το μέρος της που περιέχει ρυθμίσεις για την αυτοδίκαιη απόλυση και την προσυνταξιοδοτική διαθεσιμότητα υπαλλήλων δυνάμει του άρθρου 33 του Ν. 4024/2011.

Επειδή με την υπό κρίση αίτηση ζητείται η ακύρωση της ΔΙΔΑΔ/Φ. 2614/756/οικ. 21872/4.11.2011 κοινής αποφάσεως των Υπουργών Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης και Οικονομικών (φ. Β' 2619/8.11.2011) με θέμα «Καθορισμός του περιεχομένου των διαπιστωτικών πράξεων: α) κατάργησης των οργανικών θέσεων που κενώνονται λόγω της αυτοδίκαιης απόλυσης και της θέσης σε προσυνταξιοδοτική διαθεσιμότητα των υπαλλήλων του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ και των ΟΤΑ α' και β' βαθμού και β) αυτοδίκαιης απόλυσης και θέσης σε προσυνταξιοδοτική διαθεσιμότητα των υπαλλήλων που πληρούν τις προϋποθέσεις και του τρόπου

διαπίστωσης των εξαιρέσεων από την αυτοδίκαιη απόλυση και την προσυνταξιοδοτική διαθεσιμότητα», η οποία εκδόθηκε κατ' επίκληση της παρ. 10 του άρθρου 33 του Ν. 4024/2011 (φ. 226/27.10.2011). 4. Επειδή η κρινόμενη αίτηση εισάγεται στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου λόγω της σπουδαιότητάς της κατόπιν της από 11.1.2012 πράξεως του Προέδρου του σύμφωνα με το άρθρο 14 παράγραφος 2 εδάφιο α' του Π.Δ. 18/1989 (φ. 8). 5. Επειδή η αιτούσα «Ανώτατη Διοίκηση Ενώσεων Δημοσίων Υπαλλήλων» (Α.Δ.Ε.Δ.Υ.) αποτελεί, κατά το άρθρο 1 του καταστατικού της, τριτοβάθμια συνδικαλιστική ένωση των δευτεροβαθμίων συνδικαλιστικών δημο-

σιούπαλληλικών οργανώσεων Ελλάδος, της οποίας μέλη, κατά το άρθρο 4 του ίδιου καταστατικού, είναι δευτεροβάθμιες συνδικαλιστικές οργανώσεις, στις οποίες δικαίωμα εγγραφής έχουν και εργαζόμενοι με μόνιμη σχέση εργασίας δημοσίου δικαίου στο Δημόσιο, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης και τα λοιπά νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, και σκοπός της είναι, μεταξύ άλλων, κατά το άρθρο 2 περ. β' του καταστατικού, η προστασία των οικονομικών, εργασιακών, ασφαλιστικών, συνταξιοδοτικών και γενικότερων συμφερόντων των εργαζομένων στο Δημόσιο. Εν όψει των προαναφερθέντων σκοπών του, το εν λόγω νομικό πρόσωπο με έννομο συμφέρον ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης κανονιστικής πράξεως κατά το σκέλος που αφορά την αυτοδίκαιη απόλυση και προσυνταξιοδοτική διαθεσιμότητα των πολιτικών δημοσίων υπαλλήλων, υπαλλήλων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 33 παράγραφος 1 εδάφιο γ' και παράγραφος 2 του Ν. 4024/2011. Και τούτο διότι με την εφαρμογή του γενικού αυτού μέτρου θίγονται τα συμφέροντα των μελών των ανηκουσών στο αιτούν νομικό πρόσωπο συνδικαλιστικών οργανώσεων, τα οποία υπάγονται στις ρυθμίσεις αυτές (βλ. Σ.τ.Ε 668/2012 Ολομέλεια). 6. Επειδή το Σύνταγμα ορίζει στο άρθρο 4 ότι «1. Οι Έλληνες είναι ίσοι ενώπιον του νόμου. 2. ...» και στο άρθρο 103 ότι «1. ... 2. Κανένας δεν μπορεί να διοριστεί υπάλληλος σε οργανική θέση που δεν είναι νομοθετημένη. Εξαιρέσεις μπορεί να προβλέπονται από ειδικό νόμο, για να καλυφθούν απρόβλεπτες και επείγουσες ανάγκες με προσωπικό που προσλαμβάνεται για ορισμένη χρο-

νική περίοδο με σχέση ιδιωτικού δικαίου...

3. ... 4. Οι δημόσιοι υπάλληλοι που κατέχουν οργανικές θέσεις είναι μόνιμοι εφόσον αυτές οι θέσεις υπάρχουν. Αυτοί εξελίσσονται μισθολογικά σύμφωνα με τους όρους του νόμου και, εκτός από τις περιπτώσεις που αποχωρούν λόγω ορίου ηλικίας ή παύονται με δικαστική απόφαση, δεν μπορούν να μετατεθούν χωρίς γνωμοδότηση ούτε να υποβιβαστούν ή να παυθούν χωρίς απόφαση υπηρεσιακού συμβουλίου, που αποτελείται τουλάχιστον κατά τα δύο τρίτα από μόνιμους δημοσίους υπαλλήλους. Κατά των αποφάσεων των συμβουλίων αυτών επιτρέπεται προσφυγή στο Συμβούλιο της Επικρατείας, όπως νόμος ορίζει. 5. ... 6. Αι διατάξεις των προηγούμενων παραγράφων έχουν εφαρμογή και επί των υπαλλήλων της Βουλής ... ως και επί των υπαλλήλων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου». Όπως έχει ήδη κριθεί (βλ. Σ.τ.Ε 2934/1993 7μ., 1722/1983 Ολομέλεια) δεν κωλύεται ο κοινός νομοθέτης να καταργεί οργανικές θέσεις ή να τροποποιεί τις αρμοδιότητές τους, καθώς επίσης να επεκτείνει ή να συμπύκνωση την βαθμολογική κλίμακα, εφ' όσον με τις ρυθμίσεις αυτές δεν παραβιάζεται ο κανόνας της οργανώσεως και στελεχώσεως της Διοίκησης με μόνιμους υπαλλήλους. Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 103 παράγραφος 4 του Συντάγματος, σε περίπτωση καταργήσεως της κατεχόμενης από τον υπάλληλο θέσεως είτε μεμονωμένως είτε με την κατάργηση ολόκληρης της δημοσίας υπηρεσίας στην οποία ανήκει η θέση, μπορεί ο υπάλληλος να απολυθεί ή να τοποθετηθεί σε άλλη υπηρεσία (βλ. Σ.τ.Ε 466/1984, 1003/1977 Ολομέλεια). Επί απόλυσεως δημοσίου υπαλλήλου συνεπεία καταργήσεως όλων των ομοιοβάθμων

