

Ραδάμανθς

ΠΕΡΙΟΔΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



ΤΕΥΧΟΣ ΟΓΔΟΟ

Φθινόπωρο, 2006

“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 8ο, Φθινόπωρο 2006

ΕΚΔΟΤΗΣ:

Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου.

ΥΠΕΥΘΥΝΟΣ ΕΚΔΟΣΗΣ:

Βασίλης Λαμπρινός, Πρόεδρος Δ.Σ.Η.

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ Δ.Σ.Η.

Βασίλης Λαμπρινός, Πρόεδρος

Μανώλης Περαντωνάκης, Αντιπρόεδρος

Νίκος Λογοθέτης, Γεν. Γραμματέας

Μανώλης Αμωναχάκης, Ταμίας

Μανώλης Ατσάλης,

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

Αντώνης Ταμωλάκης

Μιχάλης Περισυνάκης

Φίλημων Χριστοφοράκης

Ευάγγελος Κάτης

Καλλιόπη Κοκοσάλη

ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΝΕΡΓΑΤΙΣ

Αριστέα Πλεύρη,

Διηγός.



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

Αχιλλέα Νταφούλη

ΠΡΟΣΦΑΤΑ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ

ΣΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗΣ ΑΠΑΛΛΟΤΡΙΩΣΗΣ9

Λάμπρου Χ. Μαργαρίτη

ΕΝΔΙΑΜΕΣΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ

(ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΣ ΝΟΜΟΘΕΤΗΣ-ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ-ΕΣΔΑ)18

Γιώργου Ν. Στειακάκη

Η ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΗ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗ ΑΠΟ ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ

ΤΩΝ ΚΑΤΑΘΕΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΙΑΣ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ

ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΩΝ

ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΑΝΘΡΩΠΟΥ (ΕΣΔΑ)28

Ελευθερίας Λυπάκη

ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΕΓΚΛΗΜΑ:

Η ΠΑΓΙΑ ΤΗΣ ΣΥΓΧΡΟΝΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ38

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 202/2006.....51

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Εφετείο Αθηνών - 5959/199555

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 189/200656

ΜΙΣΘΩΤΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 65/2006.....58

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 600/2003.....60

ΔΙΚΑΙΟ ΕΜΠΟΡΙΚΩΝ ΜΙΣΘΩΣΕΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 749/1709/108/2005.....62

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 395/200666

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 368/200669

Ειρηνοδικείο Χερσονήσου - Αριθ. 4/200575

ΔΙΚΑΙΟ ΠΙΣΤΩΤΙΚΩΝ ΤΙΤΛΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 112/4631/248/2006.....79

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 144/200681

ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 3878/3351/200583

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 4829/3371/200585

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 2656/1882/2006.....87

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος - Αριθ. 1374/1987.....90

Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Ηρακλείου - Αριθ. 231/200590

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 113/200593

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 199/200596

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 335/200599

ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ ΤΟΥ Δ.Σ.Η

Από τις εκδηλώσεις και τις δραστηριότητες του Συλλόγου107

ΑΡΘΡΑ & ΜΕΛΕΤΕΣ



ΠΡΟΣΦΑΤΑ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΑ ΔΕΔΟΜΕΝΑ ΣΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΑΝΑΓΚΑΣΤΙΚΗΣ ΑΠΑΛΛΟΤΡΙΩΣΗΣ*

Αχιλλέα Νταφούλη**

Κυρίες και Κύριοι, να μου επιτρέψετε να διατυπώσω μερικές απλές σκέψεις - θέσεις αναφορικά με την απονομή της δικαιοσύνης, τη νομολογία και το νομικό καθεστώς που ισχύει, σαν εισαγωγή στο θέμα μου, αναγκαία κατά την γνώμη μου, για να εκτιμήσετε καλλίτερα την προσπάθεια που γίνεται για τον εκσυγχρονισμό της νομολογίας σε ζητήματα απαλλοτρίωσης.

Η απονομή της δικαιοσύνης είναι ένα ζήτημα πολυσήμαντο. Όμως σαν ιδεώδες φαίνεται να είναι τελικά ανέφικτο, γιατί ο υλικός κόσμος διαθέτει έμφυτους περιορισμούς που εμποδίζουν την ακέραια εκδίπλωση της καθαρής ιδέας. Σαν πράξη συγκεκριμένη, η απονομή της δικαιοσύνης είναι μια ενσυνείδητη προσπάθεια κάλυψης του κενού που δημιουργείται μεταξύ του ιδεώδους της δικαιοσύνης και της αναγκαστικής εφαρμογής του θετικού δικαίου, όπως το θεσπίζει ο εκάστοτε νομοθέτης και το επιβάλλουν οι ιστορικές συγκυρίες. Αυτό σημαίνει, ότι η απονομή της δικαιοσύνης είναι μια συνεχής αναζήτηση της αλήθειας, μια σταθερή προσπάθεια εναρμόνισης του ιδεώδους και του πραγματικού. Έτσι δικαιολογούνται πολλοί που πιστεύουν, ότι η απονομή της δικαιοσύνης είναι τρόπος ίασης και χειραγώγησης του προσώπου και της κοινωνίας, διορθωτική παρέμβαση στα καθημερινά δρώμενα.

Ζούμε σε μια εποχή που όλα αλλάζουν σε παγκόσμιο επίπεδο. Οι αντιλήψεις τα ήθη, η τεχνολογία, οι συναλλαγές, εξελίσσονται, οι κοινωνικές δυνάμεις και μαζί τους οι νόμοι συχνά μεταβάλλονται. Το έργο του δικαστή γίνεται πιο δύσκολο. Αγωνίζεται με όλες τις δυνάμεις του να δώσει κάθε φορά τη λύση εκείνη που εγγίζει την πραγματικότητα της συναλλακτικής και κοινωνικής γενικότερα ζωής και υπηρετεί τον άνθρωπο. Η νομολογία των δικαστηρίων είναι έργο συλλογικό. Θεματοφύλακας της νομολογιακής συνέχειας στο δικό μας σύστημα είναι ο Άρειος Πάγος. Το ανώτατο αυτό Δικαστήριο, ιδίως τα τελευταία χρόνια, αναθεωρεί αρκετές φορές και ενίοτε αναμορφώνει τη νομολογία του, που δεν αποτελεί κεκτημένο αμετακίνητο. Όπως η ζωή, έτσι και η νομολογία αλλάζει. Με περίσκεψη, μέσα στην ίδια κατά κανόνα κοίτη, αλλά αλλάζει. Συχνά καθοδηγείται από τη θεωρία την οποία και αρδεύει. Εξοικειώνε-

* Το κείμενο αποτελεί το περιεχόμενο εισηγήσεως στο σεμινάριο που οργάνωσε ο Δ.Σ.Η σε συνεργασία με την Ένωση Δικαστικών και Εισαγγελέων την 16η Απριλίου 2005 στο ξενοδοχείο "Ατλαντίς".

** Ο Αχιλλέας Νταφούλης είναι Αρεοπαγίτης.

ται συνεχώς με τις αποφάσεις και τον τρόπο σκέπτεσθαι των δυο Ευρωπαϊκών δικαστηρίων.

Από το Μάιο του 2001 ισχύει στο δίκαιο της απαλλοτριώσης ο νέος Κώδικας Απαλλοτριώσεων Ακινήτων, που κυρώθηκε με το άρθρο 1^ο του Ν. 2882/6-2-2001. Ο νέος Κώδικας επιχείρησε αφενός να συγκεντρώσει σε ένα κείμενο τις περισσότερες σχετικές διατάξεις και αφετέρου να τις εκσυγχρονίσει. Το εγχείρημα δεν άργησε ωστόσο να αποδειχθεί πρόσκαιρο. Σύντομα συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με επόμενους νόμους. Με τα δεδομένα αυτά μόνο κατ' ευφημισμό πια μπορεί να γίνεται λόγος για Κώδικα Αναγκαστικών Απαλλοτριώσεων, αφού οι σχετικές διατάξεις βρίσκονται διάσπαρτες σε διάφορα, συνήθως ετερόκλητα, νομοθετήματα. Όλες αυτές οι τροποποιήσεις έδωσαν την αφορμή να διατυπωθεί και η άποψη ότι δεν έγιναν τα αναγκαία βήματα προόδου στο δίκαιο της απαλλοτριώσης. Δεν επήλθαν οι σημαντικές αλλαγές που χρειαζόταν. Υποστηρίζεται μάλιστα ότι οι νομοθέτες μας, συντακτικοί, αναθεωρητικοί και κοινοί, βρήκαν στηρίγματα και στη νομολογία των δικαστηρίων. Γι' αυτό και φύλαξαν «σαν κόρη οφθαλμού» στο δίκαιο της απαλλοτριώσης, το ταμειακό συμφέρον του Κράτους, σε βάρος θεμελιώδους ατομικού δικαιώματος. Γράφτηκε ακόμη και ότι τα ακυρωτικά μας δικαστήρια, ιδίως ο Άρειος Πάγος, διακρίνονται για την κρατικιστική αντίληψη, που ο αείμνηστος Αλ. Σβώλος την είχε χαρακτηρίσει ως *Fiscalismus*. Αυτό όμως δεν είναι σωστό. Οι δικαστές δεν επιθυμούν καμία συνέχιση της πρακτικής αυτής των απαλλοτριώσεων υπέρ του Δημοσίου, χωρίς ικανοποιητική αποζημίωση. Αντίθετα ξαναβλέπουν όλα τα ζητήματα που ανακύπτουν στο δίκαιο της απαλλοτριώσης και καταβάλλουν μεγάλη προσπάθεια για λύσεις που συμπλέουν με την υπερεθνική νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ). Τα βήματα είναι αργά, αλλά σταθερά και δικαιολογημένα. Στέκονται εμπόδια μεγάλα οι αντίθετες νομοθετικές ρυθμίσεις στις οποίες προχωρεί πολλές φορές η Ελληνική Πολιτεία. Αυτές κατατείνουν συχνά στη φαλκίδευση των ουσιαστικών δικαιωμάτων των θιγόμενων ιδιοκτησιών. Τη φαλκίδευση αποκαλύπτει και αποκαθιστά συνήθως η νομολογία του «ΕΔΔΑ». Σήμερα και αυτό το άρθρο 17 παρ. 2 του Συντάγματος, όπως ισχύει μετά την αναθεώρηση, βάλλεται, γιατί προσκρούει στο άρθρο 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), επειδή συμπλέει με τη μέχρι τώρα νομολογία του Αρείου Πάγου και ορίζει ότι η αποζημίωση «ανταποκρίνεται στην αξία που έχει το απαλλοτριούμενο κατά το χρόνο συζήτησης στο δικαστήριο». Δικαιολογούνται άρα καθυστερήσεις, γιατί χρειάζονται υπερβάσεις ερμηνευτικές και νομοθετικές για τη σύμπλευση με τη νομολογία του «ΕΔΔΑ» σε όλα τα ζητήματα που προκύπτουν από την απαλλοτρίωση ακινήτου. Οι δυσκολίες επιτείνονται από το γεγονός, ότι το «ΕΔΔΑ» δεν εξετάζει αν οι διατάξεις της Σύμβασης και των Πρωτοκόλλων της είναι αντίθετες στο Νόμο ή στο Σύνταγμα μιας χώρας μέλους του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, για να τις εφαρμόσει, ενώ η νομολογιακή έννοια της ιδιοκτησίας

του «ΕΔΔΑ» για τον Έλληνα δικαστή είναι αυτοτελώς δεσμευτική. Χρειαζόταν «ευρύτερη» αναθεώρηση του α' εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 17 του Συντάγματος, αφού είναι γνωστό σε όλους μας, ότι στις διαμορφωμένες ευρωπαϊκές συνθήκες, δεν ικανοποιεί η προστασία που παρέχεται στη χώρα μας του εμπράγματος δικαιώματος της «γυμνής κυριότητας». Αυτό δεν έγινε και καλείται η νομολογία να διευρύνει την προστασία και στο περιεχόμενο των ωφελειών της, για να ανταποκριθεί στις διεθνείς δεσμεύσεις της χώρας, ιδιαίτερα από το άρθρο 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ», όπως αυτές διαπλάσσονται από τη νομολογία του «ΕΔΔΑ». Παρόλα αυτά οι δικαστές αντιμετωπίζουν το μέλλον με ιδιαίτερη αισιοδοξία.

Έρχομαι τώρα να σας παρουσιάσω, κατά τρόπο βέβαια συνοπτικό και επιλεκτικό την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου σε ουσιώδη ζητήματα της απαλλοτρίωσης. Είναι γεγονός ευοίωνο, ότι η νομολογία αυτή διαμορφώθηκε αρκετές φορές από αξιόλογα δείγματα αποφάσεων των δικαστηρίων της ουσίας. Με την απόφαση 40/1998 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου κρίθηκε ότι στην έννοια της ιδιοκτησίας, που προστατεύεται από το άρθρο 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ», περιλαμβάνονται όχι μόνο τα εμπράγματα δικαιώματα, αλλά και όλα τα δικαιώματα «περιουσιακής φύσεως» και τα κεκτημένα «οικονομικά συμφέροντα». Καλύπτονται έτσι τα ενοχικά περιουσιακά δικαιώματα και ειδικότερα απαιτήσεις, είτε αναγνωρισμένες με δικαστική ή διαιτητική απόφαση, είτε απλώς γεννημένες κατά το εθνικό δίκαιο, εφόσον υπάρχει νόμιμη προσδοκία, με βάση το ισχύον, ως την προσφυγή στο δικαστήριο, δίκαιο, ότι μπορούν να ικανοποιηθούν δικαστικά. Η απόφαση αυτή από έγκριτους σχολιαστές κατατάσσεται ανάμεσα στις αποφάσεις - ορόσημα της ιστορίας του Αρείου Πάγου. Σημειώθηκε με αυτή στροφή της νομολογίας στην προστασία και των ενοχικών δικαιωμάτων. Με την 8/1999 απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου έγινε δεκτό, ότι από τις διατάξεις των άρθρων 17 του Συντάγματος και 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ» συνάγεται, ότι για τον προσδιορισμό της «πλήρους αποζημίωσης» λαμβάνεται υπόψη η αξία του απαλλοτριούμενου ακινήτου κατά το χρόνο της πρώτης συζήτησης, καθώς και η δαπάνη του ιδιοκτήτη του απαλλοτριούμενου ακινήτου, η οποία, να μην συνδέεται άμεσα με την αξία του ακινήτου, είναι όμως, συνέπεια της απαλλοτρίωσης της ιδιοκτησίας. Άρα είναι νόμιμο το αίτημα για επιδίκαση πρόσθετης αποζημίωσης για δαπάνη από έξοδα μεταφοράς και μετεγκατάστασης των κατοικιών και του ξυλουργείου των ιδιοκτητών των απαλλοτριωθέντων ακινήτων. Η απόρριψη τέτοιας δαπάνης καταλήγει σε μείωση της αξίας της ιδιοκτησίας, ασυμβίβαστη με την έννοια του άρθρου 1 του ως άνω πρωτοκόλλου. Η απόφαση αυτή έχει χαράξει νέα πορεία στη νομολογία μας. Με βάση κυρίως αυτές τις δυο αποφάσεις Ολομέλειας και την 31/1990 απόφαση επίσης της Ολομέλειας, που δέχεται ότι η επιχείρηση προστατεύεται από το Σύνταγμα (άρθρα 5 παρ. 1-3, 17 παρ. 2 και 106) ξεχωριστά από τα εμπράγματα δικαιώματα σε ακίνητα όπου λειτουργεί απαγορεύεται η εθνικοποίησή της χωρίς προηγούμενη πλήρη αποζημίωση

προσδιοριζόμενη με δικαστική απόφαση, το Δ' τμήμα του Αρείου Πάγου με την πρόσφατη 441/2005 απόφασή του έχει παραπέμψει στην Ολομέλεια του Αρείου Πάγου ζητήματα γενικότερου ενδιαφέροντος και συγκεκριμένα: α) αν η άυλη οικονομική αξία μιας επιχείρησης αποτελεί ή όχι αυτοτελές απαλλοτριούμενο περιουσιακό στοιχείο κατά την έννοια του άρθρου 17 παρ. 2 του συντάγματος και 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ», β) αν κατά τις διατάξεις αυτές αποκαθίσταται ή όχι κάθε ζημία του ιδιοκτήτη που αποτελεί άμεση συνέπεια της απαλλοτρίωσης, έστω και αν δεν συνδέεται άμεσα με την αξία του απαλλοτριούμενου ακινήτου, άρα και η ζημία από την παύση της λειτουργία της επιχείρησης, γ) αν κατά τις διατάξεις των άρθρων 13 και 25 του Κώδικα Απαλλοτριώσεων αποκλείεται ή όχι η αποζημίωση της άυλης οικονομικής αξίας της επιχείρησης που ασκείται στο απαλλοτριούμενο ακίνητο και δ) αν οι διατάξεις του Κώδικα Απαλλοτριώσεων είναι ή όχι αντίθετες στα άρθρα 17 παρ. 2 του Συντάγματος (το περιεχόμενο του οποίου επαναλαμβάνουν) και 1 του προβλέποντος αποζημίωση πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ». Η απόφαση 20/1995 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου έκρινε, ότι η απόφαση του Εφετείου που προσδιορίζει οριστική αποζημίωση απαλλοτριούμενου ακινήτου είναι τελεσίδικη και παράγει δεδικασμένο μεταξύ των διαδίκων της σχετικής δίκης, το οποίο δεδικασμένο λειτουργεί ως αρνητική διαδικαστική προϋπόθεση, με συνέπεια ότι η υποβαλλόμενη από κάποιον από τους διαδίκους νέα αίτηση οριστικού προσδιορισμού της αποζημίωσης να πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Η ίδια απόφαση έκρινε και ότι η διάταξη του άρθρου 9 του Ν. 2730/1999 (για αμοιβή δικηγόρου στις δίκες προσδιορισμού αποζημίωσης απαλλοτριούμενου ακινήτου για Ολυμπιακά έργα, που ορίζεται στο 1/3 των ελάχιστων ορίων των αμοιβών του Κώδικα Δικηγόρων κλπ) θεσπίστηκε για χάρη του δημοσίου συμφέροντος, δηλαδή για περιορισμό της δαπάνης εκτέλεσης των Ολυμπιακών έργων, δεν εισάγει διάκριση αντίθετη προς τη συνταγματική αρχή της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 και 2). Αξιόλογη είναι η απόφαση 21/2005 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου.

Έδωσε λύση σε ένα ζήτημα γενικότερου ενδιαφέροντος. Αποφάνθηκε, ότι η εκδιδόμενη με βάση το άρθρο 191 του Ν.Δ. 86/1969 «Περί Δασικού Κώδικος», απόφαση του Νομάρχη, με την οποία κηρύσσεται έκταση δασωτέα ή αναδασωτέα, η οποία δεν μπορεί να διατεθεί για άλλο προορισμό, δεν συνιστά καθεαυτή πράξη κήρυξης αναγκαστικής απαλλοτρίωσης, αλλά αποτελεί μόνο αυτοτελή λόγο κήρυξης απαλλοτρίωσης της έκτασης αυτής. Αυτό διότι ο ιδιοκτήτης της αναδασωτέας έκτασης εξακολουθεί να παραμένει κύριος και μετά την κήρυξή της ως αναδασωτέας. Μπορεί ο ίδιος να αναλάβει την εκτέλεση της αναδάσωσης ή να πουλήσει την έκταση στο Δημόσιο και μόνο αν αρνηθεί την πώληση ή δεν αναδεχθεί ή αν αναδεχθεί και δεν κάνει την έναρξη των εργασιών αναδάσωσης μέσα στις τασσόμενες από το άρθρο 195 προθεσμίες από την κήρυξη της αναδάσωσης, απαλλοτριώνεται αναγκαστικά η έκταση αυτή από το Δημόσιο για το σκοπό της αναδάσωσης, πράγμα που δεν θα οριζόταν αν η πράξη για

αναδάσωση του Νομάρχη αποτελούσε και πράξη απαλλοτριώσης. Με τις σημαντικές αποφάσεις της Ολομέλειας 10 και 11 του 2004 (ακολούθησε και η του τμήματος 1014/2004) σημειώθηκε στροφή της νομολογίας σε κρίσιμα ζητήματα προς την ορθή κατεύθυνση. Κρίθηκε ότι, αντικείμενο της δίκης καθορισμού αποζημίωσης στην ειδική διαδικασία του Ν.Δ. 797/1971 είναι η αποζημίωση στο σύνολό της λαμβανόμενη, δηλαδή η χορήγηση αποζημίωσης σε σχέση με την αξία του απαλλοτριωθέντος ακινήτου, ο προσδιορισμός της ωφέλειας του ιδιοκτήτη αυτού, όπου η ύπαρξή της επηρεάζει τις από την απαλλοτρίωση αξιώσεις, κάθε άλλο θέμα συναφές με την απαλλοτρίωση και η δικαστική δαπάνη. Ο περιορισμός της αρμοδιότητας του Εφετείου σε μόνον τον προσδιορισμό της αποζημίωσης είναι ανίσχυρος γιατί προσκρούει στο άρθρο 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ». Επομένως το Εφετείο είναι αρμόδιο, αν υποβλήθηκαν σχετικά αιτήματα, να εξετάσει ενιαία στη διαδικασία αυτή: α) τη χορήγηση αποζημίωσης σε σχέση με την αξία του απαλλοτριούμενου ακινήτου, β) την αναγνώριση δικαιούχων της αποζημίωσης, γ) την ύπαρξη ή όχι ωφέλειας του ιδιοκτήτη απαλλοτριούμενου ακινήτου, που αποκτά πρόσωπο σε διανοιγόμενη εθνική οδό και εντεύθεν την υποχρέωση ή μη συμμετοχής στις δαπάνες απαλλοτρίωσης κατά τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 1 και 3 του Ν. 653/1977 και δ) το αίτημα για τη δικαστική δαπάνη. Η 1132/2004 απόφαση του Δ' τμήματος του Αρείου Πάγου δέχθηκε τα ίδια υπό την ισχύ του νέου Κώδικα Αναγκαστικών Απαλλοτριώσεων Ακινήτων (Ν. 2882/2001). Με την απόφαση 813/2003 (τμήματος) ο Άρειος Πάγος δέχτηκε, ότι η μη τήρηση των προθεσμιών από τις διατάξεις των άρθρων 19 παρ. 14 εδ. β του Ν.Δ. 797/1971 (έκδοση απόφασης μέσα σε 15 ημέρες από την τελευταία συζήτηση της αίτησης) και 20 παρ. 8 του Ν. 2882/2001 (ΚΑΑΑ) για έκδοση και δημοσίευση οριστικής απόφασης για καθορισμό τιμής μονάδας, δεν δημιουργεί ακυρότητα, έκπτωση από δικαίωμα ή απαράδεκτο. Με την 182/2004 απόφαση του Αρείου Πάγου (Ζ' τμήματος) κρίθηκε, ότι από την συντέλεση της αναγκαστικής απαλλοτρίωσης ο ενυπόθηκος δανειστής δεν έχει την από το άρθρο 1292 Α.Κ. εμπράγματη υποθηκική αγωγή, για να επιδιώξει με αναγκαστικό πλειστηριασμό του ενυπόθηκου ακινήτου, την προνομιακή ικανοποίηση της απαίτησής του στη διαδικασία της κατάταξης. Όμως το προνόμιό του από την αποσβεσθείσα υποθήκη δεν χάνεται και διατηρείται στην ενοχική αξίωσή του πάνω στην αποζημίωση, σε υποκατάσταση από το νόμο της υποθηκικής αγωγής του. Εφόσον έχει την εξουσία διάθεσης κατά το ουσιαστικό δίκαιο δικαιούται ασφαλώς να παραιτηθεί από το προνόμιό του, τέτοια δε μονομερή δήλωση βουλήσεως παραίτησης συνιστά και η κατά το άρθρο 1325 Α.Κ. δοθείσα, μετά τη συντέλεση της απαλλοτρίωσης, συναίνεσή του για εξάλειψη της υποθήκης του στο ακίνητο που απαλλοτριώθηκε. Η απόφαση 1593/2003 του Αρείου Πάγου (Δ' τμήματος) δέχεται, ότι ως πλήρη αποζημίωση του ακινήτου που απαλλοτριώνεται νοείται εκείνη που αντιπροσωπεύει την πραγματική αξία του απαλλοτριούμενου. Στο περιεχόμενο όμως της αποζημίωσης δεν περιλαμβάνεται και η περαιτέρω δαπάνη του ιδιοκτήτη που απαιτείται για την α-

ντικατάσταση του απαλλοτριούμενου με άλλο, γιατί η δαπάνη αυτή δεν συνάπτεται άμεσα με την αξία του ακινήτου, ούτε αποτελεί άμεση και αναγκαία συνέπεια της απαλλοτρίωσης (Ολ.Α.Π. 8/1999). Έτσι στην αποζημίωση αυτή δεν περιλαμβάνονται τα έξοδα για την αγορά άλλου ακινήτου, όπως: η αμοιβή κτηματομεσίτη, δικηγόρου για έλεγχο τίτλων, παράσταση κατά την υπογραφή του συμβολαίου, ο φόρος μεταβίβασης, τα έξοδα συμβολαίου και μεταγραφής, η αμοιβή μηχανικού για εκπόνηση μελέτης, έκδοση άδειας, επίβλεψη κλπ. Με την απόρριψη τέτοιων αιτημάτων δεν παραβιάζονται οι διατάξεις των άρθρων 17 παρ. 1 και 4 του Συντάγματος, 6 παρ. 1 της «ΕΣΔΑ» για δίκαιη δίκη και του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ». Ενδιαφέρουσα είναι η 1635/2003 απόφαση του Αρείου Πάγου (Δ' τμήματος). Δέχτηκε ότι οι διατάξεις του Κώδικα Απαλλοτριώσεων (Ν. 2882/2001) για παραγραφή και προθεσμίες εφαρμόζονται και για τις απαλλοτριώσεις που έχουν κηρυχθεί από 1-2-1971 και εφεξής (το Ν.Δ. 797/71 δεν προέβλεπε προθεσμία άσκησης της αίτησης για καθορισμό της οριστικής αποζημίωσης). Ο χρόνος έναρξης είναι εκείνος που ορίζεται από τις νέες διατάξεις και στην προκειμένη περίπτωση - που δεν προβλεπόταν τέτοια προθεσμία και άρα δεν μπορεί να γίνει λόγος για βραχύτερο ή μακρύτερο χρόνο - από την ισχύ του Ν. 2882/2001. Οι ρυθμίσεις αυτές και ιδιαίτερα η διάταξη του άρθρου 9 παρ. 4 εδ. β Ν. 2882/2001, που θέσπισε βραχυχρόνια παραγραφή από λόγους δημόσιου συμφέροντος, δεν αντιβαίνουν στα άρθρα 17 του Συντάγματος και 1 του πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου της «ΕΣΔΑ», που διασφαλίζει το δικαίωμα στην πρόσβαση και απονομή της δικαιοσύνης. Με την 67/2005 άλλη απόφαση του Αρείου Πάγου (Δ' τμήματος) παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια ζήτημα με εξαιρετικό ενδιαφέρον στο οποίο τα δικαστήρια της ουσίας διχάστηκαν. Πρόκειται για την προθεσμία άσκησης της αίτησης για οριστικό προσδιορισμό τιμής μονάδας αποζημίωσης, σε περίπτωση κατά την οποία η απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου που προσδιόρισε τιμή μονάδας προσωρινή δεν επιδόθηκε. Μια γνώμη υποστήριξε ότι από τις παραγράφους 1, 2 και 3 του άρθρου 20 του Κώδικα προκύπτει, πως στη βούληση του νομοθέτη με τη νέα ρύθμιση (κατάθεση δικογράφου, όχι και με την επίδοσή του στους καθώς η αίτηση, όπως απαιτούσε το άρθρο 19 παρ. 3 του Ν.Δ. 797/1971) ήταν να περιοριστούν τα अपαράδεκτα, μόνο στην περίπτωση κατά την οποία δεν κατατεθεί η αίτηση στο αρμόδιο Εφετείο μέσα στις αποκλειστικές προθεσμίες του άνω άρθρου και δεν κοινοποιηθεί σε εκείνον κατά του οποίου στρέφεται 15 τουλάχιστον ημέρες πριν από την ορισθείσα από τον Πρόεδρο δικάσιμο. Με τη νέα δηλαδή διάταξη, που απηχεί τα ισχύοντα σε διοικητικές διαφορές για την απεμπλοκή των διαδίκων από τα δικονομικά απαράδεκτα, αποσυνδέθηκε η υποχρέωση επίδοσης της αίτησης μέσα στο εξάμηνο και αρκεί μόνη κατάθεσή της μέσα σ' αυτή την προθεσμία. Η αντίθετη άποψη υποστήριξε ότι η αίτηση στο Εφετείο για οριστικό προσδιορισμό της αποζημίωσης εξακολουθεί να μην είναι ένδικο μέσο κατά της απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου που προσδιόρισε προσωρινά την αποζημίωση από απαλλοτρίωση. Άρα δεν ασκεί-

ται με κατάθεση του οικείου δικογράφου στη γραμματεία του δικαστηρίου που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση. Πρόκειται για ένδικο βοήθημα παροχής έννομης προστασίας. Η άσκηση της συντελείται, όπως και προηγούμενα που ίσχυε το Ν.Δ. 797/1971, με κατάθεση και νομότυπη κοινοποίηση αντιγράφου αυτής, με πράξη του Προέδρου του αρμόδιου δικαστηρίου για ορισμό δικασίμου, σε εκείνον κατά του οποίου απευθύνεται (άρθρ. 215 παρ. 1α Κ.Πολ.Δ). Στις νέες διατάξεις του Κώδικα παρέμεινε ο νομικός όρος «άσκηση αίτησης» που επαναλαμβάνεται συνολικά 8 φορές στις διατάξεις του κώδικα (άρθρα 20 παρ. 1, 2, 3, 4 και 5, 21 παρ. 1 και 2 του Ν. 2882/2001), για να καταδειχτεί ότι ο νομοθέτης, που απευθυνόταν σε πολιτικά δικαστήρια, θέλησε το δικόγραφο της αίτησης για οριστικό προσδιορισμό της αποζημίωσης να ασκείται με κατάθεση στη γραμματεία του Εφετείου στο οποίο απευθύνεται και με κοινοποίηση αντιγράφου της, με πράξη ορισμού δικασίμου από τον Πρόεδρο του αρμόδιου δικαστηρίου, σε εκείνον κατά του οποίου στρέφεται. Η χρησιμοποίηση επανειλημμένα του άνω νομικού όρου «άσκηση αίτησης» δεν μπορεί να έχει άλλη έννοια. Επομένως, αν δεν επιδόθηκε η απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου που καθόρισε προσωρινή αποζημίωση από απαλλοτρίωση, η αίτηση για οριστικό προσδιορισμό της αποζημίωσης ασκείται με κοινοποίηση, μέσα σε έξι (6) μήνες από τη δημοσίευση της απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου σε κάθε περίπτωση, αντιγράφου αυτής με πράξη του Προέδρου του αρμόδιου δικαστηρίου για ορισμό δικασίμου, αλλιώς απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

Με την 69/2004 απόφαση του Αρείου Πάγου (Δ' τμήματος) κρίθηκε, ότι η αποζημίωση του τμήματος που απομένει συνδέεται μόνο με την απομειωτική πάνω στην αξία επιρροή που ασκεί η απότμηση του μέρους που απαλλοτριώθηκε από αυτό που απομένει και σε καμία περίπτωση δεν επηρεάζεται από το είδους του έργου στο οποίο απεβλέπε η απαλλοτρίωση, εξαιτίας του οποίου ανυψώθηκε ή κατήλθε η στάθμιση της οδού, απωλέστηκε η πρόσβαση σ' αυτή ή μεταβλήθηκαν επί το δυσμενέστερο οι όροι δόμησης (Ολ.Α.Π. 8/1989). Η ίδια απόφαση δέχτηκε ακόμη, ότι η πλήρης αποζημίωση περιλαμβάνει και την αξία των κατά το άρθρο 953 Α.Κ. συστατικών του ακινήτου τα οποία απαλλοτριώνονται αυτοδικαίως, έστω και αν δεν έχουν περιληφθεί στην απόφαση για κήρυξη της απαλλοτρίωσης (Ολ.Α.Π. 5/2002). Το Εφετείο πρέπει και σ' αυτές τις περιπτώσεις (δηλαδή στα επικείμενα, που μπορεί να είναι αντλίες καυσίμων, στέγαστρα μεταλλικά, δεξαμενές καυσίμων, κολώνες φωτισμού, υπόγεια φρεάτια κλπ) να χωρεί σε προσδιορισμό τιμής μονάδας αποζημίωσης. Η 1543/2003 απόφαση του Αρείου Πάγου (Δ' τμήματος) αποφάνθηκε, σε σχέση με τα συστατικά που δεν περιλαμβάνονται στον κτηματολογικό πίνακα, ότι το δικαστήριο έχει εξουσία να προσδιορίζει τιμή μονάδας αποζημίωσης εφόσον υποβληθεί σχετικό αίτημα. Έχει επίσης την ευχέρεια, είτε να διατάξει τη συμπλήρωση του πίνακα, είτε να προχωρήσει στον καθορισμό τιμής μονάδας αποζημίωσης και για τα παραλειφθέντα αυτά συστατικά, με βάση τις αποδείξεις που προσκομίζονται ή τάσσονται και διεξάγονται (πραγ-

ματογνωμοσύνη). Στην τελευταία περίπτωση ο πίνακας θα συμπληρωθεί, αν υπάρχει ανάγκη εκ των υστέρων, προκειμένου να υπολογιστεί η συνολικά καταβλητέα για τη συντέλεση της απαλλοτριώσης αποζημίωση. Μεγάλο ενδιαφέρον παρουσιάζει η απόφαση 1227/2003 του Αρείου Πάγου (Δ' τμήματος). Αυτή έκρινε, ότι στην ειδική διαδικασία του προσωρινού ή οριστικού προσδιορισμού της αποζημίωσης (άρθρα 19 παρ. 7-8 και 20 παρ. 6 του Κώδικα), οι διάδικοι υποχρεούνται να προσκομίσουν όλα τα αποδεικτικά μέσα, ο δε γραμματέας υποχρεούται να καταχωρίσει στα πρακτικά τις καταθέσεις των εξετασθέντων μαρτύρων και να μνημονεύσει τα προσκομισθέντα από τους διαδίκους έγγραφα. Οι διάδικοι δεν είναι υποχρεωμένοι, αλλά μπορούν να καταθέσουν προτάσεις ή υπόμνημα. Αν καταθέσουν υπόμνημα και προσκομίσουν έγγραφα για απόδειξη των ισχυρισμών τους, πρέπει να τα μνημονεύσουν και να τα προσκομίσουν «μέχρι να τελειώσει η συζήτηση στο ακροατήριο» για να ληφθούν υπόψη. Αν συνεπώς δεν αποδεικνύεται από τα πρακτικά, ούτε από τις προτάσεις των διαδίκων, ότι προσκομίστηκαν τα έγγραφα που έλαβε υπόψη το δικαστήριο, θεωρούνται ότι δεν προσκομίστηκαν, οπότε το δικαστήριο υποπίπτει στην πλημμέλεια που ιδρύει το λόγο αναίρεσης από το εδάφιο 11 περ. β' του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ.

Η ίδια απόφαση έχει δεχτεί και ότι, αν ο καθορισμός της ιδιαίτερης αποζημίωσης επιδιώκεται με αίτηση απευθείας από το Εφετείο, η σχετική αίτηση μπορεί να υποβληθεί και μετά την πάροδο της εξάμηνης προθεσμίας που προβλέπεται από το άρθρο 20 παρ. 2 του Κώδικα, για την περίπτωση που δε έχει επιδοθεί η απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου, που καθόρισε προσωρινή αποζημίωση για το τμήμα που απαλλοτριώθηκε, αφού στη δίκη του Μονομελούς Πρωτοδικείου το αίτημα για ιδιαίτερη αποζημίωση δεν αποτέλεσε αντικείμενο της δίκης εκείνης. Η αυτή απόφαση δέχτηκε και ότι από τη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 5 του Κώδικα (ανταίτηση με προτάσεις που κατατίθενται 5 τουλάχιστον ημέρες πριν από τη συζήτηση) προκύπτει, ότι η αντίθετη αίτηση πρέπει να αναφέρεται στο ίδιο αντικείμενο που έχει εισαχθεί ήδη στο Εφετείο με την εμπρόθεσμη αίτηση του αντίδικου του αιτούντος. Έτσι, αν με την αίτηση στο Εφετείο ζητήθηκε μόνο καθορισμός αποζημίωσης για το ακίνητο που απαλλοτριώθηκε (έδαφος), δεν είναι παραδεκτή η ανταίτηση με τις προτάσεις του καθού για το οριστικό καθορισμό οριστικής αποζημίωσης για το υπόλοιπο τμήμα του ακινήτου που απέμεινε μετά την απότμηση του απαλλοτριωθέντος τμήματος ή για τα συστατικά και επικείμενα, εφόσον είχε αποτελέσει αντικείμενο της δίκης για τον προσωρινό καθορισμό αποζημίωσης. Αυτό γιατί, ως προς τα κεφάλαια τούτα (απομένον τμήμα και συστατικά) για τα οποία κανένας διάδικος δεν άσκησε εμπρόθεσμη αίτηση για καθορισμό οριστικής αποζημίωσης, η απόφαση του προσωρινού προσδιορισμού καθίσταται οριστική (άρθρο 20 παρ. 4 Κώδικα). Σημαντική παραμένει η απόφαση 478/2001 του Αρείου Πάγου (Δ' τμήματος) που αναφέρεται στο θέμα της παρέμβασης κάθε ενδιαφερόμενου στη συζήτηση της αίτησης για καθορισμό αποζημίωσης. Με τη φράση «δικαιούται να παρέμβει κάθε ενδιαφερόμενος εκουσίως» (άρθρο 19 παρ. 8

Ν.Δ. 797/1971 - αντίστοιχο άρθρο 19 παρ. 5 του κώδικα) δεν χρησιμοποιείται ο όρος «εκούσια παρέμβαση» με την αυστηρή δικονομική έννοια των άρθρων 79 επ. Κ.Πολ.Δ, αλλά υποδηλώνεται ο τρόπος με τον οποίο κάθε ενδιαφερόμενος μπορεί να καταστεί διάδικος στη διαδικασία του προσδιορισμού της αποζημίωσης, με κάποια «δήλωση» που καταχωρίζεται στα πρακτικά, χωρίς να αποκλείεται και η χρήση δικογράφου, ο χαρακτηρισμός του οποίου, σαν αίτησης, παρέμβασης ή δήλωσης, δεν μεταβάλλει τους πιο πάνω όρους και προϋποθέσεις. Συνεπώς για το παραδεκτό και νόμιμο της άσκησης της δήλωσης αυτής στις δίκες προσδιορισμού, δεν απαιτείται η συνδρομή των προϋποθέσεων κατά τον Κ.Πολ.Δ (άρθρο 79 παρ. 1), δηλαδή ο παρεμβαίνων π.χ. να αντιποιεύεται ολόκληρο ή μέρος από το αντικείμενο της δίκης που εκκρεμεί ανάμεσα σε άλλους. Με την προαναφερθείσα απόφαση 20/2005 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου έγινε δεκτό (άρθρα 13 παρ. 4, 19 παρ. 2, 20 παρ. 2 του Κώδικα αναγκαστικών απαλλοτριώσεων και 216 παρ. 1 στοιχ. γ' Κ.Πολ.Δ), ότι για τον προσδιορισμό της ιδιαίτερης αποζημίωσης του εδαφικού τμήματος που απομένει στον ιδιοκτήτη μετά την απαλλοτρίωση, απαιτείται να υποβληθεί αίτηση από κάποιον από τους κατά το άρθρο 14 παρ. 1 του ίδιου νόμου ενδιαφερόμενους, η οποία να έχει ορισμένο αίτημα, δηλαδή να προσδιορίζεται αν η αιτούμενη ιδιαίτερη αποζημίωση αφορά τη μείωση της αξίας του απομένοντος τμήματος ή ζητείται η συνολική αξία αυτού, για το λόγο ότι τούτο έγινε άχρηστο για τη χρήση που προορίζεται. Τέλος με την 31/2005 απόφαση της Ολ.Α.Π. έγινε δεκτό ότι, στην περίπτωση που το τμήμα ακινήτου που απέμεινε έχει υποστεί σημαντική υποτίμηση ή κατέστη άχρηστο για τη χρήση που προορίζεται, ο ιδιοκτήτης δικαιούται αποζημίωση που καλύπτει όχι μόνον αυτή από την απομείωση αλλά και εκείνη που επήλθε από την εκτέλεση του έργου, για το οποίο κηρύχθηκε η απαλλοτρίωση του μέρους του ακινήτου. Σταματώ εδώ γιατί δεν θέλω να σας κουράσω περισσότερο.

Κυρίες και Κύριοι,

Με όσα είχα την τιμή να αναπτύξω, μπορείτε να συμπεράνετε ότι η νομολογία του Αρείου Πάγου στο δίκαιο της απαλλοτρίωσης συνεχώς εξελίσσεται, προς τη σωστή κατεύθυνση. Οι λύσεις που δίνονται προσεγγίζουν όλο και περισσότερο την υπερεθνική νομολογία του «ΕΔΔΑ». Οι δικαστές καταβάλλουν μεγάλη προσπάθεια για καλλίτερη απονομή δικαιοσύνης στον πολίτη, με επιδίκαση «πλήρους αποζημίωσης» για την ιδιοκτησία που αναγκαστικά απαλλοτριώνεται. Στην προσπάθεια αυτή οφείλουν όλοι όσοι έχουν λόγο στην απονομή της δικαιοσύνης να βοηθήσουν με τον τρόπο τους και τη συμπεριφορά τους. Είναι καιρός για δίκαιες και γρήγορες αποφάσεις, με εξάλειψη κάθε καθυστέρησης στην καταβολή της αποζημίωσης.



ΕΝΔΙΑΜΕΣΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ (ΕΣΩΤΕΡΙΚΟΣ ΝΟΜΟΘΕΤΗΣ- ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ-ΕΣΔΑ)*



Λάμπρου Χ. Μαργαρίτη **

I. Εισαγωγικές Παρατηρήσεις

Ο συγκεκριμένος χώρος είναι ιστορικά και δογματικά άρρηκτα συνδεδεμένος με τη διαδικασία ενώπιον των δικαστικών συμβουλίων (άρθρα 305-319 Κ.Π.Δ) - γνωστή και ως ενδιάμεση διαδικασία. Η διαδικασία τούτη αποτέλεσε την τελευταία τριαντακονταετία το κυριότερο πεδίο νομοθετικών μεταρρυθμιστικών επεμβάσεων. Λες και εδώ ξεκινούσε και τελείωνε όλη η κακοδαιμονία της ελληνικής ποινικής δικαιοσύνης.

Η επικέντρωση του ενδιαφέροντος στον επίμαχο χώρο δεν αποτελεί, παρότι την αντίθετη εντύπωση δίνει, ούτε δυσεξήγητη ούτε ανώδυνη επιλογή. Ο Έλληνας νομοθέτης κατά το παραπάνω διάστημα έχει, σε διαχρονικό επίπεδο, υιοθετήσει συμπεριφορά, βασικά χαρακτηριστικά της οποίας είναι:

α) Η διαρκής απομάκρυνση από το μοντέλο της δίκαιης δίκης, με αντίστοιχη προτίμηση, δεδομένης της αντίστοιχης πίεσεως από την αλλοδαπή και ωθήσεως από την ημεδαπή, του προτύπου της αποτελεσματικής ποινικής δικαιοσύνης.

β) Η επέκταση της συμβολικής λειτουργίας του νόμου και στο δικονομικό ποινικό δίκαιο, και αυτό με την έντονη προσπάθεια να καθαγιασθεί η θέσπιση εξαιρετικών διαδικασιών για την αντιμετώπιση «μυθοποιημένων» από ομόρροπους μηχανισμούς κοινωνικών προβλημάτων, προς το σκοπό συγκαλύψεως της πρόδηλης αδυναμίας της εκάστοτε εξουσίας να δώσει ουσιαστικές σ' αυτά λύσεις.

γ) Το απρόσφορο του εγχειρήματος, αφού η συχνά επικαλούμενη ανάγκη επιταχύνσεως απλώς μεταθέτει για επόμενο διαδικαστικό στάδιο την εμφάνιση των στρεβλώσεων του δικαιοδοτικού μας πλαισίου.

δ) Η ενδοσυστηματική αντιφατικότητα και η λειτουργική ασυμβατότητα με υπερεκείμενης τυπικής ισχύος επιταγές, παράγοντες που και τις ερμηνευτικές δυσχέρειες πολλαπλασιάζουν και ως ευνοούμενη πολιτεία μας εκθέτουν.

ε) Η υποβάθμιση της ποιότητας του παραγόμενου δικαστικού έργου, μια και ο ασθμαίνων διεκπεραιωτικός χαρακτήρας με εντεινόμενο ρυθμό υποκαθιστά τον ουσια-

* Το κείμενο αποτελεί το περιεχόμενο εισηγήσεως στην ημερίδα που οργάνωσε ο Δ.Σ.Η την 27η Μαΐου 2006 στην αίθουσα “Νικ. Σαλαμπάνης” με θέμα: «Πρόσφατες εξελίξεις στον χώρο της ποινικής καταστολής και ατομικές ελευθερίες».

** Ο Λάμπρος Χ. Μαργαρίτης είναι Καθηγητής Ποινικού Δικαίου και Ποινικής Δικονομίας στο Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης.

στικό επιχειρηματολογικά, και γι’ αυτό πειστικό, δικανικό λόγο.

Τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά αφορούν τον τρόπο ουσιαστικής περατώσεως της κύριας ανακρίσεως επί κακουργημάτων και σχηματοποιήθηκαν σταδιακά με την πάροδο του χρόνου. Είναι, έτσι, ιδιαίτερα ενδιαφέρον να παρακολουθήσει κανείς συνολικά την όλη εξελικτική πορεία για να διαπιστώσει την έκταση των αλλαγών και τους λόγους που τις υπαγόρευσαν.

II. - Κανονιστικό πλαίσιο από το έτος 1951 έως το έτος 1976

α. Ο Κ.Π.Δ στην αρχική του μορφή καθιέρωνε, προσηλωμένος στην αντίληψη ότι η εισαγωγή της κατηγορίας στο ακροατήριο έπρεπε να τελεί υπό την εγγύηση της δικαστικής αρχής, δύο τρόπους παραπομπής για κακούργημα: Ο πρώτος - κλασικός τρόπος εξαντλούσε ολόκληρη την ενδιάμεση διαδικασία, αφού περιελάμβανε βούλευμα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών - βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών και αναιρετικό έλεγχο (άρθρα: 308 § 1, 478 § 1 και 482 § 1Α α Κ.Π.Δ, όπως η διατύπωσή τους είχε τότε). Ο δεύτερος τρόπος (: άρθρο 308 § 4 Κ.Π.Δ) εκφραζόταν με το σχήμα: συμφωνία ανακριτή, εισαγγελέα πλημμελειοδικών και εισαγγελέα Εφετών για παραπομπή- μη υποκείμενο σε έφεση βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών-αναιρετικός έλεγχος. Η μόνη διαφορά ανάμεσα στους δύο τρόπους ήταν ότι στη δεύτερη περίπτωση τη θέση του βουλεύματος του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών έπαιρνε η συμφωνία των τριών προσώπων (εισαγγελέα πλημμελειοδικών-ανακριτή και εισαγγελέα εφετών) Η συμφωνία αυτή θεωρήθηκε ισχυρή εγγύηση για την ύπαρξη επαρκών ενδείξεων ενοχής και έτσι αποφασίστηκε η παράκαμψη της κρίσεως του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών με σκοπό: την ταχύτερη περάτωση της προδικασίας και την αποφυγή της κωλυσιεργίας από την καταχρηστική άσκηση εφέσεως κατά του βουλεύματος του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών.

β. Ακολούθησε το ΝΔ 743/1970 «περί τιμωρίας των παραβατών των νόμων περί ναρκωτικών», το άρθρο 9 του οποίου προέβλεπε ότι η κύρια ανάκριση για τις τυποποιούμενες στο εν λόγω νομοθέτημα κακουργηματικές πράξεις περατώνεται πάντοτε κατά το διαγραφόμενο στο άρθρο 308 § § 4 και 5 Κ.Π.Δ τρόπο, δηλαδή με βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών, υποκείμενο όμως, σε αναιρετικό έλεγχο. Επρόκειτο για την πρώτη ρύθμιση που παρέκαμπε, χωρίς να θέτει υποκατάστατο, τον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας στο χώρο των δικαστικών συμβουλίων και τούτο με σκοπό την ταχεία καταστολή συγκεκριμένης κατηγορίας αξιόποινων σε βαθμό κακουργήματος πράξεων. Το ως άνω άρθρο 9 του Ν.Δ. 743/1970 τροποποιήθηκε, οπότε και έληξε ο χρόνος εφαρμογής του, με το άρθρο 2 του Ν. 495/1976 «περί όπλων, εκρηκτικών υλών και εκρηκτικών μηχανημάτων». Με την τροποποίηση αυτή καταργήθηκε ολοκληρωτικά η ενδιάμεση διαδικασία των δικαστικών συμβουλίων στα σχετικά με τα ναρκωτικά κακουργήματα.

III. Πολυδιάσπαση του κανονιστικού πλαισίου από το έτος 1976 έως σήμερα

α. Από το έτος 1976 έως και σήμερα παρατηρείται μια διαρκώς πολλαπλασιαζόμενη νόθευση του τρόπου ουσιαστικής περατώσεως της κύριας ανακρίσεως για κακουργή-

ματα. Στους δύο παραπάνω, προστίθενται και άλλοι δύο: η από τον Εισαγγελέα Εφετών, εφόσον υπάρχει σύμφωνη γνώμη του Προέδρου Εφετών, απευθείας στο ακροατήριο κλήση, κατά της οποίας καμιά προσφυγή δεν επιτρέπεται, και η παραπομπή με αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών. Ειδικότερα:

β. Με το άρθρο 16 § 2 του Ν. 480/1976 «περί προλήψεως και καταστολής πράξεων τινών στρεφόμενων κατά της ασφαλείας της αεροπλοΐας» για πρώτη φορά η από τον εισαγγελέα Εφετών, με τη σύμφωνη γνώμη του Προέδρου Εφετών, απευθείας κλήση στο ακροατήριο καθιερώνεται ως τρόπος ουσιαστικής περατώσεως της κύριας ανακρίσεως προκειμένου περί των κακουργημάτων της πειρατείας καθώς και των κακουργημάτων κατά της ασφάλειας της σιδηροδρομικής ή υδάτινης συγκοινωνίας ή αεροπλοΐας που προβλέπονται από τον Ποινικό Κώδικα ή από ειδικούς ποινικούς νόμους. Αποδοχή του συγκεκριμένου τρόπου παραπομπής γίνεται την ίδια χρονιά με το άρθρο 13 § 4 του (προαναφερθέντος) Ν. 495/1976 για κακουργήματα των ναρκωτικών και των όπλων.

