

Ραδάμανθς

ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



ΤΕΥΧΟΣ ΕΚΤΟ

Φθινόπωρο, 2005

“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 60, Φθινόπωρο 2005

ΕΚΔΟΤΗΣ:

Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου.

ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΕΚΔΟΣΗΣ:

Βασίλης Λαμπρινός, Πρόεδρος Δ.Σ.Η.

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ Δ.Σ.Η.

Βασίλης Λαμπρινός, Πρόεδρος

Μανόλης Περαντωνάκης, Αντιπρόεδρος

Νίκος Λογοθέτης, Γεν. Γραμματέας

Μανόλης Αμωναχάκης, Ταμίας

Μανόλης Ατσαλής,

Γιώργος Γιαχνάκης,

Κατερίνα Δουλγεράκη,

Απόλλων Καλογερόπουλος,

Κατερίνα Κοσμαδάκη,

Ανδρέας Λιανέρης,

Άρης Ροζάκης,

Μιχάλης Σφακιανάκης,

Τίτος Ταγαράκης,

Θεόδωρος Τερζάκης,

Ειρήνη Χαλαμπαλάκη, μέλη.

ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Ανδρέας Λιανέρης

Βιβή Δερμιτζάκη

Μάνος Βοργιάς

Αντώνης Ταμιωλάκης

Μιχάλης Πετρονιάκης

Βαγγέλης Φανουργάκης

Φίλημων Χριστοφοράκης

Ευάγγελος Κάτης

Καλλιόπη Κοκοσάλη

ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΝΕΡΓΑΤΗΣ

Αριστέα Πλεύρη,

Δικηγόρος.



ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΕΚΔΟΣΗΣ:

Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου

ΓΡΑΦΕΙΑ:

Δικαστικό Μέγαρο Ηρακλείου

Τηλ.: 2810 288.312, 220.758

Fax: 2810 288.311

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

e-mail: info@dsh.gr

ΤΙΜΗ ΤΕΥΧΟΥΣ: 15 €

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

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ

Ευριπύδη Αντωνίου

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ

ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΚΗ9

Πολυχρόνη Π. Τσιρίδη

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΝΟΜΟΣΧΕΔΙΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ

ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΟΔΗΓΙΑ

2001/97/Ε.Κ. ΠΕΡΙ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΣΟΔΩΝ ΑΠΟ ΕΓΚΛΗΜΑΤΙΚΗ

ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑ (ΞΕΠΛΥΜΑ ΒΡΩΜΙΚΟΥ ΧΡΗΜΑΤΟΣ)28

Μανόλη Χ. Ανδρουλακάκη

Η ΑΔΕΡΦΟΣΥΝΗ ΣΤΟ ΕΡΓΟ "ΚΑΠΕΤΑΝ ΜΙΧΑΛΗΣ"

ΤΟΥ ΝΙΚΟΥ ΚΑΖΑΝΤΖΑΚΗ

ΜΙΑ ΜΑΤΙΑ ΣΤΟ ΕΘΙΜΟ ΤΗΣ ΑΔΕΛΦΟΦΟΠΙΑΣ35

Μιχάλη Πετρονιάκη

ΓΡΑΦΟΛΟΓΙΚΗ ΠΡΑΓΜΑΤΟΓΝΩΜΟΣΥΝΗ

ΣΕ ΜΗ ΠΡΩΤΟΤΥΠΑ ΕΓΓΡΑΦΑ44

Οδυσσέα Σπαχή

Η ΕΛΛΕΙΨΗ ΚΑΙ ΤΑ ΕΛΑΤΤΩΜΑΤΑ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑΣ ΩΣ ΛΟΓΟΣ

ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟΥΣ ΝΕΟΥΣ ΚΩΔΙΚΕΣ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ53

Χριστίνας Κοκκινάκη

ΣΥΜΒΑΣΗ TIME SHARING60

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (Α' Τμήμα),

71511/01/27.5.200577

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΚΑΙΟ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΙΚΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ

Άρειος Πάγος (Α' Πολιτικό Τμήμα), 434/4-3-200580

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ - ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Εφετείο Κρήτης, 159/200582

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 33/2506/331/200483

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 1527/178/200585

ΚΛΗΡΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 29/2032/266/200587

ΔΙΚΑΙΟ ΑΠΑΛΟΤΡΙΩΣΕΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 761/2193 Α.Π. 138/200489

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 210/598, 1365/20, 40/200590

ΔΙΚΑΙΟ ΜΙΣΘΩΤΙΚΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 660/3526/190/200495

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 301/154/5Μθ/200496

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου, 274/200599

Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου, 179/2005100

Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου, 154/2005 (κατ' έφεση)101

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

Τριμελές Διοικ. Πρωτοδ. Ηρακλείου, 471/2004104

Τριμελές Διοικ. Πρωτοδ. Ηρακλείου (Τμήμα Β'), 93/2005109

Τριμελές Διοικ. Πρωτοδ. Ηρακλείου (ως συμβούλιο), 6/2005111

Τριμελές Διοικ. Πρωτοδ. Ηρακλείου, 186/2005113

ΑΝΑΔΗΜΟΣΙΕΥΟΜΕΝΕΣ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 142/825/189/2004115

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου, 632/1109/235/2004118

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ



ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΚΗ*



Ευριπίδη Αντωνίου **

1. Αποδεικτική αξιοποίηση της ανώμοτης εξέτασης του κατηγορουμένου, που λήφθηκε κατά τη διάρκεια της αντεπάγγελτης προανάκρισης.

Η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, ερμηνεύοντας τις διατάξεις των άρθρων 103, 104, 105, 273, 274 και 31 παρ. 2 Κ.Π.Δ, με την 2/1999 (Ποιν. Χρ. ΜΘ. 810) απόφασή της έκρινε ότι: ναι μεν η τελευταία αυτή διάταξη του άρθρου 31 παρ. 2 εδάφ. δεύτερο του Κ.Π.Δ δεν απαγγέλλει ακυρότητα της κατά παράβαση αυτής ανάγνωσης και αξιολόγησης της ανώμοτης κατάθεσης του υπόπτου, όμως η διάταξη αυτή έχει θεσπισθεί προς υπεράσπιση του κατηγορουμένου, ο οποίος έχει δικαίωμα σιωπής και μη αυτοενοχοποίησής του, ως ειδικότερη έκφραση του δικαιώματός του για «δίκαιη δίκη», που του διασφαλίζει το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, καθώς και του δικαιώματός του από το άρθρο 223 παρ. 4 Κ.Π.Δ να αρνηθεί την κατάθεση περιστατικών από τα οποία θα μπορούσε να προκύψει η ενοχή του για αξιόποινη πράξη. Επίσης, βάση της άνω διάταξης (άρθρου 31 παρ. 1 Κ.Π.Δ), δεν είναι επιτρεπτό να αξιολογηθούν σε βάρος του όσα τυχόν έχει καταθέσει επιβαρυντικά για αυτόν στοιχεία κατά την ανώμοτη εξέτασή του στη διάρκεια της αντεπάγγελτης προανάκρισης και επομένως η κατά παράβαση των ως άνω διατάξεων (άρθρων 31 παρ. 2 εδ. β' και 105 παρ. 2 εδ. β' Κ.Π.Δ) ανάγνωση και αποδεικτική αξιοποίηση σε βάρος του κατηγορουμένου της ανώμοτης κατάθεσης, που έδωσε κατά το πιο πάνω στάδιο, αν έγινε κατά τη διαδικασία στο ακροατήριο, επάγεται απόλυτη ακυρότητα, κατά το άρθρο 171 παρ. 1 περ. δ' του Κ.Π.Δ και θεμελιώνει έτσι λόγο αναίρεσης κατά το άρθρο 510 παρ. 1Α του Κ.Π.Δ. Η θεμελιώδης αυτή αρχή «της μη αυτοενοχοποίησης» διακηρύσσεται ήδη πανηγυρικά στο άρθρο 14 παρ. 3 ζ' του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, που κυρώθηκε με το Ν. 2462/1997 και έχει την ισχύ που ορίζει το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος. Κατά τη διάταξη αυτή, κάθε πρόσωπο που κατηγορείται για ποινικό αδίκημα απολαύει σε πλήρη ισότητα, μεταξύ άλλων, και την εγγύηση «να μην εξαναγκάζεται να καταθέσει εναντίον του εαυτού του ή να ομολογήσει την ενοχή του.» Η εν λόγω αρχή, σύμφωνα με την πάγια πλέον νομολογία του Ευρ.Δ.Α.Δ., αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της έννοιας της δίκαιης δίκης του άρθρου 6

* Το άρθρο αυτό αποτελεί την εισήγηση του συντάκτου στην ημερίδα που οργάνωσε ο Δ.Σ.Η. στο Ξενοδοχείο Ατλάντις στις 16 Απριλίου 2005.

** Ο Ευριπίδης Αντωνίου είναι Αντιπρόεδρος του Αρείου Πάγου.

παρ. 1 της ΕΣΔΑ. Ειδικότερα το Ευρ.Δ.Δ.Α., στις υποθέσεις J.B. κατά Ελβετίας της 3-5-2001 και Saunders κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 29-11-1996, αποφάνθηκε ότι το δικαίωμα στη μη αυτοενοχοποίηση «προϋποθέτει ιδίως ότι οι κρατικές αρχές οφείλουν να αποδεικνύουν τους ισχυρισμούς τους, χωρίς να λαμβάνουν υπόψη τους αποδεικτικά μέσα τα οποία αποκτώνται κατόπιν άσκησης εξαναγκασμού και πίεσης ενάντια στη βούληση του κατηγορουμένου». Έκρινε δε ότι οι καταθέσεις των εξεταζομένων, που λαμβάνονται με καταναγκαστικά μέσα (όπως με την απειλή κύρωσης σε περίπτωση άρνησης κατάθεσης) κατά τη διενέργεια ακόμη και ενός διοικητικού ελέγχου, απαγορεύεται να αξιοποιηθούν στην ποινική δίκη σε βάρος του ίδιου προσώπου ενάντια στη βούληση του. Περαιτέρω το Ευρ.Δ.Δ.Α. έθεσε ως γενικό κανόνα την υπεροχή του δικαιώματος στη μη αυτοενοχοποίηση έναντι του δημόσιου συμφέροντος για άσκηση ποινικής δίωξης και διευκρίνισε, στην παρ. 74 της δεύτερης από τις πιο πάνω αποφάσεις, ότι υφίσταται παραβίαση του εν λόγω δικαιώματος και αν ακόμη οι αξιοποιηθείσες μαρτυρικές καταθέσεις έχουν ληφθεί πριν αποδοθεί στον εξεταζόμενο τέλεση αξιόποινης πράξης, επισήμανε δε, στις παρ. 71 και 72 της ίδιας απόφασης, ότι τούτο ισχύει ανεξάρτητα από το αν κατά περιεχόμενο η σχετική κατάθεση έχει άμεσο ή μη επιβαρυντικό χαρακτήρα (Βλ. απόφαση του Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου ενώπιον της Ολομέλειας κατά την εκδίκαση της υπόθεσης που εκδόθηκε η 1/2004 απόφαση αυτής).

2. Αποδεικτική αξιοποίηση της εκ μέρους των συμβουλίων (Εφετών και Πλημμελειοδικών) και των Δικαστηρίων μαρτυρικών καταθέσεων που δόθηκαν πριν ο εξετασθείς αποκτήσει την ιδιότητα του κατηγορουμένου.

Με τις ίδιες σκέψεις της Ολομέλειας του Α.Π. 2/1999, η Ολομέλεια 1/2004 (Ποιν. Χρον. ΝΕ. 113) έκρινε ότι η λήψη υπόψη και η αξιοποίηση αποδεικτικώς εκ μέρους του Συμβουλίου του Αναθεωρητικού Δικαστηρίου μαρτυρικών καταθέσεων, που δόθηκαν πριν ο εξετασθείς αποκτήσει την ιδιότητα του κατηγορουμένου με κάποιον από τους τρόπους που αναφέρονται στο άρθρο 72 Κ.Π.Δ, δημιουργεί απόλυτη ακυρότητα κατά τα άρθρα 171 παρ. 1 περιπτ. δ και 481 παρ. 1 περιπτ. β του αυτού κώδικα. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, το ίδιο ισχύει και για την εκ μέρους των δικαστηρίων αξιοποίηση των ως άνω καταθέσεων. Η δικαιοδοτική αυτή κρίση του Αρείου Πάγου είναι λίαν ενδιαφέρουσα, διότι αφομοιώνει αρχές της διεθνούς έννομης τάξης και μιας σύμφωνης προς την ΕΣΔΑ ερμηνείας, η οποία αποτελεί αναγκαιότητα για την ασφάλεια του δικαίου.

Η παραμονή όμως της έγγραφης εξέτασης του υπόπτου, που έλαβε χώρα κατά το στάδιο της προανάκρισης (όχι αυτεπάγγελτης) στο φάκελο της δικογραφίας και όχι στο αρχείο της εισαγγελίας (άρθρο 31 παρ. 2 Κ.Π.Δ), χωρίς αυτή να αξιοποιηθεί περαιτέρω, δεν ιδρύει τον εκ του άρθρου 510 παρ. 1α Κ.Π.Δ λόγο αναίρεσης, διότι ο κατηγορούμενος δεν στερείται κάποιου υπερασπιστικού δικαιώματος που του παρέχει ο νόμος σχετικά με το εν λόγω αποδεικτικό μέσο (Α.Π. 599/2003 Ποιν. Λόγος Γ. 615).

Η Α.Π. 710/2003 (Ποιν. Λόγος Γ. 723) δέχθηκε ότι δεν δημιουργείται απόλυτη ακυρότητα όταν αξιολογηθεί η κατάθεση κατηγορουμένου ως αποδεικτικό μέσο στην προδικαστική διαδικασία ένορκης ή ανώμοτης κατάθεσης που λήφθηκε στα πλαίσια της αυτεπάγγελτης προανάκρισης από τον εξεταζόμενο ως μάρτυρα ύποπτο και στη συνέχεια κατηγορούμενο για την ερευνώμενη πράξη, όταν ο κατηγορούμενος κατά την απολογία του ενώπιον του Ανακριτή αναφέρεται και επιβεβαιώνει το περιεχόμενο της προανακριτικής κατάθεσής του. Ο αποκλεισμός της κατάθεσης αυτής από το Συμβούλιο θα επέφερε έλλειψη αιτιολογίας του βουλεύματος, το οποίο στην περίπτωση αυτή δεν θα λάμβανε υπόψη του μέρος της απολογίας του κατηγορουμένου.

3. Εκπροσώπηση του κατηγορουμένου ενώπιον των ποινικών δικαστηρίων.

Σύμφωνα με το άρθρο 340 παρ. 2 Κ.Π.Δ, πριν την αντικατάστασή του με το άρθρο 24 του Ν. 3160/2003, επιτρεπόταν η εκπροσώπηση του κατηγορουμένου μόνο από συνήγορο που ενεργούσε όλες της διαδικαστικές πράξεις για αυτόν, σε πταίσματα και πλημμελήματα που επισύρουν ποινή χρηματική ή πρόστιμο ή ποινή στερητική της ελευθερίας μέχρι έξι μηνών, ο οποίος διορίζεται με απλή έγγραφη δήλωση του κατηγορουμένου. Σύμφωνα δε με το άρθρο 501 παρ. 3 του ίδιου κώδικα, πριν από την κατάργησή του με το άρθρο 48 του Ν. 3160/2003, το δικαστήριο, αν πεισθεί ότι ο εκκαλών δεν μπόρεσε να εμφανιστεί αυτοπροσώπως για λόγους ανώτερης βίας ή για άλλα ανυπέρβλητα αίτια, μπορεί με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση να επιτρέψει την εκπροσώπησή του από συνήγορο που έχει ειδική πληρεξουσιότητα. Η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου με την 9/2002 απόφασή της έκρινε ότι ο κατηγορούμενος-εκκαλών έχει δικαίωμα να εκπροσωπηθεί από συνήγορο, κατά την εκδίκαση της έφεσης του και όταν ακόμη η απουσία του είναι ηθελημένη και αδικαιολόγητη με τις εξής σκέψεις: 1) από τις υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις της ΕΣΔΑ του άρθρου 6 παρ. 1, από τις οποίες αναγνωρίζεται στον κατηγορούμενο δικαίωμα για δίκαιη δίκη και την παρ. 3 περιπτ. γ' του ίδιου άρθρου, όπου προβλέπεται ειδικότερα ότι κάθε κατηγορούμενος έχει δικαίωμα να υπερασπίσει ο ίδιος τον εαυτό του ή να αναθέσει την υπεράσπιση του σε συνήγορο της επιλογής του, όπως ερμηνεύτηκαν από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ), προκύπτει καταρχήν ότι το συστατικό της δίκαιης δίκης δικαίωμα δικαστικής ακρόασης του κατηγορουμένου, σε συνδυασμό με το δικαίωμα του να έχει συνήγορο υπεράσπισης, περιλαμβάνει και το δικαίωμά του να εκπροσωπηθεί από πληρεξούσιο δικηγόρο, αν δεν επιθυμεί να εμφανισθεί αυτοπροσώπως και 2) ο εθνικός νομοθέτης δεν δικαιούται να τιμωρεί τον κατηγορούμενο με την αποστέρηση του δικαιώματος υπεράσπισής του με συνήγορο και όταν ακόμη η απουσία του είναι ηθελημένη και αδικαιολόγητη. Στη συγκεκριμένη περίπτωση η Ολομέλεια ανήρесе απόφαση του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου, που απέρριψε αίτημα εκπροσώπησης του εκκαλούντος-κατηγορουμένου από συνήγορο, κατά την εκδίκαση της έφεσης του κατά απόφασης του Μονομελούς Πλημμελειοδικείου (άρθρο 501 παρ. 3 Κ.Π.Δ), διότι παραβιάσθηκε το δικαίωμα

υπεράσπισης αυτού και δημιουργήθηκε απόλυτη ακυρότητα (άρθρο 171 παρ. 1 δ' Κ.Π.Δ), που ιδρύει το λόγο αναίρεσης από το άρθρο 510 παρ. 1 Α' του Κ.Π.Δ. Τη θέση αυτή της Ολομέλειας αποδέχθηκε ήδη ο νομοθέτης και με την αντικατάσταση των δύο εδαφίων της παρ. 2 του άρθρου 340 Κ.Π.Δ με το άρθρο 24 του Ν. 3160/2003 και την τροποποίηση του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 και την κατάργηση της παρ. 3 του άρθρου 501 του ίδιου κώδικα με το άρθρο 48 του αυτού ως άνω νόμου σε πταίσματα και πλημμελήματα επιτρέπεται να εκπροσωπείται ο κατηγορούμενος από συνήγορο τόσο πρωτοδικώς, όσο και στην κατ' έφεση δίκη, τον οποίο διορίζει με έγγραφη δήλωσή του. Η δήλωση γίνεται κατά τις διατυπώσεις της παρ. 2 του άρθρου 42. Όσον αφορά τα κακουργήματα, ούτε τα τμήματα, ούτε η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου πήραν θέση. Ο πρόσφατος νόμος 3346/2005 («Επιτάχυνση της διαδικασίας ενώπιον των πολιτικών και ποινικών δικαστηρίων και άλλες διατάξεις») επιτρέπει την εκπροσώπηση του κατηγορουμένου και στα κακουργήματα. Ειδικότερα, το άρθρο 13 αυτού ορίζει ότι:

Η παράγραφος 2 του άρθρου 340 Κ.Π.Δ αντικαθίσταται ως ακολούθως: «Σε πταίσματα, πλημμελήματα και κακουργήματα επιτρέπεται να εκπροσωπείται ο κατηγορούμενος από συνήγορο, τον οποίο διορίζει με έγγραφη δήλωσή του. Η δήλωση γίνεται κατά τις διατυπώσεις του τρίτου εδαφίου της παραγράφου 2 του άρθρου 42 και πρέπει, με ποινή απαραδέκτου, να αναφέρει την ακριβή διεύθυνση κατοικίας ή διαμονής του κατηγορουμένου. Στην περίπτωση αυτή ο κατηγορούμενος θεωρείται παρών και ο συνήγορος του ενεργεί όλες τις διαδικαστικές πράξεις γι' αυτόν. Το δικαστήριο σε κάθε περίπτωση μπορεί να διατάξει την προσωπική εμφάνιση του κατηγορουμένου, όταν κρίνει ότι αυτή είναι απαραίτητη για να βρεθεί η αλήθεια. Αν και μετά το γεγονός αυτό δεν εμφανιστεί ο κατηγορούμενος, το δικαστήριο μπορεί να διατάξει τη βίαιη προσαγωγή του, που εκτελείται, αν είναι δυνατό, ακόμα και κατά τη διάρκεια της συνεδρίασης».

4. Η ειδική πληρεξουσιότητα στην ποινική δίκη

Η ειδική πληρεξουσιότητα στην ποινική δίκη μπορεί να δοθεί, πέραν του συμβολαιογραφικού εγγράφου, και με απλή έγγραφη δήλωση σύμφωνα με το άρθρο 42 παρ. 2 Κ.Π.Δ. Η γνησιότητα της υπογραφής του εντολέα πρέπει να βεβαιώνεται από οποιαδήποτε δημόσια, δημοτική ή κοινοτική αρχή ή δικηγόρο (Α.Π. 529/1999 Ποιν. Χρ. Ν. 148). Πρέπει να σημειωθεί ότι είναι επιτρεπτή η θεώρηση του γνησίου της υπογραφής του εντολέα από τον εντολοδόχο δικηγόρο (Α.Π. 869/2001 Ποιν. Χρ. ΝΒ. 325, με αντίθετη εισαγγελική πρόταση).

Σχετικά με την πληρεξουσιότητα που δίδει το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΕ για την υποβολή μήνυσης ή άσκησης ενδίκου μέσου πρέπει να λεχθούν τα ακόλουθα: Κατά το άρθρο 18 του Ν. 2190/1920, όπως κωδικοποιήθηκε με το Β.Δ. 174/1963, η ανώνυμη εταιρία εκπροσωπείται επί δικαστηρίου και εξωδίκως υπό του Διοικητικού Συμβουλίου ενεργούντος συλλογικώς. Το καταστατικό δύναται να ορίζει ότι ένα ή περισσότερα μέλη του ΔΣ ή άλλα πρόσωπα δικαιούνται να εκπροσωπούν την εταιρία εν γένει ή σε ορι-

σμένες μόνο πράξεις. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι η άσκηση του ενδίκου μέσου ανήκει στο Διοικητικό Συμβούλιο, το οποίο κατ' αρχήν ενεργεί συλλογικώς. Δεν αποκλείεται το Διοικητικό Συμβούλιο να αναθέσει την εκπροσώπηση της εταιρείας δικαστικώς ή εξωδίκως σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα, τα οποία είναι μέλη της διοικήσεως, οπότε η εκπροσώπηση αφορά ευθέως το νομικό πρόσωπο και μάλιστα από όργανο εκ του καταστατικού έχοντος εξουσία και υπό την προϋπόθεση ότι επιτρέπεται η κατ' αυτόν τον τρόπο εκπροσώπηση, οπότε απαιτείται πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου περί λήψεως αποφάσεως αναθέσεως της εκπροσώπησης της εταιρείας σε ένα ή περισσότερα μέλη της διοικήσεως και δεν είναι απαραίτητο να βεβαιώνεται η γνησιότητα της υπογραφής του εντολέα κατά το άρθρο 42 παρ. 2 Κ.Π.Δ, αφού ο προς αυτόν τον οποίο απευθύνεται η εντολή και εκπροσωπεί το Διοικητικό Συμβούλιο δεν είναι τρίτος, που ενεργεί ως αντιπρόσωπος, που έχει εντολή κατά τους όρους του άρθρου 96 Κ.Π.Δ, αλλά μέλος της διοίκησης που αντλεί την εξουσία του από αυτή, σύμφωνα με τις οριζόμενες στο καταστατικό της εταιρείας προϋποθέσεις και εκπροσωπεί ευθέως το νομικό πρόσωπο (Α.Π. 1349/2004 ΝοΒ 53.544). Διαφέρει δε η περίπτωση, κατά την οποία το Διοικητικό Συμβούλιο αναθέτει την εκπροσώπηση της ανώνυμης εταιρείας ή την περιορισμένη εντολή άσκησης ενδίκου μέσου σε τρίτο πρόσωπο, οπότε θεωρείται ότι ο τρίτος υποκαθιστά το Διοικητικό Συμβούλιο και απαιτείται αφενός μεν πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου περί λήψεως αποφάσεως αναθέσεως της εκπροσώπησης της εταιρείας σε τρίτο πρόσωπο, εκτός του Διοικητικού Συμβουλίου, αφετέρου δε η βεβαίωση της γνησιότητας της εις το πρακτικό υπάρχουσας υπογραφής του εντολέως κατ' άρθρο 42 παρ. 2 του Κ.Π.Δ (Α.Π. 1642/2004 Ποιν. Δικ. 8.113) και στη συγκεκριμένη περίπτωση των μελών του Δ.Σ. (Α.Π. 1754/2003. Δελ. Συνδ. Ανων. Εταιρειών και ΕΠΕ 2004 σελ.485, Ποιν. Λόγος Γ. 1982) «χάριν διασφαλίσεως της πιστότητας της υπογραφής προς αποφυγήν μελλοντικής αμφισβήτησεως και εμφανίσεως προβλημάτων νομιμοποιήσεως του νομικού προσώπου και μάλιστα σε θέματα, τα οποία ασκούν ουσιώδη επιρροή στα συμφέροντα της εταιρείας» και δεν αρκεί βεβαίωση του Δικηγόρου για ακριβές αντίγραφο εκ του πρωτοτύπου (Α.Π. σε Συμβ. 1162/2004 Ποιν. Λόγος Δ. 1412).

Η Α.Π. 2015/2004 (Ποιν. Χρ. ΝΕ.333. Αρμεν. 59.407) έχει αντίθετη γνώμη με τη μέχρι τώρα πάγια νομολογία, (Α.Π., 1801/2003, 1549/2003, 1506/2003, 911/1998, 1591/1997, 1539/1995, 953/1988), ήτοι, ότι αρκεί για την υποβολή εγκλήσεως επικυρωμένο αντίγραφο της πράξης του Διοικητικού Συμβουλίου με την οποία ανατίθεται η ενέργεια αυτή σε μέλος του ή σε τρίτο, χωρίς να είναι αναγκαία η βεβαίωση της γνησιότητας της υπογραφής των μελών του Δ.Σ. από αρχή ή δικηγόρο. Η γνώμη αυτή σχολιάζεται δυσμενώς (Ποιν. Χρ. ΝΕ. 335), ενόψει του ότι από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 18, 22 παρ. 3 του Ν. 2190/1920 και 42 παρ. 2 Κ.Π.Δ προκύπτει ότι το Δ.Σ. της ΑΕ μπορεί να αναθέσει την εκπροσώπηση ή την ειδική εντολή περί υποβολής έγκλησης σε τρίτο πρόσωπο, που δεν είναι καταστατικό όργανο, όμως η εν λόγω εξουσία στο τρίτο πρόσωπο δεν καθιστά αυτό καταστατικό όργανο της εταιρείας. Εάν, παρά τις ως άνω ελλείψεις, υποβληθεί μήνυση για έγκλημα που διώκεται κατ' έγκληση ή ασκηθεί ένδικο

μέσο, το συμβούλιο ή το δικαστήριο οφείλει να κηρύξει απαράδεκτη την ασκηθείσα ποινική δίωξη ή το ένδικο μέσο, άλλως υπερβαίνει την εξουσία του και η απόφαση ή το βούλευμα είναι αναιρετέα για υπέρβαση εξουσίας (άρθρα 484 παρ. 1 στοιχ. στ' και 510 παρ. 1 στοιχ. Η. (Α.Π. 464/2004, Ποιν. Χρ. ΝΕ. 149, Ποιν. Λόγος Δ. 585).

5. Μαγνητοταινίες που λήφθηκαν παράνομα ως αποδεικτικό μέσο.

Ο Άρειος Πάγος με την 42/2004 απόφασή του, ερμηνεύοντας τις διατάξεις των άρθρων 370Α παρ. 2, 3 και 4 του Π.Κ., όπως αντικ. με το άρθρο 12 παρ. 8 του Ν. 3090/2002, 177 παρ. 2 του Κ.Π.Δ, όπως προστέθηκε με το άρθρο 2 παρ. 7 του Ν. 2408/1996, 2 παρ. 1, 9 παρ. 1 εδ. β' 9Α και 19 του Συντ. και 8 της ΕΣΔΑ, έκρινε ότι η εν αγνοία και χωρίς τη συναίνεση των συνομιλητών μαγνητοφώνηση ιδιωτικής συνομιλίας αποτελεί δέσμευση και περιορισμό στην ελεύθερη άσκηση της επικοινωνίας. Η σχετική μαγνητοταινία είναι απαγορευμένο αποδεικτικό μέσο και δεν λαμβάνεται υπόψη από το δικαστήριο για την κήρυξη της ενοχής ή την επιβολή ποινής ή τη λήψη μέτρων καταναγκασμού. Κατ' εξαίρεση όμως, σύμφωνα με ρητή νομοθετική πρόβλεψη, επιτρέπεται η λήψη τέτοιου αποδεικτικού μέσου εάν πρόκειται για κακουργήματα που απειλούνται με ποινή ισόβιας κάθειρξης και έχει εκδοθεί για το ζήτημα αυτό απόφαση δικαστηρίου, που να αιτιολογεί ειδικά τους λόγους για τους οποίους επιβάλλεται η λήψη υπόψη του παράνομου αποδεικτικού μέσου και για την κήρυξη της ενοχής ή την επιβολή ποινής στον κατηγορούμενο (Πρβλ. Ολομ. Α.Π. 1/2001 Πολιτική) και επιτρέπεται η χρήση αυτών ενώπιον οποιασδήποτε δικαστικής ή άλλης ανακριτικής αρχής για τη διαφύλαξη δικαιολογημένου συμφέροντος, που δεν μπορούσε να διαφυλαχθεί διαφορετικά. Ενόψει όμως της θεμελιώδους συνταγματικής διάταξης του άρθρου 2 παρ. 1 του σεβασμού και της προστασίας της ανθρώπινης αξίας, που χαρακτηρίζει το δημοκρατικό μας πολίτευμα ως ανθρωποκεντρικό, με θεμέλιο την αξία του ανθρώπου (Ολομ. Α.Π. 40/1998), του γεγονότος ότι τα έννομα αγαθά της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας, τα οποία απολαύουν απόλυτης συνταγματικής προστασίας (άρθρο 5 παρ. 2 του Σ), τίθενται σε διακινδύνευση στην περίπτωση μη απόδειξης της αθωότητας του κατηγορουμένου, κάμπτεται ο κανόνας του άρθρου 19 παρ. 3 του Συντάγματος της μη χρήσης των παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων, όταν αυτά αποτελούν το μόνο προτεινόμενο από αυτόν (κατηγορούμενο) αποδεικτικό μέσο προς απόδειξη της αθωότητάς του, υπό τον περιορισμό πάντοτε της αρχής της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος), εάν δηλαδή στη συγκεκριμένη περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη και της βαρύτητας του εγκλήματος, για το οποίο κατηγορείται ο κατηγορούμενος, το εν λόγω αποδεικτικό μέσο είναι αναγκαίο και πρόσφορο για την απόδειξη της αθωότητάς του. Περί αυτών θα κρίνει ο δικαστής, ο οποίος, σε καταφατική περίπτωση, θα συνεκτιμήσει τα ευνοϊκά σημεία του παρανόμου αποδεικτικού μέσου για τον προτεινόμενα αυτό κατηγορούμενο, θα αγνοήσει δε τα επιβαρυντικά σημεία για τον αντιλέξαντα συγκατηγορούμενό του. Σχετικές επί του θέματος είναι και οι Α.Π. 622/2003 (Ποιν. Λόγος Γ. 640) και η 2383/2003 (Ποιν.

Λόγος Γ. 2555), οι οποίες δεν θεωρώ ότι λαμβάνουν θέσεις ξεκάθαρες στο εν λόγω θέμα. Πρέπει να σημειωθεί ότι στην απαγορευμένη μαγνητοσκόπηση πράξεων τρίτων (άρθρο 370Α § 2 Π.Κ.) δεν περιλαμβάνονται πράξεις ή εκδηλώσεις, οι οποίες, ανεξάρτητα από τον τρόπο και τον χρόνο που γίνονται, δεν ανάγονται στη σφαίρα της προσωπικής και ιδιωτικής ζωής, αλλά πραγματοποιούνται στα πλαίσια των ανατεθειμένων υπηρεσιακών καθηκόντων κατά την εκτέλεση αυτών. Ειδικότερα, κρίθηκε σε συγκεκριμένη περίπτωση ότι δεν υπάρχει απόλυτη ακυρότητα (άρθρο 171 Κ.Π.Δ) εκ του ότι το Τριμελές Εφετείο Θεσ/νίκης, για την καταδικαστική του κρίση σε βάρος κατηγορουμένης για το έγκλημα της υπεξαίρεσης, έλαβε υπόψη του 28 φωτογραφίες οι οποίες προήλθαν από αναπαραγωγή της ταινίας από κάμερα που είχε τοποθετηθεί στο χώρο του καταστήματος όπου εργαζόταν ως ταμίας και κατέγραψε τις πράξεις αυτές κατά την εκτέλεση των καθηκόντων της ως υπαλλήλου του καταστήματος αυτού και κατά τον χειρισμό της ταμειακής μηχανής και τις σχετικές εισπράξεις του τιμήματος των πωλήσεων, διότι το αποδεικτικό αυτό μέσο νομίμως λήφθηκε υπόψη, αφού η παραπάνω βιντεοσκόπηση και οι παραχθείσες απ’ αυτήν φωτογραφίες δεν ανάγονται στη σφαίρα της προσωπικής και ιδιωτικής ζωής της κατηγορουμένης, αλλά πραγματοποιήθηκαν στα πλαίσια των ανατεθειμένων σ’ αυτήν υπηρεσιακών καθηκόντων και κατά την εκτέλεση αυτών, η οποία υπόκειται σε δημόσιο έλεγχο (Α.Π. 874/2004 Ελλ.Δικ. 45.1533).

Παράνομο αποδεικτικό μέσο, η χρήση του οποίου δημιουργεί απόλυτη ακυρότητα, είναι και η μαρτυρική κατάθεση, το περιεχόμενο της οποίας συνίσταται σε παραβίαση του απορρήτου των τηλεφωνημάτων και της προφορικής συνομιλίας (Α.Π. 1568/2004 Ποιν. Δικ. 8.98).

6. Ποιός είναι δικαιούχος έγκλησης επι μη πληρωμή της επιταγής ο τελευταίος κοιμιστής της επιταγής που δεν πληρώθηκε όταν εμφανίσθηκε η επιταγή στον πληρωτή ή και ο εξ οπισθογραφήσεως προηγούμενος κοιμιστής της επιταγής;

Κατά το άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 5960/1933 «περί επιταγής», όπως αντικαταστάθηκε απο το άρθρο 1 του Ν.Δ. 1325/1972, όποιος εκδίδει επιταγή και δεν πληρώθηκε από τον πληρωτή, γιατί δεν είχε σ’ αυτόν αντίστοιχα διαθέσιμα κεφάλαια κατά το χρόνο έκδοσης της επιταγής ή της πληρωμής της, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών και χρηματική ποινή τουλάχιστον δέκα χιλιάδων δραχμών. Η αξιόποινη αυτή πράξη διωκόταν αρχικά αυτεπαγγέλτως, αλλά μετά την ισχύ (από 4-6-1996) του Ν. 2408/1996, ορίζεται στο άρθρο 4 παρ. 1 περίπτ. Α’ ότι προστίθεται στο άρθρο 79 Ν. 5960/1933, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 1 του Ν.Δ. 1325/1972 παράγραφος 5, κατά την οποία «η ποινική δίωξη ασκείται μόνο ύστερα από έγκληση του κοιμιστή της επιταγής που δεν πληρώθηκε». Περαιτέρω με την παρ. 1 του άρθρου 22 του Ν. 2721/1999 προστέθηκε εδάφιο στην πιο πάνω παράγραφο 5, κατά το οποίο «για πράξεις που προβλέπονται στις παραγράφους 1 και 2 του ίδιου άρθρου, για τις οποίες κατά τη δημοσίευση του παρόντος νόμου έχει ασκηθεί αυτεπαγγέλτως ποινική δίωξη, η δια-

δικασία συνεχίζεται, αν εκείνος που δικαιούται σε έγκληση δηλώσει ότι επιθυμεί την ποινική δίωξη του κατηγορουμένου», ενώ στην παρ. 2 εδαφ. α του πιο πάνω άρθρου 22 ορίζεται ότι: «Αν η δήλωση που προβλέπεται στην παράγραφο 1γ του άρθρου 4 του Ν. 2408/1996, όπως παραπάνω αντικαταστάθηκε, δεν υπάρχει και δεν υποβληθεί μέσα σε έξι (6) μήνες από τη δημοσίευση του παρόντος νόμου, καθώς και σε περίπτωση ανάκλησης, της έγκλησης, η ποινική δίωξη παύει οριστικά». Το ΣΤ τμήμα του Άρειου Πάγου με την 1250/2004 απόφασή του, ερμηνεύοντας τις παραπάνω διατάξεις και στοιχίζόμενο με τις θέσεις των 30/2003 και 18/2004 αποφάσεων της Ολομέλειας του (πολιτικές), δέχθηκε κατά πλειοψηφία (τέσσερις έναντι ενός) ότι δικαιούχος της έγκλησης μπορεί να είναι μόνο ο τελευταίος κομιστής της επιταγής που δεν πληρώθηκε, όταν εμφανίστηκε η επιταγή στον πληρωτή και όχι οποιοσδήποτε άλλος που έγινε κομιστής της επιταγής εξ αναγωγής, καθόσον ο χρόνος τελέσεως του εγκλήματος είναι εκείνος της εμφάνισης της επιταγής και η έγκληση χορηγείται στον παθόντα κομιστή, που την εμφανίζει και διαπιστώνεται η αδυναμία ικανοποίησής του, λόγω της έλλειψης διαθέσιμων κεφαλαίων του εκδότη. Η λύση αυτή συμπορεύεται με τη γενική διάταξη του άρθρου 118 παρ. 1 Π.Κ., που ορίζει ότι «το δικαίωμα της έγκλησης ανήκει στον άμεσα παθόντα από την αξιόποινη πράξη, αν ο νόμος δεν ορίζει διαφορετικά με ειδική διάταξη». Έτσι στο εν λόγω έγκλημα αμέσως ζημιωθείς, που δικαιούται και αποζημίωση κατά το άρθρο 914 Α.Κ., είναι μόνο ο νόμιμος κομιστής της επιταγής κατά το χρόνο εμφάνισής της και βεβαίωσης της μη πληρωμής της (Ολ. Α.Π. 30/2003 και 18/2004 Ελλ.Δικ. 45.1322. Δίκη 35.1246), ενώ από την πιο πάνω διάταξη της παρ. 5 δεν προκύπτει σαφής βούληση του νομοθέτη να επεκτείνει το δικαίωμα έγκλησης και στον εξ αναγωγής υπόχρεο προς πληρωμή, ο οποίος έγινε κομιστής της επιταγής, αφού προηγουμένως την εξόφλησε. Και ναι μεν η περιουσιακή βλάβη του τελευταίου (από την εξόφληση της επιταγής) ανάγεται αιτιοκρατικά στην έλλειψη κεφαλαίων για την κάλυψη της επιταγής, όμως δεν είναι απότοκη, κατά πρόσφορη αιτιώδη συνάφεια, του πιο πάνω εγκλήματος, αλλά της εξ αναγωγής ευθύνης του, η οποία προβλέπεται ειδικά στο νόμο (Ολ. Α.Π. 30/2003). Ένα μέλος του ως άνω τμήματος (ο Αρεοπαγίτης Θεόδωρος Μπάκας) είχε την γνώμη ότι «δικαιούμενος προς υποβολήν εγκλήσεως επί εκδόσεως ακάλυπτης επιταγής θεωρείται όχι μόνον ο τελευταίος κομιστής της, αλλά και ο εξ οπισθογραφήσεως προηγούμενος κομιστής, ο γενόμενος κάτοχος αυτής λόγω της υπό του ιδίου καταβολής του εξ αναγωγής οφειλομένου εκ της επιταγής χρηματικού ποσού στον τελευταίο κομιστή της, ο οποίος εμφάνισε την επιταγή στην τράπεζα προς πληρωμήν», γνώμη την οποία δέχθηκαν προηγουμένως και οι Α.Π. 320/2001 Ποιν. Χρ. ΝΑ. 981, Α.Π. 124/2003 Ποιν. Χρ. ΝΓ. 912, Α.Π. 691 και 692/2002 Ποιν. Λογ. Β. 772 και 939 Α.Π. 836/2002 Ποιν. Λογ. Β. 992, Α.Π. 1511/2002 Ποιν. Λογ. Β. 1531 και Α.Π. 1663/2003 Ποιν. Δικ. 7.800. Ενόψει της Ολομέλειας 30/2003, που έκρινε ότι μετά την πραγμάτωση του αδικήματος ο κομιστής εξ αναγωγής δεν είναι δικαιούχος αποζημίωσης, εκτός αν η αξίωση του δικαιούχου από την αδικοπραξία μεταβιβάσθηκε στον κομιστή εξ αναγωγής με εκχώρηση

και ότι παρانونώς ζημιωθείς από την άνω πράξη, κατά την έννοια του άρθρου 914 Α.Κ., είναι μόνον ο κομιστής της επιταγής, ως προς τον οποίο και μόνον η έκδοση της α- κάλυπτης επιταγής προκαλεί προσβολή εννόμως προστατευομένου συμφέροντος, πρέ- πει να ακολουθηθεί η νομολογιακή θέση της ως άνω 1250/2004 απόφασης του Αρείου Πάγου.

6. Ποιός έχει δικαίωμα έγκλησης, όταν οι επιταγές μεταβιβάζονται με οπισθογράφηση προς ενεχυρίαση απαίτησης δανειστικής Τράπεζας - η Τράπεζα ή ο ενεχυριάσας;

Ο Άρειος Πάγος με τη 1054/2004 (Ποιν. Λόγος. Δ. 1327) απόφασή του δέχθηκε ότι ο ενεχυρούχος δανειστής και κομιστής της τραπεζικής επιταγής κατά το χρόνο της εμφά- νισης και μη πληρωμής της δικαιούται σε υποβολή έγκλησης για την απ’ αυτή προβλε- πόμενη αξιόποινη πράξη της μη πληρωμής της επιταγής με τις εξής σκέψεις: Με το άρ- θρο 1251 του Α.Κ., που έχει τον παράτιτλο «Ενέχυρο τίτλου σε διαταγή», ορίζεται ότι: «Για την ενεχύραση τίτλου σε διαταγή αρκεί οπισθογράφησή του σε διαταγή του δανει- στή, χωρίς να απαιτείται άλλη έγγραφη συμφωνία, με το άρθρο δε 1255 Α.Κ., που έχει τον παράτιτλο «ενεχύραση τίτλου σε διαταγή», ορίζεται ότι: «Αν αντικείμενο του ενε- χύρου είναι τίτλος σε διαταγή, ο ενεχυρούχος δανειστής έχει δικαίωμα να εισπράξει μόνος και αν ακόμη δεν έληξε το ασφαλιζόμενο χρέος». Από το συνδυασμό των διατά- ξεων αυτών προκύπτει ότι με την ενεχυρική οπισθογράφηση όλων των τίτλων σε διατα- γή, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η τραπεζική επιταγή, ο δανειστής-κομιστής του τίτλου αποκτά ενέχυρο στην απαίτηση που ενσωματώνεται στον τίτλο και στον ίδιο τον τίτλο, ο ενεχυραστής οπισθογράφος παραμένει κύριος του τίτλου και ουσιαστικός δικαιούχος της απαίτησης απ’ αυτόν, παρότι δεν κατέχει πλέον τον τίτλο, ο δ’ ενεχυ- ρούχος δανειστής αποκτά με την οπισθογράφηση αυτοτελή και ανεξάρτητη νομική θέ- ση έναντι του ενεχυραστή οπισθογράφου και ασκεί, με βάση το ενέχυρο, το δικαίωμα είσπραξης του τίτλου και μάλιστα στο όνομά του. Από τα παραπάνω και σε συνδυασμό τους με τις διατάξεις του άρθρου 79 παρ. 1 και 5 του Ν. 5960/1933, όπως αυτό αντικατα- στάθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 1325/1972 και στη συνέχεια αντικαταστάθηκε και συ- μπληρώθηκε με το άρθρο 4 παρ. 1 του Ν. 2408/1996, με τις οποίες ορίζεται ότι: (Ι) «Ο εκδίδων επιταγήν μη πληρωθείσαν επί πληρωτού, παρ’ ό δεν έχει αντίστοιχα διαθέσιμα κεφάλαια κατά τον χρόνον εκδόσεως της επιταγής ή της πληρωμής ταύτης, τιμωρείται δια φυλακίσεως τουλάχιστον τριών μηνών και χρηματικής ποινής τουλάχιστον δέκα χι- λιάδων δραχμών...» και Ι(Ι) «Η ποινική δίωξη ασκείται μόνο ύστερα από έγκληση του κομιστή της επιταγής που δεν πληρώθηκε», σαφώς προκύπτει ότι ο ενεχυρούχος δανει- στής και κομιστής της τραπεζικής επιταγής κατά το χρόνο της εμφάνισης και μη πληρω- μής της δικαιούται σε υποβολή έγκλησης για την απ’ αυτές προβλεπόμενη ως άνω αξιό- ποινη πράξη. Όμως με την υπ’ αριθμ. Α.Π. 1427/2003 απόφασή του (Ποιν. Χρ. ΝΔ. 355) ο Άρειος Πάγος δέχθηκε ότι κατά την έννοια του άρθρου 1251 Α.Κ., ο μεν ενεχυρούχος απέκτησε σε ενέχυρο τις ενσωματωμένες στις επιταγές απαιτήσεις και ταυτόχρονα και

οιονεί νομή πάνω σε αυτές, ενώ ο ενεχυράσας εξακολουθούσε να έχει την κυριότητα τους και δικαίωμα στις απαιτήσεις από αυτές, με αποτέλεσμα αυτός να θεωρείται αμέσως ζημιωθείς από την μη πληρωμή τους, διό και εδικαιούτο σε έγκληση. Ενόψει των ως άνω σκέψεων της υπ' αριθ. 1250/2004 αποφάσεως του Αρείου Πάγου η θέση της 1054/2004 απόφασης πρέπει να θεωρηθεί ορθή.

7. Περί της αιτιολογίας των ποινικών αποφάσεων.

Η απαιτούμενη από τις διατάξεις των άρθρων 93 παρ. 3 του Συντάγματος και 139 του Κ.Π.Δ, ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία της δικαστικής απόφασης, η έλλειψη της οποίας ιδρύει λόγο αναίρεσης κατά το άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' Κ.Π.Δ, υπάρχει, 1) προκειμένου για καταδικαστική απόφαση, όταν περιέχονται σ' αυτή, με πληρότητα, σαφήνεια και χωρίς αντιφάσεις ή λογικά κενά, τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία προέκυψαν από την ακροαματική διαδικασία και στήριξαν την κρίση του δικαστηρίου για τη συνδρομή των αντικειμενικών και υποκειμενικών στοιχείων του εγκλήματος, οι αποδείξεις που τα θεμελίωσαν και οι σκέψεις με τις οποίες έγινε η υπαγωγή των περιστατικών που αποδείχθηκαν στην εφαρμοσθείσα ουσιαστική ποινική διάταξη (Α.Π. 1445/2003 Ποιν. Λόγος, Γ. 1582). 2), προκειμένου για αθωωτική απόφαση, ενόψει του τεκμηρίου αθωότητας, που θεσπίζεται και από τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ (Ν.Δ. 53/74), όταν εκτίθενται στην απόφαση με σαφήνεια και πληρότητα τα αναγκαία πραγματικά περιστατικά της αξιόποινης πράξης και οι λόγοι από τους οποίους το δικαστήριο της ουσίας αδυνατεί να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι ο κατηγορούμενος πραγμάτωσε την αντικειμενική ή υποκειμενική υπόσταση του εγκλήματος που του αποδίδεται (Α.Π. 919/2004. Ποιν. Λόγος, Δ. 1198). Ειδικότερα ως προς την έκθεση των αποδείξεων, αρκεί η γενική, κατά το είδος τους, αναφορά αυτών, χωρίς να προσαπαιτείται και η ιδιαίτερη μνεία του καθένα εκ των αποδεικτικών μέσων και τα προκύψαντα εξ αυτού συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά. Ωστόσο, πρέπει να συνάγεται ότι το δικαστήριο έλαβε υπόψη του και συνεκτίμησε όλα τα αποδεικτικά μέσα, και όχι μόνο μερικά εξ αυτών, για να μορφώσει την κρίση του περί της ενοχής του κατηγορουμένου. Έτσι η περιλαμβανομένη στο σκεπτικό της απόφασης γενική αναφορά, περί «λήψεως υπόψη και συνεκτιμήσεως των ενόρκων καταθέσεων των εξετασθέντων στο ακροατήριο του δικαστηρίου μαρτύρων κατηγορίας και υπερασπίσεως», δεν διαβεβαιώνει, χωρίς αμφιβολία, και τη λήψη και συνεκτίμηση από το δικαστήριο και του περιεχομένου της ανώμοτης καταθέσεως του εξετασθέντος στο ακροατήριο πολιτικώς ενάγοντος, εκτός αν, κατά τρόπο αναμφισβήτητο, συνάγεται από τη στάθμιση του όλου περιεχομένου του επακολουθούντος σκεπτικού της απόφασης, ότι η προαναφερομένη κατάθεση λήφθηκε υπόψη και συνεκτιμήθηκε από το δικαστήριο (Α.Π. 1445/2003). Εδώ πρέπει να σημειωθεί ότι η έξαρση κάποιου αποδεικτικού στοιχείου, όπως π.χ. μαρτύρων ή εγγράφων στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν σημαίνει ότι αγνοήθηκαν και δεν συνεκτιμήθηκαν τα λοιπά αποδεικτικά στοιχεία, όταν μάλιστα γίνεται ρητή μνεία τούτων (Α.Π. 288/

2003, 202/2003, 600/2003). — (Τα εν λόγω πραγματικά περιστατικά αποδείχθηκαν από το ως άνω αποδεικτικό υλικό και ιδία των μαρτύρων ψ-χ που κατέθεσαν χαρακτηριστικά κ.λπ.).

Έλλειψη αιτιολογίας υπάρχει και όταν η αιτιολογία είναι εντελώς τυπική, προς την οποία εξομοιώνεται και εκείνη που παραπέμπει στα πραγματικά περιστατικά του διατακτικού. Και ναι μεν το αιτιολογικό μαζί με το διατακτικό της απόφασης, στο οποίο ως λογικό συμπέρασμα καταχωρίζονται όλα τα στοιχεία του εγκλήματος, αποτελούν ενιαίο όλο και είναι παραδεκτή η αλληλοσυμπλήρωσή τους, πλην όμως η συμπλήρωση αυτή δεν μπορεί να φθάσει μέχρι σημείου ολικής αναφοράς στα περιστατικά που αναγράφονται στο διατακτικό της απόφασης (Α.Π. 2141/2002 Ποιν. Χρ. ΝΓ. 757, Α.Π. 1610/2002 Ποιν. Λόγος β. 1810, Α.Π. 1323/2003 και 1324/2003, Α.Π. 1324/2004 ΝοΒ. 53.327).

Κατ’ άλλη άποψη (Α.Π. 1263, 1387, 1394, και 1416/2004, Α.Π. 239 και 301/2003 ΝοΒ. 51.1481) δεν υπάρχει έλλειψη αιτιολογίας εκ του ότι το σκεπτικό είναι αντιγραφή του διατακτικού, όταν το τελευταίο περιέχει πραγματικά περιστατικά, τόσο αναλυτικά και με τόση πληρότητα, ώστε να καθίσταται περιττή η διαφοροποίηση της διατύπωσης στο σκεπτικό, τα οποία είναι αυτά που αποδείχθηκαν και όχι άλλα διαφορετικά. Παραβλέπει όμως η άποψη αυτή ότι χωρίς τις σκέψεις εκτίμησης του αποδεικτικού υλικού, τα πραγματικά περιστατικά που περιέχονται στο διατακτικό συνιστούν εκείνο που αποδίδεται υποθετικά στον κατηγορούμενο και όχι εκείνο που προέκυψε κατά τη λελογισμένη και αιτιολογημένη πεποίθηση του δικαστηρίου.

Η καταδικαστική απόφαση πρέπει να εκθέτει με σαφήνεια και πληρότητα τα πραγματικά περιστατικά που προέκυψαν από τη διαδικασία στο ακροατήριο, σχετικά με τα υποκειμενικά και αντικειμενικά στοιχεία του εγκλήματος. Η έλλειψη δε αυτών ιδρύει τους από το άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Δ και Ε’, Κ.Π.Δ, λόγους αναίρεσης. με την έννοια της εκ πλαγίου παράβασης (όταν στο πόρισμα της απόφασης που περιλαμβάνεται στο συνδυασμό του σκεπτικού προς το διατακτικό της και ανάγεται στα στοιχεία και την ταυτότητα του εγκλήματος έχουν επιφορτιστεί ασάφειες, αντιφάσεις ή λογικά κενά, με αποτέλεσμα να καθίσταται ανέφικτος ο αναιρετικός έλεγχος περί της ορθής ή μη εφαρμογής του νόμου). Η Α.Π. 924/2004 δέχθηκε ότι η προσβληθείσα με αναίρεση 95612/2002 απόφαση του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου Αθηνών, που δέχτηκε ότι από την αποδεικτική διαδικασία και τα έγγραφα, των οποίων έγινε η ανάγνωση στο ακροατήριο, καθώς και από τις καταθέσεις των μαρτύρων υπεράσπισης και κατηγορίας, που εξετάστηκαν νομότυπα στο ακροατήριο, σε συνδυασμό με την απολογία της κατηγορούμενης και την εν γένει συζήτηση της υπόθεσης, ότι η κατηγορούμενη έχει τελέσει την πράξη που της αποδίδει το κατηγορητήριο και πρέπει να κηρυχθεί ένοχη για παρ. του άρθρου 43§§2α, β, 4 Ν. 2094/92, διότι στην Αθήνα στις 6-3-1995 οδηγώντας το ΥΒΡ-3318 ΙΧΕ αν και έγινε υπαίτια οδικού τροχαίου ατυχήματος, από το οποίο τραυματίστηκε η Κ. Μ. δεν έδωσε την αναγκαία βοήθεια και συμπαράσταση στην παθούσα και δεν ειδοποίησε την πιο κοντινή Αστυνομική Αρχή, ούτε παρέμεινε στον τόπο του ατυχήματος μέχρι να έρθει αυτό, όπως όφειλε, αλλά έφυγε αμέσως μακριά, ότι αυτά προ-

κύπτουν από τις καταθέσεις των μαρτύρων κατηγορίας, τα δε εναντίον κατατεθέντα, από την μάρτυρα κόρη της κατηγορουμένης, δεν είναι πειστικά". δεν διέλαβε την επιβαλλόμενη, ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, αφού δεν διαλαμβάνονται, ούτε στο σκεπτικό, ούτε στο διατακτικό της προσβαλλομένης απόφασης, τα πραγματικά περιστατικά, τα θεμελιωτικά της υπόστασης (αντικειμενικής) του εγκλήματος συμπεριφοράς του οδηγού αυτοκινήτου σε περίπτωση εμπλοκής του σε οδικό τροχαίο αδίκημα. Συγκεκριμένα δεν αναφέρονται τα πραγματικά περιστατικά από τα οποία προκύπτει ότι η αναιρεσείουσα ενεπλάκη σε οδικό τροχαίο ατύχημα, ήτοι εάν έλαβε χώρα σύγκρουση αυτοκινήτων, ποία αυτοκίνητα συγκρούστηκαν και σε ποιά οδό της πόλης των Αθηνών, δέχθηκε τους από το άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' και Ε' με την έννοια της εκπλαγίου παράβασης του Κ.Π.Δ λόγους αναίρεσης και ανήρεσε αυτή.

Απόρριψη της έφεσης ως εκπρόθεσμης - Αιτιολογία. Η απόφαση που απορρίπτει το ένδικο μέσο της έφεσης ως εκπρόθεσμο, για να έχει την απαιτούμενη από τις διατάξεις των άρθρων 93 παρ. 3 του Συντάγματος και 139 Κ.Π.Δ ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία, πρέπει να διαλαμβάνει, εάν ο κατηγορούμενος δικάστηκε ερήμην, 1) το χρόνο της επίδοσης της προσβαλλόμενης απόφασης 2) εκείνον της άσκησης του ενδίκου μέσου, και 3) το αποδεικτικό από το οποίο προκύπτει η επίδοση (Ολομ. Α.Π. 6/1994 ΝοΒ 43.577 και 4/1995 Ποιν. Χρ. ΜΣΤ. 820). Σε περίπτωση, όμως, που με το ένδικο μέσο αμφισβητούνται ο τόπος κατοικίας εκείνου που ασκεί το ένδικο μέσο και το άγνωστο της διαμονής του ως και η εντεύθεν αδυναμία γνώσης της επίδοσης, πρέπει επίσης να διαλαμβάνεται στην απόφαση σχετική αιτιολογία άλλως, ιδρύεται ο κατ' άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' λόγος αναίρεσης (Α.Π. 1796/2002 Ποιν. Χρ. ΝΓ. 701). Εάν ο κατηγορούμενος ήταν παρών, η απόφαση πρέπει να διαλαμβάνει χρόνο δημοσίευσης της απόφασης και χρόνο άσκησης της έφεσης.

Απόρριψη του αιτήματος αναβολής (άρθρο 349 Κ.Π.Δ) και στη συνέχεια απόρριψη της έφεσης ως ανυποστήρικτης. Τι πρέπει να ερευνήσει αυτεπαγγέλτως το δικαστήριο.

1. Κατά το άρθρο 501 παρ. 1 του Κ.Π.Δ αν κατά τη συζήτηση της υπόθεσης δεν εμφανισθεί ο εκκαλών αυτοπροσώπως ή δια συνηγόρου, αν συντρέχει περίπτωση της παρ. 3 του ίδιου άρθρου ή της παρ. 2 του άρθρου 340 Κ.Π.Δ, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 24 του Ν. 3160/2003, η έφεση απορρίπτεται ως ανυποστήρικτη, υπό την προϋπόθεση ότι ο εκκαλών – κατηγορούμενος κλητεύθηκε εμπροθέσμως και νομίμως, σύμφωνα με τα άρθρα 500 εδ. γ' και 166 Κ.Π.Δ. Εξάλλου, κατά το εδαφ. γ' του άρθρου 139 του Κ.Π.Δ που προστέθηκε με το άρθρο 2 του Ν. 2408/1996, η παρεμπίπτουσα απόφαση που απορρίπτει το αίτημα αναβολής, πρέπει να αιτιολογείται ειδικά και εμπεριστατωμένα. Εφόσον όμως απορριφθεί το αίτημα αναβολής όχι αιτιολογημένα, ιδρύεται ο από το άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Δ' του Κ.Π.Δ λόγος αναίρεσης. Η δε εν συνεχεία απόρριψη της έφεσης ως ανυποστήρικτης του νομοτύπως και εμπροθέσμως κλητευθέντος κατηγορούμενου, ιδρύει τον από το άρθρο 510 παρ. 1 στ. Θ του Κ.Π.Δ λόγο αναίρεσης με τη μορφή της αρνητικής υπέρβασης εξουσίας. Παράδειγμα. Στην προκειμένη περίπτωση,

όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσβαλλομένης 40666/2001 απόφασης του Τριμελούς Πλημμελειοδικείου Αθηνών και των ενσωματωμένων σ’ αυτή πρακτικών, κατά τη συζήτηση της υπόθεσης δεν εμφανίσθηκε ο εκκαλών – κατηγορούμενος, ήδη αναιρεσείων, αλλά ο, όπως δήλωσε, υιός του Δημήτριος Α., ο οποίος ενεργώντας κατ’ εντολή του εκκαλούντος, ανήγγειλε αδυναμία του τελευταίου να εμφανισθεί στο δικαστήριο εξαιτίας ασθενείας του, εξετάσθηκε δε και ενόρκως ως μάρτυρας. Το δικαστήριο απέρριψε το συνδεόμενο προς τα ανωτέρω αίτημα αναβολής εκδίκασης της υπόθεσης με την ακόλουθη αιτιολογία: « Από την κατάθεση του ενόρκως επ’ ακροατηρίου εξετασθέντος μάρτυρος και την αναγνωσθείσα από 27-4-2001 ιατρική βεβαίωση δεν απεδείχθη ότι ο εκκαλών αδυνατεί να εμφανισθεί αυτοπροσώπως στο ακροατήριο του δικαστηρίου τούτου λόγω σημαντικών αιτίων αφορώντων το πρόσωπο αυτού και συνεπώς το υποβληθέν υπό του ως άνω μάρτυρος αίτημα αναβολής πρέπει να απορριφθεί ως κατ’ ουσίαν αβάσιμο και τούτο διότι από την αναγνωσθείσα ως άνω ιατρική βεβαίωση δεν προκύπτει ότι η επικαλούμενη υπό τούτου ασθένεια είναι τοιαύτης φύσεως συνεπεία της οποίας αδυνατεί να προσέλθει στο δικαστήριο». Η παρεμπίπτουσα αυτή απόφαση είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένη, γιατί αναφέρονται σ’ αυτήν τα στοιχεία που προέκυψαν από τη διαδικασία στο ακροατήριο, στα οποία το δικαστήριο θεμελίωσε την αβασιμότητα του αιτήματος αναβολής, οι συλλογισμοί με τους οποίους κατέληξε στην κρίση του αυτή καθώς και οι αποδείξεις που έλαβε υπόψη του, ήτοι την από 27-4-2001 ιατρική βεβαίωση και την κατάθεση του μάρτυρα, που ρητώς αναφέρονται. Συνεπώς ο από το άρθρο 510 παρ. 1 στ. Δ’ δεύτερος λόγος της αίτησης με τον οποίο προβάλλεται το αντίθετο, είναι αβάσιμος.

2. Το ίδιο δικαστήριο στη συνέχεια της απόρριψης του αιτήματος αναβολής δέχθηκε τα εξής: «Από τα αποδεικτικά επιδόσεως των επιμελητών δικαστηρίων της Εισαγγελίας Πρωτοδικών Αθηνών α) Ρ. Κ. από 27-3-2001 προς τον εκκαλούντα- κατηγορούμενο και β) Π. Ε. από 27-3-2001 προς τον αντίκλητο δικηγόρο του, που βρίσκονται στη δικογραφία, προκύπτει ότι ο προαναφερόμενος κατηγορούμενος και ο αντίκλητος Δικηγόρος του κλητεύθηκαν νομοτύπως και εμπροθέσμως να εμφανισθούν σήμερα ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου και να υποστηρίξουν την έφεση που έχουν ασκήσει κατά της 74327/1997 αποφάσεως του Μονομελούς Πλημμελειοδικείου Αθηνών. Δεδομένου ότι δεν παρουσιάσθηκαν στο ακροατήριο του δικαστηρίου πρέπει, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 320, 321, 326, 340 και 501 του Κ.Π.Δ, να απορριφθεί η έφεσή τους ως ανυποστήρικτη». Ενόψει αυτών, το Εφετείο που, μετά την κατά τα ανωτέρω απόρριψη του αιτήματος αναβολής συζήτησης της έφεσης, προχώρησε και στην απόρριψη αυτής ως ανυποστήρικτης, αφού προηγουμένως ερεύνησε και διαπίστωσε το νομότυπο της κλήτευσης του τότε εκκαλούντος δεν υπέπεσε στην πλημμέλεια της υπέρβασης εξουσίας γιατί άσκησε δικαιοδοσία που του παρέχει ο νόμος (άρθρο. 501 παρ. 1 Κ.Π.Δ). Επομένως, ο από το άρθρο 510 παρ. 1 στ. Θ’ Κ.Π.Δ πρώτος λόγος της αίτησης, με τον οποίο προβάλλεται το αντίθετο, είναι αβάσιμος.

3. Κατά το άρθρο 501 παρ.1 του Κ.Π.Δ, αν κατά τη συζήτηση της υπόθεσης ο εκκαλών δεν εμφανισθεί αυτοπροσώπως ή δια συνηγόρου του, αν συντρέχει η περίπτωση της παρ.2 του άρθρου 340 ή της παρ. 3 αυτού του άρθρου, η έφεση απορρίπτεται ως ανυποστήρικτη. Η απόφαση που απορρίπτει την έφεση μπορεί να προσβληθεί μόνο με αναίρεση. Εξάλλου, κατά τη διάταξη της παρ. 3 του ίδιου άρθρου 501, η οποία προστέθηκε με το άρθρο 13 παρ. 8 του Ν. 1941/1991, και αριθμήθηκε εκ νέου με το άρθρο 48 του Ν. 31260/2003, αν η έφεση ασκήθηκε νομίμως και εμπροθέσμως και συντρέχει περίπτωση του άρθρου 370 εδ. β' και γ' (παραίτηση από το δικαίωμα της έγκλησης ή ανάκληση αυτής ή όταν δεν υπάρχει έγκληση, ή έχει παραγραφεί το αξιόποινο ή όταν ο κατηγορούμενος έχει πεθάνει), το δικαστήριο, παρά την απουσία του εκκαλούντος, προχωρεί στην έκδοση σχετικής απόφασης. Παράδειγμα: Κατά το άρθρο 79 παρ. 5 Ν. 5960/1933 περί επιταγής, όπως η παράγρ. 5 προστέθηκε με την παράγρ. 1 εδάφ. α' του άρθρου 4 Ν. 2408/1996, η ποινική δίωξη για έκδοση ακάλυπτης επιταγής, ασκείται μόνο ύστερα από έγκληση του κομιστή της επιταγής που δεν πληρώθηκε. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 εδάφ. γ Ν. 2408/1996, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 22 Ν. 2721/1999, για πράξεις που προβλέπονται στις παραγρ. 1 και 2 του ίδιου άρθρου, για τις οποίες κατά τη δημοσίευση του παρόντος νόμου έχει ασκηθεί αυτεπαγγέλτως ποινική δίωξη, η διαδικασία συνεχίζεται αν εκείνος που δικαιούται σε έγκληση δηλώσει ότι επιθυμεί την ποινική δίωξη του κατηγορουμένου, ενώ κατά την παράγρ. 2 του ίδιου άρθρου, η έγκληση αν δεν υπάρχει πρέπει να υποβληθεί μέσα σε έξι μήνες από τη δημοσίευση του νόμου αυτού (3.6.1999), άλλως η ποινική δίωξη παύει οριστικά. Οι διατάξεις αυτές είναι επιεικέστερες, σε σχέση με το άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 5960/1933 περί επιταγής, πριν την προσθήκη της παραγρ. 5 με τον πιο πάνω νόμο, αφού κατά το αρχικό άρθρο 79 παρ. 1 του Ν. 5960/1933 η ποινική δίωξη για έκδοση ακάλυπτης επιταγής γινόταν αυτεπαγγέλτως. Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη 40666/2001 απόφασή του, το Τριμελές Πλημμελειοδικείο Αθηνών απέρριψε ως ανυποστήρικτη, λόγω μη εμφάνισης, αυτοπροσώπως ή δια συνηγόρου, του ήδη αναιρεσείοντος εκκαλούντος, την έφεσή του κατά της 74327/1997 απόφασης του Μονομελούς Πλημμελειοδικείου Αθηνών, με την οποία καταδικάστηκε ο αναιρεσείων σε φυλάκιση δύο ετών για έκδοση ακάλυπτων επιταγών κατ' εξακολούθηση. Περαιτέρω από την παραδεκτή επισκόπηση των εγγράφων της δικογραφίας, προκειμένου να ελεγχθεί ενέργεια του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου που έπρεπε να γίνει αυτεπαγγέλτως, προκύπτει ότι οι δύο μερικότερες πράξεις, σύμφωνα με την εκκληθείσα απόφαση, τελέσθηκαν στις 30-11-1994 και 31-12-1994. Η ποινική δίωξη ασκήθηκε αυτεπαγγέλτως από το Εισαγγελέα Πλημμελειοδικών Αθηνών στις 28-4-1995. Στις 2-12-1999 εγχειρίστηκε στον εισαγγελέα Πλημ/κών Αθηνών νόμιμη δήλωση του Α. Π., κατοίκου Παλαιού Φαλήρου Αττικής, περί επιθυμίας συνεχίσσεως της ποινικής διώξεως του αναιρεσείοντος για την υπ' αριθμ. 54557707 επιταγή 1.150.000 δραχμών της Ιονικής Τράπεζας λήξης 31-12-1994, η οποία είχε εμφανισθεί από τον τελευταίο κομιστή Σ. Μ. στις 9-1-1995 και δεν πληρώθηκε ελλείψει αντικρίσματος και την οποία είχε αναλάβει ως εξ αναγωγής υπόχρεος

(προηγούμενος κοιμιστής) εξοφλώντας αυτόν. Για την άλλη επιταγή λήξης 30-11-1994, ήτοι την 74421397 ποσού 3.340.000 δραχμών της ίδιας τράπεζας, που εμφανίσθηκε αυθιμερόν, δεν υπάρχει καμιά δήλωση για συνέχιση της ποινικής δίωξης μέχρι τη λήξη της παραπάνω εξάμηνης προθεσμίας, ήτοι επί του προκειμένου μέχρι της 26-12-1999, λόγω των σεισμών της 7-9-1999 σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 2 του Ν. 2743/1999. Το Εφετείο όμως δεν ερευνήσε το εμπρόθεσμο και νομότυπο της έφεσης ούτε ακολουθώντας την τυχόν εξάλειψη του αξιοποιήσιμου του εγκλήματος της έκδοσης της υπ’ αριθμ. 74421397 ακάλυπτης επιταγής ποσού 3.340.000, λήξης 30-11-1994, λόγω έλλειψης έγκλησης. Με την παράλειψή του αυτήν υπέπεσε στην κατ’ άρθρο 510 παρ. 2 στοιχ. Θ’ του Κ.Π.Δ πλημμέλεια της αρνητικής υπέρβασης της εξουσίας του, που ερευνάται αυτεπαγγέλτως, εφόσον η αίτηση αναίρεσης είναι παραδεκτή και η αναιρεσείουσα εμφανίσθηκε (άρθρο 511 Κ.Π.Δ Α.Π. 1795/2002, Ποιν. Λόγος Β. 2040, Α.Π. 2341/2003. Ποιν. Λόγος, Γ. 2519) Σχετικά με την παραγραφή (Α.Π. 1244/2004).

8. Δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα. Οι διατάξεις των άρθρων 358 και 364 Κ.Π.Δ, σύμφωνα με τις οποίες ο εισαγγελέας και οι διάδικοι έχουν το δικαίωμα μετά την εξέταση κάθε μάρτυρα να αναφέρουν εναντίον του ή εναντίον της μαρτυρίας του ο,τιδήποτε μπορεί να καθορίσει ακριβέστερα την αξιοπιστία του και συντελεί στην αποκάλυψη της αλήθειας, ως και να επικαλούνται και να ζητούν την ανάγνωση οποιουδήποτε εγγράφου που συντελεί προς τούτο και δεν έχει αμφισβητηθεί η γνησιότητά του, ως ειδικές κατισχύουν τον νόμον 2472/1997.

Κατά το άρθρο 22 παρ. 4 του Ν. 2472/1997, όποιος χωρίς δικαίωμα επεμβαίνει με οποιονδήποτε τρόπο σε αρχείο δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα ή λαμβάνει γνώση των δεδομένων αυτών ή τα αφαιρεί, αλλοιώνει, βλάπτει, καταστρέφει, επεξεργάζεται, μεταδίδει, ανακοινώνει, τα καθιστά προσιτά σε μη δικαιούμενα πρόσωπα ή επιτρέπει στα πρόσωπα αυτά να λάβουν γνώση των εν λόγω δεδομένων ή τα εκμεταλλεύεται με οποιονδήποτε τρόπο, τιμωρείται με φυλάκιση και χρηματική ποινή και αν πρόκειται για ευαίσθητα δεδομένα, με φυλάκιση τουλάχιστον ενός (1) έτους και χρηματική ποινή τουλάχιστον ενός εκατομμυρίου, έως δέκα εκατομμυρίων, αν η πράξη δεν τιμωρείται βαρύτερα από άλλες διατάξεις. Εξάλλου, κατά το άρθρο 2 εδ. α’, β’, γ’ και ι’ του αυτού νόμου, α) δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα συνιστά κάθε πληροφορία που αναφέρεται στο υποκείμενο των δεδομένων.... β) ευαίσθητα δεδομένα είναι αυτά που αφορούν στη φυλετική ή εθνική προέλευση, τα πολιτικά φρονήματα, τις θρησκευτικές ή φιλοσοφικές πεποιθήσεις, τη συμμετοχή σε ένωση, σωματείο και συνδικαλιστική οργάνωση, την υγεία, την κοινωνική πρόνοια και την ερωτική ζωή, καθώς και τα σχετικά με ποινικές διώξεις ή καταδίκες, γ) υποκείμενο των δεδομένων είναι το φυσικό πρόσωπο στο οποίο αναφέρονται τα δεδομένα αυτά και του οποίου η ταυτότητα είναι γνωστή ή μπορεί να εξακριβωθεί, δηλαδή μπορεί να προσδιορισθεί αμέσως ή εμμέσως, ιδίως βάσει αριθμού ταυτότητας ή βάσει ενός ή περισσότερων συγκεκριμένων στοιχείων, που χαρακτηρί-

ζουν την υπόστασή του από άποψη φυσική, βιολογική, ψυχική, οικονομική, πολιτιστική, πολιτική ή κοινωνική και ι) αποδέκτης είναι το φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημοσία αρχή ή υπηρεσία ή οποιοσδήποτε άλλος οργανισμός, στον οποίο ανακοινώνονται ή μεταδίδονται τα δεδομένα, ανεξαρτήτως αν πρόκειται για τρίτο ή όχι. Εξάλλου, σύμφωνα με τα άρθρα 358 και 364 Κ.Π.Δ, ο εισαγγελέας και οι διάδικοι έχουν το δικαίωμα, μετά την εξέταση κάθε μάρτυρα, να αναφέρουν εναντίον του ή εναντίον της μαρτυρίας του οτιδήποτε μπορεί να καθορίσει ακριβέστερα την αξιοπιστία του και που συντελεί στην αποκάλυψη της αλήθειας, ως και να επικαλούνται και να ζητούν την ανάγνωση οποιουδήποτε εγγράφου που συντελεί προς τούτο και δεν έχει αμφισβητηθεί η γνησιότητά του. Οι διατάξεις αυτές ως ειδικές κατισχύουν του προαναφερθέντος νόμου 2472/1997 (Α.Π. 1945/2002 Ποιν. Χρ. ΝΓ. 719, Εφ. Αθ. 984/2001 Ποιν. Χρ. ΝΓ. 56). Παράδειγμα: Κρίθηκε με την ως άνω Α.Π. 1945/2002 απόφαση, ότι είναι ορθή και αιτιολογημένη η απαλλαγή για παραβίαση ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων των κατηγορουμένων, εκ των οποίων οι δύο ήσαν συνήγοροι υπερασπίσεως του τρίτου, σε δίκη του μηνυτή, όπου ένας εκ των συνηγόρων επικαλέσθηκε και παρέδωσε στο δικαστήριο προς ανάγνωση αποφυλακιστήριο έγγραφο (αναπαραχθέν από φωτοτυπία του γνησίου πρωτοτύπου), από το οποίο προέκυπτε ότι ο μηνυτής είχε καταδικασθεί δεκάδες φορές από διάφορα ποινικά δικαστήρια για κακουργηματικές και πλημμεληματικές πράξεις, αφού η γενομένη κατάτμηση και παράλειψη των στοιχείων τίτλου, υπογραφών κ.λπ.) του αρχικού εγγράφου-αποφυλακιστηρίου, δεν συνιστά καθεαυτήν "επεξεργασία" προσωπικών δεδομένων, εφόσον πρόκειται αποκλειστικώς για υλική επέμβαση επί του εγγράφου αυτού και όχι για επίκληση ή χρήση των παραλειφθέντων ως άνω στοιχείων του τίτλου του ελλιπούς αυτού εγγράφου, ενώ το βασικό περιεχόμενο του εγγράφου εκείνου δικαιωματικά επικαλέσθηκε ο συνήγορος του (τότε) κατηγορουμένου και νομίμως συνεκτιμήθηκε από το δικαστήριο, προκειμένου να ελεγχθεί η αξιοπιστία του μηνυτή ενώπιον του δικαστηρίου που ανέγνωσε το στοιχείο αυτό».

Κρίθηκε νομολογιακώς: α) Ότι δεν θεωρούνται "ευαίσθητα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα" οι πληροφορίες των οποίων κάνει κάποιος χρήση και περιήλθαν σε γνώση του χωρίς να ερευνήσει αυτός κάποιο αρχείο ή χωρίς να του τις έχει μεταδώσει τρίτος που επενέβη σε αρχείο, όπως π.χ., όταν περιήλθαν σε γνώση του δικαστικές αποφάσεις και καταδίκες φυσικού προσώπου υπό την ιδιότητά του ως διαδίκου κατά τις σχετικές δίκες και συνεπώς δεν πρέπει να γίνει κατηγορία κατά του κατηγορουμένου για παράβαση του άρ. 22 του Ν. 2472/1997. (Εφ. Αθ. 3140/2004 Ποιν. Χρ. ΝΕ. 544). β) Ότι η έκδοση ακάλυπτων επιταγών και η μη πληρωμή συναλλαγματικών, που αφήνονται να διαμαρτυρηθούν, δεν αποτελούν δεδομένα της ιδιωτικής ζωής, αλλά της δημόσιας κοινωνικής παράστασης και δράσης του προσώπου (Πλημμελειοδικείο Αθηνών 1001/2001 Ποιν. Χρ. ΝΓ.113). γ) Ότι η ασθένεια του κατηγορουμένου συνιστά απόρρητο προσωπικό δεδομένο, ωστόσο όταν την επικαλείται ο κατηγορούμενος για να επιτύχει τα με βάση αυτή ωφελήματα, έχει υποχρέωση να την αποκαλύπτει, γιατί στην αντίθετη περίπτωση θα ωφελείται από την αόριστη αναφορά κάποιας ασθένειας, εις βάρος των συμ-

φερόντων των αντιδίκων του και της έννομης τάξης (Α.Π. 1575/2002 Ποιν. Χρ. ΝΓ. 543). Και δ) Ότι η δικογραφία εκκρεμούς υποθέσεως δεν αποτελεί αρχείο κατά την έννοια του Ν. 2472/1997 και συνεπώς δεν πρέπει να γίνει κατηγορία για το έγκλημα της επεξεργασίας (ανακοίνωσης) ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα κατά του κατηγορουμένου αστυνομικού διευθυντή, ο οποίος δημοσίευσε δελτίο τύπου σχετικά με την εξιχνίαση εκ μέρους της υπηρεσίας του εγκλήματος, ως δράστης του οποίου συνελήφθη ο εγκαλών (Πλημ. Αθηνών 2942/2003 Ποιν. Χρ. ΝΓ. 1010, Απόφαση 147/2001 της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, Ποιν. Δικαιοσύνη 5.37).

9. Το ενιαίο της εισαγγελικής αρχής

Η αρχή του ενιαίου και αδιαιρέτου της εισαγγελικής αρχής (άρθρο 24 παρ. 2 του Ν. 1756/1988 - Κώδικας Οργανισμού των Δικαστηρίων), που σημαίνει ότι κάθε μέλος της εισαγγελίας ενεργεί ως εκπρόσωπός της, χωρίς να ενδιαφέρει το συγκεκριμένο πρόσωπο που εμφανίζεται σε κάθε ενέργεια ή κατά την διάρκεια της ίδιας ενέργειας, κάμπτεται και δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση αναπλήρωσης κατά την διάρκεια και εφόσον εξελίσσεται η διαδικασία στο ακροατήριο για συγκεκριμένη υπόθεση, με αποτέλεσμα να μην μπορεί, κατά τη διάρκεια της συζήτησης της ίδιας υπόθεσης, να αναπληρωθεί ο εισαγγελέας της έδρας με άλλον εισαγγελέα, άλλως επέρχεται απόλυτη ακυρότητα σύμφωνα με το άρθρο 171 παρ. 1 β Κ.Π.Δ (Α.Π. 555/2005 αδημ. στο νομικό τύπο).

10. Διαπράττει το έγκλημα της καταχρήσεως εξουσίας (άρθρο 239 Π.Κ.) με τη μορφή της παράλειψης του υπαλλήλου να διώξει κάποιον υπαίτιο αξιόποινης πράξης, ο Εισαγγελέας Πλημμελειοδικών, όταν θέσει μήνυση ή αναφορά στο αρχείο και συντάξει σχετική αναφορά στον Εισαγγελέα Εφετών (άρθρο 43 παρ. 2 Κ.Π.Δ); Τότε μόνο διαπράττει το εν λόγω έγκλημα ο Εισαγγελέας Πλημ/κών, όταν τελεί εν γνώσει από το περιεχόμενο της μήνυσης ή αναφοράς, πολύ δε περισσότερο, από τα στοιχεία της δικογραφίας, μετά προκαταρκτική εξέταση που διέταξε (43 παρ. 2 Κ.Π.Δ), ότι συντρέχουν οι νομικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις για την άσκηση στη συγκεκριμένη περίπτωση της ποινικής δίωξης, παρά ταύτα δε, σε αντίθεση με τα στοιχεία αυτά, αυθαίρετα και με αιτιολογία που αποκλίνει από την αντικειμενική και απροσωπώληπτη κρίση, παραλείπει να πράξει τούτο, αρχειοθετώντας τη σχετική μήνυση ή αναφορά (Ολομ. Α.Π. 1/2005 αδημ. στον νομικό τύπο).

10. Αυτοτελείς ισχυρισμοί

Η Ολομ. Α.Π. 2/2005 (αδημ. στο νομικό τύπο) έκρινε ότι οι αυτοτελείς ισχυρισμοί των διαδίκων προβάλλονται και αναπτύσσονται προφορικά κατά τα ουσιώδη στοιχεία της νομικής και πραγματικής θεμελίωσής τους, ώστε να γίνουν αντικείμενο έρευνας κα-

τά τη συζήτηση. Ειδικότερα έκρινε ότι αυτοτελής ισχυρισμός του κατηγορουμένου, ο οποίος περιλαμβάνεται σε έγγραφο υπόμνημα που δόθηκε στον διευθύνοντα τη συζήτηση και καταχωρήθηκε στα πρακτικά, θεωρείται ότι έχει προβληθεί παραδεκτως, εφόσον από τα ίδια πρακτικά προκύπτει ότι έγινε και προφορική ανάπτυξη του κατά τα ουσιώδη στοιχεία της νομικής και πραγματικής θεμελίωσής του. Διαφορετικά ο ισχυρισμός αυτός θεωρείται ότι δεν έχει προβληθεί παραδεκτως και το δικαστήριο δεν έχει υποχρέωση να απαντήσει.

11. Συγχώνευση ποινών

Η Ολομ. Α.Π. 3/2005 (αδμ. στο νομικό τύπο) έκρινε ότι εάν ο Εισαγγελέας εισάγει αυτεπαγγέλτως με αφορμή αίτηση του καταδικασθέντος για συγχώνευση ποινών, με ίδιο έγγραφό του, που είναι ταυτόσημο με εκείνο της αιτήσεως, η παραίτηση του καταδικασθέντος από την αίτησή του δεν έχει καμία νομική σημασία, έστω και εάν δεν προέκυπτε ότι οι υπό συγχώνευση αποφάσεις έχουν καταστεί αμετάκλητες. Το δε δικαστήριο με το να παραλείψει να καθορίσει συνολική ποινή, αν και συνέτρεχαν οι απαιτούμενοι για αυτό κατά νόμο όροι, υπερέβη την εξουσία του αρνητικώς (άρθρο 510 παρ. 1 στοιχ. Η).

Η Ολομ. Α.Π. 4/2005 (αδμ. στο νομικό τύπο), ερμηνεύοντας τις διατάξεις των άρθρων 94 έως 97 ΠΚ' και 491 εδ. β Κ.Π.Δ, έκρινε (με μειοψηφία 15 μελών της) ότι, για τον καθορισμό συνολικής ποινής κατ' άρθρο 551 Κ.Π.Δ, δεν είναι αναγκαίο οι καταδικαστικές αποφάσεις να είναι αμετάκλητες και ότι δεν συνάγεται το αντίθετο από το άρθρο 551 Κ.Π.Δ, που αναφέρεται στην εκτέλεση περισσότερων αποφάσεων για συρρέοντα εγκλήματα, η οποία, καθώς και στην αιτιολογική έκθεση σημειώνεται, καθορίζει το αρμόδιο δικαστήριο για τον καθορισμό της εκτιτέας συνολικής ποινής σε εκτέλεση περισσότερων αμετακλήτων καταδικαστικών αποφάσεων κατά του αυτού προσώπου για διάφορα συρρέοντα εγκλήματα, διότι το άρθρο αυτό σκοπεί να ρυθμίσει την περίπτωση κατά την οποία δεν έχει καταστεί δυνατός για οποιοδήποτε λόγο ο καθορισμός της συνολικής ποινής, πριν οι αποφάσεις αυτές καταστούν αμετάκλητες.

12. Ποιο είναι αρμόδιο δικαστήριο για την εκδίκαση αίτησης ακύρωσης της διαδικασίας κατά απόφασης του εκ τακτικών δικαστών Μικτού Ορκωτού Εφετείου.

Η Ολομ. Α.Π. 8/1998 (Ποιν. Χρ. ΜΗ. 882) έκρινε ότι κατ' ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 591 παρ. 1 και 341 Κ.Π.Δ επιτρέπεται αίτηση ακύρωσης της διαδικασίας και κατά απόφασης που απέρριψε ως ανυποστήρικτη έφεση κατά καταδικαστικής για κακουργήματα απόφασης. Περαιτέρω η Ολομ. 5/2005 (αδημοσίευτη στο νομικό τύπο), έκρινε ότι από τις διατάξεις των άρθρων 341, 591 παρ. 1 405 παρ. 3 Κ.Π.Δ, προκύπτει ότι για την εκδίκαση αίτησης ακύρωσης της διαδικασίας κατ' απόφασης του εκ τακτικών δικαστών Μικτού Ορκωτού Εφετείου, με την οποία απορρίφθηκε ως ανυποστήρι-

κτη έφεση κατά καταδικαστικής για κακουργήματα απόφασης αρμόδιο - ακόμη και μετά την λήξη της συνόδου - είναι το εκ τακτικών δικαστών δικαστήριο του Μικτού Ορκωτού Εφετείου και όχι το Πενταμελές Εφετείο.

13. Παραίτηση από το ένδικο μέσο

Η Ολομ. Α.Π. 6/2005 (αδημ. στο νομικό τύπο) ερμηνεύοντας τα άρθρα 474 παρ. 1, 475 παρ. 1 και 476 παρ. 1 Κ.Π.Δ έκρινε ότι αν ο διάδικος παραιτήθηκε νομότυπα από κάποιο ένδικο μέσο κατά απόφασης ή βουλεύματος που αυτός έχει ασκήσει, το ένδικο αυτό μέσο απορρίπτεται ως απαράδεκτο, λόγω της παραίτησης αυτής, χωρίς να είναι ανάγκη να ερευνηθεί προηγουμένως αν για την άσκησή του έχουν τηρηθεί ή όχι οι νόμιμες διατυπώσεις, διότι η παραίτηση από του ενδίκου μέσου, ως λόγος κήρυξης αυτού απαράδεκτου δεν τελεί σε σχέση επικουρικότητας ως προς τον επαγόμενο την αυτή έννομη συνέπεια λόγο της μη τήρησης των νομίμων διατυπώσεων για την άσκησή τους.



ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΝΟΜΟΣΧΕΔΙΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ
ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑΣ
ΜΕ ΤΗΝ ΟΔΗΓΙΑ 2001/97/Ε.Κ. ΠΕΡΙ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗΣ
ΕΣΟΔΩΝ ΑΠΟ ΕΓΚΛΗΜΑΤΙΚΗ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑ
(ΞΕΠΛΥΜΑ ΒΡΩΜΙΚΟΥ ΧΡΗΜΑΤΟΣ)*



Πολυχρόνη Π. Τσιρίδη**

Με το νομοσχέδιο αυτό επιχειρείται η εναρμόνιση της σχετικής νομοθεσίας μας (Ν. 2331/1995) με την Κοινοτική Οδηγία 2001/97/Ε.Κ. για το ζήτημα αυτό. Εισάγονται νέες διατάξεις που διευρύνουν σε σημαντικό βαθμό και μάλιστα καθ' υπέρβαση της Οδηγίας, το πεδίο εφαρμογής της σχετικής νομοθεσίας, δημιουργούν δέος και ανησυχία στη σκέψη ότι μπορεί, τελικά, να υιοθετηθούν. Κυριότερες από τις διατάξεις αυτές είναι οι ακόλουθες:

1. Διεύρυνση (σημαντική) των πράξεων που συνιστούν εγκληματική δραστηριότητα (βασικά εγκλήματα).

Η νομοθετική πρωτοβουλία που ανελήφθη από την Ε.Ε. τόσο με την πρώτη όσο και με τη δεύτερη Οδηγία, για καταστολή των πράξεων της νομιμοποίησης εσόδων προερχομένων από εγκληματική δραστηριότητα, συνίστατο στην ενιαία αντιμετώπιση του φαινομένου αυτού για σοβαρές πράξεις εγκληματικής δραστηριότητας, όπως ναρκωτικά, τρομοκρατία και, στη συνέχεια, επεκτάθηκε και σε άλλες σοβαρές εγκληματικές πράξεις «κοινού ευρωπαϊκού ενδιαφέροντος».

Ως προς άλλες πράξεις «εθνικού ενδιαφέροντος», έδωσε τη δυνατότητα στα κράτη μέλη να εντάξουν στις πράξεις εγκληματικής δραστηριότητας και άλλες ανάλογες αξιόποινες συμπεριφορές οι οποίες, κατά τα εθνικά δίκαια, μπορούν να αποφέρουν ουσιώδεις προσόδους και τιμωρούνται με σοβαρή ποινή φυλάκισης.

Με τις νέες ρυθμίσεις, εγκληματική δραστηριότητα (βασικά εγκλήματα) συνιστούν, πλέον, 3 κατηγορίες πράξεων:

- 1) Σοβαρά εγκλήματα κοινού ευρωπαϊκού ενδιαφέροντος.
- 2) Όλα τα κακουργήματα από τα οποία προέκυψε περιουσία τουλάχιστον 4.000 €.
- 3) Όλα τα πλημμελήματα τα τιμωρούμενα με φυλάκιση τουλάχιστον 3 μηνών (συζητείται η διάρκειά της να ανέλθει σε 6 μήνες ή ένα έτος), αν από την τέλεσή τους προέκυψε περιουσία τουλάχιστον 4.000 €.

* Το κείμενο αυτό αποτελεί εισήγηση στην Ολομέλεια των Προέδρων των Δικηγορικών Συλλόγων της χώρας, που έγινε στη Θεσσαλονίκη στις 1, 2, 3/7/2005.

** Ο Πολυχρόνης Π. Τσιρίδης είναι δικηγόρος Πειραιώς, Δ.Ν., Αντιπρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Ποινολόγων.

Επομένως, με την ως άνω ρύθμιση, όλα τα αδικήματα αρμοδιότητας τριμελούς, αλλά και μονομελούς πλημ/κείου, από τα οποία προέκυψε περιουσία άνω των 4.000 € (συζητείται να ανέλθει τουλάχιστον στο ποσό των 10.000 € ή 15.000 €), θεωρούνται ότι συνιστούν πράξεις εγκληματικής δραστηριότητας και, συνεπώς, ο αυτουργός αυτών, που στη συνέχεια αποκρύπτει ή μεταβιβάζει το προϊόν που ωφελήθηκε από την πράξη του, διαπράττει εν ταυτώ και νομιμοποίηση εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα (ξέπλυμα), με όλες τις δρακόντειες συνέπειες που συνεπάγεται η δεύτερη πράξη του.

Με τις εισαγόμενες ρυθμίσεις, για όλα δηλαδή, αυτά τα πλημμελήματα που τιμωρούνται με φυλάκιση τουλάχιστον 3 μηνών και απέφεραν στον υπαίτιο περιουσία τουλάχιστον 4.000 €, θεωρείται ότι ο υπαίτιος ταυτόχρονα διαπράττει και ξέπλυμα βρώμικου χρήματος, αποκρύπτοντας το αποκτηθέν έσοδο τουλάχιστον 4.000 € ή μεταβιβάζοντάς το. Ενδεικτικά και μόνο αρκεί να αναφέρω, ότι συνιστούν πλέον πράξεις εγκληματικής δραστηριότητας, για την οποία θα πρέπει να εφαρμόζεται ταυτόχρονα και η δρακόντεια νομοθεσία για το ξέπλυμα βρώμικου χρήματος, τα «σοβαρά εγκλήματα» της φοροδιαφυγής, εισφοροδιαφυγής, μη καταβολής χρεών προς το Δημόσιο, κ.λπ.

2. Σχέση εγκληματικής δραστηριότητας και πράξης νομιμοποίησης εσόδων προερχομένων από αυτήν.

Τόσο η πρώτη όσο και η δεύτερη σχετική Οδηγία της Ε.Ε., άφησαν στον εθνικό νομοθέτη να καθορίσει αν ο δράστης της εγκληματικής δραστηριότητας μπορεί να θεωρείται και δράστης της παρεπόμενης πράξης της νομιμοποίησης των εσόδων που προέρχονται από αυτήν και μάλιστα, καθ' όν τρόπον έχουν ρυθμίσει στα εθνικά ποινικά τους δίκαια τη σχέση μεταξύ κυρίου αδικήματος και αποδοχής και διάθεσης προϊόντων εγκλήματος (άρθρο 394 Π.Κ.). Συνομολογείται, άλλωστε, αυτό και στη συνοδεύουσα το νομοσχέδιο αιτιολογική έκθεση, με την επισήμανση ότι για το ζήτημα αυτό, περίπου τα μισά από τα παλαιά κράτη μέλη της Ε.Ε. έχουν λάβει αρνητική θέση, ενώ τα άλλα μισά θετική. Εικάζεται δε περαιτέρω ότι, με την επικείμενη εντός του 2005 έκδοση της τρίτης Οδηγίας της Ε.Ε. για το ζήτημα αυτό, θα υπάρξει «μάλλον θετική» τοποθέτηση.

Παρά το γεγονός ότι στη χώρα μας η σχετική νομολογία, με κάποιες εξαιρέσεις, αρνήθηκε να αποδεχθεί ότι ο αυτουργός της εγκληματικής δραστηριότητας μπορεί να είναι και αυτουργός πράξης νομιμοποίησης της δικής του προηγηθείσης δραστηριότητας, μολαταύτα, χωρίς δέσμευση από την Οδηγία, ορίζεται ρητά ότι ο αυτουργός του «βασικού αδικήματος» (νέος όρος, που έστησε τον όρο «εγκληματική δραστηριότητα»), μπορεί να είναι και αυτουργός ή ηθικός αυτουργός της παρεπόμενης πράξης νομιμοποίησης των εσόδων που απέκτησε από την προηγούμενη δραστηριότητά του. Για να απομειωθούν δε οι αντιδράσεις, η διάταξη προβλέπει την επιβολή αναλόγων κυρώσεων μεταξύ των δύο αδικημάτων (εφαρμόζοντας τη σχετική αρχή της αναλογικότητας) για να αρθούν οι αρνητικές εντυπώσεις που δημιουργούνται από το γεγονός ότι, ενώ η εγκληματική δραστηριότητα μπορούσε να είναι πράξη πλημμεληματική, η παρεπόμενη πράξη της νομιμοποίησης εσόδων (ξέπλυμα) ήταν πάντοτε κακουργηματική.

Θεωρώ τη διάταξη αυτή επικίνδυνη και ξένη προς το ποινικό μας σύστημα, αφού θε-

ωρεί εκ των προτέρων ότι η ποινικώς αδιάφορη (μέχρι σήμερα) ουσιαστική αποπεράτωση του εγκλήματος, αποτελεί (εν ταυτώ) βαρύνουσα πράξη νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, απειλούμενη με δρακόντειες κυρώσεις και συνέπειες. Αν δε συνδυάσει κανείς αυτό, με την αφόρητη και αδικαιολόγητη διεύρυνση των εγκλημάτων που συνιστούν πλέον εγκληματική δραστηριότητα (βασικά εγκλήματα), τότε αναλογίζεται κανείς τις εφιαλτικές συνέπειες μιας τέτοιας νομοθεσίας, που θα καταλαμβάνει σχεδόν όλη την ποινική ύλη.

3. Πράξεις νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα

Τόσο η πρώτη Οδηγία όσο και η δεύτερη, προσδιορίζουν τις πράξεις εκείνες που συνιστούν το αδίκημα της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, χωρίς προσθήκη νέας μορφής πράξης «ξεπλύματος». Αυτές δε τις πράξεις τυποποίησε ο Ν. 2331/1995 στο άρθρο 2. Με τη νέα διάταξη, προστίθεται ως νέα (μη προβλεπόμενη από την Οδηγία) πράξη νομιμοποίησης εσόδων, η «απόκρυψη» περιουσίας προερχόμενης από εγκληματική δραστηριότητα.

Η προσθήκη της πράξης της «απόκρυψης περιουσίας», ως νέας πράξης νομιμοποίησης εσόδων (ξεπλύματος), εκτός από το ότι τέθηκε καθ' υπέρβαση της Οδηγίας, είναι και εκτός γράμματος και πνεύματος της Οδηγίας, αφού το νόημα και των δυο Οδηγιών της Ε.Ε. είναι η καταχρηστική και παράνομη χρησιμοποίηση του «χρηματοπιστωτικού συστήματος» για το ξέπλυμα βρώμικου χρήματος, ως προερχόντος από πράξεις που συνιστούν εγκληματική δραστηριότητα. Η απόκρυψη του προϊόντος του εγκλήματος από τον αυτουργό του βασικού εγκλήματος, αφενός δεν προϋποθέτει και χρησιμοποίηση του «χρηματοπιστωτικού συστήματος» για το ξέπλυμα αυτού, αφετέρου σημαίνει ότι για όλα τα αδικήματα, αν ο δράστης δεν εμφανίσει ή παραδώσει ή του κατάσχουν το προϊόν της εγκληματικής του δράσης, έχει διαπράξει εν ταυτώ και πράξη ξεπλύματος βρώμικου χρήματος. Π.χ. σε όλες τις περιπτώσεις φοροδιαφυγής, όπου ο δράστης αποκρύπτει τα διαφυγόντα από την εφορία προϊόντα της πράξης του, διαπράττει ταυτόχρονα, χωρίς άλλη υλική ενέργεια, και το έγκλημα της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα. Δηλαδή η ουσιαστική αποπεράτωση όλων των αδικημάτων, συνιστά ταυτόχρονα και ξέπλυμα βρώμικου χρήματος, αφού ο υπαίτιος αποκρύπτει το προϊόν του εγκλήματος που τέλεσε, χωρίς κατ' ανάγκη το έγκλημα αυτό να έγινε μέσω του «χρηματοπιστωτικού συστήματος». Πρόκειται για επικίνδυνη διάταξη, πέραν των προδιαγραφών της Οδηγίας, που θα οδηγήσει στη δίωξη όλων των διαπραξάντων πλημμελήματα που μέχρι σήμερα θεωρούντο μικρής ή μέσης εγκληματικότητας και για την πράξη της παράνομης νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματική δραστηριότητα, με τις δρακόντειες κυρώσεις και συνέπειες της νομοθεσίας για το ξέπλυμα. Ήδη συζητείται η απόσυρση αυτής της περίπτωσης, ως πράξης ξεπλύματος.

4. Ο δικηγόρος ως πρόσωπο υπόχρεο αναφοράς υπόπτων συναλλαγών του πελάτη του.

α) Στα πρόσωπα που θεωρούνται υπόχρεα να αναγγείλουν αρμοδίως κάθε ύποπτη ή ασυνήθιστη συναλλαγή του πελάτη τους εντάσσεται και ο δικηγόρος. Αν παραλείψει, από βαριά αμέλεια, να προβεί στην αναφορά αυτή, τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι 2

ετών. Αν όμως ο δικηγόρος θεωρηθεί ότι βοήθησε τον πελάτη του να τελέσει πράξη νομιμοποίησης εσόδων ή να τον διευκολύνει στην τέλεσή της, τιμωρείται για πράξη ξεπλύματος βρώμικου χρήματος με κάθειρξη έως 10 ετών ή και 20 ετών, αν συντρέχουν επιβαρυντικές περιστάσεις.

Ως τέτοιες πράξεις συμμετοχής του δικηγόρου συνιστούν και η από αυτόν παροχή συμβουλών και ενεργειών για τη σύσταση εταιριών, μέσω των οποίων θα κινηθούν προϊόντα εγκληματικής δραστηριότητας. Δηλαδή, αν ο δικηγόρος συνιστά κατ' εντολή του πελάτη του οποιασδήποτε μορφής εταιρία, με συνεισφορά κεφαλαίων που προέρχονται από εγκληματική δραστηριότητα, διατρέχει τον κίνδυνο να θεωρηθεί ως συνεργός ξεπλύματος βρώμικου χρήματος, αρκεί να προέρχονται, λ.χ. από φοροδιαφυγή.

Είναι δυνατόν να μη σκεφθεί ο οποιοσδήποτε δικηγόρος ότι τα εισφερόμενα κεφάλαια για τη σύσταση μιας εταιρίας ή την αγορά ενός ακινήτου μπορεί να προέρχονται και από φοροδιαφυγή; Τι θα κάνει, θα ελέγχει το «πόθεν έσχες» των πελατών του, ώστε να μη «συνεργήσει» σε κακούργημα ή και να αναγγείλει την επικείμενη συναλλαγή ως πράξη ξεπλύματος και να «καταδώσει» τον πελάτη του; Αυτά είναι αδιανόητα πράγματα. Πόσοι Έλληνες πολίτες, στατιστικά, είναι υπεράνω υποψίας για φοροδιαφυγή; Η από μέρους τους επένδυση χρημάτων (εκ φοροδιαφυγής, όπως λειτουργεί παγκοσμίως σήμερα η παραοικονομία) θα συνεπάγεται για τον συμβουλευόντα δικηγόρο ή διενεργούντα νόμιμες πράξεις (π.χ. σύσταση εταιρίας, σύμπραξη σε αγοραπωλητήριο συμβόλαιο κ.λπ.), τον κίνδυνο δίωξής του για κακούργημα ή πράξη ξεπλύματος βρώμικου χρήματος, αν αυτό προέρχεται από φοροδιαφυγή και αυτός το υποψιάζεται και αποδέχεται την εκ μέρους του παροχή των αντιστοίχων υπηρεσιών; Αναλογισθείτε για πόσες χιλιάδες καθημερινές συναλλαγές που συμπράττουν δικηγόροι ομιλούμε.

Αναφορικά με την υποχρέωση του δικηγόρου να αναφέρει τις ύποπτες συναλλαγές, προβλέπεται πως αυτό θα γίνεται σε επιτροπή που θα συγκροτείται στον ΔΣΑ και θα λειτουργεί για όλη την Ελλάδα. Πλην όμως, δεν είναι ακόμη γνωστό αν αυτή η επιτροπή θα έχει απλώς διαβιβαστικό ρόλο ή και εξεταστικό, οπότε τίθεται και ζήτημα της ευθύνης που ενδεχομένως θα αναλαμβάνει.

Επίσης, αναλογίζεται κανείς πως μια τέτοια νομοθεσία θα αναβιώσει έντονα φαινόμενα εκβιασμών που μπορεί να ασκούνται και από δικηγόρους (προκειμένου να μην αναφέρουν ως «υποχρεούνται» τον πελάτη τους για ύποπτη συναλλαγή), ή, κυρίως σε βάρος τους από πολίτες που θα καταγγέλλουν ότι δήθεν ο δικηγόρος τους συμβούλεψε να προβούν στις πράξεις αυτές ή ότι τάχα, έδωσαν χρήματα στο δικηγόρο τους «χωρίς απόδειξη», οπότε θα επίκειται η δίωξη του τελευταίου για φοροδιαφυγή, αλλά και για ξέπλυμα βρώμικου χρήματος, αφού θα έχει «αποκρύψει» το προϊόν της φοροδιαφυγής!!!

Είναι εφιαλτικά τα όσα κανείς μπορεί να σκεφθεί ότι μπορεί να συμβούν με μια τέτοια νομοθεσία.

β) Ο λόγος που επέβαλε την παρεμβολή της «κατάλληλης αυτορρυθμιζόμενης οργάνωσης του οικείου επαγγελματικού κλάδου», συνίσταται στην αποφυγή άμεσης επαφής μεταξύ του υποχρέου προσώπου και Αρχής του άρθρου 7. Παράλληλα, η αυτορρυθμι-

ζόμενη αυτή οργάνωση θα μπορεί με ενιαία και αντικειμενικά κριτήρια να εκτιμά αν θα πρέπει να διαβιβάσει ή όχι την υποβαλλόμενη σε αυτή αναφορά του υποχρέου μέλους του κλάδου, προς την αρχή του άρθρου 7. Περαιτέρω, μπορεί να συνιστά στο υπόχρεο μέλος της που υπέβαλε αναφορά, να μην προβεί στην ενέργεια που του ζητήθηκε. Αν δε η αποφυγή είναι αδύνατη ή ενδέχεται να εμποδίσει τη δίωξη των προσώπων υπέρ των οποίων διενεργείται η εικαζόμενη νομιμοποίηση, παρέχουν τις απαιτούμενες πληροφορίες μετά τη συναλλαγή. Όλα αυτά εντάσσουν τους δικηγόρους και την επιτροπή που θα παρεμβάλλεται μεταξύ των υποχρέων δικηγόρων και της επιτροπής του άρθρου 7, σε λογικές διωκτικές, ξένες και αναντίστοιχες με τη δεοντολογία και παράδοση του δικηγορικού σώματος διεθνώς.

γ) Η Επιτροπή του άρθρου 7, έχει πρόσβαση σε «κάθε μορφής δημόσιο ή ιδιωτικό αρχείο». Ως ιδιωτικά αρχεία νοούνται και τα αρχεία δικηγόρων προς συλλογή αποδεικτικού υλικού για να χρησιμοποιηθεί σε βάρος του πελάτη του. Επίσης και τα αρχεία συμβολαιογράφων. Αν αυτή είναι η ορθή ερμηνεία, σύμφωνα με τη νέα διάταξη του άρθρου 8 παρ. 3 του Νομοσχεδίου, τότε μπορεί η Αρχή να αναζητεί δικογραφίες πελατών ή συμβόλαια κ.λπ., για τους οποίους η Επιτροπή προβαίνει σε έρευνα. (Συζητείται η απάλειψη των ιδιωτικών αρχείων).

δ) Με το άρθρο 6 παρ. 6 του Νομοσχεδίου, επεκτείνονται όλες οι υποχρεώσεις που ισχύουν για τα πιστωτικά ιδρύματα και τους χρηματοπιστωτικούς οργανισμούς (17 περιπτώσεις που θέσπισε το άρθρο 4 του Ν. 2331/1995) και στα (νέα) υπόχρεα πρόσωπα για αναφορά κάθε ύποπτης συναλλαγής. Έτσι, ο Δικηγόρος, πλέον, εκτός πολλών άλλων, υποχρεούται να «αποκαλύπτει» την ταυτότητα του προσώπου που κρύβεται πίσω από την ύποπτη συναλλαγή που διενεργεί ο πελάτης του - αχυράνθρωπος, οφείλει να εξακριβώνει την ακρίβεια της ταυτότητας του πραγματικού συναλλοσσόμενου προσώπου, να συλλέξει πληροφορίες για την πραγματική ταυτότητα των προσώπων για λογαριασμό των οποίων παρένθετα πρόσωπα ενεργούν, να μη συμπτύσσονται σε συναλλαγές αν υποψιάζονται βάσιμα ότι συνδέονται με «ξέπλυμα», εκτός αν επιβάλλεται να γίνει η συναλλαγή, αν η μη πραγματοποίησή της ενδέχεται να δυσχεράνει την αποκάλυψη αποδεικτικών στοιχείων ή προσώπων που πιθανόν ενέχονται σε «ξέπλυμα», οπότε υποβάλλει την αναφορά του αμέσως μετά τη συναλλαγή!!! (Συζητείται το ενδεχόμενο να περιορισθεί η υποχρέωση αναφοράς στην περίπτωση ξεπλύματος προερχομένου από κακουργηματικές πράξεις).

Τέλος, προβλέπεται και ποινική ευθύνη στην περίπτωση που ο Δικηγόρος γνωστοποιήσει στον εντολέα του ότι ανέφερε στην Αρχή την ύποπτη συναλλαγή που τον αφορά.

Εκφράζουμε την πλήρη αντίθεσή μας με την Οδηγία για την προσθήκη των δικηγόρων στα υπόχρεα πρόσωπα, αφού τέτοια ρύθμιση, καθώς και οι προτεινόμενες με το Νομοσχέδιο, είναι αντίθετες με την ΕΣΔΑ, την ΣΕΕ, το Σύνταγμά μας, ως προσβάλλουσες το θεμελιώδες δικαίωμα στην υπεράσπιση, τη λειτουργική ανεξαρτησία του δικηγόρου, το ιερό καθήκον επαγγελματικής εχεμύθειας, η σπουδαιότητα των οποίων έχει αναγνωρισθεί από το Ευρ.Δ.Δ.Α. και το ΔΕΚ.

Σε κάθε δε περίπτωση, υπάρχει και υπέρβαση της Οδηγίας, αφού στο προοίμιο της

Οδηγίας (σημ. 17) αναφέρεται ότι κατά κανόνα, εξακολουθεί να υπάρχει το επαγγελματικό απόρρητο, που μπορεί μόνο να καμφθεί «εάν οι νομικές συμβουλές παρέχονται με σκοπό τη νομιμοποίηση εσόδων ή αν ο δικηγόρος γνωρίζει ότι ο πελάτης του ζητεί νομικές συμβουλές, προκειμένου να προβεί σε νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες».

5. Δήμευση περιουσίας του καταδικασθέντος για «ξέπλυμα» και για την υπόλοιπη περιουσία του, έστω και αν δεν διώχθηκε για αυτήν.

Με τη νέα διάταξη του άρθρου 5 του νομοσχεδίου, κατά την άποψή μου αντίθετη με το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ, τροποποιείται το άρθρο 3 παρ. 1 του Ν. 2331/1995 ως προς την τύχη της υπόλοιπης περιουσίας του υπαιτίου της πράξης «ξεπλύματος» (πλην της περιουσίας που τυχόν κατασχέθηκε και σχετίζεται με την πράξη του), υπόκειται δε και αυτή σε δήμευση, με αντιστροφή του βάρους της απόδειξης, καλουμένου του υπαιτίου να αποδείξει τη νομιμότητα κτήσης αυτής της «περιουσίας».

Η διάταξη αυτή προσλαμβάνει εφιαλτικές διαστάσεις, με δεδομένη την απλοποίηση των προϋποθέσεων που εισάγει ο νέος νόμος, έναντι των αυστηρότερων όρων που έθετε ο παλαιός νόμος, αλλά κυρίως με την υπέρμετρη και αφόρητη, πλέον, διεύρυνση της ύλης των βασικών αδικημάτων, οπότε η διάταξη αυτή πλέον μπορεί να εφαρμόζεται για χιλιάδες μικρομεσαίων υποθέσεων.

Ειδικότερα, υπό το προηγούμενο καθεστώς, (άρθρο 3 παρ. 1 του Ν. 2331/1995), προβλεπόταν η δυνατότητα προβολής εκ μέρους του Δημοσίου αξιώσεων ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων να δημευθεί κάθε περιουσία άλλη, πλην αυτής για την οποία κατεδικάσθη, έστω και αν δεν διώχθηκε για αυτήν, με την προϋπόθεση ο υπαίτιος έχει ήδη αμετακλήτως καταδικασθεί σε ποινή κάθειρξης ή φυλάκισης τουλάχιστον 3 ετών για πράξη εγκληματικής δραστηριότητας. Ανεξαρτήτως του ότι η διάταξη εκείνη επικρίθηκε ως αντισυνταγματική, ως προς τις λοιπές διατάξεις που εισήγαγε (προσक्रούουσα, εκτός άλλων, στο άρθρο 7 παρ. 3 του Συντάγματος, ΕΣΔΑ κ.λπ.), πάντως έθετε σημαντικές προϋποθέσεις για την ενεργοποίηση της διαδικασίας δήμευσης της περιουσίας του καταδικασθέντος αμετάκλητα για πράξη συνιστώσα εγκληματική δραστηριότητα. Με τη νέα διάταξη, απλοποιούνται οι προϋποθέσεις και ειδικότερα ενεργοποιείται η παρακάτω περιγραφόμενη διαδικασία, με μόνη την άσκηση ποινικής δίωξης (και όχι με την βαριά αμετάκλητη καταδίκη της παλαιάς διάταξης) όχι μόνο για την πράξη της εγκληματικής δραστηριότητας, αλλά και για την πράξη του «ξεπλύματος» και ειδικότερα, ακόμη και για την μορφή αυτής της από βαριά αμέλεια μη αναφοράς υπόπτων συναλλαγών εκ μέρους των υποχρέων προσώπων!!!

Στην περίπτωση αυτή, λοιπόν, αν ο εισαγγελέας που άσκησε τη δίωξη έχει υποψίες ότι στην κατοχή του υπαιτίου υπάρχουν και άλλα περιουσιακά στοιχεία, προερχόμενα από παρόμοιες πράξεις, έστω και αν για αυτές δεν ασκήθηκε ποινική δίωξη, διαβιβάζει αντίγραφα της δίωξης στην Επιτροπή του άρθρου 7, προκειμένου αυτή να διενεργήσει αυτοτελή έρευνα ως προς την κτήση αυτής περιουσίας.

Αν η Επιτροπή θεωρήσει ότι δεν δικαιολογείται η κατοχή αυτής της περιουσίας, συ-

ντάσει πόρισμα και το αποστέλλει στον εισαγγελέα. Ο εισαγγελέας, ακόμη και αν δεν συντρέχει περίπτωση αυτοτελούς άσκησης ποινικής δίωξης για αυτήν την περιουσία, συσχετίζει τα στοιχεία με την αρχική ποινική δίωξη. Σε περίπτωση δε καταδίκης του υπαιτίου για την αρχική κατηγορία, η περιουσία αυτή, ανεξαρτήτως ύψους (μπορεί να είναι τεράστια έναντι της δικαζόμενης υπόθεσης, που δεν σχετίζεται με την πράξη για την οποία καταδικάσθηκε και για την οποία δεν διώχθηκε καν ο υπαίτιος), τεκμαίρεται ότι προέρχεται από εγκληματική δραστηριότητα και διατάσσεται η δήμευσή της, εκτός αν ο κατηγορούμενος αποδείξει τη νόμιμη προέλευσή της!!! (Εδώ η αρχή της αναλογικότητας, το Σύνταγμα και η ΕΣΔΑ λησμονήθηκαν παντελώς)!!!

Αν συνειδητοποιήσει κανείς τι πρακτικά μπορεί να σημαίνει η ενεργοποίηση αυτών των διαδικασιών, με δεδομένο πλέον ότι οι σχετικές διατάξεις αφορούν πλέον στα περισσότερα ποινικά αδικήματα, από το μονομελές πλημ/κείο και άνω, τότε υπάρχει ο κίνδυνος δήμευσης της περιουσίας πολιτών, αφού οι περισσότεροι θα τύχει να διαπράξουν ένα από τη σωρεία αυτή των πλημμελημάτων, και παράλληλα θα έχουν κάποια περιουσιακά στοιχεία που δεν θα δικαιολογείται η νόμιμη κατοχή τους, με την απλούστερη μορφή της μη φορολογικής δικαιολόγησής τους!!!

Ομοίως, θα κινδυνεύουν τα περιουσιακά στοιχεία όλων των προσώπων που δεν θα αναφέρουν ύποπτες συναλλαγές πελατών τους (και μάλιστα από βαριά αμέλεια), αν δεν θα μπορούν να αποδείξουν τη νομιμότητα της κτήσης των περιουσιακών τους στοιχείων. Δηλαδή πλήρης ποινικοποίηση του «πόθεν έσχες», και δη ως ξεπλύματος βρώμικου χρήματος, και παράνομες (αντισυνταγματικές) δημεύσεις περιουσιών, χωρίς υπαιτιότητα!!! Ενώ, δηλαδή για την περιουσία αυτή δεν υπάρχουν τα στοιχεία εκείνα που δικαιολογούν την ποινική δίωξη ως «ξέπλυμα», θα μπορούν αυτά να δημεύονται, αν δεν αποδεικνύει ο κάτοχος τους τη νομιμότητα (και φορολογική, πλέον) αυτής της κτήσης τους!!!

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Πρόκειται για διατάξεις, ορισμένες των οποίων προτείνονται καθ' υπέρβαση της Οδηγίας, που προσκρούουν στο Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ και γενικότερα, δίνεται η εντύπωση ότι δεν συνειδητοποιήθηκαν οι πρακτικές συνέπειες ενεργοποίησης αυτού του νομικού οπλοστασίου στην ελληνική πραγματικότητα. Τυχόν δε υιοθέτησή τους θα είναι συγκλονιστική, αφού κανείς δεν μπορεί με ασφάλεια να προβλέψει τις εφιαλτικές συνέπειες και επιπτώσεις μιας τέτοιας νομοθεσίας στην ελληνική κοινωνία.

Δίνεται δε η εντύπωση ότι η νέα Οδηγία της Ε.Ε. αποτέλεσε μάλλον το «άλλοθι» για εισαγωγή δρακόντειων διατάξεων και κυρώσεων, παρά για κάλυψη υπαρκτών και αναγκαίων νομικών κενών. Διακρίνονται από διωκτική και κατασταλτική λογική, είναι εκτός κοινωνικής πραγματικότητας και προσβάλλουν τα ατομικά δικαιώματα, τις δικαιокρατικές αρχές και, τελικά, τον νομικό μας πολιτισμό.



Η ΑΔΕΡΦΟΣΥΝΗ ΣΤΟ ΕΡΓΟ "ΚΑΠΕΤΑΝ ΜΙΧΑΛΗΣ" ΤΟΥ ΝΙΚΟΥ ΚΑΖΑΝΤΖΑΚΗ ΜΙΑ ΜΑΤΙΑ ΣΤΟ ΕΘΙΜΟ ΤΗΣ ΑΔΕΛΦΟΠΟΙΑΣ*

Μανόλη Χ. Ανδρουλακάκη**

Αφορμή για την παρούσα εργασία αποτέλεσε το έργο «Καπετάν Μιχάλης» του Νίκου Καζαντζάκη και συγκεκριμένα η αναφορά που γίνεται στο θεσμό της αδερφοσύνης ή αδελφοποιίας. Ο ήρωας του έργου, καπετάνιος των κρητικών επαναστάσεων του τέλους του 19ου αιώνα, είχε στα νιάτα του ενώσει το αίμα του, είχε γίνει αδερφοχτός, με τον Νουρήμπεη, έναν Τούρκο που εκτιμούσε πολύ. Παρόλο που η μοίρα τους είχε τάξει σε αντίπαλα στρατόπεδα και η ζωή τους έφερε αντίξηλους για το χατίρι της όμορφης Εμινέ, κι οι δυο τους σεβάστηκαν τον αδελφικό δεσμό που τους ένωνε και μέχρι το δραματικό θάνατό τους, ποτέ δεν έβλαψε ο ένας τον άλλο. Το ενδιαφέρον γι' αυτή την κατ' ουσία «υιοθεσία αδελφού» και τα πιθανά έννομα αποτελέσματα που είχε στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου, αποτέλεσαν το εφαλτήριο για την έρευνα της έννοιας της αδελφοποιίας και τη μυθοπλαστική ή ρεαλιστική παράστασή της στο έργο του Καζαντζάκη.

Ι. Έννοια της αδελφοποιίας και ιστορική της εξέλιξη

Ως αδελφοποιία μπορούμε να ορίσουμε την ίδρυση αδελφικού δεσμού μεταξύ δύο ή περισσότερων ατόμων, με «μαγική» ή συμβολική πράξη, ή με ιεροπραξία¹. Ο δεσμός αυτός είναι ισόβιος και επιφέρει, άλλοτε σε μεγαλύτερο και άλλοτε σε μικρότερο βαθμό, τα έννομα αποτελέσματα που απορρέουν από την αδελφική σχέση, κυρίως δε αυτά της απαγόρευσης σύναψης γάμου μεταξύ αδελφοποιητών διαφορετικού φύλου και μερικές φορές κληρονομικά δικαιώματα, αλλά και ηθικές υποχρεώσεις, με κυριότερη αυτή της αλληλοϋποστήριξης. Συνήθως οι αδελφοποιούμενοι είναι άρρενες, αλλά δεν είναι σπάνια η αδελφοποιία μεταξύ γυναικών ή μεταξύ ατόμων διαφορετικού φύλου. Επίσης δεν περιορίζεται αποκλειστικά μεταξύ ανθρώπων. Σε πρώτο-

* Η εργασία παρουσιάστηκε στα πλαίσια του σεμιναρίου «Δίκαιο και Λογοτεχνία», που έλαβε χώρα κατά το εαρινό εξάμηνο του ακαδημαϊκού έτους 2003 – 2004, στη Νομική Σχολή Αθηνών, υπό την εποπτεία του Καθηγητή κ. Θανάση Παπαχρίστου.

** Ο Μανόλης Ανδρουλακάκης είναι ασκούμενος δικηγόρος Ηρακλείου, μεταπτυχιακός φοιτητής Εκκλησιαστικού Δικαίου στη Νομική Σχολή Αθηνών.

1. Για το έθιμο της αδελφοποιίας βλ. Μιχαήλιδης-Νουαρος Γ., *Δίκαιον και Κοινωνική Συνείδησις*, 1972, σελ. 283 επ., Χριστοφιλόπουλος Αν., *Σχέσεις γονέων και τέκνων κατά το βυζαντινό δίκαιον*, 1946, σελ. 93 επ., Ράλλης Κ., *Περί της αδελφοποιίας κατά το κανονικόν δίκαιον της Ορθοδόξου Εκκλησίας*, Επετηρίς Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών, 1908, σελ. 293 επ.

γονους λαούς συναντάμε αδελφοποίηση με πνεύματα, ζώα, ακόμη και με δένδρα ή φυτά².

Η αδελφοποιία ανήκει στις τεχνητές μορφές συγγένειας, όπως η υιοθεσία, η κουμπαριά, η πνευματική συγγένεια εκ του βαπτίσματος κ.ά. Ουσιαστικά αποτελεί δημιουργία τεχνητού αδελφικού δεσμού. Πολλοί μελετητές τη θεωρούν ως το αρχαιότερο είδος συγγένειας³, παλαιότερο ακόμη και από την εξ αίματος συγγένεια.

Οι βασικές μορφές αδελφοποιίας είναι δύο, αυτή στην οποία γίνεται μίξη του αίματος των αδελφοποιούμενων και εκείνη όπου χρησιμοποιείται αναίμακτη τελετή ή ιεροπραξία. Πολλές φορές η δεύτερη μορφή έρχεται να επικυρώσει ή να ευλογήσει την πρώτη. Η πρώτη μορφή αδελφοποιίας, με τη χρήση αίματος, συναντάται κυρίως στους λεγόμενους πρωτόγονους λαούς. Βασίζεται στην πανάρχαια και πανανθρώπινη αντίληψη ότι το αίμα είναι ο φορέας της ψυχής του ανθρώπου⁴, άρα με την ανάμιξη του αίματος λαμβάνει κανείς μέσα του λίγο από την ψυχή του άλλου, γίνονται πλέον τα δύο όντα ένα και μοναδικό. Οι τελετές που χρησιμοποιούνται είναι οι εξής: οι συνάπτοντες αδελφοποιία χαράζουν το μικρό δάχτυλο μέχρι να ρεύσει αίμα και κατόπιν γλείφουν ο ένας το αίμα του άλλου, ενώ αλλού συναντάμε τον αλληλοραντισμό με αίμα, το άγγιγμα των πληγών εωσώτου αναμιχθεί το αίμα, την πόση του αίματός των από κοινό κύπελλο, ή τη βύθιση των χειρών και των όπλων τους σε δοχείο με το αίμα τους, πολλές φορές αναμεμιγμένο με νερό ή κρασί. Η τομή από την οποία λάμβαναν το αίμα γινόταν συνήθως στον δεξιό βραχίονα ή στη δεξιά παλάμη⁵. Η δεύτερη μορφή αδελφοποιίας είναι η αναίμακτη. Τελείται με ανταλλαγή συμβολικών δώρων, όπλων, ενδυμάτων, ονομάτων, τρώγοντας σε κοινή τράπεζα, πίνοντας ποτά, γάλα ή ύδωρ, ή ακόμη πτύνοντας ο ένας στο χέρι του άλλου ή πλέκοντας την κόμη τους. Σε πολλούς λαούς αδελφικός δεσμός δημιουργείται και τυχαία, εάν δύο βρέφη βύζαξαν από την ίδια

2. Roux J.-P., *Το αίμα, Μύθοι, σύμβολα και πραγματικότητα*, 1998, σελ. 221 επ.

3. Βλ. Μιχαήλιδης – Νουαρος Γ., *ό.π.*, σελ. 283, σημ. 2. Οι πρωτόγονοι λαοί δε μπορούσαν να αντιληφθούν τη συγγένεια που ανάγεται στο κοινό αίμα, αλλά θεωρούσαν ισχυρότερη αυτή που στηριζόταν σε μυστικιστικούς δεσμούς, οι οποίοι στα μάτια τους δε φάνταζαν διόλου τεχνητοί. Τέτοιες αντιλήψεις συναντάμε ακόμη και σήμερα σε πρωτόγονες φυλές της Αφρικής και της Ασίας.

4. Βλ. Roux J.-P., *ό.π.*, σελ. 65 επ., όπου αναφέρεται ότι στην αρχαία Ρώμη το αίμα θεωρείτο η κατοικία της ψυχής. Ανάλογη είναι και η θέση της Βίβλου (στο Λευιτικό, ιζ', 11) ότι «η γαρ ψυχή πάσης σαρκός αίμα αυτού εστι», όπως και η απαγόρευση του Δευτερονομίου (ιβ', 23) «πρόσεχε ισχυρώς του μη φαγείν αίμα, ότι το αίμα αυτού ψυχή». Ας μην ξεχνάμε εξάλλου τον κυρίαρχο ρόλο του αίματος και στη λατρευτική ζωή του Χριστιανισμού. Η ύψιστη στιγμή της λατρείας είναι η μετάληψη του σώματος και του αίματος του Κυρίου («...Πίετε εξ αυτού πάντες, τουτό εστί το αίμα μου...»). Τέλος, στην ακολουθία του γάμου, όπου έχουμε ένωση «εις σάρκα και μίαν» των δύο νυμφευόμενων, ο ιερέας τους δίδει να πιούν οίνο από κοινό ποτήριο. Δεν θα ήταν, πιστεύω, παρακινδυνευμένο να θεωρήσουμε τις πράξεις αυτές ως επιβίωση της πανάρχαιας και πανανθρώπινης αντίληψης δημιουργίας ισχυρού δεσμού μέσω της δύναμης του αίματος.

5. Είναι αναμφισβήτητος ο συμβολισμός που περιέχεται στο ρόλο του δεξιού χεριού ως προσωποποίηση του καλού και του αριστερού ως έκφραση του κακού αντίστοιχα, τόσο στην παράδοσή μας, όσο και στην κλασική γραμματεία. Βλ. π.χ. στο έργο Ίων του Ευρυπίδη, όπου το αίμα της Μέδουσας που είχε χυθεί από τη δεξιά πλευρά είχε θεραπευτικές ιδιότητες, ενώ αυτό που είχε χυθεί από την αριστερή ήταν δηλητήριο. Άλλωστε και στη Χριστιανική παράδοση η λόγχη κέντησε τον Ιησού στην δεξιά πλευρά και οι δίκαιοι στη Δευτέρα Παρουσία θα τοποθετηθούν εκ δεξιών του Κυρίου. Πρβλ. την παγκόσμια συνήθεια της επικύρωσης συμφωνιών με χειροψαφία των δεξιών χειρών. Αντίθετα, όταν ο Φάουστ δίνει το αίμα του στον Μεφιστοφελή, κάνει τομή στο αριστερό του χέρι!

τροφό⁶ ή βαπτίσθηκαν από τον ίδιο ανάδοχο⁷. Λαοί με πιο ανεπτυγμένο επίπεδο χρησιμοποιοούν την επίκληση θεϊκών ή υπερφυσικών δυνάμεων ή δίνουν όρκο με την απειλή βαρύντων συνεπειών για τον παραβάτη. Στη χριστιανική παράδοση η αδελφοποιία τελείται με την ευλογία ιερέως και τη συνοδεία όρκων και συχνά θείας μετάληψης.

Η αδελφοποιία απαντάται σχεδόν σε κάθε γωνιά της γης, απότοκο της κοινής κληρονομιάς του αίματος που ρέει στις φλέβες όλων των ανθρώπων, προκαλεί δέος και γεννά δοξασίες. Στο χώρο των Βαλκανίων τη συναντάμε, πέρα από τους Έλληνες, στους Σλάβους (probratimstvo), τους Αλβανούς (vlam), τους Τούρκους (qanqar-daschliq). Στο παρόν πόνημα θα εξετάσουμε την αδελφοποιία στον ελληνικό χώρο και ιδιαίτερα στην Κρήτη.

Στην Αρχαία Ελλάδα δεν είναι ξεκάθαρο αν υπήρχε ο θεσμός της αδελφοποιίας. Είναι εν τούτοις γνωστή στα Ομηρικά έπη η ιερότητα του θεσμού της «ξενίας», οι μετέχοντες στην οποία όφειλαν να σέβονται, να προστατεύουν και να βοηθούν αλλήλους, όπως και τα μέλη της οικογένειάς τους⁸. Στην κλασσική εποχή δεν έχουμε αναφορές στη γνήσια έννοια της αδελφοποιίας, εκτός από όρκους που δίδονται σε αίμα ζώου ή σε κοινό ποτήριο οίνου⁹.

Αν και στη Ρώμη ο θεσμός δεν πρέπει να ήταν άγνωστος, την πρώτη ρητή αναφορά συναντάμε στον Κώδικα του Ιουστινιανού¹⁰, όπου περιλαμβάνεται μία διάταξη του Διοκλητιανού, εκδοθείσα το 285 μ.Χ., η οποία απαγορεύει την αδελφοποιία και στερεί τους τυχόν αδελφοποιητούς από κληρονομικά δικαιώματα, πράγμα που δείχνει ότι ίσως οι αδελφοποιητοί συμμετείχαν εθιμικά στην κληρονομική διαδοχή. Η αδελφοποιία, με το χαρακτήρα της δημιουργίας «μαγικού» συγγενικού δεσμού, φαίνεται να έχει ευρεία διάδοση στο Βυζάντιο. Το βυζαντινό δίκαιο την αποδοκίμασε έντονα και τη χαρακτήρισε άκυρη, χωρίς δηλαδή έννομη συνέπεια. Διατάξεις που αποδοκιμάζουν την αδελφοποιία συναντάμε, εκτός από τα Βασιλικά και σε άλλες πηγές του βυζαντινού δικαίου¹¹. Η αδελφοποιία αποδοκιμάζεται για λαϊκούς, κληρικούς και πολύ

6. Η γνωστή συγγένεια των ομογάλακτων βρεφών, που διατηρείται ακόμη και σήμερα σε ισλαμικούς λαούς και συνεπάγεται όχι μόνο αμοιβαία βοήθεια αλλά και κώλυμα γάμου. Συναφές έθιμο η υιοθεσία με το άγγιγμα του υιοθετούμενου στο μαστό της θετής μητέρας. Πρβλ. την υιοθεσία του Ηρακλή από την Ήρα (Διόδωρος IV, 39).

7. Η πνευματική αυτή συγγένεια είχε ως αποτέλεσμα τον εθιμικό εκκλησιαστικό κανόνα να βαπτίζει ο ανάδοχος βρέφη με το αυτό πάντοτε φύλο, ώστε να μην υπάρξει αργότερα κίνδυνος επιγαμίας. Αποτέλεσμα αυτής της αντίληψης ήταν η δημιουργία κωλύματος γάμου μεταξύ ατόμων διαφορετικού φύλου με κοινό ανάδοχο. Τα άτομα με κοινό ανάδοχο ονομάζονται ακόμα και σήμερα στην Κρήτη «συναδερφοί».

8. Βλ. Ομήρου *Οδύσσεια*, θ' 546 και ι' 270, όπως και Ομήρου *Ιλιάδα*, Ζ', 120-236.

9. Βλ. την τραγωδία *Επτά επί Θήβας* του Αισχύλου, όπου οι επτά Αργείοι λοχαγοί ορκίζονται να καταστρέψουν τη Θήβα βάζοντας τα χέρια τους σε αίμα ταύρου και τη *Λυσιστράτη* του Αριστοφάνη, όπου οι γυναίκες ορκίζονται ακουμπώντας σε κύπελλο με κρασί. Ακόμη ο Υπερείδης αναφέρει ότι οι Ιωνικές πόλεις σύνηπταν συμμαχίες με την ανάμειξη οίνου, μία πρόωμη μορφή διεθνούς δικαίου.

10. Cod. J. VI, 24, 7 : «Μηδέ παρά ξένοις τοις έξω Ρώμης οίκουσι, διά θέσεως αδελφότης συνιστάσθω. Καν τις ως αδελφός προσληφθείς κληρονόμος γραφή εκπιπτέτω της κληρονομιάς. Καί ότι ούκ εξεσι τινη εις θέσιν λαμβάνειν εαυτώ αδελφόν. Ει δέ προσληφθή κληρονόμος, εκπίπτει».

11. Βλ. *Βασιλικά* 35.13.17, Αρμενόπουλου *Εξάβιβλος*, IV.8.7 και V.8.92, *Αποφάσεις του αρχιεπισκόπου Βουλγαρίας* Δημητρίου Χωματιανού (σε Ράλλης Γ. – Πόλτης Μ., *Σύνταγμα θείων και ιερών κανόνων*, τ. Ε', Αθήναι, 1966, σελ. 426), *Σύνταγμα* Ματθαίου Βλασταρη (στο αυτό, σελ. 126), Πέτρο Χαροφύλακα (στο αυτό, σελ. 370), Νικηφόρο Χαροφύλακα (στο αυτό, σελ. 400).

περισσότερο για τους μοναχούς. Σε σειρά μοναστηριακών τυπικών απαγορεύεται επίσης η αδελφοποιία, αλλά και η συντεκνία, στους μοναχούς¹². Το πλήθος των απαγορεύσεων, οι ιστορικές αναφορές σε αδελφοποιήσεις αυτοκρατόρων¹³, αλλά και η ύπαρξη ειδικής ακολουθίας, για την ιερολογία της αδελφοποιίας, η οποία διεσώθη στο Ευχολόγιο του Goar, φανερώνουν την απήχηση που είχε ο θεσμός αυτός σε όλα τα κοινωνικά στρώματα. Στο Βυζάντιο η αδελφοποιία δε φαίνεται να είχε έννομα αποτελέσματα, πλην του κωλύματος γάμου των αδελφοποιητών και των αμέσως κατιόντων τους, όπως και του κωλύματος γάμου ενός αδελφοποιητού και της χήρας του άλλου¹⁴. Πουθενά δεν αναφέρεται οικογενειακή κοινοκτημοσύνη ή κληρονομικό δικαίωμα ως επακόλουθο αδελφοποίησης.

Κατά τη διάρκεια της Τουρκοκρατίας, αλλά και μετά την απελευθέρωση, ο θεσμός της αδελφοποιίας δεν έχασε την ισχύ του. Αυτό το διαπιστώνουμε από την απόφαση της πατριαρχικής συνόδου Κωνσταντινούπολης (1685)¹⁵ για τη λύση του γάμου αδελφοποιητών, από το Πατριαρχικό Επιτίμιο κατά της αδελφοποιίας (18ος αι.)¹⁶, από το Πατριαρχικό και Συνοδικό γράμμα του Σωφρονίου του Γ' προς Κλήρον και χριστιανούς της Κρήτης κατά της αδελφοποιίας (1865), κ.α. Οι Φιλικοί χρησιμοποιούσαν τον όρο αδελφοποιτός για τον πρώτο βαθμό των μυούμενων εταίρων. Η ευρεία διάδοση της αδελφοποιίας κατά την περίοδο της Τουρκοκρατίας, παρά τις τόσες απαγορεύσεις από την πλευρά της Εκκλησίας, μπορεί να ερμηνευθεί ως μέσο ενίσχυσης του αγώνα για εθνική ανεξαρτησία. Εντούτοις, κατά την περίοδο της Επανάστασης αναφέρονται ακόμα και αδελφοποιήσεις οπλαρχηγών με μουσουλμάνους, όπως αυτές του Κολοκοτρώνη με τον Αλή Φαρμάκη και του καπετάν Ανδρούτσου, πατέρα του Οδυσσέα, με τον Αλή Πασά τον Τεπελενλή. Αμέσως μετά την απελευθέρωση ο Ι. Καποδίστριας εξέδωσε διαταγή απαγορεύσεως των μυστικών εταιριών και των αδελφοποιήσεων. Επίσης η Ιερά Σύνοδος της Εκκλησίας της Ελλάδος εξέδωσε τρεις εγκυκλίους (1856-1863)¹⁸ με όμοιο περιεχόμενο. Παρά ταύτα η συνήθεια διατηρήθηκε ζωντανή, όπως φαίνεται από την αναφορά που κάνει σε αυτή το ερωτηματολόγιο εθιμικού δικαίου που εξέδωσε η Αντιβασιλεία (1834). Και στη νεότερη εποχή η αδελφοποιία, πέραν του ισχυρού δεσμού φιλίας και αγάπης, δε φαίνεται να είχε έννομες συνέπειες, πλην

12. Βλ. Κονιδάκης Ι., *Νομική θεώρηση των μοναστηριακών τυπικών*, 1984, σελ. 142 επ.

13. Αδελφοποιίες είχαν συνάψει οι αυτοκράτορες Βασίλειος Α' ο Μακεδών, Λέων ο Στ', Μιχαήλ Ψελλός κ.ά.

14. Βλ. *Απόκριση Μητροπολίτου Σταυρουπόλεως και Προέδρου Κρήτης Προδρόμου*, Εκκλησιαστική Αλήθεια, (36) 1916, σελ. 18.

15. Βλ. *Πράξεις παλαιών Πατριαρχικών Δικαστηρίων*, Εκκλησιαστική Αλήθεια, (36) 1916, σελ. 142, όπου σχολιάζεται αρνητικά η ακύρωση γάμου από την Πατριαρχική Σύνοδο, με πρόσχημα την υφιστάμενη αδελφοποιία μεταξύ των συζύγων, ώστε να καταφέρει κατόπιν ο άνδρας να τελέσει κανονικώς τέταρτο γάμο.

16. Αμαντος Κ., *Επιτίμιον κατά της αδελφοποιίας*, Επιθεώρηση Εταιρείας Βυζαντινών Σπουδών, Δ', 1927, σελ. 280, όπου η αδελφοποιία χαρακτηρίζεται ανόητη μίμηση της υιοθεσίας και αναγνωρίζεται μόνο η πνευματική συγγένεια που ενώνει όλους τους χριστιανούς, λόγω του βαπτίσματος. Απειλείται δε και αφορισμός των τελούντων αδελφοποιία (λαϊκών και κληρικών), όπως και ποινή αργίας για τους κληρικούς.

17. Βλ. Λάππας Τ., *Η αδελφοποιία στην τουρκοκρατία*, Νέα Εστία, (57) 1955, σελ. 357.

18. Βλ. Αποφάσεις Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος, αρ. 5794, 9706, 278 σε Γιαννόπουλος ΣΤ., *Συλλογή των εγκυκλίων της Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος*, Αθήναι, 1901, σελ. 252, 466-499.

του κωλύματος γάμου μεταξύ των αδελφοποιτών και των άμεσων συγγενών τους.

Εύλογο ενδιαφέρον προκαλεί η αρνητική στάση που διατήρησε η Εκκλησία έναντι της αδελφοποιίας, από τη βυζαντινή εποχή έως και την εξάλειψη του εθίμου, στα τέλη του 19ου αιώνα. Είδαμε παραπάνω ότι η άρνηση της Εκκλησίας δεν ήταν απλώς σε θεωρητικό ή δογματικό επίπεδο, αλλά συχνά εξέδιδε επιτίμια με την απειλή βαρύντων κυρώσεων, όπως ο αφορισμός των λαϊκών και η αργία των κληρικών που συμμετείχαν σε αδελφοποιήσεις. Μία πρώτη ερμηνεία θα μπορούσε να είναι η καχυποψία της Εκκλησίας για τις «μαγικές» τελετές που λάμβαναν χώρα κατά την τέλεση της αδελφοποιίας. Εξάλλου, οι μέθοδοι τέλεσης αδελφοποιίας με την ανάμιξη ή και την πόση ανθρώπινου αίματος, θα ήταν δύσκολο να διακριθούν από μυστικιστικές λατρείες, τις οποίες βέβαια αντιμαχόταν η Εκκλησία. Ακόμη κι αν πολλές φορές συμμετείχε σε αυτή ιερέας, η αδελφοποιία δεν έπαυε, να είναι κάτι εκτός της ορθόδοξης δογματικής διδασκαλίας, πιθανόν δε η Εκκλησία να έβλεπε σ’ αυτήν το ενδεχόμενο δημιουργίας κλειστών ομάδων αδελφοποιητών χριστιανών, που θα μπορούσαν με τον καιρό να οδηγήσουν στη δημιουργία αιρέσεων. Τέλος, ένα άλλο ισχυρό ενδεχόμενο, ιδιαίτερα κατά τα χρόνια της Τουρκοκρατίας, είναι να δεχόταν το Πατριαρχείο Κωνσταντινουπόλεως πιέσεις από την Υψηλή Πύλη για την έκδοση καταδικαστικών προς την αδελφοποιία επιτιμίων, με σκοπό την αντιμετώπιση των «ανταρτών» αδερφοποιητών, των επαναστατικών δηλαδή ομάδων που συγκροτούνταν διαμέσου των αδελφοποιήσεων. Αλλά και η Πολιτεία, από την απαγορευτική διάταξη του Ιουστινιάνειου Κώδικα έως και την απαγόρευση του Καποδίστρια, δεν αντιμετώπισε θετικά την αδελφοποιία, ίσως για να αποτρέψει τη δημιουργία μυστικών ανατρεπτικών ομάδων, που θα διεκδικούσαν κάποια στιγμή την εξουσία ή για να προστατεύσει την κληρονομική διαδοχή από εκτροπές ξένες προς το ρωμαϊκό δίκαιο.

II. Η αδελφοποιία στην Κρήτη

Στο σημείο αυτό θα επικεντρωθούμε στην εξέταση του εθίμου της αδελφοποιίας στην Κρήτη¹⁹, για να δούμε στη συνέχεια κατά πόσον η αναφορά στον «Καπετάν Μιχάλη» έχει στοιχεία ιστορικής ακρίβειας ή κινείται στον χώρο της μυθοπλασίας. Στην Κρήτη συναντούμε την αδελφοποιία με τους όρους “αδερφοσύνη” ή “αδερφωσά”, και οι αδελφοποιούμενοι ονομάζονται αδερφοχτοί.

Ως προς τις μορφές τέλεσης αδελφοποιίας, συναντάμε στην Κρήτη τόσο τη χρήση αίματος, όσο και την ιερολογία. Η κοινωνία αίματος, που συναντάται κυρίως σε τραχείς ορεινούς πληθυσμούς, γινόταν με χάραγμα στο βραχίονα ή το μικρό δάχτυλο του χεριού, συγκέντρωση του αίματος σε κοινό δοχείο, ανακάτεμα με μαχαίρια²⁰ και κατόπιν πόση του αίματος. Στην Κρήτη συναντάμε και την αδελφοποιία με ιερολογία, η

19. Βλ. Δετοράκης Θ., *Η αδελφοποιία στην Κρήτη*, Κρητολογία, VII, 1978, σελ.11 επ.

20. Η βαφή των μαχαιριών με αίμα πιθανότατα υποδηλώνει μία απειλή για αυτόν που θα παραβεί τον ιερό δεσμό που δημιουργείται, βλ. ROUX J. – P., *ό.π.*, σελ. 219.

οποία φαίνεται να ήταν και η πλέον συνηθισμένη. Η τελετή δεν διέφερε από τη συνηθισμένη στην υπόλοιπη Ελλάδα. Οι αδελφοποιούμενοι σχημάτιζαν κύκλο γύρω από τον ιερέα, κρατούσαν ο καθένας μαντήλι δεμένο στο περιζώνιο του ιερέα και άκουγαν τις ιερές ευχές και τον όρκο, τον οποίο επαναλάμβαναν. Μετά προσκυνούσαν το σταυρό και το ιερό ευαγγέλιο και αντάλλαζαν ασπασμούς²¹. Σε ομαδικές αδελφοποιήσεις, κατά τη διάρκεια επαναστάσεων, η τελετή γινόταν απλώς με την ανάγνωση των ευχών από τον ιερέα. Εμφανίζεται ακόμη το έθιμο να παρίσταται στην τελετή και κόρη, η οποία ονομαζόταν κι αυτή αδερφοχή, την οποία οι άρρενες αδερφοχτοί είχαν υποχρέωση να προστατεύουν και να αποκαταστήσουν. Αναφορές στην αδελφοποιία στην Κρήτη συναντάμε τόσο σε λογοτεχνικά κείμενα²², όσο και σε έργα ξένων περιηγητών²³. Κατά τη διάρκεια της τουρκοκρατίας η αδελφοποιία γνώρισε ιδιαίτερη διάδοση μεταξύ των Χαϊνηδων, επαναστατικών ομάδων αντίστοιχων με τους κλέφτες της λοιπής Ελλάδας. Οι Χαϊνηδες ήταν κατά κανόνα αδερφοχτοί, προκειμένου να έχουν ασφαλείς δεσμούς ως στηρίγματα στις δύσκολες εκείνες συνθήκες. Μετά το 1850, την εποχή των μεγάλων επαναστάσεων που οδήγησαν στην απελευθέρωση της Κρήτης, συναντάμε και τη μεγαλύτερη άνθηση της αδελφοποιίας. Η Υψηλή Πύλη, που διείδε τον επαναστατικό χαρακτήρα που είχε λάβει το έθιμο, πίεζε το Πατριαρχείο, το οποίο το 1865 εξέδωσε αυστηρό επιτίμιο κατά της αδελφοποιίας στην Κρήτη²⁴, απειλώντας με κυρώσεις όσους δεν συμμορφώνονταν. Υπάρχει επίσης γράμμα του Πατριάρχου Ιωακείμ (1877), το οποίο επιτιμά τους αδελφοποιούμενους και αναφέρει την απειλή που συνιστούν τέτοιες ομάδες για την Υψηλή Πύλη²⁵. Μετά την επανάσταση του 1878 αναφέρονται οργανώσεις αδερφοχτών σε ολόκληρη την Κρήτη, ενάντια στις αποφάσεις του Συνεδρίου του Βερολίνου, που αναγνώριζε την τουρκική κυριαρχία στο νησί²⁶. Τέλος, μετά την απελευθέρωση της Κρήτης, αναφέρεται μία περίπτωση αδελφοποιίας με κοινωνία αίματος μεταξύ δύο Κρητών στρατιωτών, κατά τη διάρκεια της Μικρασιατικής Εκστρατείας, σε στιγμή μεγάλου κινδύνου²⁷. Επίσης αναφέρεται και μία ιδιότυπη αδελφοποιία στα 1930, στη μονή της Παναγίας της Θυμιανής στα Σφακιά, όπου οι βοσκοί της περιοχής τέλεσαν αδελφοποιία με όρκο για 4 χρόνια, ώστε να

21. Βλ. Κριαρής Π., *Ιστορία της Κρήτης*, Β', 1931, σελ. 9.

22. Ήδη από τον 15ο αιώνα στο «Περί ξενιτείας» και στο στιχούργημα «Διήγησις παιδιόφραστος των τετραπόδων ζώων», που και τα δύο θεωρούνται έργα κρητικά. Στον «Ερωτόκριτο» του Βιτσέντζου Κορνάρου συναντάμε συχνά την προσφώνηση «αδέρφι», αλλά δεν γίνεται κανένας υπαινιγμός για αδελφοποίηση.

23. Ο Γάλλος περιηγητής Tournefort, που ήρθε στην Κρήτη το 1699, ονομάζει τους αδελφοποιημένους επαναστάτες "faux frères" (βλ. Δετοράκης, *ό.π.*, σελ. 142). Επίσης ο Άγγλος περιηγητής Pashley αναφέρει το έθιμο ως πολύ συνηθισμένο και ιδιαίτερα στα Σφακιά το 1821 (Pashley R., *Ταξίδια στην Κρήτη*, τ. 2, Ηράκλειο, 1991, σελ. 178). Κατέγραψε μάλιστα και την παροιμία «Καλύτεροι οι αδελφοί της Εκκλησίας, παρά οι αδελφοί της κοιλίας». Ο Bourquelot, το 1861, αναφέρει αδελφοποιήσεις των νέων της εποχής με κοινωνία αίματος (βλ. Δετοράκης, *ό.π.*, σελ. 134).

24. Βλ. Φανουράκης Ευμένιος, *Ανέκδοτα εκκλησιαστικά έγγραφα*, Κρητικά χρονικά, (Β') 1948, σελ. 466.

25. Βλ. Αμαντός Κ., *ό.π.*, σελ. 284.

26. Βλ. Ματζαπετάκης Στ., *Συμβολή εις την Ιστορίαν της Κρήτης κατά την επανάστασιν του 1878*, 1904, σελ. 8.

27. Βλ. Δετοράκης Θ., *ό.π.*, σελ. 150.

περιορισθεί η ζωοκλοπή μεταξύ τους²⁸. Πάντως ήδη στις αρχές του 20ου αιώνα, όταν η Κρήτη ήταν πλέον ελεύθερη, το έθιμο της αδελφοποιίας δείχνει να έχει εκφυλισθεί. Αντικαθίσταται από τις «συντεχνίες», που δημιουργούσαν κι αυτές ισχυρό δεσμό φιλίας και αλληλοϋποστήριξης.

III. Η αδελφοποιία στον «Καπετάν Μιχάλη» και η προέλευσή της

Γεννάται λοιπόν το ερώτημα εάν ο Καζαντζάκης ενσωματώνει στον «Καπετάν Μιχάλη» ένα εθιμικό νόμο που είχε ίσως γνωρίσει ή ακούσει στην Κρήτη της παιδικής του ηλικίας ή απλώς δημιουργεί, «ποιητική αδεία», κάτι άγνωστο την εποχή εκείνη, στοχεύοντας να κάνει ακόμη πιο δραματική τη σχέση ανάμεσα στους δύο ήρωες.

Όπως είδαμε αμέσως παραπάνω, το έθιμο της αδελφοποιίας, αν και φαίνεται να έχει πανάρχαιες ρίζες, γνώρισε ιδιαίτερη εξάπλωση στο Βυζάντιο, ως επί το πλείστον κατά τη μεταϊουστινιάνειο περίοδο²⁹. Ο Νίκος Καζαντζάκης είχε επαφή με τη βυζαντινή φιλολογία³⁰ και μάλιστα τη χρησιμοποιούσε συχνά ως πηγή έμπνευσής του³¹. Άλλωστε είχε συγγράψει και τραγωδίες με ιστορικό υπόβαθρο στους βυζαντινούς χρόνους, όπως ο «Νικηφόρος Φωκάς», ο «Κωνσταντίνος Παλαιολόγος» και ο «Ιουλιανός ο Παραβάτης», για τις οποίες ο ίδιος ομολογεί³² ότι άντλησε στοιχεία από βυζαντινούς χρονογράφους και ιστορικούς, Πατέρες της Εκκλησίας, φιλολογικά έργα της εποχής της άλωσης κ.ά. Φαίνεται λοιπόν αρκετά πιθανό ο Καζαντζάκης να είχε συναντήσει στη μελέτη του και αναφορές στην αδελφοποιία. Ας μη λησμονούμε άλλωστε ότι είχε αποφοιτήσει από τη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών και οπωσδήποτε θα είχε διαβάσει για την αδελφοποιία στα συγγράμματα του Ρωμαϊκού Δικαίου.

Πέρα όμως από αυτές τις έμμεσες πληροφορίες, δεν αποκλείεται ο Καζαντζάκης να είχε ακούσει για αδελφοποιήσεις στην Κρήτη των παιδικών του χρόνων. Άλλωστε ολόκληρος ο «Καπετάν Μιχάλης» περιλαμβάνει ένα απάνθισμα εθίμων και λαϊκών δοξασιών της καθημερινής ζωής που βίωσε ο συγγραφέας στο Μεγάλο Κάστρο, στα τέλη του 19ου αιώνα³³. Όπως είδαμε και παραπάνω, η αδελφοποιία γνώρισε, το δεύτερο μισό του αυτού αιώνα, τη μεγαλύτερη άνθησή της στην Κρήτη. Οι αδελφοποιήσεις ήταν ευρέως διαδεδομένες μεταξύ των επαναστατών, ιδιαίτερα την περίοδο πριν την επανάσταση του 1893. Ο Καζαντζάκης προφανώς ήξερε αυτές τις ομάδες αδελ-

28. Δρακάκης Μ., *Η Θυμινή Παναγία των Σφακιών*, Κρητική Εστία, Θ', 1957, τ. 69, σελ. 8-9. Ο όρκος τηρήθηκε τόσο πιστά, ώστε στα 4 χρόνια που ακολούθησαν δεν σημειώθηκε ούτε μία περίπτωση ζωοκλοπής.

29. Βλ. Πετρόπουλος Γ., *Ιστορία και εισηγήσεις του ρωμαϊκού δικαίου*, Β', 1944, σελ. 1148.

30. Βλ. Ματσούκας Ν., *Η ελληνική παράδοση στο Νίκο Καζαντζάκη*, 1988, σελ. 48.

31. Βλ. Δετοράκης Θ., *Ο Καζαντζάκης και το Βυζάντιο*, Παλίμψηστον, (4) 1987, σελ. 183 επ.

32. Σε γράμματα προς τον Π. Πρεβελάκη, βλ. *Τετρακόσια γράμματα του Καζαντζάκη στον Πρεβελάκη*, Αθήνα, 1984, σελ. 266.

33. Βλ. Κορρές Κ., *Ο λαογραφικός πλούτος στα Κρητικά έργα του Ν. Καζαντζάκη*, Ν. Εστία, (PB') 1977, σελ. 165.

φοποιητών και θέλησε να χρησιμοποιήσει το σχήμα ανεστραμμένο στο έργο του. Αποθησαύρισε στο έργο του το έθιμο και το χρησιμοποίησε ως μέσο για να ενώσει το πλέον αγεφύρωτο χάσμα, τις ζωές ενός χριστιανού κι ενός Τούρκου αγωνιστή στην επαναστατημένη Κρήτη. Μία ένωση που ξεπερνά τις εθνικές ή θρησκευτικές διαχωριστικές γραμμές και αποτελεί μία νίκη της ανθρώπινης βούλησης απέναντι στο μίσος και τις διαφορές που χώριζαν τους δύο ήρωες.

Η αδελφοποίηση των ηρώων του Καζαντζάκη γίνεται με αιματηρή τελετή. Ανοίγουν με τα μαχαίρια τους τη φλέβα του δεξιού τους χεριού, μαζεύουν το αίμα σ' ένα τάσι, το ανακατεύουν με τα μαχαίρια τους πάλι και στη συνέχεια το πίνουν, δίνοντας ταυτόχρονα όρκους αιώνιας φιλίας στο θεό που καθένας πιστεύει. Στη συνέχεια τρώνε και κοιμούνται μαζί. Όπως είδαμε παραπάνω, η αδελφοποιία με χρήση αίματος δεν είναι ξένη στην Κρήτη, ιδιαίτερα σε ορεινούς και τραχείς πληθυσμούς. Η επίκληση θεϊκών δυνάμεων, το χάραγμα του δεξιού βραχίονα, η συγκέντρωση του αίματος σε κοινό τάσι και το ανακάτωμα με μαχαίρια, όπως και η κοινή τράπεζα, αποτελούν χαρακτηριστικά που είναι κοινά από την αρχαιότητα σε όλους σχεδόν τους λαούς που τελούν αιματηρές αδελφοποιήσεις. Ενδιαφέρον στοιχείο στην τελετή αδελφοποίησης που παρουσιάζεται στον «Καπετάν Μιχάλη», αποτελεί ο όρκος που ανταλλάσσουν οι δύο ήρωες, ένας όρκος παντοτινής φιλίας και ειρήνης, που ομοίός του δεν παραδίδεται από κάποια άλλη πηγή.

Τον παραθέτω αυτούσιο:

Νουρήμπεης: «Πίνω στην υγεία σου, καπετάν Μιχάλη, αδερφοχτέ! Όρκο παίρνω ναι, μα το Μουχαμέτη, δε θα σε πειράξω ποτέ μου· μήτε με λόγο, μήτε με πράξη· μήτε στον πόλεμο, μήτε στην καλοσύνη. Τίμια, παλικαρίσια, μπέσα για μπέσα! Έχω Ρωμιοὺς μπόλικους, έχεις και συ Τούρκους μπόλικους, βγάλε το άχτι σου!»

Καπετάν Μιχάλης: «Πίνω στην υγεία σου, Νουρήμπεη, αδερφοχτέ! Όρκο παίρνω ναι, μα το Χριστό, δε θα σε πειράξω ποτέ μου· μήτε με λόγο, μήτε με πράξη· μήτε στον πόλεμο, μήτε στην καλοσύνη. Τίμια, παλικαρίσια, μπέσα για μπέσα! Έχω Τούρκους μπόλικους, έχεις και συ χριστιανούς μπόλικους, βγάλε το άχτι σου!»

Ο όρκος αυτός θα μπορούσε να θεωρηθεί λογοτεχνικό εφεύρημα. Έχει όμως, αξιολογούμενες ομοιότητες με έναν άλλο όρκο, πολύ παλαιότερο. Μοιάζει με τον όρκο ανανέωσης της «ξενίας» που έδωσε ο Διομήδης στον Γλαύκο, στο Ζ' κεφάλαιο της Ιλιάδας του Ομήρου (Ζ', στιχ. 224-229), όταν, όντας εχθροί, συναντήθηκαν στο πεδίο της μάχης.

Τον παραθέτω και αυτόν αυτούσιο:

Διομήδης: «Λοιπόν μες στο Άργος καλοπρόσδεχτος θα μού 'σαι ξένος πάντα, κι εγώ δικός σου, αν έρθω κάποτε στον Λυκιοτών τη χώρα. Κι όταν ακόμα ανάβει ο πόλεμος, ας κρατηθούμε αλάργα· πολλοί 'ναι οι Τρώες, πολλοί οι σύμμαχοί τους, για να

ἔχω να σκοτώνω ὅποιον μου ρίξει ο θεός στα χέρια μου για τρέχοντας τον φτάσω. Κι έχεις και συ Αχαιούς, αν δύνεσαι, πολλούς να ρίξεις κάτω.»³⁴

(Μετάφραση Ν. Καζαντζάκη – Ι. Κακριδῆ)

Παρατηρούμε τις ομοιότητες ανάμεσα στον ομηρικό ὄρκο και τον ὄρκο που χρησιμοποιεῖ ο Καζαντζάκης. Και στις δύο περιπτώσεις οι ἥρωες ορκίζονται φιλία σε ειρηνικές περιόδους και αποφυγή σύγκρουσης σε περίπτωση πολέμου. Μάλιστα και στους δύο ὄρκους αναφέρεται ὅτι υπάρχουν πολλοί ἄλλοι ἀπὸ το ἀντίπαλο στρατόπεδο για να πεθάνουν, ἄρα δεν υπάρχει λόγος να συγκρουστούν οι ἴδιοι μεταξύ τους. Η ομοιότητα αὐτή δε μπορεί να εἶναι τυχαία. Ο Καζαντζάκης, μαζί με τον Ι. Κακριδῆ, δούλευαν τη μετάφραση της *Ιλιάδας* ἤδη ἀπὸ το 1942³⁵ και την τελείωσαν πριν το 1949, χρονιά κατὰ την οποία ο Καζαντζάκης ἄρχισε να γράφει τον «*Καπετάν Μιχάλη*». Οπότε ο συγγραφέας εἶχε ἤδη ἐρθεῖ σε επαφή με το συγκεκριμένο κομμάτι της *Ιλιάδας* και εἶναι πολὺ πιθανόν να ἐμπνεύσθηκε ἀπὸ ἐκεῖ ὄχι μόνο τον ὄρκο που θα ἔβαζε στο στόμα του Νουρήμπεη και του Καπετάν Μιχάλη, ἀλλὰ και γενικότερα την ιδέα της ιερῆς ἑνώσεως δύο ἀνθρώπων, που ἀνήκαν σε ἀντίπαλα στρατόπεδα. Ἀλλωστε ο Καζαντζάκης στον «*Καπετάν Μιχάλη*» γράφει με ἐπικό τρόπο, θέλοντας να δώσει ὄχι μόνο βιογραφίες ἡρώων, ἀλλὰ και να υμνήσει ἀνθρώπους καθημερινούς, που ἔφτασαν σε μια ἀνώτερη συμπεριφορά. Η ἀτμόσφαιρα που διαμορφώνει ο Καζαντζάκης στον «*Καπετάν Μιχάλη*», ὅπως και στην *Ιλιάδα*, δεν εἶναι μονοδιάστατα πολεμική, ἀλλὰ πολυδιάστατα ἀνθρώπινη, μέσα στην οποία συναδελφώνονται ἐχθροὶ και φίλοι, πέρα ἀπὸ ἐξάρσεις ἐθνικισμοῦ³⁶.

Ἴσως λοιπὸν ο Καζαντζάκης να ἀντλήσε ἀπὸ τον Ὅμηρο την ιδέα της συναδέλφωσης και να βρῆκε το ιδανικό μέσο για να ἐνώσει τους ἥρωές του στο ἔθιμο της ἀδελφοποιίας. Ἐνα ἔθιμο που ἴσως ξενίζει τον σύγχρονο νομικό, ἀλλὰ παρέμεινε ζωντανό για πολλοὺς αἰῶνες στον ἐλληνικό χώρο, ἐπισφραγίζοντας με τη δημιουργία συγγένειας τον ιερὸ δεσμό της φιλίας.



34. Ομήρου *Ιλιάδα*, Ζ', στιχ. 224 – 229, μετάφραση Ν. Καζαντζάκη – Ι. Κακριδῆ.

35. Βλ. Κακριδῆς Ι., *Ανάλυση της μεταφραστικῆς προσπάθειας της Ιλιάδας και της Οδύσσειας*, Νέα Εστία, (ΞΣΤ') 1959, σελ. 115 ἐπ.

36. Βλ. Μερακλῆς Μ., *Η παράξενη ρωμοσύνη του Καζαντζάκη*, Νέα Εστία, (PB') 1977, σελ. 81.

ΓΡΑΦΟΛΟΓΙΚΗ ΠΡΑΓΜΑΤΟΓΝΩΜΟΣΥΝΗ ΣΕ ΜΗ ΠΡΩΤΟΤΥΠΑ ΕΓΓΡΑΦΑ

Μιχαήλ Περτσινάκη*

Νομολογιακή και βιβλιογραφική προσέγγιση

1.1. Με σκοπό την τεκμηρίωση της θέσης μου, θα παρουσιαστεί μία σειρά από γραφήματα¹. Κατά τη διάρκεια της εξέτασής τους, θα ήταν χρήσιμο ο αναγνώστης να έχει υπόψη του πως ο σκοπός του πλαστογράφου, βάσει του άρθρου 216 του Ποινικού Κώδικα, είναι "...να παραπλανήσει με τη χρήση του άλλου...". Το μέσο της παραπλάνησης βάσει του ίδιου άρθρου είναι η κατάρτιση πλαστού ή η νόθευση (εννοείται γνησί-ου) εγγράφου. Συνεπώς, το έγγραφο αποτελεί το υλικό αντικείμενο της πλαστογραφίας και έχει ως προσδιοριστικό όρο της έννοιάς του πως προορίζεται ή εν πάσει περιπτώσει είναι πρόσφορο να αποδείξει γεγονός με έννομη σημασία².

Θέτοντας πλέον την νομική έννοια του εγγράφου, όπως παρουσιάζεται στο άρθρο 13 περ. γ' Π.Κ., στα πλαίσια μίας γραφολογικής πραγματογνωμοσύνης, θα εξετάσουμε αποκλειστικά το πρώτο εδάφιο και συγκεκριμένα το παρακάτω χωρίο: "...έγγραφο είναι κάθε γραπτό...".

1.2. Τα γραφήματα Α' και Β' αποτελούν φωτοαντίγραφα ενός πρωτότυπου κειμένου. Και τα δύο αποτελούν πλαστά έγγραφα, τα οποία κατασκευάστηκαν για τις ανάγκες του παρόντος. Στην περίπτωση του Α' Γραφήματος μία γνήσια υπογραφή αποκόπηκε από το γνήσιο έγγραφο στο οποίο περιλαμβανόταν και προστέθηκε σε ένα πολυγραφημένο έγγραφο. Κατόπιν φωτοτυπήθηκε για να απαλειφθούν τα ίχνη αποκοπής και ένωσής της με το πολυγραφημένο έγγραφο.

Το Β' Γράφημα αποτελεί προσπάθεια αντιγραφής πρωτότυπης γραφής και υπογραφής με τη χρήση carbon από τον πλαστογράφο. Το έγγραφο κατόπιν φωτοτυπήθηκε, ώστε να μην διακρίνεται η μεγάλη πίεση, η αργή ταχύτητα, οι μεταμφιεσμένες συνδέσεις και τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα του γραφικού μέσου³.

*Ο Μιχαήλ Περτσινάκης, είναι δικηγόρος Ηρακλείου, Δικαστικός Γραφολόγος.

1. Τα γραφήματα παρουσιάζονται στο τέλος του κειμένου στο αντίστοιχο παράρτημα.

2. Ο Α.Κ. Κονταξής στο *Ποινικός Κώδικας [Συνδυασμός Θεωρίας και Πράξης]*, Τόμος Α', εκδ. Αφοι Π. Σάκουλα, Αθήνα, σελ 1335, παρουσιάζει περιπτώσεις κατά τις οποίες κοινώς νοούμενα έγγραφα δεν είναι έγγραφα κατά την έννοια του άρθρου 13 περ γ' εδ. α', δηλ. πρόσφορα να αποδείξουν γεγονός που να έχει έννομη σημασία και να μπορούν συνεπώς να αποτελέσουν αντικείμενο πλαστογραφίας, παραπέμπει δε και σε σχετική βιβλιογραφία.

3. Bekedorf & Hecker, «Grundlagen und Probleme der Begutachtung von Nicht-Originalen», στο *Grundlagen, Methoden und Ergebnisse der forensischen Schriftuntersuchung*, Conrad & Stier, Hrg, 1989, σελ. 264.

Τα παραπάνω παραδείγματα φέρουν δύο κοινά χαρακτηριστικά. Το πρώτο είναι πως η φωτοαντιγραφή του εγγράφου αποτελεί συστατικό στοιχείο του *modus operandi* του θεωρητικού πλαστογράφου. Το δεύτερο είναι πως ο δικαστικός γραφολόγος, ο οποίος θα κληθεί να τα εξετάσει και να καταλήξει «εργαζόμενος βάσει των τελευταίων εξελίξεων της επιστήμης και των διδαγμάτων της τεχνικής, με την χρησιμοποίηση τεχνολογίας αιχμής και με πλήρη αμεροληψία και αντικειμενικότητα»⁴, οφείλει, για να είναι συνεπής στη μεθοδολογία, να μην βγάζει σε οποιοδήποτε οριστικό συμπέρασμα για τη φύση του εγγράφου και ειδικότερα για το αν το έγγραφο είναι γνήσιο ή πλαστό⁵. Τίθεται συνεπώς το ζήτημα της γραφολογικής πραγματογνωμοσύνης από μη πρωτότυπο έγγραφο, κατά πόσο δηλ. αυτή είναι δυνατή, και αν είναι, σε ποιο βαθμό και με ποιές επιφυλάξεις.

2. Νομολογιακή εξέταση του ζητήματος.

2.1. Το ζήτημα του κατά πόσο το μη πρωτότυπο έγγραφο αποτελεί νομικά νοούμενο έγγραφο βρίσκεται ακόμα υπό επεξεργασία στη γερμανική νομολογία. Ο γερμανικός Ποινικός Κώδικας δεν περιέχει ορισμό για το έγγραφο, αντίστοιχο του άρθρου 13 γ' του ελληνικού Π.Κ., με αποτέλεσμα να γίνεται νομολογιακά δεκτό πως έγγραφο είναι κάθε γραπτό, ουσιώδες δε στοιχείο της έννοιάς του είναι μόνο η οπτική αντίληψη και κατανόηση του περιεχομένου του⁶. Η πλειονότητα στη θεωρία υποστηρίζει πως τα φωτοαντίγραφα και οι φωτογραφίες δεν αποτελούν έγγραφα, εφόσον αποτελούν απεικόνιση του πρωτοτύπου και συνεπώς απλώς παρέχουν πληροφορίες για το τί πιθανώς περιέχει το πρωτότυπο έγγραφο. Συνεπώς και μόνο ο χαρακτηρισμός ενός εγγράφου ως μη πρωτότυπου του στερεί νομικά, την έννοια του εγγράφου⁷.

Παρά ταύτα, η γερμανική νομολογία δέχεται αρκετές φορές πως η χρήση φωτοτυπίας μη γνήσιου εγγράφου αποτελεί χρήση πλαστού εγγράφου⁸ και περαιτέρω είναι συχνό φαινόμενο στη γερμανική δικαστική πρακτική να καλείται ο πραγματογνώμονας να καταθέσει την κρίση του για το αν ένα μη πρωτότυπο έγγραφο είναι γνήσιο ή όχι.

Στην απόφασή υπ' αριθμ. Ss179/52/10-4-1953 το Ανώτερο Περιφερειακό Δικαστήριο του Braunschweig έκρινε με σαφήνεια για πρώτη φορά στη γερμανική νομολογία πως "μόνο το πρωτότυπο έγγραφο (και ποτέ το αντίγραφό του) αποτελεί αδιαμφισβήτητο αποδεικτικό υλικό". Το Εφετείο της Κολωνίας συμπλήρωσε (1 Ss 316/30-6-1981) πως "άν η κρίση του πραγματογνώμονα βασίζεται αποκλειστικά σε φωτοαντίγραφα, αποτελεί παραβίαση της βασικής αρχής της δικαστικής γραφολογίας" και συνεπώς

4. Jess E. Dines, *Document Examiner Textbook*, Pantex International Ltd, Preface, vii.

5. M.R. Hecker, *Forensische Handschriftenuntersuchung*, Kriminalistic Verlag, Heidelberg, 1993, σ.127

6. Schoenke-Schroeder-Cramer StGB, 22η έκδοση 1985, παρ. 267 αριθμ. 6 όπου και παραπομπές. Κονταξής 1331.

7. Habersack, NJW 1989, 2554, Hecker ό.π. 110, όπου και πλούσια νομολογία..

8. BGH, NJW 1965/642, BGH, NJW 1954/608, Schoenke-Schroeder.

έκανε δεκτή την κρινομένη έφεση γιατί, ανάμεσα σε άλλους λόγους, "ο εφεσιβάλων ορθώς αναφέρει πως (σε αντίθεση με τις αναγνωρισμένες ακριβείς αρχές τις δικαστικής γραφολογίας) μόνο το αντίγραφο και όχι το πρωτότυπο της φόρμας παραγγελίας λήφθηκε υπόψη ως υλικό εξέτασης στην πραγματογνωμοσύνη. Μόνο το πρωτότυπο παρέχει σταθερή βάση για γραφολογική σύγκριση"⁹.

Παράλληλα, συναντάται εξίσου συχνά και η αντίθετη νομολογιακή άποψη, η οποία, τουλάχιστον υπό το πρίσμα της δικαστικής γραφολογίας, παρουσιάζει έλλειψη κατανόησης της υπό εξέταση προβληματικής. Το Περιφερειακό Εφετείο του Duesseldorf στην απόφασή του υπ' αριθμ. 5 U 133/30-1-1992 αναφέρει πως το τηλεομοιοτυπικό αντίγραφο αποτελεί έγγραφο βάσει του άρθρου 126 του Γερμ. Α.Κ. (NJW 1992,1050-51). Ειδικότερα, ενδιαφέρον παρουσιάζει το παρακάτω τμήμα από το αιτιολογικό της απόφασης "...Η γενική εμφάνιση ενός εγγράφου συμπεριλαμβανομένης της υπογραφής αποτυπώνεται πιστά μέσω του τηλεομοιοτυπικού μηχανήματος..." και "...η τηλεομοιοτυπία παρουσιάζει υψηλότερο βαθμό ασφάλειας (σε σχέση με το τηλεγράφημα) στη μεταφορά του εγγράφου, εφόσον δεν υπάρχουν πιθανότητες επεξεργασίας της κατά τη διάρκεια της αναπαραγωγής της και έτσι ανακλά τη θέληση του αποστολέα...". Πέραν του προφανούς σφάλματος, ότι δηλαδή, σε αντίθεση με τους παραπάνω ισχυρισμούς της απόφασης, είναι δυνατή η επεξεργασία της τηλεομοιοτυπίας με εγκληματικό σκοπό¹⁰, η απόφαση αυτή έρχεται σε αντίθεση με τον ορισμό του εγγράφου βάσει του άρθρου 126 του Γερμ. Α.Κ.¹¹

2.2. Η ελληνική νομολογία, αντιθέτως, έχει καταλήξει σε μία παγιωμένη αντίληψη. Ως έγγραφο νοείται καταρχήν το πρωτότυπο. Το αντίγραφο δεν είναι έγγραφο, εκτός αν ο νόμος προσδίδει σε αυτό την ιδιότητα του πρωτοτύπου¹² (π.χ. επικυρωμένο από δικηγόρο φωτοαντίγραφο). Υπάρχει, όμως, και αντίθετη νομολογία (Α.Π. 244/1986, Ποιν. Χρ. ΛΣΤ', σελ. 571, Α.Π. 1992/1984, Ποιν. Χρ. ΛΕ', σελ. 600, Εφ.Πειραιώς 190/1986, Ποιν. Χρ. ΛΣΤ', σελ. 526, βλ. όμως και Α.Π. 398/75, Ποιν. Χρ. ΚΕ' 428, Εφ.Αθηνών 120/1976, Ποιν. Χρ. ΚΖ', σελ. 371, και Τριμ. Πλημ. Ποιν. Χρ. ΛΣΤ' 785). Συνοπτική ανάλυση της νομολογίας αυτής παρουσιάζεται στο Γιαννόπουλο, Ποιν. Χρ. ΛΣΤ', σελ. 957 επ., ο οποίος σφαιερικά, σύμφωνα με όσα ανεπτύχθησαν παραπάνω, χαρακτηρίζει τα αντίγραφα εγγράφων ως έγγραφα με την έννοια των άρθρων 13 στοιχ. γ' και 216 Π.Κ.

Από τα παραπάνω προκύπτει η εξής παρατήρηση: Η νόθευση της απεικόνισης αντιγράφου ενός γνησίου πρωτοτύπου, εφόσον η φωτοτυπία δεν αποτελεί έγγραφο, δεν συνιστά πλαστογραφία και η χρήση του παραπάνω κατασκευάσματος μόνο υπό τους όρους της απάτης (άρθρο 386 ΠΑ) μπορεί να είναι αξιόποινη¹³, αλλά η κατάρτι-

9. NJW 1982, s. 249 και *Mannheimer Hefte fuer Schriftvergleichung* 1981, σ. 169 επ.

10. J.M Davidson.& D.K Tolliver, *A collection of fax fonts*, Milwaukee 1992.

11. Η προβληματική σχετικά με το επικυρωμένο αντίγραφο, το οποίο αποτελεί έγγραφο με την έννοια της διατάξεως 216 και 13 γ' του Π.Κ., αναπτύσσεται στον Κονταξή, ό.π., σελ. 1335.

12. Κονταξής, ό.π., σελ 1335, όπου και παρέχεται βιβλιογραφία.

13. Κονταξής, ό.π. σελ. 1357.

ση πλαστού ή η νόθευση γνήσιου εγγράφου, με σκοπό να χρησιμοποιηθεί όχι το ίδιο, αλλά το φωτοαντίγραφο του προς παραπλάνηση άλλου σχετικά με γεγονός το οποίο μπορεί να έχει έννομες συνέπειες, συνιστά πλαστογραφία κατ' άρθρο 216 Π.Κ.¹⁴, εφόσον δεν είναι αναγκαία η αμεσότητα της χρήσης του πλαστού εγγράφου.

Συνεπεία των παραπάνω και σε αντίθεση με τη γερμανική νομολογία στο ζήτημα αυτό, είναι ασφαλές να καταλήξουμε πως το αντίγραφο εγγράφου δεν αποτελεί έγγραφο, αλλά είναι δυνατόν το φωτοαντίγραφο πλαστού ή νοθευμένου πρωτοτύπου να αποτελέσει το μέσο τέλεσης (μαζί με το πρωτότυπο) του εγκλήματος της πλαστογραφίας, εφόσον πληρούνται η υποκειμενική υπόσταση του άρθρ. 216 Π.Κ.

3. Γραφολογικά χαρακτηριστικά των μη πρωτοτύπων εγγράφων.

3.1. Η Δικαστική Γραφολογία, ως θετική επιστήμη, εδράζεται στο αξίωμα ότι η γραφή εξεταζόμενη υπό ένα γενετικό-μυχαβιοριστικό πρίσμα είναι ένα ατομικό χαρακτηριστικό της ανθρώπινης συμπεριφοράς καθοριζόμενο από παράγοντες φυσιολογίας και μηχανικής του ανθρώπινου σώματος, επηρεαζόμενο από διαδικασίες μάθησης¹⁵.

Ο καθορισμός αυτός της γραφής από παράγοντες φυσιολογίας, ψυχολογίας και γενετικής, όπως και η έντονη αλληλεπίδραση της γραφής με εξωτερικούς παράγοντες (επιφάνεια γραφής, μέσο γραφής, γωνία γραφής, συνθήκες γραφής κ.λπ.), οι οποίοι μπορούν να τη μεταβάλλουν, την καθιστά ένα εξατομικευμένο φαινόμενο της ανθρώπινης συμπεριφοράς¹⁶.

Βασικό στοιχείο της εξατομίκευσης αποτελεί το γεγονός πως η γραφή ως φαινόμενο κινείται σε τρισδιάστατο χώρο και συνεπώς κατέχει τρεις διαστάσεις. Οι δύο πρώτες είναι οι προφανείς, το μήκος και το πλάτος, οι οποίες μπορούν να μετρηθούν με ένα υποδεκάμετρο. Εξαιτίας αυτής της ευκολίας στην αναγνώρισή τους, οι οριζόντιες και οι κάθετες προεκτάσεις του γραφικού μορφώματος είναι το πρώτο χαρακτηριστικό της γραφής, το οποίο ο επίδοξος πλαστογράφος θα προσπαθήσει να μιμηθεί και αρκετές φορές θα το κατορθώσει με σημαντική επιτυχία.

Η τρίτη διάσταση της γραφής δημιουργείται από τη συνισταμένη της ταχύτητας, πίεσης και φοράς του γραφικού μέσου πάνω στο έγγραφο¹⁷. Το έγγραφο, το οποίο είθισται να είναι χαρτί, φθείρεται στα σημεία που εφάπτεται με το γραφικό μέσο και τη μελάνη - ή το όποιο άλλο υλικό το γραφικό μέσο εκχύει και εμποτίζει το χαρτί. Η παρατήρηση της τρίτης διάστασης επιτρέπει στο δικαστικό γραφολόγο να διαπιστώσει τα εξής:

14. Ανδρουλάκης, Ποιν. Χρ., ΛΣΤ' 791

15. Μ. Πετρινάκη «Συμβολή στον Προσδιορισμό του Όρου «Εξέταση του Γραφικού χαρακτήρα», *Παδάμανθος*, τεύχος 2, Φθινόπωρο 2003, σελ. 38.

16. H. L. Teulings, *Handwriting movement Control*, NICI, 1988.

17 Ο Michel (Wuerdigung fuer Gutachten und Notwendigkeit ihrer muendlichen Erlauterung. *Mannheimer Hefte fuer Schriftvergleichung* 16, 49-50.) αναφέρει: «...η λεπτή δομή της υπογραφής η οποία σχετίζεται με τις κινήσεις της φυσιολογίας του ανθρώπινου κορμού και οι λεπτές κινήσεις του μηχανικού νευρικού συστήματος (fine motor movements) ...επιτρέπουν να διαφοροποιηθεί το γνήσιο από το πλαστό (δείγμα γραφής)».

- α) την ταχύτητα της γραφής,
- β) την πίεση της γραφής,
- γ) τη φορά της γραφής,
- δ) τις διακυμάνσεις των παραπάνω χαρακτηριστικών σε συνάρτηση με τη μεταβαλλόμενη θέση του γραφικού μέσου στον τρισδιάστατο χώρο του εγγράφου.

Πρέπει να γίνει κατανοητό πως η δυσκολία απομίμησης αυτών των δυναμικών στοιχείων της γραφής του αρχικού γραφέα είναι πολύ πιο μεγάλη από την αντίστοιχη των στατικών στοιχείων των οριζοντίων και καθέτων επεκτάσεων της γραφής. Μερικά παραδείγματα θα καταστήσουν το παραπάνω περισσότερο κατανοητό.

Στα Γραφήματα Γ i και ii παρατηρούνται τα φωτοτυπημένα αντίγραφα δύο γραφικών τροχιών. Η πρώτη διεγράφη με μεγάλη ταχύτητα, χαμηλή πίεση και φορά προς τα δεξιά. Η δεύτερη διεγράφη με μικρή ταχύτητα, μεγάλη πίεση και φορά προς τα αριστερά. Ενώ στο πρωτότυπο έγγραφο η μακροσκοπική-στερεοσκοπική ανάλυση καταδεικνύει αυτά τα χαρακτηριστικά με σαφήνεια, η έρευνα πάνω στο αντίγραφο αδυνατεί.

Τα Γραφήματα Ε i και ii παρουσιάζουν την ίδια προβληματική, εξεταζόμενη αυτή τη φορά σε γραφικό σχηματισμό (εδώ στο γράμμα σ).

Πολύ μεγάλο ενδιαφέρον παρουσιάζει το Γράφημα Ε¹⁸. Το Ε i αποτελεί φωτοτυπία γνήσιας υπογραφής. Το Ε ii αποτελεί φωτοαντίγραφο πλαστής υπογραφής, η οποία δημιουργήθηκε τοποθετώντας ένα έγγραφο που φέρει μία γνήσια υπογραφή, πάνω από ένα άλλο έγγραφο και διαγράφοντας με αιχμηρό μέσο την τροχιά της γνήσιας υπογραφής, ώστε αυτή να αποτυπωθεί στο υποκείμενο έγγραφο. Κατόπιν, καλύπτονται στο νέο έγγραφο με μελάνη οι αποτυπωμένες τροχιές (Durchruckfaelschung). Αυτή η απομίμηση γραφής σε πρωτότυπο έγγραφο είναι εμφανής λόγω της χαμηλής ταχύτητας, της μεγάλης πίεσης και των δευτερευόντων τροχιών πίεσης που παρουσιάζονται. Αντίθετα, στο φωτοαντίγραφό του - ιδίως αν ο πλαστογράφος ενήργησε με ένα minimum ικανότητας και προσοχής - τα χαρακτηριστικά αυτά χάνονται και καθιστούν την αναγνώριση αδύνατη. Εξαίρεση μόνη θα υπάρξει αν ένας - ιδιαιτέρως τυχερός - δικαστικός γραφολόγος κατορθώσει να βρει και την αρχική υπογραφή, την οποία ο πλαστογράφος χρησιμοποίησε για να παράγει την νέα. Βάσει ενός σημαντικού αξιώματος της νευρομηχανικής, ένα γραφικό μόρφωμα είναι στατιστικά απίθανο να έχει όμοια όλα τα φαινοτυπικά χαρακτηριστικά της δομής και μορφής με ένα άλλο και συνεπώς η ανακάλυψη δύο καθ' όλα όμοιων γραφικών σχηματισμών οδηγεί με ασφάλεια στην απόρριψη τουλάχιστον του ενός ως πλαστού με μεθόδους όπως η προαναφερθείσα. Να σημειωθεί δε πως αυτή είναι η μοναδική περίπτωση κατά την οποία όλη η βιβλιογραφία συμφωνεί πως είναι δυνατό να εκδοθεί οριστική κρίση του πραγματογνώμονα για πλαστότητα ή μη, έστω και αν το αμφισβητούμενο υλικό βρίσκεται σε μη πρωτότυπη μορφή¹⁹.

18. Bekedorf & Hecker, *ό.π.* σελ. 247-271.

19. Bekedorf & Hecker, *ό.π.*

Όλες οι παραπάνω επιφυλάξεις παρουσιάζονται σε ένα αντίγραφο υψηλής ποιότητας. Η πρακτική όμως αποδεικνύει πως το αντίγραφο υψηλής ποιότητας συνήθως είναι ένα ιδεώδες που δύσκολα επιτυγχάνεται. Χαρακτηριστικά, όπως η φθορά του αντιγραφικού μέσου (λχ. του toner του φωτοτυπικού μηχανήματος), του αντιγραφικού μηχανήματος (όπως συνήθως συμβαίνει στα φωτοτυπικά μηχανήματα μετά από πολυετή χρήση ή/και υπερθέρμανση), η φθορά του εγγράφου (λόγω υγρασίας) ακόμα και η έλλειψη προσοχής ή εμπειρίας του ατόμου που παράγει το αντίγραφο, μειώνουν σημαντικά την ποιότητα του αντιγράφου, ώστε σε ορισμένες περιπτώσεις η οποιασδήποτε μορφής εξέτασή του έρχεται σε αντίθεση με τις μεθοδολογικές αρχές της δικαστικής γραφολογίας.

Ας υποθεθεί έστω, ότι ο δικαστικός γραφολόγος έχει στα χέρια του ένα υψηλής ευκρίνειας αντίγραφο, το οποίο, αν και δεν περιλαμβάνει την τρίτη διάσταση της γραφής, φαινομενικά παρουσιάζει όλα τα μακροσκοπικά χαρακτηριστικά - μία ιδεατή κατάσταση, όπως προανέφερα. Ακόμη όμως και στην περίπτωση αυτή, δημιουργείται πρόβλημα, επειδή ο πραγματογνώμονας δεν μπορεί να χρησιμοποιήσει στερεοσκόπιο/μικροσκόπιο για να μελετήσει στερεοσκοπικά τα χαρακτηριστικά του μορφώματος, και έτσι αναγκάζεται να προβεί απλώς σε μία επιφανειακή εξέταση, η οποία τον εμποδίζει να ανακαλύψει και να εκμεταλλευθεί ένα πλήθος στοιχείων όπως, ανάμεσα στα άλλα, οι γραμμές φυγοκέντρισης (centrifuge lines), οι άυλες συνδέσεις (immaterial connections), οι μεταμφιεσμένες συνδέσεις (masked connections) κ.ά., στοιχεία δηλαδή σημαντικότερα για την εξαγωγή ενός οριστικού και επιστημονικού συμπεράσματος.

Τελικός σκόπελος, ο οποίος δεν μπορεί να ξεπεραστεί με οποιοδήποτε μέσο και δυστυχώς παραβλέπεται από πολλούς πραγματογνώμονες, είναι η αδυναμία του δικαστικού γραφολόγου να αποδείξει πως το αντίγραφο του αμφισβητούμενου εγγράφου το οποίο εξετάζει, δεν έχει τύχει επεξεργασίας με μέσα της σύγχρονης τεχνολογίας, όπως σαρωτές (scanner) και έγχρωμα φωτοαντιγραφικά μηχανήματα. Περαιτέρω, κυκλοφορεί πλέον στο εμπόριο ένα μεγάλο πλήθος προγραμμάτων λογισμικού ηλεκτρονικών υπολογιστών με σκοπό την επεξεργασία εικόνας, μέσω των οποίων είναι δυνατή και εύκολη ακόμα και από έναν μη ειδικό η μεταβολή των χαρακτηριστικών της εικόνας του πρωτοτύπου εγγράφου. Ενδεικτικά αναφέρω το Photoshop της Adobe, το οποίο βρίσκεται στο σκληρό δίσκο σχεδόν κάθε οικιακού υπολογιστή.

3.2. Περιέργως, και παρά τα συντριπτικά στοιχεία που συνηγορούν στην αδυναμία εξαγωγής οριστικού συμπεράσματος βασιζόμενου αποκλειστικά σε αντίγραφο εγγράφου, η βιβλιογραφία είναι διχασμένη στο θέμα αυτό. Επειδή ακριβώς το αντίγραφο περιέχει λιγότερες πληροφορίες, οι οποίες είναι δυνατόν να παραπλανήσουν τον πραγματογνώμονα - ιδίως με την εμφάνιση συγχρόνων προγραμμάτων λογισμικού - ένα τμήμα της βιβλιογραφίας δεν δέχεται ότι είναι δυνατή οποιαδήποτε έρευνα, εφόσον το αμφισβητούμενο έγγραφο είναι αντίγραφο²⁰.

20. Pfanne, R. (1975). «Zwei ungewoehnliche Faelle von Textschriftnachahmung». *Archiv fuer Kriminologie*, 155. 171-179.

Αυτή η λύση παρέχει φυσικά επιστημονική ασφάλεια, αλλά αποδεικνύεται προβληματική στην καθημερινή νομική πρακτική, κατά την οποία συχνά ο δικαστικός γραφολόγος καλείται να κρίνει τη γνησιότητα ή μη ενός μη πρωτοτύπου κειμένου, γιατί το πρωτότυπο είτε δεν υπάρχει είτε ο δικαστικός γραφολόγος δεν μπορεί να το εξετάσει. Τίθεται συνεπώς το ζήτημα προσπάθειας συμβιβασμού της επιστημονικής συνέπειας και της καθημερινής πρακτικής και της αναγκαίας εξισορρόπησης, που ο πραγματογνώμονας επιτρέπεται να κάνει, προκειμένου να εκπληρώσει το σκοπό του λειτουργήματός του.

Η μεγάλη πλειοψηφία της αγγλοσαξονικής ιδίως βιβλιογραφίας, ενώ τονίζει τις εν γένει αδυναμίες του αντιγράφου, καταλήγει πως μπορεί κατόπιν έρευνας να προκύψουν επωφελή συμπεράσματα, πράγμα που αποτελεί αντιφατική άποψη, εφόσον ουσιαστικά η έρευνα στο αντίγραφο - όπως καταδείχθηκε ανωτέρω - δεν είναι δυνατή. Χαρακτηριστικό είναι δε πως ο κλασικός αμερικανός γραφολόγος W.R. Harrison²¹ δεν προβαίνει σε οποιαδήποτε αναφορά στην προβληματική αυτή. Μία επισκόπηση της αγγλοσαξονικής βιβλιογραφίας καταδεικνύει την απροθυμία των εκεί πραγματογνώμων να ασχοληθούν ιδιαιτέρως με αυτή την προβληματική.

Σε αντίθεση με την αγγλοαμερικάνικη βιβλιογραφία, το θέμα αυτό αποτέλεσε αντικείμενο μεγάλης επιστημονικής αντιπαράθεσης στη γερμανική βιβλιογραφία²², η οποία όμως βάσει της προαναφερθείσας ασάφειας της εκεί νομολογίας δεν έχει οποιοδήποτε πρακτικό αποτέλεσμα, εφόσον, αν και η δικαστική γραφολογία δέχεται τη γραφή ως ένα τρισδιάστατο φαινόμενο, συχνά ο δικαστικός γραφολόγος είναι υποχρεωμένος να εκφέρει βάσει νόμου κρίση από το δυσδιάστατο αντίγραφο, εφόσον θεωρείται έγγραφο²³.

Συνεπώς, καταδεικνύεται πως η οποιαδήποτε προσπάθεια ανάλυσης αμφισβητούμενου υλικού, το οποίο βρίσκεται σε μη πρωτότυπη μορφή, αντιτίθεται στις αρχές της μεθοδολογίας της δικαστικής γραφολογίας και το τυχόν συμπέρασμα στο οποίο θα καταλήξει ο πραγματογνώμονας σε μία τέτοια έρευνα πάσχει επιστημονικώς. Εφόσον η δικαστική γραφολογία θεωρείται δικαστική επιστήμη (forensic science²⁴), ο πραγματογνώμονας οφείλει να δρα βάσει επιστημονικών κριτηρίων. Όταν η μέθοδος της ανάλυσης του υπό αμφισβήτηση υλικού αδυνατεί να εξάγει πόρισμα για τον γραφέα με πιθανολόγηση εγγίζουσα τη βεβαιότητα, επειδή η πλήρης ανάλυση δεν είναι δυνατή, τότε το εκπονηθέν πόρισμα δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως κατάληξη μιας επιστημονικής πραγματογνωμοσύνης, εκτός βέβαια και αν αναφερθούν οι εγγενείς αδυναμίες του και κατά συνέπεια αυτοακυρωθεί. Ο Michel²⁵ αναφέρει "...είναι αδύνατο να αποδειχθεί η γνησιότητα αμφισβητούμενης γραφής με τη χρήση αποκλειστικά

21. Στο *Suspect Documents-Their scientific Value*, Chicago, Nelson-Hall Publishers, 1981

22. Michel, *ό.π.*, Bekedorf & Hecker *ό.π.*, Ockelmann *Schriftuntersuchungen anhand von Reproduktionen. Mannheimer Hefte fuer Schriftvergleichung* 9, 65-83.

23. Hecker, *ό.π.* σελ. 117

24. «Forensic science is the study and practise of the application of science to the purpose of the law» (δικαστική επιστήμη είναι η μελέτη και η πρακτική της εφαρμογής της επιστήμης στο σκοπό του νόμου). Επιμετωπίδα της Αμερικάνικης Ακαδημίας Δικαστικών Επιστημών. (A.A.F.S.)

25. *ό.π.*

φωτογραφιών, φωτοτυπιών και άλλων αντιγραφών...Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της μορφής και της τοπικής τοποθέτησης, τα οποία μπορούν να αναλυθούν σε ένα αντίγραφο, δεν επιτρέπουν έναν αρκετά ασφαλή διαχωρισμό ανάμεσα σε μία γνήσια και μία πλαστή υπογραφή".

4. Η προβληματική τίθεται σε ορθή βάση, αν θεωρήσουμε πως το ζήτημα της πραγματογνωμοσύνης σε αντίγραφα δεν είναι τόσο θέμα της ίδιας της δικαστικής γραφολογίας όσο της σχέσης της με τη νομική επιστήμη, την οποία ως δικαστική επιστήμη (forensic science) υπηρετεί. Στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο πραγματογνώμονας δεν έχει δυνατότητα να μελετήσει το πρωτότυπο, οφείλει να μην εκφέρει σε οποιαδήποτε οριστική κρίση για τη γνησιότητα ή μη του εγγράφου, με την αιτιολογία ότι οποιαδήποτε ανάλυση θα τον οδηγήσει σε σύγκρουση με βασικές αρχές της επιστήμης και της τεχνικής, ανεξαρτήτως του αν το αμφισβητούμενο υλικό θεωρείται έγγραφο ή όχι βάσει του 13 γ' Π.Κ. Ειδικότερα δε ο πραγματογνώμονας, ο οποίος αβίαστα θα καταλήξει σε οριστικό συμπέρασμα στις παραπάνω περιπτώσεις, οφείλει να δεχτεί εξίσου αβίαστα την πιθανότητα να καταδικαστεί σε αποζημίωση για την έλλειψη επιστημονικής επάρκειας ή την βαρεία αμέλεια που επέδειξε²⁶.

ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- Bekedorf, G & Hecker, M.R. (1989) «Grundlagen und Probleme der Begutachtung von Nicht-Originalen». In: *Grundlagen, Methoden und Ergebnisse der Forensische Schriftuntersuchung*. (Hrg. Conrad, W & Stier, B), Luebeck: Schmidt-Roemhild, 1989.
- BGH (1999): «Wissenschaftliche Anforderungen an aussagepsychologische Begutachten». Urteil vom 30.7.1999 - 1 StR 618/98 (LG Ansbach Dines, J.E. *Document Exa-miner Textbook*, Pantex International Ltd, California, 1998.
- Halder-Sinn, P & Born, Petra, *Horizontal overextention in copies of handwriting depend on characteristics of the model and the habitual handwriting of the copier, Perpetual and motor skills*, 1993, 77, 379-386.
- Harrison, W.R., *Suspected Documents-Their scientific examination*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1953.
- Hecker, M.R. (2000), *Traktat ueber den Wissenschaftlichkeitsanspruch der Forensischen Schriftuntersuchung. Habilitationsschrift*. Breslau: Kolonia Ltd 2000
- Του ιδίου, *Forensische Handschriftuntersuchung*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1993.
- Michel, L., «Wuerdigung fuer Gutachten und Notwendigkeit ihrer muendlichen Erlauterung». *Mannheimer Hefte fuer Schriftvergleichung* 16, 49-50.
- Michel, L. & Wiese, G., «Zur rechtlichen und psychologischen Problematik graphologischer Gutachten». *Neue Zeitschrift fuer Arbeits und Sozialrecht* 20, 505-510, 1986.
- Teulings, H. L., *Handwriting movement Control*, NICI, 1988.

26. Βάσει της απόφασης 4C 647/91(nr)/1-11-1991 του Περιφερειακού Δικαστηρίου του Αμβούργου. Δημοσιεύτηκε στο περιοδικό *Strafverteidiger* 4/1992, 186-187.

ΓΡΑΦΗΜΑΤΑ

A)

Με το παρον, εγώ ο Α.Β. δηλώνω πως οφείλω στον Δ.Γ. το ποσό των
Ευρώ δέκα χιλιάδων (10.000).

Ηράκλειο 31-2-2005

TFE

B)

Quittung

DM *300* Pf *—*

Nr. *—* einschl. *—* % MWS/D M *—*

Dreihundert Pfennig wie oben

von *—*

für *Miete August 1984*

dankend erhalten

Wierbaden den *03.08 84*

Γ)

i) *—*

ii) *—*

Δ)

i) *6* ii) *6*

E)

i) *gms*

ii) *gms*

Η ΕΛΛΕΙΨΗ ΚΑΙ ΤΑ ΕΛΑΤΤΩΜΑΤΑ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑΣ ΩΣ ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟΥΣ ΝΕΟΥΣ ΚΩΔΙΚΕΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ



Οδυσσέα Σπαχή*

Διάγραμμα

1. Εννοιολογικά στοιχεία της αιτιολογίας της διοικητικής πράξης και ο δικαστικός της έλεγχος.
2. Οι σχετικές διατάξεις των νέων Κωδίκων Διοικητικής Διαδικασίας και Διοικητικής Δικονομίας.
3. Τα ειδικότερα ζητήματα που προκύπτουν από τις νεότερες ρυθμίσεις.
4. Συμπέρασμα - προοπτικές.

1. Εννοιολογικά στοιχεία της αιτιολογίας της διοικητικής πράξης και ο δικαστικός της έλεγχος.

Κατά τον θεωρητικό της ορισμό¹ η αιτιολογία αποτελεί: «την έκθεση των πραγματικών και νομικών λόγων που οδήγησαν την Διοίκηση στην απόφασή της, καθώς και την παράθεση των κριτηρίων επί τη βάσει των οποίων άσκησε η Διοίκηση την διακριτική της ευχέρεια». Επίσης, αποτελεί την αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και την διαπίστωση ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις, εν όψει των οποίων επιβάλλεται η έκδοση της πράξης αυτής². Από τους θεωρητικούς αυτούς ορισμούς προκύπτει ότι η υποχρέωση της αιτιολογίας αποσκοπεί, κατά κύριο λόγο, στην διευκόλυνση του ελέγχου της νομιμότητας (τόσο από τον απλό πολίτη, όσο και από τα διοικητικά δικαστήρια, που επιλαμβάνονται εν συνεχεία), δηλαδή, στην έρευνα του κατά πόσον ο κανόνας δικαίου της εκάστοτε εκδιδόμενης διοικητικής πράξης είναι σύμφωνος ή ευρίσκεται σε αρμονία με το γενικότερο πλαίσιο που προσδιορίζεται ως «έννομη τάξη». Βεβαίως, η διευκόλυνση του ελέγχου της νομιμότητας δεν αποτελεί τον αποκλειστικό λόγο της καθιέρωσης της αιτιολογίας των ατομικών διοικητικών πράξεων, αποτελεί όμως τον κύριο. Και τούτο διότι η υποχρέωση αιτιολόγησης των διοικητικών πράξεων στην Ελλάδα «υπήρξε το αποτέλεσμα

*Ο Οδυσσέας Σπαχής, είναι πρωτοδίκης Δ.Δ.

1. Π. Δ. Δαγτόγλου, «Γενικό Διοικητικό Δίκαιο», Αθήνα 1977, σελ. 165.

2. Ε. Σπηλιωτόπουλου, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Αθήνα 1993, σελ. 166.

της σταδιακής ανάπτυξης της νομολογία κυρίως του Συμβουλίου της Επικρατείας, που συστηματοποιήθηκε σε έναν βαθμό και με την παρέμβαση της νομικής θεωρίας»³. Εν όψει μάλιστα του τεκμηρίου της νομιμότητας της διοικητικής πράξης και του δεδομένου ότι αυτή στερείται της άμεσης νομιμοποίησης του τυπικού νόμου η αιτιολογία συνιστά, πλην άλλων, και στοιχείο ουσιαστικής νομιμοποίησής της, αν και ο νομολογιακός προσανατολισμός του διοικητικού δικαίου δεν εκλαμβάνει τον θεσμό της αιτιολογίας, ως παράγοντα νομιμοποιητικό της διοικητικής δράσης. Το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει εν όψει τούτων υιοθετήσει την άποψη της διαγνωστικής λειτουργίας της αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων, θεωρώντας ότι αυτή είναι αναγκαία ώστε «να καθίσταται εφικτός ο δικαστικός έλεγχος»⁴, υπό την έννοια ότι, λόγω του διαγνωστικού ρόλου της αιτιολογίας, παρέχεται τελικώς στο δικαστήριο η δυνατότητα να εντοπίσει τις πλημμέλειες των διοικητικών πράξεων και να ελέγξει αποτελεσματικά και εις βάθος τη νομιμότητα αυτών. Με τα δεδομένα αυτά, θα ήταν λογικό να υιοθετηθεί από τους θεωρητικούς, αλλά και από την νομολογία, η άποψη ότι απαιτείται η αιτιολόγηση όλων των διοικητικών πράξεων. Τέτοια όμως θέση δεν είχε υιοθετηθεί από το σύνολο των θεωρητικών και της νομολογίας, αντιθέτως δε υποστηρίχθηκε ότι «κατ' αρχάς δεν απαιτείται αιτιολόγηση όλων των διοικητικών πράξεων», με το ειδικότερο σκεπτικό ότι η αιτιολογία αποτελεί το στοιχείο της διάκρισης μεταξύ της διοικητικής πράξης και της δικαστικής απόφασης, η οποία κατά ρητή συνταγματική επιταγή πρέπει να είναι αιτιολογημένη⁵. Υποστηρίχθηκε όμως και η αντίθετη άποψη⁶, ότι δηλαδή «η υποχρέωση της αιτιολογίας οφείλει να είναι γενική και να ισχύει για όλες τις μορφές διοικητικής ενέργειας». Αυτή η άποψη υιοθετείται από το άρθρο 17 παρ.1 του νέου Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Παρά τις σχετικές αυτές αμφισβητήσεις, είχε γίνει από όλους δεκτό⁷ ότι, όταν απαιτείται ρητά από το νόμο η αιτιολογία της διοικητικής πράξης (ασχέτως εάν είναι επωφελής η δυσμενής για τον πολίτη), τότε η αιτιολογία συνιστά «ουσιώδη τύπο» και στην περίπτωση αυτή η μη αναφορά της, έστω περιληπτικά, αλλά με σαφήνεια και εξειδίκευση στο σώμα της πράξης αποτελεί λόγο ακυρώσεως, για «παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεως». Στην μεγάλη κατηγορία των «εκ της φύσεώς των αιτιολογητέων πράξεων», που καθορίσθηκαν κυρίως νομολογιακώς, εντάσσονται σε τρεις υποκατηγορίες οι εξής διοικητικές πράξεις: α) οι δυσμενείς πράξεις, β) οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας, και γ) οι πράξεις που αποκλίνουν από την δημιουργούμενη εύλογη προσδοκία⁸. Με τον τρόπο αυτό διαμορφώθηκαν, εξ απόψεως της αιτιολογίας, κατ' αρχάς δύο μεγάλες κατηγορίες διοικητικών πράξεων: 1) Οι διοικητικές πράξεις για τις οποίες κατά νομοθετική πρόβλεψη απαιτείται, ανεξαρτήτως της ειδικότερης φύσεως τους, αιτιολογία και 2) οι διοικητικές πράξεις, οι οποίες α-

3. Γεωργίου Γεραπετρίτη *«Η αιτιολογία των Διοικητικών Πράξεων»*, εκδόσεις Α. Σάκκουλα, Αθήνα 1998, σελ. 23.

4. Σ.τ.Ε. 729/1995 και 4476/1996, Γ. Γεραπετρίτη, *ό.π.* σελ. 44.

5. Ε. Σπηλιωτόπουλου, *ό.π.*, σελ. 167.

6. Γ. Γεραπετρίτη, *ό.π.*, σελ. 45.

7. Σ.τ.Ε. 2331/1966, Ε. Σπηλιωτόπουλου, *ό.π.* σελ. 167, Π. Δ. Δαγτόγλου, *ό.π.* σελ. 166.

8. Γ. Γεραπετρίτη, *ό.π.*, σελ. 76.

πό την φύση τους είναι αιτιολογητέες (ήδη κατ’ άρθρο 17 παρ. 1 Κ.Δ.Δ. όλες οι διοικητικές πράξεις, δηλαδή επωφελείς και δυσμενείς, είναι αιτιολογητέες). Η διάκριση αυτή δεν ήταν κατά το παρελθόν άνευ πρακτικής σημασίας, διότι στην μεν πρώτη περίπτωση η αιτιολογία θεωρείτο «ουσιώδης τύπος» της διαδικασίας εκδόσεως της διοικητικής πράξης και θα έπρεπε να περιέχεται, έστω και συνοπτικά, στο σώμα της πράξης, ενώ στην δεύτερη περίπτωση, κατά γενικό κανόνα (που υπόκειτο σε εξαιρέσεις), η αιτιολογία δεν ήταν αναγκαίο να περιέχεται στο σώμα της πράξης, αλλά να προκύπτει και από τον φάκελο⁹.

2. Οι σχετικές διατάξεις των νέων Κωδίκων Διοικητικής Διαδικασίας και Διοικητικής Δικονομίας.

I. Με τον Νέο Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Κ.Δ.Δ.), επήλθαν κεφαλαιώδους σημασίας αλλαγές ως προς το ζήτημα της υποχρέωσης της αιτιολογίας, εφ’ όσον με το άρθρο 17 παρ. 1 του νόμου αυτού (Ν. 2690/1999, ΦΕΚ Α’, 45) αποσυνδέεται η εν λόγω υποχρέωση από την φύση της πράξης (δυσμενής ή όχι για τον πολίτη) και τίθεται, εκ του νόμου πλέον, υποχρέωση αιτιολογίας για όλες τις διοικητικές πράξεις. Συγκεκριμένα, με την παραπάνω διάταξη προβλέπεται ότι « η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της...». Έτσι, καθίσταται άνευ σημασίας πια η, εξ απόψεως αιτιολογίας, κατάταξη των διοικητικών πράξεων, που προαναφέρθηκε, δεδομένου ότι: α) Δεν νοείται πλέον ατομική διοικητική πράξη αιτιολογητέα ή μη από την φύση της εν όψει του παραπάνω νομοθετήματος, με το οποίο θεσπίζεται γενικά η υποχρέωση αιτιολόγησης όλων των διοικητικών πράξεων χωρίς εξαίρεση και β) η αιτιολογία αποτελεί το αναγκαίο περιεχόμενο κάθε διοικητικής πράξης. Εκτός όμως από την νομοθετική καθιέρωση της υποχρεωτικότητας της αιτιολογίας για όλες τις πράξεις, ορίζεται επίσης στην παρ. 2 του προαναφερόμενου άρθρου ότι η αιτιολογία αρκεί να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός εάν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης. Συνεπώς, μετά τον νέο Κ.Δ.Δ., συνιστά παράλειψη ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσης της διοικητικής πράξης η μη παράθεση της αιτιολογίας στο σώμα της πράξης αυτής, μόνον εφ’ όσον, κατά ρητή πρόβλεψη του σχετικού νόμου, απαιτείται τούτο. Σε κάθε άλλη περίπτωση και παρά την δια του νέου Κ.Δ.Δ. καθιέρωση της υποχρεωτικότητας της αιτιολογίας όλων των διοικητικών πράξεων, η μη παράθεση της αιτιολογίας στο σώμα της πράξης δεν συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσής της. Παρά ταύτα όμως, το διοικητικό όργανο πρέπει, εν όψει της αρχής της νομιμότητας της διοίκησης, να διαπιστώνει στο σώμα της πράξης την συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων έκδοσής της υπό έκδοση διοικητικής πράξης, προκειμένου ο έλεγχος της νομιμότητάς της να κρίνεται, κατ’ αρχάς, από τα εκτιθέμενα κατά ευκρινή και σαφή τρόπο νομικά και πραγματικά

9. Ε. Σπηλιωτόπουλου, *ό.π.*, σελ. 168.

δεδομένα, που παρατίθενται, έστω και συνοπτικά, στο ίδιο το σώμα της πράξης. Εξ άλλου, στο προαναφερόμενο άρθρο του Κ.Δ.Δ., ορίζεται ότι: «η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής».

II. Στον νέο Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α' 97), οι διατάξεις του οποίου, κατά το πρώτο άρθρο του, διέπουν την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας, ορίστηκε στο άρθρο 79, και στην μεν παρ. 1 ότι το δικαστήριο ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη κατά τον νόμο και την ουσία μέσα στα όρια της προσφυγής, στην δε παρ. 3 ότι το δικαστήριο ακυρώνει την πράξη και αναπέμπει την υπόθεση στην Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα, αν συντρέχει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που έχει ταχθεί για την έκδοση της πράξης. Είναι αξιοσημείωτο ότι στον ανωτέρω Κώδικα δεν δίδεται ορισμός της έννοιας «διοικητική διαφορά ουσίας», αλλά επαναβεβαιώνεται η θεμελιώδης κατεύθυνση της εκδίκασης από τα διοικητικά πρωτοδικεία μόνον όσων εκ των διοικητικών διαφορών έχουν τον χαρακτήρα διαφοράς ουσίας και όχι ακυρωτικό, τούτο δε δεν είναι άνευ σημασίας κατά τον δικαστικό έλεγχο της αιτιολογίας. Κατά τον ακυρωτικό έλεγχο ο διοικητικός δικαστής εξετάζει εξ απόψεως αιτιολογίας την νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης, χωρίς να υπεισέρχεται στην ορθότητα της ουσιαστικής εκτίμησης του διοικητικού οργάνου, ενώ αντιθέτως ο διοικητικός δικαστής της ουσίας ελέγχει πλήρως την πράξη και η αιτιολογία αποτελεί μία εκ των πολλών συνισταμένων που εξετάζει. Η υποχρέωση του Δικαστηρίου προς αναπομπή της υπόθεσης στο αρμόδιο διοικητικό όργανο, σε περίπτωση που αυτό εξέδωσε διοικητική πράξη κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσής της, θεσπίζεται για πρώτη φορά σε δικονομικές διατάξεις. Με την ρύθμιση αυτή ο νομοθέτης προφανώς αποσκοπεί στην επισήμανση προς το αρμόδιο διοικητικό όργανο της παράβασης του ουσιώδους τύπου και στην εκ νέου έκδοση της ίδιας διοικητικής πράξης κατά τήρηση όμως και του τύπου που είχε αρχικώς παραβιασθεί. Θέλησε, δηλαδή, ο νομοθέτης με την ρύθμιση αυτή να διεκπεραιώνονται τάχιστα οι εκκρεμότητες που αφορούν τυπικές ακυρότητες της διοικητικής πράξης και να μην εμποδίζεται η αποτελεσματικότητα της δράσης της Δημόσιας Διοίκησης από την αναμονή του πέρατος ενός μακροχρόνιου δικαστικού αγώνα.

3. Τα ειδικότερα ζητήματα που προκύπτουν από τις νεότερες ρυθμίσεις.

Κατά την κρατούσα γνώμη τα ελαττώματα της αιτιολογίας, καθώς και η έλλειψη της, συνιστούν «παράβαση κατ' ουσίαν διάταξης νόμου» και οδηγούν, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, στην ακύρωση της ελαττωματικής (λόγω της πλημμέλειας της αιτιολογίας) διοικητικής πράξης¹⁰. Το νέο στοιχείο που εισάγουν οι νεότερες προαναφερόμενες νομοθετικές ρυθμίσεις είναι η υποχρέωση του Δικαστηρίου ν' αναπέμψει την υπόθεση στο αρμόδιο διοικητικό όργανο, για να ενεργήσει τα νόμιμα, σε περίπτωση κατά την οποία η πλημμέλεια της αιτιολογίας αφορά σε μη παράθεση της αιτιολογίας στο σώμα της διοικητικής πράξης, εάν αυτό προβλέπεται ρητώς τούτο στο νόμο, δεδομένου ότι,

10. Ε. Σπηλιωτόπουλου, *ό.π.*, σελ. 168.

όπως προαναφέρθηκε, στην περίπτωση αυτή υφίσταται παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας (αρθρ. 79 παρ. 3 εδ. β Κ.Δ.Δ.). Κατ’ ουσίαν δηλαδή επέρχεται ένας διχασμός και ως προς τον λόγο της ακύρωσης και ως προς τα αποτελέσματα της ακύρωσης αυτής, εφ’ όσον, εάν μεν η αιτιολογία της διοικητικής πράξης πρέπει, κατά τον νόμο, να παρατίθεται στο σώμα της διοικητικής πράξης, η μη παράθεσή της συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας έκδοσης της, που οδηγεί στην ακύρωση και εν συνεχεία (στην υποχρεωτική) αναπομπή της υπόθεσης στην Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα, σε κάθε δε άλλη περίπτωση τα ελαττώματα της αιτιολογίας συνιστούν περίπτωση ακύρωσης διοικητικής πράξης λόγω παράβασης νόμου, χωρίς όμως η ακύρωση να συνοδεύεται υποχρεωτικώς από αναπομπή του φακέλου της υπόθεσης προς την Διοίκηση. Ωστόσο, κατά την πάγια σχεδόν νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η έλλειψη της νόμιμης αιτιολογίας κατά την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας δεν αποτελεί, άνευ ετέρου, λόγο ακύρωσης. Αναφέρεται ενδεικτικά, από τις σχετικά μεταγενέστερες αποφάσεις, η 62/1999 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας¹¹, με την οποία κρίθηκε ότι: «Αν τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια διαπιστώσουν ότι η προσβληθείσα διοικητική πράξη δεν είναι προσηκόντως αιτιολογημένη, όσον αφορά στη συνδρομή ορισμένων προϋποθέσεων για την έκδοσή της οφείλουν, εφ’ όσον η Διοίκηση έχει εκφέρει κρίση σχετικά με τις προϋποθέσεις αυτές, να μην περιορίζονται στην ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ως αναιτιολόγητης και παραπομπή της υπόθεσης στην Διοίκηση, αλλά να κρίνουν περαιτέρω επί της ουσίας της διαφοράς». Με την ίδια απόφαση γίνεται δεκτό ότι στην περίπτωση αυτή τα διοικητικά δικαστήρια έχουν την εξουσία να αναπληρώσουν τις ελλείψεις της αιτιολογίας της πράξης με τις, κατά την εκτίμησή τους, διαπιστώσεις προκειμένου να διαμορφώσουν με την απόφασή τους την ένδικη έννομη σχέση. Τα ίδια ακριβώς δέχθηκε και με προγενέστερες αποφάσεις του το Δικαστήριο αυτό, με πληθώρα αποφάσεων του, στις οποίες γίνεται δεκτό ότι το διοικητικό δικαστήριο, κατά την άσκηση της πλήρους δικαιοδοσίας του, μπορεί, σε περίπτωση έλλειψης της προσήκουσας αιτιολογίας, να διατάξει μεν την συμπλήρωση των αποδεικτικών στοιχείων, προκειμένου όμως να προχωρήσει στην κρίση επί της ουσίας της υπόθεσης (βλ. ΣΤΕ 484, 1450/1983, 2245/1984). Αλλωστε, το Συμβούλιο της Επικρατείας, επεκτείνοντας την ίδια λογική έτι περαιτέρω, απεφάνθη με την 1495/1998 απόφασή του¹² σε υπόθεση επιστροφής φόρου προστιθεμένης αξίας ότι: «Τα διοικητικά δικαστήρια, ως δικαστήρια ουσίας, δεν δύνανται να ακυρώσουν την απόφαση για λόγους αναγόμενους στην νομιμότητα ή στην επάρκεια της αιτιολογίας, αλλά οφείλουν να ερευνήσουν τα ίδια αν συντρέχουν οι απαιτούμενες από τον νόμο προϋποθέσεις επιστροφής του φόρου, την οποία του είχε αρνηθεί η διοίκηση». Με την πρώτη ματιά φαίνεται να υιοθετείται με την απόφαση αυτή η άποψη της αποδυνάμωσης του ελέγχου της αιτιολογίας, με την λογική ότι ο ουσιαστικός έλεγχος είναι εξ αντικειμένου πλέον ευρύς, ικανός να διαμορφώσει ασφαλή πεποίθηση του δικαστή,

11. Δι. Δικ. 2000, σελ. 134.

12. Δ.Φ.Ν. 1998, σελ. 1752.

με αποτέλεσμα ο ειδικότερος έλεγχος της αιτιολογίας να έχει δευτερεύοντα, αν όχι ασήμαντο ρόλο, στην έκβαση της υπόθεσης και ο σχετικός λόγος να προβάλλεται αλυσιτελώς. Η νομολογιακή αυτή θέση υποκρύπτει ένα γενικότερο σκεπτικό σε ότι αφορά τον ρόλο του ελέγχου της αιτιολογίας της διοικητικής πράξης και την ιδιαίτερα δυσμενή για τον πολίτη τακτική της Διοίκησης να επανέρχεται με την ίδια επιλογή της ακυρωθείσας πράξης, σε περίπτωση κατά την οποία εξακριβώθηκε δικαστικώς μόνον εξωτερικά η νομιμότητα της αιτιολογίας, και όχι η ουσιαστική πλημμέλεια της πράξης. Συνεπώς, εάν το διοικητικό δικαστήριο είναι σε θέση — λόγω της πληρότητας του φακέλου, της μη υπάρξεως αμφιβολίας ως προς τα πραγματικά δεδομένα και τα επιμέρους κεφάλαια της υπόθεσης κ.λπ — να εξακριβώσει την ουσιαστική πλημμέλεια της πράξης, τότε, παρά το ότι η αιτιολογία της δεν είναι νόμιμη, η απλή ακύρωση της πράξης δημιουργεί ενδεχομένως περισσότερα προβλήματα από όσα επιλύει, διότι η Διοίκηση μπορεί να επανέλθει με κάπως διαφορετική αιτιολογία, χωρίς όμως να έχει θεραπευθεί η ουσιαστική πλημμέλεια της πράξης. Για να κατοχυρωθεί η οικονομία της δίκης, η ως άνω νομολογιακή θέση προτρέπει το διοικητικό δικαστήριο να μην αρκестεί στην εξέταση του ζητήματος της αιτιολογίας της πράξης ή και να το παρακάμψει και να προτιμά τον ουσιαστικό έλεγχο, προκειμένου να καθορίσει αυτό την έννομη σχέση και την ύπαρξη ή μη του δικαιώματος του πολίτη, εφ' όσον βεβαίως είναι σε θέση εξ αντικειμένου να το πράξει. Για την αποφυγή δηλαδή μίας ατέρμονης επαναφοράς μεταξύ Διοίκησης και Διοικητικών Δικαστηρίων της ίδιας υπόθεσης, κρίνεται σκόπιμη η εξ αρχής εξέταση των ουσιαστικών επιχειρημάτων του πολίτη και η από άποψη ουσίας διαμόρφωση κρίσης του διοικητικού δικαστή, ήδη από την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης. Από μερικούς συγγραφείς έχει υιοθετηθεί πλήρως η ανωτέρω νομολογιακή θέση [βλ. Κ. Χιώλου, σε άρθρο με τίτλο: «Όταν τα Διοικητικά Δικαστήρια διαπιστώσουν έλλειψιν αιτιολογίας οφείλουν να χωρούν εις κρίσιν επί της ουσίας της υποθέσεως», Ε.Δ.Κ.Α. 1991, σελ. 11], από άλλους όμως εκφράζονται ισχυρές επιφυλάξεις, θεωρώντας ότι η στάση αυτή ενέχει την «λογική της απορρόφησης του ελέγχου αιτιολογίας, από τον έλεγχο της ουσίας» (βλ. Γεωργίου Γεραπετρίτη, «Η αιτιολογία των Διοικητικών Πράξεων», εκδόσεις Α. Σάκκουλα, 1998, σελ. 137). Η επιφύλαξη αφορά στην δογματική αρτιότητα της νομολογιακής θέσης περί παράκαμψης του ελέγχου της αιτιολογίας, προκειμένου να εξετασθεί κατ' ουσία η υπόθεση, διότι υπάρχει περίπτωση η διοικητική πράξη να μην παρουσιάζει μεν ουσιαστικό ελάττωμα, αλλά να έχει πλημμελή ή ανύπαρκτη αιτιολογία, οπότε εάν δεν ακυρωθεί (λόγω της ορθότητας της) να αδρανοποιείται de facto η υποχρέωση της αιτιολογίας και να μετατρέπεται σε απλή ευχέρεια των διοικητικών αρχών. Ο φόβος αυτός δεν είναι εντελώς αβάσιμος, αλλά μετά τον νέο Κ.Δ.Δ. οι διοικητικές αρχές υποχρεούνται πλέον να αιτιολογούν όλες τις πράξεις τους και ως εκ τούτου, στην περίπτωση που προαναφέρθηκε, ο διοικητικός δικαστής δύναται να συμπληρώσει την ελλείπουσα ή πλημμελή αιτιολογία, εάν διακριβώσει πλήρως την ουσιαστική ορθότητα της προσβαλλόμενης πράξης. Ωστόσο, η υιοθέτηση αυτής της ορθής τακτικής πρέπει να λαμβάνει υπ' όψη της ότι ο ουσιαστικός έλεγχος του διοικητικού δικαστή είναι μεν αποτελεσματικότερος κατά την απονομή της δι-

οικητικής δικαιοσύνης, δεν πρέπει όμως να οδηγήσει σε κατάλυση της αρχής της διάκρισης των εξουσιών με την μεταφορά ρόλων και αρμοδιοτήτων από την Διοίκηση στα Διοικητικά Δικαστήρια.

4. Συμπέρασμα - προοπτικές.

Από τις προαναφερόμενες διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, γίνεται φανερό ότι σε κάθε περίπτωση έκδοσης διοικητικής πράξης (είτε ευμενούς, είτε δυσμενούς για τον πολίτη) απαιτείται πια αιτιολογία, διότι η διαχωριστική γραμμή της «εκ της φύσεως» αιτιολογητέας πράξης δεν έχει νόημα πλέον, μετά την ισχύ του νέου Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Επομένως, παύει να έχει ιδιαίτερη σημασία και η λεγόμενη «οικειοθελής αιτιολογία», η οποία συνεπαγόταν την ευχέρεια του διοικητικού οργάνου να εκδώσει την πράξη χωρίς αιτιολογία, αφού αυτή η ευχέρεια παύει να υφίσταται. Η υποχρέωση της Διοίκησης να αιτιολογεί όλες τις πράξεις της, εκτός του ότι είναι πρόδηλα σύμφωνη με τις βασικές αρχές του Κράτους Δικαίου και της χρηστής Διοίκησης, καθιστά και ευχερέστερο τον δικαστικό έλεγχο, όταν η πράξη αυτή, παρ' ό-τι ευμενής για τον πολίτη, προσβληθεί από τον έχοντα έννομο συμφέρον ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου. Από την άλλη πλευρά, τα Διοικητικά Δικαστήρια, που εκδικάζουν διοικητικές διαφορές ουσίας, έρχονται αντιμέτωπα με δικόγραφα, οι συντάκτες των οποίων συχνά προβάλλουν ως λόγο ακύρωσης «το αναιτιολόγητο» της προσβαλλόμενης πράξης, εφόσον προοδευτικά εμπεδώθηκε η αντίληψη ότι η διοικητική πράξη πρέπει να είναι αιτιολογημένη, διότι αυτό απαιτεί ο στοιχειώδης σεβασμός της αρχής της νομιμότητας, που διέπει την δράση της Δημόσιας Διοίκησης σε ένα Κράτος Δικαίου. Έτσι βέβαια, το Διοικητικό Δικαστήριο δεν μπορεί να αγνοήσει τον έλεγχο της αιτιολογίας, αλλά θα πρέπει να έχει κατά νουν ότι ο έλεγχος της ουσίας της υπόθεσης είναι το κύριο έργο του ως ουσιαστικού δικαστηρίου και, για τον λόγο αυτό, δεν πρέπει να περιορίζεται μόνον στον δικαστικό έλεγχο της αιτιολογίας της διοικητικής αρχής. Έτσι, εκείνοι που προβάλλουν με μεγάλη ευκολία το αναιτιολόγητο μίας διοικητικής πράξης στο δικόγραφο του ενδίκου βοηθήματος, θα ξέρουν ότι αυτό δεν αποτελεί το σημαντικό επιχείρημα για να επιτύχουν ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, που εν πάση περιπτώσει είναι πιθανόν να οδηγήσει σε μία εκ νέου έκδοση πράξης ίδιου περιεχομένου, με διαφορετική αιτιολογία, αλλά θα βοηθήσει στον ευρύ και σε βάθος έλεγχο της εσωτερικής νομιμότητας της πράξης αυτής.



ΣΥΜΒΑΣΗ TIME SHARING



Χριστίνας Κοκκινάκη*

Σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης

Εισαγωγή

Ο όρος TIME-SHARING, όπως αποκαλείται διεθνώς το ιδιότυπο αυτό δικαίωμα, χρησιμοποιήθηκε για πρώτη φορά στις ΗΠΑ, (όταν το κόστος απόκτησης ηλεκτρονικού υπολογιστή ήταν απαγορευτικό), για να υποδηλώσει τη διαδοχική κατά περιόδους χρήση του υπολογιστή από διάφορους χρήστες, οι οποίοι μοιράζονταν έτσι το χρόνο λειτουργίας του. Αν και το time-sharing βρίσκει πεδίο εφαρμογής σε διάφορους τομείς (γκαράζ, ταξί, γυμναστήρια κτλ), εντούτοις κυρίως συναντάται στον τομέα της τουριστικής βιομηχανίας. Για πρώτη φορά εμφανίζεται το 1967, σ' ένα θέρετρο χειμερινών διακοπών στις Γαλλικές Άλπεις. Σήμερα, μολονότι καταλαμβάνει στο παρόν ένα μικρό ποσοστό της διεθνούς τουριστικής βιομηχανίας, η εξάπλωσή του είναι ραγδαία, ιδίως στις ΗΠΑ. Στην Ελλάδα, σύμφωνα με τα στοιχεία του ΕΟΤ, καταγράφονται 15000 οικογένειες χρονομεριδιούχων, που έχουν χρονομερίδια σε 52 ξενοδοχειακά συγκροτήματα¹.

Συγκεκριμένα, το time sharing αποτελεί μια σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ του ιδιοκτήτη του τουριστικού καταλύματος και του πελάτη. Με τη σύμβαση αυτή ο πελάτης αποκτά το δικαίωμα αποκλειστικής χρήσης ενός καταλύματος ή διαμερίσματος αυτού για ορισμένο χρονικό διάστημα (π.χ. μία εβδομάδα) κάθε χρόνο, ή για ορισμένα χρόνια ή και χρονικά απεριόριστα. Συχνά ο ετήσιος χρόνος χρήσης του καταλύματος επιμερίζεται σε περισσότερες χρονικές μονάδες, οι οποίες μοιράζονται σε περισσότερους δικαιούχους-χρονομεριδιούχους. Το τίμημα καταβάλλεται εξολοκλήρου, επιπλέον δε καταβάλλεται ετησίως ένα συμφωνημένο ποσό, ως συμμετοχή του πελάτη στα έξοδα συντήρησης του ακινήτου και στην παροχή υπηρεσιών.

Πλεονεκτήματα-Κίνδυνοι

Η σύμβαση time-sharing εξασφαλίζει στο χρονομεριδιούχο τη δυνατότητα σταθερών διακοπών, στον ίδιο τόπο, για μεγάλο χρονικό διάστημα και μάλιστα έναντι σταθερής τιμής, αφού δεν επηρεάζεται από τον πληθωρισμό, τον τιμάριθμο κ.τλ. Ασφαλώς το κόστος αυτής της σύμβασης είναι πολύ χαμηλότερο από την αγορά μιας παραθεριστικής κατοικίας, η οποία, τον περισσότερο χρόνο, θα παρέμενε κενή. Επίσης, τα έξοδα συντήρησης κατανέμονται μεταξύ των χρονομεριδιούχων. Σημαντικό πλεονέκτημα του συστήματος είναι και η ευελιξία του, καθώς ο χρονομεριδιούχος έχει τη δυ-

* Η Χριστίνα Κοκκινάκη, είναι δικηγόρος Ηρακλείου, Μ.Δ. Αστικού Δικαίου, Νομικής Σχολής ΕΚΠ Αθηνών.

1. βλ. Παπαρσενίου Π.: Κοινοτικές Οδηγίες και Δικαιώματα Ιδιωτών, ένα παράδειγμα: Η Σύμβαση Χρονομεριστικής Μίσθωσης (TIME SHARING), εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2002, σελ 235 επ.

νατότητα να μεταβιβάσει περαιτέρω το δικαίωμα χρήσης ή να το ανταλλάξει με κάποιον άλλο, στα πλαίσια των οργανωμένων συστημάτων διεθνών ανταλλαγών. Από την άλλη πλευρά, ο ιδιοκτήτης εξασφαλίζει την εκμετάλλευση του καταλύματος για ορισμένα χρονικά διαστήματα.

Σε τέτοιες συμβάσεις όμως υποκρύπτονται σοβαροί κίνδυνοι, κυρίως για τον πελάτη. Οι πιθανότητες απογοήτευσής του είναι πολλές, αφού συχνά συνάπτει τη σύμβαση χωρίς να έχει δει το κατάλυμα. Επίσης, η άμεση δέσμευση όλου του κεφαλαίου και η καταβολή του κατά το χρόνο της σύναψης αποδεικνύεται σαφώς μειονεκτικότερη από την έντοκη κατάθεσή του, την σε ετήσια βάση οργάνωση ενός ταξιδιού και ενοικίαση ενός διαμερίσματος. Επιπλέον, τα έξοδα συντήρησης μπορεί να αυξάνονται απροσδόκητα, ενώ ο χρονομεριδιούχος, έχοντας προκαταβάλει την παροχή του, συχνά αντιμετωπίζεται σαν πελάτης "δεύτερης κατηγορίας". Αλλά και η ανταλλαγή ή μεταβίβαση των μεριδίων δεν είναι εξασφαλισμένη, αφού εξαρτάται από το χρονικό διάστημα που είναι διαθέσιμα.

Αξίζει να σημειωθεί ότι οι συμβάσεις αυτές συχνά συνάπτονται υπό συνθήκες επισφαλείς, εξαιτίας των επιθετικών μεθόδων πωλήσεων των ιδιοκτητών, οι οποίοι εκμεταλλεύονται την καλοπιστία των πελατών, που πέφτουν στη συνέχεια θύματα απάτης. Το γεγονός αυτό κατέστησε επιτακτική την ανάγκη νομοθετικής ρύθμισης του θέματος, σε επίπεδο κοινοτικό και εθνικό ².

Νομικοί τύποι του χρονομεριδίου

Η νομική φύση του time sharing υπήρξε πολυσχιδής. Το χρονομερίδιο, δηλαδή το δικαίωμα περιοδικής διαμονής σε τουριστικό κατάλυμα εμφανίζεται στη θεωρία που απορρέει από σύμβαση χρονομερισμού διακοπών, έγινε αντιληπτό, συχνά και στο ίδιο δικαιοσύστημα, ως δικαίωμα εμπράγματο, ενοχικό, εταιρικό.

Νομικοί τύποι εμπράγματου χαρακτήρα ³

Ο καθηγητής κ. Γεωργιάδης αναγνωρίζει την πολυιδιοκτησία (ή χρονικά διαιρεμένη ιδιοκτησία) ως νέο είδος πολυδιάσπασης της κυριότητας και θεωρεί ότι, μέσα στα πλαίσια του θεσμού αυτού, είναι δυνατή η συγκυριότητα σε ακίνητο, είτε εξ' αδιαίρετου είτε εξ' ολοκλήρου περιορισμένη χρονικά.

Στην περίπτωση της οριζόντιας ιδιοκτησίας οι μεταξύ των χρονομεριδιούχων σχέσεις διέπονται από τον κανονισμό χρήσης και διοίκησης, ο οποίος καταρτίζεται από εκείνους που συνιστούν την οριζόντια ιδιοκτησία και στον οποίο προσχωρούν οι λοιποί ιδιοκτήτες.

Ως εμπράγματο, ιδιαίτερο δικαίωμα κυριότητας αποτελείται από ένα ποσοστό συγκυριότητας επί χωριστής ιδιοκτησίας (π.χ. δωμάτιο ξενοδοχείου) και η συμμετοχή του ποσοστού αυτού σε ποσοστό συγκυριότητας που έχει η χωριστή ιδιοκτησία επί των κοινών μερών του ακινήτου (κοινόχρηστων εγκαταστάσεων του ξενοδοχείου),

2. βλ. Παπαρσενίου Π., *ό.π.*, σελ 238 επ.

3. βλ. Γεωργιάδης, Απ.: «Η πολυιδιοκτησία ή χρονικά διαιρεμένη ιδιοκτησία», *Ελλ. Δικ.* 1988, σελ. 1653.

ενώ η χρονική κατανομή της χρήσης των περισσότερων συγκυρίων του ίδιου διαμερίσματος ρυθμίζεται από τον κανονισμό χρήσης και διοίκησης, ο οποίος περιλαμβάνεται στην ιδρυτική της συγκυριότητας πράξη.

Δυνατόν το χρονομερίδιο να έχει και τη μορφή προσωπικών δουλειών της επικαρπίας και της οίκησης, ως εγγραπτών βαρών, υπέρ ενός ή περισσότερων προσώπων κατά ιδανικά μέρη, καθώς και περιορισμένης προσωπικής δουλειάς. Και στις περιπτώσεις αυτές των περιορισμένων εμπραγμάτων δικαιωμάτων, το δικαίωμα χρήσης περιορίζεται και προσδιορίζεται χρονικά.

Σε ορισμένες χώρες το χρονομερίδιο έχει αναγνωριστεί από το νομοθέτη ως νέο εμπράγματο δικαίωμα, το οποίο προστίθεται στα ήδη υπάρχοντα. Για παράδειγμα στην Πορτογαλία καθιερώνεται με νόμο, ως νέο εμπράγματο δικαίωμα, το δικαίωμα περιοδικής κατοικήσεως, ανάλογο προς αυτό της οριζόντιας ιδιοκτησίας. Αντί της οριζόντιας ιδιοκτησίας ορόφου ή διαμερίσματος, χρησιμοποιείται η έννοια της χρονικής μονάδας, π.χ. το δικαίωμα περιοδικής χρήσης τουριστικού καταλύματος για μια εβδομάδα ή χρονικά απεριόριστα.

Νομικοί τύποι ενοχικού χαρακτήρα⁴

Το χρονομερίδιο μπορεί να εμφανίζεται και ως ενοχικό δικαίωμα που απορρέει από ενοχική σύμβαση, όπως η μίσθωση πράγματος, η παροχή υπηρεσιών ή η ξενοδοχειακή σύμβαση, επιλογή που υιοθετούν κατεξοχήν οι χώρες του αγγλοσαξωνικού δικαίου.

Τα ενοχικά δικαιώματα καθίστανται ενεργά μόνο μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών επιφέρουν αποτελέσματα. Επειδή όμως η σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης συνάπτεται για μακρύ χρονικό διάστημα, προβλέπεται υποχρέωση τήρησης συμβολαιογραφικού τύπου και μεταγραφής. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα το ενοχικό δικαίωμα της χρονομεριστικής μίσθωσης να αντιτάσσεται έναντι των τρίτων και να είναι απρόσβλητο από αυτούς. Το ως άνω φαινόμενο, όπως θα αναφερθεί και παρακάτω, στηρίζει και την άποψη ότι η σύμβαση αυτή προσεγγίζει περισσότερο την πώληση και μεταβίβαση ενός περιορισμένου χρονικά δικαιώματος, το οποίο συνίσταται στην αποκλειστική και περιοδική χρήση του τμήματος του τουριστικού καταλύματος (Παπαρσενίου).

Νομικοί τύποι εταιρικού χαρακτήρα⁵

Συνήθης μορφή εμφάνισης του θεσμού στη Γαλλία είναι η λεγόμενη αστική εταιρία συμμετοχής, όπου οι χρονομεριδιούχοι είναι οι μέτοχοι μιας εταιρίας, στην οποία ανήκει το τουριστικό κατάλυμα. Παραλλαγή της μορφής αυτής είναι η σύσταση ανώνυμης εταιρίας. Στους μετόχους χορηγούνται ονομαστικές μετοχές, οι οποίες ενσωματώνουν αφενός την οικονομική συγκυριότητα των μετοχών στο ακίνητο και αφετέρου όλα τα σχετικά προς την ανώνυμη εταιρία δικαιώματα διοικήσεως. Παράλληλα οι μέτοχοι, συνάπτουν με την ανώνυμη εταιρία ενοχική σύμβαση απεριόριστης διάρκειας,

4. βλ. Γεωργιάδης Απ., *ό.π.*

5. βλ. Γεωργιάδης Απ., *ό.π.*

με την οποία τους παραχωρείται το δικαίωμα διαμονής κάθε χρόνο σε συγκεκριμένο διαμέρισμα η δωμάτιο του τουριστικού καταλύματος που ανήκει στην εταιρία.

Η λύση του Έλληνα νομοθέτη

Στην εισηγητική έκθεση του νόμου 1652/86, αναγνωρίζεται το time-sharing ως ενδιαφέρον την εθνική οικονομία, καθώς αποτελεί μέσο προσέλκυσης τουριστών υψηλής ποιότητας και σε σταθερή βάση, καθώς και μέσο διατήρησης της ανταγωνιστικότητας της χώρας στον τομέα του τουρισμού και εξασφάλισης της πληρότητας των ξενοδοχειακών συγκροτημάτων. Ο Έλληνας νομοθέτης τελικά, κατά την εισαγωγή του time-sharing, φαίνεται να προέκρινε τη μορφή της χρονικά διαιρεμένης μίσθωσης. Ο ως άνω νόμος φέρει τον τίτλο "Σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης και άλλων συναφών θεμάτων" καθιερώνοντας έτσι την ενοχική φύση του χρονομεριδίου. Κατ' εξουσιοδότηση του νόμου αυτού (άρθρο 6) εκδόθηκε η υπ' αριθμόν Α9953/ΔΙΟΝΟΣΕ/1789 της 11/15.12.87 Απόφαση του Υπ. Εθνικής Οικονομίας. Στις ρυθμίσεις αυτές προστέθηκε η Οδηγία 94/47/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 26ης Οκτωβρίου 1994. Σύμφωνα με το προοίμιο της Οδηγίας, η ανάγκη μιας ελάχιστης βάσης κοινών κανόνων στον τομέα του time-sharing θα εξασφαλίσει την καλή λειτουργία στην κοινή αγορά και την προστασία των πολιτών, καθώς οι διαφορές μεταξύ των εθνικών νομοθεσιών σε ότι αφορά το time-sharing, θα μπορούσαν να δημιουργήσουν εμπόδια στην καλή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Ωστόσο, αφήνει μεγάλη ελευθερία στον εθνικό νομοθέτη για τη ρύθμιση του θέματος και την επιλογή της νομικής φύσης του χρονομεριδίου και επικεντρώνεται σε θέματα πληροφόρησης και στις διαδικασίες καταγγελίας και υπαναχώρησης. Για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις επιταγές της κοινοτικής Οδηγίας εκδόθηκε το Π.Δ. 182/1999, που διατήρησε σε ισχύ το Ν. 1652/86 με το άρθρο 8, ακολούθησε δε τροποποίηση των ως άνω άρθρων, με το Π.Δ. 293/2001. Το αρ. 5 του Ν. 1652/86 και το αρ. 8 του Π.Δ. 182/99 παραπέμπουν στη συμπληρωματική εφαρμογή των διατάξεων του Α.Κ. για τη μίσθωση πράγματος, για θέματα που δε ρυθμίζονται από τους νόμους αυτούς. Εν τούτοις, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, το δικαίωμα του χρονομεριδιούχου μισθωτή αναπτύσσει περιορισμένη εμπράγματα ενέργεια, δηλαδή αντιτάσσεται, υπό προϋποθέσεις, κατά τρίτων.

Η διατύπωση του στ. β στο παράρτημα του αρ. 9 του Π.Δ. 182/99.: "Η σύμβαση πρέπει να αναφέρει την ακριβή φύση του δικαιώματος το οποίο αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης", δεν πρέπει να προκαλεί σύγχυση ως προς την επιλογή του Έλληνα νομοθέτη για τη νομική φύση του χρονομεριδίου, καθώς οφείλεται στην αυτούσια και αβίαστη μεταφορά του κειμένου της Οδηγίας.

Ενοχική φύση

Πρόκειται για σύμβαση ενοχική, υποσχετική και αμφοτεροβαρή. Η πρόβλεψη από το νόμο, υποχρεωτικά, μακροχρόνιας ισχύος, την κατατάσσει στις διαρκείς συμβάσεις, η υποχρέωση τήρησης συμβολαιογραφικού τύπου, στις τυπικές, και η ύπαρξη νόμου που την καθορίζει, στις επώνυμες. Με αφετηρία τις υποχρεώσεις του εκμισθωτή,

όπως αναφέρονται στο άρ. 1 παρ. 1 του Ν. 1652/86, η χρονομεριστική μίσθωση παρουσιάζει στοιχεία τόσο της κοινής μίσθωσης όσο και της σύμβασης παροχής υπηρεσιών.

Υποκείμενα της σύμβασης είναι ο χρονομεριδιούχος εκμισθωτής και ο μισθωτής, σύμφωνα με τον Ν. 1652/86. Στο Π.Δ. 182/99 χρησιμοποιούνται οι όροι πωλητής και αγοραστής, κατ' ακολουθία της Οδηγίας, οι οποίοι όμως υποδηλώνουν τα παραπάνω πρόσωπα αντιστοίχως. Επομένως, η αντίφαση αυτή στη διατύπωση των ως άνω νόμων δεν πρέπει να οδηγεί σε ερμηνευτικές συγχύσεις, καθώς οφείλεται στη βιαστική και κακότεχνη διατύπωση του Π.Δ., που συντάχθηκε κατά πιστή σχεδόν αντιγραφή της Οδηγίας.

Σύμφωνα με το Π.Δ. 182/99 (αρ. 2γ, δ), όπως τροποποίησε το άρθρο 1 του Ν. 1652/86 (και του 3 παρ. 1α της Απόφασης) προς συμμόρφωση στην Οδηγία, πωλητής-εκμισθωτής είναι οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που καλύπτει το διάταγμα στα πλαίσια των επαγγελματικών του δραστηριοτήτων και αγοραστής-μισθωτής οποιοδήποτε φυσικό πρόσωπο ενεργεί στα πλαίσια των συναλλαγών που περιγράφει το διάταγμα, ανεξαρτήτως επαγγελματικής δραστηριότητας.

Το αντικείμενο της σύμβασης είναι διπλό. Η βασική υποχρέωση του εκμισθωτή συνίσταται στην παροχή προς χρήση του τουριστικού καταλύματος. Επιπλέον υποχρεούται να παρέχει υπηρεσίες (άρθρο 1, παρ. 1 ω 1652/86). Από το πνεύμα του αρ. 10 παρ. 2 της ΥΑ συνάγεται ότι πρόκειται για υπηρεσίες ανάλογες προς αυτές που οφείλει να παρέχει ο τουριστικός επιχειρηματίας στους υπόλοιπους πελάτες του.

Βασική υποχρέωση του μισθωτή είναι η καταβολή του τιμήματος, το οποίο καταβάλλεται, όχι περιοδικά, αλλά εξ' ολοκλήρου, εντός του πρώτου δεκαοκταμήνου, τοις μετρητοίς ή σε δόσεις, (αρ. 5 ΥΑ). Το άρθρο 6 της οδηγίας επιβάλλει στους εθνικούς νομοθέτες να προβλέπουν την απαγόρευση κάθε πληρωμής προκαταβολής από τον αγοραστή, πριν το τέλος της περιόδου άσκησης του δικαιώματος υπαναχώρησης. Ο Έλληνας νομοθέτης με το αρ. 5 Ν. 182/1999 ορίζει ομοίως. Επιπλέον υποχρέωση του μισθωτή είναι η ετήσια καταβολή τιμήματος ως συμμετοχή στα έξοδα συντήρησης του ακινήτου και αντάλλαγμα για την παροχή υπηρεσιών (βλ αρ. 3 στοιχείο ε ΥΑ, στοιχείο θ παραρτήματος της Οδηγίας, όπως προσαρτάται στο Π.Δ. 182/99).

Και ο αντίλογος...

Παρά τον νομικό χαρακτηρισμό του Έλληνα νομοθέτη, αλλά και την παραπομπή στις διατάξεις της κοινής μίσθωσης, η συνολική θεώρηση της σύμβασης time-sharing μας απομακρύνει, κατά μία άποψη⁶, από τον συμβατικό τύπο της μίσθωσης. Σαν πρώτο επιχείρημα προκρίνεται το γεγονός της διαλειμματικής και όχι περιοδικής χρήσης του τουριστικού καταλύματος. Επιπλέον ο χρονομεριδιούχος δεν υποχρεούται σε περιοδικές καταβολές του «μισθώματος», αλλά αντίθετα εξαναγκάζεται σε προκαταβο-

6. βλ. Παπαρσενίου Π., *ό.π.*, σελ 244 επ.

λή του μισθώματος. Υποστηρίζεται λοιπόν ότι τα «μισθώματα» δεν είναι περιοδικές παροχές, που αντιστοιχούν η καθεμιά σε διαδοχικές περιόδους χρήσης, ούτε υπάρχει χρονική αλληλεξάρτηση μεταξύ των περιόδων χρήσης και του ανταλλάγματος του μισθωτή. Ο χρονομεριδιούχος, κατά ρητή νομοθετική επιταγή, υποχρεούται σε προκαταβολή της παροχής του για όλο το χρονικό διάστημα της μίσθωσης, έτσι ώστε η σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης να προσιδιάζει περισσότερο σε σύμβαση πώλησης ενός δικαιώματος περιοδικής και αποκλειστικής χρήσης. Η υποχρεωτική, εφάπαξ προκαταβολή του μισθώματος αλλοιώνει και τις έννομες συνέπειες που συνεπάγεται η ανώμαλη εξέλιξη της σύμβασης, καθώς αποστερεί το χρονομεριδιούχο από τη δυνατότητα άσκησης των δικαιωμάτων μείωσης ή μη καταβολής του μισθώματος σε περίπτωση ύπαρξης πραγματικών ή νομικών ελαττωμάτων ή έλλειψης συμφωνημένων ιδιοτήτων, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 576 και 583 Α.Κ. Η υποστηρίζουσα την άποψη αυτή Π. Παπαρσενίου ενισχύει εν προκειμένω την επιχειρηματολογία της, επικαλούμενη το γεγονός του συμβολαιογραφικού τύπου και της μεταγραφής, τα οποία μάλιστα έχουν σαν αποτέλεσμα την εμπραγμάτωση του ενοχικού δικαιώματος του χρονομεριδιούχου, τα οποία όμως θα αναλυθούν κατωτέρω. Επιπλέον υποστηρίζει ότι η διασφάλιση της οριστικής παραμονής των μισθωμάτων στα χέρια του αρχικού ξενοδόχου είναι ένα ακόμη αδιάσειστο στοιχείο για την πραγματική φύση της αντιπαροχής ως ανταλλάγματος για την παροχή ενός δικαιώματος αποκλειστικής και περιοδικής χρήσης. Ακόμη, στο δικαίωμα αυτό προσδίδονται από το νομοθέτη στοιχεία περιορισμένου εμπράγματος δικαιώματος με βάση το αρ. 2 του Ν. 1652/86, που απηχεί τη δύναμη παρακολούθησής των περιορισμένων εμπραγμάτων δικαιωμάτων, σύμφωνα με την οποία όχι μόνο ο κύριος του πράγματος κατά τη σύστασή τους αλλά και κάθε διάδοχος στην κυριότητα του πράγματος είναι υποχρεωμένος να σέβεται τα δικαιώματα αυτά, καθώς και με το αρ. 3, στο οποίο λανθάνει η αρχή της χρονικής προτεραιότητας. Η Π. Παπαρσενίου δέχεται, λοιπόν, ότι η απόσταση που χωρίζει τη σύμβαση του time-sharing από ένα περιορισμένο εμπράγματο δικαίωμα δεν είναι τόσο μεγάλη. Η εμπράγματη φύση του δικαιώματος αυτού εξικνείται από την απλή «εμπραγμάτωση», που γνωρίζουν τα δικαιώματα του κοινού μισθωτή στο δίκαιο της μίσθωσης. Καταλήγει έτσι, ότι η σύμβαση time sharing αποτελεί μία νέα ακόμη ιδιόμορφη σύμβαση, που παρά τη ρητή διάταξη του άρθρου 8 του Π.Δ. 182/99 δεν μπορεί να ενταχθεί αβίαστα στο πρότυπο της σύμβασης μίσθωσης του Α.Κ., αλλά πολύ περισσότερο προσεγγίζει στην πώληση ενός περιορισμένου εμπράγματος δικαιώματος, του οποίου το ειδικότερο περιεχόμενο εξαντλείται στην αποκλειστική περιοδική χρήση ενός δωματίου ή μεμονωμένου διαμερίσματος ενός τουριστικού καταλύματος.

Τονιστέο στο σημείο αυτό είναι το εξής: Η αρχή του κλειστού αριθμού των εμπραγμάτων δικαιωμάτων (numerus clausus), που καθιερώνει το αρ. Α.Κ. 973, ισχύει ως περιορισμός μόνο της ιδιωτικής βούλησης. Αυτό σημαίνει ότι η ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να διαπλάσει νέα εμπράγματα δικαιώματα, πέραν των αναφερόμενων στο Α.Κ. 973. Η δυνατότητα αυτή όμως δεν αποκλείεται στον Έλληνα Νομοθέτη. Και στην περίπτωση του χρονομεριδίου, ο Έλληνας Νομοθέτης την αξιοποιεί.

Μια ενδιάμεση άποψη: «Εμπραγμάτωση» του ενοχικού δικαιώματος του μισθωτή

Ως προς τη νομική της φύση, όπως αναφέρει ο Μ. Σταθόπουλος⁷ η χρονομεριστική μίσθωση, χωρίς να αποβάλλει τον ενοχικό της χαρακτήρα (δηλ. *inter partes* ενέργεια), συνιστά κατά αποτέλεσμα περιορισμένη δικαιοπρακτική διάθεση (εκποίηση) του μισθίου, αφού αναπτύσσει περιορισμένη μόνο ενέργεια. Η χρονομεριστική μίσθωση δηλαδή είναι κατά βάση μεν υποσχετική δικαιοπραξία, εν μέρει όμως και δικαιοπραξία διαθέσεως, αφού συνεπάγεται, σύμφωνα και με το νόμο (κατ' εξαίρεση του *numerus clausus* του 973 Α.Κ.) απόκτηση εν μέρει απόλυτης εξουσίας πάνω στο πράγμα και μάλιστα από τη χρονική στιγμή της μεταγραφής.

Η διαπίστωση αυτή απορρέει από τις παραγράφους 1 και 3 του άρθρου 2 του Ν. 1652/86, που εισάγουν εξαίρεση από την αρχή της σχετικότητας των ενοχών, καθώς καθιερώνουν το αντιτάξιμο του δικαιώματος του μισθωτή έναντι τρίτων προσώπων.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παρ. 1 εδ. α του άρθρου 2 του Ν. 1652/86 οι καθολικοί και ειδικοί διάδοχοι των συμβαλλομένων υπεισέρχονται στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των συμβαλλομένων. Η διάταξη αυτή δεν έχει ιδιαίτερη σημασία για τους καθολικούς διαδόχους, που ούτως ή άλλως κληρονομούν τις ενοχικές σχέσεις, αλλά κυρίως για τους ειδικούς διαδόχους, δηλαδή αυτούς στους οποίους μεταβιβάζεται το ακίνητο ή άλλο εμπράγματο δικαίωμα (μετά τη μεταγραφή), καθώς και τους δανειστές του εκμισθωτή, σε περίπτωση αναγκαστικής εκτέλεσης.

Σύμφωνα με την παρ. 2 του ίδιου άρθρου, προστατεύονται τόσο ο χρονομεριδιούχος όσο και οι διάδοχοί του, αφού η άπαξ καταβολή του τιμήματος θεωρείται δεσμευτική για τους καθολικούς και ειδικούς διαδόχους του εκμισθωτή και αποσβένονται έτσι κάθε αξίωση τους για μισθώματα «προκαταβεβλημένα» από τον μισθωτή ή κατεσχημένα από τους δανειστές του δικαιοπαρόχου τους ΧΩΡΙΣ ΚΑΝΕΝΑ ΧΡΟΝΙΚΟ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟ⁸.

Με το εδ. β της παρ. 1 του αρ. 2 του Ν. 1652/86, διασφαλίζονται και ο εκμισθωτής και οι διάδοχοί του από τον κίνδυνο να επιστρέψουν τα «προκαταβληθέντα» μισθώματα στους καθολικούς διαδόχους του μισθωτή, σε περίπτωση που αυτοί επιλέξουν να λύσουν τη σύμβαση με καταγγελία. Έτσι το δικαίωμα καταγγελίας, που δίνεται στους καθολικούς, και όχι ειδικούς διαδόχους του μισθωτή, τους απαλλάσσει μόνο από την καταβολή ετήσιας παροχής για τη συντήρηση του ακινήτου.

Το φαινόμενο της «εμπραγμάτωσης» του ενοχικού δικαιώματος του μισθωτή δεν είναι άγνωστο και στην κοινή μίσθωση του Α.Κ., δεδομένου ότι το δικαίωμα του μισθωτή να του παραχωρηθεί η χρήση του μισθίου (Α.Κ. 574) ενεργεί υπό τις προϋποθέσεις των άρθρων 614 επ. Α.Κ. και κατά του νέου ιδιοκτήτη ή του αποκτώντος άλλο

7. βλ. Σταθόπουλος Μ. «Προβλήματα από την εφαρμογή του νόμου για τις Χρονομεριστικές Μισθώσεις» Γνωμ., ΝοΒ 1994, 961 επ.

8. βλ. Σταθόπουλος Μ., ό.π. σελ. 962, Μάξης, ΝοΒ 1998, 320, Απαλαγάκη, Αρμενόπουλος 2000, 1313, αν και η τελευταία παρά το γεγονός ότι αναγνωρίζει το αντιτάξιμο της προπληρωμής των μισθωμάτων έναντι των διαδόχων του εκμισθωτή, τελικά δεν συνάγει κάποιο επιχείρημα υπέρ της εμπραγμάτωσης και καταλήγει ότι η σύμβαση *time sharing* είναι σύμβαση ενοχική διαρκής και μικτή, περιλαμβάνουσα στοιχεία μισθώσεως πράγματος και παροχής ξενοδοχειακών υπηρεσιών.

εμπράγματο δικαίωμα που αποκλείει στο μισθωτή τη χρήση. Ο Απ. Γεωργιάδης παρατηρεί⁹ ότι, στις περιπτώσεις αυτές, δεν πρόκειται για γνήσια «εμπραγμάτωση» αλλά ο νόμος απλώς επιφέρει αλλοίωση ως προς το υποκείμενο της ενοχής, αφού προσθέτει στον ήδη υπάρχοντα οφειλέτη και νέο. Όμως η απολυτοποίηση του δικαιώματος του χρονομεριδιούχου είναι μεγαλύτερη από εκείνη του κοινού μισθωτή γιατί, όπως θα διαπιστωθεί και κατωτέρω, αφενός εμφανίζεται ως εγγενές χαρακτηριστικό του ίδιου του δικαιώματος του χρονομεριδιούχου και αφετέρου αποσυνδέεται από τις προϋποθέσεις του 614 επ.¹⁰

Προϋποθέσεις «εμπραγμάτωσης»

Για την «εμπραγμάτωση» του δικαιώματος του μισθωτή και συγκεκριμένα του δικαιώματος περιοδικής διαμονής σε τουριστικό κατάλυμα η οποία απορρέει από σύμβαση χρονομερισμού διακοπών προϋποτίθενται 4 στοιχεία:

Ακίνητο υπαγόμενο στο νόμο

Ο νόμος 1652/86, στο αρ. 1 παρ. 1, ορίζει ότι, για να ισχύσει για τη σύμβαση το καθεστώς χρονομεριστικής μίσθωσης το ακίνητο πρέπει να αποτελεί τουριστικό κατάλυμα. Στο εδάφιο β διευκρινίζεται ότι στην έννοια του τουριστικού καταλύματος εντάσσονται ξενοδοχειακές μονάδες και γενικά τουριστικές εγκαταστάσεις που λειτουργούν με άδεια του ΕΟΤ. Η ΥΑ του '87, εξειδικεύοντας δε ακόμη περισσότερο την έννοια, ορίζει ότι στους όρους "ξενοδοχειακές μονάδες και γενικά τουριστικές εγκαταστάσεις" υπάγονται περιοριστικά τα καταλύματα που έχουν μία από τις ακόλουθες μορφές:

- ξενοδοχεία κλασικού τύπου·
- ξενοδοχεία τύπου επιπλωμένων διαμερισμάτων·
- ξενοδοχεία μικτής λειτουργικής μορφής·
- τουριστικές επαύλεις και
- τουριστικά επιπλωμένα σπίτια.

Επιπροσθέτως απαιτείται τα τουριστικά καταλύματα να είναι Β' τάξης και να λειτουργούν σύμφωνα με τις νόμιμες άδειες κτιρίου και λειτουργίας του ΕΟΤ.

Ο νομοθέτης, με τους περιορισμούς αυτούς, προσπαθεί να εξασφαλίσει την εφαρμογή του χρονομερισμού σε τουριστικές εγκαταστάσεις που όντως έχουν τη δυνατότητα να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις σωστής λειτουργίας του.

Παράλληλα, για να εξασφαλιστεί η καλή και σύμφωνα με τον τουριστικό χαρακτήρα λειτουργία των ως άνω ακινήτων και να διατηρηθούν οι θέσεις εργασίας, επιτρέπει τη μερική μόνο υπαγωγή των τουριστικών καταλυμάτων σε καθεστώς χρονομεριστικής μίσθωσης (άρθρα 1 παρ 3 και 8 ΥΑ), ενώ το τμήμα που θα υπαχθεί σε αυτό το καθεστώς πρέπει να είναι συνεχόμενο ή ενοποιημένο σε οργανικές ενότητες (αρ. 1,

9. βλ. Α.Κ., Απ. Γεωργιάδης-Μ. Σταθόπουλος, υπό άρθρο 973 Α.Κ., αρ. 35-36.

10. βλ. Μ. Σταθόπουλος *ό.π.* 962, Παπαρσενίου *ό.π.* 247.

παρ. 4 ΥΑ). Στο αρ. 1 παρ. 5 της ΥΑ διευκρινίζεται ότι δεκτικοί χρονομεριστικής μίσθωσης είναι μόνο χώροι προοριζόμενοι για διανυκτέρευση και διαμονή και όχι κοινοχρήστοι χώροι ή προοριζόμενοι για άλλες ειδικές χρήσεις.

Η κοινοτική Οδηγία δίνει έναν ευρύτερο ορισμό στο αρ. 2 στοιχείο 2. Συγκεκριμένα ορίζει ότι ακίνητο νοείται κάθε προοριζόμενο για κατοικία κτίριο ή μέρος κτιρίου, το οποίο αφορά το δικαίωμα που αποτελεί αντικείμενο της σύμβασης. Το Π.Δ. 182/99 (αρ. 2 παρ. 1β) διατηρεί ωστόσο σε ισχύ τους περιορισμούς της κείμενης νομοθεσίας.

Διάρκεια

Το Π.Δ. (αρ. 2 παρ. 1α, 3) τροποποίησε το νόμο του '86, ακολουθώντας την κοινοτική οδηγία και έτσι τέθηκε ως προϋπόθεση η σύμβαση να συνάπτεται για 3 έως 60 έτη. Το κατώτατο όριο τίθεται από το νομοθέτη για να αποκτήσουν και οι κάτω των 9 ετών μισθώσεις την προστασία του 618 Α.Κ. (αν και εδώ παρέχεται μεγαλύτερη προστασία), ενώ το ανώτατο όριο τίθεται ως εισαγωγή εξαίρεσης από την 610 Α.Κ. (καταγγελία μίσθωσης αόριστης διάρκειας για μισθώσεις άνω των 30 ετών).

Χρονικό όριο τίθεται και για τη διάρκεια διαμονής. Κατά την Οδηγία και το Π.Δ. 182/99, η διάρκεια της διαμονής δεν μπορεί να είναι μικρότερη από μία εβδομάδα. Κατά το παράρτημα της οδηγίας (στοιχείο η) και το Π.Δ. 182/99 που το ενσωματώνει, απαιτείται στο συμβόλαιο ακριβής δήλωση του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο μπορεί να ασκηθεί το δικαίωμα. Ημερολογιακό προσδιορισμό απαιτεί και η ΥΑ (άρθρο 3).

Τύπος

Το αρ. 1 παρ. 2 του Ν. 1652/86 και το αρ. 2 παρ. 2 του Π.Δ. 182/99 ορίζουν ως προϋπόθεση την τήρηση συμβολαιογραφικού τύπου. Η υποχρέωση αυτή τίθεται επί ποινή ακυρότητας και άρα αποτελεί συστατικό τύπο. Έτσι το δικαίωμα της χρήσης αντιτάσσεται κατά του νέου κτήτορα. Η σημαντική διαφορά από το 618 Α.Κ. έγκειται στο γεγονός ότι, στη χρονομεριστική μίσθωση, η μη τήρηση συμβολαιογραφικού τύπου καθιστά τη σύμβαση ανίσχυρη και για τα συμβαλλόμενα μέρη, ενώ στην κοινή μίσθωση άνω των 9 ετών, εάν δεν υπάρχει τύπος, η σύμβαση είναι ισχυρή μεταξύ των μεταξύ των συμβαλλομένων αλλά, δεν αναπτύσσει ενέργεια έναντι του νέου κτήτορα. Η οδηγία επιβάλλει την τήρηση απλώς γραπτού τύπου (άρθρο 4), αλλά θέτει την ελάχιστη βάση προστασίας, όπως επιβεβαιώνεται και από το άρθρο 11.

Μεταγραφή

Η χρονομεριστική μίσθωση αποκτά ενέργεια από τη μεταγραφή του συμβολαίου, χωρίς να επιδρά στο κύρος της η μη γνωστοποίησή της στον ΕΟΤ, κατά τις επιταγές του άρθρου 4 παρ. 1 Ν. 1652/86. Οι αυξημένες διατυπώσεις δημοσιότητας απαιτούνται για να μη διασαλεύεται η ασφάλεια δικαίου και για την καλύτερη λειτουργία των χρονομισθώσεων, καθώς με αυτό τον τρόπο εξασφαλίζεται η δυνατότητα γνώσης (και κατά προέκταση η προστασία) των τρίτων και προσδίδεται στις χρονομισθώσεις

εμπράγματη ενέργεια, έτσι ώστε οι μισθωτοί να μπορούν να προστατεύονται, αντιτάσσοντας τα δικαιώματά τους κατά των τρίτων.

Ο Μ. Σταθόπουλος¹¹ σημειώνει ότι, σύμφωνα με το σκοπό της διάταξης που επιβάλλει τη μεταγραφή, την εμπράγματη ενέργεια την αποκτά η σύμβαση από και κατά τη μεταγραφή της. Πριν από αυτό το χρονικό σημείο (και μετά τη σύναψή της) η χρονομεριστική μίσθωση παράγει καθαρώς ενοχικά αποτελέσματα.

Ένα ζήτημα που ανακύπτει άμεσα στην περίπτωση της υπομίσθωσης είναι ότι ενώ ο Ν. 1652/86 ρητά προβλέπει την τήρηση συμβολαιογραφικού τύπου και τη μεταγραφή αυτού, για τις συμβάσεις χρονομεριστικής μίσθωσης δεν υπάρχει ανάλογη ρητή πρόβλεψη για τον τύπο κατάρτισης των σχετικών συμβάσεων για την υπομίσθωση ή την περαιτέρω παραχώρηση της χρήσης. Πάντως, ενόψει του σκοπού του νόμου και της ανάγκης υποστήριξης και διεύρυνσης του συστήματος ανταλλαγών (βλ. εισηγητ. Έκθεση του Ν. 1652/86), καθώς η σχετική διαδικασία είναι περίπλοκη, πολυέξοδη και χρονοβόρα, υποστηρίζεται ότι οι διατυπώσεις συμβολαιογραφικού τύπου και δημοσιότητας πρέπει να αποφεύγονται, όταν οι απαιτήσεις δημοσιότητας έχουν καλυφθεί με τη σύναψη της αρχικής σύμβασης.

Πρόσθετα μέσα προστασίας του χρονομεριδιούχου

Η κοινοτική οδηγία 94/47 και τα Π.Δ. 182/99 και 293/2001, με τα οποία ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη, θεσπίζουν με διατάξεις αναγκαστικού δικαίου (άρθρο 7 Π.Δ. 182/99) ιδιαίτερα μέσα προστασίας του χρονομεριδιούχου.

Α) Δικαίωμα ενημέρωσης και πληροφόρησης

Σύμφωνα με το άρθρο 3 του Π.Δ. 182/99 (άρθρο 3 της οδηγίας) ο πωλητής υποχρεούται να παραδίδει σε κάθε πρόσωπο που ζητά πληροφορίες για το ακίνητο, ένα έγγραφο, το οποίο, εκτός από τις γενικές, πρέπει επιπρόσθετα να περιέχει σύντομες και ακριβείς πληροφορίες τουλάχιστον για συγκεκριμένα στοιχεία που αναφέρονται στο παράρτημα της Οδηγίας, το οποίο έχει ενσωματωθεί στο Π.Δ. 182/99.

Πρόκειται για πληροφορίες σχετικά με την ταυτότητα, κατοικία και ιδιότητα των συμβαλλομένων, ακριβή περιγραφή του ακινήτου και της θέσης του, λεπτομέρειες σχετικά με την αποπεράτωσή του, εφόσον το ακίνητο βρίσκεται υπό κατασκευή, τις κοινόχρηστες υπηρεσίες και εγκαταστάσεις στις οποίες θα έχει πρόσβαση ο χρονομεριδιούχος, πληροφορίες σχετικά με τους κανόνες συντήρησης και διοίκησης του ακινήτου, πληροφορίες σχετικά με το τίμημα και τον τρόπο υπολογισμού των ετήσιων δαπανών για τη συντήρηση του ακινήτου, πληροφορίες για το δικαίωμα υπαναχώρησης και το δικαίωμα καταγγελίας, καθώς και τον τρόπο άσκησης των δικαιωμάτων αυτών. Όλες οι παραπάνω πληροφορίες αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της σύμβασης, ενώ μεταβολές σε αυτές είναι δυνατόν να επέρχονται μόνο για λόγους ανεξάρτητους από τη βούληση του πωλητή και να ανακοινώνονται στον αγοραστή πριν από τη σύναψη

11. βλ. Σταθόπουλος Μ., *ό.π.*

της σύμβασης. Κάθε διαφήμιση του οικείου ακινήτου πρέπει να περιλαμβάνει υποχρεωτικά τη δυνατότητα απόκτησης του ανωτέρω εγγράφου και τη διεύθυνση στην οποία είναι δυνατόν να απευθυνθεί ο ενδιαφερόμενος για τον σκοπό αυτό.

Β) Δικαίωμα υπαναχώρησης και καταγγελίας

Σύμφωνα με το άρθρο 4 του Π.Δ. 182/99, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 2 του Π.Δ. 293/2001, παρέχεται στον χρονομεριδιούχο δικαίωμα να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση εντός δέκα (10) ημερών από την παράδοση σε αυτόν αντιγράφου της ίδιας της σύμβασης ή του δεσμευτικού προσυμφώνου και του χωριστού εντύπου με τη μετάφραση των εν λόγω εγγράφων στην ελληνική γλώσσα, συνοδευόμενα από υπόδειγμα δήλωσης υπαναχώρησης. Εάν δεν παραδοθεί στον αγοραστή το ανωτέρω χωριστό έντυπο, η δεκαήμερη προθεσμία υπαναχώρησης αρχίζει τρεις μήνες από την παράδοση στον αγοραστή του αντιγράφου της σύμβασης ή του δεσμευτικού προσυμφώνου. Η υπαναχώρηση αυτή είναι ανατιολόγητη, δεν απαιτείται δηλαδή η επίκληση συγκεκριμένου λόγου.

Επίσης αν κατά το χρόνο της παράδοσης αντιγράφου της σύμβασης, αυτή δεν περιέχει τις πληροφορίες που αναφέρονται στα στοιχεία α), β), γ), δ1), δ2), η), ια), ιβ) και ιγ) του Παραρτήματος, ο χρονομεριδιούχος έχει το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση εντός προθεσμίας τριών μηνών από τη στιγμή της παράδοσης του αντιγράφου της. Εάν εντός της προθεσμίας των τριών μηνών παρασχεθούν οι εν λόγω πληροφορίες, ο αγοραστής θα διαθέτει από τη στιγμή αυτή τη δεκαήμερη προθεσμία υπαναχώρησης, που περιγράφεται παραπάνω.

Ο νόμος (αρ. 4 Π.Δ. 182/99) καθιερώνει την τήρηση εγγράφου τύπου για την άσκηση του δικαιώματος της καταγγελίας, καθώς απαιτείται να κοινοποιηθεί από τον αγοραστή με έγγραφο βεβαίας χρονολογίας.

Επιπλέον, αν ο αγοραστής ασκήσει το δικαίωμα υπαναχώρησης, μπορεί ενδεχομένως να υποχρεωθεί να καταβάλει μόνο τα έξοδα που προέκυψαν από τη σύναψη της σύμβασης ή του προσυμφώνου και από την υπαναχώρηση. Τα έξοδα αυτά, όπως απαιτείται μάλιστα να αναφέρει ρητά η σύμβαση, δεν επιτρέπεται να υπερβαίνουν το 3% του συμφωνηθέντος τιμήματος. Αντιθέτως, αν ασκήσει το δικαίωμα της καταγγελίας δεν υποχρεούται σε καμία καταβολή.

Σε περίπτωση που το τίμημα έχει πιστωθεί από τον πωλητή ή από τρίτο, δυνάμει συμφωνίας που έχει συναφθεί μεταξύ του τρίτου και του πωλητή, τότε αν ασκηθεί το δικαίωμα υπαναχώρησης ή καταγγελίας, καταγγέλλεται αυτοδίκαια και η σύμβαση πίστωσης, χωρίς καταβολή αποζημίωσης κατά τις διατάξεις του Α.Κ.

Γ) Απαγόρευση προκαταβολής και μεταγραφής πριν την παρέλευση προθεσμίας για υπαναχώρηση

Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με το αρ. 5 του Π.Δ. 182/99 απαγορεύεται κάθε πληρωμή προκαταβολής από τον αγοραστή πριν από τη λήξη της προθεσμίας για υπαναχώρηση, και δεν επιτρέπεται η μεταγραφή της σύμβασης πριν την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας.

Προβληματισμοί ενόψει του ειδικού καθεστώτος της χρονομεριστικής μίσθωσης σε περίπτωση υποθήκευσης, κατάσχεσης και πλειστηριασμού του ακινήτου

Προτεραιότητα μεταξύ χρονομεριστικού μισθωτή και ενυπόθηκου δανειστή, κατάσχοντος και υπερθεματιστή.

Σύμφωνα με την άποψη που υιοθετείται από την πλειοψηφία της θεωρίας η χρονομεριστική μίσθωση δεν μπορεί να αντιμετωπίζεται ως κοινή μίσθωση, ακόμη και στην περίπτωση υποθήκευσης του ακινήτου. Ο Μ. Σταθόπουλος υποστηρίζει ότι, λόγω της φύσης της, ως σύμβαση ενοχική με περιορισμένη εμπράγματα ενέργεια, το ζήτημα θα αντιμετωπιστεί με βάση την αρχή της χρονικής προτεραιότητας και το προβάδισμα θα δίνεται στο δικαίωμα που έχει εγγραφεί πρώτο στα δημόσια βιβλία. Ομοίως ο Π. Μάζης παραπέμπει στις διατάξεις της κοινής μίσθωσης, μόνο σε περίπτωση που η υποθήκη έχει εγγραφεί πριν την χρονομεριστική μίσθωση. Υπέρ της θέσης αυτής τάσσεται και ο ιστορικός νομοθέτης, καθώς στην Εισηγητική Έκθεση του Ν. 1652/86 (αρ. 2 παρ. 4) ορίζεται ότι, η ίδια δέσμευση που ισχύει για τους καθολικούς και ειδικούς διαδόχους αναφορικά με τη δέσμευσή τους από τα προκαταβληθέντα μισθώματα, ισχύει και για τον ενυπόθηκο δανειστή, εφόσον η εγγραφή της υποθήκης έπεται της μεταγραφής της σύμβασης χρονομεριστικής μίσθωσης.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι στην έννοια του ειδικού διαδόχου του εκμισθωτή του αρ. 2 παρ. 1 και 3 του Ν. 1652/86 υπάγεται κατά διασταλτική ερμηνεία και ο ενυπόθηκος δανειστής, εφόσον η εγγραφή της υποθήκης έπεται της μεταγραφής της σύμβασης της χρονομεριστικής μίσθωσης.

Ομοίως διαμορφώνεται και η νομική θέση του κατάσχοντος ή του υπερθεματιστή σε περίπτωση πλειστηριασμού του ακινήτου. Αν η χρονομεριστική μίσθωση καταρτισθεί και μεταγραφεί πριν από την εγγραφή της κατάσχεσης, τα δικαιώματα του χρονομεριδιούχου δεν θίγονται. Ο υπερθεματιστής, κατά το 1009 Κ.Πολ.Δ, που παραπέμπει στα αρ. 614 Α.Κ. και 616 Α.Κ., υπεισέρχεται στα δικαιώματα και υποχρεώσεις της μίσθωσης ως ειδικός διάδοχος του εκμισθωτή (ομοίως αρ. 2 παρ. 1 Ν. 1652/86). Ωστόσο το αρ. 2 παρ. 1 του Ν. 1652/86 διαφοροποιείται σε κάποια σημεία από την 614 Α.Κ. και ασφαλώς η πρώτη ρύθμιση κατισχύει της δεύτερης, ως ειδικότερη, με αποτέλεσμα την αυξημένη προστασία του χρονομεριδιούχου, ως ασθενέστερου συμβαλλομένου. Συγκεκριμένα η διάταξη του 1652 δεν εξαρτά την υπεισέλευση του νέου κτήτορα στη μισθωτική σχέση από τη μη ύπαρξη αντίθετης συμφωνίας, όπως ορίζεται στο 614 Α.Κ. Επιπλέον, ως προς τις προκαταβολές των μισθωμάτων, σύμφωνα με το αρ. 2 παρ. 1 του Ν. 1652/86, ο ειδικός διάδοχος του εκμισθωτή στερείται του δικαιώματος να αναζητήσει τις προκαταβολές μισθωμάτων ακόμη και για την ανώτατη διάρκεια των 60 ετών. Αντιθέτως σύμφωνα με το αρ. 616 και 617 Α.Κ. (προκειμένου για ενυπόθηκο ακίνητο) ο μισθωτής προστατεύεται, έναντι των ειδικών διαδόχων του εκμισθωτή για προκαταβολή των μισθωμάτων τριών μηνών από τη γνωστοποίηση της εκποίησης στο μισθωτή ή της κατάσχεσης του ακινήτου αντιστοίχως.

Σε κάθε περίπτωση, κρίσιμος χρόνος για τη δέσμευση των καθολικών και ειδικών διαδόχων είναι ο χρόνος της μεταγραφής. Εφόσον λοιπόν η μεταγραφή της χρονομε-

ριστικής μίσθωσης έπεται της εγγραφής της υποθήκης, θα εφαρμοστούν οι διατάξεις της κοινής μίσθωσης κατά παραπομπή του αρ. 8 του Π.Δ. 182/99 και συγκεκριμένα η Α.Κ. 617, σύμφωνα με την οποία, αν το ακίνητο είναι ήδη ενυπόθηκο κατά το χρόνο της μεταγραφής της μίσθωσης, θα είναι ανίσχυρη η προκαταβολή του μισθώματος έναντι του ενυπόθηκου δανειστή για τον πέρα από τους τρεις μήνες χρόνο από την κατάσχεση του ακινήτου. Ωστόσο, ενόψει του ειδικού νομικού καθεστώτος της χρονομεριστικής μίσθωσης και της ανάγκης ευδοκίμησης αυτού του ιδιαίτερα ωφέλιμου για την εθνική οικονομία θεσμού, αλλά και της ανάγκης προστασίας του χρονομεριδιούχου ως ασθενέστερου συμβαλλομένου, καθώς μάλιστα ο υπερθεματιστής είναι τρόπον τινα μεταγενέστερος διάδοχος του χρονομεριδιούχου, *de lege ferenda* κρίνεται σκόπιμη μία νομοθετική παρέμβαση, που να ρυθμίζει την τύχη των προκαταβληθέντων μισθωμάτων.

Επίσης, αν η χρονομεριστική μίσθωση μεταγραφεί μετά την εγγραφή της κατάσχεσης στα βιβλία των κατασχέσεων, εμπίπτει στην απαγόρευση διάθεσης του αρ. 997 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ. Επομένως, η απόλυτη ενέργεια της χρονομεριστικής μίσθωσης δεν αναπτύσσεται έναντι των δανειστών (βλέπε και αρ. 997 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ.). Ο κατασχέσας και ο υπερθεματιστής δεν δεσμεύονται και ο υπερθεματιστής μπορεί να αποβάλει τον μισθωτή, εκτελώντας την περίληψη κατακυρωτικής έκθεσης (1005 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ.).

Στην περίπτωση αυτή η χρονομεριστική μίσθωση αναπτύσσει μόνο ενοχική ενέργεια και τυγχάνουν εφαρμογής τα εδάφια β, γ και δ του 997 παρ 1 Κ.Πολ.Δ., σύμφωνα με τα οποία, σε περίπτωση που το ακίνητο εκμισθωθεί μετά την κατάσχεση από τον οφειλέτη ή παραχωρηθεί η χρήση του ή η κατοχή του δυνάμει άλλης έννομης σχέσης, ο υπερθεματιστής δικαιούται να καταγγείλει τη μίσθωση μέσα σε προθεσμία 3 μηνών από την μεταγραφή της περίληψης της κατακυρωτικής έκθεσης. Μετά την πάροδο της προθεσμίας η μίσθωση καθίσταται δεσμευτική για τον υπερθεματιστή. Αν καταγγείλει τη μίσθωση μπορεί να προβεί σε εκτέλεση κατά του μισθωτή, σύμφωνα με τη 1005 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ, μετά την πάροδο εξαμήνου από την λύση με καταγγελία.

Με το άρθρο 3 του Ν .1652/86 καθιερώνεται μία εξαίρεση στις παραπάνω ρυθμίσεις και δίνεται έτσι μια δυνατότητα στο χρονομεριδιούχο να ασκήσει ελεύθερο από βάρη το δικαίωμά του, γεγονός που συμβάλλει στην αξιοπιστία του συστήματος του *time sharing*. Συγκεκριμένα, ορίζεται ότι οι υποθήκες, προσημειώσεις υποθηκών, οι αναγκαστικές και οι συντηρητικές κατασχέσεις, που έχουν επιβληθεί για την εξασφάλιση απαιτήσεων του Δημοσίου, ΝΠΔΔ, Δήμων και Κοινοτήτων, Οργανισμών Κοινωνικών Ασφαλίσεων, Τραπεζών ή άλλων δανειοδοτικών οργανισμών, που υφίστανται επί ακινήτων τα οποία εκμισθώνονται κατά το καθεστώς της χρονομεριστικής μίσθωσης, αίρονται αν χορηγηθεί εγγυητική επιστολή, με την οποία θα καλύπτεται το σύνολο της απαίτησης από ελληνική ή ξένη τράπεζα, ενώ ο δανειστής έχει δικαίωμα να την αποκρούσει μόνο εφόσον προτείνει ή αποδεχτεί κάποια άλλη. Με τη ρύθμιση αυτή επιδιώκεται η δυνατότητα μεταβολής του καθεστώτος των εγγυήσεων, το οποίο βασιζόταν μέχρι σήμερα σχεδόν αποκλειστικά στις εμπράγματα ασφάλειες επί ακινήτων, με τις εγγυητικές επιστολές τραπεζών που θα προσκομίσει ο ιδιοκτήτης του ακινήτου στους παραπάνω δανειστές του.

Δωσιδικία και αρμοδιότητα

Η εισήγηση αυτή κλείνει με το θέμα της διεθνούς δωσιδικίας και καθ' ύλην και κατά τόπο αρμοδιότητας των ελληνικών δικαστηρίων, ένα θέμα πρωτεύουσας σημασίας για κάθε νομικό ζήτημα και που αποκτά ιδιαίτερο ενδιαφέρον στην περίπτωση της χρονομεριστικής μίσθωσης, λόγω της ιδιάζουσας νομικής φύσης της. Σύμφωνα με το άρθρο 9 της οδηγίας τα κράτη μέλη οφείλουν να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, οποιοδήποτε και αν είναι το εφαρμοστέο δίκαιο, ο αγοραστής να μην αποστερείται της προστασίας που του παρέχει η Οδηγία. Το άρθρο 11 του Π.Δ. του 182/99 ορίζει σχετικά ότι κάθε διαφορά που ανακύπτει κατά την εφαρμογή του εν λόγω Π.Δ. και αφορά ακίνητα που βρίσκονται στο έδαφος της Ελλάδας, υπάγονται στη δικαιοδοσία των δικαστηρίων της τοποθεσίας του ακινήτου και εφαρμόζεται το ελληνικό ουσιαστικό δίκαιο. Με τον τρόπο αυτό καθορίζεται και η κατά τόπον αρμοδιότητα (βλ. και αρ. 29 Κ.Πολ.Δ). Σε ότι αφορά την καθ' ύλην αρμοδιότητα, ο νόμος σιωπά σχετικά. Με μία πρόσφατη απόφασή του (686/2002, ΔΕΕ 2003, 1096) το Ειρηνοδικείο Αθηνών δέχτηκε ότι η καθ' ύλην αρμοδιότητα στην περίπτωση διαφορών απορρέουσων από σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης καθορίζεται από το μίσθωμα ενός έτους. Ωστόσο, η άποψη αυτή επιδέχεται αμφισβήτηση. Συγκεκριμένα αφενός η παραδοχή της «εμπραγμάτωσης» του σχετικού δικαιώματος του χρονομεριδούχου μισθωτή και αφετέρου το γεγονός της άπαξ καταβολής του συνολικού τιμήματος (και όχι η περιοδική καταβολή) αποτελούν ισχυρά επιχειρήματα υπέρ της άποψης ότι η καθ' ύλην αρμοδιότητα πρέπει να καθορίζεται από το συνολικό τίμημα, το οποίο εκ του νόμου γίνεται εξ' ολοκλήρου απαιτητό έπειτα από την παρέλευση της σχετικής προθεσμίας.

Αντί επιλόγου

Όπως γίνεται αντιληπτό, στα πλαίσια της εκδήλωσης της συνταγματικά αναγνωρισμένης συναλλακτικής ελευθερίας (αρ. 5Σ), όπως τριτενεργεί δια του 361 Α.Κ., μορφή της οποίας είναι και η ελεύθερη επιλογή του περιεχομένου της σύμβασης, συχνά διαμορφώνονται και εξελίσσονται νέοι τύποι οικονομικών συμβάσεων, τους οποίους καλείται μετέπειτα ο νομοθέτης να αναγνωρίσει, να ρυθμίσει, να δημιουργήσει βάσεις για την εύρυθμη λειτουργία τους ή να εισαγάγει περιορισμούς χάριν της προστασίας κάποιων ατόμων. Η κείμενη νομοθεσία και κυρίως ο Α.Κ., που ρυθμίζει μεν τις παραδοσιακές μορφές συμβάσεων αποτελεί όμως ένα παλιό νομοθέτημα, συχνά αποδεικνύεται ανεπαρκής και οι σύγχρονες μορφές οικονομικών συμβάσεων δεν μπορούν να υπαχθούν εύκολα και αβίαστα σε κάποιες από αυτές τις νομικές ρυθμίσεις. Επομένως, νέοι ειδικοί νόμοι προστίθενται, οι οποίοι ρυθμίζουν τις νέες καταστάσεις και συχνά θεσπίζουν νέες μορφές δικαιωμάτων. Η νομική φύση των δικαιωμάτων αυτών, πρέπει εν προκειμένω να κρίνεται και από την λειτουργία τους και υπό το πρίσμα της συνολικής θεώρησης των τυπολογικών στοιχείων της σύμβασης. Στην παρούσα εισήγηση παρατέθηκαν οι απόψεις έγκριτων νομικών πάνω σε ένα θέμα - πρόκληση. Όμως η θεωρία σε καμία περίπτωση δεν έχει κανονιστική δύναμη, όπως προκύπτει και από το αρ. 26 Σ (αρχή διάκρισης εξουσιών). Ο ρόλος της θεωρίας εξαντλεί-

ται στη σχετική με το νόμο έρευνα. Στην προκειμένη δε περίπτωση η έρευνα διεξάγεται ενόψει των νέων κοινωνικοοικονομικών συνθηκών, και τούτο διαμορφώνει ένα εγκριτικό πρόσφορο πεδίο για τον επιστημονικό διάλογο.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ



Απαλαγάκη Χ.: Επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης από τον πλειοδότη του ενεργητικού επιχείρησης, η οποία τέθηκε σε ειδική εκκαθάσιση (Νόμος 1892/90) σε βάρος των χρονομισθωτών (Νόμος 1652/86) για την απόδοση των χρονομισθωθέντων ακινήτων, *Αρμενόπουλος* 2000, 1313.

Γεωργιάδης Απ.: «Η πολυιδιοκτησία ή χρονικά διαιρεμένη ιδιοκτησία», *Ελλ. Δικ.* 1988, 1652.

Γεωργιάδης Απ.: *Νέες Μορφές Συμβάσεων της Σύγχρονης Οικονομίας*, εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα 2000.

Μάζης Π.: «Χρονομεριστικές Μισθώσεις σε Ξενοδοχειακά Ακίνητα», *Γνωμ., Νο Β* 1998, 316 επ.

Παπαρσενίου Π.: *Κοινοτικές Οδηγίες και Δικαιώματα Ιδιωτών, ένα παράδειγμα: Η Σύμβαση Χρονομεριστικής Μίσθωσης (TIME SHARING)*, εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα 2002.

Σταθόπουλος Μ. «Προβλήματα από την εφαρμογή του νόμου για τις Χρονομεριστικές Μισθώσεις» *Γνωμ., Νο Β* 1994, 961 επ.

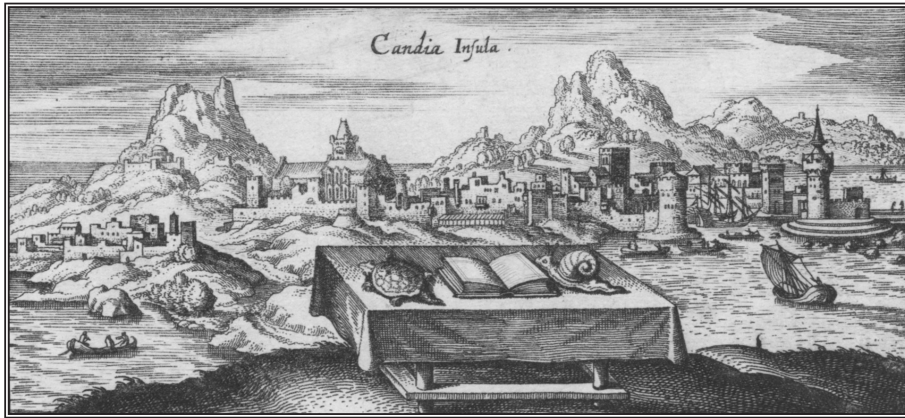
Σταθόπουλος - Χιωτέλλης - Αυγουστιανάκης: *Κοινοτικό Αστικό Δίκαιο*, εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα 1995.

Χαρίση Ηλέκτρα: «Η Σύμβαση Χρονομεριστικής Χρήσης», *ΕΕμπΔ* 97, 465.

Χριστιανός Β.: *Κοινοτικό Δίκαιο Προστασίας του Καταναλωτή*, εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα 1997.

NΟΜΟΛΟΓΙΑ





ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων- Α' Τμήμα - Αριθ. 71511/01/27.5.2005

Πρόεδρος: Α. Λουκαΐδης

Δικαστές: Κ. Α. Ροζάκης, F. Tulkens, P. Lorenzen, N. Vasic, D. Spielmann, S. E. Gebens

Δικηγόροι: Γεώργιος Στυλιανάκης, Β. Κυριαζόπουλος (μέλος Ν.Σ.Κ.) και Μ. Παπίδα (Πάρεδρος Ν.Σ.Κ.)

Άρθρα 46α Ν. 1892-90, άρθρο 9 Ν. 1386/83, 6 παρ. Ι και 35 παρ. 3 της Σύμβασης

Ειδική Εκκαθάριση Προβληματικών Επιχειρήσεων. Κήρυξη επιχείρησης υπό καθεστώς ειδικής εκκαθάρισης από το Εφετείο (άρθρο 46α Ν. 1892/1990, άρθρο 9 Ν. 1386/1983), με αίτηση πιστώτριας Τράπεζας. Υπέρογκες χρεώσεις λόγω ανατοκισμού (καθεστώς προ του Ν. 3259/2004). Λήψη υπόψη μόνο των στοιχείων της αιτούσας Τράπεζας. Άρνηση Εφετείου να εξετάσει τις αντιρρήσεις των καθών για την ουσιαστική βασιμότητα της απαίτησης ή να διατάξει πραγματογνωμοσύνη, χάριν της ταχύτητας της διαδικασίας. Αποκλεισμός Αναίρεσης κατά της απόφασης του εφετείου, που εξετάζει την αίτηση σε πρώτο και τελευταίο βαθμό, για τον ίδιο λόγο. Ισχυρισμός προσφευγόντων ότι η ταχύτητα της διαδικασίας δεν συνιστά ένα θεμιτό σκοπό, δεδομένου ότι αποσκοπεί αποκλειστικά στην προστασία των συμφερόντων της δανειστικής Τράπεζας και δεν υπάρχει σχέση αναλογικότητας μεταξύ του μέσου (εκκαθάριση με μία και μόνη απόφαση) και του επιδιωκόμενου σκοπού (προστασία του δανειστή). Κρίση ότι η Προσφυγή της επιχείρησης που τέθηκε υπό εκκαθάριση, καθώς και του μετόχου της είναι καταρχήν παραδεκτή (Το ΕΔΑΔ επιφυλάσσεται να κρίνει επί της ουσίας ως προς την παραβίαση των άρθρων 6.1 Σύμβασης και 1.1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου).

ΓΙΑ ΤΑ ΠΑΡΑΠΑΝΩ ΑΠΟΦΑΣΙΖΟΜΕ

Επικαλούμενοι το άρθρο 6 παρ. 1 της Σύμβασης, οι Προσφεύγοντες παραπονούνται για διπλή παραβίαση του δικαιώματός τους πρόσβασης σε δικαστήριο. Κατ'

αρχήν παραπονούνται ότι το Εφετείο, βασιζόμενο στη συναφή νομοθεσία, έθεσε τη δεύτερη Προσφεύγουσα υπό καθεστώς Εκκαθάρισης χωρίς να ερευνήσει την ουσία της διαφοράς. Κατά δεύτερο λόγο, πα-

ραπονούνται ότι η συναφής νομοθεσία αποκλείει τη δυνατότητα να ασκήσουν αναίρεση κατά της απόφασης του Εφετείου. Εξάλλου, επικαλούμενοι το άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου, οι Προσφεύγοντες παραπονούνται ότι στερήθηκαν της ιδιοκτησίας τους, εξαιτίας μιας απόφασης που δεν σεβάστηκε τα διαδικαστικά τους δικαιώματα.

Τα συναφή χωρία του άρθρου 6 παρ. 1 της Σύμβασης αναφέρουν τα εξής :

δη σελ. Απόφασης Θ. Κατά ΕΛΛΑΔΟΣ

«1. Παν πρόσωπον έχει δικαίωμα όπως η υπόθεσίς του δικασθεί δικαίως (...) υπό δικαστηρίου (...), το οποίον θα αποφασίση (...) επί των αμφισβητήσεων επί των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αστικής φύσεως (...).»

Το άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου αναφέρει τα εξής :

«Παν φυσικόν ή νομικόν πρόσωπον δικαιούται σεβασμού της περιουσίας του. Ουδείς δύναται να στερηθή της ιδιοκτησίας αυτού, εμμή δια λόγους δημοσίας ωφελείας και υπό τους προβλεπομένους, υπό του νόμου και των γενικών αρχών του διεθνούς δικαίου, όρους.

Αι προαναφερόμεναι διατάξεις δεν θίγουν το δικαίωμα παντός κράτους όπως θέση εν ισχύϊ νόμους ούς ήθελε κρίνει αναγκαίους προς ρύθμισιν της χρήσεως αγαθών, συμφώνως προς το δημόσιον συμφέρον ή προς εξασφάλισιν της καταβολής φόρων ή άλλων εισφορών ή προστίμων».

Όσον αφορά το άρθρο 6.1 της Σύμβασης, η Κυβέρνηση θεωρεί ότι η νομοθεσία για τις υπερχρεωμένες επιχειρήσεις προβλέπει ένα καθεστώς Ειδικής Εκκαθάρισης, που αποβλέπει στο να αποφύγει τις καθυστερήσεις που θα επέφερε η συνδρομή στην κλασσική διαδικασία της α-

ναγκαστικής εκτέλεσης και της πτώχευσης, που προβλέπουν ο Κ.Πολ.Δ και ο Ε.Ν. Για την Κυβέρνηση, η εφαρμογή των κλασσικών διαδικασιών θα συνέβαλλε στην αύξηση των χρεών της δεύτερης Προσφεύγουσας, ήδη σημαντικών, σε βλάβη της πιστώτριας Τράπεζας και της Εθνικής Οικονομίας εν γένει. Εξάλλου η Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η Προσφεύγουσα εταιρεία παρέστη κανονικά κατά τη διαδικασία ενώπιον του Εφετείου και προέβαλε όλα τα επιχειρήματα που ήταν χρήσιμα για την άμυνά της. Το Εφετείο απάντησε σε όλους τους ισχυρισμούς της Προσφεύγουσας, κάνοντας μάλιστα ειδική αναφορά στις συναφείς διατάξεις της Σύμβασης. Όσον αφορά τον αποκλεισμό της δυνατότητας άσκησης αναίρεσης, η Κυβέρνηση θεωρεί ότι αυτό δεν θέτει καμία δυσχέρεια σχετικά με το άρθρο 6.1, επειδή το θέμα της κήρυξης σε Εκκαθάριση υπόκειται στην κρίση του Εφετείου, που είναι ανώτερο δικαστήριο.

Εξάλλου, όσον αφορά το άρθρο 1 του 1ου Πρωτοκόλλου η Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η υπεισέλευση στη διαχείριση των αγαθών των Προσφευγόντων σεβάστηκε τη δίκαιη ισορροπία «που πρέπει να υπάρχει μεταξύ των απαιτήσεων του γενικού συμφέροντος και της προστασίας των δικαιωμάτων τους». Πράγματι, οι Προσφεύγοντες μπόρεσαν να επιτύχουν αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης 754/2000 του Εφετείου Κρήτης και συνεπώς, διατηρούν πάντοτε τη διαχείριση της περιουσίας τους. Εξάλλου, η Κυβέρνηση επιχειρηματολογεί ότι το κρινόμενο σύστημα της Ειδικής Εκκαθάρισης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον επειδή αποσκοπεί στην εκποίηση της υπό εκκαθάριση επιχείρησης σαν σύνολο, και όχι στον τεμα-

χισμό της, κάτι που εξυπηρετεί τα συμφέροντα των δανειστών της και πριν απ’ όλα της Εθνικής Οικονομίας.

Όσον αφορά το άρθρο 6.1 της Σύμβασης, οι Προσφεύγοντες ανταπαντούν ότι το επιχείρημα της Κυβέρνησης ότι η νομοθεσία περί Ειδικής Εκκαθάρισης, που επιτρέπει την παρέμβαση στη δίκη, ενώπιον του Εφετείου, οποιουδήποτε προσώπου έχει έννομο συμφέρον, δεν αφορά το κρινόμενο ζήτημα. Πράγματι, το πρόβλημα που απασχολεί την παρούσα υπόθεση είναι αυτό του ελέγχου τον οποίο έκαμε το Εφετείο, το οποίο δεν ασχολήθηκε με κρίσιμα θέματα επί της ουσίας, που έχουν σχέση με τη γέννηση της αξίωσης και με το ακριβές της ύψος.

Για τους Προσφεύγοντες, το Εφετείο δέχθηκε τους ισχυρισμούς της Τράπεζας, σύμφωνα με τους οποίους το χρέος της εταιρείας υπερέβαινε το ποσόν των 600.000.000 δρχ. (περ. 1.760.820 ευρώ), βασιζόμενο κατά τρόπο εσφαλμένο στους παλαιότερους ισολογισμούς της εταιρείας. Το Εφετείο αρνήθηκε επίσης να αναβάλει την εξέταση της υπόθεσης ή να διατάξει πραγματογνωμοσύνη. Εξάλλου, όσον αφορά την αδυναμία άσκησης αναίρεσης, οι Προσφεύγοντες εκτιμούν ότι η ταχύτητα της διαδικασίας δεν συνιστά ένα θεμιτό σκοπό, δεδομένου ότι αυτή αποσκοπεί αποκλειστικά στην προστασία των συμφερόντων της δανείστριας Τράπεζας. Επομένως, δεν υπάρχει καμία σχέση αναλογικότητας μεταξύ του μέσου, ήτοι της Εκκαθάρισης με μία και μόνη από-

φαση, και του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι της προστασίας του δανειστή. Τέλος, οι Προσφεύγοντες προβάλλουν ότι, αν είχαν τη δυνατότητα να ασκήσουν αναίρεση, ο νόμος που θεσπίστηκε το 2001 θα ήταν πιο ευνοϊκός γι’ αυτούς.

Εξάλλου, όσον αφορά το άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου, οι Προσφεύγοντες καταρρίπτουν την άποψη της Κυβέρνησης. Προβάλλουν ότι ο τρόπος, με τον οποίον το Δικαστήριο εκδίκασε την Αίτηση της ΕΤΒΑ επέφερε στη δεύτερη Προσφεύγουσα την οριστική απώλεια των ξενοδοχείων της και στον πρώτο Προσφεύγοντα την απώλεια κάθε δικαιώματος στις μετοχές που κατείχε. Το γεγονός ότι ο τελευταίος έχει, θεωρητικά ακόμη, τις μετοχές του, στερείται νοήματος, δεδομένου ότι την δεύτερη Προσφεύγουσα τη διαχειρίζεται ο Εκκαθαριστής και έτσι ο πρώτος Προσφεύγων δεν μπορεί πλέον να ασκήσει έλεγχο ή να συμμετάσχει στη λήψη αποφάσεων όσον αφορά την περιουσία της εταιρείας.

Το Δικαστήριο εκτιμά ότι, υπό το φως του συνόλου των επιχειρημάτων των μερών, η παρούσα Προσφυγή θέτει σοβαρά θέματα, σε πραγματικό και νομικό επίπεδο, που δεν μπορούν να επιλυθούν στο παρόν στάδιο του ελέγχου της Προσφυγής, αλλά απαιτούν ουσιαστικό έλεγχο. Κατά συνέπεια προκύπτει ότι η Προσφυγή δεν θα πρέπει να κηρυχθεί προφανώς αβάσιμη, υπό την έννοια του άρθρου 35 παρ. 3 της Σύμβασης. Κανένας άλλος λόγος αβάσιμου δεν προέκυψε.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΚΑΙΟ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΙΚΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ

Άρειος Πάγος - Α΄ Πολιτικό Τμήμα - Αριθ. 434/4-3-2005

Πρόεδρος: Στυλιανός Πατεράκης (Αντιπρόεδρος)

Δικαστές: Ανάργυρος Πλαϊτής, Γεώργιος Βούλγαρης, Δημήτριος Κυριτσάκης, Αχιλλέας Νταφούλης

Δικηγόροι: Απόστολος Κλυδονόπουλος, Βαρβάρα Τσάτσου

Άρθρα 57 εδ. 2, 59, 932, 1350, 1386-1444 εδ. β 1456, 57, 71-79, Α.Κ., 559 εδ. 1 Κ.Πολ.Δ.

Αποζημίωση για ψυχική οδύνη στα μέλη της οικογένειας του θύματος αυτοκινητικού ατυχήματος. Δικαιούχοι είναι οι εξ αίματος και εξ αγχιστείας συγγενείς «κατ' ευθείαν γραμμήν». Δεν περιλαμβάνονται οι αγχιστείες εκ πλαγίου, ούτε ο συνδεόμενος με τον θανόντα με δεσμό ελεύθερης ένωσης.

Κατά το άρθρο 932 εδ. 3 Α.Κ., σε περίπτωση θανάτωσης προσώπου η χρηματική ικανοποίηση μπορεί να επιδικαστεί στην οικογένεια του θύματος λόγω ψυχικής οδύνης. Στη διάταξη αυτή δεν προσδιορίζεται η έννοια του όρου «οικογένεια του θύματος», προφανώς γιατί ο νομοθέτης δεν θέλησε να διαγράψει δεσμευτικά τα όρια ενός θεσμού, ο οποίος από τη φύση του υφίσταται κατ' ανάγκη τις επιδράσεις από τις κοινωνικές διαφοροποιήσεις κατά τη διαδρομή του χρόνου. Κατά την αληθή όμως έννοια της διάταξης, που απορρέει από το σκοπό της θέσπισής της, στην οικογένεια του θύματος περιλαμβάνονται οι εγγύτεροι και στενώς συνδεόμενοι συγγενείς του θανατωθέντος, που δοκιμάστηκαν ψυχικά από την απώλειά του και στην ανακούφιση του ψυχικού πόνου των οποίων στοχεύει η διάταξη, αδιαφόρως αν συζούσαν μεταξύ τους ή διέμεναν χωριστά. Με την έννοια αυτή οι μεν αγχιστείες πρώτου βαθμού (πεθερός, πεθερά, γαμπρός, νύφη), περιλαμβάνονται στην οικογένεια του θύματος, ενώ οι αγχιστείες πέραν του πρώτου βαθμού, όπως είναι ο από αδελφή γαμπρός και ανειψιός του, δεν περιλαμβάνονται. Το πόρισμα αυτό ενισχύεται από τις διατάξεις των

άρθρων 57 εδ. 2 και 59 Α.Κ., που εγγύτερα προσεγγίζουν το ζήτημα και με τις οποίες καθορίζονται, περιοριστικά, τα πρόσωπα, που δικαιούνται να ζητήσουν την προστασία της προσωπικότητας προσώπου, που πέθανε και την επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης, λόγω ηθικής βλάβης. Είναι δε τα πρόσωπα αυτά ο σύζυγος, οι κατιόντες, οι ανιόντες, οι αδελφοί και οι κληρονόμοι του από διαθήκη. Η επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης στα δικαιούμενα αυτά πρόσωπα, τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση, που συνιστά πραγματικό ζήτημα, της ύπαρξης, κατ' εκτίμηση του δικαστή της ουσίας, μεταξύ αυτών και του θανατωθέντος, όταν ο τελευταίος ζούσε, αισθημάτων αγάπης και στοργής, η διαπίστωση της ανυπαρξίας των οποίων μπορεί να οδηγήσει στον αποκλεισμό, είτε όλων των προσώπων αυτών, είτε κάποιων, είτε κάποιου από αυτούς, από την επιδίκαση της εν λόγω χρηματικής ικανοποίησης (Ολ. Α.Π. 21/2000). Παρέπεται απ' αυτά, ότι στην οικογένεια του θύματος δεν περιλαμβάνονται και τα πρόσωπα εκείνα τα οποία συζούσαν, με αυτό, σε κατάσταση ελεύθερης συμβίωσης, χωρίς καμία πρόθεση για μελλοντική σύναψη γάμου. Άρα δυνατότητα χορήγησης χρη-

ματικής ικανοποίησης, λόγω ψυχικής οδύνης, που προκλήθηκε στον επιζώντα από το θάνατο του συντρόφου του, δεν προβλέπεται από το νόμο. Ούτε όμως με ανάλογη εφαρμογή εδώ της άνω διάταξης του άρθρου 932 εδ. 3 Α.Κ. μπορεί να επιδικαστεί τέτοια χρηματική ικανοποίηση, για την εξισορρόπηση των δημιουργούμενων από την απώλεια του θύματος δυσμενών καταστάσεων και συνεπειών. Αντίθετη άποψη θα ήταν *contra legem*, αλλά και ανατρεπτική του και συνταγματικά κατοχυρωμένου, θεσμού του γάμου. Επιπλέον, γιατί δεν υπάρχει κάποιο κενό δικαίου, σε σχέση με τη ρύθμιση της κατάστασης αυτής των προσώπων που τελούν σε ελεύθερη ένωση. Για πρώτη φορά, μετά την αναμόρφωση των διατάξεων του οικογενειακού δικαίου με τον Ν. 1329/1983, η «ελεύθερη ένωση», δηλαδή η εξώγαμη συμβίωση ενός άνδρα και μιας γυναίκας, αναφέρεται ως όρος στο άρθρο 1444 παρ. 2 εδ. α' του Α.Κ. και μάλιστα σαν λόγος παύσης του δικαιώματος διατροφής του διαζευγμένου συζύγου, δηλαδή σαν ένα είδος ποινής κατά δικαίουχου διατροφής διαζευγμένου συζύγου, ο οποίος συζεί με κάποιον άλλον σε ελεύθερη ένωση, εντάσσεται στις «*de facto* οικογενειακές σχέσεις», δηλαδή στις παράτυπες ή αντικανονικές από νομική άποψη καταστάσεις, που βρίσκονται στο περιθώριο νομικής ζωής. Περαιτέρω όπως συνάγεται και από το πλέγμα διατάξεων των άρθρων 1444 εδ. β', 1456, 1457, 1471, 1479, 1350 επ. και 1386 επ. του Α.Κ., σε συνδυασμό προς άρθρο 21 παρ. 1 του Συντάγματος, πρόκειται για συνειδητή επιλογή του νομοθέτη, ο οποίος, αν και γνώριζε τον όρο «ελεύθερη ένωση» πριν από το 1983, δεν θέλησε να ρυθμίσει τα θέματα και νομικά ζητήματα που απορρέουν απ' αυτή την ίδια την ελεύθερη ένωση. Ο Έλληνας νομοθέτης ενσυνείδητα απέφυγε, μέχρι τώρα,

να ρυθμίσει τα θέματα αυτά, εισάγοντας και στην Ελλάδα το θεσμό «των ληξιαρχικώς καταχωρισμένων σχέσεων», που ίσχυε σε ορισμένα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Αντίθετα περιορίστηκε απλά σε ρύθμιση θεμάτων που συνδέονται έμμεσα με αυτή, ενόψει της ρύθμισης της τεχνητής γονιμοποίησης και των συνεπειών της στο χώρο της συγγένειας, με βασικό γνώμονα την προστασία του παιδιού, που γεννιέται σε μια τέτοια ελεύθερη ένωση. Ο θεσμός του γάμου ρυθμίζεται και προστατεύεται από τις πιο πάνω διατάξεις και γενικά την Ελληνική έννομη τάξη και δεν αναγνωρίζεται αντίστοιχη και μάλιστα ανάλογη προστασία της εξώγαμης συμβίωσης. Η τελευταία, έστω και αν ήταν «ληξιαρχικώς καταχωρισμένη σχέση», δεν είναι δυνατό να εξομοιωθεί με το θεσμό του γάμου. Οι δύο θεσμοί, δηλαδή αυτός «της ληξιαρχικώς καταχωρισμένης σχέσης» συμβίωσης, μεταξύ ετεροφυλόφιλων και ομοφυλόφιλων και εκείνος γάμου, διαφέρουν, όχι μόνο κατά άλλα, αλλά και στην ουσία τους, καθώς δημιουργήθηκαν για συζύγους διαφορετικής φύσεως και κοινωνικές ανάγκες.

Η ελεύθερη συμβίωση, χωρίς τέκνα, δεν αναγνωρίζεται από το δίκαιό μας, αφού αυτό δεν αναγνωρίζει έννομα αποτελέσματα στην συγκεκριμένη μορφή εμφάνισής της, έτσι δεν μπορεί κατά συνέπεια να υπαχθεί στην έννοια της οικογένειας, ούτε προστατεύεται, γιατί στην πραγματικότητα, όσοι την επιλέγουν, προφανώς δεν επιθυμούν την υπαγωγή τους σε νομικές ρυθμίσεις και άρα και δεσμεύσεις, επομένως θα ήταν αντιφατικό να τύχουν μόνο προστασίας. Με όλα αυτά, δεν υφίσταται η απαραίτητη για την αναλογική εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 932 εδ. 3 Α.Κ. ομοιότητα της τυχόν αρρυθμιστης περίπτωσης προς τη ρυθμιζόμενη (πρβλ. Ολ. Α.Π. 14/2004).

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ - ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Ε φ ε τ ε ί ο Κ ρ ή τ η ς - Α ρ ι θ . 1 5 9 / 2 0 0 5

Πρόεδρος: Ζήσης Βασιλόπουλος (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Παντελής Παντελάκης (Εφέτης), Νικόλαος Φανουράκης (Εφέτης, Εισηγητής)

Δικηγόροι: Απόστολος Σφακιανάκης, Ιωάννης Μουστάκας

Άρθρα 463, 585 παρ. 1, 250, 524 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ.

Ένσταση πλαστότητας εγγράφου: Δεν είναι απαραίτητο να προσκομισθούν τα έγγραφα που αποδεικνύουν την πλαστότητα και να αναφερθούν ονομαστικά οι μάρτυρες και τα άλλα αποδεικτικά αυτής μέσα, όταν αυτή προτείνεται με κύρια αυτοτελή αγωγή, αλλά και με ανακοπή που αποτελεί εισαγωγικό δικόγραφο αυτοτελούς δίκης, καθώς οι διατάξεις για την άσκηση της αγωγής, την εισαγωγή της για συζήτηση και τη συζήτηση στο ακροατήριο εφαρμόζονται και στην ανακοπή.

Κατά το άρθρο 463 Κ.Πολ.Δ, όποιος προβάλλει ισχυρισμούς, για πλαστότητα εγγράφου, είναι ταυτόχρονα υποχρεωμένος να προσκομίσει τα έγγραφα που αποδεικνύουν την πλαστότητα και να αναφέρει ονομαστικά τους μάρτυρες και τα άλλα αποδεικτικά μέσα, αλλιώς οι ισχυρισμοί του είναι απαράδεκτοι. Το άρθρο αυτό είναι ενταγμένο στο κεφάλαιο της αποδείξεως και συνιστά, ενόψει και της θέσης του στον Κ.Πολ.Δ, παρά τη γενική του διατύπωση, κανόνα της αποδεικτικής μόνο διαδικασίας. Προϋποθέτει δηλαδή εκκρεμή δίκη, ενώπιον της οποίας προσκομίστηκε ως αποδεικτικό μέσο ένα έγγραφο που προβάλλεται ήδη κατ' ένσταση ως πλαστό. Επομένως, ο περιορισμός που τάσσει δεν ανάγεται στο ουσιαστικό δικαίωμα της κήρυξης εγγράφου ως πλαστού. Για το λόγο αυτό η προβλεπόμενη από τη διάταξη αυτή υποχρέωση έχει εφαρμογή μόνο όταν ο ισχυρισμός της πλαστότητας προβάλλεται κατ' ένσταση ή με παρεμπίπτουσα αγωγή, όχι δε και όταν η πλαστότητα του εγγρά-

φου προτείνεται με κύρια αυτοτελή αγωγή αλλά και με ανακοπή, που αποτελεί εισαγωγικό δικόγραφο αυτοτελούς δίκης, αφού σύμφωνα με το άρθρο 585 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ οι διατάξεις για την άσκηση της αγωγής, την εισαγωγή της για συζήτηση και τη συζήτηση στο ακροατήριο εφαρμόζονται και στην ανακοπή (Α.Π. 922/2002 Ελλ.Δ/νη 44.1352). Στην προκειμένη υπόθεση ο εκκαλών, με την από 20-2-2002 ανακοπή του κατά της υπ' αριθμ. 41/456/44/2002 διαταγής πληρωμής του Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, ζήτησε την ακύρωση της διαταγής πληρωμής, εκτός άλλων, και για το λόγο ότι η τραπεζική επιταγή, με βάση την οποία εκδόθηκε η διαταγή πληρωμής, είναι πλαστή, διότι η επιταγή είχε εκδοθεί χωρίς ημερομηνία και ο καθού συμπλήρωσε την ημερομηνία εκδόσεως, θέτοντας ως τέτοια την 30-12-2001 χωρίς τη δική του συναίνεση, κατονομάζοντας ως πλαστογράφο τον εφεσίβλητο Γ. Β. Το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό αυτό, με την

εγκαλουμένη απόφαση, ως απαράδεκτο, γιατί ο ανακόπτων δεν επικαλέστηκε ονομαστικά τους μάρτυρες, ούτε τα άλλα αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της πλαστότητας. Έτσι όμως έσφαλε, γιατί, παρά το νόμο, κήρυξε το απαράδεκτο του πρώ-

του λόγου της ανακοπής, καθόσον δεν ήταν αναγκαία για το παραδεκτό του δικογράφου της ανακοπής, που αποτελεί εισαγωγικό δικόγραφο αυτοτελούς δίκης, η επίκληση ταυτοχρόνως με αυτό και αποδεικτικών μέσων της πλαστότητας.

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 33/2506/331/2004

Πρόεδρος: Σταματική Μιχαλέτου (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Κλεονίκη Χίλιου (Πρωτοδίκης), Ανδρονίκη Αθανασιάδη (Πρωτοδίκης, Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Ιωάννα Μηλιαράκη-Μαρία Χριστοφοράκη

Αρθρα 939 - 945 Α.Κ., 992, 943, 949 Κ.Πολ.Δ.

Καταδολίευση δανειστών: Προϋποθέσεις διάρρηξης απαλλοτριώσεως. Βλάβη προκαλείται με την ελάττωση της περιουσίας του οφειλέτη λόγω της απαλλοτρίωσης, με αποτέλεσμα η εμφανής περιουσία που απομένει να μην επαρκεί για την ικανοποίηση των αξιώσεων των δανειστών του και εντεύθεν ο οφειλέτης να καθίσταται αφερέγγυος. Αποτελέσματα της διάρρηξεως μετά την αντικατάσταση της διάταξης του άρθρου 992 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 19 του Ν. 2298/1995. Αίτημα αγωγής διάρρηξεως. Μη νόμιμα τα αιτήματα αναμεταβίβασης του απαλλοτριωθέντος πράγματος από τον τρίτο στον οφειλέτη και καταδίκης του τρίτου κατ' άρθρο 949 Κ.Πολ.Δ σε δήλωση βουλήσεως για αναμεταβίβαση στον οφειλέτη του απαλλοτριωθέντος.

Κατά τις διατάξεις των άρθρων 939-945 Α.Κ., που προβλέπουν την προστασία των δανειστών, σε περίπτωση που ο οφειλέτης τους προβαίνει σε απαλλοτρίωση των περιουσιακών του στοιχείων με σκοπό τη βλάβη τους, οι προϋποθέσεις για τη διάρρηξη της απαλλοτρίωσης είναι: α) η ύπαρξη απαίτησης του δανειστή, η οποία δεν απαιτείται να έχει βεβαιωθεί δικαστικά, ούτε να έχει εξοπλισθεί με εκτελεστό τίτλο (Εφ. Αθ. 9585/ 1998 Ελλ.Δ/νη 40.649), αρκεί μόνο τα δημιουργικά περιστατικά της να έχουν συντελεστεί κατά το χρόνο της απαλλοτρίωσης (Α.Π. 121/1998 Ελλ.Δ/νη 39.574) και αυτή να έχει καταστεί απαιτητή και ληξιπρόθεσμη κατά την πρώτη συζήτη-

ση της αγωγής στο Δικαστήριο, που είναι και ο κρίσιμος χρόνος για τον προσδιορισμό της βλάβης του δανειστή (ΟλΑ.Π. 709/1994 ΝοΒ 23.300), β) απαλλοτρίωση από τον οφειλέτη, γ) ο σκοπός βλάβης των δανειστών, που υπάρχει, όταν ο οφειλέτης γνωρίζει, ότι με την απαλλοτρίωση του περιουσιακού του στοιχείου, θα περιέλθει σε τέτοια οικονομική κατάσταση, ώστε η περιουσία που απομένει να μην αρκεί για την ικανοποίηση των δανειστών του (Α.Π. 626/1996 Ελλ.Δ/νη 37.1541, Α.Π. 2045/1986 Ελλ.Δ/νη 28.1223, Εφ.Αθ. 940/1999 Ελλ.Δ/νη 40.1159) και δ) γνώση του τρίτου, προς τον οποίο γίνεται η απαλλοτρίωση, ότι ο οφειλέτης απαλλοτριώνει με σκοπό βλάβης των δανει-

στών (Α.Π. 862/1998 Ελλ.Δ/νη 40.124). Η γνώση αυτή τεκμαίρεται όταν ο τρίτος είναι, κατά την απαλλοτρίωση, σύζυγος ή συγγενής του οφειλέτη, σε ευθεία γραμμή, ή συγγενής του, σε πλάγια γραμμή, εξ αίματος έως και τον τρίτο βαθμό, ή από αγχιστεία, έως το δεύτερο. Το τεκμήριο δεν ισχύει αν πέρασε ένα έτος από την απαλλοτρίωση έως την άσκηση της αγωγής (Α.Π. 622/1980 ΝοΒ 28.1981). Τέτοια γνώση δεν απαιτείται, αν η απαλλοτρίωση έγινε από χαριστική αιτία (Α.Π. 622/1980 ΝοΒ 28.1981, Εφ.Αθ. 4169/1999 Ελλ.Δ/νη 40.1160). Βλάβη, εξάλλου, προκαλείται με την ελάττωση της περιουσίας του οφειλέτη, λόγω της απαλλοτρίωσης, με αποτέλεσμα η εμφανής περιουσία που απομένει (Εφ.Θεσ. 1125/1998 Αρμ 52.687) να μην επαρκεί για την ικανοποίηση των αξιώσεων των δανειστών του (Εφ.Θεσ. 3061/1988 Ελλ.Δ/νη 31.1472) και εντεύθεν ο οφειλέτης να καθίσταται αφερέγγυος (Εφ.Θεσ. 1453/1995 Ελλ.Δ/νη 38.681). Εξάλλου, όπως συνάγεται από τις διατάξεις των άρθρων 847 και 851 Α.Κ., με τη σύμβαση εγγυήσεως ο εγγυητής αναλαμβάνει, απέναντι στον αντισυμβαλλόμενο του, που είναι έναντι άλλου δανειστής, την ευθύνη, ότι θα καταβληθεί σ' αυτόν η οφειλή του άλλου. Με αυτή τη σύμβαση ο εγγυητής ενέχεται, προς τον αντισυμβαλλόμενο του, όπως κάθε γνήσιος οφειλέτης απέναντι στον δανειστή του και, συνεπώς, όταν καταβάλει σε αυτόν, εκπληρώνει μεν την παροχή του πρωτοφειλέτη, συγχρόνως όμως εκπληρώνει και τη δική του οφειλή.

Είναι, συνεπώς, και ο εγγυητής οφειλέτης, κατά την έννοια του άρθρου 939 Α.Κ. και κάθε απαλλοτρίωση που έγινε από εκείνον προς βλάβη του αντισυμβαλλομένου του και δανειστή του, εφόσον δεν επαρκεί η υπόλοι-

πη περιουσία εκείνου για την ικανοποίηση αυτού, υπόκειται σε διάρρηξη κατά τους όρους των διατάξεων του περί καταδολιεύσεως δανειστών κεφαλαίου Α.Κ. (Α.Π. 677/2003 αδημ. στο νομικό τύπο, Α.Π. 881/2000 Ελλ.Δ/νη 2001.419). Περαιτέρω, μετά την αντικατάσταση της διάταξης του άρθρου 992 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 19 του Ν. 2298/1995, που ισχύει από 4-4-1995, δηλαδή πριν την άσκηση της αγωγής, μεταβλήθηκαν ριζικά τα αποτελέσματα της διαρρήξεως, τα οποία διαμορφώνονται πλέον ως ακολούθως: Αν η αγωγή διαρρήξεως του δανειστή κατά του τρίτου γίνει δεκτή τελεσιδικώς, διαπλάσσεται η νομική κατάσταση ότι η απαλλοτριωτική δικαιοπραξία δεν αντιτάσσεται έναντι του δανειστή από μέρους του τρίτου, προς τον οποίο ο οφειλέτης μεταβίβασε καταδολιευτικά το περιουσιακό στοιχείο του. Η μη αντιταξιμότητα είναι αυτοδίκαιη συνέπεια της διαρρήξεως, ανατρέχει δε στο χρόνο της απαλλοτρίωσης, όσον αφορά στις σχέσεις των διαδίκων μερών. Ο δανειστής μπορεί να κατέσχει από την περιουσία του οφειλέτη του, ως καθού, το αντικείμενο που αυτός είχε απαλλοτριώσει, σαν να μην είχε εκφύγει ποτέ από αυτήν. Η εκτέλεση στρέφεται κατά του οφειλέτη, ο δε τρίτος είναι ξένος προς την εκτελεστική διαδικασία. Κατά συνέπεια, η διάρρηξη δεν γεννά πλέον υποχρέωση αναμεταβίβασης του αντικειμένου της απαλλοτρίωσης, ώστε στη συνέχεια ο δανειστής να προβεί στην κατάσχεση του απαλλοτριωθέντος στην περιουσία του οφειλέτη, όπως γινόταν δεκτό με βάση τη διατύπωση του άρθρου 943 παρ. 1 εδ. α' Α.Κ., αλλά μπορεί ο δανειστής, που πέτυχε τη διάρρηξη, να προβεί στην κατάσχεση του πράγματος στην περιουσία του οφειλέτη, σαν να μην είχε υ-

πάρξει η απαλλοτριώση που διαρρήχθηκε. Κατ’ ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα της αγωγής διαρρήξεως είναι πλέον η απαγγελία της διάρρηξης της προσβαλλόμενης απαλλοτριώσης, υπέρ του ενάγοντος δανειστή και δεν απαιτείται αίτημα αναμεταβίβασης του απαλλοτριωθέντος πράγματος από τον τρίτο στον οφειλέτη, ούτε σώρευση αιτήματος για καταδίκη του τρίτου κατ’ άρθρο 949 του Κ.Πολ.Δ σε δήλωση βουλήσεως για αναμεταβίβαση στον οφειλέτη του απαλλο-

τριωθέντος. Στην περίπτωση σωρεύσεως στην αγωγή και τέτοιων αιτημάτων, αυτά είναι μη νόμιμα (Στ. Μαθία «Τροποποιήσεις στην αναγκαστική εκτέλεση με το Ν. 2298/1995», Ελλ.Δ/νη 36.145 επ, Κλαβανίδου «Η καταδολίευση δανειστών μετά το Ν. 2298/1995», Ελλ.Δ/νη 36.1643 επ, Εφ.Αθ. 9017/2000 Ελλ.Δ/νη 42.1389, Εφ.Αθ. 9585/1998 Ελλ.Δ/νη 40.649, Εφ.Λάρ. 97/2002 Δικογρ. 2002.87).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 1527/178/2005

Δικαστής: Θεονύμφη Ανράκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Γιώργος Ασπετάκης, Αλέκος Πικράκης

Άρθρα 21 Δ/τος της 26.6/10.7 1944 (ΚΝΔΔ), 304 Π.Δ. 410/95 (ΔΚΚ), 7 παρ. 2 ΝΔ 496/74, 4 παρ. 1 του Συντάγματος, 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ.

Τόκοι Δημοσίου - ΟΤΑ:

Με τις διατάξεις των άρθρ. 21 Δ/τος 26.6/10.7 1944 (ΚΝΔΔ), άρθρ. 304 Π.Δ. 410/95 (ΔΚΚ), άρθρ. 7 παρ. 2 του ΝΔ 496/74, ορίζεται ο νόμιμος τόκος κάθε οφειλής των Δήμων σε 6% και άρχεται από την επίδοση της αγωγής.

Η διάταξη αυτή δεν αντίκειται στα άρθρα 4 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, αφού οι ειδικές συνθήκες λειτουργίας των Ν.Π.ΔΔ, η ανάγκη διαφύλαξης του δημοσίου συμφέροντος και η αντικειμενική αδυναμία επιμέλειας των υποθέσεων του δημοσίου και των ΟΤΑ με τον ίδιο ξήλο που επιμελούνται τις υποθέσεις τους οι ιδιώτες, επιβάλλουν τη ρύθμιση αυτή. Δεκτή η αίτηση αναστολής εκτελέσεως.

Ο αιτών Δήμος ζητά να ανασταλεί η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης που επισπεύδεται σε βάρος του, δυνάμει της από 10-12-2004 επιταγής προς πληρωμή, προς εκτέλεση του με αρ. 300/1992 Α' εκτελεστού απογράφου της με αρ. 1109/1991 αποφάσεως του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, μέχρι να εκδοθεί οριστική απόφαση επί της ανακοπής, που νομότυπα και εμπρόθεσμα, άσκησε κατά της εκτέλεσης, σύμφωνα με το άρθρο 938 Κ.Πολ.Δ, για τους

λόγους που αναφέρει στην ανακοπή του.

Η αίτηση είναι νόμιμη (άρθρα 933, 938 Κ.Πολ.Δ). Δικάζεται κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (άρθρα 686 επ. του ίδιου Κώδικα) και πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω κατ' ουσίαν.

Από την εκτίμηση των ενόρκων καταθέσεων των μαρτύρων που εξετάστηκαν στο ακροατήριο και των εγγράφων που οι διάδικοι προσκομίζουν, πιθανολογείται η τυπική και ουσιαστική βασιμότητα ενός τουλάχιστον από τους λόγους της

ανακοπής. Ειδικότερα, πιθανολογήθηκε ότι ο αιτών με τη με αρ. 1109/1991 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου υποχρεώθηκε να καταβάλει στους καθών το ποσόν των 74.720.700 δραχμών, με το νόμιμο τόκο από την επίδοση της αγωγής, ως αποζημίωση λόγω απαλλοτρίωσης ακινήτου της. Με την με αρ. 320/2002 απόφαση της δημοκρατικής επιτροπής ψηφίστηκε η πίστωση και οι καθών εξοφλήθηκαν την 11-12-2002, εισπράττοντας το ποσό των 378.803 ευρώ. Οι καθών με τη προσβαλλόμενη επιταγή ζητούν διαφορά δικαστικών τόκων για το χρονικό διάστημα από 11-1-1991 μέχρι 25-11-2002, επικαλούμενοι μεταβολή της νομολογίας, ισχυριζόμενοι ότι η οφειλή του αιτούντος επιβαρύνεται με το εκάστοτε ισχύον επιτόκιο υπερημερίας για τους ιδιώτες και όχι με το 6% επί του κεφαλαίου. Κατά την διάταξη του άρθρου 21 του διατάγματος της 26 Ιουνίου/10 Ιουλίου 1944, «περί κώδικος των νόμων περί δικών του δημοσίου», ο νόμιμος τόκος πάσης του δημοσίου οφειλής ορίζεται εις 6% ετησίως, πλην αν άλλως ορίσθη δια συμβάσεως ή ειδικού νόμου. Ο ειρημέντος τόκος άρχεται από της επιδόσεως της αγωγής. Εξάλλου στο άρθρο 304 του Π.Δ. 410/1995 ορίζονται εκτός των άλλων και τα εξής: «Οι δήμοι και οι κοινότητες... έχουν όλες ανεξαιρέτως τις ατέλειες και τα δικαστικά, διοικητικά και δικονομικά προνόμια που παρέχονται στο δημόσιο». Το παραπάνω άρθρο 21 του διατάγματος διατηρήθηκε σε ισχύ και μετά την εισαγωγή του Α.Κ. με το άρθρο 109 παρ. 2 του ΕισΝΑ.Κ., στο οποίο ορίζεται ότι «εξακολουθούν να ισχύουν οι ειδικές διατάξεις που κανονί-

ζουν διαφορετικά το ποσοστό ή την έναρξη του τόκου ως προς τις οφειλές ή τις απαιτήσεις του δημοσίου, των δήμων των κοινοτήτων ή άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου και ως ειδικό κατισχύει των διατάξεων του Α.Κ. Τέλος η διάταξη του άρθρου 7 παρ. 2 του Ν.Δ. ορίζει ότι «ο νόμιμος και ο της υπερημερίας τόκος πάσης του νομικού προσώπου οφειλής ορίζεται εις 6% ετησίως, πλην αν άλλως ορίζεται δια συμβάσεως ή δια νόμου, άρχεται δε από της επιδόσεως της αγωγής. Η διάταξη αυτήν δεν αντίκειται στα άρθρα 4 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, αφού η ειδική κατάσταση και λειτουργία των Ν.Π.Δ.Δ. και η διαφύλαξη του δημοσίου συμφέροντος και ειδικότερα, λόγω της αδυναμίας επιμέλειας των υποθέσεων του δημοσίου και των Ο.Τ.Α. με τον ίδιο βαθμό και ζήλο που επιμελούνται τις υποθέσεις τους οι ιδιώτες, επιβάλλουν τη ρύθμιση αυτή (Α.Π. 804/2002 ΝΟΜΟΣ, Α.Π. 1563/1999 ΝΟΜΟΣ και Α.Π. 528/2003 Δ/νη 45, 797). Συνεπώς αφού ο αιτών δήμος έχει εξοφλήσει τους καθών υπολογίζοντας την οφειλή του με το οριζόμενο από το νόμο επιτόκιο από 6% πιθανολογείται ότι θα ευδοκιμήσει ο σχετικός λόγος της ανακοπής.

Πιθανολογήθηκε, επίσης, ότι ο αιτών θα υποστεί ανεπανόρθωτη βλάβη, αν συνεχιστεί η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης. Επομένως, η αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη κατ' ουσίαν και να επιβληθούν σε βάρος του αιτούντος, τα δικαστικά έξοδα των καθών (άρθρο 178 παρ. 3 του Κώδικα Δικηγόρων),

Για τους λόγους αυτούς δικάζει κατ’ αντιμωλίαν των διαδίκων. Δέχεται την αίτηση. Αναστέλλει τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης, που επισπεύδεται σε βάρος του αιτούντος με την από 10-12-2004 επιταγή προς πληρωμή, προς εκτέλεση του με αρ. 300/1992 Α’ εκτελεστού απογράφου της με αρ. 1109/1991 αποφάσεως του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, μέχρι να εκδοθεί οριστική απόφαση επί της από 18-1-

2005 ανακοπής κατά της εκτέλεσης και υπό τον όρο ότι η ανακοπή θα συζητηθεί μέσα σε προθεσμία 45 ημερών.

Επιβάλλει σε βάρος του αιτούντος τα δικαστικά έξοδα των καθών, το ύψος των οποίων ορίζει σε εκατόν πενήντα (150) ευρώ.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στις 26-4-2005 σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του.

ΚΛΗΡΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 29/2032/266/2005

Πρόεδρος: Ξανθίππη Στρατιδάκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Ευγενία Μπιτσακάκη (Πρωτοδίκης, Εισηγήτρια), Μαρία Μπαντουβά (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Γιάννης Λεβέντης, Ανδρέας Ανδρουλιδάκης (Πάρεδρος νομικού Συμβουλίου του Κράτους)

Άρθρα 140-141, 155, 157, εδ. 1-2, 1847 παραγ. 1 εδ. α 1850 εδ. β, 1857 1901 εδ. α Α.Κ.

Αποδοχή κληρονομιάς γενόμενη εκ πλάνης. Εάν η πλάνη είναι ουσιώδης η σχετική πράξη αποδοχής (ακόμη και αν έλαβε χώρα δια μη αποποιήσεως) είναι ακυρωτέα δια της ασκήσεως αγωγής διαπλαστικού χαρακτήρα. Η αγωγή στρέφεται κατά των δανειστών της κληρονομιάς και των κληροδόχων.

Η παραγραφή της αγωγής ακύρωσης είναι εξάμηνη, αρχομένη από τη ρητή σιωπηρή ή πλασματική αποδοχή, άλλως από την ημέρα που οι ακυρωσίμως αποδεχθέντες έλαβαν γνώση της πλάνης τους.

Κατά τις διατάξεις των άρθρων 1847 παρ. 1 εδ. α και 1850 εδ. β Α.Κ. «Ο κληρονόμος μπορεί να αποποιηθεί την κληρονομιά μέσα σε προθεσμία τεσσάρων μηνών, που αρχίζει από τότε που έμαθε την επαγωγή και το λόγο της. Αν περάσει η προθεσμία, η κληρονομιά θεωρείται ότι έχει γίνει αποδεκτή».

Κατά δε τις διατάξεις του άρθρου 1857 ίδιου κώδικα «Η αποδοχή ή η αποποίηση που οφείλεται σε πλάνη ή απειλή ή απάτη κρίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις για τις

δικαιοπραξίες. Η αγωγή για την ακύρωσή τους παραγράφεται μετά ένα εξάμηνο. Η πλάνη σχετικά με το ενεργητικό ή το παθητικό της κληρονομιάς δεν θεωρείται ουσιώδης. Οι διατάξεις του άρθρου αυτού εφαρμόζονται και σε αποδοχή που συνάγεται από την παραμέληση της προθεσμίας για αποποίηση». Εξάλλου κατά τη διάταξη του άρθρου 1901 εδ. α Α.Κ. «Ο κληρονόμος ευθύνεται και με τη δική του περιουσία για τις υποχρεώσεις της κληρονομιάς».

Τέλος κατά τις διατάξεις των άρθρων 140 και 141 Α.Κ. «Αν κάποιος καταρτίζει δικαιοπραξία και η δήλωσή του δεν συμφωνεί, από ουσιώδη πλάνη, με την βούλησή του, έχει δικαίωμα να ζητήσει την ακύρωση της δικαιοπραξίας. Η πλάνη είναι ουσιώδης όταν αναφέρεται σε σημείο τόσο σπουδαίο για την όλη δικαιοπραξία, ώστε, αν το πρόσωπο γνώριζε την πραγματική κατάσταση, δεν θα επιχειρούσε τη δικαιοπραξία». Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι η αποδοχή της κληρονομιάς που συνάγεται από την παραμέληση της προθεσμίας αποποιήσεως, μπορεί να προσβληθεί από τον κληρονόμο λόγω πλάνης απάτης ή απειλής, κατά τις ισχύουσες γενικές διατάξεις περί ακύρωσης δικαιοπραξιών, εφόσον δεν προβλέπεται στο νόμο διαφορετική ρύθμιση.

Ειδικότερα η οδηγούσα σε ακυρωσία πλάνη της κατά τα άνω αποδοχής κληρονομιάς πρέπει να είναι ουσιώδης (άρθρο 140 Α.Κ.), δηλαδή μπορεί να προσβληθεί, όταν η με τον τρόπο αυτό συναγόμενη κατά πλάσμα του νόμου αποδοχή δεν συμφωνεί με την βούλησή του, από ουσιώδη πλάνη, δηλαδή από άγνοια ή εσφαλμένη γνώση της καταστάσεως που διαμόρφωσε η βούλησή του, όταν αυτή αναφέρεται σε σημείο τόσο σπουδαίο για την αποδοχή της κληρονομιάς, ώστε αν ο κληρονόμος γνώριζε την αληθινή κατάσταση ως προς το σημείο αυτό δεν θα άφηνε να παρέλθει άπρακτη η προθεσμία αποποιήσεως (βλ. Ολ.Α.Π. 3/1989 Δ/ση 30, 751).

Έτσι, ουσιώδης πλάνη κατά την παραπάνω έννοια μπορεί να υφίσταται και στην περίπτωση που ο κληρονόμος δεν

αποποιήθηκε εμπρόθεσμα την κληρονομιά, υπολαμβάνων εκ πλάνης ότι είχε ήδη προβεί σε έγκυρη αποποίηση (βλ. Βουζίκας Κληρονομικό Δίκαιο Τεύχος Α' έκδ. Β', σελ. 122). Σε αντίθεση με τις ισχύουσες γενικές διατάξεις περί ακυρώσεως λόγω πλάνης, η παραγραφή της αγωγής ακύρωσης της αποδοχής της κληρονομιάς για τον αυτό λόγο, είναι εξάμηνη. Ως προς την έναρξη όμως αυτής, ισχύει η γενική διάταξη του άρθρου 157 εδ. 1-2, κατά την οποία η παραγραφή αρχίζει από τη ρητή, σιωπηρή ή πλασματική αποδοχή, εάν δε η πλάνη εξακολούθησε και μετά την αποδοχή, η παραγραφή αρχίζει αφότου παρήλθε η κατάσταση αυτή, δηλαδή από τότε που δικαιούμενος σε ακύρωση έλαβε γνώση της πλάνης, κατά πάσα δε περίπτωση δεν χωρεί μετά πάροδο εικοσαετίας από της αποδοχής.

Η σχετική αγωγή απευθύνεται κατά μία εκδοχή (βλ. Μπαλής Γεν. Αρχές παρ. 74 σελ. 206), κατά των δανειστών της κληρονομιάς και των κληροδόχων, κατ' άλλη δε άποψη (Βουζίκας *ό.π.* σελ. 123), με διασταλτική ερμηνεία της Α.Κ. 155, κατά του αμέσως έλκοντος έννομο συμφέρον από την έκπτωση του ακυρωσίμως αποδεχθέντος, δηλ. κατ' εκείνου στον οποίο θα επαχθεί η κληρονομιά μετά την αποδοχή της αγωγής ακυρώσεως και αποποίησής της εκ μέρους του συνεπεία πλάνης αποδεχθέντος και ενάγοντος στην περί ακυρώσεως δίκη. Αποτέλεσμα δε της ακυρώσεως της αποδοχής είναι ότι η γενομένη αποδοχή εξομοιώνεται με την εξ αρχής άκυρη και συνεπώς θεωρείται ως μη γενομένη.

ΔΙΚΑΙΟ ΑΠΑΛΛΟΤΡΙΩΣΕΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 761/2193 ΑΠ. 138/2004

Δικαστής: Μαρία Μπαντουβά (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Ευάγγελος Παναγιωτάκης, Ανδρέας Ανδρουλιδάκης (Δικαστικός Αντιπρόσωπος Ν.Σ.Κ.)

Άρθρα 26, 29, παραγ. 2 και 16 παραγ. 8 Ν. 2882/2001

Δεκτή η αίτηση αναγνώρισης, ως δικαιούχου αποζημιώσεως, προσώπου διαφορετικού από εκείνο που αναφέρεται στον οικείο κτηματολογικό πίνακα, εφόσον από τα προσκομιζόμενα στοιχεία αποδεικνύεται η βασιμότητά της.

Μεταξύ των απαλλοτριωμένων ακινήτων περιλαμβάνονται και τα παρακάτω ακίνητα, με αριθμούς ΚΠ 929 και 935, τα οποία βρίσκονται στην κτηματική περιφέρεια του Δήμου Χερσονήσου, στις πρώην κοινότητες Ποταμιών και Αβδού Πεδιάδος και στον Οικισμό Σφενδυλίου, και ανήκουν στην αιτούσα. Το ακίνητο με αριθμό ΚΠ 929 είναι ελαιώνας με 10 μεγάλες ελιές, εκτάσεως 810 τ.μ., βρίσκεται στη θέση « ... » και απαλλοτριώνεται ολόκληρο. Συνορεύει από βορρά με ιδιοκτησία Γ. Κ., από νότο με την ίδια ως άνω ιδιοκτησία Γ. Κ., από ανατολή με ιδιοκτησία Ι. Κ. και από δύση με ιδιοκτησία Γ. Σ. Το ακίνητο αυτό απέκτησε η αιτούσα, κατά τα 3/4 από κληρονομιά του πατέρα της Μ. Σ. του Ν., ο οποίος απεβίωσε στις 9-10-1997, χωρίς να αφήσει διαθήκη και άφησε μοναδικούς εξ αδιαθέτου κληρονόμους του, την αιτούσα κατά τα 3/4 και την μητέρα της κατά το 1/4, κληρονομιά την οποία αποδέχθηκε νομότυπα δυνάμει του υπ' αριθμ. ... δηλωτικού αποδοχής κληρονομιάς του συμβολαιογράφου Ηρακλείου Δ. Μ., το οποίο έχει μεταγραφεί νομίμως στα βιβλία μεταγραφών του Υποθ/κείου Χερσονήσου (τ. ...). Το υπόλοιπο 1/4 (άλλως 25/100) του ιδίου α-

κινήτου απέκτησε η αιτούσα, από κληρονομιά της μητέρας της, Ε. χήρας Μ. Σ. το γένος Γ. Α., η οποία απεβίωσε στις 7-5-2001, χωρίς να αφήσει διαθήκη και άφησε μοναδική εξ αδιαθέτου κληρονόμο της την αιτούσα, κληρονομιά την οποία αποδέχθηκε νομότυπα δυνάμει του υπ' αριθμ. ... δηλωτικού αποδοχής κληρονομιάς της συμβολαιογράφου Ηρακλείου Χ. Π., το οποίο έχει μεταγραφεί νομίμως στα βιβλία μεταγραφών του Υποθ/κείου Χερσονήσου (τ. ...). Στον κτηματολογικό πίνακα αναφέρεται εσφαλμένα ως ιδιοκτήτης του παραπάνω ακινήτου ο Γ. Π. του Α., ο οποίος μάλιστα με έγγραφη δήλωσή του, ομολογεί ότι εκ παραδρομής φέρεται αυτός ως ιδιοκτήτης του στον οικείο κτηματολογικό πίνακα. Για τούτο πρέπει να διορθωθεί στο σημείο τούτο ο κτηματολογικός πίνακας.

Συνεπώς, πρέπει να διορθωθεί ο κτηματολογικός πίνακας, όσον αφορά τον ιδιοκτήτη. Περαιτέρω από τα προσκομιζόμενα υπ' αριθμ. ... και ... πιστοποιητικά του Υποθηκοφυλακείου Χερσονήσου Πεδιάδος, αποδεικνύεται ότι τα παραπάνω απαλλοτριούμενα ακίνητα δεν έχουν εκποιηθεί σε τρίτους, δεν έχει εγγραφεί σε βάρος αυτών υποθήκη ή προ-

σημείωση υποθήκης ή κατάσχεση και δεν διεκδικούνται από οποιονδήποτε τρίτο δικαστικά. Επίσης δεν διεκδικούνται από το ελληνικό Δημόσιο, το οποίο άλλωστε δεν προέβαλε σχετικό ισχυρισμό στην δίκη αυτή (βλ. και σχετική βεβαίωση της προϊσταμένης της κτηματικής υπηρεσίας περί της έρευνας των δικαιωμάτων του Δημοσίου στα απαλλοτριούμενα ακίνητα). Επομένως, η αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη και κατ' ουσίαν, να αναγνωρισθεί η αιτούσα, δικαιούχος της αποζημίωσης που καθορίστηκε με τις προαναφερόμενες αποφάσεις, όπως ειδικότερα διαλαμβάνεται στο διατακτικό και να διαταχθεί η διόρθωση του κτηματολογικού πίνακα ως αναφέρεται παραπάνω.

ΑΝΑΓΝΩΡΙΖΕΙ την αιτούσα δικαιούχο της αποζημίωσης, η οποία καθορίστηκε προσωρινά με την υπ' αριθμ. 389/2001 απόφαση αυτού του Δικαστηρίου και οριστικά με την υπ' αριθμ.

394/2002 απόφαση του Εφετείου Κρήτης, και αφορά τα ακίνητα που περιγράφονται στο σκεπτικό της αποφάσεως τούτης, τα οποία απαλλοτριώθηκαν αναγκαστικά με την υπ' αριθμ. 1010111/1055/0010/25-2-2000 κοινή απόφαση των υπουργών ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. και Οικονομικών, που δημοσιεύθηκε στη Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ 156/24-3-2000 τ. Δ.). Ειδικότερα αναγνωρίζει αυτήν δικαιούχο της καθορισθείσης αποζημίωσης για τα ακίνητα με αριθμούς ΚΠ 929 και ΚΠ 935 και τα επικείμενά τους.

ΔΙΑΤΑΣΣΕΙ την διόρθωση του κτηματολογικού πίνακα, που αναφέρεται στο σκεπτικό της αποφάσεως, ως προς τα παραπάνω ΚΠ 929 και 935, όσον αφορά τα στοιχεία του πραγματικού ιδιοκτήτη αυτών, από τα εκ παραδρομής αναφερόμενα στον κτηματολογικό πίνακα, Γ. Π. και Μ. Π., αντιστοίχως στα ορθά Μ. Ρ. το γένος Μ. Σ.

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 210/598, 1365/20, 40/2005

Δικαστής: Ιωάννης Γερωνυμάκης (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Εντυχία Κατσαρού-Πετράκη, Μαρίνα Μιχελάκη, Αγγελική Βενάρδου (δικαστική Αντιπρόσωπος Ν.Σ.Κ.)

Άρθρα 648, 649 Α.Κ. σε συνδιασμό άρθρα 1 και 8 Ν. 2112/1920 και την υπ' αριθ. 1999/70 οδηγία Ε.Κ. και άρθρο 5 παρ. 3 Π.Δ. 81/2003

Συμβασιούχοι ΤΕΙ. Αγωγή μετατροπής συμβάσεως εργασίας ορισμένου χρόνου σε αορίστου με βάση την 1999/70 κοινοτική οδηγία. Η κοινοτική αυτή οδηγία δεν είναι αμέσως εφαρμογής. Προσαρμόστηκε στο ελληνικό δίκαιο ως προς τους εργαζόμενους στο δημόσιο τομέα με το Π.Δ. 164/2004. Θέσπιση ειδικής διοικητικής διαδικασίας μετατροπής εκκρεμών συμβάσεων σε αορίστου χρόνου, με το άρθρο 11. Τελικώς αρμόδιο όργανο να κρίνει περί της αναδρομικής ισχύος των προϋποθέσεων της μετατροπής είναι το ΑΣΕΠ και εν συνεχεία τα αρμόδια Δικαστήρια.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 648 και 659 του Α.Κ. συνάγεται ότι η σύμβαση εργασίας είναι ορισμένου χρόνου όταν η διάρκειά της είναι σαφώς καθορισμένη, είτε γιατί συμφωνήθηκε αρχικά ή μεταγενέστερα ρητά ή σιωπηρά, είτε γιατί προκύπτει από το είδος και το σκοπό της σύμβασης. Αντίθετα σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου είναι εκείνη της οποίας η διάρκεια ούτε ορίστηκε ρητά ούτε προκύπτει από το είδος ή το σκοπό της. Από τις διατάξεις δε των άρθρων 1 και 8 του Ν. 2112/1920, οι οποίες ορίζουν ότι οι διατάξεις του νόμου αυτού εφαρμόζονται και στη σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου, αν ο καθορισμός της διάρκειας αυτής, δεν δικαιολογείται από τη φύση της σύμβασης, αλλά τέθηκε σκόπιμα, προς καταστρατήγηση των διατάξεων αυτών περί καταγγελίας της υπαλληλικής σύμβασης, συνάγεται ότι ο καθορισμός ορισμένης χρονικής διάρκειας της σύμβασης εργασίας είναι δικαιολογημένος από τη φύση αυτής, όχι μόνο όταν η σύμβαση, ως εκ του είδους και του σκοπού της εργασίας, έχει το χαρακτήρα σύμβασης ορισμένου χρόνου, αλλά και όταν η διάρκεια της υπαγορεύεται από αποχρώντα λόγο αναγόμενο ιδίως στις ιδιαίτερες συνθήκες λειτουργίας της επιχείρησης (π.χ. ανάγκες εργοδότη, εποχικός χαρακτήρας λειτουργίας της επιχείρησης, αβεβαιότητα για το μέλλον αυτής κ.λπ.). Όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτές, η κατάρτιση σύμβασης εργασίας ορισμένου χρόνου ή οι διαδοχικές ανανεώσεις της σύμβασης αυτής, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έγιναν σκόπιμα για να καταστρατηγηθούν οι διατάξεις περί καταγγελίας της σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου. Αντίθετα οι διαδοχικές συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου θεωρούνται ως

μία ενιαία σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου, αν η συνολολόγηση του ορισμένου χρόνου σε αυτές δεν δικαιολογείται από τη φύση της σύμβασης ή τις ανάγκες της επιχείρησης, όπως είναι μεταξύ άλλων και όταν η εκτελούμενη εργασία ικανοποιεί πάγιες και τακτικές ανάγκες της επιχείρησης (Εφ.Θεσ. 1001/2003 Αρμ 2003, 1646, Εφ.Πειρ. 468/2003 ΔΕΕ 2003, 1097, Εφ.Θεσ. 1989/1997 Αρμ 1997, 1042, Βλαστός, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, παραγρ. 1132 - 1136, Ντάσιος, Εργατικό Δικονομικό Δίκαιο, παραγρ. 397). Η ανάγκη, για να αποτραπούν καταχρήσεις, κατά τη σύναψη συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, προκάλεσε την έκδοση της κοινοτικής Οδηγίας 1999/70/ΕΚ του Συμβουλίου της 28/6/1999 για την εργασία ορισμένου χρόνου, η οποία εφαρμόζεται σε όλους τους εργαζόμενους που έχουν σύμβαση ή σχέση εργασίας ορισμένου χρόνου, όπως αυτές καθορίζονται από τη νομοθεσία, τις ΣΣΕ ή την πρακτική του κάθε κράτους - μέλους.

Σύμφωνα με τη ρήτρα 5 της Οδηγίας αυτής: «1. Για να αποτραπεί η κατάχρηση που μπορεί να προκύψει από τη χρησιμοποίηση διαδοχικών συμβάσεων ή σχέσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, τα κράτη μέλη, ύστερα από διαβουλεύσεις με τους κοινωνικούς εταίρους, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία, συλλογικές συμβάσεις ή πρακτική, ή/και οι κοινωνικοί εταίροι, όταν δεν υπάρχουν ισοδύναμα νομοθετικά μέτρα για την πρόληψη των καταχρήσεων, λαμβάνουν, κατά τρόπο που να λαμβάνει υπ' όψη τις ανάγκες ειδικών τομέων ή/και κατηγοριών εργαζομένων, ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα μέτρα: α) Αντικειμενικούς λόγους που να δικαιολογούν την ανανέωση τέτοιων συμβάσεων ή

σχέσεων εργασίας, β) τη μέγιστη συνολική διάρκεια διαδοχικών συμβάσεων ή σχέσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, γ) τον αριθμό των ανανεώσεων τέτοιων συμβάσεων ή σχέσεων εργασίας. 2. Τα κράτη-μέλη ύστερα από διαβουλεύσεις με τους κοινωνικούς εταίρους ή/και οι κοινωνικοί εταίροι καθορίζουν, όταν χρειάζεται υπό ποιες συνθήκες οι συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου: α) Θεωρούνται «διαδοχικές», β) χαρακτηρίζονται συμβάσεις ή σχέσεις αορίστου χρόνου». Η Οδηγία αυτή, δεν ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με πράξη του εθνικού νομοθέτη μέχρι τη λήξη του χρόνου προσαρμογής, την 10/7/2001, χωρίς να συνεπάγεται όμως από την παράλειψη αυτή η άμεση εφαρμογή της στο εσωτερικό δίκαιο και στις εργασιακές σχέσεις, διότι δεν περιέχει κανόνες σαφείς και ορισμένους, δεκτικούς απευθείας εφαρμογής (δηλαδή χωρίς αιρέσεις ή περιθώρια επιλογής από τον εθνικό νομοθέτη), αφού απαιτείται η παρέμβαση κάθε εθνικού νομοθέτη, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερες συνθήκες που επικρατούν στην έννομη τάξη κάθε κράτους μέλους, προκειμένου να εξειδικευτούν ποιοι είναι οι αντικειμενικοί λόγοι που δικαιολογούν την χωρίς περιορισμό ανανέωση τέτοιων συμβάσεων, τη μέγιστη διάρκεια και τον αριθμό τους και ποιές είναι οι συνθήκες, κάτω από τις οποίες οι συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου θεωρούνται διαδοχικές και μπορούν να χαρακτηριστούν ως αορίστου χρόνου (σχετ. Α.Π. 1330/2000 Ελλ.Δ/νη 43, 386, ΟλΣτΕ 2070/1999 ΕΔΔΔΔ 2000, 98). Για το λόγο αυτό η Ελλάδα προέβη από 2/4/2003 σε ενσωμάτωση της ως άνω Οδηγίας με το Π.Δ. 81/2003, το οποίο σε

γενικές γραμμές ικανοποίησε και τους δύο στόχους της Οδηγίας, θεσπίζοντας στο άρθρο 4 την αρχή της μη διάκρισης, την αρχή δηλαδή ότι δεν επιτρέπεται να αντιμετωπίζονται οι εργαζόμενοι με σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου δυσμενώς σε σχέση με τους «συγκρίσιμους εργαζομένους αορίστου χρόνου», ενώ στο άρθρο 5 απαριθμούνται αντικειμενικοί λόγοι, οι οποίοι δικαιολογούν και επιτρέπουν τη χωρίς περιορισμό ανανέωση σύμβασης εργασίας ορισμένου χρόνου, στη δε παρ. 3 του ίδιου άρθρου προβλέπεται ότι σε περίπτωση που δεν συντρέχει ένας αντικειμενικός λόγος, για την κατάρτιση μίας σύμβασης, ως σύμβασης ορισμένης διάρκειας και υπό την προϋπόθεση ότι η απασχόληση του εργαζομένου υπερβαίνει συνολικά τα δύο (2) έτη, τεκμαίρεται ότι ο εργαζόμενος καλύπτει πάγιες και διαρκείς ανάγκες του εργοδότη, με συνέπεια τη μετατροπή της σύμβασης από ορισμένης σε αόριστης διάρκειας. Ωστόσο, κατά την εφαρμογή του Π.Δ. 81/2003 προέκυψαν αμφιβολίες σχετικά με το ζήτημα αν το Π.Δ. αυτό ενσωμάτωσε ορθά στο εσωτερικό δίκαιο την κοινοτική Οδηγία 1999/70/ΕΚ. Επί πλέον προέκυψαν αμφιβολίες σχετικά με το ερώτημα, αν οι ρυθμίσεις του Π.Δ. 81/2003 (προπαντός αν το τεκμήριο του άρθρου 5 παρ. 3 του Π.Δ. 81/2003, σύμφωνα με το οποίο οι διαδοχικές συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου, που καταρτίζονται χωρίς να συντρέχει αντικειμενικός λόγος, μετατρέπονται σε αορίστου) εφαρμόζονται και επί των διαδοχικών συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου που καταρτίζει το Δημόσιο, Ν.Π.Δ.Δ., Ο.Τ.Α. ή επιχειρήσεις του ευρύτερου δημοσίου τομέα, ιδιαίτερα μάλι-

στα μετά τη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 8 του Συντάγματος, η οποία απαγορεύει τη μονιμοποίηση με νόμο των συμβασιούχων ή τη μετατροπή των συμβάσεών τους σε αορίστου χρόνου (Λεβέντη, «Οι νέες ρυθμίσεις για τις συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου – τα Π.Δ. 164/2004 και 180/2004», ΔΕΝ 2005, σελ. 74 επ. 76). Εξαιτίας του προβληματισμού αυτού δημιουργήθηκε η ανάγκη για τη θέσπιση νέων κανόνων, για την τακτοποίηση των συμβασιούχων ορισμένου χρόνου στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, τέτοιων όμως που και θα εναρμονίζουν την ελληνική νομοθεσία με την κοινοτική Οδηγία 1999/70/ΕΚ και θα συμβιβάζονται με τις εγγυήσεις που θέτει το άρθρο 103 παρ. 7 και 8 του Συντάγματος (Λεβέντη, «Η νομιμοποίηση των εκτάκτων του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ., των Ο.Τ.Α. και το άρθρο 103 παρ. 8 του Συντάγματος», ΔΕΝ 2004, σελ. 609 επ., 614). Για την κάλυψη της ανάγκης αυτής εκδόθηκε το Π.Δ. 164/2004 (ΦΕΚ 134/19.7.2004) «Ρυθμίσεις για τους εργαζομένους με συμβάσεις ορισμένου χρόνου στο δημόσιο τομέα», στο άρθρο 1 του οποίου ορίζεται ότι σκοπός του είναι «η προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας, όσον αφορά στο προσωπικό του Δημοσίου και του ευρύτερου δημοσίου τομέα, προς τις διατάξεις της Οδηγίας 1999/70/ΕΚ του Συμβουλίου της 28ης Ιουνίου 1999, σχετικά με τη συμφωνία - πλαίσιο για την εργασία ορισμένου χρόνου, που έχει συναφθεί μεταξύ των διεπαγγελματικών οργανώσεων γενικού χαρακτήρα CES, UNICE και CEEP (Ε.Ε.Λ. 175/10.7.99), με την οποία επιδιώκεται, αφ' ενός μεν η βελτίωση της ποιότητας της εργασίας ορισμένου χρόνου με την εφαρμο-

γής της αρχής της μη διάκρισης σε σχέση με την εργασία αορίστου χρόνου και αφ' ετέρου η καθιέρωση ενός πλαισίου για να αποτραπεί τυχόν κατάχρηση, που προκαλείται από τη χρησιμοποίηση διαδοχικών συμβάσεων ή σχέσεων εργασίας ορισμένου χρόνου». Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 11 του Π.Δ. «διαδοχικές συμβάσεις κατά την παρ. 1 του άρθρου 5 του παρόντος διατάγματος, οι οποίες έχουν συναφθεί πριν την έναρξη ισχύος του παρόντος και είναι ενεργές έως την έναρξη ισχύος αυτού, συνιστούν εφ' εξής σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου, εφ' όσον συντρέχουν αθροιστικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) Συνολική χρονική διάρκεια διαδοχικών συμβάσεων τουλάχιστον είκοσι τεσσάρων (24) μηνών έως την έναρξη ισχύος του διατάγματος, ανεξαρτήτως αριθμού ανανεώσεων συμβάσεων ή τρεις τουλάχιστον ανανεώσεις πέραν της αρχικής σύμβασης κατά την παρ. 1 του άρθρου 5 του παρόντος διατάγματος, με συνολικό ελάχιστο χρόνο απασχόλησης δέκα οκτώ (18) μηνών, μέσα σε συνολικό χρονικό διάστημα είκοσι τεσσάρων (24) μηνών από την αρχική σύμβαση. β) Ο συνολικός χρόνος υπηρεσίας του εδαφίου (α) να έχει πράγματι διανυθεί στον ίδιο φορέα, με την ίδια ή παρεμφερή ειδικότητα και με τους ίδιους ή παρεμφερείς όρους εργασίας, όπως αναγράφεται στην αρχική σύμβαση. Προκειμένου περί συμβάσεων που έχουν συναφθεί με την Ελληνική Εταιρεία Τοπικής Ανάπτυξης και Αυτοδιοίκησης (Ε.Ε.Τ.Α.Α.), στο πλαίσιο εφαρμογής συγκεκριμένου προγράμματος, ως φορέας νοείται ο οικείος Ο.Τ.Α. στον οποίο ο εργαζόμενος προσέφερε πραγματικά τις υπηρεσίες του. γ) Το αντι-

κείμενο της σύμβασης να αφορά σε δραστηριότητες, οι οποίες σχετίζονται ευρέως και αμέσως με πάγιες και διαρκείς ανάγκες του αντιστοίχου φορέα, όπως αυτές οριοθετούνται από το δημόσιο συμφέρον, το οποίο υπηρετεί ο φορέας αυτός.

δ) Ο κατά τις προηγούμενες περιπτώσεις συνολικός χρόνος υπηρεσίας πρέπει να έχει παρασχεθεί κατά πλήρες ή μειωμένο ωράριο εργασίας και σε καθήκοντα ίδια ή παρεμφερή με αυτά που αναγράφονται στην αρχική σύμβαση. Οι διαδοχικές συμβάσεις μειωμένου ωραρίου εργασίας συνιστούν, σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου αυτής, συμβάσεις αορίστου χρόνου μειωμένης απασχόλησης αντίστοιχης με την αναγραφόμενη στην αρχική σύμβαση.

2. Για τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά την προηγούμενη παράγραφο προϋποθέσεων, ο εργαζόμενος υποβάλλει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δύο (2) μηνών από την έναρξη της ισχύος του παρόντος, αίτηση προς τον οικείο φορέα, στην οποία αναφέρει τα στοιχεία από τα οποία προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών. Αρμόδιο όργανο να κρίνει αιτιολογημένα εάν συντρέχουν, κατά περίπτωση, οι προϋποθέσεις της προηγούμενης παραγράφου, είναι το οικείο Υπηρεσιακό Συμβούλιο ή το όργανο που εξομοιώνεται με αυτό κατά την κείμενη νομοθεσία. Στις δημοτικές ή κοινοτικές επιχειρήσεις αρμόδιο όργανο είναι, σε κάθε περίπτωση, το Δημοτικό ή Κοινοτικό Συμβούλιο του οικείου Ο.Τ.Α., ύστερα από εισήγηση του Διοικητικού Συμβουλίου ή του διοικούντος οργάνου της επιχείρησης. Το κατά τα ανωτέρω αρμόδιο όργανο κρίνει περαιτέρω εάν στις συμβάσεις έργου ή άλλες συμβάσεις ή

σχέσεις, υποκρύπτεται σχέση εξαρτημένης εργασίας. Η κατά τις ως άνω διατάξεις κρίση του αρμόδιου οργάνου ολοκληρώνεται το αργότερο εντός πέντε (5) μηνών από την έναρξη ισχύος του παρόντος διατάγματος.

3. Οι κατά την παρ. 2 κρίσεις των αρμόδιων οργάνων, θετικές ή αρνητικές, διαβιβάζονται αμέσως στο Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (ΑΣΕΠ), το οποίο αποφαινεται εντός τριών (3) μηνών από τη διαβίβαση σε αυτό των σχετικών κρίσεων». Δηλαδή με βάση το νέο αυτό Π.Δ., με το οποίο αντικαταστάθηκαν οι ρυθμίσεις του προγενέστερου Π.Δ. 81/2003, καθιερώνεται πλέον από την ισχύ του (14/7/2004) ότι αποκλειστικά αρμόδια όργανα, για να διαπιστώσουν αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις για τη μετατροπή των διαδοχικών συμβάσεων ορισμένου χρόνου, οι οποίες ήταν ενεργές κατά την έναρξη ισχύος του Π.Δ. 164/2004, σε σύμβαση αορίστου, είναι τα περιοριστικά αναφερόμενα στην παρ. 2 του ως άνω άρθρου, και μάλιστα εφόσον οι ενδιαφερόμενοι εργαζόμενοι έχουν υποβάλλει σχετική αίτηση στον οικείο φορέα, εντός αποκλειστικής προθεσμίας 2 μηνών από την έναρξη της ισχύος αυτού του προεδρικού διατάγματος. Στη συνέχεια οι σχετικές κρίσεις των ανωτέρω αρμοδίων οργάνων διαβιβάζονται στο ΑΣΕΠ, το οποίο αποφαινεται εντός τριών μηνών από τη διαβίβαση των σχετικών κρίσεων. Μόνο σε περίπτωση θετικής κρίσεως του ΑΣΕΠ οι ενεργείς διαδοχικές συμβάσεις «συνιστούν εφ' εξής σύμβαση εργασίας αορίστου χρόνου» και όχι αναδρομικά από την έναρξη ισχύος του προεδρικού διατάγματος, καθώς αυτό θα προσέκρουε στη θεσπιζόμενη από το άρθρο 103 παρ. 2 του Συντάγμα-

τος απαγόρευση, σε περίπτωση που κατά το χρόνο αυτό δεν έχουν συσταθεί ακόμα οι σχετικές οργανικές θέσεις. Επομένως και ανεξάρτητα των όσων μέχρι σήμερα ίσχυαν οι διαδοχικές συμβάσεις ορισμένου χρόνου δεν μετατρέπονται αυτοδικαίως σε συμβάσεις αορίστου χρόνου των άρθρων 68 και 70 του Κ.Πολ.Δ, ούτε πλέον η κρίση για το αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της μετατροπής εναπόκειται στα δι-

καστήρια, αφού τελικό αρμόδιο όργανο για να το κρίνει αυτό είναι η ανεξάρτητη αρχή που προβλέπεται από τη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 7 του Κ.Πολ.Δ, δηλαδή το ΑΣΕΠ, το οποίο παρέχει τα εχέγγυα ώστε οι προσλήψεις στο δημόσιο και ευρύτερο δημόσιο τομέα να γίνονται με κριτήρια ισονομίας και αξιοκρατικά και επομένως συνάδει με τη ρύθμιση του άρθρου 103 του Συντάγματος.

ΔΙΚΑΙΟ ΜΙΣΘΩΤΙΚΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 660/3526/190/2004

Δικαστής: Ιωάννης Γερωνυμάκης (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Μιχαήλ Χριστοφοράκης, Ιωάννα Σμυρνοιωτάκη

Άρθρα 574, 595, Α.Κ., 66 ΕισΝ Κ.Πολ.Δ 15, 44 και 48 παρ. 1 Π.Δ. 34/1995

Προϋποθέσεις άσκησης της κατά το άρθρο 281 Α.Κ. ένστασης κατά αγωγής αποβολής από το μίσθιο για καθυστέρηση μισθωμάτων εμπορικής μίσθωσης.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 281 του Α.Κ. η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται, αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια, που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος. Το δικαίωμα θεωρείται ότι ασκείται καταχρηστικά και όταν η συμπεριφορά του δικαιούχου πριν από την άσκηση του, καθώς και η πραγματική κατάσταση που διαμορφώθηκε στο διάστημα που μεσολάβησε, δεν δικαιολογούν τη μεταγενέστερη άσκησή του και καθιστούν αυτή μη ανεκτή κατά τις περί δικαίου αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου. Απαιτείται δηλαδή για να χαρακτηριστεί η άσκηση του δικαιώματος καταχρηστική, αφενός να έχει δημιουργη-

θεί στον υπόχρεο από τη συμπεριφορά του δικαιούχου σε συνδυασμό με αυτή του υπόχρεου, και μάλιστα ευλόγως, η πεποίθηση ότι ο δικαιούχος δεν πρόκειται να ασκήσει το δικαίωμα του, και αφετέρου η αδράνεια του δικαιούχου να ασκήσει το δικαίωμά του σε συνδυασμό με ειδικές περιστάσεις που συνδέονται με προηγούμενη συμπεριφορά του δικαιούχου, να έχει οδηγήσει σε διαμόρφωση και παγίωση μιας κατάστασης, η ανατροπή της οποίας με τη μεταβολή της στάσης του δικαιούχου να επιφέρει δυσμενείς επιπτώσεις για τα συμφέροντα του υπόχρεου (Α.Π. 731/2003 ΔΕΝ 1512, Α.Π. 1150/2002 ΕΕΝ 2003, 613, Α.Π. 545/2002 Ελλ.Δ/νη 43, 1640, Α.Π. 321/2002 Ελλ.Δ/νη 44, 143).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 301/154/5ΜΘ/2004

Δικαστής: Ευγενία Μπιτσακάκη (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Απόλλων Καλογερόπουλος, Καλλιόπη Καραμπουρνιώτη

Άρθρα 2 παρ. 8 περ. 1 Ν. 2235/1994, 6 παρ. 1 Π.Δ. 34/1995, 7 παρ. 6 αριθ. 1 και 8 Ν. 2741/1999

Οι εμπορικές μισθώσεις ισχύουν για δώδεκα έτη ακόμη και αν έχουν συναφθεί για βραχύτερο χρονικό διάστημα. Η ρύθμιση περιλαμβάνει τόσο τις μισθώσεις που συνάπτονται μετά την εφαρμογή του Ν. 2741/1999 όσο και εκείνες που είχαν ήδη συναφθεί όταν τέθηκε σε ισχύ.

Κατά την αρχική διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1 του Ν. 813/1978 «Περί εμπορικών και ετέρων κατηγοριών μισθώσεων», η διάρκεια της μίσθωσης, που διεπόταν από το νόμο αυτόν, ήταν έξι (6) έτη και αν ακόμη είχε συναφθεί για βραχύτερο ή αόριστο χρόνο. Στα άρθρα 18 επ. προβλεπόταν παράταση μέχρι δέκα έτη. Η τελευταία αυτή διάταξη αντικαταστάθηκε με το άρθρο 2 παρ. 8 περ. 1 του Ν. 2235/1994 ως εξής: «Η μίσθωση ισχύει για εννέα (9) έτη, ακόμη και αν έχει συναφθεί για βραχύτερο ή αόριστο χρόνο, μπορεί όμως να λυθεί με νεότερη συμφωνία που αποδεικνύεται με έγγραφο βέβαιης χρονολογίας». Κατά το ίδιο νομικό καθεστώς, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 20 του Ν. 2235/1994, το οποίο συμπεριλήφθηκε στο άρθρο 6 παρ. 1 του Π.Δ. 34/1995, το δικαίωμα παράτασης ορίστηκε σε δώδεκα έτη. Η καθιερωθείσα με την πιο πάνω διάταξη του άρθρου 2 παρ. 8 του Ν. 2235/1994 υποχρεωτική διάρκεια των εμπορικών μισθώσεων των εννέα ετών καταλαμβάνει όχι μόνο τις μισθώσεις που συνάπτονται μετά την έναρξη ισχύος του νόμου (1.9.1994), αλλά και τις υφιστάμενες κατά το χρόνο αυτό. Τούτο προκύπτει από τη διατύπωση του νόμου, που χρησιμοποιεί παρωχημένο χρόνο... ακόμη και αν έχει συναφθεί... (Α.Π. 53 και 364/2000). Με τη

νέα διάταξη του άρθρου 7 παρ. 6 αριθ. 1 και 8 του Ν. 2741/1999, ο οποίος άρχισε να ισχύει από την 28.9.1999, για να μη δημιουργηθεί αμφιβολία, ως προς την έκταση εφαρμογής της, όπως αναφέρεται στην Εισηγητική Έκθεση του Νόμου, ορίζονται τα εξής: Οι παράγραφοι 1 και 2 του άρθρου 5 του Π.Δ. 34/1995 αντικαθίστανται ως εξής: Η μίσθωση ισχύει για δώδεκα (12) έτη, ακόμη και αν έχει συμφωνηθεί για βραχύτερο ή αόριστο χρόνο, μπορεί όμως να λυθεί με νεότερη συμφωνία που αποδεικνύεται με έγγραφο βεβαίως χρονολογίας (παρ. 6 αρ. 1). Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων παραγράφων 6 και 7 του άρθρου αυτού εφαρμόζονται και στις υφιστάμενες κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος μισθώσεις (παρ. 8). Καθορίζεται δηλαδή με αυτήν η δωδεκαετία, ως νόμιμος χρόνος διάρκειας των εμπορικών μισθώσεων και ορίζεται ότι η νέα ρύθμιση καταλαμβάνει και τις ήδη υφιστάμενες μισθώσεις, δηλαδή και εκείνες οι οποίες έχουν συναφθεί πριν από την ισχύ του νέου νόμου και δεν έχουν συμπληρώσει συνολικό χρόνο δώδεκα (12) ετών. Ως υφιστάμενες νοούνται οι μισθώσεις, στις οποίες ο μισθωτής κατά την έναρξη ισχύος του νόμου εξακολουθεί να βρίσκεται στη χρήση του μισθίου, έστω και αν με το προηγούμενο νομοθετικό κα-

θεστώσ είχε συμπληρωθεί η νόμιμη διάρκεια της (εννεαετία) (Α.Π. 1212/2001 Ελλ.Δ/νη 43/(2002)146, Α.Π. 364/2000 Ελλ.Δ/νη 41(2000)428, Εφ.Αθ. 4644/2000 Ελλ.Δ/νη 42(2001) 1405. Περαιτέρω, με τη διάταξη του άρθρου 61 περ. δ του Π.Δ. 34/1995, όπως αντικαταστάθηκε από το άρθρο 7 παρ. 15 του Ν. 2741/1999, ορίζεται ότι τα ποσά του προηγούμενου άρθρου δεν οφείλονται στις εξής περιπτώσεις: Στις περιπτώσεις που η αγωγή απόδοσης του μισθίου για λήξη της μίσθωσης, που έχει επέλθει, είτε σύμφωνα με τις παραγράφους 10 έως 14 του άρθρου 58 του παρόντος, είτε λόγω συμπλήρωσης δωδεκαετίας, ασκηθεί μετά παρέλευση εννέα μηνών από αυτή τη λήξη της μίσθωσης. Μετά την άπρακτη πάροδο του εννεαμήνου, η μίσθωση θεωρείται ότι έχει παραταθεί για τέσσερα (4) χρόνια, μετά δε τη λήξη της τετραετίας δεν οφείλονται τα ποσά του προηγούμενου άρθρου. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι αν, σε περίπτωση λήξεως εμπορικής μισθώσεως, λόγω συμπληρώσεως δωδεκαετίας, ο εκμισθωτής δεν ασκήσει την αγωγή αποδόσεως του μισθίου λόγω λήξης της μίσθωσης και ο μισθωτής δεν αποδώσει το μίσθιο μέσα στο πρώτο εννεάμηνο από της λήξης της, τότε η μίσθωση παρατείνεται για άλλα τέσσερα χρόνια (Εφ.Αθ. 4368/2001 Ελλ.Δ/νη 42(2001)1406, Εφ.Αθ. 2749/2001 Ελλ.Δ/νη 42(2001)1407, Ι. Κατράς, Πανδέκτης Μισθώσεων και Οροφοκτησίας, 2000, παρ. 955, σελ. 253-254). Η τετραετής παράταση είναι αναγκαστική, με συνέπεια την προστασία της μίσθωσης κατά το χρονικό αυτό διάστημα. Περαιτέρω στην κωδικοποίηση των διατάξεων του άρθρου 5 παρ. 1 του Ν. 2041/92 και 2 παρ. 2 του Ν. 2235/94, ορίστηκε στο άρθρο 58 παρ. 10 του Π.Δ. 34/1995, ότι παρατείνονται οι α-

ναφερόμενες στις διατάξεις αυτές μισθώσεις, με την επιφύλαξη του άρθρου 59 αυτού (Π.Δ. 34/1995), το οποίο αποτέλεσε το πιο πάνω άρθρο 6 του Ν. 2041/1992. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει, ότι η διάταξη του άρθρου 6 του Ν. 2041/1992 καθιέρωσε ένα ειδικό τρόπο λήξης των μισθώσεων, με την συμπλήρωση δεκαετίας στη χρήση του μισθίου, διαφορετικό από αυτούς του άρθρου 5 παρ. 1 του ίδιου νόμου, οι οποίοι αντικαταστάθηκαν από το άρθρο 2 παρ. 2 του Ν. 2235/1994. Με τον τελευταίο αυτό νόμο (2235/94) δεν θίχτηκε η διάταξη του άρθρου 6 του Ν. 2041/1992, που αποτελούσε δικαίωμα του εκμισθωτή και εξακολούθησε να ισχύει ο θεσπισθείς με την τελευταία αυτή διάταξη ειδικός τρόπος λήξης των μισθώσεων, εφόσον η δήλωση έγινε μέσα στον περιορισμένο χρόνο των έξι (6) μηνών από την ισχύ του νόμου. Η παράλειψη της άρνησης της παράτασης, η παράλειψη εμπρόθεσμης άσκησης της αγωγής ή η ανεπιτυχής επιδίωξη της απόδοσης του μισθίου, με βάση τη διάταξη του άρθρου 6 του Ν. 2041/1992, δεν αποκλείει την επιδίωξη της απόδοσης του μισθίου με άλλον τρόπο λήξης της μίσθωσης, εκτός αν καταρτίστηκε νέα μίσθωση κατ' άρθρ. 6 παρ. 4 του τελευταίου αυτού νόμου και ήδη 59 του Π.Δ. 34/1995. Τούτο προκύπτει και εκ του ότι με το άρθρο 6 του Ν. 2041/1992 ορίστηκε δικαίωμα του εκμισθωτή, το οποίο μπορούσε και να μη ασκήσει ή να εγκαταλείψει ακόμη, εκτός αν από την άσκησή του απέκτησε δικαιώματα (ανανέωσης της μίσθωσης, ή αποζημίωσης) ο μισθωτής (βλ. Α.Π. 202/2002). Εξ άλλου με βάση την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, που καθιερώνει το άρθρο 361 Α.Κ., η σύμβαση της μίσθωσης με μεταγενέστερη συμφωνία των συμβαλλομένων (εκμισθωτού και μισθω-

τού ή του αντιπροσώπου τους) μπορεί να παραταθεί για ορισμένο χρονικό διάστημα. Υπάρχει παράταση του χρόνου της μίσθωσης, όταν οι συμβαλλόμενοι συμφωνήσουν (άρθρ. 6 παρ. 2, 15, 44 Π.Δ. 34/95 και 361 Α.Κ.) την τροποποίηση (αλλοίωση) της σύμβασης σε σχέση προς το χρονικό σημείο της λήξης της, ώστε αυτή να μετατοπίζεται χρονικά στο μέλλον. Προϋπόθεση δε της παράτασης είναι, ότι η συμφωνία αυτή πρέπει να καταρτίζεται πριν από τη λήξη της διάρκειάς της (βλ. Α.Π. 34/2002). Έτσι στην περίπτωση μισθώσεως εμπορικού ακινήτου, που έχουν επέλθει ήδη τα έννομα αποτελέσματα της λύσεως της μισθώσεως, είτε λόγω λήξεως της χρονικής της διάρκειας και εναντίωσης του εκμισθωτή στην παράτασή της, είτε λόγω καταγγελίας της για κάποιο νόμιμο λόγο και πάροδο του αναγκαίου χρονι-

κού διαστήματος από την καταγγελία (ένας μήνας κατ' άρθρο 597 Α.Κ. και έξι μήνες στην περίπτωση της καταγγελίας λόγω ιδιόχρησης) και έχει καταρτισθεί μετά τη λύση αυτής νέα συμφωνία, μεταξύ των ίδιων συμβαλλομένων, για τη μίσθωση του ίδιου ακινήτου, δεν μπορεί αυτή να θεωρηθεί ως παράταση της τελευταίας, έστω και αν αυτό αναφέρεται στην νέα μισθωτική σύμβαση, αλλά πρόκειται για νέα μίσθωση, στη συμβατική διάρκεια της οποίας δεν συνυπολογίζονται τα έτη της παλαιάς καταγγελθείσας μισθώσεως. Συνεπώς, για να καταγγείλει ο εκμισθωτής την εμπορική μίσθωση και να ασκήσει εκ νέου αγωγή απόδοσης μισθίου, πρέπει να έχουν συμπληρωθεί συνολικά δώδεκα έτη από την κατάρτιση της τελευταίας μεταξύ των συμβαλλομένων σύμβασης (βλ. και Εφ.Θεσ 524/2000 Αρμ. 2002, 238).



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 274/2005

Πρόεδρος: Αγγελική Κόφφα (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Ευαγγελία Ψαράκη, Χρήστος Χατζηκωνσταντίνος (Πρωτοδίκες)

Εισαγγελέας: Αθανάσιος Γαλήνας (Αντεισαγγελέας Πρωτοδικών)

*Δικηγόροι: Βασίλειος Σπανουδάκης, Αντώνιος Μουρέλος, Αλέξανδρος Κωστάρας,
Βλασία Σεργάκη*

Άρθρα : 386 παρ. 1, 42 παρ. 1, 224 παρ. 2 Π.Κ.

Απάτη ενώπιον Δικαστηρίου: Δεν στοιχειοθετείται ούτε σε μορφή απόπειρας όταν υποβάλλονται μεν στο Δικαστήριο ψευδείς ισχυρισμοί με αγωγή κ.λπ. χωρίς συνάμα να προσκομίζονται με επίκληση προς απόδειξη αυτών, εν γνώσει, και πλαστά ή νοθευμένα έγγραφα και γενικά ψευδή αποδεικτικά στοιχεία, εφόσον μόνη η προβολή αναληθούς ισχυρισμού σε αγωγή κ.λπ. δεν συνιστά πράξη περιέχουσα αρχή εκτέλεσης της απάτης.

Απαράδεκτο ένστασης πλαστότητας εγγράφου που υπεβλήθη με την αγόρευση.

Κατά το άρθρο 386 παρ. 1 του Π.Κ., το έγκλημα της απάτης συντελείται με την επέλευση βλάβης σε ξένη περιουσία με την προς το σκοπό επίτευξης παράνομου περιουσιακού οφέλους, εν γνώσει παράσταση ψευδών γεγονότων ως αληθινών ή την αθέμιτη απόκρυψη ή παρασιώπηση αληθινών γεγονότων, εφόσον αυτή υπήρξε η παραγωγός αιτία της παραπλάνησης εκείνου που απατήθηκε, ο οποίος μπορεί να είναι πρόσωπο διαφορετικό από εκείνο που υπέστη τη βλάβη. Λόγω δε της μη αναγκαίας ταύτισης αυτού που απατήθηκε και εκείνου που υπέστη τη βλάβη, η απάτη μπορεί να διαπραχθεί και με παραπλάνηση του Δικαστή που δικάζει σε πολιτική δίκη, όταν υποβάλλεται σ' αυτόν ψευδής ισχυρισμός, που υποστηρίζεται με την εν γνώσει προσκόμιση και επίκληση πλαστών ή νοθευμένων εγγράφων, αλλά και γνησίων με ανακριβές κατ' ουσία περιεχόμενο. Τετελεσμένη είναι η απάτη ενώπιον του Δικαστηρίου, όταν με

τους ψευδείς ισχυρισμούς και με την επίκληση και προσκόμιση πλαστών ή ψευδών αποδεικτικών στοιχείων εκδίδεται από το πολιτικό Δικαστήριο οριστική απόφαση υπέρ των απόψεων του δράστη της απάτης, σε βάρος του αντιδίκου του. Τέτοιο ψευδές αποδεικτικό μέσο μπορεί να είναι και η χρησιμοποίηση ψευδομάρτυρα (Α.Π. 1588/ 2003 Ποιν.Λογ. 2003 1721). Σε περίπτωση που υποβάλλονται μεν στο Δικαστήριο ψευδείς ισχυρισμοί εκείνου που προσφεύγει σ' αυτό με αγωγή κ.λπ., χωρίς όμως συνάμα να προσκομίζονται με επίκληση προς απόδειξη αυτών εν γνώσει και πλαστά ή νοθευμένα έγγραφα και γενικά ψευδή αποδεικτικά στοιχεία, τότε δεν στοιχειοθετείται το έγκλημα της απάτης ενώπιον του Δικαστηρίου, ούτε σε μορφή απόπειρας, εφόσον μόνη η προβολή αναληθούς ισχυρισμού σε αγωγή κ.λπ., δεν συνιστά, κατά την έννοια του άρθρου 42 παρ. 1 Π.Κ., πράξη περιέχουσα αρχή εκτέλεσης της

απάτης (Συμβ. Εφ.Αθ. 1882/1998 ΠοινΔνη 1999 339, Συμβ. Εφ.Θεσ. 774/1998 Υπερ. 1999 83). Περαιτέρω, από τη διάταξη του άρθρου 224 παρ. 2 Π.Κ., προκύπτει ότι για τη στοιχειοθέτηση του αδικήματος της ψευδορκίας μάρτυρος απαιτείται: α) Ο δράστης να καταθέσει ενόρκως ενώπιον αρχής αρμόδιας να ενεργεί ένορκη εξέταση ή αναφέρεται στον όρκο που έχει δώσει, β) τα πραγματικά περιστατικά που καταθέτει να είναι, αντικειμενικώς

κρινόμενα, ψευδή ή να αρνείται ή να αποκρύπτει την αλήθεια και γ) να υφίσταται άμεσος δόλος του (β' βαθμού), ο οποίος συνίσταται στη γνώση αυτού ότι εκείνα που κατέθεσε είναι ψευδή ή ότι έχει γνώση των αληθινών, αλλά σκοπίμως τα αποκρύπτει ή τα αρνείται (Α.Π. 591/2001 Ποιν.Χρ. ΝΒ' 131. Α.Π. 1505/1994 ΠΧρ. ΜΔ, 1/1252, Μπουρόπουλου, Ερμ.Ποιν. Κώδ., εκδ. 1962, τ. Β', 273, Γάφου, Ποιν. Δικ., εκδ. 1959, τ. Β', 139).

Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 179/2005

Πρόεδρος: Ξανθίπη Στραδάκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Ευαγγελία Αρβανίτου, Χρήστος Χατζηκωνσταντίνος (Πρωτοδίκες)

Εισαγγελέας: Μαρία Κοντόγωνα (Αντεισαγγελέας πρωτοδίκων)

Δικηγόροι: Εμμανουήλ Παπαντωνάκης, Μιχαήλ Αστρινάκης

Άρθρα 63, 66, 68 Κ.Π.Δ, 279 Κ.Πολ.Δ, 314 Π.Κ., 42 παρ. 1, 6γ, 9 Ν. 2696/1999

Ένσταση αποβολής της πολιτικής αγωγής, για το λόγο ότι το σύνολο της απαίτησης της μηνύτριας εισήχθη χωρίς επιφύλαξη στα πολιτικά δικαστήρια. Η δήλωση παραίτησης από την αγωγή αυτή μπορεί να γίνει και ενώπιον του ποινικού δικαστηρίου, δια καταχωρήσεως στα πρακτικά. Παραδεκτή ακόμα και η σιωπηρή παραίτηση.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 63, 66, 68 Κ.Πολ.Δ και 297 Κ.Πολ.Δ, συνάγεται αφενός μεν ότι μπορεί εκκρεμής στα πολιτικά δικαστήρια αγωγή να εισαχθεί, ως πολιτική αγωγή, ενώπιον των ποινικών δικαστηρίων, εφόσον δεν έχει εκδοθεί οριστική απόφαση, αφετέρου ότι η παραίτηση από την συναφή αγωγή μπορεί να γίνει και προφορικώς, δια καταχωρήσεως της δηλώσεως στα πρακτικά του αρμοδίου ποινικού δικαστηρίου. Επομένως, η δήλωση της πολιτικώς εναγούσης ότι παραιτείται του οικείου ποσού του σχετι-

κού κονδυλίου της εκκρεμούς αγωγής ενώπιον του Μον. Πρωτ/κείου Ηρακλείου και εισάγει ενώπιον του παρόντος ποινικού δικαστηρίου το αίτημα της χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη για το ποσό αυτό, η οποία δήλωση έχει καταχωρηθεί στα πρακτικά, θεωρείται αρκετή για την παραίτηση από τη σχετική αξίωση την εκκρεμή στα πολιτικά δικαστήρια, δεδομένου ότι υποστηρίζεται ότι η παραίτηση μπορεί να είναι και σιωπηρή ακόμη και παραδεκτή ενασκειται ενώπιον αυτού του δικαστηρίου η συναφής πολιτική αγωγή (βλ.

σχετ. Πλημ.Θεσ. 5090/1983 Ποιν.Χρ. ΛΔ' 870, όπου και περαιτέρω σχετική νομολογία).

Το Δικαστήριο δέχεται την παράσταση της Ε. Μ., κατοίκου Π. Ηρακλείου

ως πολιτικώς εναγούσης, κατά του πιο πάνω εναγομένου κατηγορουμένου για το ποσό των 45€, ως χρηματική ικανοποίηση για την ηθική βλάβη που της προκάλεσε το αδίκημα.

Τριμελές Πλημμελειοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 154/2005 (κατ' έφεση)

Πρόεδρος: Αγγελική Κόφφα (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Ιωάννης Γερωνυμάκης, Αγγελική Δέση (Πρωτοδίκες)

Εισαγγελέας: Μαρία Πολιτάκη (Αντεισαγγελέας Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Ιωάννης Λεβέντης

Άρθρα 79 Ν. 5960/1933, 52 παρ. 2, 42 παρ. 2 και 3, 46 Κ.Π.Δ, 18 παρ. 1, 2 και 2 παρ. 3 Ν. 2190/1920

Ακάλυπτη επιταγή: Απαράδεκτο υποβολής της έγκλησης από ανώνυμη εταιρεία, λόγω βεβαίωσης, στο αντίστοιχο πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου της, του γνησίου της υπογραφής μόνον του προέδρου αυτής και όχι όλων των μελών του Δ.Σ. Αντίθετη μειοψηφία.

Κατά τις διατάξεις του άρθρου 79, παρ. 1 και 2 του Ν. 5960/1933, «περί επιταγής», όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 του Ν.Δ. 1325/1972, εκείνος που εκδίδει επιταγή, μη πληρωθείσα, προς πληρωτή, προς στον οποίο δεν έχει αντίστοιχα διαθέσιμα κεφάλαια κατά το χρόνο της έκδοσης της επιταγής και της πληρωμής αυτής, τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών και χρηματική ποινή τουλάχιστον δέκα χιλιάδων δραχμών, αν δε ο υπαίτιος μετέρχεται την πράξη κατ' επάγγελμα ή κατά συνήθεια ή είναι επικίνδυνος, επιβάλλεται φυλάκιση τουλάχιστον ενός έτους. Με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 1 εδ. α' του Ν. 2408/1996, ο οποίος άρχισε να ισχύει από 4-6-1996, προστέθηκε στο άρθρο 79 του Ν. 5960/1944, όπως αυτό ίσχυε μετά την παραπάνω αντικατάστασή του, πα-

ράγραφος 5, κατά την οποία η ποινική δίωξη (του εκδότη ακάλυπτης επιταγής) ασκείται μόνο ύστερα από έγκληση του κομιστή της επιταγής που δεν πληρώθηκε, ενώ, με το εδάφιο γ' αυτής, ορίστηκε ότι, για τις πράξεις (έκδοσης ακάλυπτης επιταγής) για τις οποίες, κατά τη δημοσίευση του νόμου (4-6-1996), έχει ασκηθεί αντεπάγγελμα ποινική δίωξη, η διαδικασία συνεχίζεται κανονικά και η ποινική δίωξη παύει οριστικά, αν εκείνος που δικαιούται σε έγκληση δεν δηλώσει ότι επιθυμεί τη συνέχισή της. Η δήλωση γίνεται στις αρχές της παραγράφου 2 του άρθρου 52 Κ.Π.Δ. Τέλος, με τη διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 22 του Ν. 2721/1999, το τελευταίο αυτό εδάφιο γ' του άρθρου 4, παρ. 1 του Ν. 2408/1996 αντικαταστάθηκε και ορίστηκε ότι η διαδικασία για τις παραπάνω πράξεις συνε-

χίζεται, αν εκείνος που δικαιούται σε έγκληση δηλώσει ότι επιθυμεί την ποινική δίωξη του κατηγορουμένου, ενώ, με εκείνη της παραγράφου 2 του ίδιου άρθρου, προστέθηκε διάταξη κατά την οποία, αν η πιο πάνω δήλωση δεν υπάρχει και δεν υποβληθεί μέσα σε έξι μήνες από τη δημοσίευση του νόμου (3-6-1999), δηλαδή μέχρι τις 3-12-1999, καθώς και σε περίπτωση ανάκλησης της έγκλησης, η ποινική δίωξη παύει οριστικά. Σε σχέση με την υποβολή της έγκλησης αυτής, ισχύουν τα οριζόμενα στις διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 42 Κ.Π.Δ, στις οποίες ρητά παραπέμπει το άρθρο 46 του ίδιου Κώδικα. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις διατάξεις των τεσσάρων πρώτων εδαφίων της παραγράφου 2 του εν λόγω άρθρου, η έγκληση γίνεται απευθείας στον εισαγγελέα πλημμελειοδικών, αλλά και στους ανακριτικούς υπαλλήλους, είτε από τον ίδιο τον εγκαλούντα, είτε από ειδικό πληρεξούσιο. Το έγγραφο της πληρεξουσιότητας μπορεί να δοθεί και με απλή έγγραφη δήλωση. Η γνησιότητα της υπογραφής του εντολέα πρέπει να βεβαιώνεται από οποιαδήποτε δημόσια, δημοτική ή κοινοτική αρχή ή δικηγόρο. Το έγγραφο της πληρεξουσιότητας προσαρτάται στην έκθεση για την κατάθεση της έγκλησης. Εξάλλου, από τις αλληλοσυμπληρούμενες διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 2 και 2, παρ. 3 του Ν. 2190/1920, «περί Ανωνύμων Εταιρειών», όπως αυτός κωδικοποιήθηκε με το Β.Δ. 174/1963, η ανώνυμη εταιρεία εκπροσωπείται επί δικαστηρίου και εξωδίκως από το Διοικητικό Συμβούλιο, το οποίο ενεργεί συλλογικά, επιτρέπεται όπως το τελευταίο να μεταβιβάσει,

το δικαίωμα οργανικής εκπροσώπησης της εταιρείας, δικαστικώς ή εξωδίκως, σε μέλη αυτού, σε τρίτα πρόσωπα που ορίζονται από το καταστατικό. Στην περίπτωση αυτή ο τρίτος, στον οποίο μεταβιβάστηκε το εν λόγω δικαίωμα, είναι υποκατάστατος του Διοικητικού Συμβουλίου και ενεργεί ως όργανο εκπροσώπησης της ανώνυμης εταιρείας. Η υποκατάσταση αυτή διαφέρει από τις προβλεπόμενες, από τις διατάξεις των άρθρων 211 επ. και 713 επ. Α.Κ., σχέσεις της πληρεξουσιότητας και εντολής, διότι ο πληρεξούσιος και ο εντολοδόχος της ανώνυμης εταιρείας, που διορίζονται για τη διεκπεραίωση ορισμένων υποθέσεων στο όνομα αυτής, δεν είναι όργανα διοίκησης, αλλά ενεργούν, ως απλοί αντιπρόσωποι, πράξεις που αποφασίστηκαν από το Διοικητικό Συμβούλιο της εταιρείας ή από τα υποκατάστατα αυτού όργανα, των οποίων (πράξεων) η εκτέλεση μόνο ανατέθηκε σε αυτούς. Επομένως, αν το Διοικητικό Συμβούλιο ανέθεσε σε τρίτο την εντολή και του χορήγησε την πληρεξουσιότητα να εκτελέσει (υλοποιήσει) απόφασή του να υποβληθεί έγκληση κατά ορισμένου προσώπου για αξιόποινη πράξη που τελέστηκε σε βάρος της ανώνυμης εταιρείας, απαιτείται, ενόψει του ότι ο εν λόγω τρίτος είναι απλός πληρεξούσιος – εντολοδόχος της τελευταίας, το πρακτικό του Συμβουλίου αυτού, που περιέχει την απόφασή του για ανάθεση της εντολής και χορήγηση της πληρεξουσιότητας, και προσαρτάται στην εγχειριζόμενη έγκληση, να φέρει και βεβαίωση της γνησιότητας της υπογραφής του εντολέα και παρέχοντος την πληρεξουσιότητα, δηλαδή των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου

της εταιρείας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις πιο πάνω διατάξεις των άρθρων 46 και 42 παρ. 1 εδ. γ' Κ.Π.Δ, (το ίδιο δε ισχύει και για την κατά το άρθρο 22 παρ. 2 του Ν. 2721/1999, δήλωση του δικαιούμενου σε έγκληση, ότι επιθυμεί την ποινική δίωξη του κατηγορουμένου, για έκδοση ακάλυπτης επιταγής, κατά του οποίου, αρχικά, η δίωξη αυτή είχε ασκηθεί αυτεπάγγελτα. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα έγγραφα της δικογραφίας, το Διοικητικό Συμβούλιο της λήπτριας – κομίστριας της επίμαχης επιταγής ανώνυμης εταιρείας, με διακριτικό τίτλο «Τ. Ε. Α.Ε.» κατά τη συνεδρίασή του, της 19-8-1998, χορήγησε στον δικηγόρο Ε. Κ. την ειδική εντολή και το δικαίωμα να υποβάλει στον Εισαγγελέα Πλημμελειοδικών Αθηνών την, κατά το άρθρο 22 παρ. 2 του Ν. 2721/1999, δήλωσή για το ότι η εν λόγω εταιρεία επιθυμεί την ποινική δίωξη του εκκαλούντος Μ. Π. για την αξιόποινη πράξη της έκδοσης της, κατά το κατηγο-

ρητήριο, ακάλυπτης επιταγής. Όμως, στο πρακτικό της παραπάνω συνεδρίασης (απόσπασμα του πρακτικού της 278ης συνεδρίασεως του Δ.Σ. της ανωνύμου τραπεζικής εταιρείας υπό την επωνυμία «Τ. Ε. Α.Ε.» της 19-8-1998») το οποίο, ως απλή έγγραφη δήλωση πληρεξουσιότητας, προσαρτήθηκε στην από 30-9-1998 δήλωση – έγκληση, που κατέθεσε στον παραπάνω Εισαγγελέα, ο προαναφερθείς στις 30-9-1998, δεν υπάρχει, όπως έπρεπε, ενόψει το ότι ο τελευταίος ήταν απλός εντολοδόχος – πληρεξούσιος της κομίστριας, βεβαίωση δημόσιας, δημοτικής κ.λπ. αρχής ή δικηγόρου, για τη γνησιότητα των επ' αυτού υπογραφών των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου αυτής, ως οργάνου που χορήγησε τη σχετική εντολή – πληρεξουσιότητα, αλλά βεβαίωση του γνήσιου της υπογραφής μόνο του Προέδρου του Δ.Σ. της εταιρείας αυτής.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 471/2004

Πρόεδρος: Ζαχαρένια Μαθιουδάκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Παρασκευή Ψωμά (Πρωτοδίκης), Γεώργιος Καθαράκης (Πρωτοδίκης Εισηγητής)

Δικηγόροι: Αγγελική Βενάρδου (Δικαστική αντιπρόσωπος Συμβουλίου του Κράτους),

Ευαγγελία Τακάκη, Ευαγγελία Καρτσωνάκη

Άρθρα Ν.Α. 1044/71 αριθ. 13 όπως τροποποιήθηκε με τους Ν. 1043/180 1416/84 και 1680/87

Προσφυγή - Περίπτερα - Νομοθεσία αποκατάστασης αναπήρων πολέμου, Ν.Α. 1044/71, όπως αυτό ισχύει μετά τις τροποποιήσεις των 1043/80, 1416/84 και 1680/87 - Αρμοδιότητα του Γεν. Γραμματέα Περιφέρειας να κρίνει αιτήσεις μετατόπισης περιπτέρων, οι δε αποφάσεις του ελέγχονται για τη νομιμότητα τους από τον Υπουργό Εθνικής Άμυνας.

1. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή, για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το προβλεπόμενο παράβολο (βλ. το με αριθμό 007117 σειράς Α' ειδικό έντυπο) και ασκείται παραδεκτως, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Φ. 454.2/100/15883/25-2-2003 απόφαση του Γενικού Διευθυντή Επιτελείου Υπουργείου Εθνικής Άμυνας, με την οποία έγινε δεκτή προσφυγή των Γ. και Ε. Τσ. κατά της 23923/24-10-2002 αποφάσεως του Γενικού Γραμματέα Περιφέρειας Κρήτης. Με την τελευταία αυτήν απόφαση είχε γίνει δεκτή προσφυγή της κατά της 10592/30-7-2002 αποφάσεως του Νομάρχη Ηρακλείου, με την οποία είχε αποφασιστεί η μετατόπιση του περιπτέρου της από την οδό Βορείου Ηπείρου, στην συμβολή των οδών Μ. Μ. και Λ. στο Ηράκλειο. Στην παρούσα δίκη μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτως παρεμβαίνουν υπέρ του κύρους της προσβαλλομένης αποφάσεως οι Γ. και Ε. Τσ. (βλ. την υπ' αριθ. 4948/13-2-2004 έκθεση επιδόσεως προς την προσφεύγουσα του Δικαστικού Επιμελητή στο Πρωτοδικείο Ηρα-

κλείου Γ. Ν. και τις 7385/15-3-2004 και 7386/15-3-2004 εκθέσεις επιδόσεως προς τους Υπουργούς Εθνικής Άμυνας και Οικονομικών του Δικαστικού Επιμελητή στο πρωτοδικείο Αθηνών Γ. Κ.).

2. Επειδή, το Ν.Α. 1044/1971 (ΦΕΚ Α' 245), όπως αυτό ισχύει μετά τις τροποποιήσεις τους με τους Ν. 1043/1980 (ΦΕΚ 87), Ν. 1416/1984 (ΦΕΚ Α 18) και Ν. 1680/1987, ορίζει στο άρθρο 13 ότι: «1. Δικαίωμα εκμεταλλεύσεως περιπτέρων επί των πεζοδρομίων των δημοσίων, δημοτικών και κοινοτικών οδών και πλατειών των πόλεων, κωμοπόλεων και χωριών, ως επίσης επί των δημοσίων, δημοτικών και κοινοτικών κήπων και αλσών, αποκτούν δια παραχωρήσεως υπό των κατά το άρθρο 18 οργάνων οι ανάπηροι πολέμου... 2. Για την παραχώρησιν του εν παραγράφω 1 δικαιώματος, προτιμώνται κατά σειράν: ...», στο άρθρο 18 ότι: «Το κατά το άρθρο 13 δικαίωμα εκμετάλλευσης περιπτέρου ασκείται με άδεια που χορηγείται με απόφαση του αρμόδιου νομάρχη, ύστερα από εισηγήσεις του αρμόδιου δημοτικού ή κοινοτικού συμβουλίου και της οι-

κείας οργάνωσης των αναπήρων και θυμάτων πολέμου. Αν οι εισηγήσεις αυτές δεν υποβληθούν στο νομάρχη μέσα σε τριάντα μέρες από τότε που ζητήθηκαν, ο νομάρχης αποφασίζει και χωρίς αυτές», στο άρθρο 20 ότι: «Η μετατόπισης περιπτέρου γίνεται, είτε δια λόγους ασφαλείας, κυκλοφορίας, εξωραϊσμού του περιβάλλοντος δια εκτέλεσιν Δημοσίων, Δημοτικών, Κοινοτικών ή Οργανισμών Κοινής Ωφελείας έργων, είτε κατόπιν αιτήσεως του δικαιούχου αυτού, δι' ητιολογημένης αποφάσεως των κατά το άρθρον 18 αρμοδίων οργάνων. Η τοιαύτη μετατόπισης γίνεται εγγύς της παλαιάς θέσεως, λαμβανομένης υπ' όψιν και της αποδοτικότητας της νέας τοιαύτης, ως και των γειτνιαζόντων περιπτέρων. 2. Εις περίπτωσιν μετατοπίσεως περιπτέρου τη αιτήσει του δικαιούχου η δαπάνη βαρύνει αυτόν. Εις περίπτωσιν αυτεπαγγέλτου μετατοπίσεως τούτου, η σχετική δαπάνη, ως και η αποκατάστασις της λειτουργίας του περιπτέρου βαρύνει τον υπέρ ου η μετατόπισις» και στο άρθρο 28 ότι: «1. Κατά των αποφάσεων των εν άρθρω 18 οργάνων επιτρέπεται, εις πάντα ενδιαφερόμενον, προσφυγή δια παράβασιν Νόμου ενώπιον του Υπουργού Εθνικής Αμύνης, εντός αποκλειστικής προθεσμίας 30 ημερών από της επιδόσεως ή άλλως αφ' ης έλαβε γνώσιν. 2. Η προσφυγή κατατίθεται, επί ποινή απαραδέκτου, εις την εκδούσαν την προσβαλλομένην απόφασιν Υπηρεσίαν, επί αποδείξει παρεχομένη υποχρεωτικώς εις τον προσφεύγοντα. 3. Ο Υπουργός Εθνικής Αμύνης οφείλει να αποφασίσει εντός ενενήκοντα (90) ημερών, από της υποβολής της προσφυγής εις αυτόν. 4. Η άσκησις της προσφυγής και η

προς άσκησιν αυτής προθεσμία αναστέλλουν την εκτέλεσιν της προσβαλλομένης, μέχρι της εκδόσεως αποφάσεως επί της προσφυγής και πάντως ουχί πέραν των τεσσάρων μηνών από της εκδόσεως της προσβαλλομένης. 5. Ο Υπουργός Εθνικής Αμύνης δύναται και αυτεπαγγέλτως να ακυροί, διά παράβασιν Νόμου, απόφασιν των εν άρθρων 18 οργάνων εντός τριών μηνών από της εκδόσεώς της. 6. Ο Υπουργός Εθνικής Αμύνης ασκεί τας εκ του παρόντος άρθρου αρμοδιότητας μετ' εισήγησιν Επιτροπής λειτουργούσης παρά τη Διευθύνσει Εφέδρων Πολεμιστών Αγωνιστών, Αναπήρων και Θυμάτων Πολέμου του Αρχηγείου Ενόπλων Δυνάμεων (ΔΕΠΑΘΑ/Α.Ε.Δ.) και αποτελουμένης: α) Εξ ενός Ανωτάτου Αξιωματικού Δικαστικού, ως Προέδρου. β) Ενός Ανωτέρου Αξιωματικού της ΔΕΠΑΘΑ/Α.Ε.Δ. γ) Ενός Ανωτέρου Αξιωματικού του Αρχηγείου Στρατού, ως μελών και δ) Ενός κατώτερου Αξιωματικού ή υπαλλήλου της ΔΕΠΑΘΑ/Α.Ε.Δ. ως Γραμματέως, οριζομένων, μετά των νομίμων αναπληρωτών των, δια διαταγής του Υπαρχηγού Ενόπλων Δυνάμεων. Περαιτέρω, στο άρθρο 8 του Π.Δ/τος 30/ 1996 «Κώδικας Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης» (ΦΕΚ Α' 21), ορίζεται ότι: «1. Η διοίκηση των τοπικών υποθέσεων νομαρχιακού επιπέδου ανήκει στις Νομαρχιακές Αυτοδιοικήσεις. Στις Νομαρχιακές Αυτοδιοικήσεις περιέχονται όλες οι σχετικές αρμοδιότητες των Νομαρχών και των νομαρχιακών υπηρεσιών, με εξαίρεση τις αρμοδιότητες σε θέματα δημόσιας περιουσίας και τις αρμοδιότητες: α. Των Υπουργείων Εθνικής Άμυνας, Εξωτερικών, Οικονομικών και Δικαιοσύνης...»

3. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Με την υπ' αριθμ. 6389/15-5-2002 αίτησή τους προς την Νομαρχία Ηρακλείου οι Γ. και Ε. Τσ., ιδιοκτήτες του ακινήτου που βρίσκεται επί των οδών Ε. και Β., στην περιοχή Δ. του Δήμου Ηρακλείου, ζήτησαν την μετατόπιση του περιπτέρου, που βρίσκεται στο πεζοδρόμιο της οδού Βορείου Ηπείρου, λόγω του ότι εμποδίζει την εκτέλεση οικοδομικών εργασιών κατεδαφίσεως της παλαιάς και ανεγέρσεως νέας οικοδομής στο ακίνητο. Κατά την προβλεπόμενη διαδικασία, για την μετατόπιση περιπτέρων, το Δημοτικό Συμβούλιο Ηρακλείου, κατά την συνεδρίασή της, 11-6-2002, ενέκρινε την αιτηθείσα μετατόπιση και, κατόπιν εισηγήσεως της αρμόδιας Επιτροπής, πρότεινε ως νέα θέση κοινόχρηστο χώρο του Δήμου στην οδό Μ. Μ. και Λ. στην ίδια περιοχή, ενώ η Ένωση Αναπήρων και Θυμάτων Πολέμου Ν. Ηρακλείου, με το 323/25-7-2002 έγγραφό της, επίσης συνήνεσε στην μετατόπιση, υπογραμμίζοντας ότι η νέα προτεινόμενη θέση είναι εξ ίσου αποδοτική με την παλαιά. Ακόμη, η Τροχαία Ηρακλείου, με το από 25-7-2002 έγγραφό της συμφώνησε με την μετατόπιση, επισημαίνοντας ότι το περίπτερο πρέπει να τοποθετηθεί σε απόσταση τουλάχιστον τριών μέτρων από την άκρη του δρόμου. Κατόπιν αυτών, ο Νομάρχης Ηρακλείου με την υπ' αριθμ. 10592/30-7-2002 απόφαση του ενέκρινε την μετατόπιση του περιπτέρου της προσφεύγουσας από την οδό Β. Η. στην συμβολή των οδών Μ. Μ. και Λ. σε κοινόχρηστο χώρο του Δήμου Ηρακλείου. Η απόφαση αυτή όμως, ακυρώθηκε μετά από προσφυγή της ιδιοκτήτριας

του περιπτέρου και ήδη προσφεύγουσας, με την 23923/24-2-2002 απόφαση του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας Κρήτης, με την αιτιολογία ότι, ως δυσμενής διοικητική πράξη, εστερείτο ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας και αφού κρίθηκαν βάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι το περίπτερο ουδόλως εμποδίζει τις εργασίες ανεγέρσεως της οικοδομής. Στη συνέχεια, κατόπιν προσφυγής των παρεμβαίνόντων, ακυρώθηκε με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση, η ως άνω απόφαση του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας Κρήτης. Στην τελευταία αυτήν αναφέρεται ειδικότερα ότι «από το υπ' αριθμ. Πρωτ. 365/20-1-2003 έγγραφο του Δήμου Ηρακλείου προκύπτει ότι το περίπτερο εμποδίζει την κύρια είσοδο του κτιρίου και την λειτουργικότητα του καταστήματος του Γ. Τσ., επιπλέον δε, θα δημιουργήσει σοβαρό πρόβλημα στην ανέγερση και κατασκευή του πρώτου και δευτέρου ορόφου που θα κατασκευάσει στο μέλλον ο προαναφερόμενος ιδιώτης».

4. Επειδή, ήδη, με την προσφυγή της, κατά της αποφάσεως αυτής και το υπόμνημα που κατέθεσε, η παραπάνω ιδιοκτήτρια του περιπτέρου κατ' αρχάς υποστηρίζει ότι μη νομίμως επελήφθη ο Υπουργός Εθνικής Άμυνας της προσφυγής των παρεμβαίνόντων κατά της αποφάσεως του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας Κρήτης, αφού η δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής κατά των αποφάσεων του Νομάρχη ενώπιον του αρμοδίου Υπουργού καταργήθηκε με την διάταξη του άρθρου 7 παρ. 2 του Ν. 2839/2000. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο λόγος της μετατόπισης του περιπτέρου της δεν είναι νόμιμος, διότι αφορά α-

ποκλειστικά σε ιδιωτικά συμφέροντα των ιδιοκτητών του ακινήτου και όχι σε λόγους δημόσιας τάξης και ασφάλειας. Και, πάντως, ότι ουδέν ιδιωτικό συμφέρον των παρεμβαινόντων θίγεται από την ύπαρξη του περιπτέρου της στο εν λόγω σημείο, αφού η κύρια είσοδος του ακινήτου τους ευρίσκεται στην οδό Ε. και όχι στην Β. Η., όπου το περίπτερο, ενώ ουδόλως εμποδίζονται οι οικοδομικές εργασίες απόδειξη δε τούτου αποτελεί το γεγονός ότι ήδη έχει αποπερατωθεί, ακωλύτως, μεγάλο μέρος της οικοδομής τους. Ακόμη, διατείνεται ότι η θέση του περιπτέρου στον συγκεκριμένο χώρο δεν δημιουργεί κυκλοφοριακά προβλήματα, το γεγονός δε τούτο προκύπτει από το με αριθμό 10592/25-7-2002 έγγραφο της Τροχαίας Ηρακλείου, ενώ ακόμη υποστηρίζει ότι στην νέα του θέση το περίπτερο θα έχει σαφώς μειωμένη αποδοτικότητα, παράγων που δεν ελήφθη υπ’ όψιν κατά την έκδοση της προσβαλλομένης απόφασης.

5. Επειδή, οι ιδιοκτήτες του ακινήτου, που ευρίσκεται στη γωνία των οδών Β. Η. και Ε., με την παρέμβαση που κατέθεσαν, υπερασπιζόμενοι το κύρος της προσβαλλομένης αποφάσεως, υποστηρίζουν ότι η παραμονή του περιπτέρου στην θέση που βρίσκεται σήμερα, εμποδίζει σε μεγάλο βαθμό την είσοδο και έξοδο τους από την οικοδομή που ανήγειραν, δυσχεραίνει την λειτουργικότητα του ισόγειου καταστήματος τους και δημιουργεί πλείστα όσα προβλήματα στην ανέγερση των λοιπών ορόφων της οικοδομής. Και τούτο διότι, αναφέρουν οι παρεμβαίνοντες, το κουβούκλιο του περιπτέρου εφάπτεται με τον νότιο τοίχο της οικοδομής τους, βρίσκεται ακριβώς μπροστά από την κύρια είσοδο ενός

καταστήματος και της οικοδομής, της οποίας επίκειται η συνέχιση της ανεγέρσεως και αποκρύπτει την πρόσοψη των καταστημάτων. Και ότι με πλείστες όσες δυσκολίες και εμπόδια κατόρθωσαν να εκτελέσουν τις έως τούδε οικοδομικές εργασίες, ενώ καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής η συνέχιση της ανεγέρσεως της οικοδομής. Ακόμη, οι παρεμβαίνοντες επικαλούνται και αναφέρονται στην αυτοψία που διενήργησαν τα αρμόδια όργανα της Νομαρχίας Ηρακλείου, καθώς και τα έγγραφα της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου και της Τροχαίας Ηρακλείου, που συνηγορούν στην μετατόπιση του περιπτέρου, αλλά και το έγγραφο της Ένωσης Αναπήρων και Θυμάτων Πολέμου Ν. Ηρακλείου, σύμφωνα με τον οποίο η νέα θέση του περιπτέρου είναι κατάλληλη και αποδοτική. Τέλος, οι παρεμβαίνοντες υποστηρίζουν ότι υφίστανται λόγοι δημόσιας ασφαλείας, που επιτάσσουν την μετατόπιση του περιπτέρου, δεδομένο ότι ο στύλος της ΔΕΗ που παρέχει ρεύμα στο περίπτερο, διαπερνά το μπαλκόνι της οικοδομής τους και δημιουργεί κινδύνους κατά την εκτέλεση των οικοδομικών εργασιών.

6. Επειδή, κατ’ αρχάς, είναι νόμω αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι μη νομίμως επελήφθη της ασκηθείσης από τους παρεμβαίνοντες προσφυγής κατά της αποφάσεως του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας Κρήτης ο Υπουργός Εθνικής Άμυνας. Και τούτο διότι οι αρμοδιότητες του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας, οι ασκούμενες πριν από την ίδρυση των αιρετών Νομαρχιακών Αυτοδιοικήσεων από τους Νομάρχες, ως κρατικά όργανα, ουδέποτε μεταβιβάστηκαν στους αιρετούς Νομάρχες, κατά την ρητή διάτα-

ξη του άρθρου 8 του Κώδικα Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης, αλλά ασκούνται από τους Γενικούς Γραμματείς των Περιφερειών, οι οποίοι αποτελούν κρατικά όργανα και κατά των αποφάσεων των οποίων, εξακολουθεί να χωρεί προσφυγή ενώπιον του Υπουργού Εθνικής Άμυνας. Είναι δε διαφορετικό το ζήτημα, ότι εν προκειμένω αναρμοδίως επελήφθη της αιτήσεως περί μετατοπίσεως του περιπτέρου ο αιρετός Νομάρχης Ηρακλείου, του οποίου η απόφαση έπασχε από άποψη εξωτερικής νομιμότητας. Εφ' όσον όμως στη συνέχεια επελήφθη του ζητήματος ο υποκαθιστών στις υποθέσεις μετατοπίσεως των περιπτέρων τον μετακλητό Νομάρχη Γενικός Γραμματέας της Περιφέρειας Κρήτης, ο οποίος, όπως εκτέθηκε, ήταν και ο μόνος αρμόδιος να επιληφθεί σε πρώτο βαθμός της υποθέσεως, νομίμως οι έχοντες έννομο συμφέρον παρεμβαίνοντες προσέφυγαν κατά της απόφασης του τελευταίου στον Υπουργό Εθνικής Άμυνας, ο οποίος διετήρησε καθ' όλα την αρμοδιότητα να ελέγχει σε τελικό στάδιο τις αποφάσεις των Γενικών Γραμματέων της Περιφέρειας, που αφορούν υποθέσεις υπαγόμενες στην αρμοδιότητα του Υπουργείου Εθνικής Άμυνας. Κατά τα λοιπά, το Δικαστήριο παρατηρεί τα κάτωθι: Ναι μεν οι λόγοι μετατοπίσεως του περιπτέρου αναφέρονται μόνον στη δημόσια τάξη και ασφάλεια, καθώς και στην εκτέλεση διαφόρων δημόσιου χαρακτήρα έργων, πλην δεν εμποδίζεται ο οιοσδήποτε θιγόμενος από την θέση του περιπτέρου ιδιώτης να υποβάλει αίτημα μετατοπίσεως, παραθέτοντας και τους λόγους τους δικαιολογούντες την μετατόπιση. Στην προκειμένη περίπτωση, ναι μεν το αίτημα της μετατοπί-

σεως υπεβλήθη εκ μέρους των παρεμβαίνόντων και για λόγους αφορώντες ίδια αυτών συμφέροντα, πλην, εν συνεχεία, ακολούθηθηκε η νομίμως διαγραφόμενη διαδικασία για την μετατόπιση του περιπτέρου της προσφεύγουσας και διετύπωσαν επ' αυτού την άποψή τους τα αρμόδια όργανα του άρθρου 18 του πιο πάνω Ν.Δ/τος, συναινώντας ομοθυμαδόν στην μετατόπιση. Από τις αυτοψίες, εξάλλου, που διενεργήθηκαν εκ μέρους των αρμοδίων αυτών οργάνων, το μεν διαπιστώθηκε ότι το περίπτερο εμποδίζει σε μεγάλο βαθμό τις οικοδομικές εργασίες στο ακίνητο των παρεμβαίνόντων, το δε ότι η νέα του θέση είναι εξ ίσου αποδοτική με την παλαιά. Κατά τις αυτοψίες αυτές διαπιστώθηκε ακόμη ότι το περίπτερο καταλαμβάνει το σύνολο σχεδόν του πλάτους του πεζοδρομίου μπροστά από το ακίνητο των παρεμβαίνόντων, καθιστώντας αδύνατη τη διέλευση των πεζών από τον κοινόχρηστο αυτόν χώρο, ενώ η σωλήνα της ΔΕΗ που παρέχει ηλεκτρικό ρεύμα στο περίπτερο διαπερνά τον εξώστη της οικοδομής, με συνέπεια από το γεγονός αυτό, πέραν της ακαλαίσθητης εικόνας, να προκύπτει και ανεπίτρεπτη επικινδυνότητα και για τους οικοδόμους που εργάζονται στην κατασκευή της, αλλά και πρόκειται να δημιουργήσει δυσχερώς αντιμετωπίσιμα προβλήματα για τους κατοίκους των διαμερισμάτων που μέλλει να περαιωθούν. Εκ των πραγματικών αυτών περιστατικών, προκύπτουν σαφείς και συγκεκριμένοι λόγοι δημοσίου συμφέροντος και δημόσιας ασφάλειας οι οποίοι επιτάσσουν την μετατόπιση του περιπτέρου, όπως ορθώς και νομίμως κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση. Είναι αβάσι-

μος συνεπώς ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι αποκλειστικά λόγοι αφορώντες τα ιδιωτικά συμφέροντα των παρεμβαινόντων οδήγησαν στην απόφαση περί μετατοπίσεως του περιπτέρου της, ενώ επίσης δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της περί μειωμένης αποδοτικότητας της νέας θέσης του περιπτέρου, εφ’ όσον ακριβώς το αντίθετο δέχονται τα παραπάνω αρμόδια όργανα, και ιδίως η Ένωση Αναπήρων και Θυμάτων Πολέμου, χωρίς η προσφεύ-

γουσα ουδέν περί του αντιθέτου να αποδεικνύει. Πρέπει, κατά συνέπεια, να απορριφθεί η προσφυγή και να γίνει δεκτή η παρέμβαση. Το παράβολο της προσφυγής πρέπει να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου (άρθρο 277 παρ. του Κ.Δ.Δ.) και τέλος, πρέπει να απαλλαγεί η ηττώμενη προσφεύγουσα από τα δικαστικά έξοδα των παρεμβαινόντων και του Ελληνικού Δημοσίου που νίκησαν.

Δια ταύτα απορρίπτει την προσφυγή.

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου Τμήμα Β’ - Αριθ. 93/2005

Πρόεδρος: Ανδρέας Γαλανάκης (Πρόεδρος Πρωτοδικών Δ.Δ.)

Δικαστές: Παρασκευή Ψωμά (Πρωτοδίκης), Γεώργιος Καθαράκης (Πρωτοδίκης - Εισηγητής)

Δικηγόροι: Μάνος Καλλέργης, Γεώργιος Λυπάκης

Άρθρα Άρθρο 95 παρ. 1 περ. α’, παρ. 3, 94 παρ. 1 και 95 παρ. 3 Συντάγματος.

Η ακύρωση των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών, για υπέρβαση εξουσίας ή για παράβαση νόμου, ανήκει στην αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας. Ο κοινός νομοθέτης έχει τη δυνατότητα να υπάγει κατηγορίες ακυρωτικών διαφορών στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια, αφού προσδιορίσει τις διοικητικές πράξεις από τις οποίες απορρέουν οι διαφορές αυτές και αφού έχει προβλεφθεί ειδικώς μέσο προσβολής τους ενώπιον των άνω δικαστηρίων.

2. Επειδή, με το Ν. 1739/1987 (ΦΕΚ Α’ 201) καθιερώθηκε νέο σύστημα ορθολογικής διαχειρίσεως των υδατικών πόρων της Χώρας και ελέγχου από το κράτος της χρήσεως των υδάτων, με την πρόβλεψη, ως καθολικού μέτρου, της ανάγκης λήψεως από τα ενδιαφερόμενα φυσικά ή νομικά πρόσωπα για κάθε χρήση ύδατος αδειών, στις οποίες καθορίζονται λεπτομερώς οι όροι της χρήσεως. Ειδικότερα, στο άρθρο 8 του Νόμου αυτού ορίζεται ότι: «1. Νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, που δεν περιλαμβάνονται στο δημόσιο τομέα και φυσικά πρόσωπα μπορούν να εκτε-

λούν έργα αξιοποίησης των υδατικών πόρων, για ίδια παραγωγική χρήση, μέχρι να καλυφθούν οι πραγματικές ανάγκες τους. ...2. Για την εκτέλεση κάθε έργου αξιοποίησης των υδατικών πόρων, από τα παραπάνω φυσικά και νομικά πρόσωπα, απαιτείται άδεια από την αντίστοιχη κατά κατηγορία χρήσης αρχή. Η σχετική αίτηση συνοδεύεται από επαρκή στοιχεία μελέτης, στα οποία αναφέρεται η ποσοτική και ποιοτική κατάσταση των υδατικών πόρων, πριν και μετά την εκτέλεση του έργου και καθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας.

Η αρμόδια, κατά κατηγορία χρήσης, αρχή, χορηγεί την άδεια, ύστερα από εισήγηση της αντίστοιχης περιφερειακής υπηρεσίας διαχείρισης υδατικών πόρων, εφ' όσον διαπιστώσει ότι η αιτούμενη αξιοποίηση είναι σύμφωνη με τις διατάξεις του νόμου αυτού. 3. ...», στο άρθρο 9 ότι: «1. Κάθε νομικό και φυσικό πρόσωπο έχει δικαίωμα χρήσης του νερού. Το δικαίωμα αυτό ασκείται, ύστερα από άδεια που χορηγείται από την αρμόδια κατά κατηγορία χρήσης αρχή, με την επιφύλαξη της παρ. 4 του άρθρου αυτού. Η άδεια πολλαπλής χρήσης νερού εκδίδεται, κατά περίπτωση, από την αρμόδια κεντρική ή αντίστοιχες περιφερειακές υπηρεσίες του Υπουργείου Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας. Στην πολλαπλή χρήση δεν περιλαμβάνεται η ικανοποίηση ατομικών ή οικογενειακών αναγκών, με την επιφύλαξη της παρ. 4. Για την έκδοση της άδειας χρήσης νερού απαιτείται σχετική αίτηση των ενδιαφερομένων, που περιλαμβάνει ποιοτικά και ποσοτικά στοιχεία. Η άδεια καθορίζει την ποσότητα, τις προϋποθέσεις και τους όρους χρήσης του νερού. Με προεδρικά διατάγματα, που εκδίδονται με πρόταση του Υπουργού Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας και του κατά χρήση αρμόδιου υπουργού, καθορίζεται το περιεχόμενο της αίτησης, ο τύπος και οι προθεσμίες έκδοσης των αδειών, τα μέτρα και η διαδικασία ελέγχου τήρησης των αδειών, οι επιβαλλόμενες διοικητικές κυρώσεις σε περίπτωση παράβασης, καθώς και οι διαδικασίες και τα όργανα εκτέλεσης αυτών. Στην περίπτωση της παρ. 2 του άρθρου 8 χορηγείται ενιαία άδεια χρήσης νερού και κατασκευής του αντίστοιχου έργου. 2. ... 5. Το Υπουργείο Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας, ύστερα από

επεξεργασία των αναγκαίων στοιχείων, προσδιορίζει, κατά χρήση, τα κατώτατα και ανώτατα όρια των αναγκαίων ποσοτήτων και της κατάλληλης ποιότητας για ορθολογική χρήση νερού, αφού ληφθούν υπόψη και οι τοπικές συνθήκες. Τα όρια αυτά εγκρίνονται με κοινή απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών, Εθνικής Οικονομίας, Γεωργίας, Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων και Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας ύστερα από γνωμοδότηση της Δ.Ε.ΥΔ...», στο άρθρο 16 ότι: «1. Κάθε διάταξη που είναι αντίθετη στις διατάξεις του νόμου αυτού ή συνάγεται σε θέματα που ρυθμίζονται ειδικά από το νόμο αυτόν καταργείται από την έναρξη της ισχύος του...

3. Όπου, για την εφαρμογή των διατάξεων του νόμου αυτού ή για τη θέσπιση των ειδικότερων ρυθμίσεων, είναι αναγκαία η έκδοση προεδρικών διαταγμάτων ή υπουργικών αποφάσεων για την εξειδίκευση ορισμένων θεμάτων, η κατάργηση των κείμενων διατάξεων επέρχεται από την έναρξη ισχύος των κανονιστικών αυτών πράξεων» και στο άρθρο 17 ότι: «1. Για κάθε διαφορά ουσίας από την έκδοση οιασδήποτε διοικητικής πράξης, που προβλέπει ο νόμος αυτός, αρμόδια είναι τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια».

3. Επειδή, εξάλλου, με το Π.Δ. 256/1989 (ΦΕΚ Α' 121), που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση της διατάξεως του άρθρου 9 παρ. 1 του ως άνω Ν. 1739/1987, καθορίστηκαν οι χρήσεις για τις οποίες απαιτείται η έκδοση αδειάς, τα αρμόδια όργανα εκδόσεων των αδειών κ.λπ., ενώ με τις κοινές υπουργικές αποφάσεις Φ.16/5813/1989 και Φ.16/6631/1989 ρυθμίστηκαν τα της αδειάς εκτέλεσης έργου αξιοποίησης υδατικών πόρων, από νομικά πρόσωπα

ιδιωτικού δικαίου, που δεν περιλαμβάνονται στο δημόσιο τομέα και από φυσικά πρόσωπα και τα κατώτατα και ανώτατα όρια των αναγκαίων ποσοτήτων, για την ορθολογική χρήση νερού στην άρδευση, αντιστοίχως.

4. Επειδή, στο άρθρο 12 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ορίζεται ότι: «1. Το δικαστήριο εξετάζει και αυτεπαγγέλτως τη δικαιοδοσία και την αρμοδιότητά του. 2. Αν το δικαστήριο διαπιστώσει ότι η υπόθεση υπάγεται στα πολιτικά – ποινικά

δικαστήρια, απορρίπτει το σχετικό ένδικο βοήθημα ή μέσο, ενώ αν διαπιστώσει ότι αυτή υπάγεται στο Συμβούλιο της Επικρατείας, στο Ελεγκτικό Συνέδριο ή σε άλλο τακτικό διοικητικό δικαστήριο, παραπέμπει το ένδικο βοήθημα ή μέσο στο αρμόδιο δικαστήριο. Στην περίπτωση της παραπομπής, η απόφαση είναι υποχρεωτική, για το ισόβαθμο ή κατώτερο δικαστήριο. 3. Αν η απόφαση είναι πρωτοδικείου ή εφετείου αυτή δεν υπόκειται αυτοτελώς σε ένδικο μέσο».

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου (ως συμβούλιο) - Αριθ. 6/2005

Πρόεδρος: Χρυσάνθη Μαυρομιχάλη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικαστές: Οδυσσέας Σπαχής (Πρωτοδίκης Εισηγητής), Αικατερίνη Δημητρουλάκη (Πρωτοδίκης).

Άρθρο 113 παρ. 2 ΚΔΔ

Αίτηση αναστολής εκτέλεσης Διοικητικής πράξης (Νομάρχου Ηρακλείου).

Απαραίτητη προϋπόθεση η πρόκληση ζημίας από την εκτέλεση που πρέπει να αποδεικνύεται από έγγραφα. Η πιθανολόγηση ευδοκίμησης της προσφυγής δεν αποτελεί λόγο χορήγησης αναστολής.

Επειδή, η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε κατόπιν αιτήσεως των Γ. Τσ. και Ε. Τσ., που είναι ιδιοκτήτες οικοδομής, κείμενης πίσω από το ένδικο περίπτερο και ως εκ τούτου, εν όψει του εννόμου συμφέροντος τους προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, αυτοί έχουν δικαίωμα να ασκήσουν πρόσθετη παρέμβαση κατά την εκδίκαση της προσφυγής κατ' αυτής (άρθρ. 113 παρ. 2 Κ.Δ.Δ.). Συνεπώς, αυτοί δικαιούνται να εκθέσουν τις απόψεις τους, προκειμένου να συνεκτιμηθεί και η βλάβη που τυχόν θα προκληθεί στους ίδιους από τη χορήγηση της αιτούμενης αναστολής (άρθρ. 204 παρ. 2 Κ.Π.Δ.).

Επειδή, στον Κώδικα Δικονομίας (Ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α' 97), ορίζεται ότι: «Σε κάθε περίπτωση, που η προθεσμία ή η άσκηση της προσφυγής δεν συνεπάγεται, κατά νόμο, την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης εκτελεστής ατομικής διοικητικής πράξης και, εφόσον στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν έχει χορηγηθεί αναστολή από την αρμόδια διοικητική αρχή, μπορεί, ύστερα από αίτηση εκείνου που άσκησε την προσφυγή, να ανασταλεί, με αιτιολογημένη απόφαση του δικαστηρίου, εν όλω ή εν μέρει η εκτέλεση της πράξης αυτής» (άρθρ. 200). «Λόγο αναστολής μπορεί να θεμελιώσει η από την ά-

μεση εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης απειλούμενη, οποιασδήποτε φύσης, υλική ή ηθική βλάβη του αιτούντος, εφόσον η επανόρθωσή της θα είναι αδύνατη ή ιδιαίτερα δυσχερής, σε περίπτωση ευδοκίμησης της αντίστοιχης προσφυγής. 2. Η χορήγηση αναστολής αποκλείεται: α) αν η άμεση εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης επιβάλλεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος, ή β) κατά το μέρος που η προσβαλλόμενη πράξη έχει ήδη εκτελεσθεί, ή γ) αν η αντίστοιχη προσφυγή είναι προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη» (άρθρ. 202).

Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Με την υπ' αριθμ. Πρωτ. Οικ. 12415/29-7-2004 απόφαση του Νομάρχη Ηρακλείου εγκρίθηκε, κατόπιν αιτήσεως των Ε. και Γ. Τσ., η μετατόπιση του περιπτέρου, ιδιοκτησίας της αιτούσας, από τη θέση που λειτουργεί (επί της οδού Β. Η. και Ε. στα Δ. Ηρακλείου) σε νέα θέση και συγκεκριμένα στη γωνία των οδών Μ. Μ. και Λ., σε υφιστάμενο κοινόχρηστο χώρο του Δήμου Ηρακλείου και σε απόσταση τριών τουλάχιστον μέτρων από την άκρη του οδοστρώματος. Για την έκδοση της απόφασης αυτής ελήφθη κυρίως υπόψη: 1) το υπ' αριθμ. πρωτ. 18602/19-9-2003 έγγραφο της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων του Δήμου Ηρακλείου, εκ του οποίου προκύπτει ότι διαπιστώθηκε αρμοδίως, κατόπιν αυτοψίας, ότι το ένδικο περίπτερο εμποδίζει την είσοδο της οικοδομής των παρεμβαινόντων και το πάρκινγκ αυτής και ότι επιπλέον παρεμποδίζεται η χρήση και εκμετάλλευση του ισογείου κατα-

στήματος αυτής και 2) το υπ' αριθμ. 2502/1/252-δ/12-5-2004 έγγραφο του Τμήματος Τροχαίας Ηρακλείου, στο οποίο μνημονεύεται ότι η υπηρεσία αυτή συνηγορεί για τη μετατόπιση του εν λόγω περιπτέρου. Ήδη, η αιτούσα υποστηρίζει ότι πιθανολογείται σφόδρα η ευδοκίμηση της προσφυγής της. Ο λόγος αυτός της αιτήσεως είναι απορριπτός, ως νόμω αβάσιμος, δεδομένου ότι, κατά την εκδίκασή της, δεν πιθανολογείται η βασιμότητα των προβαλλόμενων με την προσφυγή λόγων ή η ευδοκίμηση της τελευταίας, καθόσον η εν λόγω πιθανολόγηση δεν θεμελιώνει λόγω αναστολής. Περαιτέρω, η αιτούσα υποστηρίζει ότι η μετατόπιση του περιπτέρου της θα προκαλέσει σε αυτήν τεράστια και ανεπανόρθωτη ηθική και υλική ζημία, δεδομένου ότι: α) αυτό είναι παλαιό και θα διαλυθεί κατά τη μεταφορά του (όπως βεβαιώνει και το Δ.Σ. της Ένωσης Αναπήρων και Θυμάτων πολέμου Ν. Ηρακλείου με το υπ' αριθμ. πρωτ. 236/2004 έγγραφο) και β) δεν θα της παρέχει εισόδημα για τη συντήρησή της. Εξ άλλου, οι παρεμβαίνοντες υποστηρίζουν με το υπόμνημά τους ότι το ένδικο περίπτερο εμποδίζει όχι μόνον την κύρια είσοδο του κτιρίου, αλλά και τη χρήση και εκμετάλλευση του ισογείου καταστήματος και του πάρκινγκ, όπως και των λοιπών ορόφων, για τον λόγο δε αυτό είναι αδύνατη η εκμίσθωση του καταστήματός τους με αποτέλεσμα την απώλεια εισοδημάτων (50.000 ευρώ) από την ουσιαστική αχρήστευση της ιδιοκτησίας τους. Τέλος, η Νομαρχιακή Αυτοδιοίκηση Ηρακλείου, με την υπ' αριθμ. Πρωτ. 13461/14-9-2004

έκθεση των απόψεών της, αναφέρει ότι «προκύπτουν σαφώς οι λόγοι που θεμελιώνουν τη μετατόπιση, οι οποίοι, παρά τους ισχυρισμούς της αιτούσης, άπτονται ασφάλειας και κινδύνων εκ του γεγονότος ότι εμποδίζεται η είσοδος της οικοδομής και του γκαράζ».

Επειδή, εκ μόνου του προαναφερόμενου εγγράφου της Ένωσης Αναπήρων και Θυμάτων πολέμου Ν. Ηρακλείου, δεν αποδεικνύεται ότι η μετατόπιση του περιπτέρου της αιτούσας θα έχει ως συνέπεια την καταστροφή του περιουσιακού της στοιχείου, περαιτέρω δε μόνον η παλαιότητα ενός περιπτέρου δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο αποτροπής της μετατόπισής του. Εξ άλλου, η αιτούσα δεν προσκομίζει στοιχεία εκ των οποίων να αποδεικνύεται το ύψος του εισοδήματός της από την εκμετάλλευση του ενδίκου περιπτέρου, ούτε άλλωστε προκύπτει ότι η λειτουργία αυτού στη νέα θέση θα συνεπάγεται αδυναμία εκμεταλλεύσεως του εν λόγω περιπτέρου. Αντιθέτως, εκ των στοιχείων του φακέλου προκύπτει, ότι οι

παρεμβαίνοντες δεν έχουν πλέον τη δυνατότητα να εκμεταλλευθούν την οικοδομή τους, εφόσον, όπως μνημονεύεται στο προαναφερόμενο έγγραφο της αρμόδιας υπηρεσίας του Δήμου Ηρακλείου, το ένδικο περίπτερο εμποδίζει την είσοδο και τη χρήση του πάρκινγκ, παρεμποδίζοντας περαιτέρω και την εκμετάλλευση του ισογείου καταστήματος αυτής. Με τα δεδομένα αυτά, το Δικαστήριο, σταθμίζοντας τα αντιτιθέμενα, εν προκειμένω, συμφέροντα και συνεκτιμώντας ότι η Διοίκηση θεωρεί πως οι «λόγοι της μετατόπισης άπτονται της ασφάλειας και των κινδύνων» από την λειτουργία του ενδίκου περιπτέρου στην ήδη υφιστάμενη θέση του, κρίνει ότι δεν συντρέχει νόμιμος λόγος για την χορήγηση της ζητούμενης αναστολής εκτελέσεως.

Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η αίτηση πρέπει να απορριφθεί, το δε καταβληθέν παράβολο να καταπέσει υπέρ του Δημοσίου (άρθρο 227 παρ. 9 ΚΔΔ).

Δια ταύτα απορρίπτει την αίτηση.

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 186/2005

Πρόεδρος: Ζαχαρένια Μαθιουνάκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών Δ.Δ.)

Δικαστές: Παρασκευή Ψωμά (Πρωτοδίκης Δ.Δ. Εισηγήτρια), Γεώργιος Καθαράκης (Πρωτοδίκης Δ.Δ.)

Δικηγόροι: Μανόλης Καρνίκης, Μαρίνος Σμπώκος

Άρθρα 105 & 106 Εισ. Ν.Α.Κ.

Ευθύνη Νομικού προσώπου (εν προκειμένω του εναγομένου Δήμου) για τις παράνομες πράξεις και παραλείψεις των οργάνων του.

Θεμελιώνεται στα άρθρα 105 και 106 Εισαγ. Νόμου Α.Κ. και συντρέχει, όχι μόνο, όταν παραβιάζεται συγκεκριμένη διάταξη Νόμου, αλλά και όταν παραλείπονται τα εκ της κειμένης νομοθεσίας και τα δεδομένα της κοινής πείρας και τα προσδιάζοντα στις αρχές της καλής πίστης καθήκοντα και υποχρεώσεις.

Στο άρθρο 105 Εισ. Ν.Α.Κ. ορίζεται ότι: «Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου, κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται προς αποζημίωση, εκτός εάν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος...». Εξάλλου, στο άρθρο 106 Εισ. Ν.Α.Κ. ορίζεται ότι: «Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων άρθρων εφαρμόζονται και για την ευθύνη των δήμων και κοινοτήτων...». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων ευθύνη του Δήμου συντρέχει, τηρουμένων και των λοιπών προϋποθέσεων του νόμου, όχι μόνον όταν παραβιάζεται συγκεκριμένη διάταξη νόμου, αλλά και όταν παραλείπονται τα εκ της κειμένης εν γένει νομοθεσίας και κατά τα δεδομένα της κοινής πείρας και τις αρχές της καλής πίστης προσιδιάζοντα στη συγκεκριμένη περίπτωση υπηρεσία ιδιαίτερα καθήκοντα και υποχρεώσεις (πρβλ. Σ.τ.Ε. 347/1997, Δ.Φ.Ν. 1997, σελ. 1027 και Ε.Δ.Κ.Α. 1997, σελ. 205). Ακόμη, από τις ίδιες διατάξεις συνάγεται ότι το Δημόσιο, οι Δήμοι κ.λπ. ευθύνονται για πράξεις, παραλείψεις ή υλικές ενέργειες των οργάνων τους, εφόσον αυτές συνδέονται με την οργάνωση και λειτουργία των υπηρεσιών τους, όχι δε και όταν αποτελούν πράξεις διαχείρισης ή οφείλονται σε προσωπικό πταίσμα του ενεργήσαντος οργάνου τους, εκτός του κύκλου των υπηρεσιακών του καθηκόντων. Άλλωστε, η θεμελίωση της ευθύνης από πράξεις, παραλείψεις ή υλικές ενέργειες των παραπάνω οργάνων προϋποθέτει πρόσφορη αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της πράξεως, παραλεί-

ψεως ή υλικής ενέργειας και του ζημιογόνου αποτελέσματος, χωρίς να απαιτείται και υπαιτιότητα, αρκεί η πράξη ή η παράλειψη να είναι παράνομη. Η εν λόγω πρόσφορη αιτιώδης συνάφεια υφίσταται όταν, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, η φερόμενη ως παράνομη ζημιόγonos πράξη ή παράλειψη, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, ήταν ικανή να επιφέρει το ζημιόγono αποτέλεσμα (Σ.τ.Ε. 3400/2000, ΕΔΚΑ 2001, σελ. 29, 2886/1999, ΕΔΚΑ 2001, σελ. 106). Εξάλλου, στο άρθρο 932 του Αστικού Κώδικα ορίζεται ότι: «Σε περίπτωση αδικοπραξίας, ανεξάρτητα από την αποζημίωση για την περιουσιακή ζημία, το δικαστήριο μπορεί να επιδικάσει, εύλογη κατά την κρίση του, χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης. Αυτό ισχύει ιδίως για εκείνον που έλαβε προσβολή της υγείας, της τιμής ή της αγνείας του ή στερήθηκε την ελευθερία του...».

Περαιτέρω, στο άρθρο 24 του Π. Δ/τος 410/1995 «Κωδικοποίηση σε ενιαίο κείμενο νόμου» με τίτλο «Δημοτικός και Κοινοτικός Κώδικας...» (ΦΕΚ Α', 231) ορίζονται τα εξής: «1. Η διοίκηση όλων των τοπικών υποθέσεων ανήκει στην αρμοδιότητα των δήμων και των κοινοτήτων, κύρια μέρη των οποίων αποτελεί η προαγωγή των κοινωνικών και οικονομικών συμφερόντων, καθώς και των πολιτιστικών και πνευματικών ενδιαφερόντων των κατοίκων της. Στην αρμοδιότητα των δήμων και των κοινοτήτων ανήκουν ιδίως: α) Η κατασκευή, συντήρηση και λειτουργία: Ι)... έργων δημοτικής οδοποιίας...και έργων ηλεκτροφωτισμού των κοινόχρηστων χώρων... η) ... η προστασία της ζωής

και της υγείας των κατοίκων... ιδ) η ρύθμιση της κυκλοφορίας... η τοποθέτηση πινακίδων. Εξάλλου, ο Ν. 2696/1999 «Κώδικας Οδικής Κυκλοφορίας» (ΦΕΚ Α' 57) ορίζει στο άρθρο 10 παρ. 1 ότι: «Όποιος έχει τις κατά τον παρόντα Κώδικα αρμοδιότητες ή την εξουσία επί του πράγματος, επί του οποίου διεξάγεται δημόσια κυκλοφορία, υποχρεούται να λαμβάνει κάθε μέτρο, ώστε από τη δημόσια κυκλοφορία να μη δημιουργείται κίνδυνος ή ζημία τρίτων προσώπων ή άλλων εννόμων αγαθών». Από τις τελευταίες διατάξεις

συνάγεται ότι η πιο πάνω αρμοδιότητα των πρωτοβαθμίων οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης αποτελεί άσκηση δημόσιας εξουσίας, κατά την έννοια των άρθρων 105 και 106 Εισ. Ν.Α.Κ. και οι σχετικές διοικητικές πράξεις ή παραλείψεις, καθώς και υλικές ενέργειες δημοτικών οργάνων, εντός του πλαισίου των υπηρεσιακών τους καθηκόντων, τελούνται σε συνάρτηση προς την οργάνωση και λειτουργία αντίστοιχης δημοτικής υπηρεσίας (π.ρ.β.λ. Σ.τ.Ε 739/2001).

*Οι παρακάτω αποφάσεις
που είχαν δημοσιευθεί και στο προηγούμενο τεύχος,
αναδημοσιεύονται διότι είχαν παρεισφρήσει
λάθη και παραλείψεις κατά τη στοιχειοθέτησή τους.*



ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 142/825/189/2004

Δικαστής: Ανδρονίκη Αθανασιάδη (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Εμμανουήλ Καλλέργης, Μιχαήλ Χριστοφακάκης, Δημήτρης Δελάκης

Άρθρα 513, 522, 534, 535, 540, 542, 547, 211, Α.Κ., Οδηγία 1999/44/ΕΚ.

Πώληση: Δικαιώματα αγοραστή και τρόπος άσκησης τους για πραγματικά ελαττώματα ή έλλειψη συννομολογημένης ιδιότητας πωληθέντος πράγματος, με βάση το Ν. 3043/2002, υπό το φως της σχετικής 1999/44/ΕΚ Οδηγίας για την προστασία του καταναλωτή. Άμεση αντιπροσώπευση: Αγωγή που στρέφεται κατά του πληρεξουσίου είναι παθητικώς ανομιμοποίητη.

Κατά τις διατάξεις των άρθρων 534, 535 Α.Κ., όπως αυτά αντικαταστάθηκαν με το άρθρο 1 Ν. 3043/21-8-2002, ο πωλητής ευθύνεται αν κατά το χρόνο που ο κίνδυνος μεταβαίνει στον αγοραστή, το πράγμα

που πωλήθηκε έχει πραγματικά ελαττώματα ή δεν έχει τις συμφωνημένες ιδιότητες. Ειδικότερα τούτο συμβαίνει, αν το πράγμα δεν ανταποκρίνεται στη σύμβαση. Αφετηρία για τη διαπίστωση της αντα-

πώλησης ή μη του πράγματος στη σύμβαση αποτελεί η ίδια η σύμβαση, δηλαδή η συμφωνία των μερών ως προς την ιδιοσυστασία του πράγματος και την καταλληλότητά του για την κατά τη σύμβαση σκοπούμενη χρήση του (άρθρο 535 αρ. 1 και 2). Επικουρικά, αν τέτοια συμφωνία δεν προκύπτει από τη σύμβαση, πρέπει να προσφύγουμε στα αντικειμενικά κριτήρια του άρθρου 535 αρ. 3 και 4 Α.Κ., όταν δηλαδή το πράγμα δεν είναι κατάλληλο για τη χρήση, για την οποία προορίζονται συνήθως πράγματα της ίδιας κατηγορίας ή του λείπουν ιδιότητες συνήθεις σε πράγματα της ίδιας κατηγορίας, τις οποίες δικαιολογημένα προσδοκούσε ο αγοραστής ή όταν το πράγμα δεν έχει την ποιότητα ή την απόδοση που ο αγοραστής ευλόγως προσδοκά από πράγματα της ίδιας κατηγορίας, λαμβάνοντας υπόψη και τις δημόσιες δηλώσεις του πωλητή, του παραγωγού ή του αντιπροσώπου του, στο πλαίσιο ιδίως της σχετικής διαφήμισης ή της επισήμανσης. Η μη ανταπόκριση του πράγματος στη σύμβαση, δηλαδή η ύπαρξη πραγματικών ελαττωμάτων ή η έλλειψη συνυπολογισμένων ιδιοτήτων παρέχουν κατά πρώτο λόγο στον αγοραστή, σε κάθε είδους πώληση και ανεξάρτητα από οποιασδήποτε μορφής υπαιτιότητα του πωλητή, τα δικαιώματα για: α) Διόρθωση ή αντικατάσταση του πράγματος (άρθρο 540 παρ. 1 Α.Κ.), β) μείωση του τιμήματος (άρθρο 540 παρ. 1 αρ. Α.Κ.), γ) υπαναχώρηση από τη σύμβαση της πώλησης (άρθρο 540 παρ. 1 αρ. 3 Α.Κ.) και σωρευτικά δ) αποζημίωση (άρθρο 543 Α.Κ.). Τα δικαιώματα για διόρθωση ή αντικατάσταση του πράγματος με άλλο, μείωση του τιμήματος και υπαναχώρηση από τη σύμβαση

της πώλησης συρρέουν εκλεκτικά υπέρ του αγοραστή και μάλιστα χωρίς ιεραρχική διαβάθμιση μεταξύ τους (Εισηγητική Έκθεση του Ν. 3043/2002). Η αξίωση αποζημίωσης παρέχεται είτε εναλλακτικά με τα τρία παραπάνω δικαιώματα, είτε σωρευτικά με τα δικαιώματα αυτά για τη ζημία που δεν καλύπτεται από την άσκησή τους (άρθρο 543 εδ. α' Α.Κ.). Πάντως, είναι δυνατή η επικουρική σώρευση (άρθρο 219 Κ.Πολ.Δ) της άσκησης των δικαιωμάτων αυτών, με την έννοια ότι η άσκηση του δικαιώματος που σωρεύεται επικουρικά γίνεται με την καταχρηστική αίρεση της ανυπαρξίας του δικαιώματος που ασκείται κατά κύριο λόγο (Π. Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, έκδ. 2002, σελ. 218-255). Περαιτέρω, η υπαίτια ζημιγόνα πράξη ή παράλειψη, με την οποία παραβιάζεται η σύμβαση, είναι δυνατόν, πέραν της αξίωσης από τη σύμβαση, να επιστηρίξει και αξίωση από αδικοπραξία, εάν και χωρίς τη συμβατική σχέση διαπραττόμενη θα ήταν παράνομη, ως αντικείμενη στη επιβαλλόμενη από τη διάταξη του άρθρου 914 Α.Κ. γενική δικαϊκή αρχή, κατά την οποία, όποιος ζημιώσει άλλον παράνομα και υπαίτια υποχρεούται να τον αποζημιώσει (Ολ.Α.Π. 967/1973 ΝοΒ 22.505, Α.Π. 837/2002 αδημ. στο νομικό τύπο). Από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 211 Α.Κ. σαφώς συνάγεται ότι, προκειμένου περί συμβάσεως η οποία καταρτίζεται με άμεσο αντιπρόσωπο, ο τελευταίος είναι ξένος προς τα αποτελέσματα αυτής, τα οποία επέρχονται αμέσως υπέρ και σε βάρος του αντιπροσωπευομένου. Επομένως, οι συνέπειες της ανωμάλου εξελίξεως της κατά τον τρόπον αυτό συναφθεί-

σας συμβάσεως δεν αφορούν τον αντιπρόσωπο αλλά τον αντιπροσωπευθέντα, επ’ ονόματι του οποίου επιχειρήθηκε η δικαιοπραξία. Ενόψει τούτων, ο αντισυμβληθείς στην παραπάνω σύμβαση νομιμοποιείται προς άσκηση της σχετικής αγωγής κατά του αντιπροσωπευθέντος, επ’ ονόματι του οποίου επιχειρήθηκε, μέσω αντιπροσώπου, η σύμβαση, όχι όμως και έναντι του ξένου προς τα αποτελέσματα της συμβάσεως πληρεξουσίου. Επομένως, ενόψει και της διάταξης του άρθρου 68 Κ.Πολ.Δ, προκειμένου περί συμβάσεως πώλησεως, η οποία καταρτίστηκε με άμεσο αντιπρόσωπο, η εκ των άρθρων 540 και 543 Α.Κ., περί αντικαταστάσεως του πωληθέντος με άλλο απαλλαγμένο ελαττωμάτων κ.λπ. και περί αποζημιώσεως, αγωγή του αγοραστή, κατά το μέρος που στρέφεται κατά των πληρεξουσίων, είναι παθητικώς ανομιμοποίηση και απορριπτέα (Α.Π. 454/1990 Ελλ.Δ/νη 31.997, Εφ.Αθ. 5237/8/ 1988 Ελλ.Δ/νη 30.145, Εφ.Αθ. 12756/1987 Ελλ.Δ/νη 30.1195, Εφ.Αθ. 4361/1985 Ελλ.Δ/νη 27.114, Εφ.Θεσ. 1288/1990 Αρμ. 44.321).

Με την Οδηγία 1999/44/ΕΚ «σχετικά με ορισμένες πτυχές της πώλησης και των εγγυήσεων καταναλωτικών αγαθών» και με σκοπό την εξασφάλιση ενός στοιχειώδους ορίου ομοιόμορφης προστασίας των καταναλωτών στο πλαίσιο της εσωτερικής αγοράς (άρθρο 1 παρ. 1), ρυθμίζονται σημαντικότερα ζητήματα του δικαίου της πώλησης. Στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας αυτής, η οποία ενσωματώθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη με το Ν. 3043/21-8-2002, εμπίπτουν οι συμβάσεις πώλησης καταναλωτικών

αγαθών ανάμεσα σε «έμπορο» - πωλητή (δηλαδή το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που ενεργεί «στο πλαίσιο της εμπορικής επιχειρηματικής ή επαγγελματικής του δραστηριότητας», άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. γ’) και σε «καταναλωτή», αγοραστή (δηλαδή φυσικό πρόσωπο που ενεργεί «σκοπό μη εντασσόμενο στο πλαίσιο της εμπορικής, επιχειρηματικής ή επαγγελματικής του δραστηριότητας», άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. α’). Για τους σκοπούς, εξάλλου, της Οδηγίας αυτής ο εισαγωγέας ενός καταναλωτικού αγαθού στο έδαφος της Κοινότητας, υπέχει θέση παραγωγού του προϊόντος αυτού (άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. δ’) (Π. Κορνηλάκη, *ό.π.*, σελ. 94 επ.). Περαιτέρω, η άσκηση του δικαιώματος υπαναχώρησης κατά τη διάταξη του άρθρου 547 Α.Κ. συνεπάγεται την απόσβεση των υποχρεώσεων των μερών που δεν είχαν έως τότε εκπληρωθεί και τη δημιουργία ενοχικών αξιώσεων για αμοιβαία επιστροφή των παροχών που τυχόν καταβλήθηκαν. Ο αγοραστής έχει ενοχική υποχρέωση να επιστρέψει στον πωλητή το πράγμα, δηλαδή να του αναμεταβιβάσει την κυριότητα και τη νομή, και μάλιστα ελεύθερο από κάθε βάρος που τυχόν προσέθεσε ο ίδιος ή κάποιος τρίτος. Επίσης, ο αγοραστής οφείλει να αποδώσει στον πωλητή τα ωφελήματα του πράγματος (άρθρο 962 Α.Κ.) που αποκόμισε. Επομένως, ο αγοραστής υποχρεούται να αποδώσει τους φυσικούς και τους πολιτικούς καρπούς του πράγματος, αλλά και την αξία της χρήσης του πράγματος που αποκόμισε κατά το διάστημα από την παράδοσή του

σε αυτόν έως την απόδοσή του στον πωλητή. Την περί ωφελημάτων χρηματική απαίτησή του ο πωλητής εναγόμενος (επί αναστροφής της πώλησης) δύναται να αντιτάξει κατ' ένσταση σε συμψηφισμό στην αμοιβαία χρηματική αντίστοιχη απαίτηση του ενάγοντος αγοραστή προς

απόδοση του τιμήματος (άρθρα 440 επ. Α.Κ., Εφ.Αθ. 10616/1996 Αρμ 1997. 1451). Ο πωλητής δε, έχει ενοχική υποχρέωση να επιστρέψει στον αγοραστή το τίμημα που εισέπραξε και μάλιστα έντοκα από το χρόνο της καταβολής του (Π. Κορνηλάκη, *ό.π.*, σελ. 277, 288).

ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 632/1109/235/2004

Δικαστής: Ανδρονίκη Αθανασιάδη (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Γεώργιος Δαμιανάκης, Μιχαήλ Χαχλάκης

Άρθρα 1, 3, 4, 5, 6, 9, 12, 13, 17, 18, 20, 23, 26, 27, 28, και 34 - 40 CMR, 210 ΕμπΝ, 261 Α.Κ.

Διεθνής Σύμβαση της Γενεύης, ρυθμίζουσα τις οδικώς πραγματοποιούμενες διεθνείς μεταφορές εμπορευμάτων (CMR): Προϋποθέσεις εφαρμογής και τρόπος κατάρτησής της. Εκταση και φύση της ευθύνης του μεταφορέα και υπολογισμός της αποζημίωσης που οφείλει σε περίπτωση απώλειας ή βλάβης των εμπορευμάτων που παρέλαβε για μεταφορά. Υποκατάσταση του ασφαλιστή στα δικαιώματα του ασφαλισμένου του κατά του υπαιτίου της ζημίας τρίτου και δίκαιο που διέπει την ασφαλιστική υποκατάσταση. Τοκοφορία: Νόμιμο το αίτημα των τόκων από την επίδοση προγενέστερης, με την ίδια νομική και ιστορική αιτία, αγωγής, έστω και αν η αγωγή εκείνη απορρίφθηκε με προηγούμενη απόφαση για τυπικούς λόγους. Διακοπή παραγραφής, παραγραφή εν επιδικία.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1 παρ. 1, 3, 4, 5 παρ. 1, 6, 9 παρ. 1, 12 παρ. 5 εδ. 1, 13 παρ. 1, 17, 18, 20 παρ. 1, 23 παρ. 1 και 2, 26, 27, 28, 29 και 34 - 40 της από 19-5-1965 Διεθνούς Συμβάσεως, που ρυθμίζει την οδικώς διεθνή μεταφορά εμπορευμάτων (CMR), έχει υπογραφεί στη Γενεύη και έχει κυρωθεί με το Ν. 559/1977, συνάγονται, πλην άλλων, και τα εξής: Η διεθνής αυτή σύμβαση έχει εφαρμογή σε κάθε σύμβαση μεταφοράς εμπορευμάτων, που εκτελείται οδικώς με οχήματα και με αμοιβή, εφόσον ο τόπος

παραλαβής των εμπορευμάτων και ο τόπος, που ορίζεται για παράδοση, βρίσκονται σε δύο διαφορετικές χώρες, από τις οποίες η μία τουλάχιστον είναι συμβαλλόμενη χώρα, ασχέτως του τόπου διαμονής και της εθνικότητας των συμβαλλομένων και ανεξαρτήτως του αν εκείνος που ανέλαβε με τη σύμβαση τη μεταφορά των πραγμάτων διατηρεί επιχείρηση μεταφοράς ή την εκτέλεσε εντελώς περιστασιακά ή ανέθεσε την εκτέλεσή του σε υπομεταφορέα ή δεν έχει δικά του αυτοκίνητα και αναθέτει μετά σε τρίτο

την εκτέλεσή της ή έχει την ιδιότητα του παραγγελιοδόχου μεταφοράς και όχι του μεταφορέα. Αρκεί στη σύμβαση μεταφοράς να μη γίνεται μνεία ότι η μεταφορά θα ανατεθεί σε τρίτο ή ότι ο εντολέας αναθέτει στον αντισυμβαλλόμενο του απλώς και μόνο τη μέριμνα για την εξεύρεση του μεταφορέα, οπότε πρόκειται για σύμβαση παραγγελίας μεταφοράς στην οποία δεν εφαρμόζονται αμέσως οι διατάξεις της Διεθνούς Σύμβασης (Α.Π. 180/1995 Ελλ.Δ/νη 37.660, Εφ.Πειρ. 113/1999 ΕΕμπΔ 1999.735, Εφ.Πειρ. 1209/1992 ΕΕμπΔ 1993.42, Εφ.Πειρ. 963/1990 ΕΕμπΔ 1990.625). Η κατάρτιση της σύμβασης μεταφοράς, οι όροι αυτής και η παραλαβή του εμπορεύματος από τον μεταφορέα αποδεικνύονται από το δελτίο παράδοσης, που εκδίδεται σε τρία πρωτότυπα αντίτυπα και προβλέπονται από τα άρθρα 4 επ. της Διεθνούς Σύμβασης. Αυτό δεν αποτελεί συστατικό της σύμβασης, αλλά απλώς αποδεικτικό στοιχείο της. Ο μεταφορέας, με τη σύμβαση μεταφοράς, αναλαμβάνει την υποχρέωση να μεταφέρει τα εμπορεύματα τα οποία παρέλαβε, στον τόπο στον οποίο είχε συμφωνηθεί. Ευθύνεται για κάθε απώλεια ή βλάβη των εμπορευμάτων που μεταφέρθηκαν, εφόσον αυτή επήλθε από την παραλαβή μέχρι την παράδοσή τους. Ο μεταφορέας ευθύνεται για τις πράξεις και παραλείψεις των πρακτόρων, των υπαλλήλων του και οποιωνδήποτε άλλων προσώπων, των οποίων τις υπηρεσίες χρησιμοποίησε για την εκτέλεση της μεταφοράς. Η ευθύνη του μεταφορέα είναι νόθος αντικειμενική (Εφ.Πειρ. 113/1999

ΕΕμπΔ 1999.735, Εφ.Πειρ. 1542/1988 Ελλ.Δ/νη 1990.390, Εφ.Θεσ. 998/1994 Αρμ 1994.555, Εφ.Πειρ. 1352/1990 ΕΕμπΔ 1990.633, Εφ.Πειρ. 963/1990 ΕΕμπΔ 1990.625). Η αποζημίωση του δικαιούχου των εμπορευμάτων, που έχουν απωλεσθεί ή βλαβεί, υπολογίζεται με αναφορά προς την αξία που είχαν αυτά στον τόπο και στο χρόνο κατά τον οποίο παρελήφθησαν για μεταφορά (Εφ.Αθ. 7965/1995, Αρμ. 1997.1241). Η αξία τους καθορίζεται σύμφωνα με την τιμή του χρηματιστηρίου εμπορευμάτων ή, αν δεν υπάρχει τέτοια τιμή, σύμφωνα με την τρέχουσα τιμή της αγοράς. Αν δεν υπάρχουν και οι δύο τιμές, ο υπολογισμός γίνεται με αναφορά στη συνήθη τιμή εμπορευμάτων αυτού του είδους και της ίδιας ποιότητας. Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 28 παρ. 1 της ίδιας Σύμβασης, στις περιπτώσεις όπου με βάση την κείμενη νομοθεσία η απώλεια ή η ζημία ή η καθυστέρηση που προκύπτει από μεταφορά διεπόμενη από τη Σύμβαση αυτή δημιουργεί θέμα εξωσυμβατικής απαίτησης, ο μεταφορέας μπορεί να επωφεληθεί των διατάξεων της Σύμβασης, οι οποίες αποκλείουν την ευθύνη αυτού ή οι οποίες ορίζουν ή περιορίζουν την οφειλόμενη αποζημίωση. Κατά τη διάταξη του άρθρου, όμως, 29 παρ. 1 της αυτής Σύμβασης, ο μεταφορέας δεν θα δικαιούται να επωφεληθεί των διατάξεων της Σύμβασης, οι οποίες αποκλείουν ή περιορίζουν την ευθύνη του ή οι οποίες μεταφέρουν το βάρος της απόδειξης, εάν η ζημία προκλήθηκε λόγω ηθελημένης κακής διαχείρισης αυτού, ή λόγω τέτοιας παράλειψής του, η οποία,

σύμφωνα με τη νομοθεσία του δικαστηρίου που έχει τη δικαιοδοσία της υπόθεσης, θεωρείται ως ισοδυναμούσα με ηθελημένη κακή διαχείριση από μέρους του. Ο όρος «ηθελημένη κακή διαχείριση», που αποτελεί απόδοση στην Ελληνική του όρου «willful misconduct» από το πρωτότυπο και επίσημο αγγλικό κείμενο της ως άνω διεθνούς Σύμβασης, που υιοθέτησε η Ελλάδα, ως βαθμό πταίσματος, με τη συνδρομή του οποίου ο μεταφορέας ενέχεται κατά το κοινό δίκαιο προς πλήρη αποζημίωση του παθόντος, είναι άγνωστος στο Ελληνικό δίκαιο και δεν ταυτίζεται ούτε με τον άμεσο δόλο, κατά τον οποίο ο δράστης επιδιώκει το παράνομο αποτέλεσμα ή προβλέπει αυτό ως αναγκαίο και το αποδέχεται, ούτε με τον ενδεχόμενο δόλο, κατά τον οποίο ο δράστης προβλέπει το αποτέλεσμα ως ενδεχόμενο και το αποδέχεται. Αποτελεί μορφή πταίσματος ελαφρότερη της έννοιας του δόλου, άμεσου ή ενδεχόμενου. Διαφοροποιείται, όμως, και από την έννοια της βαριάς αμέλειας, κατά την οποία ο δράστης δεν καταβάλλει ούτε την απαιτούμενη στις συναλλαγές επιμέλεια, διότι από μεγάλη αδιαφορία ή απερισκεψία δεν έχει αντίληψη των επιζήμιων συνεπειών της συμπεριφοράς του. Τούτο δε διότι, ενώ στην μορφή αυτή της αμέλειας το μέτρο της επιμέλειας που απαιτείται κρίνεται αντικειμενικώς, στην ηθελημένη (willful) κακή διαχείριση απαιτείται αναγκαίως η συνδρομή και του υποκειμενικού στοιχείου, ήτοι της ψυχικής εκείνης στάσης του μεταφορέα που γνωρίζει ότι η ενέργειά του ή η παράλειψή του επαυξάνει

τον κίνδυνο πραγμάτωσης του ζημιόγону αποτελέσματος. Σύμφωνα με τα παραπάνω, λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου και του σκοπού της ως άνω Σύμβασης, που απέβλεψε στην ομοιομορφία διεθνώς των όρων και της έκτασης της ευθύνης του μεταφορέα προς απεριορίστη αποζημίωση και για πταίσμα του ελαφρότερο του ενδεχόμενου δόλου, ο ανωτέρω όρος της «ηθελημένης διαχείρισης», ως μορφή πταίσματος, περιλαμβάνει εκτός από το δόλο, άμεσο ή ενδεχόμενο, και τη συμπεριφορά εκείνη του μεταφορέα κατά την οποία αυτός ενεργεί εν γνώσει του ότι η πράξη ή η παράλειψή του οδηγεί σε επαύξηση του κινδύνου επέλευσης του ζημιόγону αποτελέσματος για το οποίο επιδεικνύει αδιαφορία χωρίς όμως κατ' ανάγκη και να το αποδέχεται (Α.Π. 270/2002, ΕΕμπΔ 2002.357). Ο δικαιούχος της αποζημίωσης έχει τη δυνατότητα να απαιτήσει και τόκο για το ποσό αυτής, ο οποίος υπολογίζεται (άρθρο 27 παρ. 1 CMR) προς 5% ετησίως και αρχίζει από την έγγραφη όχληση του υποχρέου ή την επίδοση της αγωγής (Εφ.Πειρ. 1209/1992 ΕΕμπΔ 1993.42, Εφ.Πειρ. 963/1990 ΕΕμπΔ 1990.625, Εφ.Πειρ. 1352/1990 ΕΕμπΔ 1990.633, Εφ.Πειρ. 1542/1988 Ελλ.Δ/νη 31.390, Εφ.Αθ. 8147/1986 ΕΕμπΔ 1987/49). Ο κατά τα άνω, όμως, περιορισμός του επιτοκίου σε ποσοστό 5% δεν ισχύει στην περίπτωση που η ζημία επήλθε από ηθελημένη κακή διαχείριση εκ μέρους του μεταφορέα, ενόψει του ότι στην περίπτωση αυτή ο τελευταίος δεν δικαιούται κατ' εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 29 της CMR, να επικαλεσθεί

τις διατάξεις της CMR που περιορίζουν την ευθύνη του, μεταξύ των οποίων και εκείνη του άρθρου 27 παρ. 1 για το ύψος του επιτοκίου (Εφ.Αθ. 7332/1988 ΕΕμπΔ ΛΘ. 599). Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 522 εδ. α' Α.Κ., οι διατάξεις του οποίου εφαρμόζονται συμπληρωματικά με εκείνες της CMR (Εφ.Αθ. 1086.1990 ΕΕμπΔ 1990.618, Εφ.Πειρ. 963/1990 ΕΕμπΔ 1990.625), αφότου παραδοθεί το πωληθέν πράγμα, τον κίνδυνο για την τυχαία καταστροφή του, με την οποία εξωμοιώνεται και η απώλειά του κατά τρόπο οριστικό, όπως είναι η κλοπή (Εφ.Αθ. 7965/1995 Αρμ 1997.1241, Εφ.Αθ. 7086/1990 ΕΕμπΔ 1990.618, Εφ.Αθ. 1432/1987 ΕΕμπΔ 1988.251, Γεωργιάδη - Σταθόπουλου, Α.Κ., άρθρο 522 αρ. 34), φέρει ο αγοραστής. Η ρύθμιση, όμως, του προαναφερόμενου άρθρου έχει ενδοτικό χαρακτήρα και για το λόγο αυτό είναι έγκυρες και αποκλίνουσες συμφωνίες των μερών, με τις οποίες τοποθετείται εγγύτερα προς την πώληση ή απώτερα ο χρόνος μετάστασης του κινδύνου, καθορίζεται ευρύτερος ή στενότερος ο κύκλος των κινδύνων ή γίνεται διαφορετική κατανομή αυτών. Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 210 ΕμπΝ, που ορίζει ότι ο ασφαλιστής που αποζημιώσε τη ζημία ή την απώλεια των ασφαλισθέντων πραγμάτων υποκαθίσταται, έναντι των τρίτων, στα δικαιώματα, που λόγω της ζημίας ανήκουν στον ασφαλισμένο, ο οποίος ευθύνεται για κάθε από αυτόν επενεχθείσα βλάβη των δικαιωμάτων αυτών, σαφώς προκύπτει ότι ο ασφαλιστής, από τότε που καταβάλλει το ασφάλισμα στον ασφαλισμένο,

υποκαθίσταται στη θέση εκείνου και μπορεί να ασκήσει κατά του υπαιτίου της ζημίας τρίτου τις αξιώσεις του τελευταίου (Εφ.Αθ. 6102/1991 ΕΕμπΔ 1992.227). Η ασφαλιστική υποκατάσταση κρίνεται με το δίκαιο που διέπει τη σύμβαση ασφάλισης (άρθρο 25 Α.Κ.), ενόψει του ότι η μεταβίβαση της απαίτησης ανήκει στο περιεχόμενο της παροχής του ασφαλιστή (Εφ.Αθ. 963/1990 ΕΕμπΔ 1990.625). Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του 345 εδ. α' Α.Κ., όταν πρόκειται για χρηματική οφειλή, ο δανειστής, σε περίπτωση υπερήμερίας, έχει δικαίωμα να απαιτήσει τον τόκο υπερήμερίας που ορίζεται από το νόμο ή με δικαιοπραξία χωρίς να είναι υποχρεωμένος να αποδείξει ζημία, κατά δε το άρθρο 340 του ίδιου κώδικα, ο οφειλέτης ληξιπρόθεσμης παροχής γίνεται υπερήμερος αν προηγήθηκε δικαστική ή εξώδικη όχληση του δανειστή. Από το συνδυασμό των πιο πάνω διατάξεων προκύπτει, ότι προϋποθέσεις εφαρμογής της πρώτης από τις διατάξεις αυτές είναι η ύπαρξη ληξιπρόθεσμης χρηματικής οφειλής και η υπερήμερία του οφειλέτη, η οποία, σύμφωνα με τη δεύτερη διάταξη, επέρχεται με την όχληση αυτού από την πλευρά του δανειστή. Τέτοια όχληση γίνεται και με την επίδοση προς τον οφειλέτη, κατά τις διατάξεις του Κ.Πολ.Δ, καταψηφιστικής αγωγής. Το αποτέλεσμα δε αυτής της όχλησης, που έγινε με την επίδοση αγωγής, δεν ανατρέπεται αν η αγωγή αυτή απορρίφθηκε για λόγους μη ουσιαστικούς, δηλαδή για λόγους που δεν ανάγονται στο υποστατό της αξιώσεως, αλλά στην έλλειψη δικονομικών προϋποθέσεων, συνεπαγο-

μένων ακυρότητα του δικογράφου της αγωγής ή απαράδεκτο αυτής. Συνεπώς, είναι νόμιμο το αίτημα των τόκων από την επίδοση προγενέστερης, με την ίδια ιστορική και νομική αιτία αγωγής, η οποία (επίδοση) συνιστά όχληση, έστω και αν η αγωγή εκείνη απορρίφθηκε με προηγούμενη απόφαση για τυπικούς λόγους (Α.Π. 105/2001 Ελλ.Δ/νη 42.743, Εφ.Λαρ. 192/2002 αδημ. στο νομικό τύπο). Τέλος, εάν η απαίτηση υπάρχει μεταξύ εμπόρων και πηγάει από εμπορική και για τους δύο αιτία, δικαιούται ο δανειστής να αξιώσει τόκο από την ημέρα που το χρέος έγινε, κατά τους όρους του άρθρου 323 Α.Κ., απαιτητό (άρθρο 111 Εισ.Ν.Α.Κ.). Στην περίπτωση αυτή αρκεί το «απαιτητό» της οφειλής, χωρίς να χρειάζεται και σχετική «όχληση» προς τον οφειλέτη (Εφ.Πειρ. 31/1987 ΕΕμπΔ ΛΗ.384)

Η παραπάνω Σύμβαση (CMR) ορίζει στην παρ. 1 του άρθρου 32 ότι ο περιοριστικός χρόνος για την έγερση αγωγής συνεπεία μεταφοράς δυνάμει της Συμβάσεως αυτής θα είναι ενός έτους και ότι, παρά ταύτα, σε περίπτωση «ηθελημένης κακής διαχείρισης» ή τέτοιας αμέλειας η οποία, σύμφωνα με τη νομοθεσία του επιληφθέντος της υποθέσεως δικαστηρίου, θεωρείται ως αντιστοιχούσα προς ηθελημένη κακή διαχείριση, το περιοριστικό χρονικό διάστημα θα είναι τρία έτη, θα αρχίζει δε το περιοριστικό χρονικό διάστημα, του ενός έτους ή των τριών ετών, να υπολογίζεται σε περίπτωση μερικής απώλειας, βλάβης ή καθυστέρησης παραδόσεως των εμπορευμάτων από την ημερομηνία παραδόσεώς τους. Με τη διάταξη αυτή θεσπίζε-

ται παραγραφή για τις αναφερόμενες σ' αυτή αξιώσεις κατά του μεταφορέα από οδική μεταφορά, που διέπεται από την ως άνω Διεθνή Σύμβαση (CMR). Η παρ. 3 εδ. β' του ιδίου παραπάνω άρθρου, ορίζει ότι η διακοπή της παραγραφής διέπεται από το δίκαιο του δικαστή, που δικάζει (Εφ.Πειρ. 963/1990 ΕΕμπΔ 1990.625). Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 261 Α.Κ., η παραγραφή διακόπτεται με την έγερση (επίδοση - άρθρο 221 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ) της αγωγής για τη αξίωση, η δε παραγραφή που διακόπηκε με αυτό τον τρόπο αρχίζει εκ νέου από την τελευταία διαδικαστική πράξη των διαδικιών ή του Δικαστηρίου. Τέτοια πράξη θεωρείται κάθε δικαστική ενέργεια που κατά νόμο είναι αναγκαία για την συνέχιση της δίκης, αποβλέπει δε και κατευθύνεται στην επιτυχία του σκοπού της. Έτσι, διαδικαστική πράξη με την παραπάνω έννοια είναι, ενδεικτικά, η έκδοση απόφασης, η κατάθεση της κλήσης στον Γραμματέα, η εγγραφή της υπόθεσης στο πινάκιο, κάθε μία δε απ' αυτές επιφέρει αυτοτελώς τη διακοπή της παραγραφής της επίδικης αξίωσης. Κατά την έννοια της παραπάνω διάταξης του άρθρου 261 Α.Κ., αν η παραγραφή της αξίωσης διακοπεί με την έγερση αγωγής, η ίδια ακριβώς παραγραφή, δηλαδή όμοια με τη διακοπή, αρχίζει σε κάθε περίπτωση και ανεξάρτητα από το είδος της, ως βραχυπρόθεσμης ή συνήθισμένης, ευθύς αμέσως από την επίδοση αυτή. Η εν λόγω παραγραφή διακόπτεται ύστερα από κάθε διαδικαστική πράξη των διαδικιών ή του Δικαστηρίου, αρχίζει δε νέα παραγραφή, ισόχρονη με εκείνη που

διακόπηκε, από την επιχείρηση της νέας διαδικαστικής πράξεως. Η παραγραφή αυτή μπορεί να συμπληρωθεί και με την πάροδο του χρόνου που ισχύει γι' αυτήν, χωρίς να μεσολαβήσει κάποια άλλη διαδικαστική πράξη ή άλλος λόγος διακοπής, πριν να περατωθεί τελεσίδικα η δίκη, Δηλαδή, αν η αξίωση είναι ήδη επίδικη, η παραγραφή στην οποία υπόκειται, μπορεί να συμπληρωθεί κατά τη διάρκεια της ε-

πιδικίας, εφόσον παρέλθει ο απαιτούμενος γι' αυτήν χρόνος και δεν μεσολαβήσει κάποια άλλη διαδικαστική πράξη του Δικαστηρίου ή των διαδίκων ή άλλος λόγος διακοπής (Καλογερά, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο Α.Κ., άρθρο 261 αρ. 8, Ολ.Α.Π. 1143/1983 ΝοΒ 32.673, Α.Π. 1683/1984 Ελλ.Δ/νη 26.650, Εφ.Πειρ. 1062/1986 Ελλ.Δ/νη 28.487).



ΤΟ 6ο ΤΕΥΧΟΣ ΤΟΥ “*Ραδάμανθυ*”
ΤΥΠΩΘΗΚΕ ΤΟΝ ΝΟΕΜΒΡΙΟ ΤΟΥ 2005, ΣΕ 1000 ΑΝΤΙΤΥΠΑ
& ΣΕ ΧΑΡΤΙ GARDAPAT 115 gr., ΑΠΟ ΤΙΣ ΓΡΑΦΙΚΕΣ ΤΕΧΝΕΣ
Μ. & Μ. ΠΑΤΕΡΑ.Κ.ΗΣ Ο. Ε., ΓΙΑ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟ ΤΟΥ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ





ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΣ ΣΥΛΛΟΓΟΣ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