θέσεων μιας υπηρεσίας δεν απαιτείται προηγούμενη απόφαση υπηρεσιακού συμβουλίου. Εξ άλλου ο κοινός νομοθέτης, κατά την επιλογή του τρόπου ρυθμίσεως των θεμάτων που σχετίζονται με την κατάργηση οργανικών θέσεων, πρέπει να κινείται μέσα στα όρια που διαγράφονται από την αρχή της ισότητας, δηλαδή να διασφαλίζει την ίση μεταχείριση των υπαλλήλων και να θεσπίζει κανόνες με αντικειμενικά κριτήρια (βλ. Σ.τ.Ε 3226, 2597/2011, 2747/2010, 4237/2005 - πρβλ. Σ.τ.Ε 2307, 2841/1988). Δημοσιονομικοί λόγοι μπορεί να αποτελέσουν κριτήριο των επιλογών του νομοθέτη για τον ανακαθορισμό των λειτουργιών του Κράτους και την διοικητική αναδιοργάνωσή του, ωστόσο οι σχετικές ρυθμίσεις πρέπει αφενός να εισάγονται με τήρηση των συνταγματικών αρχών, σύμφωνα με τις οποίες επιβάλλεται να διασφαλίζονται η ορθολογική, αποτελεσματική και διαρκής λειτουργία της Διοικήσεως και η παροχή των υπηρεσιών που επιβάλλεται να εξασφαλίζονται για τους διοικουμένους στο πλαίσιο του κοινωνικού κράτους δικαίου, και αφετέρου να εναρμονίζονται με τις αναφερθείσες συνταγματικές εγγυήσεις που αφορούν το καθεστώς των δημοσίων υπαλλήλων. Περαιτέρω, δεδομένου ότι ο διορισμός δημοσίου υπαλλήλου προϋποθέτει κατά τις προεκτεθείσες διατάξεις την προηγούμενη νομοθέτηση οργανικής θέσεως, συνεπώς δε και την ορθολογική οργάνωση των λειτουργιών και των εν γένει υπηρεσιών του Κράτους, δεν είναι συνταγματικά επιτρεπτό, προκειμένου να εξυπηρετηθεί ο θεμιτός σκοπός της αναδιοργάνωσης των δημοσίων υπηρεσιών και της ορθολογικής διαχείρισεως της αντίστοιχης δημόσιας δαπάνης να καθορίζονται όροι υποχρεωτικής απομακρύνσεως υπαλλήλων από την υπη-

ρεσία με βάση κριτήρια μη συνδεδεμένα με τις λειτουργικές και οργανωτικές ανάγκες της Διοικήσεως αλλά και με τα προσόντα, τις ικανότητες και την εν γένει υπηρεσιακή τους απόδοση και η κατάργηση των οργανικών θέσεων, τις οποίες κατείχαν οι απομακρυνόμενοι, να επέρχεται ως αυτόθροη συνέπεια της απομακρύνσεως. Επίσης από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 103 του Συντάγματος προκύπτει ότι, εκτός από την περίπτωση απολύσεως λόγω πειθαρχικού παραπτώματος, η απομάκρυνση δημοσίου υπαλλήλου από την υπηρεσία χωρίς τις εγγυήσεις του εν λόγω άρθρου, δηλαδή χωρίς προηγούμενη κρίση υπηρεσιακού συμβουλίου, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα, είναι επιτρεπτή μόνον στις δύο περιοριστικώς προβλεπόμενες περιπτώσεις, δηλαδή την παύση συνεπεία δικαστικής αποφάσεως και την αποχώρηση λόγω συμπληρώσεως του κατ' αρχήν ελευθέρως τασσόμενου από τον νόμο, γενικώς ή κατά κατηγορίες υπαλλήλων, ορίου ηλικίας. Δεν αποκλείεται από τις συνταγματικές αυτές διατάξεις εκτός από την πρόβλεψη ορισμένου ορίου ηλικίας να θεσπισθεί από τον νόμο ως πρόσθετη προϋπόθεση η συμπλήρωση ορισμένου χρόνου πραγματικής υπηρεσίας, εφ' όσον το μεν για την περίπτωση αυτή προβλεπόμενο τυχόν ειδικότερο όριο ηλικίας δεν απέχει κατά πολύ του γενικώς ισχύοντος για την αυτήν κατηγορία υπαλλήλων ως αυτοτελούς λόγου απολύσεως, ο δε χρόνος αυτός υπηρεσίας καθορίζεται αρκούντως μακρύς ώστε να επιτρέπει την με κανονικές συνθήκες απρόσκοπτη υπηρεσιακή εξέλιξη του υπαλλήλου και την απόληψη από αυτόν πλήρους συντάξεως ένεκα της υπηρεσίας αυτής, αποφευγομένης της καθ' οιονδήποτε τρόπον πρόωρης αποχωρήσεως αυτού (Σ.τ.Ε 2144-2150/1984

Ολομέλεια, 1877-1878/1980 Ολομέλεια, 1979/1976 Ολομέλεια). Με την έννοια αυτή, δεν είναι συνταγματικώς επιτρεπτή η πρόβλεψη στον νόμο της υποχρεωτικής και χωρίς προηγούμενη ουσιαστική κρίση του υπαλλήλου από υπηρεσιακό συμβούλιο, κατά τα προεκτεθέντα, αποχωρήσεως αυτού με μόνη την συμπλήρωση ορισμένου

χρόνου πραγματικής υπηρεσίας, έστω και αρκούντως μακρού, όπως είναι η τριακονταπενταετής υπηρεσία, ει μη μόνον εφ' όσον συνδέεται και προς ορισμένο όριο ηλικίας από την συμπλήρωση, του οποίου είναι δυνατή η αποχώρηση αυτή με την συνδρομή και της εν λόγω περαιτέρω προϋποθέσεως (Σ.τ.Ε 2144-2150/1984 Ολομέλεια).