Τούτος ο τρόπος παραπομπής εμπεδώνεται σε βασικό δικονομικό τρόπο παραπομπής με το άρθρο 20 § 1 του Ν. 663/1977 για τα κακουργήματα του εμπρησμού δασών (άρθρα 264 και 265 Π.Κ.). Στον εισαγόμενο με το άρθρο 20 § 1 του Ν. 663/1997 τρόπο παραπομπής υπήχθησαν στη συνέχεια με διαδοχικές (διατηρούμενες σε ισχύ μέχρι σήμερα) νομοθετικές προβλέψεις και τα κακουργήματα της κλοπής και ληστείας των άρθρων 374 και 380 Π.Κ. (άρθρο 21 περ. δ' Ν. 663/1977) των άρθρων 158 του Ν. 1815/1988 (άρθρα 21 περ. α' Ν. 663/1977 και 158Α § 1 Ν. 1815/1988) - του άρθρου 15 § 1 του Ν. 2168/1993 (άρθρο 15 § 4 Ν. 2168/1993) - του άρθρου 114 § 1 του Ν. 1892/1990, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 29 § 2 του Ν. 2081/1992 (άρθρο 21 περ. α' του Ν. 663/1997, όπως προστέθηκε με το άρθρο 16 Ν. 2298/1995) - των άρθρων 17 § § 2 περ. β' και 4, 18 § 1 περ. β' και 19 § 1 εδ. β' περ. β' Ν. 2523/1997 (άρθρο 21 § 9 Ν. 2523/1997) και των άρθρων 29 § 2 και 30 § 2 Ν. 3340/2005 (άρθρο 31 ω 9 Ν. 3340/2005). Εξάλλου, την ίδια εξαιρετική διαδικασία παραπομπής υιοθετούν, αυτοτελώς και χωρίς παραπομπή στο άρθρο 20 του Ν. 663/1997, οι ρυθμίσεις του άρθρου 27 § 2 (σε συνδυασμό με την § 1) του Ν. 1419/1984 για την κακουργηματική υπεξαίρεση φορτίου πλοίου ή πλωτού ναυπηγήματος - του άρθρου 21 § 3 του Ν. 1729/1987 για τις κακουργηματικές εκδοχές του νόμου περί ναρκωτικών, του άρθρου 71 § 2 του Ν. 3028/2002 για τις στρεφόμενες εναντίον των αρχαιοτήτων κακουργηματικές συμπεριφορές και του άρθρου 6 § 2 περ. γ' i και ii του Ν. 3074/2002 για τις κακουργηματικού χαρακτήρα υποθέσεις διαφθοράς. Σ' όλες τις παραπάνω περιπτώσεις η επίμαχη δικονομική επιλογή επιχειρήθηκε να θεμελιωθεί ουσιαστικά στην ανάγκη ικανοποίησης της ταχείας καταστολής.

γ. Η παραπομπή με αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών αποτελεί τον άλλο ειδικό τρόπο διασπάσεως του κλασικού μοντέλου ολοκλήρωσεως της ενδιάμεσης διαδικασίας της ποινικής δίκης. Αναλυτικότερα:

Το (προστεθέν με το άρθρο 5 § 7 του Ν. 1738/1987) τελευταίο εδάφιο του άρθρου 308

§ 1 Κ.Π.Δ, το οποίο ισχύει μέχρι σήμερα, εισήγαγε ως τρόπο ουσιαστικής περατώσεως της κύριας ανακρίσεως στα προβλεπόμενα από το άρθρο 1 του Ν. 1608/1950 εγκλήματα το αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών. Εδώ η παράκαμψη του πρώτου βαθμού δικαιοδοσίας και η κατάργηση του αναιρετικού ελέγχου φαίνεται να στηρίζεται στην απορρέουσα από την ιδιαιτερότητα του προσβαλλόμενου εννόμου αγαθού ανάγκη, για ταχεία εισαγωγή της υποθέσεως στο ακροατήριο. Διευκρινίζεται, πάντως, ότι με το συγκεκριμένο νόμο δεν επήλθε μεταβολή στην καθ' ύλη αρμοδιότητα, της τελευταίας παραμένουσας στο Τριμελές Εφετείο Κακουρηγμάτων.

Εξάλλου, το άρθρο 7 του Ν. 2928/2001 εισήγαγε, κάτι που ισχύει ως τώρα, τον ίδιο κατά βάση τρόπο ουσιαστικής περατώσεως της κύριας ανακρίσεως (αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών) για τα κακουρηγήματα των άρθρων 187 και 187Α του Ποινικού Κώδικα. Στην αντίστοιχη Εισηγητική Έκθεση του Σχεδίου Νόμου συναντά κανείς την ακόλουθη, δήθεν δικαιολογητική της επιλογής, σκέψη: «Με τη διάταξη του άρθρου 7 ρυθμίζεται ο τρόπος περάτωσης της κύριας ανάκρισης για τα κακουρηγήματα του άρθρου 187 Π.Κ. και των συναφών με αυτά πράξεων. Έτσι αρμόδιο για την περάτωση και την παραπομπή ή τη μη παραπομπή του κατηγορουμένου στο ακροατήριο είναι το Συμβούλιο Εφετών που αποφαινεται αμετάκλητα. Πρόκειται για τη ρύθμιση που ισχύει σήμερα για τα κακουρηγήματα του Ν. 1608/1950, σύμφωνα με την παρ. 7 του άρθρου 5 του Ν. 1738/1987. Με τον τρόπο αυτόν και επιταχύνεται η διαδικασία με την αποφυγή της έκδοσης τριών βουλευμάτων, αλλά και ανατίθεται η κρίση και η ευθύνη για την παραπομπή ή μη του κατηγορουμένου στο ακροατήριο σε έναν έμπειρο δικαστικό σχηματισμό, όπως είναι το Συμβούλιο Εφετών».

Τούτη η επιχειρηματολογία ασφαλώς και δεν πείθει. Ο αποκλεισμός του ενδίκου μέσου της αναιρέσεως ειδικά στις ποινικές διαδικασίες των άρθρων 187 και 187Α Π.Κ. εμφανίζεται, σε ουσιαστικό επίπεδο, δυσχερώς δικαιολογήσιμος, αφού δεν είναι ευδιάκριτο για ποιο λόγο στις συγκεκριμένες υποθέσεις, ιδιαίτερα σημαντικές θεωρούμενες από τον ίδιο το νομοθέτη, κρίνεται περιττός ο έλεγχος των δικαιοδοτικών κρίσεων από το ανώτατο ακυρωτικό μας δικαστήριο. Εξάλλου, αξίζει να καταγραφεί η ανεκπλήρωτη νομοθετική υπόσχεση. Κατά τη συζήτηση στη Βουλή του Σχεδίου Νόμου, ο Υπουργός Δικαιοσύνης δήλωσε-αφού επεσήμανε ότι σε κανένα κράτος δεν υπάρχουν έξι ή επτά ή οκτώ φορές έλεγχοι της περαιωμένης δικογραφίας-ότι τόσο πολύ θετικό είναι το συγκεκριμένο μέτρο, ώστε πρόκειται να γενικευθεί και στις υπόλοιπες περιπτώσεις πέραν του οργωμένου εγκλήματος. Ωστόσο τέτοια γενίκευση δεν αποτολμήθηκε τελικά ούτε στα πλαίσια του μεταγενέστερου Ν. 3160/2003 και το ζήτημα ανακύπτει ακριβώς επειδή το μέτρο δεν αποτυπώνει μια γενική νομοθετική απόφαση ως προς την ακολουθητέα προδικαστική πορεία της ποινικής δίκης, αλλά αποτελεί εξαιρετική νομοθετική ρύθμιση που αφορά μόνο εγκλήματα συγκεκριμένης κατηγορίας. Δεν χωρεί αμφιβολία πως η εισαχθείσα ρωγή είναι κανονιστικά έωλη και δικαιοπολιτικά μη αποδεκτή. Ο νομοθέτης παραμένει έκθετος στην αιτίαση ότι επιλέγει για την και πολιτικά ευαίσθητη συγκεκριμένη κατηγορία εγκλημάτων συνοπτικού χαρακτήρα δικονομικές διαδικασίες, θυ-

σιάζοντας τις εγγυήσεις της δίκαιης δίκης που δεν απεμπολεί σε όλα τα υπόλοιπα κακουργήματα.

δ. Ολοκληρώνοντας την παρουσίαση των νομοθετικών μεταβολών στο ερευνώμενο πεδίο, επισημαίνουμε την τελευταία: Η προβλέπουσα ουσιαστική περάτωση της για κακούργημα κύριας ανακρίσεως με βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών- ύστερα από συμφωνία εισαγγελέα πλημμελειοδικών, ανακριτή και εισαγγελέα εφετών- διάταξη του άρθρου 308 § 4 Κ.Π.Δ καταργήθηκε με το άρθρο 20 § 3 του Ν. 3160/2003. Η κατάργηση συντελέστηκε στη βάση της εκτιμήσεως ότι πρόκειται για «δυσεφάρμοστο θεσμό». Ακριβές είναι ότι ο βαθμός ανταποκρίσεως του θεσμού στον τομέα της πρακτικής αποδοχής κινήθηκε σε περιορισμένα ως μηδενικά επίπεδα. Η σχεδόν γενικευμένη απροθυμία υλοποιήσεώς του πρέπει, προεχόντως να αποδοθεί στο ότι η εφαρμογή του σήμαινε αναπόδραστα μετατόπιση του αντίστοιχου «εργασιακού βάρους» από τον πρώτο (εισαγγελέα και συμβούλιο Πλημμελειοδικών) στο δεύτερο (εισαγγελέα και συμβούλιο Εφετών) βαθμό. Η αποτροπή αυτής της μετατοπίσεως επιτεύχθηκε, βέβαια, επιχειρηματολογικά με την ερμηνευτική εισαγωγή ενός πρόσθετου (πέραν των επαρκών ενδείξεων) στοιχείου μη απαιτούμενου από το νόμο: την αναγκαιότητα ή όχι διελεύσεως της υποθέσεως από το πρωτοβάθμιο συμβούλιο. Η τελευταία αξίωση προδήλως και δεν διέθετε έρεισμα.

I.V. Το σημερινό κανονιστικό πλαίσιο

Με τις αναλυτικά εκτεθείσες ανωτέρω νομοθετικές παρεμβάσεις έχουν διαμορφωθεί σήμερα οι ακόλουθοι τρόποι ουσιαστικής περατώσεως της επί κακουργήματι κύριας ανακρίσεως:

- Απευθείας κλήση στο ακροατήριο, κατά της οποίας δεν επιτρέπεται καμία προσφυγή, κατόπιν συμφωνίας Εισαγγελέα και Προέδρου Εφετών (πρόκειται για τις περιπτώσεις των κακουργημάτων που ορίζουν οι αναφερόμενοι ειδικοί νόμοι).

- Αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών (πρόκειται για τις περιπτώσεις των άρθρων 308 § 1 εδ. τελευταίο Κ.Π.Δ, που αφορά τα εγκλήματα του άρθρου 1 του Ν. 1608/1950, και 7 του Ν. 2928/2001, που περιλαμβάνει τα κακουργήματα των άρθρων 187 και 187Α του Ποινικού Κώδικα).

- Ανέκκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών (πρόκειται για τις περιπτώσεις που αυτό αποφαινεται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό - όπως εκείνες του άρθρου 29 Κ.Π.Δ της παρεμβολής του συγκεκριμένου συμβουλίου για την αντιμετώπιση κάποιων εκδοχών συνδεόμενων με τους ειδικούς νόμους που καταγράφηκαν του άρθρου 5 § 1 του Ν. 3231/2003 περί του «πόθεν έσχες»).

- Βούλευμα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών και, ύστερα από άσκηση εφέσεως ή αναίρεσής, βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών ή του Αρείου Πάγου (άρθρα 308 § 1, 478 εδ. α' και 482 § 1 Κ.Π.Δ). Στους δύο τελευταίους τρόπους παραπομπής υπάγονται τα κακουργήματα που δεν καλύπτονται από τους δύο πρώτους τρόπους παραπομπής.

V. Νομολογιακή στάση - Θεωρητική υποδοχή

α. Η ολοκληρωτική παράκαμψη, στις περιπτώσεις της απευθείας κλήσεως στο ακροατήριο, και η συρρίκνωση, στις περιπτώσεις αμετάκλητου ή ανέκκλητου βουλεύματος του Συμβουλίου Εφετών, της ενδιάμεσης διαδικασίας θέτει από μόνη της το ακόλουθο οξύ δογματικό πρόβλημα: Οι διατάξεις του Κ.Π.Δ και των Ειδικών Ποινικών Νόμων που εισάγουν τις συγκεκριμένες εξαιρετικές ή ειδικές διαδικασίες παραπομπής είναι ή όχι συμβατές με τις αντίστοιχες υπερκείμενης τυπικής ισχύος επιταγές του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ και των Πρόσθετων Πρωτοκόλλων της;

β. Το ανώτατο ακυρωτικό μας δικαστήριο έχει αντιμετωπίζοντας το σχετικό πρόβλημα σ' όλες τις εκφάνσεις, απαντήσει αρνητικά στο τελευταίο ερώτημα. Ειδικότερα, ο Άρειος Πάγος διατύπωσε την άποψη ότι:

-αα) Η απευθείας κλήση για κακούργημα στο ακροατήριο δεν προσκρούει στο άρθρο 20 § 1 Συντ., αφού αυτό δεν απαγορεύει στο νομοθέτη να θεσπίσει για ορισμένη κατηγορία υποθέσεων ειδικές διατάξεις στη διαδικασία εκδικάσεώς τους και ειδικότερα διατάξεις που περιορίζουν τη διαδικασία στο στάδιο της ανακρίσεως, αποκλείοντας και τη διαδικασία ενώπιον των δικαστικών συμβουλίων.

-ββ) Η ουσιαστική περάτωση της κύριας για κακούργημα ανακρίσεως με (ανέκκλητο) βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών, το οποίο αποφαίνεται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό, δεν είναι αντίθετη με οποιαδήποτε παρεχόμενο από το Σύνταγμα και την ΕΣΔΑ ατομικό δικαίωμα.

-γγ) Η ουσιαστική περάτωση της κύριας για κακούργημα ανακρίσεως με αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών δεν αντίκειται: ούτε στο άρθρο 6 § 1 της ΕΣΔΑ, αφού εξασφαλίζεται, σύμφωνα με τις διατάξεις του εθνικού δικαίου, η πρόσβαση του κατηγορουμένου ενώπιον του Συμβουλίου Εφετών και σε κάθε περίπτωση (κατά πάγια νομολογία τόσο του ΕΔΔΑ όσο και του Α.Π.) τούτο το άρθρο δεν καθιερώνει και υποχρέωση θεσπίσεως ενδίκων μέσων υπέρ του κατηγορουμένου - ούτε στα άρθρα 2 του (κυρώσαντος το Έβδομο Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ) Ν. 1705/1987 και 14 § 5 του (κυρώσαντος το Διεθνές Σύμφωνο του ΟΗΕ για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα) Ν. 2462/1997, αφού τούτα αναφέρονται μόνο σε καταδικαστικές σε βάρος του κατηγορουμένου αποφάσεις που αποφαινόνται επί της ενοχής του και όχι σε βουλεύματα - ούτε στην αρχή της ισότητας των όπλων για το λόγο ότι, δικαίωμα αναιρέσεως κατά του ίδιου βουλεύματος έχει, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, ο εκπροσωπών το δημόσιο συμφέρον εισαγγελέας του Ακυρωτικού - ούτε στο άρθρο 20 § 1 του Συντάγματος, μια και ο κατηγορούμενος έχει ήδη αναπτύξει στην προδικασία τους υπερασπιστικούς του ισχυρισμούς και θα μπορέσει να το πράξει εκ νέου τόσο κατά τη συζήτηση της υποθέσεως στο ακροατήριο, όσο και στα πλαίσια ασκήσεως ενδίκων μέσων κατά της καταδικαστικής αποφάσεως.

γ. Στο χώρο της επιστήμης και σε καθαρά δογματικό επίπεδο υποστήριξη βρήκε τόσο η εκδοχή της συνταγματικότητας, όσο και η αντίθετη. Ειδικότερα, ο πυρήνας της υπέρ της αντισυνταγματικότητας επιχειρηματολογούσας εκδοχής εντοπίζεται στο άρθρο 20 § 1 του Συντάγματος. Για την απευθείας κλήση στο ακροατήριο επισημαίνεται: Πρώτον, «ότι είναι φανερό πως μ' αυτόν τον τρόπο παρεμποδίζεται το δικαίωμα υπερασπίσεως ακροάσεως αναφορικά με την παραπομπή του κατηγορούμενου στο ακροατήριο, αφού δεν του παρέχεται η δυνατότητα να διατυπώσει προηγουμένως τις απόψεις του για την αμέσως προσβάλλουσα τα συμφέροντά του δικονομική αυτή πράξη τούτο καθίσταται ε-ναργές αν συγκριθεί με το κατ' άρθρο 308 § 2 Κ.Π.Δ δικαίωμα των διαδίκων για γνώση του περιεχομένου της εισαγγελικής προτάσεως πριν την υποβολή της στο αρμόδιο δικαστικό συμβούλιο- οπότε ο κατηγορούμενος και η δυνατότητα να αντικρούσει στην ενδεχόμενη πρόταση παραπομπής εκθέτοντας τις αντίθετες απόψεις του. Δεύτερον, ότι η απαγόρευση της προσφυγής κατά της απευθείας κλήσεως στερεί τον κατηγορούμενο από τη δυνατότητα ασκήσεως του δικαιώματος ακροάσεως (δηλαδή, διατυπώσεως των αντιρρήσεων του για τη συντελεσθείσα παραπομπή), έστω και μεταγενέστερα, αφού τον υποχρεώνει να υποστεί τη δοκιμασία της διαδικασίας στο ακροατήριο με παράλληλο ενδεχόμενο κίνδυνο την προσωρινή του κράτηση. Τρίτον, ότι η επικαλούμενη ευχέρεια του νομοθέτη για μη αναγνώριση κανενός ενδίκου μέσου στο χώρο της προδικασίας το μεν δεν είναι απόλυτη, το δε αφορά την καθιέρωση δύο ή περισσότερων βαθμών «δικαιοδοσίας» και όχι την εξέλιξη της πρωτοβάθμιας διαδικασίας. Τέταρτον, ότι η απαιτούμενη για την απευθείας κλήση σύμφωνη γνώμη του Προέδρου Εφετών δεν αναιρεί την αντισυνταγματικότητα της παραπομπής στο ακροατήριο, επειδή ακριβώς δεν παρέχεται στον κατηγορούμενο δυνατότητα ακροάσεως πριν την εκφορά της σύμφωνης γνώμης. Εξάλλου, κατά την ίδια ερμηνευτική εκδοχή, οι εισάγουσες παραπομπή με αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών διατάξεις (άρθρα 308 § 1 εδ. τελευταίο Κ.Π.Δ και 7 Ν. 2928/2001) είναι αντίθετες με το άρθρο 20 § 1 του Συντάγματος αναφορικά: πρώτον, με τον πολιτικώς ενάγοντα, διότι στερείται τη δυνατότητα ακροάσεως όταν εκδίδεται βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών που αποφαίνεται ότι δεν πρέπει να γίνει κατηγορία ή παύει οριστικά την ποινική δίωξη ή την κηρύσσει απαράδεκτη και δεύτερον, με τον κατηγορούμενο και τον αστικώς υπεύθυνο, όταν εκδίδεται παραπεμπτικό βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών παρόλον ότι έχει υποβληθεί απαλλακτική εισαγγελική πρόταση.

δ. Το ερευνώμενο πρόβλημα έχει, από τη χρησιμοποιηθείσα ήδη κατά την παραπάνω σκοπιά, περισσότερο, απ' όσο επιχειρείται να παρουσιαστεί, διανγή έκφραση. Οι καθιερώνουσες τις εκτεθείσες εξαιρετικές (απευθείας κλήση) και ειδικές (παραπομπή με αμετάκλητο βούλευμα) διαδικασίες ουσιαστικής περσιώσεως της κυρίας ανακρίσεως διατάξεις είναι υπερβολικό να δεχθούμε ότι αντίκεινται στα άρθρα 20 § 1 του Συντάγματος και 6 § 1 της ΕΣΔΑ, αφού κατά γενική παραδοχή, αυτά ούτε συγκεκριμένο τρόπο παραπομπής εγγυώνται ούτε ένδικα μέσα στο χώρο της προδικασίας κατοχυρώνουν

επιπλέον, και τούτο δε πρέπει να παραβλέπεται, στις υπό κρίση περιπτώσεις η μεν «ακρόαση» του κατηγορουμένου οφείλει να θεωρηθεί εξασφαλισμένη με την απολογία του στον ανακριτή και στις δυνατότητες που του παρέχει η (ενδεχομένως) ακολουθούσα διαδικασία του ακροατηρίου, η δε τυχόν διαφοροποίηση ευχερειών κατηγορουμένου και εισαγγελέα βρίσκει τη δικαιολόγηση της στην ετερότητα των ιδιοτήτων τους.

Κατά την εκτίμησή μας σε τούτο το πεδίο έδαφος συζητήσεως υφίσταται μόνον κατά ένα σημείο αναφοράς: εκείνο της ισότητας έναντι του νόμου. Η ολοκληρωτική παράκαμψη, επί απευθείας κλήσεως, και η συρρίκνωση, επί αμετάκλητου βουλεύματος, της ενδιάμεσης διαδικασίας μόνο στις περιπτώσεις ορισμένης κατηγορίας κακουργημάτων και όχι στην κατεύθυνση μιας γενικευμένης στάσεως δυσχερώς δικαιολογείται ως επιλογή αν συγκριθεί με τις διαφορετικές επιλογές που αφορούν όμοιας ή ήσσονος βαρύτητας, ομοειδής ή μη, πράξεις. Μετριοπαθέστερη εξάλλου, όψη του σχετικού κανονιστικού πλαισίου, μπορεί να εξασφαλιστεί εάν σε ερμηνευτικό επίπεδο γίνει δεκτό ότι ο κατηγορούμενος: Πρώτον, μπορεί, ύστερα από αίτημά του και σχετική ειδοποίηση, να λάβει γνώση, κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 308 § 2 Κ.Π.Δ, του εγγράφου-προτάσεως του εισαγγελέα προς τον Πρόεδρο Εφετών. Δεύτερον, έχει δικαίωμα, αφού ενημερωθεί κατ' άρθρο 308 § 4 Κ.Π.Δ για τα στοιχεία της ολοκληρωμένης δικογραφίας να υποβάλλει συμπληρωματικό υπόμνημα στον Εισαγγελέα ή και στον Πρόεδρο Εφετών. Τρίτον, παραδεκτά, κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 324 Κ.Π.Δ, προβάλλει, ενόψει της απαγορεύσεως της προσφυγής, τις αντιρρήσεις του στο δικάζον δικαστήριο.

ε. Από τις επισημάνσεις που προηγήθηκαν, μπορεί εύκολα να συναχθεί το συμπέρασμα ότι σε ακραιφνώς δογματικό επίπεδο οι όποιες παρεμβάσεις μόνο διορθωτικό χαρακτήρα του τρόπου εφαρμογής του όλου νομικού πλέγματος μπορούν να έχουν. Από την άλλη μεριά είναι περισσότερο από προφανές ότι τέτοιου είδους διαδικασίες προκαλούν αποσάθρωση της προδικασίας, που ισοδυναμεί με ουσιαστική εξασθένηση της θέσεως των κατηγορουμένων για μερικά από τα βαρύτερα σε συνέπειες κακουργήματα, οι οποίοι έτσι οδηγούνται οιονεί ακατάσχετα στο ακροατήριο. Τούτο, όμως αποτελεί προεχόντως άλλης τάξεως και όχι μόνο νομικό, πρόβλημα. Το τελευταίο μπορεί και πρέπει να οριοθετηθεί κατά το δυνατόν ακριβέστερα, με στόχο πάντοτε την προσέγγιση των αληθινών του διαστάσεων.

VI. Διαστάσεις και φύση του προβλήματος

α. Θα ήταν ασφαλώς εσφαλμένη αξιολογική αποτίμηση του ζητήματος, αν έμενε κανείς σε μια πρώτη ανάγνωση των συγκεκριμένων εξαιρετικών ή ειδικών δικονομικών προβλέψεων. Βαθύτερη ενατένιση των τελευταίων αποκαλύπτει και τα ουσιαστικότερα χαρακτηριστικά των εισαγομένων ρωγμών. Ως τέτοια μπορεί βασικά να θεωρηθούν:

- Το ετερόκλητο της ρυθμιζόμενης ποινικής ύλης, πράγμα που σημαίνει ότι το κοινό σημείο αναφοράς απομακρύνεται από (ή ακριβέστερα, δεν συνδέεται πάντοτε με) την

ποιότητα του αδίκου των προσβολών.

- Ο πολλαπλασιασμός του εύρους των εξαιρέσεων διαμέσου του θεσμού της συνάφειας και η παραμόρφωση του περιεχομένου της τελευταίας με την ανάθεση εκδικάσεως και βαρύτερων ακόμη κακουργημάτων στα δικαστήρια που δικάζουν ελαφρότερα κακουργήματα.

- Η απουσία οποιασδήποτε ελεγκτικής διαδικασίας, αφού προσφυγή κατά της απευθείας κλήσεως δεν αναγνωρίζεται και αναίρεση κατά βουλεύματος δεν επιτρέπεται.

- Η έλλειψη συστηματικής αρμονίας, αφού οι τρόποι παραπομπής διευρύνονται, η ενδιαφέρουσα ύλη στερείται εσωτερικής ομοιογένειας και οι σχετικές ρυθμίσεις περιλαμβάνονται σε ειδικούς ποινικούς νόμους και όχι στον Κ.Π.Δ - με αποτέλεσμα τη δημιουργία μιας εκτεταμένης «παραδικονομίας» πλάι στη «δικονομία» του Κ.Π.Δ.

- Η απουσία δογματικής ισορροπίας, αφού η απόκλιση από το κλασικό πρότυπο της ενδιαμέσης διαδικασίας υπερβαίνει την αντίστοιχη επί πλημμελημάτων.

- Ο διαχρονικός χαρακτήρας των συντελούμενων μεταβολών, γεγονός που υποδηλώνει ότι πρόκειται για αρεστές σ' όλες τις μορφές εξουσίας δικονομικές πορείες.

- Η στρέβλωση του σημείου αναφοράς της ποινικής διώξεως, μια και αρκεί η (βάσιμη ή αβάσιμη) ένταξη στο περιεχόμενό της ενός εγκλήματος για να φτάσουν ανέλεγκτα στο ακροατήριο πολύ περισσότερα.

- Το μη εύκολα διαπιστώσιμο του συνόλου των συνεπειών μιας παρεμβάσεως, γεγονός που εγκυμονεί κίνδυνο εσφαλμένης στοχοθεσίας.

β. Η συγκριτική αντιπαράθεση των παραπάνω χαρακτηριστικών δίνει το προβάδισμα σε τρία από αυτά: την πλήρη κατίσχυση της ταχύτητας - την εμφανή απομείωση των δικαιωμάτων του κατηγορουμένου -την προϊούσα απώθηση του λαϊκού στοιχείου από τη διαδικασία απονομής της ποινικής δικαιοσύνης.

Για τη δογματική αντοχή τέτοιων δικονομικών επιλογών έγινε ήδη λόγος παραπάνω. Πρόκειται για μια όψη του προβλήματος που δεν πρέπει βέβαια να υποτιμάται αλλά ούτε και να υπερτιμάται. Σε κάθε περίπτωση πρέπει να αποτιμάται σωστά, αφού η αξιολόγηση χωρίς γνώση, ισοδυναμεί με συνθηματολογική, και για αυτό μη επιστημονική τοποθέτηση. Με ή χωρίς την τελευταία επιφύλαξη, φανερό είναι πως η επικέντρωση του ενδιαφέροντος αποκλειστικά ή προεχόντως προς αυτή την κατεύθυνση αλλοιώνει την πραγματική φύση του προβλήματος.

Το ποινικό δικονομικό δίκαιο συγκροτούν, και αυτό είναι γνωστό, κανόνες δικαίου που ρυθμίζουν τη διαδικασία πραγματώσεως με δικανική μορφή του ουσιαστικού ποινικού δικαίου. Αυτή η πραγμάτωση του ουσιαστικού ποινικού δικαίου στην ποινική δίκη και μέσω αυτής συνιστά δομικό χαρακτηριστικό της ποινικής δικονομίας, η οποία είναι έτσι περισσότερο «ποινική» παρά «δικονομία». Στο βαθμό αυτό, η πριν τριάντα χρόνια εκφρασθείσα βαθυστόχαστη σκέψη του Δασκάλου μου καθηγητή Γιάννη Μανωλεδάκη για διπλή λειτουργία του ποινικού δικαίου «ως μέτρου προστασίας των εννόμων αγαθών και μέτρου ελευθερίας των πολιτών», έχει αναπόδραστα το αναγκαίο σύ-

στοιχό της στο ποινικό δικονομικό δίκαιο, του οποίου οι ουσιώδεις όψεις του είναι έτσι δύο: η μια αποτυπώνει την ανάγκη απαντήσεως στο έγκλημα, χάριν και της εμπεδώσεως της ειρηνικής έννομης τάξεως, η άλλη εκπέμπει την αξίωση για διασφάλιση της προστασίας του κατηγορουμένου από ενδεχόμενη καταχρηστική άσκηση της ποινικής καταστολής. Η πρώτη όψη αποζητά ταχεία και αποτελεσματική ποινική δικαιοσύνη, ενώ η δεύτερη όψη είναι σταθερά προσηλωμένη στην εξασφάλιση για τον κατηγορούμενο της δυνατότητας υπερασπίσεώς του. Πρόκειται για δύο εξ ορισμού αντίρροπες λειτουργίες, που σηματοδοτούν η μεν πρώτη το μοντέλο της «αστυνομικής» και η δεύτερη εκείνο της «δίκαιης δίκης».

Ζητούμενο είναι, κατά συνέπεια, η ανεύρεση της χρυσής τομής ανάμεσα στον αποτελεσματικό και το δικαιοκρατικό χαρακτήρα της ποινικής δίκης-μια προσπάθεια που αναδεικνύει και την πραγματική φύση του συγκεκριμένου πεδίου ως χώρου όχι μόνο δογματικής δοκιμασίας, αλλά και, προεχόντως, ιδεολογικής αντιπαράθεσεως. Όσο κάποιες εγγυητικές σταθερές αποτελούν αδιαπραγμάτευτα μεγέθη και ανυποχώρητα αιτήματα, τόσο ο χαρακτήρας της δίκης ως «δίκαιης» θα κυριαρχεί. Η αναζήτηση της χρυσής τομής προσλαμβάνει αξιακά χαρακτηριστικά, ιδιαίτερα στην εποχή μας όπου το βασανιστικό ερώτημα συμπυκνώνεται στο αν είναι ανεκτή η θυσία της δημοκρατίας και της ελευθερίας στο βωμό της ασφάλειας και της αποτελεσματικότητας. Η απάντηση στο τελευταίο-κοινό για ποινικό ουσιαστικό και δικονομικό δίκαιο — ερώτημα έχει ήδη δοθεί και πάλι από το Δάσκαλό μου καθηγητή Γιάννη Μανωλεδάκη, ο οποίος τονίζει χαρακτηριστικά: «Αν η επιδίωξη της απόλυτης ασφάλειας οδηγήσει σε ποιοτική μείωση των προσωπικών ελευθεριών, η διάβρωση του κράτους δικαίου θα «φάει και τις σάρκες» του νομικού μας πολιτισμού. Αν η αρχή της σκοπιμότητας επικρατήσει σε βάρος της αρχής της νομιμότητας στον τομέα της ποινικής καταστολής, η ανατροπή αυτή θα επεκταθεί σε όλους τους κλάδους του δικαίου. Η νομική επιστήμη θα υποβαθμιστεί και κανείς δεν θα αισθάνεται ασφαλής με τη χρησιμοποίησή της ως εργαλείου στην απονομή της δικαιοσύνης για την κάλυψη της σκοπιμότητας. Τελικά, αν απομακρυνθούμε από την εποχή του ανθρωπισμού, είναι βέβαιο ότι θα επανέλθουμε στις εποχές της βαρβαρότητας».

Μόλις χρειάζεται να τονιστεί ως συμπέρασμα τούτο: η ευρείας εκτάσεως εισαγωγή και εφαρμογή εξαιρετικών ή ειδικών διαδικασιών παραπομπής, όπως οι ερευνώμενες, παραβιάζουν «κεκτημένα» του νομικού μας πολιτισμού, διαβρώνοντας δομικές σταθερές του κράτους δικαίου. Η τοποθέτησή μας απέναντι σ' αυτό το φαινόμενο είναι κάτι περισσότερο από νομικό πρόβλημα. Είναι, ας το πούμε καθαρά, προεχόντως πολιτικό πρόβλημα...



Η ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΗ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗ ΑΠΟ ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΚΑΤΑΘΕΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΙΑΣ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΑΝΘΡΩΠΟΥ (ΕΣΔΑ).*



Γιώργου Ν. Στειακάκη**

ΕΙΣΑΓΩΓΗ.

Στη δικαστηριακή πρακτική τίθεται συχνότατα το ζήτημα, ή, να το θέσουμε ευθέως, το πρόβλημα, της αποδεικτικής αξιοποίησης των καταθέσεων απόντων στο ακροατήριο μαρτύρων, οι οποίες έχουν ληφθεί κατά προδικασία. Η αντιμετώπιση από το δικαστήριο των καταθέσεων αυτών, όταν οι μάρτυρες απουσιάζουν από το ακροατήριο την κρίσιμη και κορυφαία στιγμή της ποινικής διαδικασίας, καθορίζει σε μεγάλο βαθμό το σχηματισμό της δικανικής πεποίθησης περί της ενοχής ή όχι του κατηγορουμένου, ιδίως, όταν αυτές αποτελούν τα μοναδικά ή τα ιδιαιτέρως αποφασιστικής σημασίας αποδεικτικά μέσα εις βάρος του.

ΑΝΑΓΝΩΣΗ ΚΑΤΑΘΕΣΕΩΝ ΠΑΡΟΝΤΩΝ ΜΑΡΤΥΡΩΝ.

Ζήτημα ανάγνωσης κατάθεσης μάρτυρα που έχει δοθεί κατά την προδικασία τίθεται μόνο εάν αυτός απουσιάζει από το ακροατήριο. Εάν είναι παρών, το άρθρ. 357 παρ. 4 Κ.Π.Δ απαγορεύει την ανάγνωση της προδικαστικής του κατάθεσης και επιτρέπει μόνο, κατ' εξαίρεση, την ανάγνωση περικοπών της, για να επισημανθούν αντιφάσεις ή να υποβοηθηθεί η μνήμη του μάρτυρα. Και αυτή η διάταξη βέβαια, όπως και του άρθρ. 365 Κ.Π.Δ που θα σχολιάσουμε παρακάτω, έχει γνωρίσει αρκετές παραβιάσεις στη νομολογιακή πρακτική. Συχνά διαβάζονται στο ακροατήριο ολόκληρες οι καταθέσεις των μαρτύρων και όχι μόνο περικοπές τους. Κατά τη νομολογία μάλιστα του Αρείου Πάγου, οι προφορικοποιούμενες κατ' αυτό τον τρόπο περικοπές των προδικαστικών καταθέσεων, μπορούν να ληφθούν υπόψη από το δικαστήριο κατά το σχηματισμό της κρίσης του.

ΤΟ ΑΡΘΡΟ 365 Κ.Π.Δ

Ο νομοθέτης του Κ.Π.Δ, έχοντας συνείδηση των μειονεκτημάτων της αξιοποίησης των προδικαστικών καταθέσεων, προσπάθησε με το 365 να περιορίσει τις περιπτώσεις επιτρεπτής ανάγνωσης τους στο ακροατήριο, χωρίς όμως να επιτύχει μια ρύθμιση που θα ισορροπούσε τις αντίρροπες ανάγκες. Οι ρυθμίσεις του Κ.Π.Δ προσπάθησαν να εναρμονίσουν την αρχή της αμεσότητας (που θίγεται ασφαλώς από την ανάγνωση) με

* Το κείμενο αποτελεί το περιεχόμενο εισηγήσεως στην ημερίδα που οργάνωσε ο Δ.Σ.Η την 27η Μαΐου 2006 στην αίθουσα “Νικ. Σακλαμπάνης” με θέμα: «Πρόσφατες εξελίξεις στον χώρο της ποινικής καταστολής και ατομικές ελευθερίες».

** Ο Γιώργος Στειακάκης είναι δικηγόρος Ηρακλείου.

την αποφυγή της συχνής αναβολής δικών λόγω απουσίας ουσιαστών μαρτύρων ή και την εξουδετέρωση των καταθέσεων αυτών, ως αποδεικτικών μέσων, στις περιπτώσεις που η εμφάνιση των μαρτύρων είναι αδύνατη. Έτσι το 365 επιβάλλει, εφόσον υποβληθεί αίτηση, την ανάγνωση ένορκης κατάθεσης από τον μάρτυρα σε περιπτώσεις «που είναι αδύνατη η εμφάνιση ενός μάρτυρα στο ακροατήριο εξαιτίας θανάτου, γήρατος, μακράς και σοβαρής ασθένειας, διαμονής στο εξωτερικό ή άλλου εξαιρετικά σοβαρού κωλύματος (άρθρο 219 παρ. 2) ή σε όσες άλλες περιπτώσεις ορίζει ο νόμος, αν υποβληθεί αίτηση». Με την ισχύουσα διάταξη του 365 ο νομοθέτης του Κ.Π.Δ επέτρεψε την ανάγνωση των προδικαστικών ενόρκων καταθέσεων στις περιπτώσεις όχι μόνο απόλυτης, αλλά και σχετικής αδυναμίας, η οποία ενδέχεται να είναι και προσωρινή. Ειδικότερα πρόβλεψε ότι η ανάγνωση αυτή επιτρέπεται και όταν η αδυναμία εμφάνισης οφείλεται π.χ. σε διαμονή στο εξωτερικό ή σε άλλο «εξαιρετικά σοβαρό κώλυμα». Αυτή η αόριστη έννοια παρέχει στον εφαρμοστή ευρύτατο περιθώριο κρίσης με αντίστοιχους βέβαια κινδύνους για την αρχή της αμεσότητας. Και αυτό θεσμοθετήθηκε να μπορεί να συμβεί (δηλαδή να μπορεί να αναγνωστεί προδικαστική ένορκη κατάθεση του μάρτυρα) ανεξάρτητα του εάν είχε χορηγηθεί στους διαδίκους το δικαίωμα παράστασης κατά την εξέταση του μάρτυρα ή «εξέτασης» του από τους ίδιους στην προδικασία. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονίσουμε ότι η αναφορά στο κείμενο του 365 της περίπτωσης του 219 παρ. 2 (ότι στην περίπτωση που στην κύρια ανάκριση ο ανακριτής θεωρεί πιθανώς αδύνατη την εμφάνιση στο ακροατήριο κάποιου μάρτυρα, οφείλει να καλέσει τους διαδίκους να παραστούν στην ένορκη εξέταση του) έχει σκοπό να συμπεριλάβει ενδεικτικά και αυτή την περίπτωση, μεταξύ εκείνων που μπορεί το δικαστήριο να επιτρέψει την ανάγνωση των ενόρκων καταθέσεων και όχι να αποκλείσει κάθε άλλη, στην οποία συντρέχουν τα κωλύματα εμφανίσεως που αναφέρονται στο άρθρο 365. Έτσι, σύμφωνα με το 365, η ανάγνωση διατάσσεται στις περιπτώσεις ανεφίκτου εμφανίσεως μάρτυρος στο ακροατήριο, όχι μόνο στην περίπτωση που έχει εξεταστεί σύμφωνα με το 219 παρ. 2, αλλά και όταν δεν μπόρεσε εξ ουιούδηποτε λόγου των ενδεικτικά αναφερομένων στο 365 να εμφανιστεί στο ακροατήριο, αρκεί η κατάθεση του να ελήφθη ενόρκως. Στον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας δεν υπάρχει διάταξη που να επιτρέπει την ανάγνωση προδικαστικής χωρίς όρκο κατάθεσης, ακόμη κι αν υποβληθεί αίτημα, επερχομένης σε αντίθετη περίπτωση (σχετικής κατά τον Άρειο Πάγο¹) ακυρότητας.

ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΜΑΡΤΥΡΩΝ ΚΑΤΑ Κ.Π.Δ

Παράλληλα, όμως, παρατηρούμε ότι ο Κ.Π.Δ, με τις διατάξεις, των άρθρ. 333, 357 παρ. 3 και 4 καθώς και 358, υποχρεώνει το δικαστήριο να παράσχει στον κατηγορούμενο τη δυνατότητα να εξετάσει τους μάρτυρες που είναι παρόντες στο ακροατήριο. Το ίδιο δικαίωμα κατοχυρώνουν και οι διατάξεις των άρθρων 328 και 354, στις οποίες ο νομοθέτης αντιμετωπίζει το ζήτημα της εξέτασης μαρτύρων που δεν εξετάστηκαν κατά την προδικασία, η δε εμφάνιση τους στο ακροατήριο είναι αδύνατη ή ιδιαίτερα δυσχερής. Ως απαραίτητη προϋπόθεση για την κτήση του αποδεικτικού αυτού μέσου, τίθεται

1. Α.Π. 398/1977

η σχετική ενημέρωση του κατηγορουμένου για τον τόπο και χρόνο διενέργειας της εξέτασης και έτσι παρέχεται η δυνατότητα στον κατηγορούμενο να ασκήσει τα δικαιώματά του και να υποβάλει ερωτήσεις στον μάρτυρα. Εάν δεν τηρηθεί η διαδικασία, η αποδεικτική αξιοποίηση της σχετικής κατάθεσης επιφέρει ακυρότητα. Εδώ φαίνεται ότι ο νομοθέτης δίνει την πρέπουσα σημασία στο δικαίωμα του κατηγορουμένου να εξετάζει κάθε αποδεικτικό μέσο, ώστε αυτό να είναι έγκυρο και να μπορεί να αξιοποιηθεί στο πλαίσιο της ποινικής δίκης.

Η ΑΝΑΚΟΛΟΥΘΙΑ ΤΟΥ ΚΩΔΙΚΑ.

Εν τούτοις, με τη διάταξη του 365 ο νομοθέτης φαίνεται να επιτρέπει την αποδεικτική αξιοποίηση στην ποινική δίκη μαρτυρικών καταθέσεων, οι οποίες λήφθηκαν σε προγενέστερο διαδικαστικό στάδιο, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη αν ο κατηγορούμενος είχε τη δυνατότητα να εξετάσει τους μάρτυρες αυτούς. Διότι το 365 ως μόνη προϋπόθεση για την αποδεικτική αξιοποίηση θέτει την ύπαρξη εξαιρετικά σοβαρού κωλύματος. Ενώ δηλαδή στις περιπτώσεις των 328 και 354, όπου μάλιστα η εξέταση γίνεται υπο τις εγγυήσεις της εποπτείας ή και παρουσίας τακτικού δικαστή, παρέχεται, επι ποινή ακυρότητας μάλιστα, η δυνατότητα στον κατηγορούμενο να συμμετέχει στην εξέταση του μάρτυρα, αντίθετα στο 365 στερείται αδικαιολόγητα αυτού του δικαιώματος και επιτρέπεται η αξιοποίηση της προδικαστικής κατάθεσης από το δικαστήριο, ακόμη κι αν ο κατηγορούμενος ή ο συνήγορος του δεν τον έχουν συναντήσει ποτέ σε οποιοδήποτε στάδιο της ποινικής διαδικασίας..

Η ΚΑΤΟΧΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΜΑΡΤΥΡΩΝ ΑΠΟ ΤΙΣ ΔΙΕΘΝΕΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ.

Η ρύθμιση αυτή του Κ.Π.Δ δεν εναρμονίζεται με τις διατάξεις της ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΑΝΘΡΩΠΟΥ, που έχει επικυρωθεί στην Ελλάδα με το Ν.Δ. 53/1974 και του ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΣΥΜΦΩΝΟΥ ΓΙΑ ΤΑ ΑΤΟΜΙΚΑ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ (Ν. 2462/97) που, βάσει του άρθρου 28 παρ. 1 του Συντάγματος, έχουν υπερεθνική και υπερνομοθετική ισχύ. (Στο πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν υπάρχει νομοθετικό κείμενο προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, προσώπων εμπλεκόμενων σε ποινικές διαδικασίες. Γι αυτό σε διάφορα κοινοτικά κείμενα γίνεται παραπομπή στην ΕΣΔΑ, όπως στη συνθήκη του Άμστερνταμ, η οποία τροποποίησε τη Συνθήκη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου διακηρύχθηκε ότι η Ε.Ε. θεμελιώνεται στο σεβασμό των ανθρωπίνων δικαιωμάτων σύμφωνα με τις εγγυήσεις της Σύμβασης της Ρώμης του 1950.) Ειδικότερα, περαιτέρω, το άρθρο 6 παρ. 3 στοιχ. δ' της ΕΣΔΑ και το άρθρο 14 παρ. 3 στοιχ.ε' του Συμφώνου καθιερώνουν το δικαίωμα του κατηγορουμένου «να εξετάσει ή να ζητήσει να εξεταστούν οι μάρτυρες κατηγορίας», δικαίωμα που αποτελεί, σύμφωνα με τα παραπάνω κείμενα, συστατικό στοιχείο της δίκαιης δίκης (άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ).

ΟΙ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΠΑΡΑΒΙΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΑΥΤΟΥ ΚΑΙ ΟΙ ΑΠΟΨΕΙΣ ΤΗΣ ΘΕΩΡΙΑΣ.

Η χρήση από τα δικαστήρια των ευχερειών που παρέχει η διάταξη του 365 ήταν ευρύτατη, αφού παρατηρήθηκε να διαβάζονται και να αξιοποιούνται καταθέσεις μαρτύρων παρά την εναντίωση του κατηγορουμένου και χωρίς να αιτιολογείται ειδικά, η συνδρομή μιας από τις προϋποθέσεις του 365 Κ.Π.Δ. Μεγάλο μέρος της ελληνικής θεωρίας επέκρινε έντονα αυτή τη θέση της νομολογίας. Η άποψη αυτή θεωρεί ότι, όταν δεν προκύπτει ότι η απουσία του μάρτυρα οφειλόταν σε μία από τις απαριθμούμενες στο 365 περιπτώσεις, τότε η ανάγνωση της κατάθεσης της προκαλεί απόλυτη ακυρότητα λόγω παραβίασης του δικαιώματος υπεράσπισης του κατηγορουμένου (171 παρ. 1 δ'), αλλά ταυτόχρονα συνιστά παραβίαση της δημοσιότητας και ιδρύει λόγο αναιρέσεως (510 παρ. 1 στοιχ. γ), καθόσον η παραβίαση της αρχής της προφορικότητας συνεπάγεται πάντοτε και προσβολή της δημοσιότητας, αφού δεν επιτυγχάνεται με αυτό τον τρόπο η επικοινωνία του μάρτυρα με τον δικαστή, ενώ περαιτέρω δεν γίνεται αφενός η εξέταση του μάρτυρα κατ' αντιδικία και αφετέρου ο έλεγχος της αξιοπιστίας του με ερωτήσεις². Επίσης υποστηρίχθηκε η άποψη ότι η διάταξη του 365 Κ.Π.Δ είναι αντίθετη στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, σε όσες περιπτώσεις η κατάθεση έχει ληφθεί χωρίς την προηγούμενη ειδοποίηση των διαδίκων ή των συνηγόντων τους. Κατά την άποψη αυτή θα μπορούσε να γίνει δεκτή η ανάγνωση των καταθέσεων στο ακροατήριο σε όσες περιπτώσεις είχε παρασχεθεί κατά τη λήψη τους η δυνατότητα στους διαδίκους να υποβάλουν ερωτήσεις στο μάρτυρα.

Η ΠΑΛΑΙΟΤΕΡΗ ΘΕΣΗ ΤΟΥ ΑΚΥΡΩΤΙΚΟΥ.

Η παραπάνω, έντονα επικρινόμενη από τη θεωρία, θέση της νομολογίας επικυρωνόταν από τον Άρειο Πάγο, ο οποίος αποφαινόταν ότι δεν προκαλείται ακυρότητα από την ανάγνωση προδικαστικής κατάθεσης ακόμη, κι αν δεν υποβληθεί αίτημα περί αναγνώσεως, ακόμη κι αν δεν συντρέχει σοβαρός λόγος του 365, ακόμη κι αν αντιλέξει ο κατηγορούμενος. Χαρακτηριστικά: «Επειδή, όπως σαφώς συνάγεται από τη διάταξη του άρθρου 365 του Κ.Π.Δ, ακυρότητα της διαδικασίας, που ιδρύει λόγο αναιρέσεως της απόφασης, προκαλείται όταν, παρά την υποβολή σχετικής αιτήσεως από τον κατηγορούμενο ή τον εισαγγελέα, δεν αναγνωσθεί η ληφθείσα κατά την προδικασία ένορκη κατάθεση μάρτυρα, του οποίου η εμφάνιση στο ακροατήριο είναι αδύνατη για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή τη διάταξη. Δεν δημιουργείται όμως καμία ακυρότητα όταν το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως ή ύστερα από αίτηση αναγνώσει κατάθεση της διαδικασίας στο ακροατήριο και αν ακόμη δεν συντρέχε νόμιμη περίπτωση ή αντέλεξε ο κατηγορούμενος. Επομένως ο πρώτος λόγος αναιρέσεως περί ακυρότητας της διαδικασίας, γιατί αναγνώσθηκε στο ακροατήριο η ένορκη κατάθεση χωρίς να έχει υποβληθεί σχετικό αίτημα, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος»³.

2. Καρράς Ποιν.Χρον. ΛΑ' σελ. 25

3. Α.Π. 32/2001

Η ΜΕΤΑΣΤΡΟΦΗ.

Η νομολογία του Αρείου Πάγου παρουσιάζει τελευταία μεταστροφή, η οποία οφείλεται κυρίως στον πάγιο χαρακτήρα που έχει λάβει από την ίδια τη νομολογία του ΕΔΔΑ το κανονιστικό περιεχόμενο των σχετικών διατάξεων των Συμβάσεων. Στη νομολογία του Αρείου Πάγου έχει επικρατήσει η παρακάτω άποψη: «ακυρότητα της διαδικασίας η οποία ιδρύει εκ του άρθρου 510 παρ. 1 στοιχ. α' του Κ.Π.Δ λόγο αναιρέσεως της αποφάσεως για απόλυτη ακυρότητα κατά τη διαδικασία στο ακροατήριο (άρθρο 171 Κ.Π.Δ) προκαλείται όχι μόνο όταν παρά την υποβολή σχετικής αιτήσεως από τον κατηγορούμενο ή τον εισαγγελέα δεν αναγνωσθεί η ληφθείσα κατά την προδικασία ένορκη κατάθεση μάρτυρα, του οποίου η εμφάνιση στο ακροατήριο είναι αδύνατη, αλλά, και όταν, παρά την εναντίωση του κατηγορουμένου, αναγνωσθεί στο ακροατήριο και ληφθεί υπόψη από το δικαστήριο, ληφθείσα κατά την προδικασία ένορκη κατάθεση μάρτυρα, χωρίς να βεβαιώνεται αιτιολογημένα ότι η εμφάνιση αυτού στο ακροατήριο ήταν αδύνατη εξαιτίας περιπτώσεως εξαιρετικά σοβαρού κωλύματος. Αυτό δε, γιατί παραβιάζονται έτσι τα δικαιώματα του κατηγορουμένου που του παρέχονται από τα άρθρα 6 παρ.3 εδ. δ' της ΕΣΔΑ να (ζητεί την εξέταση ή να) εξετάζει τους μάρτυρες και 358 του Κ.Π.Δ να προβαίνει σε δηλώσεις και να κάνει παρατηρήσεις επί των μαρτυρικών καταθέσεων και δημιουργείται απόλυτη ακυρότητα εκ του άρθρου 171 παρ. 1 στοιχ. δ' του Κ.Π.Δ»⁴ (σχετικές Α.Π. 181/2003, 1566/03, 1692/03, 1566/03 και άλλες).

Ο Άρειος Πάγος, πάντως, παγίως αποφαινεται ότι για να κάνει χρήση ο κατηγορούμενος των δικαιωμάτων του να εξετάσει ή να ζητήσει να εξεταστούν οι μάρτυρες κατηγορίας, δικαίωμα που έχει και κατά τα άρθρα 357 παρ. 3 Κ.Π.Δ και 333 παρ. 2, θα πρέπει να το ζητήσει και αντίστοιχα να εναντιωθεί στην αυτεπάγγελτη ή μετά από αίτηση κάποιου διαδίκου ανάγνωση της προδικαστικής κατάθεσης του μάρτυρα αυτού. Συγκεκριμένα ο Α.Π. το απαιτεί με την εξής διατύπωση: «όπως προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 170 παρ. 2 και 171 παρ. 2 εδ. δ' του Κ.Π.Δ για να γεννηθεί η από την τελευταία διάταξη προβλεπόμενη απόλυτη ακυρότητα, θα πρέπει να υπάρχει από το νόμο υποχρέωση του δικαστηρίου να προκαλέσει αυτό την άσκηση εκ μέρους του κατηγορουμένου ορισμένου δικαιώματος που του παρέχεται από το νόμο. Τέτοια δε υποχρέωση για το δικαστήριο δεν δημιουργείται από τις προαναφερόμενες διατάξεις των άρθρων 6 και 14 των εν λόγω διεθνών συμβάσεων, ούτε από άλλες παρεμφερείς διατάξεις, σε σχέση με το δικαίωμα του κατηγορουμένου να ζητήσει την κλήτευση μαρτύρων της εκλογής του ή να υποβάλει ερωτήσεις προς τους μάρτυρες ή τον συγκατηγορούμενο του με την μεσολάβηση του διευθύνοντος τη συζήτηση ή και να προβεί σε δηλώσεις ή παρατηρήσεις σχετικά με την κατάθεση ή την απολογία τους»⁵ (άρθρ. 327, 358 και 366 παρ. 1 στοιχ. δ' του Κ.Π.Δ).

ΤΟ ΚΑΝΟΝΙΣΤΙΚΟ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ.

Σύμφωνα με την πάγια θέση της νομολογίας του ΕΔΔΑ, το δικαίωμα του κατηγορου-

4. Α.Π. 1778/2003

5. Α.Π. 347/2003

μένου να εξετάζει «μάρτυρες κατηγορίας» ανήκει στα θεμελιώδη υπερασπιστικά δικαιώματα του και αποτελεί συστατικό στοιχείο της δίκαιης δίκης. Το ΕΔΔΑ προσεγγίζει το ζήτημα εκκινώντας από μια γενική αρχή: Τα αποδεικτικά μέσα θα πρέπει κατά «κανόνα» να παρουσιάζονται στο πλαίσιο μιας δημόσιας ακροαματικής διαδικασίας, με την παρουσία του κατηγορουμένου (ή του συνηγόρου του), αποβλέποντας στη διεξαγωγή μιας συζήτησης που λαμβάνει χώρα κατ’ αντιδικία. Σημειώνει όμως ότι εξαιρέσεις από την αρχή αυτή είναι επιτρεπτές, εφόσον τα δικαιώματα της υπεράσπισης δεν περιορίζονται σε τέτοιο βαθμό, ώστε οι σχετικές ρυθμίσεις του εσωτερικού δικαίου να μην καθίστανται ασύμβατες με τις εγγυήσεις του άρθρου 6 της σύμβασης.

Θέτοντας λοιπόν το Δικαστήριο τις ανωτέρω επισημάνσεις, προχώρησε περαιτέρω στον προσδιορισμό του κανονιστικού περιεχομένου της διάταξης αυτής. Συγκεκριμένα έχει αποφανθεί ότι, κατά γενικό κανόνα, οι διατάξεις των παραγράφων 1 και 3 δ’ του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ, επιτάσσουν να παρέχεται στον κατηγορούμενο επαρκής και κατάλληλη δυνατότητα: α) να αντικρούσει μια επιβαρυντική μαρτυρική κατάθεση και β) να θέσει απευθείας ερωτήσεις στον «μάρτυρα κατηγορίας», είτε κατά το χρόνο που λαμβάνεται η εν λόγω κατάθεση, είτε σ’ ένα μεταγενέστερο διαδικαστικό στάδιο. Την αντίστοιχη υποχρέωση υπέχουν οι εθνικές αρχές, οι οποίες οφείλουν να λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα, ώστε να δημιουργήσουν τις προϋποθέσεις για την άσκηση του ανωτέρω δικαιώματος.

Το ΕΔΔΑ υπογραμμίζει ότι η ανάγνωση των ανωτέρω καταθέσεων μπορεί να αποδειχθεί απαραίτητη για τους σκοπούς της ποινικής δίκης, εφόσον συντρέχουν λόγοι που ανάγονται στο πρόσωπο του μάρτυρα. Στις περιπτώσεις αυτές, όπου δηλαδή δεν διαπιστώνεται έλλειψη επιμέλειας των κρατικών οργάνων να δημιουργήσουν τις προϋποθέσεις, ώστε ο κατηγορούμενος να «εξετάσει» τους «μάρτυρες κατηγορίας», το Δικαστήριο δέχεται ότι: Εάν του είχε δοθεί μια επαρκής και κατάλληλη δυνατότητα να αμφισβητήσει το περιεχόμενο των εν λόγω καταθέσεων, είτε κατά το χρόνο της λήψης τους, είτε μεταγενέστερα, παραδεκτώς εισφέρονται αυτές στην ποινική δίκη ως αποδεικτικά μέσα. Τα όρια όμως για την αξιοποίηση τους σχετικά με τη διαμόρφωση της κρίσης περί ενοχής εξαρτώνται από την παροχή δυνατότητας στον κατηγορούμενο να θέσει απευθείας ερωτήσεις στον μάρτυρα, του οποίου η κατάθεση έχει εισφερθεί ως επιβαρυντικό αποδεικτικό μέσο. Συγκεκριμένα, εφόσον ο κατηγορούμενος ουδέποτε είχε τη δυνατότητα – σε οιοδήποτε διαδικαστικό στάδιο – να θέσει κατά άμεσο τρόπο ερωτήσεις στον «μάρτυρα κατηγορίας», η (προγενεστέρα ληφθείσα) κατάθεση του, δεν επιτρέπεται να αποτελέσει το μοναδικό ή το πλέον αποφασιστικής σημασίας αποδεικτικό μέσο για την θεμελίωση της καταδίκης του κατηγορουμένου⁶. Το σκεπτικό αυτό στηρίζεται στην άποψη ότι ο κατηγορούμενος στερείται ουσιαστικά της δυνατότητας να έχει πρόσβαση σε λεπτομέρειες που θα του επιτρέψουν να διαπιστώσει αν ο μάρτυρας είναι μεροληπτικός, αναξιόπιστος ή εχθρικός προς αυτόν. Η απουσία των μαρτύρων εμποδίζει επίσης τους δικαστές να διαμορφώσουν μια προσωπική άποψη για την αξιοπιστία

6. Πεντ. Ναυτ. Πειρ. 571/2004, Ποιν.Χρον σελ. 81, ΝΣΤ/2006

τους, όπως θα συνέβαινε εάν είχαν τη δυνατότητα να «εξετάσουν» τον μάρτυρα. Όση προσοχή κι αν επιδείξουν οι δικαστές κατά την αποτίμηση των καταθέσεων, αυτό δεν μπορεί να αντικαταστήσει την προσωπική παρατήρηση για να μπορέσουν να ελέγξουν την αξιοπιστία των μαρτύρων⁷.

Επομένως, σε κάθε περίπτωση, απαραίτητη προϋπόθεση για το καταρχάς παραδεκτό ως αποδεικτικό μέσο μιας τέτοιας μαρτυρικής κατάθεσης, αποτελεί η διαπίστωση ότι η μη άσκηση του εν λόγω δικαιώματος δεν οφείλεται σε έλλειψη επιμέλειας των κρατικών οργάνων. Τούτο σημαίνει ότι κάθε φορά θα πρέπει να εξετάζεται και να αιτιολογείται το ανέφικτο της εμφάνισης του μάρτυρα, για λόγους που ανάγονται στο πρόσωπο του, θα πρέπει δηλαδή να αποδεικνύεται συγκεκριμένα η αντικειμενική αδυναμία (που οφείλεται στο πρόσωπο του μάρτυρα) να θέσει τον μάρτυρα στη διάθεση του κατηγορουμένου. Θα πρέπει, όμως, να ελέγχεται και το κατά πόσο διαφαινόταν κατά το στάδιο της ανάκρισης ως πιθανή η μη εμφάνιση του μάρτυρα στο ακροατήριο, λ.χ. επειδή έπασχε από σοβαρή ασθένεια ή επειδή διαμένει στο εξωτερικό ή δεν έχει δικαίωμα νόμιμης παραμονής και επιστροφής στην Ελλάδα, και παρά ταύτα ο ανακριτής δεν έκανε χρήση του 219 παρ. 2. Εάν συντρέχαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παραπάνω διάταξης και παρά ταύτα ο ανακριτής δεν κάλεσε τον κατηγορούμενο να ασκήσει τα δικαιώματά του, η αξιοποίηση από το δικαστήριο της κατάθεσης αυτής αντιβαίνει στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ⁸. Καταλήγουμε λοιπόν στο συμπέρασμα ότι, ακόμη κι αν θεωρήσουμε ως καταρχάς παραδεκτή την ανάγνωση μιας μαρτυρικής κατάθεσης στο ακροατήριο, εάν συντρέχουν οι παραπάνω προϋποθέσεις, εν τέλει, εφόσον ο κατηγορούμενος ουδέποτε είχε τη δυνατότητα – σε οιοδήποτε διαδικαστικό στάδιο – να θέσει κατά άμεσο τρόπο ερωτήσεις στον «μάρτυρα κατηγορίας», η (προγενεστερά ληφθείσα) κατάθεση του, δεν επιτρέπεται να αποτελέσει το μοναδικό ή το πλέον αποφασιστικής σημασίας αποδεικτικό μέσο για τη θεμελίωση της καταδίκης του⁹.

ΟΙ ΚΑΤΑΘΕΣΕΙΣ ΤΟΥ ΣΥΓΚΑΤΗΓΟΡΟΥΜΕΝΟΥ.

Αναφορικά με την ανάγνωση και περαιτέρω αξιοποίηση επιβαρυντικής για τον παρόντα κατηγορούμενο προδικαστικής κατάθεσης του απόντος συγκατηγορουμένου του, πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: Ο Άρειος Πάγος δέχεται¹⁰ ότι «από καμιά διάταξη του Κ.Π.Δ απαγορεύεται και μάλιστα με ποινή ακυρότητας η ανάγνωση στο ακροατήριο των ληφθεισών κατά την προδικασία απολογιών άλλων κατηγορουμένων ή υπομνήματος αυτών. Ούτε παράγεται ακυρότητα από την ανάγνωση ανώμοτων καταθέσεων εξετασθέντων κατά την προδικασία μαρτύρων». Ταυτόχρονα δέχεται ότι «από το συνδυασμό των διατάξεων 211 στοιχ. β' και 211α προκύπτει ότι από της ενάρξεως της ισχύος του Ν. 2408/1996 ήτοι από της 4-6-1996, δεν απαγορεύεται και μάλιστα με ποινή

7. Υπόθεση KOSTOVSKI κατά Ολλανδίας της 20-11-1989

8. Το δικαίωμα του κατηγορουμένου να εξετάζει «μάρτυρες κατηγορίας», Όλγας Β. Τσόλκα, Ποιν. Χρον. σελ. 86, ΝΣΤ/2006

9. Εφ.Αθ. 699, 780, 3244/2003, Ποιν.Χρον. σελ. 1010, ΝΔ/2004

10. Α.Π. 347/2003

ακυρότητας της διαδικασίας η ανάγνωση στο ακροατήριο των κατά την προδικασία ληφθεισών απολογιών άλλου συγκατηγορουμένου, έστω και αν αυτός έχει καταδικασθεί για την ίδια πράξη, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αποτελούν αυτές το μοναδικό αποδεικτικό μέσο της καταδίκης του κατηγορουμένου. Έτσι, με τη ρύθμιση αυτή, που κατά την εισηγητική έκθεση του πιο πάνω νόμου, υπαγορεύθηκε από τη δυσπιστία του νομοθέτη του Κ.Π.Δ στην αποδεικτική αξία της επιβαρυντικής για τον κατηγορούμενο μαρτυρικής καταθέσεως ή απολογίας, του κηρυχθέντος ενόχου συγκατηγορουμένου του, ενώ δεν απαγορεύεται η αποδεικτική αξιολόγηση τους συνάμα για την αποφυγή του ενδεχομένου αποδεικτικής πλάνης και ανασφάλειας δικαίου, που μπορούν να προέλθουν απ’ αυτές, θεσπίζεται περιορισμός της αποδεικτικής τους αξίας, με συνέπεια να μη εξαρτούν για την καταδίκη του κατηγορουμένου, και εκ της λήψεως αυτών από το δικαστήριο της ουσίας να μη προκαλείται ακυρότητα της διαδικασίας».

Μια πρώτη αντίρρηση επι της παραπάνω θέσεως οφείλει να αντιστρέψει τη βάση επι της οποίας θεμελιώνεται η παραπάνω άποψη, καθόσον: Από καμία διάταξη του Κ.Π.Δ δεν επιτρέπεται η ανάγνωση στο ακροατήριο των ληφθεισών κατά την προδικασία απολογιών άλλων κατηγορουμένων, αντίστοιχη με αυτή του 365 Κ.Π.Δ (σχετ. Πεντ. Εφ.Κρ. 41/2006). Επομένως η ανάγνωση και αξιοποίηση στο ακροατήριο των προδικαστικών απολογιών συγκατηγορουμένων, τη στιγμή μάλιστα που η τροποποίηση του Ν. 2408/96 (και κατά τον Α.Π.) υπαγορεύθηκε από την αυξημένη δυσπιστία του νομοθέτη του Κ.Π.Δ στην αποδεικτική αξία της επιβαρυντικής για τον κατηγορούμενο μαρτυρικής καταθέσεως ή απολογίας συγκατηγορουμένου του, με αποτέλεσμα να θεσπίσει (έστω ήπιο) περιορισμό στην αποδεικτική αξιολόγηση ακόμη και της αυτοπρόσωπης στο ακροατήριο κατάθεσης του¹¹, θα πρέπει να προβληματίζει κατά μείζονα λόγο το δικαστήριο. Επίσης, εάν το δικαστήριο θεωρήσει ότι εμποδίζεται από τη διάταξη του 211 Κ.Π.Δ να καλέσει και να εξετάσει ως μάρτυρα στο ακροατήριο τον συγκατηγορούμενο που έχει καταδικαστεί για την ίδια πράξη (π.χ. στο πρωτόδικο με ανέκκλητη ποινή ή εάν δεν άσκησε έφεση), τότε, πολλώ μάλλον, δεν μπορεί να αναγνώσει και να συνεκτιμήσει εις βάρος του παρόντος κατηγορουμένου, οποιαδήποτε προηγούμενη κατάθεση του απόντος. Ο νομοθέτης δυσπιστώντας προς τη μαρτυρία του καταδικασθέντος για την ίδια πράξη προσώπου, ακόμη κι αν ήταν παρών και υποβαλλόταν σε «εξέταση», πολύ περισσότερο δυσπιστεί σε οποιαδήποτε προηγούμενη, της οποίας την βασιμότητα κατά μείζονα λόγο δε μπορεί να ελέγξει το δικαστήριο όταν αυτός απουσιάζει.

Η ΘΕΣΗ ΤΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ.

Ιδιαίτερος σημαντικές είναι οι σκέψεις του ΕΔΔΑ επι του θέματος. Το Δικαστήριο υπογραμμίζει (υπόθεση Luca κατά Ιταλίας, της 27.5.2001), κατ’ αρχάς, ότι ο όρος «μάρτυρας κατηγορίας» έχει μια αυτοτελή σημασία στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ. Τούτο σημαίνει ότι μια κατάθεση η οποία έχει επιβαρυντικό περιεχόμενο για έναν κατηγορούμενο και παρέχει ουσιαστική βάση για την καταδίκη του, συνιστά αποδεικτικό μέσο κατηγορίας,

11. Εφ.Αθ. 699, 780, 3244/2003, Ποιν.Χρ. σελ. 1010, ΝΔ/2004

ανεξάρτητα αν η κατάθεση αυτή έχει δοθεί από έναν μάρτυρα υπό στενή τυπική έννοια ή από έναν συγκατηγορούμενο. Για τον λόγο αυτό, κατ' εφαρμογή της διάταξης της παρ. 3 δ του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ, σε συνδυασμό με την παρ. 1 του ίδιου ως άνω άρθρου, ο κατηγορούμενος δικαιούται να εξετάζει σε αντιδικία κάθε προσωπικό αποδεικτικό μέσο σε βάρος του, χωρίς να ενδιαφέρει αν κατά τις διατάξεις του εσωτερικού δικαίου το εν λόγω πρόσωπο χαρακτηρίζεται ως μάρτυρας ή ως συγκατηγορούμενος (κατά την τυπική ή ουσιαστική έννοια).

Το ΕΔΔΑ δέχεται, προσδιορίζοντας το όρο «εξέταση», ότι το δικαίωμα του κατηγορουμένου ικανοποιείται με την υποβολή απευθείας ερωτήσεων στον «μάρτυρα κατηγορίας», χωρίς να προϋποθέτει και το περιεχόμενο της απάντησης στην εκάστοτε ερώτηση. Η προστατευτική λειτουργία του δικαιώματος έγκειται εξάλλου στη διασφάλιση της δυνατότητας άμεσης αντιπαράθεσης του κατηγορουμένου με τον εν λόγω «μάρτυρα κατηγορίας». Η εν συνεχεία δε άρνηση του προσώπου αυτού να απαντήσει σε κάθε μία από τις ερωτήσεις του κατηγορουμένου, ασκώντας το δικαίωμα του στην μη αυτοεπιβάρυνση, ασφαλώς μπορεί να αξιοποιηθεί κατά την εκτίμηση των αποδείξεων, αφού η άρνηση απάντησης δεν αξιολογείται σε βάρος του ερωτωμένου (συγκατηγορουμένου) αλλά συνδέεται με το σχηματισμό της κρίσης περί της ενοχής του ερωτώντα (κατηγορουμένου)¹².

Στην περίπτωση που ο συγκατηγορούμενος δεν εμφανίζεται στο ακροατήριο, είτε γιατί δικάζεται ερήμην, είτε γιατί εκπροσωπείται από συνήγορο, οπότε στερείται ο παρών κατηγορούμενος του δικαιώματος να τον «εξετάσει», έστω με τη μεσολάβηση του διευθύνοντος τη συζήτηση, η αποδεικτική αξιοποίηση της επιβαρυντικής για τον παρόντα κατηγορούμενο προδικαστικής κατάθεσης του θα πρέπει να εξαρτηθεί από το εφικτό ή μη της προσαγωγής του στο ακροατήριο. Ειδικότερα: Εάν το δικαστήριο θεωρεί χρήσιμη την επιβαρυντική κατάθεση του συγκατηγορουμένου που απουσιάζει, θα πρέπει να τον καλέσει ή να τον προσαγάγει βιαίως (επιχείρημα στηριζόμενο στο 340 παρ. 2 εδ. δ' Κ.Π.Δ), διότι ναι μεν, σε ό,τι τον αφορά, είναι δικαίωμα του να ερημοδικήσει ή να εκπροσωπηθεί από συνήγορο, δεν δικαιούται όμως να στερήσει από τον παρόντα κατηγορούμενο το δικαίωμα «εξέτασης» του από τον ίδιο και από το Δικαστήριο. Εάν το δικαστήριο δεν φροντίσει να εμφανιστεί ο συγκατηγορούμενος, τότε δεν είναι επιτρεπτή καν η ανάγνωση της προανακριτικής κατάθεσης.

Εάν, παρά την επιμέλεια του δικαστηρίου και των Αρχών, η εμφάνιση του συγκατηγορουμένου είναι αντικειμενικά ανέφικτη, η κατάθεση του επιτρέπεται να συνεκτιμηθεί στη διαμόρφωση της κρίσης του περί της ενοχής του κατηγορουμένου, με την προϋπόθεση όμως ότι δεν αποτελεί το μοναδικό ή το πλέον αποφασιστικής σημασίας αποδεικτικό μέσο εις βάρος του¹³. Η αντιμετώπιση του ζητήματος αυτού δεν παραλλάσσει στην περίπτωση κατά την οποία είχε διαταχθεί ο χωρισμός της συζήτησης στο ακροατή-

12. Το δικαίωμα του κατηγορουμένου να εξετάζει «μάρτυρες κατηγορίας», ο.π.

13. Πεντ. Ναυτ. Πειρ. 571/2004, Ποιν.Χρ. σελ. 81, ΝΣΤ/2006 και Εφ.Αθ. 699, 780, 3244/2003, Ποιν.Χρ. σελ. 1010, ΝΔ/2004

ριο και ανακύπτει το ερώτημα της ανάγνωσης και αξιοποίησης στην ποινική δίκη σε βάρος του κατηγορούμενου, της απολογίας που είχε δώσει ο συγκατηγορούμενος του στην προηγηθείσα δίκη ή στην προδικασία.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ.

Στόχος όλων των διατάξεων που ρυθμίζουν το φαινόμενο της ποινικής διαδικασίας σε όλα του τα στάδια του, είναι η διεξαγωγή μιας δίκαιης δίκης. Όλοι οι κανόνες που διέπουν τον τρόπο διεξαγωγής της ποινικής δίκης, συνολικά εκ προοιμίου, είναι γνωστό ότι θα έχουν ατέλειες, διότι ο ανθρώπινος νους δεν μπορεί προβλέψει τις ιδιαιτερότητες και τους αμέτρητους αστάθμητους παράγοντες που συνωστίζονται για να διαμορφώσουν την πραγματικότητα. Αυτές τις ατέλειες ο νομοθέτης ανέθεσε σε ανθρώπους να τις εξουδετερώσουν, οι οποίοι καλούνται να σταθμίσουν όλους τους παράγοντες αυτούς και να καταλήξουν σε ένα ασφαλές συμπέρασμα, ισάξιο ίσως με την βεβαιότητα που μόνο η πραγματικότητα μπορεί να δημιουργήσει. Είναι πραγματικά δύσκολο το εγχείρημα και τεράστια η ευθύνη.

Αυτή η ελλιπής εισήγηση μόνο ως αφορμή για προβληματισμό μπορεί να εκληφθεί, αφού πρώτα εξασφαλίσει την επιείκεια των (εν ευρεία εννοία) συναδέλφων μου.



ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΕΓΚΛΗΜΑ: Η ΠΑΓΙΔΑ ΤΗΣ ΣΥΓΧΡΟΝΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ



Ελευθερίας Λυπάκη*

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

“Ισπανικό λότο”, “νιγηριανή επιστολή”, χάκερς που “μπαινοβγαίνουν” σε ηλεκτρονικά υποκαταστήματα τραπεζών, κράκερς που καταστρέφουν συστήματα και προσωπικά δεδομένα, όλες αυτές είναι πλέον έννοιες που περιλαμβάνονται στην ευρύτερη έννοια αυτού που ονομάζει η νομική επιστήμη «ηλεκτρονικό έγκλημα» ή «έγκλημα στο διαδίκτυο». Η ραγδαία εξέλιξη της τεχνολογίας, η ανάπτυξη της πληροφορικής σε σημείο να θεωρείται μία από τις καταξιωμένες επιστήμες και η είσοδος του ηλεκτρονικού υπολογιστή σε όλο και περισσότερα νοικοκυριά, έχουν επιφέρει και επιφέρουν ακόμα σημαντικότερες αλλαγές σε καθημερινούς τομείς ανθρωπίνων δραστηριοτήτων, σε θέματα εργασίας, εκπαίδευσης, παραγωγής, επικοινωνίας αλλά και ψυχαγωγίας. Μαζί όμως με την καλυτέρευση της ποιότητας ζωής, η νέα αυτή τεχνολογία του personal computer συνέβαλε από ένα χρονικό σημείο και μετά και στην δημιουργία νέων πλέον μορφών εγκληματικότητας, πρωτόγνωρων μέχρι πρότινος. Η παγίδα πλέον караδοκεί στα e-mail(ηλεκτρονικό ταχυδρομείο) και στο internet. Από την εποχή των «παραδοσιακών» ληστειών, με τους επιτήδειους ληστές να προτάσσουν τις καραμπίνες, τείνουμε να περάσουμε στην εποχή όπου οι απάτες μέσω Διαδικτύου είναι πολύ περισσότερες και σατανικά έξυπνες και ευφυείς.

ΕΝΝΟΙΟΛΟΓΙΚΟΙ ΟΡΙΣΜΟΙ

Απαραίτητη προϋπόθεση για την κατανόηση και την καλύτερη δυνατή ανάπτυξη αυτού του θέματος, είναι η επεξήγηση κάποιων βασικών εννοιών. Καταρχάς ποιο είναι το ηλεκτρονικό έγκλημα; Κατά κύριο λόγο το ηλεκτρονικό έγκλημα περιλαμβάνει όλες εκείνες τις αξιόποινες πράξεις που τελούνται με τη χρήση ενός συστήματος ηλεκτρονικής επεξεργασίας δεδομένων. Κατά τη στενή έννοια του όρου το ηλεκτρονικό έγκλημα αναφέρεται σε αξιόποινες πράξεις, όπου ο ηλεκτρονικός υπολογιστής αποτελεί κύριο μέσο τέλεσης των εγκλημάτων, ενώ κατά την ευρεία έννοια η ηλεκτρονική εγκληματικότητα περιλαμβάνει όλα εκείνα τα αδικήματα για την τέλεση των οποίων ο ηλεκτρονικός υπολογιστής χρησιμοποιείται ως βοηθητικό μέσο. Επιπλέον μέσα στα πλαίσια της ηλεκτρονικής εγκληματικότητας συναντά κανείς και κάποιες νέες έννοιες, που, είτε έχουν δημιουργηθεί από επιστήμονες της πληροφορικής, είτε έχουν εισαχθεί από το εξωτερικό. Εμφανίζονται, λοιπόν, έννοιες όπως το hacking,

* Η Ελευθερία Λυπάκη είναι ασκούμενη δικηγόρος στον Δ.Σ.Η.

που υποδηλώνει τη διαδικασία ηλεκτρονικής εισβολής σε υπολογιστικά δίκτυα και απόκτησης δικαιώματος πρόσβασης στα δεδομένα τους, τους hackers, που αντιστοιχούν στους αυτουργούς των παραπάνω ενεργειών, τους crackers, οι οποίοι όχι μόνο εισβάλλουν σε υπολογιστικά συστήματα αλλά και τα παραποιούν, το cyber crime, που είναι η υποκλοπή στοιχείων στον «αέρα», ενώ δηλαδή τα δεδομένα μεταδίδονται ασυρμάτως από έναν τόπο σε άλλον, το επονομαζόμενο pharming, που, είτε πλήττει κεντρικά τον χρήστη κάποιας ιστοσελίδας είτε το ίδιο το πρόγραμμα πλοήγησης του χρήστη στο διαδίκτυο και πολλές άλλες τεχνολογικές έννοιες. Όλα υπάγονται στο ευρύτερο φάσμα του Internet, του διαδικτύου και των τεχνολογικών ευκολιών που αυτό παρέχει.

ΕΙΔΗ-ΚΑΤΗΓΟΡΙΕΣ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΕΓΚΛΗΜΑΤΩΝ

Οι μορφές ηλεκτρονικού εγκλήματος ποικίλλουν ανάλογα με τις ανάγκες και τις «ορέξεις» των εκάστοτε ηλεκτρονικών θυτών. Η απεχθέστερη παράνομη δραστηριότητα μέσω του διαδικτύου είναι αναμφίβολα η διακίνηση παιδοφιλικού-πορνογραφικού υλικού. Αποτελεί δυστυχώς την πιο σύγχρονη και πιο συχνά συναντώμενη μορφή παιδικής κακοποίησης, με αντικείμενο τα παιδιά ως «...την πληθυσμιακή και κοινωνική εκείνη κατηγορία που παραμένει ακόμα και σήμερα πιο ευάλωτη στη θυματοποίηση...», όπως υπογραμμίζει η αναπληρώτρια καθηγήτρια Εγκληματολογίας στο τμήμα Ψυχολογίας του Παντείου Πανεπιστημίου Βάσω Αρτινοπούλου. Οι διεθνείς μηχανισμοί που παρακολουθούν τις εγκληματικές δραστηριότητες στο δίκτυο υπολογίζουν με αναφορές τους, ότι είναι περισσότεροι από δέκα χιλιάδες οι επαγγελματίες της ηλεκτρονικής διακίνησης υλικού παιδικής πορνογραφίας, μόνο στην Ευρώπη, όπως αναφέρει σχετικά ο δημοσιογράφος Κώστας Κυριακόπουλος σε άρθρο του στην ιστοσελίδα της Ελευθεροτυπίας (Ευρώπη:10.000 οι ψηφιακοί Ντιτρού – 17/7/2003). Και βέβαια ανάλογες περιπτώσεις έχουν εντοπίσει οι διωκτικές αρχές και στην Ελλάδα. Το υλικό το οποίο διακινούν είναι, είτε φωτογραφίες, είτε οπτικοακουστικό, δηλαδή βίντεο που καταχωρείται σε πολλά sites στο διαδίκτυο. Ο πιο συνηθισμένος τρόπος πρόσβασης σε αυτά τα sites είναι η εγγραφή των ενδιαφερομένων και η αποστολή προς αυτούς από τους διαχειριστές των sites, ειδικών και ατομικών κωδικών, με προηγούμενη φυσικά αποστολή του αριθμού και των στοιχείων των πιστωτικών καρτών τους. Δικλείδα ασφαλείας για τις παράνομες αυτές επιχειρήσεις είναι η παραπλάνηση του κοινού, με τη σημείωση και διαφήμιση παραπλανητικών υπηρεσιών και παροχών. Αστυνομικές έρευνες σε ευρωπαϊκές χώρες αποκαλύπτουν και εξαρθρώνουν ολοένα και περισσότερες σπείρες και οργανωμένες επιχειρήσεις. Μάλιστα στη Βρετανία, η ειδική μονάδα αντιμετώπισης εγκλημάτων υψηλής τεχνολογίας ολοκλήρωσε πρόσφατα μεγάλη επιχείρηση, εναντίον κυκλωμάτων παιδικής πορνογραφίας. Η επιχείρηση που συντονίστηκε από την Europol, υπό την κωδική ονομασία «Operation Twins», και οι αστυνομικές αρχές έκαναν εφόδους σε επτά διαφορετικές χώρες συλλαμβάνοντας τουλάχιστον πενήντα άτομα. Επιπλέον, το 2001 εξελίχθηκε η

«Επιχείρηση Ορόσημο» σε 19 συνολικά χώρες, κατά την οποία συνελήφθησαν περίπου 150 άτομα. Η απίστευτη αυτή βιομηχανία οικονομικού κέρδους αλλά και έντονου πόνου δρά βέβαια και στην Ελλάδα, όπου διακίνηση πορνογραφικού υλικού με πρωταγωνιστές παιδιά έχει εντοπιστεί να διοχετεύεται στο διαδίκτυο από 9 ελληνικές πόλεις. Και το ποσοστό ανεβαίνει, αν αναλογιστεί κανείς πόσες περιπτώσεις δεν βλέπουν το φως της δημοσιότητας. Αλλά ευτυχώς για την Ελλάδα, όπως καταδεικνύουν στατιστικές έρευνες, δεν είναι τόσο αυξημένο το πρόβλημα όσο είναι στην υπόλοιπη Ευρώπη. Και αυτό οφείλεται κυρίως στο γεγονός ότι, συγκριτικά με άλλες χώρες, η χώρα μας κατέχει μία από τις τελευταίες θέσεις στο θέμα της δικτύωσης στο internet. Οι ελληνικές αρχές, επίσης, επισημαίνουν και ένα ακόμα ενθαρρυντικό στοιχείο, το ότι στην Ελλάδα δεν υπάρχει ουσιαστικά παραγωγή παιδικού πορνογραφικού υλικού, αλλά μόνο διακίνηση με υλικό που προέρχεται από χώρες της Ευρώπης και της Ασίας. Παρόλα αυτά το πρόβλημα εξακολουθεί να υφίσταται και να εξελίσσεται μαζί με την ανάπτυξη της κοινωνίας.

Μία από τις πιο διαδεδομένες και σύγχρονες επίσης μορφές ηλεκτρονικών εγκλημάτων είναι και η τηλεπικοινωνιακή, δηλαδή αυτή σε βάρος δικτύων σταθερής και κινητής τηλεφωνίας. Με άλλα λόγια οι πρόσφατα γνωστές παρακολουθήσεις και υποκλοπές σταθερών και κινητών τηλεφώνων. Το συγκεκριμένο φαινόμενο έχει έρθει στο προσκήνιο εδώ και μερικά χρόνια, τουλάχιστον για την Ελλάδα. Σχετικό άρθρο των Γιώργου Μαργέλλου και Κώστα Κυριακόπουλου στην ιστοσελίδα της Ελευθεροτυπίας (27-11-2001) αναφέρει έξι διαφορετικούς τρόπους με τους οποίους γίνονται απάτες σε βάρος των εν λόγω δικτύων :

- 1) Με πλαστά έγγραφα (ταυτότητες ή διαβατήρια) ο απατεώνας παίρνει από τον ΟΤΕ μία ή και περισσότερες γραμμές, τις οποίες, είτε διαθέτει για κλήσεις σε μακρινές χώρες, είτε με ειδικές συσκευές κάνει ζεύξη κλήσεων σε δύο μακρινές χώρες. Όταν φτάνει λογαριασμός ο ιδιοκτήτης των γραμμών είναι εξαφανισμένος.
- 2) Οι τηλεκάρτες που με διάφορα κόλπα και επεμβάσεις δεν τελειώνουν ποτέ, καθώς οι απατεώνες τις ανανεώνουν και τις πωλούν σε χαμηλές τιμές.
- 3) Κάρτες ανανέωσης χρόνου ομιλίας για κινητά των οποίων οι κωδικοί με διάφορους τρόπους διαρρέουν και που οι απατεώνες αδειάζουν ακόμα και αν οι κάρτες είναι κανονικά συσκευασμένες.
- 4) Άτομα που έρχονται στην Ελλάδα με κινητά που είναι ενεργοποιημένα στο εξωτερικό με πλαστά στοιχεία.
- 5) Χάκερ που με διάφορα “κόλπα” σπάνε κωδικούς τηλεφωνικών κέντρων που χρησιμοποιούνται από στελέχη εταιρειών και χρεώνουν απίστευτα ποσά.
- 6) Αυτόματα συστήματα που παγιδεύουν χρήστες του διαδικτύου και εγκαθιστούν λογισμικό που πραγματοποιεί συνεχείς κλήσεις στο εξωτερικό χωρίς να το αντιλαμβάνεται ο χρήστης, που πιστεύει ότι χρεώνεται με το κόστος της αστικής κλήσης για την σύνδεσή του στο δίκτυο.

Σύμφωνα με εκπροσώπους του «Ελληνικού Φορέα Πρόληψης Τηλεπικοινωνιακής

Απάτης», μόνο στην Ελλάδα οι εταιρείες τηλεπικοινωνιών χάνουν έως και 100 δισεκατομμύρια δραχμές ετησίως, ενώ σε παγκόσμια κλίμακα ο τζίρος της τηλεαπάτης αγγίζει τα 23 τρισεκατομμύρια δραχμές. Οι αρμόδιες αρχές νομιμοποιούνται κατόπιν συγκεκριμένων ενεργειών να παρακολουθήσουν τις γεωγραφικές θέσεις ύποπτων κινητών. Και εδώ είναι που εμφανίζεται ο θεσμός της άρσης του απορρήτου της επικοινωνίας που, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία, γίνεται κατόπιν εισαγγελικής παραγγελίας ή βουλεύματος του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών ή Εφετών. Το προεδρικό διάταγμα 47/2055 που βασίστηκε σε γνωμοδότηση της Αρχής Διασφάλισης Απορρήτου Επικοινωνιών (ΑΔΑΕ) προβλέπει την άρση του απορρήτου για εγκλήματα που περιγράφει ο νόμος 2225/94 και αναφέρεται κυρίως σε εγκλήματα κατά του κράτους και της εθνικής ασφάλειας (προδοσία, κατασκοπία) και σε θέματα δράσης οργανωμένου εγκλήματος, όπως εμπόριο ανθρώπων, ναρκωτικών, λαθρεμπόριο όπλων, απαγωγές, κ.ά.

Μία από τις μεγαλύτερες επίσης απάτες όλων των εποχών είναι η λεγόμενη «νιγηριανή επιστολή». Έχει τις ρίζες της στη Νιγηρία, όπου ένας υπάλληλος τράπεζας εκεί έφτιαξε ένα παραμύθι, ότι δήθεν ένας διεφθαρμένος κρατικός αξιωματούχος ήθελε να ξεπλύνει χρήμα που απέκτησε παράνομα και γι' αυτό ζητούσε τη συνεργασία ενός Ευρωπαίου που είχε λογαριασμό σε τράπεζα, ώστε να περάσει μέσα από τον λογαριασμό το βρώμικο χρήμα και να το μεταφέρει σε άλλο λογαριασμό, δικό του, νομιμοποιώντας το. Δηλαδή το θύμα από τη Ευρώπη θα δάνειζε τον λογαριασμό του, αποκομίζοντας βέβαια ως αμοιβή τα μισά χρήματα που θα περνούσαν σ' αυτόν. Το αποτέλεσμα ήταν ότι ο συγκεκριμένος Ευρωπαίος έχανε όλα τα χρήματα που υπήρχαν στον λογαριασμό. Η επιστολή αυτή εξελίχθηκε ανάλογα με την παγκόσμια επικαιρότητα και έτσι άλλοτε μιλούσε για θύματα του Σαντάμ Χουσεΐν και φανατικούς μουσουλμάνους, άλλοτε για τα θύματα του τυφώνα «Κατρίνα» και τους υποτιθέμενους κληρονόμους τους, και άλλοτε για παιχνίδια και λόττο και για κέρδη που υποτίθεται ότι κερδίζουν τα θύματα με ανάλογα και για ευνόητους λόγους έξοδα. Και στην Ελλάδα έχουν παρουσιαστεί ανάλογες επιστολές, όπως εκείνη που έλαβε ένας Αθηναίος από Ολλανδό συμβολαιογράφο, ότι ήταν ο μοναδικός κληρονόμος ενός πλούσιου ξένου, αλλά υπήρχαν πολλά έξοδα που έπρεπε να καλυφθούν, για να μπορέσει να λάβει την περιουσία. Και έτσι ο «κληρονόμος» πηγαίνει αυτοπροσώπως στην Ολλανδία, αρχίζει τα εμβάσματα και παίρνει δάνειο και δανεικά για να καλύψει τα έξοδα και να πάρει την περιουσία που του «ανήκει». Αλλά φυσικά πληρώνει την απληστία του χάνοντας όλα τα χρήματά του. Γι' αυτό και όλες αυτού του είδους οι απάτες στηρίζονται κυρίως στην απληστία των θυμάτων παρά στην ευφυΐα των θυτών. Συμβουλές των αρμόδιων αρχών, εφόσον χρησιμοποιείτε e-banking ή γενικότερα το internet : μην ανοίγετε mail από άγνωστες πηγές και αν έχετε μεγάλες συναλλαγές, να έχετε έναν συγκεκριμένο υπολογιστή για αυτές, όπου μπορείτε να μην δέχεστε καν τέτοια άγνωστα email.

Ένα ακόμα αρκετά διαδεδομένο ηλεκτρονικό έγκλημα στην Ελλάδα αλλά και σε άλλες χώρες, είναι η πλαστογράφηση μέσω πληρωμής, κυρίως πιστωτικών καρτών.

Οι ηλεκτρονικοί απατεώνες έχουν την ικανότητα να παραχαράσσουν, υποκλέπτουν αριθμούς πιστωτικών καρτών ή να τους κατασκευάζουν με τη βοήθεια ανάλογων αλγοριθμικών προγραμμάτων με ηλεκτρονικούς υπολογιστές. Στην Ελλάδα μόνο υπολογίζεται ότι οι τράπεζες που εκδίδουν πιστωτικές κάρτες έχουν απολέσει τα τελευταία χρόνια περισσότερα από 5.000.000.000 δραχμές από τέτοιου είδους απάτες. Στο εξωτερικό βέβαια η συγκεκριμένη μορφή ηλεκτρονικού εγκλήματος αποτελεί ολοκληρωμένη μάστιγα. Πιο συγκεκριμένα, τον Μάρτιο του 2001 αξιωματούχοι του FBI ανακοίνωσαν ότι «εγκληματικές ομάδες από τη Ρωσία και την Ουκρανία κατόρθωσαν και υπέκλεψαν περισσότερους από 1.000.000 αριθμούς πιστωτικών καρτών από είκοσι πολιτείες των ΗΠΑ, σπάζοντας υπολογιστικά συστήματα εταιρειών ηλεκτρονικού εμπορίου και ηλεκτρονικών τραπεζικών συναλλαγών». Το 2000 καταγράφηκαν 8.000 επιθέσεις σε συστήματα ασφαλείας στην Αυστραλία, ενώ έχει κλαπεί μέχρι και ο αριθμός της πιστωτικής κάρτας του Κλίντον. Απαραίτητα εφόδια για τη διάπραξη τέτοιων παρανομιών είναι φυσικά υπολογιστές, ανάλογα λογισμικά προγράμματα, ψηφιακοί αναγνώστες που διαβάζουν τους κωδικούς στις μαγνητικές ταινίες των καρτών και άλλα παρόμοια εργαλεία. Μία παρόμοια μορφή απάτης που ανθίζει τα τελευταία χρόνια προέρχεται από τις υποθέσεις «βουτιάς στα σκουπίδια», το λεγόμενο «dumpster diving» στις ΗΠΑ ή το «bin raiding» στη Βρετανία. Είναι μία νέα διαδικασία «κατασκοπείας» μεταξύ τραπεζών αλλά και μία μέθοδος έρευνας για τις δικαστικές αρχές, αλλά αποτελεί και εργαλείο για τους επιτήδειους για κάθε λογής απάτες, που εκμεταλλεύονται προσωπικά δεδομένα πολιτών. Το πρόβλημα έγινε αντιληπτό και στη χώρα μας στις αρχές του 2005 από την Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων μετά από καταγγελίες της Πρωτοβουλίας Πολιτών ΣΕΑ, ότι αρχεία με προσωπικά δεδομένα πολιτών βρέθηκαν σε κάδους απορριμμάτων έξω από καταστήματα τραπεζών. Και αναφέρονται σε αντίγραφα εκκαθαριστικών σημειωμάτων πελατών, αντίγραφα ταυτοτήτων, αιτήσεις χορήγησης δανείων, δηλαδή για έγγραφα τα στοιχεία των οποίων θα μπορούσε να χρησιμοποιήσει ο οποιοσδήποτε για τη διάπραξη οικονομικής απάτης. Η Αρχή Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων έχει ήδη εκδώσει οδηγία που περιγράφει τη διαδικασία καταστροφής των έντυπων και ηλεκτρονικών αρχείων. Ο υπεύθυνος επεξεργασίας των αρχείων οφείλει να τοποθετεί τα προς καταστροφή αρχεία σε ειδικά σημεία και, είτε να τα τεμαχίζει σε λωρίδες ο ίδιος, είτε να τα παραδίδει με γραπτή εντολή σε υπεύθυνο για τεμαχισμό, ανακύκλωση ή πολτοποίηση. Για τα ηλεκτρονικά αρχεία (δισκέτες, dvd) αναφέρεται ότι η καταστροφή τους πρέπει να γίνεται είτε μέσω αλλοίωσης των δεδομένων με τη χρήση ειδικών προγραμμάτων, είτε με θρυμματισμό, κονιορτοποίηση και αποτέφρωσή τους. Στο εξωτερικό το dumpster diving θεωρείται το μέσο για σειρά τραπεζικών απατών και την υποκλοπή ευαίσθητων προσωπικών στοιχείων πολιτών. Σε σχετική έρευνα στην Αγγλία το 2002 εκ μέρους της εταιρείας αξιολόγησης πιστοληπτικής ικανότητας Experian, σε 400 κάδους νοικοκυριών βρέθηκε ότι μόνο στο 14% αυτών δεν υπήρχαν πληροφορίες χρήσιμες για έναν απατεώνα ενώ στα 2/5 βρήκαν ολόκληρους τους α-

ριθμούς πιστωτικών καρτών με ημερομηνία λήξης και το ονοματεπώνυμο του κατόχου. Ας είμαστε λοιπόν πιο προσεκτικοί με τους θησαυρούς που μπορεί κανείς να βρεί ακόμα και στα απορρίμμά μας.

Στην ευρύτερη έννοια του ηλεκτρονικού εγκλήματος υπάγονται και άλλες μορφές εγκληματικής συμπεριφοράς. Έτσι συναντάμε συκοφαντικές δυσφημήσεις γυναικών ή νέων κοριτσιών που βλέπουν τα ονόματά τους ή τις φωτογραφίες τους σε κοινή θέα να συνοδεύονται από χυδαία μηνύματα. Σεξουαλικές παρενοχλήσεις με SMS σε κινητά ή εκβιασμούς με μηνύματα. Βιομηχανική κατασκοπεία με ηλεκτρονικές αρπαγές βάσεων δεδομένων. Απάτες με ηλεκτρονικές αγορές και δημοπρασίες με αντικείμενα που ποτέ δεν έφτασαν στους αγοραστές τους. Μεταφορά και αποστολή ιών δηλαδή υποχθόνιων προγραμμάτων που καταστρέφουν υπολογιστικά συστήματα. Μορφές κοινού και οργανωμένου εγκλήματος, όπως ξέπλυμα χρήματος, λαθρεμπόριο τσιγάρων, ναρκωτικών, όπλων, εμπόριο γυναικών (trafficking). Μορφές ηλεκτρονικής τρομοκρατίας όπως διεισδύσεις σε υπολογιστικά συστήματα διαχείρισης υδάτινων πόρων, πύργων ελέγχων, κ.ά.

ΠΡΟΦΙΛ ΚΑΙ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΕΓΚΛΗΜΑΤΩΝ

Μέσα στα πλαίσια αυτής της όσο είναι δυνατόν συνοπτικής έρευνας για το ηλεκτρονικό έγκλημα, είναι πρόπον να αναφερθεί κανείς και στον ίδιο τον θύτη, τον ηλεκτρονικό εγκληματία, τον δράστη των παραπάνω ειδικότερων παρανομιών. Πιο συγκεκριμένα, τι είδους άνθρωποι είναι οι ηλεκτρονικοί εγκληματίες που εντοπίζονται και ποιο είναι το προφίλ τους.

Στο παρελθόν κακοποιά στοιχεία θεωρούσαμε κυρίως τους μη ενταγμένους, τους περιθωριοποιημένους, τους άνεργους, τους φυλακισμένους και γενικότερα τους στιγματισμένους. Σήμερα αυτό έχει αλλάξει, ο φόβος έχει μετατοπιστεί και σε άτομα «υπεράνω υποψίας», σε άτομα κοινωνικά ενταγμένα και επαγγελματικά αναγνωρισμένα. Οι περισσότεροι από αυτούς είναι συνηθισμένοι, καθημερινοί άνθρωποι της διπλανής πόρτας, που προδίδονται όμως από τις πράξεις και δραστηριότητές τους στο διαδίκτυο. Τα κυριότερα χαρακτηριστικά τους διαφαίνονται και εξωτερικά, πολλοί έχουν κουρασμένο και σκοτεινό βλέμμα, ειδικά οι λεγόμενοι «κράκερς», από τις ατέλειωτες ώρες μπροστά από την οθόνη ενός υπολογιστή. Ορισμένοι είναι και ωχροί και ευτραφείς λόγω των πολλών ωρών ακινησίας και άλλοι πάλι μπορεί να είναι ξεκομμένοι από τη ζωή, με αντικοινωνική συμπεριφορά, αδιαφορώντας για το αποτέλεσμα της δίκης τους όταν τελικά οι αρχές καταφέρνουν να τους εντοπίσουν. Αναμφίβολα οι πιο περίεργοι ηλεκτρονικοί εγκληματίες είναι αυτοί που επιδίδονται σε διακίνηση υλικού παιδικής πορνογραφίας, οι παιδόφιλοι του Internet, άτομα καθωσπρέπει και πάλι, αλλά με ανατριχιαστικές και αποκρουστικές πράξεις στο ενεργητικό τους.

Η ηθική φιλοσοφία των περισσότερων ηλεκτρονικών εγκληματιών ξεκινάει από την ηθική φιλοσοφία των ονομαζόμενων hackers, που στηρίζεται σε μία βασική αρχή:

«Η πρόσβαση στους υπολογιστές-και οτιδήποτε θα μπορούσε να σε διδάξει κάτι για τον τρόπο που ο κόσμος λειτουργεί- πρέπει να είναι απεριορίστη και απόλυτη».Επιμέρους προεκτάσεις της παραπάνω αυτής αρχής αποτελούν και κάποιες άλλες ιδεολογικές απόψεις των hackers. Έτσι υποστηρίζουν ότι οι πληροφορίες πρέπει να είναι ελεύθερες στον καθένα, ότι μπορεί να δημιουργηθεί τέχνη και ομορφιά στον υπολογιστή, ότι οι υπολογιστές μπορούν να αλλάξουν τη ζωή προς το καλύτερο και φυσικά δεν έχουν εμπιστοσύνη στην εξουσία αλλά πιστεύουν πολύ στην προώθηση της αποκέντρωσης. Ακόμα, θεωρούν ότι το τελευταίο πράγμα που χρειάζεται κανείς είναι μία γραφειοκρατία. Οι γραφειοκρατίες -επιχειρηματικές, κυβερνητικές, πανεπιστημιακές- είναι ελαττωματικά συστήματα, επικίνδυνα ως προς το ότι δεν είναι ικανές να φιλοξενήσουν τις ερευνητικές παρορμήσεις των αληθινών hackers, γιατί οι γραφειοκράτες κρύβονται πίσω από αυθαίρετους κανόνες, τους οποίους επικαλούνται με σκοπό να σταθεροποιήσουν την εξουσία, ενώ αντιλαμβάνονται την εποικοδομητική παρόρμηση των hackers σαν απειλή.

Η έννοια βέβαια των hackers δεν ήταν από την αρχή αρνητική. Υπήρξαν αρχικά τρεις γενιές που δεν είχαν σχέση με το πληροφορικό έγκλημα, παρόλη την συγγενική σχέση τους με τους μετέπειτα «εγκληματικούς» hackers. Η πρώτη γενιά περιλαμβάνει τους επιστήμονες που είχαν συμμετοχή στην ανάπτυξη των πρώτων μεθόδων προγραμματισμού υπολογιστών. Η δεύτερη αφορά εκείνους τους επιστήμονες που έθεσαν ως σκοπό τους τη μετάδοση της χρήσης της πληροφορικής τεχνολογίας στον ευρύτερο πληθυσμό. Και η τρίτη γενιά αναφέρεται στους προγραμματιστές που σχεδίασαν τις πρώτες αρχιτεκτονικές, πάνω στις οποίες θα αναπτύσσονταν στο κοντινό μέλλον τα ηλεκτρονικά παιχνίδια. Είναι η τέταρτη γενιά των hackers – γνωστών και ως crackers, cyberpunks – που αρχίζει να προσεγγίζει τις διάφορες πτυχές του hacking ως εγκληματικής πλέον συμπεριφοράς.