Συμβούλιο της Επικρατείας (Δ' Τμήμα) - Αριθμ. 690/2013

Πρόεδρος: Σωτ. Ρίζος (Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Δ' Τμήματος)

Δικαστές: Αικ. Χριστοφορίδου, Ηρ. Τσακόπουλος, Δ. Κυριλλόπουλος, Κ. Κουσουλής (Σύμβουλοι), Ηλ. Μάζος, Μ. Σωτηροπούλου (Πάρεδροι)

Δικηγόροι: Αγγελική Χαροκόπου, Ενώγγελος Μαρίνης (Πάρεδρος ΝΣΚ)

Άρθρα: 1 Ν. 3900/2010, 17 παρ. 2 Ν. 3990/2011, 21 παρ. 6 Ν. 2539/1997, 5, 43 παρ. 2 Σ, Οδηγία 1999/62/ΕΚ, 64 παρ. 1 Κ.Α.Δ.

Εισαγωγή του θεσμού της «δικής πιλότου» με το άρθρο 1 του Ν. 3900/2010 για ζήτημα γενικότερου ενδιαφέροντος με την άσκηση προσφυγής απευθείας στο Σ.τ.Ε. Παραχώρηση της κατασκευής και συντήρησης αυτοκινητοδρόμων σε ιδιώτες. Η τυχόν αύξηση των εσόδων των παραχωρησιούχων από τον περιορισμό του φαινομένου της άρνησης και της αποφυγής καταβολής των διοδίων δεν αναιρεί τον επιδιωκόμενο δημόσιο σκοπό. Το πρόστιμο δεν είναι δυσανάλογο προς τα μη καταβληθέντα διόδια. Δεν αντίκειται στο Σύνταγμα η επιβάρυνση των χρηστών τμήματος του έργου με διόδια που διατίθενται για τις ανάγκες του όλου έργου. Οι μόνιμοι κάτοικοι του προσφεύγοντος δήμου δεν απαλλάσσονται από την υποχρέωση καταβολής διοδίων για την χρήση του, εντός της εδαφικής περιφέρειας αυτού, αφού υφίσταται εναλλακτικό οδικό δίκτυο για τις μετακινήσεις τους εντός των ορίων του δήμου καθώς και προς και από το διοικητικό κέντρο της περιφέρειας. Η εξουσία του παραχωρησιούχου περί καθορισμού των διοδίων και των θέσεων των σταθμών διοδίων δεν αντίκειται στο άρθρο 43 παρ. 2 του Συντάγματος. Η Οδηγία 1999/62/ΕΚ δεν εφαρμόζεται στα ΙΧΕ αυτοκίνητα. Τα «τέλη κυκλοφορίας» συνιστούν «φόρο επί των οχημάτων» και όχι «τέλη χρήσης», τα οποία δεν επιτρέπεται να επιβάλλονται μαζί με τα διόδια. Απορρίπτεται η προσφυγή.

[...] 2. Επειδή, ο Ν. 3900/2010 («Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση της διοικητικής δίκης κ.λπ.», Α' 213) όρισε στο άρθρο 1 παρ. 1, όπως η διάταξη αυτή ίσχυε πριν από την τροποποίησή της με το άρθρο 40 του Ν. 4055/2012 (Α' 51), τα εξής: «Οποιοδήποτε ένδικο βοήθημα ή μέσο ενώπιον οποιουδήποτε διοικητικού δικαστηρίου μπορεί να εισαχθεί στο Συμβούλιο της Επικρατείας με πράξη τριμελούς Επιτροπής, αποτελούμενης από τον Πρόεδρό του,

τον αρχαιότερο Αντιπρόεδρο και τον Πρόεδρο του αρμοδίου καθ' ύλην Τμήματος, ύστερα από αίτημα ενός των διαδίκων, όταν με αυτό τίθεται ζήτημα γενικότερου ενδιαφέροντος που έχει συνέπειες για ευρύτερο κύκλο προσώπων. Η πράξη αυτή δημοσιεύεται σε δύο ημερήσιες εφημερίδες των Αθηνών και συνεπάγεται την αναστολή εκδίκασης των εκκρεμών υποθέσεων στις οποίες τίθεται το ίδιο ζήτημα. Μετά την επίλυσή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας

μπορεί να παραπέμψει το ένδικο μέσο ή βοήθημα στο αρμόδιο διοικητικό δικαστήριο. Η απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας δεσμεύει τους διαδίκους της ενώπιόν του δίκης, στους οποίους περιλαμβάνονται και οι παρεμβάντες. Στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας μπορεί να παρέμβει κάθε διάδικος σε εκκρεμή δίκη, στην οποία τίθεται το ίδιο ως άνω ζήτημα, και να προβάλλει τους ισχυρισμούς του σχετικά με το ζήτημα αυτό. Για την εν λόγω παρέμβαση δεν καταλογίζεται δικαστική δαπάνη, η δε μη άσκησή της δεν δημιουργεί δικαίωμα ασκήσεως ανακοπής ή τριτανακοπής».

3. Επειδή, με το άρθρο 1 του Ν. 3900/2010 εισάγεται ο θεσμός της «δίκης πιλότου» ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας σε θέματα που, ως εκ της φύσεώς τους, έχουν γενικότερο ενδιαφέρον και, συνεπώς, αναμένεται να προκαλέσουν σημαντικό αριθμό διαφορών με τον κίνδυνο να εκδοθούν αντιφατικές αποφάσεις και να υπάρξει σημαντική καθυστέρηση για τους διαδίκους ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων. Στις περιπτώσεις αυτές δίνεται η δυνατότητα στους διαδίκους (καθώς και στα διοικητικά δικαστήρια, με την παράγραφο 2 του ιδίου άρθρου 1 του Ν. 3900/2010) να απευθύνονται απ' ευθείας στο Συμβούλιο της Επικρατείας ώστε αυτό να επιλύει τα σχετικά ζητήματα, διασφαλίζοντας την ενότητα της νομολογίας και την ασφάλεια δικαίου (βλ. σχετική αιτιολογική έκθεση του νόμου). Ειδικότερα, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, εφ' όσον αίτημα διαδίκου να εισαχθεί στο Συμβούλιο της Επικρατείας ένδικο βοήθημα ή μέσο αρμοδιότητας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, για τον λόγο ότι τίθεται με αυτό ζήτημα γενικότερου ενδιαφέροντος με συνέπειες για ευρύ κύκλο προσώπων, γίνεται δεκτό από την προβλεπόμενη τριμελή

επιτροπή, η οποία αποφασίζει εκ των ενόντων βάσει των προβαλλομένων ισχυρισμών και των στοιχείων του φακέλου που διαθέτει, το Δικαστήριο αυτό εκδικάζει σε Ολομέλεια ή σε Τμήμα το ένδικο βοήθημα ή μέσο, εφαρμόζοντας ως προς την πληρεξουσιότητα τα οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 27 του Π.Δ/τος 18/1989 «Κωδικοποίηση διατάξεων νόμου για το Συμβούλιο της Επικρατείας» (Α' 8) και κατά τα λοιπά, ως προς το παραδεκτό και το βάσιμο του ενδίκου βοηθήματος ή μέσου, τις ισχύουσες για το ένδικο βοήθημα ή μέσο οικείες διατάξεις (Σ.τ.Ε Ολομ. 601/2012).

4. Επειδή, με το άρθρο 17 παρ. 2 του Ν. 3920/2011 («Εξυγίανση, αναδιάρθρωση και ανάπτυξη των αστικών συγκοινωνιών Περιφέρειας Αττικής και άλλες διατάξεις», Α' 33) αναριθμήθηκε σε παράγραφο 11 η παράγραφος 10 του άρθρου 29 του κυρωθέντος με τον Ν. 2696/1999 (Α' 57) Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας και προσετέθη στο ίδιο άρθρο 29 του ως άνω Κώδικα νέα παράγραφος 10 ως εξής: «Απαγορεύεται η κυκλοφορία οχημάτων σε αυτοκινητοδρόμους, οδούς ταχείας κυκλοφορίας, σήραγγες και γέφυρες που διακρίνονται με ειδικές πινακίδες σήμανσης χωρίς την καταβολή διοδίου τέλους, όταν και όπου προβλέπεται η καταβολή αυτή. Για την καταβολή του διοδίου τέλους είναι υπόχρεοι εις ολόκληρον ο κύριος και ο οδηγός του οχήματος. Η βεβαίωση της παράβασης γίνεται από τα αρμόδια όργανα που τη διαπιστώνουν αυτοπροσώπως». Εξ άλλου, σε περίπτωση παραβάσεως της διατάξεως αυτής προβλέπεται, με την παράγραφο 11 (όπως αναριθμήθηκε, κατά τα προεκτεθέντα) του εν λόγω άρθρου 29 του Κώδικα, η επιβολή διοικητικού προστίμου ύψους διακοσίων (200) ευρώ. Κατ' εφαρμογήν των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 29 παρ. 10 και 11 του Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας, με την

προσβαλλόμενη 122200082799/19.3.2011 «πράξη βεβαίωσης παράβασης (με επιβολή προστίμου)» του Β' Τμήματος Τροχαίας Αυτοκινητοδρόμων Αττικής επεβλήθη στον δεύτερο προσφεύγοντα, ... πρόστιμο 200 ευρώ, με την αιτιολογία ότι, οδηγώντας ιδιωτικής χρήσεως επιβατηγό όχημα της Κοινότητας Συκάμινου (ήδη του προσφεύγοντος Δήμου), κατελήφθη, όπως επί λέξει αναφέρεται στην ένδικη πράξη, «στις 19.3.2011 και ώρα 12:20 στα διόδια Αφιδνών ... να σηκώνει την μπάρα και να μην πληρώνει τέλη διόδων».

5. Επειδή, με την από 31.10.2011 πράξη της τριμελούς Επιτροπής του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3900/2010, που δημοσιεύθηκε προσηκόντως σε δύο αθηναϊκές εφημερίδες, έγινε δεκτή η από 20.4.2011 αίτηση των προσφευγόντων να εισαχθεί προς εκδίκαση ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας η από 20.4.2011 προσφυγή τους κατά της ανωτέρω 122200082799/19.3.2011 πρά-

ξης επιβολής προστίμου της Αστυνομικής Αρχής, με την οποία [προσφυγή], κατά τα αναφερόμενα στην ως άνω πράξη της Επιτροπής, τίθεται «το γενικότερο ενδιαφέροντος ζήτημα της συνταγματικότητας της διατάξεως της παρ. 10 του άρθρου 29 του Ν. 2696/1999, όπως προστέθηκε με την παρ. 2 άρθρου 17 Ν. 3920/2011».

6. Επειδή, με έννομο συμφέρον και παραδεκτώς εν γένει παρεμβαίνει στην δίκη επί της προσφυγής η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» («...»), σύμφωνα με το άρθρο 113 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, Α' 97), εφ' όσον με το κρινόμενο ένδικο βοήθημα αμφισβητείται, μεταξύ άλλων, η συνταγματικότητα της διατάξεως νόμου με την οποία προβλέπεται η επιβολή διοικητικών κυρώσεων στην περίπτωση μη καταβολής διόδων σε οδό, η εκμετάλλευση της οποίας έχει παραχωρηθεί στην εν λόγω ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία.

Συμβούλιο της Επικρατείας (Επιτροπή Αναστολών) - Αριθμ. 236/2013

Πρόεδρος: Κ. Μενουδάκος (Πρόεδρος του Συμβουλίου της Επικρατείας)

Δικαστές: Ν. Ρόζος, Μ. Καραμανώφ, Μ. Βηλαράς, Κ. Κουσουλής (Σύμβουλοι)

Δικηγόροι: Κωνσταντίνος Τοκατλίδης, Δημήτριος Περπατάρης, Νίκη Μαριόλη (Σύμβουλος ΝΣΚ)

Άρθρα: Ν. 1730/1987, 52 Π.Δ. 18/1989, 15 παρ. 2 Σ, 10 Ε.Σ.Δ.Α.