Έχουν επίσης αναπτυχθεί κάποιες φιλελεύθερες και ριζοσπαστικές απόψεις σχετικά με το ηλεκτρονικό έγκλημα, που αξίζει να αναφερθούν, όπως εκείνες των Dorothy E.Denning, John P. Barlow, R. J. Michalowski και E. H. Pfuhl. Η Dorothy E. Denning υποστήριζε ότι ενόψει αυτού του νέου τύπου εγκληματία, που έχει τη δυνατότητα καταστροφής της ηλεκτρονικής υποδομής, παραβίασης της ιδιωτικότητας και άσκησης βιομηχανικής κατασκοπίας, δεν είναι εύλογο οι εγκληματίες να αντιμετωπίζονται αποκλειστικά με ποινικά-κατασταλτικά μέσα αλλά με μία πιο ήπια αντιμετώπιση. Ειδικά σε ό,τι αφορά τις χωρίς εξουσιοδότηση προσβάσεις σε υπολογιστές πρέπει να αντιμετωπίζονται σε επίπεδο πταίσματος. Ακόμα διατυπώνει ορισμένες επιφυλάξεις για τον τρόπο δράσης των μυστικών υπηρεσιών, της ομοσπονδιακής αστυνομίας αλλά και των εισαγγελικών αρχών για την πάταξη τέτοιων μορφών εγκλημάτων. Η κουλτούρα αυτών των ατόμων που προβαίνουν σε τέτοιου είδους πράξεις, πρέπει να αναζητηθεί και να κατανοηθεί ξεκινώντας πρώτα από όλα από τα κίνητρά τους. Ο John P. Barlow μέσα από το έργο του "Crime and Puzzlement" απευθύνεται σε hackers, άλλοτε εκείνους που δραστηριοποιούνται στον κυβερνοχώρο μέσα σε πλαί-

σιο κοινωνικής δράσης, άλλοτε εκείνους που ακόμα δεν έχουν διαπράξει κάποια παράβαση και άλλοτε εκείνους των οποίων οι ενέργειες αρχίζουν να αντιμετωπίζονται ποινικά με την εμφάνιση των πρώτων νόμων. Στο σύνολό τους όλοι οι παραπάνω αντιμετωπίζουν αυτή την εμφάνιση νόμων ως αυθαιρεσία και επιβολή, πιστεύουν ότι οι μεγάλες επιχειρήσεις της πληροφορικής διεκδικούν αυθαίρετα τμήμα του κυβερνοχώρου και απαγορεύουν τη χρήση του ή τη διέλευση από αυτόν από τους πολίτες. Οι προτάσεις του Barlow συνίστανται καταρχάς στην προτροπή για σεβασμό και τήρηση των άτυπων συμβάσεων επικοινωνίας και κοινωνικότητας, καθώς και σε προτροπή για αποφυγή άμετρων αντιδράσεων. Και έπειτα στην ύπαρξη κοινότητας συμφερόντων με τους «αδελφούς» τους στον κυβερνοχώρο ενώ συμβουλεύει «...να τους οδηγήσουμε εθελοντικά σε νέους τρόπους, πιο φιλικούς για όλους...». Τέλος, οι R. J. Michalowski και E. H. Pfuhl υποστηρίζουν ότι η απουσία σαφών ελέγχων πάνω στην ηλεκτρονική πληροφορία είναι που είχε αρχίσει να προκαλεί μία αποσταθεροποίηση στις σχέσεις εξουσίας. Το ποιος παράγει ένα νέο αγαθό έχει δευτερεύουσα σημασία, πρωτεύουσα έχει το ποιος είναι ο ιδιοκτήτης του, ποιος το ελέγχει και το χρησιμοποιεί. Γι' αυτό και το hacking αναβαθμίστηκε σε έμβλημα του πληροφορικού εγκλήματος. Πρέπει, λοιπόν, να αναπτυχθούν νέοι και σαφέστεροι νόμοι. Το να κλέψει κάποιος τον εργοδότη του με χρήση της πληροφορικής τεχνολογίας λίγο-πολύ μπορεί να αντιμετωπιστεί με την υπάρχουσα νομοθεσία, αλλά το να έχει κάποιος τη δυνατότητα πρόσβασης σε αρχεία επιχείρησης ή του κράτους είναι που τρομάζει πιο πολύ και δημιουργεί νέους κινδύνους. Γι' αυτό προτείνουν οι Michalowski και Pfuhl τη ρύθμιση με επάρκεια και σαφήνεια των κανόνων ιδιοκτησίας και ιεραρχημένης εξουσίας και την παρέμβαση του νομοθέτη για ποινικοποίηση της ελεύθερης πρόσβασης στην πληροφορία και τη γνώση.

ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΚΑΙ ΠΡΟΛΗΨΗ

Για την σωστή αντιμετώπιση και την έγκαιρη πρόληψη αυτών των νέων μορφών εγκληματικότητας αποτελεί προϋπόθεση να αναφερθούν ενδεικτικά τα προβλήματα που αυτομάτως συνεπάγεται το ηλεκτρονικό έγκλημα και οι επιμέρους κατηγορίες του. Όπως αναφέρει ο Αντεισαγγελέας Εφετών Αθηνών, κ. Ιωάννης Εμμ. Αγγελής, σε σχετικό του άρθρο («*Ηλεκτρονικό έγκλημα και απονομή της ποινικής δικαιοσύνης*», Ποιν. Δικ. 8-9/2005 έτος 8ο), τα κυριότερα προβλήματα διακρίνονται σε προβλήματα γενικής φύσεως, αυτά κατά την προδικασία και σε εκείνα κατά την κύρια διαδικασία. Η πρώτη κατηγορία αφορά την δυσκολία που έχει ο συνδυασμός τεχνικών και νομικών γνώσεων, καθώς και το πρόβλημα γενικά της νομικής ορολογίας. Είναι απαραίτητη η ύπαρξη νομικών αλλά και τεχνικών γνώσεων γύρω από το ηλεκτρονικό έγκλημα και τη σύγχρονη τεχνολογία, σε θέματα γνώσεων, είτε πάνω σε υπολογιστές, είτε διαδικτύου. Είναι αδύνατο να ασχοληθεί κανείς, δικηγόρος, δικαστής, εισαγγελέας, με το ηλεκτρονικό έγκλημα χωρίς να έχει βασικές τεχνικές γνώσεις και να καταφέρει να τις συνδυάσει με αντίστοιχες νομικές. Επιπλέον ένα δυσκολότερο πρό-

βλημα είναι αυτό της ορολογίας, δεδομένου ότι οι περισσότεροι- αν όχι όλοι- τεχνικοί όροι είναι σε αγγλική γλώσσα. Είναι λοιπόν δέον να συνδυαστούν νομικοί και τεχνικοί όροι με αντίστοιχη κατανόηση της εκάστοτε γλώσσας.

Όσον αφορά τα προβλήματα κατά την προδικασία, ο κ. Αγγελής τα χωρίζει σε δυσχέρειες κατά την άσκηση της ποινικής δίωξης, κατά τη συλλογή και διατήρηση του αποδεικτικού υλικού, έλλειψη ειδικών γνώσεων των προανακριτικών υπαλλήλων και στο πρόβλημα της συμμετοχής του ιδιώτη κατά τη διενέργεια προανακριτικών πράξεων. Οι δυσχέρειες κατά την άσκηση της ποινικής δίωξης οφείλονται κατά κύριο λόγο στην έλλειψη των απαιτούμενων γνώσεων από τον εισαγγελέα που θα ασκήσει την ποινική δίωξη, με αποτέλεσμα να οδηγείται σε εσφαλμένη ποινική δίωξη και συνεπώς σε εσφαλμένη δικαστική απόφαση. Ένα πολύ σημαντικό ακόμα στάδιο της διερεύνησης μίας εγκληματικής πράξης είναι αυτό της συλλογής του αποδεικτικού υλικού, που και σ' αυτό υπάρχουν δυσκολίες, αν αναλογιστεί κανείς ποιο είναι το αντικείμενο της έρευνας. Στο ηλεκτρονικό έγκλημα το αντικείμενο βρίσκεται συνήθως σε υπολογιστές, εγκατεστημένους σε διάφορα μέρη, ενώ σε κάποιο κοινό έγκλημα το αντικείμενο είναι ως επί το πλείστον ορατό. Ο τόπος τέλεσης επίσης είναι ένα επιπρόσθετο πρόβλημα, αφού η ίδια αξιόποινη πράξη μπορεί να διαπράττεται ταυτόχρονα σε πολλά μέρη, ενώ δύσκολη θεωρείται και η διατήρηση του αποδεικτικού υλικού, ώστε να μην καταστραφεί και να αξιολογηθεί σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο. Αναγκαίοι επίσης παράγοντες κρίνονται και οι εξής: η ταχύτητα ενέργειας του προανακριτικού υπαλλήλου, η παρατηρητικότητα του, η χρήση τεχνικών μέσων, ηλεκτρονικών συσκευών και άλλων τεχνικών εξαρτημάτων, καθώς και η συμβολή του παροχέα υπηρεσιών (Internet Service Provider) στην ασφάλεια και μυστικότητα του διαδικτύου, δεδομένου ότι όλα τα στοιχεία περνούν από τις εγκαταστάσεις του. Ακόμα πρόβλημα δημιουργεί πολλές φορές και η ίδια η συμμετοχή των ιδιωτών στην έρευνα των αξιόποινων πράξεων και κυρίως η απροθυμία τους να καταγγείλουν τις εναντίον τους πράξεις. Οι λόγοι αυτής της απροθυμίας τους είναι κυρίως η αμφισβήτησή τους για την υποδομή και τις γνώσεις των αρμόδιων αρχών, αλλά και ο φόβος τους για τη φήμη και τη μείωση της επαγγελματικής τους δραστηριότητας, αν σκεφτεί κανείς ότι θύματα γίνονται συχνά τράπεζες, εταιρίες και πολλοί οργανισμοί.

Τέλος, δημιουργείται και ένα βασικό πρόβλημα κατά την κύρια διαδικασία, αυτό της ηλεκτρονικής απόδειξης στο ακροατήριο. Ηλεκτρονική απόδειξη θεωρείται το σύνολο των ενεργειών μέσω των οποίων ο αρμόδιος φορέας αξιολογεί τα αποδεικτικά μέσα για να διαμορφώσει μία δικανική πεποίθηση περί τελέσεως ή μη ενός ηλεκτρονικού εγκλήματος. Οπωσδήποτε απαιτούνται σχετικές πραγματογνωμοσύνες και καταθέσεις μαρτύρων με εξειδικευμένες γνώσεις για την εκτίμηση και αξιολόγηση αυτού του δύσκολου αποδεικτικού μέσου, στο στάδιο πλέον της διαδικασίας στο ακροατήριο. Όμως και πάλι προκύπτει η ανάγκη κατανόησης των θεμάτων από το ίδιο το Δικαστήριο και αυτό μπορεί να γίνει μόνο με τις βασικές γνώσεις της τεχνολογίας του ηλεκτρονικού υπολογιστή.

Σαφέστατα γίνεται κατανοητό από τα παραπάνω ότι για την αντιμετώπιση τέτοιων εξειδικευμένων μορφών εγκληματικότητας, είναι αναγκαίο να λάβει η πολιτεία και το κράτος κάποια ουσιαστικά μέτρα. Γι’ αυτό το λόγο ο κ. Αγγελής προτείνει μία σειρά από μέτρα, όπως την οργάνωση ταχύρρυθμων σεμιναρίων από νομικούς και τεχνικούς σε δικαστήρια της χώρας για την εξοικίωση των Δικαστικών και Εισαγγελικών Λειτουργών με τις βασικές έννοιες. Επιβάλλεται ακόμα η οργάνωση πιο αναλυτικών σεμιναρίων στη Σχολή Μετεκπαίδευσης Δικαστικών Λειτουργών, όπως επίσης και η δημιουργία ξεχωριστού μαθήματος διδασκαλίας στη Σχολή Δικαστών για την κατανόηση και χρήση της σύγχρονης τεχνολογίας και για το πώς αυτή δημιουργεί το έδαφος και τις προϋποθέσεις για την ανάπτυξη μορφών ηλεκτρονικής εγκληματικότητας. Είναι ακόμα αναγκαίο, σ’ αυτόν τον νέο κλάδο εγκλημάτων, να παραχθεί νομολογία όπως επίσης να ψηφιστεί ειδική νομοθεσία για θέματα διαδικτύου, που να ρυθμίζει τη συμπεριφορά των χρηστών του, πράγμα που δεν υπάρχει στην Ελλάδα. Και με το να εκδικαστούν όσον το δυνατόν περισσότερες υποθέσεις, θα παραχθεί νομολογία και θα έχει γίνει ένα σημαντικό βήμα για την καταπολέμηση ηλεκτρονικού εγκλήματος.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ-ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Η εξέλιξη της τεχνολογίας, από την άποψη της ανάπτυξης και προαγωγής του πολιτισμού και της ανθρώπινης κοινωνίας, είναι σημαντική και θετική. Επειδή, όμως, κάθε ζήτημα μπορεί να έχει και τη θετική και την αρνητική του όψη, είναι εύλογο ότι η αλόγιστη και κακόπιστη χρήση των τεχνολογικών μέσων μπορεί να οδηγήσει σε εμφάνιση φαινομένων και δημιουργία εγκληματικών δραστηριοτήτων, που κάθε άλλο παρά θετικές συνέπειες έχουν για την κοινωνία και τον πολιτισμό. Η σημερινή πραγματικότητα διαψεύδει όσους πιστεύουν ακόμα, ότι το ηλεκτρονικό έγκλημα αποτελεί «το έγκλημα του μέλλοντος». Είναι «το έγκλημα του παρόντος». Και γι’ αυτό επιτάσσεται και επιβάλλεται ακόμα περισσότερο, η θέσπιση μέτρων όχι μόνο καταστολής αλλά και πρόληψης και μάλιστα άμεσης, χωρίς καθυστερήσεις. Το ηλεκτρονικό έγκλημα δεν περιμένει, αναπτύσσεται, χωρίς να το αντιλαμβανόμαστε, πολύ γρήγορα.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ



- «Ηλεκτρονικό έγκλημα και απονομή της ποινικής δικαιοσύνης», Ιωάννη Εμμ. Αγγελή, Αντεισαγγελέα Εφετών Αθηνών, Ποιν. Δικ. τεύχος 8-9/2005
- «Ζούμε σε μία οριακή κοινωνία, όπου όλα επιτρέπονται, όλα δοκιμάζονται...», Μαρία Δέδε, ιστοσελίδα Ελευθεροτυπίας.
- «Αντικοινωνικοί οι εγκληματίες του Internet», Κώστας Κυριακόπουλος, ιστοσελί-

δα Ελευθεροτυπίας, 26/9/2005.

- «Οι hackers και η φιλοσοφία τους – Ποιος ποινικοποιεί δράσεις στο Δίκτυο», Γρηγόρης Λάζος, Internet, 27/11/2001.

- «Πώς γίνονται σήμερα οι τηλεφωνικές υποκλοπές σε σταθερά και κινητά», Κώστας Κυριακόπουλος και Άρης Χατζηγεωργίου, ιστοσελίδα της Ελευθεροτυπίας, 5/3/2005.

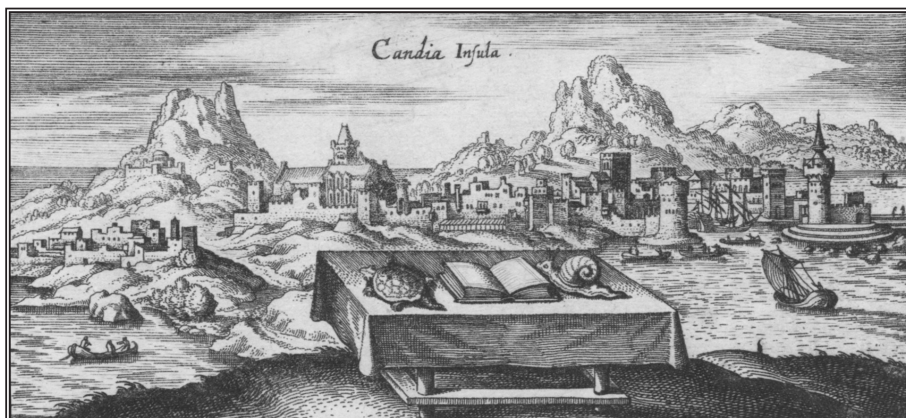
- «Το Δίκτυο των παρανόμων», Γιώργος Μαρινέλλος και Κώστας Κυριακόπουλος, Internet, 27/11/2001.

- «Τυφλή η Θέμιδα στο Διαδίκτυο», Αγγελική Μπουμπούκα, ιστοσελίδα της Κυριακάτικης Ελευθεροτυπίας, 19/2/2006.

- «Ευρώπη: 10.000 οι ψηφιακοί Ντιτρού», Κώστας Κυριακόπουλος, ιστοσελίδα της Ελευθεροτυπίας, 17/7/2003.

NΟΜΟΛΟΓΙΑ





ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 202/2006

*Πρόεδρος: Αντώνιος Αθηναίος (Πρόεδρος Εφετών),
Δικαστές: Ερμούνη Περάκη, Στυλιανός Γωνιωτάκης (Εισηγητής)
Δικηγόροι: Γεώργιος Γιαχνάκης, Εμμανουήλ Καρύδης*

Άρθρα 216 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ 158, 173, 722, 847, 850 παρ. 1, 851, 856 Α.Κ. σε συνδυασμό με 455, 158, 460, 662 Α.Κ.

Ο εγγυητής που ικανοποίησε τον δανειστή έχει δικαίωμα αγωγής κατά του πρωτοφειλέτη, υφίσταται δε μεταξύ τους έννομη (εσωτερική) σχέση όπως είναι η σύμβαση εντολής. Η σύμβαση εντολής μπορεί να συναφθεί και σιωπηρώς. Για το ορισμένο της αγωγής του εγγυητή κατά του πρωτοφειλέτη απαιτείται να εκτίθενται όχι μόνο τα στοιχεία της συμβάσεως εγγυήσεως, αλλά και εκείνα που είναι απαραίτητα για τη στήριξη υπάρξεως κυρίας οφειλής.

Από τις συνδυασμένες διατάξεις άρθρων 111 παρ. 2, 118 αρ. 4 και 216 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ προκύπτει ότι το δικόγραφο της αγωγής πρέπει να περιέχει σαφή έκθεση των γεγονότων που απαιτούνται για τη νομική θεμελίωσή της. Εξ άλλου από το άρθρο 858 του Α.Κ. προκύπτει ότι ο εγγυητής ο οποίος ικανοποίησε το δανειστή δικαιούται να στραφεί με αγωγή κατά του πρωτοφειλέτη και να ζητήσει να του πληρώσει το ποσό που κατέβαλλε το δανειστή, μόνο αν έχει δικαίωμα αναγωγής κατ' αυτού, ήτοι εφόσον μεταξύ αυτού και του πρωτοφειλέτη υφίσταται

έννομη (εσωτερική) σχέση η οποία παρέχει σ' αυτόν σχετικό δικαίωμα. Τέτοια έννομη σχέση είναι και η σύμβαση της εντολής που παρέχει στον εντολοδόχο το δικαίωμα να ζητήσει από τον εντολέα οτιδήποτε δαπάνησε για την κανονική εκτέλεσή της (άρθρο 722 Α.Κ.). Η σύμβαση της εντολής μπορεί να συναφθεί και σιωπηρώς (άρθρα 158, 173 Α.Κ.) λόγω δε του προσωπικού και εμπιστευτικού χαρακτήρα της, ο εντολοδόχος μπορεί να αναλάβει τη διεξαγωγή της υποθέσεως του εντολέα, είτε ύστερα από παράκλησή του, είτε ακόμη και από δική του

πρωτοβουλία, εφόσον ο εντολέας γνωρίζει τούτο και δεν αντιλέγει. Από δε τις συνδυασμένες διατάξεις άρθρων 847, 850 παρ. 1, 851 του Α.Κ. προκύπτει ότι η σύμβαση εγγύησης προϋποθέτει την ύπαρξη κυρίας οφειλής γι' αυτό και κατά τα άρθρα 216 παρ. 1, 118 του Κ.Πολ.Δ για το ορισμένο της αγωγής του εγγυητή κατά του πρωτοφειλέτη εφόσον ο εγγυητής έχει δικαίωμα αναγωγής πρέπει να εκτίθενται σ' αυτή όχι μόνο τα απαραίτητα στοιχεία της συμβάσεως εγγύησης αλλά και τα απαραίτητα προς στήριξη της υπάρξεως της κυρίας οφειλής ήτοι εκείνα που απαιτούνται για την έγερση της αγωγής του δανειστή κατά του πρωτοφειλέτη (Α.Π. 1892/1984 ΝοΒ 33.1555 Α.Π. 1614/1999 ΝοΒ 41.382).

Περαιτέρω από τις συνδυασμένες διατάξεις άρθρων 455, 158, 460-462 του Α.Κ. προκύπτει ότι με τη σύμβαση της εκχωρήσεως ο δανειστής, ήτοι ο εκχωρητής μεταβιβάζει στον εκδοχέα την ενοχική απαίτησή του χωρίς τη συναίνεση του οφειλέτη. Ο εκδοχέας αποκτά δικαίωμα επί της απαίτησης έναντι του οφειλέτη από την αναγγελία της εκχώρησης στον οφειλέτη που γίνεται, είτε από τον ίδιο τον εκδοχέα, είτε και από τον εκχωρητή (Α.Π. 201/2003 Ελλ.Δ/νη 45.750). Στοιχεία επομένως της βάσεως της αγωγής του εκδοχέα κατά του οφειλέτη είναι α). η σύμβαση της εκχώρησης β). η ιδιότητα του εκχωρητή ως δανειστή της απαίτησεως και γ). η αναγγελία της εκχώρησεως στον οφειλέτη που μπορεί να γίνει και με την επίδοση της αγωγής του εκδοχέα στον οφειλέτη για την καταβολή της απαίτησης που εκχωρήθηκε σ' αυτόν, χωρίς να είναι αναγκαίο να αναγράφεται στην αγωγή ρητώς η μνεία της αναγγελίας (Γεωργ. Σταθόπουλος Αστικός Κώδιξ στο άρθρο 460 σημ. 25, Α.Π. 836/1993 Ελλ.Δ/νη 37.114). Από τις ίδιες δε διατάξεις σε συνδυασμό με άρθρα 216 παρ. 1, 118 του

Κ.Πολ.Δ. προκύπτει ότι η σύμβαση εκχώρησης προϋποθέτει την ύπαρξη της οφειλής από μέρους του οφειλέτη στον εκχωρητή, ήτοι την ύπαρξη της απαίτησης και για το ορισμένο της αγωγής του εκδοχέα της απαίτησης κατά του οφειλέτη πρέπει να εκτίθενται σ' αυτή τα απαραίτητα στοιχεία αυτής (Α.Π. 836/1993 ο.π) κατά τρόπο σαφή και ορισμένη. Τέλος η αγωγή από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό άρθρου 904 επ. του Α.Κ. τόσο από ουσιαστική όσο και από δικονομική άποψη έχει επιβοηθητικό ή επικουρικό χαρακτήρα και μπορεί να ασκηθεί αν λείπουν οι προϋποθέσεις της αγωγής από σύμβαση ή αδικοπραξία. Έτσι αν αυτή στηρίζεται στα ίδια πραγματικά περιστατικά στα οποία θεμελιώνεται η αγωγή από σύμβαση ή αδικοπραξία είναι νομικά αβάσιμη, γιατί αφού υπάρχει σύμβαση ή αδικοπραξία, ο ενάγων δύναται να ασκήσει τις αξιώσεις του από αυτές και δεν μπορεί να προσφύγει στην επικουρική αγωγή του αδικαιολογήτου πλουτισμού (Α.Π. 222/2003 Ελλ.Δ/νη 45.475).

Η ενάγουσα με την αγωγή της εκθέτει ότι την 20-10-1999 ο εναγόμενος συνήψε με τη χρηματιστηριακή εταιρεία «Ν. Δ. Α.....» που εδρεύει στην Αθήνα σύμβαση παροχής επενδυτικών υπηρεσιών και την αυτή ημερομηνία με την ίδια (ενάγουσα) ατομικά σύμβαση παροχής υπηρεσιών διαμεσολάβησης και με βάση αυτή ανέλαβε την υποχρέωση να λαμβάνει και να διαβιβάζει στην ως άνω χρηματιστηριακή εταιρεία εντολές του εναγομένου για αγορά ή πώληση τίτλων μετοχών ή άλλων χρηματιστηριακών πραγμάτων. Ότι την 22-8-2000 σταμάτησε η συνεργασία μεταξύ της χρηματιστηριακής εταιρείας «Ν. Δ. Α.....» και του εναγομένου και από τις μεταξύ τους συναλλαγές και εκείνες του αδελφού του Ι. Ζ. με τη χρηματιστηριακή εταιρεία που περιλαμ-

βάνονται στις καρτέλες συναλλαγών με την ως άνω χρηματιστηριακή εταιρεία, που ενσωματώθηκαν στην αγωγή και εκτελούν ένα σώμα με αυτή, προέκυψε οφειλή για τον εναγόμενο 6.058.084 δραχμών ήτοι 17.778,60 ευρώ. Ότι αυτή (ενάγουσα) την 8-6-2000 με σύμβαση που συνήψε με την χρηματιστηριακή εταιρεία «Ν. Δ. Α.....» εγγυήθηκε ως αυτοφειλέτης τη καταβολή του ποσού αυτού στην ανωτέρω εταιρεία αφού παραιτήθηκε της ενστάσεως διζήσεως και το μήνα Οκτώβριο 2000 κατέβαλλε σ' αυτή το ποσό τούτο και υποκαταστάθηκε στα δικαιώματά της. Ζητεί δε η ενάγουσα να υποχρεωθεί ο εναγόμενος να της καταβάλλει το ποσό των 17.778,60 ευρώ που της οφείλει κατά τις διατάξεις περί εγγυήσεως, άλλως κατά τις διατάξεις της εκχώρησης χρέους και επικουρικός κατά τις διατάξεις του αδικαιολογήτου πλουτισμού, εντόκως από υπερημερίας του. Η αγωγή με το περιεχόμενο αυτό κατά την επικαλούμενη πρώτη κυρία βάση της εγγύησης με την έννοια του δικαιώματος εξ αναγωγής, λόγω καταβολής εκ μέρους της ενάγουσας ως εγγυήτριας της αγωγικής οφειλής εναγομένου, στην προαναφερθείσα χρηματιστηριακή εταιρεία, είναι αόριστη κατ' άρθρο 216 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ εφόσον η ενάγουσα δεν επικαλείται την έννομη εσωτερική σχέση, η οποία της παρέχει το δικαίωμα να ζητήσει από τον εναγόμενο το ποσό που αυτή κατέβαλλε στην δανείστρια χρηματιστηριακή εταιρεία. Και ναι μεν η ίδια ενάγουσα επικαλείται όπως προλέχθηκε την κατάρτιση μεταξύ αυτής και του εναγομένου σύμβασης που αφορούσε τη λήψη και διαβίβαση εντολών του εναγομένου προς τη χρηματιστηριακή εταιρεία και αναφέρεται στην αγωγή για αγορά και πώληση τίτλων επί της οποίας εφαρμόζονται οι διατάξεις περί εντολής του Α.Κ., πλην όμως δεν

μπορεί να θεωρηθεί ότι αυτή η εντολή του εναγομένου προς την ενάγουσα περιελάμβανε και την υποχρέωση της τελευταίας να εγγυάται υπέρ αυτού προς την ως άνω χρηματιστηριακή εταιρεία (δανείστρια) ότι θα καταβάλει τυχόν οφειλές του προς εκείνη (χρημ/κή εταιρεία) προερχόμενες από τη μεταξύ τους σύμβαση παροχής επενδυτικών υπηρεσιών. Περαιτέρω δεν εκθέτει αυτή στην αγωγής της σαφώς και ορισμένως την απαίτηση της δανείστριας χρηματιστηριακής εταιρείας κατά τα επί μέρους στοιχεία της, την οποία μάλιστα και με οφειλές του αδελφού του εναγομένου Ζ. Ι. σ' αυτή, χωρίς καμία διευκρίνιση.

Συγκεκριμένα αυτή (ενάγουσα) έχοντας ενσωματώσει στην αγωγή της, ώστε να καταστούν ένα σώμα με εκείνη τις καρτέλες κίνησης των συναλλαγών του εναγομένου με την χρηματιστηριακή εταιρεία, από τις οποίες όμως η πρώτη αφορά τον Ζ. Ι. μη διάδικο και οι λοιπές τρεις τον εναγόμενο, διαλαμβάνει στην ως άνω αγωγή της, συναλλαγές και του ανωτέρω μη διαδίκου και του εναγομένου με τη χρηματιστηριακή εταιρεία που αναφέρεται σ' αυτή (αγωγή) καθόλο το επίδικο χρονικό διάστημα, χωρίς όμως να διευκρινίζει εάν κατά την εξαγωγή κάθε προοδευτικού υπολοίπου από κάθε συναλλαγή και τελικά του τελικού χρεωστικού σε βάρος του εναγομένου χρεωστικού υπολοίπου των 6.058.084 δρχ. έχουν συνυπολογιστεί ή όχι στις συναλλαγές του εναγομένου και οι συναλλαγές που είχε με την ως άνω χρηματιστηριακή εταιρεία και ο μη διάδικος (αδελφός εκείνου) σε τμήμα του ως άνω χρονικού διαστήματος με συνέπεια στη πρώτη περίπτωση (του συνυπολογισμού) να δημιουργείται σύγχυση και ασάφεια και ως προς το εκάστοτε μετά από κάθε ιστορούμενη συναλλαγή, εξαγόμενο προοδευτικό υπόλοιπο και συ-

νακόλουθα και ως προς το τελικά εξαχθέν χρεωστικό υπόλοιπο των 6.058.084 δρχ. που κατέβαλε η ενάγουσα κατά τους ισχυρισμούς της στην εκτεθείσα χρημ/κή εταιρεία και έτσι υποκαταστάθηκε στα δικαιώματά της έναντι του εναγομένου και το οποίο αποτελεί την αγωγική της απαίτηση. Η ανωτέρω δε αοριστία εμποδίζει τον εναγόμενο να αμυνθεί και το Δικαστήριο να διατάξει τις δέουσες αποδείξεις. Και ναι μεν η ενάγουσα για πρώτη φορά με τις προτάσεις της που κατέθεσε ενώπιον του παρόντος Δικαστηρίου (δευτεροβαθμίου) επιχειρώντας να θεραπεύσει την ως άνω αοριστία επικαλείται ότι από παραδρομή ενσωματώθηκε η πρώτη καρτέλα η οποία αφορά συναλλαγές του μη διαδίκου αδελφού του εναγομένου με την ανωτέρω χρηματιστηριακή εταιρεία, αντί γι' αυτή του τελευταίου (εναγομένου) την οποία και προσκομίζει, και ότι η ενσωμάτωση της πρώτης καρτέλας του μη διαδίκου στην αγωγή δεν επηρεάζει την κίνηση του λογαριασμού. Πλην αυτή η επίκληση και συνακόλουθα η απόπειρα θεραπείας της αοριστίας της αγωγής ως προς το ζήτημα αυτό με την οποία εάν θεωρεί η ενάγουσα ότι δεν συνυπολογίστηκαν οι συναλλαγές του μη διαδίκου στην εξαγωγή του εκάστοτε προοδευτικού υπολοίπου και του τελικά εξαχθέντος χρεωστικού υπολοίπου, σε βάρος του εναγομένου, από τις συναλλαγές που είχε αυτός με την χρηματιστηριακή εταιρεία χωρίς και πάλι να το διευκρινίζει με σαφήνεια, είναι ανεπίτρεπτη, εφόσον έλαβε χώρα, όπως προεκτάθηκε για πρώτη φορά, ενώπιον του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου. Ομοίως ανεπίτρεπτη είναι και η παραπομπή της ενάγουσας για τις συναλλαγές του εναγομένου που περιλαμβάνονται στη μη ενσωματωθείσα στην αγωγή καρτέλα του, την οποία επικαλείται και προσκομίζει στο

δευτεροβάθμιο (παρόν) Δικαστήριο ως έγγραφο πλέον.

Εξ άλλου για τους ίδιους ανωτέρω λόγους αόριστη κατ' άρθρο 216 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ είναι η αγωγή και κατά την άλλη βάση της επικουρικής, της συμβάσεώς της εκχωρήσεως εφόσον και στην περίπτωση αυτή η εκχωρουμένη απαίτηση κατά τα επί μέρους στοιχεία της ενόψει και των οφειλών του αδελφού του εναγομένου σ' αυτή που δεν διευκρινίζονται, είναι ασαφής και έτσι δεν μπορεί και στην περίπτωση αυτή να αμυνθεί ο εναγόμενος, ούτε και να ταχτούν οι δέουσες αποδείξεις. Είναι τέλος απορριπτέα η αγωγή σύμφωνα με τα προεκτεθέντα και ως προς την δεύτερη επικουρική βάση της, του αδικαιολογήτου πλουτισμού ως μη νόμιμη εφόσον αυτή στηρίζεται στα ίδια πραγματικά περιστατικά που θεμελιώνεται η αγωγή από την επικαλουμένη σύμβαση, χωρίς προς τούτο να επικαλείται η ενάγουσα ανυπαρξία σύμβασης ή ακυρότητα αυτής καθών και αδικοπραξίας, ώστε να δικαιολογείται η έγερση της αγωγής του αδικαιολογήτου πλουτισμού ανεξαρτήτως του ότι η αγωγή και κατά αυτή την επικουρική βάση της είναι και αόριστη κατ' άρθρο 216 παρ. 1 του Κ.Πολ.Δ αφού η απαίτηση (παροχή) κατά τα επί μέρους στοιχεία της ενόψει και των επικαλουμένων οφειλών του αδελφού του εναγομένου που δεν διευκρινίζονται είναι ασαφής σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν στις αμέσως παραπάνω σκέψεις. Μετά απ' αυτά η αγωγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της και να καταδικαστεί η ενάγουσα λόγω της ήττας της κατ' άρθρο 176, 183 του Κ.Πολ.Δ στα δικαστικά έξοδα του εναγομένου του παρόντος βαθμού δικαιοδοσίας, όπως ορίζεται στο διατακτικό, αφού στον πρώτο βαθμό αυτής (εναγόμενος) δεν υποβλήθηκε σε κανένα έξοδο, εφόσον δεν παραστάθηκε.

ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑ

Εφ'ετείο Αθηνών - 5959/1995

Πρόεδρος: Γεώργιος Βρέττας (Πρόεδρος Εφετών),

Δικαστής: Γεώργιος Χλαμπουτάκης (Εισηγητής)

Δικηγόροι: Νικόλαος Κολιόπουλος, Ιωάννης Ψωμάς, Ολυμπία Παναγιωτοπούλου

Άρθρα 241, 226 παρ. 4 της Κ.Πολ.Δ, 20 παρ. 2 Συντάγματος.

Πολιτική Δικονομία. Αναβολή της συζήτησης και σημείωση αυτής στο πινάκιο. Δεν απαιτείται νέα κλήτευση του αντιδίκου που απουσίαζε. Επί διαδοχικών αναβολών ισχύει η πλασματική κλήτευση.

Με τη διάταξη του άρθρ. 226 παρ. 4 Κ.Πολ.Δ. ορίζονται τα ακόλουθα: «Ο Δικαστής που διευθύνει τη συζήτηση σημειώνει στο πινάκιο αν η συζήτηση έγινε κατ' αντιμωλία ή ερήμην ή αναβλήθηκε ή ματαιώθηκε. Όταν η υπόθεση πρόκειται να συζητηθεί και πάλι, η κλήση για συζήτηση εγγράφεται στο πινάκιο σύμφωνα με τους ορισμούς των προηγούμενων άρθρων... Κλήση του διαδίκου για εμφάνιση στη δικάσιμο αυτή δεν χρειάζεται και η αναγραφή της υπόθεσης στο πινάκιο ισχύει ως κλήτευση όλων των διαδίκων», ενώ με τη διάταξη του άρθρ. 241 του ίδιου κώδικα ότι: «και αν ακόμη κατατέθηκαν έγκαιρα οι προτάσεις και τ' αποδεικτικά έγγραφα μπορεί ύστερα από αίτηση διαδίκου ν' αναβληθεί κάθε συζήτηση της υποθέσεως μόνο για μια φορά σε μεταγενέστερη δικάσιμο, εφόσον υπάρχει σπουδαίος, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, λόγος, με απλή σημείωση στο πινάκιο μαζί με αναφορά της ημέρας της δικάσιμου που ορίσθηκε». Από τις διατάξεις αυτές δεν προκύπτει με σαφήνεια αν και κατά πόσον η ρύθμιση του άρθρ. 226 παρ. 4 Κ.Πολ.Δ, δηλαδή η πλασματική κλήτευση ισχύει και στην περίπτωση διαδοχικών αναβολών της υποθέσεως από το πινάκιο. Τούτο πρέπει να γίνει δεκτό, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, για τους ακόλουθους λόγους: 1) Γιατί η κατά πλάσμα δικαίου κλήτευση του άρθρ. 226 παρ. 4

δεν συνδέεται στο νόμο με τον αριθμό της χορηγουμένης αναβολής, αφού στην επίμαχη διάταξη δεν γίνεται διάκριση μεταξύ μιας ή περισσοτέρων αναβολών. Η προϋπόθεση της κλητεύσεως και συνακόλουθα της γνώσεως του απόντος διαδίκου για τη διεξαγόμενη διαδικασία, που επιβάλλεται από τις διατάξεις των άρθρων 110 παρ. 2, 228 Κ.Πολ.Δ. και 20 παρ. 1 του Συντάγματος, εξασφαλίζεται με τη νομότητα και εμπρόθεσμη κλήτευσή του για την α' δικάσιμο κατά την οποία χορηγήθηκε η αρχική αναβολή. Εάν συντρέχει η προϋπόθεση αυτή παραμένει ακέραιη και ακώλυτη η δυνατότητα του απόντος διαδίκου να πληροφορηθεί από το πινάκιο ευχερώς και ασφαλώς, σε περίπτωση πρώτης ή και επόμενης αναβολής, τη διαδικαστική τύχη και πορεία της υποθέσεως. 2) Γιατί η παράβαση της διάταξης του άρθρ. 241 του ίδιου κώδικα κατά την οποία μόνο για μια φορά επιτρέπεται η αναβολή της συζήτησεως της υποθέσεως σε μεταγενέστερη δικάσιμο, δε συνεπάγεται ακυρότητα της διαδικαστικής πράξεως της β', γ' και παραπέρα αναβολής της αιτήσεως, αφού ούτε από αυτή, ούτε από άλλη διάταξη του Κ.Πολ.Δ προκύπτει ότι την τήρηση της διατάξεως αυτής απαιτεί ρητά ο νόμος με την ποινή της ακυρότητας και η παράβαση της διατάξεως αυτής δε στηρίζει κάποιο λόγο αναιρέσεως ή αναψηλαφήσεως, ενώ σε περίπτωση βλάβης ωτό την ανα-

βολή του ερήμην δικαζομένου, αυτός μπορεί να προτείνει την εκ τούτου ακυρότητα της αναβολής και συνακόλουθα και της, μετά τη δεύτερη και παραπέρα αναβολή, συζητήσεως της υποθέσεως ερήμην αυτού, με την άσκηση κατά της ερήμην αυτού αποφάσεως του ενδίκου μέσου της ανακοπής ερημοδικίας και 3) Γιατί με τη χορήγηση άλλε-

πάλληλων αναβολών εύλογη δημιουργείται στον παραστάτη διάδικο η πεποίθηση, ότι συννόμως εχώρησαν και ότι κατά πλάσμα δικαίου κλητεύθηκε ο απολιπόμενος διάδικος με την εγγραφή στο πινάκιο της νέας δικασίμου (Α.Π. 566/1994, μειοψηφία στις ΕΑ 5454/1994 Αρμ 1995 σελ. 366, ΕΑ 2183/1993 Δίκη 1994, 285 και σχόλια κάτω από αυτές.

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Τακτική Διαδικασία) - Αριθ. 189/2006

Δικαστής: Ειρήνη Μπούρα (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Γεώργιος Φραγκούλης, Ειρήνη Σαραντουλάκη

Άρθρα 94 παρ. 1 του Συντάγματος 1 παρ. 2 Ν. 1406/1983 265 - 269 Κ.Α.Δ και 21 Δ/τος 28/1980

Τα Πολιτικά Δικαστήρια δεν έχουν δικαιοδοσία να επιληφθούν διαφορών που αναφύονται από τις διοικητικές συμβάσεις, διότι πρόκειται για διοικητικές διαφορές ουσίας, για την εκδίκαση των οποίων αρμόδια είναι τα διοικητικά δικαστήρια.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 94 παρ. 1 του Συντάγματος 1975/1986/2001, η εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας ανήκει στα διοικητικά δικαστήρια, ενώ κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου στα πολιτικά δικαστήρια υπάγονται οι ιδιωτικές διαφορές, καθώς και οι υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας, οι οποίες ανατίθενται σ' αυτά με νόμο. Εξάλλου, κατά τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 2 του Ν. 1406/1983, με το οποίο ολοκληρώθηκε η δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, στις διοικητικές διαφορές ουσίας περιλαμβάνονται και οι διαφορές που αναφύονται από τις διοικητικές συμβάσεις. Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, οι διοικητικές συμβάσεις για τη διενέργεια προμήθειας, από τις οποίες γεννιούνται διαφορές οι οποίες υπάγο-

νται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, είναι εκείνες που από τη φύση τους έχουν διοικητικό χαρακτήρα (βλ. και Σ.τ.Ε 1127/2003, αδημ.). Τέτοιες δε συμβάσεις, είναι μόνο εκείνες, στις οποίες κύριος του έργου είναι Ν.Π.Δ.Δ., όπως είναι οι δήμοι, δεδομένου ότι μόνο αυτοί μπορούν να εκδώσουν διοικητικές πράξεις, οι οποίες μπορούν να προσβληθούν με αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Συμβουλίου Επικρατείας, με τη διενέργεια δε της προμήθειας επιδιώκεται η εκπλήρωση δημοσίου σκοπού. Δεν υφίσταται, όμως, διοικητική διαφορά από τη σύμβαση προμήθειας, όταν δεν τηρήθηκαν οι νόμιμες διαδικασίες και προϋποθέσεις για την σύναψη της σύμβασης (βλ. και Εφ.Κρ. 441/2004, αδημ.). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 266 ΔΚΚ (άρθρο 4 παρ. 1 Ν. 2307/1995, ό-

πως τροποπ. με το Ν. 2539/1997), οι προμήθειες των δήμων εκτελούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του ενιαίου κανονισμού προμηθειών των ΟΤΑ, όπως ισχύει κάθε φορά και ήδη σύμφωνα με τις διατάξεις της υπ’ αρ. 11389/8 - 23/3/993 υπουργικής απόφασης. Εξαιρούνται οι προμήθειες υλικών και πάσης φύσης εξοπλισμού, που ενσωματώνονται στα έργα τους και οι οποίες διενεργούνται όπως ορίζουν οι διατάξεις των άρθρων 265-269 ΔΚΚ και του Π.Δ. 28/1980. Σύμφωνα, εξάλλου με το άρθρο 266 ΔΚΚ, οι συμβάσεις προμήθειας δήμων συνάπτονται, είτε κατόπιν διαγωνισμού, είτε κατόπιν απόφασης του δημοτικού συμβουλίου, μετά από πρόκληση περιορισμένου αριθμού προμηθευτών ή χωρίς διαγωνισμό ή και απευθείας από το δήμαρχο, εφόσον συντρέχει κάποια από τις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις α-ζ που προβλέπει η παράγραφος 3 του ως άνω άρθρου και πάντα με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση, που να καθορίζει τους όρους της σύμβασης. Κατά δε το άρθρο 267 ΔΚΚ, ο δήμαρχος μπορεί και χωρίς προηγούμενη απόφαση του δημοτικού συμβουλίου και χωρίς διαγωνισμό, να συνάπτει σύμβαση για απευθείας ανάθεση ή απευθείας διενέργεια προμήθειας, εφόσον όμως η αξία του αντικείμενου της εν λόγω σύμβασης δεν υπερβαίνει το ποσό των 5.869,40 ευρώ (2.000.000 δραχμές). Στην προκειμένη περίπτωση, ο ενάγων, με την υπό κρίση αγωγή του, επικαλούμενος αφενός μεν ότι με βάση διαδοχικές συμβάσεις πώλησης, που συνήφθησαν με τον εναγόμενο, με αποφάσεις του δημάρχου, για την προμήθεια καυσίμων και λιπαντικών των αυτοκινήτων και μηχανημάτων του, η αξία του αντικείμενου των οποίων δεν υπερβαίνει το ποσό των

5.869,4 ευρώ, πώλησε και παρέδωσε σε αυτόν, δυνάμει των αναφερομένων στην αγωγή τιμολογίων πώλησης, τα αναλυτικά αναφερόμενα στην αγωγή προϊόντα (καύσιμα και λιπαντικά), συνολικής αξίας, μαζί με τον αναλογούντα ΦΠΑ 26.468,57 €, αφετέρου δε ότι ο εναγόμενος δεν έχει καταβάλει έως σήμερα το τίμημα και επικουρικά ότι, λόγω της υπερημερίας του εναγομένου, δεν έχει πλέον συμφέρον από την εκπλήρωση της ενοχής, άλλως ότι υπαναχωρεί από τη σύμβαση, ζητεί να υποχρεωθεί ο εναγόμενος να του καταβάλει το παραπάνω ποσό, με το νόμιμο τόκο από την επίδοση της αγωγής, κατά τις διατάξεις από τη σύμβαση πώλησης και επικουρικά ως αποζημίωση για την εκπλήρωση, άλλως κατά τις διατάξεις του αδικαιολογήτου πλουτισμού, λόγω της υπαναχώρησης. Ζητεί, επίσης να κηρυχθεί η απόφαση προσωρινά εκτελεστή. Με το περιεχόμενο αυτό, η αγωγή αναρμοδίως φέρεται ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου, το οποίο δεν έχει δικαιοδοσία να εκδικάσει διαφορές που αναφύονται από τις διοικητικές συμβάσεις, διότι αποτελούν διοικητικές διαφορές ουσίας, η εκδίκαση των οποίων ανήκει στα διοικητικά δικαστήρια, σύμφωνα και με όσα εκτίθενται στην παραπάνω μείζονα σκέψη, στην προκειμένη δε περίπτωση οι συμβάσεις για διενέργεια προμήθειας, που επικαλείται ο ενάγων, οι οποίες καταρτίστηκαν με απόφαση του δημάρχου, είναι έγκυρες και αφορούν διοικητικές συμβάσεις, ενώ επιπλέον, δεν επικαλείται ακυρότητα τους, ώστε να θεμελιώνεται δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων. Συνεπώς, η αγωγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, λόγω έλλειψης δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων.

ΜΙΣΘΩΤΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 65/2006

*Πρόεδρος: Στυλιανός Βονιγιούκαλος (Πρόεδρος Εφετών)**Δικαστές: Παρασκευάς Ξηρουχάκης, Μιχαήλ Ανγουλέας (Εισηγητής)**Δικηγόροι: Ιωάννης Παπαδάκης, Κωνσταντίνος Αράπογλου*

Άρθρα 340, 341 Α.Κ. 269, 527, 662 Κ.Πολ.Δ

Επικυρώνει την υπ' αριθμ. 600/2004 οριστική απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, η οποία απέρριψε ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής για απόδοση μισθίου, λόγω καθυστέρησης καταβολής μισθωμάτων.

Προβαλλόμενοι λόγοι ανακοπής που απορρίφθηκε: η σιωπηρή τροποποίηση μισθωτικής σύμβασης, η μη χορήγηση ιδιογράφων αποδείξεων, η μη αναφορά του όρου «Δυστροπία» στην αίτηση απόδοσης του μισθίου.

Δεν επιτρέπεται να προταθούν νέοι λόγοι ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής για πρώτη φορά, με τις έγγραφες προτάσεις του ανακόπτοντος σε πρωτοβάθμια ή δευτεροβάθμια δίκη.

Από την ένορκη κατάθεση του μάρτυρα, την χωρίς όρκο εξέταση της τρίτης των καθών, στο ακροατήριο του πρωτοβαθμίου Δικαστηρίου, που περιέχονται στα ταυτάριθμα με την εκκαλουμένη απόφαση πρακτικά δημόσιας συνεδριάσής του, τα έγγραφα που επικαλούνται και προσκομίζουν οι διάδικοι, αποδεικνύονται τ' ακόλουθα: Με το από 1-3-1998 ιδιωτικό συμφωνητικό οι καθών η ανακοπή, επικαρπώτριες κατά 45% καθεμιά (πρώτη και δεύτερη) και κυρία κατά 55% η τρίτη, εκμίσθωσαν στον ανακόπτοντα, αντί μηνιαίου μισθώματος 1.000.000 δρχ. δύο ισόγεια καταστήματα στην πόλη του Ηρακλείου, προκειμένου να τα χρησιμοποιήσει ο τελευταίος ως «καφέ-μπαρ-εστιατόριο». Το μίσθωμα συμφωνήθηκε να καταβάλλεται σε λογαριασμούς των εκμισθωτριών στην Εθνική και Εμπορική Τράπεζα, το πρώτο πενήνταμερο κάθε μήνα. Από το Μάρτιο μέχρι και τον Ιούλιο 2002 ο ανακόπτων δεν είχε καταβάλλει μίσθωμα. Μετά την από 30-7-02 εξώδικη όχληση των εκμισθωτριών κατέβαλε τα οφειλόμενα. Την ίδια συμπεριφορά επέδειξε ο ανακόπτων και μετά τον Μάρτιο

του 2003 και δεν κατέβαλε μισθώματα. Στις 20-6-03 οι εκμισθώτριες με εξώδικη όχληση του ζήτησαν την καταβολή των μισθωμάτων. Εκείνος κατέβαλε μέρος των οφειλομένων, μέχρι τις 18-7-03, ενώ δεν κατέβαλε το μίσθωμα του μηνός Ιουλίου 2003. Οι εκμισθώτριες, με την από 31-7-2003 αίτησή τους προς τον Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, προσκομίζοντας, όπως δεν αμφισβητείται, και τα από το άρθρο 662 Α προβλεπόμενα έγγραφα, ζήτησαν να εκδοθεί διαταγή για την απόδοση του μισθίου, λόγω της υπερήμερίας του μισθωτή στην καταβολή των μισθωμάτων. Η αίτηση έγινε δεκτή με την 422/03 διαταγή του Δικαστή του, ως άνω, Δικαστηρίου και υποχρεώθηκε ο μισθωτής να αποδώσει το μίσθιο. Ο τελευταίος, άσκησε, κατά της διαταγής αυτής, την από 6-10-03 ανακοπή, με την οποία προέβαλλε τους εξής ισχυρισμούς: 1) ότι η αρχική σύμβαση τροποποιήθηκε σιωπηρά, ως προς το χρόνο καταβολής των μισθωμάτων και τα μισθώματα καταβάλλονταν τους θερινούς μήνες, 2) ότι η μη εμπρόθεσμη καταβολή των μισθωμάτων οφείλεται στην άρνη-

ση των καθών να του χορηγήσουν ιδιόγραφες εξοφλητικές αποδείξεις και 3) ότι η υποβληθείσα, προς έκδοση της διαταγής αίτηση, ήταν απαράδεκτη, καθόσον σ’ αυτήν δεν γινόταν αναφορά στο ότι η καθυστέρηση καταβολής των μισθωμάτων οφειλόταν σε δυστροπία του. Οι λόγοι αυτοί είναι αβάσιμοι. Τούτο διότι, από τα ίδια ως άνω αποδεικτικά στοιχεία, δεν αποδεικνύεται ότι τροποποιήθηκε η σύμβαση, όσον αφορά το χρόνο καταβολής των μισθωμάτων.

Άλλωστε η καθυστέρηση εκδηλώθηκε τους μήνες που έπρεπε, κατά την μεταγενέστερη (τροποποιητική) συμφωνία, την οποία επικαλείται ο ανακόπτων, να καταβάλλονται. Ο ανακόπτων λοιπόν ήταν υποχρεωμένος να καταβάλλει το μίσθωμα το πρώτο πενήνήμερο κάθε μήνα. Την υποχρέωσή του αυτή δεν εκπλήρωσε, με αποτέλεσμα να καταστεί ο ανακόπτων υπερήμερος οφειλέτης. Η υπερήμερία του δεν αίρεται από το γεγονός ότι οι εκμισθώτριες αρνήθηκαν να του χορηγήσουν εξοφλητικές αποδείξεις. Μέχρι την επίδοση σ’ αυτόν της διαταγής, όταν κατέβαλε μισθώματα, τα κατέθετε, σε εκτέλεση σχετικού όρου της σύμβασης, σε λογαριασμούς των εκμισθωτριών σε Τράπεζες, που είχαν υποδείξει αυτές. Με το μισθωτήριο έγγραφο, οι διάδικοι είχαν συνάψει και δικονομική σύμβαση με την οποία προς απόδειξη της καταβολής του μισθώματος αρκούσε και το έγγραφο της κατάθεσης της Τράπεζας, που κατέχει ο ανακόπτων. Οι εξοφλητικές αποδείξεις των εκμισθωτριών δεν αποτελούν, όπως αβάσιμα υποστηρίζει ο ανακόπτων, τα μόνο φορολογικά στοιχεία για τη βεβαίωση των αντιστοίχων δαπανών της επιχείρησής του. Εξάλλου, για να είναι πλήρης και ορισμένη η αίτηση που υποβάλλεται για την έκδοση διαταγής απόδοσης του μισθίου, θα πρέπει να αναφέρονται τα εξής στοιχεία: α) έγκυρη σύμβαση μισθώσε-

ως β) υπαίτια καθυστέρηση (άρθρο 340 Α.Κ.) για την πληρωμή του μισθώματος, η οποία, όταν το μίσθωμα είναι καταβλητέο σε ορισμένη ημέρα, επέρχεται με μόνη την παρέλευση αυτής (341 Α.Κ.) και γ) έγγραφη όχληση του μισθωτή τουλάχιστον ένα μήνα πριν την υποβολή της αίτησης. Όλα τα παραπάνω στοιχεία αναφέρονταν στην αίτηση των καθών που υποβλήθηκε στο Δικαστή για την έκδοση της διαταγής. Για την πληρότητα αυτής δεν ήταν αναγκαίο, όπως υποστηρίζει ο ανακόπτων, να αναφέρονται επιπροσθέτως ότι η καθυστέρηση οφείλεται σε δυστροπία του. Να σημειωθεί ότι όρος «δυστροπία» έχει ληφθεί από το ΙΒΧΗ «περί δυστροπούντων μισθωτών» και είναι ταυτόσημος με την υπερήμερία, δηλ. υπαίτια καθυστέρηση στην καταβολή του μισθώματος, και όχι κάτι νομικώς αδιάφορο. Έτσι λοιπόν με την αναφορά της υπαίτιας καθυστέρησης καταβολής των μισθωμάτων θεμελιώνεται ο όρος «δυστροπία». Τέλος, νέοι λόγοι ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής, δεν επιτρέπεται να προταθούν για πρώτη φορά με τις έγγραφες προτάσεις του ανακόπτοντος, της πρωτοβάθμιας ή δευτεροβάθμιας δίκης, ή με το δικόγραφο της έφεσής του, ακόμη και αν οι λόγοι αυτοί αφορούν ισχυρισμούς, που αναφέρονται στα άρθρα 269 και 527 Κ.Πολ.Δ 9 Α.Π. 1025/03 Δ/νη 45,115). Ακόμη οι ισχυρισμοί που ανάγονται σε επιγενόμενη, από την έκδοση της διαταγής απόδοσης, απόσβεση της απαίτησης, δεν μπορούν να αποτελέσουν λόγο ανακοπής κατά της διαταγής αυτής, αλλά λόγο ανακοπής κατά της εκτέλεσης (Α.Π. 201/03 Δ/νη 45,417). Ο ανακόπτων με τις προτάσεις του στο πρωτοβάθμιο Δικαστήριο, αλλά και με το δικόγραφο της έφεσής του, ισχυρίζεται ότι μετά την έκδοση της διαταγής πληρωμής, μετά των εκμισθωτριών-καθών η ανακοπή προήλθε σε νέα συμφωνία για την παραμο-

νή του στο μίσθιο, με αποτέλεσμα η απαίτηση τους για την απόδοσή του με βάση την προσβαλλόμενη διαταγή απόδοσης να μην υφίσταται πλέον και θα πρέπει γι' αυτό να ακυρωθεί. Ο ισχυρισμός του αυτός, απαρδέκτως προβάλλεται σύμφωνα με τα ως άνω αναφερόμενα και πρέπει να απορριφθεί. Ενόψει όλων αυτών, δεν έσφαλε το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο, με το να απορρίψει με την εκκαλουμένη απόφασή του, με αιτιολογίες συμπληρούμενες και μερικά αντικαθιστώμενες ήδη (άρθρ. 534 Κ.Πολ.Δ) την ένδι-

κη ανακοπή κατά της 422/03 διαταγής απόδοσης του μισθίου του Δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου. Επομένως, η κρινόμενη έφεση, με τους επί μέρους λόγους της οποίας παραπονείται ο ανακόππων για εσφαλμένη εφαρμογή του νόμου και πλημμελή εκτίμηση των αποδείξεων αντίστοιχα, πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως αβάσιμη. Τα δικαστικά έξοδα, των εφεσίβλητων για το δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας βαρύνουν τον εκκαλούντα, ως ηττώμενο διάδικο (176 και 183 Κ.Πολ.Δ).

Εφετείο Κρήτης - Αριθ. 600/2003

Πρόεδρος: Δημήτριος Κανελλόπουλος (Πρόεδρος Εφετών)

Δικαστές: Παντελής Παντελάκης, Ευριπίδης Λαγουνδιανάκης (Εισηγητής)

Δικηγόροι: Νικόλαος Κοκκινάκης, Μιλτιάδης Σκουλάς

Άρθρα 7 παρ. 1,2 και 3 του Π.Δ. 34/1995,281 Α.Κ.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του Π.Δ. 34/1995, το μίσθωμα στις εμπορικές μισθώσεις, αναπροσαρμόζεται σε ποσοστό 6% επί της αντικειμενικής αξίας του μισθίου και σε ποσοστό 4% για τους ακάλυπτους χώρους, σε περίπτωση που δεν υπάρχει συμφωνία αναπροσαρμογής του ή αυτή έχει εξαρτηθεί από άκυρη ρήτρα. Η αναπροσαρμογή ισχύει τόσο για τον συμβατικό χρόνο, όσο και γι' αυτόν της αναγκαστικής παράτασης της μίσθωσης.

Η αποδοχή, από τον εκμισθωτή της ετήσιας αύξησης του μισθώματος σε ποσοστό επί του τιμάριθμου, επί πέντε συνεχόμενα έτη, δημιουργεί στον μισθωτή την εύλογη πεποίθηση ότι ο εκμισθωτής δεν θα κάνει χρήση του δικαιώματος της αναπροσαρμογής σε 6% της αντικειμενικής αξίας και συνεπώς η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος από τον εκμισθωτή είναι καταχρηστική.

Οι εκκαλούντες με την από 18-4-2001 αγωγή τους ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου, επικαλούμενοι σύμβαση εμπορικής μισθώσεως, με βάση την οποία έχουν εκμισθώσει στον εναγόμενο το σ' αυτή κατάσταση, το οποίο αυτός χρησιμοποιεί για την άσκηση εμπορίας παιδικών επίπλων, ζήτησαν να αναγνωρισθεί ότι το μίσθωμα του επιδίκου ανέρχεται στο 6% της αντικειμενικής αξίας αυτού. Το εν λόγω δικαστήριο δίκασε την αγωγή αυτή κατά την ειδική διαδικασία των μισθω-

κών διαφορών (άρθρα 647 επ. Κ.Πολ.Δ) και εξέδωσε την εκκαλούμενη απόφαση με την οποία την απέρριψε δεχόμενο ότι υπήρχε μεταξύ των διαδίκων συμφωνία σταδιακής αναπροσαρμογής του μισθώματος.

Οι διατάξεις του άρθρου 7 παρ. 2 και 3 του Π.Δ. 34/1995 «Κωδικοποίηση διατάξεων νόμων περί εμπορικών μισθώσεων» με βάση τις οποίες αναπροσαρμόζεται εκ του νόμου το μίσθωμα λόγω παρόδου διετίας από την έναρξη της σύμβασης και έτους από της πρώτης αυτής νόμιμης αναπροσαρ-

μογής, εφαρμόζονται, κατά ρητή διατύπωση αυτών, σε περίπτωση που δεν υπάρχει συμφωνία αναπροσαρμογής του μισθώματος ή αυτή έχει εξαρτηθεί από άκυρη ρήτρα. Έτσι, μετά την έναρξη της ισχύος του Ν. 2041/1992 για όλες τις μισθώσεις που καταρτίστηκαν, είτε πριν, είτε μετά το νόμο αυτό, εφαρμόζεται η παρ. 1 του άρθρου 5 του Ν. 813/1987, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 2041/1992 και συμπληρώθηκε με το άρθρο 2 παρ. 9 του Ν. 2335/1994 και ήδη μετά την Κωδικοποίηση τέθηκε ως παρ. 1 του άρθρου 7 του ως άνω Π.Δ/τος 34/1995, κατά την οποία: «Το μίσθωμα κατά τη σύναψη της σύμβασης καθορίζεται ελεύθερα από τους συμβαλλόμενους και αναπροσαρμόζεται κατά τα χρονικά διαστήματα και το ύψος του ορίζεται στη σύμβαση. Όρος για ποσοστιαία σταδιακή αναπροσαρμογή του μισθώματος που συνομολογείται μετά την 1-9-1994, ισχύει και για χρόνο (συμβατικό ή με αναγκαστική παράταση), για τον οποίο δεν έχει προβλεφθεί σταδιακή αναπροσαρμογή, εφόσον τα μέρη δεν έχουν αποκλείσει την ισχύ του για χρόνο που δεν προβλέπεται από τη σύμβαση». Σύμφωνα με τις διατάξεις αυτές για να γίνει αναπροσαρμογή του μισθώματος στις μισθώσεις που ανάγονται στις διατάξεις του Ν. 813/1978 και ήδη Π.Δ. 34/1995 σε ποσοστό 6% επί της αντικειμενικής αξίας του μισθίου και σε 4% για τους ακάλυπτους χώρους, πρέπει να μην υπάρχει συμφωνία των μερών για σταδιακή αναπροσαρμογή αυτού, δηλαδή κατά ορισμένα χρονικά διαστήματα και καθ' ορισμένο ύψος. Σε περίπτωση που υπάρχει συμφωνία σταδιακής αναπροσαρμογής ισχύει για όσο χρόνο βρίσκεται σε ενέργεια και εμποδίζει την εκ του νόμου αναπροσαρμογή (Α.Π. 818/1997 Δ/νη 39, 117,

586/2000 Δ/νη 41, 1634, 338/2001 Δ/νη 42, 1329). Στην προκειμένη περίπτωση από την κατάθεση του μάρτυρα ενώπιον του πρωτοβαθμίου Δικαστηρίου και τα έγγραφα που επικαλούνται και προσκόμισαν οι διάδικοι αποδείχτηκαν τ' ακόλουθα: Ο πρώτος ενάγων και ο δικαιοπάροχος του δευτέρου Μ. Γ. εκμίσθωσαν στον εναγόμενο ένα ισόγειο κατάστημά τους έκτασης 31,14 τμ. με ίση έκτασης υπόγειο και πατάρι 15,57 τμ. που βρίσκεται στην οδό Κ.... αρ. της πόλης του Η...., το οποίο ο εναγόμενος χρησιμοποιεί έκτοτε για την άσκηση εμπορίας παιδικών επίπλων. Στη μίσθωση αυτή υπεισιήλθε ο 2ος ενάγων στη θέση του Μ. Γ. μετά την απόκτηση του ποσοστού συγκυριότητας που ανήκε σ' αυτόν με το 8358/5-7-1993 συμβόλαιο γονικής παροχής της συμβολαιογράφου Ηρακλείου Μ. Α., που μεταγράφηκε νόμιμα. Η συμβατική διάρκεια της μίσθωσης ορίστηκε για έξι έτη και το μηνιαίο μίσθωμα σε 55.000 δραχμές για το πρώτο έτος της μίσθωσης, και το οποίο θα αναπροσαρμοζόταν κατά 8.250 δραχμές για κάθε επόμενο έτος μέχρι τη λήξη του πιο πάνω συμβατικού χρόνου (1-1-1994 μέχρι 31-8-1996) συμφωνήθηκε αναπροσαρμογή κατά 20% επί του καταβαλλόμενου κατά τη λήξη της εξαετίας μισθώματος. Έκτοτε από την 1-9-1996 μέχρι την 1-9-2001 δηλαδή επί πέντε συνεχόμενα έτη κατά τα οποία ο εναγόμενος εξακολουθεί να κάνει χρήση του μισθίου, με άτυπη συμφωνία των μερών το μίσθωμα αυξάνεται σε ποσοστό 75% επί του τιμάριθμου. Το ότι από το 1996 και μετά το μίσθωμα αυξάνεται κατά το άνω ποσοστό συνομολογείται από τους ενάγοντες, οι οποίοι ενώ αμέσως μετά τη λήξη της προηγούμενης αναπροσαρμογής του μισθώματος (1994) είχαν δικαίωμα στον

καθορισμό του σε ποσοστό 6% επί της αντικειμενικής αξίας του μισθίου αποδέχτηκαν την ετήσια αύξηση αυτού σε ποσοστό επί του τιμαρίθμου. Έτσι οι διάδικοι εκδήλωσαν την βούλησή τους για την εφαρμογή της περαιτέρω αναπροσαρμογής του μισθώματος σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 3 Π.Δ. 34/1995 χωρίς την προηγούμενη αναπροσαρμογή του 6% επί της αντικειμενικής αξίας του μισθίου. Σε κάθε περίπτωση η αποδοχή της ετήσιας αύξησης αυτού σε ποσοστό επί του τιμαρίθμου και

μάλιστα αυτού που προβλέπεται από την πιο πάνω διάταξη, επί πέντε συνεχόμενα έτη δημιούργησε στον εναγόμενο μισθωτή την εύλογη πεποίθηση ότι οι ενάγοντες δεν θα κάνουν χρήση του δικαιώματος της αναπροσαρμογής σε 6% της αντικειμενικής αξίας του μισθίου, ώστε μετά από αυτά η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος, υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη και ο κοινωνικός και οικονομικός σκοπός του δικαιώματος.

ΔΙΚΑΙΟ ΕΜΠΟΡΙΚΩΝ ΜΙΣΘΩΣΕΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 749/1709/108/2005

Δικαστής: Ανδρονίκη Αθανασιάδη, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Κωνσταντίνος Αράπογλου, Ιωάννης Ξυλούρης

Άρθρα: 63 παρ. 1 εδ. α, 64 παρ. 1, 294 εδ. α, 295 παρ. 1 εδ. α και 297 Κ.Πολ.Δ, 127, 128 παρ. 2, 131, 1589, 1666 Α.Κ., 647 επ Κ.Πολ.Δ, 361,574, 599 παρ. 2, 608 παρ. 2 Α.Κ., 15, 48, 58, 61 Π.Δ. 34/1995, 69, 176 Κ.Πολ.Δ

Δικαιοπραξία (μίσθωση) συναφθείσα από πρόσωπο το οποίο κατά τη συναφή της έπασχε από βαρεία νόσο (Alzheimer) που του στερούσε την χρήση του λογικού, είναι απολύτως άκυρη κατά την έννοια του άρθρου 180 Α.Κ. την δε ακυρότητα δικαιούται να προβάλει οποιοσδήποτε έχει έννομο συμφέρον. Οι εμπορικές μισθώσεις που συμφωνήθηκαν για βραχύτερο αόριστο χρόνο λήγουν με την συμπλήρωση δωδεκαετίας από της καταρτίσεώς τους.

Αν ο εκμισθωτής δεν ασκήσει το δικαίωμα απόδοσης του μισθίου εντός εννέα μηνών από τη λήξη της μίσθωσης, θεωρείται ότι αυτή έχει παραταθεί για τέσσερα ακόμα έτη, οπότε λήγει οριστικά και το μίσθιο είναι απόδοτέο χωρίς να απαιτείται καταγγελία της μίσθωσης και χωρίς να οφείλεται αποζημίωση στον μισθωτή.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 115 παρ. 3, 237 παρ. 3, 256 παρ. 1 δ', 269 παρ. 1, 527, 591 παρ. 1 εδ. β', 647 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ, προκύπτει ότι ο αυτοτελής ισχυρισμός πρέπει να προβάλλεται, με ποινή απαραδέκτου, κατά την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο, είτε με τις έγγραφες προτάσεις, που κατατίθενται στο ακροατήριο, είτε με προ-

φορική δήλωση, που καταχωρίζεται στα πρακτικά, ώστε να καθίσταται δυνατή η ουσιαστική του διερεύνηση, κατά την οικεία συζήτηση, όχι όμως και με τις προτάσεις, που κατατίθενται μετά την περάτωση της ακροαματικής διαδικασίας, αφού με τις προτάσεις αυτές, οι οποίες έχουν το χαρακτήρα προσθήκης, κατά την έννοια του άρθρου 237 παρ. 3 Κ.Πολ.Δ, νέοι ισχυρισμοί

μπορούν να προταθούν μόνο για την αντίκρουση ισχυρισμών του αντιδίκου, που υποβλήθηκαν με τις προτάσεις του ή προφορικά κατά τη συζήτηση στο ακροατήριο. Βραδύτερη υποβολή του ισχυρισμού αυτού μπορεί να γίνει μόνο αν ο ενιστάμενος εναγόμενος επικαλεστεί και αποδείξει τη συνδρομή κάποιας από τις εξαιρετικές περιπτώσεις, που προβλέπουν τα άρθρα 269 παρ. 2 και 527 αρ. 1 έως 3 Κ.Πολ.Δ (Α.Π. 21/2002 Ελλ.Δ/νη 2002.718). Ο εναγόμενος με τις επί έδρας κατατεθείσες προτάσεις του, ισχυρίστηκε ότι η Αγγελική χήρα Σταύρου Τυράκη, η οποία ήταν επικαρπώτρια του επιδικίου μισθίου, με το από 11-10-1999 μισθωτήριο, του εκμίσθωσε το επίδικο για πέντε έτη έως 20-7-2004, με μηνιαίο μίσθωμα δραχμών 130.000 και στη συνέχεια πριν τη συμβατική αυτή λήξη της μίσθωσης, με το από 30-4-2001 μισθωτήριο παρέτειναν, συμβατικά, τη μίσθωση για είκοσι έτη, ήτοι έως τις 30-4-2001, με μηνιαίο μίσθωμα δραχμών 150.000 αναπροσαρμόζόμενο κατ' έτος. Ο ισχυρισμός αυτός του εναγομένου συνιστά ένσταση και είναι νόμιμος. Στηρίζεται στις διατάξεις των άρθρων 574 επ. Α.Κ. Πρέπει, επομένως, να ερευνηθεί περαιτέρω και κατ' ουσίαν.

Στην ένσταση αυτή του εναγομένου, οι ενάγουσες αντέτειναν, με τις επί έδρας κατατεθείσες προτάσεις τους και δήλωση του πληρεξουσίου τους δικηγόρου, που καταχωρήθηκε στα ταυτάριθμα με την παρούσα απόφαση πρακτικά δημόσιας συνεδρίασης, ότι η μητέρα τους Α. Σ. Τ., κατά το χρόνο καταρτίσεως των παραπάνω ιδιωτικών συμφωνητικών, την ύπαρξη των οποίων οι ίδιες αγνοούσαν, έπασχε από βαριά και προχωρημένη άνοια τύπου Alzheimer, στερούμενη της χρήσεως του λογικού και, συ-

νεπώς, η δήλωση της βούλησής της ήταν άκυρη κατ' άρθρο 131 Α.Κ., της ακυρότητας αυτής επισύρουσας ακυρότητα των καταρτισθεισών πιο πάνω δικαιοπραξιών. Ο ισχυρισμός αυτός των εναγουσών συνιστά αντένσταση στην παραπάνω ένσταση του εναγομένου και είναι νόμιμος. Στηρίζεται στη διάταξη του άρθρου 131 Α.Κ. και πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω και κατ' ουσίαν.

Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 5 του Π.Δ. 34/1995, όπως αυτή αντικαταστάθηκε από το άρθρο 7 παρ. 6 του Ν. 2741/1999, η μίσθωση ισχύει για δώδεκα έτη, ακόμη και αν έχει συμφωνηθεί για βραχύτερο ή για αόριστο χρόνο, μπορεί όμως να λυθεί με νεότερη συμφωνία που αποδεικνύεται με έγγραφο βέβαιης χρονολογίας. Περαιτέρω, από τη διάταξη του άρθρου 61 περ. δ του Π.Δ. 34/1995, όπως το άρθρο αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 7 παρ. 15 του Ν. 2741/1999, το οποίο εφαρμόζεται και στις υφιστάμενες κατά την έναρξη ισχύος του πιο πάνω νόμου (28-9-1999) εμπορικές μισθώσεις, προκύπτει ότι η εμπορική μίσθωση που έληξε λόγω συμπλήρωσης δωδεκαετίας, πλην, όμως, οι συμβαλλόμενοι διατήρησαν την ισχύ της καθ' οιονδήποτε τρόπο μέχρι τις 28-9-1999, χωρίς ο εκμισθωτής να έχει ασκήσει την αγωγή απόδοσης του μισθίου λόγω λήξης της μίσθωσης μέσα στο πρώτο εννεάμηνο από τη λήξη της, θεωρείται ότι έχει παραταθεί για άλλα τέσσερα χρόνια (Εφ.Αθ. 2749/2001 Ελλ.Δ/νη 2001.1408), οπότε λήγει αυτοδικαίως (άρθρο 608 παρ. 1 Α.Κ.) και ο εκμισθωτής δικαιούται να ζητήσει την απόδοση της χρήσης του μισθίου, χωρίς να απαιτείται καταγγελία της μίσθωσης. (Α.Π. 175/2003 Ελλ.Δ/νη 2003.770, Α.Π. 1072/2000

Ελλ.Δ/νη 2001.425). Προκύπτει περαιτέρω, ότι η αφετηρία της τετραετούς παράτασης της διάρκειας της μίσθωσης είναι ο χρόνος συμπλήρωσης της δωδεκαετίας (Εφ.Πειρ. 248/2003 Πειρ.Νομ 2003.216) και ότι η παράταση είναι αναγκαστική με όλες τις συνέπειες που συνεπάγεται ο χαρακτήρας αυτός (Χ. Παπαδάκη, «Σύστημα εμπορικών μισθώσεων», εκδ. 2000, παρ. 372α, 372β). Κατά τη ρητή διάταξη του τελευταίου εδαφίου του άνω άρθρου 61 περ. δ του Π.Δ. 34/1995, μετά τη λήξη της τετραετίας δεν οφείλονται τα ποσά του προηγούμενου άρθρου, ήτοι δεν οφείλονται από τον εκμισθωτή τα 24 μηνιαία μισθώματα για την αποκατάσταση της άυλης εμπορικής αξίας. Σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση του Ν. 2741/1999 (Κ.Νο.Β 47.2005), η ρύθμιση αυτή κρίθηκε επιβεβλημένη, διότι με την επιπλέον παραμονή του μισθωτή στο μίσθιο μετά τη λήξη του αναγκαστικού χρόνου της μίσθωσης, θεωρείται ότι καρπώθηκε την άυλη εμπορική αξία (Α.Π. 175/2003 ό.π., Εφ.Δωδ. 166/2004 αδημ. στο νομικό τύπο). Η ρύθμιση αυτή, κατά τη ρητή διατύπωση της αντίστοιχης διάταξης του άρθρου 61 περ. δ' του Π.Δ. 34/1995, εφαρμόζεται τόσο στις μισθώσεις που έληξαν λόγω παρελεύσεως δωδεκαετίας (της νόμιμης δηλαδή διαρκείας των), όσο και σε εκείνες που έχουν λήξει, σύμφωνα με τις παραγράφους 10 έως 14 του άρθρου 58 αυτού, δηλαδή στις μισθώσεις που έχουν λήξει λόγω παρόδου 30ετίας (31-8-1995), 20ετίας (31-8-1996) ή 12ετίας (31-8-1997) (Α.Π. 53/2000 αδημ. στο νομικό τύπο, Α.Π. 131/1999 Ελλ.Δ/νη 1999.1088, Εφ.Πειρ. 1164/2000 Πειρ.Νομ 2001.73). Από τη διάταξη του άρθρου 180 Α.Κ., που, ρυθμίζοντας τα αποτελέσματα της ακυρότητας δικαιοπρα-

ξίας, ορίζει ότι η άκυρη δικαιοπραξία θεωρείται σαν να μην έγινε και που έχει την έννοια ότι η άκυρη δικαιοπραξία δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματα που επιδιώκονταν με αυτή, μάλιστα δε από τούτο το άρθρο σε αντιπαράβολή προς τα περί ακυρώσεως ορισμένων δικαιοπραξιών άρθρα 154 και 155 Α.Κ., συνάγονται τα εξής: Οι λόγοι της ακυρότητας προβλέπονται άμεσα ή έμμεσα αλλά σαφώς στο νόμο. Η ακυρότητα είναι κατά κανόνα απόλυτη, υπό την έννοια ότι δύναται να την επικαλεστεί όχι μόνο εκείνος που σύναψε τη μονομερή δικαιοπραξία ή τη σύμβαση και, γενικότερα, την πολυμερή δικαιοπραξία, αλλά και οποιοσδήποτε άλλος. Κατ' εξαίρεση, ωστόσο, είναι σχετική, συμβαίνει δε τούτο όταν δύνανται να την επικαλεστούν ορισμένα μόνο πρόσωπα, στα οποία και μόνο αναγνωρίζεται το σχετικό δικαίωμα, άμεσα ή έμμεσα, αλλά σαφώς στο νόμο. Η ακυρότητα, απόλυτη ή σχετική, προτείνεται κατά κανόνα έναντι οποιουδήποτε και ιδίως έναντι εκείνου που αξιώνει δικαίωμα από την άκυρη δικαιοπραξία, κατ' εξαίρεση, ωστόσο, δεν προτείνεται έναντι ορισμένου τρίτου ως προς τη δικαιοπραξία, προβλεπόμενου, άμεσα ή έμμεσα, αλλά σαφώς στο νόμο. Η ακυρότητα, απόλυτη ή σχετική, κατά κανόνα επέρχεται αυτοδικαίως, υπό την έννοια ότι δεν απαιτείται να κηρυχθεί με δικαστική απόφαση, κατ' εξαίρεση, ωστόσο, ο νόμος άμεσα προβλέπει ορισμένες περιπτώσεις επελεύσεως της ακυρότητας με δικαστική απόφαση (Α.Π. 18/2005 αδημ. στο νομικό τύπο). Σύμφωνα με τη διάταξη, εξάλλου, του άρθρου 131 Α.Κ., η δήλωση της βουλήσεως είναι άκυρη, αν κατά το χρόνο που έγινε, το πρόσωπο δεν είχε συνείδηση των πράξεών του ή βρισκόταν

σε ψυχική ή διανοητική διαταραχή που περιορίζει αποφασιστικά τη λειτουργία της βούλησής του. Με την παραπάνω διάταξη θεσπίζεται ακυρότητα της δηλώσεως της βουλήσεως, όταν εκείνος, ο οποίος προβαίνει στη δήλωση βουλήσεως, δεν βρισκόταν μεν σε κατάσταση ανικανότητας προς δικαιοπραξία, κατά τη στιγμή, όμως, που προέβαινε στη δήλωση της βουλήσεώς του, δεν υπήρχε αυτή (βούληση), είτε διότι έλειπε σ' αυτόν η συνείδηση των πράξεών του, είτε διότι από πνευματική νόσο στερείτο της χρήσεως του λογικού του (Α.Π. 1493/1995 Ελλ.Δ/νη 38.1546, Α.Π. 1750/1991 Ελλ.Δ/νη 34.592, Α.Π. 707/1986 ΕΕΝ 1987.147, Α.Π. 370/1986 Ελλ.Δ/νη 28.292, Α.Π. 1091/1980 ΝοΒ 29.497, Εφ.Θεσ. 2578/1986 Αρμ 41.117, Μ. Καράσης, στον Α.Κ. Γεργιάδη - Σταθόπουλου, άρθρο 131, αρ. 2 επ. σ. 191 επ., Κ. Σημαντήρα Γενικές Αρχές, έκδοση γ' 1980, αρ. 608 επ., σ. 404 επ., Απ. Γεωργιάδης, Γεν. Αρχές, εκδ. Β', σ. 115). Η πιο πάνω δήλωση είναι άκυρη, αν κατά το χρόνο που έγινε, ο δηλών δεν είναι σε θέση, είτε γιατί δεν έχει συνείδηση των πράξεών του, είτε γιατί πάσχει από πνευματική νόσο να έχει έλλογη κρίση, επιτρέπουν τον ελεύθερο προσδιορισμό της βούλησης με λογικούς υπολογισμούς και αδυνατεί να διαγνώσει το περιεχόμενο και την ουσία της επιχειρούμενης απ' αυτόν δικαιοπραξίας και τις συνέπειες που θα προκύψουν απ' αυτήν (Α.Π. 1178/1994 Ελλ.Δ/νη 38. 803, Α.Π. 610/1988 Ελλ.Δ/νη 30. 304, Α.Π. 707/1986 ό.π., Α.Π. 304/1979 ΝοΒ 27.1295, Α.Π. 232/1978 ΕΕΝ 45.558, Β. Βαθρακοκοίλη Ερμ.ΑΚ υπό άρθρο 131, σ. 213, Ν. Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές, γ' έκδοση, 1983, αρ. 25α σ. 109, ο ίδιος ΕρμΑΚ άρθρα 1719/1720, αρ. 50 επ., ο ο-

ποίος χαρακτηρίζει ως έλλειψη χρήσεως του λογικού την περίπτωση όπου η βούληση δεν διαμορφώνεται από ομαλά ελατήρια). Για την εφαρμογή δε του άρθρου 131 Α.Κ., αρκεί η ύπαρξη πνευματικής ασθένειας, που να αποκλείει τον ελεύθερο προσδιορισμό της βούλησης με λογικούς υπολογισμούς κατά τον κρίσιμο χρόνο, χωρίς να είναι απαραίτητο ο άρρωστος πνευματικά να έχει κηρυχθεί σε κατάσταση δικαστικής συμπαράστασης, γεγονότα δε προγενέστερα ή μεταγενέστερα από τα οποία εμμέσως μπορεί αυτή να συναχθεί δεν είναι ουσιώδη (Α.Π. 1493/1995 ό.π., Εφ.Αθ. 18/1982 ΝοΒ 31.831, Εφ.Αθ. 3752/1990 Ελλ.Δ/νη 31.1511), ενδεχομένως, όμως, η παραπάνω ανικανότητα λόγω πνευματικής νόσου από την οποία είχε πριν από το χρόνο της δηλώσεως προσβληθεί ο δηλών, εφόσον βέβαια αποδεικνύεται από τον φέροντα το βάρος απόδειξης η βαρύτητα και το διαρκές αυτής, να δύναται να συναχθεί, σύμφωνα με τις περιστάσεις, ότι συνεχίζεται κατά το χρόνο της δήλωσης η στέρηση του λογικού (Μ. Καράσης, ό.π., αρ. 7, σ. 192 Α.Π. 660/1973 ΝοΒ 22. 55). Κατά τα εκτεθέντα, αρκεί να αποδεικνύεται, ότι ο δηλών δεν είχε επίγνωση του ακριβούς περιεχομένου και της ουσίας της επιχειρούμενης δικαιοπραξίας, δηλαδή ότι δεν είχε την ικανότητα για διαμόρφωση ελεύθερης βούλησης (Εφ.Θεσ. 866/1989 Αρμ 44.8, Εφ.Αθ. 776/1976 ΝοΒ 24.730, Εφ.Πατρ. 27/1976 ΑρχΝ 27.345, Εφ.Θρ. 11/1971 ΑρχΝ 23.394, Βαβούσκος γνωμοδότηση εις ΕΕΝ 37.14, Ζέπος γνωμοδότηση εις ΕΕΝ 35.11). Η «έλλειψη συνείδησης τωνπραττομένων» ανάγεται σε περιπτώσεις που η συνείδηση δεν λείπει στην κυριολεξία, αφού σε τέτοιες καταστάσεις, ό-

πως π.χ. ο βαθύς ύπνος ή η νάρκωση, είναι αδιανόητη η επιχείρηση δικαιοπραξίας, αλλά σε περιπτώσεις που υπάρχει υψηλού βαθμού σύγχυση της συνειδήσεως. «Ψυχική δε ή διανοητική διαταραχή» που περιορίζει αποφασιστικά τη λειτουργία της βούλησης, είναι οι γνήσιες ψυχώσεις και οι οργανοψυχικές παθήσεις, αυτές, δηλαδή, που συνήθως οφείλονται σε παθολογοανατομικές αλλοιώσεις του εγκεφάλου, όπως η άνοια, η γενική παράλυση, η ολιγοφρένεια κλπ (Νικ. Παπαντωνίου «Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου», τεύχος α', εκδ. 1980, σελ. 98). Η ακυρότητα των δικαιοπρασιών των, κατά τα ανωτέρω, ανικάνων προσώπων είναι, κατά την κρατούσα στη θεωρία και νομολογία γνώμη, απόλυτη, ώστε οιοσδήποτε έχων έννομο συμφέρον προς τούτο δύναται να την προσβάλλει (Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές ό.π. αρ. 17 σ. 116, Ν. Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές, ό.π., παρ. 25α σ. 109, Σημαντήρας, Γενικές Αρχές ό.π., αρ. 610 σ. 406, Β. Βαθρακοκοίλη ΕρμΑΚ, ό.π. σ. 213, Μ. Καράσης, σε ΕρμΑΚ Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ό.π. αρ. 6 σ. 192, Γαζής, Γενικές Αρχές παρ. 43 IV. 3, Γιαννόπουλος, Γενικές Αρχές παρ. 131 II 3, Ζέπος, σε ΕρμΑΚ άρθρο 131 αρ. 7,

Α.Π. 463/1983 ΝοΒ 32.267, Εφ.Αθ. 44483/1980 Αρμ 34.961, Εφ.Αθ. 2808/1983 Αρμ 37.763, contra Σπυριδάκης, ο οποίος ομιλεί περί σχετικής ακυρότητας, Γενικές Αρχές, αρ. 195, ο ίδιος, Η ακυρότης των εν ζωή περιουσιακών δικαιοπρασιών των ανικάνων, 1974, σ. 107 επ. και σε ΝοΒ 26.518). Ο ισχυριζόμενος την ακυρότητα οφείλει να αποδείξει, φέρων το σχετικό βάρος, τα συγκεκριμένα περιστατικά από τα οποία να προκύπτει η ένεκα πνευματικής νόσου αποστέρηση της χρήσεως του λογικού κατά το χρόνο της δηλώσεως (Μ. Καράσης σε Α.Κ. Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ό.π., αρ. 7, σ. 192). Το δε δικαστήριο κρίνει περί της υπάρξεως της έννοιας της έλλειψης συνειδήσης των πράξεων με βάση τις προσκομιζόμενες αποδείξεις, κάνοντας, χωρίς να τάξει περί τούτου αποδείξεις, χρήση κατά την εκτίμηση αυτών και συναγωγή του εντεύθεν πορίσματος και των κοινών γνώσεων και των εν γένει κανόνων της λογικής και της ανθρώπινης εμπειρίας, τους οποίους κάθε νουνεχής άνθρωπος και επομένως και ο δικαστής κατέχει (Εφ.Αθ. 5405/2003 Ελλ.Δ/νη 2003/1409).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 395/2006

Πρόεδρος: Μαρία Μπαντουβά (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Ιωάννης. Ξυλούρης, Γεώργιος Ασπετάκης

Άρθρα: 2 ΑΚ, 77 παρ. 2 του Συντάγματος, Π.Δ. 34/1995, αρθρ. 7 παρ. 1 Ν. 2741/99

Μίσθωση αιγιαλού:

Από το προστατευτικό πεδίο των επαγγελματικών μισθώσεων του Π.Δ. 34/95, εξαιρούνται οι εν γένει κοινόχρηστοι χώροι στους οποίους ανήκει και ο αιγιαλός. Η εξαίρεση περιλαμβάνει και τις πρό της ισχύος του Ν. 2741/99 μισθώσεις.

Όπως γίνεται δεκτό από τη θεωρία και τη νομολογία, ο νομοθέτης δεν κωλύεται από τη διάταξη του άρθρου 77 παρ. 2 του Συντάγματος και εκείνου του άρθρου 2 του Α.Κ. περί μη αναδρομικής δυνάμεως των νόμων να ρυθμίσει με νέους κανόνες δικαιώματα και υποχρεώσεις που αποκτήθηκαν με νόμους που ίσχυαν προγενέστερα, δηλαδή μπορεί ο νομοθέτης να μεταβάλει την ενέργεια την οποία είχε μια έννομη σχέση από παλαιό νόμο ή και να ορίσει και αυτή την απόσβεση υφιστάμενων δικαιωμάτων, εκτός αν η ρύθμιση αποτελεί προσβολή δικαιώματος που αποκτήθηκε και προστατεύεται με άλλη συνταγματική διάταξη, όπως εκείνη του άρθρου 17, η οποία όμως δεν περιλαμβάνει τις ενοχικές σχέσεις (βλ. σχ. Α.Π. 919/84 Ελλ.Δ/νη 26 31, Α.Π. 391/88 ΝοΒ 1988, 390, Σ.τ.Ε 2193/82 ΝοΒ 1983, 589, Εφ.Θ. 464/95 Ελλ.Δ/νη 37 175 με σχόλιο Ι. Κατρά). Έτσι σε περίπτωση νομοθετικής άρσης της προστασίας μια μίσθωσης από το Ν. 813/1978, λήγει η προστασία του νόμου αυτού και η μίσθωση μετατρέπεται σε κοινή αστική, οπότε αν μεν έχει περάσει ο συμβατικός χρόνος της λήγει σε κάθε περίπτωση (άρθρο 608 παρ. 1 Α.Κ., ενώ αν μετατράπηκε σε αορίστου χρόνου λήγει πλέον με καταγγελία (βλ. σχ. Εφ.Θ. 464/95 ό.π. Ε.Α. 3860/88 Ελλ.Δ/νη 1989 1463 και κάτω από αυτήν παρατηρήσεις Χ. Παπαδάκη και του ίδιου «Σύστημα Εμπορικών μισθώσεων» εκδ. 1991, σελ. 133 αρ. 322). Εξάλλου στην περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 4 του Π.Δ. 34/1995, όπως αυτή ισχύει μετά την αντικατάστασή της με το άρθρο 7 παρ. 1 του Ν. 2741/1999 ορίζεται ότι δεν υπάγονται στις διατάξεις του Π.Δ. 34/1995 και συνεπώς εξαιρούνται από την προστασία των επαγγελματικών μισθώσε-

ων οι μισθώσεις χώρων εντός δημοσίων, δημοτικών ή κοινοτικών κήπων, αλσών πλατειών και εν γένει κοινοχρήστων χώρων, στους οποίους μεταξύ άλλων περιλαμβάνεται και ο αιγιαλός. Η ίδια διάταξη πριν την αντικατάστασή της από το ανώτερο άρθρο 7 παρ. 1 του Ν. 2741/1999 που άρχισε να ισχύει από την δημοσίευσή του στις 28-9-1999 εξαιρούσε από την προστασία του νόμου περί επαγγελματικών μισθώσεων τις μισθώσεις χώρων εντός δημοσίων, δημοτικών ή κοινοτικών κήπων, αλσών και πλατειών, ενώ οποιαδήποτε άλλη μίσθωση, εκτός των ρητά κατονομαζόμενων χώρων, στους οποίους δεν περιλαμβάνονταν ο αιγιαλός, υπαγόταν στις προστατευτικές διατάξεις του Π.Δ. 34/1995. Εξάλλου όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη θεωρία και τη νομολογία ο χαρακτήρας των μισθώσεων που συνάπτονταν για κοινόχρηστους χώρους που δεν περιλαμβάνονταν στις παραπάνω εξαιρέσεις ως επαγγελματικών, δεν ανατρεπόταν από τις διατάξεις του Π.Δ. 715/1979 και ειδικότερα του άρθρου 37 αυτού που απαγορεύει τη σιωπηρή αναμίσθωση ή παράταση της μισθώσεως πέραν του συμβατικού χρόνου για τις μισθώσεις που έχουν συναφθεί από το δημόσιο, τα Ν.Π.Δ.Δ. και τους Ο.Τ.Α, διότι το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 34/1995 υπερισχύει των άλλων νομοθετημάτων ως ειδικός νόμος, αφού ρυθμίζει τις μισθώσεις που υπάγονται σε αυτό ανεξαρτήτως του προσώπου του εκμισθωτή ή του μισθωτή, ενόψει των ειδικών σκοπών που επιδιώκει το συγκεκριμένο νομοθέτημα (Α.Π. 480/92 Ελλ.Δ/νη 1993 1082, Α.Π. 1744/91 Ελλ.Δ/νη 1993 344, Παπαδάκης, ό.π. έκδ. Β' παρ. 64,65 και 5228, του ίδιου αγωγές απόδοσης μισθίου, παρ. 2551). Ωστόσο, δεδομένου ό-

τι από την έναρξη ισχύος του ανωτέρω νόμου 2741/1999 και την αντικατάσταση του άρθρου 1 παρ. 4 περ. ε' του Π.Δ. 34/1995, έτσι ώστε να προστεθεί στις εξαιρέσεις από το προστατευτικό πεδίο των επαγγελματιών μισθώσεων η περίπτωση της μισθώσεως εν γένει κοινοχρήστων χώρων στους οποίους περιλαμβάνεται και ο αιγιαλός, οι μισθώσεις εντός τέτοιων χώρων δεν υπάγονται στις προστατευτικές διατάξεις του Π.Δ. 34/1995, σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη όπως αυτή αντικαταστάθηκε. Η διάταξη αυτή, έστω και αν δεν το ορίζει ρητά, εφαρμόζεται όχι μόνο στις μισθώσεις που συνάπτονται μετά την ισχύ του εν λόγω νόμου (28-9-1999), αλλά και στις υφιστάμενες προ της ισχύος αυτού μισθώσεις κοινόχρηστων χώρων, αφού, όπως εκτέθηκε, ο νομοθέτης δεν εμποδίζεται από το άρθρο 2 του Α.Κ. να ρυθμίσει, με νέους κανόνες δικαίου, δικαιώματα και υποχρεώσεις που αποκτήθηκαν από σύμβαση με προγενέστερους νόμους, στη δε συγκεκριμένη περίπτωση σκόπευε αναμφίβολα να άρει την προστασία του νόμου περί επαγγελματιών μισθώσεων στις μισθώσεις που αφορούν κοινόχρηστους χώρους εν γένει, οι οποίες μέχρι τη δημοσίευση του Ν. 2741/1999 υπάγονταν στη ρύθμισή του εφόσον δεν περιλαμβάνονταν στις εξαιρέσεις που ρητά κατονομάζονταν στην συγκεκριμένη διάταξη, όπως ίσχυε πριν την αντικατάστασή της (Εφ.Θ. 464/9 Ελλ.Δ/νη 37, 175). Στην κρίσιμη υπόθεση η ενάγουσα με την υπό κρίση αγωγή της εκθέτει ότι με αποφάσεις της δημορχιακής επιτροπής του εναγομένου, μετά από ετήσια προκήρυξη δημοπρασίας στην οποία πλειοδότησε, ο εναγόμενος της εκμίσθωσε για πρώτη φορά το Μάιο του 1999 έκταση 1 στρέμματος πε-

ρίπου στον αιγιαλό στη θέση «Γιοφύρι», και στη συνέχεια με μισθωτήρια ετήσιας διάρκειας, πλην του αμέσως προηγούμενου του τελευταίου που διήρκεσε από 11-7-2003 έως και 15-11-2004, για την άσκηση δραστηριοτήτων που εξυπηρετούν τους λούμενους και την αναψυχή του κοινού. Στον τελευταίο δε πλειοδοτικό διαγωνισμό στις 20-5-2005 δυνάμει της υπ' αριθμ. 169/2005 αποφάσεως της δημορχιακής επιτροπής, ανακηρύχθηκε και πάλι πρώτη πλειοδότης η ενάγουσα με ετήσιο μίσθωμα 12.000 €. Ωστόσο, ανεξαρτήτως της συμμετοχής της στις ανωτέρω δημοπρασίες η εν λόγω μίσθωση η οποία άρχισε το Μάιο του 1999, υπάγεται ως επαγγελματική μίσθωση στις προστατευτικές διατάξεις του νόμου περί επαγγελματιών μισθώσεων διότι, κατά την ενάγουσα αφενός μεν οι αποφάσεις της δημορχιακής επιτροπής με τις οποίες προκηρύχθηκαν οι πλειοδοτικοί διαγωνισμοί είναι άκυρες, καθώς βασίζονται σε ανίσχυρες υπουργικές αποφάσεις για τον λόγο που αναλύεται στην αγωγή, αφετέρου κατά το χρόνο συνάψεως της ένδικης συμβάσεως μισθώσεως οι μισθώσεις εν γένει κοινοχρήστων χώρων, μεταξύ των οποίων και αιγιαλού που δεν εξαιρείτο ρητά από το προστατευτικό πεδίο του νόμου περί επαγγελματιών μισθώσεων, οι οποίες συνήφθησαν πριν την εισαγωγή της σχετικής εξαιρέσεως, ήταν και εξακολουθούσαν να χαρακτηρίζονται επαγγελματικές μισθώσεις παρότι την μεταγενέστερη εισαγωγή της εξαιρέσεως, η οποία αφορά μόνον τις μισθώσεις που συνάπτονται μετά την έναρξη ισχύος της νέας διατάξεως η οποία δεν έχει αναδρομική δύναμη. Για το λόγο τούτο ζητεί επικαλούμενη έννομο συμφέρον να αναγνωρισθεί ότι η συγκεκριμένη μίσθωση

στον παραπάνω χώρο ου αιγιαλού του Λ. Χερσονήσου, η οποία άρχισε τον Μάιο του 1999, υπάγεται στις προστατευτικές διατάξεις του προεδρικού διατάγματος 34/1995, και δη του άρθρου 5 αυτού που προβλέπει ελάχιστη δωδεκαετή διάρκεια της επαγγελματικής μισθώσεως. Ωστόσο, σύμφωνα με όσα λεπτομερώς διαλαμβάνονται στην προηγούμενη σκέψη η ένδικη αγωγή με το ανωτέρω περιεχόμενο και αίτημα δεν στηρίζεται στον νόμο, διότι η εξαίρεση από την προστασία του νόμου καταλαμβάνει όχι μόνο τις μισθώσεις που συνάπτονται μετά την ισχύ του σχετικού νόμου (2741/1999), αλλά και τις υφιστάμενες πριν από την ισχύ του, αφού, όπως εκτέθηκε, ο νομοθέτης δεν εμποδίζεται από το άρθρο 2 του Α.Κ. να ρυθμίσει, με νέους κανόνες δικαίου, δικαιώματα και υποχρεώσεις που αποκτήθηκαν από σύμβαση με προγενέστερους νόμους, στη δε συγκεκριμένη περίπτωση σκόπευε αναμφίβολα να

άρει την προστασία του Π.Δ. 34/1995 στις μισθώσεις που αφορούν κοινόχρηστους χώρους εν γένει, οι οποίες μέχρι τη δημοσίευση του Ν. 2741/1999 υπάγονταν στη ρύθμιση του, εφόσον δεν περιλαμβάνονταν στις εξαιρέσεις που ρητά κατονομάζονταν στην συγκεκριμένη διάταξη, όπως ίσχυε πριν την αντικατάστασή της. Συνεπώς η αγωγή πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως αβάσιμη κατά το νόμο, αφού με βάση τα εκτιθέμενα σε αυτήν περιστατικά δεν στοιχειοθετείται η έννομη σχέση που ζητείται να αναγνωρισθεί με επίκληση εννόμου συμφέροντος, ήτοι η ύπαρξη μισθώσεως υπαγόμενης στις προστατευτικές διατάξεις του νόμου περί επαγγελματικών μισθώσεων. Τα δικαστικά έξοδα του εναγομένου πρέπει να επιβληθούν εις βάρος της ενάγουσας, λόγω της ήττας της, κατόπιν σχετικού αιτήματος του εναγομένου (άρθρα 176, 191 παρ. 2 Κ.Πολ.Δ.).

ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 368/2006

Πρόεδρος: Μαρία Μπαντουβά, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Εμμανουήλ Καρνίκης, Πελαγία Ζαχαριουδάκη

94 και 1 ισχ. Συντ., 1 και 2 Ν. 1406/1983, 1 του Ν. 1476/84, 1 και 17 του Ν. 1586/86, Ν. 1188/81 και 32 παρ. 11 Ν. 2190/94 σε συνδ. με Π.Δ. 121/88

Οι διαφορές που αφορούν στις αποδοχές προσωπικού που συνδέεται με το Δημόσιο, τους Ο.Τ.Α. ή τα Ν.Π.Δ.Δ. με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου, δεν είναι διοικητικές και υπάγονται στη δικαιοδοσία των πολιτικών Δικαστηρίων.

Για την κατάταξη προσωπικού σε θέση ΔΕ με τυπικό προσόν πτυχίο Τεχνικής Επαγγελματικής Σχολής δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης, απαιτείται και επαγγελματική εμπειρία τριών ετών στην ίδια ή σε συναφή ειδικότητα, μετά την απόκτηση του τίτλου. Για τη συμπλήρωση της τριετίας συνυπολογίζεται και η στρατιωτική θητεία, αν ο στρατεύσιμος ασχολήθηκε με εργασίες της οικείας ειδικότητας.