Κατάργηση της ΕΡΤ με την υπ' αριθ. ΟΙΚ.02/11.6.2013 Κοινή Υπουργική Απόφαση. Αίτηση αναστολής εκτελέσεως. Έννομο συμφέρον της ΠΟΣΠΕΡΤ και του Προέδρου του ΔΣ αυτής - υπαλλήλου της ΕΡΤ. Δικαιοδοσία Σ.τ.Ε και για το σκέλος της απόφασης που συνιστά καταγγελία ατομικής συμβάσεως εργασίας. Λόγοι προτεινόμενοι στη σχετική αίτηση ακυρώσεως. Κρίση ότι δεν παρίστανται προδήλως βάσιμοι. Πρόκληση ανεπανόρθωτης βλάβης από την προσωρινή παύση παροχής δημόσιας υπηρεσίας μετάδοσης ραδιοτηλεοπτικών εκπομπών και σχετικών διαδικτυακών υπηρεσιών. Μερικά δεκτά η αίτηση αναστολής ως προς το μέρος που αφορά στη διακοπή μετάδοσης ραδιοτηλεοπτικών εκπομπών και λειτουργίας διαδικτυακών ιστοτόπων και υποχρέωση των αρμοδίων Υπουργών για λήψη οργανωτικών μέτρων (και με πρόσληψη του αναγκαίου προσωπικού) για τη μετάδοση εκπομπών από μεταβατικό δημόσιο ραδιοτηλεοπτικό φορέα. Αντίθετη μειοψηφία ως προς την έκταση της ανεπανόρθωτης βλάβης των αιτούντων ως εργαζομένων επιφορτισμένων με την εκτέλεση της ανατεθείσης στην ΕΡΤ Α.Ε. δημόσιας υπηρεσίας, και συνδρομή περίπτωσης αναστολής της προσβαλλόμενης πράξεως στο σύνολό της.

2. Επειδή, με την αίτηση ζητείται η αναστολή εκτελέσεως της υπ’ αριθ. ΟΙΚ.02/11.6.2013 απόφασης του Υφυπουργού στον Πρωθυπουργό και του Υπουργού Οικονομικών «Κατάργηση της δημόσιας επιχείρησης Ελληνική Ραδιοφωνία - Τηλεόραση, Ανώνυμη Εταιρεία (ΕΡΤ - Α.Ε.)» (Β’ 1414/11.6.2013). Κατά της αποφάσεως αυτής οι αιτούντες έχουν ασκήσει αίτηση ακυρώσεως (αρ. καταθ. 2788/2013), δικάσιμος της οποίας ορίστηκε η 27.9.2013.

3. Επειδή, στο Ν. 1730/1987 (Α’ 145) ορίζονται τα εξής: «1. Ιδρύεται νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου για την ελληνική ραδιοφωνία και τηλεόραση που λειτουργεί με τη μορφή ανώνυμης εταιρείας και έχει έδρα την Αθήνα. 2. Η επωνυμία της εταιρείας είναι «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΑ-ΤΗΛΕΟΡΑΣΗ, ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», και τα στοιχεία ΕΡΤ - ΑΕ αποτελούν το διακριτικό της τίτλο. 3. Η ΕΡΤ - ΑΕ είναι δημόσια επιχείρηση που ανήκει στο δημόσιο τομέα (Ν. 1256/1982), ελέγχεται και εποπτεύεται από το Κράτος. Έχει διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια και τελεί υπό κοινωνικό έλεγχο ...» (άρθρο 1). «Σκοπός της ΕΡΤ - ΑΕ είναι η οργάνωση, εκμετάλλευση και ανάπτυξη της κρατικής ραδιοφωνίας και της τηλεόρασης, καθώς και η συμβολή της, με τα μέσα αυτά: α) στην ενημέρωση, β) στη μόρφωση και γ) στην ψυχαγωγία του ελληνικού λαού. Η ΕΡΤ - ΑΕ δεν επιδιώκει την απόκτηση κέρδους» (άρθρο 2 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 19 παρ. 1 του Ν. 1866/1989 (Α’ 222)). 4. Επειδή, εξ άλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 14Β του Ν. 3429/2005 «Δημόσιες Επιχειρήσεις και Οργανισμοί (Δ.Ε.Κ.Ο.)» (Α’ 314/27-12-2005), όπως αυτό προστέθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 66 του Ν. 4002/2011 (Α’ 180/22-8-2011) και

τροποποιήθηκε διαδοχικά με την παρ. 8 του άρθρου 1 της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου 31/31-12-2011 (Α’ 268/31-12-2011, κυρωθείσα με το άρθρο δεύτερο του Ν. 4047/2012 - Α’ 31/23-2-2012) και με την παρ. 2 του άρθρου τρίτου του ως άνω Ν. 4047/2012, «Κατάργηση, συγχώνευση και αναδιάρθρωση Ν.Π.Ι.Δ. και δημοσίων επιχειρήσεων», 1. Με κοινή απόφαση του Υπουργού Οικονομικών και του κατά περίπτωση εποπτεύοντος Υπουργού: α) οι ανώνυμες εταιρείες με την επωνυμία "Κτηματική Εταιρεία του Δημοσίου Α.Ε. (Κ.Ε.Δ. Α.Ε.)", "Οργανισμός Διαχείρισης Δημοσίου Υλικού Α.Ε. (Ο.Δ.Δ.Υ. Α.Ε.)", "Ελληνική Ραδιοφωνία Τηλεόραση Α.Ε. (Ε.Ρ.Τ. Α.Ε.)", "Εταιρεία Τουριστικής Ανάπτυξης Α.Ε.", "Οργανισμός Σχολικών Κτιρίων Α.Ε. (Ο.Σ.Κ. Α.Ε.)", "Δημόσια Επιχείρηση Ανέγερσης Νοσηλευτικών Μονάδων Α.Ε. (Δ.Ε.Π.Α.ΝΟ.Μ. Α.Ε.)", "ΘΕΜΙΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ Α.Ε.", "Ελληνικός Οργανισμός Μικρών - Μεσαίων Επιχειρήσεων και Χειροτεχνίας Α.Ε. (Ε.Ο.Μ.Μ.Ε.Χ. Α.Ε.)", β) τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου με την επωνυμία, "Ινστιτούτο Γεωλογικών και Μεταλλευτικών Ερευνών (Ι.Γ.Μ.Ε.)" και "Εθνικό Ίδρυμα Νεότητας (Ε.Ι.Ν.)" και γ) άλλα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου που ανήκουν στο Κράτος, εφόσον επιχορηγούνται τακτικά από κρατικούς πόρους και άλλες δημόσιες επιχειρήσεις εφόσον το Ελληνικό Δημόσιο είναι κύριο του συνόλου του καταβεβλημένου μετοχικού τους κεφαλαίου, μπορεί, αν επιβαρύνουν τον Κρατικό Προϋπολογισμό άμεσα ή έμμεσα ή αν επιδιώκουν παρεμφερή σκοπό ή για τον εξορθολογισμό του κόστους λειτουργίας τους: αα) να καταργούνται, να συγχωνεύονται ή να διασπώνται με απορρόφηση ή με σύσταση νέων εταιρειών