Κατά το άρθρο 1 παρ. 2 εδ. θ' του Ν. 1406/1983 στις διοικητικές διαφορές ουσίας που υπάγονται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, περιλαμβάνονται ιδίως αυτές που αναδύονται κατά την εφαρμογή της νομοθεσίας που αφορά εκτός των άλλων και στις κάθε είδους-αποδοχές του προσωπικού εν γένει Δημοσίου, των Ο.Τ.Α. και των Ν.Π.Δ.Δ. οι οποίες ρυθμίζονται από διατάξεις κανονιστικού περιεχομένου. Ως αποδοχές κατά τη διάταξη αυτή, νοούνται οι αποδοχές του προσωπικού που συνδέεται με το Δημόσιο, τους Ο.Τ.Α. ή τα Ν.Π.Δ.Δ. με σχέση δημοσίου δικαίου. Από τη διάταξη αυτή γίνεται φανερό ότι οι διαφορές που αφορούν τις αποδοχές των μισθωτών που συνδέονται με το Δημόσιο, του Ο.Τ.Α., ή τα Ν.Π.Δ.Δ. με σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, δεν είναι διοικητικές κατά την έννοια των άρθρων 94 & 1 του Συντάγματος και 1 & 1 και 2 του Ν. 1406/1983, υπάγονται δε, ως ιδιωτικές, στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 94 & 3 του Συντάγματος και 1 του Κ.Πολ.Δ (ΑΕΔ 3/2004, 11/1992, Α.Π. 587/99 Ελλ.Δ/νη 1999 74). Εξάλλου, με το άρθρο 1 του Ν. 1476/84 παρ. 1 α) παρασχέθηκε στο προσωπικό που υπηρετεί κατά τη δημοσίευση του νόμου αυτού στο δημόσιο ή στα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου ορισμένου ή αορίστου χρόνου, η δυνατότητα διορισμού σε οργανικές θέσεις μονίμων υπαλλήλων, πλην όσων υπηρετούν ως ειδικοί σύμβουλοι ή επιστημονικοί συνεργάτες ή ειδικοί συνεργάτες. Με το άρθρο 5 παρ. 2 ίδιου νόμου ορίστηκε ότι το προσωπικό που δεν κατέχει οργανικές θέσεις και για οποιοδήποτε λόγο δεν διορίζεται κατατάσσεται με

απόφαση του αρμόδιου για την πρόσληψη οργάνου σε προσωρινές θέσεις με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, αντίστοιχες με την ειδικότητα που έχει προσληφθεί, διέπεται δε από τις διατάξεις του κεφαλαίου Γ του Ν. 993/79 ή του Ν. 1188/81 για Ο.Τ.Α. (άρθ. 85 παρ. 5). Περαιτέρω Σύμφωνα με τον Ν. 1586/86, άρθρο 1: «Κατάταξη θέσεων σε κατηγορίες. Οι θέσεις του προσωπικού που διέπεται από τον υπαλληλικό κώδικα (Π.Δ. 611/1977 ΦΕΚ 198) και του προσωπικού των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης που διέπεται από το ν. 1188/1981 (ΦΕΚ 204) κατατάσσονται στις εξής κατηγορίες: α) κατηγορία θέσεων υποχρεωτικής εκπαίδευσης με χαρακτηριστικά στοιχεία ΥΕ. β) κατηγορία θέσεων δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης με χαρακτηριστικά στοιχεία ΔΕ...». Κατά το άρθρο 2: «θέσεις κατά κατηγορία-Τυπικά προσόντα. 1. Θέσεις της κατηγορίας ΥΕ είναι εκείνες, για τις οποίες ως τυπικό προσόν διορισμού ορίζεται απολυτήριος τίτλος υποχρεωτικής εκπαίδευσης ή κατώτερης σχολής του Ν.Δ. 580/1970. 2. Θέσεις της κατηγορίας ΔΕ είναι εκείνες, για τις οποίες ως τυπικό προσόν διορισμού ορίζεται απολυτήριος τίτλος λυκείου ή εξαταξίου γυμνασίου ή άλλου ισότιμου σχολείου ή τεχνικής επαγγελματικής σχολής δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης, ή άλλης ισότιμης σχολής ή αναγνωρισμένης σχολής τυφλών τηλεφωνητών. Ο απολυτήριος τίτλος πρέπει να είναι ειδικότητας αντίστοιχης προς τον οικείο κλάδο, όπου υπάρχει τέτοια αντιστοιχία. Όπου για το διορισμό σε θέσεις της ΔΕ κατηγορίας προβλέπεται ως τυπικό προσόν διορισμού πτυχίο τεχνικής επαγγελματικής σχολής δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης, απαιτείται και τριετής εμπειρία μετά από την κτήση του απολυτηρίου τίτλου

στην ειδικότητα ή σε συναφή ειδικότητα, η οποία δεν λαμβάνεται υπόψη για την εφαρμογή της παρ. 1 του άρθρου 16 του Ν. 1505/1984. Για την συμπλήρωση της τριετούς εμπειρίας συνυπολογίζεται ο χρόνος στρατιωτικής θητείας κατά τον οποίο ο στρατεύσιμος απασχολήθηκε σε εργασίες της οικείας ειδικότητας ή συναφούς». Εξάλλου κατά το άρθρο 17 του ανωτέρω Ν. 1586/1986 ορίζονται τα εξής: «1. ...5. ... 6. Από τους υπαλλήλους του άρθρ. 1 του νόμου αυτού, όσοι κατά την έναρξη της ισχύος του έχουν τυπικό προσόν άλλης κατηγορίας μετατάσσονται σε κενές θέσεις κλάδου της κατηγορίας αυτής, εφόσον το τυπικό προσόν που κατέχουν προβλέπεται, κατά τις οικείες οργανικές διατάξεις, ως τυπικό προσόν διορισμού στον κλάδο που μετατάσσονται. Η μετάταξη γίνεται ύστερα από αίτηση, που υποβάλλεται από τους ενδιαφερόμενους στην υπηρεσία τους, μέσα σε τρεις μήνες από τη δημοσίευση του νόμου αυτού και τη σύμφωνη γνώμη του οικείου υπηρεσιακού συμβουλίου. ...7. ... 8. Αν το τυπικό προσόν που κατέχουν οι υπάλληλοι δεν προβλέπεται για κανένα κλάδο της οικείας κατηγορίας της υπηρεσίας τους, η μετάταξη γίνεται σε κλάδο παρεμφερών ή συναφών, κατά την κρίση του υπηρεσιακού συμβουλίου, τυπικών προσόντων ή σε προσωρινές θέσεις προσωρινού κλάδου, που συνιστώνται με την απόφαση της μετάταξης και καταργούνται αυτοδίκαια με την αποχώρηση από την υπηρεσία του υπαλλήλου που τις καταλαμβάνει. Αν το τυπικό προσόν που κατέχει δεν ανταποκρίνεται στις ανάγκες της υπηρεσίας του, ο υπάλληλος μετατάσσεται ύστερα από γνώμη των οικείων υπηρεσιακών συμβουλίων, σε κενή θέση αντίστοιχου κλάδου άλλης υπηρεσίας, ή σε προσωρινή θέση τέτοιου κλά-

δου που συνιστάται με την απόφαση της μετάταξης και καταργείται αυτοδίκαια με την αποχώρηση του υπαλλήλου από την υπηρεσία... «Τέλος, στο άρθρο 32 παρ. 11 του Ν. 2190/1994 (28 Α’/3-3-1994) ορίζεται ότι «11. Οι διατάξεις των παρ. 8 και 9 του άρθρ. 17 του Ν. 1586/1986 (ΦΕΚ 37 Α’) για μετάταξη υπαλλήλων σε ανώτερη κατηγορία, όταν το τυπικό προσόν της ανώτερης κατηγορίας το οποίο κατέχουν δεν προβλέπεται ή δεν αντιστοιχεί σε κανένα κλάδο της υπηρεσίας τους, εφαρμόζονται και για τους υπηρετούντες κατά τη δημοσίευση του παρόντος μόνιμους υπαλλήλους του Δημοσίου και των Ν.Π.Δ.Δ που υπάγονται στις διατάξεις του Υπαλληλικού Κώδικα. Η προθεσμία υποβολής των αιτήσεων ορίζεται τρίμηνη από τη δημοσίευση του παρόντος». Εξάλλου η οκταετία που απαιτείται κατ’ άρθρο 70 παρ. 2 του Υπαλληλικού Κώδικα για να μεταταγούν υπάλληλοι σε κενή θέση κλάδου ανώτερης κατηγορίας όταν έχουν το απαιτούμενο για το διορισμό σε ανώτερη θέση τυπικό προσόν, κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης συμμετοχής σε διαγωνισμό στον οποίο έλαβαν μέρος επιτυχώς, για κατώτερη κατηγορία, αφετηριάζεται από την κατάρτιση της δημοσιοϋπαλληλικής σχέσης, η οποία συντελείται με το διορισμό και την αποδοχή του (Γν.ΝΣΚ 130/2005 ΝΟΜΟΣ). Επίσης, σύμφωνα με το Π.Δ. 50/01, άρθρο 17: «Για τους κλάδους Δ.Ε. μίας ή περισσότερων ειδικοτήτων των οποίων η ονομασία είναι ίδια με την ονομασία: Διπλώματος Επαγγελματικής Κατάρτισης Ι.Ε.Κ. ή πτυχίου. Α’ ή Β’ κύκλου σπουδών τεχνικού επαγγελματικού εκπαιδευτηρίου ή απολυτηρίου τίτλου ενιαίου πολυκλαδικού λυκείου, ή τεχνικού επαγγελματικού λυκείου ή τεχνικής επαγγελματικής σχολής δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης

ή σχολής μαθητείας Ο.Α.Ε.Δ. του Ν. 1346/83 ή άλλου ισοτίμου τίτλου σχολικής μονάδας της ημεδαπής ή αλλοδαπής, προσόν διορισμού ορίζεται το ομώνυμο ή αντίστοιχο πτυχίο ή δίπλωμα ή απολυτήριος τίτλος των παραπάνω σχολικών μονάδων». Σύμφωνα με το Π.Δ. 194/88, άρθρο 14: «Για τους κλάδους Δ.Ε. μιας ειδικότητας ή για τους συγκροτούμενους από περισσότερες ειδικότητες κλάδους, που η ονομασία της κάθε μιας ειδικότητας είναι ίδια με την ονομασία του απολυτηρίου τίτλου ενιαίου πολυκλαδικού λυκείου ή τεχνικού επαγγελματικού λυκείου ή τεχνικής επαγγελματικής σχολής δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης ή σχολής μαθητείας του Ο.Α.Ε.Δ. του Ν. 1346/83 (ΦΕΚ 46/Α) ή άλλου ισοτίμου τίτλου «σχολικής μονάδας της ημεδαπής ή αλλοδαπής, προσόν διορισμού ορίζεται το ομώνυμο ή αντίστοιχο ή συναφές πτυχίο των παραπάνω σχολικών μονάδων» Σύμφωνα με το Π.Δ. 121/88, άρθρο 1: «Τα εκπαιδευτήρια Βασικής Εκπαιδεύσεως της Σχολής Τουριστικών Επαγγελματιών στα οποία λειτουργούν Τμήματα Ξενοδοχειακών και Επισιτιστικών Επιχειρήσεων και Μαγειρικής Τέχνης, μετατρέπονται σε Τεχνικές Επαγγελματικές Σχολές Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης του Ν. 1566/1985 (ΦΕΚ 167) με τις ακόλουθες αντίστοιχα ειδικότητες: α) Ξενοδοχειακή - Εστιατορική Τεχνική, β) Μαγειρική Τέχνη, γ) Ζαχαροπλαστική τέχνη», κατά δε το άρθρο 6 αυτού: «η διάρκεια της φοίτησης ορίζεται σε δύο χρόνια». Από τις παραπάνω διατάξεις προκύπτει ότι το πτυχίο της Σχολής Τουριστικών Επαγγελματιών Εκπαιδευτηρίου Πάρνηθας τμήματος μαγειρικής τέχνης που είναι διετούς φοίτησεως, είναι ισότιμο με το πτυχίο των Τεχνικών Επαγγελματικών Σχολών (Τ.Ε.Σ.), οι οποίες ανήκουν στην κατηγο-

ρία της Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης. Εξάλλου, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 203 παρ. 1 του Κωδικοποιητικού του Δημοτικού και Κοινοτικού Κώδικα Π.Δ. 410/1995 οι Δήμοι και οι Κοινότητες μπορούν να συνιστούν και άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου που υπάγονται στην εποπτεία τους, σκοπός των οποίων σύμφωνα με την παρ. 4 της ίδιας διατάξεως είναι η οργάνωση ορισμένης δημοτικής κοινοτικής υπηρεσίας για την καλύτερη ικανοποίηση μιας τοπικής ανάγκης. Τα θέματα σχετικά με την διοίκηση και διαχείριση των νομικών αυτών προσώπων ρυθμίζονται από κανονισμούς που ψηφίζουν τα δημοτικά και κοινοτικά συμβούλια ενώ για τα θέματα που αφορούν τη λειτουργία του Δ.Σ. και εποπτεία, τους πόρους και την οικονομική διαχείριση τους εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 198, 199 και 200 παρ. 1,3 και 4 του ίδιου Δ.Κ.Κ. (Π.Δ. 410/1995) για τα δημοτικά και κοινοτικά ιδρύματα. Τα νομικά αυτά πρόσωπα έχουν ιδιαίτερο προϋπολογισμό για τον οποίο εφαρμόζονται οι διατάξεις που ισχύουν για τους δήμους, και είναι ανεξάρτητα από την υπόλοιπη δημοτική (ή κοινοτική) διαχείριση. Από τα παραπάνω συνάγεται ότι τα Νομικά αυτά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου, συνιστούν αυτοτελή έναντι των Οργανισμών τούτων (Ο.Τ.Α) πρόσωπα, οι οποίοι δεν έχουν περαιτέρω ευθύνη έναντι τρίτων. Συνεπώς, ούτε απέναντι στους εργαζομένους με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου σε τέτοια Ν.Π.Δ.Δ για τους οποίους εργοδότης είναι το δημοτικό και κοινοτικό Ν.Π.Δ.Δ και κατ' αυτών έχουν αξίωση καταβολής των αποδοχών τους και όχι κατά των Ο.Τ.Α που τα συνέστησαν (Α.Π. 1009/2001 Ελλ.Δ/νη 44 465, Εφ.Θ. 3621/2004 ΝΟΜΟΣ). Στην προκείμενη πε-

ρίπτωση ο ενάγων εκθέτει στην υπό κρίση αγωγή του, ότι εργάστηκε στο ξενοδοχείο ΞΕΝΙΑ Ηρακλείου που ανήκε στον ΕΟΤ και ακολούθως στην «Α.Ε. Αξιοποίησης Περιουσίας Ε.Ο.Τ.» με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου ως μάγειρας Α' από 1-10-1976 έως και 31-12-1989, από δε την 1-1-1990 προήχθη σε αρχιμάγειρα και με την ειδικότητα αυτή μεταφέρθηκε (μετατάχθηκε) στον Α' κρατικό παιδικό σταθμό Ηρακλείου που αρχικά υπαγόταν στον δεύτερο εναγόμενο και ήδη υπάγεται στον πρώτο, σε προσωποπαγή θέση που συνεστήθη αυτοδίκαια με την αναφερόμενη στην αγωγή υπουργική απόφαση του διορισμού του, με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου και στην κατηγορία Υ.Ε. μαγείρων. Ωστόσο η κατάταξή του στην κατηγορία Υ.Ε. υπήρξε εσφαλμένη διότι διέθετε τα προσόντα για την ένταξη του στην κατηγορία ΔΕ μαγείρων, αφού είναι πτυχιούχος της σχολής τουριστικών επαγγελματιών εκπαιδευτηρίου Πάρνηθας, το οποίο είναι ισότιμο με Τ.Ε.Σ, οι οποίες ανήκουν στην κατηγορία της δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης και έχει την απαιτούμενη προϋπηρεσία. Ήδη δε υπέβαλε αιτήσεις προς το δεύτερο εναγόμενο με αριθμ.πρωτ. 1344/15-11-2001, 338/13-3-2003, 610/14-5-2004 και 3115/30-12-2004 προκειμένου να τον εντάξουν στην ορθή κατηγορία ΔΕ μαγείρων και να του καταβάλουν τις ανώτερες αποδοχές που δικαιούται βάσει των προσόντων του ως εργαζόμενος της συγκεκριμένης κατηγορίας οι οποίες δεν έχουν γίνει δεκτές. Κατόπιν τούτων ζητεί, κατ' ορθότερη εκτίμηση του αιτητικού της αγωγής, επικαλούμενος έννομο προ τούτο συμφέρον, ήτοι την κατάταξή του στο ανώτερο ΜΚ της κατηγορίας ΔΕ μαγείρων, να αναγνωριστεί ότι από την

αναφερόμενη στην αγωγή απόφαση μετατάξης του ως υπαλλήλου κατηγορίας ΥΕ μαγείρων με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου από το Ν.Π.Ι.Δ με την επωνυμία «Α.Ε. Αξιοποίησης Περιουσίας ΕΟΤ» στον Α' Παιδικό Σταθμό Ηρακλείου» και σε προσωποπαγή θέση που συνεστήθη αυτοδίκαια με την απόφαση αυτή συντρέχουν όλες οι νόμιμες προϋποθέσεις ώστε να καταταχθεί στην κατηγορία ΔΕ μαγείρων και όχι στην κατηγορία ΥΕ μαγείρων στην οποία εσφαλμένα κατατάχθηκε. Να υποχρεωθούν οι εναγόμενοι, να αποδέχονται τις υπηρεσίες του ως υπάλληλοι στην κατηγορία ΔΕ μαγείρων και εις ολόκληρον ο καθένας να του καταβάλουν για τις αναφερόμενες στην αγωγή λεπτομερώς διαφορές αποδοχών των κατηγοριών ΥΕ και ΔΕ μαγείρων για τα έτη 2002, 2003, 2004 και το πρώτο πεντάμηνο του 2005, που ανελλιπώς εργάστηκε στο πρώτο εναγόμενο το ποσό των 6.056,14 €, με το νόμιμο τόκο και την επίδοση της αγωγής μέχρι την εξόφληση. Επικουρικά δε ζητεί το ίδιο ποσό σε κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, δεδομένου ότι οι εναγόμενοι κατέστησαν πλουσιότεροι χωρίς νόμιμη αιτία εις βάρος της περιουσίας του, διότι εξοικονόμησαν την δαπάνη την οποία θα κατέβαλλαν σε τρίτο για την εκτέλεση της συγκεκριμένης εργασίας, πλουτισμός που σώζεται κατά το χρόνο εγέρεως της αγωγής. Με τέτοιο περιεχόμενο και αιτήματα η αγωγή αρμοδίως εισάγεται για να συζητηθεί ενώπιον αυτού του Δικαστηρίου, το οποίο έχει δικαιοδοσία για την εκδίκαση της συγκεκριμένης διαφοράς δεδομένου ότι ο ενάγων ζητά μισθολογικές διαφορές που πηγάζουν από την ως άνω ιδιωτικού δικαίου εργασιακή σύμβαση, ήτοι διαφορές αποδοχών που αντιστοιχούν στις κατηγορίες

ΔΕ μαγείρων στην οποία έπρεπε να καταταχθεί και ΥΕ μαγείρων στην οποία εσφαλμένα κατατάχθηκε. Έτσι, όμως, εισάγεται ενώπιον των πολιτικών Δικαστηρίων διαφορά ιδιωτικού δικαίου και όχι διοικητική διαφορά ουσίας, κατά τα διαλαμβανόμενα στη μείζονα σκέψη και συνεπώς το Δικαστήριο τούτο κέκτηται δικαιοδοσίας για την εκδίκασή της, κατά την ειδική διαδικασία που ακολουθείται για την επίλυση των εργατικών διαφορών (άρθρο 663-676 Κ.Πολ.Δ.). Η αγωγή είναι νόμιμη, ως προς το πρώτο εναγόμενο, στηριζόμενη στις διατάξεις που αναφέρονται στην προηγούμενη σκέψη και επιπλέον εκείνες των άρθρων 346, 648, 653 Α.Κ., Ν. 3205/2003, 3 της απόφ. Υπ. Εργ. 19040/1981, 3 ΑΝ 539/45 και 3 παρ. 16 του Ν. 4504/1966, 70, 946 παρ. 1 και 176 Κ.Πολ.Δ. Ωστόσο η αγωγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη ελλείψει παθητικής νομιμοποίησης ως προς το δεύτερο εναγόμενο, διότι με βάση τα περιστατικά που εκθέτει ο ενάγων στην αγωγή μόνο το πρώτο εναγόμενο νομικό πρόσωπο που συνεστήθη μετά από απόφαση του δημοτικού συμβουλίου του δευτέρου εναγομένου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 26 και 203 Π.Δ. 410/1995, στο οποίο υπήχθησαν οι κρατικοί παιδικοί σταθμοί, νομιμοποιείται παθητικώς ως εργοδότης, δεδομένου ότι τούτο συνεστήθη μεν από τον δεύτερο εναγόμενο Δήμο Ηρακλείου και τελεί υπό την εποπτεία του συνιστά όμως έναντι του τελευταίου αυτοτελές νομικό πρόσωπο, κατά του οποίου και μόνον μπορούν να στραφούν οι εργαζόμενοι σε αυτό με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου, για την ικανοποίηση των αξιώσεων τους που απορρέουν από αυτήν, αφού μόνος εργοδότης είναι τούτο και κατ' αυτού έχει αξίωση ο ενάγων εργαζόμενος

για καταβολή των αποδοχών του και όχι κατά του Ο.Τ.Α που το συνέστησε. Συνεπώς η αγωγή ως προς το δεύτερο εναγόμενο πρέπει να απορριφθεί ελλείψει παθητικής νομιμοποίησης επιβαλλομένων των εξόδων του τελευταίου εις βάρος του ενάγοντος, λόγω της ήττας του ως προς τον συγκεκριμένο εναγόμενο (άρθρο 176 Κ.Πολ.Δ.). Περαιτέρω, μη νόμιμο και απορριπτό τυγχάνει το τελευταίο αίτημα της αγωγής ως προς την επικουρική βάση του, του αδικαιολόγητου πλουτισμού, διότι στηρίζεται στα ίδια πραγματικά περιστατικά στα οποία στηρίζεται και η κύρια βάση της από την σύμβαση εργασίας. Η αγωγή όμως αυτή, λόγω του επιβουλητικού της χαρακτήρα θα μπορούσε να ασκηθεί μόνο εάν έλειπαν οι προϋποθέσεις της αγωγής από τη σύμβαση (Α.Π. 1501/05 ΝΟΜΟΣ, Α.Π. 1369/93 Ελλ.Δ/νη 36 304, Α.Π. 1567/83 Νο.Β 32 1354, ΕΑ 8350/93 Νο.Β 1994 86, ΕΑ 9611/89 Ελλ.Δ/νη 35 488). Συνεπώς για να είναι νόμιμη ως προς τη βάση του αδικαιολόγητου πλουτισμού, ακόμη και αν ασκείται επικουρικώς, θα πρέπει ο ενάγων να επικαλείται και άλλα περιστατικά από τα οποία να προκύπτει η ανυπαρξία της αξιώσεως από τη σύμβαση, π.χ. ακυρότητα της συμβάσεως, στοιχεία όμως που δεν εμπεριέχονται στην υπό κρίση αγωγή. Έτσι, η τελευταία κατά το μέρος που είναι νόμιμη πρέπει να ερευνηθεί, περαιτέρω κατ' ουσίαν δεδομένου ότι έχει καταβληθεί το απαιτούμενο τέλος δικαστικού ενσήμου με τα ανάλογα ποσοστά υπέρ τρίτων ταμείων (βλ. τα υπ' αριθμ. 214845, 229819 ΣΕΙΡΑ Α αγωγήσημα, με τα κινητά ένσημα υπέρ Τ.Ν και ΛΕΑΔΗ που έχουν επικολληθεί).-

Ειρηνοδικείο Χερσονήσου - Αριθ. 4/2005

Δικαστής: Ιωσήφ Πετράκης (Ειρηνοδίκης)

Δικηγόροι: Σοφία Μακατοννάκη, Γιώργιος Ασπετάκης

Άρθρο 1 Ν.Δ 2655/53, 9 Π.Δ. 23/2000

Ναυαγοσώστης: Βασικό κριτήριο για τον χαρακτηρισμό ενός μισθωτού ως υπαλλήλου ή εργάτου, αποτελεί το είδος της προσφερομένης εργασίας. Στην σχέση της ατομικής σύμβασης προς τη συλλογική, ισχύει η αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης.

Από τη διάταξη του άρθρου 1 του Ν.Δ. 2655/53 με το οποίο αντικαταστάθηκε το άρθρο 10 του ΚΝ 3514/28 όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 7 του Ν. 4558/30 προκύπτει ότι, ιδιωτικός υπάλληλος κατά την έννοια του παρόντος νόμου, θεωρείται κάθε πρόσωπο το οποίο ασχολείται με αντιμισθία κατά κύριο επάγγελμα, σε υπηρεσίες ιδιωτικού καταστήματος, γραφείου ή εν γένει επιχειρήσεως, ή σε οποιαδήποτε εργασία και παρέχει εργασία αποκλειστικά ή κατά κύριο χαρακτήρα μη σωματική. Δεν θεωρούνται ιδιωτικού υπάλληλοι, οι υπηρέτες κάθε κατηγορίας, καθώς και κάθε πρόσωπο το οποίο χρησιμοποιείται στην παραγωγή αμέσως ως βιομηχανικός, βιοτεχνικός ή μεταλλευτικός εργάτης ή βοηθός ή μαθητευόμενος των παραπάνω κατηγοριών, ή αυτός που παρέχει υπηρετικές εν γένει εργασίες.

Κατά την έννοια της παραπάνω διάταξης ο χαρακτηρισμός ενός μισθωτού ως εργάτη ή υπαλλήλου, εξαρτάται από το είδος των υπηρεσιών που αυτός παρέχει και όχι από το χαρακτηρισμό που δίδεται σ' αυτόν από την σύμβαση ή από τον τρόπο της αμοιβής του.

Εργασία εργάτου θεωρείται εκείνη η οποία παρέχεται αποκλειστικά, ή κατά κύριο λόγο με την καταβολή σωματικής ενέργειας ενώ, όταν η εργασία παρίσταται

ως προϊόν πνευματικής καταβολής τότε και εφόσον ο μισθωτός διαθέτει τη δέουσα γι' αυτήν κατάρτιση και εμπειρία και την εκτελεί με υπευθυνότητα, θεωρείται ως εργασία υπαλλήλου και εκείνοι που την ασκούν ανήκουν στην κατηγορία των ιδιωτικών υπαλλήλων (Α.Π. 76/1986 ΝοΒ. 38.1162, Α.Π. 710/1990 Ε Εργ.Δ 50,973).

Εξ' άλλου σύμφωνα με τις διατάξεις του Π.Δ. 23/2000 «περί καθορισμού προϋποθέσεως ιδρύσεων και λειτουργίας σχολών ναυαγοσωστικής εκπαίδευσης ...κ.λπ.» ναυαγοσώστης είναι ο απόφοιτος σχολής ναυαγοσωστικής εκπαίδευσης εφοδιασμένος με άδεια της λιμενικής αρχής σε ισχύ, ο οποίος εκτελεί κατ' επάγγελμα την υπηρεσία που προσδιορίζεται στο άρθρο 9 του διατάγματος. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 5 η άδεια του ναυαγοσώστη χορηγείται σε όσους κριθούν από την επιτροπή του άρθρου 6 ως επιτυγχόντες στις θεωρητικές εξετάσεις στα αντικείμενα που ορίζονται από το άνω Π.Δ. και εφόσον κριθούν ικανοί από την επιτροπή στις αθλητικές επιδόσεις χωρίς εξοπλισμό κολυμβητή, που ορίζονται από το ίδιο ως άνω Π.Δ. Πριν τη συμμετοχή στις εξετάσεις είναι υποχρεωτική η φοίτηση στη σχολή ναυαγοσωστικής εκπαίδευσης. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 9 του ίδιου Π.Δ., ο ναυαγοσώστης

ευρίσκεται σε ετοιμότητα με ένδυμα κολύμβησης καθόλη τη διάρκεια της υπηρεσίας του και μπορεί να περιπολεί με σωστική λέμβο κωπηλατώντας κοντά στο χώρο των λουομένων ή να κάθεται επί του υπάρχοντος βάρους του ναυαγοσώστη. Ο ναυαγοσώστης κατά την εκτέλεση της εργασίας του παρακολουθεί τους λουόμενους, είναι σε άμεση ετοιμότητα παροχής βοήθειας και δεν εκτελεί άλλη παράλληλη εργασία.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι, η άσκηση του επαγγέλματος του ναυαγοσώστη λόγω της καθοριστικής σχέσης που έχει με την ανθρώπινη ζωή, απαιτεί την αυστηρή τήρηση της εκπαίδευσης που προβλέπει ο νόμος και για την εκτέλεση αυτής της εργασίας, υπερτερεί καταφανώς το πνευματικό στοιχείο.

Επίσης, κατά τη διάταξη του άρθρου 11 της από 30.5.2003 ΣΣΕ που ρυθμίζει τους όρους αμοιβής και εργασίας των ξενοδοχοϋπαλλήλων Ν. Ηρακλείου η οποία έχει κηρυχθεί υποχρεωτική με την 15514/2003 απόφαση του Υπ. Εργασίας, οι μη συνεχούς λειτουργία ξενοδοχειακές επιχειρήσεις (εποχιακές) και τέτοιες θεωρούνται ότι είναι εκείνες που λειτουργούν μέχρι εννέα μήνες το χρόνο, υποχρεούνται να επαναπροσλαμβάνουν το αυτό προσωπικό που απασχόλησαν κατά την προηγούμενη περίοδο. Προϋπόθεση για αυτό το καθιερωμένο δικαίωμα του εργαζομένου αποτελεί η έγγραφη ειδοποίηση προς τον εργοδότη μέχρι το τέλος του Ιανουαρίου, ότι επιθυμεί να απασχοληθεί κατά την προσεχή περίοδο. Η έγγραφη αυτή ειδοποίηση πρέπει να γίνεται μέσω του Συνδέσμου ξενοδοχοϋπαλλήλων του Ν. Ηρακλείου και σε έντυπη δήλωση που έχει εκτυπώσει αυτός. Η επιχείρηση υποχρεού-

ται να τον απασχολήσει σε κάθε περίπτωση από την 15η Μαΐου. Σε κάθε περίπτωση, μισθωτός που θα κληθεί από την επιχείρηση να αναλάβει υπηρεσία και δεν την αναλάβει αδικαιολόγητα εντός πενθημέρου, χάνει κάθε δικαίωμα επαναπροσλήψεως και αποζημιώσεως.

Εξ' άλλου κατά τη διάταξη του άρθρου 12 της ίδιας ΣΣΕ, τόσο κατά τη διάρκεια λειτουργίας της επιχείρησης, όσον και κατά τη νεκρή περίοδο αυτής, απόλυση του εργασθέντος κατά την προηγούμενη περίοδο χωρεί κατόπιν της καταβολής της νόμιμης αποζημίωσης. Δεν επιτρέπεται κατά την νεκρή περίοδο καταγγελία δια προειδοποίησης, εκτός για δικαιολογημένη αιτία... Η αποζημίωση υπολογίζεται βάση των κατά μέσο όρο αποδοχών της προηγούμενης περιόδου εργασίας. Στην καταγγελία θα υπολογίζεται ως χρόνος εργασίας ολόκληρος ο χρόνος που διανύθηκε από την πρόσληψη στο αυτό ξενοδοχείο. Περαιτέρω κατά το άρθρο 8 παρ. 1 του Ν. 1346/1983 σε ξενοδοχειακές επιχειρήσεις εποχιακής λειτουργίας ο εργοδότης υποχρεούται να επαναπροσλαμβάνει τον ίδιο αριθμό εργαζομένων που είχε κατά μέσο όρο τις δύο προηγούμενες περιόδους εργασίας και κατά προτίμηση αυτούς που εργάζοντο την τελευταία περίοδο. Η επαναπρόσληψη θα γίνεται σταδιακά κατά τον αναφερόμενο στο άρθρο αυτό τρόπο.

Με τις διατάξεις αυτές οι οποίες επαναλαμβάνονται και σ' όλες τις προηγούμενες ΣΣΕ ξενοδοχοϋπαλλήλων, σκοπείται η εξασφάλιση στο μέλλον απασχόλησης σ' αυτούς που εργάστηκαν κατά την τελευταία περίοδο σε ξενοδοχειακές επιχειρήσεις που λειτουργούν εποχιακά, εφόσον εκδηλώνουν τέτοια βούληση προς

τον εργοδότη τους, οπότε επαναπροσλαμβάνονται και από της αναλήψεως της εργασίας από το μισθωτό αρχίζουν τα δικαιώματα που απορρέουν από την επαναπρόσληψη. Σε περίπτωση όμως μη επαναπρόσληψης και άσχετα από το ότι δεν υφίσταται ενεργός εργασιακή σύμβαση, κατ’ επιταγή του άρθρου 12 της παραπάνω ΣΣΕ, ο εργοδότης υποχρεούται να καταβάλει στον μη επαναπροσληθέντα αποζημίωση, η οποία υπολογίζεται με βάση το μέσο όρο των αποδοχών της αμέσως προηγούμενης περιόδου εργασίας και το χρόνο εργασίας του από της προσλήψεως του στο ίδιο ξενοδοχείο με την έννοια της ίδιας ξενοδοχειακής επιχείρησης. Όμως με τη ΣΣΕ εξασφαλίζεται ένα minimum προστασίας. Στόχος της δεν είναι να αφαιρέσει πλεονεκτήματα και οφέλη που απέκτησαν ή θ’ αποκτήσουν στο μέλλον οι εργαζόμενοι μέσα από τις ατομικές συμβάσεις εργασίας. Οι ρυθμίσεις της ΣΣΕ αποτελούν τους κατώτερους, όχι όμως και τους ανώτερους όρους εργασίας. Ο νομοθέτης έχοντας ακριβώς ως βάση το σκοπό και τη λειτουργία της ΣΣΕ συλλογικής αυτονομίας, καθιερώνει το δίκαιο των Συλλογικών Συμβάσεων ως μονομερώς αναγκαστικού δικαίου δηλαδή απαγορεύει μόνο την εις βάρος του εργαζομένου απόκλιση από τις ρυθμίσεις του. Στη σχέση της ατομικής σύμβασης προς τη συλλογική ισχύει η αρχή της ευνοϊκότερης ρύθμισης (αρχή της εύνοιας). Η αρχή αυτή θεσπίζεται ρητά σε όλες τις ΣΣΕ των ξενοδοχοϋπαλλήλων και στη διάταξη του άρθρου 680 Α.Κ. (βλ. και μελέτη Δ. Ζαρδελή: η πρακτική της εκμετάλλευσης ΕΕΔ Τόμος 46 σελ. 753 επ., 1025 επ.).

Στην κρινόμενη αγωγή του ο ενάγων ο οποίος ήτο εφοδιασμένος με την απαιτού-

μενη άδεια ασκήσεως επαγγέλματος εκθέτει ότι με άτυπη σύμβαση εξαρτημένης εργασίας προσλήφθηκε το Μάιο του 1999 από την εναγομένη, για να εργαστεί ως ναυαγοσώστης στο εποχιακής λειτουργίας τουριστικό συγκρότημά της, που βρίσκεται στα Μάλια Ηρακλείου και λειτουργεί με το διακριτικό τίτλο MALIA BEACH HOTEL. Ότι με την ειδικότητα αυτή εργάστηκε στο παραπάνω ξενοδοχείο της εναγομένης όλες τις τουριστικές περιόδους λειτουργίας του ξενοδοχείου της από το έτος 1999 ως το τέλος της τουριστικής περιόδου 2003. Ότι κατά την λήξη της τουριστικής περιόδου 2003 εδήλωσε στην εναγομένη ότι επιθυμούσε να εργασθεί και κατά την περίοδο 2004 με την ίδια ειδικότητα και αυτή τον διαβεβαίωσε ότι θα τον επαναπροσλάβει. Παρά ταύτα όμως στις 4 Φεβρουαρίου 2004 η εναγομένη δια του νομίμου εκπροσώπου της κατήγγειλε άτυπα τη μεταξύ τους εργασιακή σχέση, χωρίς μέχρι σήμερα να του καταβάλει τη νόμιμη αποζημίωση βάσει του συνολικού χρόνου απασχόλησης του στην επιχείρηση της, η οποία κατά τους ισχυρισμούς του ανέρχεται στο ποσό των 5.177,65 ευρώ.

Με την αγωγή αυτή ο ενάγων επιδιώκει να υποχρεωθεί η εναγομένη να του καταβάλει το παραπάνω ποσό με το νόμιμο τόκο από 4 Φεβρουαρίου 2004, άλλως από την επίδοση της αγωγής μέχρι την εξόφληση, να κηρυχθεί η απόφαση προσωρινά εκτελεστή και να επιβληθούν τα δικαστικά του έξοδα σε βάρος της εναγομένης.

Η αγωγή δικάζεται κατά την ειδική διαδικασία των άρθρων 663, 666, 667, 670 έως 676 Κ.Πολ.Δ (εργατικές διαφορές) και πρέπει να ερευνηθεί αν είναι από νο-

μική και ουσιαστική άποψη βάσιμη, εφόσον φέρεται στο αρμόδιο δικαστήριο και έχουν καταβληθεί τα νόμιμα τέλη για τη συζήτηση της.

Να σημειωθεί ότι σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 71 του Εισ.Ν. Κ.Πολ.Δ όπως τούτο ισχύει μετά την τροποποίηση του από το άρθρο 6 περ 17 του Ν. 2479/1997 στην προκειμένη περίπτωση δεν απαιτείται καταβολή τέλους δικαστικού ενσήμου, καθόσον πρόκειται περί εργατικής διαφοράς υπαγομένης στην αρμοδιότητα του Ειρηνοδικείου.

Η αγωγή είναι νόμιμη. Το κύριο αίτημα της καταβολής του ποσού της αποζημίωσης της απόλυσης στηρίζεται στις διατάξεις των άρθρων 11 και 12 της από 30.5.2003 ΣΣΕ των ξενοδοχοϋπαλλήλων του Ν. Ηρακλείου η οποία έχει κηρυχθεί υποχρεωτική με την αρ. 15514/2003 απόφαση του Υπουργείου Εργασίας, 8 παρ. 1 του 1346/83, 3 παρ. 2 του 2112/1920 όπως ισχύει σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 1 του Ν.Δ. 2655/53 με το οποίο αντικαταστάθηκε το άρθρο 10 του Κ.Ν. 3514/28 όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρο 7 του Ν. 4558/1930 και με τις διατάξεις του Π.Δ. 23/2000. Τα αιτήματα που αφορούν α) την πληρωμή νόμιμων τόκων β) την κήρυξη της απόφασης προσωρινά εκτελεστής και την καταδίκη της εναγομένης στη δικαστική δαπάνη του ενάγοντα, στηρίζονται στις διατάξεις των άρθρων 345 άλλως 346 Α.Κ., 907, 908 παρ. 1 περ. ε' και 176 Κ.Πολ.Δ αντίστοιχα.

Η εναγομένη εταιρεία με τις προτάσεις που κατέθεσε επί της έδρας, αφού αρνήθηκε την αγωγή, ισχυρίζεται μεταξύ των άλλων ότι πρέπει να απορριφθεί καθόσον ο ενάγων θεωρείται απ' αυτήν ως εργάτης και όχι ως υπάλληλος κατά το ουσιαστικό

κριτήριο, διότι κατά την εκτέλεση της εργασίας που κυριαρχεί το σωματικό στοιχείο. Η εργασία του κατά τους ισχυρισμούς της, κατά κύριο λόγο συνίσταται στην παροχή υπηρεσιών μεταφοράς των καθισμάτων και ομπρελών στην παραλία και η προσφορά τους σε όσους επιθυμούν να τις μισθώσουν, στον καθαρισμό της παραλίας, στο στρώσιμο της άμμου, επιτήρηση του χώρου των λουόμενων μαζί με δύο άλλους εργάτες και κατά ήσσονα λόγο στην παροχή ναυαγοσωστικών υπηρεσιών στους λουόμενους. Σύμφωνα όμως με όσα εσημειώθησαν στην αρχή και κυρίως σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 9 του Π.Δ. 23/2000 ο ναυαγοσώστης (ο οποίος λαμβάνει την άδεια μετά από επιτυχή εκπαίδευση στη σχολή που προβλέπει το παραπάνω διάταγμα) κατά την εκτέλεση της εργασίας που παρακολουθεί τους λουόμενους, είναι σε άμεση ετοιμότητα παροχής βοήθειας και δε εκτελεί άλλη παράλληλη εργασία. Δηλαδή η άσκηση του επαγγέλματος του ναυαγοσώστη απαιτεί την αυστηρή τήρηση της εκπαίδευσης που προβλέπει ο νόμος και για την εκτέλεση αυτής της εργασίας υπερτερεί το πνευματικό στοιχείο.

Κατά συνέπεια οι παραπάνω ισχυρισμοί της εναγομένης, η οποία ομολογεί ότι ο ενάγων έστω και «κατά ήσσονα λόγο» παρείχε ναυαγοσωστικές υπηρεσίες στους λουόμενους και είχε τα προς τούτο τυπικά και ουσιαστικά εφόδια, πρέπει ν' απορριφθούν. Να σημειωθεί όμως ότι η ανάθεση στον ενάγοντα οποιασδήποτε άλλης παράλληλης εργασίας έγινε παράνομα.

ΔΙΚΑΙΟ ΠΙΣΤΩΤΙΚΩΝ ΤΙΤΛΩΝ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Ειδική Διαδικασία)- Αριθ. 112/4631/248/2006

Δικαστής: Ευγενία Μπιτσακάκη, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Αναστασία Φραγκούλη, Μαριάννα Γρηγοράκη

Άρθρα: 623, 624 παρ. 1, 626 παρ. 2 και 3, 630, 662 α 585 παρ. 2 και 633 Κ.Πολ.Δ σε συνδυασμό με 111, 118, 216 262 ιδίου κώδικα.

Ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής και διαταγής απόδοσης μισθίου. Απαράδεκτο προβολής νέων λόγων ανακοπής με τις προτάσεις. Ενστάσεις «ανatreπτικές» ή «διακωλυτικές» γεννήσεως της απαιτήσεως μπορούν να προβληθούν με την ανακοπή, εφόσον τα παραγωγικά τους γεγονότα συντελέστηκαν προ της εκδόσεως της διαταγής πληρωμής.

Ο λόγος και τα στοιχεία της υπεισελεύσεως ex lege στη μισθωτική σχέση του νέου κτήτορος, πρέπει για την πληρότητα του δικόγραφου να αναφέρονται στην αίτηση για την έκδοση διαταγής πληρωμής.

Από την γραμματική διατύπωση των συνδυασμένων διατάξεων των άρθρων 623, 624 παρ. 1, 626 παρ. 2 και 3 και 630 Κ.Πολ.Δ. συνάγεται με σαφήνεια ότι απαραίτητη προϋπόθεση για την έγκυρη έκδοση διαταγής πληρωμής είναι πλην άλλων και η ύπαρξη κατά το χρόνο εκδόσεώς της, της απαιτήσεως για την οποία εκδίδεται. Επίσης από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 585 παρ. 2, 633 παρ. 1, 662Γ, 662 δ στ και 118 Κ.Πολ.Δ. προκύπτει ότι οι λόγοι ανακοπής μπορούν να αφορούν, είτε την τυπική ακυρότητα της Διαταγής Πληρωμής και Διαταγής απόδοσης μισθίου, υπό την έννοια ότι δεν τηρήθηκαν οι κατά τα άρθρα 623, 624-626, 662Α Κ.Πολ.Δ., απαιτούμενοι όροι και προϋποθέσεις εγκύρου εκδόσεως αυτής, είτε την ουσιαστική ακυρότητα της Διαταγής Πληρωμής υπό την έννοια ότι ο ανακόπτων αμφισβητεί την ύπαρξη της οφειλής του, προβάλλοντας ανατρεπτικές ή διακωλυτικές της γεννήσεως της απαιτήσεως του καθ' ου η ανακοπή ενστάσεις, ή περιορίζεται σε απλή άρνηση της υπάρξεως του χρέους του, αμφισβητώντας τα περιστατικά επί των οποίων στηρίζεται. Συνέπεια

τούτου είναι ότι οι ανατρεπτικές ή διακωλυτικές ενστάσεις επί της απαιτήσεως μπορούν να προβληθούν με την ανακοπή εφόσον τα παραγωγικά αυτής γεγονότα, συντελέστηκαν προς της εκδόσεως της Διαταγής Πληρωμής (βλ. Εφ.Πειρ. 902/1986 Δ/νη 28, 469). Οι ενστάσεις αυτές ως λόγοι ανακοπής, πρέπει, σύμφωνα με τα άρθρα 262, 111, 118 και 216 Κ.Πολ.Δ., να είναι σαφείς και ορισμένες, ήτοι να περιλαμβάνουν ορισμένη αίτηση και σαφή έκθεση των γεγονότων που τους θεμελιώνουν, ώστε να μπορεί ο μεν καθ' ου η ανακοπή να αμυνθεί, το δε δικαστήριο να τάξει τις δέουσες αποδείξεις, αλλιώς οι λόγοι αυτοί απορρίπτονται ως αόριστοι (Εφ.Αθ. 6709/1985 Δ/νη 26, 995).

Στην προκειμένη περίπτωση η ανακοπύουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση ανακοπής της ισχυρίζεται ότι η ανακοπύμενη Διαταγή απόδοσης μισθίου- Διαταγή Πληρωμής πάσχει ακυρότητας, διότι δεν οφείλεται όλο το ποσό που υποχρεώνεται να καταβάλλει με αυτήν, δεδομένου ότι έχει γίνει καταβολή προ μηνός περίπου στους καθ' ων η ανακοπή ποσού 4.000 ευρώ και

συνεπώς δεν υφίσταται αυτό στην αίτηση, αλλά και στη Διαταγή απόδοσης μισθίου, ούτε η εξώδικη δήλωση είναι απαιτούμενη, αφού δεν οφείλεται το ποσό που αναφέρεται σε αυτήν. Με το περιεχόμενο όμως αυτό ο άνω ισχυρισμός είναι απορριπτός ως άδικο και ανεπίδεκτος δικαστικής εκτίμησης, σύμφωνα με όσα στη μείζονα σκέψη αναφέρονται, κατ' αυτεπάγγελτη έρευνα του Δικαστηρίου, αλλά και γενομένης δεκτικής της σχετικής ενστάσεως των καθ' ων η ανακοπή. Και τούτο διότι δεν αναφέρεται ο ακριβής χρόνος καταβολής του φερόμενου ως καταβληθέντος ποσού, ήτοι αν αυτό καταβλήθηκε πριν από την έκδοση της Διαταγής απόδοσης μισθίου-Διαταγής Πληρωμής ή μετά από την έκδοσή της, ώστε να κριθεί η κατά τα άνω νομική και ουσιαστική βασιμότητα του ισχυρισμού της και επιπλέον δεν αναφέρονται οι λόγοι για τους οποίους η εξώδικη δήλωση - όχληση δεν είναι νομότυπη. Τα πραγματικά αυτά γεγονότα, τα οποία δεν αναφέρονται στο δικόγραφο είναι απαραίτητα, προκειμένου να δυνηθούν οι καθ' ων η ανακοπή να αμυνθούν το δε Δικαστήριο να ερευνήσει τις δέουσες αποδείξεις. Πρέπει να σημειωθεί ότι η αοριστία αυτή του ένδικου ισχυρισμού δεν δύναται να συμπληρωθεί παραδεκτά ούτε με τις προτάσεις, ούτε με την παραπομπή σε άλλα έγγραφα, ούτε από την εκτίμηση των αποδείξεων, κατά τα προεκτεθέντα.

Από τις διατάξεις των άρθρων 111 παρ. 2, 118 εδ. 4 και 216 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ., που εφαρμόζονται κατ' άρθρο 662γ και στη ειδική διαδικασία της Διαταγής απόδοσης της χρήσεως μισθίου ακινήτου, το δικόγραφο της αίτησης για έκδοση Διαταγής απόδοσης της χρήσεως του μισθίου πρέπει να περιέχει, με κύρωση το απαράδεκτο, εκτός άλλων και σαφή έκθεση των γεγονότων, τα οποία θεμελιώνουν κατά νόμο την άσκηση

αυτής από τον αιτούντα κατά του καθ' ου η αίτηση. Καθιερώνεται έτσι ως ουσιώδες και απαραίτητο στοιχείο της αίτησης, η ιστορική βάση, ήτοι η ευκρινής έκθεση όλων των πραγματικών γεγονότων, όσα κατά νόμο, είναι αναγκαία του αξιούμενου δικαιώματος. Όταν δε το δικόγραφο της δεν περιέχει όλα τα παραπάνω γεγονότα ή όταν αυτά περιέχονται ασαφώς ή ελλιπώς, τότε η έλλειψη αυτή καθιστά μη νομότυπη την άσκηση της και αυτή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, λόγω αοριστίας. Περαιτέρω η αίτηση αποδόσεως της χρήσεως μισθίου επαγγελματικής μισθώσεως, που αποτελεί αξίωση απορρέουσα από τη μισθωτική σύμβαση, ανήκει αποκλειστικά στον εκμισθωτή, ο οποίος και νομιμοποιείται να την ασκήσει. Επομένως η ιδιότητα του αιτούντος ως εκμισθωτή και ο τρόπος που αυτή αποκτήθηκε αποτελούν αναγκαία στοιχεία της ενεργητικής του νομιμοποίησης και της ιστορικής βάσεως της ανωτέρω αιτήσεως, που πρέπει να διαλαμβάνονται στο δικόγραφο της. Ο νέος κήτορας, ειδικότερα, μισθίου επαγγελματικής μισθώσεως, ο οποίος απέκτησε τούτο κατά τη διάρκεια της μισθωτικής σχέσεως, νομιμοποιείται ενεργητικώς στην άσκηση της αιτήσεως αποδόσεως του μισθίου αυτού, ως υπεισερχόμενος ex lege στη μισθωτική σχέση, ο λόγος όμως και τα στοιχεία της υπεισελεύσεώς του αυτής πρέπει να αναφέρονται στην ανωτέρω αγωγή, για την πληρότητα του δικογράφου της. Τέλος κατά την διάταξη του άρθρου 662γ Κ.Πολ.Δ., στην αίτηση για την έκδοση Διαταγής αποδόσεως της χρήσεως μισθίου επισυνάπτεται το έγγραφο από το οποίο αποδεικνύεται η μίσθωση, η έκθεση επίδοσης της όχλησης, καθώς και κάθε άλλο σχετικό έγγραφο.

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 144/2006

Δικαστής: Μαρία Σγουρού, (Πρωτοδίκης)

Δικηγόροι: Ιωάννης Μουστάκας, Ευαγγελία Καρτσωνάκη

Άρθρα: 623, 624, 632, 443 Κ.Πολ.Δ

Ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής εκδοθείσης επί τιμολογίων παροχής υπηρεσιών, άνευ της υπογραφής του παραλαμβάνοντος. Ακύρωση της διαταγής πληρωμής, καθόσον στο δικόγραφο της αιτήσεως εκδόσεως διαταγής πληρωμής δεν έγινε μνεία των επιπλέον αποδεικτικών και εγγράφων, αν και αυτά προσκομίστηκαν.

Από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 623 και 624 Κ.Πολ.Δ, προκύπτει ότι μεταξύ των ουσιαστικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων με την συνδρομή ή μη των οποίων μπορεί να ζητηθεί η έκδοση διαταγής πληρωμής είναι, αφενός η ύπαρξη χρηματικής απαίτησης του αιτούντος από ορισμένη έννομη σχέση και αφετέρου η απαίτηση αυτή καθώς και το ποσό της να αποδεικνύονται με δημόσιο ή ιδιωτικό έγγραφο. Εάν η απαίτηση ή το ποσό της δεν αποδεικνύονται εγγράφως, ο Δικαστής οφείλει σύμφωνα με το άρθρο 632 Κ.Πολ.Δ να μην εκδώσει διαταγή πληρωμής. Σε περίπτωση δε έκδοσης διαταγής πληρωμής παρά την έλλειψη της διαδικαστικής αυτής προϋπόθεσης, τότε αυτή ακυρώνεται ύστερα από ανακοπή του οφειλέτη, σύμφωνα με τα άρθρ. 632 και 633 Κ.Πολ.Δ (Ολ.Α.Π. 10/1997 Ελλ.Δ/νη 38.767). Περαιτέρω, για να έχει αποδεικτική δύναμη ιδιωτικό έγγραφο, σύμφωνα με το άρθρ. 443 Κ.Πολ.Δ, πρέπει να έχει την ιδιότητα υπογραφής του εκδότη, δηλαδή εκείνου που αναλαμβάνει υποχρεώσεις από το έγγραφο. Ειδικώς τα τιμολόγια παροχής υπηρεσιών που εκδίδονται στην αγο-

ρά κυρίως για φορολογικούς λόγους, δεν μπορούν να έχουν αποδεικτική δύναμη για εκείνον στο όνομα του οποίου εκδόθηκαν (εργολάβου), αν δεν φέρουν την υπογραφή του εργοδότη για το νόμιμο της εκδόσεώς τους, ή για την κατάρτιση της συμβάσεως που αναφέρεται σε αυτά. Με μόνα λοιπόν τα τιμολόγια του εργολάβου δεν είναι δυνατή η έκδοση διαταγής πληρωμής, γιατί δεν αποδεικνύεται από αυτό η κατάρτιση της σύμβασης έργου που αποτελεί την αιτία της χρηματικής απαίτησης, ούτε ιδίως η εκτέλεση του έργου που αναγράφεται σε αυτό. Εάν όμως τα στοιχεία των τιμολογίων και κυρίως η κατάρτιση της σύμβασης και εφ' όσον πρόκειται για σύμβαση έργου, η παραλαβή από τον εργοδότη του έργου, αποδεικνύονται από άλλα έγγραφα συνοδευτικά αυτών, τότε με βάση τα έγγραφα αυτά και τα τιμολόγια, μπορεί να ζητηθεί και να εκδοθεί διαταγή πληρωμής γιατί από τον συνδυασμό των εγγράφων αυτών που έχουν αποδεικτική δύναμη, αποδεικνύεται εγγράφως η ύπαρξη της απαιτήσεως Εφ.Αθ. 7438/1998 Ελλ.Δ/νη 2000.1386, Εφ.Αθ. 7702/1996 Ελλ.Δ/νη 1997.1613).

Στην προκείμενη περίπτωση, με την υπό κρίση ανακοπή, η ανακόπτουσα ζητά για τους λόγους που διαλαμβάνονται στο υπό κρίση δικόγραφο, την ακύρωση της υπ αριθ. 118/2005 διαταγής πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου τούτου, που εκδόθηκε κατόπιν αιτήσεως του καθού η ανακοπή κατά της ανακόπτουσας, με βάση έξι τιμολόγια παροχής υπηρεσιών και με την οποία η ανακόπτουσα επιτάχθηκε να καταβάλει συνολικά το ποσό των 79.776,33 ευρώ.

Η ανακοπή με το περιεχόμενο και το αίτημα αυτό ασκήθηκε νομότυπα και εμπρόθεσμα, υπάγεται στην αρμοδιότητα αυτού του Δικαστηρίου (άρθρα 584, 58, 632, 633 παρ. 1,2 Κ.Πολ.Δ), εκδικάζεται κατά την προκείμενη τακτική διαδικασία, με την οποία δικάζεται η διαφορά από την απαίτηση (σύμβαση έργου), για την οποία εκδόθηκε η ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής. Πρέπει, επομένως, να γίνει τυπικά δεκτή και να ερευνηθεί η νομική και ουσιαστική βασιμότητα του λόγου της.

Από την εξέταση στο ακροατήριο του μάρτυρα του καθού η ανακοπή, σε συνδυασμό με τα προσκομιζόμενα με επίκληση δημόσια και ιδιωτικά έγγραφα, αποδείχθηκαν τα εξής (σημειώνεται ότι η μνεία παρακάτω ορισμένων εγγράφων είναι ενδεικτική αφού ουδενός παραλείφθηκε η συνεκτίμηση): Από την ανακοπτόμενη με αριθ. 110/2005 Διαταγή Πληρωμής του Δικαστή του Δικαστηρίου τούτου, προκύπτει ότι για την έκδοσή της προσκομίστηκαν έξι τιμολόγια παροχής υπηρεσιών και συγκεκριμένα τα με αριθ. 222/9-12-2004, 223/24-12-2004, 224/22-1-

2005, 225/4-2-2005, 226/11-2-2005 και 227/25-2-2005 τα οποία έφεραν την σφραγίδα, όχι όμως και την υπογραφή της ανακόπτουσας, καθώς και η από 4-4-2005 εξώδικη δήλωση - πρόσκληση και διαμαρτυρία του καθού η ανακοπή προς την ανακόπτουσα. Από τα έγγραφα όμως αυτά δεν προκύπτει η παραλαβή του έργου από την ανακόπτουσα και η συνακόλουθη εκπλήρωση της αντιπαροχής κατ' άρθ. 624 Κ.Πολ.Δ από τον καθού η ανακοπή. Κατά συνέπεια, δεν πληρούνται οι όροι εκδόσεως της Διαταγής Πληρωμής κατά τον χρόνο εκδόσεως αυτής. Οι ισχυρισμοί του καθού η ανακοπή οι οποίοι περιέχονται στις νομίμως κατατεθείσες έγγραφες προτάσεις του ότι προσκόμισε στον Δικαστή επιπλέον φωτοαντίγραφα των συγκεκριμένων τιμολογίων από το αρχείο της ανακόπτουσας, στα οποία υπήρχε η βεβαίωση της τελευταίας ότι αυτά είναι ακριβή αντίγραφα των πρωτοτύπων, το ιδιωτικό συμφωνητικό των διαδίκων για το έργο, την επιμέτρηση του κόστους του έργου και θεωρημένες καταστάσεις ιδιωτικών συμφωνητικών, είναι απορριπτέοι καθώς δεν προκύπτει από το κείμενο της Διαταγής Πληρωμής ότι ελήφθησαν υπόψη τα ανωτέρω, αντιθέτως, γίνεται μνεία ότι προσκομίστηκαν και ελήφθησαν υπόψη μόνο τα έξι τιμολόγια και η εξώδικη διαμαρτυρία του καθού η ανακοπή. Ενόψει των ανωτέρω, γενομένου δεκτού του πρώτου λόγου της ανακοπής, παρέλκει η εξέταση του δεύτερου λόγου, η ανακοπή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η ανακοπτόμενη Διαταγή Πληρωμής.

ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 3878/3351/2005

Δικαστής: Αθανασία Μπαχάρη (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Χαράλαμπος Πυροβολάκης, Αθανασία Δαριβιανάκη

Άρθρα: 1 και 2 Ν. 3068/2002 904 παρ. 2 εδάφη γ-ζ και 933, 938 Κ.Πολ.Δ. 20 παρ. 1 Συντάγματος, 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ.

Δυνάμει του άρθρου 1 Ν. 3068/2002 το Δημόσιο και οι από αυτό εξαρτώμενοι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης έχουν υποχρέωση να συμμορφώνονται μόνο προς τις Διοικητικές αποφάσεις και όχι προς στους εκτελεστούς τίτλους των εδαφίων γ-ζ της παρ. 2 των άρθρων 904 Κ.Πολ.Δ. Δυνάμει όμως των άρθρων 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ το θεμελιώδες δικαίωμα δικαστικής προστασίας, περιλαμβάνει και την αναγκαστική εκτέλεση ως ισότιμη μορφή δικαστικής προστασίας και επομένως κάθε μορφής εκτελεστό τίτλο, συμπεριλαμβανομένων και των συμβολαιογραφικών εγγράφων που έχουν κηρυχθεί νομοτύπως τίτλοι εκτελέσεως.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 1 του Ν 3068/2002 (ΦΕΚ Α-274), «το Δημόσιο, οι Οργανισμοί Τοπικής Αυτοδιοίκησης και τα λοιπά νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου έχουν υποχρέωση να συμμορφώνονται χωρίς καθυστέρηση προς τις δικαστικές αποφάσεις και να προβαίνουν σε όλες τις ενέργειες που επιβάλλονται για την εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής και για την εκτέλεση των αποφάσεων. Δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του προηγούμενου εδαφίου είναι όλες οι αποφάσεις των διοικητικών, πολιτικών, ποινικών και ειδικών δικαστηρίων που παράγουν υποχρέωση συμμόρφωσης, ή είναι εκτελεστές κατά τις οικείες δικονομικές διατάξεις και τους όρους που κάθε απόφαση τάσσει». Ενώ με την παράγραφο 2 του ιδίου άρθρου, όπως προστέθηκε με το άρθρο 20 Ν. 3301/2004, (ΦΕΚ Α' 263/23.12.2004), ορίζεται ότι «δεν είναι δικαστικές αποφάσεις κατά την έννοια του παρόντος και δεν εκτελούνται οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται στις περιπτώσεις των εδαφίων γ'-ζ' της παρ. 2 του

άρθρου 904 Κ.Πολ.Δ πλην των κηρυχθεισών εκτελεστών αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων». Επειδή στο κανονιστικό περιεχόμενο του καθιερούμενου από τα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, θεμελιώδους δικαιώματος της δικαστικής προστασίας, περιλαμβάνεται, εκτός από την οριστική και προσωρινή δικαστική προστασία και η αναγκαστική εκτέλεση, ως ισότιμη μορφή δικαστικής προστασίας και ως αναγκαία αυτοτελής δικονομική προέκταση του ουσιαστικού δικαιώματος και όχι αποκλειστικά ως προέκταση κάποιας διαγνωστικής διαδικασίας. Έτσι, με τις ανωτέρω διατάξεις, οι οποίες υπερισχύουν των διατάξεων του Ν. 3068/2002, δεν κατοχυρώνεται απλώς η εκτελεστικότητα των δικαστικών αποφάσεων, αλλά η αναγκαστική εκτέλεση, ως έκφανση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας. Τούτο έχει την έννοια ότι η αναγκαστική εκτέλεση, ως αντικείμενο του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, αφορά στην υποχρέωση της πολιτείας όπως, προς αποτρο-

πή της αυτοδικίας, παρέχει, με τα αρμόδια όργανά της, την προσήκουσα συνδρομή, για τη λήψη των εξαναγκαστικών εκκείνων μέσων, ώστε να διαμορφωθεί η κατά νόμο αποκατάσταση κατά τρόπο συνάδοντα με το περιεχόμενο της ενσαρκούμενης στον εκτελεστό τίτλο ουσιαστικής αξίωσης. Είναι δε αδιάφορο το θεμέλιο στο οποίο στηρίζεται αυτή η μετάβαση: είτε δηλαδή η αναγκαστική εκτέλεση διεξάγεται με βάση εκτελεστό τίτλο που είναι δικαστική (ή διαιτητική) απόφαση, είτε με βάση τους άλλους αναφερόμενους στα άρθρα 904, 905 του Κ.Πολ.Δ. εκτελεστούς τίτλους, γιατί η έννομη τάξη δεν αρκεί να αναγνωρίζει απλώς δικαιώματα, αλλά πρέπει και να εξασφαλίζει και τον τρόπο αναγκαστικής ικανοποίησής τους (πραγμάτωσης του δικαιώματος), για την ύπαρξη και το περιεχόμενο των οποίων τα ενδιαφερόμενα μέρη, σε περίπτωση αμφισβήτησης, μπορούν να προσφύγουν στη δικαστική διάγνωση, είτε πριν, είτε μετά την έναρξη της εκτελεστικής διαδικασίας. Κατά συνέπεια επιτρέπεται αναγκαστική εκτέλεση κατά του Δημοσίου και των λοιπών νομικών προσώπων, στα οποία έχουν επεκταθεί τα προνόμια αυτού, για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων που πηγάζουν από κάθε αιτία, με βάση τους αναφερόμενους στον Κ.Πολ.Δ εκτελεστούς τίτλους (άρθρα 904, 905), ενόψει και της δυνατότητας καθοριστικής επέμβασης της δικαιοδοτικής λειτουργίας στις περιπτώσεις που αναφέρονται αμφισβητήσεις κατά τη διάρκεια της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης. Σημειωτέον ότι ναι μεν οι τίτλοι αυτοί εξαιρούνται από το άρθρο 1 του Ν. 3068/2002 «Συμμόρφωση της Διοίκησης προς τις δικαστικές αποφάσεις...», πλην

τούτο δεν μεταβάλλει τα πράγματα. Κατ' ακολουθίαν υπάρχει υποχρέωση της Διοίκησης να συμμορφώνεται και στους ανωτέρων εκτελεστούς τίτλους, αφού παρέχεται η δυνατότητα υλοποίησης αυτών με την αναγκαστική εκτέλεσή τους, κατ' εφαρμογή της εγγυώμενης από τα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ πραγμάτωσης των προβλεπόμενων από την έννομη τάξη δικαιωμάτων (βλ. ΕΣ (ΠΡΑΚΤ) 19-3/2003 ΕΔΚΑ 2003.606). Τέλος κατά το άρθρο. 7 παρ. 2 του Ν.Δ. 496/1974 «περί λογιστικού των Ν.Π.Δ.Δ.» ο νόμιμος και ο της υπερημερίας τόκος κάθε οφειλής του νομικού προσώπου ορίζεται σε 6% ετησίως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά με σύμβαση ή ειδικό νόμο και αρχίζει από της επιδόσεως της αγωγής. Η ως άνω διάταξη ενέχεται ότι αντιβαίνει στα άρθρα 4 παρ. 1 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος 6 και 14 της ΕΣΔΑ και 2 παρ. 3α και β', 14 παρ. 1 και 26 του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα (Ν. 2462/1997), διότι θεσπίζει άνιση προνομιακή μεταχείριση των Ν.Π.Δ.Δ. σε σχέση με τους ιδιώτες αντιδίκους του, χωρίς να δικαιολογείται τούτο από λόγους δημοσίου συμφέροντος. Ανακύπτει έτσι το νομικό ζήτημα της αντιθέσεως ή μη της εν λόγω διατάξεως προς τις προαναφερόμενες διατάξεις του Συντάγματος, της ΕΣΔΑ και του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα. Για το παραπάνω ζήτημα είχαν υποστηριχθεί σε παρόμοιες ή παρεμφερείς περιπτώσεις οι ακόλουθες απόψεις α) Με την 3651/2002 απόφαση του Σ.τ.Ε κρίθηκε ότι η πανομοιότυπη διάταξη του άρθρο. 21 του Κώδικα νόμων περί δικών του Δημοσίου (Κ.Δ. της 26-6/10.7.1994) αντίκειται στα άρθρα 4

παρ. , 20 παρ. 1 του Συντάγματος, 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και 1 του πρώτου προσθέτου πρωτοκόλλου αυτής. β) Η πλειοψηφία της 804/2002 αποφάσεως του Α.Π. δέχθηκε αντίθετα την συνταγματικότητα της πιο πάνω διατάξεως του άρθρου 21 του Κώδικα νόμων περί δικών Δημοσίου με την αιτιολογία ότι δεν παραβιάζεται με αυτή η αρχή της αναλογικότητας (η παραβίαση της αρχής της ισότητας δεν ερευνήθηκε λόγω αοριστίας του σχετικού λόγου της αναιρέσεως). γ) Με την 11/2003 απόφαση της Ολομελείας του Α.Π. κρίθηκε στο παρεμφερές ζήτημα της συνταγματικότητας του άρθρου 52 παρ. 3 του Ν.Δ. 496/1974 που προβλέπει την αυτεπάγγελτη λήψη υπ’ όψη από το δικαστήριο της ενστάσεως παραγραφής των αξιώσεων κατά των Ν.Π.Δ.Δ., ότι η διάταξη αυτή δεν παραβιάζει την αρχή της συνταγματικότητας, διότι δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος. δ) Η ίδια ως άνω άποψη έγινε δεκτή με την 3850/2000 απόφαση του

Σ.τ.Ε για την όμοια ρύθμιση του άρθρου 96 του Ν.Δ. 321/1969, με την αιτιολογία όμως ότι η εν λόγω ρύθμιση δικαιολογείται από την διαφορετική φύση των αξιώσεων και την ιδιαίτερη θέση και οργάνωση του Δημοσίου. Ήδη το θέμα της συνταγματικότητας ή μη της άνω διατάξεως με τις με αριθμούς Α.Π. 251/2005 και Α.Π. 248/2005 αποφάσεις του Αρείου Πάγου παραπέμφθηκε στην Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου. (βλ. και, Α.Π. (Ολομ.) 17/2002, Α.Π. 570/2005, Σ.τ.Ε 3248/1996, Β. Καρακώστα Άμεση εκτελεστικότητα ακυρωτικών δικαστικών αποφάσεων και «νομιμοποίηση» διοικητικής δυστροπίας ΔΙΚ 2005.227, Κ. Μπέη. Η αναγκαστική εκτέλεση κατά του Δημοσίου και οι εκτελεστοί τίτλοι προς τούτο Δ. 2005.683 Εφ.Πατρ. 1166/1896, Δ. Ράϊκου Συστήματα οργάνωσης της εκτελεστής διαδικασίας. Η επίδραση της φυσιογνωμίας της διοικητικής δίκης στην οργάνωση της εκτελεστής διαδικασίας Δ 2003.1236).

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 4829/3371/2005

Δικαστής: Ευτύχιος Νικόπουλος, (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Γεώργιος Γιαχνάκης, Εμμανουήλ Μαραζάκης

Άρθρα: 1, 2, 5, 6, 7 Π.Δ. 219/1991, 281 ΑΚ. 686, 692 731, 732 946 παρ. 1 Κ.Πολ.Δ.

Σύμβαση αποκλειστικής διανομής. Διαφορές από τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας. Εφαρμοστέες οι περί εντολής διατάξεις του Α.Κ. και του Π.Δ. 219/1991. Επί καταγγελίας είναι δυνατή η λήψη ασφαλιστικών μέτρων προσωρινής ρύθμισης της κατάστασης, αν πιθανολογηθεί η καταχρηστική άσκηση της καταγγελίας.

Η σύμβαση διανομής είναι δυνατόν να λυθεί με καταγγελία, που είναι όμως άκυρη όταν υπερβαίνει τα όρια της καλής πίστης. Δυνατή η λήψη ασφαλιστικών μέτρων.

Η σύμβαση αποκλειστικής διανομής είναι μια ιδιότυπη εμπορικού χαρακτήρα διαρκής ενοχική σύμβαση δυνάμει, της ο-

ποίας ο ένας συμβαλλόμενος (παραγωγός ή χονδρέμπορος) υποχρεούται να πωλεί αποκλειστικά για ορισμένη περιοχή στον

άλλο συμβαλλόμενο (διανομέα) εμπορεύματα, τα οποία στη συνέχεια ο τελευταίος μεταπωλεί (διανέμει) για δικό του λογαριασμό. Από την προαναφερόμενη σύμβαση διαφέρει η σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας, η οποία ρυθμίζεται από το Π.Δ. 219/1991, και με την οποία ο παραγωγός ή χονδρέμπορος αναθέτει στον εμπορικό αντιπρόσωπο έναντι αμοιβής (προμήθειας) την, για ορισμένη συνήθως περιοχή, μέριμνα των υποθέσεών του, η οποία κατευθύνεται, είτε στη διαπραγμάτευση, είτε στη σύναψη συμβάσεων πώλησης ή αγοράς εμπορευμάτων στο όνομα και για λογαριασμό του αντιπροσωπευμένου (άρθρα 1, 4, 5, 6 και 7 Π.Δ. 219/1991). Έτσι, σε αντίθεση με τον (αποκλειστικό) εμπορικό αντιπρόσωπο, που εκτελεί βοηθητική λειτουργία διαμεσολάβησης, ο αποκλειστικός διανομέας συναλλάσσεται στο όνομά του και για λογαριασμό του αναλαμβάνοντας πλήρως τον επιχειρηματικό κίνδυνο (Α.Π. 1187/2000 Ελλ.Δ/νη 42, 1350, Εφ.Αθ. 269/2003 ΔΕΕ 2003, 552). Για τη ρύθμιση της εν λόγω σύμβασης, ήτοι της σύμβασης εμπορικής διανομής, δεν υπάρχουν σχετικές διατάξεις στον Εμπορικό Νόμο γι' αυτό και εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις περί εντολής του Αστικού Κώδικα (Α.Π. 812/1991 Ελλ.Δ/νη 1991, 1490) σε συνδυασμό προς εκείνες του Π.Δ. 219/1991 κατά το μέρος τους που προσαρμόζονται στη φύση της συγκεκριμένης σύμβασης (Εφ.Αθ. 5808/2002 ΔΕΕ 2003, 1088). Και τούτο διότι αμφότεροι οι συμβατικοί αυτοί τύποι παρουσιάζουν ορισμένα κοινά βασικά χαρακτηριστικά, αφού τόσο ο εμπορικός αντιπρόσωπος όσο και ο εμπορικός

διανομέας οργανώνουν ελεύθερα την εμπορική τους δραστηριότητα, έχουν δικής τους επαγγελματική στέγη και μπορούν να διατηρούν δίκτυο υποαντιπροσωπειών ή τοπικών διανομέων (Εφ.Αθ. 269/2003 ΔΕΕ 2003, 552, Εφ.Θεσ. 1876/2002 ΕπισκΕΔ 2003, 439). Η σύμβαση εμπορικής διανομής, ως σύμβαση διαρκής, είναι δυνατό να λυθεί για το μέλλον με καταγγελία. Προκειμένου, όμως, η καταγγελία να επιφέρει τα κατά νόμο αποτελέσματά της δεν θα πρέπει να υπάρχει προφανής υπέρβαση των ορίων που επιβάλλονται από την καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή τον κοινωνικό ή οικονομικό σκοπό του δικαιώματος για καταγγελία της σύμβασης. Σε περίπτωση καταχρηστικής άσκησής της, η καταγγελία είναι άκυρη ως αντιβαίνουσα στη διάταξη του άρθρου 281 Α.Κ. (Εφ.Θεσ. 1876/2002 ΕπισκΕΔ 2003, 439). Αν το κύρος της γενομένης καταγγελίας αμφισβητείται, τότε η αμφισβήτηση αυτή μπορεί να αρθεί με άσκηση αναγνωριστικής αγωγής. Όσο διαρκεί η αμφισβήτηση αυτή δεν μπορεί να διαταχθεί, ως ασφαλιστικό μέτρο, η προσωρινή ακύρωση της γενομένης καταγγελίας, διότι κάτι τέτοιο θα συνιστούσε απαγορευμένη, κατ' άρθρο 692 § 4 Κ.Πολ.Δ, ικανοποίηση του ασφαλίστεου δικαιώματος. Μπορεί, όμως το δικαστήριο, στο μέτρο της ευχέρειας που του παρέχεται με το άρθρο 732 Κ.Πολ.Δ, να διατάξει, μέχρις ότου κριθεί το κύρος της καταγγελίας στα πλαίσια της κύριας δίκης, κάθε πρόσφορο μέτρο για τη ρύθμιση της κατάστασης στην περίπτωση που πιθανολογηθεί ότι καταγγελία ασκήθηκε καταχρηστικά και ότι θα επέλθει στον αιτούντα ανεπανόρθωτη βλάβη. Η ρύθμιση

αυτή, που σκοπό έχει να θέσει σε προσωρινή λειτουργία την εριζόμενη διαρκή έννομη σχέση, δεν άγει σε ικανοποίηση της ασφαλιζόμενης απαίτησης, ενόψει της προσωρινότητάς της, και δεν δημιουργούνται αμετάκλητες καταστάσεις που ματαιώνουν τον πρακτικό σκοπό της κύριας δίκης (Μ.Πρ.Αθ. 8426/2002 ΔΕΕ 2003, 974, Μ.Πρ.Αθ. 12670/1999 Ε.Εμπ.Δ 1999, 305).

Η αιτούσα εκθέτει ότι με την καθ’ ης κατάρτισε σύμβαση εμπορικής διανομής δυνάμει της οποίας ανέλαβε την υποχρέωση να διανέμει τα προϊόντα της δεύτερης στην εδαφική περιοχή που αναφέρει η αίτηση. Ότι η σύμβαση αυτή συννομολογήθηκε αρχικά για ορισμένο χρόνο, αλλά στη συνέχεια τράπηκε σε αορίστου χρόνου. Ότι επειδή η καθ’ ης κατήγγειλε καταχρηστικά τη σύμβαση αυτή, άσκησε ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Ηρακλείου αναγνωριστική αγωγή με την οποία ζητεί να αναγνωριστεί αφενός ότι η ως άνω σύμβαση μετατράπηκε σε αορίστου χρόνου και αφετέρου ότι τούτη παραμένει ισχυρή μη καταγγελλθείσα καθ’ οιοδήποτε τρόπο. Ζητεί δε, επικαλούμενη επείγουσα

περίπτωση, να ρυθμιστεί προσωρινά η κατάσταση και να υποχρεωθεί η καθ’ ης να την τροφοδοτεί προσωρινά με προϊόντα της απρόσκοπτα και αποκλειστικά την αναφερόμενη στην αίτηση εδαφική περιοχή μέχρις εκδόσεως αποφάσεως επί της ως άνω αγωγής. Ζητεί, επίσης, να απειληθεί κατά της καθ’ ης χρηματική ποινή ύψους 5.000 € και να απειληθεί κατά των νομίμων εκπροσώπων της καθ’ ης προσωπική κράτηση έξι μηνών για κάθε παράβαση της απόφασης που θα εκδοθεί. Με αυτό το περιεχόμενο και αίτημα η κρινόμενη αίτηση αρμοδίως εισάγεται για να συζητηθεί ενώπιον αυτού του Δικαστηρίου (άρθρα 683 § 1, 33 Κ.Πολ.Δ) κατά τις διατάξεις των άρθρων 686 επ. Κ.Πολ.Δ και είναι νόμιμη στηριζόμενη στις διατάξεις των άρθρων 731, 732, 946 § 1 Κ.Πολ.Δ, πλην του αιτήματος για απαγγελία προσωπικής κράτησης εις βάρος των νομίμων εκπροσώπων της καθ’ ης το οποίο είναι απορριπτό ως απαράδεκτο ελλείψει προδικασίας αφού η αίτηση δεν στρέφεται εναντίον τους. Πρέπει, επομένως, να ερευνηθεί περαιτέρω κατ’ ουσίαν.

Μονομελές Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 2656/1882/2006

Δικαστής: Μιχαήλ Κακαμανούδης, (Πρόεδρος Πρωτοδικών)

Δικηγόροι: Φιλήμων Χριστοφοράκης, Βιβή Δεσμυτζάκη

Άρθρα 686 - 731 - 732 Κ.Πολ.Δ

Διακοπή υδροδότησης ξενοδοχειακής μονάδος λόγω οφειλών της. Λήψη ασφαλιστικών μέτρων προσωρινής ρύθμισης της κατάστασης με την προσωρινή επανασύνδεση της παροχής ύδρευσης. Σε περίπτωση κατά την οποία το ασφαλιστέο δικαίωμα απορρέει από διαρκή σύμβαση, νομίμως ζητείται να εξακολουθήσει προσωρινά να βρίσκεται σε λειτουργία με τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, ώσπου να διεξαχθεί η κυρία δίκη.

Στην υπό κρίση αίτηση η αιτούσα εκθέτει ότι η καθής δημοτική επιχείρηση διέκοψε την υδροδότηση του ξενοδοχείου της λόγω χρέους προς αυτή, το ύψος του οποίου αμφισβητεί ως αυθαιρέτως προσδιορισθέν και ζητά, ενόψει τις επικείμενης καλοκαιρινής σαιζόν και της αδήριτης ανάγκης λειτουργίας του ξενοδοχείου της λόγω των ήδη αναληφθέντων συμβατικών προς τους πελάτες υποχρεώσεων, να υποχρεωθεί προσωρινά η καθής να επανασυνδέσει το υδροδοτικό της δίκτυο. Η αίτηση αυτή προσωρινής ρύθμισης της κατάστασης αρμοδίως εισάγεται προς συζήτηση ενώπιον αυτού του δικαστηρίου κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (άρθρ. 686 επ. Κ.Πολ.Δ) και είναι νόμιμη, θεμελιούμενη στις διατάξεις των άρθρων 731, 732 Κ.Πολ.Δ. Ο ισχυρισμός της καθής ότι η αίτηση έπρεπε ν' απορριφθεί, διότι του αιτούμενου ασφαλιστικό μέτρο άγει στην ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι είναι φανερό ότι η σύμβαση υδροδότησης είναι διαρκής. Ως διαρκείς χαρακτηρίζονται οι συμβάσεις, στις οποίες κατά τη βούληση των μερών, η διάρκεια αποτελεί περιεχόμενο της παροχής. Ειδικότερα, οι λεγόμενες προμηθευτικές συμβάσεις, όπου υπάρχει υποχρέωση του προμηθευτή να παράγει και προμηθεύει συνεχώς το συμφωνημένο αντικείμενο, εντάσσονται στις διαρκείς συμβάσεις (Κουκιάδης, Τινά περί των διαρκών ενοχικών συμβάσεων, Αρμ, ΚΗ', παρ. Α. Σελ. 749 επ. και ιδίως 751, Σταθόπουλος, στον Α.Κ. Γεωργιάδη-Σταθοπούλου, Εισαγ. άρθρο 361-373 Νο 20, 21 Παπακώστα - Κατσιάνη, Ανατροπή των διαρκών συμβατικών σχέσεων Νο.Β 29, παρ. Ι σελ. 790/1. Βλ. γενικά για τις διαρ-

κείς συμβάσεις Σούρλα, Ερμ. Α.Κ. εισαγ. άρθρ. 361-373 Νο 54. Ατσ. Γεωργιάδη, Ενοχικό δίκαιο Γεν. Μέρος, παρ. 3 (2β), σελ. 63, 4. Ζέπο, Ενοχ.Δ. Ι., σελ. 334. Μαντζούφα, Ενοχ.Α 3η έκδ. σελ. 27. Φουρκιώτη, Ελλ.Ενοχ.Δ, 1964, σελ. 188). Σε περίπτωση, κατά την οποία το ασφαλιστέο δικαίωμα (εδώ: αξίωση για συνεχή παροχή νερού) απορρέει από διαρκή σύμβαση, (όπως η υπό κρίση) νομίμως ζητείται να εξακολουθήσει προσωρινά να βρίσκεται σε λειτουργία, με λήψη ασφαλιστικού μέτρου, (προσωρινής ρύθμισης της κατάστασης Πολ.Δ 731, 732) ώσπου να διεξαχθεί η κύρια δίκη: Η λήψη του ασφαλιστικού αυτού μέτρου δεν προσκρούει στην Πολ.Δ 692 παρ. 4, ώστε να υπάρχει (απαγορευμένη) ικανοποίηση του δικαιώματος. Και αυτό διότι η ανωτέρω διάταξη εφαρμόζεται όταν η συμβατική παροχή είναι εκπληρωτέα «εφ' άπαξ» πράγμα που σημαίνει ότι η διάταξη αυτή δεν αποτελεί θεσμοθετημένο εμπόδιο να ρυθμιστεί προσωρινώς η κατάσταση όταν υπάρχει μια διαρκής έννομη σχέση. Ακριβώς διότι, λόγω της διάρκειας (εδώ της περιοδικότητας) των παροχών της υποχρέωσης του οφειλέτη, αυτή έχει τόση διάρκεια, όση και η έννομη σχέση, από την οποία απορρέει (Μπέης, Πολ.Δ 692, παρ. 4.2.4 σελ. 122/4 και παρ. 5.1.2. σελ. 137/8 και άρθρο 731, παρ. 3.44, σελ. 772. Μ.Πρ.Αθ. 15611/1989 Δ 21, 874. Μ.Πρ.Αθ. 18001/1982 Ε.Εργ.Δ 42, 185. Μ.Πρ.Πειρ. 2491/1982 ΝοΒ 31, 55). Συνεπώς, νομίμως ζητείται να διαταχθεί, με ασφαλιστικά μέτρα, η προσωρινή υδροδότηση της επιχείρησης της αιτούσας (Πρβλ. Μπέη, ο.π., άρθρο 692, παρ. 5.1.2. σελ. 138. Μ.Πρ.Αθ. 4583/1987 Δ 19, 465. Μ.Πρ.Αγρ. 604/1985 ΝοΒ 34, 256). Επομένως η αίτηση πρέπει

να ερευνηθεί περαιτέρω κατ’ ουσίαν.

Από την εκτίμηση της ένορκης κατάθεσης της μάρτυρος Ελένης Μπαριτάκη του Γεωργίου και των προσκομιζομένων εγγράφων, πιθανολογήθηκαν τα ακόλουθα: Η αιτούσα εταιρία με την επωνυμία «Μ. Τ.. Α.Ε.Τ.-Ξ.-Ε.&Γ. Ε.» που εδρεύει στο Δήμο Χ..... Η..... είναι μια επιχείρηση οικογενειακού τύπου που από το 1983 εκμεταλλεύεται ξενοδοχειακή επιχείρηση σε ιδιόκτητο ξενοδοχείο επί της οδού Ε.. στο Λ... Χ... με την επωνυμία «Π....-Μ....» δυναμικότητας 230 κλινών που λειτουργεί εποχιακά (καλοκαίρι). Στις 26.1.06 η καθής «Δ. Ε. Υ. Α. Χ..... » διέκοψε την υδροδότηση του εν λόγω ξενοδοχείου της αιτούσας και ειδικότερα διέκοψε την παροχή των υδρομέτρων με αριθμούς 1751 και 853 (ΑΡΙΣΤΕΡΟ 1742) για συνολικό ύψος οφειλής 67.225 ευρώ, που αφορά κατανάλωση ύδατος και τέλη αποχέτευσης και προσαυξήσεις της χρονικής περιόδου 2002 μέχρι και 2004. Η αιτούσα ομολογεί ότι πράγματι ένα μέρος της ανωτέρω οφειλής είναι υπαρκτό, για το λόγο δε αυτό ήδη έχει καταβάλλει το ποσό των 1.500 ευρώ, πράγμα που δεν αμφισβητεί η καθής, προτίθεται δε (προσφέρεται) να καταβάλλει και επί πλέον ποσό 3.000 ευρώ, όμως, περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι το προμνησθέν συνολικό ποσό των 67.295 ευρώ είναι αυθαίρετο και δεν ανταποκρίνεται στο πράγματι καταναλωθέν από αυτή ύδωρ της προμνησθείσας περιόδου, διότι η επιχείρηση της λειτουργεί εποχιακά μόνο τους καλοκαιρινούς μήνες, λόγος για τον

οποίο προτίθεται να ασκήσει κύρια αγωγή προς οριστική ρύθμιση του εν λόγω ζητήματος, του ύψους δηλαδή της πραγματικής οφειλής κατανάλωσης ύδατος. Ενόψει αυτών, και ιδίως διότι η επιχείρηση της αιτούσας είναι αδύνατο να λειτουργήσει χωρίς την επανασύνδεση των παροχών ύδατος, ενόψει της επικείμενης καλοκαιρινής περιόδου και των συμβατικών υποχρεώσεων που πιθανολογήθηκε ότι έχει αναλάβει η αιτούσα προς πελάτες της, πρέπει να ρυθμιστεί προσωρινά η κατάσταση και να υποχρεωθεί η καθής να επανασυνδέσει προσωρινά τις παροχές υδροδότησης του ξενοδοχείου της αιτούσας, μέτρο το οποίο εν τέλει, θα αποβεί κατά την κρίση του δικαστηρίου και προς όφελος της καθής, διότι από τα αναμενόμενα έσοδα λειτουργίας του ξενοδοχείου ενδεχομένως θα ικανοποιηθεί η προμνησθείσα αξίωσή της, ενώ η διακοπή λειτουργίας του ξενοδοχείου θα οδηγήσει σε αντίθετο αποτέλεσμα. Το αιτούμενο όμως ασφαλιστικό μέτρο θα χορηγηθεί υπό τον όρο καταβολής της αιτούσας προς την καθής του ποσού των 6.000 ευρώ (ήδη όπως τονίστηκε η αιτούσα έχει καταβάλλει 1.500 ευρώ και προσφέρεται στην καταβολή των 3.000 ευρώ) μέσα σε διάστημα δύο μηνών από την ικανοποίηση της παρούσας, έτσι ώστε να ρυθμιστεί προσωρινά η μεταξύ των διαδίκων κατάσταση, μέχρι να ρυθμιστεί οριστικά η διαφορά (ύψος οφειλής). Τα δικαστικά έξοδα επιβάλλονται σε βάρος της καθής (άρθρ. 176 Κ.Πολ.Δ), όπως ορίζεται στο διατακτικό.



ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΠΟΙΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Ποινικό Τμήμα) - Αριθ. 1374/1987

Πρόεδρος: Παναγιώτης Θεοδωρόπουλος, (Αντιπρόεδρος)

Δικαστές: Εμμανουήλ Βαρδάκης (Εισηγητής)

Εισαγγελέας: Ηλίας Καζαντζής (Αντεισαγγελέας)

Δικηγόροι: Αθανάσιος Μπακόλας, Νίκος Πετρόπουλος

Άρθρα: 932 Α.Κ., 533, 534 παρ. 2 ΕΝ 62 Κ.Π.Δ. (Α' απόσπασμα)

Δ/ΝΗ 1988 (1006), Ποιν.Χρ./1988 (114)

Παράσταση πολιτικής αγωγής επί δολίας και απλής χρεοκοπίας.

Νόμιμη η παράσταση ως πολιτικώς εναγόντων σε δίκη για δολία και απλή χρεοκοπία, των ατομικών πιστωτών του πτωχεύσαντος για χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, ακόμα και αν δεν εκδόθηκε απόφαση κηρύττουσα τον κατηγορούμενο σε κατάσταση πτώχευσης.

Η αξίωση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης κατά το άρθρο 932 Α.Κ., δεν περιλαμβάνεται λόγω της φύσεώς της, μεταξύ των πολιτικών απαιτήσεων που αναφέρονται στο άρθρο 694 του ΕΝ, οι οποίες αφορούν την πτωχευτικήν περιουσία, σύμφωνα με τα άρθρα 533 εδ. 2 και 534 του ιδίου Νόμου. Επομένως κατά την ποινικήν δίκη για δολία και απλή χρεοκοπία, έχει δικαίωμα καθένας από τους ατομικούς πιστωτές του πτωχεύσαντα εμπόρου, να εμφανισθεί ως πολιτικώς ενάγων και να ζητήσει χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης, αφού η απαίτησή του αυτή δεν υπάγεται στον περιορισμό των

άρθρων 678 και 684 ΕΝ, είχε δε το δικαίωμα και αν δεν εκδόθηκε απόφαση κηρύττουσα τον κρατούμενον σε κατάσταση πτωχεύσεως, αφού αυτός ο (κατηγορούμενος) βρίσκεται σε πτώχευση και χωρίς να έχει εκδοθεί τέτοια απόφαση, εάν ήταν έμπορος κι έπαυε τις πληρωμές του η δε τυχόν εκδοθείσα απόφαση που τον κηρύσσει σε πτώχευση και χωρίς να έχει εκδοθεί τέτοια απόφαση, εάν ήταν έμπορος και έπαυε τις πληρωμές του η δε τυχόν εκδοθείσα απόφαση που τον κηρύσσει σε πτώχευση ή που ορίζει χρόνον παύσεως πληρωμών δεν δεσμεύει το ποινικό δικαστήριο σύμφωνα με το άρθρο 62 Κ.Π.Δ.

Συμβούλιο Πλημμελειοδικών Ηρακλείου - Αριθ. 231/2005

Δικαστές: Θεονύμφη Ανράκη (Πρόεδρος Πρωτοδικών),

Επαμεινωνδία Κουσκούκη, Παναγιώτης Λεβενιώτης (Πρωτοδίκες)

Εισαγγελέας: Αθανάσιος Γαλήνας (Αντεισαγγελέας)

Δικηγόρος: Φραγκίσκος Λαμπρινός

Άρθρα: 32 παρ. 1 και 4, 138 2 Β' 285 παρ. 1 και 307 παρ. ε' Κ.Π.Δ.

Κεντρικός άξονας για την επιβολή προσωρινής κράτησης στον κατηγορούμενο δεν είναι τόσο το «in abstracto» και η βαρύτητα του εγκλήματος, όσο η προσωπικότητα του συγκεκριμένου δράστη, στο πρόσωπο του οποίου ελέγχεται «in concreto» η συνδρομή των προϋποθέσεων της ιδιαίτερης επικινδυνότητας, της σφόδρα πιθανής φυγής και της πρόληψης της υποτροπής (Συμβ.Πλημ. Θεσ. 563/2000 Υπερ. 2000, 1045). Η προσωρινή κράτηση πρέπει να διατάσσεται εξαιρετικώς, να αποτελεί δηλαδή το τελευταίο δικονομικό μέτρο, αφού πρώτα εξαντληθεί η εκτίμηση όλων των περιοριστικών όρων που προβλέπονται.

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 282 και 296 του Κ.Π.Δ., όπως ισχύουν σήμερα προκύπτει ότι όσο διαρκεί η προδικασία, αν προκύπτουν σοβαρές ενδείξεις ενοχής του κατηγορούμενου για κακούργημα ή πλημμέλημα που τιμωρείται με ποινή φυλάκισης τουλάχιστον τριών (3) μηνών, είναι δυνατόν να διαταχθούν περιοριστικοί όροι σε βάρος του, εφόσον αυτό κρίνεται απολύτως αναγκαίο για την επίτευξη των αναφερόμενων στο άρθρο 296 του ίδιου κώδικα σκοπών. Περιοριστικοί όροι είναι ιδίως, η παροχή εγγύησης, η υποχρέωση του κατηγορούμενου να εμφανίζεται κατά διαστήματα στον ανακριτή ή σε άλλη αρχή κ.λ.π. και σκοπός τους είναι να εξασφαλισθεί ότι εκείνος στον οποίο επιβλήθηκαν θα παραστεί οποτεδήποτε στην ανάκριση ή στο Δικαστήριο και θα υποβληθεί στην εκτέλεση της απόφασης που τυχόν εκδοθεί σε βάρος του. Εξάλλου, αντί για περιοριστικού όρους, μπορεί να επιβληθεί προσωρινή κράτηση, εφόσον συντρέχουν οι ίδιες παραπάνω προϋποθέσεις, μόνον εάν ο κατηγορούμενος διώκεται για κακούργημα και επιπλέον όταν αυτός δεν έχει γνωστή διαμονή στη χώρα, ή έχει κάνει προπαρασκευαστικές ενέργειες για να διευκολύνει τη φυγή του, ή κατά το παρελθόν υπήρξε φυγόποινος ή φυγόδικος, ή κρίθηκε ένοχος για απόδραση κρατούμενου, ή παραβίαση περιορισμών διαμονής, ή κρίνεται αιτιολογημένα ότι εάν αφεθεί ελεύθερος είναι πολύ πιθανόν, όπως προκύπτει από τα ειδικά μνημονευόμενα περιστατικά της προηγούμενης ζωής του, όπως αξιοποινες πράξεις που τέλεσε στο παρελθόν, ή από τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά της πράξης για την οποία κατηγορείται, όπως π.χ. η επιτήδεια και μεθοδευμένη εγκληματική δράση δια της επιλογής ιδιαίτερων μέσων και τρόπων τέλεσης του εγκλήματος, το όφελος

που πηγάζει και επιδιώκεται με την εγκληματική πράξη, κ.ά, να διαπράξει κι άλλα εγκλήματα, ενώ μόνη η κατά νόμο βαρύτητα της πράξης δεν αρκεί για την επιβολή της προσωρινής κράτησης.

Από τα παραπάνω συνάγεται εναργώς ότι η προσωρινή κράτηση είναι ένα εξαιρετικό μέσο δικονομικού καταναγκασμού και αποβλέπει στο να εξασφαλιστεί η ανεμπόδιστη απονομή της ποινικής δικαιοσύνης. Αποτελεί μια συνειδητή κάμψη του τεκμηρίου αθωότητας. Η προσωρινή κράτηση επιβάλλεται, όχι γιατί ο κατηγορούμενος είναι πιθανόν ένοχος, αλλά για να διαπιστωθεί υπό τις εγγυήσεις της διαδικασίας του ακροατηρίου, αν πράγματι είναι ένοχος. Για την επιβολή της προαπαιτείται, πέρα από την κατάφαση των σοβαρών ενδείξεων ενοχής του κατηγορούμενου και της αφηρημένης συνακόλουθα βαρύτητας της πράξης για την οποία κατηγορείται, να συντρέχει μια έστω από τις αναφερόμενες διαξενικά στην παράγραφο 3 του άρθρου 282 του Κ.Π.Δ., ως άνω, περιπτώσεις (Λ. Μαργαρίτη: Οι δικονομικού περιεχομένου διατάξεις του Ν. 2408/96, Υπέρ. 1997 531, Φ. Ανδρέου, «Παρατηρήσεις στο βούλευμα Συμβ.Εφ.ΑΘ. 427/1997» Ποιν.Χρ. ΜΖ' 293, Συμβ.Εφ.Λαρ. 311/1994 Υπέρ. 1995 529), που ανάγονται έτσι και αυτές σε αυτοτελείς αρνητικές προϋποθέσεις του επιτρεπτού της προσωρινής κράτησης και ανταποκρίνονται πληρέστερα στην αρχή της αναλογικότητας ως απόρροια της συνταγματικής επιταγής του άρθρου 5 του Συντάγματος για την προστασία της αξίας του προσώπου (Θ. Δαλακούρα, «Μελέτες Ποινικού Δικονομικού Δικαίου. Αρχή της Αναλογικότητας και μέτρα Δικονομικού Καταναγκασμού» 1993 σελ. 306 επ. και ιδίως 310). Κεντρικός άξονας για την επιβολή προσωρινής κράτησης στον κατηγορούμενο δεν είναι μόνον το «in

abstracto» και η βαρύτητα του εγκλήματος, όσο η προσωπικότητα του συγκεκριμένου δράστη, στο πρόσωπο του οποίου ελέγχεται «in concreto» η συνδρομή των προϋποθέσεων της ιδιαίτερης επικινδυνότητας, της σφόδρα πιθανής φυγής και της πρόληψης της υποτροπής (Συμβ.Πλημ.Θεσ. 563/2000 Υπέρ. 2000 1045). Πιο συγκεκριμένα, η προσωρινή κράτηση πρέπει να διατάσσεται εξαιρετικώς, να αποτελεί δηλαδή το τελευταίο δικονομικό μέτρο, αφού πρώτα εξαντληθεί η εκτίμηση όλων των περιοριστικών όρων που προβλέπονται. Είναι χαρακτηριστική, άλλωστε, η διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 282 Κ.Π.Δ. όπου οι δυνατότητες που έχει ο ανακριτής μετά την απολογία του κατηγορούμενου, απαριθμούνται κατά σειρά προτεραιότητας, υπό την έννοια ότι θα εξετάσει πρώτα τη δυνατότητα να αφήσει ελεύθερο τον κατηγορούμενο χωρίς όρους, μετά την αναγκαιότητα επιβολής περιοριστικών όρων και τελευταία, αν είναι απολύτως αναγκαίο, την επιβολή προσωρινής κράτησης. Άλλωστε, τόσο οι περιοριστικοί όροι, όσο και η προσωρινή κράτηση είναι μέτρα δυνητικά, δηλαδή είναι δυνατόν να μην επιβληθούν, αν και συντρέχουν οι παραπάνω διαγραφόμενες προϋποθέσεις, επαφίμενα στην έμφρονα κρίση του αρμόδιου οργάνου. Καθοριστικό στοιχείο και απαραίτητη προϋπόθεση είναι η επιμελής διερεύνηση της προσωπικότητας του κατηγορούμενου, προκειμένου να διακριβωθεί η επικινδυνότητα της. Ασφαλής βέβαια πρόβλεψη είναι από τη φύση των πραγμάτων αδύνατη. Προγνωστική αξία όμως έχει η συμπεριφορά του πριν από τη διάπραξη του εγκλήματος, το είδος του εγκλήματος, ο βαθμός ανάπτυξης και η μόρφωσή του, το οικογενειακό και το ευρύτερο κοινωνικό του περιβάλλον, ενώ θα ληφθεί υπόψη και η ένταση και ο βαθμός της

εγκληματικής του διάθεσης, που εκδηλώθηκε από την πράξη που τέλεσε, η διάγνωση της οποίας θα στηριχθεί μεταξύ άλλων, στην ποιοτική αξία των αιτιών που τον ώθησαν στο έγκλημα, αν δηλαδή είναι αντικοινωνικά, ταπεινά, οικονομικά κλπ., στο σκοπό που επεδίωξε (εκδίκηση, παράνομο όφελος) και στις ατομικές και κοινωνικές του περιστάσεις. Πρέπει ακόμα να σημειωθεί ότι η επιλογή επιβολής στον κατηγορούμενο κάποιου ή κάποιων από τα άνω δικονομικά μέτρα καταναγκασμού, εφόσον προκύπτουν σε βάρος του σοβαρές ενδείξεις ενοχής, μπορεί να επιτευχθεί λυσιτελώς βάσει της αρχής της αναλογικότητας (βλ. άρθρο 25 παρ. 1 Συντάγματος, όπως αναθεωρήθηκε με το ψήφισμα της 6.4.2001 της Ε Αναθεωρητικής Βουλής) και των ειδικότερων εκφάνσεων αυτής. Δηλαδή επιλέγεται μόνο εκείνο η εκείνα τα μέτρα, (i) που είναι κατάλληλα για την επίτευξη των άνω σκοπών (αρχή προσφορότητας), (ii) αλλά και αναγκαία ("απολύτως" κατ' άρθρο 282 παρ. 1 Κ.Π.Δ.), είτε γιατί είναι τα μοναδικά προς επίτευξη είτε γιατί είναι τα ηπιότερα από τα διατιθέμενα προς τούτο, απαγορευμένης της επιλογής του επαχθέστερου υπέρμετρου (αρχή της αναγκαιότητας) και εν τέλει (iii) ευρίσκονται σε μία παραδεκτή λογική σχέση αναλογίας με τη βαρύτητα της διωκόμενης αξιόποινης πράξης (αρχή της υπό στενή έννοια αναλογικότητας) (βλ. Μάνεση, "ατομικές ελευθερίες", τ. Α/1982, σελ. 77, Δαγτόγλου, "Ατομικά Δικαιώματα", τ. Α/1991, σελ. 177, του ίδιου "Γενικό Διοικητικό Δίκαιο", 1984, σελ. 134, Ανδρουλάκη, "Θεμελιώδεις έννοιες της ποινικής δίκης", 1994 σελ. 18, Καρρά, "Μαθήματα Ποινικού Δικονομικού Δικαίου", 2, Β 1990, σελ. 97, 98).

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου - Αριθ. 113/2005

Πρόεδρος: Ανδρέας Γαλανάκης (Πρόεδρος Διοικητικού Δικαστηρίου),

Δικαστές: Γεώργιος Καθαράκης, Κωνσταντίνος Μοτζάκης (Εισηγητής)

Δικηγόρος: Βασίλειος Τζαμούσης

Άρθρα: 200, 201, 205 Κ.Α.Δ, Ν. 2734/1999

Αίτηση αναστολής εκτέλεσεως ατομικής διοικητικής πράξης (απόφαση αντιδημάρχου Ηρακλείου).

Η επί μακρόν χρονικό διάστημα λειτουργία επιχείρησης με την ανοχή της Διοίκησης, παρόλο ότι δεν διαθέτει την κατά νόμο άδεια λειτουργίας, δημιουργεί πραγματική κατάσταση που χρήζει προσωρινής δικαστικής προστασίας (αναστολή σφράγισης της επιχείρησης), εκτός αν υπάρχουν σοβαροί λόγοι δημόσιου συμφέροντος, που επιβάλλουν την άμεση διακοπή της δραστηριότητας της επιχείρησης αυτής.

Επειδή, ο Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας (Κ.Α.Δ.), που κυρώθηκε με το άρθρο 1 του Ν. 2717/1999 (ΦΕΚ Α' 97/ 17.5.1999), ορίζει στο άρθρο 200 ότι: «Σε κάθε περίπτωση που η προθεσμία ή η άσκηση της προσφυγής δεν συνεπάγεται κατά νόμο την αναστολή εκτέλεσης της προβαλλόμενης 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», στο άρθρο 201 ότι: «Αρμόδιο για τη χορήγηση της αναστολής είναι το Τριμελές ή Μονομελές δικαστήριο στο οποίο εκκρεμεί η προσφυγή, εφόσον αυτό είναι αρμόδιο για την εκδίκαση της κύριας υπόθεσης...», στο άρθρο 202 ότι: «1. Λόγο αναστολής μπορεί να θεμελιώσει η από την άμεση εκτέλεση της προβαλλόμενης 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 εκτελεστεί, ή γ) αν η αντίστοιχη προσφυγή είναι προδήλως अपαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη» και στο άρθρο 205 ότι: «1... 3. Με την ίδια απόφαση, με την οποία διατάσσεται η αναστολή εκτέλεσης, είναι δυνατόν, ακόμη και χωρίς σχετικό αίτημα: α) ...γ) να εξαρτηθεί η ισχύς της αναστολής από την τήρηση οποιουδήποτε όρου που κρίνει αναγκαίο το δικαστήριο». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, η επί μακρό χρονικό διάστημα λειτουργία επιχείρησης βάσει ανοχής της διοίκησης, μολονότι δεν διαθέτει την κατά νόμον απαιτούμενη άδεια λειτουργίας, δημιουργεί πραγματική κατάσταση χρήζουσα προσωρινής δικαστικής προστασίας, εκτός εάν συντρέχουν σοβαροί λόγοι δημόσιου συμφέροντος, που επιβάλλουν την άμεση δια-

κοπή της δραστηριότητας της επιχείρησης αυτής (πρβλ. Ε.Α. Σ.τ.Ε 218/2002, 50/2001, 13/1998, 742/1998, 744/1996 κ.α. για τις αντίστοιχες διατάξεις του άρθρου 52 του Π.Δ. 18/1989). Ο ίδιος νομολογιακός κανόνας ισχύει και στην περίπτωση των οίκων ανοχής, οι οποίοι λειτουργούσαν πριν από την έναρξη ισχύος του Ν. 2734/1999 («Εκδιδόμενα με αμοιβή πρόσωπα και άλλες διατάξεις» - ΦΕΚ Α' 161/5.8.1999) και η Διοίκηση ανέχθηκε τη συνέχιση της λειτουργίας τους και μετά την έναρξη ισχύος του νόμου τούτου έως σήμερα, μολονότι οι εκδιδόμενες εντός των οίκων αυτών γυναίκες δεν έλαβαν από τη Διοίκηση άδεια εγκατάστασης και χρήσης του οικήματος ως οίκου ανοχής, βάσει του παραπάνω νέου νόμου, αλλά μόνον πιστοποιητικό άσκησης επαγγέλματος ιεροδούλου (Δ.Πρ.Αθ. 2311/2004, 5781/2004 κ.α.). 3. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Η αιτούσα, ιεροδούλος, κατέχει την 1020/5811/1-β/6.7.1996 άδεια του Αστυνομικού Διευθυντή Ηρακλείου, σύμφωνα με την οποία επιτράπηκε σε αυτήν να εγκατασταθεί στην οικία που βρίσκεται επί της οδού Γραμβούσας, αρ. 14, της πόλης του Ηρακλείου, προς άσκηση του επαγγέλματος της εκδιδόμενης με αμοιβή γυναίκας, όπου και εγκαταστάθηκε και ασκεί το επάγγελμα αυτό έως σήμερα. Με το Ν. 2734/1999 («Εκδιδόμενα με αμοιβή πρόσωπα και άλλες διατάξεις» - ΦΕΚ Α' 161/5.8.1999) επήλθε αλλαγή του προϊσχύοντος Ν. 1193/1981 (ΦΕΚ Α' 220 και με τις μεταβατικές διατάξεις του νέου νόμου (άρθρο 7) ορίστηκε ότι πρόσωπα που κατά την έναρξη ισχύος του νόμου εκδίδονται με αμοιβή υποχρεούνται να υποβάλουν τα απαραίτητα δικαιολογητικά για να εφοδιαστούν με πιστοποιητικό άσκησης

επαγγέλματος και άδεια εγκατάστασης και χρήσης οικήματος ως οίκου ανοχής εντός τριών μηνών μετά την έκδοση των κατ'εξουσιοδότηση του νόμου αποφάσεων της Διοίκησης. Με την 26365/4.9.2002 απόφαση της Διεύθυνσης Δημόσιας Υγείας της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης Ηρακλείου χορηγήθηκε στην αιτούσα πιστοποιητικό άσκησης επαγγέλματος εκδιδόμενου προσώπου με αμοιβή για το χρονικό διάστημα από 4.9.2002 έως 4.9.2005 στην περιφέρεια της παραπάνω Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης. Με την 637/2001 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου Ηρακλείου καθορίστηκε σε είκοσι (20) ο συνολικός αριθμός των αδειών εγκατάστασης και χρήσης οικήματος εκδιδομένων με αμοιβή προσώπων που θα χορηγηθούν εντός της περιφέρειας του Δήμου Ηρακλείου. Η αιτούσα υπέβαλε την 17196/4.9.2002 αίτησή της στο Δήμο Ηρακλείου ζητώντας να της χορηγηθεί άδεια εγκατάστασης εκδιδόμενου προσώπου με αμοιβή, υπό το νέο ως άνω νομοθετικό καθεστώς στο οίκημα επί της οδού Γραμβούσας, αρ. 14, της πόλης του Ηρακλείου, και κατέθεσε σχετικά δικαιολογητικά, τα οποία όμως δεν ήταν πλήρη. Για το λόγο αυτό ο Δήμος Ηρακλείου χορήγησε διαδοχικές παρατάσεις για την ολοκλήρωση της κατάθεσης των δικαιολογητικών πριν εκδώσει απόφαση επί της παραπάνω αίτησης. Η τελευταία παράταση δόθηκε έως 12.5.2005, με το 32644/15.12.2004 έγγραφο του Δήμου προς τον Βασίλη Τζαμούση, πληρεξούσιο δικηγόρο της αιτούσας. Ακολούθως, ο Νομιάτρος της Διεύθυνσης Δημόσιας Υγείας της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης Ηρακλείου απέστειλε το 1663/28.2.2005 έγγραφό του προς το Δήμο Ηρακλείου, στο οποίο ανέφερε ότι για την προστασία της δημόσιας υγείας θα πρέπει να κινηθούν οι διαδικασίες υλοποι-

ησης της 637/2001 απόφασης του Δημοτικού Συμβουλίου περί χορήγησης 20 αδειών εγκατάστασης εκδιδομένων με αμοιβή προσώπων, όταν μόνον τρεις οίκοι ανοχής λειτουργούν νόμιμα στην πόλη του Ηρακλείου, διότι με την αύξηση των αδειών εγκατάστασης τα εκδιδόμενα πρόσωπα θα υποβάλλονται στις προβλεπόμενες ιατρικές και εργαστηριακές εξετάσεις και θα περιορίζεται αισθητά ο κίνδυνος μετάδοσης αφροδισίων νοσημάτων καθώς και οι πράξεις βίας σε βάρος του γυναικείου πληθυσμού. Όμως, πριν λήξει η παραπάνω χορηγηθείσα έως 12.5.2005 παράταση εκδόθηκε η 5798/3.3.2005 απόφαση του Αντιδημάρχου Ηρακλείου, με την οποία διατάχθηκε η σφράγιση του παραπάνω οίκου ανοχής της αιτούσας, με το αιτιολογικό ότι αυτή στερείται την απαιτούμενη από το Ν. 2734/1999 άδεια εγκατάστασης και χρήσης. Κατά της απόφασης αυτής η αιτούσα άσκησε την 36/16.3.2005 προσφυγή της ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου, η οποία εκκρεμεί σε αυτό. Ήδη με την κρινόμενη αίτηση αναστολής αυτή ισχυρίζεται ότι ο παραπάνω οίκος ανοχής λειτουργεί επί 50 συνεχή έτη έως σήμερα, ενώ η ίδια είναι εγκαταστημένη σε αυτόν κατά την τελευταία δεκαετία, ότι η λειτουργία του δεν δημιουργεί κανένα πρόβλημα στους περίοικους και στο κοινωνικό σύνολο και ότι σε περίπτωση σφράγισης του αυτή θα υποστεί ανεπανόρθωτη ηθική και υλική βλάβη, εφόσον τα έσοδα λειτουργίας του οίκου τούτου αποτελούν το μοναδικό μέσο βιοπορισμού της, ενώ θα περιέλθει και σε αδυναμία εξόφλησης των οικονομικών της υποχρεώσεων έναντι τρίτων (μισθώματα, εισφορές ΙΚΑ κλπ.).