ή με απορρόφηση και σύσταση νέων εταιρειών ή και ββ) να αποσπώνται από αυτά περιουσιακά στοιχεία ή επιχειρηματικές μονάδες ως κλάδος ή τμήμα και να εισφέρονται σε άλλη ανώνυμη εταιρεία ή και να μεταφέρεται και να ανατίθεται η ασκούμενη δραστηριότητα ή ο επιδιωκόμενος σκοπός σε άλλο νομικό πρόσωπο, δ)...». Περαιτέρω, με την παρ. 2 του ιδίου Ν., όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου 10/11-6-2013 (Α' 139/11-6-2013), σχετικά με την κατάργηση, συγχώνευση και αναδιάρθρωση Ν.Π.Ι.Δ. και δημοσίων επιχειρήσεων, ορίζονται τα εξής: «Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου α) σε περίπτωση κατάργησης του φορέα, όπως και τυχόν θυγατρικών του, καθορίζεται η διακοπή της λειτουργίας του καθώς και των τυχόν θυγατρικών του, ως και ο χρόνος αυτής, η τύχη της περιουσίας του καταργούμενου νομικού προσώπου, όπως και των τυχόν θυγατρικών του, ρυθμίζονται όλα τα θέματα της διαδοχής των δικαιωμάτων και υποχρεώσεών τους, όπως και η τύχη των εκκρεμών δικών, της αυτοδίκαιης λύσης των πάσης φύσεως εργασιακών σχέσεων και των συμβάσεων έργου, της αυτοδίκαιης λήξης όλων των αποσπάσεων προσωπικού καθώς και κάθε σχετικό με αυτά θέμα, της αυτοδίκαιης λήξης της θητείας των οργάνων διοίκησης, των διαδικασιών και οργάνων που απαιτούνται για τη διαδοχή καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια, β) ... Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομικών, Δημόσιας Τάξης και Προστασίας του Πολίτη και του κατά περίπτωση εποπτεύοντος τον καταργούμενο ή συγχωνευόμενο φορέα, καθορίζονται τα θέματα που αφορούν την διαφύλαξη της περιουσίας των καταργούμενων ή συγχωνευόμενων

φορέων, οι σχετικές διαδικασίες και όργανα και κάθε άλλο σχετικό θέμα. Αν μεταφέρονται αρμοδιότητες σε Υπουργείο ή Ν.Π.Δ.Δ., με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου, για την έκδοση της οποίας συμπράττει εν προκειμένω και ο Υπουργός Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης, καθορίζονται ή συνιστώνται οι οργανικές μονάδες επιπέδου Διεύθυνσης ή Τμήματος, οι οποίες ασκούν τις αρμοδιότητες αυτές και μπορεί να ορίζονται οι οργανικές θέσεις προσωπικού με σχέση ιδιωτικού δικαίου αορίστου και με σχέση έμμισθης εντολής χρόνου οι οποίες μεταφέρονται, μαζί με το προσωπικό που υπηρετεί σε αυτές, στην οργανική μονάδα που ασκεί εφεξής τις αρμοδιότητες που μεταφέρονται...».

5. Επειδή, κατ' επίκληση των ως άνω εξουσιοδοτικών διατάξεων εκδόθηκε η προσβαλλόμενη πράξη, αφού ελήφθη υπόψη, όπως αναφέρεται στο στοιχείο 5 του προοιμίου αυτής, «το γεγονός ότι η «Ελληνική Ραδιοφωνία - Τηλεόραση Ανώνυμη Εταιρεία (ΕΡΤ Α.Ε.)» επιβαρύνει τον Κρατικό Προϋπολογισμό και επιβάλλεται ο εξορθολογισμός της παροχής, της λειτουργίας και του κόστους οργάνωσης της δημοσίας ραδιοτηλεοπτικής υπηρεσίας μέσω της ίδρυσης και διαμόρφωσης ενός νέου οργανισμού-προτύπου, που να υπηρετεί τις επιταγές του Συντάγματος, τις δημοκρατικές, κοινωνικές και πολιτιστικές ανάγκες της κοινωνίας, καθώς και την ανάγκη να διασφαλίζεται η πολυφωνία στα μέσα ενημέρωσης». Με την προσβαλλόμενη απόφαση ορίζεται ότι α) καταργείται η ΕΡΤ ΑΕ και οι θυγατρικές της (άρθρο 1 παρ. 1), β) διακόπτονται, μετά το τέλος του προγράμματος της 11-6-2013 και έως τη σύσταση νέου φορέα η μετάδοση ραδιοτηλεοπτικών εκπομπών, η κυκλοφορία εκδόσεων, η λει-

τουργία διαδικτυακών ιστοτόπων, όπως και κάθε άλλη δραστηριότητα της EPT A.E. (άρθρο 1 παρ. 2), γ) καθίσταται διάδοχος του συνόλου των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων της EPT A.E. το Δημόσιο, στο οποίο μεταβιβάζεται το σύνολο της περιουσίας της (άρθρο 2), δ) παραμένουν ανενεργές οι συχνότητες της EPT AE έως τη σύσταση νέου φορέα, οπότε και μεταφέρονται σε αυτόν αυτοδικαίως (άρθρο 2 παρ. 2 περ. β), ε) λύονται οι συμβάσεις εργασίας και έργου, οριζόμενου ότι η απόφαση συνιστά καταγγελία της ατομικής σύμβασης εργασίας και ότι καταβάλλεται η νόμιμη αποζημίωση και αίρονται οι αποσπάσεις του προσωπικού (άρθρο 3), στ) λήγει η θητεία των οργάνων διοίκησης (άρθρο 4) και ζ) αναστέλλεται η είσπραξη του ανταποδοτικού τέλους υπέρ της EPT (άρθρο 5). Στη συνέχεια εκδόθηκαν οι 03/12.6.2013 και 04/12.6.2013 αποφάσεις των καθ' ων η αίτηση Υπουργών (Β' 1423 και 1427 αντίστοιχα), με τις οποίες, αφενός, αποφασίστηκε η ανάθεση της διαχείρισης των στοιχείων του ενεργητικού και παθητικού της EPT AE και των θυγατρικών της σε ειδικό διαχειριστή και, αφετέρου, διορίστηκε ο ειδικός αυτός διαχειριστής μέχρι τη σύσταση νέου φορέα. Ειδικότερα με την πρώτη από τις ανωτέρω αποφάσεις προστέθηκε άρθρο 4α στην προσβαλλόμενη, σύμφωνα με το οποίο «1. Με κοινή απόφαση του Υπουργού Οικονομικών και του Υφυπουργού στον Πρωθυπουργό, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, διορίζεται ειδικός διαχειριστής, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, με σύμβαση έμμισθης εντολής, ο οποίος διαχειρίζεται το σύνολο των στοιχείων του ενεργητικού και παθητικού της EPT AE και των θυγατρικών της που μεταβιβάζονται με το άρθρο 2 στο Δημόσιο μέχρι τη σύσταση του νέου φορέα σύμφω-

να με την παράγραφο 2 του άρθρου 1. 2. Κατά τη διάρκεια της ειδικής διαχείρισης, ο ειδικός διαχειριστής ασκεί τα δικαιώματα, παρακολουθεί τις εκκρεμότητες, εκπληρώνει τις υποχρεώσεις, προβαίνει σε καταγραφή των στοιχείων ενεργητικού και παθητικού και γενικά παρακολουθεί και χειρίζεται όλες τις εκκρεμείς υποθέσεις του Δημοσίου ως διαδόχου της EPT AE και των θυγατρικών της. Οι διατάξεις που ήταν εφαρμοστέες για την άσκηση των πάσης φύσεως δικαιωμάτων και την εκπλήρωση των πάσης φύσεως υποχρεώσεων καθώς και για τη διαχείριση κάθε στοιχείου του ενεργητικού και παθητικού της EPT AE και των θυγατρικών της που μεταβιβάζονται στο Δημόσιο, συνεχίζουν να εφαρμόζονται και κατά τη διάρκεια της ειδικής διαχείρισης. 3. Ο ειδικός διαχειριστής μπορεί, για τις ανάγκες της διαχείρισης, να συνάπτει για λογαριασμό του Δημοσίου συμβάσεις έργου ή εργασίας ορισμένου χρόνου, με φυσικά ή νομικά πρόσωπα, κατά παρέκκλιση των διατάξεων της ΠΥΣ 33/2006 (Α' 280), ύστερα από έγκριση της αρμοδίας για την εποπτεία της διαχείρισης Υπηρεσίας. 4. Ο ειδικός διαχειριστής αναθέτει, μετά από σύμφωνη γνώμη του Προέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, σε δικηγόρους ή δικηγορικές εταιρείες της ημεδαπής ή της αλλοδαπής, την δικαστική υποστήριξη και εκπροσώπηση του Δημοσίου στις πάσης φύσεως δίκες που αφορούν σε στοιχεία του ενεργητικού και παθητικού που μεταβιβάζονται κατά το άρθρο 2 ή αφορούν διαφορές που γεννώνται λόγω της καταργήσεως της EPT AE και των θυγατρικών της. Η λήξη της ειδικής διαχείρισης δεν συνεπάγεται την λύση της έμμισθης εντολής».

Συμβούλιο της Επικρατείας (Β' Τμήμα) - Αριθμ. 2133/2012

Πρόεδρος: Δ. Κωστόπουλος (Σύμβουλος της Επικρατείας)

Δικαστές: Ι. Γράβαρης, Β. Καλαντζή (Σύμβουλοι), Ι. Σύμπλης, Π. Γρουμπού (Πάρεδροι)

Δικηγόροι: Γρηγόριος Μέντης, Αθανάσιος Τσιοκάνης (Πάρεδρος ΝΣΚ)

Άρθρα: 20, 21 Ν. 2238/1994

Φορολογία εισοδήματος. Υπόχρεος σε φόρο εισοδήματος από ακίνητα είναι ο δικαιούχος εμπράγματου ή ενοχικού δικαιώματος σε αυτά, ο οποίος έχει αποκτήσει εισόδημα υπό την ιδιότητα αυτή. Δεν καθίσταται υπόχρεος σε φόρο ο κύριος ακινήτου για εισοδήματα που δεν απέκτησε, αλλά τα απέκτησε τρίτος. Εκείνος που πράγματι απέκτησε τα εισοδήματα, οφείλει να τα υπαγάγει ως φορολογούμενα στην οικεία πηγή.

Επειδή, με την αίτηση αυτή ζητείται, παραδεκτώς, η αναίρεση της 3962/2005 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή έφεση του αιτούντος κατά της 11379/2002 αποφάσεως του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών. Με την τελευταία αυτή απόφαση, κατ' αποδοχή εν μέρει προσφυγής του αναιρεσείοντος, είχε μεταρρυθμισθεί το υπ' αριθ. 39/1999 φύλλο ελέγχου φορολογίας εισοδήματος, οικονομικού έτους 1996, που είχε εκδοθεί εις βάρος του από τον Προϊστάμενο της Δημόσιας Οικονομικής Υπηρεσίας ΙΓ' Αθηνών.

3. Επειδή, τόσο πρωτοδίκως όσο και με την έφεσή του ο αναιρεσείων προέβαλε, μεταξύ άλλων, ότι το επίδικο φύλλο ήταν νομικώς πλημμελές γιατί η έκθεση ελέγχου που το συνόδευε «δεν αναφέρει την ημερομηνία διενέργειας του ελέγχου ούτε φέρει ημερομηνία σύνταξης». Με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση ο ισχυρισμός αυτός απορρίφθηκε «ως αβάσιμος και κατά τα δύο σκέλη του», με την αιτιολογία ότι η εν λόγω έκθεση ελέγχου «αφενός [μεν] φέρει ημερομηνία συντάξεως, η οποία είναι η 31.8.1999», αφετέρου δε «από το περιεχόμενό της προκύπτει» ότι ο έλεγχος, ο οποίος διενεργήθηκε από ειδικό συνεργείο, «άρχισε μετά την έκδοση

από τον Προϊστάμενο του εν λόγω συνεργείου της 2/29.1.1998 εντολής ελέγχου, με την κοινοποίηση στον εκκαλούντα [και ήδη αναιρεσείοντα], στις 11.3.1998, της εντολής αυτής και της Α 821/18.2.1998 προσκλήσεως [να θέσει στη διάθεση του ελέγχου μέσα σε πέντε ημέρες κάθε σχετικό στοιχείο]», συνεχίστηκε με την κοινοποίηση στον αιτούντα, στις 13.4.1988 και στις 11.12.1998, και άλλων σχετικών προσκλήσεων και τη συγκέντρωση εν συνεχεία των βιβλίων και των εν γένει «απαραιτήτων για τη διενέργεια [του ελέγχου] στοιχείων» «η οποία συγκέντρωση ολοκληρώθηκε με την πάροδο της προθεσμίας των πέντε ημερών από την κοινοποίηση, την 11.12.1998, της τελευταίας προσκλήσεως περαιτέρω δε συνεχίστηκε (ο έλεγχος) με την επεξεργασία των εν λόγω βιβλίων και στοιχείων και έληξε την 31.8.1999, με τη σύνταξη της εκθέσεως ελέγχου.». Με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι η πιο πάνω αιτιολογία «δεν είναι ορθή, γιατί από το σώμα της έκθεσης ελέγχου δεν προκύπτει ούτε η ημερομηνία συντάξεως, ούτε ο χρόνος διενέργειας του ελέγχου, που συμπερασματικώς ευρίσκει το Διοικητικό Εφετείο.». Ο λόγος όμως αυτός είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, καθώς αμφισβητεί ευθέως,

κατ’ επίκληση μη διαδικαστικού εγγράφου, την ουσιαστική κρίση του δικαστηρίου κατά την οποία η έκθεση ελέγχου περιείχε τα πιο πάνω στοιχεία (ημερομηνία συντάξεως και χρόνο ελέγχου).

4. Επειδή, στο υπό τον τίτλο «Εισόδημα [από ακίνητα] και απόκτησή του» άρθρο 20 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (Ν. 2238/1994, Α’ 151), όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ορίζονται τα εξής: «1. Εισόδημα από ακίνητα είναι αυτό που προκύπτει κάθε οικονομικό ή κατά περίπτωση γεωργικό έτος είτε από εκμίσθωση ή επίταξη ή έμμεσα από ιδιοκατοίκηση ή ιδιοχρησιμοποίηση μιας ή περισσότερων οικοδομών είτε από εκμίσθωση μιας ή περισσότερων γαιών, το οποίο αποκτιέται από κάθε ιδιοκτήτη, νομέα, επικαρπωτή ή από αυτόν στον οποίο μεταβιβάστηκε η άσκηση του δικαιώματος της επικαρπίας ή από αυτόν που έχει το δικαίωμα χρήσης ή οίκησης είτε, αν πρόκειται για επιφάνειες και εμφυτεύσεις [...], καθώς επίσης και για οικοδομές που έχουν ανεγερθεί σε έδαφος κυριότητας τρίτου, το δικαίωμα το οποίο αποκτιέται από τον κύριο του εδάφους.». Περαιτέρω, στο άρθρο 21 του ίδιου Κώδικα ορίζεται, μεταξύ άλλων, υπό τον τίτλο «Εισόδημα ειδικών περιπτώσε-

ων», ότι ως εισόδημα από ακίνητα «λογίζεται [...] σε περίπτωση υπεκμίσθωσης αυτό που αποκτιέται από το μισθωτή». Κατά την έννοια των εν λόγω διατάξεων, ερμηνευομένων εν όψει και του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος περί φοροδοτικής ικανότητας, για την υπαγωγή σε φόρο εισοδήματος από ακίνητα πρέπει ο υπόχρεος αφ’ ενός μεν να είναι, ως προς ορισμένο ακίνητο, δικαιούχος εμπράγματος ή ενοχικού δικαιώματος από τα ανωτέρω περιοριστικώς αναφερόμενα, αφ’ ετέρου δε να έχει πράγματι αποκτήσει ο ίδιος εισόδημα υπό την ιδιότητα αυτή. Συνεπώς, στην περίπτωση κατά την οποία χωρεί εκμετάλλευση ακινήτου και εντεύθεν απόληψη εισοδημάτων από πρόσωπο που δεν έχει τις πιο πάνω ιδιότητες (ιδιοκτήτη, επικαρπωτή κ.λπ.), δεν καθίσταται, εκ μόνου του λόγου τούτου, υπόχρεος σε φόρο κατά τις ανωτέρω διατάξεις ο κύριος του ακινήτου για εισοδήματα που δεν απέκτησε. Εκείνος δε που πράγματι απέκτησε, κατά τ’ ανωτέρω, τα εισοδήματα, οφείλει να τα υπαγάγει ως φορολογούμενα στην οικεία πηγή (ελλείψει άλλης, στην κατ’ άρθρ. 48 παρ. 3 του πιο πάνω Κώδικα «γενική» πηγή εισοδήματος).



ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ
ΤΟΥ Δ.Σ.Η.



Από τις εκδηλώσεις και τις δραστηριότητες του Συλλόγου

❁ Ο Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου σε ειδική συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου, που έλαβε χώρα την 20 Δεκεμβρίου 2013, απένειμε τον τίτλο του Επίτιμου Προέδρου και παρέδωσε τιμητικές πλακέτες στους κ. Γεώργιο Κανακαράκη, Στυλιανό Καστρινάκη και Εμμανουήλ Κλίνη.



Στιγμιότυπα από την εκδήλωση του Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου στις 20 Δεκεμβρίου 2013.

ΤΟ 24ο ΤΕΥΧΟΣ ΤΟΥ ΠΕΡΙΟΔΙΚΟΥ “*Ραδάμανθς*”
ΤΥΠΩΘΗΚΕ ΤΟΝ ΙΑΝΟΥΑΡΙΟ ΤΟΥ 2014, ΣΕ 250 ΑΝΤΙΤΥΠΑ
& ΣΕ ΧΑΡΤΙ GARDARAT 115 gr., ΑΠΟ ΤΙΣ ΓΡΑΦΙΚΕΣ ΤΕΧΝΕΣ
Μ. & Μ. ΠΑΤΕΡΑΚΗΣ Ο. Ε., ΓΙΑ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟ ΤΟΥ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