4. Επειδή, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, το Δικαστήριο σε συμβούλιο λαμβάνει υπόψη: α) Ότι δεν συντρέχει λόγος δημόσιου συμφέροντος που να επιβάλ-

λει την άμεση εκτέλεση της προβαλλόμενης πράξης, δηλαδή την άμεση σφράγιση του εντός της περιφέρειας του Δήμου Ηρακλείου, επί της οδού Γραμβούσας, αρ. 14, οίκου ανοχής, εν όψει του (αναφερθέντος στην προηγούμενη σκέψη) 1663/28.2.2005 εγγράφου του Νομιάτρου της Διεύθυνσης Δημόσιας Υγείας της Ν.Α. Ηρακλείου προς το Δήμο Ηρακλείου σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η αιτούσα ήταν εφοδιασμένη με άδεια εγκατάστασης στον ένδικο οίκο ανοχής από την Αστυνομική Αρχή υπό το προγενέστερο του Ν. 2734/1999 νομοθετικό καθεστώς, ενώ κατέχει και το 26365/4.9.2002 πιστοποιητικό άσκησης επαγγέλματος εκδιδόμενου προσώπου με αμοιβή για το χρονικό διάστημα από 4.9.2002 έως 4.9.2005 στην περιφέρεια της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης Ηρακλείου, το οποίο εκδόθηκε από την Διεύθυνση Δημόσιας Υγείας της ίδια Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης και β) Ότι η έναρξη λειτουργίας του παραπάνω οίκου ανοχής εντός του παραπάνω οικήματος ήταν προγενέστερη της έναρξης ισχύος του Ν. 2734/1999 και, βάσει των στοιχείων της δικογραφίας, ανατρέχει για την αιτούσα αυτοπροσώπως στο έτος 1996, οπότε αυτή έλαβε την 1020/5811/1-β/6.7.1996 άδεια εγκατάστασης στο οίκημα αυτό και έκτοτε εκδίδεται εκεί συνεχώς έως σήμερα, ενώ ακόμη παλαιότερα, το έτος 1985, άλλη ιερόδουλος είχε λάβει την 712/80137/12/29 Μαρτίου 1985 άδεια εγκατάστασης στο ίδιο οίκημα. Έτσι, η λειτουργία του παραπάνω οίκου ανοχής συνεχίστηκε και μετά την έναρξη ισχύος του Ν. 2734/1999 έως σήμερα, δηλαδή επί μακρό χρονικό διάστημα, με την ανοχή της Διοίκησης, επομένως έχει δημιουργηθεί μια πραγματική κατάσταση υπέρ της αιτούσας, η οποία χρήζει προσωρινής προστασίας, εν όψει και του κινδύνου να

στερηθεί αυτή, σε περίπτωση σφράγισης, τα έσοδα λειτουργίας του οίκου ανοχής, που αποτελούν τη μόνη πηγή βιοπορισμού της, και να υποστεί έτσι ανεπανόρθωτη υλική και ηθική βλάβη από την αδυναμία της να εξασφαλίσει τα προς το ζην και να εξοφλήσει τα πάγια έξοδα λειτουργίας του οίκου τούτου (μισθώματα προς τον κύριο του οικήματος, μισθούς και ασφαλιστικές εισφορές στο Ι.Κ.Α. του υπηρετικού προσωπικού του παραπάνω οίκου κλπ.). Συνεκτιμώντας τα παραπάνω, το Δικαστήριο κρίνει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση σφράγισης, πρέπει να ανασταλεί έως την έκδοση οριστικής απόφασης του παρόντος Δικαστηρίου επί της ασκηθείσας προσφυγής της αιτούσας, κατ' αυτής, κατ' αποδοχή του σχετικού βά-

σιμου λόγου της αίτησης αναστολής, υπό τους όρους (άρθρο 205 παρ. 3 γ' του Κ.Δ.Δ.) ότι η αιτούσα θα εξακολουθήσει να κατέχει πιστοποιητικό άσκησης επαγγέλματος εκδιδόμενου με αμοιβή προσώπου στην περιφέρεια της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης Ηρακλείου και θα τηρεί όλες τις λοιπές υποχρεώσεις της που πηγάζουν από το Ν. 2734/1999.

5. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, θα πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση, να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης υπό τους παραπάνω όρους και να διαταχθεί η απόδοση του παραβόλου στην αιτούσα (άρθρο 277 παρ. 9 περ. 1 του Κ.Δ.Δ.).

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Τμήμα Α) - Αριθ. 199/2005

Πρόεδρος: Στεφανία Γιαννούλη

Δικαστές: Οδυσσέας Σπαχής, Αικατερίνη Δημητρουλάκη (Εισηγήτρια)

Δικηγόροι: Ελένη Ασρινάκη - Εμμανουέλα Μπίμπα

Άρθρα 28 Α.Ν. 1846/1951 2 Ν. 997/1979 18 παρ. 3 5 παρ. 2 Ν. 1902/1990 14 παρ. 6 Ν. 1539/1985

Προϋποθέσεις θεμελιώσεως συνταξιοδοτικού δικαιώματος.

Για την θεμελίωση συνταξιοδοτικού δικαιώματος απαιτείται η ύπαρξη ενεργού ασφαλιστικού δεσμού μεταξύ ασφαλισμένου και ασφαλιστικού οργανισμού, κατά τον χρόνο επελεύσεως της ασφαλιστικής περιπτώσεως.

Ο δεσμός διακόπτεται με την υποβολή αιτήσεως συνταξιοδότησεως ή την αποδεδειγμένη μεταβολή επαγγελματικού προσανατολισμού, ή την οριστική διακοπή της ασφαλιστικής απασχολήσεως συνοδευόμενη από πρόθεση μεταβολής του επαγγελματικού προσανατολισμού.

Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 28 του Α.Ν. 1846/1951 (Α' 179), το οποίο ορίζει τις προϋποθέσεις απονομής παροχών στους ασφαλισμένους του Ιδρύματος, αλλά και κατά γενική αρχή του ασφαλιστικού δικαίου, για τη θεμελίωση συνταξιοδοτικού δικαιώματος απαιτείται η ύπαρξη, κατά τον χρόνο επελεύσεως

της ασφαλιστικής περιπτώσεως, ενεργού ασφαλιστικού δεσμού του ασφαλισμένου με τον ασφαλιστικό οργανισμό (π.ρ.β.λ. Σ.τ.Ε 647/1991 κ.α.). Ο δεσμός αυτός διακόπτεται με την υποβολή της περί συνταξιοδότησεως αιτήσεως ή την αποδεδειγμένη μεταβολή του επαγγελματικού προσανατολισμού ή την οριστική διακοπή της α-

σφαλιστέας απασχολήσεως, εφόσον αυτή σαφώς συνάγεται από τις συνθήκες που συντρέχουν σε κάθε περίπτωση. Απλά όμως, διακοπή της ασφαλιζόμενης απασχολήσεως δεν συνιστά εκδήλωση βουλήσεως του ασφαλισμένου προς αποχώρηση από τον ασφαλιστικό οργανισμό, όταν δεν αποδίδεται αιτιολογημένα σ’ αυτόν πρόθεση μεταβολής του επαγγελματικού προσανατολισμού, δοθέντος ότι αυτός μπορεί ελεύθερα να επαναλάβει οποτεδήποτε τη διακοπείσα απασχολήσή του (πρβλ. Σ.τ.Ε 1587/1994, 2511/1988 κ.α.).

Επειδή, στο Ν. 997/1979 «Περί συστάσεως Ταμείου Επικουρικής Ασφάλισης Μισθωτών και ετέρων τινών διατάξεων (Α’ 287), ορίζεται, στο άρθρο 2 ότι: «Σκοπός του Ταμείου είναι η πρόσθετος ασφάλις των, περί των το επόμενον άρθρον, προσώπων, δια της χορηγήσεως εις ταύτα μηνιαίας παροχής (συντάξεως) καταβαλλομένης περιοδικώς κατά τα οριζόμενα υπό του παρόντος νόμου και των εις εκτέλεσιν τούτου εκδιδομένων Π.Δ, εν περιπτώσει γήρατος ή αναπηρίας, ως και εις τα μέλη οικογένειας αυτών, εν περιπτώσει θανάτου του προστάτου αυτών ησφαλισμένου ή συνταξιούχου», στο άρθρο 3 παρ. 1, όπως αυτή αντικαταστάθηκε τελικώς από την παρ. 3 του άρθρου 18 του Ν. 1902/1990, ότι: «Στην ασφάλιση του Ταμείου υπάγονται υποχρεωτικώς τα πρόσωπα, τα οποία ασφαλιζονται, δυνάμει των κειμένων περί υποχρεωτικής ασφάλισης διατάξεων, στο ΙΚΑ ή άλλο φορέα κύριας ασφάλισης μισθωτών και δεν υπάγονται, για την αυτή απασχόληση, στην ασφάλιση άλλου φορέα, κλάδου ή λογαριασμού ασφαλίσεως που λειτουργεί με τη μορφή Ν.Π.Δ.Δ.», στο άρθρο 5 παρ. 2 ότι «Ο ησφαλισμένος παρά των Ταμείων δι-

καιούται συντάξεως λόγω αναπηρίας, εάν μετά την έναρξιν λειτουργίας του Ταμείου, έτυχε συντάξεως λόγω αναπηρίας εκ του ΙΚΑ ή ετέρου φορέως κύριας ασφαλίσεως αυτού και επραγματοποίησε 700 ημέρας εργασίας ει την ασφάλισιν του Ταμείου, από τα οποίας τουλάχιστον 300 εντός των πέντε ημερολογιακών ετών των αμέσως προηγούμενων εκείνου, κατά το οποίον κατέστη ανάπηρος, ή τον υπό της προηγούμενης παραγράφου απαιτούμενον εκάστοτε αριθμόν ημερών εργασίας. Το ως άνω κατώτατον όριον των 700 ημερών εργασίας αυξάνεται προοδευτικώς εις 1.500 ημέρας εργασίας, προστιθεμένων εις τας 700 ημέρας εργασίας ανά 100 τοιούτων κατά μέσον όρον καθ’ έκαστον ημερολογιακόν έτος, αρχής γενομένης κατά τα οριζόμενα υπό της προηγούμενης παραγράφου» και στο άρθρο 6, όπως αυτό αντικαταστάθηκε από την παρ. 2 του άρθρου 17 του Ν. 1539/1985 (Α’ 64), ότι: «Η κρίση του αρμόδιου, για την αναγνώριση δικαιώματος σε σύνταξη αναπηρίας, οργάνου του ΙΚΑ ή άλλου φορέα κύριας ασφάλισης, ως προς το βαθμό της αναπηρίας και τη χρονική της διάρκεια είναι υποχρεωτική και για τα αρμόδια για την αναγνώριση δικαιώματος σε σύνταξη από το ΙΚΑ - TEAM όργανα του ΙΚΑ».

Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Ο προσφεύγων, ο οποίος γεννήθηκε το έτος 1945, πραγματοποίησε στην ασφάλιση του ΙΚΑ 7.195 ημέρες εργασίας μεταξύ των ετών 1967 και 1994 και του ΙΚΑ - TEAM 2.630 ημέρες εργασίας μεταξύ των ετών 1983 και 1994, με την ειδικότητα του εμπορικού αντιπροσώπου, ακολούθως δε ασφαλίστηκε στο Ταμείο

Ασφαλίσεως Εμπόρων από 1.2.1995 έως 31.12.2000. Με τις υπ' αριθμ. 711 και 712/4.2.2001 αιτήσεις του προς το Υποκ/μα του ΙΚΑ Ηρακλείου, ζήτησε τη χορήγηση συντάξεως λόγω αναπηρίας από κοινή νόσο, από το ΙΚΑ και ΙΚΑ - TEAM, αντιστοίχως, κατόπιν δε αυτών, η οικεία Α/θμια Υγειονομική Επιτροπή με την υπ' αρ. 510/2001 γνωμάτευσή της, αποφάνθηκε ότι αυτός παρουσιάζει «διηθητικό Ca ουροδόχου κύστεως, την 12.1.2001 υπεβλήθη σε ριζική προστατεκτομή και εκτροπή των ούρων σε ουρητηροειλεστομία, υποβάλλεται σε χημειοθεραπεία» και καθόρισε σε 80% το ποσοστό της ανατομοφυσιολογικής βλάβης του, για το χρονικό διάστημα από 4.2.2001 έως 28.2.2004. Ο Διευθυντής του ανωτέρω Υποκ/τος, με την υπ' αριθμ. 2372/5.9.2002 απόφασή του, απέρριψε την ως άνω αίτηση συνταξιοδότησεως από το ΙΚΑ, με την αιτιολογία ότι η αναπηρία του προσφεύγοντος επήλθε σε χρόνο κατά τον οποίο είχε διακοπεί ο ενεργός ασφαλιστικός δεσμός του με το Ίδρυμα, καθόσον για το χρονικό διάστημα από 1.2.1995 έως 31.12.2000 αυτός είχε ασφαλιστεί στο Ταμείο Ασφαλίσεως Εμπόρων, έχοντας πραγματοποιήσει στην ασφάλισή του περισσότερες των 500 ημέρες εργασίας, όπως προκύπτει από σχετική βεβαίωση του Ταμείου αυτού. Περαιτέρω, ο ίδιος Διευθυντής, με την υπ' αριθμ. 1289/18.9.2002 απόφασή του, απέρριψε την ως άνω αίτηση συνταξιοδότησεως του προσφεύγοντος και από το ΙΚΑ - TEAM, αφενός λόγω ελλείψεως των χρονικών προϋποθέσεων (δεν είχε πραγματοποιήσει 300 ημέρες εργασίας την τελευταία πενταετία προ της υποβολής της σχετικής αιτήσεως) και αφετέρου επειδή δεν έλαβε κύρια σύ-

νταξη αναπηρίας από το ΙΚΑ, αφού η σχετική αίτηση αυτού απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 2372/2002 απόφασή του. Κατά των ανωτέρω αποφάσεων του Διευθυντή, ο προσφεύγων άσκησε τις από 4.11.2002 ενστάσεις (αντιστοίχως) ενώπιον της Τ.Δ.Ε, οι οποίες απορρίφθηκαν με τις 744 και 745/1.7.2003 αποφάσεις της, αντιστοίχως, με την αυτή ως άνω αιτιολογία. Ήδη, ο προσφεύγων, με την προσφυγή του, ζητά την ακύρωση των αποφάσεων αυτών της Τ.Δ.Ε, ώστε να του χορηγηθεί σύνταξη αναπηρίας από το ΙΚΑ και το ΙΑΚ - TEAM.

Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι από κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν προκύπτει ότι ο προσφεύγων, κατά το χρονικό διάστημα της αποχής του από την άσκηση του επαγγέλματος του εμπορικού αντιπροσώπου (1.1.1995 έως την ημερομηνία υποβολής της αιτήσεως συνταξιοδότησεώς του την 4.2.2001) είχε την πρόθεση να διακόψει οριστικά την ασφαλιζόμενη εργασία του ή ότι μετέβαλε οριστικά επαγγελματικό προσανατολισμό και, ότι, ως εκ τούτου, μπορούσε κατά το διάστημα αυτό να επαναλάβει την άσκηση του εν λόγω επαγγέλματος. Εξάλλου, από μόνη τη διακοπή της ασφαλιζόμενης στο ΙΚΑ απασχολήσεως του προσφεύγοντος και την ασφάλισή του στο Ταμείο Ασφαλίσεως Εμπόρων από 1.2.1995 έως 31.12.2000, προς το οποίο ουδέποτε κατέβαλε τις αντίστοιχες εισφορές (βλ. υπ' αριθμ. Ε2/28025/15.4.2002 βεβαίωση του ως άνω Ταμείου), δεν μπορεί να συναχθεί βούληση αυτού προς αποχώρηση από το ΙΚΑ, εφόσον από τον εν λόγω ασφαλιστικό οργανισμό δεν αποδίδεται αιτιολογημένα σ' αυτόν πρόθεση οριστικής μεταβολής του επαγγελματικού προσανατο-

λισμού, αφού όπως προαναφέρθηκε, αυτός μπορούσε κατά το ως άνω διάστημα να επαναλάβει τη διακοπή της απασχόλησής του. Κατόπιν αυτών, το Δικαστήριο κρίνει ότι ο ασφαλιστικός δεσμός του προσφεύγοντος με το καθ’ ου Ίδρυμα δεν είχε διακοπεί οριστικά κατά τον χρόνο επέλευσης της αναπηρίας του, η δε Τ.Δ.Ε που έκρινε τα αντίθετα με την προσβαλλόμενη υπ’ αριθμ. 744/1.7.2003 απόφασή της έσφαλε. Κατά συνέπεια, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η ως άνω απόφαση της Τ.Δ.Ε και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αρμόδια υπηρεσία του ανωτέρου Υποκ/τος ΙΚΑ προκειμένου να ερευνηθεί η συνδρομή των λοιπών προϋποθέσεων του νόμου για τη συνταξιοδό-

τηση του προσφεύγοντος, περαιτέρω δε, πρέπει να ακυρωθεί και η υπ’ αριθμ. 745/1.7.2003 απόφαση της Τ.Δ.Ε και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αρμόδια υπηρεσία του ανωτέρου Υποκ/τος ΙΚΑ ενόψει του παρακολουθηματικού χαρακτήρα της χορηγούμενης από το ΙΚΑ - TEAM συντάξεως αναπηρίας όσον αφορά την κρίση για την ασφαλιστική αναπηρία, σε σχέση με την χορηγούμενη από το ΙΚΑ σύνταξη αναπηρίας. Τέλος, πρέπει να διαταχθεί η απόδοση του κατατεθέντος παραβόλου στον προσφεύγοντα, κατ’ εκτίμηση δε των περιστάσεων να απαλλαγεί το καθ’ ου Ίδρυμα των δικαστικών εξόδων του προσφεύγοντος (άρθρα 277 παρ. 9 και 275 παρ. 1 Κ.Δ.Δ.).

Τριμελές Διοικητικό Πρωτοδικείο Ηρακλείου (Τμήμα Β) - Αριθ. 335/2005

Πρόεδρος: Ανδρέας Γαλανάκης (Πρόεδρος Διοικητικού Δικαστηρίου)

Δικαστές: Παρασκευή Ψωμά, Ανδρέας Γωνιανάκης (Εισηγητής)

Δικηγόροι: Αντώνιος Βγόντζας, Ανδρέας Λιανέρης

Άρθρα 89 - 99 188, 109, 110 (Παλαιού Τελωνειακού Κώδικα) Ν. 1165/1918, 184, 142 παρ. 2, 150 παρ. 1, 152, 155 παρ. 2 Ν. 2960/2001 (Νέου Τελωνειακού Κώδικα)

Επί τελωνειακής παραβάσεως που διεπράχθη υπό το καθεστώς ισχύος του παλαιού Τελωνειακού Κώδικα και η σχετική πράξη εξεδόθη μετά την ισχύ του Ν. 2960/2002, εφαρμόζονται οι επιεικέστερες για τον παραβάτη διατάξεις.

Επί συμμετοχής περισσότερων στην ίδια πράξη κηρύσσονται μεν αυτοί αλληλεγγύως και εις ολόκληρον υπεύθυνοι, η εκδίδουσα ωστόσο την πράξη Αρχή οφείλει να κάνει επιμερισμό της ευθύνης εκάστου, αναλόγως της υπαιτιότητός του.

Επειδή, ο Τελωνειακός Κώδικας (Ν. 1165/1918 - [Α’ 73]) ορίζει στο άρθρο 89, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 3 του Α.Ν. 1514/1950 (Α’ 240), ο οποίος κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν. 1591/1950, (Α’ 295), ότι: «1. ...2. Ως τελωνειακά παραβάσεις χαρακτηρίζονται επίσης, οι καθοι-

δήποτε των εν άρθρω 100 του παρόντος μνημονευόμενων τρόπων διαφυγή ή απόπειρα διαφυγής της πληρωμής των ανηγόντων τω Δημοσίω τελών και δικαιωμάτων, ως και η μη τήρηση των εν τω αυτών άρθρω 100 καθοριζομένων λοιπών διατυπώσεων επισύρουν δε κατά των υπευθύνων πολλα-

πλούν τέλος συμφώνως προς τα διατάξεις του παρόντος νόμου και αν έτι ήθελεν κριθί αρμοδίως ότι δεν συντρέχουν τα στοιχεία αξιοποιούν λαθρεμπορίας». Περαιτέρω, ο ίδιος Τελωνειακός Κώδικας ορίζει στο άρθρο 97, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 4 του Α.Ν. 1514/1950 (Α' 240) και το άρθρο 23 του Ν. 495/1976 (Α' 337) ότι: «1.... 3. Κατά των οπωσδήποτε συμμετασχόντων της κατά την παράγραφο 2 του άρθρου 89 του παρόντος τελωνειακής παραβάσεως και αναλόγως του βαθμού συμμετοχής εκάστου, ασχέτως της ποινικής διώξεως αυτών, επιβάλλεται κατά τις διατάξεις των άρθρων 100 και επ. του παρόντος, ιδιαίτέρως εις έκαστον και αλληλεγγύως, πολλαπλούν τέλος από του διπλού μέχρι του δεκαπλού των βαρυνόντων το αντικείμενο ταύτης δασμών, φόρων, τελών και δικαιωμάτων εν σύνολω δια πάντας του συνυπαίτιους ...4. Τα υπό της προηγούμενης παραγράφου προβλεπόμενα πολλαπλά τέλη επιβάλουν δια πράξεων των κατά τας διατάξεις του άρθρου 99 του παρόντος, οι προϊστάμενοι των εν αυτών τελωνειακών αρχών...». Εξάλλου, το άρθρο 99 του ίδιου Κώδικα στην παράγραφο 1 ρυθμίζει τον τρόπο βεβαιώσεως των τελωνειακών παραβάσεων, στην παράγραφο 2 ορίζει ότι: «Αι διατάξεις των άρθρων 108, 109 και 110 εφαρμόζονται κατ' αναλογίαν και επί των τελωνειακών παραβάσεων. Η άγνοια των αστικώς συνυπευθύνων της προθέσεως των χαρακτηρισθέντων ως κυρίως υπαιτίων προς τέλεσιν της παραβάσεως δεν απαλλάσσει τούτους της ευθύνης» και στην παράγραφο 19 ορίζει ότι: «Εν περιπτώσει τροποποιήσεως επί το επιεικέστερον των διατάξεων του παρόντος νόμου των καθοριζουσών είτε τα επιβλητέα πρόσθετα ή πολλαπλά τέλη επί τελωνειακών παραβάσεων, είτε τα της αλληλεγγύου ευθύνης των

συναιτίων και αστικώς συνυπευθύνων προς καταβολήν τούτων, αι επιεικέστεραι αύται διατάξεις εφαρμόζονται, αν μη άλλως εν αιταίς ειδικώς ορίζεται, και επί των προ της ισχύος αυτών διαπραχθεισών ομοίων παραβάσεων των μήπω τελεσιδίκως από απόψεως διοικητικών ενδίκων μέσων κριθεσών μέχρι της δημοσιεύσεως των εν λόγω τροποποιήσεων». Επιπροσθέτως, το άρθρο 100 του ίδιου Κώδικα ορίζει ότι: «1. Λαθρεμπορία είναι: α) η εντός των συνόρων του κράτους εισαγωγή ή εξ αυτών εξαγωγή εμπορευμάτων υποκειμένων, είτε εις εισαγωγικόν δασμόν, είτε εις εισπραττόμενον εν τοις Τελωνείοις τέλος, φόρον ή δικαίωμα άνευ γραπτής αδείας της αρμοδίας τελωνειακής αρχής ή εν άλλω παρά τον ωρισμένον παρ' αυτής τόπω ή χρόνω και β) πάσα ενέργεια, σκοπούσα να στερήση το Δημόσιον των υπ' αυτού εισπρακτέων δασμών, τελών, φόρων και δικαιωμάτων επί των εισαγομένων εκ της αλλοδαπής ή εξαγομένων εμπορευμάτων, και αν έτι ταύτα εισεπράχθησαν κατά χρόνον και τρόπον έτερον ή τον υπό του νόμου οριζόμενον. 2. Ως λαθρεμπορία θεωρείται: α) η εις την γενικήν κατανάλωσιν άνευ εγγράφου αδείας της αρμοδίας τελωνειακής αρχής και πληρωμής του εισαγωγικού δασμού διάθεσις αντικειμένων εισαχθέντων κατά το δασμολόγιον ή δυνάμει νόμου ή συμβάσεως, ατελώς ή επί ηλαττωμένω δασμώ δι' ωρισμένας ειδικάς χρήσεις ή η χρησιμοποίησις των αντικειμένων τούτων εις άλλας χρήσεις εκτός των ωρισμένων ειδικών τοιούτων β)..... θ) [προστέθηκε με το άρθρο 8 του Ν. 2096/1952] η αγορά, πώλησις και κατοχή εμπορευμάτων εισαχθέντων ή τεθέντων εις την γενικήν κατανάλωσιν κατά τρόπον συνιστώντα το αδίκημα της λαθρεμπορίας». Τέλος, το άρθρο 108 του ίδιου Κώδικα προβλέπει ότι:

«Το εκδικάζον την επί λαθρεμπορία κατηγορίαν ποινικόν Δικαστήριον δύναται, δια της καταδικαστικής αποφάσεώς του, να κηρύξη αλληλεγγύως συνυπεύθυνον αστικώς μετά του καταδικασθέντος προς πληρωμήν της καταγωνισθείσης χρηματικής ποινής και των δικαστικών εξόδων, τη αιτήσει δε του ως πολιτικώς ενάγοντος παρισταμένου Δημοσίου, και της επιδικασθείσης αυτό απαιτήσεως, τον κύριον ή τον παραλήπτην των εμπορευμάτων, τα οποία αποτελούσι το αντικείμενον της λαθρεμπορίας, και όταν έτι ούτος δεν υπέχει ποινικήν ευθύνην επί ταύτη, οσάκις ο καταδικασθείς ενήργησεν επί των αντικειμένων της λαθρεμπορίας, ως εντολοδόχος, διαχειριστής ή αντιπρόσωπος του κυρίου ή του παραλήπτου, οιαδήποτε και αν ή η νομική σχέσις, υφ' ην παρουσιάζεται ή καλύπτεται η εντολή, ήτοι αδιαφόρως αν ο εντολοδόχος ενεργή ιδίω ονόματι του εντολέως ή αν παρίσταται ως κύριος του εμπορεύματος ή δι' οιασδήποτε άλλης προς αυτά νομικής σχέσεως και αδιαφόρως αν η ουσιαστική εκπροσώπησις του κυρίου είναι ειδική ή γενική, εκτός αν ήθελεν αποδείχθῃ, ότι οι ανωτέρω δεν ηδύνάτο να έχωσι καν γώσιν περί της πιθανότητας τελέσεως λαθρεμπορίας».

3. Επειδή, ο Εθνικός Τελωνειακός Κώδικας (Ν. 2960/2001 [Α' 265]) ορίζει στο άρθρο 184 ότι: «1. Από την έναρξη εφαρμογής του παρόντα Κώδικα καταργούνται οι παρακάτω διατάξεις όπως ισχύουν: α) του ν. 1165/1918 "περί Τελωνειακού Κώδικα" ...β)», στο άρθρο 185 ότι: «Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από 1ης Ιανουαρίου 2002», στο άρθρο 142 παρ. 2 ότι: «Ως τελωνειακή παράβαση χαρακτηρίζεται επίσης, η με οποιονδήποτε τρόπο, από τους αναφερόμενους στο άρθρο 155 του παρόντα Κώδικα, διαφυγή ή απόπειρα διαφυγής της πληρωμής των δασμών, φόρων και λοιπών

επιβαρύνσεων, καθώς και η μη τήρηση των καθοριζομένων, στο άρθρο 155 του παρόντα Κώδικα, διατυπώσεων και επισύρουν κατά των υπευθύνων πολλαπλό τέλος, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντα Κώδικα ακόμη και αν κρινόταν, αρμοδίως, ότι δεν συντρέχουν τα στοιχεία αξιόποινης λαθρεμπορίας», στο άρθρο 150 παρ. 1 ότι: «Κατά των οπωσδήποτε συμμετασχόντων της τελωνειακής παράβασης, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 142 του παρόντα Κώδικα και ανάλογα με το βαθμό της συμμετοχής εκάστου, άσχετα από την ποινική δίωξη αυτών, επιβάλλεται, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 152, 155 και επομένων του παρόντα Κώδικα, ιδιαίτερα στον καθένα και αλληλέγγυα, πολλαπλό τέλος ίσο με το τριπλάσιο των δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων, που αναλογούν και σε περίπτωση υποτροπής, το πενταπλάσιο. Σε περίπτωση που η ως άνω υποτροπή λάβει χώρα εντός του ίδιου οικονομικού έτους, το επιβαλλόμενο πολλαπλό τέλος δεκαπλασιάζεται», στο άρθρο 152 ότι: «1....2. Οι διατάξεις των άρθρων 161 και επόμενα του παρόντα Κώδικα, περί αστικής ευθύνης, εφαρμόζονται κατ' αναλογία και στις τελωνειακές παραβάσεις. Η άγνοια των αστικών συνυπευθύνων για την πρόθεση των χαρακτηρισθέντων ως κυρίως υπαιτίων της τέλεσης της παράβασης δεν απαλλάσσει αυτούς από την ευθύνη....8. Σε περίπτωση τροποποίησης, επί το επιεικέστερον, των διατάξεων του παρόντος Κώδικα, οι οποίες καθορίζουν είτε τα επιβλητέα πρόστιμα ή πολλαπλά τέλη επί τελωνειακών παραβάσεων, είτε τα της αλληλεγγύου ευθύνης των συνυπαιτίων και αστικώς συνυπευθύνων προς καταβολή τούτων, οι επιεικέστερες αυτές διατάξεις εφαρμόζονται, εάν δεν ορίζεται διαφορετικά, και επί των προ της ισχύος αυτών διαπραχθεισών ομοίων παραβάσε-

ων, οι οποίες δεν κρίθηκαν ποτέ τελεσίδικες από άποψης διοικητικών ενδίκων μέσων, μέχρι της δημοσίευσης των εν λόγω τροποποιήσεων», και στο άρθρο 155 παρ. 2 ότι: «Ως λαθρεμπορία θεωρείται: α) η διάθεση στην κατανάλωση, χωρίς έγγραφη άδεια της αρμόδιας Τελωνειακής Αρχής και πληρωμή του εισαγωγικού δασμού, φόρου και λοιπών επιβαρύνσεων, εμπορευμάτων, τα οποία έχουν εισαχθεί δυνάμει νόμου ή σύμβασης, ατελώς ή με μειωμένες επιβαρύνσεις για ορισμένες ειδικές χρήσεις ή η χρησιμοποίηση αυτών των εμπορευμάτων σε άλλες χρήσεις εκτός των ορισμένων ειδικών τοιούτων β) ... ζ) η αγορά, πώληση και κατοχή εμπορευμάτων που έχουν εισαχθεί ή τεθεί στην κατανάλωση κατά τρόπο που συνιστά το αδίκημα της λαθρεμπορίας».

4. Επειδή, εν όψει της διάταξης της παρ. 19 του άρθρου 99 του Ν. 1165/1918, (που είναι όμοια με τη διάταξη της παρ. 8 του άρθρου 152 του Ν. 2960/2001, που την αντικατέστησε), σε συνδυασμό με τις λοιπές διατάξεις που αναφέρθηκαν στη 2η και 3η σκέψη, για την επιβολή πολλαπλού τέλους επί τελωνειακής παράβασης που διαπράχθηκε κατά το χρόνο ισχύος του (πρώην) Τελωνειακού Κώδικα (Ν. 1156/1918), δηλαδή έως την 31.12.2001, αλλά η καταλογιστική πράξη της Τελωνειακής Αρχής εκδόθηκε από την 1η.1.2002 και εφεξής, οπότε άρχισε να ισχύει ο (νέος) Εθνικός Τελωνειακός Κώδικας (Ν. 2960/2001), εφαρμόζονται οι επεικένστερες για τον παραβάτη διατάξεις, οι οποίες προκύπτουν από σύγκριση των αντίστοιχων διατάξεων των δύο Κωδίκων (ήτοι του άρθρου 97 παρ. 3 Ν. 1156/1918 και του άρθρου 150 παρ. 1 Ν. 2960/2001). Από τη σύγκριση αυτή προκύπτει ότι, ως προς το ανώτατο ύψος του πολλαπλού τέλους, επεικένστερη είναι η σχετική διάταξη του (νέου) Εθνικού Τελωνειακού Κώδικα, που επι-

βάλλει πολλαπλό τέλος στο τριπλάσιο των δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων, και σε περίπτωση υποτροπής στο πενταπλάσιο ή δεκαπλάσιο τούτων, έναντι του δεκαπλάσιου τούτων που επέβαλλε αδιακρίτως ο (πρώην) Τελωνειακός Κώδικας. Όμως, ως προς το κατώτατο ύψος του πολλαπλού τέλους, επεικένστερη είναι η σχετική διάταξη του (πρώην) Τελωνειακού Κώδικα, που επέβαλλε πολλαπλό τέλος στο διπλάσιο των δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων, έναντι του τριπλάσιου τούτων που επιβάλλει ο (νέος) Εθνικός Τελωνειακός Κώδικας. Επομένως, σε πράξεις επιβολής πολλαπλού τέλους που εκδίδονται μετά την 1.1.2002, για παραβάσεις που διαπράχθηκαν πριν από την 1.1.2002, η Τελωνειακή Αρχή οφείλει να εφαρμόσει εν μέρει το άρθρο 97 παρ. 3 Ν. 1156/1918 και εν μέρει το άρθρο 150 παρ. 1 Ν. 2960/2001, ώστε το πολλαπλό τέλος να ανέρχεται στο διπλάσιο ή στο τριπλάσιο των δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων, και μόνον σε περίπτωση υποτροπής, κατά τους όρους του τελευταίου άρθρου, στο πενταπλάσιο ή δεκαπλάσιο.

5. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων του Ν. 1156/1918, (αλλά και των αντίστοιχων διατάξεων του Ν. 2960/2001 που τις αντικατέστησαν), εκάστη των υπ' αυτών προβλεπομένων ενεργειών, αποτελεί αυτοτελή περίπτωση λαθρεμπορίας, για την οποία επιβάλλεται κεχωρισμένως στον δράστη αυτής πολλαπλό τέλος. Από αυτό έπεται ότι η Τελωνειακή Αρχή οφείλει να προσδιορίζει εκάστοτε κεχωρισμένως το αντικείμενο εκάστης συγκεκριμένης επί μέρους λαθρεμπορικής παραβάσεως και τα ειδικώς σε αυτήν ενεχόμενα πρόσωπα, καθορίζουσα το σε βάρος αυτών επιβλητέο πολλαπλό τέλος, βάσει του αναλογούντος ποσού δασμών και φόρων επί του αντικειμένου της συγκεκριμένης επί μέρους παραβάσεως (Σ.τ.Ε 3663/1988,

246/1990 και 2544/1996). Περαιτέρω, από τις παραπάνω διατάξεις συνάγεται ότι επί συμμετοχής περισσότερων προσώπων στην τέλεση της αυτής λαθρεμπορικής παράβασης επιβάλλεται μεν με πράξη του Προϊστάμενου της Τελωνειακής Αρχής ενιαίως σε βάρος τους πολλαπλό τέλος και κηρύσσονται αλληλεγγύως συνυπεύθυνοι για την εξ ολοκλήρου εξόφληση του χρέους, πρέπει όμως ταυτόχρονα με την αυτή πράξη να γίνεται επιμερισμός του εν λόγω ποσού σε βάρος καθενός εκ των υπαιτίων ανάλογα με το βαθμό της συμμετοχής του στην τέλεση της παράβασης. Τέλος, το δικαστήριο οφείλει να εξετάζει και αυτεπαγγέλτως τα αναγόμενα στο νόμο βάσιμο της προβαλλόμενης πράξης και σε περίπτωση που αυτή είναι πλημμελής, λόγω μη επιμερισμού του πολλαπλού τέλους σε βάρος των υπαιτίων προσώπων, οφείλει να την ακυρώσει μη δυνάμενο να προβεί το πρώτον, μεταρρυθμίζοντας την πράξη αυτή, σε επιμερισμό του τέλους, διότι αυτό θα αποτελούσε υπέρβαση εξουσίας του Δικαστηρίου και υποκατάσταση αυτού σε έργα ενεργού Διοικήσεως (Δ.Εφ.Λάρισας 28/2001 Τραπ.Νομ.Πληρ. ΝΟΜΟΣ).

6. Επειδή, όπως έχει κριθεί (Σ.τ.Ε 230/1931), και μεν το ιδιάζον του νομικού προσώπου έγκειται στο ότι αυτό έχει, κατά πλάσμα του νόμου, αυτοτελή προσωπικότητα διαφορετική από εκείνη των φυσικών προσώπων που το αποτελούν, προς εξυπηρέτηση γενικότερων κοινωνικών σκοπών, με αποτέλεσμα να καθίσταται υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, όμως η ικανότητά του δεν συμπίπτει με εκείνη των φυσικών προσώπων, αλλά περιορίζεται στον κύκλο των σκοπών για τους οποίους τούτο συνεστήθη, στους οποίους δεν περιλαμβάνεται προφανώς και η διάπραξη αδικημάτων. Επομένως, αδικήμα, όπως η λαθρεμπορία, που διέπραξε φυσικό πρόσωπο,

του οποίου η βούληση θεωρείται, κατά πλάσμα του νόμου, ως βούληση του νομικού προσώπου, δεν μπορεί να καταλογισθεί σε αυτό. Κι' αυτό, γιατί ελλείπουν οι προϋποθέσεις κάθε αδικήματος, ήτοι ο άμεσος σύνδεσμος της άδικης πράξεως, που δεν μπορεί να διαπραχθεί παρά μόνον από φυσικό πρόσωπο, και του δυνατού του καταλογισμού της. Συνεπώς, αποκλείεται, κατά νόμο, και ειδικότερα κατά την έννοια των διατάξεων που προαναφέρθηκαν, η επιβολή πολλαπλού τέλους για λαθρεμπορία σε βάρος νομικού προσώπου, το οποίο, σε περίπτωση που ο νόμιμος εκπρόσωπος του διέπραξε λαθρεμπορία, μόνον αλληλέγγυα αστική ευθύνη κατά τους όρους των άρθρων 108 έως 110 του Τελωνειακού Κώδικα μπορεί να έχει (Σ.τ.Ε 2242/1997 και 2803/2003).

8. Επειδή, στην κρινόμενη υπόθεση η προσβαλλόμενη πράξη επιβολής πολλαπλού τέλους εκδόθηκε στις 30.5.2002, όμως οι επίδικες τελωνειακές παραβάσεις, εξαιτίας των οποίων επιβλήθηκε το πολλαπλό τέλος, διαπιστώθηκαν τον Μάρτιο του έτους 1999 και καταγράφηκαν στην από 25.9.2001 πορισματική αναφορά του Σ.Δ.Ο.Ε. Κρήτης, η οποία διαβιβάστηκε στο Τελωνείο Ηρακλείου, όπου και καταχωρήθηκε ως πρωτόκολλο τελωνειακής παράβασης με αρ. 84/3.12.2001, και όλα αυτά έγιναν πριν από την 1.1.2002 που τέθηκε σε ισχύ ο (νέος) Εθνικός Τελωνειακός Κώδικας (Ν. 2960/2001) και έπαυσε να ισχύει ο Ν. 1165/1918. Επομένως, κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στην 4η σκέψη, η Τελωνειακή Αρχή όφειλε, για τον προσδιορισμό του ύψους του πολλαπλού τέλους, να εφαρμόσει εν μέρει το άρθρο 97 παρ. 3 Ν. 1156/1918 και εν μέρει το άρθρο 150 παρ. 1 Ν. 2960/2001, ώστε το επιβληθέν πολλαπλό τέλος να ανέρχεται στο διπλάσιο ή τριπλάσιο των δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων,

και μόνον σε περίπτωση υποτροπής, κατά τους όρους του τελευταίου άρθρου, στο πενταπλάσιο ή δεκαπλάσιο. Αντ' αυτού, όπως προκύπτει από το σώμα της προβαλλόμενης πράξης, η τελωνειακή αρχή εφάρμοσε μόνον το άρθρο 97 παρ. 3 του Ν. 1156/1918 και επέβαλε πολλαπλό τέλος ανερχόμενο στο πενταπλάσιο των (κατά την άποψή της) διαφυγόντων δασμών, χωρίς να επικαλείται περίπτωση υποτροπής κατ' άρθρο 150 παρ. 1 του Ν. 2960/2001. Εν όψει των ανωτέρω η προσβαλλόμενη πράξη είναι πλημμελής κατά τη νόμιμη βάση της και η πλημμέλεια αυτή εξετάζεται αυτεπαγγέλτως κατά το άρθρο 79 παρ. 1 β' του Κ.Δ.Δ., ενώ η προσφεύγουσα εσφαλμένα επικαλείται ότι σε κάθε περίπτωση η υπόθεση πρέπει να κριθεί αποκλειστικώς κατά τις διατάξεις του (νέου) Εθνικού Τελωνειακού Κώδικα. Επιπλέον, εν όψει των όσων έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά στην 5η σκέψη, σύμφωνα με τα οποία η Τελωνειακή Αρχή οφείλει, σε περίπτωση συμμετοχής περισσότερων προσώπων στην τέλεση της ίδιας τελωνειακής παράβασης, να επιμερίζει το πολλαπλό έλος σε βάρος του καθενός χωριστά, εκτιμώντας για το σκοπό αυτό τη βαρύτητα της συμμετοχής καθενός των συνυπαίτιων, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι, εν προκειμένω, δεν έγινε επιμερισμός στην προσβαλλόμενη πράξη του καταλογισθέντος πολλαπλού τέλους σε βάρος των φερόμενων ως υπαιτίων τέλεσης της τελωνειακής παράβασης. Εξάλλου, το Δικαστήριο δεν μπορεί το πρώτον να προβεί στον επιμερισμό του πολλαπλού τέλους, γιατί αυτό θα αποτελούσε υποκατάσταση του Δικαστηρίου στο έργο της Διοίκησης. Επιπροσθέτως, εν όψει ό-

σων έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά στην 6η σκέψη, σύμφωνα με τα οποία δεν νοείται η επιβολή πολλαπλού τέλους για λαθρεμπορία σε βάρος νομικού προσώπου αλλά μόνον η αλληλέγγυα αστική ευθύνη του νομικού προσώπου στην επιβολή πολλαπλού τέλους σε βάρος φυσικού προσώπου - νομίμου εκπροσώπου του, ο οποίος διέπραξε τη λαθρεμπορία, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι, εν προκειμένω, το πολλαπλό τέλος επιβλήθηκε, με την προσβαλλόμενη πράξη, απευθείας στην προσφεύγουσα εταιρεία περιορισμένης ευθύνης και όχι στο φυσικό πρόσωπο - νόμιμο εκπρόσωπό της, ο οποίος φέρεται ότι διέπραξε λαθρεμπορία, ενώ το παραπάνω πολλαπλό τέλος έπρεπε να επιβληθεί στον τελευταίο (αν πράγματι αυτός διέπραξε λαθρεμπορία) και η προσφεύγουσα να θεωρηθεί με την καταλογιστική πράξη ως αστικώς συνυπεύθυνη για την καταβολή του, ευθυνόμενη αλληλεγγύως με τον νόμιμο εκπρόσωπό της ως κύριο οφειλέτη. Συνεκτιμώντας τα παραπάνω, το Δικαστήριο κρίνει ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι νομικώς πλημμελής και για τους λόγους αυτούς, που προβάλλονται βάσιμα με την προσφυγή, πρέπει να ακυρωθεί.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προσφυγή, η εξέταση των υπόλοιπων λόγων της οποίας παρέλκει ως αλυσιτελής, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων πρέπει να απαλλαγεί το καθού από τα δικαστικά έξοδα της προσφεύγουσας (άρθρ. 275 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο του Κ.Δ.Δ.). Το καταβληθέν παράβολο πρέπει να αποδοθεί στην προσφεύγουσα (άρθρο 277 παρ. 9 περ. 1 Κ.Δ.Δ.).



ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΕΣ
ΤΟΥ Δ.Σ.Η.



Από τις εκδηλώσεις και τις δραστηριότητες του Συλλόγου

✿ Στις 27 Ιανουαρίου 2006 στην αίθουσα Νίκος Σακλαμπάνης ο Δ.Σ.Η. οργάνωσε ημερίδα με θέμα: «Ζητήματα από το Δίκαιο της Επαγγελματικής μίσθωσης», και ει-
σηγητές τους:

- Πάνο Κορνηλάκη, Καθηγητή Αστικού Δικαίου στο Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, με θέμα «Εκποίηση μισθίου ακινήτου-Εφαρμογή ή μη των Α.Κ. 614 επ. στην επαγγελματική μίσθωση» και

- Γεώργιο Αρχανιωτάκη, Αναπληρωτή Καθηγητή Αστικού Δικαίου στο Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, με θέμα «Λήξη της επαγγελματικής μίσθωσης με τη συμπλήρωση της διάρκειας της, άυλη εμπορική αξία και τετραετής παράταση της μίσθωσης».



Στιγμιότυπο από την ημερίδα που οργάνωσε ο Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου
την 27η Ιανουαρίου 2006 στην αίθουσα “Νίκος Σακλαμπάνης” με θέμα:
«Ζητήματα από το Δίκαιο της Επαγγελματικής μίσθωσης».
Από αριστερά, Πάνος Κορνηλάκης, Βασίλης Λαμπρινός, Γεώργιος Αρχανιωτάκης.

✿ Στις 20 Μαΐου 2006 στην αίθουσα “Νίκος Σακλαμπάνης” οργανώθηκε Ομιλία - Συζήτηση με θέμα: «Ο νέος νόμος για το ξέπλυμα βρώμικου χρήματος και η ποινική ευθύνη των δικηγόρων και των λοιπών υπόχρεων προσώπων» με ομιλητή τον κ. Πολυχρόνη Τσιρίδη, Δ.Ν., δικηγόρο, Αντιπρόεδρο της Ένωσης Ελλήνων Ποινικολόγων.



Στιγμιότυπο από την ομιλία - συζήτηση που οργάνωσε ο Δ.Σ.Η. στην αίθουσα “Νίκος Σακλαμπάνης”, την 20η Μαΐου 2006 με θέμα: «Ο νέος νόμος νόμος για το ξέπλυμα βρώμικου χρήματος και η ποινική ευθύνη των δικηγόρων και των λοιπών υπόχρεων προσώπων».

✿ Στις 27 Μαΐου 2006 στην αίθουσα “Νίκος Σακλαμπάνης” οργανώθηκε Ομιλία - Συζήτηση με θέμα: «Πρόσφατες εξελίξεις στο χώρο ποινικής καταστολής και ατομικές ελευθερίες» και κεντρικό εισηγητή τον Ομότιμο Καθηγητή του Ποινικού Δικαίου στο Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, κ. Ιωάννη Μανωλεδάκη.

Εισηγήσεις έγιναν επίσης από τους:

- Λάμπρο Μαργαρίτη, Καθηγητή του Ποινικού Δικαίου και της Ποινικής Δικονομίας στο Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης με θέμα: «Ενδιάμεση Ποινική Διαδικασία, Εσωτερικός Νομοθέτης - Νομολογία ΕΣΔΑ».

- Γεώργιο Στειανάκη - μέλος του Δ.Σ.Η. με θέμα: «Η αποδεικτική αξιοποίηση από το Δικαστήριο των καταθέσεων της προδικασίας, υπό το πρίσμα των διατάξεων της ΕΣΔΑ».



Στιγμιότυπο από την Ομιλία-Συζήτηση που οργάνωσε ο Δικηγορικός Σύλλογος Ηρακλείου στην αίθουσα “Νίκος Σακλαμπάνης” την 27η Μαΐου 2006 με θέμα
«Πρόσφατες εξελίξεις στο χώρο ποινικής καταστολής και ατομικές ελευθερίες».
Από αριστερά: Λάμπρος Μαργαρίτης, Βασίλης Λαμπρινός, Ιωάννης Μανωλεδάκης, Γεώργιος Στειακάκης.



ΤΟ 8ο ΤΕΥΧΟΣ ΤΟΥ “*Ραδάμανθυ*”
ΤΥΠΩΘΗΚΕ ΤΟΝ ΝΟΕΜΒΡΙΟ ΤΟΥ 2006, ΣΕ 1000 ΑΝΤΙΤΥΠΑ
& ΣΕ ΧΑΡΤΙ GARDARAT 115 gr., ΑΠΟ ΤΙΣ ΓΡΑΦΙΚΕΣ ΤΕΧΝΕΣ
Μ. & Μ. ΠΑΤΕΡΑΚΗΣ Ο. Ε., ΓΙΑ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟ ΤΟΥ
ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΗΡΑΚΛΕΙΟΥ



