

**ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)**

**ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ ΣΕ  
«ΑΜΗΧΑΝΙΑ»  
ΚΛΑΣΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΚΑΙ  
ΝΕΑ ΔΙΔΗΜΜΑΤΑ**

**6ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο Ένωσης Ελλήνων  
Δημοσιολόγων, 12-13 Απριλίου 2019, Πάτρα**

ΕΝΩΣΗ ΕΛΛΗΝΩΝ  
ΔΗΜΟΣΙΟΛΟΓΩΝ  
(ΕΕΔ)  
[www.dimosiodikaio.gr](http://www.dimosiodikaio.gr)

Ηλεκτρονικό  
Επιστημονικό  
Περιοδικό Δημόσιο  
Δίκαιο  
[www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)

ISBN: 978-618-84313-1-7

**ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)**

**Το Δημόσιο Δίκαιο σε «αμηχανία»  
Κλασικά ζητήματα και νέα διλήμματα**

6<sup>ο</sup> Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο Ένωσης  
Ελλήνων Δημοσιολόγων, 12-13 Απριλίου  
2019, Πάτρα

## Περιεχόμενα

### ΠΡΟΛΟΓΟΣ

<b>Δρ. Βασίλης Γ. Τζέμος</b> .....	9
<b>Η «ΩΡΙΜΗ» ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑ</b>	
<b>Βασίλης Γ. Τζέμος</b> , Διδάκτωρ Συνταγματικού και Ευρωπαϊκού Δικαίου (Freiburg), L.L.M (Freiburg), Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Διευθυντής Επιστημονικού Περιοδικού ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ (www.publiclawjournal.com), Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Σύμβουλος ΑΣΕΠ .....	10
<b>ΑΡΜΟΔΙΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΥΣΗ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΠΟΥ ΑΝΑΚΥΠΤΟΥΝ ΣΤΟ ΣΤΑΔΙΟ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ</b>	
<b>Κλεοπάτρα Καλλικάκη</b> , Εφέτης Δ.Δ., Δ.Ν., Μέλος Ε.Ε.Δ. ....	37
<b>ΣΧΕΣΕΙΣ ΚΡΑΤΟΥΣ – ΕΚΚΛΗΣΙΑΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗ</b>	
<b>Γεώργιος Ι. Ανδρουτσόπουλος</b> , Επίκουρος Καθηγητής του Εκκλησιαστικού Δικαίου στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος .....	49
<b>Η ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΣΤΑΣΗ ΤΟΥ ΣΤΕ ΑΠΕΝΑΝΤΙ ΣΤΗΝ ΑΕΠΠ. ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΟΣ ΑΚΤΙΒΙΣΜΟΣ Ή ΦΟΒΟΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΚΑΙΝΟΥΡΓΙΟ;</b>	
<b>Μιχαήλ Χ. Οικονόμου</b> , Δικηγόρος-ΔΝ., Μέλος ΑΕΠΠ .....	54
<b>Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 32 ΠΑΡ. 2, ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ Γ) ΤΟΥ Ν. 4412/2016, ΛΟΓΩ ΚΑΤΕΠΕΙΓΟΥΣΑΣ ΑΝΑΓΚΗΣ ΟΦΕΙΛΟΜΕΝΗΣ ΣΕ ΑΠΡΟΒΛΕΠΤΑ ΓΕΓΟΝΟΤΑ ΚΑΙ Η ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΕΚΤΕΛΟΥΜΕΝΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 132 ΠΑΡ. 1 ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ Γ) ΤΟΥ Ν. 4412/2016, ΛΟΓΩ ΑΠΡΟΒΛΕΠΤΩΝ ΓΕΓΟΝΟΤΩΝ. ΣΗΜΕΙΑ ΣΥΓΚΛΙΣΗΣ ΚΑΙ ΟΥΣΙΩΔΕΙΣ ΔΙΑΦΟΡΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΤΩΝ ΔΥΟ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ</b>	
<b>Μιχάλης Π. Σεραδάκης</b> , Μέλος της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), Υπ. Δ.Ν., Μ.Δ.Ε. στο Εμπορικό Δίκαιο, LL.M in International Business Law .....	69
<b>Η ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΕΜΠΛΟΚΗ ΥΠΟΨΗΦΙΩΝ Ή ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΩΝ ΣΤΙΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΕΠΠ</b>	
<b>Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου</b> , Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου (PARIS II), Δικηγόρος Παρ'Αρείω Πάγω, Μέλος ΑΕΠΠ, Μέλος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) .....	92
<b>ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ΕΛΕΥΘΕΡΟΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΜΕΤΡΑ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ: Η ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΕΕ C-124/17 VOSSLOH LAEIS GmbH</b>	
<b>Γεωργία – Αιμιλία Βούλγαρη</b> , Δικηγόρος, Υπ. Δ.Ν. ....	99
<b>ΤΟ ΆΡΘΡΟ 102 ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΚΑΙ Η ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΙΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΩΝ ΕΛΛΗΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ</b>	
<b>Ευαγγελία Ι. Μιχολίτση</b> , Μέλος Α.Ε.Π.Π. ....	113

**Η ΔΕΟΝΤΟΛΟΓΙΑ ΚΑΙ ΑΚΕΡΑΙΟΤΗΤΑ ΩΣ ΕΡΓΑΛΕΙΑ ΠΡΟΛΗΨΗΣ ΤΗΣ ΑΠΑΤΗΣ ΣΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ**

**Μαρία Στυλιανίδου**, Μέλος Συμβουλίου Ε.Α.Α. ΔΗ.ΣΥ., Σ.Ε. Π. Ε.Α.Π..... 137

**ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ - ΜΕΣΑ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ – ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΑΡΧΗ ΤΟΥ ΥΓΙΟΥΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ**

**Αναστάσιος Βιρβιλιάς**, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, M.Sc. in Banking and Finance Law..... 146

**ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΟΣ ΜΗΧΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΤΗΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΈΝΩΣΗ: ΕΠΙΛΟΓΗ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΟΛΟΚΛΗΡΩΣΗΣ Η ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΡΗΞΗΣ;**

**Δημήτριος Β. Σκιαδάς**, MJur, PhD, Καθηγητής Τμήματος Διεθνών & Ευρωπαϊκών Σπουδών Παν/μιου Μακεδονίας, Έδρα Jean Monnet “Δημοσιονομική Διακυβέρνηση της ΕΕ & Έλεγχος»..... 158

**Η ΕΚΛΟΓΗ ΤΟΥ ΠΡΟΕΔΡΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ: ΜΙΑ ΣΥΜΒΟΛΗ ΣΤΗΝ ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 17, ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΣ 7, ΕΔΑΦΙΟ ΠΡΩΤΟ ΣΕΕ**

**Κωνσταντίνος Μαργαρίτης**, Δ.Ν., LL.M, Διδάσκων Τμήματος Πολιτικής Επιστήμης Πανεπιστημίου Κρήτης, Μέλος ΔΣ Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Δικηγόρος ..... 172

**ΕΘΝΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΚΡΑΤΟΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΔΙΑΚΥΒΕΡΝΗΣΗΣ**

**Στυλιανός Δ. Μαυρίδης**, Κάτοχος Μεταδιδακτορικού Δημοσιονομικού Δικαίου, Ειδικός Επιστήμονας Νομικής Σχολής, Αντιπρόεδρος ΔΣΘ..... 185

**Η ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΟΥ ΟΡΟΥ «ΧΡΟΝΟΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ» ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ Δ.Ε.Ε. ΚΑΙ Η ΠΡΑΚΤΙΚΗ ΤΗΣ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΣΤΗΝ ΕΓΧΩΡΙΑ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑ**

**Γιώργος Τσαούσης**, Δ.Ν., Δικηγόρος, Λέκτορας Δημοσίου Δικαίου Πανεπιστημίου Λευκωσίας ..... 196

**ΚΡΑΤΟΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΚΑΙ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΕΥΤΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ: ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟΥ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ**

**Χαράλαμπος Κουρουνδής**, Διδάκτορας Νομικής ΑΠΘ, Διδάσκων ΕΑΠ, δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω..... 207

**ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΗΣ ΚΑΛΗΣ ΝΟΜΟΘΕΤΗΣΗΣ ΣΤΗ ΝΟΜΟΠΑΡΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ**

**Ελένη Χ. Μπήνα**, Δικηγόρος, Υποψήφια Διδάκτωρ Νομικής Α.Π.Θ., ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης, Διαπιστευμένη Διαμεσολαβήτρια του Υπουργείου Δικαιοσύνης..... 216

**Η ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΤΗΣ ΕΚΦΡΑΣΗΣ ΥΠΟ ΤΟ ΧΑΡΤΗ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ: ΠΡΟΚΛΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΟΠΤΙΚΕΣ ΣΤΟ ΣΥΓΧΡΟΝΟ ΔΙΑΔΙΚΤΥΑΚΟ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝ**

**Αντωνία - Ευαγγελία Χριστοπούλου**, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ, Ασκ. Δικηγόρος ..... 229

**ΦΟΡΟΣ ΠΡΟΣΤΙΘΕΜΕΝΗΣ ΑΞΙΑΣ ΣΕ ΑΝΕΙΣΠΡΑΚΤΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ, ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2006/112/ΕΚ**

Κωνσταντίνος Κρεμμύδας, Δικηγόρος, Γ.Γ Δ.Σ Πατρών.....	243
<b>Ο ΒΑΘΜΟΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΚΑΙ ΤΟ ΒΑΡΟΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΣΤΙΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ ΜΕ ΒΑΣΗ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ</b>	
Ελένη Βελετσάνου, Δικαστική Πληρεξούσια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, LLM Ευρωπαϊκού Δικαίου, ΜΔΕ Διεθνούς Δικαίου.....	252
<b>ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΤΩΝ ΤΡΑΠΕΖΩΝ</b>	
Νίκος Παπαχρήστος, Δ.Ν. – Δικηγόρος.....	261
<b>Ο ΔΙΕΘΝΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΣΤΗΝ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΤΩΝ ΨΗΦΙΑΚΩΝ ΝΟΜΙΣΜΑΤΩΝ. ΟΙ ΣΥΓΧΡΟΝΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟ ΕΝΩΣΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ Η ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΟΥ ΟΟΣΑ</b>	
Γρηγόρης Μ. Μιχαηλίδης, Λέκτορας Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Λευκωσίας, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Κοινοτικός δικηγόρος Κύπρου, Εκτελεστικός Διευθυντής THELXIS FUND.....	270
<b>ΤΕΛΟΣ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ ΕΠΙ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΔΑΝΕΙΟΥ</b>	
Νικόλαος Ε. Χρηστάκης, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου .....	288
<b>ΟΡΥΚΤΟΣ ΠΛΟΥΤΟΣ: ΜΙΑ ΑΝΘΡΩΠΟΚΕΝΤΡΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ</b>	
Κωνσταντίνα Νασοπούλου, Πάρεδρος ΝΣΚ.....	297
<b>ΟΙ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΠΕΡΙ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗ ΔΟΜΗΣΗΣ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΤΙΚΟΥ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ</b>	
Κατερίνα Παπαδοπούλου, Δικηγόρος ΔΝ, μέλος ΣΕΠ ΕΑΠ.....	314
<b>Η προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος εν γενει και ειδικότερα στο πηλιο. ο περιορισμός δομησης συγκροτημάτων κατοικιών και η ανέγερση ιδιωτικού παραδοσιακού κτιρίου με δαπάνη του δημοσίου</b>	
Χρήστος Φώτου, Δικηγόρος Σ.Ε. και Αρείου Πάγου, Δικηγόρος Περιφέρειας Θεσσαλίας.....	320
<b>ΔΑΣΙΚΟΙ ΧΑΡΤΕΣ: Ο ΡΟΛΟΣ ΤΟΥΣ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΤΗΣ ΚΤΗΜΑΤΟΓΡΑΦΗΣΗΣ ΚΑΙ Η ΘΕΣΗ ΤΟΥΣ ΣΤΗ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ</b>	
Αθηνά Ε. Σχινά, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Αθηνών, ΜΔΕ Φορολογικού Δικαίου Νομικής Σχολής Αθηνών .....	330
<b>Η ΤΕΧΝΙΚΗ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΑΒΟΥΛΕΥΣΗΣ ΩΣ ΕΡΓΑΛΕΙΟ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ (Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΟΥ ΚΛΕΙΣΘΕΝΗ Ι)</b>	
Δρ. Αναστάσιος Αναστασίου, Σώμα Επιθεωρητών - Ελεγκτών Δημόσιας Διοίκησης .....	341
Msc. Σωτηρία Χριστοπούλου, Υπουργείο Μεταναστευτικής Πολιτικής.....	341
<b>ΚΡΙΤΙΚΗ ΠΑΡΟΥΣΙΑΣΗ ΤΩΝ ΒΑΣΙΚΩΝ ΣΗΜΕΙΩΝ ΤΗΣ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΗΣ ΤΟΥ Ν. 4555/2018 «ΚΛΕΙΣΘΕΝΗΣ Ι» ΣΤΗΝ ΤΟΠΙΚΗ ΑΥΤΟΔΙΟΙΚΗΣΗ</b>	
Θεοδώρα-Βιργινία Ντάλλη, Δικηγόρος, Υπ. Δ.Ν. ....	352
<b>Η ΕΠΑΡΚΕΙΑ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΞΕΩΝ ΩΣ ΟΡΙΟ ΓΙΑ ΤΗ ΜΕΙΩΣΗ ΤΟΥΣ</b>	

<b>Στέφανος Πετροπουλάκος</b> , Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ, Υποψήφιος Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Πολιτικής Ανάλυσης και Πολιτικής Θεωρίας .....	364
<b>Η ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΣΤΑΣΗ ΤΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΠΕΡΙΚΟΠΕΣ ΣΕ ΜΙΣΘΟΥΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 4093/2012</b>	
<b>Κατερίνα Γ. Τσιροβασίλη</b> , Δικηγόρος, ΜΔΕ Υπ. Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ .....	373
<b>Η ΛΙΤΟΤΗΤΑ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΕ: ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΡΝΗΣΗ ΣΤΗΝ ΑΠΟΔΟΧΗ ΚΑΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΠΟΔΟΧΗ ΣΤΟ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟ ΕΛΕΓΧΟ ΔΥΟ ΤΑΧΥΤΗΤΩΝ</b>	
<b>Σαράντης - Μιχαήλ Νιώτης</b> , Ασκούμενος Δικηγόρος ΔΣ Πατρών, LL.M in European Public Law and Governance στο Πανεπιστήμιο του Maastricht .....	383
<b>ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΣΤΑ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΓΓΡΑΦΑ ΚΑΙ GDPR: ΟΙ ΓΕΝΙΚΟΛΟΓΕΣ ΠΡΟΒΛΕΨΕΙΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 86 ΚΑΙ ΤΑ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΑ ΠΟΥ ΓΕΝΝΑ</b>	
<b>Μαρία Γερογιάννη</b> , Υπεύθυνη Προστασίας Δεδομένων του Δήμου Χαλκιδέων, Δικηγόρος (Δικηγορικός Σύλλογος Χαλκίδας), ΜΠΣ του Τομέα Ιστορίας και Θεωρίας του Δικαίου, Νομικής Σχολής Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών .....	398
<b>GDPR ΚΑΙ ΤΟΥΡΙΣΜΟΣ, ΑΛΛΗ ΜΙΑ ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ Η ΜΙΑ ΕΥΚΑΙΡΙΑ;</b>	
<b>Αναστασία Παύλου</b> , LL.M Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος.....	410
<b>Η ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΕΠΙΤΑΓΩΝ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 16 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΜΕ ΑΦΟΡΜΗ ΤΗ ΣΥΖΗΤΗΣΗ ΓΙΑ ΤΑ ΙΔΙΩΤΙΚΑ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑ. ΤΕΛΕΥΤΑΙΕΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΤΑΣΕΙΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 16</b>	
<b>Θεοδώρα Σκουτέρη</b> , Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω, Μεταπτυχιακό Δίπλωμα Ειδίκευσης στο Δημόσιο Δίκαιο – Δημόσια Πολιτική ΕΚΠΑ.....	418
<b>ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΘΡΗΣΚΕΥΤΙΚΗΣ ΟΥΔΕΤΕΡΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ ΕΝ ΟΨΕΙ ΤΗΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΕΩΣ</b>	
<b>Νικόλαος Κ. Παπαδόπουλος</b> , Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Διδάκτωρ Νομικής Εθνικού & Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών .....	436
<b>ΠΤΥΧΕΣ ΑΠΟ ΤΟ ΕΝΩΣΙΑΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΠΕΡΙΓΡΑΜΜΑ ΑΝΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΩΝ ΣΧΕΣΕΩΝ ΕΚΚΛΗΣΙΑΣ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΕΙΑΣ</b>	
<b>Ιωάννης Ε. Καστανάς</b> , Δ.Ν., Επιστημονικός συνεργάτης Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Λευκωσίας, Δικηγόρος.....	444
<b>ΑΡΘΡΟ 3 ΠΑΡ. 1 Σ: ΕΚΚΛΗΣΙΑ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΑ ΣΦΑΙΡΑ</b>	
<b>Μαρία-Ωραιοζήλη Κουτσουπιά</b> , Δικηγόρος, ΥΔ Δημοσίου Δικαίου ΕΚΠΑ .....	452
<b>Ελένη Μ. Παλιούρα</b> , Δικηγόρος, ΜΔΕ Εκκλησιαστικού Δικαίου ΕΚΠΑ .....	452
<b>Η ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΝΕΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 5 ΠΑΡ. 2 Κ.Δ.Δ. ΑΠΟ ΤΟ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗ, ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΟΥ ΝΕ BIS IN IDEM ΚΑΙ ΤΟΥ ΤΕΚΜΗΡΙΟΥ ΑΘΩΟΤΗΤΑΣ</b>	
<b>Χριστιάνα Κ. Κουκουρίκη</b> , Πάρεδρος Δ.Δ., Μ.Δ.Ε. Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης, Μ.Δ.Ε. Εμπορικού και Οικονομικού Δικαίου .....	463

**ΠΑΘΟΓΕΝΕΙΕΣ ΚΑΙ ΔΥΣΛΕΙΤΟΥΡΓΙΕΣ ΣΤΗΝ ΑΠΟΝΟΜΗ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ:  
Η ΣΧΕΤΙΚΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΕΔΔΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 6 ΠΑΡ. 1 ΤΗΣ  
ΕΣΔΑ**

**Χαρίκλεια Κ. Αθανασπούλου**, Δ.Ν., Δικηγόρος, Ειδική Επιστήμονας στο Συνήγορο  
του Πολίτη..... 478

**Η ΠΡΟΣΩΡΙΝΗ ΕΠΙΔΙΚΑΣΗ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΣ ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΚΔΔ**

**Κωνσταντίνος Καλονόμος**, Δικηγόρος, LL.M. Heidelberg ..... 494

**Η ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΙΑΤΡΙΚΟ ΣΦΑΛΜΑ ΤΩΝ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ ΤΟΥ Ε.Σ.Υ. ΚΑΙ ΤΩΝ  
ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ ΙΔΡΥΜΑΤΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ: ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ**

**Σεβαστή – Μαρία Καρακώστα**, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου ..... 504





# ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Το 6ο ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), με πρόσκληση υποβολής papers, πραγματοποιήθηκε με μεγάλη επιτυχία και με την συμμετοχή άνω των 450 Συνέδρων την Παρασκευή 12 και το Σάββατο 13 Απριλίου 2019 σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Πατρών (ΔΣΠ) στις φιλόξενες εγκαταστάσεις του ΔΣΠ στην Πάτρα.

Καθοριστική για την επιτυχία του Συνεδρίου ήταν η πάρα πολύ δημιουργική και δυναμική συμβολή του Προέδρου του Δικηγορικού Συλλόγου Πατρών (ΔΣΠ) κ. Θάνου Ζούπα, τον οποίο ευχαριστώ για άλλη μια φορά από καρδιάς, αλλά και όλων των Μελών της Επιστημονικής και της Οργανωτικής Επιτροπής.

Θέλω να ευχαριστήσω θερμά τους κ.κ. Γιάννη Βαμβακούλα, Κωστή Μαργαρίτη και Ελένη Παλιούρα για τη συνεργασία στη μορφοποίηση αυτού του Ebook που περιλαμβάνει 42 μελέτες. Ευχόμαστε καλή ανάγνωση.

Αθήνα, Μάιος 2020  
Με ιδιαίτερη εκτίμηση,

Δρ. Βασίλης Γ. Τζέμος

Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ, [www.dimosiodikaio.gr](http://www.dimosiodikaio.gr)) -  
Διευθυντής του ηλεκτρονικού free access Επιστημονικού Περιοδικού «ΔΗΜΟΣΙΟ  
ΔΙΚΑΙΟ» ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), Σύμβουλος ΑΣΕΠ

## Η «ΩΡΙΜΗ» ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑ

Η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου και του Δικαίου της ΕΕ που δεν περιλαμβάνει την αναλογικότητα σε στενή έννοια<sup>1</sup>

**Βασίλης Γ. Τζέμος**, Διδάκτωρ Συνταγματικού και Ευρωπαϊκού Δικαίου (Freiburg), LL.M (Freiburg), Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Διευθυντής Επιστημονικού Περιοδικού ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Σύμβουλος ΑΣΕΠ

### 1. Εισαγωγή

Κοινή συνισταμένη σε όλα τα σημαντικά θέματα της σύγχρονης εποχής των (νέων) κινδύνων, της πληροφορίας και της παγκοσμιοποίησης είναι α) η οικονομική τους διάσταση, β) η πολιτική τους αντιμετώπιση και γ) η νομική τους ρύθμιση. Στο κλασικό τρίγωνο οικονομία, πολιτική, δίκαιο που καλείται να συνδιαμορφώσει και να ρυθμίσει τη νέα εποχή, μία αρχή παίζει επιτελικό ρόλο, λειτουργεί ως διαιτητής<sup>2</sup>. Η αρχή της αναλογικότητας<sup>3</sup>.

Η σύγχρονη δημοκρατική πολιτεία δικαίου, εθνική, ευρωπαϊκή και διεθνής, έχει εξουσίες που είναι λειτουργίες για την προστασία των ανθρωπίνων

---

<sup>1</sup> Η μελέτη αποτελεί επικαιροποιημένη εκδοχή (με παραδείγματα και από την περίοδο της υγειονομικής πανδημίας) του άρθρου που δημοσιεύτηκε στο Περιοδικό Δικητική Δίκη, Τεύχος 2/2019, σ. 200επ.

<sup>2</sup> Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, Modern legal battles and their referee: Principle of proportionality, Third International Conference on e-Democracy, Next Generation Society: Technological and Legal Issues, 2010, σ. 54επ.

<sup>3</sup> Για την αρχή της αναλογικότητας βλ. ενδεικτικά Α. Γέροντας, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο, Το Σ 1983, σ. 20επ., ο ίδιος, Η συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της αναλογικότητας, ΔτΑ 2007, σ. 419επ., ο ίδιος, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ., Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο, 1989, Γ. Gerapetritis, Proportionality in administrative law, 1997, Σ. Ορφανουδάκης, Η αρχή της αναλογικότητας, 2003, S. Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, International Journal of Constitutional Law 2009, σ. 468επ., Κ. Χρυσόγονος, Σ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2017, σ. 126επ., Σ. Βλαχόπουλος (Επιμ.), Θεμελιώδη Δικαιώματα, 2017, σ. 25επ., Χ. Ανθόπουλος, Άρθρο 25, σε: Φ. Σπυρόπουλος, Ξ. Κοντιάδης, Χ. Ανθόπουλος, Γ. Γεραπετρίτης (Επιμ.), Σύνταγμα. Κατ'άρθρον Ερμηνεία, 2017, σ. 700επ., Π. Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, 2010, σ. 210επ., H. Jarass, B. Pieroth, GG, Kommentar, 2011, σ. 522επ., V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004. Βλ. επίσης τις μελέτες στους δύο τόμους εκτός σειράς του περιοδικού Δικαιώματα του Ανθρώπου (2005,2006) με τίτλο Κράτος Δικαίου και αρχή της Αναλογικότητας.

δικαιωμάτων<sup>4</sup>. Δεν βρισκόμαστε στην εποχή του απολυταρχικού κράτους που πρώτα οργανώνει τις εξουσίες του και μετά, δευτερευόντως ενδιαφέρεται για τους υπηκόους, διοικούμενούς του. Το δημοκρατικό, φιλελεύθερο, κοινωνικό κράτος δικαίου οργανώνει και λειτουργεί κρατικές αρμοδιότητες με στόχο και πρακτικό προσανατολισμό την κατοχύρωση των δικαιωμάτων των πολιτών του. Την πρωτοκαθεδρία στην πολιτειακή οργάνωση και λειτουργία, την *ratio* αλλά και τον συνεχή στόχο της, θέτουν τα θεμελιώδη δικαιώματα<sup>5</sup>. Ταυτόχρονα το κράτος<sup>6</sup> έχει συναίσθηση του ότι εγκυμονούνται κίνδυνοι για τα δικαιώματα των πολιτών όχι μόνο από το ίδιο και τις εξουσίες του, αλλά και από φυσικά φαινόμενα και από τις ιδιωτικές εξουσίες, όπως εν τέλει και από τους απλούς πολίτες. Οι πολίτες είναι δυνάμει θύματα αλλά και θύτες. Οπότε το κράτος πρέπει να οργανώνει και να λειτουργεί τις υπηρεσίες του έτσι ώστε να προστατεύονται τα δικαιώματα των πολιτών και μέσα σε αυτό το σύνθετο πλαίσιο δημοσίων, ιδιωτικών και φυσικών κινδύνων. Συμπέρασμα: Το κράτος αλλά και κάθε σύγχρονη διεθνής μορφή πολιτειακής οργάνωσης υπάρχει, συγκροτείται, οργανώνεται και λειτουργεί για να προστατεύει πραγματικά και αποτελεσματικά τα θεμελιώδη δικαιώματα.

Η πραγματική και αποτελεσματική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν είναι όμως εύκολο ζητούμενο. Δεν δύνανται να την υλοποιούν μηχανικά, απρόσκοπτα ακόμα και οι πιο καλοπροαίρετες, καλά οργανωμένες και ικανές μορφές πολιτειακής εξουσίας-λειτουργίας. Τα θεμελιώδη δικαιώματα συγκρούονται μεταξύ τους στην πράξη. Αυτό είναι αναπόφευκτο. Μπορεί να δυστοκούσε να το αποδεχτεί ο ρομαντικός κλασικός φιλελευθερισμός, αλλά αυτή είναι η σημαντικότερη αν και η πιο πικρή αλήθεια στη σύγχρονη γενική

---

<sup>4</sup> Βλ. αναλυτικά, Β. Τζέμος, Οργανωτικό Διοικητικό Δίκαιο, 2013, σ. 5επ., ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ'άρθρον ερμηνεία., 2019, Εισαγωγή, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 211επ (212επ.).

<sup>5</sup> Για τα θεμελιώδη δικαιώματα βλ. ενδεικτικά Κ. Χρυσόγονος, Σ. Βλαχόπουλος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2017, Σ. Βλαχόπουλος (Επιμ.), Θεμελιώδη Δικαιώματα, 2017, Φ. Σπυρόπουλος, Εισαγωγή στο Συνταγματικό Δίκαιο Π. Θεμελιώδη Δικαιώματα. Γενικό Μέρος, 2012, Π. Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, 2012, Τ. Ηλιοπούλου-Στράγγα, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων, 2018, Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, 2006, Δ. Τσάτσος, Συνταγματικό δίκαιο, τ. Γ', Θεμελιώδη Δικαιώματα, 1988, Α. Μάνεσης, Ατομικές Ελευθερίες, 1982, Β. Τζέμος (Επιμ.), ΧΘΔΕΕ. Ερμηνεία κατ'άρθρον, 2019, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 211επ., Κ. Μαργαρίτης, Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην ΕΕ και η Συνθήκη της Λισαβόνας, 2016, Π. Παραράς, Res Publica II, Δικαιώματα του ανθρώπου. Η ευρωπαϊκή διάσταση, 2015, Σ. Κουκούλη - Σπηλιωτοπούλου, Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΔτΑ, 2001, σ. 203 επ., S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, 2014, H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2013, C. Calliess, M. Ruffert (Επιμ.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der EU mit Europäischer Grundrechtecharta, 2011, Β. Τζέμος (Επιμ.), Θεμελιώδη δικαιώματα και θεσμοί στην εποχή της κρίσης, Βιβλίο Πρακτικών 1ου Ετήσιου Συνεδρίου Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, 2015, προσβάσιμο σε: [www.dimosiodikaio.gr](http://www.dimosiodikaio.gr), Β. Tzemos, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: La belle au bois dormant, blogdroiteuropeen, <https://blogdroiteuropeen.com/2017/09/21/la-charte-des-droits-fondamentaux-delunion-europeenne-la-belle-au-bois-dormant-par-basile-g-tzemos/>, Λ. Σισιλιάνος (Επιμ.), ΕΣΔΑ. Ερμηνεία κατ'άρθρον, 2017.

<sup>6</sup> Όπως και κάθε διεθνής μορφή πολιτειακής οργάνωσης.

θεωρία και πράξη των θεμελιωδών δικαιωμάτων<sup>7</sup>. Κι αφού τα θεμελιώδη δικαιώματα νομοτελειακά συγκρούονται, χρειάζεται και μία μέθοδος για την επίλυση αυτών των συγκεκριμένων συγκρούσεων. Μια μέθοδος, ένα διαιτητικό εργαλείο, που θα πρέπει να χρησιμοποιούν, σύμφωνα με την θεσμική φυσιογνωμία τους και με τις αρμοδιότητές τους, ο νομοθέτης, η εκτελεστική λειτουργία και ο δικαστής. Αυτή είναι η αρχή της αναλογικότητας<sup>8</sup>.

Η αρχή της αναλογικότητας, όπως θα καταδειχθεί παρακάτω, έχει πολλά, διαφορετικά πρόσωπα<sup>9</sup>. Το παρόν άρθρο σκοπεύει στην επεξεργασία και στην πρόταση ενός ενιαίου μοντέλου (τεστ) αναλογικότητας που πρώτον να συναρμόζεται τόσο με την ρύθμιση περί αναλογικότητας του ελληνικού Συντάγματος<sup>10</sup> όσο και με την ρύθμιση περί αναλογικότητας του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ<sup>11</sup>. Σκοπεύει δεύτερον να προτείνει έναν πραγματιστικό-μινιμαλιστικό ιδεότυπο αναλογικότητας που να μην καθιστά την αναλογικότητα μια αρχή πορθητή της αρχιτεκτονικής της πολιτειακής οργάνωσης των κοινωνιών που αρθρώνεται πάνω στο τετράπτυχο: 1) δημοκρατία, 2) φιλελευθερισμός (προστασία των θεμελιωδών ελευθεριών), 3) δικαιοκρατία (τήρηση των νόμων, checks and balances, ασφάλεια δικαίου), 4) κοινωνική προστασία<sup>12</sup> (θεμελιώδη κοινωνικά δικαιώματα, αρχή της αλληλεγγύης, απαγόρευση διακρίσεων, εντατική προστασία ευάλωτων ατόμων). Το προτεινόμενο ανάπτυγμα αναλογικότητας εδράζεται στην θεώρηση της αναλογικότητας ως μιας αρχής που 1) δημοκρατικά εισήχθη στο θεσμικό

---

<sup>7</sup> Β. Τζέμος (Επιμ.), ΧΘΔΕΕ. Ερμηνεία κατ'άρθρον, 2019, Εισαγωγή, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 211επ. (213επ.),

<sup>8</sup> Όπως έχει επισημανθεί σε άλλο σημείο (Β. Τζέμος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 211επ (213-214.) είναι αναγκαία η ανάπτυξη συγκεκριμένων νομικών κανόνων επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Στο κρίσιμο σημείο αυτό η αρχή της αναλογικότητας υπό τις διάφορες εκδοχές της, διαδραματίζει ρυθμιστικό ρόλο. Γενικότερα επί συγκρούσεως δικαιωμάτων δεν έχει πρακτική σημασία αν η αρχή επίλυσε συγκρούσεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων θα ονομάζεται Proportionality (Verhältnismäßigkeit Proportionalité, αναλογικότητα), Übermaßverbot (απαγόρευση της υπερβολής), Wesensgehaltgarantie (εγγύηση του πυρήνα), Untermaßverbot (υποχρέωση minimum προστασίας), Weight Formula (Abwägungsnorm κανόνας σταθμίσεων). Διαπιστώνεται ότι συχνά χρησιμοποιούνται διαφορετικά ονόματα για την ίδια μέθοδο επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων και άλλες φορές υπό την ίδια ονομασία (π.χ. αναλογικότητα) στεγάζονται διαφορετικές μέθοδοι επίλυσης. Καίριο είναι ποια θα είναι η δομή της θεσμικά προκρινόμενης μεθόδου επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Αυτό είναι σημαντικό για το εθνικό και το συγκριτικό δημόσιο δίκαιο, για την ΕΣΔΑ και για το Δίκαιο της ΕΕ. Και είναι ιδιαίτερα κρίσιμο αυτό για τις επιλύσεις συγκρούσεων στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο κατά την άσκηση των ευρωπαϊκών πολιτικών, όπου δεν συγκρούονται μόνο θεμελιώδη δικαιώματα μεταξύ τους αλλά και θεμελιώδη δικαιώματα με οικονομικές ελευθερίες.

<sup>9</sup> Βλ. ιδίως παράγραφο 3. Βλ. και Γ. Γεραπετρίτης, Πρόσωπα και προσωπεία του ελέγχου αναλογικότητας, Σχόλιο με αφορμή την ΣΕ (Ολομ.) 990/2004, ΔτΑ 2006, II, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 269επ.

<sup>10</sup> Παρακάτω παράγραφος 6.

<sup>11</sup> Παρακάτω παράγραφος 7.

<sup>12</sup> Βλ. Β. Τζέμος, Η δεσμευτικότητα και η αγωγιμότητα των κοινωνικών δικαιωμάτων ΝοΒ 2012, σ. 32επ.

πολιτειακό κατεστημένο<sup>13</sup>, 2) επιχειρεί να διευθετήσει τους νομικούς «εμφυλίους πολέμους»<sup>14</sup> εντός του φιλελευθερισμού, 3) είναι κατεξοχήν μορφή πρακτικής δικαιοκρατίας και 4) αναπτύσσει δειλά αλλά σταθερά επενέργεια και στα κοινωνικά προτάγματα<sup>15</sup> των σύγχρονων πολιτειών.

## 2. Ιστορικές καταβολές και γενικευμένη εφαρμογή

Η αρχή της αναλογικότητας βρίσκει τις καταβολές της στην αρχαία ελληνική σκέψη στην αρχή της «μεσότητος». Μέτρον άριστον<sup>16</sup>, όλα πρέπει να γίνονται με μέτρο, αναλογία, στην θετική της διατύπωση. Μηδέν άγαν<sup>17</sup>, τίποτα με υπερβολή, δυσαναλογία, στην αρνητική της εκφορά. Η ιδέα της αναλογίας είναι παρούσα και στο ρωμαϊκό δίκαιο. Στην σύγχρονη ιστορία προέρχεται από το πρωσικό δίκαιο της δημόσιας τάξης με την ρήση «δεν επιτρέπεται να κυνηγάμε τα σπουργίτια με κανόνια».

Η αρχή της αναλογικότητας είναι βασικός πρωταγωνιστής στην σύγχρονη θεωρία και πράξη του δημοσίου δικαίου αλλά και του δικαίου γενικότερα, εθνικού, ευρωπαϊκού, διεθνούς. Έχει τύχει ενδελεχούς επεξεργασίας τόσο σε επίπεδο γενικής θεωρίας και δόγματος όσο και στα πλαίσια νομολογιακών εφαρμογών σε πολυάριθμους<sup>18</sup> κλάδους του δικαίου. Ως διττό ηθικοπολιτικό θεμέλιο, ως ratio της αρχής της αναλογικότητας ομόφωνα εύστοχα προβάλλονται η αρχή του κράτους δικαίου και τα θεμελιώδη δικαιώματα. Όπως και τα θεμελιώδη δικαιώματα, από την φύση και την συλλειτουργία<sup>19</sup> των οποίων άλλωστε αναπτύχθηκε, έτσι και η αρχή της αναλογικότητας έχει εξελιχθεί σε διεθνές νομικό αγαθό. Είναι ένας μαγνήτης που έλκει όλες τις hard cases (δύσκολες περιπτώσεις) νομικής επίλυσης συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Στα πλαίσια της παρούσας μελέτης ερευνάται η αρχή της αναλογικότητας στην βασική «συνταγματική» της λειτουργία: Ως κανόνας α) του ελληνικού Συνταγματικού Δικαίου<sup>20</sup> και β) του Δικαίου της ΕΕ<sup>21</sup> που ελέγχει νομικά τους περιορισμούς των θεμελιωδών δικαιωμάτων<sup>22</sup>. Θα εξεταστεί, με άλλα λόγια, η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως

<sup>13</sup> Π.χ. στο άρθρο 25 παρ. 1 του Ελληνικού Συντάγματος με την συνταγματική αναθεώρηση του 2001 και στο άρθρο 52 του ΧΘΔΕΕ με την ένταξη του ΧΘΔΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο από τα τέλη του 2009.

<sup>14</sup> Δηλαδή τις αναπόφευκτες συγκρούσεις θεμελιωδών δικαιωμάτων.

<sup>15</sup> Βλ. ενδεικτικά Γ. Κατρούγκαλος, αρχή της αναλογικότητας και κοινωνικά δικαιώματα, ΔτΑ 2006, Π, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 141επ.

<sup>16</sup> Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004. σ. 1επ. με περαιτέρω παραπομπές

<sup>17</sup> Βλ. V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004. σ. 1επ. με περαιτέρω παραπομπές

<sup>18</sup> Αν όχι σε όλους του κλάδους του δικαίου.

<sup>19</sup> Από την συρροή και την σύγκρουσή τους στην πράξη, όπως περιγράφηκε στην εισαγωγική παράγραφο.

<sup>20</sup> Άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος. Βλ. παρακάτω παράγραφο 6.

<sup>21</sup> Άρθρο 52 παρ. 1 του ΧΘΔΕΕ. Βλ. παρακάτω παράγραφο 7.

<sup>22</sup> Ως «περιορισμού των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων», όπως είναι η συνήθως χρησιμοποιούμενη ορολογία.

κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου και του Δικαίου της ΕΕ. Θα διαπιστωθεί ότι αυτός ο κανόνας μπορεί να εφαρμόζεται ενιαία, και θα επιχειρηθεί να ακτινογραφηθεί ένα ενιαίο μοτίβο αναλογικότητας που α) δεν θα περιλαμβάνει την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια και β) θα διακρίνει περιπτώσεις ως προς την εφαρμογή του τελικού υποκανόνα της αναγκαιότητας.

### **3. Οι αρχές της αναλογικότητας δικαιοσυγκριτικά στα υπερνομοθετικής ισχύος κείμενα**

Η αρχή της αναλογικότητας έχει πολλά πρόσωπα. Το ότι δεν υπάρχει μία ενιαία αρχή της αναλογικότητας αλλά διαφορετικές παράλληλα ισχύουσες αρχές της αναλογικότητας αποδεικνύεται σε ένα πρώτο επίπεδο από τις αποκλίσεις στην θετική κατοχύρωση της αναλογικότητας που χαρακτηρίζουν τα εθνικά συνταγματικά κείμενα, το Ευρωπαϊκό Δίκαιο και το Διεθνές Δίκαιο.

Στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου<sup>23</sup> η αρχή της αναλογικότητας δεν θεσπίζεται ως γενικός περιορισμός των περιορισμών των κατοχυρωνόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Συγκεκριμένες εκφάνσεις της θεσπίζονται ως ειδικοί περιορισμοί των περιορισμών στα επιμέρους άρθρα που προστατεύουν ανθρώπινα δικαιώματα. Το βασικό μοτίβο αναλογικότητας στα άρθρα 8-11 της ΕΣΔΑ είναι η επιταγή της αναγκαιότητας σε μια δημοκρατική κοινωνία για την προστασία αποκλειστικά απειλούμενων δημοσίων συμφερόντων και άλλων (από το περιοριζόμενο) ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Μεγάλη πρακτική σημασία αναπτύσσει στα πλαίσια του θεμελιώδους δικαιώματος της ιδιοκτησίας. Εκεί η ιδέα της αναλογικότητας θετικοποιείται ως δίκαιη ισορροπία<sup>24</sup>.

Στον Χάρτη των θεμελιωδών δικαιωμάτων θεσπίζεται αντίθετα η αρχή της αναλογικότητας ως γενικός περιορισμός των περιορισμών όλων των προστατευόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων<sup>25</sup>. Στη ΣυνΘΕΕ θεσπίζεται στο άρθρο 5 παρ. 4 ως γενική «συνταγματική αρχή», δίδυμη και συλλειτουργούσα με την αρχή της επικουρικότητας.

Στο Ελληνικό Σύνταγμα, στο άρθρο 25 παρ. 1, επίσης θεσπίζεται ως γενικός περιορισμός των περιορισμών των θεμελιωδών συνταγματικών δικαιωμάτων<sup>26</sup>.

Στο γερμανικό Σύνταγμα δεν κατοχυρώνεται ρητά και συγκεκριμένα. Πάντως συνάγεται από τη συνταγματική θεωρία<sup>27</sup> και την νομολογία<sup>28</sup>, ως συνταγματική

---

<sup>23</sup> Βλ. ενδεικτικά άρθρο 8 (ιδιωτική και οικογενειακή ζωή) παρ. 2 της ΕΣΔΑ: «Δεν επιτρέπεται να υπάρξει επέμβαση δημοσίας αρχής εν τη ασκήσει του δικαιώματος τούτου, εκτός εάν η επέμβαση αυτή προβλέπεται υπό τον νόμο και αποτελεί μέτρον το οποίον, εις μίαν δημοκρατικήν κοινωνίαν, είναι αναγκαίον δια την εθνικήν ασφάλειαν, την δημοσίαν ασφάλειαν, την οικονομικήν ευημερίαν της χώρας, την προάσπισιν της τάξεως και την πρόληψιν ποινικών παραβάσεων, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής, ή την προστασίαν των δικαιωμάτων και ελευθεριών άλλων.»

<sup>24</sup> Άρθρο 1 του πρώτου προσθέτου πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

<sup>25</sup> Βλ. παράγραφο 7.

<sup>26</sup> Βλ. παράγραφο 6.

αρχή εμμέσως πλην αναμφιβόλως θεσπιζόμενη στο Σύνταγμα, συνεχόμενη με το κράτος δικαίου, την ουσία και το σύστημα των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Άλλωστε σε μεγάλο βαθμό είναι η γερμανική δημοσιολογική θεωρία και η νομολογία του Ανωτάτου Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου που συνέβαλαν στην διάπλαση και εμπέδωση της αρχής της αναλογικότητας.

Στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο<sup>29</sup> επίσης δεν κατοχυρώνεται ρητά και θετικά ως γενική συνταγματική αρχή. Υποεκφράσεις όμως και εκδοχές-τεστ αναλογικότητας εμφανίζονται στις αποφάσεις των γαλλικών διοικητικών δικαστηρίων και του συνταγματικού συμβουλίου. Κλιμακούμενα τεστ «αναλογικότητας» διέπουν και το αγγλικό<sup>30</sup>, το αμερικανικό<sup>31</sup> και το ιταλικό<sup>32</sup> δημόσιο δίκαιο, παρά τις σημαντικές διαφορές στην φυσιογνωμία τους.

Κοντολογίς η αρχή της αναλογικότητας δεν θεσπίζεται ρητά σε όλα τα υπερνομοθετικής ισχύος νομικά κείμενα. Και σε αυτά που δεν κατοχυρώνεται ρητά γίνεται πάντως δεκτή ως συνταγματική αρχή. Αλλού θεσπίζεται ρητά και ονομαστικά, χωρίς περαιτέρω νομοθετικές εξειδικεύσεις ως προς το περιεχόμενο της, την μεθοδολογία ή την λειτουργία της, αλλού κατοχυρώνεται ένα συγκεκριμένο «προσωπείο» της αναλογικότητας. Περαιτέρω τίθεται άλλοτε ως γενικός περιορισμός των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων και άλλοτε ως ειδικός περιορισμός των περιορισμών συγκεκριμένου δικαιώματος. Τέλος διάσταση διαπιστώνεται και στο ζήτημα της εφαρμογής της αναλογικότητας ως αρχής εφαρμοζόμενης μόνο στα θεμελιώδη δικαιώματα ή ως αρχής που εκδιπλώνει την εξισορροπητική της λειτουργία σε όλο το Σύνταγμα<sup>33</sup> ή το υπερνομοθετικής ισχύος διεθνές ή ευρωπαϊκό δίκαιο.

Κοινή συνισταμένη, παρά τις μεθοδολογικές, δικονομικές και ουσιαστικές διαφορές είναι ο κανόνας της «αναλογίας μέσου προς σκοπό», ακριβέστερα της «αναλογίας του εκάστοτε ελεγχόμενου δημόσιου περιοριστικού μέτρου μέσου προς ένα θεμιτό δημόσιο σκοπό». Ελάχιστος δε κοινός παρονομαστής είναι οι υποαρχές α) του θεμιτού δημοσίου σκοπού, β) της προσφορότητας και γ) της αναγκαιότητας.

---

<sup>27</sup> Βλ. ενδεικτικά R. Zippelius, T. Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, σ. 110επ. και 194επ., Α. Γέροντας, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο, Το Σ 1983, σ. 20επ., Χ. Τσιλιώτης, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό Συνταγματικό Δίκαιο με έμφαση στη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, ΔτΑ 2006, Π, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 159επ., Α. Τσεβάζ, Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό διοικητικό δίκαιο, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 133επ.,

<sup>28</sup> Ενδεικτικά BVerfGE 76,1/51, BVerfGE 79, 179/198, BVerfGE 115, 205/233f.

<sup>29</sup> Βλ. ενδεικτικά Β. Καψάλη, Η αρχή της αναλογικότητας στο γαλλικό δημόσιο δίκαιο, ΔτΑ 2006, Π, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 309επ.

<sup>30</sup> Βλ. ενδεικτικά Α. Le Suuer, Public Law, 2015, σ.724επ.

<sup>31</sup> Βλ. ενδεικτικά Α. Barac, Proportionality, 2012, Ε.Τ. Sullivan, R.S. Frase, Proportionality Principles in American Law, 2008.

<sup>32</sup> Βλ. Χ. Ανθόπουλος, Η αρχή της αναλογικότητας στο ιταλικό συνταγματικό δίκαιο, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 105επ.

<sup>33</sup> Βλ. ενδεικτικά BVerfGE 81,310,338- Kalkar-Urteil II, R. Zippelius, T. Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, σ. 112, Α. Γέροντας, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. (462), με περαιτέρω παραπομπές.

#### 4. Το ζητούμενο του ενιαίου κανόνα αναλογικότητας

Κρίσιμη δεν είναι μόνο η διαπίστωση ότι υπάρχουν διαφορετικές αρχές της αναλογικότητας αλλά και η δυσχέρεια που γεννάται από αυτή την πολλαπλότητα της αναλογικότητας όσον αφορά στην εφαρμογή του ελέγχου αναλογικότητας από τα εκάστοτε αρμόδια όργανα.

Το γεγονός ότι η αναλογικότητα είναι μία έννοια με φιλοσοφικές καταβολές και με ποικιλόχρωμες πολιτειολογικές προεκτάσεις δεν νομιμοποιεί την συχνά διαπιστούμενη ασάφεια της δομής της ως νομικής έννοιας. Με άλλα λόγια επειδή κάποιος μπορεί αφορμούμενος από την αρχή της αναλογικότητας δικαιολογημένα να επεκταθεί σε εξαιρετικά ενδιαφέρουσες ατραπούς της φιλοσοφίας, της μεθοδολογίας και της γενικής θεωρίας του δικαίου, δεν σημαίνει ότι η νομική αρχή της αναλογικότητας είναι σωστό να εφαρμόζεται εϊκή και ως έτυχε, διακυμαινόμενη νοηματικά και δομικά και εμείς οι νομικοί να «κλυδωνιζόμαστε» αυτάρεσκα σε αναπάντητα ερωτήματα.

Η αποκρυστάλλωση ενός σταθερού μοντέλου αναλογικότητας είναι σημαντική πρόκληση της σύγχρονης πολιτείας δικαίου<sup>34</sup>. Το ζητούμενο να συγκροτηθεί και να εμπεδωθεί ως κοινός τόπος προς γενική και ενιαία χρήση ένα μοτίβο, μία δομή αναλογικότητας είναι στόχος δύσκολος. Σταθερό μοντέλο αναλογικότητας δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ένα ενιαίο και πλήρως δεσμευτικό ανάπτυγμα αναλογικότητας για όλες τις υποθέσεις<sup>35</sup>. Δύναται εναλλακτικά να σημαίνει σαφή καθορισμό της δομής της αναλογικότητας σε όλες τις κατηγορίες περιπτώσεων, ακόμα κι αν το διάγραμμα του ελέγχου αναλογικότητας ποικίλλει ανά κατηγορία. Ή ακόμα και συνειδητοποίηση της ευρείας διακριτικής ευχέρειας εξειδίκευσης της αναλογικότητας που καταλείπεται στον δικαστή, αλλά και κυρίως των νομικών ορίων αυτής της ελευθερίας<sup>36</sup>.

Ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου (από) το 2001<sup>37</sup> και ως κανόνας του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ από 1.12.2009<sup>38</sup> θεσπίζεται η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών των δικαιωμάτων. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι α) οι νομοθετικά θεσπιζόμενοι, β) οι από την εκτελεστική εξουσία τιθέμενοι και γ) οι σε δικαστικές αποφάσεις εδραζόμενοι περιορισμοί των θεμελιωδών δικαιωμάτων πρέπει να είναι αναλογικοί. Συγκροτείται μια ρητή νομική επιταγή αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών

<sup>34</sup> Βέβαια βάσιμους προβληματισμούς γεννάει το ότι η αναλογικότητα ως μη αμιγώς θετικιστική, ως «παραθετικιστική» αρχή δεν μπορεί να αναλύεται πλήρως με θετικιστικούς όρους και αντιλήψεις.

<sup>35</sup> Βλ. για παράδειγμα παρακάτω την πρόταση στην παράγραφο 9 για τον διαφοροποιημένο έλεγχο αναγκαιότητας.

<sup>36</sup> Η αρχή της αναλογικότητα σε στενή έννοια, όπως θα τεκμηριωθεί παρακάτω (παράγραφοι 8 και 9), δίνει απεριόριστη ελευθερία στο δικαστή. Αυτή η απεριόριστη ελευθερία του τελευταίου συγκεκριμένα κρίνοντος θέτει και δικαιοκρατικούς προβληματισμούς.

<sup>37</sup> Παρακάτω παράγραφος 6.

<sup>38</sup> Παρακάτω παράγραφος 7.



δικαιωμάτων που απευθύνεται σε όλες τις κρατικές εξουσίες και διατρέχει με ένα παράλληλο νήμα το ελληνικό συνταγματικό δίκαιο, το δίκαιο της ΕΕ και την ΕΣΔΑ<sup>39</sup>. Οι διαπιστούμενοι δε μη αναλογικοί περιορισμοί των θεμελιωδών δικαιωμάτων πρέπει να κρίνονται αντισυνταγματικοί ή/και αντίθετοι στο ενωσιακό δίκαιο /ή και στην ΕΣΔΑ από τα δικαστήρια. Κι αυτό, καθόσον τα θεμελιώδη δικαιώματα τριτενεργούν<sup>40</sup>, πρέπει να συμβαίνει τόσο στις κάθετες σχέσεις δημοσίου δικαίου, όσο και στις οριζόντιες σχέσεις ιδιωτικού δικαίου. Υποστηρίζουμε συνεπώς ότι ο υπερνομοθετικής ισχύος κανόνας αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι ενιαίος<sup>41</sup> στο ελληνικό Σύνταγμα<sup>42</sup> και στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων<sup>43</sup>. Αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα συνταγματικής σύγκλισης. Αυτό που μένει να ερευνηθεί είναι αν και το τεστ (δηλαδή τα υποβήματα εφαρμογής του κανόνα) αναλογικότητας μπορεί να εφαρμόζεται με ενιαίο τρόπο.

## 5. Η αναλογικότητα και οι «άλλοι»

Η αρχή της αναλογικότητας θίγει έναν αστείρευτο πλούτο ζητημάτων. Θα σταχυολογήσω μόνο ορισμένα με νομικό-μεθοδολογικό ενδιαφέρον:

Σχέση στην θεωρία και στην πράξη με την αρχή της ισότητας<sup>44</sup>. Συχνά ο έλεγχος της αναλογικότητας επιμειγνύεται με τον έλεγχο της ισότητας, με συνέπειες στην φυσιογνωμία και των δυο ελέγχων. Συνοπτικά σε αυτό το σημείο είναι κρίσιμο να τονιστεί ότι ο έλεγχος αναλογικότητας, τόσο στην ελληνική συνταγματική, όσο και στην ενωσιακή έννομη τάξη, είναι αυτοτελής έλεγχος, ξεχωριστός από αυτόν της ισότητας. Οι δυο έλεγχοι ουσιωδώς διαφέρουν κατά το ότι η ισότητα είναι αυθύπαρκτο θεμελιώδες δικαίωμα, ενώ η παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας πάντα διαπιστώνεται σε συγκεκριμένη συνάρτηση με κάποιο θεμελιώδες δικαίωμα<sup>45</sup>. Κι αυτό ανεξάρτητα από το αν κάποια μέτρα συχνά είναι κατ' αποτέλεσμα σωρευτικά αντίθετα και στην αρχή της ισότητας και στην αρχή της αναλογικότητας.

Συρροή αρχής της αναλογικότητας με το απολύτως απαραβίαστο του πυρήνα των θεμελιωδών δικαιωμάτων και το απολύτως απαραβίαστο της ανθρώπινης

<sup>39</sup> Με τις μεθοδολογικές ιδιαιτερότητες της ΕΣΔΑ που σκιαγραφήθηκαν ανωτέρω.

<sup>40</sup> Για την τριτενέργεια βλ. ενδεικτικά V. Tzemos, *Die dogmatische Herleitung der Grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1999, ο ίδιος, *Das Untermaßverbot*, 2004, σ. 15επ. και σ. 185επ., Β. Τζέμος, *Τα κρατικά καθήκοντα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων*, ΔτΑ 2007, σ. 473επ., Α. Γέροντας, *Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων*, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), *Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001*, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. (506επ.). Βλ. και άρθρο 25 Σ.

<sup>41</sup> Ακριβέστερα με βάση την γραμματική και την συστηματική ερμηνεία μπορεί να κριθεί ως ενιαίος.

<sup>42</sup> Βλ. παράγραφο 6.

<sup>43</sup> Βλ. παράγραφο 7.

<sup>44</sup> Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 311/2018. Για την αρχή της ισότητας βλ. ενδεικτικά Θ. Αντωνίου, *Η ισότητα εντός και δια του νόμου*, 1998.

<sup>45</sup> Ή και περισσότερα θεμελιώδη δικαιώματα. Πάντως όχι σε συνάρτηση με το θεμελιώδες δικαίωμα στην ισότητα.

αξιοπρέπειας<sup>46</sup> επίσης ως περιορισμών των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Αλλιώς αναπτύσσεται ο έλεγχος αναλογικότητας όταν έχει προηγηθεί ή συμφύρεται με αυτόν ο έλεγχος της παραβίασης του πυρήνα δικαιωμάτων ή/και της παραβίασης της ανθρώπινης αξίας. Πάντως ο «περιορισμός περιορισμός» πυρήνας<sup>47</sup> του δικαιώματος πρέπει να εξετάζεται δικαστικά πριν την αρχή της αναλογικότητας. Πριν τον έλεγχο αναλογικότητας θα πρέπει να εξετάζεται και αν θεμελιώνεται παραβίαση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας.

Σχολαστική κατάστρωση των βημάτων της αναλογικότητας: Άλλοτε ο κανόνας της αναλογικότητας αρθρώνεται νομολογιακά σε δύο ή τρία υποβήματα και άλλοτε, με βάση την ιδιαιτερότητα της περίπτωσης, αναπτύσσεται η υφέρπουσα επιχειρηματολογία περί καταλληλότητας, αναγκαιότητας κ.ο.κ. και στην συνέχεια με αναλυτική αιτιολογία καταφάσκει ή αποφάσκει η αναλογικότητα του μέτρου. Εφόσον αιτιολογούνται επαρκώς η συνδρομή ή η μη συνδρομή των υποκανόνων της προσφορότητας και της αναγκαιότητας, οι διαφορετικές δικαστικές αυτές τεχνικές δεν θέτουν νομικά προβλήματα.

Αντιμετώπιση της αναλογικότητας ως ερμηνευτικής αρχής ή/και ως νομικού κανόνα. Αυτό το ζήτημα είναι ιδιαίτερα κρίσιμο για το ιδιωτικό δίκαιο και την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου<sup>48</sup>.

Το διακύβευμα της αρμονικής ένταξης της αρχής της αναλογικότητας στον ορθόδοξο υπαγωγικό νομικό συλλογισμό. Το εδώ αναπτυσσόμενο μοντέλο αναλογικότητας δεν δυστοκεί να ενσωματωθεί στον υπαγωγικό νομικό συλλογισμό. Αυτό συμβαίνει βέβαια γιατί απαλείφεται το στάδιο της αναλογικότητας σε στενή έννοια που ταυτίζεται με τον σταθμιστικό συλλογισμό.

Το ερώτημα περί της οικουμενικότητας της αρχής της αναλογικότητας ως νομικής έννοιας.

Το ερώτημα περί της πολυμορφίας της αρχής της αναλογικότητας. Ειδικότερα το ερώτημα αν στον εκάστοτε ισχύοντα νομικό κανόνα «αναλογικότητα» περιέχεται και η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Επίσης τι σημαίνει αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια<sup>49</sup>. Τι σημαίνει επίσης αναγκαιότητα<sup>50</sup>.

Μείζον δε πρακτικό ερώτημα είναι το αν ένα δικαστήριο εφαρμόζοντας την αρχή της αναλογικότητας ερευνά την προφανή δυσαναλογία (ακαταλληλότητα, μη αναγκαιότητα, δυσαναλογία σε στενή έννοια) ή απλώς την δυσαναλογία χωρίς επιθετικούς προσδιορισμούς και διακυμάνσεις. Εμφανίζεται στη νομολογία ο έλεγχος της πρόδηλης αναλογικότητας (Evidenzformell) και ο

---

<sup>46</sup> Για την ανθρώπινη αξιοπρέπεια βλ. ενδεικτικά Θ. Αντωνίου, Ο σεβασμός της αξίας Ο σεβασμός της αξίας του ανθρώπου ως αρχή και δικαίωμα στο Σύνταγμα του 1975, 2010, Β. Τζέμος, Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια στο Δίκαιο της ΕΕ, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ (www.publiclawjournal.com) 2016, σ. 1επ. και σε Τιμητικό Τόμο Κ. Κρεμαλή, 2016. Βλ. και την πολύ σημαντική απόφαση Omega, C-36/02 του ΔΕΚ.

<sup>47</sup> Βασικό περιεχόμενο του δικαιώματος κατά την ορολογία του ΧΘΔΕΕ (άρθρο 52 παρ. 1).

<sup>48</sup> Βλ. ενδεικτικά Ολ. ΑΠ 9/2015.

<sup>49</sup> Βλ. παρακάτω παράγραφο 8.

<sup>50</sup> Βλ. παρακάτω παράγραφο 9.

έλεγχος της πλήρους αναλογικότητας, αναλογικότητας δηλαδή χωρίς συρρικνωτικούς του ελέγχου επιθετικούς προσδιορισμούς (Wirksamkeitsmodell).

Αν ελέγχεται μία συγκεκριμένη κρατική<sup>51</sup> παράλειψη, μία κρατική αδράνεια, ή μία κρατική υπερβολικά περιορισμένη<sup>52</sup> προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων τότε η αναλογικότητα είναι η *Untermaßverbot* (το *minimum* υποχρεωτικής κρατικής προστασίας)<sup>53</sup>.

Η *Untermaßverbot* εισήχθη στην επιστήμη του δημοσίου δικαίου με την δεύτερη απόφαση του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου<sup>54</sup> για τις εκτρώσεις. Έχει εφαρμογή ως κανόνας του συνταγματικού δικαίου και στην ελληνική έννομη τάξη<sup>55</sup>, αλλά και στην ευρωπαϊκή και στην διεθνή προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων. Στο συνταγματικό δίκαιο είναι η αρχή που ελέγχει αν τηρούνται τα κρατικά καθήκοντα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων<sup>56</sup>, αν το κράτος προστατεύει επαρκώς τα θεμελιώδη δικαιώματα<sup>57</sup> και ιδίως την ανθρώπινη αξιοπρέπεια, την ζωή και την υγεία.

Πρόκειται ουσιαστικά για την αρχή της αναλογικότητας α) επί τριτενέργειας<sup>58</sup> των θεμελιωδών δικαιωμάτων και β) επί διακινδύνευσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων από πανδημίες<sup>59</sup> και φυσικές καταστροφές<sup>60</sup>. Απαγορεύει την υπερβολική κρατική αδράνεια και την υπερβολικά περιορισμένη προστασία. Η

---

<sup>51</sup> Η ευρωπαϊκή θεσμική η διεθνής θεμική.

<sup>52</sup> Αυτή η ανύπαρκτη ή υπερβολικά περιορισμένη πολιτειακή (θεσμική) προστασία είναι μη αναλογική (δηλαδή δεν είναι πρόσφορη για την συγκεκριμένη προστασία του επίδικου θεμελιώδους δικαιώματος).

<sup>53</sup> V. Tzemos, *Das Untermaßverbot*, 2004 με περαιτέρω παραπομπές.

<sup>54</sup> BVerfGE 88, 203ff.

<sup>55</sup> Νομική βάση της στο ελληνικό Σύνταγμα είναι οι παρ. 1 και 2 του άρθρου 25 του Συντάγματος («1. Τα δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου και η αρχή του κοινωνικού κράτους τελούν υπό την εγγύηση του Κράτους. Όλα τα κρατικά όργανα υποχρεούνται να διασφαλίζουν την ανεμπόδιση και αποτελεσματική άσκησή τους. Τα δικαιώματα αυτά ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν. Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας.

2. Η αναγνώριση και η προστασία των θεμελιωδών και απαράγραπτων δικαιωμάτων του ανθρώπου από την Πολιτεία αποβλέπει στην πραγμάτωση της κοινωνικής προόδου μέσα σε ελευθερία και δικαιοσύνη.») σε συνδυασμό με το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος («Ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν την πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας»).

<sup>56</sup> Για τα κρατικά καθήκοντα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων βλ. αναλυτικά Β. Τζέμος, Τα κρατικά καθήκοντα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ΔτΑ 2007, σ. 471. επ., ο ίδιος, *Die dogmatische Herleitung der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1999.

<sup>57</sup> Υποκεδοχές της αρχής αυτής ειδικά στο Δίκαιο Περιβάλλοντος είναι οι αρχές της προφύλαξης και της προλήψεως. Βλ. ενδεικτικά V. Tzemos, *Das Untermaßverbot*, 2004, σ. 134επ., Γ. Σιούτη, Εγχειρίδιο Δικαίου Περιβάλλοντος, 2003, σ. 47επ., Ε. Κουτούπα Ρεγκάκου, Δίκαιο του Περιβάλλοντος, 2005, σ. 47επ. Π. Μαντζούφας, Συνταγματική προστασία των δικαιωμάτων στην κοινωνία της διακινδύνευσης, 2006, σ. 333επ.

<sup>58</sup> Επί διακινδύνευσής τους από τρίτους-ιδιώτες και όχι από το κράτος.

<sup>59</sup> Όπως είναι το 2020 η νόσος Covid 19.

<sup>60</sup> Π.χ. σεισμός, πυρκαγιά, πλημμύρα, τυφώνας, τσουνάμι, ξηρασία, παγετός.

αρχή αυτή απαντάει στο ερώτημα ποιο μίνιμουμ προστασίας υποχρεούται να εγγυάται και να πραγματώνει το κράτος, αλλά και κάθε ευρωπαϊκή ή διεθνής θεσμική εξουσία, σε περιπτώσεις μη κρατικών (ιδιωτικών ή προκαλουμένων από πανδημίες και φυσικές καταστροφές) έντονων διακινδυνεύσεων των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Με άλλη διατύπωση η αρχή αυτή καλείται κάθε φορά να προσδιορίζει πότε οι προκαλούμενες από ιδιώτες ή από πανδημίες ή από φυσικές καταστροφές προσβολές και διακινδυνεύσεις των θεμελιωδών α) συνταγματικών, β) κατοχυρωμένων στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και σε διεθνείς συμβάσεις προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων και γ) προστατευόμενων από το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο δικαιωμάτων είναι νομικά μη ανεκτές, μη αναλογικές, καθώς δεν ελήφθησαν από την πολιτεία τα πρόσφορα<sup>61</sup> μέτρα για την προστασία τους.

Όταν έχουμε πολυπολικές έννομες σχέσεις<sup>62</sup>, με συγκρούσεις ένθεν κακείθεν άνω των δύο δικαιωμάτων, γίνεται λόγος για συνολική αναλογικότητα (Gesamtverhältnismäßigkeit<sup>63</sup>).

Εξεταστέο περαιτέρω είναι αν αλλιώς εκδηλώνεται ο κανόνας επίλυσης συγκρούσεως θεμελιωδών δικαιωμάτων όταν συγκρούεται *in concreto* θεμελιώδες δικαίωμα με θεμελιώδες δικαίωμα κι αλλιώς όταν ο συγκρουόμενος με ένα περιοριζόμενο θεμελιώδες δικαίωμα σκοπός δημοσίου συμφέροντος δεν είναι επίσης δικαίωμα<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Που θα πρέπει σωρευτικά να είναι και αναγκαία όσον αφορά σε περιορισμούς σε συγκρουόμενα θεμελιώδη δικαιώματα. Π.χ. σε χώρες με μεγάλο αριθμό κρουσμάτων της νόσου Covid 19 η μη έγκαιρη θέσπιση από το κράτος μέτρων περιορισμού της κυκλοφορίας και μέτρων lockdown επιχειρήσεων και κλεισίματος σχολείων, παραβιάζει την συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της *minimum* υποχρεωτικής προστασίας (Untermaßverbot) της ζωής και της υγείας των κατοίκων τους (όπως φαίνεται να συνέβη π.χ. στις ΗΠΑ, στην Μεγάλη Βρετανία και στην Σουηδία). Θα παραβίαζε δηλαδή αν δεν εφαρμόζοταν έγκαιρα στην Ελλάδα (που ευτυχώς φαίνεται ότι εφαρμόστηκε έγκαιρα) το στο άρθρο 25 του Συντάγματος σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 παρ. 1, 5 παρ. 2, 5 παρ. 5 και 21 παρ. 3 του Συντάγματος κατοχυρωμένο *minimum* υποχρεωτικής θεσμικής προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων της ζωής και της υγείας με την λήψη περιοριστικών άλλων δικαιωμάτων μέτρων που θα περιορίζουν μόνο στον αναγκαίο βαθμό αυτά τα άλλα στην πράξη συγκρουόμενα με την ζωή και την υγεία θεμελιώδη δικαιώματα (π.χ. ελεύθερη κίνηση, εργασία, επιχειρηματική ελευθερία, προσωπικά δεδομένα, συνάθροιση). Κατά την γνώμη και οι αρμόδιοι διεθνείς οργανισμοί (π.χ. Παγκόσμιος Οργανισμός Υγείας, ΟΗΕ) αλλά και η ΕΕ παραβίασαν το *minimum* υποχρεωτικής προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων με την αδράνειά τους να εισηγηθούν και να λάβουν συγκεκριμένα μέτρα για την αποτροπή της διασποράς της νόσου Covid 19 πέραν της πόλης Γουάν της Κίνας.

Την ίδια αρχή παραβίασε και η Κίνα, μην λαμβάνοντας προστατευτικά μέτρα για την διάδοση του ιού σε άλλες χώρες.

Την ίδια αρχή παραβίασαν και τα Κράτη μην λαμβάνοντας έγκαιρα προστατευτικά μέτρα για την μη διασπορά του ιού εντός της επικράτειάς τους (π.χ. ήδη από τον Ιανουάριο που γνώριζαν το μέγεθος του προβλήματος στην Κίνα, με αυστηρούς ελέγχους στα αεροδρόμια και στα λιμάνια και στα συνόρά τους θεσπίζοντας τουλάχιστον υποχρέωση 14 ημερών «καραντίνας» σε όλους όσους εισέρχονταν από περιοχές με καταγεγραμμένα κρούσματα ή και με απαγορεύσεις πτήσεων). Αυτή η έγκαιρη προστασία που είναι συνταγματικά επιβεβλημένη από το *minimum* υποχρεωτικής κρατικής προστασίας (Untermaßverbot) είναι κρίσιμο και απαραίτητο να εφαρμοστεί, αν εμφανιστεί ένα δεύτερο κύμα της νόσου π.χ. το φθινόπωρο.

<sup>62</sup> Βλ. ενδεικτικά BVerfGE 115, 205/233f.

<sup>63</sup> W. Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, DVBL 1994, σ. 1381επ., V. Tzemos. Das Untermaßverbot, 2004, σ. 178.

<sup>64</sup> Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004, σ. 158επ.

Σχέση της αρχής της αναλογικότητας με την δημοκρατική αρχή και με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών<sup>65</sup>.

Εξεταστέος δε σε βάθος είναι συναφώς και ο προβληματισμός αν άλλη είναι η λειτουργία του κανόνα αναλογικότητα των περιορισμών όταν απευθύνεται στο νομοθέτη, άλλη στην κατ' εξουσιοδότηση κανονιστικώς δρώσα διοίκηση, άλλη στην διοίκηση όταν ασκεί αρμοδιότητα κατά διακριτική ευχέρεια και άλλη όταν έχει ως αποδέκτη τον δικαστή. Τα λειτουργικά όρια της συνταγματικής ερμηνείας<sup>66</sup> στο σημείο αυτό μπορεί να αποβούν γόνιμα. Με βάση αυτόν τον προβληματισμό υποστηρίζουμε την παρακάτω αναπτυσσόμενη θέση περί διαφορετικού ελέγχου αναγκαιότητας ανάλογα με την κατηγορία περιπτώσεων.

Επίσης ανάλογα με τις ιδιαιτερότητες του εκάστοτε τομέα του δικαίου (π.χ. διεθνές, εργατικό, ποινικό, διοικητικό, αστικό, αναγκαστική απαλλοτρίωση) η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων προσαρμόζεται. Η συγκεκριμένη εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας εξαρτάται από τέσσερις παραμέτρους: 1) την κάθε έννομη τάξη, 2) τις εκάστοτε δικονομικές ιδιαιτερότητες, 3) τον ειδικό κλάδο δικαίου και 4) το συγκεκριμένο κάθε φορά σύστημα συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Κρίσιμη είναι δε η σχέση της αρχής της αναλογικότητας με άλλες «ανερχόμενες» αρχές του δημοσίου δικαίου, π.χ. με την αρχή της ασφάλειας του δικαίου<sup>67</sup> και την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Τίθεται για παράδειγμα το ζήτημα αν η αρχή της αναλογικότητας μπορεί να απορροφά σκέψεις ασφάλειας και προστατευόμενης εμπιστοσύνης, έτσι ώστε να παρέλκει η ξεχωριστή θεμελίωση μιας δικαστικής απόφασης σε αυτές τις αρχές. Κατά την γνώμη μου η αρχή της ασφάλειας του δικαίου, σε συστηματική ερμηνεία με την αρχή της αναλογικότητας, μας οδηγεί στο εδώ υποστηριζόμενο συμπέρασμα<sup>68</sup> ότι ο συνταγματικός και ο ενωσιακός κανόνας δικαίου αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων δεν περιέχει και την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια.

## **6. Η αρχή της αναλογικότητας στο Ελληνικό Σύνταγμα**

Το άρθρο 25<sup>69</sup> παρ. 1 εδ. δ του Συντάγματος, μετά την συνταγματική αναθεώρηση του 2001, προβλέπει: «Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας.»

<sup>65</sup> Βλ. τις κριτικές αναπτύξεις σε παραγράφους 8,9 και 10.

<sup>66</sup> Βλ. ενδεικτικά F. G. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004, σ. 65επ. με περαιτέρω παραπομπές.

<sup>67</sup> Βλ. ενδεικτικά Ολ. ΣτΕ 1738/2017, σκέψη 5, ΣτΕ 1102/2018.

<sup>68</sup> Βλ. παράγραφοι 8,9 και 10.

<sup>69</sup> Για το άρθρο 25 του Συντάγματος βλ. ενδεικτικά Χ. Ανθόπουλος, Άρθρο 25, σε: Φ. Σπυρόπουλος, Ξ. Κοντιάδης, Χ. Ανθόπουλος, Γ. Γεραπετρίτης (Επιμ.), Σύνταγμα. Κατ'άρθρον Ερμηνεία, 2017, σ. 700επ.

Η λειτουργία της αρχής της αναλογικότητας, όπως αυτή προσδιορίζεται στο άρθρο 25 του Συντάγματος, είναι η εξής: Η αρχή της αναλογικότητας είναι συνταγματικός περιορισμός των καταρχάς θεμιτών περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων που θεσπίζονται στα άρθρα 4-25 του Συντάγματος. Δηλαδή η αρχή της αναλογικότητας δίνει την απάντηση στο εξής ερώτημα: Πότε οι περιορισμοί σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα παρότι καταρχάς καλύπτονται από το Σύνταγμα και τους νόμους (κείνται εντός του Συντάγματος και των νόμων) παρόλα αυτά είναι συγκεκριμένα αντισυνταγματικοί; Είναι κρίσιμο ότι το ερώτημα αν ένας περιορισμός είναι σύμφωνος με την αρχή της αναλογικότητας πρέπει να τίθεται αφού έχει εξεταστεί το ερώτημα αν ο περιορισμός αυτός είναι σύμφωνος με τις συνταγματικές οπές περιορισμών στο εν λόγω δικαίωμα.

Η κρίση περί της αναλογικότητας του περιοριστικού μέτρου σε ένα δικαίωμα δεν επιτρέπεται να υποκαθιστά τον έλεγχο αν το περιοριστικό αυτό μέτρο είναι σύμφωνο με το νομικό πλαίσιο των περιορισμών που προβλέπονται από το Σύνταγμα για το κατοχυρωμένο θεμελιώδες δικαίωμα που περιορίζει το μέτρο. Ο γενικός περιορισμός των περιορισμών της αναλογικότητας έπεται ως ασφαλιστική δικλείδα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ειδικού συστήματος των συνταγματικών περιορισμών κάθε δικαιώματος. Αυτό είναι μεθοδολογικά κρίσιμο. Η βιαστική παρόθηση στον έλεγχο της αναλογικότητας χωρίς τον έλεγχο της συμφωνίας του μέτρου με το ειδικό σύστημα περιορισμών είναι αντισυνταγματική.

Το ελληνικό Σύνταγμα συντάσσει την αναλογικότητα ως γενικό περιορισμό των περιορισμών των θεμελιωδών συνταγματικών δικαιωμάτων. Καθορίζει την λειτουργική θέση της και την συστηματική κατάταξή της στο σύστημα του ελέγχου της συνταγματικότητας ενός μέτρου, δημοσίου ή ιδιωτικού. Μιας δράσης δυνάμει (υπό εξέταση) παραβιαστικής ενός θεμελιώδους δικαιώματος. Δεν προσδιορίζει όμως το περιεχόμενό της και την δομή της ως αρχής ελέγχου.

Ως προς τα υποβήματα του τεστ αναλογικότητας η συνταγματική ρύθμιση σιωπά.

Ποιο είναι το περιεχόμενο της αρχής της αναλογικότητας καθορίζουν πρωτίστως το διεθνές, το ευρωπαϊκό δίκαιο και οι ειδικοί εθνικοί νόμοι. Αν γίνει δεκτή η ισοκυρία<sup>70</sup> Συντάγματος, Πρωτογενούς Ενωσιακού και ΕΣΔΑ και προκριθεί το κριτήριο της ειδικότητας<sup>71</sup> τότε η αναλογικότητα που εφαρμόζεται είναι η ειδικότερη. Για παράδειγμα, όσον αφορά σε μέτρα περιοριστικά των δικαιωμάτων των άρθρων 8-11 της ΕΣΔΑ, η ΕΣΔΑ θεσπίζει μία ειδική αρχή της αναλογικότητας με συγκεκριμένο περιεχόμενο.

Αν η αρχή της αναλογικότητας δεν προσδιορίζεται ούτε συνταγματικά, ούτε διεθνώς, ούτε ευρωπαϊκά, τότε δύναται να προσδιορίζεται νομοθετικά<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Βλ. Β. Τζέμος, Ο Βασικός Μέτοχος, 2006.

<sup>71</sup> Β. Τζέμος, Ο Βασικός Μέτοχος, 2006.

<sup>72</sup> Με όρια τις συνταγματικές ρυθμίσεις π.χ. την δημοκρατική αρχή, την αρχή της διάκρισης των εξουσιών.

Αν δεν προσδιορίζεται ούτε νομοθετικά τότε παραμένει το ερώτημα για το περιεχόμενο της αναλογικότητας. Κατά το ισχύον δίκαιο, το βασικό μοτίβο αναλογικότητας είναι κατά την γνώμη μου το εξής:

1) Υπάρχει ένας συνταγματικά θεμιτός δημόσιος σκοπός (προστασία ενός ανθρωπίνου δικαιώματος, περισσότερων ανθρωπίνων δικαιωμάτων ή άλλου θεμιτού εννόμου συμφέροντος) που προκαλεί το περιοριστικό σε ένα δικαίωμα μέτρο; Ποιος είναι αυτός<sup>73</sup>;

3) Το περιοριστικό μέτρο είναι πρόσφορο<sup>74</sup> (ικανό, κατάλληλο) για την πραγματοποίηση αυτού του δημοσίου σκοπού;

4) Το περιοριστικό μέτρο είναι αναγκαίο (απαραίτητο) για την πραγματοποίηση αυτού του δημοσίου σκοπού<sup>75</sup>;

Η γενέθλιος απόφαση του ΣτΕ περί αναλογικότητας η 2121/84<sup>76</sup>, αναφέρεται μόνο σε καταλληλότητα και αναγκαιότητα ως στοιχεία της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Μετά από μία αμφιταλάντευση του ΣτΕ ως προς το υποστοιχείο της αναγκαιότητας, αποκρυσταλλώνεται στη νομολογία του ανωτάτου διοικητικού δικαστηρίου το ζεύγμα καταλληλότητα-αναγκαιότητα ως υποβήματα της αρχής της αναλογικότητας. Μέχρι την συνταγματική αναθεώρηση του 2001, κατά την οποία η αναλογικότητα γίνεται αντικειμενικός κανόνας δικαίου στο άρθρο 25, θεωρία και νομολογία είναι εφεκτικές ως προς την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια<sup>77</sup>. Κι αυτό παρά την οριακά αντίθετη κρατούσα στάση σε γερμανική θεωρία και νομολογία. Σημειωτέον ότι στο γερμανικό Σύνταγμα (Grundgesetz) η αναλογικότητα ακόμα δεν αναφέρεται ρητά. Η ίδια επιφυλακτικότητα απέναντι στην αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια διαγιγνώσκεται και στη νομολογία του ΔΕΚ πριν τη νομικοποίηση του ΧΘΔΕΕ. Με την απόφαση 10/2003 ο ΑΠ κάνει ρητά δεκτή και την αναλογικότητα σε στενή έννοια. Τι ίδιο ισχύει μετά το 2001 και σε πολλές αποφάσεις του ΣτΕ και του ΕλΣυν. Αλλά προϊόντος του χρόνου και στην συνταγματική θεωρία η αποδοχή της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια εξελίσσεται σε οριακά κρατούσα άποψη. Η θεωρία διατηρεί, όμως, και δικαιολογημένα, κριτική στάση στην υπερβολική χρήση της αναλογικότητας σε στενή έννοια.

Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια δεν αποτελεί κατά την γνώμη μου, βάσει του Συνταγματικού Δικαίου, τμήμα του βασικού μοντέλου αναλογικότητας. Όπως θα καταδειχθεί ακριβώς παρακάτω<sup>78</sup>, κρίσιμη στο ζήτημα

<sup>73</sup> Ο θεμιτός σκοπός πρέπει να είναι συγκεκριμένος, ορατός.

<sup>74</sup> Βλ. ενδεικτικά 10/2017 ΣτΕ για το άνοιγμα των καταστημάτων της Κυριακής.

<sup>75</sup> Για την έννοια της αναγκαιότητας βλ. αναλυτικά παρακάτω παράγραφο 9.

<sup>76</sup> ΣτΕ 2112/1984, ΤοΣ 1985, σ. 63επ.

<sup>77</sup> Βλ. αναλυτική νομολογία σε Α. Γέροντα, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. και σε Κ. Γώγο, Πτυχές ελέγχου της αναλογικότητας στη νομολογία του ΣτΕ, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 299επ.

<sup>78</sup> Παράγραφος 7.

αυτό είναι και η ερμηνεία που θα δοθεί στον κανόνα της αναλογικότητας, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 52 του ΧΘΔΕΕ.

## 7. Η αρχή της αναλογικότητας στον ΧΘΔΕΕ

Η αναλογικότητα στο κοινοτικό δίκαιο αναγνωρίστηκε νομολογιακά ως αρχή ήδη από την δεκαετία του 1970<sup>79</sup>. Και πριν την θέση σε ισχύ του ΧΘΔΕΕ<sup>80</sup> αποτελεί βάσει του άρθρου 5 παρ. 4 της ΣυνθΕΕ αρχή που δεσμεύει γενικά όλα τα ενωσιακά όργανα. Με το άρθρο 52 ΧΘΔΕΕ θεσπίζεται ως ρητός κανόνας που περιορίζει τους περιορισμούς των θεμελιωδών δικαιωμάτων από τα ενωσιακά όργανα και από τα κρατικά όργανα καθόσον εφαρμόζουν ενωσιακό δίκαιο. Πρέπει από την αρχή να τονιστεί ότι ο κανόνας των αναλογικών περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο άρθρο 52 είναι πρακτικά ο ίδιος κανόνας με τον κανόνα του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος<sup>81</sup>.

Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ στο άρθρο 52<sup>82</sup> με τίτλο «Εμβέλεια και ερμηνεία των δικαιωμάτων και των αρχών» θεσπίζει ένα πολύπλοκο αλλά ερμηνευτικά διευκρινίσιμο γενικό σύστημα περιορισμών και περιορισμών των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων<sup>83</sup>.

Η παράγραφος 1 προβλέπει: «Κάθε περιορισμός στην άσκηση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που αναγνωρίζονται στον παρόντα Χάρτη πρέπει να προβλέπεται από το νόμο και να σέβεται το βασικό περιεχόμενο των εν λόγω δικαιωμάτων και ελευθεριών. Τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, περιορισμοί επιτρέπεται να επιβάλλονται μόνον εφόσον είναι αναγκαίοι και ανταποκρίνονται πραγματικά σε στόχους γενικού ενδιαφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων και ελευθεριών των τρίτων.»

<sup>79</sup> Βλ. ενδεικτικά Ε. Πρεβεδούρου, Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στη νομολογία του ΔΕΚ, ΔτΑ 2005, Ι, Κράτος δικαίου και αρχή της αναλογικότητας, σ. 167επ.

<sup>80</sup> Για τον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.), Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ'άρθρον ερμηνεία, 2019, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 211επ.

<sup>81</sup> Μορφολογικά είναι ειδικότερος. Αυτό γιατί ρητά θεσπίζει ως περιορισμό των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων το απαραβίαστο του πυρήνα (βασικού περιεχομένου) των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Τον καθιερώνει δε ορθώς ως περιορισμό των περιορισμών που προηγείται μεθοδολογικά του περιορισμού των περιορισμών αναλογικότητα. Το ίδιο γίνεται βέβαια δεκτό και στα πλαίσια της ελληνικής συνταγματικής τάξης, παρότι δεν έχουμε ρητή αναφορά στον πυρήνα των θεμελιωδών δικαιωμάτων στο Σύνταγμα.

<sup>82</sup> Βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.), Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ'άρθρον ερμηνεία, 2019, άρθρο 52.

<sup>83</sup> Θεμελιωδών δικαιωμάτων σε ευρεία έννοια, δηλαδή δικαιωμάτων σε στενή έννοια και αρχών (βλ. αναλυτικά Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ'άρθρον ερμηνεία, 2019, Εισαγωγή και άρθρο 52 παρ. 5).



Η παράγραφος 1 του άρθρου 52 θέτει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες είναι νομικά θεμιτοί οι περιορισμοί των θεμελιωδών δικαιωμάτων του Χάρτη<sup>84</sup>. Το άρθρο 52 παρ. 1 ορθώς έπεται του άρθρου 51 που καθορίζει ποιοι οι είναι οι αποδέκτες (δεσμευόμενοι) των δικαιωμάτων του Χάρτη. Δηλαδή το άρθρο 51<sup>85</sup>, ιδίως δε το άρθρο 51 παρ. 1<sup>86</sup>, ρυθμίζει ποια μέτρα (κρατικά ή ευρωπαϊκά) ελέγχονται ως προς την συμβατότητά τους με τον Χάρτη. Τα μέτρα αυτά εφόσον λοιπόν περιορίζουν κάποιο θεμελιώδες δικαίωμα του Χάρτη θα πρέπει να είναι σύμφωνα με τις γενικά ισχύουσες προδιαγραφές περιορισμών που θέτει το άρθρο 52 παρ. 1.

Το άρθρο 52 παρ. 1 απαιτεί πρώτον ο εκάστοτε περιορισμός να προβλέπεται από νόμο (1). Τι είναι νόμος το καθορίζει η γενική θεωρία του δικαίου της ΕΕ και της εκάστοτε έννομης τάξης από την οποία προέρχεται ο περιορισμός σε θεμελιώδες δικαίωμα του Χάρτη. Κρίσιμη για την έννοια και τη λειτουργία την απαίτησης για πρόβλεψη σε νόμο είναι η νομολογία του Δικαστηρίου<sup>87</sup>.

Δεύτερον ο περιορισμός δεν επιτρέπεται να θίγει το βασικό περιεχόμενο του δικαιώματος του Χάρτη<sup>88</sup> (2). Η έννοια του βασικού περιεχομένου είναι ταυτόσημη νοηματικά με την έννοια του πυρήνα (της ουσίας) του δικαιώματος. Επίσης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο περιορισμός στο βασικό περιεχόμενο πολλών δικαιωμάτων από αυτά που κατοχυρώνει ο Χάρτης συχνά συρρέει-ταυτίζεται με παραβίαση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας<sup>89</sup>.

Τρίτον ο περιορισμός θα πρέπει να σέβεται την αρχή της αναλογικότητας (3)<sup>90</sup>. Είναι ζήτημα ερμηνείας ποια είναι η δομή και το περιεχόμενο της αρχής της αναλογικότητας που θεσπίζει το άρθρο 52 παρ. 1 εδ.γ.

Σίγουρο είναι ότι απαραίτητη προϋπόθεση της αναλογικότητας του περιορισμού σε κάποιο δικαίωμα είναι αυτός ο περιορισμός (3α) να εδράζεται σε κάποιον στόχο γενικού συμφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη

---

<sup>84</sup> S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1455επ., H. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2013, σ. 463επ.

<sup>85</sup> Βλ. αναλυτικά Β. Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2019, άρθρο 51.

<sup>86</sup> «Οι διατάξεις του παρόντος Χάρτη απευθύνονται στα θεσμικά και λοιπά όργανα και τους οργανισμούς της Ένωσης, τηρουμένης της αρχής της επικουρικότητας, καθώς και στα κράτη μέλη, μόνον όταν εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης. Κατά συνέπεια, οι ανωτέρω σέβονται τα δικαιώματα, τηρούν τις αρχές και προάγουν την εφαρμογή τους, σύμφωνα με τις αντίστοιχες αρμοδιότητές τους και εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων της Ένωσης, όπως της απονέμονται από τις Συνθήκες.»

<sup>87</sup> Βλ. ενδεικτικά C-470/08, *Knauf Gips*, σκ. 91, C-92/09 και C-93/09, *Volker and Schecke*, σκ. 66, C-291/12, *Schwarz*, σκ. 35, T-187/11, *Trabelsi*, σκ. 84,117, T-590/10, *Thesing*, σκ. 76. Βλ. και C-274-99, *Connolly*, σκ. 51, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1470επ.

<sup>88</sup> Βλ. ενδεικτικά C-59/11, *Kokopelli*, σκ. 77, C-93/09, *Volker and Schecke*, σκ. 50, T-187/11, *Trabelsi*, σκ. 81. Βλ. και C-292/97, *Karlsson*, σκ. 45.

<sup>89</sup> Βλ. Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2019, άρθρο 1 και ο ίδιος, Β. Τζέμος, Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια στο Δίκαιο της ΕΕ, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)) 2016, σ. 1επ. και σε Τιμητικό Τόμο Κ. Κρεμαλή, 2016.

<sup>90</sup> Βλ. ενδεικτικά C-283/11, *Sky Österreich*, σκ. 45επ., C-544/10, *Deutsches Weintor*, σκ. 56επ., C-468/10 και C-469/10, *ASNEF*, σκ. 42επ., C-291/12, *Schwarz*, σκ. 39επ.

προστασίας των δικαιωμάτων τρίτων<sup>91</sup>. Δηλαδή θα πρέπει να ερείδεται σε κάποιον κανόνα του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου που προστατεύει κάποιο γενικό συμφέρον της Ένωσης ή κάποιο δικαίωμα. Ο στόχος γενικού συμφέροντος ή το προστατευόμενο δικαίωμα μπορεί να εδράζεται και σε κάποια άλλη πηγή του ευρωπαϊκού δικαίου, πέραν του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου, δηλαδή π.χ. στο παράγωγο ενωσιακό δίκαιο. Αυτό βέβαια υπό την προϋπόθεση ότι το συγκεκριμένο δημόσιο συμφέρον που ρυθμίζεται από το (μη πρωτογενές) ενωσιακό δίκαιο, θα πρέπει να μην βρίσκεται σε αντίθεση με κάποια νομική ρύθμιση του πρωτογενούς δικαίου της ΕΕ. Δεν αρκεί όμως ο περιορισμός μόνο να εδράζεται σε κάποιο σκοπό δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης ή σε κάποιο νομικά κατοχυρωμένο δικαίωμα.

Πρέπει περαιτέρω δεύτερον (3β) να ανταποκρίνεται πράγματι σε αυτόν το σκοπό δημοσίου συμφέροντος, που σημαίνει ότι πρέπει να είναι στην πράξη και συγκεκριμένα (in concreto) πρόσφορος (κατάλληλος, ικανός) να θεραπεύσει (υλοποιήσει, πραγματοποιήσει) αυτό τον σκοπό δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης ή ένα θεμελιώδες δικαίωμα κάποιου τρίτου.

Τρίτον (3γ) θα πρέπει ο περιορισμός αυτός να είναι, πάντα στην συγκεκριμένη περίπτωση και με γνώμονα τα πραγματικά και νομικά δεδομένα της υπόθεσης, όχι απλά πρόσφορος (ικανός, πράγματι ανταποκρινόμενος στο δημόσιο συμφέρον/δικαίωμα) αλλά επιπρόσθετα και αναγκαίος, απαραίτητος για την ικανοποίηση (υλοποίηση, πραγματοποίηση) του σκοπού δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης/του συγκρουόμενου δικαιώματος. Αναγκαίος-απαραίτητος περιορισμός είναι ο λιγότερο επαχθής (παραβιαστικός, προσβλητικός, βαρύς) για το περιοριζόμενο θεμελιώδες δικαίωμα ή εναλλακτικά αυτός που δεν είναι «προδήλως μη αναγκαίος»<sup>92</sup>.

Απαιτείται πάντως ο περιορισμός που τίθεται για την ικανοποίηση ενός σκοπού δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης/δικαιώματος να είναι και πρόσφορος και αναγκαίος.

Το άρθρο 52 παρ. 1 εδ.γ στην αρχή του κάνει ρητά αναφορά και στην αρχή της αναλογικότητας. Οπότε, με αυτό το δεδομένο τίθεται το ερώτημα, αν ο Χάρτης στο άρθρο 52 παρ. 1 εδ. γ. απαιτεί ο εκάστοτε περιορισμός προστατευόμενου θεμελιώδους δικαιώματος να είναι και (3δ) αναλογικός σε στενή έννοια, δηλαδή να συνεπάγεται περισσότερα πλεονεκτήματα από μειονεκτήματα για τα συγκρουόμενα έννομα αγαθά κατά την υλοποίησή του. Ότι απαιτείται και αυτό το τέταρτο στάδιο (3δ), της αναλογικότητας σε στενή έννοια, γίνεται δεκτό από την οριακά κρατούσα άποψη στην θεωρία. Η προσοπαίτηση και της αναλογικότητας σε στενή έννοια του περιορισμού στοιχειοθετείται από την άποψη αυτή στην ρητή αναφορά του άρθρου 52 παρ. 1 εδ. γ. σε «αναλογικότητα» δίπλα σε «ανταπόκριση» και «αναγκαιότητα». Πειστικότερη είναι πιστεύω πάντως η άποψη ότι το άρθρο 52 δεν απαιτεί και την αναλογικότητα σε στενή έννοια του περιορισμού σε κάθε δικαίωμα του Χάρτη.

<sup>91</sup> Βλ. αναλυτικά S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1475επ.

<sup>92</sup> Βλ. αναλυτικά παρακάτω παράγραφο 9.

Σύμφωνα με αυτή την θεώρηση η αρχή της αναλογικότητας εξαντλείται στην προσφορότητα και την αναγκαιότητα του περιορισμού σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα που εδράζεται σε ένα σκοπό δημοσίου συμφέροντος της Ένωσης/δικαίωμα. Είναι μεν υποστηρίξιμη και κατανοητή η προσέγγιση ότι αν οι συντάκτες του Χάρτη δεν επιθυμούσαν να συμπεριλάβουν στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια δεν θα ξεκινούσαν την ρύθμιση με το «τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας» αλλά θα περιορίζονταν στο λοιπό τμήμα του άρθρου 52 παρ. 1 εδ. Από την άλλη δεν υπάρχει στο δίκαιο μόνο ένα μοντέλο αναλογικότητας, έτσι ώστε όταν γίνεται αναφορά σε αρχή της αναλογικότητας να εννοείται οπωσδήποτε ότι συμπεριλαμβάνεται και η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Κατά την γνώμη μου δεν προκύπτει αβίαστα από την ρύθμιση ότι ο Χάρτης ρυθμίζει και την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Αφήνει άλυτο, όπως και το άρθρο 25 του ελληνικού Συντάγματος, αυτό το κρίσιμο ζήτημα. Σημαντικό τμήμα της νομολογίας του ΔΕΚ/ΔΕΕ εφαρμόζει ρητά ή υπόρρητα και το έλεγχο της *stricto sensu* αναλογικότητας<sup>93</sup>. Το ερώτημα που περαιτέρω τίθεται είναι αν το άρθρο 52 παρ. 1 εφαρμόζεται μόνο για τα δικαιώματα ή και για τις αρχές που θεσπίζει ο Χάρτης<sup>94</sup>. Η διατύπωση αναφέρεται ρητά μόνο σε δικαιώματα και ελευθερίες του Χάρτη. Ορθότερο όμως συστηματικά-τελλογικά είναι να γίνει δεκτό ότι το άρθρο 52 παρ. 1 εφαρμόζεται και επί αρχών.

## 8. Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια

Ένα κρίσιμο ερώτημα είναι αν η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια α) πρέπει να είναι και β) είναι τμήμα του εκάστοτε εφαρμοστέου κανόνα της αναλογικότητας. Εδώ το *de lege ferenda* ερώτημα πρέπει να διακρίνεται από το *de lege lata* εξίσου κρίσιμο νομικό ερώτημα αν η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια περιέχεται στον εκάστοτε ισχύοντα και εφαρμοστέο κανόνα περί αναλογικότητας. Και στα δύο ερωτήματα δίνω αρνητική απάντηση.

Τα επιχειρήματα υπέρ της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι σημαντικά:

Η αναλογικότητα σε στενή έννοια σταθμίζει τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα του επιλεγέντος και ελεγχόμενου μέτρου ενόψει όλων των συγκρουόμενων εννόμων συμφερόντων. Κρίσιμο υπομέγεθος που διευκρινίζει

<sup>93</sup> Ενδεικτικά αν και με διαφοροποιήσεις ως προς τον χρωματισμό της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια βλ. C-112/00, Schmidberger, σκ. 79, C-60/00, Carpenter, σκ. 42, C-365/08, Agrana, σκ. 29, C-58/08, Vodafone, σκ. 48, C-92/09, Schecke, σκ. 77,80. Βλ. σχετικά και H. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2013, σ. 482επ.

<sup>94</sup> Β. Τζέμος σε: ο ίδιος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2019, Εισαγωγή και άρθρο 52 παρ. 5, ο ίδιος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 211επ. (219επ.).

την σημασία της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι η «αντοχή του θιγόμενου ή των θιγομένων από τις επαχθείς συνέπειες του ελεγχόμενου μέτρου» (Zumutbarkeit). Ένα περαιτέρω βέβαιο ερώτημα σε αυτό το σημείο είναι αν το κριτήριο αυτό, είναι κρίσιμο, ως εισφέρον κάτι παραπάνω, καθόσον ως περιορισμός των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων αντιμετωπίζεται, και ο πυρήνας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και η ανθρώπινη αξιοπρέπεια.

Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια ελέγχει την αναλογία μεταξύ της σημασίας του θεραπευόμενου εννόμου συμφέροντος, νοούμενου ως σκοπού και της έντασης του επιλεγέντος –ελεγχόμενου περιοριστικού μέτρου, νοούμενου ως μέσου. Η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια στην βασική της μορφή υλοποιεί μία συνολική στάθμιση κόστους-οφέλους, με άλλη διατύπωση μια στάθμιση πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων. Αυτή η στάθμιση από το μηδέν πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων είναι κατά την γνώμη μου κρίση πολιτικής σκοπιμότητας, καθαρόαιμος έλεγχος πολιτικής ουσίας, που δεν προσιδιάζει πλήρως στην άσκηση δικαστικής λειτουργίας. Η κρίσιμη διαφορά της με το προηγούμενο στάδιο της αρχής της αναγκαιότητας, συνίσταται στο ότι υποβάλλει και τα ήδη κριθέντα ως αναγκαία μέτρα σε έλεγχο κόστους-οφέλους, πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων<sup>95</sup>. Αυτό το σημείο ακριβώς είναι η πηγή και των αρετών της και των προβλημάτων της. Θέτοντας ένα πρόσθετο κριτήριο σε μέτρα που περιορίζουν θεμελιώδη δικαιώματα, λειτουργεί φιλελεύθερα, δικαιωματοκεντρικά, ειδικά όταν το συγκεκριμένα συγκρουόμενο με το (τα) περιοριζόμενο (α) με το μέτρο δικαίωμα (δικαιώματα) δεν είναι κάποιο άλλο θεμελιώδες δικαίωμα αλλά κάποιο δημόσιο συμφέρον. Ταυτόχρονα προσθέτει σε ένα μέχρι εκείνο το σημείο σχετικά μηχανιστικό, ουδέτερο σύστημα σταθμίσεων, ηθική, δικαιοπολιτική επιχειρηματολογία, και μάλιστα πανεποπτική. Ειδικά δε επί συγκρούσεων θεμελιώδους δικαιώματος με δημόσιο σκοπό είναι χρήσιμος ο προβληματισμός ότι ο μηχανισμός της αναλογικότητας χωρίς χώρο για ουσιαστική-ηθική επιχειρηματολογία είναι συνταγματολογικά ανομιμοποιήτος.

Κι ενώ τα άνω αδρά σκιαγραφηθέντα προσόντα της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι αποδεκτά καθόσον η αναλογικότητα σε στενή έννοια έχει ως αποδέκτη τον δημοκρατικό νομιμοποιημένο νομοθέτη, ή την κανονιστικώς δρώσα διοίκηση<sup>96</sup>, αντιμετωπίζει σοβαρά ζητήματα ως κανόνας δικαίου που δεσμεύει τον δικαστή. Ο λόγος είναι ο εξής: η στάθμιση κόστους οφέλους, που προχωρά πέρα κι από την γενικώς ισχύουσα νομική σκόπελο της αναγκαιότητας ομοιάζει με νομοθετική λειτουργία. Θεματοποιεί έναν έλεγχο και σκοπιμότητας, αν όχι κυρίως σκοπιμότητας<sup>97</sup>. Δηλαδή καθόσον εκλείπει *in concreto* το άλλως

---

<sup>95</sup> Πάντως και η αρχή της αναγκαιότητας, καθόσον αναζητά σε πολυπολικές έννομες σχέσεις (συγκρούσεις και συρροές περισσότερων θεμελιωδών δικαιωμάτων) το συνολικά λιγότερο επαχθές μέτρο, ουσιαστικά υπεισέρχεται σε σταθμίσεις κόστους-οφέλους, μειονεκτημάτων και πλεονεκτημάτων.

<sup>96</sup> Δηλαδή όταν έχει αποδέκτη κάθε έκδοχή νομοθετικής εξουσίας λειτουργικά θεωρούμενης, κάθε έκδοχή πολιτειακής θέσπισης γενικών και αφηρημένων κανόνων δικαίου.

<sup>97</sup> Βλ. και Θ. Φορτσάκης, Η προδήλως εσφαλμένη εκτίμηση και η αρχή της στάθμισης κόστους-οφέλους, ΝοΒ 1987, σ. 1324επ., Κ. Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2002, σ. 94επ, Α. Δημητρόπουλος, Συνταγματικά Δικαιώματα, Γενικό Μέρος, 2005, σ. 248επ, R.

δύνασθαι αναγκαιώς πράττειν, μόνος αρμόδιος να αποφασίσει είναι ο δημοκρατικά νομιμοποιημένος νομοθέτης. Οπότε η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια οδηγεί τον δικαστή σε κρίσεις σκοπιμότητας.

Επιπρόσθετα ως οπή περιπτώσιολογικής απονομής δικαιοσύνης γεννά ανασφάλεια δικαίου. Ανά πάσα στιγμή μπορεί να ανατραπεί μια ορθή<sup>98</sup> ή εσφαλμένη<sup>99</sup> νομοθετική ρύθμιση με ανυπολόγιστες δημοσιονομικές και κυρίως κοινωνικές συνέπειες<sup>100</sup>. Και καθόσον αυτή η ανατροπή εδράζεται σε λόγους νομιμότητας είναι συνταγματικά και ενωσιακά επιβεβλημένη<sup>101</sup>. Όταν όμως συνδυάζεται με συνολική πολιτική επαναστάθμιση, το πρόβλημα της ανασφάλειας δικαίου σωρεύεται με αυτό του ελέγχου σκοπιμότητας, της άσκησης de facto πολιτικής από την δικαστική εξουσία, και η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια είναι περισσότερο δικαιοκρατικά αποσταθεροποιητικός παρά δικαιοκρατικά εξισορροπητικός παράγοντας. Κι αυτό γιατί βασικό στοιχείο της αρχής του κράτους δικαίου πέρα από τον πλήρη δικαστικό έλεγχο είναι και η ασφάλεια του δικαίου.

Περαιτέρω, ενώ το τεστ της προσφορότητας και το τεστ της αναγκαιότητας, έχει σχετικά σαφές μοτίβο, η στάθμιση κόστους-οφέλους ή αλλιώς η στάθμιση πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων ή αλλιώς η αναλογία μέσου προς σκοπό δεν έχουν συγκεκριμένες συντεταγμένες. Με άλλα λόγια η αναλογικότητα σε στενή έννοια έχει εγγενώς πολλά πρόσωπα, η εφαρμογή της επαφίεται υπερβολικά στον υποκειμενισμό του εκάστοτε κρίνοντος.

Ο αείμνηστος Καθηγητής Τσακυράκης στο διεθνώς πολύ επιδραστικό άρθρο του για την αναλογικότητα<sup>102</sup>, τεκμηριωμένα κατακρίνει την μηχανιστικότητα, την ουδετερότητα, και εν τέλει την σταθμιστική τυχαιότητα ιδίως του σταδίου της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Αυτά τα χαρακτηριστικά της εργαλειακής υπερστάθμισης τα κριτικάρει ως προβληματικά σε σχέση με την φύση των θεμελιωδών δικαιωμάτων, το ηθικό τους dna και τελικά επικρίνει την αρχή της αναλογικότητας ως προσβλητική των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Το επιχείρημα ότι με τις ατέρμονες σταθμίσεις απόλλυται το ηθικό περιεχόμενο των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι πειστικό. Η μέθοδος γίνεται η ουσία και η ουσία χάνεται στον έλεγχο. Αυτές οι βάσιμες ενστάσεις<sup>103</sup> όμως μπορούν να

---

Zippelius, T. Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, σ. 111επ., V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004.

<sup>98</sup>98 Ο νομοθέτης έχει κατά κανόνα εκτός από την δημοκρατική νομιμοποίηση και καλύτερη, πληρέστερη γνώση των ρυθμιζόμενων θεμάτων. Οπότε ο δικαστής υστερεί και για πρακτικούς λόγους, έλλειψης εποπτείας και εμπειρογνομosύνης. Συμπερασματικά την ορθότητα ενός μέτρου την αποφασίζει ο νομοθέτης και τη νομιμότητα ενός μέτρου έχουν αρμοδιότητα να την εξετάζουν και ο νομοθέτης και ο δικαστής.

<sup>99</sup> Σε πολλές περιπτώσεις είναι εντελώς υποκειμενικό το τι είναι ορθό και τι είναι λάθος, καθώς εξαρτάται και από προσωπικές ιδεολογίες, συμφέροντα, εμπειρίες.

<sup>100</sup> Βλ. και Π. Παυλόπουλος, Το δημόσιο δίκαιο στον αστερισμό της οικονομικής κρίσης, 2013.

<sup>101</sup> Αυτό σημαίνει μεταξύ άλλων κράτος δικαίου: Καμία εξουσία να μην είναι νομικά ανεξέλεγκτη, ούτε ο δημοκρατικά νομιμοποιημένος νομοθέτης.

<sup>102</sup> S. Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, International Journal of Constitutional Law 2009, σ. 468επ.

<sup>103</sup> Στις οποίες, μεταξύ άλλων, στηριζόμαστε, ώστε να οδηγούμαστε στην εδώ υποστηριζόμενη θέση για αφαίρεση του σταδίου της αρχής της αναλογικότητας σε στενή έννοια από το τεστ αναλογικότητας.

διασκεδαστούν με ένα οριακό, πιο σφριγηλό, εντός του ορθόδοξου υπαγωγικού συλλογισμού και με απόλυτο σεβασμό στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια και στον πυρήνα όλων των θεμελιωδών δικαιωμάτων (δηλαδή και ηθικοπολιτικά ευαίσθητο) έλεγχο αναλογικότητας, όπως ο εδώ προτεινόμενος.

Κατά τον έλεγχο τόσο της προσφορότητας όσο και της αναγκαιότητας εξετάζουμε την αναλογικότητα του μέτρου με γνώμονα και τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, και παραμένουμε στα πλαίσια της υπαγωγικής διαδικασίας.

Με την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια α) αποσυνδεόμαστε από την πρωταρχία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, β) μεταφερόμαστε σε γενικευμένο μηχανιστικό δικαστικό έλεγχο, γ) εξελίσσεται ο δικαστής σε εν δυνάμει τελικός νομοθέτης<sup>104</sup> και δ) συσσωρεύεται ανασφάλεια δικαίου. Το νόμισμα έχει δύο όψεις: Από την μια πλευρά έχουμε επί της αρχής πιο εντατικό δικαιοκρατικό έλεγχο της δημοκρατίας. Πρακτικά, από την άλλη μεριά, έχουμε μια νέα κρίση σκοπιμότητας, μια επανεξέταση της ουσίας.

Συνελόντι ειπείν, κατά το ισχύον συνταγματικό και ενωσιακό δίκαιο πιστεύω ότι ο κανόνας αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων α) δεν πρέπει να εμπεριέχει<sup>105</sup> και β) δεν εμπεριέχει<sup>106</sup> την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια, τουλάχιστον καθόσον απευθύνεται στον δικαστή. Εξάιρεση σε αυτή την παραδοχή θα μπορεί να προκύψει αν κατοχυρωθεί ρητώς γενικά ή ειδικά συνταγματικά η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια. Ή εναλλακτικά, εφόσον η αναλογικότητα σε στενή έννοια γίνει δεκτό ότι εδράζεται στην ΕΣΔΑ<sup>107</sup> ή σε άλλως ισχύον διεθνές δίκαιο.

## **9. Η αναγκαιότητα ως τελευταίο στάδιο του ελέγχου αναλογικότητας με δύο υποεκδοχές**

Το επίπεδο της αναγκαιότητας είναι κατά την γνώμη μου το τελευταίο υποστάδιο της συνταγματικής και ενωσιακής αρχής της αναλογικότητας, του εδώ προτεινόμενου ενιαίου μοντέλου. Πριν διευκρινιστεί πώς θα πρέπει να γίνεται διαβαθμισμένα ο έλεγχος αναγκαιότητας, διακρίνοντας δύο κατηγορίες περιπτώσεων, θα τονιστεί συνοπτικά η σημασία της ιδέας της αναγκαιότητας, υπό διαφορετική λειτουργία, και κατά τον έλεγχο της μη παραβίασης της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και του πυρήνα των θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Η αναγκαιότητα είναι κρίσιμη και κατά την εξέταση του άλλου θεμελιακού περιορισμού των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων, της προστασίας του πυρήνα κάθε θεμελιώδους δικαιώματος. Είναι τελικά νομικά θεμιτός κάθε

<sup>104</sup> Έτσι για παράδειγμα η 244/2017 Ολ. ΕΣ.

<sup>105</sup> De lege ferenda.

<sup>106</sup> De lege lata.

<sup>107</sup> Όντως εδράζεται ιδιούτως στο άρθρο 1 του πρώτου προσθέτου πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ όσον αφορά στο θεμελιώδες δικαίωμα στην ιδιοκτησία.

περιορισμός σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα όταν κρίνεται *in concreto* αναγκαίος για την προστασία του πυρήνα ενός συγκρουόμενου θεμελιώδους δικαιώματος ή για την *in concreto* πάντα προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας<sup>108</sup>. Σε αυτό το σημείο δε είναι κομβικό να τονιστεί ότι η εδώ προτεινόμενη εφαρμογή της αναλογικότητας έπεται μεθοδολογικά της εφαρμογής των άλλων περιορισμών των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων, του απαραβίαστου της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και του πυρήνα όλων των συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όμως η διάσταση της αναγκαιότητας εμφανίζεται και στους δύο αυτούς προηγούμενους ελέγχους περιορισμών των περιορισμών<sup>109</sup>. Ο έλεγχος δε της αναλογικότητας παρέλκει καθόσον το ελεγχόμενο μέτρο δεν πληροί τις προδιαγραφές του απαραβίαστου της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και της προστασίας του πυρήνα των περιοριζόμενων-συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Κατά την εξέταση της αναγκαιότητας ως τελευταίου σταδίου του ενιαίου τεστ αναλογικότητας είναι κρίσιμη προλογικά η εξής παρατήρηση: Εφόσον το ελεγχόμενο μέτρο είναι νόμος<sup>110</sup>, θα πρέπει κατά τον έλεγχο της αναγκαιότητας να λαμβάνεται σοβαρά υπόψη η ευρεία δικαιοθετική ευχέρεια του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη<sup>111</sup>. Με άλλα λόγια το ελεγχόμενο νομοθετικό μέτρο που δημοκρατικά έχει τάξει συγκρούσεις μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων, εφόσον α) πληροί τις προδιαγραφές αα) του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και αβ) της προστασίας του πυρήνα όλων των συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων και β) είναι πρόσφορο για την επίτευξη του τιθέμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος ή για την προστασία συγκεκριμένων θεμελιωδών δικαιωμάτων, θα πρέπει γ) να είναι προφανώς (κατάδηλα)<sup>112</sup> μη αναγκαίο για να κρίνεται μη αναλογικό. Με αυτή την θεώρηση συναρμολογούνται α) η αναγκαία για τον έλεγχο αναλογικότητας παράμετρος της ευρείας ευχέρειας του νομοθέτη κατά την επίλυση συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων, β) η

---

<sup>108</sup> Όπως έχει επισημανθεί σε άλλο σημείο (Β. Τζέμος, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων και πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 211επ (214)) κοινός παρανομαστής κάθε μεθόδου επίλυσης συγκρούσεως δικαιωμάτων πρέπει να είναι ότι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια θα παραμείνει απαραβίαστη, όπως και ο πυρήνας (το βασικό περιεχόμενο) κάθε συγκρουόμενου θεμελιώδους δικαιώματος. Αυτό πρακτικά σημαίνει, (πιο αναλυτικά βλ. V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004, σ. 158επ.), ότι οι περιορισμοί σε ένα θεμελιώδες δικαίωμα (ανεξαρτήτως δε εννόμου τάξεως), είναι θεμιτοί, όταν είναι απολύτως αναγκαίοι για την *in concreto* προστασία της με αυτό συγκρουόμενης ανθρώπινης αξιοπρέπειας ή του πυρήνα ενός άλλου, με αυτού συγκρουόμενου θεμελιώδους δικαιώματος. Και αυτός ο συγκεκριμένος και ειδικός έλεγχος αναγκαιότητας της προστασίας της ανθρώπινης αξίας και του πυρήνα (βασικού περιεχομένου) όλων των θεμελιωδών δικαιωμάτων, θα πρέπει να προηγείται μεθοδολογικά του τυχόν νομικά προβλεπόμενου ελέγχου αναλογικότητας.

<sup>109</sup> Βλ. αναλυτικά V. Tzemos, Das Untermaßverbot, 2004, σ. 178επ

<sup>110</sup> Η αντίστοιχα σε επίπεδο ενωσιακού δικαίου κανονισμός, οδηγία ή απόφαση.

<sup>111</sup> Βλ. ενδεικτικά και απόφαση 7/2016 της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου

<sup>112</sup> Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 311/2018 και ΣτΕ Ολομ. 3013, 3016/2014, 3802-3804/2014, 3962/2014, 1210/2010, 3031/2008. Π.χ. στην στενάχωρη εποχή του Covid 19, στην περίπτωση των με ΠΝΠ θεσπιζόμενων περιοριστικών σε θεμελιώδη δικαιώματα μέτρων για την προστασία της ζωής και της υγείας, η δικαστική εξουσία θα κληθεί να εξετάσει την πρόδηλη μη αναγκαιότητα των μέτρων. Τα μέτρα αυτά στην Ελλάδα, με τα δεδομένα που έχουμε σήμερα, αν και πολύ περιοριστικά θεμελιωδών δικαιωμάτων, πληρούν τις προδιαγραφές της αναγκαιότητας. Η προσωρινότητά τους και η τεκμηρίωσή τους σε ιατρικά-επιστημονικά δεδομένα, θεμελιώνουν την αναγκαιότητά τους για την προστασία της ζωής και της υγείας.

θέση για δικαστικό αυτοπεριορισμό κατά τον έλεγχο της νομοθεσίας, έτσι ώστε ο δικαστικός έλεγχος να μην παραβιάζει την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και την δημοκρατική αρχή, γ) η ανάγκη για δικαιοκρατικό (δηλαδή αποτελεσματικό, πλήρη αλλά αμιγώς νομικό και όχι ουσιαστικό) δικαστικό έλεγχο αντισυνταγματικότητας (αντίθεσης στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο) της νομοθεσίας με γνώμονα τα θεμελιώδη δικαιώματα και δ) η ζυγοστάθμιση ενός συνεκτικού μοντέλου αναλογικότητας. Το μοντέλο αυτό αναγκαιότητας σέβεται ισόρροπα και τις δημοκρατικές και τις δικαιοκρατικές συνιστώσες του δικαστικού ελέγχου αντισυνταγματικότητας-αντίθεσης στο ενωσιακό δίκαιο.

Το στάδιο της αναγκαιότητας είναι το πιο κρίσιμο στον έλεγχο αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Είναι και δύσκολο πολύ στην εφαρμογή του συγκριτικά με το στάδιο της προσφορότητας<sup>113</sup>. Αυτό συμβαίνει κυρίως γιατί κατά την γνώμη μου αναπτύσσονται δύο βασικά μοντέλα ελέγχου αναγκαιότητας. Σύμφωνα με το πρώτο μοντέλο, με την αναγκαιότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων αναζητείται το λιγότερο περιοριστικό του θιγόμενου θεμελιώδους δικαιώματος πρόσφορο μέτρο. Ακριβέστερα στο επίπεδο της αναγκαιότητας ερευνάται αν το κρινόμενο νομοθετικό ή διοικητικό μέτρο είναι το λιγότερο επαχθές από τα πρόσφορα. Έχουμε έναν αυστηρό έλεγχο δηλαδή αναγκαιότητας προς εύρεση του ενός μοναδικού αναγκαίου περιοριστικού μέτρου μεταξύ των πολλών πρόσφορων. Η αυστηρή έννοια της αναγκαιότητας, παρομοίως προς την αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια<sup>114</sup>, καθόσον το ελεγχόμενο μέτρο ερείδεται σε τυπικό νόμο ή παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, έρχεται σε τριβή με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και την δημοκρατική αρχή, αλλά και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Καταλείπει ευρύ δικαιοθετικό χώρο στον δικαστή και αφαιρεί αντίστοιχα κατ' αποτέλεσμα νομοθετική ευχέρεια από τη νομοθετική λειτουργία. Αντίθετα, ο αυστηρός έλεγχος αναγκαιότητας, ως πιο πλήρης δικαιοκρατικός έλεγχος, προσιδιάζει στον δικαστικό έλεγχο των διοικητικών πράξεων και ιδίως της διακριτικής ευχέρειας της περιοριστικής δημόσιας διοίκησης. Επίσης είναι κατά την γνώμη μου ο κανόνας<sup>115</sup> συνταγματικού και πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου που απευθύνεται προς το νομοθέτη και την εκτελεστική λειτουργία. Σύμφωνα με το δεύτερο μοντέλο εξετάζεται αν το περιοριστικό ενός δικαιώματος μέτρο είναι, όχι αυστηρά αναγκαίο, αλλά πιο ελαστικά, προδήλως μη αναγκαίο. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι δεν αναζητείται, για την κατάφαση της συμφωνίας με την αρχή της αναλογικότητας, ο χαρακτηρισμός του ελεγχόμενου περιοριστικού μέτρου ως του ενός και μοναδικού πιο ήπιου (λιγότερο επαχθούς) από τα πρόσφορα περιοριστικά μέτρα. Ερευνάται αν το μέτρο είναι αναγκαίο υπό την έννοια ότι είναι και πρόσφορο και ήπιο. Καταφάσκεται δηλαδή ότι είναι ένα από πιο ήπια (λιγότερο επαχθή

<sup>113</sup> Έτσι και Α. Γέροντας, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων, σε: Ξ. Κοντιάδης (Επιμ.), Πέντε χρόνια από την Συνταγματική Αναθεώρηση του 2001, Τόμος Α, 2006, σ. 461επ. (474επ.).

<sup>114</sup> Βλ. ανωτέρω κεφάλαιο 8.

<sup>115</sup> Απορρέων από το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος και το άρθρο 52 παρ. 1 του ΧΘΔΕΕ.



μέτρα) μέτρα. Δεν είναι προδήλως μη αναγκαίο<sup>116</sup>. Η οδός αυτή έχει το πλεονέκτημα ότι ρεαλιστικά αναζητείται η ηπιότητα ενός μέτρου και όχι το δύσκολο τεκμηριώσιμο, αλλά κυρίως δυσχερώς συμβιβάσιμο με την ευρεία «διαμορφωτική αρμοδιότητα» της νομοθετικής λειτουργίας, ένα και μοναδικό<sup>117</sup> λιγότερο επαχθές πρόσφορο μέσο. Καθόσον ελέγχεται δικαστικά τυπικός νόμος ή παράγωγο ενωσιακό δίκαιο, αυτό το μοντέλο αναγκαιότητας είναι σύμφωνο με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών, την δημοκρατική αρχή και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Συνοψίζοντας, α) ο υποκανόνας της αναγκαιότητας ως συνταγματικός και ενωσιακός κανόνας που απευθύνεται στον εθνικό και ενωσιακό νομοθέτη και στην εκτελεστική λειτουργία απαιτεί την υλοποίηση του λιγότερου επαχθούς<sup>118</sup> μέτρου από τα «διαθέσιμα» πρόσφορα μέτρα για τη επίτευξη του συγκεκριμένου θεμιτού νομικά δημοσίου σκοπού, β) ο ίδιος υποκανόνας της «πλήρους αναγκαιότητας» πρέπει να εφαρμόζεται καθόσον ο δικαστής ελέγχει την αναλογικότητα διοικητικών πράξεων που εκδόθηκαν κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας, γ) ο υποκανόνας της «πρόδηλης αναγκαιότητας» θα πρέπει να εφαρμόζεται από την δικαστική λειτουργία καθόσον ελέγχεται από τον αρμόδιο έλληνα ή ενωσιακό δικαστή η αναλογικότητα εθνικών νόμων, παραγωγού ενωσιακού δικαίου, πράξεων νομοθετικού περιεχομένου και κανονιστικών διοικητικών πράξεων.

Συμπληρωματικά επισημαίνεται ότι αν τα συγκρουόμενα θεμελιώδη δικαιώματα είναι περισσότερα από δυο, η κρίση περί αναγκαιότητας πρέπει να εκφέρεται συνολικά, αλλά πάντα αιτιολογημένα<sup>119</sup>.

Συνοψίζοντας, ο δικαστής πρέπει να ελέγχει την αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Είναι αρμόδιος και οφείλει εκ του θεσμικού του ρόλου να επιλύει δικαιωματοκεντρικά *in concreto* προηγουμένως νομοθετικά ή διοικητικά γενικά διαμορφωθείσες λύσεις<sup>120</sup> επί συγκρούσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων. Όμως πάντα με μέτρο τους υπερνομοθετικής ισχύος κανόνες δικαίου που αρμονικά και από την δημοκρατική και από την δικαιοκρατική τους καταβολή του απαγορεύουν, έστω και συγκεκριμένα, να υποκαθιστά το νομοθέτη σε κρίσεις σκοπιμότητας, ουσίας. Το κλειδί λοιπόν για την εδώ υποστηριζόμενη απάλειψη του σταδίου της αναλογικότητας σε στενή έννοια ως κανόνα δικαίου που απευθύνεται στον δικαστή, είναι ότι ο δικαστής δεν λειτουργεί με γνώμονα την σκοπιμότητα. Οι κρίσεις σκοπιμότητας είναι το αποκλειστικό πεδίο του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη και της με

---

<sup>116</sup> Βέβαια οφείλουμε να παραδεχτούμε ότι και η κρίση περί του προδήλως μη αναγκαίου ενέχει αρκετά στοιχεία υποκειμενισμού. Συμπυκνώνει όμως και το πρόταγμα του δικαστικού αυτοπεριορισμού ως περιοριστικό παράγοντα του δικαστικού ακτιβισμού. Βλ. και Β. Τζέμος, Ο δικαστικός ακτιβισμός και το Δικαστήριο της ΕΕ, ΘΠΔΔ, 7/2010 και σε: Τιμητικό Τόμο για τον Καθηγητή Πέτρο Παραρά, 2012.

<sup>117</sup> Βλ. στο ίδιο μήκος κύματος την εύστοχη κριτική στην δικαστική αναζήτηση του ενός και μοναδικού αναλογικού μέτρου σε R. Zippelius, T. Wuertenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 2005, σ. 112 με περαιτέρω παραπομπές.

<sup>118</sup> Όσον αφορά στον περιορισμό όλων των διακυβευόμενων (συρρεόντων και συγκρουόμενων) θεμελιωδών δικαιωμάτων.

<sup>119</sup> Βλ. ενδεικτικά 244/2017 Ολ. ΕΣ.

<sup>120</sup> Η και προηγουμένως συγκεκριμένα διαμορφωθείσα λύση από άλλο δικαστήριο.

νομοθετική εξουσιοδότηση κανονιστικώς δρώσας διοίκησης, εν τέλει δε και της συγκεκριμένα κατά ουσιαστική-τεχνική κρίση *in concreto* αποφασίζουσας διοίκησης. Με αυτά τα δεδομένα η αρχή της αναλογικότητας σε στενή έννοια δεν είναι νομικός κανόνας δικαίου που απευθύνεται στον δικαστή. Είναι αρχή καλής νομοθέτησης που απευθύνεται στο νομοθέτη και στην κανονιστικώς δρώσα διοίκηση. Είναι επίσης υποεκδοχή χρηστής διοίκησης<sup>121</sup> κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της δημόσιας διοίκησης. Ο νομικός (συνταγματικός, ενωσιακός και στην ΕΣΔΑ<sup>122</sup> εδραζόμενος) υπερνομοθετικής ισχύος κανόνας αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων εξαντλείται στον έλεγχο της αναγκαιότητας<sup>123</sup> του κρατικού περιοριστικού μέτρου.

## 10. Τελικά συμπεράσματα

Μήπως οι διαφορετικές δικαστικές τεχνικές αναλογικότητας έχουν τον λόγο τους; Καθόσον βέβαια, όπως τονίστηκε, τηρούνται οι κανόνες-πυλώνες του άρθρου 25 Σ και 52 του ΧΘΔΕΕ, που όντως δεν προδιαγράφουν ρητά τα βήματα του τεστ αναλογικότητας. Μήπως στην μετεξέλιξη της αναλογικότητας των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων από άγραφη αρχή σε υπερνομοθετικής ισχύος κανόνα με πολλές νομικές βάσεις (Σύνταγμα, ΕΣΔΑ, ΣΥΝΘΕΕ, Χάρτης) είναι χρήσιμος ο δικαιολογημένος πλουραλισμός των δικαστικών τεχνικών υλοποίησης του κανόνα; Η μήπως το ένα, ενιαίο, όσο γίνεται απλό μοτίβο είναι η ορθή νομική και δικαιοπολιτική λύση; Υποστηρίζω, μετά από έντονο προβληματισμό, το δεύτερο.

Η αρχή της αναλογικότητας σε μια δημοκρατικά και δικαιοκρατικά ζυγισταθμισμένη της εφαρμογής ολοκληρώνει την αρχή της νομιμότητας. Αρτιώνει το υπαγωγικό συλλογισμό και, τουλάχιστον κατά την εδώ σκιαγραφούμενη υλοποίησή της, δεν τον ανατρέπει.

Η αρχή της αναλογικότητας πρέπει πάντα να συνεξετάζεται με την παραδοχή της ευρείας δικαιοθετικής ευχέρειας του δημοκρατικά νομιμοποιημένου νομοθέτη. Εν αμφιβολία πρέπει να τασσόμεθα υπέρ της αναλογικότητας μιας νομοθετικής ρύθμισης. Υπό αυτή και μόνο την έννοια υιοθετούμε τις δικαστικές κρίσεις περί «προφανούς/πρόδηλης μη αναγκαιότητας». Υπό αυτή την έννοια βρίσκουν και τα δικαιοπολιτικά τους ερείσματα οι θέσεις περί δικαστικού αυτοπεριορισμού.

Είναι επίσης κρίσιμο ότι η αρχή της αναλογικότητας δεν δύναται να ανατρέπει σαφείς και ειδικές συνταγματικές ρυθμίσεις. Δεν είναι για παράδειγμα δογματικά

---

<sup>121</sup> Για την αρχή της χρηστής διοίκησης βλ. ενδεικτικά Β. Τζέμος, Σνήγορος του Πολίτη, 2012, σ. 105επ., ο ίδιος, Η «σύννομη κακοδιοίκηση», ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2017 ([www.publiclawjournal.com](http://www.publiclawjournal.com)), σ. 95επ. με περαιτέρω παραπομπές.

<sup>122</sup> Βλ. και το άρθρο 52 παρ. 3 του ΧΘΔΕΕ.

<sup>123</sup> Υπό τις άνω, στην παράγραφο 8, διακρίσεις περιπτώσεων.

ορθό<sup>124</sup> ότι η αρχή της αναλογικότητας μπορεί να αλλοιώνει το περιεχόμενο της μάλλον αχρείαστης, βερμπαλιστικής<sup>125</sup>, κριθείσας ως αντίθετης με το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο<sup>126</sup>, αλλά ρητής και ειδικής ρύθμισης του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος<sup>127</sup>.

Η αρχή της αναλογικότητας, όπως εύστοχα σημειώθηκε<sup>128</sup>, εξελίσσεται σε μια «διάμεσο» της ελληνικής συνταγματικής τάξης και της ενωσιακής τάξης, αλλά και της ΕΣΔΑ. Ο κανόνας αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι ενιαίος στο ελληνικό συνταγματικό και στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Αποτελεί κορυφαία νομική παράμετρο συνταγματικής σύγκλισης.

Με την εποχή της αναλογικότητας σημειώνεται μια σημαντική πρόοδος στο κράτος δικαίου και στην πραγματική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων σε σχέση με την προηγούμενη περίοδο του δημοσίου συμφέροντος<sup>129</sup>. Μετά την ενθουσιώδη υποδοχή με την γενέθλιο απόφαση του ΣτΕ, η συνέχεια δόθηκε με τη συνταγματική και ενωσιακή ρητή κατοχύρωση-καταξίωση. Ήταν μακρά και ενδιαφέρουσα η φάση της νομολογιακής πολυχρωμίας. Τα θεμελιώδη δικαιώματα από δόγμα και υψιπετής γενική θεωρία δικαίου εξελίχθηκαν με την προσθήκη της αναλογικότητας και σε εφαρμοσμένο διοικητικό δίκαιο. Είναι όμως πλέον πιο χρήσιμα από ποτέ α) η συνειδητοποίηση της ενότητας του κανόνα δικαίου αναλογικότητα στο συνταγματικό και στο ενωσιακό δίκαιο, β) το ενιαίο και απλό τεστ αναλογικότητας και γ) η πρακτική ζυγοστάθμιση της αρχής της αναλογικότητας με το οργανωτικό συνταγματικό δίκαιο και την αρχή της ασφάλειας του δικαίου. Με την αναλογικότητα σε στενή έννοια ο δικαστής υποστασιοποιεί την αποτελεσματική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Κορυφώθηκε δε ο δικαιοκρατικός έλεγχος του νομοθέτη και της διοίκησης. Χρειάζεται όμως μία διόρθωση με γνώμονα το οργανωτικό συνταγματικό δίκαιο και ιδίως με την δημοκρατική αρχή και την αρχή της διάκρισης των εξουσιών. Ιδίως καθόσον με τον εντατικό έλεγχο αναλογικότητας η νομοθετική λειτουργία

---

<sup>124</sup> Αν και είναι δικαιοπολιτικά εύστοχο.

<sup>125</sup> Βλ. αναλυτικά Β. Τζέμος, Ο Βασικός Μέτοχος, 2006, με περαιτέρω παραπομπές.

<sup>126</sup> Βλ. Β. Τζέμος, Βασικός Μέτοχος - Αναλογικότητα Σημειώσατε 2, Σχόλιο στην από 16.12.2008 απόφαση του ΔΕΚ για τον «Βασικό Μέτοχο», ΔιΜΕΕ 2008, σ. 536επ.

<sup>127</sup> Έτσι όμως έκρινε κατ' αποτέλεσμα η απόφαση 3470//2011 του ΣτΕ για τον Βασικό Μέτοχο. Σύμφωνα με την σκέψη 9 «...ερμηνευόμενη η επίμαχη διάταξη του άρθρου 14 παρ. 9 του Συντάγματος, ως έχουσα, δηλαδή, την έννοια ότι απαγορεύει την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως σε διαγωνιζόμενο αποκλειστικώς και μόνον εκ γεγονότος ότι στο πρόσωπο του συντρέχει μια εκ των ασυμβιβάστων ιδιοτήτων, θα ήταν αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί αρχή τόσο της ελληνικής εννόμου τάξεως (κατοχυρούμενη, μάλιστα από το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ. 1 τελευταία περίοδο)...».

<sup>128</sup> Δ. Νικηφόρος, Η αρχή της αναλογικότητας ως διάμεσος της εθνικής και της ενωσιακής έννομης τάξης, 2012.

<sup>129</sup> Για το δημόσιο συμφέρον βλ. ενδεικτικά Ε. Βενιζέλος, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, 1990, Π. Λαζαράτος, Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης, ΘΠΔΔ 2013, σ. 684επ, Β. Τζέμος, Δημοκρατικό κράτος δικαίου, δυσχερή οικονομικά δεδομένα και συνταγματική ρήτρα «χρεοφρένου», ΘΠΔΔ 2011, σ.496επ.

τίθεται υπό διαρκή δικαστηριακή αμφισβήτηση, υπό νομολογιακή επιτροπεία. Ο δικαστής δεν επιτρέπεται να αποφαινεται περί της σκοπιμότητας, δεν είναι πολιτειολογικά ορθό να χαράσσει πολιτική διαφορετική από τη νομοθετική και την εκτελεστική λειτουργία.

Η εδώ προτεινόμενη «ενιαία αναλογικότητα-αναγκαιότητα» διατηρεί σημαντικό μέρος της δικαιοκρατικής προστιθέμενης αξίας του ελέγχου αναλογικότητας, επιδιαιλεύοντας συμμετρία στις «γραμμές» των δημοσίων λειτουργιών. Συνεπάγεται μια αναλογική έκπτωση στα πολυτελή δικαιοκρατικά standards.

# ΑΡΜΟΔΙΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΛΥΣΗ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΠΟΥ ΑΝΑΚΥΠΤΟΥΝ ΣΤΟ ΣΤΑΔΙΟ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

Κλεοπάτρα Καλλικάκη, Εφέτης Δ.Δ., Δ.Ν., Μέλος Ε.Ε.Δ.

## 1. Εισαγωγή

Με το Σύνταγμα του 1975 προβλέφθηκε η δημιουργία ολοκληρωμένου συστήματος διοικητικής δικαιοσύνης. Η εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας ανατέθηκε στα υφιστάμενα διοικητικά δικαστήρια, ενώ το Συμβούλιο της Επικρατείας διατήρησε (εκτός εξαιρέσεων) την ακυρωτική του αρμοδιότητα. Σταδιακά με τα νομοθετήματα που ακολούθησαν και κυρίως το νόμο 1406/1983 και άλλους μεταγενέστερους, τα διοικητικά δικαστήρια απέκτησαν γενική δικαιοδοσία για τις διοικητικές διαφορές ουσίας<sup>1</sup>, αλλά και εκτεταμένη αρμοδιότητα σε ακυρωτικές διαφορές. Μεταξύ των διοικητικών διαφορών ουσίας που ανατέθηκαν στα διοικητικά δικαστήρια ήταν και οι αναφερόμενες κατά την εφαρμογή της νομοθεσίας σχετικά με τις διοικητικές συμβάσεις (άρθρο 1 παρ.2 περ.ι ν.1406/1983), για τις οποίες ορίστηκε ότι δικάζονται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό από το τριμελές διοικητικό εφετείο (άρθρο 7 παρ.2 ν.1406/1983). Παρεμφερής διάταξη εισήχθη και στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (άρθρο 6 παρ.2), με την οποία επίσης προβλέφθηκε αρμοδιότητα του διοικητικού εφετείου για την εκδίκαση διαφορών από διοικητικές συμβάσεις.

Παρά όμως την εκ πρώτης όψεως σαφήνεια των πιο πάνω διατάξεων, ο προσδιορισμός του αρμόδιου δικαστηρίου για την επίλυση των συγκεκριμένων διαφορών αποδείχθηκε στην πράξη αρκετά προβληματικός. Προβλήματα ανακύπτουν τόσο σε σχέση με τη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, όσο και αναφορικά με τον προσδιορισμό του αρμόδιου διοικητικού δικαστηρίου για την επίλυση της συγκεκριμένης διοικητικής διαφοράς.

Σκοπός της παρούσας εισήγησης είναι, αφού παρουσιάσει το ισχύον νομικό καθεστώς, μετά και τις πρόσφατες νομοθετικές εξελίξεις, να αναδείξει τα σχετικά ανακύπτοντα ζητήματα και τον τρόπο αντιμετώπισής τους μέσα από πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και των διοικητικών δικαστηρίων.

## 2. Έννοια και οριοθέτηση διοικητικής σύμβασης

Ο όρος διοικητική σύμβαση (κατά μετάφραση του γαλλικού όρου “contrat administratif”), αναφέρεται στις διατάξεις των άρθρων 1 παρ.2 του ν.1406/1983, 6 παρ.2 του ΚΔΔ, αλλά και 22 του ΚΔΔ/σίας, ενώ χρησιμοποιείται από καιρό τόσο στη θεωρία του διοικητικού δικαίου, όσο και στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και των διοικητικών δικαστηρίων<sup>2</sup>.

Σύμφωνα με τα κριτήρια που έχει θέσει η νομολογία, η σύμβαση θεωρείται διοικητική, εάν πληρούνται, σωρευτικώς, οι εξής προϋποθέσεις: α) ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη είναι το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, β) με τη σύναψη της σύμβασης επιδιώκεται η εξυπηρέτηση σκοπού, τον οποίο ο νόμος έχει αναγάγει σε σκοπό δημοσίου συμφέροντος, και γ) το Ελληνικό Δημόσιο ή το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, είτε βάσει του κανονιστικού καθεστώτος που διέπει τη

<sup>1</sup> Επ.Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», 12<sup>η</sup> έκδοση, τόμος ΙΙ, σελ.14-17

<sup>2</sup> Επ.Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», 12<sup>η</sup> έκδοση, τόμος Ι, σελ.204

σύμβαση είτε βάσει ρητρών, οι οποίες προβλέπονται κανονιστικώς και έχουν περιληφθεί στη σύμβαση, αποκλίνουν δε από το κοινό δίκαιο, ευρίσκεται, προς ικανοποίηση του εν λόγω σκοπού, σε υπερέχουσα θέση έναντι του αντισυμβαλλομένου του, δηλαδή σε θέση που δεν προσιδιάζει στον δυνάμει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου συναπτόμενο συμβατικό δεσμό<sup>3</sup>.

Ευρύτερος είναι ο όρος “δημόσιες συμβάσεις”, ο οποίος αντλείται τόσο από το ενωσιακό δίκαιο, όσο και από το εθνικό δίκαιο μεταγραφής (π.δ/τα) και ο οποίος αναφέρεται σε όλες τις συμβάσεις που συνάπτει η Διοίκηση με την ευρεία έννοια, είτε πρόκειται για διοικητικές συμβάσεις, είτε για ιδιωτικές<sup>4</sup>. Με τον όρο αυτό βέβαια δεν νοούνται όλες οι συμβάσεις που συνάπτει το Κράτος, οι φορείς της τοπικής αυτοδιοίκησης και τα νομικά πρόσωπα (δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου) που ελέγχονται από τους παραπάνω φορείς, αλλά μόνο αυτές που αφορούν την εκτέλεση τεχνικών έργων, την προμήθεια προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών<sup>5</sup>. Ο συγκεκριμένος όρος χρησιμοποιείται, μεταξύ άλλων, στον ν.4412/2016, με την παράγραφο 5 του άρθρου 2 του οποίου ορίζονται ως δημόσιες συμβάσεις και ως συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, “οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/ αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών”<sup>6</sup>.

### **3.Δικαιοδοσία διοικητικών δικαστηρίων**

Η οριοθέτηση της διοικητικής σύμβασης έχει ιδιαίτερη σημασία, καθώς, όπως είναι γνωστό, στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, δεν ανήκει η επίλυση όλων των διαφορών που αναφύονται κατά το στάδιο εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων αλλά κατ' αρχήν, η εκδίκαση των διαφορών, που ανακύπτουν από διοικητική σύμβαση. Μέχρι πρότινος μάλιστα όλες οι απορρέουσες από την εκτέλεση συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου διαφορές υπάγονταν αδιακρίτως στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων<sup>7</sup>. Έτσι, για την κατάφαση της δικαιοδοσίας των διοικητικών δικαστηρίων σε διαφορά από την εκτέλεση οποιασδήποτε σύμβασης με δημόσιο φορέα, ήταν αναγκαία η έρευνα συνδρομής των προαναφερόμενων προϋποθέσεων χαρακτηρισμού της σύμβασης ως διοικητικής.

Ήδη βέβαια με τις νεότερες διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 175 και της παραγράφου 11 του άρθρου 198 του ν.4412/2016, όπως οι διατάξεις αυτές αντικαταστάθηκαν, αντίστοιχα, από τα άρθρα 21 και 22 του ν.4491/2017 (ΦΕΚ Α 152/13.10.2017) καθιερώθηκε ενιαία δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων για όλες τις διαφορές από δημόσια έργα και από δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών κλπ. συναφών υπηρεσιών, ανεξάρτητα από τον χαρακτήρα της σύμβασης, ως διοικητικής ή ως ιδιωτικού δικαίου. Οι συγκεκριμένες διατάξεις εισήχθησαν με τροπολογία στο σχέδιο του πιο πάνω νόμου (4491/17). Στόχος ήταν η ενιαία εφαρμογή της νομοθεσίας των δημοσίων έργων (και μελετών) και η ενιαία αντιμετώπιση των σχετικών υποθέσεων από τα διοικητικά δικαστήρια, προς ενίσχυση

<sup>3</sup> βλ. ΑΕΔ 2, 7/2017, 1/2016, 11/2013, 3/2012, 28/2011, 21/2009, 6/2007, ΣτΕ 804/2018, 1989/2014 κ.α.

<sup>4</sup> Δημήτριος Ράκος, “Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων”, Β έκδοση Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΘΗΝΑ-ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 2017, σελ.9 επ.

<sup>5</sup> Χ. Μητκίδης, Σύμβαση Εκτέλεσης Δημοσίου Έργου, 2017, σελ. 5.

<sup>6</sup> βλ. όμοιο ορισμό στις διατάξεις του άρθρου 2 παρ.1 επρ.5 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (ΕΕΕΕ L 94/65/28-3-14)

<sup>7</sup> π.χ.ΣτΕ 804/2018 κ.α.

της ασφάλειας δικαίου<sup>8</sup>. Είχε παρατηρηθεί ότι η διχοτόμηση της δικαιοδοσίας στις διαφορές από την εκτέλεση δημόσιων συμβάσεων έργων (και μελετών) είχε ως συνέπεια να εκδίδονται αποφάσεις πολιτικών και διοικητικών δικαστηρίων για την ερμηνεία των ίδιων διατάξεων και τα ίδια θέματα να κρίνονται συχνά με διαφορετικό τρόπο. Τούτο είχε ως αποτέλεσμα οι αναφερόμενες διαφορές να επιλύονται τελικά από το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο, κάτι που προκαλούσε ανασφάλεια δικαίου<sup>9</sup>. Οι πιο πάνω διατάξεις εφαρμόζονται σε όλα τα ένδικα βοηθήματα που ασκούνται μετά τη 1-11-2017, ανεξάρτητα από τον χρόνο σύναψης της οικείας σύμβασης<sup>10</sup>, ενώ δεν καταλαμβάνουν ένδικα βοηθήματα που ασκήθηκαν πριν από την ημερομηνία αυτή<sup>11</sup>. Οι διατάξεις αυτές αναπόφευκτα οδηγούν σε αύξηση του όγκου των υποθέσεων που εκδικάζονται από τα διοικητικά εφετεία. Για τον λόγο αυτό άλλωστε προβλέφθηκε παράλληλα, με το άρθρο 25 του ν.4491/2017, αύξηση των οργανικών θέσεων εφετών και προέδρων εφετών. Κατά τα λοιπά όμως δεν φαίνεται να δημιουργούν προβλήματα, ενόψει του ότι τα διοικητικά εφετεία καλούνται να εφαρμόσουν και στις συγκεκριμένες διαφορές (τις προερχόμενες από δημόσιες συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου) τις ίδιες διατάξεις με αυτές που εφαρμόζουν στις προερχόμενες από συμβάσεις δημοσίου δικαίου διαφορές (ν.4412/16). Είναι βέβαια αυτονόητο ότι ο χαρακτήρας των συγκεκριμένων διαφορών ως ιδιωτικού δικαίου επιβάλλει τη διαφορετική αντιμετώπιση ορισμένων ζητημάτων σε σχέση με τις αντίστοιχες διαφορές δημοσίου δικαίου<sup>12</sup>.

Πάντως, οι νέες ρυθμίσεις αφορούν μόνο τις συμβάσεις δημοσίων έργων και μελετών και δεν καταλαμβάνουν τις λοιπές δημόσιες συμβάσεις (π.χ. προμηθειών), για τις οποίες εξακολουθεί να διαδραματίζει σημαντικό ρόλο η διάκρισή τους ως διοικητικών ή ιδιωτικών, προς εξεύρεση του αρμόδιου δικαστηρίου (διοικητικού ή πολιτικού, αντίστοιχα) για την επίλυση των σχετικών διαφορών.

Η φύση της σύμβασης ως διοικητικής ή ιδιωτικής καθορίζει τη δικαιοδοσία του δικαστηρίου και στις διαφορές από αδικαιολόγητο πλουτισμό του Δημοσίου ή ν.π.δ.δ., για τις οποίες γίνεται δεκτό ότι υπάγονται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, όταν η υποκείμενη σχέση που προκάλεσε τον πλουτισμό είναι σχέση δημοσίου δικαίου<sup>13</sup>.

Στη δικαιοδοσία των διοικητικών και όχι των πολιτικών δικαστηρίων υπάγεται και η εκδίκαση αγωγών που ασκούνται από το Δημόσιο (ή ν.π.δ.δ. κλπ.) κατά αντισυμβαλλομένου ιδιώτη, εφόσον οι σχετικές αξιώσεις απορρέουν από την εκτέλεση διοικητικής σύμβασης. Κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας<sup>14</sup>, εφόσον ο νόμος 1406/1983 περιέλαβε στις υπαγόμενες στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων διοικητικές διαφορές ουσίας αδιάστικτα τις διαφορές που αναφέρονται κατά την εφαρμογή της νομοθεσίας που αφορά τις διοικητικές συμβάσεις, ανεξάρτητα από το πρόσωπο του εναγομένου, μολοντί ο ίδιος νόμος στο άρθρο 2, καθώς και τα άρθρα 63, 65 και 71 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας αναφέρονται σε άσκηση προσφυγών και αγωγών μόνον κατά

<sup>8</sup>βλ.σχ.αιτιολογική έκθεση τροπολογίας

<sup>9</sup>Ν.Παπαθανασίου, “Η έννομη προστασία του αναδόχου μελετητή από βλαπτικές πράξεις της διοίκησης κατά την εκτέλεση δημόσιων συμβάσεων εκπόνησης μελετών και συναφών υπηρεσιών υπό το καθεστώς του Ν.4412/2016”, ΘΠΔΔ 2018,σελ.610-611

<sup>10</sup> Βλ.σχ.άρθρο 28 ν.4491/2017

<sup>11</sup>Εφ.Δυτ.Μακεδονίας 73/2018, Δ.Εφ.Αθ.3391/1018

<sup>12</sup>π.χ.δεν μπορεί να αποκλείεται η εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ για τον λόγο ότι αφορά άσκηση ιδιωτικών δικαιωμάτων (π.χ. Δ.Εφ.Αθ.4664/2018 κ.α.)

<sup>13</sup> ΑΕΔ 11,12/2013, 7/2017 κ.α.

<sup>14</sup>ΣτΕ 3814/2003, 870/2016 κ.α.

του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ. και των Ο.Τ.Α. και όχι κατά ιδιωτών, η ρύθμιση αυτή, που αφορά το συνήθως συμβαίνον, δεν αποκλείει την εκ μέρους των διοικητικών δικαστηρίων επίλυση διαφορών από διοικητικές συμβάσεις, κατόπιν αγωγής του Δημοσίου, Ν.Π.Δ.Δ. ή Ο.Τ.Α. κατά του αντισυμβαλλομένου ιδιώτη, η οποία, ελλείψει ειδικότερης ρύθμισης, δικάζεται κατ' ανάλογη εφαρμογή του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας.

Η δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων διατηρείται ακόμη και όταν εκχωρηθεί η προερχόμενη από διοικητική σύμβαση αξίωση του αναδόχου, διότι στην περίπτωση αυτή ο εκδοχέας δεν ενεργεί ως τρίτος αλλά ενασκει την απαίτηση του εκχωρητή και ως εκ τούτου δεν μεταβάλλεται η φύση της απαίτησης<sup>15</sup>.

Τέλος, πρέπει να επισημανθεί ότι δεν υφίσταται δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, όταν η σύμβαση περιέχει ρήτρα επίλυσης των σχετικών διαφορών με διαιτησία. Όπως άλλωστε έχει κριθεί<sup>16</sup>, η υπαγωγή σε διαιτησία μιας διαφοράς, η οποία προέρχεται από έννομη σχέση δημοσίου δικαίου, με συμφωνία μεταξύ Διοίκησης και διοικούμενου, δεν απαγορεύεται από το Σύνταγμα. Η δικαιοδοσία όμως του διαιτητικού οργάνου δεν περιλαμβάνει και εξουσία ακύρωσης διοικητικής πράξης, εξουσία που επιφυλάσσεται από το Σύνταγμα υπέρ των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων. Τα τελευταία μπορούν σε κάθε περίπτωση να ελέγχουν την υπέρβαση των ορίων της δικαιοδοσίας του διαιτητικού οργάνου. Ήδη πάντως με τη νέα διάταξη του άρθρου 176 του ν.4412/2016 η διαιτησία εισήχθη ρητά ως καθεστώς επίλυσης των διαφορών που ανακύπτουν κατά την εκτέλεση δημοσίων έργων, ενώ ορίστηκε ότι η διαιτητική ρήτρα μπορεί να εισάγεται στις συμβάσεις δημοσίων έργων, μετά από γνώμη του αρμόδιου τεχνικού έργου.

#### **4. Κριτήρια διοικητικής σύμβασης**

##### **4.α. Φύση νομικού προσώπου**

Όπως ήδη εκτέθηκε, η νομολογία του ΑΕΔ και του ΣτΕ υιοθετεί το τυπικό, οργανικό κριτήριο, προκειμένου να χαρακτηρίσει μια σύμβαση ως διοικητική και να την υπαγάγει στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων, απαιτώντας ένα από τα συμβαλλόμενα μέρη να είναι το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου. Τούτο εκ πρώτης όψεως φαίνεται αναγκαίο αφού μόνο τα πρόσωπα αυτά μπορούν να εκδώσουν εκτελεστές διοικητικές πράξεις προσβλητές με αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας<sup>17</sup>. Ωστόσο, έχει υποστηριχθεί ότι το κριτήριο αυτό είναι ανακριβές, αφού αγνοεί πλήρως τη σύγχρονη διοικητική πραγματικότητα στη χώρα μας. Κατά την άποψη αυτή ορθό είναι το λειτουργικό κριτήριο που προσανατολίζεται όχι στη νομική μορφή του συμβαλλομένου αλλά στην άσκηση ή μη δημόσιας εξουσίας από αυτόν<sup>18</sup>.

Μέχρι πρότινος το τυπικό κριτήριο έβρισκε εφαρμογή σε όλες τις δημόσιες συμβάσεις, συμπεριλαμβανομένων και των συμβάσεων δημοσίων έργων και μελετών. Έτσι, συμβάσεις δημοσίων έργων με αντισυμβαλλόμενη δημοτική επιχείρηση, κατά τη νομολογία, δεν είχαν από τη φύση τους διοικητικό χαρακτήρα<sup>19</sup>, χωρίς να ασκει οιαδήποτε επιρροή το γεγονός ότι στις συμβάσεις αυτές ως κύριος του έργου, για λογαριασμό του οποίου τούτο εκτελούνταν, αναφερόταν ν.π.δ.δ. (Δήμοι)<sup>20</sup>. Ήδη

<sup>15</sup> ΑΕΔ 2/2002, ΣτΕ 2870/2013 κ.α.

<sup>16</sup> ΑΕΔ 24/1993, ΣτΕ 1199/2005 κ.α.

<sup>17</sup> Α.Ε.Δ. 4/2017, 29/2011 κ.α.

<sup>18</sup> Απ.Γέροντας, “Το ένδικο βοήθημα της προσφυγής στο δίκαιο των δημοσίων έργων” ΔιΔικ 6/217, σελ.870-886

<sup>19</sup> ΣτΕ 2245/2017 κ.α.

<sup>20</sup> ΑΕΔ 4-9/2012 κ.α.



βέβαια, μετά την εισαγωγή των διατάξεων των άρθρων 21 και 22 του ν.4491/2017, το κριτήριο αυτό (όπως και τα λοιπά κριτήρια διοικητικών συμβάσεων) διατηρεί τη σημασία του μόνο στις λοιπές, πλην των συμβάσεων δημοσίων έργων και μελετών, δημόσιες συμβάσεις.

Σε περίπτωση μεταβολής της φύσης του νομικού προσώπου που είναι κύριος του έργου (αντισυμβαλλόμενος) από ν.π.δ.δ. σε ν.π.ι.δ. (ή υποκατάστασης του ν.π.δ.δ. από ν.π.ι.δ.) μεταβάλλεται και η δικαιοδοσία των δικαστηρίων, ανεξαρτήτως του αν οι αρμοδιότητες έκδοσης αποφάσεων επί των ασκουμένων αιτήσεων και ενδικοφανών μέσων ανατίθενται όχι σε όργανα του ίδιου ν.π.ι.δ., αλλά σε άλλα, εκτός της οργανωτικής δομής αυτού, διοικητικά όργανα<sup>21</sup>. Στην περίπτωση αυτή, κρίσιμο χρονικό σημείο, βάσει του οποίου θα κριθεί η δικαιοδοσία των διοικητικών ή πολιτικών δικαστηρίων, είναι η ημερομηνία κατά την οποία εκδόθηκε η βλαπτική πράξη ή συντελέστηκε η παράλειψη ή τελέστηκε η υλική ενέργεια του οργάνου του εν λόγω νομικού προσώπου<sup>22</sup>. Πάντως, μεταβολή της δικαιοδοσίας του δικαστηρίου επέρχεται μόνον σε περίπτωση μεταβολής της φύσης του συγκεκριμένου νομικού προσώπου που συμβάλλεται<sup>23</sup>.

#### **4.β.Σκοπός δημοσίου συμφέροντος**

Βασικό κριτήριο για τον χαρακτηρισμό μιας δημόσιας σύμβασης ως διοικητικής αποτελεί η εξυπηρέτηση δημόσιου σκοπού, δηλαδή σκοπού, τον οποίο ο νόμος έχει αναγάγει σε σκοπό δημοσίου συμφέροντος. Αυτονόητο είναι ότι ο επιδιωκόμενος δημόσιος σκοπός πρέπει να είναι άμεσος και όχι έμμεσος, αφού δεν υπάρχει σκοπός του κράτους που να μην επιδιώκει, έστω και έμμεσα, το δημόσιο συμφέρον (π.χ. η ανέγερση κτιρίου προς το σκοπό εκμετάλλευσης με τη μίσθωσή του σε ιδιώτη επιδιώκει έμμεσα δημόσιο σκοπό, διότι αποσκοπεί στη βελτίωση της οικονομικής κατάστασης του κράτους, δεν μπορεί να θεωρηθεί όμως διοικητική)<sup>24</sup>.

Έτσι για παράδειγμα, κρίθηκε ότι συμβάσεις συναπτόμενες μεταξύ ΜΚΟ και Υπηρεσίας Διεθνούς Αναπτυξιακής Συνεργασίας (ΥΔΑΣ) του Υπουργείου Εξωτερικών για τη χρηματοδότηση προγραμμάτων, εκπονούμενων από ΜΚΟ επιδιώκουν πράγματι δημόσιο σκοπό, εφόσον η χρηματοδότηση αποβλέπει στην υλοποίηση συγκεκριμένων σκοπών της εξωτερικής πολιτικής του Κράτους<sup>25</sup>. Ομοίως, δημόσιο σκοπό επιδιώκουν συμβάσεις μεταξύ ασφαλιστικών οργανισμών και ιδιωτικών φορέων ασφάλισης, που αποβλέπουν στην παροχή υπηρεσιών υγείας στους ασφαλισμένους των οργανισμών<sup>26</sup>. Ακόμη, δημόσιο σκοπό επιδιώκουν συμβάσεις συναπτόμενες με την Εκκλησία της Ελλάδος, οι οποίες αποβλέπουν στην εκπλήρωση αμιγώς θρησκευτικών και πνευματικών έργων της Εκκλησίας, όχι όμως και αυτές που συνάπτονται στο πλαίσιο αξιοποίησης της εκκλησιαστικής περιουσίας με καθαρώς ιδιωτικοοικονομικά κριτήρια, οι οποίες είναι ιδιωτικές<sup>27</sup>.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η περίπτωση καταλογισμού οφειλών από δάνεια που

<sup>21</sup>ΣτΕ 3461/2013, 1209/2018 κ.α.

<sup>22</sup>ΣτΕ 3243/2013 κ.α., βλ. και Δημ. Ράικος, “Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων”, σελ.814

<sup>23</sup>π.χ.ΣτΕ 1209/2018: Το γεγονός ότι υπόχρεος καταβολής των ένδικων οικονομικών ενισχύσεων είναι κατά τον χρόνο άσκησης της αγωγής ο Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε. δεν καθιστά την ένδικη διαφορά ιδιωτική, διότι η αρμοδιότητα του Υπουργού Γεωργίας να υπογράψει συμβάσεις, όπως η ανωτέρω, ουδέποτε περιήλθε στον Ο.Π.Ε.Κ.Ε.Π.Ε.

<sup>24</sup>Στ.Πολυζώης, “Δημόσιες συμβάσεις στο Ευρωπαϊκό – Ελληνικό δίκαιο”, <https://dspace.lib.uom.gr/bitstream/2159/21738/3/PolyzoisStavrosMsc2018.pdf>

<sup>25</sup>ΣτΕ 3507/2015 7μ

<sup>26</sup>ΑΕΔ 2/2017, ΣτΕ 3675/2015, 804/2018

<sup>27</sup>ΣτΕ 1032/2018

είχαν χορηγηθεί σε δικηγόρους (κλπ.) από το Ταμείο Νομικών. Σχετικές προσφυγές, οι οποίες εισήχθησαν στο Διοικητικό Πρωτοδικείο Αθηνών, ως ασφαλιστικές διαφορές, απορρίφθηκαν κατά πλειοψηφία, ελλείψει δικαιοδοσίας, αφού κρίθηκε ότι τα οικεία δάνεια καταβάλλονται μεν από το Ταμείο Νομικών, ωστόσο, δεν συναρτώνται με προϋποθέσεις που προσιδιάζουν σε ασφαλιστική παροχή, αλλά έχουν, προεχόντως, χαρακτήρα οικονομικής ενίσχυσης των νέων δικηγόρων κλπ. για την άσκηση του επαγγέλματός τους, με τις σχετικές συμβάσεις δε (εκτός των άλλων) δεν επιδιώκεται η ικανοποίηση σκοπού, τον οποίο ο νόμος έχει αναγάγει σε δημόσιο σκοπό<sup>28</sup>. Έχει διατυπωθεί όμως και αντίθετη άποψη<sup>29</sup>, κατά την οποία, η σχετική παροχή έχει προεχόντως τον χαρακτήρα οικονομικής ενίσχυσης των νέων δικηγόρων (ασφαλισμένων του Ταμείου), για την εύρυθμη και αυτοδύναμη εκκίνηση και άσκηση του επαγγέλματός τους, συνεπώς οι εν λόγω συμβάσεις εξυπηρετούν σκοπούς δημοσίου συμφέροντος, ενόψει του γεγονότος ότι ο δικηγόρος θεωρείται εκ του νόμου δημόσιος λειτουργός και το λειτούργημά του αποτελεί θεμέλιο του κράτους δικαίου, είναι συλλειτουργός της δικαιοσύνης και η θέση του είναι θεμελιώδης, ισότιμη, ανεξάρτητη και αναγκαία για την απονομή της.

#### **4.γ.Υπερέχουσα θέση**

Προϋπόθεση για να χαρακτηριστεί μια σύμβαση ως διοικητική είναι ο συμβατικός δεσμός να διέπεται από εξαιρετικές ρήτρες, οι οποίες προσδίδουν υπερέχουσα θέση στο συμβαλλόμενο Δημόσιο ή Ν.Π.Δ.Δ., δηλαδή θέση, η οποία δεν προσιδιάζει στον δυνάμει των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου συναπτόμενο συμβατικό δεσμό. Οι ρήτρες αυτές μπορούν να προκύπτουν είτε από το κανονιστικό καθεστώς, το οποίο διέπει τη σύμβαση, είτε από τους όρους της οικείας διακήρυξης, είτε από το ίδιο το περιεχόμενο της σύμβασης<sup>30</sup>. Σε περίπτωση απευθείας ανάθεσης οι σχετικές εξαιρετικές ρήτρες ή το κανονιστικό καθεστώς που διασφαλίζει υπερέχουσα θέση στο Δημόσιο (κλπ.) μπορούν να προκύπτουν από τη σχετική πράξη ανάθεσης<sup>31</sup>. Δεν αρκεί όμως για τον χαρακτηρισμό μιας σύμβασης ως διοικητικής η αναγραφή των οικείων διατάξεων στις αποφάσεις ανάληψης υποχρέωσης - έγκρισης δέσμευσης πίστωσης, οι οποίες (αποφάσεις) προηγούνται των συμβάσεων, που τυχόν θα συναφθούν και δεν αφορούν την κατάρτιση αυτών<sup>32</sup>.

Έτσι, για παράδειγμα, κατά την απόφαση 2/2017 του ΑΕΔ, είναι διοικητική η σύμβαση μεταξύ Ο.Α.Ε.Ε. και ιδιωτικού φορέα περίθαλψης, από τους όρους της οποίας προκύπτει ότι τελεί υπό εξαιρετικό νομικό καθεστώς, στο πλαίσιο του οποίου εξασφαλίζεται στον συμβαλλόμενο Οργανισμό υπερέχουσα θέση έναντι του αντισυμβαλλομένου του, δεδομένου ότι παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα, βάσει υφισταμένων κανονιστικών διατάξεων, να επεμβαίνει μονομερώς στον συμβατικό δεσμό με τον μονομερή καθορισμό της καταβλητέας αμοιβής των παρακλινικών εξετάσεων και ειδικών θεραπειών με βάση το κρατικό τιμολόγιο, με τον μονομερή καθορισμό του τρόπου παροχής των παρακλινικών εξετάσεων και ειδικών θεραπειών, σύμφωνα με τους όρους των κανονισμών, αποφάσεων και οδηγιών των αρμοδίων οργάνων του Ο.Α.Ε.Ε., είτε αυτοί περιλαμβάνονται στη σύμβαση είτε όχι, με την άσκηση ελέγχου από τα εντεταλμένα υγειονομικά ή διοικητικά όργανα του Ο.Α.Ε.Ε. και με την δυνατότητα απρόθεσμης καταγγελίας εκ μέρους του Ο.Α.Ε.Ε., και,

<sup>28</sup>Δ.Πρ.Αθ.3583/2016, 20230/2018 κ.α.

<sup>29</sup>Δ.Πρ.Αθ. 16775/2018 κ.α.

<sup>30</sup>ΣτΕ 3507/2015 7μ.κ.α.

<sup>31</sup>Δ.Εφ.Αθ.3702/2016, 4177/2018, αντίθετη η Δ.Εφ.Αθ. 3187/2015

<sup>32</sup>Δ.Εφ.Αθ.4177/2018

μάλιστα, αζημίως, της συμβάσεως σε περίπτωση παραβάσεως των όρων αυτής<sup>33</sup>. Αντίθετα, κατά την απόφαση του ΣτΕ 804/18, δεν είναι διοικητική η σύμβαση διαγνωστικού εργαστηρίου με τον οίκο ναύτου, η οποία δεν συνάπτεται σύμφωνα με ειδική διοικητική διαδικασία, εφόσον ουδεμία τέτοια διαδικασία προβλέπεται από τις οικείες διατάξεις, η οποία, εξάλλου, ούτε ρήτρες προβλέπει, οι οποίες θα προσέδιδαν στον ασφαλιστικό οργανισμό υπερέχουσα θέση έναντι του ιδιώτη αντισυμβαλλόμενου του. Μόνο δε το γεγονός ότι το οικείο π.δ. καθορίζει την καταβλητέα στον συμβαλλόμενο με τον Οίκο Ναύτου ιδιώτη ιατρό αμοιβή, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι προσδίδει υπερέχουσα θέση στον Οίκο Ναύτου και ότι δεν προσιδιάζει σε σύμβαση διεπόμενη από το ιδιωτικό δίκαιο. Τέλος, τέτοια ρήτρα δεν συνιστά ούτε η προβλεπόμενη δυνατότητα επιβολής ποινής διακοπής της σύμβασης, σε περίπτωση διαπίστωσης τέλεσης εκ μέρους των διαγνωστικών εργαστηρίων πράξεων που ζημιώνουν τους αντισυμβαλλόμενους αυτών φορείς κοινωνικής ασφάλισης, διότι, πάντως, η επιβολή της εν λόγω διοικητικής κύρωσης δεν έχει ανατεθεί σε όργανο του αντισυμβαλλόμενου του διαγνωστικού εργαστηρίου ασφαλιστικού φορέα, αλλά στον Γενικό Επιθεωρητή που προΐσταται της Υπηρεσίας Ελέγχου Δαπανών Υγείας Φορέων Κοινωνικής Ασφάλισης (ΥΠ.Ε.Δ.Υ.Φ.Κ.Α.)<sup>34</sup>.

#### **4.δ Προφορική σύμβαση – Παράτυπη παράταση σύμβασης**

Εφόσον δεν έχει συναφθεί γραπτή σύμβαση (ή εφόσον δεν αποδεικνύεται από τον ανάδοχο, που φέρει το σχετικό βάρος απόδειξης, η σύναψή της) και η μεταξύ των μερών συμφωνία είναι προφορική, για τη διάγνωση του χαρακτήρα της ως συμφωνίας διεπομένης από το διοικητικό ή ιδιωτικό δίκαιο, ο δικαστής δεν μπορεί προδήλως να αναζητήσει στην ίδια τη συμφωνία ρήτρες αποκλίνουσες από το κοινό δίκαιο, ούτε είναι δυνατόν να διαγνωσθεί το κανονιστικό καθεστώς που την διέπει, ώστε να διερευνηθεί αν η ένδικη σύμβαση διέπεται από εξαιρετικό υπέρ του καθ' ου η αίτηση νομοθετικό ή συμβατικό καθεστώς. Επομένως η διαφορά που απορρέει από τη συμφωνία αυτή είναι ιδιωτικού δικαίου, ανεξαρτήτως αν η συμφωνία αυτή, απέβλεπε στην εξυπηρέτηση δημοσίου σκοπού<sup>35</sup>. Το ίδιο ισχύει και για την τυχόν επικουρικός σωρευόμενη στο σχετικό δικόγραφο αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού, αφού προϋπόθεση για την υπαγωγή της σχετικής διαφοράς στα διοικητικά δικαστήρια είναι να υφίσταται σχέση δημοσίου δικαίου, συνδέουσα το Δημόσιο ή το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου με κάποιο πρόσωπο, από την οποία (σχέση) ή με αφορμή τη λειτουργία της οποίας δημιουργείται ο πλουτισμός του Δημοσίου ή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου<sup>36</sup>.

Διαφορετική είναι η περίπτωση διαφοράς που αναφέρεται από μη νομίμως παραταθείσα διοικητική σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή γίνεται δεκτό, ότι η σχετική διαφορά, αμέσως συναπτόμενη με τις διαφορές που γεννώνται από την αρχική διοικητική σύμβαση, εισάγεται αρμοδίως ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου του τόπου της σύμβασης, χωρίς να ασκεί επιρροή, εάν η παραταθείσα σύμβαση έχει διοικητικό ή μη χαρακτήρα<sup>37</sup>.

<sup>33</sup>βλ.σχ.και ΣτΕ 3675/15 για σύμβαση με ΟΓΑ

<sup>34</sup> βλ.σχ.και Δ.Εφ.Αθ.808/2019- σύμβαση προμήθεια φαρμάκων μεταξύ ΟΑΠ ΔΕΗ και Πανελλήνιου Φαρμακευτικού Συλλόγου: δεν θεσπίζεται εξαιρετικό καθεστώς υπέρ ΔΕΗ και ήδη ΟΑΠ ΔΕΗ βάσει ρητρών αποκλινουσών από το κοινό δίκαιο

<sup>35</sup> ΑΕΔ 3/2012 κ.α., ΣτΕ 242/2016 κ.α., Δ.Εφ.Αθ.3875/2017 κ.α.

<sup>36</sup>Α.Ε.Δ. 28/2011 κ.α.

<sup>37</sup>ΣτΕ 1126/2013, Δ.Εφ.Αθ. 4520/2018, Δ.Εφ.Λάρισας 597/2017 κ.α., βλ.όμως και Δ.Εφ.Αθ.2909/2018:εξωσυμβατικές παραδόσεις μετά τη λήξη σύμβασης, καθ'υπέρβαση συμβατικού τιμήματος: ιδιωτική διαφορά

## 5. Καθ'ύλην αρμοδιότητα

Σύμφωνα με όσα ήδη αναφέρθηκαν, όλες οι διαφορές οι οποίες έχουν ως αιτία διοικητική σύμβαση και ανάγονται ιδίως στην κατάρτιση, το κύρος, την ερμηνεία και εκτέλεση αυτής, υπάγονται στην καθ'ύλην αρμοδιότητα των τριμελών διοικητικών εφετειών, εκδικαζόμενες ως διαφορές ουσίας. Προϋπόθεση βέβαια για να υπαχθεί μια διαφορά στην καθ'ύλην αρμοδιότητα του διοικητικού εφετείου είναι αυτή να προέρχεται πράγματι από (διοικητική ή δημόσια) σύμβαση. Το κρίσιμο στοιχείο εν προκειμένω δεν είναι η φύση της διαφοράς (ως δημόσιας ή ιδιωτικής), αλλά η προέλευσή της. Μάλιστα, παρά το ότι είθισται ο έλεγχος της δικαιοδοσίας του δικαστηρίου να προηγείται του ελέγχου της αρμοδιότητας, στην περίπτωση των συμβάσεων, η έρευνα της φύσης της σύμβασης (ως διοικητικής ή ιδιωτικής), που θα καθορίσει τη δικαιοδοσία των διοικητικών ή πολιτικών δικαστηρίων προϋποθέτει πάντως τη διαπίστωση ότι πρόκειται για διαφορά που προέρχεται από σύμβαση<sup>38</sup>. Ο χαρακτηρισμός μιας διαφοράς ως προερχόμενης από σύμβαση δεν είναι βέβαια αυτονόητος<sup>39</sup>.

Στην περίπτωση της αγωγής, η μη προερχόμενη από σύμβαση διοικητική διαφορά υπάγεται στην αρμοδιότητα του διοικητικού πρωτοδικείου. Έτσι, έχει κριθεί<sup>40</sup> ότι αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού για την ικανοποίηση αξίωσης, που έχει ως πηγή διοικητική σύμβαση, η οποία, όμως, είναι στο σύνολό της άκυρη, εκδικάζεται από το αρμόδιο διοικητικό εφετείο, διότι θεωρείται ότι δημιουργήθηκε από τη διοικητική σύμβαση. Όταν όμως η ακυρότητα της σύμβασης οφείλεται στη μη διενέργεια του υποχρεωτικού ελέγχου νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά τη νομολογία του ΣτΕ<sup>41</sup> δεν γεννάται διαφορά από σύμβαση και οι σχετικές απαιτήσεις μπορούν να επιδιωχθούν με αγωγή αποζημίωσης στο διοικητικό πρωτοδικείο.

Στην περίπτωση προσβολής εκτελεστής διοικητικής πράξης, η μη προερχόμενη από σύμβαση διοικητική διαφορά υπάγεται στην αρμοδιότητα του ΣτΕ ή του διοικητικού πρωτοδικείου, ανάλογα με το αν πρόκειται για ακυρωτική διαφορά ή διαφορά ουσίας. Για παράδειγμα, έχει κριθεί<sup>42</sup> ότι οι πράξεις του Ε.Ο.Π.Υ.Υ., με τις οποίες εφαρμόζονται οι διατάξεις του ν. 4172/2013 και των σχετικών υπουργικών αποφάσεων (περί επιβολής clawback και rebate), εκδίδονται στο πλαίσιο εκτέλεσης διοικητικών συμβάσεων και υπόκεινται σε προσφυγή ουσίας ενώπιον του διοικητικού εφετείου κατά το άρθρο 6 παρ. 2 α' του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Κ.Δ.Δ.). Τούτο ισχύει για τα έτη 2014 και 2015, κατά τα οποία η σχέση μεταξύ του Ε.Ο.Π.Υ.Υ. και της συγκεκριμένης επιχείρησης στηρίζεται είτε σε σύμβαση συναφθείσα μετά τη δημοσίευση του ν. 4172/2013 στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (23.7.2013) είτε σε προγενέστερη σύμβαση, την οποία η επιχείρηση δεν κατήγγειλε, όπως είχε δικαίωμα,

<sup>38</sup> Δ.Εφ.Αθ.4698/2018: Αφού έγινε δεκτό ότι η διαφορά προερχόταν από σύμβαση, ενόψει του ότι δεν προέκυπτε η η έκδοση πράξης σχετικής με καταβολή κοινοτικών ενισχύσεων κλπ., άρα δεν υπαγόταν στην αρμοδιότητα Δ.Π., κρίθηκε ότι πάντως δεν ανήκε στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων διότι η σύμβαση δεν ήταν διοικητική, βλ. όμως και Δ.Εφ.Αθ.138/2017: αφού κρίθηκε ότι δεν υπήρχε δικαιοδοσία για εκδίκαση της διαφοράς λόγω προφορικής συμφωνίας, καθ'ο μέρος ο ενάγων επικαλούνταν ταυτόχρονη καθ'εαυτή παράνομη πράξη της Διοίκησης, παραπέμφθηκε στο Δ.πρωτ.

<sup>39</sup> βλ. πχ. Δ.Εφ.Αθ.703/18: σε αντίθεση με Δ.Εφ.Αθ.4698/18 κρίθηκε ότι από την αμφισβήτηση καταβολής της επίδικης αμοιβής αναφύεται διαφορά που αφορά την καταβολή κοινοτικών ή εθνικών ενισχύσεων κλπ., υπαγόμενη στην αρμοδιότητα Διοικητικού Πρωτοδικείου, βλ. και Δ.Εφ.Αθ.800/19: η σχέση του ενάγοντος (ομολογιούχου) με το Δημόσιο δεν συνιστά διοικητική σύμβαση αλλά πιστωτική σχέση.

<sup>40</sup> ΣτΕ 1402/2016, 2676/2017 κ.α.

<sup>41</sup> ΣτΕ 3104/2013 7μ., 348/2014, Δ.Εφ.Αθ.3199/2017

<sup>42</sup> ΣτΕ. 184-187, 1284-1285/2017 7μ.με μειοψ.

για να αποφύγει την ανάληψη του επιχειρηματικού κινδύνου που συνεπάγονται τα μέτρα για την εφεξής δράση της. Οι πράξεις, όμως, του Ε.Ο.Π.Υ.Υ., με τις οποίες η εφαρμογή του ν. 4172/2013 γίνεται αναδρομικώς από 1.1.2103, υπόκεινται σε αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, διότι η νομοθετική αυτή ρύθμιση, καθ' ό μέρος αφορά παρελθόντα χρόνο, κατά τον οποίο δεν παρέχεται στην επιχείρηση η δυνατότητα και αναδρομικής καταγγελίας της σύμβασης, συνιστά εξωσυμβατική επέμβαση, της οποίας η εφαρμογή προκαλεί, εξ αυτού του λόγου, ακυρωτική και όχι συμβατική διαφορά.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει και η απόφαση του ΣτΕ 2242/2017. Με την απόφαση αυτή κρίθηκε, κατά πλειοψηφία, ότι η διαφορά που ανέκυψε από την προσβολή απόφασης Δημοτικού Συμβουλίου, περί καταλογισμού ποσού σε βάρος της αιτούσας, κατ' επίκληση των διατάξεων του ν.δ. 318/1969 «Περί βεβαιώσεως και εισπράξεως των εσόδων των Δήμων και Κοινοτήτων», αναγόταν στην εκτέλεση διοικητικής σύμβασης, δεδομένου ότι η απόφαση αυτή του Δημοτικού Συμβουλίου είχε εκδοθεί σε εκτέλεση αρνητικού λογαριασμού (με τον οποίο παραγγελλόταν η πληρωμή από την αιτούσα προς τον καθού Δήμο διαφοράς μεταξύ της νόμιμης αμοιβής της και του αχρεωστήτως εισπραχθέντος από αυτήν) και συνδεόταν άρρηκτα με αυτόν. Κατά τη γνώμη όμως της μειοψηφίας, η εν λόγω απόφαση αφορούσε τη βεβαίωση και εισπράξη των εσόδων των δήμων και κοινοτήτων, αναγόμενη στα πλαίσια της διαδικασίας της διοικητικής εκτέλεσης για την αναγκαστική εισπράξη του καταλογισθέντος με αυτήν ως άνω ποσού, και, συνεπώς, το κρινόμενο ένδικο βοήθημα συνιστούσε ανακοπή, υπαγόμενη στην αρμοδιότητα του διοικητικού πρωτοδικείου.

Εξάλλου, όπως έχει κριθεί, η νομοθετική κύρωση σύμβασης, η οποία είναι επιβεβλημένη όταν η σύμβαση περιέχει διατάξεις που δημιουργούν υποχρεώσεις για τους τρίτους ή όταν η κύρωση είναι αναγκαία για την έγκυρη συμβατική δέσμευση του Δημοσίου από τα όργανά του που ενήργησαν σχετικώς, δεν προσδίδει στη σύμβαση την ισχύ κανόνα εξ αντικειμένου δικαίου έναντι των συμβαλλομένων μερών, ούτε αλλοιώνει τον συμβατικό χαρακτήρα της πράξης<sup>43</sup>.

Τέλος, πρέπει να διευκρινισθεί ότι διοικητικές διαφορές ουσίας, υπαγόμενες στην αρμοδιότητα των τριμελών διοικητικών εφετείων, κατά τα πιο πάνω, είναι μόνο αυτές, οι οποίες έπονται της κατάρτισης της διοικητικής σύμβασης. Αντίθετα, έχουν ακυρωτικό χαρακτήρα οι διαφορές που ανακύπτουν από την αμφισβήτηση των πράξεων της διαδικασίας του διαγωνισμού, εφ' όσον δεν έχει συναφθεί η σύμβαση κατά τις οικείες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης<sup>44</sup>. Έτσι, εφόσον η σχετική νομοθεσία απαιτεί ρητά την κατακύρωση της σύμβασης στον ανάδοχο για την ολοκλήρωση της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, τυχόν υπογραφή της διοικητικής σύμβασης, δηλαδή του συμβατικού κειμένου από το αρμόδιο όργανο δεν σημαίνει και κατάρτιση της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή θα μπορούσε να ασκηθεί αγωγή αποζημίωσης ενώπιον του αρμόδιου Διοικητικού Πρωτοδικείου, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ ή 197-198 ΑΚ<sup>45</sup>.

## 6. Κατά τόπο αρμοδιότητα

<sup>43</sup> Βλ.σχ. ΣτΕ 21/2019 7μ: ανάγεται σε εκτέλεση διοικητικής σύμβασης (παραχώρησης αιγιαλού), αμφισβήτηση περί τη νομιμότητα της ρητής ή συναγόμενης πράξης, με την οποία εκδηλώθηκε άρνηση συμμόρφωσης σε συμβατικό όρο, έστω κι αν ο όρος αυτός περιέχεται σε σύμβαση που έχει κυρωθεί και αποκτήσει ισχύ νόμου, με μειοψηφία

<sup>44</sup> ΣτΕ 692/2012 κ.α.

<sup>45</sup> Δημήτριος Ράικος, “Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων”, Β έκδοση Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΘΗΝΑ-ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 2017, σελ.824 και σχ.νομολογιακές παραπομπές

Ο προσδιορισμός του κατά τόπο αρμόδιου δικαστηρίου για την επίλυση διαφορών που ανακύπτουν από την εκτέλεση δημοσίων έργων και μελετών ανέκαθεν ρυθμιζόταν από ειδικές διατάξεις. Έτσι, για την επίλυση διαφορών που προέρχονται από συμβάσεις δημοσίων έργων ορίζεται ως αρμόδιο το διοικητικό εφετείο, στην περιφέρεια του οποίου εκτελείται το έργο<sup>46</sup>. Αν το έργο εκτελείται στην περιφέρεια δύο ή περισσότερων διοικητικών εφετειών, ήδη με τη νεότερη διάταξη του άρθρου 175 παρ.1 του ν.4412/16 προβλέπεται ότι καθίσταται αρμόδιο αυτό που θα επιλέξει ο προσφεύγων ή ο ενάγων (κατά την προγενέστερη διάταξη το αρμόδιο δικαστήριο οριζόταν από τον Πρόεδρο του Ανωτάτου Δικαστηρίου, ύστερα από αίτηση του ενδιαφερομένου). Για την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν από δημόσιες συμβάσεις μελετών αρμόδιο δικαστήριο είναι το διοικητικό εφετείο της περιφέρειας στην οποία έχει υπογράψει η σύμβαση<sup>47</sup>.

Πρόβλημα γεννάται σε σχέση με τις διαφορές από τις λοιπές διοικητικές συμβάσεις (π.χ. συμβάσεις προμηθειών), για τις οποίες δεν υπάρχει ειδική διάταξη. Κατά μία άποψη<sup>48</sup> στην περίπτωση αυτή εφαρμόζεται η διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 7 του ν.1406/1983, κατά την οποία αρμόδιο δικαστήριο είναι εκείνο, στην περιφέρεια του οποίου καταρτίστηκε η σύμβαση. Η άποψη αυτή έχει ως βάση της τον χαρακτήρα του άρθρου 7 του ν.1406/1983 ως *lex specialis*, δεν είναι όμως ορθή ενόψει της διάταξης της παρ.1 του άρθρου 285 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (που κυρώθηκε με τον ν.2717/1999), κατά την οποία, από την έναρξη ισχύος του Κώδικα καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη η οποία αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από αυτόν<sup>49</sup>. Επομένως ορθή είναι η άποψη που υποστηρίζει ότι στις συγκεκριμένες διαφορές δεν εφαρμόζεται το άρθρο 7 παρ.3 του ν.1406/1983, αλλά η διάταξη του άρθρου 7 του Κ.Δ.Δ., που ορίζει ότι αρμόδιο είναι το δικαστήριο, στην περιφέρεια του οποίου εδρεύει η αρχή από πράξη, παράλειψη ή υλική ενέργεια οργάνου της οποίας δημιουργήθηκε η διαφορά<sup>50</sup>.

Η εφαρμογή του άρθρου 7 του Κ.Δ.Δ δεν φαίνεται να δημιουργεί δυσκολίες κατά την εκδίκαση προσφυγών, στρεφόμενων κατά συγκεκριμένων πράξεων ή παραλείψεων, αφού στις περιπτώσεις αυτές είναι ευχερής ο προσδιορισμός του οργάνου το οποίο εξέδωσε ή παρέλειψε να εκδώσει τη συγκεκριμένη πράξη, όπως και της αρχής στην οποία ανήκει το όργανο αυτό. Αντίθετα, στις περιπτώσεις αγωγών, έχουν διαμορφωθεί στα διοικητικά δικαστήρια δύο διαφορετικές απόψεις. Το ζήτημα που διχάζει εν προκειμένω είναι ο προσδιορισμός της κρίσιμης “πράξης ή παράλειψης”, που δημιούργησε τη συγκεκριμένη διαφορά. Έτσι, κατά μία άποψη<sup>51</sup>, επί αγωγής από σύμβαση (προμήθειας κλπ.) με την οποία επιδιώκεται η καταβολή του συμβατικού τιμήματος, κρίσιμη πράξη είναι η ίδια η κατάρτιση της σύμβασης. Επομένως αρμόδιο δικαστήριο για την εκδίκαση της αγωγής, κατά την άποψη αυτή, είναι το δικαστήριο, στην περιφέρεια του οποίου εδρεύει η αρχή, όργανο της οποίας υπέγραψε την εν λόγω σύμβαση. Κατά άλλη όμως άποψη<sup>52</sup>, στην περίπτωση αυτή κρίσιμη είναι η άρνηση (παράλειψη) ικανοποίησης της αξίωσης και ως εκ τούτου αρμόδιο είναι το δικαστήριο, στην περιφέρεια του οποίου εδρεύει η αρχή, όργανο της οποίας είναι αρμόδιο να αποδεχθεί την αξίωση αυτή. Ορθότερη φαίνεται να είναι η

<sup>46</sup> Άρθρο 13 παρ.2 ν.1418/1984, 77 ν.3669/2008, 75 παρ.1 ν.4412/2016

<sup>47</sup> Άρθρο 41 παρ.14 ν.3316/2005, 198 παρ.11 ν.4412/2016 (αντίθετα το άρθρο 23 του ν.716/77 παρέπεμπε στη νομοθεσία δημοσίων έργων)

<sup>48</sup> Δ.Εφ.Αθ. 4388/18, 918/19 κ.α.

<sup>49</sup> Δημ. Ράικος, “Το ένδικο βοήθημα της αγωγής στο πεδίο των διαφορών από διοικητικές συμβάσεις”, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ ΑΕ ΑΘΗΝΑ-ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 2009, σελ.72

<sup>50</sup> ΣτΕ 648/18, Δ.Εφ.Αθ. 1543/18 κ.α.

<sup>51</sup> Δ.Εφ.Αθ. 1908/2018 κ.α.

<sup>52</sup> Δ.Εφ.Αθ.2667/2018, Δ.Εφ.Θεσσαλονίκης 1320/2018 κ.α.

δεύτερη άποψη, η οποία όμως σε κάποιες περιπτώσεις ενδέχεται να δημιουργήσει πρακτικά προβλήματα, αφού μπορεί να οδηγήσει σε κατακερματισμό υποθέσεων<sup>53</sup>.

Αμφιβολίες γεννά άλλωστε και ο προσδιορισμός της αρχής από πράξη, παράλειψη ή υλική ενέργεια οργάνου της οποίας δημιουργήθηκε η διαφορά. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η περίπτωση της Υπηρεσίας Πολιτικής Αεροπορίας (ΥΠΑ), για την οποία οι απόψεις δίστανται. Έτσι, κατά μία άποψη<sup>54</sup> ως αρχή νοείται το Ελληνικό Δημόσιο, με έδρα αυτή της Κεντρικής Υπηρεσίας του Υπουργείου Οικονομικών, αφού η ΥΠΑ αποτελεί υπηρεσία του. Κατά δεύτερη (ορθότερη) άποψη<sup>55</sup> ως αρχή νοείται η ίδια η ΥΠΑ, η οποία συνιστά αυτοτελή υπηρεσία, που εδρεύει στον Δήμο Ελληνικού (υπαγόμενο στην περιφέρεια του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά). Τέλος, έχει υποστηριχθεί<sup>56</sup> ότι αρχή θεωρείται η τοπική υπηρεσία (ΥΠΑ), η οποία εδρεύει στον οικείο αερολιμένα, όργανο της οποίας (αερολιμενάρχης) έχει υπογράψει τη σχετική σύμβαση και είναι αρμόδιο για την ικανοποίηση των αξιώσεων που απορρέουν από αυτή.

Διαφορετική είναι η αντιμετώπιση του ζητήματος της τοπικής αρμοδιότητας από τον νομοθέτη στις διαταγές πληρωμής. Όπως είναι γνωστό, με τη διάταξη του άρθρου 272Γ του Κ.Δ.Δ. προβλέπεται ότι αρμόδιος να εκδώσει διαταγή πληρωμής είναι ο δικαστής του μονομελούς διοικητικού εφετείου της έδρας του αντισυμβαλλόμενου φορέα, κατά του οποίου ζητείται η έκδοσή της και προκειμένου για το Δημόσιο, της έδρας της υπηρεσίας που συμβλήθηκε για λογαριασμό του. Η συγκεκριμένη επιλογή του νομοθέτη είναι εύλογη, αφού στην έδρα του αντισυμβαλλόμενου, είναι, κατά τεκμήριο, ευχερέστερη η πρόσβαση του αιτούντος και η συλλογή του αναγκαίου υλικού<sup>57</sup>. Ωστόσο δημιουργείται το παράδοξο, για την ίδια, προερχόμενη από σύμβαση, αξίωση, άλλο δικαστήριο να είναι αρμόδιο για την έκδοση διαταγής πληρωμής και διαφορετικό (ευρισκόμενο σε άλλο τόπο) για την εκδίκαση της αγωγής (σε περίπτωση απόρριψης της αίτησης έκδοσης διαταγής πληρωμής)<sup>58</sup>.

### **7.Γενικές παρατηρήσεις – Συμπέρασμα**

Είναι γεγονός ότι, παρά τις συνεχείς τροποποιήσεις της νομοθεσίας που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις εν γένει, οι διατάξεις που ρυθμίζουν ζητήματα δικαιοδοσίας και αρμοδιότητας των διοικητικών δικαστηρίων για την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν στο στάδιο εκτέλεσης των συμβάσεων αυτών, δεν έχουν αλλάξει σημαντικά, με μοναδική εξαίρεση τις διατάξεις των άρθρων 21 και 22 του ν.4491/2017, με τις οποίες μεταφέρθηκαν στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων διαφορές που ανακύπτουν από την εκτέλεση δημοσίων έργων και μελετών ιδιωτικού δικαίου. Ωστόσο, παρά το σχετικά μεγάλο χρονικό διάστημα εφαρμογής τους, οι διατάξεις αυτές εξακολουθούν ακόμη και σήμερα να δημιουργούν ερμηνευτικά προβλήματα, όπως άλλωστε αποδεικνύεται από την ύπαρξη σχετικών αντιφατικών δικαστικών αποφάσεων.

<sup>53</sup> π.χ.σε αγωγή με την οποία επιδιώκεται η καταβολή συμβατικού τιμήματος προερχόμενου από σύμβαση διαγνωστικού εργαστηρίου με το ΕΤΑΑ (κλάδος δικηγόρων Αθηνών και κλάδος δικηγόρων Πειραιώς), η οποία καταρτίστηκε στην Αθήνα, με αντικείμενο τη διενέργεια διαγνωστικών εξετάσεων σε ασφαλισμένους του, κατά την 1η άποψη αρμόδιο είναι το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, κατά τη δεύτερη πρέπει να γίνει χωρισμός και να παραπεμφθεί εν μέρει στο Διοικητικό Εφετείο Πειραιώς.

<sup>54</sup> Δ.Εφ.Αθ.6204/2014 κ.α.

<sup>55</sup> Δ.Εφ.Αθ.2877/17 κ.α., πρβλ.ΣτΕ 513/2017

<sup>56</sup> Δ.Εφ.Αθ.4177/2018 κ.α.

<sup>57</sup> βλ.σχ.οικείο μέρος αιτιολογικής έκθεσης ν.4329/15

<sup>58</sup> Αντίθ.άρθρο 625 Κ.Πολ.Δ. προβλέπει μόνο το καθ'ύλην και όχι το κατά τόπον αρμόδιο Δικαστήριο για την έκδοση διαταγής πληρωμής.

Ερμηνευτικά προβλήματα δημιουργούνται, τόσο σε σχέση με τα κριτήρια χαρακτηρισμού μιας σύμβασης ως διοικητικής (σκοπό δημοσίου συμφέροντος και υπερέχουσα θέση), για τον προσδιορισμό της δικαιοδοσίας των διοικητικών δικαστηρίων (τουλάχιστον για μέρος δημοσίων συμβάσεων), όσο και σε σχέση με τον εντοπισμό της προέλευσης της συγκεκριμένης διαφοράς (από σύμβαση ή άλλη αιτία), για την εξεύρεση του καθ'ύλην αρμόδιου δικαστηρίου. Τέλος, ειδικά στις διαφορές που ανακύπτουν από την εκτέλεση διοικητικών συμβάσεων προμηθειών ή παροχής υπηρεσιών, ερμηνευτικά προβλήματα αλλά και πρακτικές δυσχέρειες δημιουργεί και η εξεύρεση του κατά τόπο αρμόδιου δικαστηρίου. Στην τελευταία περίπτωση, ίσως θα ήταν σκόπιμη σχετική νομοθετική παρέμβαση με καθορισμό του κατά τόπο αρμόδιου δικαστηρίου και για τις συγκεκριμένες διαφορές. Η επιλογή ως αρμόδιου του δικαστηρίου του τόπου κατάρτισης της σύμβασης, παρά το ότι θα οδηγούσε ενδεχομένως σε συγκέντρωση υποθέσεων στα μεγάλα διοικητικά δικαστήρια, θα επέλυε πάντως πολλά πρακτικά προβλήματα.

Η μεταφορά στα διοικητικά δικαστήρια της εκδίκασης διαφορών από την εκτέλεση συμβάσεων δημοσίων έργων και μελετών ιδιωτικού δικαίου δεν φαίνεται εκ πρώτης όψεως να δημιουργεί ιδιαίτερα προβλήματα, ενόψει της εφαρμογής κοινού νομικού καθεστώτος με τις αντίστοιχες συμβάσεις δημοσίου δικαίου. Σε κάθε περίπτωση οι όποιες δυσχέρειες δεν μπορούν να αναδειχθούν παρά μόνο μέσα από την εφαρμογή των νέων διατάξεων. Η εκδίκαση των νέων υποθέσεων από τα διοικητικά εφετεία θα οδηγήσει στον εντοπισμό τυχόν ερμηνευτικών ή πρακτικών προβλημάτων, ενώ δεν αποκλείεται να αποτελέσει πρόκριμμα για πιθανή επέκταση της δικαιοδοσίας των διοικητικών εφετείων και σε διαφορές από την εκτέλεση και άλλων κατηγοριών δημοσίων συμβάσεων.



## ΣΧΕΣΕΙΣ ΚΡΑΤΟΥΣ – ΕΚΚΛΗΣΙΑΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗ\*

Γεώργιος Ι. Ανδρουτσόπουλος, Επίκουρος Καθηγητής του Εκκλησιαστικού Δικαίου στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος

Από την πρόσφατη απόπειρα εξορθολογισμού των σχέσεων Πολιτείας και Εκκλησίας τόσο σε θεσμικό (Σύνταγμα) όσο και σε πρακτικό (Συμφωνία) επίπεδο προκύπτουν, νομίζω, οι εξής παραδοχές:

1. Η σχετική διμέτωπη πρωτοβουλία δεν εκδηλώθηκε στο κατάλληλο πολιτικό momentum. Πιο συγκεκριμένα, το ζήτημα αυτό, με την *ιδιάζουσα φύση* και την *πολύπτυχη διάσταση*, τέθηκε προς συζήτηση σε πολιτικά ύποπτο χρόνο, ήτοι κατά τη διάρκεια μιας μακρόσυρτης προεκλογικής περιόδου, η οποία δεν ευνοεί τις, όλως αναγκαίες, ευρύτερες συγκλίσεις. Χωρίς τις τελευταίες, άλλωστε, και το εύρος της συνταγματικής αναθεώρησης ασφυκτικά περιορίζεται και η ολοκλήρωσή της προδήλως φαλκιδεύεται...

2. Στη συνταγματική αναδιάταξη των σχέσεων Εκκλησίας και Πολιτείας προσδόθηκε μία μάλλον μεταφυσική χροιά. Αγνοείται ή εντέχνως αποσιωπάται ότι το Σύνταγμα δεν είναι το γιατρικό «*διά πάσαν νόσον*» και δεν μπορεί από μόνο του να μετασχηματίσει την πραγματικότητα. Αντί να επιχειρείται λοιπόν ο επανασχεδιασμός των σχέσεων αυτών αποκλειστικώς μέσω της κυοφορίας ενός νέου συνταγματικού πλαισίου -γεγονός άδηλο και εν ταυτώ ατελέσφορο-, πρακτικώς λυσιτελέστερο θα ήταν να προσεγγίσουμε το [ισχύον] συνταγματικό κείμενο όχι με την προοπτική της αναθεώρησής του, αλλά με τη λογική της «*δυναμικής ερμηνείας του*» (βλ. διεξοδικώς Γ. Ι. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΥ, «*Η τυπολογία των σχέσεων Πολιτείας και Εκκλησίας στην ελληνική επικράτεια: από το πόρισμα της Επιτροπής Σταμάτη στην πρόταση του Καθηγητή Ι. Μ. Κονιδάρη*» in: «*Αντιπελάργηση*», Τιμητικός Τόμος Ι. Μ. Κονιδάρη, Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σ. 41 επ.).

3. Για την αναδιarrύθμιση των σχέσεων Πολιτείας και Εκκλησίας, στην ουσία μόνο η πρόταση του κυβερνώντος κόμματος είναι προς συζήτηση στο πλαίσιο της συνταγματικής αναθεώρησης. Η κυβερνητική καινοτομία έγκειται στην εισαγωγή στο άρθρο 3 Σ. μιας ρήτρας, «*συνθηματικής συντομίας*» όπως έχει λεχθεί, για την «*κρατική θρησκευτική ουδετερότητα*», με έναν γενικόλογο και αμφίσημο προσδιορισμό, που αποτυπώνεται ήδη στην Αιτιολογική Έκθεση της πρότασης: «...έχει έρθει ο καιρός», γράφει η Αιτ. Έκθ., «ώστε να κατοχυρωθεί ρητά στο Σύνταγμα η θρησκευτική ουδετερότητα του ελληνικού κράτους, με ό,τι αυτό συνεπάγεται κανονιστικά και πρακτικά...».

---

\*Διατηρείται το κείμενο της προφορικής εισηγήσεως. Προστέθηκαν μόνο εντός του κειμένου οι όλως αναγκαίες βιβλιογραφικές παραπομπές.

Μία πρόδρομη παρατήρηση αφορά στην αναγκαιότητά της, για την οποία διατηρώ σοβαρές επιφυλάξεις. Η Ελλάδα, ως χώρα που έχει κυρώσει την Ε.Σ.Δ.Α., υποχρεούται να τηρεί τη «θρησκευτική ουδετερότητα», όπως το περιεχόμενό της έχει διαπλαστεί από το Ε.Δ.Δ.Α. Σύμφωνα με το τελευταίο, η θρησκευτική ουδετερότητα νοείται ως «μη ανάμειξη του Κράτους στα εσωτερικά των θρησκευτικών κοινοτήτων». Υπ' αυτήν, λοιπόν, την έννοια, ως ισχύουσα νομική υποχρέωση του Κράτους, είναι ήδη ενταγμένη στο αξιακό σύστημα της ελληνικής έννομης τάξης. Άλλωστε, πέραν τούτου, δεν εξυπνοείται η κατοχύρωσή της ήδη στο άρθρο 13 Σ. για τη θρησκευτική ελευθερία, στην οποία η θρησκευτική ουδετερότητα, ως εννοιολογικά «έλασσον», εμπεριέχεται; Αν ναι, όπως νομίζω, τότε ποια η προστιθέμενη αξία της θεσμοθέτησής της; Εξάλλου, η ενύλωσή της είναι μάλλον ζήτημα νομοθετικών παρεμβάσεων παρά θέμα συνταγματικών διακηρύξεων... Σε κάθε περίπτωση, τα άρθρα 3 και 13 Σ. συλλειτουργούν με τρόπο δοκιμασμένο στον χώρο και τον χρόνο, με αποτέλεσμα το ισχύον Σύνταγμα να χαρακτηρίζεται από «θρησκευτικό φιλελευθερισμό»...

Περαιτέρω, η θρησκευτική ουδετερότητα διακρίνεται για την εννοιολογική πολυσημία της, διότι, εκτός από τη θρησκευτική ουδετερότητα ως αυτόνομη έννοια της νομολογίας του Ε.Δ.Δ.Α, υπάρχουν διεθνώς διάφορα μοντέλα. Πώς λοιπόν η πρόταση για αναθεώρηση αντιλαμβάνεται τη θρησκευτική ουδετερότητα; Ως αδιαφορία της Πολιτείας για τα εκκλησιαστικά πράγματα, οπότε στην περίπτωση αυτή η Πολιτεία δεν υιοθετεί καμία θρησκευτικότητα στην εθιμοτυπία της και η Εκκλησία, ως αυστηρώς ιδιωτική υπόθεση, αφενός στερείται κάθε προστασίας και αφετέρου δεν υπόκειται σε κάποια ιδιαίτερη ή αυστηρή εποπτεία (*γαλλικό μοντέλο*) ή σημαίνει την ευμενή ουδετερότητα της Πολιτείας έναντι της Εκκλησίας γενικώς ή έναντι μεγάλων και καθιερωμένων θρησκευτικών κοινοτήτων (*γερμανικό ή και αμερικανικό πρότυπο*); (βλ., αντί πολλών, Ι. Μ. ΚΟΝΙΔΑΡΗ, *Εγχειρίδιο Εκκλησιαστικού Δικαίου*, γ' έκδ. [με τη συνεργασία Β. Κ. ΜΑΡΚΟΥ], Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016, σ. 66-67· πρβλ. Θ. Δ. ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ, «*Το νομοθετικό καθεστώς και οι σχέσεις της Εκκλησίας της Ελλάδος με το κράτος: δεδομένα και παρανοήσεις*», Νομοκανονικά 2/2017, σ. 29 επ., ιδίως σ. 62 επ.). Ποιο κράτος θα εκφράζει; Το θρησκευτικά αδιάφορο ή απλώς το μη παρεμβατικό; Αν σκοπός της ρήτηρας, όπως προκύπτει από την Έκθεση της Επιτροπής για την αναθεώρηση του Συντάγματος (Ιανουάριος 2019), είναι να καταδειχθεί ότι δεν υπάρχει «κρατική θρησκεία», θεωρώ την εισαγωγή της όλως περιττή. Πολύ φοβούμαι, πάντως, ότι η «*δημιουργική ασάφεια*» της σχετικής ρήτηρας, θα προκαλέσει, έστω ανεπίγνωστα, περισσότερες ερμηνευτικές δυσχέρειες απ' όσες αγκυλώσεις η εισαγωγή της θα επιχειρήσει τυχόν να ξεπεράσει... (πρβλ. Γ. ΔΙΕΛΛΑ, «*Θρησκευτική ουδετερότητα του κράτους και δημόσια πολιτική: Όψεις ανορθολογισμού*» in: [tonima.gr](http://tonima.gr), 7.11.2018, ο οποίος σημειώνει, ορθώς, ότι με την πρόταση αυτή δημιουργείται ένα «*νέο δήθεν ουδετερόθρησκο κράτος [όπου] σημασία έχει η επίφαση και όχι η ουσία*»).

Σε κάθε περίπτωση, γιατί επιλέγεται μεθοδολογικά η ενσωμάτωσή της στο άρθρο 3 Σ., που αφορά μόνο στην «επικρατούσα» Ορθόδοξη Εκκλησία και όχι, ως όφειλε, στο άρθρο 13, που κατοχυρώνει τη θρησκευτική ελευθερία, διαρρυθμίζει συνολικώς το θρησκευτικό φαινόμενο και επομένως, περιλαμβάνει στο κανονιστικό του πεδίο όλες τις «γνωστές» θρησκείες; Ασφαλώς μόνο η δεύτερη εκδοχή επιτυγχάνει την ευαγγελιζόμενη ουδετερότητα...

4. Στο πλαίσιο εκσυγχρονισμού του άρθρου 3 προτείνονται δύο ακόμη παρεμβάσεις, οι οποίες κινούνται, φρονώ, προς την ορθή κατεύθυνση·

4.1. Τίθεται ερμηνευτική δήλωση για τη σημασιολόγηση του όρου «επικρατούσα θρησκεία», όπως είχε σχετικώς από πολλού προταθεί. Επιβεβαιώνεται έτσι ότι το άρθρο 3 δεν νοείται ως περιστολή του δικαιώματος στη θρησκευτική ελευθερία, αλλά περιβάλλει με μια θεσμική εγγύηση την ορθόδοξη εκκλησία ως υποκείμενο και φορέα της θρησκευτικής ελευθερίας. Θα μπορούσε βεβαίως να γίνει ένταξη του όρου απευθείας στο ά. 13. Μην ξεχνάμε ότι η διάταξη περί «επικρατούσας θρησκείας» διαχωρίζεται στο ισχύον Σύνταγμα, για πρώτη φορά, από εκείνην που καθιερώνει τη θρησκευτική ελευθερία και παρατίθεται αυτοτελώς (ά. 3), ως ιδιαίτερο τμήμα των βασικών διατάξεων του Συντάγματος με τίτλο «Σχέσεις Εκκλησίας και Πολιτείας». Η εν λόγω μεθοδολογική δεν είμαι σίγουρος ότι «οικονομεί» τα πράγματα με τον προσφορότερο τρόπο. Έχω την αίσθηση ότι ο νεότερος συνταγματικός νομοθέτης του 1975 δεν πείθει ότι, τουλάχιστον εν προκειμένω, εισήγαγε μία ορθότερη ρύθμιση, που να μπορεί να θεωρηθεί επιτυχής καινοτομία. Και τούτο, διότι η συγκεκριμένη μεθοδολογική διευθέτηση παραγνωρίζει τη μεταξύ των δύο διατάξεων (ά. 3 και 13 Σ.) στενή συνάφεια, με αποτέλεσμα να ευθύνεται για τις ερμηνευτικές δυσχέρειες που, έστω ανεπίγνωστα, ο όρος «επικρατούσα» θρησκεία συχνά προκαλεί...

4.2. Η επαναδιατύπωση του άρθρου 3 ορίζει (εδ. γ'): «*Η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδας είναι αυτοκέφαλη και διοικείται σύμφωνα με όσα ορίζουν ο Καταστατικός Χάρτης της, ο Πατριαρχικός Τόμος του 1850 και η Συνοδική Πράξη του 1928*» (Για τον Τόμο και την Πράξη, βλ. διεξοδικώς Γ. Κ. ΙΑΤΡΟΥ, *Η θέση του Οικουμενικού Πατριαρχείου στην εκκλησιαστική, την ελληνική και τη διεθνή έννομη τάξη* [= Βιβλιοθήκη Εκκλησιαστικού Δικαίου. Σειρά: Β'. Μελέτες, 2], 2010, *passim*). Η πρόταση περιλαμβάνει μία *ανακρίβεια* και μία *καινοτομία*. Η πρώτη συνίσταται στο ότι η Εκκλησία της Ελλάδος είναι, μετά την Πατριαρχική Πράξη 1928, *εν μέρει μόνο*, αυτοκέφαλη, καθώς αποτελείται από την Αυτοκέφαλη Εκκλησία της Ελλάδος και τις Μητροπόλεις του Οικουμενικού Πατριαρχείου («*Νέες Χώρες*»). Ως προς τη δεύτερη, συνάγεται ότι αμφότερα τα πατριαρχικά κείμενα, τόσο ο Τόμος 1850 όσο και η Πράξη 1928, κατοχυρώνονται πλέον στο Σύνταγμα *συνολικώς*, όπως άλλωστε επιβάλλει η συνεπής εφαρμογή της αυτοδιοίκησης της κάθε θρησκευτικής κοινότητας (ά. 13· για μία συστηματική ερμηνεία του ά. 13 Σ. βλ., προσφάτως, Ι. Μ. ΚΟΝΙΔΑΡΗΣ/Γ. Ι. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΣ in: Φ. ΣΠΥΡΟΠΟΥΛΟΣ, Ξ. ΚΟΝΤΙΑΔΗΣ, Χ. ΑΝΘΟΠΟΥΛΟΣ, Γ. ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ [επιστ. διεύθ.], *Σύνταγμα. Κατ' άρθρο ερμηνεία*, 2017, άρθ. 13, σ. 288 επ., όπου και περαιτέρω αναλυτική βιβλιογραφία).

Στο ίδιο πλαίσιο, όμως, δεν προτείνεται, ατυχώς, η αναθεώρηση του ά. 72 § 1 Σ., στο οποίο βρίσκεται έρεισμα η άποψη ότι ο καταστατικός χάρτης, που ρυθμίζει τα της διοικήσεως της Εκκλησίας της Ελλάδος, πρέπει να αποτελεί Νόμο του Κράτους. Και τούτο, παρά τη ρητή αντίθεση της πρακτικής αυτής προς τον Πατριαρχικό και Συνοδικό Τόμο του 1850, με τον οποίο ανακηρυσσόταν Αυτοκέφαλη η Εκκλησία της Ελλάδος προκειμένου να διοικείται «*κατά τους θείους και ιερούς κανόνες και ακωλύτως από πάσης κοσμικής επεμβάσεως*». Έτσι, «η Εκκλησία στηρίχθηκε όλο και περισσότερο στο δεκανίκι της Πολιτείας, η οποία εφάρμοσε το σύστημα της παροχής και αντιπαροχής, προκειμένου να τη δελεάσει και τελικώς να δηλητηριάσει και να στρεβλώσει τον εκκλησιαστικό οργανισμό» (έτσι Ι. Μ. ΚΟΝΙΔΑΡΗΣ, «*Ετη υποταγής*», εφ. *Το Βήμα* της 11ης Νοεμβρίου 2012, σ. Α 49).

Κατέληξε, μάλιστα, υποχείριο του Κράτους, που έφθασε μέχρι του σημείου να τη χρησιμοποιήσει ακόμη και ως όργανο αντεγκληματικής πολιτικής, καθιερώνοντας

νομοθετικώς (Ν. Σ'/1852 άρθρο Γ'), κατόπιν αιτήσεως διαδίκου, τη δυνατότητα επιβολής από τον επιχώριο Επίσκοπο του *επιτιμίου* του προσωπικού *αφορισμού* για την αποκάλυψη των υπαίτιων τέλεσης παράνομων πράξεων, εκμεταλλευόμενο τη δεισιδαιμονία του ολιγογράμματος τότε ελληνικού λαού... (Ι. Μ. ΚΟΝΙΔΑΡΗΣ, Ομιλία σε εκδήλωση του «Κύκλου Ιδεών για την Εθνική Ανασυγκρότηση» με θέμα «Κράτος και Εκκλησία» της 18ης Μαρτίου 2018, Νομοκανονικά 1/2019, σ. 9 επ., εδώ σ. 12).

5. Ταυτοχρόνως με την εκκίνηση της αναθεωρητικής διαδικασίας έγινε γνωστό τυχαίως (;) και το «*Προσχέδιο συμφωνίας*» Αρχιεπισκόπου – Πρωθυπουργού, το οποίο επιχείρησε σε πρακτικό επίπεδο έναν εξορθολογισμό των σχέσεων Πολιτείας και Εκκλησίας. Δεν θα επιχειρήσω ασφαλώς μία ανάλυση των επιμέρους παραμέτρων της «*Συμφωνίας*» (βλ. προχείρως την επίκαιρη αρθρογραφία Γ. Ι. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΥ στην εφ. *Η Καθημερινή* υπό τους εξής τίτλους: «*Από τη χορηγία του 1945 στην επιδότηση του 2018*», 15.11.2018, σ. 3, «*Ένα εκκλησιαστικό déjà vu;*», 21.11.2018, σ. 3 και «*Μια επίκαιρη εισήγηση, 55 ετών, για τη μισθοδοσία του κλήρου*», 15.12.2018, σ. 13). Θα αρκεστώ απλώς σε μία σύντομη και εξ αυτού ελλειπτική αξιολόγηση των πολύμορφων αντιδράσεων που προκάλεσε τόσο σε ενδοεκκλησιαστικό όσο και σε πολιτικό επίπεδο:

5.1. Η μερική απόρριψη από τη Σύνοδο της Ιεραρχίας του Προσχεδίου επιβεβαιώνει την αρχική εκτίμηση ότι θα έπρεπε η διαδικασία να είχε ακολουθήσει την αντίστροφη πορεία. Η συνοδική οργάνωση της Ορθόδοξης Εκκλησίας δεν γνωρίζει την «*ενός ανδρός αρχή*». Εάν είχε προηγηθεί η έκφραση της συνοδικής διαγνώμης του εσπευσμένου κοινού ανακοινωθέντος της 6ης Νοεμβρίου 2018, είναι σίγουρο ότι δεν θα είχε συντελεστεί, σε τόσο σύντομο μάλιστα χρονικό διάστημα, η απονομιμοποίηση του τελευταίου.

5.2. Η αντίδραση του μείζονος [τότε] κυβερνητικού εταίρου στη συνοδική απόφαση, που απέρριψε κάθε αλλαγή στην εφημεριακή μισθοδοσία, αποκαλύπτει περισσότερα από όσα ίσως αφήνει να εννοηθούν.

Πρώτον, επαληθεύεται η εντύπωση ότι η αναδιάταξη των σχέσεων της Πολιτείας με την Εκκλησία αποτελεί, όπως έχει εξελιχθεί, μέρος μικροκομματικού σχεδιασμού, στον οποίον ενεπλάκη, έστω ανεπίγνωστα, και η Εκκλησία...

Δεύτερον, φανερώνει μία περιφρόνηση προς την Ιεραρχία, στην οποία δεν επιφυλάσσεται ρόλος ισότιμου συνομιλητή. Και τούτο, παρά τις υποκριτικές, όπως αποδεικνύεται, δηλώσεις ότι η εφαρμογή του «*Προσχεδίου Συμφωνίας*» τελούσε υπό την αίρεση της έγκρισής της.

Τρίτον, η απειλή για μονομερή νομοθέτηση των αλλαγών στη μισθοδοσία του κλήρου μπορεί να αποτελεί μία αναφαιρέτη νομοθετική επιλογή, δεν εξασφαλίζει, όμως, την ηθική νομιμοποίηση της τελευταίας. Και τούτο, διότι στην περίπτωση αυτή, δεν θα πρόκειται για νομοθετική κατοχύρωση των συμφωνηθέντων, αλλά για νομοθετική επιβολή των ήδη αποφασισθέντων, γεγονός που θα ενισχύσει την καχυποψία ανάμεσα σε δύο δύσπιστους, ούτως ή άλλως, εταίρους...

Τέταρτον, εάν η Πολιτεία νομοθετήσει μονομερώς τις αλλαγές στη μισθοδοσία, θα δημιουργήσει κληρικούς πολλαπλών ταχυτήτων –η συμφωνία δεν αφορά (;) Κρήτη και Δωδεκάνησα- , αν και η απαρέγκλιτη εφαρμογή της συνταγματικής αρχής της ισότητας δεν δικαιολογεί μία τέτοια εξέλιξη...

Εν κατακλείδι, το γεγονός ότι η «*Συμφωνία*» Πρωθυπουργού και Αρχιεπισκόπου κινήθηκε, ως μη όφειλε, στη λογική του «take it or leave it» και παρέμεινε, ακόμη και σήμερα, σχέδιασμα προθέσεων, στις οποίες ήταν εύκολα

ανιχνεύσιμη η μικροπολιτική εκμετάλλευση, μάλλον τής επιφυλάσσει μια περίοπτη θέση «στις ελληνικές καλένδες» (ad calendas graecas)...

6. Τι μέλλει γενέσθαι; Έχω την άποψη ότι βρισκόμαστε μπροστά σε μία μάλλον χαμένη ευκαιρία (βλ. ήδη Γ. Ι. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΥ, «Συνταγματική αναθεώρηση και Εκκλησία: μία ακόμη χαμένη ευκαιρία;», εφ. *Η Καθημερινή* της 27.9.2019, σ. 5). Η οριακή πλειοψηφία που συγκέντρωσε η κυβερνητική πρόταση για την αναθεώρηση δύσκολα προοιωνίζεται κάποια έκπληξη για το συνταγματικό μέλλον του άρθρου 3. Το μείζον που μπορεί να επιτευχθεί, εάν ασφαλώς ολοκληρωθεί η αναθεωρητική διαδικασία και δεν τερματιστεί άδοξα η πορεία της, είναι η προσθήκη στο άρθρο 3 Σ. *ερμηνευτικής δήλωσης* για την εννοιοδότηση της «επικρατούσας θρησκείας» και η διαγραφή της παρ. 3 για την απαγόρευση της μετάφρασης της Αγ. Γραφής.

7. Τι δέον να συμβεί; Εκκλησία και Πολιτεία οφείλουν να πιάσουν το νήμα από την αρχή σε χρόνο πολιτικά νεκρό. Χωρίς αιφνιδιασμούς, μακριά από ιδεοληψίες, αδέξιες πρωτοβουλίες και ισοπεδωτικές λογικές, ένθεν κακείθεν, πρέπει μακρόπνοα να επανασχεδιάσουν τη συνύπαρξή τους, έχοντας κατά νου ότι επιβάλλεται να μην υιοθετήσουν λύσεις που ταιριάζουν σε σώμα «*με άλλες διαστάσεις και άλλους όρους αναπνοής*»...

#### *Αντί επιλόγου*

Νοέμβριος 1981. Μετά τον εκλογικό θρίαμβο, η κυβέρνηση του ΠΑΣΟΚ εξαγγέλλει νομοσχέδιο για την υποχρεωτικότητα του πολιτικού γάμου. Η πρωτοβουλία αυτή ξεσηκώνει θύελλα αντιδράσεων στους εκκλησιαστικούς κύκλους. Η αναζήτηση διεξόδου προκαλεί την έκτακτη συνάντηση του Πρωθυπουργού *Ανδρέα Παπανδρέου* με τον Αρχιεπίσκοπο *Σεραφείμ*, ο οποίος, τέτοιες ημέρες, τον Απρίλιο 1998 (10/4), *εξεδήμησε εις Κύριον*... Μπαίνοντας στο πρωθυπουργικό γραφείο ο Αρχιεπίσκοπος, μετά τις πρώτες εθιμοτυπικές κουβέντες, με τον αυθορμητισμό και την ευθύτητα που τον διέκρινε, είπε στον Ανδρέα:

*«Άκουσε Πρόεδρε, ο μακαρίτης ο πατέρας σου έλεγε μια σοφή κουβέντα. Μην τα βάζετε με την Εκκλησία, γιατί η Εκκλησία είναι σαν το κάρβουνο, αν είναι αναμμένο θα σε κάψει, αν είναι σβυσμένο θα σε μουντζουρώσει!»*

Έτσι, για να κινηθώ στο πλαίσιο που θέτει η θεματική του συνεδρίου, ο προσδιορισμός της ιδεατής τυπολογίας των σχέσεων Πολιτείας και Εκκλησίας είναι αναμφίβολα ένα «κλασικό» ζήτημα το οποίο φέρνει συχνά σε «αμηχανία» το Δημόσιο Δίκαιο και συγκεκριμένα τον κλάδο του συνταγματικού δικαίου, είτε αναδεικνύοντας νέα διλήμματα είτε επικαιροποιώντας τα παλιά. *Ιδού, λοιπόν, πεδίον δόξης λαμπρόν*...

# Η ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΣΤΑΣΗ ΤΟΥ ΣΤΕ ΑΠΕΝΑΝΤΙ ΣΤΗΝ ΑΕΠΠ. ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΟΣ ΑΚΤΙΒΙΣΜΟΣ Ή ΦΟΒΟΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΚΑΙΝΟΥΡΓΙΟ;

Μιχαήλ Χ. Οικονόμου, Δικηγόρος-ΔΝ., Μέλος ΑΕΠΠ

## **ΕΙΣΑΓΩΓΗ**

Η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών μετρώντας ήδη σχεδόν δύο χρόνια λειτουργίας έχει απασχολήσει νομολογιακά και το Συμβούλιο της Επικρατείας και μάλιστα σε τρεις πιλοτικές δίκες μεταξύ άλλων. Σκοπός της παρούσας μελέτης είναι να καταδείξει τα πρώτα λίγα μεν αλλά καίριας σημασίας συμπεράσματα που εξάγονται από τις νομολογιακές κρίσεις του Ανώτατου Ακυρωτικού Δικαστηρίου απέναντι στην ΑΕΠΠ και κυρίως ως προς μια σειρά ζητημάτων που αφορούν την θέση της στο σύστημα παροχής έννομης και δικαστικής προστασίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων υπό το πρίσμα των διατάξεων του ν. 4412/2016. Η δικονομική θέση της ΑΕΠΠ ως προς την αναθέτουσα αρχή, το εύρος των αρμοδιοτήτων της, καθώς και η οιονεί δικαιοδοτικής της φύση είναι σαφώς θέματα που έχουν ενσκήψει στην δικανική κρίση του ΣτΕ αλλά σε κάθε περίπτωση χρήζουν περαιτέρω θεωρητικής και νομολογιακής επεξεργασίας και ανάλυσης.

### **Α. Η άποψη της Διοικητικής Ολομέλειας του ΣτΕ.**

Το ΣΤΕ με το πρακτικό του υπ' αριθμ. 13/2016 της διοικητικής του ολομέλειας διχάστηκε ως προς τις προτεινόμενες διατάξεις<sup>1</sup> αναφορικά με την σκοπιμότητα και την συνταγματικότητα τους.. Σύμφωνα με την άποψη της πλειοψηφίας, ο περιορισμός του Δικαστηρίου ΣτΕ ή ΔεΦΑΘ., όταν αυτό επιλαμβάνεται αιτήσεων αναστολής εκτέλεσης των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, στην εκτίμηση του ανεπανόρθωτου ή του δυσχερώς επανορθώσιμου της βλάβης των αιτούντων (η οποία, άλλωστε, είναι κατά

<sup>1</sup>Βλ. [http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/ste/apofaseis?contentID=DECISIONTEMPLATE1470655387454&\\_afLoop=1188196751898163#!%40%40%3F\\_afLoop%3D1188196751898163%26centerWidth%3D65%2525%26contentID%3DDECISIONTEMPLATE1470655387454%26leftWidth%3D0%2525%26rightWidth%3D35%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dtrue%26\\_adf.ctrl-state%3De5419wv8r\\_45](http://www.adjustice.gr/webcenter/portal/ste/apofaseis?contentID=DECISIONTEMPLATE1470655387454&_afLoop=1188196751898163#!%40%40%3F_afLoop%3D1188196751898163%26centerWidth%3D65%2525%26contentID%3DDECISIONTEMPLATE1470655387454%26leftWidth%3D0%2525%26rightWidth%3D35%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dtrue%26_adf.ctrl-state%3De5419wv8r_45).

κανόνα οικονομική) και της πρόδηλης βασιμότητας των προβαλλομένων λόγων ακυρώσεως, κατά τα προβλεπόμενα στις γενικές διατάξεις του άρθρου 52 του π.δ/τος 18/1989, καθιστά την προσωρινή προστασία ενώπιων του αν όχι περιττή, πάντως αναποτελεσματική σύμφωνα με το άρθρο 20 του Συντάγματος. Αντιθέτως σύμφωνα με την άποψη της μειοψηφίας των μελών της Διοικητικής Ολομέλειας του ΣτΕ και η οποία παρίσταται πιο εύλογη και τεκμηριωμένη, «Με τις υπό εξέταση διατάξεις του σχεδίου νόμου προκρίνεται σύστημα έννομης προστασίας κατά την διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, με το οποίο τρεις από τις τέσσερις «εξουσίες» του αρμόδιου για τις διαδικασίες προσφυγής οργάνου, σύμφωνα με τις οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκαν, ήτοι οι εξουσίες λήψεως προσωρινών μέτρων, ακύρωσης παρανόμων αποφάσεων των αναθετουσών αρχών και των αναθετόντων φορέων και κήρυξης σύμβασης ως άκυρης («ανενεργού», κατά την διατύπωση των οδηγιών) ανατίθενται, το πρώτον, σε ανεξάρτητη διοικητική αρχή και όχι σε δικαστήριο (η τέταρτη «εξουσία», αυτή της επιδίκασης αποζημίωσης, εξακολουθεί να ανήκει στα αρμόδια κατά τις γενικές δικονομικές διατάξεις δικαστήρια, άρθρο 2 παρ. 3 του σχεδίου). Με τον τρόπο αυτό ο νομοθέτης, στο πλαίσιο των υποχρεώσεων που ανέλαβε με το ν. 4336/2015 (Α΄ 94) για τη λήψη μέτρων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, ασκεί ευχέρεια, η οποία του παρέχεται από τις οικείες ειδικές διατάξεις των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ (άρθρα 2 παρ. 9), εφόσον, όπως εν προκειμένω, πληρούνται τα κριτήρια της διά νόμου ιδρύσεως του οργάνου προσφυγής, της μονιμότητας και ανεξαρτησίας του, της εκ μέρους του εφαρμογής κανόνων δικαίου, του κατ' αντιμωλίαν χαρακτήρα της ενώπιων του διαδικασίας και της δεσμευτικότητας των αποφάσεών του (βλ. ενδεικτικώς τις αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ήδη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, της 4ης Μαρτίου 1999, C-258/97, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI), της 21ης Οκτωβρίου 2010, C-570/08, Συμβούλιο Αποχετεύσεων Λευκωσίας, και της 6ης Οκτωβρίου 2015, C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme). Ούτε γεννάται ζήτημα αντίθεσης των διατάξεων του σχεδίου με τις διατάξεις του Συντάγματος περί οργανώσεως και δικαιοδοσίας των δικαστηρίων, εφόσον δεν ανατίθεται στην συνιστώμενη με το σχέδιο ανεξάρτητη αρχή η αρμοδιότητα επίλυσης διαφορών μετά δυνάμειως δεδικασμένου αλλά η άσκηση διοικητικού έργου, το οποίο δεν διαφέρει ουσιωδώς από το έργο των άλλων διοικητικών οργάνων που αποφαίνονται επί ενδικοφανών προσφυγών, προβλέπεται δε περαιτέρω η άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως και αιτήσεως

αναστολής κατά των πράξεων της Ανεξάρτητης Αρχής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Το προκρινόμενο με το σχέδιο σύστημα έννομης προστασίας δεν μπορεί να θεωρηθεί, εξάλλου, ως καταρχήν προδήλως απρόσφορο για την επίτευξη των στόχων που επιδιώκει σύμφωνα με την αιτιολογική του έκθεση και, συνεπώς, ως μη σκόπιμο. Ειδικότερα, η υπαγωγή όλων των διαφορών από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε κοινούς κανόνες έννομης προστασίας, ως αναγκαία συνέπεια της υπαγωγής τους σε καταρχήν κοινούς ουσιαστικούς κανόνες με τα λοιπά βιβλία του σχεδίου νόμου, δεν επιβάλλεται μεν αλλά ούτε και αποδοκιμάζεται από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, υπηρετεί δε την ενότητα δικαίου που αποτελεί σκοπό της έννομης τάξης. Αλλά και η ανάθεση της αρμοδιότητας αποφάνσεως επί των προδικαστικών προσφυγών σε μία Αρχή μπορεί να συμβάλει στην ενότητα της νομολογίας και την ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου, ενώ οι διατάξεις του σχεδίου, οι οποίες προβλέπουν τα της οργάνωσης, της στελέχωσης, της λειτουργίας της Ανεξάρτητης Αρχής και διέπουν την ενώπιον της διαδικασία – για την οποία προβλέπονται, μάλιστα, αποκλειστικές προθεσμίες (άρθρα 21 παρ. 8 και 23 παρ. 5) – μπορούν να εξασφαλίσουν την ταχεία και αποτελεσματική επίλυση των αμφισβητήσεων και την σύναψη των συμβάσεων εντός του προβλεπομένου χρόνου, όπως επιβάλλει το δημόσιο συμφέρον, δοθέντος ότι η αίτηση αναστολής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας δεν έχει αυτόματο ανασταλτικό αποτέλεσμα. Ούτε μπορεί άλλωστε να θεωρηθεί ότι δεν είναι σκόπιμη η εφαρμογή και στις πράξεις της Αρχής των γενικών διατάξεων της νομοθεσίας περί του Συμβουλίου της Επικρατείας. Διάφορο δε είναι το ζήτημα ότι το σχέδιο επιδέχεται βελτιώσεις ιδίως προς την κατεύθυνση της αξιοποίησης της εμπειρίας από την εφαρμογή του ν. 3886/2010, χωρίς να γεννώνται ζητήματα αντίθεσής του προς τις επιταγές του Συντάγματος και του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. αντί άλλων τις αποφάσεις 372–374/2015 της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας με παρουσίαση της σχετικής νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης).<sup>23</sup> Οίκοθεν δε

---

<sup>2</sup> Βλ. αντί άλλων τις αποφάσεις 372–374/2015 της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας με παρουσίαση της σχετικής νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

<sup>3</sup> «Πρέπει εξάλλου να επιβληθεί η υποχρέωση καταβολής ηυξημένου παραβόλου – εντός πάντως των κατά τα προεκτεθέντα ορίων – και για την προσφυγή στο Δικαστήριο κατά των πράξεων της Ανεξάρτητης Αρχής, γ) πρέπει να δοθεί στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα παράθεσης αρχικής ή συμπληρωματικής αιτιολογίας της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης της (βλ. άρθρο 4 παρ. 4 εδαφ. δ' ν. 3886/2010), δ) πρέπει να συμπληρωθεί το άρθρο 20 του σχεδίου ούτως ώστε να παρέχεται στην Ανεξάρτητη Αρχή, σε κλιμάκιο της ή σε ατομικώς ενεργούν όργανό της η δυνατότητα άρσης του κωλύματος σύναψης της σύμβασης (βλ. άρθρο 2 παρ. 3 των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ αλλά



νοείται, κατά την μειωψηφήσασα γνώμη, ότι οι κατά τα ανωτέρω επιμέρους παρατηρήσεις σκοπιμότητας αποσκοπούν στην βελτίωση του προτεινομένου συστήματος ενόψει της εμπειρίας από την εφαρμογή του ν. 3886/2010 και δεν στοιχειοθετούν κρίση περί αντιθέσεώς του προς την κατά το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος υποχρέωση παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας».

## **B. Η οριοθέτηση της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ δια της ΣΤΕ ΕΑ 54/2018.**

Η εν λόγω απόφαση παρουσιάζει ενδιαφέρον, διότι είναι η πρώτη που ασχολείται 54/2018 με την οριοθέτηση των αρμοδιοτήτων της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ). Όπως αναφέρθηκε εισαγωγικά, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η σχολιαζόμενη απόφαση ως προς το ζήτημα της οριοθέτησης των αρμοδιοτήτων της ΑΕΠΠ. Όπως προβλέπουν οι διατάξεις των παραγράφων 2 και 3 του άρθρου 367 του Ν 4412/2016, σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής, η ΑΕΠΠ ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψη και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη με την απόφαση της ΑΕΠΠ. Η Αρχή, σύμφωνα με την κρίση του Δικαστηρίου, δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα δε, σε περίπτωση παράλειψης της αναθέτουσας η ΑΕΠΠ δεν μπορεί ούτε να συμπληρώσει τη διακήρυξη, ούτε να θεωρήσει τον όρο της διακήρυξης ως αναδρομικώς γεγραμμένο και συμπεριληφθέντα στη διακήρυξη και εν συνεχεία να διατάξει την

---

*και 26 παρ. 4 του σχεδίου), ε) οι διατάξεις των άρθρων 25 έως και 28 του σχεδίου περί της κηρύξεως σύμβασης ως άκυρης πρέπει να διορθωθούν στα σημεία εκείνα που προκαλούν ασάφειες (25 περ. γ' και 26 παρ. 3 με άστοχες επαναλήψεις και εσφαλμένες παραπομπές σε διατάξεις άλλων βιβλίων του σχεδίου νόμου, 27 παρ. 2 τελευταίο εδάφιο, όπου γίνεται λόγος για «ανενεργό» της σύμβασης και όχι για «ακυρότητα» της, όπως στις υπόλοιπες υπό εξέταση διατάξεις), στ) η αρμοδιότητα εκδίκασης των αιτήσεων ακυρώσεως και αναστολής που ασκούνται κατά των πράξεων της Ανεξάρτητης Αρχής ενδείκνυται να ανατεθεί στα διοικητικά εφετεία (υπό τριμελή σύνθεση) της έδρας της αναθέτουσας αρχής που εξέδωσε την πράξη κατά της οποίας ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, να περιορισθεί δε η αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας στις διαφορές από την ανάθεση συμβάσεων των οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ με αξία μεγαλύτερη ενός ορισμένου ορίου – ενιαίου ή ανά κατηγορία συμβάσεων – καθώς και στις συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με αξία μεγαλύτερη ενός ορισμένου ορίου, ζ) πρέπει να συμπληρωθούν οι μεταβατικές διατάξεις του σχεδίου (άρθρο 32) με ειδική πρόνοια για την δικονομική μεταχείριση των διαφορών που θα έχουν γεννηθεί μέχρι την 1.1.2017, μετά την κατάργηση από την ημερομηνία αυτή του ν. 3886/2010, και η) στο άρθρο 33 («Καταργούμενες διατάξεις») πρέπει να προστεθεί και το άρθρο 47 παρ. 4 του ν. 3900/2010».*

συνέχιση της διαδικασίας με το ούτως αναμορφωθέν κανονιστικό πλαίσιο. Η σχολιαζόμενη απόφαση τονίζει ότι τα ανωτέρω ισχύουν ακόμα και αν, σε περίπτωση επαναδιακήρυξης ενός διαγωνισμού, ο επίμαχος όρος, ο οποίος οδήγησε στην ακύρωση, βρισκόταν ήδη στην πρώτη διακήρυξη του διαγωνισμού. Με άλλα λόγια, το γεγονός ότι σύμφωνα με τη (νεότερη) απόφαση της ΑΕΠΠ η αρχική διακήρυξη ήταν ουσιαστικά νόμιμη ως προς τον επίμαχο όρο δεν νομιμοποιεί την Αρχή να τον επαναφέρει και διατάξει τη συνέχιση της διαδικασίας, ωσάν ο όρος να υπήρχε εξαρχής. Η κρίση αυτή της Επιτροπής Αναστολών βασίζεται στην πάγια εθνική και ενωσιακή νομολογία, σύμφωνα με την οποία η διοίκηση, σε περίπτωση που θεωρεί ότι ένας όρος της διακήρυξης αντιβαίνει σε κανόνα υπέρτερης τυπικής ισχύος, δεν μπορεί να τον παραμερίσει ως ανίσχυρο και να εφαρμόσει άλλον, διαφορετικού περιεχομένου κανόνα. Αντίθετα η διοίκηση δεσμεύεται από τους κανόνες που θέτει η διακήρυξη του διαγωνισμού και δεν μπορεί να επιλέξει ανάδοχο εφαρμόζοντας κανόνα, ο οποίος είναι αντίθετος με το πλαίσιο που έχει θέσει η διακήρυξη. Συνεπεία τούτων η διοίκηση μόνο σε ευθύ έλεγχο της διακήρυξης μπορεί να προβεί και αν κρίνει ότι ένας ή περισσότεροι όροι αυτής είναι μη νόμιμοι ή δεν μπορούν να εφαρμοστούν για οποιοδήποτε λόγο, ανακαλεί την διακήρυξη και ματαιώνει το διαγωνισμό. Εξάλλου ενδεχόμενη τροποποίηση από την αναθέτουσα αρχή αλλά και από την ΑΕΠΠ του περιεχόμενου των βασικών όρων του διαγωνισμού, ενόσω η διαγωνιστική διαδικασία είναι σε εξέλιξη, και στους οποίους (όρους) έχουν καλόπιστα στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς για να αποφασίσουν εάν θα υποβάλουν προσφορά έρχεται σε αντίθεση με τις αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης καθώς και την υποχρέωση διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις δεν είναι οποιαδήποτε τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού, καταρχήν και σε κάθε περίπτωση, μη επιτρεπτή. Η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' εξαίρεση τη δυνατότητα διόρθωσης ή συμπλήρωσης των υποχρεώσεων, των οποίων απαιτείται η απλή διευκρίνισή τους ή προς τον σκοπό της διορθώσεως πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό την επιφύλαξη ότι ενημερώνει σχετικά το σύνολο των προσφερόντων. Στο πλαίσιο αυτό, είναι δυνατό να υποστηριχθεί, ότι η ΑΕΠΠ έχει την δυνατότητα να υποδείξει στις αναθέτουσες αρχές διορθώσεις και επισημάνσεις σχετικά με ρήτρες της διακήρυξης που παρουσιάζουν λάθη, αντιφάσεις ή ελλείψεις, οι οποίες εντούτοις είναι κατά την κρίση της Αρχής επουσιώδεις, δυνάμενες να αρθούν μέσω της κατάλληλης ενημέρωσης των υποψηφίων από την

αναθέτουσα αρχή, ώστε να μην δικαιολογείται η ματαίωση της ανοιγείσας διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε αυτή την περίπτωση, κρίσιμο είναι αν οι διαπιστωθείσες πλημμέλειες της διακήρυξης είναι πράγματι επουσιώδεις. Κατά την άποψή μας, είναι εξαιρετικά σημαντικό να ερμηνεύονται στενά τόσο η κρίση περί του ουσιώδους ή μη της πλημμέλειας της διακήρυξης όσο και η ίδια η δυνατότητα της Αρχής να υποδεικνύει στην αναθέτουσα τις πλημμέλειες αυτές. Και τούτο διότι, η αναγνώριση στην Αρχή αρμοδιότητας πέρα από την ρητή δυνατότητα ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης και αναπομπής στην αναθέτουσα αρχή ενέχει τον κίνδυνο της σύγχυσης των ορίων των αρμοδιοτήτων της Αρχής και των αναθετουσών αρχών. Τέλος πρέπει να σημειωθεί ότι κατ' εφαρμογή της ανωτέρω κρίσης της Επιτροπής Αναστολών, η ΑΕΠΠ ορθά έκρινε ότι δεν έχει αρμοδιότητα να κηρύξει έκπυτο προσωρινό ανάδοχο σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής. Διατυπώνεται η έντονη κριτική ότι με αυτή την νομολογιακή κρίση το ΣτΕ δεσμεύει άκρως περιοριστικώς την ΑΕΠΠ ήτοι διοικητικό όργανο σε μια ες αεί εσφαλμένη κρίση αν αυτή έλαβε χώρα μια φορά. Αντιθέτως, εκρίθη ότι (57/2018 ΔΕΦ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ ΑΝΑΣ), είναι σοβαρά-υποστηρίξιμη η ερμηνευτική εκδοχή ότι σε περίπτωση, όπως η ένδικη, που οικονομικός φορέας, ο οποίος δεν μετείχε στη ματαιωθείσα διαγωνιστική διαδικασία αλλά ενδιαφέρεται να μετάσχει στο νέο, αυτοτελή διαγωνισμό αμφισβητεί, με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, όρο της διακήρυξης που έχει τεθεί σε συμφωνία προς την κρίση που διατυπώθηκε από αυτή με προηγούμενη απόφαση της, κατά της οποίας δεν έχει ασκηθεί αίτηση αναστολής και αίτηση ακυρώσεως, η Αρχή δεν στερείται αρμοδιότητας να επανέλθει και να κρίνει εκ νέου το νομικό ζήτημα που κρίθηκε με την προηγούμενη απόφαση της, καθόσον η διατυπωθείσα επί του ζητήματος αυτού κρίση της αποτελεί/και την αιτιολογία για την επιλογή του πληττόμενου όρου της τροποποιημένης διακήρυξης (πρβλ. ΣτΕ 365/2007, ΕπΑνΣτΕ 50/2011, 290/2009). Εξάλλου, σε μία τέτοια περίπτωση δεν τίθεται ζήτημα καταστρατήγησης των διατάξεων των κανόνων των άρθρων 372 παρ. 4 εδ. β και 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, εφόσον ο προσφεύγων ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι πρόσωπο το οποίο δεν μετείχε στην προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 54/2018). Επιπρόσθετα, η εν λόγω παραδοχή δεν φαίνεται να αντιστρατεύεται τις διατάξεις των άρθρων 367 παρ. 3 και 4 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τις οποίες οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, οι οποίες υπόκεινται αποκλειστικά στα ένδικα βοηθήματα της αιτήσεως αναστολής και

της αιτήσεως ακυρώσεως (άρθρο 372 παρ. 1 ν.4412/2016), καθόσον στην προαναφερόμενη περίπτωση η υποχρέωση συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής στην απόφαση της ΑΕΠΠ που ακύρωσε όρο της αρχικής διακήρυξης επιβάλλει καταρχήν την ακύρωση/ανάκληση της διακήρυξης και τη ματαίωση του διαγωνισμού και ακολούθως, εφόσον αποφασίζεται η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, τη δημοσίευση διακήρυξης που δεν περιέχει τον ακυρωθέντα όρο, δεν φθάνει, όμως, μέχρι του σημείου να κάμψει την αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, στερώντας στον πρωτοεμφανιζόμενο οικονομικό φορέα που εκδηλώνει ενδιαφέρον συμμετοχής στο νέο διαγωνισμό το δικαίωμα να αμφισβητήσει τον όρο που έχει τεθεί σε συμμόρφωση προς την απόφαση της ΑΕΠΠ και απαγορεύοντας την τελευταία να τον εξετάσει στα πλαίσια προδικαστικής προσφυγής που ασκήθηκε ενώπιον της διατάξεις που καθορίζουν την κυκλοφορία, τον έλεγχο, την ασφάλεια και τους όρους παραγωγής των φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση, ...» στο άρθρο 2 ότι; «Πα τους σκοπούς της παρούσας υπουργικής απόφασης νοείται ως: 1. Φάρμακο: α) κάθε ουσία ή συνδυασμός ουσιών που εμφανίζεται να έχει θεραπευτικές ή προφυλακτικές ιδιότητες για τις ασθένειες ανθρώπων ή β) κάθε ουσία ή συνδυασμός ουσιών που μπορεί να χρησιμοποιηθεί ή να χορηγηθεί σε ανθρώπους, με σκοπό είτε να αποκατασταθούν, να διορθωθούν ή να τροποποιηθούν φυσιολογικές λειτουργίες με την άσκηση φαρμακολογικής, ανοσολογικής ή μεταβολικής δράσης, είτε να γίνει ιατρική διάγνωση...», στο άρθρο 3 ότι: « 1. Η παρούσα Υπουργική απόφαση εφαρμόζεται μόνο στα φάρμακα για ανθρώπινη χρήση που προορίζονται να κυκλοφορήσουν στην Ελληνική αγορά και παράγονται βιομηχανικώς ή για την παραγωγή των οποίων χρησιμοποιείται κάποια βιομηχανική μέθοδος. 2. Σε περίπτωση αμφιβολίας, όταν, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των χαρακτηριστικών του, ένα προϊόν ενδέχεται να εμπίπτει στον ορισμό, του «φαρμάκου» και στον ορισμό προϊόντος που διέπεται από άλλες διατάξεις, εφαρμόζονται οι διατάξεις της παρούσας υπουργικής απόφασης...» και στο άρθρο 7 ότι: «1. Κανένα φάρμακο δεν δύναται να διατεθεί στην ελληνική αγορά χωρίς άδεια κυκλοφορίας από τον Ε.Ο.Φ., που χορηγείται σύμφωνα με τις διατάξεις της παρούσας Υπουργικής απόφασης, εκτός αν έχει εκδοθεί άδεια κυκλοφορίας με την κεντρική διαδικασία, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΚ 726/2004)....». Επειδή, η αιτούσα προβάλλει ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης της ΑΕΠΠ είναι πλημμελής ως στηριζόμενη αφενός στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι η Αρχή δεσμεύεται από αποφάσεις διοικητικών δικαστηρίων οι οποίες εκδόθηκαν

στα πλαίσια παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας και στα πλαίσια άλλων διαδικασιών ανάθεσης, αφετέρου στο εσφαλμένο συμπέρασμα ότι οι σχετικές κρίσεις των εκδοθεισών δικαστικών αποφάσεων θα υιοθετηθούν και σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας. Και ο λόγος, όμως, αυτός της αίτησης δεν πιθανολογείται ως βάσιμος, κατά μεν το πρώτο σκέλος του διότι από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης προκύπτει ότι η παραπομπή στη διαμορφωθείσα νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων δεν έχει ως έρεισμα τη δεσμευτικότητα των αποφάσεων αυτών, αλλά χρησιμοποιείται, δίκην εργαλείου, για την επίλυση της διαφοράς, όπως, άλλωστε, χρησιμοποιούνται και οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ που έκριναν το ίδιο νομικό ζήτημα, κατά δε το δεύτερο σκέλος του διότι η σχετική προσέγγιση - εκτίμηση του Κλιμακίου που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση δεν φαίνεται να αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της αιτιολογίας στην οποία στηρίζεται διατυπωθείσα κρίση. Ιδιαίτερως ενδιαφέρουσα απόφαση κυρίως γιατί βάζει στην ερμηνευτική διελκυστίνδα της αυτοτέλειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, την δέσμευση της διοίκησης και της ΑΕΠΠ από την προγενέστερη διοικητική και δικαστηριακή νομολογία.

Συναφώς με την 86/2018 ΕΑ ΣΤΕ εκρίθη το ανώτατο ακυρωτικό, εν προκειμένω, απέρριψε την υπό κρίση αίτηση, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο της αιτούσας εταιρίας, επικαλούμενο την πάγια περί πρόκλησης βλάβης νομολογία του, στο πλαίσιο του προΐσχύσαντος νομοθετικού καθεστώτος προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων. Η αιτούσα, συγκριμένα, κρίθηκε ότι άσκησε την υπό κρίση αναστολή, άνευ εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι δεν επικαλέστηκε με τους προ της συζητήσεως της υπόθεσης προβαλλόμενους ισχυρισμούς της, ποια είναι η συγκεκριμένη άμεση βλάβη που υφίσταται από τους πληττόμενους με την προδικαστική προσφυγή της, κανονιστικούς όρους της διακήρυξης. Επειδή, από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων του ν. 4412/2016 -οι οποίες αποδίδουν το πνεύμα των αντίστοιχων διατάξεων των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΚ και 92/13/ΕΚ (άρθρα 1 παρ. 3 και 2α παρ. 2)- ερμηνευόμενων υπό το πρίσμα των κριθέντων με τις προμνημονευθείσες αποφάσεις του Δ.Ε.Ε., συνάγεται ότι οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραιτήσεως από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα

(πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 144/2018), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην, όμως, ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής αιτήσεως ακυρώσεως του αποφάσεως, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της Α.Ε.Π.Π., πλην, όμως, δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξάλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της συμβάσεως, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκηρύξεώς του, αλλ' αντιθέτως να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της συμβάσεως (βλ. ΣτΕ ΕΑ 22/2018, πρβλ. και ΣτΕ ΕΑ 144/2018, 130/2018, 106/2018 και 408/2018). Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην, ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς της συμβάσεως, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της συμβάσεως, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της συμβάσεως, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης συμβάσεως θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία (ΣτΕ ΕΑ 106/2018). Πέραν τούτων, για την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, δεν απαιτείται η διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας σε ένα και μόνον στάδιο, που καταλήγει στην έκδοση μόνον μίας (κατακυρωτικής) πράξεως του αναθέτοντος φορέα. Αδιάφορο, από της εξεταζομένης

απόψεως, είναι, περαιτέρω, και το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελιώσεως του εννόμου συμφέροντος, ήτοι, η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασεως και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η βάση της επίμαχης διαδικασίας σύμβαση (ΣτΕ ΕΑ 22/2018, βλ. και contra ΣτΕ ΕΑ 349/2017). Προϋπόθεση, ωστόσο, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβητήσεως της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επομένων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, που δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του (ΣτΕ ΕΑ 22/2018), όπως, εξάλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός, προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως. Αδιάφορος, τέλος, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος είναι ο αριθμός των συνδιαγωνιζομένων του, ο αποκλεισθείς, ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει τη συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης (ΣτΕ ΕΑ 130/2018 και 22/2018). Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, η αιτούσα, η προσφορά της οποίας εκρίθη τυπικώς αποδεκτή, λόγω προσκομίσεως του συνόλου των απαιτούμενων από τη διακήρυξη δικαιολογητικών συμμετοχής, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείσα και, κατ' επέκταση, τρίτη εν σχέσει με την υπό ανάθεση σύμβαση, εκ μόνου του λόγου ότι οι προβαλλόμενες κατά του αποκλεισμού της αιτιάσεις δεν πιθανολογούνται σοβαρά ως βάσιμες. Η απόρριψη, εξάλλου, της τεχνικής προσφοράς της αιτούσας και η αποδοχή της προσφοράς της «ENGIE Hellas A.E.» έγιναν με την ίδια πράξη (ΔΥΠΜ/8715/24.10.2018 απόφαση του Γεν. Δ/ντή Επιχειρησιακών Λειτουργιών της Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε.), η οποία εκδόθηκε στο αυτό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και, συγκεκριμένα, στο ενιαίο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Κατά της πράξης αυτής του αναθέτοντος φορέα στράφηκε η αιτούσα, με την προδικαστική της προσφυγή, αμφισβητώντας τη νομιμότητα τόσο του αποκλεισμού της όσο και της αποδοχής της τεχνικής

προσφοράς της μοναδικής εναπομείνουσας εταιρείας. Οι αιτιάσεις αυτές επαναφέρονται με την κρινόμενη αίτηση, με την οποία η αιτούσα επιδιώκει τη ματαίωση του διαγωνισμού, επί σκοπώ επαναπροκηρύξεώς του, προκειμένου να της ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης. Υπό τα δεδομένα αυτά και λαμβάνοντας, περαιτέρω, υπόψη ότι, εν προκειμένω, δεν συντρέχει λόγος αδυναμίας επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού, ο οποίος, άλλωστε, εντάσσεται στο πλαίσιο υλοποίησης έργου για την ανάπτυξη δημόσιας χρήσης υποδομών φόρτισης ηλεκτρικών αυτοκινήτων στα νησιά, ούτε πιθανολογείται σοβαρά ότι οι λόγοι αποκλεισμού της αιτούσας καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως του διαγωνισμού, η Επιτροπή κρίνει ότι, υπό τις περιστάσεις της παρούσας υποθέσεως, η αιτούσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την προβολή αιτιάσεων κατά της αποδοχής της προσφοράς της «ENGIE Hellas A.E.» και της συμμετοχής της στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Πιθανολογείται, ως εκ τούτου, σοβαρά ότι είναι μη νόμιμη η περί του αντιθέτου κρίση της προσβαλλομένης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., με την οποία, κατά τα ήδη εκτεθέντα, έγινε δεκτό ότι, εφόσον ο αποκλεισμός της αιτούσας εχώρησε νομίμως, αυτή κατέστη τρίτη εν σχέσει με τον διαγωνισμό, με αποτέλεσμα οι προβαλλόμενες κατά της προσφοράς της «ENGIE Hellas A.E.» αιτιάσεις να μην μπορούν να εξετασθούν, ως προβαλλόμενες άνευ εννόμου συμφέροντος.

Επειδή, υπό την πλοκή της υποθέσεως, η Επιτροπή κρίνει ότι δεν μπορεί, επ' ευκαιρία εκδικάσεως της κρινομένης αιτήσεως, να προβεί πρωτογενώς στην εξέταση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, επί των οποίων δεν έχει αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 382-3/2018), αλλά ότι, αντιθέτως, υποχρεούται να περιορισθεί στη διαπίστωση της πιθανολογούμενης παράβασης της αιτιολογίας, κατ' επίκληση της οποίας οι αιτιάσεις αυτές απερρίφθησαν ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβληθείσες.

Επειδή, κατόπιν τούτων, η υπό κρίση αίτηση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να απορριφθεί, κατά το αντίστοιχο μέρος, η παρέμβαση της εταιρείας «ENGIE HELLAS A.E.», να ανασταλεί δε: α) η εκτέλεση της προσβαλλομένης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., κατά το μέρος που απέρριψε τις προβληθείσες, με την προδικαστική προσφυγή της αιτούσας, αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς της «ENGIE Hellas A.E.» και κατά της συμμετοχής της στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, β) η εκτέλεση της ΔΥΠΜ/8715/24.10.2018 αποφάσεως του Γενικού



Διευθυντή Επιχειρησιακών Λειτουργιών της Δ.Ε.Δ.Δ.Η.Ε. Α.Ε., κατά το μέρος που έκρινε τυπικά και τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «ENGIE Hellas A.E.» και της επέτρεψε τη συμμετοχή της στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (ελέγχου και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών), και γ) η εν γένει πρόοδος του επίμαχου διαγωνισμού. Οίκοθεν, πάντως, νοείται ότι η Α.Ε.Π.Π. διατηρεί την ευχέρεια να επανέλθει επί της υποθέσεως, προκειμένου, ενόψει και των κριθέντων με την παρούσα απόφαση σχετικά με το έννομο συμφέρον της αιτούσας ως μη οριστικώς αποκλεισθείσης από τον διαγωνισμό, να εξετάσει επί της ουσίας τις προβληθείσες κατά της συμμετοχής της «ENGIE Hellas A.E.» αιτιάσεις της προδικαστικής προσφυγής, οπότε, αναλόγως με την κρίση της, θα είναι δυνατή ή όχι η συνέχιση του διαγωνισμού. Η άσκηση, εξάλλου, της ευχέρειας αυτής δεν έρχεται σε αντίθεση με την 54/2018 απόφαση της παρούσας Επιτροπής, με την οποία κρίθηκε ότι η Α.Ε.Π.Π., δεσμευόμενη από προηγούμενη απόφασή της, δεν μπορεί να επανέλθει επί κριθέντος, με την εν λόγω απόφαση, νομικού ζητήματος, καθόσον η κρίση αυτή αυτονοήτως δεν αφορά σε περιπτώσεις που, όπως εν προκειμένω, η Αρχή επανέρχεται, κατόπιν αναστολής εκτελέσεως προηγούμενης αποφάσεώς της με απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, λόγω πιθανολογούμενης παράβασης των επιμέρους κρίσεών της, αλλά σε περιπτώσεις που η Αρχή, επιλαμβανόμενη εκ νέου της υποθέσεως κατόπιν προδικαστικής προσφυγής του αυτού ή άλλου διαγωνιζομένου κατά πράξεως του αναθέτοντος φορέα, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς την αρχική της απόφαση, αποκλίνει από την τελευταία, υιοθετώντας διαφορετική ερμηνεία του εφαρμοστέου νομοθετικού καθεστώτος. Για τον ίδιο λόγο, δεν κωλύεται η επάνοδος της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας υποθέσεως, εκ μόνου του λόγου ότι, όπως εκρίθη με την ίδια ως άνω απόφαση της Επιτροπής Αναστολών (54/2018), η Αρχή καθίσταται αναρμόδια κατά νόμον να κρίνει και να δεχθεί προδικαστική προσφυγή μετά την άπρακτη πάροδο της αποκλειστικής προθεσμίας, εντός της οποίας υποχρεούται να την εξετάσει, υποχρέωση που αναφέρεται στις συνήθεις περιπτώσεις διαφορών και όχι σε περιπτώσεις που, όπως εν προκειμένω, με δικαστική απόφαση, εκδοθείσα στο πλαίσιο παροχής προσωρινής προστασίας, πιθανολογείται σοβαρά ότι η Αρχή, παραλείποντας να αποφανθεί επί της ουσίας των αιτιάσεων της ασκηθείσης ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγής, παρέβη τις εκ του νόμου υποχρεώσεις της.

Συναφώς με την ΕΑ ΣΤΕ 395/2018 εκρίθη ότι με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της ΑΕΠΠ είναι παράνομη, ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι καίτοι ερείδεται για την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας και στην συμπληρωματική αιτιολογία που παρέθεσε η αναθέτουσα αρχή με το έγγραφο των απόψεων της προς την ΑΕΠΠ, κατ' εφαρμογή του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, δεν χορηγήθηκε στην αιτούσα από την αναθέτουσα αρχή ή την ΑΕΠΠ δυνατότητα να λάβει γνώση του εγγράφου αυτού. Κατά την αιτούσα, η οποία με την κρινόμενη αίτηση αναστολής πλήττει την απόφαση της ΑΕΠΠ όπως διαμορφώθηκε ενόψει και των διαλαμβανόμενων στο έγγραφο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η αποδοχή του αιτήματος της για χορήγηση αντιγράφου του εγγράφου των απόψεων ήταν αναγκαία, προκειμένου να λάβει γνώση της περιλαμβανόμενης στον εν λόγω έγγραφο συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και να την αντιμετωπίσει.

Τέλος με την 408/2018 ΕΑ ΣΤΕ εκρίθη ότι Επειδή, η κρίση αυτή της Α.Ε.Π.Π. ήταν προδήλως παράνομη, δεδομένου ότι η πράξη αποκλεισμού της αιτούσας, η οποία είχε σωρευθεί στην 128/7.5.2018 απόφαση του Δ.Σ. της Ο.ΣΥ. Α.Ε., ακυρώθηκε από την Α.Ε.Π.Π. με την ίδια απόφασή της (481,482/2018), με συνέπεια την αναδρομική εξαφάνισή της. Λόγω, επομένως, του erga omnes διαπλαστικού αποτελέσματος της ακυρωτικής αυτής αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. η αιτούσα δεν μπορούσε πλέον να εξακολουθεί να θεωρείται τρίτη σε σχέση με τον διαγωνισμό, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση του Δ.Σ. της Ο.ΣΥ. Α.Ε. σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Με τα δεδομένα αυτά, η ανωτέρω κρίση της Α.Ε.Π.Π.

## **ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ**

Άλλωστε και στην θεωρία<sup>4</sup> σε ανύποπτο χρόνο είχε υποστηριχθεί η άποψη ότι για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, θα πρέπει να προβλεφθεί ειδικό όργανο, εκτός της διοικητικής ιεραρχίας που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη, καθόσον το ίδιο ή το ιεραρχικά προϊστάμενο όργανο επιχειρεί, κατά κανόνα, τη διάσωση της

---

<sup>4</sup> Βλ. Ε. Πρεβεδούρου, Οι ενδικοφανείς προσφυγές ως μέσον επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης, ΘΠΔΔ 1/2013.

πράξης. Η σύσταση ειδικών οργάνων συνεπάγεται μεγαλύτερη δαπάνη, αλλά παρέχει εχέγγυα πιο αδέσμευτης και πιο αντικειμενικής κρίσης<sup>5,6</sup>.

Τα πρώτα δείγματα γραφής της ΑΕΠΠ ενός οργάνου με πρωτόφαντα χαρακτηριστικά για την εσωτερική έννομη τάξη είναι σαφώς θετικά δεδομένου και του αυξημένου όγκου των προσφυγών που εξετάστηκαν<sup>7</sup>. Η ρητή πρόβλεψη του εθνικού νομοθέτη, ότι οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ, ως διοικητικές πράξεις, ανεξάρτητης μεν, αλλά αμιγώς διοικητικής Αρχής και όχι ενός έστω και οιονεί δικαιοδοτικού οργάνου<sup>8</sup>, υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο συνιστά την εγγύηση της συνταγματικότητας της. Οι κρίσεις που διατυπώνονται είναι στην πλειοψηφία τους τεκμηριωμένες με στοχευμένες αναφορές στη νομολογία του ΔΕΕ καθώς και των εθνικών δικαστηρίων. Διαφαίνεται επίσης ομοιόμορφη αντιμετώπιση καίριων ζητημάτων, όπως ενδεικτικά η διαπίστωση εννόμου συμφέροντος, οι προϋποθέσεις διαμόρφωσης από τις αναθέτουσες αρχές των όρων της διακήρυξης/τεχνικών προδιαγραφών/κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ο χαρακτήρας του όρου «κατάλληλα μέτρα», η εξειδίκευση των αρχών της ισότιμης

---

<sup>5</sup> E. Prevedourou, *Les recours administratifs obligatoires*, ό.π., σ. 210. Ομοίως και Α. Κεράνη, Συμβολή εις την μελέτην της ενδικοφανούς προσφυγής, ΕΔΔΔ, 1977, σ. 156 (161). Την ανάγκη ανάθεσης της κρίσης επί ενδικοφανούς προσφυγής σε όργανα κείμενα εκτός της διοικητικής ιεραρχίας επιχείρησε να υλοποιήσει άρθρο 68 του Σχεδίου Νόμου για την επιτάχυνση της δίκης που τέθηκε στη δημόσια διαβούλευση στις 14.12.2011 ([www.opengov.gr](http://www.opengov.gr)), χωρίς τελικά, όπως προαναφέρθηκε, η σχετική ρύθμιση να ενσωματωθεί στο τελικό νομοσχέδιο. Η αποτελεσματικότητα των ενδικοφανών προσφυγών αμφισβητείται σαφώς, την ίδια στιγμή που γενικεύεται η χρήση τους, πρβλ. Γ.Ι. Δελλή, Η Διοικητική Δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 308 «*Μοιραία, οι ενδικοφανείς διαδικασίες αποδεικνύονται στη μεγάλη τους πλειονότητα αναποτελεσματικές· συνήθως, δίνουν στη διοίκηση την ευχέρεια, είτε να συμπληρώσει την αρχική της θέση εμμένοντας σε αυτή, είτε να κερδίσει χρόνο, επιβαρύνοντας το διάδικο με μία επιπλέον διαδικασία χωρίς εχέγγυα ανεξαρτησίας και επεκτείνοντας χρονικά την εκκρεμοδικία*».

<sup>6</sup> Βλ. αναλυτικά J-C. Bonichot, *Le recours administratif préalable obligatoire: dinosaure juridique ou panacee administrative?*, ό.π., σ. 94. Όπως παρατηρεί συναφώς και ο J.-Fr. Brisson, *Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue?*, ό.π., ο οποίος, πάντως, εμμένει στη «δικονομοποίηση» των διοικητικών προσφυγών, η γαλλική Δημόσια Διοίκηση αντιδρά στη δημιουργία τέτοιων ειδικών δομών, αφενός, διότι θα απορροφούσε σημαντικά κονδύλια σε βάρος της κλασικής διοικητικής λειτουργίας και, αφετέρου, διότι λείπει η αντίστοιχη διοικητική «κουλτούρα». Σε άλλες έννομες τάξεις η προσφυγή ασκείται ενώπιον ειδικών διοικητικών αρχών, τα μέλη των οποίων απολαμβάνουν προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση της *Γερμανίας*, όπου για παράδειγμα στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων και προμηθειών οι διαδικασίες ανατίθενται για την εποπτεία της νομιμότητας τους σε ειδικές διοικητικές αρχές (*Vergabepflichtstellen*), οι αποφάσεις των οποίων με τη σειρά τους ελέγχονται σε ένα δεύτερο βαθμό από ανεξάρτητες διοικητικές αρχές (*Vergabeüberwachungsausschüsse*). Βλ. σχετικά: Gross, *Towards a Unified Judicial Protection in Europe ? : Germany*.

<sup>7</sup> Ήδη περί τις 1000 τους πρώτους 10 μήνες του 2018.

<sup>8</sup> Αθ. Τσιρώνάς, Η νομική φύση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών του Ν 4412/2016, ΝΟΔΕΠΕ, 2017,5.

μεταχείρισης, της τυπικότητας και της διαφάνειας και οι συνέπειες της λήψης προσωρινών μέτρων. Ωστόσο, θα είναι ενδιαφέρον να παρακολουθήσουμε την εξέλιξη αυτής της «νομολογίας» ιδίως μάλιστα σε σχέση με την αντιμετώπιση των αποφάσεων της Αρχής από τα Διοικητικά Δικαστήρια. Ιδιαίτερος σημαντικό γεγονός συνιστά και η σύσταση της Επταμελούς Αυξημένης Σύθεσης της ΑΕΠΠ η οποία ήδη έχει εκδώσει τις πρώτες 5 αποφάσεις της και θα ασχοληθεί με ιδιαίτερης σημασίας υποθέσεις. Μένει, λοιπόν, να αξιολογηθούν περαιτέρω, σε βάθος χρόνου, τα αποτελέσματα του σημαντικού έργου της Αρχής, μέσω του δικαστικού ελέγχου των αποφάσεών της από τα αρμόδια κατά περίπτωση διοικητικά δικαστήρια, προς το σκοπό ενοποίησης της εσωτερικής νομολογίας από τα δυσχερή νομικά ζητήματα που έχει δημιουργήσει η εφαρμογή του Ν 4412/2016 στην πράξη, αλλά και από το νομικό κόσμο της χώρας εν γένει.

## Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 32 ΠΑΡ. 2, ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ Γ) ΤΟΥ Ν. 4412/2016, ΛΟΓΩ ΚΑΤΕΠΕΙΓΟΥΣΑΣ ΑΝΑΓΚΗΣ ΟΦΕΙΛΟΜΕΝΗΣ ΣΕ ΑΠΡΟΒΛΕΠΤΑ ΓΕΓΟΝΟΤΑ ΚΑΙ Η ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗ ΕΚΤΕΛΟΥΜΕΝΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 132 ΠΑΡ. 1 ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ Γ) ΤΟΥ Ν. 4412/2016, ΛΟΓΩ ΑΠΡΟΒΛΕΠΤΩΝ ΓΕΓΟΝΟΤΩΝ. ΣΗΜΕΙΑ ΣΥΓΚΛΙΣΗΣ ΚΑΙ ΟΥΣΙΩΔΕΙΣ ΔΙΑΦΟΡΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΤΩΝ ΔΥΟ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ

Μιχάλης Π. Σεραδάκης, Μέλος της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), Υπ. Δ.Ν., Μ.Δ.Ε. στο Εμπορικό Δίκαιο, LL.M in International Business Law

### Εισαγωγή

Αποτελεί κοινό τόπο ότι οι Οδηγίες 2014/24/ΕΕ<sup>1</sup> και 2014/25/ΕΕ<sup>2</sup>, όπως άλλωστε και οι προηγούμενες και καταργηθείσες με αυτές Οδηγίες, 2004/18 και 2004/17<sup>3</sup>, αφορούν και ρυθμίζουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών, έργων και μελετών και συναφών υπηρεσιών, κατά το λεγόμενο «προσυμβατικό» στάδιο<sup>4</sup>, ήτοι εκείνο που προηγείται της σύναψης δημόσιας σύμβασης, όπως αυτό εκκινεί κάθε φορά, ανάλογα με την επιλεγείσα από την αναθέτουσα διαδικασία και ολοκληρώνεται με την ανάθεση της σύμβασης σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο. Αντίστοιχα, ο Ν. 4412/2016<sup>5</sup>, δυνάμει του οποίου οι νέες Οδηγίες ενσωματώθηκαν στην εθνική έννομη τάξη, θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού, ανάθεσης, σύναψης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι (άρθρα 3 έως 221) και του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 222 έως 338)<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (L 94/65).

<sup>2</sup> Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ (L 94/243).

<sup>3</sup> Οδηγία 2014/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31<sup>ης</sup> Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών, και υπηρεσιών (L 134/114) και Οδηγία 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31<sup>ης</sup> Μαρτίου 2004 περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (L 134/1).

<sup>4</sup> Βλ. ενδεικτικά αιτιολογική σκέψη (1) άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, αλλά και αιτιολογικές σκέψεις (2), (46) της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, καθώς και την αιτιολογική σκέψη (55) της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ.

<sup>5</sup> ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)».

<sup>6</sup> Βλ. την Αιτιολογική Έκθεση του νόμου, σελ. 3 υπό Δ. Γενικές Διατάξεις και Ε. Επιμέρους ρυθμίσεις Μέρους Α Βιβλίου Ι και τα άρθρα 1 και 3 του νόμου.

Ομοίως, είναι κοινή παραδοχή ότι προκειμένου να υπηρετηθούν στον βέλτιστο βαθμό, οι θεμελιώδεις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ)<sup>7</sup>, όπως αποτυπώνονται στην αιτιολογική σκέψη (1) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στην αιτιολογική σκέψη (2) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, οι αναθέτουσες αρχές ή οι αναθέτοντες φορείς, οφείλουν πρωτευνώντας να εφαρμόζουν τις ανοιχτές ή κλειστές διαδικασίες που προβλέπει το άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το άρθρο 44 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ<sup>8</sup>, όπως αυτά ρητά παραπέμπουν στα άρθρα 27 έως 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 45 έως 49 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ<sup>9</sup>. Η παρ. 6 ωστόσο του άρθρου 26 και η αντίστοιχη παρ. 5 του άρθρου 44 των ανωτέρω Οδηγιών<sup>10</sup>, προβλέπει κατ' εξαίρεση, στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις του άρθρου 32 και 50 των ως άνω Οδηγιών<sup>11</sup>, των οποίων μάλιστα η απαρρίθμηση είναι περιοριστική και δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να ερμηνεύουν διασταλτικά τις εν λόγω διατάξεις, επιτρέποντας την εφαρμογή τους και σε άλλες περιπτώσεις, εκτός από εκείνες που ρητά αναφέρονται στο κείμενο της Οδηγίας, ότι μπορούν να εφαρμόζουν διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης ή χωρίς να διεξάγουν διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης σε ανάδοχο.

Μία από τις προβλεπόμενες περιπτώσεις, η συνδρομή της οποίας δίνει τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να προσφύγει στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, είναι εκείνη του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ)<sup>12</sup>. Η συγκεκριμένη ρύθμιση αφορά την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση διακήρυξης, στον βαθμό που αυτό κρίνεται απολύτως απαραίτητο, εξαιτίας κατεπείγουσας ανάγκης, η οποία οφείλεται σε απρόβλεπτα γεγονότα, τα οποία αποκλείουν την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις τακτικές διαγωνιστικές διαδικασίες, υπό τον πρόσθετο όρο ότι, οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.

Εντούτοις, όπως αναγνωρίζεται ήδη από τη θεωρία<sup>13</sup>, ο πλέον ρηξικέλευθος νεωτερισμός που εισήγαγαν οι νέες Οδηγίες, αποτυπώνεται στη διάταξη του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και σε εκείνη του άρθρου 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ<sup>14</sup>,

<sup>7</sup> Ενοποιημένη Απόδοση της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (C 326/49).

<sup>8</sup> Άρθρο 26 και 263 του Ν. 4412/2016.

<sup>9</sup> Άρθρα 27 έως 31 και 264 έως 268 του Ν. 4412/2016.

<sup>10</sup> Παρ. 6 του άρθρου 26 και παρ. 3 του άρθρου 263 αντίστοιχα του Ν. 4412/2016.

<sup>11</sup> Άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016.

<sup>12</sup> Κατά μεταφορά του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Πανομοιότυπη η διάταξη του άρθρου 269 περ. δ) του Ν. 4412/2016, όπως αυτή μετέφερε την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 50, περίπτωση δ) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

<sup>13</sup> Βλ. *A. Τσιρώνά*, Ο χρόνος κατάρτισης της δημόσιας σύμβασης κατά τον Ν. 4412/2016 και ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, υπό VI, ΘΠΔΔ, Τεύχος 2/2018, σελ. 130 επ., *A. Παπαπαναγιώτου-Χ. Ζάχου*, Προσέγγιση του Ν. 4412/2016 υπό το πρίσμα των σημαντικότερων αλλαγών που εισήγαγε προσαρμόζοντας την Κοινοτική Οδηγία 2014/24/ΕΕ, ΘΠΔΔ, Τεύχος 2/2018, σελ. 144, *Sanchez Graells, A.* (2015), *Public Procurement and the EU Competition Rules*, (2 ed.), Oxford: Hart Publishing, σελ. 426 επ., *S.T. Poulsen*, The Possibilities of Amending a Public Contract without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law (2012), 21 *Public Procurement Law Review*, σελ. 167-87, *K. Hartlev and M. Wahl Liljenbøl*, Changes to Existing Contracts under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender (2013), 22 *Public Procurement Law Review*, σελ. 51-73, *Christopher Bovis*, Research Handbook on EU Public Procurement Law, (2016) Edward Elgar Publishing και *K. Smith*, Contract Adjustments and Public Procurement: An Analysis of the Law and its Application (PPRG PhD Conference Paper, 2014), διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: [nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2014/smith.pdf](http://nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2014/smith.pdf).

<sup>14</sup> Άρθρο 132 και 337 αντίστοιχα του Ν. 4412/2016.

ο οποίος αφορά την τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους. Όπως γίνεται αντιληπτό από τον ίδιο τον τίτλο του άρθρου, για πρώτη φορά εισάγονται διατάξεις, οι οποίες ρυθμίζουν, όχι πλέον το, κατά τα προαναφερθέντα, «προσυμβατικό» στάδιο, αλλά εκείνο που ακολουθεί την υπογραφή μιας σύμβασης ανάθεσης και δη την τροποποίηση μιας ήδη εκτελούμενης δημόσιας σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της<sup>15</sup>. Αντίστοιχα, σε συνάρτηση με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ)<sup>16</sup>, στον πυρήνα της οποίας βρίσκεται η έννοια της «κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα», θα επιχειρηθεί μία εκ παραλλήλου ανάλυση της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132<sup>17</sup>, καίριο στοιχείο για την εφαρμογή της οποίας, συνιστά η έννοια των «ανάγκη τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων», όπως η τελευταία «υιοθέτησε» την προγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής ΔΕΕ), όπως αυτή διέπλεσε την έννοια της «κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα», υπό το πρίσμα των ρυθμίσεων του προγενέστερου νομοθετικού καθεστώτος<sup>18</sup>.

Τέλος, οι δύο έννοιες, στον βαθμό που συμπίπτουν ή βαίνουν παράλληλα, θα τύχουν σχολιασμού και εντός του πλαισίου δύο πολύ πρόσφατων αποφάσεων της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής Α.Ε.Π.Π.) και ειδικότερα της 1078/2018, με την οποία αντιμετωπίστηκε περίπτωση προσφυγής στο άρθρο 32 παρ. 2 περίπτωση γ) και της 55/2019, όπου η αναθέτουσα αρχή επικαλέστηκε την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 132 παρ. 1, περίπτωση γ).

### **Οι προϋποθέσεις προσφυγής στην περίπτωση γ) της παρ. 2 του άρθρου 32 και ιδιαίτερα η έννοια της «κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα»**

Όπως δέχεται παγίως η νομολογία του ΔΕΕ και υπό το πρίσμα του προηγούμενου νομοθετικού πλαισίου, η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορούσε να κινηθεί αποκλειστικά και μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνταν περιοριστικά στα άρθρα 30<sup>19</sup> και 31 της Οδηγίας 2004/18<sup>20</sup>, ενώ ταυτόχρονα αναγνωριζόταν ότι η διαδικασία αυτή είχε εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την

<sup>15</sup> Βλ. σχετικά τις αιτιολογικές σκέψεις (107) έως (111) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αιτιολογικές σκέψεις (113) έως (117) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

<sup>16</sup> Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, αλλά και για την αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, οι αναφορές στην εν λόγω διάταξη, ισχύουν *mutatis mutandis* και για την ταυτόσημη του άρθρου 269.

<sup>17</sup> Ομοίως με την προηγούμενη υποσημείωση, οι διαπιστώσεις που αφορούν την υπό κρίση διάταξη του άρθρου 132, αναφέρονται και στην όμοια του περίπτωση γ) της παρ. 1 του άρθρου 337.

<sup>18</sup> Άρθρο 31 παρ. 1, περίπτωση γ) της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και άρθρο 40 παρ. 3, περίπτωση δ) της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ, όπως αμφότερες μεταφέρθηκαν στην εσωτερική έννομη τάξη, δυνάμει του άρθρου 25 παρ. 1 περίπτωση γ) του ΠΔ 60/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ Περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2005/51/ΕΚ της Επιτροπής και την Οδηγία 2005/75/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2005» (ΦΕΚ Α' 64/16.03.2007) και του άρθρου 25 παρ. 3, περίπτωση δ) του ΠΔ 59/2007 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/17/ΕΚ Περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε» (ΦΕΚ Α' 63/16.03.2007).

<sup>19</sup> Το άρθρο 30 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 24 του ΠΔ 60/2007), αφορούσε περιπτώσεις κατ' εξαίρεση προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, αλλά με προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης.

<sup>20</sup> Άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον.

κλειστή διαδικασία<sup>21</sup>. Συνεπώς, όπως αντίστοιχα δέχεται και η εθνική νομολογία, κατά την έννοια πλέον του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός<sup>22</sup>. Αντίθετα, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και φανερά κατεπείγουσα ανάγκη καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, λόγω του ότι δεν είναι δυνατή η τήρηση των νομίμων προθεσμιών για τη διενέργεια τακτικού διαγωνισμού, εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της, υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου<sup>23</sup>.

Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι κατά το άρθρο 28 της Οδηγίας 2004/18/EK<sup>24</sup>, οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους κάνοντας χρήση είτε της ανοικτής ή της κλειστής διαδικασίας είτε, σε ιδιαίτερες περιπτώσεις, τις οποίες προβλέπει ρητώς το άρθρο 29 της Οδηγίας 2004/18/EK<sup>25</sup>, του ανταγωνιστικού διαλόγου είτε ακόμη, σε ειδικές περιπτώσεις, οι οποίες ορίζονται ρητώς στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας αυτής<sup>26</sup>, της διαδικασίας με διαπραγμάτευση<sup>27</sup>. Η Οδηγία αυτή δεν επιτρέπει τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων με άλλες διαδικασίες<sup>28</sup>. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αιτιολογεί επαρκώς την επιλογή του εξαιρετικού αυτού νομικού πλαισίου, η εισαγωγή του οποίου στην έννομη τάξη δικαιολογείται μόνο ως ειδική επιλογή, που αποκκλίνει από τον κανόνα, προκειμένου να υπηρετηθεί σε ορισμένη χρονική και χωρική συγκυρία το δημόσιο συμφέρον, όταν εξαιτίας έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης, η προσφυγή της αναθέτουσας αρχής στη διαγωνιστική διαδικασία θα έθετε σε κίνδυνο υπέρτερα δημόσια αγαθά, όπως ιδίως η δημόσια υγεία, η δημόσια ή εθνική ασφάλεια κλπ.<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> Απόφαση της 11<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, υπόθεση C-19/13, EU:C:2014:2194, σκέψη 49 και Απόφαση της 23<sup>ης</sup> Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, υπόθεση C-292/07, EU:C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

<sup>22</sup> ΕΛΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και 77/2008 Πράξεις VI Τμ.

<sup>23</sup> Βλ. αιτιολογικές σκέψεις (1) και (90) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ΔΕΕ Απόφαση της 17<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 1993, υπόθεση C-71/92, Επιτροπή κατά Ισπανίας, Συλλογή της Νομολογίας 1993, σελ. I-5923, σκέψη 36.

<sup>24</sup> Άρθρο 22 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

<sup>25</sup> Άρθρο 23 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 30 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

<sup>26</sup> Άρθρα 24 και 25 του ΠΔ 60/2007 και πλέον άρθρο 32 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

<sup>27</sup> Η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση που προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 26 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ρυθμίζεται από το άρθρο 29 αυτής (βλ. αντίστοιχα άρθρα 26 παρ. 2 και 29 του Ν. 4412/2016), προφανώς εμπίπτει συστηματικά σε αυτές τις περιπτώσεις, ωστόσο πρόκειται για πρωτοεμφανιζόμενη διαδικασία ανάθεσης με τη νέα Οδηγία και ως εκ τούτου, οι εκδοθείσες αποφάσεις του ΔΕΕ και των εθνικών δικαστηρίων, προ της θέσπισης του νέου θεσμικού πλαισίου, μοιραία δεν αναφέρονταν και σε αυτή.

<sup>28</sup> Απόφαση της 10<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2009, Επιτροπή κατά Γαλλίας, υπόθεση C-299/08, EU:C:2009:769, σκέψη 29.

<sup>29</sup> Βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 193/2010.



Εξάλλου, έχει κριθεί<sup>30</sup> ότι για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, όπως αυτή αποτυπώνεται στην παρ. 2, περίπτωση γ) του άρθρου 32, πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες πέντε (5) προϋποθέσεις: **α)** η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος<sup>31</sup>, ως τέτοιου νοουμένου εκείνου που προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, **β)** η συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, **γ)** η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, **δ)** η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέει από δική τους ευθύνη<sup>32</sup> και τέλος, **ε)** η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), να γίνεται στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο<sup>33</sup>.

Άλλωστε, σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, οι κρινόμενες διατάξεις των Οδηγιών, αλλά και του Ν. 4412/2016, αποβλέπουν πρωτίστως στη διαφύλαξη του υγιούς ανταγωνισμού, στην καταπολέμηση της αδιαφάνειας και της διαφθοράς και στην προαγωγή της ισονομίας και της ισότητας στην ευχέρεια πρόσβασης κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου στη δημόσια οικονομική ζωή, με τη διασφάλιση προεχόντως της ακώλυτης άσκησης του δικαιώματός του να μετέχει στην οικονομική ζωή, μέσω της εν δυνάμει παρουσίας του σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία ως υποψήφιος ανάδοχος. Ο έλεγχος της αιτιολόγησης της επιλογής της εξαιρετικής, κατ' απόκλιση από τον γενικό κανόνα, διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, όταν η τελευταία ερείδεται στη συνδρομή της έκτακτης και φανερά κατεπείγουσας ανάγκης του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ), ενεργείται υπό την προαναφερθείσα παραδοχή ότι η ανάγκη αυτή δημιουργείται ως συνέπεια επείγοντος γεγονότος<sup>34</sup>.

Από δικονομική σκοπιά, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την κίνηση της διαδικασίας με απευθείας διαπραγμάτευση, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης και ειδικά, η επίκληση της περίπτωσης γ) της παρ. 2 του άρθρου 32, πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία. Επιπλέον, επιβάλλεται οι ειδικότεροι αυτοί λόγοι να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου<sup>35</sup>, ενώ η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής

<sup>30</sup> Βλ. ενδεικτικά ΕλΣυν 1227/2016 VI Τμ., ΔΕφαΘ (Ασφ) 247/2013.

<sup>31</sup> «Ως απρόβλεπτες δε περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν ήταν γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε άγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, καθιστούσαν ανέφικτο τον έγκαιρο προγραμματισμό και τη λήψη των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους μέτρων.». Βλ. σχετ. ΕλΣυν 7/2007, 184/2007, 199/2007, 35/2008 Πράξεις του IV Τμ., ΕλΣυν 91/2007, 105/2007, 171/2007 Πράξεις του VI Τμ.

<sup>32</sup> Όπως ιδίως η έλλειψη προγραμματισμού και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και η γενικότερη αβελτηρία της αναθέτουσας αρχής, βλ. Γνμδ ΝΣΚ 193/2010.

<sup>33</sup> ΕλΣυν 935/2013 VI Τμ. και ΕλΣυν 247, 249/2010 Πράξεις του VI Τμ.

<sup>34</sup> Ως τέτοιο νοείται αιφνίδιο πραγματικό γεγονός, το οποίο αντικειμενικά, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και σύμφωνα με τους κανόνες επιμελούς διαχείρισης των υποθέσεων του μέσου συνετού κοινωνού, δεν θα ήταν δυνατό να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί με μέτρα πρόληψης και αποφυγής του, έγκαιρα και λυσιτελώς. Συνεπώς, εάν το πραγματικό γεγονός, στο οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή ερείδεται η επιλογή της μη κανονικής, εξαιρετικής εκτός διαγωνισμού διαδικασίας, δεν είναι αιφνίδιο ή/και μπορούσε να προβλεφθεί και να αντιμετωπιστεί έγκαιρα, καθώς και εάν η αντιμετώπισή του οφείλεται σε ίδιο πταίσμα της αναθέτουσας αρχής, η παρέκκλιση από τον κανόνα της διενέργειας διαγωνισμού είναι μη νόμιμη, βλ. Γνμδ. ΝΣΚ 125/2006, 223/2008, ΕλΣυν 1/2008 Πράξη του VI Τμ.

<sup>35</sup> Πρβλ. ΣτΕ 1747/2011, ΕΑ ΣτΕ 515/2008, 1059/2008, ΕλΣυν 91/2007 Πράξη του VI Τμ., ΕλΣυν 15/2008 Πράξη του VI Τμ.

εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο<sup>36</sup>. Αν δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η διαδικασία ανάθεσης και η συναπτόμενη κατά τη διαδικασία αυτή σύμβαση δεν είναι νόμιμη<sup>37</sup>. Κατά συνέπεια, εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση και μάλιστα χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση προκηρύξεως διαγωνισμού, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία επιτρέπεται μόνον στις περιοριστικώς αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις.

Κατά δε τη νομολογία του ΔΕΕ, οι εξαιρέσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο στενής ερμηνείας<sup>38</sup>. Με τον κίνδυνο να στερηθεί η εν λόγω Οδηγία της πρακτικής αποτελεσματικότητάς της, τα κράτη μέλη δεν μπορούν, επομένως, να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την Οδηγία 2004/18/EK (Οδηγία 2014/24/ΕΕ πλέον) ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία<sup>39</sup>.

Μάλιστα, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον) καθ' όσον εισάγουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικής ασκήσεως των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από τη Συνθήκη στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά, το δε βάρος αποδείξεως σχετικά με τη συνδρομή των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες φέρει ο διάδικος που τις επικαλείται<sup>40</sup>. Ως εκ τούτου, το βάρος απόδειξης, περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών και δη οι αναθέτουσες αρχές που κρίνουν σκόπιμο να εφαρμόσουν την εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32<sup>41</sup>. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η

<sup>36</sup> Η την Α.Ε.Π.Π. στο πλαίσιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Πρβλ. ενδεικτικά ΕλΣυν 280/2010 VI Τμ., ΕλΣυν 206/2007, 41, 102/2008 Πράξεις του IV Τμ. και ΕλΣυν 168/2012 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου.

<sup>37</sup> Βλ. ΕλΣυν 4/2006 και 114/2005 Πράξεις του VI Τμ., ΕλΣυν 58/2004 Πράξη του VI Τμ. και ΔΕΕ Απόφαση της 2<sup>ης</sup> Αυγούστου 1993, υπόθεση C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-4655, σκέψη 12 και Απόφαση της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, υπόθεση C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 14.

<sup>38</sup> ΔΕΕ Απόφαση της 18<sup>ης</sup> Μαΐου 1995, υπόθεση C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή της Νομολογίας 1995, σελ. I-1249, σκέψη 23 και Απόφαση της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, υπόθεση C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή της Νομολογίας 1996, σελ. I-1949, σκέψη 13.

<sup>39</sup> ΔΕΕ Απόφαση της 13<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005, υπόθεση C-84/2003, Επιτροπή κατά Ισπανικής Δημοκρατίας, σκέψεις 47-49 και πρβλ. ΔΕΚ απόφαση της 18<sup>ης</sup> Δεκεμβρίου 2007, υπόθεση C-481/06, Επιτροπή κατά Ελλάδος, σκέψεις 11-17 και Απόφαση της 2<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2008, υπόθεση C-157/06, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:2016:634, Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-07313, σκέψη 23.

<sup>40</sup> ΔΕΕ Απόφαση της 10<sup>ης</sup> Απριλίου 2003, υπόθεση C-20/01 και C-28/01, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:2003:220, Συλλογή της Νομολογίας 2003, σελ. I-03609, σκέψη 58, Απόφαση της 18<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2004, υπόθεση C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:2004:728, Συλλογή της Νομολογίας 2004, σ. I-11197, σκέψη 23, Απόφαση της 11<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2005, υπόθεση C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau, EU:C:2005:5, Συλλογή της Νομολογίας 2005, σ. I-00001, σκέψη 46, καθώς και Απόφαση της 8<sup>ης</sup> Απριλίου 2008, υπόθεση C-337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:2008:203, Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-02173, σκέψεις 57 και 58.

<sup>41</sup> Βλ. ενδεικτικά, υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, Απόφαση της 10<sup>ης</sup> Μαρτίου 1987, υπόθεση C-199/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1987:115, Συλλογή της Νομολογίας 1987, σελ. 01039, σκέψη 14, Απόφαση της 18<sup>ης</sup> Μαΐου 1995, υπόθεση C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, EU:C:1995:150, Συλλογή της Νομολογίας 1995, σελ. I-01249, σκέψη 23, Απόφαση της 28<sup>ης</sup> Μαρτίου 1996, υπόθεση C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, EU:C:1996:149, Συλλογή της Νομολογίας 1996, σελ. I-01949 και

αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αποδείξει πέραν πάσης αμφιβολίας τη σωρευτική συνδρομή των προϋποθέσεων που την οδήγησαν στην προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), οφείλει να προβεί στην πλήρη, ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση των λόγων εκείνων, για τους οποίους επέλεξε την κατ' εξαίρεση διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, αποκλείοντας έτσι, το άνοιγμα της εν λόγω σύμβασης, σε ευρύτερο ανταγωνισμό. Ταυτόχρονα, η διαπίστωση των λόγων που συνιστούν απρόβλεπτο γεγονός, στο οποίο οφείλεται η επικαλούμενη κατεπείγουσα ανάγκη, θα πρέπει να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου με πλήρη σαφήνεια και πληρότητα.

Ομοίως, όσον αφορά τον αντικειμενικώς απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων έργων τα οποία δύναται να αποτελέσουν αντικείμενο δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 31 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/EE), γίνεται δεκτό ότι, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν πράγματι, εκτάκτως, να συνάψουν σύμβαση με διαπραγμάτευση, ήτοι διαπραγματευόμενες απευθείας τους όρους της σύμβασης με οικονομικό φορέα επιλεγέντα, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σε διάφορες περιπτώσεις, μεταξύ των οποίων αρκετές χαρακτηρίζονται από τον απρόβλεπτο χαρακτήρα ορισμένων περιστάσεων. Εντούτοις, όπως προκύπτει από το γράμμα της τελευταίας περιόδου του άρθρου 28, δεύτερο εδάφιο, της Οδηγίας 2004/18/EK, τούτο μπορεί να εφαρμοστεί μόνο στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητώς στο άρθρο 31, όπερ σημαίνει ότι η απαρίθμηση των οικείων εξαιρέσεων πρέπει να εκληφθεί ως περιοριστική<sup>42</sup>. Τονίζεται δε ότι οι παρεκκλίσεις από την κανονική διαδικασία δεν μπορούν να ισχύσουν όταν οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν επαρκή χρόνο για την τήρηση της ταχείας κλειστής διαδικασίας<sup>43</sup>.

Τέλος, μία πρόσθετη ασφαλιστική δικλείδα για την προσφυγή στην ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 και άρα και της εξεταζόμενης εν προκειμένω, περίπτωσης γ) της παρ. 2, ενδεικτική της μέριμνας που λαμβάνει ο νομοθέτης, προκειμένου να προληφθούν αυθαίρετες υπερβάσεις του επιτρεπόμενου νομοθετικού πλαισίου εκ μέρους των αναθετουσών αρχών είναι και η απαραίτητη προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (εφεξής Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). Πιο συγκεκριμένα, η προσφυγή στην κατ' εξαίρεση διαδικασία του άρθρου 32, προϋποθέτει προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. για συμβάσεις άνω των ορίων<sup>44</sup>, όπως ρητά προβλέπεται από το άρθρο 2 παρ. 2 περ. γ'

---

Απόφαση της 2<sup>ης</sup> Ιουνίου 2005, υπόθεση C-394/02, Επιτροπή κατά Ελλάδα, EU:C2005:336, Συλλογή της Νομολογίας 2005, σελ. I-04713, σκέψη 33.

<sup>42</sup> ΔΕΕ Απόφαση της 7<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2016, Finn Frogne A/S κατά Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, υπόθεση C-549/14, EU:C:2016:634, σκέψη 35.

<sup>43</sup> ΔΕΕ Απόφαση 2<sup>ης</sup> Αυγούστου 1993, υπόθεση C-107/92, Επιτροπή κατά Ιταλία, EU:C:1993:344, Συλλ. 1993, σ. I-04655, σκέψεις 9 και 13, όπου κρίθηκε ότι δεν συνέτρεχε κατεπείγουσα περίπτωση, γιατί μεσολάβησαν τρεις μήνες από τη γνώση της συνδρομής του απρόβλεπτου γεγονότος μέχρι τη διενέργεια της απευθείας διαπραγμάτευσης από την αναθέτουσα αρχή.

<sup>44</sup> Άρθρο 5 «Κατώτατα όρια» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/EE και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170), όπου ορίζεται ότι: «Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: α) 5.225.000 ευρώ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, β) 135.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από κεντρικές κυβερνητικές αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Αν οι δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ανατίθενται από τις αναθέτουσες αρχές που δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, το εν λόγω κατώτατο όριο ισχύει μόνο για τις συμβάσεις που αφορούν τα οριζόμενα στο Παράρτημα III του Προσαρτήματος Α' προϊόντα,

γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. Το κατώτατο όριο αυτό εφαρμόζεται επίσης στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών που ανατίθενται από

υποπερ. δδ' του Ν. 4013/2011<sup>45</sup>. Αντιθέτως, δεν υπάρχει τέτοια πρόβλεψη για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, όπως ρητά προβλέπεται από το άρθρο 116 παρ. 2 του Ν. 4412/2016<sup>46</sup>.

### **Η δυνατότητα τροποποίησης εκτελούμενης σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της και ειδικά η «ανάγκη τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων» της περίπτωση γ) της παρ. 1 του άρθρου 132**

Όπως ήδη ειπώθηκε στην εισαγωγή της παρούσας μελέτης, η διάταξη του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016, όπως μεταφέρθηκε στο εθνικό δίκαιο, το αντίστοιχο άρθρο 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζει μία από τις πλέον σημαντικές καινοτομίες που εισάγει το νέο θεσμικό πλαίσιο στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών. Ειδικότερα, για πρώτη φορά περιλαμβάνεται σε αυτές, διάταξη που εκφεύγει του λεγόμενου «προσυμβατικού σταδίου» ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης. Επιχειρείται δηλαδή μία «ρωγή» στη ρύθμιση του σταδίου που προηγείται της ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης *stricto sensu*, δοθέντος ότι όλες οι προϋφιστάμενες Οδηγίες περιορίζονταν σε διατάξεις που ρύθμιζαν και επιχειρούσαν να εναρμονίσουν τις εθνικές νομοθεσίες των κρατών-μελών της Ένωσης, ακριβώς μόνο ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης. Πλέον εισάγονται ρητές διατάξεις που αφορούν στο στάδιο εκτέλεσης υπογεγραμμένων συμβάσεων.

Με τις νέες διατάξεις, οι οποίες αφορούν την τροποποίηση συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους<sup>47</sup>, κωδικοποιείται η πλούσια νομολογία του ΔΕΕ<sup>48</sup>, όπως αυτή

---

*κεντρικές κυβερνητικές αρχές οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που δεν εμπίπτουν στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α΄,*

*δ) 750.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που αφορούν κοινωνικές και άλλες ειδικές υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙΙ του Προσαρτήματος Α΄.*

*Τα κατώτατα όρια που καθορίζονται στις ως άνω περιπτώσεις α΄, β΄ και γ΄ ισχύουν, εφόσον δεν έχουν αναθεωρηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.».*

<sup>45</sup> «δδ) Οι αποφάσεις των αναθετουσών Αρχών που αφορούν την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της παρ. 2 του άρθρου 26 και τα άρθρα 32 και 269 του Ν. 4412/2016 (Α147) εξαιρουμένων των περιπτώσεων ανωτέρας βίας, εκδίδονται μετά από σύμφωνη γνώμη της Αρχής, εφόσον οι συμβάσεις αυτές εμπίπτουν, λόγω της εκτιμώμενης αξίας τους, στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24/ΕΚ και 2014/25/ΕΚ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016. Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας η Αρχή λαμβάνει υπόψη της τις γενικές αρχές του ενωσιακού και εθνικού δικαίου.

*Η εν λόγω αρμοδιότητα ασκείται μέσα «προθεσμία είκοσι (20) εργασίμων ημερών» από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης στην Αρχή, συνοδευόμενου από όλα τα στοιχεία στα οποία θεμελιώνεται, κατά περίπτωση, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής.» (Το πρώτο και το δεύτερο εδάφιο της υποπερίπτωσης δδ΄, όπως αυτή είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 61 παρ. 1 Ν. 4146/2013, ΦΕΚ Α΄ 90/18.04.2013, τροποποιήθηκαν ως άνω με το άρθρο 21 παρ. 2 Ν. 4441/2016, ΦΕΚ Α΄ 227/06.12.2016.*

<sup>46</sup> Όπου ρητά ορίζεται ότι: «Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων δεν απαιτείται η σύμφωνη γνώμη της Αρχής.».

<sup>47</sup> Όπως εναργώς επισημαίνεται και στην με αριθμό πρωτοκόλλου 3802/14.06.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (απόφαση 44/09.06.2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους»): «[...]. Οι επιτρεπτές τροποποιήσεις δεν θα πρέπει να συγχέονται με την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση (άρθρο 29 ν. 4412/2016), με τον ανταγωνιστικό διάλογο (άρθρο 30 ν. 4412/2016) και με τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης (άρθρο 32 ν. 4412/2016), που αποτελούν διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, στις οποίες μπορεί να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή υπό τις προϋποθέσεις που τίθενται στις σχετικές διατάξεις και μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά σε αυτές, και οι οποίες συνίστανται σε γεγονότα που προκύπτουν είτε κατά τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης είτε στο στάδιο εκτέλεσης αυτής.

*Οι περιπτώσεις τροποποίησης της σύμβασης δεν αποτελούν διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, αλλά συνίστανται σε καταστάσεις, οι οποίες επιφέρουν τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης και εμφανίζονται πάντοτε κατά το στάδιο εκτέλεσης των συμβάσεων.».*

αντιμετώπισε και ερμήνευσε πληθώρα ζητημάτων που ανέκυπταν κατά το στάδιο της εκτέλεσης των συμβάσεων. Πρωταρχικός στόχος ήταν αφενός να τεθούν κάποιοι κοινοί κανόνες ως προς τις μη ρυθμισμένες μέχρι σήμερα, σε ενωσιακό επίπεδο τουλάχιστον, τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης και αφετέρου να περιοριστούν τα φαινόμενα διαφθοράς και καταστρατήγησης του θεσμικού πλαισίου, οι οποίες εντοπίζονται πολλές φορές στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, ιδίως μέσω της πρακτικής των πρόσθετων προσχηματικών αναθέσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής στον αρχικό ανάδοχο με ποικίλη κάθε φορά αιτιολογία.

Με το άρθρο 132 του Ν. 4412/2016 ενσωματώθηκε η αντίστοιχη ρύθμιση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία αφορά αφενός τις περιπτώσεις, των επιτρεπτών τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, ήτοι των περιπτώσεων εκείνων στις οποίες επιτρέπεται, με την τήρηση των αυστηρών προϋποθέσεων που προβλέπονται στις επιμέρους παραγράφους του ίδιου άρθρου, να τροποποιηθεί η αρχική σύμβαση, χωρίς να απαιτείται εκκίνηση νέας διαδικασία σύναψης και αφετέρου τα κριτήρια που καθιστούν την τροποποίηση μίας σύμβασης σε τέτοιο βαθμό, ουσιώδη, ώστε καθίσταται επιβεβλημένη η εκκίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Τονίζεται δε, ότι η σχετική περιπτώσιολογία επιτρεπτών τροποποιήσεων της σύμβασης κατά τη διάρκειά της, δεν είναι ενδεικτική, αλλά απαριθμείται περιοριστικά στο εν λόγω άρθρο και είναι επιτρεπτή μόνο στις αναφερόμενες περιπτώσεις, με την ταυτόχρονη τήρηση σωρευτικά των οικείων, κατά περίπτωση, προϋποθέσεων, οπότε και επιτρέπεται η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, χωρίς να ακολουθήσει η αναθέτουσα αρχή νέα διαδικασία ανάθεσης<sup>49</sup>.

Κατά συνέπεια, σύμφωνα με τα ανωτέρω λεχθέντα, το άρθρο 132 προβλέπει τρεις διαφορετικές περιπτώσεις τροποποίησης συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους: **α)** τις επιτρεπτές τροποποιήσεις, όπως αυτές εξειδικεύονται περαιτέρω στις περιπτώσεις α)-ε) της παρ. 1, για τις οποίες όμως πρέπει να τηρούνται σωρευτικά οι περιοριστικά απαριθμούμενες στον νόμο προϋποθέσεις εφαρμογής τους, **β)** τις περιπτώσεις ήσσονος αξίας («*de minimis*») τροποποιήσεων, όπου και πάλι, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 132, οι τροποποιήσεις αυτές είναι αποδεκτές υπό προϋποθέσεις, χωρίς να απαιτείται να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης και **γ)** τις περιπτώσεις της παρ. 4, όπου η τροποποίηση της σύμβασης θεωρείται τόσο ουσιώδης, με συνέπεια να διαταρράσει τη δικαιοσύνη σε τέτοιο βαθμό, ώστε δεν είναι ανεκτή από τον νομοθέτη και ως εκ τούτου, η εκκίνηση νέας διαδικασίας σύναψης σύμβασης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεί μονόδρομο για την τελευταία.

Περαιτέρω, η συγκεκριμένη διάταξη, όπως ήδη επισημάνθηκε πιο πάνω, επιχειρεί να αποσαφηνίσει και να οριοθετήσει, βάσει των αρχών που έχουν διατυπωθεί στη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, τις ειδικότερες προϋποθέσεις και τους όρους, υπό τους οποίους επιτρέπεται η τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκεια εκτέλεσής τους, καθώς διαπιστώθηκε εναργώς πλέον κατά την εφαρμογή του δικαίου των

---

<sup>48</sup> Βλ. ιδίως, Απόφαση της 29<sup>ης</sup> Απριλίου 2004, υπόθεση C-496/99 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA, EU:C:2004:236, Συλλογή της Νομολογίας 2004, σελ. I-03801, Απόφαση της 19<sup>ης</sup> Ιουνίου 2008, υπόθεση C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH κατά Republik Österreich (Bund), EU:C:2008:351, Συλλογή της Νομολογίας 2008, σελ. I-04401, Απόφαση της 5<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2000, υπόθεση C-337/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, EEU:C:2000:543, Συλλογή της Νομολογίας 2000, σελ. I-08377, σκέψεις 44 και 46, Απόφαση της 27<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2011, υπόθεση C-601/10, Επιτροπή κατά Ελλάδος, EU:C:2011:709, Συλλογή της Νομολογίας 2011, σελ. I-00163, ιδίως σκέψη 31 και Απόφαση της 29<sup>ης</sup> Απριλίου 2010, υπόθεση C-160/08, Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, EU:C:2010:230, Συλλογή της Νομολογίας 2010, σελ. I-03713, σκέψεις 99-101.

<sup>49</sup> Βλ. σχετικά και τη με αριθμό πρωτοκόλλου 3802/14.06.2017 Κατευθυντήρια Οδηγία 22 (απόφαση 44/09.06.2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Τροποποίηση των συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους»).

δημοσίων συμβάσεων υπό το προηγούμενο νομοθετικό πλαίσιο, ότι η διασφάλιση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και η τήρηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, που απορρέουν από τη Συνθήκη, απαιτείται να διέπουν και το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης<sup>50</sup>. Εκκινώντας από αυτή την αφετηρία και προκειμένου να τεθούν σαφή και καθορισμένα πλαίσια εφαρμογής της υπό κρίση διάταξης, αλλά και να εμπεδωθούν ενιαία οι προϋποθέσεις εφαρμογής της, γίνεται δεκτό ότι για την εφαρμογή όλων των περιπτώσεων του άρθρου 132, πρέπει κατ' αρχήν να πληρούνται μία οριζόντια προϋπόθεση. Αυτή συνίσταται στο ότι η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης πρέπει να λαμβάνει χώρα κατά τον χρόνο που διαρκεί η τελευταία, ήτοι εντός του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο αυτή εκτελείται ακόμα<sup>51</sup>.

Επισημαίνεται περαιτέρω ότι, ορισμένες περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 132 (πχ. οι περιπτώσεις β) και γ) της παρ. 1), καίτοι υπό το πρίσμα των προηγούμενων και ήδη καταργηθεισών Οδηγιών 2004/18/ΕΚ και 2004/17/ΕΚ<sup>52</sup> καθώς και των ΠΔ 60/2007 και 59/2007<sup>53</sup>, αποτελούσαν συναφείς περιπτώσεις, με εκείνες, για τις οποίες η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, πλέον μετά τη νομολογιακή τους διάπλαση από το ΔΕΕ, αποτελούν διακριτές περιπτώσεις, υπαγόμενες ρητά στην περιπτωσιολογία της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης του άρθρου 132. Συνεπακόλουθα, οι περισσότερες προϋποθέσεις εφαρμογής των ανωτέρω περιπτώσεων, συμπεριλαμβανομένης της εξεταζόμενης εν προκειμένω διάταξης της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, ταυτίζονται<sup>54</sup> με τις προϋποθέσεις εφαρμογής των αντίστοιχων περιπτώσεων, στα πλαίσια προσφυγής σε διαδικασίας απευθείας διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης κατά τις προϋφιστάμενες διατάξεις και έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο ερμηνείας τόσο σε ενωσιακό επίπεδο από το ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια και το ΕλΣυν<sup>55</sup>.

Ενόψει των ανωτέρω, προκειμένου να συντρίξει η τρίτη κατά σειρά προβλεπόμενη επιτρεπτή τροποποίηση αρχικής σύμβασης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις. Αρχικά, η ανάγκη για την τροποποίηση θα πρέπει να οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις, τις οποίες δεν μπορούσε να προβλέψει μία επιμελής αναθέτουσα αρχή κατά τον αρχικό σχεδιασμό της διαδικασίας ανάθεσης, ώστε να τις συμπεριλάβει στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης. Η δεύτερη προϋπόθεση, επιβάλλει να μην μεταβάλλεται η συνολική φύση της αρχικής σύμβασης, υπό την έννοια της

<sup>50</sup> Βλ. την Αιτιολογική Έκθεση του νόμου, σελ. 32.

<sup>51</sup> Υπό την έννοια αυτή έχει ιδιαίτερη αξία για τις αναθέτουσες αρχές, αλλά και τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, η κατανόηση της έννοιας της ολοκλήρωσης εκτέλεσης της αναληφθείσας σύμβασης από τον ανάδοχο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 202 του Ν. 4412/2016, καθώς η εφαρμογή του άρθρου 132, προϋποθέτει εννοιολογικά, τη διαπίστωση της ύπαρξης διαρκούς και εκτελούμενης σύμβασης, κατά την έννοια των υποπεριπτώσεων α)-δ) του άρθρου 202 του Ν. 4412/2016, βάσει της οποίας θα κριθεί εν τέλει, εάν και κατά πόσο η σκοπούμενη τροποποίησή της, πριν το πέρας αυτής, εμπίπτει πράγματι στο ρυθμιστικό πλαίσιο του άρθρου 132.

<sup>52</sup> Άρθρο 31 παρ. 1-4 και 40 παρ. 3 αντίστοιχα.

<sup>53</sup> Άρθρα 25 παρ. 1-4 και 25 παρ. 3 αντίστοιχα.

<sup>54</sup> Καίτοι η ορολογία που χρησιμοποιείται είναι εν μέρει διαφορετική.

<sup>55</sup> Κατά συνέπεια, για την πληρέστερη ερμηνευτική προσέγγιση των σωρευτικά απαιτούμενων προϋποθέσεων εφαρμογής της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, στον βαθμό που κρίνεται απαραίτητο και προκειμένου να γίνει αντιληπτή η οικεία ρύθμιση, θα γίνει κατ' αναλογία, αναφορά στη διαμορφωθείσα νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, του ΕλΣυν και του ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας των διατάξεων του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος για τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για λόγους κατεπείγοντες που οφείλονται σε γεγονότα απρόβλεπτα.

αλλοίωσης του αντικειμένου της τροποποιητικής σύμβασης, σε σχέση με το αντικείμενο της τροποποιούμενης αρχικής. Η τρίτη προϋπόθεση, αφορά στην απαγόρευση να υπερβεί το αντικείμενο της τροποποιητικής σύμβασης το πενήντα της εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης. Σε κάθε περίπτωση δε, οι επακόλουθες τροποποιήσεις που επιφέρει η τροποποιητική σύμβαση, δεν πρέπει να αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016. Τέλος, απαιτείται ως παρεπόμενη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής και η γνωστοποίηση της τροποποίησης στην επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε.

Αναφορικά με την πρώτη προϋπόθεση, η έννοια των απρόβλεπτων περιστάσεων έχει τύχει, όπως ήδη ειπώθηκε, νομολογιακής επεξεργασίας τόσο από το ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια και το ΕλΣυν, στο πλαίσιο ερμηνείας του προϊσχύσαντος νομοθετικού καθεστώτος για την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης για λόγους κατεπείγοντες, οφειλόμενους σε απρόβλεπτα γεγονότα και ως εκ τούτου υπό αυτό το πρίσμα οι αναφορές στην εθνική και ενωσιακή νομολογία που έγιναν κατά την εξέταση της περίπτωσης γ) της παρ. 2 του άρθρου 32, διατηρούν και εδώ ακέραιη την ερμηνευτική αξία τους<sup>56</sup>.

Έτσι, όπως γίνεται παγίως δεκτό και σε αυτή την περίπτωση, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε επιτρεπτή τροποποίηση ήδη εκτελούμενης σύμβασης κατά το άρθρο 132 παρ. 1, περίπτωση γ) πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η τροποποίηση της σύμβασης κατά τη διάρκειά της, ενώ είναι επιβεβλημένο οι ειδικότεροι λόγοι που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου<sup>57</sup>. Επίσης, η κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της συνδρομής των ανωτέρω περιστάσεων υπόκειται, ως νομική, σε πλήρη έλεγχο ορθής εκτιμήσεως και χαρακτηρισμού από το Δικαστήριο ή την Α.Ε.Π.Π., εφόσον πρόκειται για έλεγχο των επικαλούμενων λόγων, στα πλαίσια εξέτασης ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής<sup>58</sup>. Σε περίπτωση διαπίστωσης ότι δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης πάσχει και κρίνεται ως αντίθετη με το ενωσιακό δίκαιο<sup>59</sup>.

Επιπλέον, η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 72 παρ. 1 περίπτωση γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016<sup>60</sup>, έχει κριθεί ότι κατ' αναλογία προς τη νομολογιακή επεξεργασία που έτυχαν οι διατάξεις του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), στον βαθμό που παρεκκλίνουν των κανόνων της συνήθους διεξαγωγής μιας διαγωνιστικής διαδικασίας, πρέπει να τύχουν στενής ερμηνείας<sup>61</sup>. Αντίστοιχα δε, όπως εκτέθηκε και πιο πάνω, η απόδειξη της συνδρομής των έκτακτων περιστάσεων που δικαιολογούν την παρέκκλιση από τους εν λόγω κανόνες και την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, χωρίς εκκίνηση νέας διαγωνιστικής

<sup>56</sup> Σελ. 3-8 της παρούσας, Κεφάλαιο 2.

<sup>57</sup> Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 35.

<sup>58</sup> Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 36.

<sup>59</sup> Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 37.

<sup>60</sup> Αντίστοιχα, για τους αναθέτοντες φορείς, το άρθρο 337 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 89 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ.

<sup>61</sup> Ομοίως, αναγνωρίζεται ότι η τροποποίηση εκτελούμενης αρχικής σύμβασης, στην περιπτώσιολογία της οποίας, εμπίπτει και εκείνη που οφείλεται σε απρόβλεπτες περιστάσεις, αποτελεί εξαιρετική διαδικασία και η εφαρμογή της επιβάλλεται από τις κείμενες διατάξεις να γίνεται με φειδώ από τις αναθέτουσες αρχές αποκλειστικά, στις περιοριστικά αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις και μόνο μετά από τη διαπίστωση της σωρευτικής πλήρωσης όλων των απαριθμούμενων στην εν λόγω διάταξη, προϋποθέσεων.

διαδικασίας, βαρύνει τον διάδικο που τις επικαλείται και *in concreto* την αναθέτουσα αρχή<sup>62</sup>. Συνεπώς, το βάρος απόδειξης, για τη διαπίστωση της συνδρομής *de facto* των απρόβλεπτων περιστάσεων που δικαιολογούν τη μη διεξαγωγή τακτικού διαγωνισμού και την προσφυγή στη διαδικασία της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης κατά τις εξεταζόμενες διατάξεις, το φέρει ο προτιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών<sup>63</sup>.

Επιπλέον, η ερμηνεία των απρόβλεπτων περιστάσεων και των γεγονότων που αντιμετωπίζονται ως τέτοια από τη νομολογία και δικαιολογούν την εφαρμογή του άρθρου 132 παρ. 1, περίπτωση γ), συμπίπτει εννοιολογικά με τον χαρακτηρισμό που αποδίδει η ενωσιακή και η εθνική νομολογία στα απρόβλεπτα περιστατικά, υπό την έννοια του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ). Όπως αναπτύχθηκε και ανωτέρω, ως απρόβλεπτα γεγονότα νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά περιστατικά, τα οποία, ακριβώς λόγω του ότι η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να τα γνωρίζει εκ των προτέρων και εν προκειμένω, κατά την υπογραφή της αρχικής σύμβασης, της οποίας επίκειται η τροποποίηση, ούτε ανάγονται στη σφαίρα επιρροής της, εν τέλει απέκλειαν τον έγκαιρο εκ μέρους της προγραμματισμό ή/και της στερούσαν τη δυνατότητα να λάβει τα κατάλληλα μέτρα προς αποτροπή τους<sup>64</sup>. Πρόκειται δηλαδή, για όλως έκτακτα και ασυνήθιστα γεγονότα, που αντικειμενικά δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν σύμφωνα με τους κανόνες και τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής<sup>65</sup>.

Περαιτέρω, η δεύτερη προϋπόθεση εφαρμογής της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132, επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, η οποία προτίθεται να τροποποιήσει επιτρεπτά, την υπογραφείσα και ήδη εκτελούμενη αρχική σύμβαση, να μην μεταβάλλει τον αρχικό χαρακτήρα αυτής. Συνεπακόλουθα, σε περίπτωση κατά την οποία, η επιδιωκόμενη από την αναθέτουσα αρχή, τροποποίηση μίας σύμβασης, οδηγεί κατ' αποτέλεσμα στην αλλοίωση της φύσης της συνολικής σύμβασης, η τροποποίηση αυτή παραβιάζει το πλαίσιο επιτρεπτής εφαρμογής της διάταξης και βρίσκεται εκτός των ορίων του προστατευτέου πεδίου της Οδηγίας (και του Ν. 4412/2016)<sup>66</sup>. Αντίστοιχα, αυτονόητη περίπτωση ανεπίτρεπτης και άρα απαγορευμένης τροποποίησης πρέπει να θεωρείται και η μεταβολή του ίδιου του είδους της αρχικής σύμβασης<sup>67</sup>. Σε αμφοτέρως τις ανωτέρω περιπτώσεις, όπως γίνεται αντιληπτό, η επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης που οφείλεται σε απρόβλεπτη περίσταση δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί, αφού ο αναγκαστικός για την εφαρμογή της περίπτωσης γ) της παρ. 1, δεσμός της τροποποιητικής σύμβασης με την τροποποιούμενη αρχική, αποκόπτεται και μαζί του εκλείπει και ο δικαιολογητικός λόγος επιτρεπτής κάμψης του κανόνα της ανάθεσης του αντικειμένου της

<sup>62</sup> Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 40.

<sup>63</sup> Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 41.

<sup>64</sup> Βλ. ανωτέρω, υποσημείωση 31.

<sup>65</sup> Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1747/2011, ΕλΣυν Τμήμα Μείζονος Επταμελούς Σύθεσης 2490/2015 και ΕλΣυν 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008 Πράξεις του VI Τμ. και τις υπ' αριθμ. 121/2016, 113/2016, 103/2016, 62/2016, 299/2015, 258/2015, 244/2015, 223/2015 Αποφάσεις της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.

<sup>66</sup> Σε συνέχεια των ανωτέρω παραδοχών, χαρακτηριστική περίπτωση αλλοίωσης του χαρακτήρα μιας σύμβασης, συνιστά η πρόθεση της αναθέτουσας αρχής να αντικαταστήσει με την τροποποιητική σύμβαση, το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, με μία διαφορετική παροχή εκ μέρους του αναδόχου. Μπορεί δηλαδή, να μην μεταβάλλεται το είδος της σύμβασης, η οποία πχ. παραμένει σύμβαση προμήθειας ή παροχής υπηρεσιών, αλλά μεταβάλλονται ανεπίτρεπτα τα προς προμήθεια είδη ή ο χαρακτήρας των παρεχόμενων υπηρεσιών.

<sup>67</sup> Ήτοι από σύμβαση πχ. προμήθειας σε σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή το αντίστροφο κλπ.



τροποποιητικής σύμβασης μέσω τακτικής διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 132 παρ. 1 περίπτωση γ)<sup>68</sup>.

Η τρίτη προϋπόθεση, η οποία πρέπει να συντρέχει σωρευτικά με τις υπόλοιπες οριζόμενες στην ίδια υπό κρίση διάταξη, σχετίζεται με την πρόβλεψη ότι οποιαδήποτε αύξηση της τιμής στην τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, δεν θα πρέπει να υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της τελευταίας<sup>69</sup>. Επιπρόσθετα, είναι αναγκαίο να τονιστεί και να επικροτηθεί, η αυστηρότερη αντιμετώπιση της εν λόγω προϋπόθεσης από τον εθνικό νομοθέτη, κατά τη μεταφορά στον Ν. 4412/2016 του σχετικού άρθρου της Οδηγίας. Ειδικότερα, στο άρθρο 72, περίπτωση γ), υπό iii) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ρητά ότι: «Όταν επέρχονται διαδοχικές τροποποιήσεις, ο περιορισμός αυτός ισχύει για την αξία κάθε τροποποίησης.». Ωστόσο, από την αδιάσπαστη διατύπωση της αντίστοιχης διάταξης στο άρθρο 132 παρ. 1 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016<sup>70</sup>, διαπιστώνεται η πρόθεση του Έλληνα νομοθέτη να θέσει ένα ασφαλέστερο πλαίσιο, προκειμένου να αποτραπούν ενδεχόμενα στρέβλωσης της εφαρμογής της συγκεκριμένης διάταξης, σε περίπτωση περισσότερων, διαδοχικών τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, υπό την έννοια της διαδοχικής ανάθεσης περισσότερων της μίας συμβάσεων για την εκτέλεση συμπληρωματικών έργων, την παροχή πρόσθετων υπηρεσιών ή την προμήθεια επιπλέον αγαθών.

Εν προκειμένω, καθίσταται παραπάνω από προφανές η μέριμνα που λαμβάνει ο νομοθέτης, να θέσει μία επιπλέον ασφαλιστική δικλείδα, προκειμένου να αποτρέψει επίδοξες αναθέτουσες αρχές να ενδώσουν σε «πειρασμούς», αποπειρώμενες να καταστρατηγήσουν, μέσω της υπογραφής διαδοχικών συμβάσεων το επιτρεπτό

---

<sup>68</sup> Εξάλλου, πρόσθετο επιχείρημα για τον αποκλεισμό της τροποποίησης της σύμβασης βάσει της ίδιας διάταξης, θα μπορούσε να αντληθεί και από το γεγονός ότι η αλλοίωση της φύσης της αρχικής σύμβασης σε σχέση με το αντικείμενο και τον χαρακτήρα της τροποποιητικής, επηρεάζει αθέμιτα το συνολικό αποτέλεσμα της συνολικής διαδικασίας ανάθεσης, ιδωμένης ως ένα και ενιαίο αντικείμενο, όπως ορίζεται εντός των πλαισίων των δύο συμβάσεων, αρχικής και τροποποιητικής.

<sup>69</sup> Το περιεχόμενο της προϋπόθεσης αυτής δεν ήταν άγνωστο και υπό το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο, καθώς προβλεπόταν στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 4 α) του άρθρου 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και του αντίστοιχου άρθρου 25 παρ. 4 α) του ΠΔ 60/2007, ως μία από τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης και έχει ήδη τύχει ευρείας επεξεργασίας τόσο από το ΔΕΕ όσο και από τα εθνικά δικαστήρια, βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2011, υπόθεση C-601/10, Επιτροπή κατά Ελλάδος, EU:C:2011:709, Συλλογή της Νομολογίας 2011, σελ. I-00163, ιδίως σκέψη 31, καθώς και ΕλΣυν 3210/2011, 2429/2011 Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης, ΕλΣυν 897/2012, 288/2012, 2069/2010 VI Τμ. Εν προκειμένω, διαπιστώνεται και πάλι η στενή σχέση των εκ παραλλήλου εξεταζόμενων διατάξεων του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) και του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), καθώς και η «συγγένεια» των εννοιών κατά την ερμηνευτική προσέγγιση των περιεχόμενων σε αυτές διατάξεων.

<sup>70</sup> «Σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων, η σωρευτική αξία των τροποποιήσεων αυτών δεν μπορεί να υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο.». Η συγκεκριμένη αναφορά, στην πραγματικότητα δεν ανευρίσκεται στην περίπτωση γ), υπό γγ) της παρ. 1, αλλά στην περίπτωση β), υπό ββ) της παρ. 1, η οποία ρυθμίζει τη δεύτερη περίπτωση επιτρεπτής τροποποίησης του άρθρου 132 και αφορά τα συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση. Ωστόσο, η τελεολογική και συστηματική προσέγγιση των δύο διατάξεων που σχετίζονται με την ενιαία, συνεπή και ορθή κατά την πρόθεση του νομοθέτη, ανάγνωση τους, επιβάλλει να γίνει δεκτό ότι ο ίδιος περιορισμός σε περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων της αρχικής σύμβασης, ισχύει και στην περίπτωση γ) της παρ. 1 του άρθρου 132 (εξάλλου το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ έχει ταυτόσημη διατύπωση, με την περίπτωση γ), υπό iii) της παρ. 1 του ίδιου άρθρου).

κατώφλι του πενήντα τοις εκατό (50%) της αξίας της αρχικής σύμβασης<sup>71,72</sup>. Έτσι, ο εθνικός νομοθέτης, αντιλαμβανόμενος προφανώς ότι η ρύθμιση που επέλεξε ο ενωσιακός νομοθέτης ίσως και να μην επαρκούσε για να αντιμετωπίσει αποτελεσματικά, ενδεχόμενα φαινόμενα καταχρηστικής εφαρμογής της εν λόγω διάταξης, προτίμησε – και ορθά κατά την άποψη του γράφοντος – κατά τη μεταφορά της συγκεκριμένης ρύθμισης, να υιοθετήσει πιο αυστηρή κατεύθυνση.

Συναφής και άμεσα σχετιζόμενη με την αμέσως προηγούμενως εκτεθείσα, είναι και η τέταρτη κατά σειρά, σωρευτικά απαιτούμενη προϋπόθεση εφαρμογής της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132. Η εν λόγω προϋπόθεση, όπως τίθεται στο ακροτελεύτιο εδάφιο της περίπτωσης γ), αποτελεί αυτούσια μεταφορά του τελευταίου εδαφίου της περίπτωσης γ), υπό iii) της παρ. 1 του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άπτεται της υποχρέωσης που έχει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου οι επακόλουθες τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης κατά τη συγκεκριμένη διάταξη να κριθούν επιτρεπτές, να μην αποσκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής της Οδηγίας ή των διατάξεων του Ν. 4412/2016. Η εν λόγω προϋπόθεση δεν τέθηκε τυχαία σε συνέχεια εκείνης που ορίζει ως ανώτατο όριο το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης, στην περίπτωση διαδοχικών τροποποιήσεων<sup>73</sup> και αποτελεί, τα άκρα όρια ελέγχου συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής, με τις επιταγές της Οδηγίας και του Ν. 4412/2016 για τη διαπίστωση της επιτρεπτής εφαρμογής της τροποποίησης της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132. Θέτει με άλλα λόγια, τα ακραία σύνορα, εντός των οποίων δρα η ασφαλιστική δικλείδα του ενωσιακού και του εθνικού νομοθέτη, ώστε να ελεγχθεί η νομιμότητα διαδοχικών τροποποιήσεων, οι οποίες με τη μορφή των πολλαπλών αναθέσεων στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, μπορεί να υποκρύπτουν πρόθεση καταστρατήγησης, κατάχρησης ή στρέβλωσης της επιτρεπτής τροποποίησης της σύμβασης<sup>74</sup> εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής<sup>75</sup>.

Τέλος, η πέμπτη και τελευταία προϋπόθεση που τίθεται, για την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων, αφορά την τήρηση των κανόνων δημοσιότητας και ειδικότερα την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να δημοσιεύσει σχετική γνωστοποίηση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε., για κάθε τροποποίηση της αρχικής σύμβασης για την εκτέλεση συμπληρωματικών έργων, την παροχή πρόσθετων υπηρεσιών ή την

---

<sup>71</sup> Αυτό θα συνέβαινε επί παραδείγματι, βάσει της γραμματικής διατύπωσης της Οδηγίας, εάν, και μεν η υπογραφή κάθε επιμέρους τροποποιητικής σύμβασης βρισκόταν πράγματι έστω και οριακά, κάτω από το κατώφλι του 50% της αρχικής σύμβασης, εντούτοις, το συνολικό άθροισμα των επιμέρους τροποποιητικών συμβάσεων, κατέληγε αθέμιτα στο παράδοξο αποτέλεσμα να υπερβαίνει την αξία της αρχικής σύμβασης ή ακόμη και το πολλαπλάσιο αυτής.

<sup>72</sup> Στη λογική του «*not breaking the law, but bending the law*».

<sup>73</sup> Τόσο των επιμέρους τροποποιητικών συμβάσεων, βάσει της διατύπωσης της Οδηγίας, όσο και του συνολικού αθροίσματος της αξίας έκαστης εξ αυτών, σύμφωνα με την αυστηρότερη προϋπόθεση που έθεσε ο Έλληνας νομοθέτης, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα.

<sup>74</sup> Χαρακτηριστικότερο παράδειγμα αποτελεί η επιδίωξη της μη εφαρμογής των σχετικών διατάξεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής σαν συνέπεια φαινομένων διαφθοράς και συνεννόησης μεταξύ αυτής και του αναδόχου της αρχικής σύμβασης, τα οποία σκοπό έχουν να αποκλείσουν την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού, αποφέροντας αθέμιτα οφέλη σε αμφοτέρω τα συμβαλλόμενα μέρη.

<sup>75</sup> Υπό την έννοια αυτή, η τέταρτη κατά σειρά προϋπόθεση, λειτουργεί συμπληρωματικά προς το ανώτατο όριο του 50%, αφού σε κάθε περίπτωση, οι διαδοχικές τροποποιήσεις της αρχικής σύμβασης θα πρέπει να μην υποκρύπτουν πρόθεση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής για συλλήβδην αποφυγή εφαρμογής των διατάξεων της Οδηγίας ή του Ν. 4412/2016, όπως π.χ. την αποφυγή εφαρμογής των εν λόγω διατάξεων, ανάλογα με το είδος της σύμβασης, τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, την επιλογή του είδους των διαδικασιών σύναξης των συμβάσεων, των κανόνων δημοσιότητας, καθώς και εν γένει την τήρηση των διατάξεων περί διαφάνειας και ισότιμης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων.

προμήθεια επιπλέον αγαθών<sup>76</sup>. Στην πραγματικότητα, όπως και σε κάθε περίπτωση που προβλέπεται ως απαραίτητη προϋπόθεση νομιμότητας, η τήρηση σχετικών διατυπώσεων δημοσιότητας, με τη ρητή αυτή πρόβλεψη, ο ενωσιακός νομοθέτης θεσπίζει ένα μέσο ελέγχου των ενεργειών των αναθετουσών αρχών, καθώς με την καθιέρωση της εν λόγω υποχρέωσης, θα ασκείται ένας επιπλέον έλεγχος της σύννομης με το ενωσιακό δίκαιο εφαρμογής της παρεχόμενης στις αναθέτουσες αρχές, δυνατότητας για τροποποίηση των αρχικών συμβάσεων. Έτσι, σε κάθε περίπτωση τροποποίησης σύμβασης της εν λόγω περίπτωσης, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να συμπληρώνουν και να αποστέλλουν στην επίσημη Εφημερίδα της Ε.Ε. το τυποποιημένο έντυπο «Γνωστοποίηση Τροποποίησης», το οποίο έχει εγκριθεί με τον Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) 2015/1986<sup>77</sup> (Παράρτημα XVII)<sup>78</sup>. Ως προς τον χρόνο αποστολής της γνωστοποίησης δεν υπάρχει σχετική πρόβλεψη στις αντίστοιχες ρυθμίσεις, αλλά απλώς αναφέρεται ότι αυτή γίνεται βάσει των άρθρων 65 και 295 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 32 και 33 του Ν. 4413/2016 αντίστοιχα<sup>79</sup>.

**Η αντιμετώπιση της «κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα» του άρθρου 32 παρ. 2, περίπτωση γ) και της «ανάγκης τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων» της περίπτωσης γ) της παρ. 1 του άρθρου 132 του Ν. 4412/2016 από την Α.Ε.Π.Π.**

Οι εξεταζόμενες περιπτώσεις κατ' εξαίρεση προσφυγής στην απευθείας διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης και της τροποποίησης εκτελούμενης σύμβασης κατά τη διάρκεια ισχύος της, έτυχαν ερμηνευτικής προσέγγισης με δύο πρόσφατες αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. και συγκεκριμένα, την 1078/2018 και την 55/2019 αντίστοιχα.

## **I. Η ΑΕΠΠ 1078/2018**

Τα πραγματικά περιστατικά της πρώτης υπόθεσης που τέθηκαν υπόψη της Α.Ε.Π.Π., αφορούσαν την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής κατά της νομιμότητας δημοσίευσης Πρόσκλησης σε δέκα (10) συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς, για την επιλογή αναδόχου για την αποκατάσταση ζημιών και υποδομών από έντονα καιρικά φαινόμενα στο Οδικό Δίκτυο της αναθέτουσας αρχής. Η φερόμενη προς

---

<sup>76</sup> Η γνωστοποίηση λειτουργεί προφανώς ως μία πρόσθετη εξασφάλιση της τήρησης των αυστηρών, περιοριστικά απαριθμούμενων και σωρευτικά απαιτούμενων προϋποθέσεων εφαρμογής των υπό κρίση διατάξεων για την επιτρεπτή τροποποίηση εκτελούμενης σύμβασης.

<sup>77</sup> Εκτελεστικός Κανονισμός (ΕΕ) 2015/1986 της Επιτροπής της 11<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2015, περί καταρτίσεως τυποποιημένων εντύπων για τη δημοσίευση προκηρύξεων και γνωστοποιήσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και περί καταργήσεως του εκτελεστικού κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 842/2011 (L 296/1).

<sup>78</sup> Το τυποποιημένο έντυπο «Γνωστοποίηση Τροποποίησης» πρέπει να περιέχει κατά περίπτωση, τις πληροφορίες που περιλαμβάνονται:

- στο Μέρος Ζ' του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, εάν πρόκειται για συμβάσεις που εμπίπτουν στο Βιβλίο I του νόμου,
- στο Παράρτημα XVI του Προσαρτήματος Β' του Ν. 4412/2016 για τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο Βιβλίο II αυτού,
- στο Παράρτημα XI του Ν. 4413/2016 (ΦΕΚ Α' 148/08.08.2016, «Ανάθεση και εκτέλεση συμβάσεων παραχώρησης - Εναρμόνιση με την Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης (ΕΕ L 94/1/28.3.2014) και άλλες διατάξεις») εφόσον πρόκειται για συμβάσεις παραχώρησης.

<sup>79</sup> Ωστόσο σε κάθε περίπτωση, είναι σαφές ότι θα πρέπει να τηρούνται εκ μέρους των αναθετουσών αρχών, οι αρχές της διαφάνειας και της αναλογικότητας και να αποφεύγονται παρελκυστικές τακτικές που μπορεί να καταστήσουν αλυσιτελή την έγκαιρη γνωστοποίηση της τροποποίησης.

κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. υπόθεση<sup>80</sup>, ενέπιπτε στο ρυθμιστικό πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι αφορμή για τη δημοσίευση της ανωτέρω Πρόσκλησης, έδωσε κατά την αναθέτουσα αρχή, κατεπείγουσα ανάγκη, οφειλόμενη σε απρόβλεπτα γεγονότα που σημειώθηκαν στο Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο, λόγω έκτακτων καιρικών φαινομένων που έλαβαν τον χαρακτήρα θεομηνίας και εξαιτίας των οποίων προκλήθηκαν καταστροφές στις υποδομές του Οδικού Δικτύου της. Συγκεκριμένα, με απόφαση του αρμόδιου Περιφερειάρχη, λόγω έντονων βροχοπτώσεων που εκδηλώθηκαν κατά τις 11.02.2017 αποφασίστηκε να κηρυχθούν ορισμένες περιοχές σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας, για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, ήτοι έως και την 08.09.2017. Ακολούθως, το ίδιο Οδικό Δίκτυο, χτυπήθηκε στις 26.10.2017 από την καταιγίδα με την ονομασία «Δαίδαλος», με συνέπεια οι ίδιες περιοχές να κηρυχθούν εκ νέου σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης, μέχρι τις 26.10.2018, δυνάμει διαδοχικών αποφάσεων του αρμόδιου Περιφερειάρχη.

Ωστόσο, το αρμόδιο να κρίνει Κλιμάκιο έκανε δεκτή τη σχετική προσφυγή και απέριψε τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας εταιρείας, αποφαινόμενο ότι δεν συνέτρεχε εν προκειμένω, περίπτωση κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα, καθώς από την επισκόπηση των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιόν του, δεν προέκυψε η κάλυψη σωρευτικώς του συνόλου των απαιτούμενων προϋποθέσεων, όπως αναπτύχθηκαν στην παρούσα, ώστε να δικαιολογείται η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης μέσω της διεξοδικά εκτεθείσας ανωτέρω εξαιρετικής διαδικασίας. Συγκεκριμένα, όπως έκρινε το οικείο Κλιμάκιο της Αρχής<sup>81</sup>, παρά το γεγονός ότι η θεομηνία που χτύπησε το Οδικό Δίκτυο της αναθέτουσας αρχής, εντάσσεται στην έννοια του απρόβλεπτου γεγονότος, το οποίο κατά τις επιταγές της νομολογίας προδήλως υπερβαίνει το φυσιολογικό πλαίσιο της οικονομικής και κοινωνικής ζωής, εντούτοις, η διαπίστωση της συνδρομής των λοιπών προϋποθέσεων, παρέμεινε κατά την άποψη του Κλιμακίου, νομικά και λογικά έωλη.

Κατ' αρχήν, όπως κρίθηκε, η αναθέτουσα αρχή, σε κανένα σημείο της προσβαλλόμενης με την προσφυγή Πρόσκλησης, δεν ανέφερε, ειδικά και συγκεκριμένα, τις ζημίες που προέκυψαν από τα έκτακτα καιρικά φαινόμενα, τα οποία χτύπησαν το Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο της περιοχής της, σε δύο διαφορετικούς χρόνους και δη στις 11.02.2017 και εν συνεχεία, στις 26.10.2017, αλλά αρκέστηκε σε μια γενική αναφορά αυτών, κρίνοντας ότι καθιστούσαν αναγκαία την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης, με στόχο την επαναφορά τους στο αρχικό κατά το δυνατόν επίπεδο και τη βελτίωση αυτών, ώστε να ικανοποιούνται οι απαραίτητες συνθήκες για την ασφαλή κυκλοφορία των οχημάτων, παραθέτοντας περαιτέρω τις απαιτούμενες εργασίες που θα εκτελούνταν από τον τελικό ανάδοχο. Συνεπώς, απεφάνθη το Κλιμάκιο της Αρχής, ότι δεν στοιχειοθετήθηκε εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, με αδιάσειστα στοιχεία και πέραν πάσης αμφιβολίας, η πραγματικά διαπιστωθείσα, ειδική και συγκεκριμένη ανάγκη που κρίνεται ως κατεπείγουσα, με την επίκληση συγκεκριμένων ζημιών στο πληγέν Οδικό Δίκτυο, οι οποίες εν τέλει δικαιολογούσαν την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ). Ως εκ

---

<sup>80</sup> Η αναθέτουσα αρχή αμφισβήτησε, όπως σημειώνεται στη σκέψη 20 της 1078/2018 απόφασης, την αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. να κρίνει επί της ασκηθείσας ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγής. Ωστόσο αυτή κρίθηκε ότι αναμφίβολα θεμελιώνεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου, το υπ' αριθμ. 51/2017 Πρακτικό Συνεδριάσεως και Γνωμοδότηση του Συμβουλίου της Επικρατείας, Τμήμα Ε' και την Οδηγία 89/665/ΕΟΚ, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σκέψεις 21-24 της προαναφερθείσας απόφασης.

<sup>81</sup> Βλ. ειδικότερα τις σκέψεις 27-35 της απόφασης.

τούτου, απουσίαζε η απαιτούμενη πλήρη και ειδική αιτιολογία στην οποία πρέπει απαραίτητα να στηρίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία.

Περαιτέρω, το οικείο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. αρνήθηκε ότι η συνδρομή της κατεπείγουσας ανάγκης, μη συμβιβαζόμενης με τις προθεσμίες που τάσσονται για τις άλλες διαδικασίες, διαπιστώθηκε στην προκειμένη περίπτωση<sup>82</sup>. Σύμφωνα άλλωστε με το σκεπτικό της 1078/2018 απόφασης, κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα, μεσολάβησαν και οι θερινοί μήνες, κατά τη διάρκεια των οποίων και κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, ήταν μάλλον απίθανο να εμφανιστούν νέα ακραία καιρικά φαινόμενα και κατά συνέπεια, μέχρι και την εκπνοή της αρχικής εξάμηνης κήρυξης σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας, στις 08.09.2017, υπήρχε το χρονικό περιθώριο προκήρυξης τακτικού διαγωνισμού, με τήρηση των υποχρεώσεων δημοσιότητας για την αποκατάσταση των επικαλούμενων ζημιών. Το αυτό επιχείρημα, έκρινε το αρμόδιο Κλιμάκιο ότι ίσχυε και για τις ζημίες, οι οποίες προέκυψαν από την καταιγίδα «Δαίδαλος», αφού από τις 26.10.2017, μέχρι και την έναρξη της διαδικασίας που εκκίνησε με την προσβαλλόμενη με την προσφυγή Πρόσκληση, μεσολάβησε χρονικό διάστημα ενός έτους, το οποίο περιελάμβανε και πάλι θερινούς μήνες, στη διάρκεια των οποίων, οι απαιτούμενες εργασίες αποκατάστασης θα μπορούσαν να διεξαχθούν ομαλότερα. Υπό την έννοια αυτή, κατέληξε η απόφαση, η προκηρυχθείσα διαδικασία, δεν φαίνεται να μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι διενεργήθηκε σε συμμόρφωση με τη *ratio legis* της συγκεκριμένης διάταξης, δεδομένης της έλλειψης χρονικής εγγύτητας μεταξύ της εκδήλωσης των ακραίων καιρικών φαινομένων και των προκληθεισών ζημιών στο συγκεκριμένο Οδικό Δίκτυο και της κοινοποίησης της Πρόσκλησης, χωρίς να αιτιολογείται δεόντως και επαρκώς, για ποιο λόγο η διαδραμείσα χρονική περίοδος, δεν επαρκούσε, ώστε να προκηρυχθεί τακτικός διαγωνισμός.

Αντίστοιχα, το αποφαινόμενο Κλιμάκιο δέχτηκε ότι δυσχερώς αποδεικνυόταν και η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος και της απορρέουσας από αυτό κατεπείγουσας ανάγκης, καθώς, από τις 08.09.2017, ημερομηνία εκπνοής της πρώτης κήρυξης σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας, μέχρι και τις 26.10.2017, οπότε το Οδικό Δίκτυο χτυπήθηκε αυτή τη φορά από την καταιγίδα με την ονομασία «Δαίδαλος», με συνέπεια να κηρυχθεί εκ νέου σε Κατάσταση Έκτακτης Ανάγκης Πολιτικής Προστασίας και με αλληπάλληλες αποφάσεις του αρμόδιου Περιφερειάρχη, η κατάσταση αυτή να διατηρηθεί μέχρι και τις 26.10.2018, υπήρξε ένα διάστημα ενός και πλέον μηνός από τις 08.09.2017 έως και τις 26.10.2017, κατά τη διάρκεια του οποίου δεν συνέτρεχε καμία κατάσταση έκτακτης ανάγκης στο εν λόγω Οδικό Δίκτυο. Με δεδομένο συνεπώς, ότι κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, υπήρχαν ήδη φθορές, ενδεχομένως και εκτεταμένες, στο Οδικό Δίκτυο, που έχρηζαν άμεσης αποκατάστασης και λαμβάνοντας υπόψη ότι η καταιγίδα «Δαίδαλος» ή οποιοδήποτε άλλο ακραίο καιρικό φαινόμενο, δεν ήταν γνωστό αν και πότε θα χτυπούσε το Οδικό Δίκτυο, υπήρχε το χρονικό διάστημα να προκηρυχθεί ανοιχτός διαγωνισμός ή έστω να εκκινήσουν προπαρασκευαστικές ενέργειες της αναθέτουσας αρχής, με

---

<sup>82</sup> Ειδικότερα, η απόφαση επεσήμανε στη σκέψη 31 αυτής, ότι, από τη συντέλεση της πρώτης θεομηνίας, στις 11.02.2017, μέχρι και την έναρξη της διαδικασίας διαπραγμάτευσης, μεσολάβησε χρονικό διάστημα ενός και πλέον έτους, χωρίς να δικαιολογείται επαρκώς ούτε στην Εισηγήση της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η τελευταία εισηγήθηκε την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία, αλλά ούτε και στην Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εν τέλει αποφασίστηκε η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), η αιτία, για την οποία δεν κατέστη δυνατή η άμεση αντιμετώπιση των επικαλούμενων εκτεταμένων ζημιών στο Οδικό Δίκτυο, νωρίτερα, δεδομένου άλλωστε του επειγόντος χαρακτήρα αυτής.

αντικείμενο αντίστοιχο με αυτό της προσβαλλόμενης πράξης, ειδικά αφ' ης στιγμής, υπήρχε κατεπείγουσα ανάγκη. Η διαπιστωθείσα όμως κατά το σκεπτικό της απόφασης, αδράνεια της αναθέτουσας αρχής, μάλλον κατέτεινε στην αντίθετη κατεύθυνση, ήτοι, είτε ότι, εξαιτίας της πρώτης θεομηνίας, δεν υπήρχαν ζημίες στο εν λόγω Οδικό Δίκτυο είτε ότι αυτές που υπήρχαν δεν δικαιολογούσαν τον χαρακτηρισμό της κατεπείγουσας ανάγκης, για την επιδιόρθωσή τους και μπορούσαν να αντιμετωπιστούν στα πλαίσια μιας συνήθους διαγωνιστικής διαδικασίας.

Περαιτέρω και εφόσον κρίσιμο στοιχείο, όπως ήδη εκτέθηκε πιο πάνω, είναι η συνδρομή των περιστάσεων που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης σε καμία περίπτωση να μην απορρέει από δική της ευθύνη, όπως ιδίως παραλείψεις ή έλλειψη προγραμματισμού, επιμέλειας και έγκαιρης προετοιμασίας ή ακόμη και γενικότερη αβελτηρία της, κατά λογική αναγκαιότητα, το Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π., κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι εκτεταμένες ζημίες στο εν λόγω Οδικό Δίκτυο και η ενδεχόμενη επιδείνωσή τους, μετά από αλληπάλληλες θεομηνίες, έστω και αν υποθεθεί ότι δικαιολογούν τον χαρακτηρισμό του κατεπείγοντος, είναι σχεδόν βέβαιο ότι οφείλονται και στην αδικαιολόγητη καθυστέρηση της αναθέτουσας αρχής να τις αντιμετωπίσει εγκαίρως και σε καμία περίπτωση δεν μπορούν να τύχουν επίκλησης από την ίδια, προκειμένου να αιτιολογηθεί η αποφυγή εφαρμογής των κανόνων μιας τακτικής διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή, όπως κρίθηκε με την 1078/2018 απόφαση, δεν απέδειξε ότι πράγματι η προκηρυχθείσα διαδικασία αφορούσε αποκλειστικά και μόνο τις απολύτως απαραίτητες εργασίες για την αποκατάσταση των φθορών στο Οδικό Δίκτυο, καθώς διαπιστώθηκε διάσταση μεταξύ των ελάχιστων εργασιών, τις οποίες εισηγήθηκε ως κατεπείγουσες η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων της αναθέτουσας αρχής και των εργασιών που τελικά περιλήφθηκαν στην προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής<sup>83</sup>. Ειδικότερα, όπως διαπιστώθηκε από το αρμόδιο Κλιμάκιο, κατά την εξέταση του φακέλου της υπόθεσης, στην Πρόσκληση του έργου, περιλήφθηκαν και εργασίες μελλοντικές και αβέβαιες, οι οποίες εξ ορισμού είναι ασυμβίβαστες με την έννοια της κατεπείγουσας ανάγκης. Έτι περαιτέρω, σύμφωνα με το σκεπτικό της απόφασης<sup>84</sup>, η αναθέτουσα αρχή, δεν απέδειξε μετά πλήρους βεβαιότητας, την αδυναμία τήρησης εκ μέρους της, των προθεσμιών δημοσίευσης του ανοιχτού διαγωνισμού.

Έτσι, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η κρίση του αποφαινόμενου Κλιμακίου ήταν ότι, δεν τηρήθηκαν στην προκειμένη περίπτωση από την αναθέτουσα αρχή, οι αυστηρές και περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) του Ν. 4412/2016, με συνέπεια να καθίσταται ακυρωτέα η συμπροσβαλλόμενη απόφαση<sup>85</sup> της αναθέτουσας αρχής και η εν γένει διαγωνιστική

---

<sup>83</sup> Για την κρίση ότι οι τελευταίες ήταν σαφώς πιο εκτεταμένες και αμφίβολο αν εμπίπτουν στην έννοια της κατεπείγουσας ανάγκης βλ. αναλυτικά σκέψη 33 της απόφασης.

<sup>84</sup> Βλ. σκέψη 34 της απόφασης.

<sup>85</sup> Για το ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης με την προσφυγή Πρόσκλησης, αποτελούν κατά τεκμήριο, αιτιάσεις και κατά της προγενέστερης αυτής, απόφασης, με την οποία κρίθηκε νόμιμη η προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης και άρα, συμπροσβάλλεται με την Πρόσκληση και η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' ορθή ερμηνεία του αιτήματος της προσφεύγουσας, ταυτόχρονα όμως και για λόγους ασφάλειας δικαίου, η οποία εν προκειμένω δεν εξυπηρετείται με τη διατήρηση της εν λόγω απόφασης στον νομικό κόσμο, σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης και της εν γένει διαδικασίας, κατά το αιτητικό της φερόμενης προς κρίση προσφυγής, βλ. αναλυτικά σκέψη 25 της απόφασης.

διαδικασία, όπως αυτή εκκίνησε με την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης στους επιλεγέντες οικονομικούς φορείς.

## **II. Η ΑΕΠΠ 55/2019**

Η δεύτερη υπόθεση που ήρθε προς κρίση ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.<sup>86</sup>, αφορούσε αναθέτουσα αρχή, η οποία προτίθετο να προβεί σε υπογραφή σύμβασης τροποποίησης ήδη εκτελούμενης αρχικής σύμβασης για την προμήθεια συγκεκριμένου φαρμακευτικού σκευάσματος. Όπως προέκυψε από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, η εν λόγω αναθέτουσα αρχή επί σειρά ετών, υπέγραφε αντίστοιχες συμβάσεις με τον μοναδικό προμηθευτή του συγκεκριμένου φαρμακευτικού σκευάσματος, ο οποίος δραστηριοποιείται στην Ελλάδα και ομοίως είχε πράξει και για το έτος 2018, για το οποίο είχε δοθεί μάλιστα, όπως και κατά τα προηγούμενα έτη, η απαιτούμενη εκ του νόμου προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.<sup>87</sup> Ωστόσο, σύμφωνα άλλωστε και με ομολογία της αναθέτουσας αρχής<sup>88</sup>, οι ετήσιες ανάγκες της για το συγκεκριμένο φαρμακευτικό σκεύασμα που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αρχικής σύμβασης, υπερέβησαν τον αρχικό προβλεφθέντα και εγκριθέντα προϋπολογισμό, με συνέπεια να προκύψουν έκτακτες ανάγκες, οι οποίες έπρεπε να καλυφθούν όψιμα. Εξ αυτού του λόγου, η αναθέτουσα αρχή, επικαλέστηκε την περίπτωση του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), προκειμένου με τροποποιητική σύμβαση της ήδη εκτελούμενης αρχικής, να μπορέσει να προμηθευτεί τα επιπλέον φαρμακευτικά σκευάσματα.

Τα κομβικής σημασίας πραγματικά περιστατικά, βάσει των οποίων κλήθηκε να κρίνει το αρμόδιο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. τη νομιμότητα της προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) ήταν ουσιαστικά δύο. Αφενός, όπως αποδείχθηκε από το υλικό που εξετάστηκε, σε αντίθεση με τον χρόνο υπογραφής της από 21.05.2018 αρχικής σύμβασης, αλλά και σε αντίθεση με όλα τα προηγούμενα έτη, κατά τα οποία η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας στην υπόθεση εταιρείας, ήταν μονόδρομος, λόγω έλλειψης εναλλακτικής λύσης, αφού δεν υπήρχε έτερος προμηθευτής που να εμπορευόταν τα εν λόγω σκευάσματα, πλέον κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης με την προσφυγή απόφασης, τα δεδομένα είχαν μεταβληθεί άρδην, λόγω του ότι η προσφεύγουσα είχε στο μεταξύ αρχίσει να δραστηριοποιείται στον χώρο της εμπορίας των συγκεκριμένων φαρμακευτικών σκευασμάτων, γεγονός που διαφοροποιούσε κατ' αρχήν ουσιαστικά τα δεδομένα που ίσχυαν κατά τον χρόνο υπογραφής της αρχικής σύμβασης βάσει του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση β)<sup>89</sup>. Με

<sup>86</sup> Εν προκειμένω την αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. να κρίνει επί της ασκηθείσας ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγής, αμφισβήτησε όχι η αναθέτουσα αρχή, αλλά η παρεμβαίνουσα εταιρεία, για τους λόγους που αναφέρονται στη σκέψη 22 της 55/2019 απόφασης. Ισχυρισμός, ο οποίος όμως καταρρίφθηκε δυνάμει της θεμελίωσης που αναλυτικά εκτίθεται στις σκέψεις 23-25 της προαναφερθείσας απόφασης.

<sup>87</sup> Για την απαιτούμενη προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Ε.Α.ΑΔΗ.ΣΥ. για τη σύννομη υπογραφή της αρχικής σύμβασης ανάθεσης με τον μοναδικό προμηθευτή κατά το άρθρο 32 παρ. 2 περίπτωση β) του Ν. 4412/2016, βλ. αναλυτικά τη σκέψη 23 της 55/2019 απόφασης και επίσης, ανωτέρω στην παρούσα, υποσημείωση 45.

<sup>88</sup> Βλ. σχετικά σκέψη 34 της απόφασης.

<sup>89</sup> Η ανωτέρω παραδοχή είχε καταστεί σαφής και δυνάμει της χορηγηθείσας σύμφωνης γνώμης της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.: «[...]. Τέλος, όπως έχει ήδη επισημανθεί και με προηγούμενες γνώμες της Αρχής (βλ. 201/2015, 79/2016, 26/2017) σε αντίστοιχα αιτήματα της ίδιας αναθέτουσας αρχής και ανεξάρτητα από την ως άνω τεκμηρίωση ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι δεν υφίσταται ανταγωνισμός, στην προκειμένη περίπτωση, για τεχνικούς λόγους, παρά το ότι η μοναδικότητα του προμηθευτή στην προκειμένη περίπτωση έχει παροδικά χαρακτηριστικά, τα οποία εξετάζονται *ad hoc* σε δεδομένο χρονικό σημείο. Γι' αυτό και συνιστάται στο μέλλον η διενέργεια ανοιχτής διαγωνιστικής

αυτό το σκεπτικό, η νομιμότητα της τροποποίησης της αρχικής σύμβασης κατά το άρθρο 132 παρ. 1 περίπτωση γ), προσέκρουε στο γεγονός ότι εμπορευόταν τα ίδια φαρμακευτικά σκευάσματα στην Ελλάδα και έτερος προμηθευτής, γεγονός που ήταν ήδη γνωστό στην αναθέτουσα αρχή<sup>90</sup>.

Αφετέρου, από την επισκόπηση των στοιχείων που τέθηκαν ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. δεν προέκυψε άνευ άλλου τινός ότι η ανάγκη της αναθέτουσας αρχής που έδωσε αφορμή για την προσφυγή σε τροποποίηση της αρχικής σύμβασης οφείλονταν πράγματι σε απρόβλεπτα γεγονότα. Συγκεκριμένα, ήδη από το έτος 2012, οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, παρουσίαζαν σε ετήσια βάση μία διαρκώς αυξητική τάση, φτάνοντας από προϋπολογισμό αξίας οκτακοσίων τριάντα χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (830.900,00 €) το 2012 για την κάλυψη των αναγκών της στα εν λόγω φαρμακευτικά σκευάσματα, σε προϋπολογισμό αξίας ενός εκατομμυρίου εκατόν ενενήντα χιλιάδων ευρώ (1.190.000,00 €) το 2016 κατά την προσφεύγουσα, άλλως, ενός εκατομμυρίου ενενήντα χιλιάδων τετρακοσίων ενενήντα εννέα ευρώ και είκοσι έξι λεπτών (1.090.499,26 €), σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκόμισε και επικαλέστηκε η αναθέτουσα αρχή. Η ίδια δε η αναθέτουσα αρχή παραδέχτηκε ότι το έτος 2017, οι αντίστοιχες δαπάνες της για προμήθεια των συγκεκριμένων φαρμακευτικών σκευασμάτων, ανήλθαν σε ένα εκατομμύριο εκατόν πενήντα δύο χιλιάδες διακόσια ευρώ και εξήντα έξι λεπτά (1.152.200,66 €), ήτοι σημειώθηκε μία σημαντική αύξηση στην προϋπολογισθείσα δαπάνη σε σχέση με το αμέσως προηγούμενο έτος. Οι δε διαρκώς αυξανόμενες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για χρονικό διάστημα πενταετίας (από το έτος 2012 έως το 2017), κατέτειναν στο ότι και για το έτος 2018 οι ανάγκες της θα εμφανίζονταν έτι περισσότερο αυξημένες.

Όπως άλλωστε παραδέχτηκε και η ίδια, αν και η αρχική της πρόβλεψη ήταν για δέσμευση πίστωσης ύψους ενός εκατομμυρίου εκατόν πενήντα χιλιάδων ευρώ (1.150.000,00 €), ήτοι ποσού το οποίο υπολειπόταν έστω και οριακά, της πραγματοποιηθείσας δαπάνης για το έτος 2017, εν τέλει, το πραγματικά προϋπολογισθέν και δεσμευθέν ποσό του προϋπολογισμού για το έτος 2018, μειώθηκε σε ένα εκατομμύριο εκατόν τριάντα χιλιάδες ευρώ (1.130.000,00 €), το οποίο με βάση τις αναμενόμενες προβλέψεις και τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, θα ήταν εξαιρετικά δύσκολο, αν όχι αδύνατο να καλύψει τις αυξανόμενες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής για το έτος 2018. Το οικείο Κλιμάκιο απεφάνθη ότι το αδιαμφισβήτητο αυτό γεγονός ήταν εξ αρχής γνωστό και δεν μπορούσε να εκφύγει της προσοχής μίας επιμελούς αναθέτουσας αρχής, η οποία, βασιζόμενη σε στοιχεία των προηγούμενων πέντε ετών, στα πλαίσια του προγραμματισμού της για την κάλυψη των αναγκών της στα υπό κρίση φαρμακευτικά σκευάσματα για το έτος 2018, μπορούσε ευχερώς να συνάγει, ότι οι συνεχώς αυξανόμενες απαιτήσεις της θα κατέληγαν με μεγάλη πιθανότητα, να υπερβούν το ποσό του εγκριθέντος από αυτήν προϋπολογισμού.

Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, κατά το σκεπτικό της 55/2019 απόφασης, προέκυψε ότι το επικαλούμενο από την αναθέτουσα αρχή, γεγονός της αιφνίδιας, ιδιαίτερα μεγάλης αύξησης στη ζήτηση των ανωτέρω φαρμακευτικών σκευασμάτων, απείχε πολύ από το να μπορεί να χαρακτηριστεί «απρόβλεπτο γεγονός» κατά την έννοια του νόμου και της Οδηγίας, ώστε να δικαιολογείται η επιτρεπτή τροποποίηση

---

*διαδικασίας, έστω και αν σε δεδομένη χρονική στιγμή εμφανίζεται μόνο ένας υποψήφιος προμηθευτής. [...]».*

<sup>90</sup> Μάλιστα, λόγω της παράλληλης δραστηριοποίησης έτερου προμηθευτή, η αναθέτουσα αρχή, για το 2019 είχε προκηρύξει τακτικό διαγωνισμό, με δημοσίευση διακήρυξης ήδη από τις 07.11.2018, ήτοι με ημερομηνία προγενέστερη από την αντίστοιχη της έκδοσης της προσβαλλόμενης με την κρινόμενη προσφυγή πράξης για την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης του 2018.



της αρχικής σύμβασης για το έτος 2018, χωρίς διεξαγωγή νέας διαγωνιστικής διαδικασίας. Τουναντίον, έκρινε το αρμόδιο Κλιμάκιο, η στάση της αναθέτουσας αρχής, με βάση στοιχεία που η ίδια είχε στην κατοχή της, δείχνει έλλειψη επιμέλειας και συνετού προγραμματισμού<sup>91</sup> κατά τον σχεδιασμό του προϋπολογισμού του έτους 2018 για την προμήθεια των συγκεκριμένων σκευασμάτων<sup>92,93</sup>.

Με αυτό το αιτιολογικό, η προσφυγή έγινε δεκτή και η Α.Ε.Π.Π. έκρινε ότι η επίκληση απρόβλεπτων γεγονότων εκ μέρους της αναθέτουσας για την εφαρμογή της διαδικασίας τροποποίησης της αρχικής σύμβασης του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), δεν έβρισκε έρεισμα στον νόμο.

### **Συμπέρασμα**

Συμπερασματικά λοιπόν, ενόψει των όσων αναπτύχθηκαν ανωτέρω, πρέπει να ειπωθεί ότι οι δύο διατάξεις, ήτοι τόσο εκείνη του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ) όσο και η αντίστοιχη του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) διάγουν βίους παράλληλους. Οι έννοιες της *«κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα»*, όπως και η *«ανάγκη τροποποίησης λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων»*, οι οποίες βρίσκονται στον πυρήνα των δύο ρυθμίσεων, παρά τη διαφορετική τους διατύπωση είναι βέβαιο ότι εννοιολογικά ταυτίζονται. Αυτό συνάγεται και από τη νομολογιακή διάπλαση της έννοιας του απρόβλεπτου γεγονότος, αλλά και της κατεπείγουσας ανάγκης, όπως ερμηνεύθηκε μέσα από τις αποφάσεις του ΔΕΕ, των εθνικών δικαστηρίων και του ΕΛΣυν, της οποίας, η νεότευκτη ρύθμιση του άρθρου 72 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «υιοθέτησε» αυτούσια τα νομολογιακά πορίσματα.

Όπως είναι προφανές κατά την πρόθεση των εμπνευστών της, η καινοτομία της τροποποίησης μιας ήδη εκτελούμενης σύμβασης, στην αφετηρία της εφαρμογής της κρίθηκε περισσότερο συνετό να κινηθεί στα ασφαλή ύδατα μιας δοκιμασμένης συνταγής, τουλάχιστον σε ό,τι αφορά την περίπτωση γ), όταν συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη που προέκυψε εξαιτίας απρόβλεπτων περιστάσεων<sup>94</sup>. Στο αυτό συμπέρασμα συνηγορεί και η έκταση του υπό κρίση άρθρου εν συνόλω, καθώς και η

<sup>91</sup> Πάντως, επισημάνθηκε ότι δεν διαπιστώθηκε κατά την κρίση του οικείου Κλιμακίου, πρόθεση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, για αποφυγή της εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου Ι και μη διεξαγωγής τακτικού διαγωνισμού, αλλά η έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, οφειλόταν σε παρερμηνεία της έννοιας του «απρόβλεπτου γεγονότος» εκ μέρους της και σε εσφαλμένη εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης.

<sup>92</sup> Για το ότι η επίκληση απρόβλεπτων περιστάσεων για την εφαρμογή της εξαιρετικής διαδικασίας του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ) δεν πρέπει να ανάγεται σε γεγονότα που εμπίπτουν στη σφαίρα ευθύνης της ίδιας της αναθέτουσας αρχής βλ. σκέψη 30-32 της 55/2019 απόφασης και ανωτέρω σελ. 5-7 της παρούσας και εκεί υποσημειώσεις.

<sup>93</sup> Απορριπτέος όμως κρίθηκε και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, περί έλλειψης κονδυλίων, η οποία δεν επέτρεπε διάθεση μεγαλύτερου προϋπολογισμού για την προμήθεια των συγκεκριμένων φαρμακευτικών σκευασμάτων, αφού θα έπρεπε να καλυφθούν από τις υπόλοιπες πιστώσεις και άλλες ανάγκες αναλωσίμων, καθώς κατά την άποψη του Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. δεν αποδείχθηκε εναργώς η μεταβολή των οικονομικών δεδομένων της αναθέτουσας αρχής, ως προς τα διαθέσιμα ποσά, κατά τρόπο, ώστε η έλλειψη πόρων κατά τον σχεδιασμό του προϋπολογισμού του έτους 2018, να καλύφθηκε και μάλιστα σε ύψος διακοσίων χιλιάδων ευρώ (200.00,00 €) κατά τον χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης απόφασης για προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 132 παρ. 1 περίπτωση γ), στις 19.11.2018, ήτοι περίπου ένα μήνα πριν την εκπνοή της διάρκειας της αρχικής εκτελούμενης σύμβασης.

<sup>94</sup> Πρβλ. το άρθρο 31 παρ. 4 α) της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ και το αντίστοιχο άρθρο 25 παρ. 4 α) του ΠΔ 60/2007, σχετικά με τα συμπληρωματικά έργα και υπηρεσίες, το οποίο καίτοι υπαγόταν στις περιπτώσεις που μπορούσε να δικαιολογηθεί η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, στην πραγματικότητα επρόκειτο για προπομπό της διάταξης για την τροποποίηση σύμβασης και ως τέτοια μεταφέρθηκε σχεδόν αυτούσια, στην παρ. 1 περίπτωση β) του άρθρου 132 του νόμου.

εξαντλητική ρύθμιση των περιπτώσεων επιτρεπτής τροποποίησης, δείγμα εν μέρει της γενικότερη «αμηχανίας», με την οποία αντιμετωπίστηκαν νομοτεχνικά οι σχετικές διατάξεις, αλλά και της προβληματικής που ήδη αναπτύχθηκε γύρω από την ορθή εφαρμογή τους<sup>95</sup>.

Είναι περαιτέρω σαφές, ότι για την εφαρμογή αμφοτέρων των διατάξεων πρέπει να συντρέχουν οι περιοριστικά απαριθμούμενες προϋποθέσεις έκαστης εξ αυτών, όπως αναλύθηκαν διεξοδικά ανωτέρω. Ιδιαίτερη έμφαση και προσοχή πρέπει να δίνεται στον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του απρόβλεπτου γεγονότος που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή και της κατεπείγουσας ανάγκης που προκύπτει από αυτό, ώστε να δημιουργείται σχέση αιτίου και αιτιατού ανάμεσά τους, κατά την έννοια ότι δεν μπορεί να απολείπεται το πρώτο, χωρίς ταυτόχρονα να συναπολείπεται και το δεύτερο. Είναι κρίσιμο να αποσαφηνιστεί πλήρως ότι προκειμένου να δικαιολογηθεί ασφαλώς εκ μέρους μιας αναθέτουσας αρχής η εφαρμογή των εξεταζόμενων διατάξεων, είναι απαραίτητο να συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη, η οποία να οφείλεται σε απρόβλεπτο γεγονός. Ομοίως, η διαπίστωση της ύπαρξης απρόβλεπτων γεγονότων, πρέπει αναγκαστικά να κατατείνει στην πρόκληση κάποιας κατεπείγουσας ανάγκης, η κάλυψη της οποίας επιβάλλει την παράκαμψη εφαρμογής των κανόνων μιας συνήθους διαγωνιστικής διαδικασίας<sup>96</sup>.

Εν κατακλείδι, οι προϋποθέσεις προσφυγής σε ανάθεση κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε απρόβλεπτα γεγονότα, έχουν πλέον αποκρυσταλλωθεί μέσα από τη νομολογιακή τους διάπλαση και έχουν γίνει αντικείμενο μακρόχρονης επεξεργασίας. Είναι λογικό, η εφαρμογή της τροποποίησης μιας εκτελούμενης σύμβασης, ως εξαιρετικής διαδικασίας που νομοθετικά βρίσκεται στα σπάργανα, έστω και αν είχε αντιμετωπιστεί σε σειρά υποθέσεων ενώπιον του ΔΕΕ, να αντλεί τα σταθερά σημεία αναφοράς της από παραδεδομένες αρχές. Η εξέλιξή της ωστόσο, μέσα από την προϊούσα εφαρμογή της στην πράξη, αναμένεται συν τω χρόνω να τη σχηματοποιήσει ενδεχομένως διαφορετικά και να της προσδώσει την απαραίτητη αυτονομία, προκειμένου να συνάδει με τις ιδιαιτερότητες της τροποποίησης μιας εκτελούμενης σύμβασης, όπως αυτή εκφεύγει του προσυμβατικού σταδίου ανάθεσης, παρά το γεγονός ότι η τροποποίηση μιας δημόσιας σύμβασης για οποιονδήποτε λόγο, κατ'

---

<sup>95</sup> Βλ. και *Sanchez Graells, A. Modification of Contracts during their term under reg. 72, June 19, 2015*, διαθέσιμο στον διαδικτυακό τόπο: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/06/modification-of-contracts-during-their.html>.

<sup>96</sup> Αυτή εξάλλου, ήταν και η προσέγγιση της Α.Ε.Π.Π. στις σχολιασθείσες στην παρούσα αποφάσεις, αφού στην ΑΕΠΠ 1078/2018, πράγματι διαπιστώθηκε η συνδρομή απρόβλεπτων περιστάσεων, το μεσαλαβούν όμως χρονικό διάστημα μέχρι την προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 32 παρ. 2 περίπτωση γ), κατέλυε τον αναγκαίο σύνδεσμο με την επείγουσα ανάγκη που επικαλείτο η αναθέτουσα αρχή ότι συνέτρεχε (ακόμα και αν γίνει δεκτό ότι υπήρχε τέτοια, γεγονός πάντως που η απόφαση δεν δέχτηκε στο σκεπτικό της ότι προέκυπτε άνευ άλλου τινός από το πραγματικό υλικό που εξετάστηκε (βλ. σκέψη 32 της απόφασης).

Ομοίως στην ΑΕΠΠ 55/2019, κρίθηκε ότι δεν αποδείχθηκε η ύπαρξη απρόβλεπτων περιστάσεων, παρά το γεγονός ότι όντως προέκυψε κατεπείγουσα ανάγκη που δικαιολογούσε κατ' αρχήν, την τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της και πριν την εκπνοή της. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ακόμα και αν γινόταν δεκτή η διαπίστωση απρόβλεπτου γεγονότος, η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ αυτού και της κατεπείγουσας ανάγκης, έγινε δεκτό ότι καταργήθηκε, λόγω έλλειψης προγραμματισμού και επιμέλειας της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν προέβλεψε ορθά τις διαρκώς ετήσιες αυξανόμενες ανάγκες της στα προς προμήθεια φαρμακευτικά σκευάσματα. Ως εκ τούτου, δεν μπορούσε να επικαλεστεί τη συνδρομή κατεπείγουσας ανάγκης, αφού υπήρχε δική της ευθύνη που προκάλεσε την τελευταία.

αρχήν δεν κρίνεται απόλυτα συμβατή με τους κανόνες του ανταγωνισμού, όπως αυτοί διέπουν το σύνολο των διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Όπως άλλωστε παραδέχεται και ο Sanchez Graells, A., ό.π.: «Finally, article 72(5) of Directive 2014/24 is very clear in establishing that a new procurement procedure in accordance with its rules (ie, the termination of the existing contract and the consequent re-tendering of the substantially modified contract) will be necessary in all situations where the modification of the contract is substantial and does not derive either from clear, precise and unequivocal revision clauses, or from changes justified on grounds of necessity.

Globally, then, the new rules on the modification of contracts during their term fundamentally keep a pro-competitive orientation and set an appropriate framework that, if properly applied, should minimise competition distortions. However, the rules are not fully-compliant with the needs of a pro-competitive procurement system when it comes to the issue of contractual extensions and the award of additional works, which have received a particularly lenient treatment in Directive 2014/24, ...».

## Η ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΕΜΠΛΟΚΗ ΥΠΟΨΗΦΙΩΝ Ή ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΩΝ ΣΤΙΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΑΕΠΠ

Ειρήνη Ε. Αψοκάρδου, Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου (PARIS II), Δικηγόρος Παρ'Αρείω Πάγω, Μέλος ΑΕΠΠ, Μέλος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)

### 1.Εισαγωγή

Αν και το ζήτημα της εμπλοκής υποψηφίων ή προσφερόντων ή επιχείρησης που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή της παροχής συμβουλών στην αναθέτουσα αρχή δεν είναι καινούριο, περιλαμβάνεται, ωστόσο, για πρώτη φορά σε μια σειρά κανόνων που εισήγαγαν οι νέες ευρωπαϊκές Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ, 2014/25/ΕΕ και 2014/23/ΕΕ για την ενίσχυση της διαφάνειας και την καταπολέμηση της διαφθοράς.

Πριν το 2014, οι Οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις δεν ρύθμιζαν το ζήτημα με ειδικές διατάξεις, παρά μόνο στο προοίμιό τους προέβλεπαν τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να προσφεύγουν σε τεχνικό διάλογο με τους ενδιαφερόμενους φορείς με την επιφύλαξη της νόθευσης του ανταγωνισμού<sup>1</sup>. Οι Οδηγίες του 2014 ενσωμάτωσαν τα πορίσματα της νομολογίας του Δικαστηρίου και αφενός μεν προέβλεψαν την έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων<sup>2</sup> και αφετέρου προέβλεψαν

---

<sup>1</sup> Βλ. σημείο 8 του προοιμίου της Οδηγίας 2004/18 σύμφωνα με το οποίο: «Προκειμένου να διευκολυνθεί η ελεύθερη κυκλοφορία των μελών της οικογένειας που δεν είναι υπήκοοι κράτους μέλους, τα μέλη τα οποία έχουν ήδη λάβει δελτίο διαμονής θα πρέπει να απαλλάσσονται από την υποχρέωση θεώρησης εισόδου κατά την έννοια του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 539/2001 του Συμβουλίου, της 15ης Μαρτίου 2001, περί του καταλόγου τρίτων χωρών οι υπήκοοι των οποίων υπόκεινται στην υποχρέωση θεώρησης για τη διέλευση των εξωτερικών συνόρων των κρατών μελών, και του καταλόγου των τρίτων χωρών οι υπήκοοι των οποίων απαλλάσσονται από την υποχρέωση αυτή ( 11 ) ή, ενδεχομένως, της ισχύουσας εθνικής νομοθεσίας». Βλ. και σημείο 15 του προοιμίου της Οδηγίας 2004/17 σύμφωνα με το οποίο: «(15) Πριν από την έναρξη μιας διαδικασίας σύναψης μιας σύμβασης, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν, μέσω ενός "τεχνικού διαλόγου", να ζητούν ή να δέχονται συμβουλές που μπορούν να χρησιμοποιούνται για την προετοιμασία της συγγραφής υποχρεώσεων, υπό τον όρο όμως ότι οι εν λόγω συμβουλές δεν προκαλούν στρέβλωση του ανταγωνισμού».

<sup>2</sup> Βλ. σημείο 16 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24 σύμφωνα με το οποίο: «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να χρησιμοποιούν όλα τα μέσα τα οποία διαθέτουν βάσει του εθνικού δικαίου, ούτως ώστε να αποτρέπουν τη στρέβλωση των διαδικασιών δημόσιων προμηθειών λόγω σύγκρουσης συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων των διαδικασιών προσδιορισμού, πρόληψης και αποκατάστασης της σύγκρουσης συμφερόντων», καθώς και το άρθρο 24 της ίδιας Οδηγίας το οποίο ορίζει ότι: «Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών προμήθειας, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων καλύπτει τουλάχιστον οποιαδήποτε κατάσταση κατά την οποία μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή παρόχοι υπηρεσιών προμηθειών ενεργούντος εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής τα οποία συμμετέχουν στη διεξαγωγή της διαδικασίας προμήθειας ή μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον που θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της

και την αντιμετώπιση των ζητημάτων που θέτει η προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίου ή προσφέροντα στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης είτε στο πλαίσιο είτε εκτός πλαισίου διαβουλεύσεων που μπορούν να διεξάγουν οι αναθέτουσες αρχές<sup>3,4</sup>.

## 2.Η νέα ρύθμιση του άρθρου 48 του Ν.4412/2016

Ειδικότερα, οι διατάξεις του άρθρου 48 του Ν.4412/2016 που ενσωματώνει το άρθρο 41 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στην ελληνική έννομη τάξη, ρυθμίζουν για πρώτη φορά το ζήτημα συμμετοχής οικονομικού φορέα στην προετοιμασία και στον σχεδιασμό μιας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης είτε στο πλαίσιο της προκαταρκτικής διαβούλευσης του άρθρου 46 του Ν.4412/2016 είτε όχι<sup>5</sup>.

---

διαδικασίας προμήθειας». Βλ. και τα αντίστοιχα άρθρα 42 της Οδηγίας 2014/25 και 35 της Οδηγίας 2014/23.

<sup>3</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 41 της Οδηγίας: «Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή, είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 40, ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα. Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας και τον προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο ενδιαφερόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιο αποκλεισμό, παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα μέτρα που λαμβάνονται τεκμηριώνονται στη χωριστή έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 84».

<sup>4</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 59 της Οδηγίας: «Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στον αναθέτοντα φορέα, είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 58, ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, ο αναθέτων φορέας λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα. Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας και τον προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο ενδιαφερόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιο αποκλεισμό, παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα μέτρα που λαμβάνονται τεκμηριώνονται στη χωριστή έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 100».

<sup>5</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 48 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 46 ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα. Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και τον προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιο αποκλεισμό, ενημερώνονται η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρμόδια για την εφαρμογή του ν. 3959/2011 (Α' 93) και η Αρχή και παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι

A. Ειδικότερα, στο πλαίσιο των άρθρων 46-47 ρου Ν.4412/2016, πρέπει να σημειωθεί ότι η προκαταρκτική διαβούλευση συνίσταται στην αναγκαιότητα για την αναθέτουσα αρχή να γνωρίζει την αγορά σχετικά με τις τεχνικές προδιαγραφές που επιθυμεί να συνάψει. Ωστόσο, η διαδικασία αυτή μπορεί να οδηγήσει σε *de facto* στρέβλωση του ανταγωνισμού αν το αίτημα προς παροχή πληροφοριών ή συμβουλών περιορίζεται ως προς το αντικείμενο ή ως προς τον αριθμό των προσώπων με τρόπο ώστε να παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας.

B. Εξάλλου, η προηγούμενη εμπλοκή του υποψηφίου ή προσφέροντα ή επιχείρησης που συνδέεται με αυτόν μπορεί να λάβει οποιαδήποτε μορφή όπως της προηγούμενης ανάθεσης της παροχής υπηρεσιών με αντικείμενο τη σύνταξη τευχών δημοπράτησης της υπό ανάθεση σύμβασης ή της σχετικής μελέτης αυτής, της συμμετοχής στην έρευνα, στον πειραματισμό ή την προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών<sup>6</sup>. Επίσης, έχει κριθεί ότι δεν είναι απαραίτητο η εμπλοκή αυτή να συνίσταται σε παροχή υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας<sup>7</sup>.

Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να λάβει όλα τα κατάλληλα μέτρα για τη διασφάλιση του ανταγωνισμού και την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προς όλους τους υποψηφίους, όπως η γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους των σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν κατά την προετοιμασία της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο προσδιορισμός επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών ή άλλα μέτρα αυξημένης διαφάνειας της διαδικασίας κατά τέτοιον τρόπο ώστε και να διασφαλιστεί η εμπιστευτικότητα της συμβουλευτικής διαδικασίας και να διεξαχθεί ωφέλιμη συμβουλευτική διαδικασία εντός ευλόγων χρονικών ορίων για τη διεξαγωγή και ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης<sup>8</sup>.

Αν δεν προβλέπεται η δυνατότητα για τον οικονομικό φορέα να αποδείξει ότι η κατάσταση της προηγούμενης ανάμιξης του δεν μπορεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό, τότε υπάρχει υπέρβαση του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του στόχου της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των προσφερόντων για τη σύναψη μιας σύμβασης. Υπό το δε προηγούμενο ενωσιακό καθεστώς, το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι εθνικός κανόνας που απαγορεύει την υποβολή προσφοράς σε πρόσωπο που συμμετείχε στην έρευνα, τον πειραματισμό, τη μελέτη ή την προώθηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών χωρίς να του παρέχεται η δυνατότητα να αποδείξει ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, η αποκτηθείσα εμπειρία δεν νόθευσε τον ανταγωνισμό, αντίκειται στο ενωσιακό δίκαιο<sup>9</sup>.

Ομοίως, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να απαγορεύει τη συμμετοχή σε επιχείρηση συνδεδεμένη με οποιονδήποτε τρόπο με οικονομικό φορέα που είχε τέτοια ανάμιξη όταν εκείνη βεβαιώνει ότι δεν απολαμβάνει αδικαιολόγητου πλεονεκτήματος το

---

*δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα έγγραφα και στοιχεία που υποβάλλονται από τους υποψηφίους ή τους προσφέροντες προς απόδειξη αυτού, καταγράφονται και τίθενται υπόψη της Επιτροπής Ανταγωνισμού και της Αρχής με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής. Τα μέτρα που λαμβάνονται καταγράφονται στην ειδική έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 341».*

<sup>6</sup> Βλ. Δ. ΡΑΙΚΟ, Ε. ΒΛΑΧΟΥ, Ε. ΣΑΒΒΙΔΗ, *Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο*, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 509.

<sup>7</sup> Βλ. ΔΕΕ απόφαση στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03 *Fabricom SA* κατά Βελγικού Δημοσίου, σκ. 38-39.

<sup>8</sup> Βλ. Δ. ΡΑΙΚΟ, Ε. ΒΛΑΧΟΥ, Ε. ΣΑΒΒΙΔΗ, *Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο*, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2018, σελ. 510.

<sup>9</sup> ΔΕΕ απόφαση στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-21/03 και C-34/03 *Fabricom SA* κατά Βελγικού Δημοσίου, σκ. 31, 33-34, 36.

οποίο δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό. Ως συνδεδεμένη επιχείρηση νοείται κάθε επιχείρηση στην οποία ο οικονομικός φορέας μπορεί να ασκήσει, άμεσα ή έμμεσα, κυρίαρχη επιρροή ή κάθε επιχείρηση η οποία υπόκειται στην κύρια επιρροή μιας άλλης επιχείρησης λόγω ιδιοκτησίας, χρηματοδοτικής συμμετοχής ή των κανόνων που τη διέπουν, όπου η κυρίαρχη επιρροή τεκμαίρεται όταν μια επιχείρηση έναντι μιας άλλης, άμεσα ή έμμεσα κατέχει την πλειοψηφία του κεφαλαίου ή των ψήφων που συνδέονται με τα μερίδια τα οποία εκδίδει η επιχείρηση ή μπορεί να διορίζει τα περισσότερα από τα μισά μέλη του οργάνου διοίκησης, διεύθυνσης ή εποπτείας της επιχείρησης<sup>10</sup>. Δεν αποκλείεται δε οι ελεγχόμενες επιχειρήσεις να παρουσιάζουν κάποια αυτονομία κατά την άσκηση της εμπορικής πολιτικής τους, ιδίως ως προς τη συμμετοχή τους σε διαγωνισμούς για σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

Μόνο στην περίπτωση που έχουν εξαντληθεί τα μέτρα για τη διασφάλιση της αρχής της ίσης μεταχείρισης ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται κατά τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με την περ. (ε) της παρ. 4 του άρθρου 73 που αφορά στους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιο αποκλεισμό, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ενημερώνει την Επιτροπή Ανταγωνισμού και την ΕΑΑΔΗΣΥ και να παρέχει τη δυνατότητα στους υποψηφίους να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης δεν προκάλεσε στρέβλωση του ανταγωνισμού με στοιχεία που αποστέλλονται στις ως άνω Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές με μέριμνα της αναθέτουσας αρχής.

Το ΔΕΕ έχει δεχθεί ότι η ενδεχόμενη σύγκρουση συμφερόντων που μπορεί να δημιουργηθεί με την προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή συμμετεχόντων, παρουσιάζει αντικειμενικό χαρακτήρα και δεν απαιτείται να ληφθεί υπόψη η καλή ή κακή πίστη ή οι προθέσεις των εμπλεκόμενων<sup>11</sup>, αρκεί να υπάρχει η δυνατότητα προσφέροντος να επηρεάσει τους όρους μιας πρόσκλησης υποβολής προσφορών κατά τρόπο ευνοϊκό για αυτόν<sup>12</sup>, κατάσταση η οποία συνιστά σύγκρουση συμφερόντων<sup>13</sup> η οποία παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων και στην ισότητα των ευκαιριών των προσφερόντων<sup>14</sup>.

Ωστόσο, επίσης έχει κριθεί ότι δεν αποτελεί υποχρέωση των αναθετουσών αρχών να αποκλείουν συστηματικά τους οικονομικούς φορείς αν είναι δυνατόν να αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή δεν επηρέασε τη συμπεριφορά τους στη διαδικασία υποβολής προσφορών και δεν συνεπάγεται κίνδυνο εμφάνισης πρακτικών που θα μπορούσαν να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό<sup>15</sup>. Αντίθετα, ο αποκλεισμός τους είναι αναγκαίος όταν «δεν υπάρχει πλέον επαρκές μέτρο για την αποφυγή παραβίασης των αρχών της ίσης

<sup>10</sup> ΔΕΕ, απόφαση της 19-05-2009, υπόθεση C-538/07, *Assitur Srl κατά Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, σκ. 4 και 31.

<sup>11</sup> ΔΕΕ, απόφαση της 10-07-2001, υπόθεση C-315/99, *P. Ismeri Europa κατά Ελεγκτικού Συνεδρίου*, σκ. 44-48, Γεν. Δικ., απόφαση της 20-03-2013, υπόθεση T-415/10, *Nexans France*, σκ. 114 επόμεν. και απόφαση T-4/13, *Communicaid Group κατά Επιτροπής*, σκ. 53.

<sup>12</sup> Βλ. Κ. ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, *Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης*, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2019, σελ. 174.

<sup>13</sup> Βλ. Γεν. Δικ., υπόθεση T-415/210, σκ. 114.

<sup>14</sup> Γεν. Δικ., απόφαση της 17-03-2005, υπόθεση T-160/03, *AFCon Management Consultants κλπ κατά Επιτροπής*, σκ. 74.

<sup>15</sup> Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, απόφαση της 16-12-2008, υπόθεση C-213/07, *Μηχανική*, σκ. 62 και Γεν. Δικ. Της 14-02-2006, υπόθεση T-376/05 και T-383/05, *TEA-CEGOS και STG κατά Επιτροπής και GHK Consulting κατά Επιτροπής*, σκ.65.

μεταχείρισης μεταξύ των προσφερόντων και της διαφάνειας»<sup>16</sup> και εφόσον η σύγκρουση συμφερόντων είναι πραγματική και έχει ασκήσει επιρροή στη διεξαγωγή ή το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και όχι υποθετική ή εμφανίζεται ως ενδεχόμενο<sup>17</sup>.

Στη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς, έχει κριθεί ότι δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού διαγωνιζόμενης σύμπραξης μελετητών το γεγονός ότι μέλη της είχαν συμμετάσχει στην εκπόνηση ορισμένων εκ των διαθεσίμων για το όλο έργο μελετών δοθέντος ότι εκπονήθηκαν πριν την εκκίνηση της διαγωνιστικής διαδικασίας, είχαν δημοσιοποιηθεί και δεν ζητήθηκαν ούτε η Διοίκηση αρνήθηκε να τις χορηγήσει<sup>18</sup>.

### 3. Οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ

Πολύ σύντομα, η ΑΕΠΠ κλήθηκε να εφαρμόσει τις νέες διατάξεις περί προηγούμενης εμπλοκής υποψηφίων ή προσφερόντων εξετάζοντας προβαλλόμενους ισχυρισμούς από προσφεύγοντες και να αποφασίσει τόσο ως προς την έννοια αυτής της εμπλοκής, όσο και ως προς το στάδιο κατά το οποίο πρέπει να έχει διαπιστωθεί προκειμένου να θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας πρέπει να λάβει μέτρα για να διασφαλίσει τη μη στρέβλωση του διαγωνισμού, καθώς και υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί να επιφέρει τον αποκλεισμό του υποψηφίου.

Ειδικότερα, στην απόφαση ΑΕΠΠ 65/2018, ο προσφεύγων, στρεφόμενος κατά όρου Διακήρυξης για δωρεάν παροχή εξοπλισμού, επικαλείται την παραβίαση του άρθρου 48 του Ν.4412/2016 εξαιτίας επιστολής της αναθέτουσας αρχής προς οικονομικό φορέα που δραστηριοποιείται στο χώρο του φυσικού αντικείμενου του διαγωνισμού και με την οποία αυτή ζητά να παραχωρήσει δωρεάν εξοπλισμό χωρίς να προσδιορίζει τις τεχνικές προδιαγραφές που θα παράσχει, επιστολής που δεν έχει λάβει δημοσιότητα, υποβλήθηκε την ίδια χρονική περίοδο με τον προηγούμενο διαγωνισμό του οποίου ο νυν διαγωνισμός αποτελεί επανάληψη. Ο προσφεύγων συνήγαγε ότι ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης έχει υιοθετήσει την απαίτηση της ανταγωνίστριας της εταιρείας χωρίς να έχει λάβει μέτρα για την μη στρέβλωση του ανταγωνισμού από την προηγούμενη εμπλοκή του ανωτέρω φορέα. Η απόφαση 65/2018 απορρίπτει τον ισχυρισμό ως απαράδεκτο ελλείψει εννόμου συμφέροντος και, σε κάθε περίπτωση, ως αναπόδεικτο και αβάσιμο διότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος: *«δεν αρκεί προς απόδειξη τούτου και δεν μπορεί να αποτελέσει συμπέρασμα ευχερώς εξαγόμενο από το ανωτέρω γεγονός χωρίς την ανάγκη περαιτέρω αποδείξεων»*, λαμβανομένου υπόψη ότι ο προσφεύγων αναφέρεται σε άλλον και όχι στον παρόντα διαγωνισμό, το άρθρο 48 που επικαλείται συγκεκριμένη διαδικασία και προϋποθέσεις για την απόδειξη της προηγούμενης εμπλοκής υποψηφίου, που όχι απλώς δεν φαίνεται να συντρέχουν, αλλά δεν τις επικαλείται καν, η εν λόγω επιστολή αναφέρεται σε παροχή λόγω δωρεάς ενώ, στη συγκεκριμένη περίπτωση, εξετάζεται όρος που αφορά την τυχόν δωρεάν παραχώρηση του εξοπλισμού *« η οποία σε κάθε περίπτωση θα πραγματοποιηθεί στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας, που εξ*

<sup>16</sup> ΔΕΕ, απόφαση της 19-05-2009, C-538/07, *Assitur*, σκ. 21 και απόφαση της 23-12-2009, υπόθεση C-376/08, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, σκ.39-40, Γεν. Δικ. Απόφαση της 12-03-2008, υπόθεση T-345/03, *Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής*, σκ. 71 επόμ.

<sup>17</sup> Γεν. Δικ., απόφαση της 18-04-2007, υπόθεση T-195/05, *Deloitte Business Advisory κατά Επιτροπής*, σκ. 67 και απόφαση της 27-04-2016, υπόθεση T-556/11, *European Dynamics Luxembourg κλπ κατά EUIPO*, σκ.57.

<sup>18</sup> Βλ. ΣτΕ ΕΑ 370/2007, σκ. 5.



ορισμού εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση των διαγωνιζομένων που διαθέτουν τα προς προμήθεια είδη και σε κάθε περίπτωση δεν αποδεικνύεται ότι αυτοί περιορίζονται μόνο στην εταιρεία.....Πέραν, όμως, των ανωτέρω, από την επισκόπηση του περιεχομένου της επικαλούμενης επιστολής δεν προκύπτει κάποια «απαίτηση» της ..... τουλάχιστον με την έννοια που επικαλείται η προσφεύγουσα, η οποία, όπως η τελευταία προβάλλει, να προκύπτει ότι ικανοποιήθηκε με την νυν διακήρυξη. Ειδικότερα, η εν λόγω επιστολή αναφέρεται σε πρόταση/πρόθεση παροχής δωρεάς εκ μέρους της προαναφερθείσας εταιρείας και όχι σε κάποιου είδους διαβούλευση ή εμπλοκή σε διαγωνιστική διαδικασία, που είναι εντελώς διάφορο ζήτημα. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε στη συγκεκριμένη περίπτωση εξετάζεται όρος διακήρυξης στο πλαίσιο ανοικτής διεθνούς διαδικασίας και όχι λ.χ. διαδικασίας απευθείας ανάθεσης ή άλλης διαδικασίας που περιορίζει τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετέχουν προσώπων, επομένως η προσφεύγουσα θα έπρεπε να αποδεικνύει αν και με ποιον τρόπο η επικαλούμενη από αυτήν απαίτηση της ..... ενσωματώθηκε στη διακήρυξη». Ως προς την έλλειψη δε δημοσιότητας, η απόφαση της ΑΕΠΠ αναφέρει ότι «από την ίδια την επιστολή αυτό προκύπτει τουλάχιστον ως ανακριβές αφού η επιστολή έχει κοινοποιηθεί τουλάχιστον στην ίδια, η οποία στο σώμα της επιστολής εμφανίζεται ως παραλήπτρια».

Μεγάλο ενδιαφέρον παρουσιάζουν επίσης οι αποφάσεις ΑΕΠΠ 365 και 366/2018, οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο δύο διαφορετικών διαγωνιστικών διαδικασιών που αφορούσαν χρηματοδοτούμενο πρόγραμμα από την Ευρωπαϊκή Ένωση για την προώθηση της ελληνικής φέτας αφενός μεν στις αγορές της Γαλλίας, Ηνωμένου Βασιλείου και Γερμανίας και αφετέρου στις αγορές ΗΠΑ και Καναδά, καθώς ενώ εξετάζουν το ζήτημα της προηγούμενης εμπλοκής οικονομικού φορέα, επικυρώνουν εν τέλει τον αποκλεισμό του από την αναθέτουσα αρχή για διαφορετική περίπτωση εκ των δυνατικών λόγων αποκλεισμού που σχετίζεται έμμεσα με αυτήν.

Εν προκειμένω, η υπόθεση παρουσίαζε την πρωτοτυπία ότι από τα στοιχεία του φακέλου, το εποπτεύων Υπουργείο της αναθέτουσας αρχής το οποίο έπρεπε να εγκρίνει το αποτέλεσμα του διαγωνισμού πριν την υπογραφή της σύμβασης, διαπίστωσε κατά τον έλεγχο νομιμότητας ότι υπήρχε προηγούμενη εμπλοκή του προσωρινού αναδόχου της σύμβασης σε προγενέστερο στάδιο (το οποίο προέκυπτε από έγγραφο της αναθέτουσας αρχής) και το οποίο δεν φαίνονταν να έχει δηλώσει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του, με αποτέλεσμα το Υπουργείο να καλέσει την αναθέτουσα αρχή να απορρίψει την προσφορά του δυνάμει των περ. ζ και η της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 και να αναδείξει ως προσωρινό ανάδοχο τον έτερο και δεύτερο σε κατάταξη οικονομικό φορέα με παραδεκτή προσφορά. Η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της επεδίωκε την ακύρωση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής να απορρίψει την προσφορά της και να αναδείξει ως προσωρινό ανάδοχο τον έτερο οικονομικό φορέα, αμφισβητώντας ακόμα και το ίδιο το γεγονός της προηγούμενης εμπλοκής της. Δοθέντος του ότι η ΑΕΠΠ εξετάζει τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας αρχής και του ότι η επίκληση της προηγούμενης εμπλοκής δεν προέρχονταν από την ανταγωνίστρια εταιρεία η οποία θα έφερε και το βάρος απόδειξης, εν προκειμένω, το αποφασίζον Κλιμάκιο κατέφυγε σε αιτήματα διευκρινίσεων από όλους τους εμπλεκόμενους φορείς προκειμένου να διαπιστώσει τη φύση και την έκταση της προγενέστερης συμμετοχής της προσφεύγουσας στη διαδικασία που προηγήθηκε. Εν τέλει, διαπιστώθηκε ότι η προσφεύγουσα συνέταξε ή συνέβαλε στη σύνταξη της πρότασης που κατέθεσε η αναθέτουσα αρχή στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή προκειμένου να χρηματοδοτήσει την προώθηση της ελληνικής φέτας σε ξένες αγορές, η οποία, στη συνέχεια, ενσωματώθηκε στις Διακηρύξεις και

των δύο διαγωνιστικών διαδικασιών ως το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο του Διαγωνισμού με τους οικείους όρους. Και ενώ ακολούθησαν διαβουλεύσεις με τους οικονομικούς φορείς, η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε δημοσιοποίησε την πρόταση που κατέθεσε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, ούτε παρέτεινε τον χρόνο υποβολής προσφορών, ούτε ενημέρωσε τους οικονομικούς φορείς για τη συμμετοχή της προσφεύγουσας σε προγενέστερο στάδιο μέχρι την αποστολή των εγγράφων στο εποπτεύον Υπουργείο για την έγκρισή του και την υπογραφή της σύμβασης.

Παράλληλα, στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε η προσφεύγουσα δεν απαντήθηκαν θετικά οι ερωτήσεις περί καθ'οιουδήποτε τρόπου συμμετοχής της στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, παρόλο που η συμμετοχή της στη διαμόρφωση της πρότασης της παρείχε το πλεονέκτημα της γνώσης από πριν των όρων και των απαιτήσεων ώστε να διαθέτει περισσότερο χρόνο να προετοιμάσει και να υποβάλει την προσφορά της σε σχέση με τους λοιπούς συμμετέχοντες. Για το λόγο αυτό, η ΑΕΠΠ έκρινε ότι η προσφεύγουσα όφειλε να απαντήσει θετικά στις οικείες ερωτήσεις του ΕΕΕΣ και ότι, εν τέλει, παρείχε παραπλανητικές πληροφορίες στους έτερους συμμετέχοντες για το ρόλο της, στερώντας τους και τη δυνατότητα έννομης προστασίας.

#### 4.Συμπέρασμα

Όπως προκύπτει τόσο από τις ενσωματωθείσες διατάξεις των Οδηγιών όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου, η ειδική τελλολογία του ενωσιακού δικαίου είναι το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό με την προσέλκυση όσο το δυνατόν μεγαλύτερου αριθμού υποψηφίων και προσφερόντων και της οργάνωσης ενός πλαισίου που δεν θα οδηγεί στον αυτόματο αποκλεισμό των οικονομικών φορέων και θα επιτρέπει την *ad hoc* εξέταση των συνθηκών υπό τις οποίες τελούν ώστε να διαπιστώνεται αν έχει αλλοιωθεί πραγματικά ο ανταγωνισμός προς βλάβη των λοιπών συμμετεχόντων και να μην τελείται υπέρβαση του επιδιωκόμενου σκοπού της διασφάλισης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης εις βάρος της διασφάλισης της συμμετοχής του μεγαλύτερου αριθμού επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς<sup>19</sup>.

Στο πλαίσιο αυτό, κατά την εφαρμογή των νέων διατάξεων, η ΑΕΠΠ με τις αποφάσεις της κινείται επίσης σ'αυτή την κατεύθυνση προσπαθώντας να ισορροπήσει μεταξύ της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της ανάπτυξης πραγματικού ανταγωνισμού στις διαγωνιστικές διαδικασίες.

---

<sup>19</sup> Βλ. Κ. ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, *Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης*, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2019, σελ. 182-183.

# ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, ΕΛΕΥΘΕΡΟΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΜΕΤΡΑ ΑΥΤΟΚΑΘΑΡΣΗΣ: Η ΑΠΟΦΑΣΗ ΔΕΕ C-124/17 VOSSLOH LAEIS GmbH

Γεωργία – Αιμιλία Βούλγαρη, Δικηγόρος, Υπ. Δ.Ν.

## **1. Τα πραγματικά περιστατικά και τα τεθέντα νομικά ζητήματα της απόφασης ΔΕΕ C-124/17 Vossloh Laeis GmbH**

Η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο προδικαστικής παραπομπής, από το Vergabekammer Südbayern (πρωτοβάθμιο όργανο επιλύσεως διαφορών από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων της Νότιας Βαυαρίας, Γερμανία) στο πλαίσιο δίκης μεταξύ της Vossloh Laeis GmbH και της Stadtwerke München GmbH και είναι μια από τις πρώτες υποθέσεις εφαρμογής του δυνητικού λόγου αποκλεισμού περί στρέβλωσης του ελεύθερου ανταγωνισμού. Η Stadtwerke München GmbH (αναθέτων φορέας της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) απέρριψε αίτηση της Vossloh Laeis GmbH προκειμένου να περιληφθεί σε σύστημα προεπιλογής της πρώτης, στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (προμήθεια εξαρτημάτων για σιδηροδρόμους), κατ' επιταγή δε του αρθ. 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ εκλήθη σε εφαρμογή το αρθ. 57 παρ. 4, 6 και 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Το έτος 2016 επιβλήθηκαν στην εταιρεία Vossloh Laeis GmbH, η οποία είναι κατασκευάστρια σιδηροτροχιών και εξαρτημάτων αλουμινίου για σιδηροδρόμους, κυρώσεις, από το Ομοσπονδιακό Γραφείο Ελέγχου των συμπράξεων (η αντίστοιχη Επιτροπή Ανταγωνισμού), για την συμμετοχή της σε καρτέλ, από κοινού με άλλες εταιρείες του χώρου από το έτος 2001 έως το έτος 2011. Η διαδικασία της έρευνας είχε ξεκινήσει το έτος 2011 και έληξε το έτος 2016 με την έκδοση της απόφασης με την οποία επιβλήθηκε στην εταιρεία πρόστιμο, μειωμένο, λόγω ένταξής της σε πρόγραμμα επιείκειας, στο πλαίσιο του οποίου συνεργάστηκε με την ερευνητική αρχή και την συνέδραμε στην διαπίστωση της συμπαιγνιακής συμπεριφοράς.

Παράλληλα, η Vossloh Laeis GmbH υπέβαλε αίτηση προκειμένου να περιληφθεί σε σύστημα προεπιλογής της Stadtwerke München GmbH. Η Stadtwerke München GmbH είχε υποστεί ζημία από το καρτέλ, διαρκούσης δε της διαδικασίας επιβολής κυρώσεων από το Ομοσπονδιακό Γραφείο Ελέγχου των συμπράξεων είχε ζητήσει από την Vossloh Laeis GmbH την παροχή πληροφοριών και στοιχείων, αλλά η εταιρεία είχε αρνηθεί. Ανταποκρίθηκε το έτος 2016, επ' ευκαιρία της αίτησής της να περιληφθεί στο σύστημα προεπιλογής και κατόπιν εκδόσεως της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ενημερώνοντας την Stadtwerke München GmbH για τα μέτρα αυτοκάθαρσης που είχε στο μεταξύ υιοθετήσει και δηλώνοντας ότι προτίθεται να αποζημιώσει την αναθέτουσα αρχή για την ζημία που είχε υποστεί από την συμμετοχή της Vossloh Laeis στο καρτέλ. Η Stadtwerke München GmbH ζήτησε επισταμένως το πλήρες κείμενο της απόφασης, προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να την εξετάσει και να διευκρινίσει την παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού που είχε τελέσει η εν λόγω εταιρεία. Η εταιρεία αρνήθηκε να το υποβάλει επικαλούμενη ότι είχε ήδη εκπληρώσει την υποχρέωση συνεργασίας που υπέχει, με την συνεργασία της με το Ομοσπονδιακό Γραφείο Ελέγχου των συμπράξεων. Η Stadtwerke München GmbH, η οποία είχε ήδη εγείρει αγωγή αποζημίωσης ενώπιον των αρμοδίων

δικαστηρίων του Μονάχου, απέρριψε την αίτηση, θέτοντας ζήτημα έλλειψης αξιοπιστίας της εταιρείας και ενημερώνοντάς την ότι οι πληροφορίες που είχε παράσχει δεν ήταν επαρκείς προκειμένου να αποδειχθεί η αξιοπιστία της, υποδεικνύοντας ότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν ήταν επαρκή. Η Vossloh Laeis προσέβαλε την απόφαση στο αρμόδιο πρωτοβάθμιο όργανο επίλυσης διαφορών από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων της Νότιας Βαυαρίας, το οποίο υπέβαλε προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΕ σχετικά

(α) με το εύρος και τα όρια του καθήκοντος συνεργασίας και αποζημίωσης για την προκληθείσα ζημία, στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης και

(β) με τη χρονική αφετηρία της μέγιστης διάρκειας της περιόδου αποκλεισμού.

Οι κρίσεις του Δικαστηρίου, οι οποίες αποσαφηνίζουν επιμέρους ζητήματα του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, παρουσιάζουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον υπό το φως της αλληλεπίδρασης των λόγων αποκλεισμού και του μηχανισμού αυτοκάθαρσης με το δίκαιο του ανταγωνισμού και τους μηχανισμούς που αυτό διαθέτει (πρόγραμμα επιείκειας / πράξη διευθέτησης).

## **2. Το ειδικότερο ενδιαφέρον της απόφασης για την Ελλάδα**

Στην υπόθεση υπέβαλαν παρατηρήσεις, μεταξύ άλλων Κυβερνήσεων, και η Ελληνική Κυβέρνηση, λόγω του ιδιαίτερου ενδιαφέροντος των ζητημάτων, ενόψει της έρευνας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για καρτέλ των εταιρειών της ανώτατης εργοληπτικής τάξης.

## **3. Ζητήματα που προκύπτουν από την απόφαση σε σχέση με το δίκαιο του ανταγωνισμού – η αλληλεπίδραση του μηχανισμού αυτοκάθαρσης με τα προγράμματα επιείκειας**

Το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24 απαριθμεί τους λόγους αποκλεισμού των οικονομικών φορέων από τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, το μεν στην παρ. 1 τους υποχρεωτικούς, το δε στην παρ. 4 τους δυνητικούς<sup>1</sup>, μεταξύ των οποίων καταλέγεται: «εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» (στοιχείο δ'), καθώς και «εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του» (στοιχείο γ')<sup>2</sup>.

Υπενθυμίζουμε ότι ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα για παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού ήταν ήδη δυνατός υπό το καθεστώς ισχύος της προηγούμενης

<sup>1</sup> Οι οποίοι, αναλόγως της εθνικής νομοθεσίας των κρατών μελών, μπορούν να ορισθούν ως υποχρεωτικοί. Η ελληνική ενσωμάτωση διατηρεί τους λόγους της παρ. 4 ως δυνητικούς (αρθ. 73 παρ. 4 ν. 4412/2016), υπό την έννοια ότι εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να τους ορίσει ως λόγους αποκλεισμού, με την οικεία Διακήρυξη.

<sup>2</sup> Η απόφαση φαίνεται να συγχέει τις δύο περιπτώσεις.

Οδηγίας 2004/18/ΕΕ, στο πλαίσιο του λόγου αποκλεισμού περί «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος»<sup>3</sup>, ελλείψει ad hoc σχετικού λόγου αποκλεισμού. Λαμβάνοντας υπόψη την ευρύτητα του σχετικού όρου και την νομολογία του ΔΕΕ, η νέα Οδηγία, ενσωματώνοντας την διαμορφωθείσα έως τότε νομολογία, αφενός περιέλαβε ρητό λόγο αποκλεισμού αναφορικά με τις στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, αφετέρου απαιτεί ρητά στο πλαίσιο του δυνητικού λόγου αποκλεισμού, το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα να θέτει εν αμφιβόλω την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα να εκτελέσει τη σύμβαση, απαίτηση η οποία να υπήρχε υπό το καθεστώς ισχύος της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ<sup>4</sup>.

Την διεύρυνση των λόγων αποκλεισμού η Οδηγία εξισορροπεί με μια σημαντική καινοτομία: παρέχει τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν σε λόγο αποκλεισμού, να «αποκαταστήσουν την τρωθείσα αξιοπιστία τους», στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, τα οποία θα αξιολογηθούν από την αναθέτουσα αρχή (και μόνον) και εφόσον κριθούν αποτελεσματικά, θα έχουν τη δυνατότητα συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Στον οικονομικό φορέα επιβάλλεται ενεργητική υποχρέωση, να προσκομίσει αυτοβούλως<sup>5</sup> στοιχεία στην αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της αποτελεσματικότητας των μέτρων, ενώ η αναθέτουσα αρχή οφείλει να κρίνει, υπό το φως των συγκεκριμένων περιστάσεων, εάν αυτά καθιστούν τον οικονομικό φορέα αξιόπιστο.

Στο άρθρο 57 παρ. 6 εδ. β' (και αρθ. 73 παρ. 7 – 9 ν. 4412/2016) απαριθμούνται δεσμευτικά για την αναθέτουσα αρχή (και για τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα) οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες αποδεικνύεται η αξιοπιστία του: **(α)** να έχει καταβάλει – ή να δεσμευθεί να καταβάλει – αποζημίωση για τις ζημίες που προκλήθηκαν από το αδίκημα που οδήγησε στον αποκλεισμό του, **(β)** να έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο και **(γ)** να έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την πρόληψη ανάλογων παραβάσεων στο μέλλον. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 102 της Οδηγίας, η οποία αποτέλεσε χρήσιμο ερμηνευτικό εργαλείο στην εκφορά της κρίσης του ΔΕΕ, τα μέτρα που λαμβάνονται πρέπει να αποσκοπούν **(α)** στην αποκατάσταση των συνεπειών ποινικών ή άλλων αδικημάτων, **(β)** στην επανόρθωση των σφαλμάτων που διέπραξαν και **(γ)** στην αποτελεσματική πρόληψη της εμφάνισης μη σύννομης συμπεριφοράς στο μέλλον. Εάν τα ληφθέντα μέτρα κριθούν

<sup>3</sup> Βλ. ενδεικτικά, [C-470/13 Generali-Providencia Biztosito](#), [C-465/11 Forposta SA & ABC Direct Contact sp. zo.o.](#) αλλά και την αιτιολογική σκέψη 101 της ισχύουσας Οδηγίας στην οποία ρητά αναφέρονται, στο πλαίσιο της ενδεικτικής απαρίθμησης των περιπτώσεων «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» οι παραβάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού («Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση»).

<sup>4</sup> Arrowsmith S., *The law of public and utility procurement*, Sweet&Maxwell, 3<sup>rd</sup> ed., σελ. 1267 επ.

<sup>5</sup> Βλ. και την σχετική κατάσχεση του ESPD (ΕΕΕΣ) στο οποίο απαιτείται να δηλωθούν ευθύς εξ αρχής, κατά την υποβολή της προσφοράς, τα μέτρα αυτοκάθαρσης. Συναφής και η ΕΑ ΣτΕ 40/2019 (σκ. 16 και 17)

αποτελεσματικά, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να μην αποκλείει τον οικονομικό φορέα για τους λόγους αυτούς και να επιτρέπει την συμμετοχή του στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης.

Με τα προδικαστικά ερωτήματα (1<sup>ο</sup> και 2<sup>ο</sup>) το αιτούν δικαιοδοτικό όργανο ζητά να διευκρινιστεί εάν η απαιτούμενη από το άρθρο 57 παρ. 6, εδ. β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ συνεργασία (προς απόδειξη της αποκατάστασης της αξιοπιστίας οικονομικού φορέα στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει λόγος αποκλεισμού, στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης – 2<sup>η</sup> απαιτούμενη προϋπόθεση κατά την Οδηγία) πρέπει να παρέχεται μόνον στις «ερευνητικές αρχές», όπως αναφέρει η Οδηγία ή και στην αναθέτουσα αρχή, όταν τούτο απαιτείται από την εθνική νομοθεσία κράτους μέλους. Το κρίσιμο ζήτημα, όπως αυτό αναδύεται από την απόφαση, είναι εάν η απαίτηση του αναθέτοντος φορέα να λάβει γνώση του σώματος της απόφασης του Ομοσπονδιακού Γραφείου Ελέγχου των συμπράξεων (ερευνητική αρχή) ήταν νόμιμη, υπό την έννοια εάν ήταν απαραίτητη προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να εκτιμήσει την αξιοπιστία της εταιρείας προκειμένου αυτή να συμμετάσχει σε διαδικασία σύναψης σύμβασης και να την εκτελέσει εφόσον της ανατεθεί, ή εάν η ένταξη της εταιρείας σε πρόγραμμα επιείκειας και η έκδοση πράξης διευθέτησης της ερευνητικής αρχής ήταν επαρκής απόδειξη της συνεργασίας της και άρα της αξιοπιστίας της.

#### 4.1 Η θέση της Vossloh Laeis<sup>6</sup>

Η Vossloh Laeis, προσηλωμένη στο γράμμα της Οδηγίας, ισχυρίστηκε ότι η απαίτηση ενεργού συνεργασίας, όχι μόνον με τις ερευνητικές αρχές αλλά και με την αναθέτουσα αρχή, προστέθηκε από την γερμανική νομοθεσία, ως συμπληρωματική προϋπόθεση στο πλαίσιο της αυτοκάθαρσης. Η εταιρεία ισχυρίστηκε ότι οι όροι «αναθέτουσα αρχή» και «ερευνητική αρχή» αφορούν σε διαφορετικές οντότητες, με διακριτές αρμοδιότητες, καθώς η αναθέτουσα αρχή αναθέτει δημόσιες συμβάσεις, ενώ η ερευνητική αρχή έχει ως αρμοδιότητα την διερεύνηση ποινικών αδικημάτων ή, γενικότερα, ενδεχόμενων παραπτώματων. Η Vossloh Laeis υποστήριξε ότι το άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24 διακρίνει μεταξύ, αφενός, της υποχρέωσης του οικονομικού φορέα να λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης και, αφετέρου, της απόδειξης της αποτελεσματικότητας των μέτρων αυτών έναντι της αναθέτουσας αρχής, εφόσον συμμετέχει σε διαδικασία σύναψης σύμβασης. Η γερμανική ενσωμάτωση του υπόψη άρθρου της Οδηγίας, κατά παρέκκλιση των ανωτέρω, θέσπισε διττή υποχρέωση συνεργασίας. Προς την άποψη αυτή συντάχθηκε και η Ελληνική Κυβέρνηση.

#### Η θέση της αναθέτουσας αρχής

Η αναθέτουσα αρχή, προς την άποψη της οποίας συντάχθηκαν οι Κυβερνήσεις της Γερμανίας και της Ουγγαρίας, ισχυρίστηκε ότι η προσθήκη, στον Γερμανικό νόμο, της απαίτησης συνεργασίας και με την αναθέτουσα αρχή, αποσκοπεί στην αποφυγή τυχόν συσταλτικής ερμηνείας του όρου ερευνητικές αρχές (ήτοι ως τέτοιων νοουμένων των αρχών που είναι επιφορτισμένες με τη δίωξη ποινικών αδικημάτων<sup>7</sup>), δοθέντος ότι και η αναθέτουσα αρχή είναι «ερευνητική αρχή» υπό ευρεία έννοια. Τούτο, διότι στο πλαίσιο του αρθ. 57 παρ. 6, εξετάζει εάν συντρέχει σε συγκεκριμένη περίπτωση δυνητικός λόγος αποκλεισμού ή / και εάν ικανοποιούνται οι τασσόμενες

<sup>6</sup> Σκ. 26 – 28 της από 16.5.2018 Γνώμης του Γενικού Εισαγγελέα

<sup>7</sup> Σκ. 43 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα

για την αυτοκάθαρση προϋποθέσεις και εάν τα ληφθέντα μέτρα παρέχουν επαρκή εγγύηση στην ίδια για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα. Κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση η Γερμανική Κυβέρνηση διευκρίνισε ότι η παραπομπή όχι μόνον στις ερευνητικές αρχές αλλά και στην αναθέτουσα αρχή δεν σκοπεί σε επανάληψη της ίδιας υποχρεώσεως.

### **Η θέση της Επιτροπής**

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η θέση της Επιτροπής<sup>8</sup>, καθώς αυτή κατ' ουσίαν υιοθετήθηκε από το ΔΕΕ. Η Επιτροπή επεσήμανε ότι η έννοια της «ερευνητικής αρχής» δεν ορίζεται στην Οδηγία. Ωστόσο η ερευνητική αρχή του άρθρου 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24 δεν ταυτίζεται με την αναθέτουσα αρχή. Κατά την άποψη της Επιτροπής, η συστηματική ερμηνεία του κανόνα επιβάλλει να γίνει δεκτό ότι πέραν και πλέον της συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, υφίσταται υποχρέωση συνεργασίας με την αναθέτουσα αρχή, διαφορετικού ωστόσο χαρακτήρα, καθώς έχει τα δικά της χαρακτηριστικά και δεν (πρέπει να) οδηγεί σε διπλασιασμό ή επανάληψη των ίδιων υποχρεώσεων. Η διαφοροποίηση έγκειται στις διαφορετικές αρμοδιότητες με τις οποίες είναι επιφορτισμένες οι ερευνητικές αρχές (διαπίστωση αδικημάτων και παραβάσεων, επιβολή κυρώσεων) και οι αναθέτουσες αρχές στο πλαίσιο της Οδηγίας (η εξακρίβωση της αξιοπιστίας οικονομικού φορέα και εκτίμηση των κινδύνων που ενδέχεται να έχει η σύναψη δημόσιας σύμβασης σε συγκεκριμένο προσφέροντα και η επιβολή του αποκλεισμού ως μέτρου για την προστασία της αναθέτουσας αρχής από τους κινδύνους ανάθεσης δημόσιας σύμβασης σε μη αξιόπιστο οικονομικό φορέα).

### **Η γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα**

Κατά τη Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, το αρθ. 57 (παρ. 1, 2 και 4 περ. γ') αναγνωρίζει στις αναθέτουσες αρχές ορισμένες αρμοδιότητες με ερευνητική χροιά. Ειδικότερα στο πλαίσιο της παρ. 6 (μηχανισμός αυτοκάθαρσης), οι ερευνητικές αρμοδιότητες της αναθέτουσας αρχής αφορούν **(α)** στην διαπίστωση της συνδρομής ενός εκ των λόγων αποκλεισμού του αρθ. 57 – χωρίς κατ' ανάγκη να καθορίζει η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά που μπορούν να οδηγήσουν στον αποκλεισμό - καθώς και **(β)** στην αξιολόγηση των μέτρων αυτοκάθαρσης που υιοθέτησε ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας (σκ. 48).

Κατά τη Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, η απαίτηση, στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, ο οικονομικός φορέας να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι έχει διευκρινίσει τις περιστάσεις και τα γεγονότα της παραβατικής συμπεριφοράς μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, υποδηλώνει την ανάγκη ενεργού συνεργασίας του με όργανο διαφορετικό από την αναθέτουσα αρχή, στην οποία, εν συνεχεία, πρέπει να προσκομίσει την απόδειξη της ενεργού συνεργασίας του<sup>9</sup>. Κατά τον Γενικό Εισαγγελέα, η παρ. 6 απηχεί μια χρονική αλληλουχία, σύμφωνα με την οποία προηγείται η διευκρίνιση των γεγονότων και περιστάσεων σε όργανο άλλο από την αναθέτουσα αρχή και έπεται η αξιολόγηση, από την αναθέτουσα αρχή, του προσκομιζόμενου από τον οικονομικό φορέα, για την διευκρίνιση αποδεικτικού υλικού (σκ. 52). Η συλλογιστική αυτή ακολουθεί και την απαίτηση της παρ. 6 για καταβολή (ή για δέσμευση καταβολής) της σχετικής αποζημίωσης στην αναθέτουσα αρχή, καθώς και για τη λήψη των κατάλληλων μέτρων, οργανωτικών και άλλων (σκ. 53).

<sup>8</sup> Σκ. 34 – 36 των Προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα

<sup>9</sup> Σκ. 50 - 51

Καταλήγει δε ο Γενικός Εισαγγελέας διατυπώνοντας την άποψη ότι είναι άσκοπη η επιβολή διπλής υποχρέωσης συνεργασίας, ήτοι και με τις ερευνητικές αρχές και με την αναθέτουσα αρχή (σκ. 54 – 55), το οποίο δεν ισχύει εφόσον γίνει δεκτό ότι η υποχρέωση συνεργασίας με την αναθέτουσα αρχή περιορίζεται στην εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αξιολόγηση εάν η συνεργασία με την ερευνητική αρχή υπήρξε ολοκληρωμένη. Τονίζει δε ο Γενικός Εισαγγελέας ότι η ερμηνεία αυτή υπαγορεύεται από τις ιδιαιτερότητες της συγκεκριμένης περίπτωσης, υπονοώντας σαφώς την ύπαρξη προγράμματος επιείκειας στο πλαίσιο του οποίου η παραβατική συμπεριφορά αξιολογήθηκε και τιμωρήθηκε (σκ. 54).

Για τον ίδιο λόγο, υποστήριξε, η συμβατότητα της ρύθμισης του Γερμανικού δικαίου, με το οποίο αξιώνεται η συμμόρφωση σε αυστηρότερη εθνική ρύθμιση η οποία απαιτεί την διπλή υποχρέωση συνεργασίας (και με τις ερευνητικές αρχές και με την αναθέτουσα αρχή), προς το αρθ. 57 παρ. 6 της Οδηγίας, εξαρτάται από το εάν η διπλή συνεργασία είναι συνεργασία διαφορετικού χαρακτήρα, ήτοι στο πλαίσιο αξιολόγησης των μέτρων αυτοκάθαρσης (σκ. 58)<sup>10</sup>.

Ο Γενικός Εισαγγελέας κατέληξε ότι δεν μπορεί να υποχρεωθεί ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας να προσκομίσει αντίγραφο (του πλήρους κειμένου) της απόφασης της αρχής ανταγωνισμού για την διαπίστωση της παραβατικής συμπεριφοράς και την επιβολή κυρώσεων για δύο λόγους: **(α)** τούτο θα συνιστούσε επιβολή διπλής υποχρέωσης συνεργασίας του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα και **(β)** ο οικονομικός φορέας θα τελεί σε κατάσταση ουσιαστικής αδυναμίας άμυνας στο πλαίσιο εκδίκασης αγωγής αποζημίωσης που έχει ασκηθεί εναντίον του από την αναθέτουσα αρχή λόγω ζημίας προκληθείσας από παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού (σκ. 60).

Τέλος, ο Γενικός Εισαγγελέας έθεσε ζήτημα ενδεχόμενης μεροληψίας της αναθέτουσας αρχής εφόσον ήθελε γίνει δεκτό αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης είναι, μεταξύ άλλων, και η αξιολόγηση της δέουσας ή όχι διευκρίνισης των γεγονότων και περιστάσεων, και όχι η αξιολόγηση της ολοκληρωμένης ή όχι συνεργασίας του με τις ερευνητικές αυτές για το σκοπό αυτό (σκ. 61)<sup>11</sup>.

## **Η απόφαση**

Το ΔΕΕ, σε αντίθεση με την από 16.5.2018 Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, η οποία χωρίς να αναφέρεται ρητά στα προγράμματα επιείκειας επιχειρεί εμφανώς να διασώσει τον επωφελή χαρακτήρα τους, έκρινε ότι ο οικονομικός φορέας πρέπει να συνεργάζεται ενεργά όχι μόνον με την Αρχή Ανταγωνισμού, αλλά και με την

---

<sup>10</sup> Ο Γενικός Εισαγγελέας υποστήριξε ότι καταρχήν θεωρεί ότι δεν αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο η θέσπιση, από τα κράτη μέλη, αυστηρότερων ρυθμίσεων σε σχέση με το ελάχιστο επίπεδο που θεσπίζει η Οδηγία, προς απόδειξη της αποκατάστασης της αξιοπιστίας των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης (σκ. 56), όπως εξάλλου έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (βλ. και Απόφαση της 20ής Δεκεμβρίου 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani και Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, σκ. 31).

<sup>11</sup> Ενδιαφέρον παρουσιάζει ως προς το στοιχείο αυτό το αρθ. 73 παρ. 8 ν. 4412/2016, το οποίο απονέμει μεν την αρμοδιότητα αυτή, τύποις, στην αναθέτουσα αρχή, απαιτεί όμως και την «σύμφωνη γνώμη» Επιτροπής συγκροτούμενης, με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, στην οποία κατ' ουσίαν περιέρχεται η σχετική αρμοδιότητα.



αναθέτουσα αρχή στην αναλυτική διευκρίνιση των γεγονότων και των περιστάσεων που σχετίζονται με την παράβαση που διαπράχθηκε. Την άποψη αυτή στήριξε στο γράμμα της παρ. 6 του αρθ. 57 της Οδηγίας, η οποία ορίζει ότι τα μέτρα που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της αυτοκάθαρσης *«αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος»*. Χρήσιμο ερμηνευτικό εργαλείο αποτέλεσε και η αιτιολογική σκέψη 102 (σκ. 22) σύμφωνα με την οποία τα μέτρα αυτοκάθαρσης για την άρση των συνεπειών της παραβατικής συμπεριφοράς και την αποτελεσματική αποτροπή τυχόν επανάληψής τους στο μέλλον θα πρέπει να παρέχουν επαρκείς εγγυήσεις προς τούτο στην αναθέτουσα αρχή, η οποία αναλόγως του εθνικού δικαίου, θα πρέπει να αξιολογεί η ίδια ή να αναθέτει το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.

Το ΔΕΕ δεν υιοθέτησε την άποψη του Γενικού Εισαγγελέα, εντούτοις προσπάθησε, πιο ήπια, να διασώσει τη χρησιμότητα και αποτελεσματικότητα των προγραμμάτων επιείκειας, στα οποία και αναφέρθηκε (σκ. 25 και 31), αναδεικνύοντας την συνεργασία με την αρχή ανταγωνισμού σε κομβικής σημασίας προκειμένου να θεωρηθεί επιτυχής η εφαρμογή του μηχανισμού αυτοκάθαρσης. Σύμφωνα με το σκεπτικό της απόφασης (σκ. 25) εφόσον υπάρχει ειδική διαδικασία για την διαπίστωση της παραβατικής συμπεριφοράς και την επιβολή κυρώσεων, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, κατά την εκτίμηση των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων, να στηρίζεται καταρχήν στα πορίσματα μιας τέτοιας διαδικασίας. Η κρίση αυτή έχει ως υπόβαθρο τις διαφορετικές αρμοδιότητες (σκ. 26 - 27) που ασκούν οι ερευνητικές αρχές (διαπίστωση της παραβατικής συμπεριφοράς και επιβολή κυρώσεων) και οι αναθέτουσες αρχές (αξιολόγηση των κινδύνων που διατρέχουν από την ενδεχόμενη ανάθεση ορισμένης σύμβασης με οικονομικό φορέα του οποίου η αξιοπιστία έχει τεθεί εν αμφιβόλω), υιοθετώντας στο σημείο αυτό το ΔΕΕ την άποψη της Επιτροπής.

Επομένως, κατά το ΔΕΕ η αρχή της συνεργασίας αφορά τόσο τις ερευνητικές αρχές όσο και την αναθέτουσα αρχή, όταν βάσει της εθνικής νομοθεσίας η τελευταία είναι αρμόδια να προβαίνει στην εκτίμηση της συνδρομής λόγου αποκλεισμού και στην αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας των μέτρων αυτοκάθαρσης (σκ. 23). Ωστόσο, η συνεργασία με την αναθέτουσα αρχή περιορίζεται, στο μέτρο που είναι απολύτως αναγκαία για την αποτελεσματική επίτευξη του σκοπού τον οποίο επιδιώκει η εξέταση της αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα (σκ. 28).

Καταλήγει δε το ΔΕΕ ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να είναι σε θέση να ζητήσει από οικονομικό φορέα σε βάρος του οποίου έχει διαπιστωθεί παραβατική του ανταγωνισμού συμπεριφορά να προσκομίσει την σχετική πλήρη απόφαση της ερευνητικής αρχής που τον αφορά (σκ. 30), η γνωστοποίηση δε της απόφασης αυτής (πρέπει να) αποτελεί επαρκή απόδειξη (σκ. 31) της συνεργασίας του οικονομικού φορέα και άρα της εκπλήρωσης της υποχρέωσής του να διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις της παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού.

Η υποχρέωση γνωστοποίησης της απόφασης της ερευνητικής αρχής στην αναθέτουσα αρχή δεν υπηρετεί μόνον την υποχρέωση του οικονομικού φορέα για ολοκληρωμένη συνεργασία ως προς τη διαλεύκανση των γεγονότων και περιστάσεων (η δεύτερη κατά σειρά απαιτούμενη προϋπόθεση του μηχανισμού της αυτοκάθαρσης), αλλά απαιτείται και για την εκπλήρωση της αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής δυνάμει

της Οδηγίας (αρθ. 57 παρ. 6), να αξιολογήσει την αποτελεσματικότητα των μέτρων που έχει λάβει ο οικονομικός φορέας προκειμένου να αποτρέψει την επανάληψη της παραβατικής συμπεριφοράς στο μέλλον, καθώς αυτά αξιολογούνται «*λαμβάνομένων υπόψη των ιδιαίτερων περιστάσεων υπό τις οποίες τελέστηκαν τα εν λόγω ποινικά αδικήματα*» (σκ. 32). Στο πλαίσιο αυτό η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητάει από τον οικονομικό φορέα την προσκόμιση των αποδεικτικών στοιχείων που τον αφορούν.

Μάλιστα, στο πλαίσιο της αξιολόγησης των μέτρων αυτών, το ΔΕΕ δεν υιοθετεί την άποψη της «περιορισμένης συνεργασίας» με την αναθέτουσα αρχή, την οποία είχε υποστηρίξει ο Γενικός Εισαγγελέας, ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να ζητά την προσκόμιση των αποδεικτικών στοιχείων τα οποία είχαν ήδη προσκομισθεί στην ερευνητική αρχή (σκ. 32). Το ΔΕΕ καταδεικνύει ότι ο μηχανισμός αυτοκάθαρσης είναι μια διαδικασία δυναμική, καθώς η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να παράσχει στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι τα μέτρα που έχει λάβει είναι πράγματι κατάλληλα για την αποτροπή της επαναλήψεως της παραβατικής συμπεριφοράς στο μέλλον, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερων περιστάσεων υπό τις οποίες αυτή εκδηλώθηκε, χωρίς να δικαιολογείται απαλλαγή του οικονομικού φορέα εκ μόνου του λόγου της παροχής των στοιχείων αυτών στην ερευνητική αρχή.

Ιδιαίτερο νομικό και πρακτικό ενδιαφέρον παρουσιάζει και η κρίση του ΔΕΕ με την οποία απέστη από το δεύτερο έρεισμα της άποψης του Γενικού Εισαγγελέα, ήτοι την λόγω της γνωστοποίησης της απόφασης της ερευνητικής αρχής, αδυναμία άμυνας του οικονομικού φορέα επί αγωγής αποζημίωσης που (ενδέχεται να έχει) ασκήσει η αναθέτουσα αρχή για την ζημία που υπέστη από την παραβατική του συμπεριφορά. Έρεισμα για την κρίση του ΔΕΕ αποτέλεσε η πρώτη κατά σειρά από τις ρητά θεσπιζόμενες προϋποθέσεις του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, ήτοι η παροχή αποδείξεων εκ μέρους του οικονομικού φορέα **ότι έχει καταβάλει ή ότι έχει δεσμευθεί να καταβάλει** αποζημίωση για την ανόρθωση κάθε ζημίας που προκλήθηκε στην αναθέτουσα αρχή από την παραβίαση (σκ. 27 - 31).

Τέλος, το ΔΕΕ, επιβεβαιώνοντας την προηγούμενη νομολογία του<sup>12</sup>, έκρινε ότι κατά την ενσωμάτωση του αρθ. 57 της Οδηγίας στα εθνικά δίκαια, τα κράτη μέλη μπορούν να θεσπίζουν αυστηρότερες ρυθμίσεις από το ελάχιστο επίπεδο που θέτει η Οδηγία.

## **5. Ως προς την χρονική αφετηρία της μέγιστης διάρκειας της περιόδου αποκλεισμού.**

Με τα προδικαστικά ερωτήματα (3<sup>ο</sup> και 4<sup>ο</sup>, αντίστοιχα) το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί εάν – ως προς τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού του αρθ. 57 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ - η μέγιστη επιτρεπόμενη περίοδος αποκλεισμού από διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, η οποία κατά την παρ. 7 του αυτού άρθρου δεν μπορεί να υπερβαίνει τα 3 έτη εφόσον δεν καθορίζεται σε τελεσίδικη δικαστική απόφαση και η οποία έχει ως αφετηρία την ημερομηνία «*του σχετικού γεγονότος*», εκκινεί από το χρονικό σημείο κατά το οποίο επήλθε ο σχετικός λόγος αποκλεισμού ή από το χρονικό σημείο κατά το οποίο η αναθέτουσα αρχή έλαβε γνώση της συνδρομής του λόγου αποκλεισμού βάσει ασφαλών και αξιόπιστων στοιχείων.

<sup>12</sup> ΔΕΕ, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, [ΕΥ:C:2014:2469](#); and *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and RTI Mantovani e Guerrato*, C-178/16, [ΕΥ:C:2017:1000](#).

Ειδικότερα δε στην περίπτωση συνδρομής του αποκλεισμού λόγω συμμετοχής του εμπλεκόμενου οικονομικού φορέα σε σύμπραξη επιχειρήσεων (αρθ. 57 παρ. 4 περ. δ'), εάν ως σχετικό γεγονός νοείται ο τερματισμός της συμμετοχής στη σύμπραξη ή η περιέλευση της συμμετοχής αυτής στη γνώση της αναθέτουσας αρχής βάσει ασφαλών και αξιόπιστων στοιχείων. Πρόκειται για την περίπτωση κατά την οποία διαπιστώνεται η συνδρομή λόγου δυνητικού αποκλεισμού και ο οικονομικός φορέας δεν έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, ή κρίθηκε ότι τα ληφθέντα δεν είναι ικανοποιητικά.

### **Η θέση της Vossloh Laeis**

Η εταιρεία υποστήριξε ότι το «σχετικό γεγονός» (πρέπει να) συνίσταται στον τερματισμό της συμμετοχής στη σύμπραξη, διότι συνιστά αντικειμενικό γεγονός και αποτελεί τον θεμελιωτικό του αποκλεισμού λόγο. Άποψη η οποία τυχόν θα δεχόταν ως σχετικό γεγονός την γνώση της αναθέτουσας αρχής δεν βρίσκει έρεισμα στη διατύπωση της Οδηγίας, επιπλέον δε, λόγω του ισχυρού υποκειμενικού στοιχείου, προσκρούει στην ασφάλεια δικαίου.

Προς την άποψη αυτή συντάχθηκε και η Ελληνική Κυβέρνηση, η οποία, προς επίρρωση, επικαλέστηκε το άρθρο 25 παρ. 2, του Κανονισμού 1/2003 για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης, σχετικά με την αφετηρία της προθεσμίας παραγραφής των παράνομων συμπεριφορών στον τομέα του ανταγωνισμού, η οποία αφετηριάζει από την ημέρα διάπραξης της παράβασης, ενώ σε περίπτωση διαρκούς ή κατ' εξακολούθηση διαπραχθείσας παράβασης, από την ημέρα παύσης της παράβασης. Η άποψη αυτή, η οποία προτείνει την αναλογική εφαρμογή του ανωτέρω κανόνα και στις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων, προτάσσει την ασφάλεια δικαίου για τον παραβάτη σε σχέση με την αποτελεσματική άσκηση της αρμοδιότητας επιβολής κυρώσεων.

Την αποδοχή της άποψής αυτής απέκρουσε ο Γενικός Εισαγγελέας στις από 16.5.2018 προτάσεις του ισχυριζόμενος (σκ. 81) ότι εφόσον υιοθετηθεί η ανωτέρω αναλογία, τούτο θα πρέπει να γίνει πλήρως, ήτοι συμπεριλαμβανομένων των παρ. 3 και 5 του αρθ. 25 της Κανονισμού 1/2003 περί διακοπής της παραγραφής *«από κάθε πράξη της Επιτροπής ή της αρχής ανταγωνισμού η οποία αποβλέπει στην διερεύνηση ή σε διαδικασίες κατά της παράβασης ...»*. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τον Γενικό Εισαγγελέα, η άποψη αυτή προσκρούει στο αρθ. 57 παρ. 7 της Οδηγίας, καθώς θα επέτρεπε την επέκταση της περιόδου αποκλεισμού πέραν της τριετίας, η οποία καθορίζεται ειδικά<sup>13</sup>.

Παραλλαγή της άποψης της Ελληνικής Κυβέρνησης, υποστήριξε η Πολωνική Κυβέρνηση, σύμφωνα με την οποία «σχετικό γεγονός» συνιστά η σύναψη της συμφωνίας με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Εάν δεν είναι εφικτό να προσδιοριστεί η ημερομηνία της συμφωνίας αυτής, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η ημερομηνία του γεγονότος που καθιστά εφικτό να θεωρηθεί πιθανή η σύναψή της, όπως επί παραδείγματι, η ημερομηνία ολοκλήρωσης της διαδικασίας αναθέσεως της συμβάσεως κατά την οποία διαπιστώθηκε ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς επιχείρησαν να στρεβλώσουν τον ανταγωνισμό. Η άποψη αυτή φαίνεται να εστιάζει στην περίπτωση κατά την οποία η στρέβλωση του ανταγωνισμού διαπιστώνεται στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης διαδικασίας σύναψης σύμβασης και όχι στο πλαίσιο

<sup>13</sup> Εν αντιθέσει προς το αρθ. 106 του Δημοσιονομικού Κανονισμού 966/2012 που διέπει τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων της ίδιας της ΕΕ και των οργάνων της.

παρατεταμένης χρονικά και συστηματικής παραβίασης του ανταγωνισμού (όπως είναι η περίπτωση του καρτέλ).

### **Η θέση του Αναθέτοντος Φορέα**

Αντιθέτως, ο Αναθέτων Φορέας ισχυρίστηκε ότι το κρίσιμο χρονικό σημείο δεν είναι εκείνο κατά το οποίο εκδηλώνεται (ή παύει) η παραβατική συμπεριφορά, αλλά εκείνο κατά το οποίο πληρούται το σύνολο των απαιτούμενων από την εφαρμοστέα διάταξη προϋποθέσεων, περιλαμβανομένης της υποκειμενικής συνιστώσας, ήτοι της γνώσης του λόγου από την αναθέτουσα αρχή και συγκεκριμένα, του χρόνου κατά τον οποίο η αναθέτουσα διαθέτει αποδείξεις (βέβαιες, ασφαλείς και αξιόπιστες πληροφορίες) για την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού.

Προς την θέση αυτή συντάχθηκαν η Γερμανική και η Ουγγρική Κυβέρνηση, η τελευταία ισχυριζόμενη ειδικότερα ότι το χρονικό αυτό σημείο είναι η έκδοση τελεσίδικης και αμετάκλητης απόφασης επί του θέματος, καθώς και η Επιτροπή (Γνώμη Γενικού Εισαγγελέα, σκ. 70 - 72, 76).

Ειδικότερα η Επιτροπή (Γνώμη Γενικού Εισαγγελέα, σκ. 70 – 72, 76) ισχυρίστηκε ότι η πρώτη άποψη (των Vossloh Laeis και των Κυβερνήσεων Ελλάδας και Πολωνίας) επικεντρώνεται στην ασφάλεια δικαίου, ενώ η δεύτερη άποψη (της Αναθέτουσας Αρχής, της Γερμανικής Κυβέρνησης, και της ίδιας της Επιτροπής) εστιάζει στην θωράκιση των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων από τον κίνδυνο που ενέχει η αποδοχή προσφερόντων στο πρόσωπο των οποίων συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού. Κατά τούτο, η δεύτερη άποψη συνάδει περισσότερο με την ίδια την ratio<sup>14</sup> θέσπισης του αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων λόγω διάπραξης επαγγελματικού παραπτώματος<sup>15</sup>. Τέλος, υποστηρίξιμη, κατά την Επιτροπή, είναι και η τρίτη άποψη, αυτή της Κυβέρνησης της Ουγγαρίας, σύμφωνα με την οποία σχετικό γεγονός είναι η ημερομηνία κατά την οποία η ερευνητική αρχή διαπίστωσε με τελεσίδικη απόφαση την παραβατική συμπεριφορά.

Κατά την επ' ακροατηρίω συζήτηση η Επιτροπή (σκ. 76 της Γνώμης του Γενικού Εισαγγελέα) φαίνεται ότι προσχώρησε στην τελευταία αυτή άποψη, επικαλέσθηκε δε την δυνατότητα αναλογικής εφαρμογής των διατάξεων του Δημοσιονομικού Κανονισμού 966/2012 ο οποίος διέπει τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων από τα θεσμικά όργανα της ΕΕ (ιδίως το άρθρο 106 παρ. 14 – 15), για λόγους ενότητας των σχετικών ρυθμίσεων, σύμφωνα με τις οποίες η μέγιστη περίοδος αποκλεισμού οικονομικού φορέα αφετηριάζει από την δημοσίευση της τελεσίδικης απόφασης επιβολής κυρώσεων από την ερευνητική αρχή.

### **Η άποψη του Γενικού Εισαγγελέα Manuel Campos Sanchez - Bordona (σκ. 82 – 86)**

Ο Γενικός Εισαγγελέας συντάχθηκε με την τελευταία αυτή άποψη, ωστόσο στο πλαίσιο συνολικής θεώρησης της εφαρμοστέας διάταξης και συστηματικής ερμηνείας της: επικαλούμενος την ανάγκη ευθυγράμμισης προς τον κανόνα που τίθεται στην περίπτωση συνδρομής υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού, ότι ο υπολογισμός της μέγιστης 5ετούς περιόδου αφετηριάζει από την ημερομηνία εκδόσεως της

<sup>14</sup> Ο δικαιολογητικός αυτός λόγος επιτρέπει την θεώρηση του (δυνητικού) αποκλεισμού οικονομικών φορέων, ιδίως για τον λόγο αυτό, και ως «διοικητικού μέτρου».

<sup>15</sup> Γνώμη Γενικού Εισαγγελέα σκ. 71

καταδικαστικής απόφασης (όταν η παραβατική συμπεριφορά διαπιστώνεται με απόφαση η οποία δεν καθορίζει την διάρκεια του αποκλεισμού) και κατ' αντιστοιχία προς αυτόν, στην περίπτωση του δυνητικού λόγου αποκλεισμού του αρθ. 57 παρ. 4 περ. γ'<sup>16</sup>, αφετηρία της 3ετούς περιόδου αποκλεισμού πρέπει να θεωρείται η ημερομηνία της απόφασης της αρμόδιας ερευνητικής αρχής με την οποία διαπιστώνεται η παραβατική συμπεριφορά. Η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση υπαγορεύεται από την διατύπωση του αρθ. 57 παρ. 7, που εστιάζει όχι στην παραβατική συμπεριφορά, αλλά στην νομική διαπίστωσή της, στον νομικό χαρακτηρισμό της πράξης. Τέλος, η άποψη αυτή λαμβάνει υπόψη το γεγονός ότι η ύπαρξη αντι-ανταγωνιστικών συμπεριφορών μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη (λαμβάνοντας υπόψη το τεκμήριο αθωότητας) μόνο με δικαστική απόφαση η απόφαση αρμόδιας διοικητικής αρχής.

Σημειώνεται ότι το αιτούν δικαιοδοτικό όργανο είχε επισημάνει ότι το σημείο της αιτιολογικής εκθέσεως του Γερμανικού νόμου στο εφαρμοστέο εν προκειμένω άρθρο 126 αυτού, με το οποίο μεταφέρθηκε στο εθνικό δίκαιο το εν λόγω άρθρο 57, παράγραφος 7, θα μπορούσε να στηρίζει την άποψη αυτή, ότι δηλαδή το σχετικό γεγονός συνίσταται στην έκδοση απόφαση της αρμόδιας για τον ανταγωνισμό αρχής.

### **Η Απόφαση**

Το ΔΕΕ περιορίσθηκε σε αυστηρώς νομική ερμηνεία της κρίσιμης διάταξης και, όπως προκύπτει από το σκεπτικό της απόφασης, συνεκτίμησε τις προβληθείσες απόψεις και προέβη σε στάθμιση των επιδιώξεών τους (σκ. 38 – 39), ήτοι την ασφάλεια δικαίου και την θωράκιση των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων από τον κίνδυνο που ενέχει η αποδοχή προσφερόντων στο πρόσωπο των οποίων συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού. Η απόφαση υιοθέτησε τη Γνώμη του Γενικού Εισαγγελέα, λαμβάνοντας υπόψη και σταθμίζοντας τις εξής παραμέτρους:

Πρώτον, η διαδικασία που προηγήθηκε της απόφασης επιβολής κύρωσης αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση κανόνα δικαίου, επομένως η εκδοθείσα απόφαση συνιστά απόδειξη ως προς τα πραγματικά περιστατικά και ως προς τον νομικό τους χαρακτηρισμό ως παραβατική συμπεριφορά (σκ. 39).

Δεύτερον, η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση ικανοποιεί και την ανάγκη ενιαίου τρόπου υπολογισμού της χρονικής περιόδου η οποία καθορίζεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά και την ανάγκη προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, καθώς η ημερομηνία έκδοσης της σχετικής απόφασης είναι γεγονός σταθερό και μη εξαρτώμενο από υποκειμενικό στοιχείο (σκ. 39).

Περαιτέρω, το Δικαστήριο, στην σκ. 40 της απόφασης τόνισε, εκ νέου, την σημασία των μέτρων αυτοκάθαρσης, επαναλαμβάνοντας σχετική τοποθέτηση της Επιτροπής, επισημαίνοντας ότι διαρκούσης της διαδικασίας διαπίστωσης της παραβατικής

---

<sup>16</sup>«4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης ... γ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του ...».

συμπεριφοράς ενώπιον της αρμόδιας ερευνητικής αρχής, ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί να μετάσχει σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης διατηρεί πάντοτε την ευχέρεια να λάβει μέτρα σύμφωνα με την παρ. 6 του αρθ. 57, προκειμένου να αποδείξει την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.

Κατέληξε το Δικαστήριο κρίνοντας ότι «στο τρίτο και στο τέταρτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι, όταν ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά εμπόρουσα στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ', της οδηγίας αυτής, για την οποία επιβλήθηκε κύρωση από αρμόδια αρχή, η μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της απόφασης της αρχής αυτής».

### **Εκτιμήσεις και προβληματισμοί**

Συνοψίζοντας, το ΔΕΕ έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από έναν οικονομικό φορέα να συνεργαστεί ενεργά προκειμένου να παράσχει αποδείξεις της αποκατάστασης της αξιοπιστίας του, ωστόσο μόνον στο βαθμό που η συνεργασία αυτή περιορίζεται στα μέτρα που είναι αυστηρώς αναγκαία για την εξέταση αυτή. Το ΔΕΕ ειδικότερα έκρινε:

πρώτον, ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει από έναν οικονομικό φορέα να της υποβάλει την απόφαση της Αρχής Ανταγωνισμού, ακόμη και εάν τούτο θα διευκολύνει την έγερση / θεμελίωση αγωγής αποζημίωσης από την αναθέτουσα αρχή κατά του οικονομικού φορέα

δευτέρου, ότι η υποβολή, από τον οικονομικό φορέα, της απόφασης με την οποία διαπιστώνεται η διάπραξη της παράβασης αλλά εφαρμόζεται πρόγραμμα επείκειας (πράξη διευθέτησης) πρέπει να θεωρείται επαρκής προς απόδειξη της συνεργασίας του οικονομικού φορέα για τη διευκρίνιση των γεγονότων και των περιστάσεων

τρίτον, ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί, εάν είναι και στον βαθμό που είναι, αναγκαίο, να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα πρόσθετες πληροφορίες και στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έλαβε είναι κατάλληλα, ακόμη και εάν τα στοιχεία αυτά έχουν ήδη υποβληθεί στην ερευνητική αρχή

τέταρτον, ότι η χρονική αφετηρία της μέγιστης (3ετούς) διάρκειας αποκλεισμού οικονομικού φορέα από διαδικασία σύναψης σύμβασης, στην περίπτωση κατά την οποία ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά εμπόρουσα στο αρθ. 75 παρ. 4 στοιχείο δ' συνίσταται στην ημερομηνία έκδοσης της απόφασης της αρμόδιας ερευνητικής αρχής και

πέμπτον, ότι ο οικονομικός φορέας που επιθυμεί να μετάσχει σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παρά την παραβατική του συμπεριφορά, διατηρεί πάντοτε την ευχέρεια, διαρκούς της διαδικασίας διαπίστωσης της παραβατικής συμπεριφοράς ενώπιον της αρμόδιας ερευνητικής αρχής, να λάβει μέτρα στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, προκειμένου να αποδείξει την αποκατάσταση της αξιοπιστίας του.

Η απόφαση παρέχει χρήσιμη καθοδήγηση σχετικά με τον βαθμό συνεργασίας που απαιτείται να επιδεικνύουν οι οικονομικοί φορείς για να αποκαταστήσουν την

τρωθείσα αξιοπιστία τους. Οι κρίσεις της απόφασης επιτρέπουν την ασφαλή εξαγωγή των εξής συμπερασμάτων<sup>17</sup>:

Πρώτον, η συνεργασία του οικονομικού φορέα με την αρχή ανταγωνισμού στο πλαίσιο προγράμματος επιείκειας είναι επαρκής απόδειξη της ενεργού συνεργασίας του οικονομικού φορέα στο πλαίσιο του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, για την επαλήθευση της οποίας η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί την γνωστοποίηση της σχετικής απόφασης. Επομένως, η συνεργασία με την αρχή ανταγωνισμού είναι κομβικής σημασίας στην επιτυχή εφαρμογή του μηχανισμού αυτοκάθαρσης.

Δεύτερον, ο μηχανισμός αυτοκάθαρσης είναι διαδικασία δυναμική, καθώς για την αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας των ληφθέντων από τον οικονομικό φορέα μέτρων η αναθέτουσα αρχή ζητά αποδείξεις και εκφέρει ίδια κρίση σε σχέση με την αρχή ανταγωνισμού, ενόψει του διαφορετικού πλαισίου και σκοπού των αρμοδιοτήτων εκάστης. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προστατεύσει τα συμφέροντά της, σταθμίζοντας τον κίνδυνο της σύναψης σύμβασης με μη αξιόπιστο οικονομικό φορέα, ωστόσο πρέπει να πράξει τούτο στο αυστηρά αναγκαίο για την επιδίωξη του σκοπού της και την άσκηση της αρμοδιότητάς της.

Τρίτον, η καταβολή (ή η δέσμευση καταβολής) αποζημίωσης για την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη η αναθέτουσα αρχή από την παραβατική συμπεριφορά είναι απαραίτητη προϋπόθεση του μηχανισμού αυτοκάθαρσης.

Τέταρτον, οι (διοικητικές) αποφάσεις με τις οποίες διαπιστώνεται παραβίαση των κανόνων περί ανταγωνισμού συνιστούν επαρκή απόδειξη για την εκκίνηση της 3ετούς περιόδου αποκλεισμού, χωρίς να απαιτείται η τελεσιδικία τους, καθώς τούτο μπορεί να συνεπάγεται την παρέλευση μεγάλου χρονικού διαστήματος, το οποίο θα ματαίωνε την ratio της διάταξης, επιτρέποντας σε μη αξιόπιστους οικονομικούς φορείς να μετέχουν σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης και να αναλαμβάνουν την εκτέλεσή τους.

Ωστόσο, η απόφαση δεν επιλύει τα εξής ζητήματα<sup>18</sup>:

Πρώτον, τη σχέση των μέτρων αυτοκάθαρσης με την αγωγή αποζημίωσης και ειδικότερα, εάν η καταβολή (ή η ανάληψη της υποχρέωσης για καταβολή) αποζημίωσης, ως προϋπόθεση της θετικής έκβασης του μηχανισμού αυτοκάθαρσης, μπορεί να εξαρτάται από το αποτέλεσμα εκκρεμούς δικαστικής διένεξης, στο πλαίσιο σχετικής αγωγής που έχει ασκήσει η αναθέτουσα αρχή ή, προκειμένου να ολοκληρωθεί επιτυχώς ο μηχανισμός αυτοκάθαρσης και να μην αποκλεισθεί ο οικονομικός φορέας από διαδικασία σύναψης σύμβασης απαιτείται να ικανοποιήσει ο οικονομικός φορέας το αγωγικό αίτημα της αναθέτουσας αρχής

Δεύτερον, δεν παρέχει καμία ένδειξη σχετικά με το απαιτούμενο επίπεδο αξιοπιστίας που πρέπει να αποδείξει ο οικονομικός φορέας προς αποκατάσταση της τρωθείσας αξιοπιστίας του

Τρίτον, συναφώς, δεν παρέχει καμία ένδειξη – όπως εξάλλου ούτε η Οδηγία<sup>19</sup> - για τα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα και τα μέτρα σχετικά με το προσωπικό του, που πρέπει να λάβει ο οικονομικός φορέας στο πλαίσιο της αυτοκάθαρσης

<sup>17</sup> Βλ. και Ashurst Global Law Firm, Competition Newsletter, 11/2018.

<sup>18</sup> Βλ. και Albert Sanchez-Graells, σχόλιο στο blog How to crack a nut, 22.5.2018

<sup>19</sup> Περιορίζεται, στις αιτιολογικές σκέψεις, στην γενικόλογη αναφορά σε σειρά μέτρων συμμόρφωσης, εποπτεία και ελέγχους

Τέταρτον, δεν είναι σαφές εάν η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει πλήρη συνεργασία από τον οικονομικό φορέα, ζητώντας πρόσθετες πληροφορίες και στοιχεία, ακόμη και εάν αυτά έχουν υποβληθεί στην ερευνητική αρχή, συμπεριλαμβανομένου του πλήρους σώματος της πράξης διευθέτησης, παρέχεται εφόσον το οικείο εθνικό δίκαιο το ορίζει ως πρόσθετη προϋπόθεση (όπως στην περίπτωση του γερμανικού δικαίου) ή υφίσταται σε κάθε περίπτωση, λόγω της απαίτησης της Οδηγίας οι αναθέτουσες αρχές να αξιολογούν την αποτελεσματικότητα των μέτρων αυτοκάθαρσης υπό το φως των ιδιαίτερων περιστάσεων της συγκεκριμένης εκάστοτε παράβασης. Τούτο έχει ιδιαίτερη σημασία, καθώς υπό την πρώτη εκδοχή ελοχέυει ο κίνδυνος να οδηγηθούμε σε κανονιστική κατάπτωση και σε «public procurement forum shopping» εκ μέρους των οικονομικών φορέων, επιζητώντας την συμμετοχή τους σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων συγκεκριμένων κρατών μελών μόνο, με ευνοϊκότερες για αυτούς διατάξεις.

Με την σχολιαζόμενη απόφαση καθίσταται σαφές ότι ο αποκλεισμός από διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης παρέχει πλεονεκτήματα για την αναθέτουσα αρχή, καθώς διευκολύνει την επιλογή του βέλτιστου προσφέροντα, προωθεί την υιοθέτηση αποτελεσματικών προγραμμάτων συμμόρφωσης και μέτρων αυτοκάθαρσης και διευκολύνει την αποκατάσταση της ζημίας που έχει προκληθεί στην αναθέτουσα αρχή από ανταγωνιστικές συμπεριφορές οικονομικών φορέων.

Εντούτοις, μένει να επιλυθούν αρκετά ζητήματα προκειμένου να εξασφαλισθεί ισορροπία ανάμεσα στα προγράμματα επιείκειας και στα μέτρα αυτοκάθαρσης, λαμβανομένου υπόψη του αμοιβαία επωφελούς χαρακτήρα των προγραμμάτων επιείκειας και της μέχρι σήμερα αποτελεσματικότητάς τους, αλλά και της ειδικής προστασίας που απολαμβάνουν, στο πλαίσιο αυτό, από το ενωσιακό δίκαιο<sup>20</sup>.

Τέλος, ενδιαφέρον θα έχει η εφαρμογή των κρίσεων της απόφασης και σε άλλες περιπτώσεις λόγω δυνητικού αποκλεισμού, όπως η περ. α' της παρ. 4 (παραβάσεις του περιβαλλοντικού δικαίου και της εργασιακής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας).

---

<sup>20</sup> Το αρθ. 6 παρ. 6 περ. α' της Οδηγίας 2014/04/ΕΕ για αποζημίωση λόγω παραβάσεων του ανταγωνισμού απαιτεί τα κράτη μέλη να διασφαλίζουν ότι «για τον σκοπό της αγωγής αποζημίωσης, τα εθνικά δικαστήρια δεν μπορούν, σε καμία περίπτωση, να διατάξουν ένα διάδικο μέρος ή ένα τρίτο μέρος να αποκαλύψει ... δηλώσεις επιείκειας».



## ΤΟ ΆΡΘΡΟ 102 ΤΟΥ Ν. 4412/2016 ΚΑΙ Η ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΙΣ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΩΝ ΕΛΛΗΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

Ευαγγελία Ι. Μιχολίτση, Μέλος Α.Ε.Π.Π.

### ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24 εισάγει μία καινοτόμο διάταξη σε σχέση με τους υφιστάμενους κανόνες ωθώντας εν τοις πράγμασι τις αναθέτουσες αρχές στην υιοθέτηση ενός πιο ενεργού και καθοριστικού για την έκβαση της διαγωνιστικής διαδικασίας ρόλου. Ειδικότερα, η συγκεκριμένη διάταξη προβλέπει ότι *«Όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν —εφόσον δεν ορίζεται άλλως από την εθνική νομοθεσία με την οποία εφαρμόζεται η παρούσα οδηγία— να ζητούν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση εντός εύλογης προθεσμίας υπό την προϋπόθεση ότι τα σχετικά αιτήματα υποβάλλονται τηρουμένων απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας»*<sup>1</sup> Η θεσμοθέτηση της εν λόγω ρύθμισης, σε συνδυασμό με τη δυνατότητα υποβολής ερωτημάτων προς καλύτερη κατανόηση συγκεκριμένων όρων των συμβατικών εγγράφων, αναμένεται να συμβάλλει τόσο στη συμμόρφωση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων με τους όρους και τις προϋποθέσεις που θέτουν τα συμβατικά τεύχη όσο και στη βελτίωση του ποσοστού κάλυψης των προβλεπόμενων απαιτήσεων των διακηρύξεων από τις οικείες προσφορές αλλά και την ποιοτική αναβάθμιση αυτών προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος.<sup>2</sup> Εν τοις πράγμασι πρόκειται για κωδικοποίηση της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης αναφορικά

---

<sup>1</sup> «General principles: Where information or documentation to be submitted by economic operators is or appears to be incomplete or erroneous or where specific documents are missing, contracting authorities may, unless otherwise provided by the national law implementing this Directive, request the economic operators concerned to submit, supplement, clarify or complete the relevant information or documentation within an appropriate time limit, provided that such requests are made in full compliance with the principles of equal treatment and transparency ...»

<sup>2</sup> Christopher Bovis, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2016, σελ. 285-286

με την αρχή της χρηστής διοίκησης<sup>3</sup> στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και πρέπει να εξετασθεί σε συνδυασμό με την ερμηνεία των ορίων που θέτουν οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης<sup>4</sup>. «Πρόδρομος», δε, της εν θέματι διάταξης βρίσκεται, μεταξύ άλλων, στην απόφαση Slovensko, όπου το ΔΕΕ εναργώς ανέφερε ότι μεταξύ των κύριων σκοπών των κανόνων του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων, συγκαταλέγεται η διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός εντός όλων των κρατών μελών. Προς επίτευξη του διπλού αυτού σκοπού, το δίκαιο της Ένωσης εφαρμόζει, μεταξύ άλλων, την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων ή υποψηφίων και τη συνακόλουθη υποχρέωση διαφάνειας<sup>5</sup>.

Την αρχή της ίσης μεταχείρισης ερμήνευσε και η απόφαση Manova, στην οποία κρίθηκε ότι η αρχή αυτή δεν αντιτίθεται στο να ζητήσει η αναθέτουσα αρχή από υποψήφιο, μετά τη λήξη της ταχθείσας προθεσμίας για την υποβολή υποψηφιότητας σε διαγωνισμό για δημόσια σύμβαση, να κοινοποιήσει έγγραφα που περιγράφουν την κατάσταση του υποψηφίου αυτού, όπως ο δημοσιευμένος ισολογισμός, των οποίων η ύπαρξη πριν από τη λήξη της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμη, αρκεί τα σχετικά με την εν λόγω δημόσια σύμβαση έγγραφα να μην επέβαλλαν ρητώς την κοινοποίησή τους επί ποινή αποκλεισμού της υποψηφιότητας. Μια τέτοια αίτηση δεν πρέπει να περιάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους στους οποίους απευθύνθηκε η αίτηση αυτή»<sup>6</sup>

Εξάλλου, στην απόφαση MA.T.I. SUD, το Δικαστήριο έκρινε ότι «παρά την απουσία, στην οδηγία 2004/17, ρητής προς τούτο διατάξεως, το Δικαστήριο έχει δεχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τον προσφέροντα να διευκρινίσει μια προσφορά ή να διορθώσει πρόδηλα εκ παραδρομής σφάλματα που περιέχει η τελευταία, υπό τον όρο της τηρήσεως ορισμένων προϋποθέσεων, και, ειδικότερα, η πρόσκληση διευκρινίσεως να απευθυνθεί επί ίσοις όροις σε όλους τους προσφέροντες που

---

<sup>3</sup> J Mendes, 'Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour', EU Working Paper Law 2009/09 cadmus.eui.eu/handle/1814/12101

<sup>4</sup> βλ. υπόθεση T-19/95 Adia interim v Commission, and Case T-195/08 Antwerpse Bouwwerken v Commission

<sup>5</sup> βλ., συναφώς, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06, Preettext Nachrichtenagentur, Συλλογή 2008, σ.Ι-4401, σκέψεις 31 και 32 καθώς και παρατιθέμενη νομολογία). Η δε υποχρέωση διαφάνειας έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό να αποκλείει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., συναφώς, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ.Ι-3801, σκέψη 111)

<sup>6</sup> Βλ. ΔΕΕ, 10.10.2013, C-336/12, Manova, σκέψη 42.

βρίσκονται στην ίδια κατάσταση, όλοι οι προσφέροντες να αντιμετωπιστούν κατά ισότιμο και ειλικρινή τρόπο και αυτή η διευκρίνιση να μην μπορεί να εξομοιωθεί με υποβολή νέας προσφοράς (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 11<sup>ης</sup> Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψεις 29 έως 39 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία)». Εντούτοις, «τόσο οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων όσο και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, όπερ σημαίνει ότι, κατ' αρχήν, είναι αδύνατον να τροποποιηθεί προσφορά μετά την κατάθεσή της, κατόπιν πρωτοβουλίας είτε της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να ζητήσει διευκρινίσεις από προσφέροντα του οποίου την προσφορά θεωρεί αόριστη ή ασύμβατη προς τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων»<sup>7</sup>.

Ειδικότερα, δε, αποσαφηνίζει η απόφαση SAG ELV Slovensko ότι μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να αιτείται την διόρθωση ή την περαιτέρω ενίσχυση λεπτομερειακών στοιχείων της οικείας αίτησης/ προσφοράς, σε περιορισμένο και εξειδικευμένο επίπεδο, εφόσον το αίτημα συνδέεται με στοιχεία ή πληροφορίες, όπως ένας δημοσιευμένος ισολογισμός, που μπορεί αντικειμενικά να αποδειχθεί ότι φέρει ημερομηνία προγενέστερη από την καταληκτική προθεσμία υποβολής προσφορών της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας», αλλά λαμβάνοντας υπόψη ότι « αυτό δεν ισχύει στην περίπτωση τα συμβατικά έγγραφα ζητούν την παροχή του ελλείποντος δικαιολογητικού ή πληροφορίες επί ποινή αποκλεισμού »<sup>8</sup>.

Επιπροσθέτως, μια ερμηνεία αυτής της ρήτρας υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΕ μπορεί να καταλήξει στο συμπέρασμα μιας θετικής υποχρέωσης ως προς την αναζήτηση διευκρινίσεων ή επιπρόσθετων πληροφοριών<sup>9</sup>, τουλάχιστον υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, όπως όταν 'οι συνθήκες της υπόθεσης της οποίας[η αναθέτουσα αρχή] έλαβε γνώση, υποδεικνύουν ότι πιθανότατα η αμφιβολία έχει μια απλή εξήγηση και δύναται πολύ εύκολα να αρθεί άλλως να λυθεί»<sup>10</sup>.

Επομένως, το άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24 συμβάλλει μέσω και της σχετικής ερμηνείας που παρέχει το ΔΕΕ στην κατεύθυνση της ανάπτυξης των κοινών

<sup>7</sup> Βλ. ΔΕΕ, 14.09.2017, C-223/16, Casertana Costruzioni, σκέψη 35 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Κ. Γιαννακόπουλος, Απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας, σε: Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης, 1η έκδ., 2019, σ. 145-169, Sakkoulas-Online.g

<sup>8</sup> case C-336/12 Manova παρ. 39,40) . Βλ και Ordinance C-140/16, C-697/16, 162/16 περί διόρθωσης της οικονομικής προσφοράς λόγω έλλειψης συμβατικών τευχών.

<sup>9</sup> case T-211/02 Tideland Signal v Commission

<sup>10</sup> case T-195/08 Antwerpse Bouwwerken v Commission

(ελάχιστων) εγγυήσεων «χρηστής διοίκησης» στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων σε όλα τα Κράτη Μέλη – ανεξαρτήτως των προϋποθέσεων της εγχώριας νομοθεσίας περί της διοικητικής διαδικασίας ή συναφούς πρόβλεψης<sup>11</sup> (βλ. <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/05/general-principles-in-awarding.html>).

Η Οδηγία 2014/24/ΕΕ, η οποία σε σχέση με την προηγούμενη Οδηγία 2004/18/ΕΕ, δίνει ακόμη μεγαλύτερη βαρύτητα στην δημιουργία συνθηκών ανάπτυξης ευρύτερου ανταγωνισμού στις διαγωνιστικές διαδικασίες, καθιερώνει ένα νομικό πλαίσιο, με το οποίο επιχειρείται άμβλυνση στη γενική θεώρηση απόλυτης και κάθετης εξαιρέσης υποψηφίων αναδόχων από τις διαγωνιστικές διαδικασίες (βλ. συναφώς άρθρο 57 παρ. 4 της νέας Οδηγίας το οποίο ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 73 του ν. 4412/2016, όπου προβλέπονται λόγοι δυνητικού αποκλεισμού των οικονομικών φορέων από τη διαγωνιστική διαδικασία με την πλήρωση συγκεκριμένων αρνητικών προϋποθέσεων, στα πλαίσια όμως, μιας πιο ευέλικτης αντιμετώπισης από τις αναθέτουσες αρχές, ώστε να αποκλείονται τελικώς μόνο οι πραγματικά αναξιόπιστοι οικονομικοί φορείς για τους οποίους αποδεικνύεται η αδυναμία τους να εκτελέσουν τη σύμβαση).<sup>12</sup>

Ασφαλώς σε κάθε περίπτωση βασική συνιστώσα της σύννομης εφαρμογής είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης σύμφωνα με την οποία η εν λόγω αρχή «επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός εάν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικώς (αποφάσεις της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-434/02, Arnold André, που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σκέψη 68 καθώς και η παρατιθέμενη σ αυτή νομολογία, και C-210/03, Swedish Match κ.λπ., που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σκέψη 70 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία) »<sup>13</sup>. Αντίστοιχα, στην απόφαση TNS Dimarso, κρίθηκε ότι «Κατά πάγια νομολογία, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας έχουν, μεταξύ άλλων, την έννοια ότι στους διαγωνιζομένους πρέπει να επιφυλάσσεται ισότιμη

---

<sup>11</sup> βλ. <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/05/general-principles-in-awarding.html>

<sup>12</sup> Απόφαση 215/2019 (VI Τμήματος Ελεγκτικού Συνεδρίου)

<sup>13</sup> Βλ. ΔΕΕ, 03.03.2005, Fabricom, C-21/03 και C-34/03, σκέψη 27, Κ. Γιαννακόπουλος, Απόφαση της 22ας Ιουνίου 1993, C-243/89, Επιτροπή κατά Δανίας, σε: Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης, 1η έκδ., 2019, σ. 145-169, Sakkoulas-Online.gr και Δ. Ράικος/Ευ. Βλάχου/Ευ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο – Σχετικές διατάξεις - Νομολογία, Τόμος Ι, σ. 145 και 147.

μεταχείριση τόσο κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους όσο και κατά τον χρόνο που οι προσφορές τους αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή».<sup>14</sup>

## **ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΝΝΟΜΗ ΤΑΞΗ – ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ/ ΠΡΑΞΕΙΣ ΕΛ.ΣΥΝ**

Επί της αυτής συλλογιστικής ενσωματώθηκε η ως άνω ρύθμιση στην ελληνική έννομη τάξη με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, στην Αιτιολογική έκθεση του οποίου αναφέρονται τα εξής: « Με το άρθρο 102 εισάγεται ρύθμιση η οποία εξυπηρετεί στη διάσωση προσφορών οι οποίες πάσχουν από πρόδηλα σφάλματα ή επουσιώδεις παραλείψεις. Με τις παραγράφους 1, 2 και 3 δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να καλεί τους προσφέροντες/υποψηφίους κατά τη διαδικασία ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει. Ωστόσο, προκειμένου να διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, η δυνατότητα συμπλήρωσης/ διευκρίνισης που παρέχεται αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωσης ή συμπλήρωσης και δεν επιτρέπεται να άγει σε μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή νέων εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο στην διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή ήδη υποβληθεί. Ενδεικτικά αναφέρονται περιπτώσεις που μπορεί να τύχει εφαρμογής αυτή η δυνατότητα όπως παράλειψη τινών μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση επικυρωμένων αντιγράφων και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα δια του νόμου, κανονιστικών πράξεων ή των εγγράφων της σύμβασης καθιερωμένα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη. Κατ' αντιστοιχία, σύμφωνα με την παράγραφο 4, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητά έγγραφη διευκρίνιση του

---

<sup>14</sup> βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 24ης Νοεμβρίου 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio κ.λπ., C-331/04, EU:C:2005:718, σκέψη 22, καθώς και της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία Σημειώνεται, πάντως, ότι τόσο η αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων όσο και η αρχή της διαφάνειας έχουν εφαρμογή σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, από τη σύνταξη των όρων της διακήρυξης μέχρι και την εκτέλεση της συναφθείσας σύμβασης.

*περιεχομένου της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς, εάν περιέχει ασάφειες, ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που κρίνονται θεραπεύσιμα. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη τροποποίηση ή αλλοίωση της προσφοράς ή τη μεταβολή στην κατάταξη των προσφορών, σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Σύμφωνα με την παράγραφο 5, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να ακολουθεί αυτή τη διαδικασία εάν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».*

Η ορθή εφαρμογή του άρθρου 102 εμπλέκει την αρχή της χρηστής διοίκησης, και την αρχή της αναλογικότητας στο βαθμό που στις παραγράφους 1-4 ιδρύεται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον υποψήφιο να παράσχει τις απαραίτητες διευκρινίσεις ενώ βασικές συνιστώσες και ρητή προϋπόθεση μη υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας είναι η τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και η μη δημιουργία συνθηκών υπέρ ή κατά της συμμετοχής τινός υποψηφίου.<sup>15</sup>

Κρίσιμη εν προκειμένω, για την οριοθέτηση της χρυσής τομής που εξασφαλίζει τη σύμμετρη και σύννομη εφαρμογή του άρθρου 102 παρ. 1-4 καθώς και ερμηνεία των προϋποθέσεων εφαρμογής κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής της παρ. 5 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 παρέχει η ήδη διαμορφωθείσα νομολογία των ελληνικών διοικητικών Δικαστηρίων (ΣτΕ, Διοικητικά Εφετεία και Ελεγκτικό Συνέδριο).

---

<sup>15</sup> Οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι οποίες περιλαμβάνονται, σύμφωνα με το προπαρατεθέν άρθρο 18 του ν.4412/2016, μεταξύ των αρχών που εφαρμόζονται κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων, όπως εν προκειμένω, προϋποθέτουν ότι όλοι οι όροι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ενημερωμένους και επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση. Συνάγεται, περαιτέρω, ότι η αναθέτουσα αρχή, προς διασφάλιση των ανωτέρω αρχών και προκειμένου να αποφευχθεί ο κίνδυνος να ενεργεί μεροληπτικά υπέρ συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, οφείλει να τηρεί αυστηρά τους όρους και τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. Για τους προεκτεθέντες, άλλωστε, λόγους, η διαγραφόμενη με τις διατάξεις του άρθρου 102 διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς ( πρβ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ. 40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C 387/14, Esaprojekt sp. z o.o. κατά Województwo Łódzkie, σκ. 37-40)

Καταρχήν έχει κριθεί ότι λαμβάνονται υπόψη ως διευκρινίσεις στα πλαίσια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 μόνο οι απαντήσεις σε ρητώς διατυπωθείσες και απευθυντές από την αναθέτουσα αρχή προς υποψήφιο ερωτήσεις κατόπιν διαπίστωσης ασάφειας, ήσσονος σημασίας ατέλειας, επουσιώδους παραλείψεως ή πρόδηλων τυπικών ή υπολογιστικών σφαλμάτων στην προσφορά του εν λόγω υποψηφίου. Επομένως, οι προβλεπόμενες κατά νόμο διευκρινίσεις δίδονται μόνο εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο της αναθέτουσας αρχής και κατά τη διαγραφόμενη από τις διατάξεις αυτές διαδικασία <sup>16</sup>. Επομένως, καταρχήν η Α.Ε.Π.Π. δεν μπορεί να λάβει υπόψη δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν το πρώτον με την προδικαστική προσφυγή προσφεύγουσας ή παρεμβαίνουσας και δεν έχουν υποβληθεί με την προσφορά της (τούτο δε ανεξαρτήτως και αν τα προσκομισθέντα είναι πράγματι ουσιώδη).<sup>17</sup>

Περαιτέρω έχει κριθεί ότι δεν υφίσταται *de facto* κανόνας άπαξ υποβολής ερωτήσεως προς διευκρίνιση προσφοράς στα πλαίσια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 (πρβλ. ΔεφΑθ. 32/2019).

Επίσης, η μη ανταπόκριση ή μη προσήκουσα ανταπόκριση στο σχετικό αίτημα της αναθέτουσας αρχής προς συμπλήρωση ή διευκρίνιση της οικείας προσφοράς οδηγεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σε απόρριψη της προσφοράς του εν λόγω υποψηφίου. Επί παραδείγματι έχει κριθεί ότι νομίμως αποκλείστηκε υποψήφιος, ο οποίος εκλήθη να συμπληρώσει ελλείπουσες μονογραφές σε κάθε φύλλο της προσφοράς του, πλην όμως δεν προσήλθε εντός της ταχθείσας προθεσμίας.<sup>18</sup> Ενώ αντίστοιχα, αποκλείστηκε νομίμως υποψήφιος που δεν προσκόμισε στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι η ψηφιακή υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου του έκανε χρήση αναγνωρισμένου ψηφιακού πιστοποιητικού σκληρής αποθήκευσης και ΑΔΔΥ, ενώ και από έλεγχο που έγινε μέσω του συστήματος Ερμής προέκυψε ότι φέρει πιστοποίηση από ημερομηνία μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς<sup>19</sup>.

Το ευρύτερο, ωστόσο, πεδίο ερμηνείας άφευκτα καταλείπεται στην ερμηνεία της επουσιώδους πλημμέλειας και τυπικού σφάλματος, που κρίνονται στα πλαίσια του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 θεραπεύσιμα – πέραν των ενδεικτικώς αναφερομένων – και κατά αντιδιαστολή στην διαπίστωση εκείνων των πλημμελειών που δεν είναι

<sup>16</sup> βλ. Δεφ ΘΕσ 3/2019, πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 981/2007

<sup>17</sup> ΕΑ ΣτΕ 401/2018

<sup>18</sup> Πράξη 125/2017 (Ε Κλιμακίου Ελεγκτικού Συνεδρίου)

<sup>19</sup> Πράξη 127/2017 {Στ Κλιμακίου (Β διακοπών) Ελεγκτικού Συνεδρίου}

θεραπεύσιμες καθώς στην διάγνωση υπό ποιες ειδικές προϋποθέσεις δέον είναι να δοθεί η δυνατότητα στον υποψήφιο να θεραπεύσει κάποιες πλημμέλειες, μη συνιστώντας εν προκειμένω η εν λόγω ενέργεια ανεπίτρεπτη επανυποβολή ή τροποποίηση προσφοράς.<sup>20</sup>

Με την απόφαση ΔεφΠειρ Ν1/2019 κρίθηκαν τα εξής «Ως δικαιολογητικό οικονομικής επάρκειας η οικεία διακήρυξη απαιτούσε βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας από Τράπεζα, ίσης τουλάχιστον με το 50% του ποσού του προϋπολογισμού (άνευ ΦΠΑ). Η συμμετέχουσα κοινοπραξία προσκόμισε δύο βεβαιώσεις Τραπεζών χωρίς το ως άνω απαιτούμενο περιεχόμενο.<sup>21</sup> Δεδομένου, δε, ότι απαιτείτο η προσκόμιση της εν θέματι βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, ενώ σύμφωνα βάσει σχετικού όρου της διακήρυξης δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στη διακήρυξη κρίνονται, μεταξύ άλλων, και κατά την υποβολή της προσφοράς, υφίστατο, κατά ρητή πρόβλεψη της Διακήρυξης, υποχρέωση προσκόμισης από τους συμμετέχοντες της κατά τα ανωτέρω τραπεζικής βεβαίωσης κατά το στάδιο της υποβολής των προσφορών. Οι προσκομισθείσες ως άνω τραπεζικές επιστολές δεν μπορούσαν να υποκαταστήσουν την απαιτούμενη από τη διακήρυξη βεβαίωση περί της πιστοληπτικής ικανότητας του διαγωνιζομένου κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, εφόσον μ' αυτές δεν βεβαιώνεται η δυνατότητα χρηματοδότησης του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (εν προκειμένω της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό αιτούσας κοινοπραξίας), κατά το συγκεκριμένο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού . Αντιθέτως, σ' αυτές

---

<sup>20</sup> Βλ. Dr. Albert Sanchez Graells, "Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions, <http://ssrn.com/abstract=2248590>.

<sup>21</sup> ειδικότερα το περιεχόμενο ήταν : α) Η Τράπεζα έχει εγκρίνει υπέρ της εταιρείας, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχει καθορίσει πιστοδοτικά όρια συνολικού ποσού €1.950,0 χιλ. Σε περίπτωση που η υπό σύσταση κοινοπραξία , στην οποία συμμετέχει και η εταιρεία σας, αναδειχθεί ανάδοχος του ανωτέρω έργου και εφόσον η ως άνω εταιρεία υποβάλει αίτημα για χρηματοδότηση, η Τράπεζα προτίθεται να το εξετάσει με βάση τα εκάστοτε τραπεζικά κριτήρια, τους ισχύοντες νομιμοπιστωτικούς κανόνες, την οικονομική κατάσταση και τις προοπτικές της εταιρείας κατά το χρόνο της υποβολής του, χωρίς να αναλαμβάνει με την παρούσα οποιαδήποτε δέσμευση ικανοποίησής του. Η παρούσα δεν επέχει θέση εγγυητικής επιστολής ή συμβουλής ή σύστασης κατά το άρθρο 729 του Αστικού Κώδικα», β) Η Τράπεζα έχει εγκρίνει υπέρ της εταιρείας όριο πιστοδότησης για χρηματοδοτήσεις Κ/Κ και έκδοση Ε/Ε Α', Β' και Γ' κατηγορίας, σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις που έχει καθορίσει. Σε περίπτωση που η ως άνω υπό σύσταση κοινοπραξία αναδειχθεί ανάδοχος του ανωτέρω έργου και εφόσον η εταιρεία σας υποβάλει αίτημα για χρηματοδότηση μέχρι ποσού €40.000,00 ευρώ, η Τράπεζα προτίθεται να το εξετάσει με βάση τα εκάστοτε τραπεζικά κριτήρια, τους ισχύοντες νομιμοπιστωτικούς κανόνες, την οικονομική κατάσταση και τις προοπτικές της εταιρείας κατά το χρόνο της υποβολής του, χωρίς να αναλαμβάνει με την παρούσα οποιαδήποτε δέσμευση ικανοποίησής του. Η παρούσα δεν επέχει θέση εγγυητικής επιστολής ή συμβουλής ή σύστασης κατά το άρθρο 729 του Αστικού Κώδικα».



αναφέρεται ότι σε περίπτωση που η αιτούσα κοινοπραξία αναδειχθεί ανάδοχος του ανωτέρω έργου και «εφόσον υποβάλει αίτημα για χρηματοδότηση», «η Τράπεζα προτίθεται να το εξετάσει με βάση τα εκάστοτε τραπεζικά κριτήρια, τους ισχύοντες νομισματοπιστωτικούς κανόνες, την οικονομική κατάσταση και τις προοπτικές της εταιρείας, κατά το χρόνο της υποβολής του, χωρίς να αναλαμβάνει οποιαδήποτε δέσμευση ικανοποίησής του» και ότι η βεβαίωση αυτή «δεν επέχει θέση εγγυητικής επιστολής ή συμβουλής ή σύστασης κατά το άρθρο 729 του Αστικού Κώδικα». Οι ανωτέρω ελλείψεις, δεν μπορούν να θεωρηθούν ότι συνιστούν ασάφεια των βεβαιώσεων ή επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα που επιδέχεται διόρθωση ή συμπλήρωση, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, την κάλυψη των οποίων θα ηδύνατο, κατά τις διατάξεις του ανωτέρω άρθρου, να ζητήσει εκ των υστέρων η αναθέτουσα αρχή, χωρίς αυτό να αποτελεί άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων. Εξάλλου, η σχετική επιστολή της Εθνικής Τράπεζας προς εταιρία - που φέρεται να δανείζει τη χρηματοοικονομική επάρκειά της στη συμμετέχουσα κοινοπραξία - , η οποία λήφθηκε μετά την υποβολή της προσφοράς και χωρίς να ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, ανεξαρτήτως του αν νομίμως ή μη προσκομίστηκε το πρώτον ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών κατά την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, σε κάθε περίπτωση, δεν συνιστά, σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, νόμιμο τρόπο συμπλήρωσης των υποβληθεισών αρχικών τραπεζικών βεβαιώσεων.

Αντιθέτως, με την πράξη 320/2018 (Στ Κλιμάκιο) του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν.4412/2016, επιτρεπτός συμπληρώθηκε η εγγυητική επιστολή συμμετοχής με την αναγραφή της, σε κάθε περίπτωση μη απαιτούμενης από το συνημμένο στη διακήρυξη σχετικό υπόδειγμα, ημερομηνίας του διαγωνισμού<sup>22</sup> και επίσης επιτρεπτός, καθόσον από τους όρους της Διακήρυξης δεν δύναται να συναχθεί με σαφήνεια εάν είναι υποχρεωτική από τον οικονομικό φορέα και μάλιστα με την ποινή του αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό, η υποβολή του "Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης" (Ε.Ε.Ε.Σ.) και σε άλλο τύπο αρχείου από αυτόν του pdf, ήτοι και σε αρχείο xml, συμπληρώθηκε το υποβληθέν σε μορφή pdf Ε.Ε.Ε.Σ. με την κατάθεσή του και σε μορφή xml<sup>23</sup>. Ομοίως, η πράξη 366/2018 (Ε κλιμακίου) του Ελεγκτικού Συνεδρίου αναφέρει ότι οι Α.Φ.Μ. και οι διευθύνσεις της

<sup>22</sup> βλ. Ελ.Συν. αποφ., 1922/2016 Μειζ.Επτ.Συνθ., 2788/2012, 294/2010, 3557/2009 VI Τμ

<sup>23</sup> βλ. Ελ.Συν. απόφ. 1334/2018 VI Τμ., 223/2018 πράξη του Κλιμακίου τούτου

έδρας εταιρειών κοινοπραξίας στην προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή συνιστά παράλειψη που δεν είναι ουσιώδης, δεδομένου ότι δεν προκαλείται αμφιβολία για την ταυτότητα των μελών της ως άνω διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας καθώς και για τη δέσμευση του Ταμείου ως προς τις αναλαμβανόμενες από αυτό εγγυητικές δεσμεύσεις σε σχέση με την ανωτέρω συμμετέχουσα. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να καλέσει την ανωτέρω διαγωνιζόμενη να άρει την πλημμέλεια αυτήν, η οποία συνιστά πρόδηλο τυπικό σφάλμα που δεν επιδρά στο περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς, η σχετική δε παράλειψη της αναθέτουσας αρχής και κατ' επέκταση η απόρριψη της προαναφερόμενης δεύτερης μειοδότης για τον λόγο αυτόν είναι μη νόμιμη<sup>24</sup>.

Αντιστοίχως, με την απόφαση 27/2019 ΔεΘΕσ κρίθηκαν σε διαγωνισμό με αντικείμενο την προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΑΥΤΟΜΑΤΟΥ ΑΝΑΛΥΤΗ ΟΥΡΩΝ» τα εξής «Σύμφωνα με σχετικό όρο της διακήρυξης απαιτείται στον τρόπο σύνταξης και υποβολής του φακέλου της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων να αναφέρεται η τιμή συσκευασίας των αντιδραστηρίων καθώς και ο αριθμός εξετάσεων που δίνει κάθε συσκευασία και ο απαιτούμενος ακέραιος αριθμός συσκευασιών ανά φορέα ετησίως με βάση τη σταθερότητα των αντιδραστηρίων στους αναλυτές, αλλά και την κατανάλωση αντιδραστηρίων για βαθμονόμηση και ποιοτικό έλεγχο. Από την αδιάστικτη διατύπωση του όρου αυτού, και δεδομένου ότι σύμφωνα τον όρο αυτό ως εξέταση νοείται μόνο το αποτέλεσμα της εργαστηριακής εξέτασης βιολογικών δειγμάτων, προκύπτει σαφώς ότι, κατά τη διέπουσα τον επίδικο διαγωνισμό, διακήρυξη απαιτούνταν η προσφορά των διαγωνιζομένων να καλύπτει τόσο τον απαιτούμενο ακέραιο αριθμό συσκευασιών για τις εξετάσεις που δίνει κάθε συσκευασία αντιδραστηρίων, όσο και τον απαιτούμενο ακέραιο αριθμό συσκευασιών των αντιδραστηρίων που θα καταναλωθούν για τη βαθμονόμηση και τον ποιοτικό έλεγχο. Ένας οικονομικός φορέας σε συμμόρφωση προς τον ανωτέρω όρο της διακήρυξης, δήλωσε μόνο ότι θα προσφέρει συγκεκριμένη ποσότητα συσκευασιών αντιδραστηρίων ταινιών (strips) των 100 τεμαχίων η κάθε μία αυτών καλύπτοντας μόνο το συνολικό αριθμό των ζητούμενων από τη διακήρυξη εξετάσεων των αντιδραστηρίων, χωρίς όμως να καλύπτει και την ποσότητα των αντιδραστηρίων που θα καταναλωθούν για τον ποιοτικό έλεγχο, ο οποίος, κατά τη διακήρυξη, απαιτούνταν να γίνεται δύο (2) φορές ημερησίως. Δεδομένου, δε, ότι ο η ως άνω πρόβλεψη

---

<sup>24</sup> πρβλ. Ελ.Συν. Τμ.Μείζ. Επταμ. Σύνθ. 3148/2012, βλ. Ε' Κλιμ. 406/2017).

αποτελεί απαράβατο όρο, η μη τήρησή του και συνακόλουθα η μη υποβολή της προσφοράς του διαγωνιζομένου σύμφωνα με τον πιο πάνω όρο της διακήρυξης συνεπάγεται την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς διαγωνιζομένου ως μη αποδεκτής. Τέλος, κατά τις διατάξεις της οικείας Διακήρυξης, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 καθώς και με την αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει τη σύνταξη των προσφορών στο πλαίσιο των διαγωνισμών ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων, όταν το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς παρουσιάζει έλλειψη στοιχείου κατά παράβαση όρου της Διακήρυξης, για την οποία (παράβαση) η Διακήρυξη προβλέπει ποινή αποκλεισμού, δεν υφίσταται δυνατότητα άρσης της παράβασης από το διαγωνιζόμενο κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών ούτε, βεβαίως, δυνατότητα του αναθέτοντος φορέως να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς άρση της παράβασης (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 184/2017, 867, 422/2009, 1319/2007 κ.ά.).

Με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης 3/2019 (ΑΝΑΣΤ) κρίθηκε στα πλαίσια διενέργειας διαγωνισμού προμήθειας ελαιολιπαντικών ότι η παράλειψη αναγραφής σε προσκομισθέν έγγραφο του Γενικού Χημείου του Κράτους μιας απαιτούμενης προδιαγραφής δημιουργεί ασάφεια ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς του υποψηφίου, η οποία, όμως, κρίνεται από το Δικαστήριο θεραπεύσιμη και, επομένως, επιτρεπτός σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και τη διαδικασία που διαγράφεται σε αυτές μπορούσε να διευκρινιστεί και να αποσαφηνιστεί, ακόμη δε και με την προσκόμιση νέων εγγράφων ικανών να αποδείξουν ότι συγκεκριμένο προϊόν του καταλόγου λιπαντικών του Γενικού Χημείου του Κράτους, με συγκεκριμένο αριθμό καταχώρησης, πληρούσε, με βάση τα στοιχεία που εξαρχής είχαν υποβληθεί στην πιο πάνω Υπηρεσία, και την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή, ώστε ευχερώς να συνάγεται η ταύτιση των προϊόντων που αναφέρονται στα πιο πάνω περιληφθέντα στην προσφορά έγγραφα. Συνεπώς, λόγω της προαναφερόμενης ασάφειας, η οποία συνδέεται με το περιεχόμενο εγγράφου που απαιτείται από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή φαίνεται ότι δεν μπορούσε, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 5 του προαναφερόμενου άρθρου 102 του ν. 4412/2016, να απορρίψει την τεχνική προσφορά της εν λόγω εταιρείας. Αντίστοιχη κρίση διέλαβε το Δικαστήριο και με την με αριθμό απόφασης ΔεφΘεσ 23/2019.

Με την απόφαση ΔεφΑθ 30/2019 κρίθηκε ότι η έλλειψη απάντησης σε συγκεκριμένο υποχρεωτικό κατά διακήρυξη πεδίο του ΤΕΥΔ δεν συνιστά “ασάφεια”,

ενώ δεν φαίνεται να μπορεί να θεωρηθεί ούτε “επουσιώδης πλημμέλεια” ή “πρόδηλο εκ παραδρομής σφάλμα”, που επιδεχόταν συμπλήρωση, αφού προϋπέθετε την αντικατάσταση του υποβληθέντος από την εν λόγω εταιρεία ΤΕΥΔ, όσον αφορά το επίμαχο πεδίο, με τη δήλωση, το πρώτον, ότι δεν βρίσκεται σε μία από τις αναφερόμενες στο εν λόγω πεδίο καταστάσεις, η τυχόν συνδρομή, άλλωστε, των οποίων συνιστά λόγο αποκλεισμού από τη διαδικασία. Όμως, κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 παρ. 2 του ν. 4412/2016, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 135/2018, 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.) και μάλιστα, όπως εν προκειμένω, του ΤΕΥΔ, δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στην οικεία διακήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 135/2018, 1044/2010, 1065/2009). Εξάλλου, η επίμαχη έλλειψη δεν υποκαθίσταται, εν πάση περιπτώσει, από το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή, με αφορμή άλλες σύγχρονες διαδικασίες ανάθεσης, διαθέτει ήδη τα αναγκαία έγγραφα, τα οποία επιβεβαιώνουν ότι η εν θέματι εταιρεία δεν τελεί σε κάποια από τις καταστάσεις που θα της απαγόρευαν τη συμμετοχή της στον επίδικο διαγωνισμό. Περαιτέρω με την ΔεφΑθ 67/2019 κρίθηκε το εξής *«Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, επιτρέπεται μεν η συμπλήρωση ή διόρθωση δευτερεύουσας σημασίας ατελειών των προσκομισθέντων για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό εγγράφων που δεν συνεπάγεται όμως την αντικατάσταση, στην πραγματικότητα, των υποβληθέντων εγγράφων (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 135/2018, Ε.Α. ΣτΕ 1044/2010 κ.α.) και τέτοια ατέλεια δεν συνιστά η έλλειψη ευανάγνωστης υπογραφής σε έγγραφο από την οποία να προκύπτει το όνομα και η ιδιότητα του υπογράφοντος προσώπου, ως νομίμου εκπροσώπου εταιρείας, ούτε η έλλειψη χρονολογίας σύνταξης του εγγράφου (πρβλ. Δ.Ε.Κ. C-42/2013 κ.α.)»*.

Η ΕΑ ΣτΕ 135/2018 απεφάνθη επί των κάτωθι συνοπτικά αποδιδόμενων πραγματικών περιστατικών: Προσφέρων ανέγραψε στο ΕΕΕΣ στο πεδίο περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου έτερη επωνυμία από την επωνυμία της εταιρείας, που υπέβαλε ως τρίτη «δανείζουσα εμπειρία» ξεχωριστό ΕΕΕΣ. Με την προσφυγή αυτή η αιτούσα προέβαλε την αιτίαση ότι η αναγραφή στο επίμαχο ΕΕΕΣ άλλης εταιρείας από αυτή που προσκόμισε ΕΕΕΣ στον επίμαχο διαγωνισμό (ως τρίτη) συνιστά

πρόδηλο λεκτικό σφάλμα, το οποίο είναι επιδεκτικό διορθώσεως σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016 και τον όρο 8.3 της διακήρυξης, χωρίς οιαδήποτε έννομη συνέπεια, αφού προσκομίσθηκαν όλα τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά και συνεπώς, η όποια πλημμέλεια δεν συνιστά ουσιώδη έλλειψη, αλλά συμπληρώσιμη και διορθώσιμη “de minimis” πλημμέλεια. Ωστόσο, εν προκειμένω υφίσταται αντιφατική πρόταση πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, η οποία καθιστά το σύνολο της προσφοράς αόριστο. Περαιτέρω δε, ούτε είναι επιτρεπτή η με τη διαδικασία της κλήσης σε διευκρινίσεις, διόρθωση του ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος κατά τα ανωτέρω, δεδομένου ότι και αυτό θα συνιστούσε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς, ουσιώδη αλλοίωση αυτής και κατά τούτο άνιση ευνοϊκή μεταχείρισή του έναντι των άλλων διαγωνιζομένων. Τέλος, η εφαρμογή του αρ. 102 του ν. 4412/2016 είναι εν προκειμένω μη επιτρεπτή και για τον προφανή λόγο ότι δεν προκύπτει σαφώς ποιο εκ των δύο είναι το σφάλμα του προσφέροντος το οποίο ενδεχομένως θα έχρηζε διόρθωσης: η δήλωση της εταιρείας που δηλώθηκε ως τρίτος οικονομικός φορέας στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος αντί της εταιρείας που υπέβαλε ΕΕΕΣ στο διαγωνισμό ή η μη υποβολή αυτοτελούς ΕΕΕΣ για τη πρώτη εταιρεία ως τρίτου οικονομικού φορέα. Τούτο διότι για την εφαρμογή του αρ. 102 ν. 4412/2015, και επιπλέον των ανωτέρω, το αντικείμενο του τυχόν προς διόρθωση σφάλματος θα πρέπει να προκύπτει ευθέως εκ των εγγράφων της σύμβασης και όχι να επαφίεται στις εκ των υστέρων δηλώσεις του εκάστοτε προσφέροντος.

Ομοίως, με την ΕΑ ΣτΕ 184/2017 κρίθηκε, λαμβάνοντας υπόψη ότι η αναφορά στην τεχνική προσφορά της εταιρείας των τετραγωνικών μέτρων καθαρισμού ανά άτομο είναι, σύμφωνα με την οικεία Διακήρυξη είναι ουσιώδης και η μη αναγραφή αυτού του στοιχείου συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς ως τεχνικώς απαράδεκτης, η παράλειψη συμπλήρωσης του σχετικού πεδίου από την προσφεύγουσα δεν συνιστά πρόδηλο τυπικό σφάλμα, αλλά ουσιώδη παράλειψη που εμποδίζει την εκτίμηση της νομιμότητας της προσφοράς και της δυνατότητας της προσφεύγουσας να παράσχει αρτίως και νομίμως τις υπηρεσίες του διαγωνισμού. Επομένως, κατά τις διατάξεις του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας, όταν το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς παρουσιάζει έλλειψη στοιχείου κατά παράβαση όρου της Διακήρυξης, για την οποία (παράβαση) η Διακήρυξη προβλέπει ποινή αποκλεισμού, δεν υφίσταται δυνατότητα άρσεως της παραβάσεως από τον διαγωνιζόμενο κατά το στάδιο του ελέγχου των προσφορών ούτε, βεβαίως,

δυνατότητα του αναθέτοντος φορέως να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς άρση της παραβάσεως (πρβλ. ΕΑ 867/2009, 422/2009, 1211/2008, 1319/2007).

Επίσης, με την πράξη 122/2017 (Ε κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου το κλιμάκιο έκρινε ότι νομίμως αποκλείσθηκε από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού συγκεκριμένος υποψήφιος δεδομένου ότι η μη αναγραφή στην υποβληθείσα κατά την ημερομηνία του διαγωνισμού υπεύθυνη δήλωση προβλεπόμενου όρου της διακήρυξης συνιστά έλλειψη στο ως άνω δικαιολογητικό συμμετοχής, που κατά ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης επιφέρει τον αποκλεισμό του υποψηφίου. Ούτε έτερη επιστολή αυτού δύναται να χαρακτηριστεί ως εμπειρέχουσα διευκρίνιση ή συμπλήρωση του περιεχομένου της ως άνω υπεύθυνης δήλωσης καθόσον, παρά την υποβολή αυτής, η επισημανθείσα με το προαναφερόμενο πρακτικό έλλειψη στο περιεχόμενο της ως άνω υπεύθυνης δηλώσεως εξακολουθεί να υφίσταται.

Αντιστοίχως, με την απόφαση ΕΑ ΣτΕ 219/2017 κρίθηκε ότι η διαπιστωθείσα πλημμέλεια συνίσταται σε ασάφεια της προσφοράς της - «ότι δεν συμφωνεί το συνολικό ποσό ούτε η άθροιση αντιστοιχεί στο προσφερόμενο σύνολο οικονομικής προσφοράς» το εξής : Ενόψει του ότι η διακήρυξη, ως προς την παροχή διευκρινίσεων περιέχει ειδική πρόβλεψη που ρυθμίζει αποκλειστικά τη δυνατότητα συμπλήρωσης ή διευκρίνισης πιστοποιητικών που έχουν παραληφθεί, πάντως και υπό την εκδοχή αυτή, η ασυμφωνία του συνολικού προσφερόμενου τιμήματος με το άθροισμα των καταχωρίσεων στα επιμέρους πεδία και η μη αναγραφή κάθε κόστους που περιλαμβάνεται στην προσφορά κατά τρόπο αναλυτικό, αλλά η συμπερίληψή του μόνο στο συνολικό αποτέλεσμα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ασάφεια ή σονος σημασίας ή ατέλεια, ή ως επουσιώδης παράλειψη κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι, πάντως, κατ' αποτέλεσμα, η συνολική προσφορά της, ανερχόμενη σε συγκεκριμένο ποσό, ήταν ορθή και ως εκ τούτου, έπρεπε να κληθεί για διευκρινίσεις, δεν πιθανολογείται επίσης ως βάσιμος, δεδομένου ότι, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, λόγω των ασυμφωνιών αυτών και της μη αναγραφής κάθε κόστους στα αναλυτικά επιμέρους πεδία δεν ήταν δυνατή η επαλήθευση των στοιχείων της οικονομικής προσφοράς. Εξάλλου, η επίκληση στοιχείων που περιλαμβάνονται σε άλλα έγγραφα της οικονομικής προσφοράς και όχι στους πίνακες αυτής και ειδικότερα τα στοιχεία που προκύπτουν από την υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε η αιτούσα με την προσφορά της, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 68 του ν. 3863/2010 και στη σχετική παράγραφο της διακήρυξης, δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη για τη συναγωγή αριθμητικών συμπερασμάτων ως προς τη σύνθεση

της προσφοράς της αιτούσας, πρωτίστως για τον λόγο ότι τα ποσά αυτά, αναλυόμενα κατά τρόπο διαφορετικό από τους πίνακες της οικονομικής προσφοράς, είχαν ανάγκη πρόσθετων υπολογισμών και αριθμητικών πράξεων. Και τούτο ανεξαρτήτως αν θα ήταν νόμιμη, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, η συμπλήρωση ή διευκρίνιση της οικονομικής προσφοράς διά παραπομπής σε στοιχεία που περιλαμβάνονται στη δήλωση αυτή, η υποχρεωτική υποβολή της οποίας σε διαγωνιστικές διαδικασίες, κατά την αιτιολογική έκθεση των διατάξεων του άρθρου 68 του ν.3863/2010, έχει τεθεί προς εξυπηρέτηση διαφορετικού σκοπού που συνδέεται με την προστασία των δικαιωμάτων των εργαζομένων.

Μείζον ζήτημα, αναγόμενο σε έρεισμα εφαρμογής του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 είναι η ενδεχόμενη πλημμέλεια ή ασάφεια των συμβατικών τευχών. Ειδικότερα, η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, έκφανση της οποίας αποτελεί η αρχή της χρηστής διοίκησης, η οποία επίσης διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων<sup>25</sup> επιβάλλει, όπως το βάρος της ευθύνης της σύνταξης των ως άνω εγγράφων μιας δημόσιας προκήρυξης φέρει η αναθέτουσα αρχή. Από αυτό παρέπεται ότι, σε περίπτωση που, εκ παραδρομής, για λόγους όμως αναγόμενους σε υπαιτιότητα της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, παρεισφρύσει σφάλμα στα έγγραφα αυτά, το οποίο δύναται να δημιουργήσει ενδεχόμενο αποκλεισμού οικονομικών φορέων από την οικεία διαγωνιστική διαδικασία, η ως άνω αρχή της χρηστής διοίκησης επιτάσσει όπως η ευθύνη του σφάλματος να μην μετακλιθεί από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία οικονομικούς φορείς, τουναντίον να ληφθεί μέριμνα ώστε να αρθούν οι συνέπειες του σφάλματος αυτού και να μην αποβεί αυτό εις βάρος τους. Έτσι, σε περίπτωση που υποψήφιος, στηριζόμενος καλοπίστως σε έγγραφα της αναθέτουσας αρχής, υποβάλει προσφορά, η οποία πάσχει για λόγους που οφείλονται σε πρόδηλο, ευχερώς και αντικειμενικώς δυνάμενο να εξακριβωθεί σφάλμα της αναθέτουσας αρχής, δεν επιτρέπεται αυτός να αποκλεισθεί για τον συγκεκριμένο λόγο από τον διαγωνισμό. Σε μια τέτοια περίπτωση, δικαιολογείται η ενεργοποίηση της διαδικασίας του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ώστε, εκτιμωμένων των περιστάσεων της οικείας περίπτωσης και τηρουμένων των ως άνω αρχών της διαφάνειας και ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, να δοθεί η δυνατότητα στον οικείο φορέα να διορθώσει ή κατά περίπτωση, να συμπληρώσει την προσφορά του, ως προς το σημείο στο οποίο αφορά το σφάλμα, ώστε να αρθούν

---

<sup>25</sup> πρβλ. αποφ. του Πρωτοδικείου της 27ης.9.2002, Tideland Signal Ltd

οι συνέπειες αυτού. Η ως άνω διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση, η οποία χωρεί, υπό τις ανωτέρω εκτεθείσες εξαιρετικές περιστάσεις, επιβάλλεται από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, υπό τον όρο, όμως, τήρησης ορισμένων προϋποθέσεων. Η αίτηση διευκρίνισης- η οποία θα υποβάλλεται, μόνον αφότου η αναθέτουσα αρχή έλαβε γνώση του συνόλου των προσφορών, πρέπει καταρχήν να απευθυνθεί επί ίσοις όροις σε όλους τους προσφέροντες, που βρίσκονται στην ίδια κατάσταση και πρέπει να αφορά στο σημείο της προσφοράς, που χρήζει διευκρίνιση/διόρθωσης λόγω του σφάλματος, - δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει στην πραγματικότητα ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά. Η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψηφίους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μην δύναται κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση κάποιον υποψήφιο <sup>26</sup>. Η ως άνω εκτεθείσα υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής για κλήση υποψηφίου προς παροχή διευκρινίσεων επί προσφοράς του, η οποία πάσχει λόγω σφάλματος που ανάγεται σε υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής, επιβάλλεται και από την αρχή της αναλογικότητας, η οποία επιτάσσει όπως τα μέτρα που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέτρο, ως εκ τούτου, όταν υφίσταται επιλογή μεταξύ περισσότερων κατάλληλων μέτρων, πρέπει να επιλέγεται το λιγότερο επαχθές, τα δε προκύπτοντα μειονεκτήματα δεν πρέπει να είναι δυσανάλογα προς τους επιδιωκόμενους σκοπούς<sup>27</sup>. Επιπροσθέτως, η ως άνω υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής επιβάλλεται για λόγους διαφύλαξης του δημοσίου συμφέροντος, αφού έτσι αποτρέπεται ο, υπό τις προεκτεθείσες περιστάσεις και για τυπικούς και μη ουσιαστικούς λόγους, αποκλεισμός πλειόνων οικονομικών φορέων από διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων.

Με βάση τα ανωτέρω, με την Πράξη 618/2018 ( Ε Κλιμακίου) του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι, δεδομένου ότι με τις διατάξεις της οικείας πρόσκλησης προς διαπραγμάτευση δεν ορίζεται, κατά τρόπο αδιαμφισβήτητο, η επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωση των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν ηλεκτρονικά αντίγραφο

---

<sup>26</sup> βλ. αποφ. ΔΕΕ της 10ης.10.2013, Manova, C-336/12, σκ. 40, της 7ης.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C- 324/14 σκ. 65, της 11ης.5.2017, Archus sp.z o.o., Gama Jacek Lipik, C-131/16 και της 28ης.2.2018, MA.T.I.SUD SpA, σκ. 53

<sup>27</sup> βλ. αποφ. ΔΕΕ της 16ης.12.2008, Μηχανική, C-213/07, σκ. 48 και 61, της 19ης.5.2009, Assitur, C-538/07, σκ. 21 και 23, της 23ης.12.2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili, C-376/08, σκ. 33, της 10.12.2009, Antwerpse Bouwerken NV, T-195/08, σκ. 57, της 22ας.10.2015, Impresa Edilux και SICEF, C-425/14, σκ. 29, καθώς και της 28ης.2.2018, MA.T.I.SUD SpA, σκ. 53



πιστοποιητικού συμμόρφωσης σε πρότυπα διασφάλισης ποιότητας/περιβαλλοντικής διαχείρισης, που φέρει στο σώμα αυτού είτε επικύρωση από δικηγόρο είτε θεώρηση από δημόσια αρχή. δύναται ερμηνευτικώς να υποστηριχθεί η υποχρέωση ηλεκτρονικής υποβολής αντιγράφου, που φέρει απλώς στο σώμα αυτού σφραγίδα επικύρωσης/θεώρησης, εμμέσως και μόνο εκ της απλής αναφοράς του ν.4250/2014 στο άρθρο της οικείας διακήρυξης, όπου παρατίθεται γενικώς η εφαρμοστέα νομοθεσία. Εντούτοις, η απλή παράθεση του ν.4250/2014 δεν άγει αβίαστα στο συμπέρασμα ότι οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να υποβάλουν ηλεκτρονικά αντίγραφο των επίμαχων πιστοποιητικών, που φέρουν στο σώμα αυτών σφραγίδα επικύρωσης/θεώρησης, αφού η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση παρίσταται αλυσιτελής, καθόσον σε κάθε περίπτωση το ηλεκτρονικά υποβληθέν πιστοποιητικό διατηρεί την ιδιότητα του απλού αντιγράφου και δεν αποδεικνύεται η γνησιότητα αυτού. Ωσαύτως, η ως άνω ερμηνεία δεν συνάδει με την υποχρέωση περί ηλεκτρονικής διεξαγωγής των διαγωνιστικών διαδικασιών, ούτε με τον επιδιωκόμενο σκοπό του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου, ήτοι με την απλοποίηση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων διά της υποβολής του ΤΕΥΔ. Τούτων δοθέντων, η επίμαχη πρόσκληση προς διαπραγμάτευση είναι κατά τούτο ασαφής και, ως εκ τούτου, το ενδεχόμενο αποκλεισμού οικονομικού φορέα, εκ μόνου του λόγου ότι δεν υπέβαλε αντίγραφο επικυρωμένου πιστοποιητικού, δικαιολογεί την ενεργοποίηση της διαδικασίας του άρθρου 102 του ν.4412/2016 εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, η οποία, άλλωστε, δύναται να ζητεί τη διόρθωση ή τη συμπλήρωση, ως προς συγκεκριμένα σημεία, των στοιχείων που περιλαμβάνει ορισμένη προσφορά, όταν τέτοιες διορθώσεις ή συμπληρώσεις αφορούν στοιχεία, τα οποία μπορεί αντικειμενικώς να εξακριβωθεί ότι ανάγονται σε χρόνο προγενέστερο της λήξης της ορισθείσας προθεσμίας για την υποβολή προσφορών, και δεν αφορούν πληροφορίες των οποίων η υποβολή είναι υποχρεωτική ρητώς επί ποινή αποκλεισμού<sup>28</sup>. Άλλως, ο αποκλεισμός εκ μόνου του λόγου αυτού αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας<sup>29</sup>. Και τούτο, πολλώ δε μάλλον στην περίπτωση που η εγκυρότητα/γνησιότητα του εγγράφου, ως πιστοποιητικού εκδοθέντος από διαπιστευμένο φορέα παροχής υπηρεσιών ελέγχου/επιθεώρησης/πιστοποίησης, παρίσταται ευχερώς εξακριβώσιμη

<sup>28</sup> βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 10ης.10.2103, Manova, C 336/12, σκ. 39 και 40

<sup>29</sup> ως προς την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας κατά την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων που συνάπτονται στα κράτη μέλη βλ. αποφ. ΔΕΕ της 16ης.12.2008, Μηχανική, C-213/07, σκ. 48 και 61, της 19ης.5.2009, Assitur, C-538/07, σκ. 21 και 23, της 23ης.12.2009, Serrantoni και Consorzio stabile edili, C-376/08, σκ.33, καθώς και της 22ας.10.2015, Impresa Edilux και SICEF, C-425/14, σκ. 29)

από δωρεάν και ευχερώς προσβάσιμη βάση δεδομένων. Ενόψει των προεκτεθέντων, κρίθηκε ότι η επίμαχη πρόσκληση προς διαπραγμάτευση είναι κατά τούτο ασαφής, οι δε συνέπειες της ασάφειας αυτής μπορούσαν, κατ' επιταγή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και προς όφελος του δημόσιου συμφέροντος, το οποίο δεν εξυπηρετείται όταν η διαπιστωθείσα ασάφεια οδηγεί στον αποκλεισμό πλειόνων οικονομικών φορέων, συναφώς στον περιορισμό της ανάπτυξης συνθηκών ανταγωνισμού, να αρθούν διά της αποδοχής διευκρινίσεων ως προς τη γνησιότητα του ηλεκτρονικώς υποβληθέντος πιστοποιητικού και μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών.

Αντιστοίχως, με την Πράξη 182/2017 (Ε κλιμακίου) του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι συγκεκριμένη διατύπωση της διακηρύξεως και ειδικότερα η φράση «ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής (...)», είναι «ασαφής και δυνάμενη να δημιουργήσει σύγχυση στους διαγωνιζομένους, καθόσον, πλην της περιπτώσεως συντάξεως δηλώσεως ενώπιον συμβολαιογράφου, δεν προβλέπεται στην εθνική νομοθεσία διαδικασία συντάξεως υπεύθυνης δηλώσεως «ενώπιον δικαστικής ή διοικητικής αρχής». Η μόνη προβλεπόμενη συναφής δυνατότητα είναι η υπογραφή συνταχθείσας υπεύθυνης δηλώσεως ενώπιον δημόσιας αρχής και η θεώρηση του γνησίου της υπογραφής του δηλούντος από όργανο της εν λόγω αρχής. Συνεπώς, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων της διακηρύξεως, οι υπεύθυνες δηλώσεις που όφειλαν να προσκομίσουν οι διαγωνιζόμενοι έπρεπε να φέρουν βεβαίωση του γνησίου της υπογραφής του δηλούντος από δικαστική, διοικητική αρχή, συμβολαιογράφο κλπ.. Ωστόσο, η απαίτηση αυτή όφειλε να έχει διατυπωθεί ρητώς από την αναθέτουσα αρχή στα οικεία άρθρα της διακηρύξεως με τη χρήση του όρου «βεβαίωση/θεώρηση του γνησίου της υπογραφής», αντί της χρήσεως του όρου «ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής κλπ», η οποία δύναται να εκληφθεί και ως έχουσα την έννοια ότι η υπεύθυνη δήλωση οφείλει να απευθύνεται σε δικαστική ή διοικητική αρχή κλπ. (βλ. και άρθρο 8 παρ. 1 του ν. 1599/1986, το οποίο ορίζει ότι «Γεγονότα ή στοιχεία που δεν αποδεικνύονται με το δελτίο ταυτότητας ή τα αντίστοιχα έγγραφα (...), μπορεί να αποδεικνύονται ενώπιον κάθε αρχής ή υπηρεσίας του δημόσιου τομέα με υπεύθυνη δήλωση (...)). Άλλωστε, η κατά τα ανωτέρω δυνατότητα συγχύσεως προκύπτει στην προκειμένη περίπτωση και από το γεγονός ότι τόσο η αναδειχθείσα ως ανάδοχος εργοληπτική επιχείρηση, όσο και η αναθέτουσα αρχή (τόσο στο στάδιο της αξιολογήσεως των προσφορών, όσο και κατά την εξέταση της ενστάσεως), απέδωσαν στην κρίσιμη διάταξη της διακηρύξεως

την ανωτέρω εσφαλμένη έννοια. Εξάλλου, ο όρος «βεβαίωση/θεώρηση του γνησίου της υπογραφής» είναι αυτός που χρησιμοποιείται από τον νομοθέτη στο άρθρο 11 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 2690/1999, ΦΕΚ Α΄ 45), αλλά και αυτός που εχρησιμοποιείτο στα προϊσχύσαντα αναθεωρημένα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων συμβάσεων δημοσίων έργων τύπου Α και Β<sup>30</sup>. Κατόπιν τούτων, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η κατά τα ανωτέρω ασάφεια του σχετικού όρου της διακηρύξεως δεν δύναται να αποβεί εις βάρος των διαγωνιζομένων γενικώς και ειδικότερα εις βάρος της ανακηρυχθείσας ως αναδόχου<sup>31</sup>.

Επί της αυτής νομικής βάσης εκδόθηκε η Πράξη 647/2018 (VI Κλιμακίου) του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που αφορά προσφορά στην οποία υποχρεωτικά βάσει διακήρυξης έπρεπε να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος συμμετοχής κάθε μέλους και η κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους. Επίσης, πρέπει να ορίζεται ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης. Οι ρυθμίσεις αυτές της διακήρυξης, δεν επιβάλλουν – κατά την κρίση του Κλιμακίου - στην προσφέρουσα ένωση οικονομικών φορέων «να ορίσει μόνο έναν εκπρόσωπο, επομένως, δεν αποκλείεται να οριστούν περισσότερα πρόσωπα, είτε κατά αντιστοιχία προς τα μέλη της ένωσης και την έκταση της συμμετοχής τους, είτε όχι, τα οποία μπορούν να ενεργούν χωριστά ή από κοινού. Ούτε οι ίδιες ρυθμίσεις επιβάλλουν οι ιδιότητες του εκπροσώπου και του συντονιστή να συμπίπτουν στο ίδιο πρόσωπο ή, το αντίθετο, να αποδίδονται σε διαφορετικά πρόσωπα. Η διαζευκτική γραμματική διατύπωση της διακήρυξης επιτρέπει στα πρόσωπα, που συμπράττουν για να υποβάλουν κοινή προσφορά ως ένωση οικονομικών φορέων, να καθορίσουν τα σχετικά ζητήματα, κατά τον κανόνα της ελευθερίας της βούλησης του άρθρου 361 ΑΚ. Επιπροσθέτως, η ίδια διαζευκτική διατύπωση επιτρέπει να θεωρηθεί ότι ο ορισμός εκπροσώπου ισχύει και ως ορισμός συντονιστή ή το αντίστροφο και ότι συνακόλουθα, για το παραδεκτό της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων, αρκεί να οριστεί είτε εκπρόσωπος είτε συντονιστής, χωρίς να στοιχειοθετείται παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης σε περίπτωση που ο ορισμός αφορά τη μία από τις δύο ιδιότητες. Είναι διαφορετικό ζήτημα ότι η ιδιότητα του συντονιστή ή του επικεφαλής της ένωσης δεν ταυτίζεται οπωσδήποτε με την ιδιότητα του εκπροσώπου της ένωσης. Κατά το μέρος δε αυτό η διακήρυξη δεν προβαίνει σε διευκρίνιση ή επεξήγηση των όρων. Ωστόσο, ως εκπρόσωπος της ένωσης

<sup>30</sup> βλ. ΦΕΚ Β΄ 664/21.4.2015 υποσημ. 45 για διακηρύξεις τύπου Α΄ και υποσημ. 47 για διακηρύξεις τύπου Β΄

<sup>31</sup> πρβλ. ΣτΕ 1725/2010, Ε.Α. ΣτΕ 22/2017, 82/2016, ΔΕφΘεσ/νίκης 785/2014, 98/2011

αναφορικά προς την αναθέτουσα αρχή μπορεί να νοηθεί το πρόσωπο, το οποίο έχει την εξουσία, κατ' αναλογία προς τις διατάξεις του ΑΚ για την αντιπροσώπευση (άρθρα 211 επ. ΑΚ) και την εντολή (άρθρα 713 επ. ΑΚ), να δηλώνει τη βούληση της ένωσης, να ενεργεί στο όνομά της και να τη δεσμεύει. Παρέπεται δε ότι, αν ως εκπρόσωπος της ένωσης οικονομικών φορέων ορίζεται νομικό πρόσωπο, τότε ο εκπρόσωπος του νομικού αυτού προσώπου νοείται ως εκπρόσωπος της ένωσης (πρβλ. άρθρα 107, 741, 748 επ. ΑΚ). Περαιτέρω, από την ένδειξη του εγγράφου της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙΑα) να αναφερθεί «ο ρόλος του οικονομικού φορέα στον όμιλο (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...)» δεν προκύπτει αναμφισβήτητα ότι στη σχετική απάντησή τους οι προσφέροντες ως ένωση οφείλουν, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού τους, να αναφερθούν στα στοιχεία που σχετίζονται με τις ρυθμίσεις του άρθρου 3.1 της διακήρυξης, περιλαμβανομένων των σχετικών με τον εκπρόσωπο/συντονιστή. Αντίθετα, μάλιστα, ενώ το προαναφερόμενο άρθρο της διακήρυξης αναφέρεται σε εκπρόσωπο (ιδιότητα που παραπέμπει σε φυσικό πρόσωπο)/συντονιστή της ένωσης, η ανωτέρω ένδειξη στο ΕΕΕΣ αποκλίνει, συσχετιζόμενη προς το ρόλο του μέλους της ένωσης οικονομικού φορέα καθεαυτό, χωρίς να συνδέει τις αντίστοιχες πληροφορίες με την εξουσία εκπροσώπησης της ένωσης. Η ίδια, εντός παρένθεσης και με ενδεικτικό χαρακτήρα, μνεία στο ΕΕΕΣ μπορεί να έχει μόνο την έννοια ότι, σε περίπτωση που η ένωση οικονομικών φορέων διέπεται ήδη στο στάδιο υποβολής προσφοράς, κατά τις αποφάσεις των μελών της, λαμβανόμενες σύμφωνα με τον κανόνα της ελευθερίας της βούλησης (ΑΚ 361), από σχετικούς, με την κατανομή στα μέλη της καθηκόντων, αρμοδιοτήτων και γενικά «ρόλων», όρους (όπως ο ορισμός επικεφαλής), τούτο δηλώνεται στο ΕΕΕΣ. Στην αντίθετη περίπτωση, δηλώνονται κατά το δυνατό συναφείς πληροφορίες, η περίπτωση δε αυτή δεν πρέπει να αποκλείεται, δεδομένου ότι το ειδικότερο περιεχόμενο μιας έννομης σχέσης, όπως η μεταξύ των μελών μιας ένωσης οικονομικών φορέων για την υποβολή προσφοράς σε διαγωνιστική διαδικασία, δεν είναι προκαθορισμένο ούτε υποχρεωτικό και ότι, ως εκ τούτου, μεταξύ μελών που βούλονται να σχηματίσουν ένωση σε απολύτως ισότιμη βάση, ενδεχομένως να μην οριστεί επικεφαλής. Εξάλλου, η διαγραφόμενη με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν.4412/2016 διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. Ε.Σ. Ε' Κλ. 618/2018 και εκεί παραπομπές). Σε περίπτωση, όμως, που οι όροι

της διακήρυξης δεν είναι απολύτως σαφείς, η παράλειψη ασαφώς ζητούμενης με τη διακήρυξη πληροφορίας, η οποία, μάλιστα, οδηγεί σε αποκλεισμό του προσφέροντος, δικαιολογεί την εφαρμογή της δυνατότητας του άρθρου 102 του ν.4412/2016 εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, η οποία, δύναται να ζητεί τη διόρθωση ή τη συμπλήρωση, ως προς συγκεκριμένα σημεία, των στοιχείων που περιλαμβάνει ορισμένη προσφορά, όταν τέτοιες διορθώσεις ή συμπληρώσεις αφορούν στοιχεία, τα οποία μπορεί αντικειμενικά να εξακριβωθούν και από άλλα έγγραφα που έχουν τεθεί στη διάθεση της αναθέτουσας αρχής από την ίδια προσφέρουσα ένωση οικονομικών φορέων. Η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να εφαρμόσει την ανωτέρω δυνατότητα και κατ' αποτέλεσμα ο αποκλεισμός της προσφέρουσας ένωσης για το λόγο αυτό αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, αποβαίνει δε σε βάρος και του δημόσιου συμφέροντος, το οποίο δεν εξυπηρετείται όταν η διαπιστωθείσα ασάφεια της διακήρυξης οδηγεί στον αποκλεισμό πλειόνων οικονομικών φορέων».

Συναφώς, με την Πράξη 366/2018 (Ε κλιμακίου) το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε ότι οι όποιες ελλείψεις παρουσιάζει το έντυπο υποβολής οικονομικής προσφοράς και συγκεκριμένα η απουσία στρογγυλής σφραγίδας της Υπηρεσίας στο αναρτηθέν στην ιστοσελίδα της έντυπο οικονομικής προσφοράς μορφής DOC, το οποίο συμπλήρωσε η ως άνω αποκλεισθείσα κοινοπραξία, βαρύνουν την αναθέτουσα αρχή, η οποία δεν δικαιούται, επικαλούμενη την εκ παραδρομής ανάρτηση του ως άνω μη σφραγισμένου εντύπου μορφής DOC, να χρησιμοποιεί τις ελλείψεις αυτές ως λόγο απόρριψης υποβληθέντων προσφορών, διότι έτσι παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου στην ειλικρίνεια και συνέπεια της δράσης της διοίκησης. Και τούτο ανεξαρτήτως του ότι ούτε από τις προεκτεθείσες διατάξεις της διακήρυξης ούτε από τις λοιπές που διέπουν τη διαδικασία ανάθεσης των δημόσιων έργων (ν. 4412/2016) προβλέπεται ρητά ή συνάγεται ερμηνευτικά ότι η χρήση μη σφραγισμένου από την υπηρεσία – πλην όμως απολύτως όμοιου ως προς το περιεχόμενο με το αντίστοιχο σφραγισμένο – εντύπου οικονομικής προσφοράς συνιστά λόγο κήρυξης υποβληθείσας προσφοράς ως απαράδεκτης<sup>32</sup>.

## **ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ**

---

<sup>32</sup> βλ. Ε΄ Κλιμάκιο 238/2006, Κλιμάκιο Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών στο VII Τμ. 88/2014

Σταδιακώς η διασύνδεση μεταξύ σκοπών και αρχών εμφανίζει μια όλο και πιο σύνθετη αλληλεπίδραση, <sup>33</sup> καταδεικνύοντας ότι η αναγκαιότητα εφαρμογής του άρθρου 102 του Ν. 441/2016 απορρέει όχι μόνο από την αρχή της χρηστής διοίκησης αλλά και του υγιούς ανταγωνισμού. <sup>34</sup>

Υπό το πρίσμα των θεμελιωδών κανόνων και των γενικών αρχών της Συνθήκης ΛΕΕ, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται οι αρχές της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισεως καθώς και η υποχρέωση διαφάνειας, που απορρέουν ιδίως από τα άρθρα 49 και 56 ΣΛΕΕ και προς αποκλεισμό του κινδύνου ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής <sup>35</sup> δέον είναι να δοθεί ιδιαίτερη προσοχή στην επιλογή των κριτηρίων βάσει των οποίων ασκείται η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ή διαγιγνώσκεται η υποχρέωσή της να ζητήσει διευκρινίσεις και τίθεται σε εφαρμογή βάσει του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, κυρίως όσον αφορά τα «εργαλεία» ερμηνείας τόσο της οικείας προσφοράς όσο και

---

<sup>33</sup> Ειδικότερα ο Ειδικός Εισαγγελέας P. Mengozzi: επεσήμανε τα ακόλουθα «Αληθεύει πράγματι ότι το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι ένας από τους σκοπούς των κανόνων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις είναι το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και ότι η διασφάλιση της συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού προσφερόντων σε διαγωνισμό είναι προς το συμφέρον του δικαίου της Ένωσης, καθώς και ότι το εν λόγω άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του συμφέροντος της Ένωσης στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της οικείας αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά. Εντούτοις, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη τόσο η μέριμνα διασφάλισης αποτελεσματικού ανταγωνισμού όσο και ο σεβασμός της αρχής της ισότητας μεταξύ προσφερόντων. Έτσι, μολονότι το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισεως στις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά πρέπει να αξιολογείται με γνώμονα τους στόχους που επιδιώκονται, εντούτοις για να υλοποιηθεί και να επιτευχθεί το άνοιγμα στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό πρέπει οπωσδήποτε οι οικείοι οικονομικοί φορείς να μετέχουν στον διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως υπό ίσους όρους και χωρίς ίχνος διακρίσεων. Δεδομένου ότι το να προαχθεί ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός εντάσσεται στο πλαίσιο του ευρύτερου στόχου να προαχθεί ένας ανταγωνισμός ο οποίος, προκειμένου να είναι αποτελεσματικός, πρέπει να είναι υγιής, η απαίτηση της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισεως των προσφερόντων αποτελεί κατ' ανάγκην όριο στην επιδίωξη του στόχου αυτού. Συναφώς, επισημαίνω επίσης ότι, όπως τόνισαν ορισμένοι από τους παρεμβαίνοντες, η αρχή της ίσης μεταχείρισεως των προσφερόντων διαδραματίζει θεμελιώδη ρόλο στο στάδιο πριν την ανάθεση της συμβάσεως, κατά το οποίο οι διάφοροι προσφέροντες ανταγωνίζονται αλλήλους. Μετά την ανάθεση της συμβάσεως, το ενδιαφέρον εστιάζεται αντιθέτως στην εφαρμογή της. Εντός του πλαισίου αυτού, συμβάντα όπως η μεταβολή της κοινοπραξίας στην οποία ανατέθηκε η σύμβαση, δεν θέτουν καταρχήν ζητήματα σχετικά με την ίση μεταχείριση των προσφερόντων, αλλά μάλλον ζητήματα σχετικά με ενδεχόμενη μεταβολή των ουσιαστών όρων της οικείας συμβάσεως ή με τη διακινδύνευση της προσήκουσας εκπληρώσεώς της. Υπό το πρίσμα των αρχών αυτών πρέπει να αναλυθούν οι περιορισμοί τους οποίους η αρχή της ίσης μεταχείρισεως θέτει, σε μια περίπτωση όπως η προκειμένη, στη δυνατότητα αναθέτουσας αρχής να επιτρέπει, πριν την ανάθεση της συμβάσεως, σε οικονομικό φορέα που δεν είχε αρχικά προεπιλεγεί, να διαδεχθεί άλλον φορέα, και πιο συγκεκριμένα την προεπιλεγείσα κοινοπραξία στην οποία συμμετείχε».

<sup>34</sup> Dr. Albert Sanchez Graells, «A duty to save seemingly non – compliant tenders for public contracts? Comments on Art 72 of the 2017 Portuguese Code of Public Contracts», σελ. 62.

<sup>35</sup> βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 44, και της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, σκέψη 22).

των συμβατικών τευχών, που παρέχουν το έρεισμα - λόγω υφιστάμενων πλημμελειών- για διόρθωση των υποβληθέντων προσφορών. Σε κάθε περίπτωση, δε, η κρίση περί ασάφειας δεν πρέπει να παραβλέπει το μέτρο που θέτει η αντίληψη του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς προσφέροντα<sup>36</sup> προκειμένου να παρέχονται τα εχέγγυα της τυπικότητας και να μην κινδυνεύει να θυσιαστεί στον «Μολώχ» της ευελιξίας η νομιμότητα των αποτελεσμάτων της διαγωνιστικής διαδικασίας.

---

<sup>36</sup> βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψεις 56, 88 και 109· της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 44, καθώς και της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, σκέψη 23).





## Η ΔΕΟΝΤΟΛΟΓΙΑ ΚΑΙ ΑΚΕΡΑΙΟΤΗΤΑ ΩΣ ΕΡΓΑΛΕΙΑ ΠΡΟΛΗΨΗΣ ΤΗΣ ΑΠΑΤΗΣ ΣΤΙΣ ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ

Μαρία Στυλιανίδου, Μέλος Συμβουλίου Ε.Α.Α. ΔΗ.ΣΥ., Σ.Ε. Π. Ε.Α.Π.

### Γενικά

Οι δημόσιες συμβάσεις, ο μεγαλύτερος διάυλος δημόσιων δαπανών, αποτελεί έναν τομέα ιδιαίτερα ευάλωτο στην απάτη και τις παρατυπίες. Από την ερευνητική εμπειρία της Ευρωπαϊκής Υπηρεσίας καταπολέμησης της απάτης, στο εξής OLAF<sup>1</sup>, προκύπτει ότι οι δημόσιες συμβάσεις παραμένουν ένας τομέας υψηλού κινδύνου για τη διάπραξη σχετικών πράξεων. Είναι χαρακτηριστικό ότι από την εξέταση στατιστικών στοιχείων τα τελευταία πέντε έτη<sup>2</sup>, το 20 % όλων των παρατυπιών που κοινοποιήθηκαν συνδέονταν με παραβιάσεις των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων και αντιστοιχούσαν στο 30 % του συνόλου των παράτυπων χρηματικών ποσών που καταγγέλθηκαν ότι είχαν διακινηθεί.

Από τις υποθέσεις της OLAF έχουν διαπιστωθεί ποια είναι τα βασικά ζητήματα που καθιστούν τον συγκεκριμένο τομέα περισσότερο επιρρεπή σε δόλιες δραστηριότητες: ασαφείς ή πολύπλοκες ισχύουσες εθνικές νομοθεσίες που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις και οι οποίες είναι δύσκολο να εφαρμοστούν, έλλειψη διοικητικής ικανότητας και εμπειρογνώσιας των αρχών που πρέπει να εφαρμόζουν τους κανόνες με συνεκτικό και συνεπή τρόπο, στελέχωση των επιτροπών αξιολόγησης με ανεπαρκώς εξειδικευμένα μέλη (ιδίως σε πολύπλοκες διαδικασίες υποβολής προσφορών σχετικά με υποδομές), ανεπαρκές επίπεδο λογιστικών ελέγχων, ελέγχων και επιθεωρήσεων που διενεργούν οι ρυθμιστικές αρχές κ.λπ.

Έχοντας υπόψη το επίπεδο των χρηματοοικονομικών ροών που δημιουργούνται, καθώς και τους προαναφερόμενους παράγοντες, δεν είναι τυχαίο γιατί οι δημόσιες συμβάσεις αποτελούν έναν τομέα επιρρεπή σε πρακτικές διαφθοράς<sup>3</sup>. Παράλληλα, παρατηρείται αυξανόμενη τάση στην χρήση υπεράκτιων λογαριασμών προκειμένου να αποκρύπτονται τα έσοδα από τις εν λόγω παράνομες ενέργειες. Δεδομένης της αυξανόμενης ανησυχίας των ευρωπαϊκών θεσμών και ιδίως του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου<sup>4</sup> και του Ευρωπαϊκού Ελεγκτικού Συνεδρίου<sup>5</sup> όσον αφορά τις παρατυπίες στις δαπάνες που διοχετεύονται μέσω δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται περισσότερο αποτελεσματική παρακολούθηση και απόλυτη διαφάνεια. Για το λόγο αυτό η ενίσχυση των μηχανισμών διασφάλισης της ακεραιότητας και της διαφάνειας στο πεδίο αυτό συγκαταλέγεται στις προτεραιότητες κάθε συγκροτημένου σχεδίου καταπολέμησης της διαφθοράς.

<sup>1</sup>Ετήσια έκθεση της Ευρωπαϊκής Υπηρεσίας καταπολέμησης της απάτης (OLAF) για το 2016.

<sup>2</sup>Εκθεση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο, Προστασία των οικονομικών συμφερόντων της Ευρωπαϊκής Ένωσης — Ετήσια έκθεση για την καταπολέμηση της απάτης, 2016, Βρυξέλλες, 20.7.2017. COM(2017) 383 final.

<sup>3</sup>Είναι χαρακτηριστικό ότι οι δημόσιες συμβάσεις συνιστούν αντικείμενο ξεχωριστού κεφαλαίου (κεφ. IV, σελ. 25επ.) στην πρώτη έκθεση της Ε.Ε. για την καταπολέμηση της διαφθοράς, η οποία δημοσιεύθηκε στις 3 Φεβρουαρίου του 2014 (COM(2014) 38 final).

<sup>4</sup>Εκθεση σχετικά με την ετήσια έκθεση του 2015 για την προστασία των οικονομικών συμφερόντων της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Καταπολέμηση της απάτης, Επιτροπή Ελέγχου του Προϋπολογισμού, Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, εισηγήτρια: JuliaPitera.

<sup>5</sup>Ειδική έκθεση αριθ. 10/2015 του Ευρωπαϊκού Ελεγκτικού Συνεδρίου.

## **1. Συνάρτηση της διαφάνειας με την ακεραιότητα και την εντιμότητα στο πλαίσιο διαδικασίας κατάρτισης δημόσιων συμβάσεων**

### **1.1.Θεμελιώδεις αρχές για την αντιμετώπιση της διαφθοράς<sup>6</sup>**

Η τήρηση των αρχών της ακεραιότητας, της διαφάνειας, λογοδοσίας, δικαιοσύνης, αποτελεσματικότητας και επαγγελματισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, ελαχιστοποιεί τους κινδύνους διαφθοράς και μεγιστοποιεί την πιθανότητα ότι τα οικονομικά, κοινωνικά, περιβαλλοντικά και πολιτικά οφέλη της σύναψης δημοσίων συμβάσεων θα υλοποιηθούν<sup>7</sup>.

Η αρχή της ακεραιότητας εφαρμόζεται στη διαδικασία αλλά και στους συμμετέχοντες. Ακεραιότητα σημαίνει ότι η διαδικασία σύναψης της σύμβασης εκτελείται σύμφωνα με τους σχετικούς νόμους και κανονισμούς.

## **2.Ακεραιότητα κατά τον προγραμματισμό, την ανάθεση και την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων**

Ειδικότερα, η σύγκρουση συμφερόντων, έννοια που χαρακτηρίζει κατάσταση κατά την οποία τα πρόσωπα που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης έχουν αντικρουόμενες επαγγελματικές ή προσωπικές υποχρεώσεις ή προσωπικά ή οικονομικά συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν την ικανότητα τους στην εκπλήρωση των καθηκόντων τους με δίκαιο και αμερόληπτο τρόπο, ή περιπτώσεις στις οποίες ένα πρόσωπο έχει τη δυνατότητα να επηρεάσει τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να προωθήσει τα δικά του συμφέροντα. Μια τέτοια σύγκρουση συμφερόντων δεν οδηγεί αναγκαστικά σε διαφθορά, αλλά ενδέχεται να οδηγήσει σε παράτυπη συμπεριφορά. Κατά συνέπεια, ο εντοπισμός και η επίλυση των συγκρούσεων συμφερόντων έχει ζωτική σημασία για την πρόληψη της απάτης. Πρέπει να τονιστεί ότι η σύγκρουση συμφερόντων αποτελεί αντικειμενικά και αφ' εαυτής σημαντική παρατυπία, ανεξάρτητα από τις προθέσεις των ενδιαφερόμενων μερών και το εάν ενεργούσαν καλόπιστα ή όχι. Το βάρος που δίνεται από τα ευρωπαϊκά όργανα στην αντιμετώπιση της σύγκρουσης καθηκόντων δεν καταδεικνύεται μόνο από τις διατάξεις των ευρωπαϊκών οδηγιών που θα αναλυθούν στην ανάπτυξη που ακολουθεί, αλλά και από πόρισμα ομάδας εργασίας της OLAF<sup>8</sup> που αναδεικνύει τις βέλτιστες πρακτικές. Οι βέλτιστες πρακτικές, αν και συνιστούν παραδείγματα ενδεικτικά, έχουν ειδική προστιθέμενη

---

<sup>6</sup>Οι διεθνείς οργανισμοί προωθούν την ακεραιότητα στις δημόσιες συμβάσεις με την κατάλληλη εφαρμογή σχετικών κανόνων. Ως εκ τούτου, διεθνή πρότυπα όπως η UNCAC, η Πρότυπη Σύμβαση περί δημοσίων συμβάσεων της UNCITRAL, η Συμφωνία περί δημοσίων συμβάσεων του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου (ΠΟΕ/ΣΔΣ) και οι οδηγίες της ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις είναι πολύ σημαντικά σημεία αναφοράς για τους εθνικούς νομοθέτες και τις ρυθμιστικές αρχές. Ενώ η πληρότητα των κανόνων ποικίλλει σημαντικά στα διεθνή κείμενα, όλα βασίζονται στις ίδιες αρχές. Όλα τα σχετικά κείμενα έχουν σχεδιαστεί για την προώθηση των αρχών της διαφάνειας, της μη διάκρισης, του ανταγωνισμού και της αντικειμενικότητας κατά τη λήψη αποφάσεων στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Η Παγκόσμια Τράπεζα και ορισμένοι άλλοι διεθνείς χρηματοπιστωτικοί οργανισμοί έχουν επίσης αναπτύξει σχετικές οδηγίες. Τέλος, ο Οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ) και η Διεθνής Διαφάνεια έχουν αναπτύξει ειδικά εργαλεία καταπολέμησης της διαφθοράς στις δημόσιες συμβάσεις. Βλ. αναλυτικά Report on anti-corruption measures in public procurement: international best practices, 2015, σελ. 14-45. Επίσης βλ. Χ. Μουκίου, Διαφάνεια, ακεραιότητα και εντιμότητα στις δημόσιες συμβάσεις, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 55- 146.

<sup>7</sup>Έτσι, Transparency International, 2014, Curbing Corruption in Public Procurement A Practical Guide, σελ. 12.

<sup>8</sup>Βλ. Απάτη στις δημόσιες προμήθειες Μια συλλογή κόκκινων σημαιών και βέλτιστων πρακτικών(Ref: Ares(2017)6254403 – 20/12/2017), σελ.86.

αξία, καθώς χρησιμεύουν ως συγκεκριμένα παραδείγματα μέτρων που έχουν ήδη αποδειχθεί αποδοτικά. Έτσι, τα κράτη μέλη μπορούν να αντλήσουν διδάγματα από τις εμπειρίες άλλων κρατών μελών και να αναπτύξουν δικές τους μεθόδους καταπολέμησης της απάτης με βάση την υφιστάμενη εμπειρογνωσία. Στο προαναφερόμενο πόρισμα, ως παράδειγμα βέλτιστης πρακτικής αναφέρεται το παράδειγμα της Αυστρίας. Συγκεκριμένα, το 2012 εκδόθηκε από την Ομοσπονδιακή Καγκελαρία της Αυστρίας ο αυστριακός κώδικας δεοντολογίας («Die VerANTWORTung»), ως εργαλείο μη δεσμευτικού δικαίου για την αύξηση της ευαισθητοποίησης και την πρόληψη της διαφθοράς στις δημόσιες υπηρεσίες. Περιλαμβάνει επεξηγήσεις των κοινών νομικών κανονισμών όσον αφορά τις συγκρούσεις συμφερόντων και τη διαφθορά, καθώς και καθοδήγηση για την αποφυγή περιπτώσεων σύγκρουσης συμφερόντων. Το έγγραφο απευθύνεται σε ευρύ κοινό και κοινοποιείται τόσο σε διοικητικά στελέχη όσο και σε εργαζόμενους όλων των βαθμίδων ιεραρχίας στον δημόσιο τομέα. Παρότι δεν περιλαμβάνει νέους κανονισμούς ή νομικές διατάξεις, μπορεί να χρησιμεύσει ως συνεισφορά για συζητήσεις σχετικά με τα πρότυπα και τα μέτρα για την καταπολέμηση της διαφθοράς, καθώς και για επικοινωνία μεταξύ όλων των ενδιαφερόμενων φορέων. Εξετάζει ζητήματα όπως η αποδοχή δώρων, η σύγκρουση συμφερόντων, η μεροληψία και οι παράνομες χορηγίες. Επιπλέον, η γενική κατάρτιση των δημοσίων υπαλλήλων στην Αυστρία περιλαμβάνει μια ενότητα που καλύπτει τις ενέργειες που πρέπει να αναλαμβάνουν οι εργαζόμενοι για την καταπολέμηση της απάτης στον δημόσιο τομέα.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, από τις πιο σημαντικές διατάξεις των Οδηγιών για την καταπολέμηση της διαφθοράς στις δημόσιες συμβάσεις, αποτελούν οι διατάξεις για την πρόληψη και αποτελεσματική επανόρθωση φαινομένων σύγκρουσης συμφερόντων<sup>9</sup>, οι οποίες περιλαμβάνονται οριζόντια και στις τρεις Οδηγίες και οι οποίες ενσωματώνουν τη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης. Οι σχετικές διατάξεις των άρθρων 24 και 42 των Οδηγιών 2014/24/ΕΕ & 2014/25 έχουν μεταφερθεί στην εθνική έννομη τάξη με τα άρθρα 24<sup>10</sup> και 262<sup>11</sup> του ν. 4412/2016 αντίστοιχα, ενώ παρόμοιου περιεχομένου ρύθμιση περιλαμβάνεται και στο άρθρο 35 του ν. 4413/2016, με το οποίο έχει ενσωματωθεί το ταυτόσημο άρθρο της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ ως προς τις συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών. Στην επόμενη παράγραφο γίνεται μια προσπάθεια σύντομης ανάλυσης των σχετικών διατάξεων.

## **2.1. Σύγκρουση συμφερόντων κατά τις διατάξεις των νόμων 4412/2016 & 4413/2016**

<sup>9</sup>Άλλες εθνικές διατάξεις σχετικά με τη σύγκρουση συμφερόντων (έννοια κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, πρόσωπα που διέπονται, συνέπειες – κυρώσεις), υφίστανται και σε νομοθετικά κείμενα που διέπουν τη συμπεριφορά υπαλλήλων, όπως ενδεικτικά στο άρθρο 36 του Κώδικα Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ. (ν. 3528/2007- ΦΕΚ Α 26), στο άρθρο 2 του ν. 4057/2012 (Α 54) “Πειθαρχικό Δίκαιο Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ.”, με το οποίο καθιερώνεται [παρ. 1. (β) και (ιδ)] σχετικό πειθαρχικό παράπτωμα καθώς και στον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999, ως ισχύει), άρθρο 7 παρ. 2 και 3 για τα όργανα και τα μέλη συλλογικών οργάνων της διοίκησης.

<sup>10</sup>Βλ. Β. Σπηλιόπουλου, σε Β. Α. Χριστιανό-Θ.Κ. Πανάγο, Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσ/κη, 2018, σελ. 54-56, καθώς και σε Δ. Ράικο/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις - ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο, τομ. 1, 1η Έκδ., Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσ/κη, 2018.

<sup>11</sup>Βλ. Ε. Παλιού σε Β. Α. Χριστιανό-Θ.Κ. Πανάγο, Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρο, ό.π., σελ. 510-513.

Σκοπός των ως άνω διατάξεων, όπως προκύπτει τόσο από τις αιτιολογικές σκέψεις των Οδηγιών, όσο και από το ειδικότερο περιεχόμενο τους, είναι αφενός η διασφάλιση της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων οικονομικών φορέων και αφετέρου η αποκατάσταση των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού που προκαλούνται από την ύπαρξη καταστάσεων σύγκρουσης συμφερόντων.

Οι προαναφερθείσες διατάξεις των νόμων 4412/2016 και 4413/2016 κατ' αρχήν επαναλαμβάνουν τη γενική εξαγγελία των αντίστοιχων διατάξεων των Οδηγιών, οι οποίες ενθαρρύνουν τα κράτη – μέλη και τις αναθέτουσες αρχές να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, εντοπισμό και θεραπεία των περιπτώσεων σύγκρουσης συμφερόντων σε όλα τα στάδια των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, και περαιτέρω περιλαμβάνουν μέτρα εξειδίκευσης και εφαρμογής της ως άνω γενικής επιταγής στην εθνική έννομη τάξη.

Μεταξύ των ενδεικτικών μέτρων που μπορεί να λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές για τη θεραπεία της σύγκρουσης συμφερόντων περιλαμβάνονται:

η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης της σύμβασης,

ο αποκλεισμός του υποψηφίου ή του προσφέροντος από τη διαδικασία<sup>12</sup>

Επισημαίνεται ότι ο αποκλεισμός αποτελεί την πλέον αυστηρή κύρωση και πρέπει να επιβάλλεται κατ' εφαρμογή της γενικής αρχής της αναλογικότητας, ως *ultimumratio*, ήτοι μόνον στις περιπτώσεις που μια κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων είναι αδύνατον να θεραπευθεί με άλλο μέσο, προϋπόθεση η οποία τίθεται ρητά από τον εθνικό νομοθέτη στις σχετικές διατάξεις, προκειμένου να μην γίνεται κατάχρηση της συγκεκριμένης δυνατότητας από τις αναθέτουσες αρχές.

## 2.2. Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων

Μια ειδικότερη έκφανση της σύγκρουσης συμφερόντων, η οποία, ωστόσο, έχει περιληφθεί σε διακριτές διατάξεις των Οδηγιών, αποτελεί η προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, στην οποία συμμετέχουν.

Η συγκεκριμένη κατάσταση έχει αποτυπωθεί στα άρθρα 41 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 59 της Οδηγίας 2014/25, τα οποία έχουν μεταφερθεί στην εθνική έννομη τάξη με τα άρθρα 48<sup>13</sup> και 280<sup>14</sup> του 4412/2016 αντίστοιχα<sup>15</sup>.

Οι ως άνω εθνικές διατάξεις καταρχήν περιλαμβάνουν αυτούσιες σχεδόν τις αντίστοιχες ρυθμίσεις των Οδηγιών και περαιτέρω προβλέπουν ως εθνικά μέτρα εφαρμογής την επιβολή στις αναθέτουσες αρχές ορισμένων διοικητικών υποχρεώσεων ενημέρωσης προς τις αρμόδιες εθνικές αρχές.

Για την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων κρίσιμη είναι καταρχήν η αποσαφήνιση της έννοιας της "προηγούμενης εμπλοκής", η οποία δίδεται στις ίδιες τις Οδηγίες και επαναλαμβάνεται στις εθνικές ρυθμίσεις. Ως τέτοια νοείται κάθε κατάσταση, κατά την οποία ένας υποψήφιος ή προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα

<sup>12</sup>Βλ. σχετικά ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 20 (Απόφαση 42/30-5-2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) με ΘΕΜΑ: «Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων».

<sup>13</sup>Βλ. Β. Σπηλιόπουλου, σε Β. Α. Χριστιανό-Θ.Κ. Πανάγο, Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρο,ό.π.,σελ 118.

<sup>14</sup>Βλ. Ε. Παλιού σε Β. Α. Χριστιανό-Θ.Κ. Πανάγο, Δημόσιες Συμβάσεις, Ερμηνεία κατ' άρθρο,ό.π.,σελ. 550.

<sup>15</sup>Επισημαίνεται ότι στην Οδηγία 2014/23/ΕΕ και στον ν. 4413/2016 δεν υπάρχει αντίστοιχη διάταξη.

αρχή, είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου των προκαταρκτικών διαβουλεύσεων με την αγορά, ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε άλλον τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

Εφόσον συντρέχει μία τέτοια περίπτωση, και άσχετα με το αν στοιχειοθετείται ή όχι τυχόν κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, σύμφωνα με τα αναλυτικά εκτεθέντα στην προηγούμενη ενότητα, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει την ίση μεταχείριση των συμμετεχόντων και συναφώς τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα.

### **3. Πληροφόρηση του κοινού**

Ως ενέργειες πρόληψης κατά της παράβασης του νόμου περί δημόσιων συμβάσεων, καθώς και για να εξυπηρετήσουν τον σκοπό της ενημέρωσης τόσο των αναθετουσών αρχών όσο και των προσφερόντων συνιστούν ενδεικτικά οι εξής:

- δημοσίευση των συνηθέστερων παραβιάσεων στον τομέα των δημοσίων προμηθειών·
- δημοσίευση μεθοδολογικών κατευθυντήριων γραμμών·
- δημοσίευση μεθοδολογίας για τη διαδικασία δημοσίων προμηθειών·
- δημοσίευση ορθών πρακτικών.

Ως παράδειγμα βέλτιστης πρακτικής στο προαναφερόμενο κείμενο εργασίας της OLAF αναφέρεται η Λιθουανία<sup>16</sup>. Ειδικότερα, η Υπηρεσία Δημόσιων Συμβάσεων της Λιθουανίας παρέχει πληροφορίες στο κοινό, κατά τις ώρες λειτουργίας, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων ή μέσω της κεντρικής δικτυακής πύλης για τις δημόσιες συμβάσεις. Παρέχονται συμβουλές τηλεφωνικά και μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ο ιστότοπος της Υπηρεσίας Δημόσιων Συμβάσεων επικαιροποιείται τακτικά και περιλαμβάνει κατευθυντήριες γραμμές για ορθές πρακτικές, όπως πρακτικές συμβουλές σχετικά με τον τρόπο αποφυγής σφαλμάτων στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων και τον τρόπο ορθής χρήσης των νομικών πράξεων στην πράξη. Η Υπηρεσία Δημόσιων Συμβάσεων διοργανώνει προγράμματα κατάρτισης για τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, καθώς και ημερίδες υποδοχής κοινού στις οποίες μπορούν να συμμετέχουν τόσο οι αναθέτουσες αρχές όσο και οι προμηθευτές. Οι εν λόγω περιστάσεις δίνουν νέες ευκαιρίες για ενδιαφέρουσες συζητήσεις, υποβολή ερωτημάτων, ανταλλαγή πληροφοριών και, εν γένει, βελτίωση των δεξιοτήτων όσον αφορά τις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων.

Άλλο ένα εργαλείο βέλτιστων πρακτικών για την ανίχνευση περιπτώσεων απάτης και διαφθοράς είναι οι μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος. Οι μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος (whistleblowers), συνιστούν ένα σημαντικό εργαλείο για την ανίχνευση περιπτώσεων απάτης και διαφθοράς, καθώς αποτελούν πλέον μείζονα πηγή πληροφόρησης στον σύγχρονο περίπλοκο δημόσιο τομέα όσον αφορά την αποκάλυψη αξιόποινων πράξεων και την ενίσχυση της λογοδοσίας.

### **4. Μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος (whistleblowers).**

Η καταγγελία δυσλειτουργιών (Whistleblowing) είναι μια πράξη ενός προσώπου το οποίο, πιστεύοντας ότι το δημόσιο συμφέρον υπερισχύει του συμφέροντος του οργανισμού που εργάζεται, παρέχει την πληροφορία ότι ο οργανισμός εμπλέκεται σε υποθέσεις διαφθοράς, παρανομίας απάτης ή επιβλαβούς συμπεριφοράς.

---

<sup>16</sup>Βλ. Απάτη στις δημόσιες προμήθειες, Μια συλλογή κόκκινων σημαιών και βέλτιστων πρακτικών, ό.π., (Ref: Ares(2017)6254403 – 20/12/2017), σελ.87.

Η καταγγελία δυσλειτουργιών(Whistleblowing)<sup>17</sup> αναγνωρίζεται ευρέως ως το μέσο που καταπολεμά τη διαφθορά. Διεθνείς συνθήκες- π.χ. των Ηνωμένων Εθνών<sup>18</sup> και του Συμβουλίου της Ευρώπης για τη διαφθορά<sup>19</sup>- αλλά και εθνικές έννομες τάξεις<sup>20</sup> σε όλο τον κόσμο περιλαμβάνουν διατάξεις οι οποίες προστατεύουν αφενός την καταγγελία δυσλειτουργιών (Whistleblowing) αφετέρου τα πρόσωπα που προβαίνουν σε καταγγελία (Whistleblowers) από πράξεις αντεκδίκησης όταν ενεργούν με καλή πίστη .

Παρόλα αυτά, τα πρόσωπα τα οποία αναφέρουν κακές πρακτικές μπορεί να υποστούν πράξεις αντεκδίκησης<sup>21</sup>, όπως εκφοβισμό, ηθική παρενόχληση, απόλυση ή βίαιες συμπεριφορές από συναδέλφους τους ή ανώτερους τους. Σε πολλές χώρες, η παροχή πληροφορίας μπορεί να συνδέεται με προδοσία ή κατασκοπεία<sup>22</sup>.

#### **4.1. Το whistleblowing στο δημόσιο τομέα: προσπάθεια ισορροπίας ατομικών δικαιωμάτων και δημοσίου συμφέροντος**

Τα τελευταία χρόνια, η λογοδοσία και η διαφάνεια των οργανισμών του δημόσιου τομέα, ή η έλλειψη αυτών, ήταν στην πρώτη γραμμή επικαιρότητας των εθνικών ειδήσεων. Ως αποτέλεσμα, υπήρξε αυξημένη πίεση στις κυβερνήσεις να διευκολύνουν την ελεύθερη ροή των πληροφοριών που προέρχονται από οργανισμούς του δημόσιου τομέα. Μία από τις μεθόδους με τις οποίες οι κυβερνήσεις διευκολύνουν αυτή την ελεύθερη ροή είναι μέσω της νομοθεσίας που προστατεύει τους πληροφοριοδότες, επιτρέποντάς τους να εκφράσουν τις ανησυχίες τους για ανάρμοστη συμπεριφορά στο δημόσιο τομέα, χωρίς τον φόβο της τιμωρίας.

Στη μελέτη που ακολουθεί γίνεται αναφορά στη δεοντολογία της καταγγελίας δυσλειτουργιών αναλύοντας τα επιμέρους στοιχεία, καθώς και στο τι συνιστά πράξη αντιποίνων εις βάρος του καταγγέλλοντα(whistleblower).

#### **4.2. Δεοντολογία καταγγελίας δυσλειτουργιών**

---

<sup>17</sup>Ο όρος “whistleblowing” είναι αγγλοσαξονικός και στην ουσία αποδίδει την πρακτική, που εφαρμόζαν οι Άγγλοι αστυνομικοί, οι οποίοι όταν εντόπιζαν ή παρατηρούσαν τη διάπραξη κάποιου εγκλήματος ή παρανομίας συνήθιζαν να σφυρίζουν με σκοπό την κινητοποίηση άλλων οργάνων της τάξεως και του γενικότερου κοινωνικού συνόλου.

<sup>18</sup>Βλ. άρθρο 33 της Σύμβασης των Ηνωμένων Εθνών κατά της Διαφθοράς που υιοθετήθηκε από τη Γενική Συνέλευση των Ηνωμένων Εθνών στη Νέα Υόρκη στις 31 Οκτωβρίου 2003 και κυρώθηκε με τον ν. 3666/2008. (ΦΕΚ 113/Α'/18.6.2008).

<sup>19</sup>Βλ. άρθρο 22 της Σύμβασης Ποινικού Δικαίου για τη Διαφθορά, που υπογράφηκε στο Στρασβούργο στις 27 Ιανουαρίου 1999 και το Πρόσθετο Πρωτόκολλο στη Σύμβαση Ποινικού Δικαίου για τη διαφθορά, που υπογράφηκε στο Στρασβούργο στις 15 Μαΐου 2003 και κυρώθηκε με το Ν. 3560/2007(ΦΕΚ 103/Α'/14-5-2007).

<sup>20</sup>Βλ. *Μ. Στυλιανίδου, Προστασία των εργαζομένων μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος στον δημόσιο τομέα-Οι whistleblowers σε διεθνείς οργανισμούς και σε κράτη της Ευρώπης, 2017, όπου και σχετική βιβλιογραφία.*

<sup>21</sup>Σε σχετική έρευνα στις Η.Π.Α., διαπιστώθηκε ότι περισσότερο από το 1/3(34%) των κρατικών υπαλλήλων που διαπιστώνουν παρατυπίες αλλά επιλέγουν να μην τις αναφέρουν, φοβήθηκαν πράξεις αντεκδίκησης από την Διοίκηση, και περίπου (30%) φοβήθηκαν πράξεις αντεκδίκησης από τους συναδέλφους τους. Βλ. Ethics Resource Center (2007) National Government Ethics Survey-an Inside View of Public Sector Ethics, ethics Resource Center, Arlington, VA., [www.ethics.org/files/u5/The\\_National\\_Government\\_Ethics\\_Survey.pdf](http://www.ethics.org/files/u5/The_National_Government_Ethics_Survey.pdf).

<sup>22</sup>Βλ., μεταξύ άλλων, *D. Banisar, Whistleblowing International Standards and Developments, σε I. Sandoval (ed), Corruption and Transparency Debating the Frontiers between State, Market and Society, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C. 2011, σελ. 7, Transparency International, Alternative to Silence : Whistleblower Protection in 10 Countries, 2009.*

Δεδομένου ότι η καταγγελία δυσλειτουργιών δεν έχει ακριβή κατηγοριοποίηση σε πολλές νομοθεσίες, ο καθορισμός των κριτηρίων της νομιμότητας είναι αρκετά κρίσιμος για τον προσδιορισμό της έννοιας καθώς και το νόμιμο δικαίωμα στην προστασία της. Τα κριτήρια είναι τα ακόλουθα:

- **Επαρκείς πληροφορίες που υποστηρίζονται από αποδείξεις**

Καθώς η καταγγελία δυσλειτουργιών συνεπάγεται διαρροή εμπιστευτικών πληροφοριών, ο δυνητικός μάρτυρας δημοσίου συμφέροντος πρέπει να είναι βέβαιος ότι η σχετική πράξη θα συμβάλλει στην επίτευξη του στόχου του, είτε είναι η πληροφόρηση της κοινής γνώμης, είτε των αρχών επιβολής του νόμου ή κάποιου ειδικού οργάνου, αρμόδιου να εκτιμήσει την αλήθεια της πληροφορίας.

- **Η αρχή της καλής πίστης**

Η κρατούσα άποψη στη θεωρία υποστηρίζει ότι ο καταγγέλλων πρέπει να ενεργεί με καλή πίστη, και ότι θα πρέπει να διαρρέει πληροφορίες μόνο όταν τα κίνητρό του είναι ηθικοί λόγοι<sup>23</sup>. Αυτό μπορεί να σημαίνει δύο πράγματα: πρώτον, ο καταγγέλλων θα πρέπει να πιστεύει στην υπέρτατη αξία της αλήθειας και να έχει ηθική πρόθεση να αποκαλύψει την αδικία. Ωστόσο, η αρχή αυτή μπορεί να είναι πολύ απαιτητική. Για παράδειγμα, όταν τα πρόσωπα που θέλουν να αποκαλύψουν ευαίσθητες πληροφορίες αφήνονται μόνο τους, χωρίς επαρκή προστασία ή ακόμη και απομονώνονται στο περιβάλλον εργασίας τους, επειδή δεν θεωρούνται ότι είναι «πρόσωπα εμπιστοσύνης» μπορεί να εξετάσουν τις πιθανές καταστρεπτικές συνέπειες για τη ζωή τους στο όνομα μιας αφηρημένης αρχής.

- **Δημόσιο Συμφέρον**

- **Τι συνιστά πράξη αντιποίνων εις βάρος του καταγγέλλοντα (whistleblower)**

Οι πράξεις αντιποίνων για την παροχή πληροφορίας μπορεί να παρουσιαστούν με τη μορφή πειθαρχικών μέτρων ή παρενόχληση στο χώρο εργασίας. Έτσι, αποτελεσματική προστασία του καταγγέλλοντα στον εργασιακό του χώρο είναι αυτή που συμπεριλαμβάνει την προστασία κατά της άδικης απόλυσης, άμεσων ή έμμεσων πειθαρχικών μέτρων, δυσμενών διακρίσεων, ειδικώς σε σχέση με αμοιβές, εκπαίδευση, υπηρεσίες, επαγγελματική εξέλιξη, ανανέωση συμβολαίου.

Στο πόρισμα της OLAF<sup>24</sup> ως παράδειγμα βέλτιστης πρακτικής αναφέρεται εκείνο της Αυστρίας. Συγκεκριμένα: ο ιστότοπος για τους μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος τέθηκε σε λειτουργία το 2013 στην Αυστρία από την Εισαγγελία. Σκοπός του ιστότοπου είναι να δίνεται η δυνατότητα στους ανακριτικούς υπαλλήλους της Εισαγγελίας κατά της Διαφθοράς και του Οικονομικού Εγκλήματος να έρχονται απευθείας σε επαφή με τους μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος, ενώ παράλληλα διασφαλίζεται η ανωνυμία των τελευταίων. Σε περίπτωση που οι ανακριτικοί υπάλληλοι έχουν πρόσθετες ερωτήσεις βάσει των υποβληθεισών πληροφοριών, μπορούν να επικοινωνήσουν απευθείας με τον μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος. Σε αυτή την περίπτωση, οι μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος έχουν το δικαίωμα να αποφασίζουν αν επιθυμούν να διατηρήσουν την ανωνυμία τους ή να κοινοποιήσουν

---

<sup>23</sup>Βλ. R. Moberly & L. E. Wylie, An Empirical Study of Whistleblower Policies in United States Corporate Codes of Ethics, in D. Lewis & W. Vandekerckhove (eds), Whistleblowing and Democratic Values, International Whistleblowing Research Network, σελ. 42, G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers, 2012, p.8 όπου και παραπομπές.

<sup>24</sup>Βλ. Απάτη στις δημόσιες προμήθειες Μια συλλογή κόκκινων σημαιών και βέλτιστων πρακτικών(Ref: Ares(2017)6254403 – 20/12/2017), σελ.88

τα στοιχεία τους στους ανακριτικούς υπαλλήλους. Ο ιστότοπος έχει σχεδιαστεί ως ένα σύστημα ανώνυμου ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στο οποίο οι πολίτες καλούνται να αναφέρουν ύποπτα περιστατικά που παρατηρούν στο εργασιακό τους περιβάλλον ή στην προσωπική τους ζωή, μέσω συνδέσμου στον ιστότοπο του Ομοσπονδιακού Υπουργείου Δικαιοσύνης. Η τεχνική εφαρμογή του συστήματος εγγυάται ότι δεν μπορεί να εντοπιστεί η πηγή της υποβολής. Υπάρχουν διάφορες ειδικές κατηγορίες στις οποίες μπορούν να υποβάλλονται πληροφορίες, σύμφωνα με τον ποινικό κώδικα της Αυστρίας: διαφθορά, οικονομικό και χρηματοοικονομικό έγκλημα, απάτη κοινωνικής πρόνοιας, δόλια λογιστική πρακτική, αδικήματα κεφαλαιαγορών και νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες. Ο ιστότοπος είναι αποτέλεσμα εκτεταμένων εξελίξεων στον τομέα της καταπολέμησης της διαφθοράς. Επιπλέον, μετά την θέση σε λειτουργία του εν λόγω ιστότοπου, η ευαισθητοποίηση του δικαστικού σώματος της Αυστρίας παρουσίασε σημαντική μεταβολή: αναγνωρίστηκε η χρησιμότητα της εξέτασης και ενθάρρυνσης των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος λόγω πρόσφατων σοβαρών υποθέσεων διαφθοράς στην Αυστρία.

Υπό αυτό το πρίσμα έχει αξία να αναφερθούμε εν συντομία, στο ελληνικό νομικό πλαίσιο, προς εξαγωγή συγκριτικών συμπερασμάτων.

Ο ν. 4254/2014 εισήγαγε μια νέα έννοια στο ελληνικό ποινικό δίκαιο με σκοπό την καταπολέμηση της διαφθοράς και την ενθάρρυνση προσώπων που διαθέτουν σχετικές πληροφορίες αλλά διστάζουν να τις καταθέσουν επίσημα από ανησυχία για τα αντίστοιχα: Πρόκειται στην ουσία για την εισαγωγή του θεσμού του «whistleblower»<sup>25</sup>.

Συγκεκριμένα, με την υποπαράγραφο ΙΕ.15, του άρθρου πρώτου του Ν. 4254/2014<sup>26</sup> προστέθηκε νέο άρθρο 45B στον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, με το οποίο παρέχεται προστασία από αδικαιολόγητη μεταχείριση σε πρόσωπα τα οποία, χωρίς να εμπλέκονται τα ίδια στην τέλεση εγκλημάτων διαφθοράς, και χωρίς να αποβλέπουν σε ίδιον όφελος, συμβάλλουν ουσιωδώς στην αποκάλυψη των εν λόγω εγκλημάτων με πληροφορίες που παρέχουν της αρμόδιες διωκτικές Αρχές («μάρτυρες δημοσίου συμφέροντος» «whistleblowers»)<sup>27</sup>.

Πέρα από τις ποινικές διατάξεις για την προστασία των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος και εν γένει όσων προσώπων συμβάλλουν στην αποκάλυψη πράξεων διαφθοράς, ο νομοθέτης του ν. 4254/2014 έκρινε αναγκαίο, όπως τονίζεται στην *Αιτιολογική Έκθεση*<sup>28</sup>, να διασφαλισθεί και η διοικητική προστασία των δημοσίων υπαλλήλων, ώστε να μην υπόκεινται σε δυσμενή μεταχείριση κατά τη διάρκεια του αναγκαίου για τη δικαστική διερεύνηση της υπόθεσης χρόνου, παρεμβαίνοντας νομοθετικά στον Κώδικα Δημοσίων Υπαλλήλων<sup>29,30</sup>. Χωρίς να αγνοείται η

<sup>25</sup>Βλ. Φ. Παναγοπούλου, -Κουτνατζή, Ο θεσμός του μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος (whistleblowing), 2016, σελ. 53-61, με αντίστοιχες παραπομπές.

<sup>26</sup>ΦΕΚ Α' 85/07-04-2014.

<sup>27</sup>Για πρώτη φορά η ελληνική δικαιοσύνη εφάρμοσε τις σχετικές διατάξεις το 2015. Συγκεκριμένα, με την 1519/2015 απόφαση του Αντιεισαγγελέα του Αρείου Πάγου χαρακτηρίστηκε ως Μάρτυρας Δημοσίου Συμφέροντος ένας υπάλληλος της ΔΕΗ ΑΕ-ΔΕΔΔΗΕ ΑΕ, κατόπιν αιτήσεώς του. Ωστόσο, η εν λόγω πράξη στη συνέχεια ανακλήθηκε και ο υπάλληλος απολύθηκε. Βλ. αναλυτικά σε Φ. Παναγοπούλου, -Κουτνατζή, Ο θεσμός του μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος (whistleblowing), σελ.63-66, με αντίστοιχες παραπομπές.

<sup>28</sup>Διεθνής Διαφάνεια – Ελλάδα, Εναλλακτική Στη Σιωπή, ό.π., σελ. 62.

<sup>29</sup>Υποπαράγραφος ΙΕ.17, του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014, παρ.6. α., σύμφωνα με την οποία, στο άρθρο 26 του Κώδικα Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ.) προστίθεται παράγραφος 4.



προσπάθεια του έλληνα νομοθέτη να συμμορφωθεί με τις διεθνείς δεσμεύσεις της χώρας, οι ως άνω διατάξεις κρίνονται ως ατελείς και χαρακτηρίζονται από ασάφεια, το δε υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής τους αφορούν την προστασία των whistleblowers από πράξεις αντεκδίκησης εντός του εργασιακού χώρου περιορίζεται στους εργαζόμενους του δημοσίου τομέα<sup>31</sup>.

Ειδικότερα, οι ως άνω διατάξεις περιορίζονται να παράσχουν την ιδιότητα του μάρτυρα δημοσίου συμφέροντος σε όποιον συμβάλλει στην αποκάλυψη και δίωξη μόνο «Σε υποθέσεις σχετικές με τις αξιόποινες πράξεις των άρθρων 159, 159Α, 235, 236, 237 και 237Α του Ποινικού Κώδικα», δηλαδή δωροληψία και δωροδοκία πολιτικών αξιωματούχων, δωροληψία και δωροδοκία υπαλλήλου, δωροληψία και δωροδοκία δικαστικών λειτουργών, εμπορίας επιρροής και μεσάζοντες και στις συναφείς με αυτές πράξεις και όχι εν γένει σε διάφορα εγκλήματα, ειδικά προσδιορισμένα ή έστω κατόπιν πράξεως του αρμόδιου Εισαγγελέα, δηλαδή ενδεικτικά στα εγκλήματα της απιστίας στην υπηρεσία, ψευδούς βεβαίωσης, υπεξαίρεσης, απάτης, νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες κ.λπ.

Σημειώνεται, δε, ότι την ιδιότητα του εν λόγω μάρτυρα (σύμφωνα με την γραμματική ερμηνεία του νόμου) αποκτά προφανώς μόνο όποιος συμβάλλει στην αποκάλυψη και δίωξη των παραπάνω αδικημάτων, που προβλέπονται στο άρθρο 45B του Ποινικού Κώδικα, μόνον εάν έχει ασκηθεί ποινική δίωξη και για τα τελευταία και όχι αυτοτελώς.

#### **Τελικές παρατηρήσεις**

Η διασφάλιση της ακεραιότητας και η πρόληψη της διαφθοράς είναι βασικοί παράγοντες για την προαγωγή της καλής διακυβέρνησης, τη διατήρηση της εμπιστοσύνης των πολιτών στην κυβερνητική πολιτική και στη λήψη αποφάσεων που επηρεάζουν το δημόσιο συμφέρον, καθώς και την στήριξη της κοινωνικής ευημερίας και ανάπτυξης.

Υπό αυτό το πρίσμα, καθοριστικό παράγοντα αποτελεί η ποιότητα του συστήματος των δημοσίων συμβάσεων. Το απλό, και συνεκτικό σύστημα που χαρακτηρίζεται από εννοιολογική καθαρότητα και απλουστευμένες διαδικασίες και εγγύαται την διαφάνεια, την ίση, χωρίς διακρίσεις, μεταχείριση και τις αρχές της αναλογικότητας και της αμοιβαίας αναγνώρισης, αποτελεί ένα θωρακισμένο σύστημα στα φαινόμενα απάτης και διαφθοράς. Η περαιτέρω θωράκιση του συστήματος μπορεί να επιτευχθεί με τη θέσπιση σαφών μεριδίων στην αλυσίδα ευθύνης κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και τη θέσπιση στοχευμένων μέτρων για την καταπολέμηση της διαφθοράς και σύγκρουσης συμφερόντων. Σημαντική επίσης προς την κατεύθυνση της πρόληψης είναι η πληροφόρηση του κοινού. Τέλος, η θέσπιση αποτελεσματικών πλαισίων για την ενίσχυση της ακεραιότητας συνδέεται άρρηκτα με τη χάραξη ολοκληρωμένων πολιτικών προστασίας των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος. Μέσω της υλοποίησης δυναμικών πολιτικών για την προστασία των μαρτύρων δημοσίου συμφέροντος προάγεται μια κουλτούρα ειλικρίνειας, ακεραιότητας και λογοδοσίας και ενισχύονται οι μηχανισμοί ελέγχου των οργανισμών, διευκολύνοντας έτσι την αναγνώριση φαινομένων απάτης, διαφθοράς κι άλλων αξιόποινων πράξεων που ζημιώνουν το δημόσιο συμφέρον.

---

<sup>30</sup>Υποπαράγραφος ΙΕ.17, του άρθρου πρώτου του ν. 4254/2014, παρ.6. β., σύμφωνα με την οποία, στο άρθρο 110 του Κώδικα Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ.) προστίθεται παράγραφος 6.

# ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ - ΜΕΣΑ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ – ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΑΡΧΗ ΤΟΥ ΥΓΙΟΥΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Αναστάσιος Βιρβιλιός, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, M.Sc. in Banking and Finance Law

## 1. Εισαγωγή

Κατά την σύνταξη των Διακηρύξεων από τις αναθέτουσες αρχές παρατηρείται συχνά η πρόβλεψη κριτηρίων επιλογής τεχνικής ικανότητας και επάρκειας ως τεχνικών προδιαγραφών, γεγονός που οφείλεται κατά κύριο λόγο στην ύπαρξη σύγχυσης σχετικά με την φύση των κριτηρίων επιλογής, την διαφοροποίησή τους προς τις τεχνικές προδιαγραφές και βεβαίως την ίδια την λειτουργία του μηχανισμού των δημοσίων διαγωνισμών με τα διακριτά στάδια των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς. Τούτο βεβαίως ασχέτως προς τον αριθμό των εκτελεστών αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, που απαιτείται να εκδίδονται κατά την αξιολόγηση των προσφορών κατά τα τρία αυτά στάδια.

Η δε προβληματική σχετικά με τα κριτήρια επιλογής δεν σταματά στο σημείο αυτό. Αντίθετα, είτε υπάρχει η πρόβλεψη κριτηρίων επιλογής τεχνικής ικανότητας ως τέτοιων είτε, εσφαλμένως, ως τεχνικών προδιαγραφών, παρατηρείται συχνά η πρόβλεψη μη νομίμων αποδεικτικών μέσων της απαιτούμενης από τη διακήρυξη τεχνικής ικανότητας και επάρκειας (ως κριτηρίου επιλογής) και μάλιστα μέσων, που εν τέλει μπορούν να παραβιάζουν όχι μόνον την αρχή της αναλογικότητας αλλά και την αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού ειδικά σε διαγωνισμούς προμήθειας υψηλής τεχνολογίας μηχανημάτων και υπηρεσιών συντήρησης-επισκευών τούτων.

Τα στοιχεία αυτά μπορούν να εμφανίζονται ως ελάχισονα ζητήματα κατά την διενέργεια μιας διαγωνιστικής διαδικασίας σύμφωνα με το Ν. 4412/2016 και τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ.

Πλην όμως τα παραπάνω «προβληματικά» ζητήματα που αναφέρουμε, είναι ικανά να οδηγήσουν σε δημιουργία μονοπωλιακών αγορών (ούτε καν ολιγοπωλιακών) και μάλιστα με απαιτήσεις που θέτουν οι αναθέτουσες αρχές στις διακηρύξεις τους και οι οποίες όχι μόνον αποβαίνουν σε βάρος του οικονομικού συμφέροντος του Δημοσίου αλλά και του Δημοσίου συμφέροντος, κατά την έννοια της νόθευσης του ανταγωνισμού, του αποκλεισμού μεγάλου αριθμού μικρομεσαίων επιχειρήσεων από τους δημόσιους διαγωνισμούς, παραβιάζοντας ακόμη και την βασική και νομοθετημένη, με τις παραπάνω Οδηγίες, στόχευση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής αλλά και των Ευρωπαϊκών Κρατών για την προστασία και την βιωσιμότητα των μικρομεσαίων επιχειρήσεων.

Στην αντιμετώπιση αυτών των φαινομένων οφείλουμε να αναγνωρίσουμε ότι έχει παίξει πολύ σημαντικό ρόλο η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, δεδομένου ότι, τέτοια εξειδικευμένα ζητήματα που χρήζουν ειδικών νομικών γνώσεων όχι μόνον περί δημοσίων διαγωνισμών αλλά ακόμη και ανταγωνισμού, δεν κρίνονται από τις επιτροπές των διαγωνισμών και τα όργανα διοίκησης (πχ

Διοικητικά Συμβούλια) των αναθετουσών αρχών μετά από προσφυγή κατά των διακηρύξεων κατά το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς του Ν. 2522/1997 και του Ν. 3886/2010. Αντίθετα τα ζητήματα αυτά αντιμετωπίζονται και μάλιστα με νόμιμη πλήρη και επαρκή αιτιολογία (κατά τη γνώμη μας), γεγονός που αποτελεί σαφή απόδειξη της αναγκαιότητας σύστασης ενός εξειδικευμένου κεντρικού οργάνου-Αρχής για την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ αλλά και της εν γένει θετικής συμβολής της ΑΕΠΠ στην επίλυση των διαφορών που προκύπτουν προσυμβατικά σε δημόσιους διαγωνισμούς.

Εξάλλου, στις περιπτώσεις που η ΑΕΠΠ έκανε δεκτές τις σχετικές υποβληθείσες προσφυγές κατά των διακηρύξεων, και συγκεκριμένα κατά όρων που προέβλεπαν κριτήρια επιλογής κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, προκύπτει δικονομικά, στα πλαίσια της προσωρινής δικαστικής προστασίας, ένα ενδιαφέρον ζήτημα εννόμου συμφέροντος των αιτούντων κατά των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, το οποίο και θα αναλύσουμε στο τέλος.

## **2. Κριτήρια Επιλογής – Τεχνικές Προδιαγραφές**

Κατά την σύνταξη μιας Διακήρυξης δημόσιου διαγωνισμού είναι πολύ σημαντική κατ' αρχάς αλλά και κατ' αρχήν η διάκριση των κριτηρίων επιλογής τεχνικής ικανότητας και επάρκειας από τις τεχνικές απαιτήσεις και προδιαγραφές της διακήρυξης για τα υπό προμήθεια είδη και τις υπό ανάθεση υπηρεσίες.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 54 του Ν.4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών...2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή-όταν αυτά δεν υπάρχουν-σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που

αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

Κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016, οι τεχνικές προδιαγραφές προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας και του υπό προμήθεια είδους, ήτοι συναρτώνται αποκλειστικά προς τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας και του ίδιου του απαιτούμενου είδους-προϊόντος και όχι προς τους όρους υπό τους οποίους αποκτήθηκε από τον προμηθευτή της (υποψήφιο ανάδοχο) ή προς τις ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας τις οποίες ο τελευταίος οφείλει να πληροί για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας και την προσήκουσα παράδοση του ζητούμενου προϊόντος.

Γι' αυτό δε, με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) υποδεικνύονται οι τρόποι διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών, είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, **σε κάθε δε περίπτωση χωρίς να περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής, που να χαρακτηρίζει τις υπηρεσίες, που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.**

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης ..... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους

και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνύόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

Επίσης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 80 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. ....5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών».

Στο δε Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων ως εξής : «α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία, β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολάβος για την εκτέλεση του έργου, γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του, δ) αναφορά του τρόπου

διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματός της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, εφόσον κρίνεται αναγκαίο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας, στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης, ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης, η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολάβου και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια, θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολάβος για την εκτέλεση της σύμβασης, ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας, ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».

Επομένως, κατά τις διατάξεις των άρθρων 75 και 80 του Ν. 4412/2016, πριν την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τα οριζόμενα στη διακήρυξη, να ενσωματώνει και **στάδιο ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων**, όπου έχει τη δυνατότητα να ελέγχει και να αποκλείει εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, χωρίς να διαθέτουν μεταξύ άλλων τα ελάχιστα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα και την καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Ειδικά, κατά τη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, και κυρίως όσον αφορά στην **τεχνική και επαγγελματική ικανότητα**, δηλαδή την ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί κατά την διακριτικής της ευχέρεια να επιβάλλει απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Η δε διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται στην επιλογή της πρόβλεψης τέτοιων κριτηρίων επιλογής ή στην επιλογή της μη περιλήψης στην διακήρυξη τέτοιων απαιτήσεων.

Η δε αναθέτουσα αρχή ελέγχει την κάλυψη των τιθέμενων στη διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική- επαγγελματική ικανότητα, **προσδιορίζοντας τα ανάλογα μέσα απόδειξης από αυτά που αναφέρονται στο**

## Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) **απαριθμούνται εξαντλητικά** τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αντιστοίχως δε με τη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 (άρθρο 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) καθιερώνεται ένα **κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής** στα αναφερόμενα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου, περιορίζοντας τις δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει τις αντίστοιχες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας<sup>1</sup>.

Άλλωστε και κατά τις διατάξεις της πρώην ισχύουσας Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η ελάχιστη -κατά τα απαιτούμενα στη διακήρυξη- τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων συνίσταται στα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων, εμπειρίας και προσόντων, στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ο διαγωνιζόμενος προκειμένου να κριθεί ικανός για την εκτέλεση του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, και ως εκ τούτου η προσφορά του να μπορεί να ληφθεί υπόψη για την ανάθεση αυτή, στοιχεία τα οποία ο υποψήφιος ανάδοχος καλείται να αποδείξει με έναν από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.<sup>2</sup>

Γι' αυτό άλλωστε και τα μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρέπει να συμβαδίζουν με την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι να μπορεί από αυτά να προκύπτει αντικειμενικά η σχετική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων.<sup>3</sup>

Το δε Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει ήδη κρίνει στην υπόθεση «Λιανάκης», εξετάζοντας το ζήτημα της επικάλυψης μεταξύ κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης της σύμβασης, ότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής συνδέονται ουσιαστικά με την αξιολόγηση της ικανότητας του προσφέροντα να εκτελέσει τη συγκεκριμένη σύμβαση.<sup>4</sup>

Παρατηρούνται, λοιπόν, περιπτώσεις που, σε διακηρύξεις δημόσιου διαγωνισμού προμήθειας και συντήρησης/επισκευής μηχανημάτων, αποτυπώνεται ως τεχνική προδιαγραφή η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής, να διαθέτει ο υποψήφιος ανάδοχος μόνιμα κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό ή ακόμη και το προσωπικό του υποψήφιου αναδόχου να προβαίνει σε όλες τις διαθέσιμες τελευταίες αναβαθμίσεις του λογισμικού λειτουργίας του υπό συντήρηση εξοπλισμού, η ικανοποίηση της ως άνω απαίτησης προϋποθέτει ότι το προσωπικό που θα διαθέσει ο υποψήφιος ανάδοχος για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών πρέπει να είναι κατάλληλα καταρτισμένο, να φέρει την απαραίτητη τεχνογνωσία άλλως την

<sup>1</sup> (βλ. σχετικά, ΔΕΕ, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ΔΕΚ, C-76/1981, Transporoute et travaux)

<sup>2</sup> (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 13/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ)

<sup>3</sup> (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 13/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ)

<sup>4</sup> (ΔΕΚ C-532/2006, Εμμ. Γ. Λιανάκης Α.Ε. κατά Δήμου Αλεξανδρούπολης, ΣτΕ 137/2012)

απαραίτητη εμπειρία, ώστε να δύναται να ανταποκριθεί στην προαπαιτούμενη ικανότητα αναβάθμισης του λογισμικού του υπό συντήρηση εξοπλισμού στην εκάστοτε τελευταία έκδοσή του.

Αυτό ακριβώς το κριτήριο της κατάλληλης εκπαίδευσης συνίσταται σε ένα συγκερασμό επιμέρους στοιχείων, όπως η πιστοποιημένη εκπαίδευση, η τεχνογνωσία, η εμπειρία, και εν τέλει **η τεχνική ικανότητα** του υποψήφιου αναδόχου (και του προσωπικού του), στοιχεία τα οποία **συνδέονται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου, και όχι με την ίδια την παρεχόμενη υπηρεσία**, με αποτέλεσμα η απαίτηση αυτή να μην περιγράφεται ορθώς ως γενική τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση υπηρεσίας.

Τούτο σημαίνει ότι, η απαίτηση αυτή της διακήρυξης, αν και τίθεται ως γενική τεχνική προδιαγραφή, κατ' ουσίαν **αφορά στην επιθυμητή τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου**, η οποία εν προκειμένω συνίσταται στην τεχνική γνώση της αναβάθμισης του λογισμικού λειτουργίας του εξοπλισμού στην τελευταία του έκδοση, και όχι ως χαρακτηριστικό που σχετίζεται αμιγώς με την υπό ανάθεση υπηρεσία συντήρησης.<sup>5</sup>

Επομένως, η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο που φέρεται μεν ως τεχνική προδιαγραφή, πλην όμως, συνιστά κριτήριο ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου.

Μάλιστα, το κριτήριο αυτό επιλογής θα πρέπει υποχρεωτικά να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα κατάλληλα και ανάλογα μέσα απόδειξης από τα αναφερόμενα στη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπως αυτή παραπέμπει στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Ως εκ τούτου, η πρόβλεψη αποδεικτικών μέσων για την απαιτούμενη τεχνική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων εκφεύγει πλέον της ευρείας διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής για την πρόβλεψη των τεχνικών προδιαγραφών.

Αντίθετα, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει το κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις των Κοινοτικών Οδηγιών.

Και μάλιστα, στις περιπτώσεις αυτές η ΑΕΠΠ έχει κρίνει ότι πράγματι ο προσβαλλόμενος τέτοιος όρος τίθεται εσφαλμένως υπό τη μορφή τεχνικής προδιαγραφής της παρεχόμενης υπηρεσίας, υποκρύπτοντας προφανώς ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, και δη την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου.

Γι' αυτό το λόγο και θα πρέπει κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, να επιλέγονται και τα αντίστοιχα, κατάλληλα και ανάλογα μέσα προς απόδειξη αυτής, από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

---

<sup>5</sup>(βλ. ΑΕΠΠ 124/2017, 503/2018)



### **3. Μέσα Απόδειξης Κριτηρίων Επιλογής – Αρχή της αναλογικότητας και αρχή του υγιούς ανταγωνισμού**

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, όπως τούτο ενσωματώνει τη διάταξη του άρθρου 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζεται ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων».

Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές κατά την σύνταξη των κριτηρίων επιλογής τεχνικής ικανότητας και κατά την επιλογή των αποδεικτικών μέσων της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας, οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη ότι τούτα τα αποδεικτικά μέσα:

α) δεν πρέπει να παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας, δηλ. να μην υπερβαίνουν τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης,

β) να μην συνδέουν την τεχνική αυτή ικανότητα με βεβαιώσεις ιδιωτικών εταιρειών (πχ. μητρικών κατασκευαστικών εταιρειών) γεγονός που θα οδηγούσε σε νόθευση του υγιούς ανταγωνισμού, αποκλείοντας τους ενδιαφερόμενους που έχουν προμηθεύουν τέτοια υλικά από την παράλληλη αγορά και παρέχουν ήδη προσήκουσες υπηρεσίες σε άλλους διαγωνισμούς, διαθέτοντας βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης.

Στα πλαίσια αυτών των αρχών, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να απέχουν από τυχόν απαιτήσεις το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο απευθείας από τον κατασκευαστικό οίκο του απαιτούμενου εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης, καθώς και από τυχόν απαιτήσεις ο υποψήφιος ανάδοχος να είναι συμβεβλημένος υποχρεωτικά με τον ιδιωτικό φορέα / κατασκευαστή των υπό συντήρηση μηχανημάτων ως επίσημος αντιπρόσωπος – συντηρητής των μηχανημάτων αυτών.

Και τούτο διότι, τέτοιου είδους απαιτήσεις αποδεικτικών μέσων υπερβαίνουν τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης.

Εν προκειμένω, κατά το μέρος που η κριθείσα τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου απαιτείται να πιστοποιείται μόνον με βεβαίωση εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του αντίστοιχου ιδιωτικού κατασκευαστικού οίκου του εξοπλισμού, το αποδεικτικό αυτό μέσο τίθεται κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, καθώς η αναθέτουσα αρχή επιλέγει, χωρίς κατάλληλο και πρόσφορο δικαιολογητικό λόγο, ένα απολύτως εξειδικευμένο μέσο απόδειξης της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου, αν και αυτή θα μπορούσε να αποδεικνύεται και με άλλα μέσα που δεν συνδέονται αποκλειστικά με τον κατασκευαστικό οίκο του συντηρούμενου ιατρικού εξοπλισμού, όπως για παράδειγμα με την προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης παρόμοιων υπηρεσιών με τις υπό ανάθεση.

Αντίστοιχα και η τυχόν απαίτηση το προσωπικό του υποψηφίου αναδόχου να είναι εξουσιοδοτημένο απευθείας από τον κατασκευαστικό οίκο του απαιτούμενου εξοπλισμού για την παροχή των υπό ανάθεση υπηρεσιών συντήρησης/επισκευής κ.λπ., υπερβαίνει τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής του ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αποκλείοντας εκ των προτέρων άλλους τρόπους απόδειξης της απαιτούμενης εκπαίδευσης, όπως για παράδειγμα πιστοποίηση των απαιτούμενων επαγγελματικών προσόντων του προσωπικού του αναδόχου, απόδειξη της προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας/τεχνογνωσίας του με πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης όμοιων υπηρεσιών.

Άλλωστε με την τυχόν επιλογή τέτοιων αποδεικτικών μέσων αποκλείονται εκ των προτέρων άλλοι τρόποι απόδειξης της τεχνικής ικανότητας και της απαιτούμενης εκπαίδευσης, όπως για παράδειγμα πιστοποίηση των απαιτούμενων επαγγελματικών προσόντων του προσωπικού του αναδόχου, απόδειξη της προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας/τεχνογνωσίας του με πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης όμοιων υπηρεσιών τα οποία και είναι αναγκαία, κατάλληλα και πρόσφορα προς τούτο μέσα σύμφωνα και με το εσωτερικό και κοινοτικό δίκαιο.

Πολλώ δε μάλλον οι εν λόγω απαιτήσεις είναι αντίθετες από τα μέσα απόδειξης που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 80 Ν. 4412/2016 και του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.<sup>6</sup>

Σε κάθε δε περίπτωση, τυχόν τέτοια προβλεπόμενα αποδεικτικά μέσα είναι ανεπίτρεπτα, δεδομένου ότι με αυτά αποκλείεται εκ προοιμίου το δικαίωμα των διαγωνιζομένων να προμηθεύονται πχ τα προσφερόμενα ανταλλακτικά από οποιονδήποτε τρίτο αποκλειστικό ή εξουσιοδοτημένο διανομέα του κατασκευαστικού οίκου αυτών, ακόμα κι αν η σχέση εμπορικής αντιπροσώπευσης ήταν ενεργή σε πρότερο χρόνο και συνεπώς ο διαγωνιζόμενος, κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, έχει ήδη προμηθευτεί και επομένως διαθέτει σε στοκ τα απαιτούμενα ανταλλακτικά για τις υπό ανάθεση υπηρεσίες συντήρησης/επισκευής.

Και τούτο διότι, εάν ήθελε υποτεθεί ότι, κατά την έννοια του σχετικού όρου, τα ζητούμενα σε στοκ ανταλλακτικά που υποχρεούνται να προσφέρουν οι διαγωνιζόμενοι κατά την παροχή των υπηρεσιών τους, αποκλείεται να προέρχονται από τα ήδη σε στοκ ανταλλακτικά που διαθέτουν οι ίδιοι, τούτο θα έπρεπε να

---

<sup>6</sup>(Βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 124/2017, 157/2017, 503/2018)

διευκρινίζεται ρητά στους όρους της διακήρυξης, προσδιορίζοντας περαιτέρω τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα των ανταλλακτικών, αλλά και καθιστώντας σαφείς τους λόγους για τους οποίους τυχόν ανταλλακτικά, που ο διαγωνιζόμενος διαθέτει ήδη σε στοκ, δεν δύναται να χρησιμοποιηθούν καταλλήλως για τις υπό ανάθεση υπηρεσίες συντήρησης. Αντιθέτως, στο μέτρο που τα προσφερόμενα εκ μέρους των διαγωνιζομένων ανταλλακτικά, ανεξάρτητα εάν προέρχονται από τυχόν προηγούμενες παρτίδες ανταλλακτικών που είχαν ήδη προμηθευτεί οι διαγωνιζόμενοι, συμβαδίζουν ως προς τα χαρακτηριστικά τους γνωρίσματα με τα ζητούμενα στη διακήρυξη και εξυπηρετούν πλήρως τις ανάγκες συντήρησης του απαιτούμενου εξοπλισμού/μηχανήματος, νομίμως προσφέρονται από τους διαγωνιζόμενους.

Η δε τυχόν απαίτηση προσκόμισης βεβαίωσης, είτε εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου κατασκευάστριας εταιρείας, είτε εκπαίδευσης των εργαζομένων του υποψηφίου αναδόχου από την ιδιωτική κατασκευάστριας εταιρεία εμπεριέχει και τον κίνδυνο άρνησης της ιδιωτικής εταιρείας να προμηθεύσει τον διαγωνιζόμενο/ανεξάρτητο πάροχο υπηρεσιών ή μηχανημάτων με τα αντίστοιχα πιστοποιητικά αλλά και τα ίδια τα αναλώσιμα υλικά/ανταλλακτικά για τις υπό ανάθεση υπηρεσίες συντήρησης/επισκευής και τα υπό προμήθεια προϊόντα. Κατ' αυτόν τον τρόπο η συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης αποκλείει την περίπτωση τα υπό προμήθεια προϊόντα, ανταλλακτικά ή οι υπό ανάθεση υπηρεσίες να προέρχονται από άλλες εταιρείες, τρίτες, πρώην αποκλειστικούς αντιπροσώπους της κατασκευάστριας εταιρείας αλλά και ακόμη να προέρχονται από παράλληλη αγορά από τρίτους που τα έχουν προμηθευτεί νόμιμα ως εμπορικοί αντιπρόσωποι, διανομείς ή πράκτορες θυγατρικής της κατασκευάστριας εταιρείας.

#### **4. Προσωρινή δικαστική προστασία κατά απόφασης της ΑΕΠΠ ακύρωσης όρων διακήρυξης που προβλέπουν τέτοια αποδεικτικά μέσα κριτηρίων επιλογής τεχνικής ικανότητας κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και της αρχής του υγιούς ανταγωνισμού.**

Στην περίπτωση, που η ΑΕΠΠ ακυρώσει τους όρους της διακήρυξης για τα αποδεικτικά μέσα τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδόχων ως αντίθετους στην αρχή της αναλογικότητας ή του υγιούς ανταγωνισμού τίθεται το ζήτημα του ποιος φορέας έχει έννομο συμφέρον να προσβάλει την απόφαση αυτή της ΑΕΠΠ, ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων.

Σύμφωνα, με το άρθρο 372 Ν. 4412/2016 προβλέπεται επί λέξει: «1. Όποιος έχει έννομο συμφέρον μπορεί να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της ΑΕΠΠ και την ακύρωσή της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου της έδρας της αναθέτουσας αρχής, με τριμελή σύνθεση, το οποίο αποφαινεται αμετακλήτως. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ κάνει δεκτή την προδικαστική προσφυγή. Με τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης λογίζονται ως συμπροσβαλλόμενες με την απόφαση της ΑΕΠΠ και όλες οι συναφείς προς την ανωτέρω απόφαση πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, εφόσον έχουν εκδοθεί ή συντελεστεί αντιστοίχως έως τη συζήτηση της αίτησης αναστολής ή την πρώτη συζήτηση της αίτησης ακύρωσης. Με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος νόμου, για την

εκδίκαση των διαφορών αυτών εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του π.δ. 18/1989 (Α΄ 8). ... 4. ...Κατά παρέκκλιση από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 52 του π.δ. 18/1989 (Α΄ 8), η αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή εφόσον πιθανολογείται σοβαρά η παράβαση κανόνα του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του εσωτερικού δικαίου και η αναστολή είναι αναγκαία για να αρθούν τα δυσμενή από την παράβαση αποτελέσματα ή να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων του αιτούντος. Η αίτηση όμως μπορεί να απορριφθεί αν, από τη στάθμιση της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος, κρίνεται ότι οι αρνητικές συνέπειες από την αποδοχή θα είναι σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος. ...»

Κατά την έννοια της διάταξης αυτής το σύστημα προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών ή δημοσίων έργων σκοπεί (όπως είχε κριθεί και κατά τις διατάξεις των Ν. 2522/1997 και 3886/2010) στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι συμβάσεις αυτές από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν εξ αιτίας πιθανολογούμενης παράβασης εκ μέρους της Διοίκησης των κανόνων που καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής καθώς και τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος να υποβάλει προσφορά ασκήσει αίτηση αναστολής κατά της σχετικής διακήρυξης θα πρέπει προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή, με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει το εσωτερικό και κοινοτικό δίκαιο, την διακήρυξη σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Ως βλάβη νοείται όχι η επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων, αλλά τα πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, αφορώντα τη νομική ή πραγματική κατάσταση του υποψηφίου αναδόχου, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του αιτούντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις ή λόγω της πιθανολογούμενης θέσης προϊόντων του σε δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προϊόντων των άλλων συμμετεχόντων.<sup>7</sup>

Λαμβάνοντας υπόψη, όμως, ότι από την ακύρωση των σχετικών όρων της διακήρυξης (που έθεταν ανεπίτρεπτα και κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και του υγιούς ανταγωνισμού αποδεικτικά μέσα τεχνικής ικανότητας διαγωνιζομένων) δεν κατέστη αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της αιτούσας εταιρείας στον σχετικό διαγωνισμό, εφόσον εν προκειμένω η αιτούσα εταιρεία καλύπτει τους ακυρωθέντες όρους που θέτουν τα συγκεκριμένα αποδεικτικά μέσα τεχνικής ικανότητας των συμμετεχόντων, ως εκ τούτου εξακολουθεί να μην εμποδίζεται η συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ επιπλέον για την στοιχειοθέτηση της επικαλούμενης βλάβης της δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας όρων της διακήρυξης<sup>8</sup>, όπως αυτοί διαμορφώθηκαν με την προσβαλλόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ. Επομένως, η αιτούσα εταιρεία δεν ευρίσκεται σε κατάσταση προστατευτέα με αίτηση αναστολής Ν. 4412/2016, γι' αυτό το λόγο στερείται εννόμου συμφέροντος για την άσκηση αίτησης αναστολής.

<sup>7</sup>(βλ. ΕΑ ΣτΕ 148/2016, 131/2016, 181/2011, 1140/2010, 203/ 2009, 670/2009, 1354/2009, 609/2008, 1258/2008, 1316/2008 κ.ά.)

<sup>8</sup>(πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 965/2010, 1046/2009, 1149/2009, κ.ά.)

## 5. Ανακεφαλαίωση

Τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται σε στοιχεία τα οποία συνδέονται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου, και όχι με την ίδια την παρεχόμενη υπηρεσία, συνιστούν κριτήριο ποιοτικής επιλογής του υποψηφίου αναδόχου και όχι γενικές τεχνικές προδιαγραφές της υπό ανάθεση υπηρεσίας ή υπό προμήθεια προϊόντων. Οι δε όροι που τέθηκαν εσφαλμένως υπό τη μορφή τεχνικής προδιαγραφής, υποκρύπτουν προφανώς ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, και δη την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, και για την κάλυψη αυτών θα πρέπει κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, να επιλέγονται και τα αντίστοιχα, κατάλληλα και ανάλογα μέσα προς απόδειξη αυτής, από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τα οποία:

α) δεν πρέπει να παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας, δηλ. να μην υπερβαίνουν τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης,

β) να μην συνδέουν την τεχνική αυτή ικανότητα με βεβαιώσεις ιδιωτικών εταιρειών (μητρικών κατασκευαστικών εταιρειών) γεγονός που θα οδηγούσε σε νόθευση του υγιούς ανταγωνισμού, αποκλείοντας τους ενδιαφερόμενους που έχουν προμηθεύουν τέτοια υλικά από την παράλληλη αγορά και παρέχουν ήδη προσήκουσες υπηρεσίες σε άλλους διαγωνισμούς, διαθέτοντας βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης.

## ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΟΣ ΜΗΧΑΝΙΣΜΟΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΤΗΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΈΝΩΣΗ: ΕΠΙΛΟΓΗ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΟΛΟΚΛΗΡΩΣΗΣ Η ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΡΗΞΗΣ;

Δημήτριος Β. Σκιαδάς, MJur, PhD, Καθηγητής Τμήματος Διεθνών & Ευρωπαϊκών Σπουδών Παν/μιου Μακεδονίας, Έδρα Jean Monnet «Δημοσιονομική Διακυβέρνηση της ΕΕ & Έλεγχος»

### 1. Εισαγωγή – Το «Κράτος Δικαίου» ως νομική έννοια στην έννομη τάξη της ΕΕ

Αποτελεί πλέον κοινό τόπο η διαπίστωση πως η επίκληση της έννοιας του «κράτους δικαίου» δεν λαμβάνει χώρα μόνο σε επίπεδο θεωρητικής ανάλυσης, ακαδημαϊκής μελέτης ή πολιτικού διαλόγου αλλά εμπεριέχεται σε κείμενα νομοθετικής ή κανονιστικής ισχύος. Η διαπίστωση αυτή συνεπάγεται την ανάγκη προσδιορισμού του περιεχομένου αυτής της έννοιας καθώς τίθεται ως κριτήριο (ενίοτε σε επίπεδο προδιαγραφής) για την αξιολόγηση συμπεριφορών διαφόρων υποκειμένων δικαίου, και ιδίως κρατικών αρχών, με χαρακτηριστικό παράδειγμα τα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ).<sup>1</sup>

Έχουν προταθεί διάφοροι ορισμοί της έννοιας του «κράτους δικαίου», η ανάλυση των οποίων εκφεύγει των ορίων του παρόντος κειμένου. Μια ενδιαφέρουσα προσπάθεια με αναφορές στον προσδιορισμό της έννοιας σε πολλές έννομες τάξεις, με έμφαση στην Ευρωπαϊκή Ένωση και τις Ηνωμένες Πολιτείες, αποδίδει στο περιεχόμενο της τέσσερα σημεία ως εξής: α) Η εξουσία δεν μπορεί να ασκείται αυθαίρετα με κριτήριο μόνο την ανθρώπινη βούληση και οι νόμοι πρέπει να αναφέρονται στο μέλλον, να είναι προσιτοί και σαφείς, β) οι νόμοι πρέπει να υπερέχουν και να είναι ανεξάρτητοι, να εδράζονται και να καθιερώνουν τη διάκριση των εξουσιών, να δεσμεύουν όλους, συμπεριλαμβανομένων των ηγεσιών, και να εφαρμόζονται από ανεξάρτητους δικαστικούς σχηματισμούς, γ) οι νόμοι εφαρμόζονται το ίδιο για όλους και παρέχουν την ίδια προστασία σε όλους χωρίς διακρίσεις, και το περιεχόμενο τους να είναι τέτοιο που να μπορεί να τηρηθεί, δ) ο σεβασμός των παγκοσμίως αποδεκτών και θεσμοθετημένων ανθρωπίνων δικαιωμάτων, όπως προβλέπονται στις διεθνείς και πολιτειακές ρυθμίσεις.<sup>2</sup> Εξίσου ενδιαφέρουσα είναι η εξέταση πολλών ορισμών περιλαμβάνεται στην Έκθεση του 2011 της «Επιτροπής της Βενετίας» που λειτουργεί στο πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρώπης,<sup>3</sup> όπου εκεί προκρίνεται ως πλέον κατάλληλος ο ορισμός που δίδει ο Sir Tom Bingham κατά τον οποίο ο πυρήνας της έννοιας του «κράτους δικαίου» περιλαμβάνει την υποχρέωση όλων των προσώπων

<sup>1</sup> Σχετικά με αυτή την «εργαλειοποίηση» της έννοιας του κράτους δικαίου βλ. A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, M. Taborowski & M. Schmidt, Guest Editorial - A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines, *Common Market Law Review* 2018, τόμος 55: σελ. 1–14.

<sup>2</sup> Βλ. ανάλυση αυτής της προσέγγισης σε R. Gosalbo-Bono, The significance of the rule of law and its implications for the European Union and the United States, *University of Pittsburgh Law Review*, 2010, vol. 72, σελ. 229-360.

<sup>3</sup> Βλ. *European Commission for democracy through law (Venice Commission)*, Report on the Rule of Law, CDL-AD(2011)003rev, 4 April 2011.

και αρχών στο πλαίσιο ενός κράτους, είτε εμπíπτουν στο δημόσιο είτε στο ιδιωτικό δίκαιο, να δεσμεύονται αλλά και να εξυπηρετούνται από νόμους που θεσπίζονται δημόσια, ισχύουν (εν γένει) για το μέλλον και δημοσίως εφαρμόζονται στα δικαστήρια.<sup>4</sup>

Η επίκληση αυτής της έννοιας, στο πλαίσιο της έννομης της ΕΕ, έχει αποκτήσει πλέον συστημικά χαρακτηριστικά καθώς αποτελεί μια από τις βάσεις της σύμφωνα με το άρθρο 2 ΣυνθΕΕ.

Για το λόγο αυτό αποτελεί τη βάση πολλών αιρεσιμοτήτων που διαμορφώνονται και χρησιμοποιούνται στο πλαίσιο της Ένωσης. Ως αιρεσιμότητα προσδιορίζεται η ρύθμιση κατά την οποία η επέλευση ενός αποτελέσματος εξαρτάται από την εκπλήρωση κάποιων όρων/προϋποθέσεων. Στην ιστορική πορεία της ΕΕ η αξιοποίηση των αιρεσιμοτήτων, είτε ως προς την επίτευξη συγκεκριμένων πολιτικών αποτελεσμάτων είτε ως προς την παροχή χρηματοδοτικής ενίσχυσης εκ μέρους της ΕΕ, έχει καταγραφεί συχνά, όντας μια αρκετά καθιερωμένη πρακτική σε τομείς, όπως π.χ. η διαδικασία ένταξης κρατών στην ΕΕ,<sup>5</sup> η διαδικασία ένταξης κρατών μελών της ΕΕ στην Οικονομική και Νομισματική Ένωση (ΟΝΕ),<sup>6</sup> η διαδικασία χορήγησης οικονομικής υποστήριξης στο πλαίσιο της πολιτικής αναπτυξιακής και ανθρωπιστικής βοήθειας της ΕΕ,<sup>7</sup> η παροχή οικονομικών ενισχύσεων στο πλαίσιο της Πολιτικής Συνοχής της ΕΕ,<sup>8</sup> και η παροχή οικονομικής βοήθειας στο πλαίσιο του

---

<sup>4</sup> Βλ. *T. Bingham*, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2010 (e-book), σελ. 35.

<sup>5</sup> Για περισσότερες λεπτομέρειες για αυτήν την περίπτωση αιρεσιμότητας βλ. ενδεικτικά *H. Grabbe*, *A Partnership for Accession? The Implications of EU Conditionality for the Central and East European Applicants*, Robert Schuman Centre Working Paper 12/99, European University Institute, 1999, της *ίδιας*, *How does Europeanization affect CEE governance? Conditionality, diffusion and diversity*, *Journal of European Public Policy*, Vol 8, No 6, 2001, σελ. 1013-1031, *M. Braun*, *Europeanization of Environmental Policy in the New Europe – Beyond Conditionality*, Routledge, 2016, *Cl. Vos*, *European Integration through “soft conditionality”-The contribution of culture to EU enlargement in Southeast Europe*, *International Journal of Cultural Policy*, Vol.23, No 6, 2017, σελ. 675-689, *Fr. Schimmelfennig/U. Sedelmeier*, *Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe*, *Journal of European Public Policy*, Vol. 11, No 4, 2004, σελ.661-679, *G. Sasse*, *The European Neighbourhood Policy: Conditionality Revisited for the EU’s Eastern Neighbours*, *Europe-Asia Studies*, Vol. 60, No 2, March 2008, σελ. 295-316.

<sup>6</sup> Για περισσότερες λεπτομέρειες βλ. ενδεικτικά *Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα*, Έκθεση για τη Σύγκλιση, Μάιος 2010, σελ. 7-32, *Δ. Β. Σκιαδάς*, Σύμφωνο Σταθερότητας και Ανάπτυξης: Η Ευρωπαϊκή επιλογή για την αντιμετώπιση της δημοσιονομικής κρίσης, Διοικητική Ενημέρωση, τεύχος 53, Απρίλιος 2010, σελ. 28-45 και τις εκεί παραπομπές, *D. V. Skiadas*, *Greek Fiscal Governance: The EU’s Impact on Fiscal Sovereignty*, σε *S.N. Litsas/A. Tziampiris* (ed), *Foreign Policy Under Austerity-Greece’s Return to Normality?*, Palgrave MacMillan, 2017, σελ. 161-201, σε σελ.161-168 και τις εκεί παραπομπές,

<sup>7</sup> Για περισσότερες λεπτομέρειες ενδεικτικά βλ. *European Commission*, *The future approach to EU budget support to third countries*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2011) 638 final, Brussels, 13.10.2011, *N. Hermes/R. Lensink*, *Changing the Conditions for Development Aid: A New Paradigm?*, *Journal of Development Studies*, Vol. 37, No 6, 2001, σελ.1-16, *V. Jakupec/M. Kelly*, *Development aid: Regulatory Impact Assessment and conditionality*, *Impact Assessment and Project Appraisal*, Vol. 34, No 4, 2016, σελ. 319-329, *A. Geske Dijkstra*, *The Effectiveness of Policy Conditionality: Eight Country Experiences*, *Development and Change*, Vol. 33, No 2, 2002, σελ. 307-334, *J. Faust/S. Koch/N. Molenaers/H. Tavakoli/J. Vanheukelom*, *The future of EU Budget support: political conditions, differentiation and coordination*, European Think-Tanks Group, May 2012.

<sup>8</sup> Για περισσότερες λεπτομέρειες ενδεικτικά βλ. *Fr. Bollen/I. Hartwig/Ph. Nicolaidis*, *EU Structural Funds beyond Agenda 2000*, European Institute of Public Administration, 2000, *A. Evans*, *The EU Structural Funds*, Oxford University Press, 1999, *S. Lanson*, *Financements Europeens*, Delmas, 2000,

Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Σταθερότητας, κλπ.<sup>9</sup> Σε αρκετές από αυτές τις περιπτώσεις ο σεβασμός του κράτους δικαίου αποτέλεσε και αποτελεί όρο, εκ μέρους της ΕΕ, ως προς την επέλευση αποτελεσμάτων για τα εμπλεκόμενα κράτη.

Η προσέγγιση μάλιστα της έννοιας του κράτους δικαίου στην ΕΕ από το Δικαστήριο της ΕΕ (ΔΕΕ) ξεπερνάει την πτυχή της ως αμιγώς τυπική και διαδικαστική απαίτηση, αλλά την αναδεικνύει ως όχημα μέσω του οποίου διασφαλίζεται ο σεβασμός και η συμμόρφωση με τη δημοκρατία και τα ανθρώπινα δικαιώματα, επισημαίνοντας την ουσιαστική της αξία και διευκρινίζοντας ότι μια «Ένωση δικαίου» συνεπάγεται ότι οι πράξεις των θεσμικών οργάνων της υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο όσον αφορά τη συμμόρφωσή τους όχι μόνο με τη Συνθήκη αλλά και με «τις γενικές αρχές του δικαίου στις οποίες περιλαμβάνονται και τα θεμελιώδη δικαιώματα».<sup>10</sup>

## 2. Η προστασία του κράτους δικαίου στην ΕΕ

Η αντίληψη που έχει διαμορφωθεί στην ΕΕ σχετικά με την προστασία του κράτους δικαίου θυμίζει – χωρίς όμως να έχει ποτέ χαρακτηριστεί έτσι *expressis verbis* – την αρχή της επικουρικότητας (άρθρο 5 παρ. 3 ΣυνθΕΕ). Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υποστηρίζει ότι «Στις περιπτώσεις όπου οι μηχανισμοί που έχουν θεσπιστεί σε εθνικό επίπεδο για τη διασφάλιση του κράτους δικαίου πάψουν να λειτουργούν αποτελεσματικά, δημιουργείται συστημική απειλή κατά του κράτους δικαίου και, ως εκ τούτου, για τη λειτουργία της ΕΕ ως χώρου ελευθερίας, ασφάλειας και δικαιοσύνης χωρίς εσωτερικά σύνορα. Στις περιπτώσεις αυτές, η ΕΕ πρέπει να αναλάβει δράση για να προστατέψει το κράτος δικαίου ως κοινή αξία της Ένωσης.»<sup>11</sup>

---

Γ. Εμμανουήλ/Δ. Παπαδοπούλου, Τα Ευρωπαϊκά Προγράμματα και οι Πολιτικές τους, Εκδόσεις Παπαζήση, 2004, Ν.-C. Surubaru, Administrative capacity or quality of political governance? EU Cohesion Policy in the new Europe, 2007–13, *Regional Studies*, Vol. 51, No 6, 2017, σελ. 844-856, Β. Καλοπήτα, Πολιτική Συνοχής και Μακροοικονομική Αιρεσιμότητα: Μια δύσκολη σχέση, Διπλωματική Εργασία στο Μεταπτυχιακό Πρόγραμμα Σπουδών «Διεθνείς Σπουδές» στο Τμήμα Διεθνών και Ευρωπαϊκών Σπουδών στο Πανεπιστήμιο Μακεδονίας, 2016, Μ. Jouen, The Macroeconomic Conditionality, the story of a triple penalty for regions, *Notre Europe Policy Paper* 131, March 2015, Ρ. Tokarski/S.Verhelst, Macroeconomic Conditionality in Cohesion Policy: Added Value or Unnecessary Burden?, *European Policy Brief* No 13, November 2012, Α-Μ. Porras-Gómez, Metagovernance and Control of Multilevel Governance Frameworks: The Case of the EU Structural Funds' Financial Execution, *Regional & Federal Studies*, Vol. 24, No. 2, 2014, σελ. 173-188, Κ. Μουσουρούλης, Δημόσιες Επιλογές (Μια προσωπική αφήγηση) – Κοινοτικοί Πόροι: Ευκαιρίες και Προκλήσεις, Εκδόσεις Σιδέρης, 2010, ιδίως σελ. 283-290, Ρ. Graig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, σελ. 69-96.

<sup>9</sup> Για περισσότερες λεπτομέρειες ενδεικτικά βλ. S. Greer, Structural adjustment comes to Europe: Lessons for the Eurozone from the conditionality debates, *Global Social Policy*, Vol. 14, No 1, 2014, σελ. 51-71, D. V. Skiadas, Greek Fiscal Governance: The EU's Impact on Fiscal Sovereignty, σε S.N. Litsas/A. Tziampiris (ed), *Foreign Policy Under Austerity-Greece's Return to Normality?*, Palgrave MacMillan, 2017, σελ. 161-201, σε σελ. 168-192 και τις εκεί παραπομπές, D. V. Skiadas, Tackling Greece's Financial Crisis – A legal-institutional viewpoint, σε Κ..Α. Landas/S. N. Litsas/D. V. Skiadas, *Stateness and Sovereign Debt – Greece in the European Conundrum*, Lexington Books, 2013, σελ. 81-171 και τις εκεί παραπομπές.

<sup>10</sup> Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, απόφαση της 25ης Ιουλίου 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως*, Συλλογή 2002, σ. I-06677, σκέψεις 38 και 39, ΔΕΚ, απόφαση της 3ης Σεπτεμβρίου 2008 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-402/05 P και C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi και Al Barakaat International Foundation κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως και Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, Συλλογή 2008, σ. I-06351, σκέψη 316.

<sup>11</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκή Επιτροπή*, Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο – Ένα νέο πλαίσιο της ΕΕ για την ενίσχυση του κράτους δικαίου, COM(2014) 158 final, 11.3.2014, σελ. 5.



Η προσέγγιση αυτή επιτάσσει την ανάπτυξη ενός αποτελεσματικού θεσμικού και διαδικαστικού «οπλοστασίου» που θα επιτρέψει στους θεσμούς της ΕΕ να ενεργήσουν κατάλληλα και έγκαιρα σε περιπτώσεις που μια παρέμβαση τους για την προστασία του κράτους δικαίου κριθεί επιβεβλημένη.

Τόσο η διαδικασία του άρθρου 258 ΣυνθΛΕΕ σχετικά με την πρωτοβουλία της Επιτροπής να εκκινήσει διαδικασίες επί παραβάσει των Συνθηκών για κάποιο κράτος μέλος της Ένωσης, όσο και η διαδικασία του άρθρου 7 ΣυνθΕΕ σχετικά με τα μέτρα πρόληψης και επιβολής κυρώσεων για περιπτώσεις συστημικής απειλής σε βάρος του κράτους δικαίου από κράτη μέλη της ΕΕ, αν και έχουν να επιδείξουν ορισμένες σημαντικές επιτυχίες στην προσπάθεια προστασίας του κράτους δικαίου, δεν παρέχουν πάντα τη δυνατότητα να αντιμετωπιστούν αποτελεσματικά συμπεριφορές κρατών που εγκαλούνται από τα θεσμικά όργανα της ΕΕ ότι απειλούν να πλήξουν ή πληττούν το κράτος δικαίου. Αυτό συμβαίνει είτε γιατί οι προϋποθέσεις ενεργοποίησης τους είναι ιδιαίτερα δύσκολο να διαπιστωθεί ότι πληρούνται, ιδίως όταν πρόκειται για την προστασία του κράτους δικαίου, είτε γιατί οι επαπειλούμενες κυρώσεις είναι τόσο αυστηρές (χαρακτηριστικά ονομάζονται «πυρηνική επιλογή») που αποτρέπεται η πλήρης επιβολή τους.<sup>12</sup>

Σε μια προσπάθεια βελτίωσης των μηχανισμών αυτών, η Επιτροπή<sup>13</sup> και το Συμβούλιο της ΕΕ<sup>14</sup> διατύπωσαν προτάσεις διαμόρφωσης νέων διαδικασιών, με έμφαση στον πολιτικό διάλογο μεταξύ των δυο αυτών οργάνων και των εμπλεκόμενων κρατών μελών κατά τρόπο ώστε να επιλύονται τα προβλήματα πριν υπάρξει η ενεργοποίηση των νομικών μηχανισμών προαναφερθεισών διατάξεων. Και οι προτάσεις αυτές όμως δεν θεωρήθηκε ότι μπορούν να είναι αποτελεσματικές καθώς θέτουν ως προϋπόθεση για την επιτυχή ολοκλήρωση των διαδικασιών διαλόγου το πνεύμα «καλής διάθεσης» μεταξύ των συμμετεχόντων μερών, κάτι που κάθε άλλο παρά δεδομένο είναι σε περιπτώσεις αμφισβήτησης τόσο θεμελιωδών αρχών όπως αυτή του κράτους δικαίου.<sup>15</sup>

Η εμπειρία ενεργοποίησης των μηχανισμών αυτών στις περιπτώσεις της Ουγγαρίας και της Πολωνίας ανέδειξαν ότι πραγματικά είτε στην πιο ήπια εκδοχή τους, είτε στην πιο αυστηρή εκδοχή τους, τα αποτελέσματα σίγουρα δεν είναι αυτά που επιθυμούσαν

---

<sup>12</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκή Επιτροπή*, Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο – Ένα νέο πλαίσιο της ΕΕ για την ενίσχυση του κράτους δικαίου, COM(2014) 158 final, 11.3.2014, σελ. 6 και 7 και τις εκεί παραπομπές, όπου αναφέρονται συγκριμένες περιπτώσεις ενεργοποίησης αυτών των διαδικασιών αλλά και τα όρια αποτελεσματικότητάς τους, *D. Kochenov, L. Pech*, Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction, European University Institute - Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper RSCAS 2015/24, σελ. 2-5.

<sup>13</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκή Επιτροπή*, Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο – Ένα νέο πλαίσιο της ΕΕ για την ενίσχυση του κράτους δικαίου, COM(2014) 158 final, 11.3.2014, σελ. 7-10.

<sup>14</sup> *Council of the European Union*, Conclusions of the Council of the European Union and the member states meeting within the Council on ensuring respect for the rule of law General Affairs Council meeting Brussels, 16 December 2014, Press Release.

<sup>15</sup> Βλ. *D. Kochenov, L. Pech*, Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction, European University Institute - Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUI Working Paper RSCAS 2015/24, σελ. 15.

οι εμπνευστές τους.<sup>16</sup> Μάλιστα ακόμη και η διαφοροποίηση στην διαδικαστική μεταχείριση των δύο αυτών χωρών αναδείχθηκε ως σημείο αδυναμίας των εφαρμοζομένων μηχανισμών εκ μέρους της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.<sup>17</sup> Ιδιαίτερα ανησυχητικό στοιχείο είναι το ότι, εκτός από την αναδεικνυόμενη αναποτελεσματικότητα των μηχανισμών αυτών, επισημαίνεται από πολλούς πως τέτοια ζητήματα αφενός δεν μπορούν να επιλυθούν από τέτοιους μηχανισμούς – οι οποίοι σε κάθε περίπτωση πρέπει να αλλάξουν – και αφετέρου καθίσταται επιβεβλημένη η αλλαγή της ίδιας της λογικής, και κατ' επέκταση της δομής και της λειτουργίας της ΕΕ, καθώς το υπερκρατικό πολιτειακό μοντέλο της πρέπει να τηρεί και το ίδιο τις αρχές του κράτους δικαίου που επιτάσσει στα κράτη μέλη της Ένωσης, οι οποίες, στην περίπτωση της ενεργοποίησης του άρθρου 7 ΣυνθΕΕ, όπως αυτή έγινε, φαίνεται να μην τηρήθηκαν.<sup>18</sup> Και αυτή η εξέλιξη λειτουργεί ως επώδυνη υπενθύμιση μιας εκτίμησης που είχε διατυπωθεί πολλά χρόνια πριν ως προς το άρθρο 7 ΣυνθΕΕ, ότι δηλαδή «η χρήση των διαδικασιών της εν λόγω διάταξης θα είναι καταστροφική. Ακόμη και η πιθανότητα εφαρμογής τους μπορεί να θέσει σε κίνηση καταστροφικά γεγονότα που ίσως πλήξουν την ίδια την δομή της Ένωσης.»<sup>19</sup>

### 3. Η δημοσιονομική διάσταση στη προστασία του κράτους δικαίου στην ΕΕ

Τα ανωτέρω δεδομένα οδήγησαν σε αναζήτηση εναλλακτικών επιλογών προστασίας του κράτους δικαίου στο πλαίσιο της ΕΕ. Οι διάφορες προτάσεις οργανώνονται σε τρεις ευρείες κατηγορίες, ως εξής: α) περαιτέρω ενίσχυση και επέκταση των αιρεσιμοτήτων που εφαρμόζονται για τις χρηματοδοτήσεις στο πλαίσιο της Πολιτικής Συνοχής της ΕΕ και των σχετικών μηχανισμών παρακολούθησης, όταν η επίτευξη των στόχων αυτής της πολιτικής απειλείται από μη εφαρμογή των αρχών του κράτους δικαίου, β) αναστολή χρηματοδοτήσεων από τον προϋπολογισμό της ΕΕ σε περιπτώσεις συστηματικών παραβάσεων των προδιαγραφών του κράτους δικαίου και γ) επιβράβευση, με επιπλέον χρηματοδοτήσεις, των χωρών που έχουν καλές επιδόσεις στην προαγωγή των αρχών του κράτους δικαίου.<sup>20</sup>

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή φαίνεται να ασπάζεται τη δεύτερη από τις ανωτέρω επιλογές καθώς, στο πλαίσιο της συνολικής πρότασης της για το Πολυετές Δημοσιονομικό Πλαίσιο (ΠΔΠ) της περιόδου 2021-2027, τόσο τον Φεβρουάριο 2018,<sup>21</sup> όσο και τον

---

<sup>16</sup> Για τις διαδικασίες για τις δυο αυτές χώρες βλ. εντελώς ενδεικτικά *K. Niklewicz*, Safeguarding the rule of law within the EU: lessons from the Polish experience, *European View*, 2017, τόμος 16, σελ. 281–291, *B. Bugarič*, Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge, LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series (LEQS) Paper No. 79/2014, July 2014 και τις παραπομπές που εμπεριέχονται σε αυτά τα έργα.

<sup>17</sup> Βλ. *S. Carrera, P. Bard*, The European Parliament Vote on Article 7 TEU against the Hungarian government- Too Late, Too Little, Too Political?, Centre for European Policy Studies – CEPS, Commentary 14.9.2018, σελ.3, *C. Closa*, The politics of guarding the Treaties: Commission scrutiny of rule of law compliance, *Journal of European Public Policy*, 2018, DOI: 10.1080/13501763.2018.1477822.

<sup>18</sup> Βλ. ανάλυση αυτού του προβληματισμού σε *D. Kochecov, P. Bard*, Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU – The pitfalls of overemphasizing enforcement, RECONNECT Working paper No 1, July 2018.

<sup>19</sup> Βλ. *A. Williams*, *The indifferent gesture : article 7 TEU, the Fundamental Rights Agency and the UK's invasion of Iraq*, *European Law Review*, 2006, τόμος 31, τεύχος 1, σελ. 3-27 σε σελ. 27.

<sup>20</sup> Βλ. *J. Šelih, I. Bond, and Carl Dolan*, Can EU funds promote the rule of law in Europe?, Centre for European Reform, November 2017, σελ. 10-13.

<sup>21</sup> Βλ. *European Commission*, A new modern Multiannual Financial Framework for a European Union that delivers efficiently on its priorities post-2020, Communication from the European Commission to

Μάιο 2018,<sup>22</sup> περιέλαβε, ως επιλογή προς υιοθέτηση από το Συμβούλιο και το Ευρωκοινοβούλιο, τη δυνατότητα σύνδεσης των χρηματοδοτήσεων συνολικά από τον προϋπολογισμό της ΕΕ με τον σεβασμό και την τήρηση των αξιών που αναφέρονται στο άρθρο 2 ΣυνθΕΕ. Η πρόταση αυτή, αν και είχε διατυπωθεί με ουδέτερη ορολογία, χωρίς να περιλαμβάνει καμία ρητή αναφορά σε συγκεκριμένα κράτη, ερμηνεύθηκε ότι στρεφόταν κατά διαφόρων κρατών μελών (ειδικά από την Ανατολική Ευρώπη όπως Πολωνία, Ουγγαρία, Τσεχία κλπ), τα οποία αν και σε επίπεδο Ευρωπαϊκού Συμβουλίου εξέφρασαν απλές επιφυλάξεις διαδικαστικής φύσεως π.χ. ως προς τα κριτήρια ενεργοποίησης του προτεινόμενου μηχανισμού, σε εθνικό επίπεδο αντέδρασαν πολύ πιο έντονα καθώς θεώρησαν ότι μια τέτοια επιλογή περιορίζει σημαντικά τα κυριαρχικά δικαιώματά τους.<sup>23</sup>

Η πολιτική πρόταση της Επιτροπής πήρε τη μορφή νομοθετικής πρωτοβουλίας με συγκεκριμένο σχέδιο Κανονισμού που κατατέθηκε προς διαβούλευση και υιοθέτηση.<sup>24</sup> Βασικό σημείο εκκίνησης της σχετικής πρότασης είναι η άποψη ότι εφόσον η ΕΕ αποτελεί μια κοινότητα δικαίου με αρχές που αποτελούν θεμελιώδη βάση ύπαρξης και λειτουργίας για αυτή, είναι λογική συνέπεια ο προϋπολογισμός της να διασφαλίζει αυτές τις αρχές ως προϋπόθεση για τη χρηστή δημοσιονομική διαχείριση και αποτελεσματική χρηματοδότηση της ΕΕ. Κατά το σκεπτικό της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, υπάρχει σαφής σύνδεση μεταξύ του σεβασμού του κράτους δικαίου και της αμοιβαίας εμπιστοσύνης και οικονομικής αλληλεγγύης μεταξύ των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, κάτι που επιβάλλει την ύπαρξη συμπληρωματικού μηχανισμού ελέγχου και επιβολής κυρώσεων σε περίπτωση παραβίασης της αρχής αυτής. Μάλιστα η Επιτροπή εκτιμά ότι αυτή η παραβίαση που συνίσταται σε γενικευμένες ελλείψεις όσον αφορά το κράτος δικαίου σε ένα κράτος μέλος προκαλεί κίνδυνο οικονομικής ζημίας ο οποίος πλήττει ευθέως τα οικονομικά συμφέροντα της Ένωσης, για τη προστασία των οποίων πρέπει η ΕΕ να μπορεί να θεσπίζει τα κατάλληλα μέτρα. Η κεντρική ιδέα της πρότασης είναι να εκδίδεται σχετική απόφαση του Συμβουλίου έπειτα από πρόταση της Επιτροπής. Η απόφαση θεωρείται ότι έχει εγκριθεί από το Συμβούλιο, εκτός εάν αυτό αποφασίσει, με ειδική πλειοψηφία, να απορρίψει την πρόταση της Επιτροπής εντός ενός μήνα από την έγκρισή της από την Επιτροπή (σύστημα αντίστροφης πλειοψηφίας). Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο θα πρέπει επίσης να συμμετέχει πλήρως σε όλα τα στάδια. Τα μέτρα πρέπει να εγκρίνονται με πλήρη τήρηση των αρχών της διαφάνειας και της αναλογικότητας. Είναι επίσης σημαντικό να διασφαλίζεται ότι οι συνέπειες των μέτρων συνδέονται επαρκώς με τον στόχο της χρηματοδότησης και ιδίως να εξασφαλιστεί ότι οι συνέπειες βαρύνουν εκείνους που είναι υπεύθυνοι για τις

---

the European Parliament, the European Council and the Council – The European Commission’s contribution to the Informal Leaders’ meeting on 23 February 2018, COM(2018)98 final, Brussels 14.2.2018, σελ. 15-16.

<sup>22</sup> Βλ. *European Commission*, A modern budget for a Union that protects, empowers and defends - The Multiannual Financial Framework for 2021-2027, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2018) 321 final, Brussels, 2.5.2018, σελ. 4.

<sup>23</sup> Βλ. αναλυτικά σε *M. Michelot*, How can Europe repair breaches of the rule of law?, Notre Europe – Jaques Delors Institute, Policy Paper No.221, 4 April 2018, σελ. 4-8.

<sup>24</sup> Βλ. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union’s budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, COM(2018) 324 final, Brussels, 2.5.2018.

διαπιστωθείσες ελλείψεις και όχι τους επιμέρους δικαιούχους της χρηματοδότησης της ΕΕ.<sup>25</sup>

Ως βασικό νομοθετικό εργαλείο για τη θεσμοθέτηση αυτής της πολιτικής αιρεσιμότητας έχει προταθεί να θεσπιστεί αυτοτελής Κανονισμός βάσει του άρθρου 322 ΣυνθΛΕΕ (που παραπέμπει στη συνήθη νομοθετική διαδικασία του άρθρου 294 ΣυνθΛΕΕ), δηλαδή έχει την ίδια νομική βάση με τον Δημοσιονομικό Κανονισμό της ΕΕ.<sup>26</sup>

Το ουσιαστικό περιεχόμενο του προτεινόμενου Κανονισμού έχει τα εξής στοιχεία:<sup>27</sup>

Θέτει ως σκοπό του την την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης στην περίπτωση γενικευμένων ελλείψεων όσον αφορά το κράτος δικαίου στα κράτη μέλη. Ορίζει την αρχή του κράτους δικαίου εντάσσοντας σε αυτή την αρχή της νομιμότητας, της ασφάλειας δικαίου, της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ιδίως ως προς τα θεμελιώδη δικαιώματα), της διάκρισης των εξουσιών (με έμφαση στην ανεξαρτησία των δικαστηρίων), και της ισότητας έναντι του νόμου. Η γενικευμένη έλλειψη ως προς αυτά θα συνίσταται σε διαδεδομένη ή επαναλαμβανόμενη πρακτική ή παράλειψη ή μέτρο λαμβανόμενο από δημόσιες αρχές που επηρεάζει το κράτος δικαίου, ενώ το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού περιλαμβάνει τους κρατικούς φορείς όπως τους ορίζει ο Δημοσιονομικός Κανονισμός (κεντρική διοίκηση, αποκεντρωμένη διοίκηση, τοπική αυτοδιοίκηση, ΝΠΔΔ, κρατικά ΝΠΙΔ).

Τιθενται διάφορες περιπτώσεις ως προϋποθέσεις ενεργοποίησης του προβλεπόμενου κυρωτικού μηχανισμού. Για την ενεργοποίηση αυτή δεν αρκεί η εκ του αποτελέσματος διαπιστούμενη επίδραση μιας πράξης ή παράλειψης στο κράτος δικαίου αλλά και η διακινδύνευση επίδρασης. Τέτοιες πράξεις η παραλείψεις αφορούν ενδεικτικά τη διακινδύνευση της ανεξαρτησίας του δικαστικού σώματος, την παράλειψη αποτροπής, διόρθωσης και επιβολής κυρώσεων σε αυθαίρετες ή παράνομες αποφάσεις εκ μέρους των δημόσιων αρχών και τον περιορισμό της διαθεσιμότητας και της αποτελεσματικότητας των ένδικων μέσων και συνδέονται αυτές οι περιπτώσεις με συνθήκες που πάλι ενδεικτικά μπορούν να αφορούν την εύρυθμη λειτουργία των διοικητικών, δικαστικών και εισαγγελικών αρχών, και την εκδήλωση συμπεριφορών απάτης, διαφθοράς ή παραβιάσεων του δικαίου της ΕΕ που πλήττουν τα οικονομικά συμφέροντα της ΕΕ, και παρεμποδίζουν την ανάκτηση αχρεωστήτως καταβληθέντων ποσών καθώς και την αποτελεσματική και έγκαιρη συνεργασία με την Ευρωπαϊκή Υπηρεσία Καταπολέμησης της Απάτης και την Ευρωπαϊκή Εισαγγελία.

Οι κυρώσεις, αναλόγως του πλαισίου διαχείρισης των ευρωπαϊκών πόρων που ισχύει για την εκάστοτε διαχείριση σύμφωνα με το Δημοσιονομικό Κανονισμό (άμεση,

<sup>25</sup> Βλ. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, COM(2018) 324 final, Brussels, 2.5.2018 σελ. 1-2.

<sup>26</sup> Βλ. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, COM(2018) 324 final, Brussels, 2.5.2018 σελ. 3.

<sup>27</sup> Βλ. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, COM(2018) 324 final, Brussels, 2.5.2018, σελ. 6-13.

έμμεση, επιμερισμένη), και λαμβανομένης υπόψιν της αρχής της αναλογικότητας, μπορούν να συνίστανται σε αναστολή πληρωμών, σε απαγόρευση νέων νομικών δεσμεύσεων, σε αναστολή έγκρισης προγραμματων, σε μείωση προχρηματοδότησης, σε αναστολή ή μείωση ανάληψης υποχρεώσεων, σε διακοπή προσθεσμιών πληρωμής, κλπ. Η επιβολή κυρώσεων δεν άρει την υποχρέωση των εθνικών αρχών να συνεχίσουν την υλοποίηση των προγραμμάτων, ιδίως όταν αυτό συνεπάγεται καταβολή πληρωμών σε τελικούς δικαιούχους/αποδέκτες.

Η διαδικασία επιβολής των κυρώσεων εκκίνηει από τη διαπίστωση της Επιτροπής περί συνδρομής των προϋποθέσεων ενεργοποίησης της διαδικασίας και την αποστολή γραπτής κοινοποίησης προς το εμπλεκόμενο κράτος μέλος ώστε αυτό να απαντήσει. Αξιολογείται κάθε σχετικό έγγραφο και κάθε πληροφορία ώστε η Επιτροπή να αξιολογήσει την κατάσταση. Το εμπλεκόμενο κράτος εκθέτει αναλυτικά τις απόψεις του εντός μηνιαίας -το λιγότερο- προθεσμίας από τη λήψη της κοινοποίησης της Επιτροπής και προτείνει και τυχόν λήψη διορθωτικών μέτρων. Επί τη βάση όλων των στοιχείων που έχει στη διάθεση της η Επιτροπή κρίνει αν συντρέχει γενικευμένη έλλειψη ως προς το κράτος δικαίου και σε θετική περίπτωση υποβάλλει στο Συμβούλιο πρόταση εκτελεστικής πράξης σχετικά με τα κατάλληλα μέτρα, η οποία θεωρείται εγκεκριμένη εκτός εάν το Συμβούλιο αποφασίσει, με ειδική πλειοψηφία, να απορρίψει ή να τροποποιήσει την πρόταση της Επιτροπής εντός ενός μήνα από την έγκρισή της από την Επιτροπή. Τα μέτρα αίρονται με την ίδια διαδικασία εάν η Επιτροπή αυτοβούλως ή κατόπιν τεκμηριωμένης αίτησης του εμπλεκόμενου κράτους, κρίνει, με βάση τα στοιχεία που έχει στη διάθεση της, ότι η γενικευμένη έλλειψη προς το κράτος δικαίου έχει αποκατασταθεί. Για όλα τα στάδια της διαδικασίας και τα επιβαλλόμενα μέτρα το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο τηρείται ενήμερο άμεσα από την Επιτροπή.

#### **4. Ανάλυση και Αξιολόγηση του προτεινόμενου Κανονισμού**

Σε μια πρώτη προσέγγιση του, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, κάνοντας μια γενική εκτίμηση της συνολικής πρότασης, αναφέρθηκε θετικά για την πρωτοβουλία της Επιτροπής να προτείνει τη δημιουργία μηχανισμού προστασίας του κράτους δικαίου με άξονα τον προϋπολογισμό της ΕΕ, θέτοντας όμως ως καίριο σημείο προβληματισμού και εξέτασης τον περιορισμό των επιπτώσεων των όποιων μέτρων ώστε να μην πληγούν άδικα οι τελικοί δικαιούχοι/αποδέκτες.<sup>28</sup> Ο προβληματισμός αυτός έχει ενισχυθεί και από την άποψη ότι η επιβολή τέτοιων κυρώσεων, όπως οι προτεινόμενες, θα υπονομεύσει την «Ένωση των πολιτών», δημιουργώντας πολίτες δυο ταχυτήτων, αυτούς που ζουν σε «πιστοποιημένα κράτη» τα οποία τηρούν τις αρχές του κράτους δικαίου και σε αυτούς που ζουν σε κράτη που δεν τις τηρούν. Στην άποψη αυτή έχει αντιταχθεί το επιχείρημα ότι την ευθύνη για αυτή τη διάκριση την φέρουν οι ηγέτες των κρατών που δεν σέβονται τις αρχές του κράτους δικαίου, οι οποίοι ως αιρετοί μπορούν να ελεγχθούν από το εκλογικό σώμα και να απωλέσουν την εξουσία που τους επέτρεψε να δημιουργήσουν την προβληματική κατάσταση.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Βλ. *European Parliament, Resolution of 30 May 2018 on the 2021-2027 multiannual financial framework and own resources (2018/2714(RSP))*, Doc. No P8\_TA-PROV(2018)0226, para 10.

<sup>29</sup> Βλ. *G. Halmai, The possibility and desirability of economic sanction: Rule of law conditionality requirements against illiberal EU member states*, European University Institute Working Paper LAW 2018/06, σελ. 18.

Η Επιτροπή των Περιφερειών της ΕΕ, σε μια πιο ενδελεχή προσέγγιση, καλωσόρισε επί της αρχής την πρωτοβουλία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και πρότεινε συγκεκριμένες αλλαγές στο κείμενο του προτεινόμενου Κανονισμού, εστιάζοντας κυρίως στην εξαίρεση από το ρυθμιστικό πεδίο του των φορέων που ανήκουν στις αιρετές τοπικές και περιφερειακές αρχές καθώς δεν ελέγχονται από τις κεντρικές διοικήσεις και κατά κανόνα δεν εμπλέκονται σε προγράμματα που διαχειρίζεται άμεσα και έμμεσα η Ευρ.Επιτροπή, και στην ανάγκη η Επιτροπή να υποβάλλει μια εκτίμηση επιπτώσεων των μέτρων στα δημοσιονομικά μεγέθη (εθνικά και υποεθνικά) του εμπλεκόμενου κράτους.<sup>30</sup>

Τέλος χρήσιμη είναι η Γνώμη που εξέδωσε το Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο (ΕΕΣ) στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του επί του προτεινόμενου Κανονισμού, καθώς, λόγω του περιεχομένου της πρότασης, αφορά στο πεδίο αρμοδιότητας του. Μια ενδιαφέρουσα παρατήρηση του ΕΕΣ είναι ότι δεν διενεργήθηκε εκτίμηση επιπτώσεων της πρότασης, παρά τη σχετική υποχρέωση της Επιτροπής, καθώς η τελευταία ισχυρίστηκε ότι δεδομένης της εξειδικευμένης στοχοθεσίας της προτεινόμενης ρύθμισης να προστατευθεί η χρήστη δημοσιονομική διαχείριση και τα οικονομικά συμφέροντα της ΕΕ, η μόνη εναλλακτική θα ήταν να διατηρηθεί το status quo χωρίς καμία διαδικασία, άρα δεν υπήρχε πεδίο διερεύνησης επίπτώσεων.<sup>31</sup> Το ΕΕΣ έκρινε ότι η ύπαρξη μιας τέτοιας εκτίμησης θα βοηθούσε τα αρμόδια νομοθετικά όργανα να καταλήξουν σε καλύτερα τεκμηριωμένες αποφάσεις.<sup>32</sup> Άλλο συναφές ενδιαφέρον σημείο κριτικής ήταν η έλλειψη ειδικής διαβούλευσης με τα ενδιαφερόμενα μέρη, επίσης παρά τη σχετική υποχρέωση της Επιτροπής, κάτι που η Επιτροπή δικαιολόγησε λόγω της ευρείας συζήτησης που έχει γίνει για το θέμα τόσο στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο όσο και στο Συμβούλιο,<sup>33</sup> αν και το ΕΕΣ θεώρησε ότι θα είχε ιδιαίτερη σημασία η διαβούλευση, εντός του προβλεπόμενου σχετικού ειδικού πλαισίου πριν τη δημοσιοποίηση της πρότασης.<sup>34</sup> Ίσως μάλιστα να είχαν προληφθεί αντιδράσεις, όχι τόσο επί της αρχής αλλά επί των λεπτομερειών της τελικής πρότασης.

Εκτός όμως από τα διαδικαστικά ζητήματα, το ΕΕΣ ανέδειξε και κάποια θέματα ουσίας που χρήζουν εξέτασης. Αναλύοντας τις διαδικασίες που ο προτεινόμενος Κανονισμός προβλέπει τόσο για τη διάγνωση συνδρομής των προϋποθέσεων («γενικευμένη έλλειψη ως προς το κράτος δικαίου») όσο και για τη λήψη των μέτρων, το ΕΕΣ διέγινωσε ότι η Επιτροπή αποκτά ιδιαίτερα αυξημένη διακριτική

---

<sup>30</sup> *European Committee of the Regions (Rapporteur N. Dobroslavić)*, Opinion on the Multiannual Financial Framework package for the years 2021-2027, 131st plenary session, 8-10 October 2018, Doc No. COR-2018-02389-00-00-PAC-TRA (EN/HR) σελ. 3-5.

<sup>31</sup> Βλ. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, COM(2018) 324 final, Brussels, 2.5.2018, σελ. 4.

<sup>32</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο*, Γνώμη αριθ. 1/2018 σχετικά με την από 2ας Μαΐου 2018 πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης στην περίπτωση γενικευμένων ελλείψεων όσον αφορά το κράτος δικαίου στα κράτη μέλη, 12 Ιουλίου 2018, ΕΕ 2018, C 291/1 σκέψη 18.

<sup>33</sup> Βλ. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, COM(2018) 324 final, Brussels, 2.5.2018, σελ. 3

<sup>34</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο*, Γνώμη αριθ. 1/2018 σχετικά με την από 2ας Μαΐου 2018 πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης στην περίπτωση γενικευμένων ελλείψεων όσον αφορά το κράτος δικαίου στα κράτη μέλη, 12 Ιουλίου 2018, ΕΕ 2018, C 291/1 σκέψη 17.

ευχέρεια στην άσκηση των αποδιδόμενων αρμοδιοτήτων της καθώς η ποιοτική αξιολόγηση που θα κάνει στο υλικό που θα έχει στη διάθεση της (το οποίο επίσης δεν προσδιορίζεται με σαφήνεια) δεν εδράζεται σε συγκεκριμένα κριτήρια (κάτι που πάντως η Επιτροπή θεωρεί θεμικό καθώς αφενός η απαρρίθμιση περιπτώσεων θα αποδυνάμωνε το μηχανισμό λόγω του κινδύνου να μην προβλεφθούν όλες οι πιθανές περιπτώσεις και αφετέρου το βάρος της απόδειξης –σε περίπτωση δικαστικού ελέγχου- έγκειται στην ίδια και το Συμβούλιο) ώστε να μπορεί να διασφαλιστεί η η συνεκτική εφαρμογή των διαταξέων και να εξασφαλίζεται η ισότιμη μεταχείριση των κρατών μελών στο πλαίσιο του προτεινόμενου Κανονισμού.<sup>35</sup> Πρόκειται για μια επιλογή στην κατεύθυνση της τάσης ενίσχυση των υπερεθνικών οργάνων της Ένωσης έναντι των εθνικών αρχών, σε ένα ευρύτερο πλαίσιο περαιτέρω προώθησης της διαδικασίας της Ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης.

Συμφωνα με μια άλλη παρατήρηση, στον προτεινόμενο Κανονισμό δεν τάσσονται προθεσμίες στην Επιτροπή για να δράσει (η ίδια ισχυρίζεται ότι οφείλει να ενεργεί εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος), αν και για τα εμπλεκόμενα κράτη-μέλη τίθενται χρονικά όρια δράσης, μια έλλειψη που υπάρχει και στη διαδικασία του άρθρου 7 ΣυνθΕΕ για τη διαπίστωση και επιβολή κυρώσεων.<sup>36</sup> Οι δυο διαδικασίες έχουν το ίδιο σημείο αναφοράς (παραβίαση αρχών του άρθρου 2 ΣυνθΕΕ), αλλά, όπως προαναφέρθηκε, έχει υποστηριχθεί πως η διαδικασία του άρθρου 7 ΣυνθΕΕ έχει περιορισμένη αποτελεσματικότητα δεδομένης της πολιτικής φύσης των συμπεριφορών που καλείται να ελέγξει, και πως η βασική δυνατότητα της ΕΕ σε τέτοιες περιπτώσεις είναι ο διάλογος, η πειθώ και η δημόσια καταγγελία, αντί της επιβολής κυρώσεων, κάτι που μάλιστα πολύ πιθανό να προκαλέσει έντονες αντιευρωπαϊκές αντιδράσεις από τους λαούς των εμπλεκόμενων χωρών, δημιουργώντας κοινωνική πίεση στις κυβερνήσεις να αντιδράσουν με τη σειρά τους.<sup>37</sup> Το αν η εικόνα ενός ηγέτη ως «καλού Ευρωπαίου» υπό την έννοια της συμμόρφωσης του με τα επιλογές και τις ενέργειες της ΕΕ βαρύνει περισσότερο ως κριτήριο στις πολιτικές προτεραιότητες του εξαρτάται από το μέγεθος του πολιτικού κόστους που προκαλείται όταν η συμμόρφωση αυτή, στο πλαίσιο της εφαρμογής του δικαίου της ΕΕ, συνεπάγεται την ακύρωση εθνικών πολιτικών και νομοθετικών επιλογών.<sup>38</sup> Είναι λοιπόν ασφαλές να ισχυριστεί κάποιος ότι ο προτεινόμενος Κανονισμός αποσκοπεί στην κάλυψη αυτής της συστημικής αδυναμίας του θεσμικού πλαισίου της ΕΕ και μάλιστα με διαδικασίες, που όπως προαναφέρθηκε, επιτρέπουν μεγάλη ευχέρεια δράσης στην Επιτροπή έναντι των εμπλεκόμενων κρατών μελών. Ουσιαστικά με αυτή τη πρόταση ο προϋπολογισμός της ΕΕ εργαλειοποιείται και

<sup>35</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο*, Γνώμη αριθ. 1/2018 σχετικά με την από 2ας Μαΐου 2018 πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης στην περίπτωση γενικευμένων ελλείψεων όσον αφορά το κράτος δικαίου στα κράτη μέλη, 12 Ιουλίου 2018, ΕΕ 2018, C 291/1 σκέψεις 12-16 και 19-23.

<sup>36</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο*, Γνώμη αριθ. 1/2018 σχετικά με την από 2ας Μαΐου 2018 πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης στην περίπτωση γενικευμένων ελλείψεων όσον αφορά το κράτος δικαίου στα κράτη μέλη, 12 Ιουλίου 2018, ΕΕ 2018, C 291/1 σκέψη 24.

<sup>37</sup> Βλ. αναλυτικότερα *B. Schlipphak/O. Treib*, Playing the blame game on Brussels: the domestic political effects of EU interventions against democratic backsliding, *Journal of European Public Policy*, Vol. 24 No 3, 2017, σελ. 352-365, *U. Sedelmeier*, Political safeguards against democratic backsliding in the EU: the limits of material sanctions and the scope of social pressure, *Journal of European Public Policy*, Vol. 24, No 3, 2017, σελ. 337-351.

<sup>38</sup> Βλ. αναλυτικότερα, *A. Burcu Bayram*, Good Europeans? How European identity and costs interact to explain politician attitudes towards compliance with European Union law, *Journal of European Public Policy*, Vol. 24, No 1, 2017, σελ. 42-60.

αυξάνει τον αντίκτυπο του στο θεσμικό σύστημα της Ένωσης καθώς συνδέεται άμεσα, σε οριζόντιο επίπεδο και όχι τομεακό, με όρους που συνεπάγονται αλλαγές σε εθνικές πολιτικές επιλογές, και έτσι δημιουργείται μια επιπλέον μορφή πίεσης προς τα κράτη που δεν έχει θεσμικό/πολιτικό χαρακτήρα αλλά δημοσιονομικό.<sup>39</sup>

Η εργαλειοποίηση, κατά τέτοιο τρόπο, του προϋπολογισμού της ΕΕ δημιουργεί προφανώς αντανακλαστικές αντιδράσεις σε κράτη που ήδη βρίσκονται σε αντιπαράθεση με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή για θέματα εφαρμογής ή όχι της αρχής του κράτους δικαίου και των άλλων αρχών του άρθρου 2ΣυνθΕΕ, όπως η Πολωνία, η Ουγγαρία, η Τσεχία και η Ρουμανία. Και το αντεπιχείρημα που μπορεί να τεθεί για την εργαλειοποίηση αυτή είναι ότι οι πόροι που χρηματοδοτούν τον προϋπολογισμό της ΕΕ, παρά την ένταξη τους στο σύστημα των ιδίων πόρων της Ένωσης, επί της ουσίας προέρχονται από συναλλαγές και οικονομική δραστηριότητα που έχουν αναφορές σε εθνικό επίπεδο δηλ. α) εισφορές, πριμοδοτήσεις, δασμούς του κοινού δασμολογίου και λοιπούς δασμούς που θεσπίζονται από τα θεσμικά όργανα της Ένωσης επί των συναλλαγών με τρίτες χώρες, εισφορές και άλλα τέλη στο πλαίσιο της κοινής οργάνωσης των αγορών ζάχαρης, β) έσοδα από την εφαρμογή ενιαίου συντελεστή (0,30% εκτός από Γερμανία, Ολλανδία και Σουηδία που είναι 0,15%) για όλα τα κράτη μέλη στις εναρμονισμένες βάσεις υπολογισμού του ΦΠΑ, γ) έσοδα από την εφαρμογή ενιαίου συντελεστή, που καθορίζεται στο πλαίσιο της διαδικασίας του προϋπολογισμού βάσει όλων των άλλων εσόδων, στο άθροισμα των ΑΕΕ όλων των κρατών μελών.<sup>40</sup> Επομένως, δε θα στερείται τελείως βασιμότητας τυχόν ισχυρισμός ότι είναι προβληματικό να στερούνται τα κράτη-μέλη, πόρους που τα ίδια έχουν συνεισφέρει στον προϋπολογισμό της ΕΕ για λόγους που ανάγονται σε εκτιμήσεις ενός μη αιρετού οργάνου όπως η Επιτροπή. Συστημική λύση ως αντίλογος σε αυτόν τον ισχυρισμό μπορεί να αναζητηθεί στην πρόταση της Επιτροπής για την μετεξέλιξη του συστήματος των ιδίων πόρων της ΕΕ προς μια πιο ενωσιακή προοπτική με τη θεσμοθέτηση νέων αυτοτελών ιδίων πόρων, που να έχουν πιο έντονη αναφορά στο ευρωπαϊκό επίπεδο και θα βασίζονται στην κοινή ενοποιημένη βάση φορολογίας εταιρειών, στο σύστημα εμπορίας δικαιωμάτων εκπομπών της Ευρωπαϊκής Ένωσης και στα απορρίμματα πλαστικών συσκευασιών που δεν ανακυκλώνονται.<sup>41</sup> Εάν οι πόροι του προϋπολογισμού της ΕΕ πάνγουν να εμπίπτουν στο πλαίσιο δράσης των κρατών μελών, τότε η εργαλειοποίηση του προϋπολογισμού της ΕΕ, εν ονόματι των λαών της ΕΕ που θα καταβάλουν άμεσα τους πόρους χρηματοδότησης του, για την προστασία των αρχών και των οικονομικών συμφερόντων της ΕΕ θα έχει πολύ σταθερότερη βάση.

---

<sup>39</sup> Βλ. αναλυτικότερα *M.Kölling*, Policy conditionality – a new instrument in the EU budget post-2020?, European Policy Analysis No 10, SIEPS, November 2017.

<sup>40</sup> Βλ. λεπτομέρειες για το ισχύον σύστημα ιδίων πόρων της ΕΕ σε Απόφαση του Συμβουλίου της 26ης Μαΐου 2014 για το σύστημα των ιδίων πόρων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2014/335/ΕΕ, Ευρατόμ), ΕΕ L 168/105.

<sup>41</sup> Βλ. αναλυτικά για την πρόταση αυτή *European Commission*, Proposal for a Council Regulation on the methods and procedure for making available the Own Resources based on the Common Consolidated Corporate Tax Base, on the European Union Emissions Trading System and on Plastic packaging waste that is not recycled, and on the measures to meet cash requirements, COM(2018) 326 final, Brussels, 2.5.2018, *European Commission*, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Financing the EU budget: report on the operation of the own resources system Accompanying the document Proposal of a Council Decision on the system of Own Resources of the European Union {COM(2018) 325 final}, SWD(2018) 172 final, Brussels, 2.5.2018.



Συναφές ως προς τη διαχείριση των αντιδράσεων από κάποια κράτη-μέλη είναι και το ζήτημα της νομικής βάσης του προτεινόμενου Κανονισμού. Προαναφέρθηκε ότι η πρόταση εδράζεται στο άρθρο 322ΣυνθΛΕΕ που αναφέρεται στη συνήθη νομοθετική διαδικασία του άρθρου 294ΣυνθΛΕΕ. Κατά την Επιτροπή μάλιστα, οι ρυθμίσεις του προτεινόμενου Κανονισμού θα μπορούσαν να ενσωματωθούν στο Δημοσιονομικό Κανονισμό της Ένωσης ο οποίος βασίζεται στην ίδια νομική βάση,<sup>42</sup> αποκτώντας έτσι συμβολισμούς απόλυτης ένταξης της προτεινόμενης διαδικασίας στο σύστημα δημοσιονομικής διακυβέρνησης της ΕΕ. Όμως η επιλογή της εν λόγω νομικής βάσης έχει πιο κρίσιμες επιπτώσεις. Υπενθυμίζεται ότι ο προτεινόμενος Κανονισμός εντάσσεται στη συνολική πρόταση της Επιτροπής για το ΠΔΠ 2021-2027, η οποία αφορά τη θέσπιση Κανονισμού για το ΠΔΠ, όπου ακολουθείται κατά το άρθρο 312ΣυνθΛΕΕ ειδική νομοθετική διαδικασία που επιβάλλει ομοφωνία των μελών του Συμβουλίου. Με ήδη εκπεφρασμένη τη διαφωνία κρατών όπως η Πολωνία και η Ουγγαρία για τον προτεινόμενο Κανονισμό, τυχόν συμπερίληψη του περιεχομένου του στο κείμενο του Κανονισμού για το ΠΔΠ θα οδηγούσε σε αδιέξοδο. Επομένως η επιλεγείσα νομική βάση που επιτρέπει τη λήψη απόφασης στο Συμβούλιο επί τη βάση πλειοψηφίας (μόνο κατ' εξαίρεση απαιτείται ομοφωνία επί τροπολογιών για τις οποίες η Επιτροπή έχει εκφέρει αρνητική γνώμη) καθιστά εφικτή τη θέσπιση του προτεινόμενου Κανονισμού, με το να «ξεπεραστούν» οι αντιδράσεις κάποιων κρατών-μελών.

Ένας σχετικός προβληματισμός προκύπτει και από την αναφορά της προστασίας των οικονομικών συμφερόντων της ΕΕ ως σκοπό των ρυθμίσεων του προτεινόμενου Κανονισμού. Ο όρος «προστασία των οικονομικών συμφερόντων της ΕΕ» στο πλαίσιο του πρωτογενούς δικαίου της ΕΕ είναι συνυφασμένος είτε με την ποινική προστασία των εν λόγω συμφερόντων (άρθρο 85ΣυνθΛΕΕ για τη Eurojust και άρθρο 86ΣυνθΛΕΕ για την Ευρωπαϊκή Εισαγγελία) είτε με την λήψη μέτρων για συγκεκριμένες εγκληματικές πράξεις όπως η απάτη εις βάρος αυτών των συμφερόντων (βλ. άρθρο 325ΣυνθΛΕΕ). Οι διατάξεις αυτές παρέχουν εξουσιοδότηση προς έκδοση νομοθετικών πράξεων και συνεπώς θα μπορούσε να ισχυριστεί κάποιος ότι θα μπορούσαν να λειτουργήσουν ως νομική βάση του προτεινόμενου Κανονισμού, εφόσον αυτός έχει συναφή σκοπό. Δεδομένης της «αρνητικής» φόρτισης όμως που έχουν οι εν λόγω διατάξεις για τα υποκείμενα των εκεί περιγραφόμενων πράξεων εις βάρος των οικονομικών συμφερόντων της ΕΕ, και με δεδομένο ότι τα εμπλεκόμενα πρόσωπα θα είναι κατά πάσα πιθανότητα στελέχη της πολιτικής ηγεσίας των αρχών των εμπλεκόμενων κρατών, η έστω και έμμεση απόδοση τέτοιων χαρακτηρισμών, μέσω της χρήσης των εν λόγω διατάξεων ως βάση για τον προτεινόμενο Κανονισμό, θα οδηγούσε μαθηματικά σε ευθεία σύγκρουση, σε θεσμικό επίπεδο, με κράτη που ήδη θεωρούν ότι ο εν λόγω Κανονισμός τα «φωτογραφίζει» (π.χ. Πολωνία, Ουγγαρία).

Τέλος, δυο σημαντικά ζητήματα όπου το ΕΣΣ υιοθετεί και την προαναφερθείσα προσέγγιση της Επιτροπής των Περιφερειών είναι τα εξής:

α) η ανάγκη αφενός προστασίας των τελικών δικαιούχων/αποδεκτών των χρηματοδοτήσεων από τον προϋπολογισμό της ΕΕ. Για το θέμα αυτό ο προτεινόμενος Κανονισμός λαμβάνει μέριμνα όπως αναγνωρίζει και το ΕΣΣ θεωρώντας όμως ότι

<sup>42</sup> Βλ. *European Commission*, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States, COM(2018) 324 final, Brussels, 2.5.2018, σελ. 2.

πρέπει να γίνει αξιολόγηση των επιπτώσεων από την Επιτροπή.<sup>43</sup> Επίσης πρέπει να επισημανθεί ότι τυχόν «μετακύλιση», σκόπιμη ή τυχαία, του βάρους των μέτρων στους τελικούς δικαιούχους/αποδέκτες των χρηματοδοτήσεων θα έχει πολύ αρνητικές συνέπειες για την ΕΕ. Έχει καταγραφεί κατόπιν ερευνών ότι οι αιρεσιμότητες που έχουν επιπτώσεις στο επίπεδο εισοδήματος, ευημερίας και διαβίωσης των πολιτών δημιουργούν στην κοινωνία αντιδράσεις και άρνηση πολιτικής συμμετοχής (π.χ. στις εκλογές για το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο), μείωση του ενδιαφέροντος για τις εξελίξεις στην ΕΕ και έτσι πλήττουν τη δημοκρατική νομιμοποίηση της.<sup>44</sup> Με δεδομένα τα φαινόμενα αμφισβήτησης της ΕΕ λόγω των χειρισμών της στην αντιμετώπιση της οικονομικής κρίσης και της προσφυγικής/μεταναστευτικής κρίσης, δεν έχει την πολυτέλεια η Ένωση δημιουργίας επιπλέον λόγων δυσαρέσκειας προς αυτήν.

β) η ανάγκη εκτίμησης των συνεπειών των μέτρων του προτεινόμενου Κανονισμού επί των εθνικών προϋπολογισμών. Το ΕΕΣ γνωρίζει ότι συχνά η καταβολή εθνικών και ενωσιακών κονδυλίων, στο πλαίσιο διαφόρων εθνικών και ευρωπαϊκών πολιτικών, εξαρτάται από τη διαθεσιμότητα πιστώσεων των εθνικών προϋπολογισμών και η αποστέρηση των χρηματοδοτήσεων από τον προϋπολογισμό της ΕΕ θα αυξήσει σημαντικά την ανάγκη χρήσης εθνικών πόρων για την αναπλήρωσή τους, κάτι που θα επιβαρύνει τις δαπάνες των εθνικών προϋπολογισμών στο ασφυκτικό πλαίσιο δημοσιονομικής πειθαρχίας που έχει διαμορφωθεί για τα κράτη μέλη της ΕΕ, επομένως είναι σκόπιμο οι προτάσεις της Επιτροπής για την επιβολή μέτρων να συνοδεύονται από αξιολογήσεις των επιπτώσεων τους στους εθνικούς προϋπολογισμούς.<sup>45</sup> Άλλωστε τόσο η δημόσια επιλογή της δημοσιονομικής πειθαρχίας σε επίπεδο ΕΕ όσο και ο προτεινόμενος Κανονισμός έχουν ως αιτιολογική βάση την εξυπηρέτηση του συμφέροντος της ΕΕ, είτε σε επίπεδο οικονομικής πολιτικής (διαμόρφωση υγιών δημοσιονομικών συνθηκών), είτε σε επίπεδο προστασίας των οικονομικών συμφερόντων της ΕΕ (αποτροπή δαπανών του προϋπολογισμού της ΕΕ στο πλαίσιο παρανόμων ενεργειών). Θα είναι οξύμωρο, στο πλαίσιο της ΕΕ, η μια πολιτική επιλογή να αποτελεί τροχοπέδη ή κίνδυνο για την άλλη.

## 5. Ως Κατακλείδα...

Η πορεία για το επόμενο ΠΔΠ, αυτό της περιόδου 2021-2027 προβλέπεται δύσκολη. Ήδη οι προτεινόμενες αλλαγές στις δημοσιονομικές προτεραιότητες της ΕΕ που περιλαμβάνονται στην πρόταση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, με έμφαση σε πολιτικές όπως η Κοινή Εξωτερική Πολιτική και Πολιτική Ασφαλείας ή η ενίσχυση των δυνάμεων συνοριοφυλακής της ΕΕ για τον έλεγχο των μεταναστευτικών ροών, κλπ με αντίστοιχη μείωση πόρων σε παραδοσιακές πολιτικές όπως η Κοινή Αγροτική Πολιτική ή η Πολιτική Συνοχής, έχουν προκαλέσει αντιδράσεις από διάφορα κράτη μέλη, ενώ και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο έχει διατυπώσει επί της αρχής σοβαρές

<sup>43</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο*, Γνώμη αριθ. 1/2018 σχετικά με την από 2ας Μαΐου 2018 πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης στην περίπτωση γενικευμένων ελλείψεων όσον αφορά το κράτος δικαίου στα κράτη μέλη, 12 Ιουλίου 2018, ΕΕ 2018, C 291/1 σκέψη 26-28.

<sup>44</sup> Βλ. αναλυτικότερα σε *S. Watson*, Does Welfare Conditionality Reduce Democratic Participation? *Comparative Political Studies*, Vol. 48, No. 5, 2015, σελ. 645-686.

<sup>45</sup> Βλ. *Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο*, Γνώμη αριθ. 1/2018 σχετικά με την από 2ας Μαΐου 2018 πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προστασία του προϋπολογισμού της Ένωσης στην περίπτωση γενικευμένων ελλείψεων όσον αφορά το κράτος δικαίου στα κράτη μέλη, 12 Ιουλίου 2018, ΕΕ 2018, C 291/1 σκέψη 29.

επιφυλάξεις. Σε αυτό το περιβάλλον είναι σίγουρο ότι η πρόταση για τη χρήση του προϋπολογισμού της ΕΕ στο πλαίσιο ενός μηχανισμού επιβολής κυρώσεων θα αποτελέσει με τη σειρά της σημείο έντονης αντιπαράθεσης. Τα προαναλυθέντα σημεία διαμορφώνουν μια ατζέντα θεμάτων προς συζήτηση, η οποία δεν θα είναι εύκολη. Πολλώ δε μάλλον όταν και η ίδια η ΕΕ εμφανίζεται ως ελεγχόμενη για τις δικές της επιδόσεις ως προς την δημοκρατικότητα της, την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και την τήρηση των αρχών του κράτους δικαίου, κάτι που απομειώνει την ισχύ της θέσης της και των επιχειρημάτων της στο σχετικό δημόσιο διάλογο.<sup>46</sup> Με δεδομένο το κλίμα των συζητήσεων για το νέο ΠΔΠ 2021-2027, η Ένωση θα πρέπει να δείξει κατά πόσο είναι έτοιμη να προχωρήσει σε δραστικές επιλογές που αν και θα γίνουν στο όνομα της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης θα ενέχουν τον κίνδυνο της ευρωπαϊκής ρήξης.

---

<sup>46</sup> Βλ. *G. Halmai*, The possibility and desirability of economic sanction: Rule of law conditionality requirements against illiberal EU member states, European University Institute Working Paper LAW 2018/06, σελ. 18 και τις εκεί παραπομπές.

## Η ΕΚΛΟΓΗ ΤΟΥ ΠΡΟΕΔΡΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ: ΜΙΑ ΣΥΜΒΟΛΗ ΣΤΗΝ ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 17, ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΣ 7, ΕΔΑΦΙΟ ΠΡΩΤΟ ΣΕΕ

Κωνσταντίνος Μαργαρίτης, Δ.Ν., LL.M., Διδάσκων Τμήματος Πολιτικής Επιστήμης Πανεπιστημίου Κρήτης, Μέλος ΔΣ Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Δικηγόρος

### 1. Εισαγωγή

Η αναθεώρηση της Λισαβόνας επέφερε σημαντικές αλλαγές στο θεσμικό πλαίσιο λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ, Ένωση). Η κατάργηση του συστήματος των τριών πυλώνων, ο επαναπροσδιορισμός μεθόδων λήψης αποφάσεων και νομοθέτησης και η αποκρυστάλλωση των οργάνων της ΕΕ στο άρθρο 13 ΣΕΕ αποτελούν σημαντικό βήμα στη διαδικασία ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, αλλά και αντιμετώπισης του ελλείμματος δημοκρατίας, όπως έχει παρατηρηθεί, στην Ένωση.<sup>1</sup>

Στο ίδιο πλαίσιο κορυφαίων θεσμικών μεταρρυθμίσεων αναμφισβήτητα εντάσσεται η αλλαγή στη διαδικασία εκλογής του Προέδρου της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (Επιτροπή), η οποία εισήχθη με το άρθρο 17, παράγραφος 7, εδάφιο πρώτο ΣΕΕ. Ειδικότερα, η εν λόγω διάταξη ορίζει:

*«Λαμβάνοντας υπόψη τις εκλογές για το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και αφού προβεί στις κατάλληλες διαβουλεύσεις, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, αποφασίζοντας με ειδική πλειοψηφία, προτείνει στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο έναν υποψήφιο για το αξίωμα του προέδρου της Επιτροπής. Ο υποψήφιος αυτός εκλέγεται από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο με την πλειοψηφία των μελών που το απαρτίζουν. Εάν ο υποψήφιος δεν συγκεντρώσει την πλειοψηφία, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, αποφασίζοντας με ειδική πλειοψηφία, προτείνει εντός μηνός νέον υποψήφιο, ο οποίος εκλέγεται από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, με την ίδια διαδικασία».*

Η καινοτομία της Συνθήκης της Λισαβόνας σε σχέση με το προϊσχύσαν καθεστώς αφορά στην εισαγωγή του παράγοντα του αποτελέσματος των εκλογών για το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο στη διαδικασία επιλογής προέδρου της Επιτροπής από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο. Προς διευκρίνιση της ανωτέρω διάταξης, προστέθηκαν δύο

---

<sup>1</sup> Για τις επιμέρους αλλαγές στα όργανα της ΕΕ μετά την αναθεώρηση της Λισαβόνας βλ. Β. Γ. Τζέμος, *Οι Πολιτικοί Θεσμοί της Ευρωπαϊκής Ένωσης: Συνθήκη της Λισαβόνας*, Αθήνα: Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, D. Hodson, J. Peterson (eds.), *The Institutions of the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 4<sup>th</sup> edition, 2017.

δηλώσεις στη Συνθήκη της Λισαβόνας· η δήλωση υπ' αριθμ. 6 στην οποία υπογραμμίζεται η αναγκαιότητα σεβασμού της γεωγραφικής και δημογραφικής πολυμορφίας της Ένωσης καθώς και των κρατών μελών της κατά την επιλογή των προσώπων που καλούνται να ασκήσουν τα καθήκοντα του προέδρου του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου, του προέδρου της Επιτροπής και του ύπατου εκπροσώπου της Ένωσης για θέματα εξωτερικής πολιτικής και πολιτικής ασφαλείας,<sup>2</sup> καθώς και η δήλωση υπ' αριθμ. 11 η οποία τονίζει την ευθύνη των δύο άλλων, κατ' άρθρο 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ, εμπλεκόμενων ενωσιακών οργάνων, του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, για καλή διεξαγωγή της διαδικασίας εκλογής προέδρου της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Τα δύο αυτά όργανα θα πρέπει να πραγματοποιήσουν τις αναγκαίες διαβουλεύσεις με αντικείμενο τα προσόντα των υποψηφίων για το αξίωμα του προέδρου της Επιτροπής, λαμβάνοντας υπόψη τις εκλογές για το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο.

Εν όψει των επερχόμενων εκλογών για την ανάδειξη εκπροσώπων στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, σκοπό της παρούσας εργασίας αποτελεί η αποσαφήνιση της ορολογίας που χρησιμοποιήθηκε στη διάταξη του άρθρου 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ και κατ' επέκταση του βαθμού δέσμευσης του αποτελέσματος των εκλογών αυτών στην πρόταση για πρόεδρο της Επιτροπής. Η ανάλυση θα διεξαχθεί υπό το πρίσμα του θεμελιώδους στόχου της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, αλλά και αρχών των πολιτευμάτων σε εθνικό επίπεδο, στο πλαίσιο του σύνθετου συνταγματικού της Ένωσης. Τέλος το μοναδικό ως τώρα παράδειγμα, της εκλογής του 2014 θα χρησιμοποιηθεί ως μελέτη περίπτωσης.

## **2. Η Επιτροπή ως ασκούσα την εκτελεστική λειτουργία στην ΕΕ**

Στη βάση των συντονιστικών, εκτελεστικών και διαχειριστικών καθηκόντων, αλλά και της νομοθετικής πρωτοβουλίας που διαθέτει, δυνάμει του άρθρου 17 ΣΕΕ, η Επιτροπή έχει αναγνωρισθεί ως το όργανο που κυρίως ασκεί την εκτελεστική λειτουργία σε επίπεδο ΕΕ.<sup>3</sup> Σε οργανωτικό επίπεδο, η πλήρης ανεξαρτησία των

---

<sup>2</sup> Πρέπει εδώ να τονισθεί ότι οι πολιτικού χαρακτήρα προϋποθέσεις της δήλωσης υπ' αριθμ. 6 πληρούνται στο έπακρο με την εκλογή του πρώην πρωθυπουργού της Πολωνίας Donald Tusk στο αξίωμα του προέδρου του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και αντίστοιχα, της πρώην υπουργού εξωτερικών της Ιταλίας Federica Mogherini στο αξίωμα του ύπατου εκπροσώπου της Ένωσης για θέματα εξωτερικής πολιτικής και πολιτικής ασφαλείας.

<sup>3</sup> Το ζήτημα άσκησης εκτελεστικής λειτουργίας στην Ένωση είναι εξαιρετικά σύνθετο και εκτός του κυρίως θέματος της παρούσας εργασίας. Για τις αρμοδιότητες της Επιτροπής βλ. σχετικά Β. Γ. Τζέμος, ό. π., σελ. 97-126 ενώ για τον ανωτέρω σχετικό προβληματισμό βλ. A. Wille, *The Normalization of the European Commission: Politics and Bureaucracy in the EU Executive*, Oxford: Oxford University

μελών της Επιτροπής από τα κράτη μέλη ενισχύει την ιδέα της αυτόνομης εκτελεστικής λειτουργίας στην έννομη τάξη της Ένωσης.

Ωστόσο δεν θα πρέπει να παραβλεφθεί ο ισχυρός πολιτικός ρόλος του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου το οποίο, όπως ρητά ορίζεται στο άρθρο 15, παρ. 1 ΣΕΕ καθορίζει τους γενικούς πολιτικούς προσανατολισμούς και προτεραιότητες της Ένωσης, αρμοδιότητα η οποία σε επίπεδο κράτους παραδοσιακά ανήκει στα όργανα άσκησης της εκτελεστικής λειτουργίας. Υφέρπει έτσι συγκρουσιακή κατάσταση μεταξύ των δύο θεσμικών οργάνων στο πλαίσιο άσκησης της εκτελεστικής λειτουργίας, ως προς τον ακριβή καθορισμό των αρμοδιοτήτων τους. Πιο συγκεκριμένα, ο καθορισμός πολιτικών προτεραιοτήτων από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο δεσμεύει και άρα περιορίζει το πλαίσιο νομοθετικής πρωτοβουλίας στο οποίο μπορεί να κινηθεί η Επιτροπή, σε μικρότερο ή μεγαλύτερο βαθμό. Ερμηνεύοντας το θεσμικό αυτό περιβάλλον υπό το πρίσμα της επιλογής του προέδρου της Επιτροπής από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο θα οδηγούμασταν σε ενδυνάμωση του ρόλου του τελευταίου στις διαδικασίες λήψης αποφάσεων στην ΕΕ. Με αυτόν τον τρόπο ενισχύεται η ήδη σημαντική επιρροή ενός οργάνου διακυβερνητικού χαρακτήρα έναντι ενός οργάνου υπερεθνικού χαρακτήρα, χαρακτηριστικό που δεν συνάδει με την περαιτέρω προώθηση της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης.

### **3. Το σύστημα της κοινοβουλευτικής δημοκρατίας ως συνταγματική παράδοση**

Σύμφωνα με το άρθρο 17, παρ. 7, εδ. γ ΣΕΕ η Επιτροπή υπόκειται ως σώμα σε ψήφο έγκρισης του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Ως εκ τούτου η Επιτροπή ευθύνεται έναντι του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου το οποίο μπορεί να εγκρίνει πρόταση μομφής κατά της Επιτροπής, που οδηγεί σε συλλογική παραίτηση των μελών της (άρθρο 17, παρ. 8 ΣΕΕ). Με τις διατάξεις αυτές αναδεικνύεται η σχέση νομοθετικής και εκτελεστικής λειτουργίας στην Ένωση και αποτυπώνεται ο βαθμός δημοκρατικής νομιμοποίησης της Επιτροπής. Η διασύνδεση των δύο λειτουργιών με απαραίτητη την εμπιστοσύνη της νομοθετικής στην εκτελεστική αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα του κοινοβουλευτικού συστήματος ως μορφή πολιτεύματος.

---

Press, 2013, D. Curtin, *Executive Power of the European Union: Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2009, S. Hix, *What's Wrong with the EU and How to Fix it*, Cambridge: Polity Press, 2008, M. Egeberg, "The European Commission - The Evolving EU Executive" ARENA Working Papers WP 02/30, διαθέσιμο στο [https://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2002/wp02\\_30.htm](https://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2002/wp02_30.htm) (τελευταία πρόσβαση 16 Μαρτίου 2019).

Πράγματι, σημαντική πλειοψηφία των κρατών μελών της Ένωσης (22 από τα 28) έχουν ως πολίτευμα κοινοβουλευτική δημοκρατία, προεδρευόμενη ή βασιλευόμενη.<sup>4</sup> Η συνταγματική αυτή παράδοση δεν θα μπορούσε να μην επηρεάσει τη διαμόρφωση των σχέσεων νομοθετικής και εκτελεστικής λειτουργίας και στην ενωσιακή έννομη τάξη. Ωστόσο πυλώνα της σχέσης αυτής από όπου εν τέλει απορρέει η δημοκρατική νομιμοποίηση της εκτελεστικής λειτουργίας αποτελεί η ετυμηγορία του εκλογικού σώματος η οποία εκδηλώνει έμμεσα και προτίμηση στον αρχηγό της. Υπό αυτήν την οπτική, οι υποψήφιοι για την θέση καθίστανται εκ των προτέρων γνωστοί στο εκλογικό σώμα, είτε στο πλαίσιο ρητής συνταγματικής διάταξης, είτε ως συνταγματική συνθήκη. Κριτήριο για τη νομιμοποίηση υποψηφίου να σχηματίσει κυβέρνηση αποτελεί ο αριθμός των εδρών του κόμματος (ή συνασπισμού κομμάτων) που εκπροσωπεί στο κοινοβούλιο, ώστε να επιτευχθεί η απαιτούμενη πλειοψηφία για την μετέπειτα παροχή ψήφου εμπιστοσύνης.

Μια συγκριτική αναφορά σε έννομες τάξεις κρατών μελών επιβεβαιώνει την ως άνω σκέψη. Στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, ο Ομοσπονδιακός Πρόεδρος προτείνει ως Καγκελάριο στην Ομοσπονδιακή Βουλή τον υποψήφιο του κόμματος που συγκεντρώνει την ευρύτερη δυνατή πλειοψηφία των εδρών· εξ' αυτού του λόγου, οι βουλευτικές εκλογές, μετά τη θέση σε ισχύ του Βασικού Νόμου του 1949, χαρακτηρίζονται ως εκλογές για την ανάδειξη Καγκελαρίου (Kanzlerwahl).<sup>5</sup> Ομοίως στο Βασίλειο της Ισπανίας, ο Βασιλιάς προτείνει τον υποψήφιο Πρόεδρο της Κυβέρνησης, μετά την ολοκλήρωση σχετικής διαβούλευσης με εκπροσώπους των κομμάτων που εκπροσωπούνται στο κοινοβούλιο, ο οποίος επιδιώκει την ψήφο εμπιστοσύνης του κοινοβουλίου.<sup>6</sup> Παραδοσιακά, ο Βασιλιάς επιλέγει ως υποψήφιο τον επικεφαλής του κόμματος που διαθέτει την πλειοψηφία στο κοινοβούλιο. Ασφαλώς και η ελληνική περίπτωση ουσιαστικά δεν διαφέρει· Πρωθυπουργός διορίζεται ο αρχηγός του κόμματος το οποίο διαθέτει στη Βουλή την απόλυτη πλειοψηφία των εδρών. Αν κανένα κόμμα δεν διαθέτει την απόλυτη πλειοψηφία, ξεκινά η διαδικασία των διερευνητικών εντολών, προκειμένου να σχηματισθεί κυβέρνηση που να απολαμβάνει την εμπιστοσύνη της Βουλής.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Η Γαλλία, η Πορτογαλία, η Πολωνία, η Λιθουανία και η Ρουμανία ακολουθούν ημι-προεδρικά συστήματα, ενώ η Κύπρος είναι η μοναδική χώρα της ΕΕ με σύστημα προεδρικής δημοκρατίας.

<sup>5</sup> D. Southern, "The Chancellor and the Constitution" in S. Padgett (ed.), *The Development of German Chancellorship: Adenauer to Kohl*, London: Hurst & Company, 1994, σελ. 26-27. Βλ. και άρθρο 63 του Βασικού Νόμου.

<sup>6</sup> Άρθρο 99 του Ισπανικού Συντάγματος.

<sup>7</sup> Άρθρο 37, παρ. 2 του Συντάγματος της Ελλάδας.

Στο ίδιο πλαίσιο και η περίπτωση του Ηνωμένου Βασιλείου όπου η διαδικασία διορισμού του Πρωθυπουργού δεν ανευρίσκεται σε κάποιον κανόνα δικαίου, αλλά απορρέει από συνταγματική συνθήκη. Η αρμοδιότητα αυτή εντάσσεται στο θεσμό του βασιλικού προνομίου και ως εκ τούτου ανήκει στη Βασίλισσα. Έχει ωστόσο παγιωθεί ως απολύτως εφαρμοζόμενη πρακτική η επιλογή ως Πρωθυπουργού του προσώπου το οποίο απολαμβάνει την εμπιστοσύνη της απόλυτης πλειοψηφίας των μελών στη Βουλή των Κοινοτήτων, του αρχηγού δηλαδή του πλειοψηφούντος κόμματος.<sup>8</sup>

Η εκ των προτέρων γνώση των υποψηφίων για τη θέση του Πρωθυπουργού από το εκλογικό σώμα αναδεικνύει τη δια μέσου της ψήφου στο αντίστοιχο κόμμα, παροχή εμπιστοσύνης του εκλογικού σώματος στον επικεφαλής της εκτελεστικής λειτουργίας, ως συμπληρωματικό στοιχείο δημοκρατικής νομιμοποίησης, πέραν εκείνης του κοινοβουλίου. Ενισχύεται έτσι σε πολιτικό επίπεδο η διασύνδεση μεταξύ εκλογικού σώματος και κυβέρνησης.

Υπό το πρίσμα της εξελικτικής πορείας της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, η ως άνω διασύνδεση εισάγεται και στην ενωσιακή έννομη τάξη, στο πλαίσιο της γενικότερης ενίσχυσης των υπερεθνικών θεσμών κατά τη διαδικασία εκλογής προέδρου της Επιτροπής. Σύμφωνα με το προ Λισαβόνας σύστημα, το Συμβούλιο, συνεργόμενο σε επίπεδο αρχηγών κρατών ή κυβερνήσεων όριζε την προσωπικότητα που προτίθετο να διορίσει ως πρόεδρο της Επιτροπής και ο διορισμός εγκρινόταν από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο.<sup>9</sup> Η επιλογή των όρων στην αναθεώρηση της Λισαβόνας αντανακλά την εξελικτική αυτή διεργασία στη λογική της κοινοβουλευτικής δημοκρατίας. Αναφορικά με το ρόλο του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου, ο όρος «ορίζει» αντικαταστάθηκε από τον όρο «προτείνει» σχετικά με το πρόσωπο του προέδρου της Επιτροπής, ενώ αντίστοιχα το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο «εκλέγει» και δεν «εγκρίνει» πλέον απλώς την πρόταση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου, προς επίρρωση του περιορισμού του ρόλου του τελευταίου στη διαδικασία εκλογής.

Στην ίδια λογική ενίσχυσης του συστήματος κοινοβουλευτικής δημοκρατίας στην Ένωση εισήχθη η παράμετρος του αποτελέσματος των εκλογών για την ανάδειξη των μελών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου στην επιλογή του προέδρου της Επιτροπής. Πάγιο επίσης αίτημα αποτελεί η αντιμετώπιση του ελλείματος

---

<sup>8</sup> Βλ. αντί πολλών N. Parpworth, *Constitutional & Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 10<sup>th</sup> edition, 2018, σελ. 230-231, E. Grigsby, *Analyzing Politics: An Introduction to Political Science*, Stamford, CT: Cengage Learning, 6<sup>th</sup> edition, 2015, σελ. 252-253.

<sup>9</sup> Πρώην άρθρο 214, παρ. 2, εδ. α ΣΕΚ.



δημοκρατίας στην πορεία προς την ευρωπαϊκή ολοκλήρωση. Από τεολογική συνδυαστική των παραπάνω ερμηνεία, συνάγεται το συμπέρασμα ενδυνάμωσης της ποιότητας του κοινοβουλευτικού συστήματος στην ΕΕ, η οποία επιτυγχάνεται με την δέσμευση του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου να αποδεχτεί το αποτέλεσμα των εκλογών και να προτείνει στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο τον υποψήφιο του πολιτικού σχηματισμού που συγκεντρώνει την πλειοψηφία των εδρών, ομοίως προς την εφαρμοζόμενη στα κράτη μέλη πρακτική.

#### **4. Επιρροή στη διάπλαση της ευρωπαϊκής ταυτότητας**

Επιπρόσθετο στοιχείο που συνδέεται με την ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ αποτελεί η πιθανή επιρροή της διαδικασίας στην ενδυνάμωση της ευρωπαϊκής ταυτότητας. Ιδιαίτερα, οι επιπτώσεις της παρατεταμένης και πολυεπίπεδης κρίσης έχουν οδηγήσει σε αύξηση της αποξένωσης των ευρωπαίων πολιτών από την ευρωπαϊκή ιδέα, με το αποτέλεσμα του δημοψηφίσματος για την έξοδο του Ηνωμένου Βασιλείου από την ΕΕ να είναι το αποκορύφωμα αυτής της κατάστασης.<sup>10</sup> Εξάλλου, η ενδυνάμωση της ευρωπαϊκής ταυτότητας, πολιτικής και πολιτισμικής αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση ολοκλήρωσης του οράματος ενωμένης Ευρώπης.

Η εμφάνιση της πολιτικής ταυτότητας αποτυπώνεται ευκρινώς ως στοιχείο της δημοκρατίας της Ένωσης, στη διάταξη του άρθρου 10, παρ. 4 ΣΕΕ. Βάσει της διάταξης αυτής τα πολιτικά κόμματα, σε ευρωπαϊκό επίπεδο, συμβάλλουν στην διαμόρφωση της ευρωπαϊκής πολιτικής συνείδησης και στην έκφραση της βούλησης των πολιτών της Ένωσης. Παρά ταύτα, όπως έχει ορθά παρατηρηθεί,<sup>11</sup> οι ευρωπαϊκοί πολιτικοί σχηματισμοί δεν έχουν ακόμη αναπτύξει αυτόνομη ενωσιακή κουλτούρα, αλλά περισσότερο παραμένουν απλά συνασπισμοί μεταξύ εθνικών κομμάτων, συχνά προσεγγίζοντας ενωσιακά ζητήματα υπό εθνικό πρίσμα και με βάση τα εκάστοτε εθνικά συμφέροντα.

Για την προώθηση της ανάδειξης πολιτικού διαλόγου με ενωσιακά χαρακτηριστικά, η Επιτροπή, ήδη από το 2012, είχε προτείνει την εκ των προτέρων επιλογή υποψηφίων για την προεδρία της από τα ευρωπαϊκά πολιτικά κόμματα, εν

---

<sup>10</sup> S. Ciaglia, C. Fuest, F. Heinemann, "What a feeling?!: How to promote "European Identity"", EconPol Policy Report 9, October 2018, διαθέσιμο στο [http://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-10/EconPol\\_Policy\\_Report\\_9\\_2018\\_European\\_Identity.pdf](http://www.econpol.eu/sites/default/files/2018-10/EconPol_Policy_Report_9_2018_European_Identity.pdf) (τελευταία πρόσβαση 30 Μαρτίου 2019).

<sup>11</sup> J. Thomassen, "Parties and Voters: The Feasibility of a European System of Political Representation" in B. Steunenberg and J. Thomassen (eds.), *The European Parliament: Moving towards Democracy in the EU*, Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 2002, σελ. 15-16.

όψει των εκλογών του 2014.<sup>12</sup> Αλλά και σημαντικές πολιτικές προσωπικότητες, όπως ο τότε Πρόεδρος της Επιτροπής José Manuel Barroso και η τότε Αντιπρόεδρος Viviane Reding εμφατικά υπογράμμισαν την ανάγκη πρότασης υποψηφίων για την προεδρία της Επιτροπής καλώντας παράλληλα τα ευρωπαϊκά πολιτικά κόμματα να πράξουν ανάλογα.<sup>13</sup> Με αυτόν τον τρόπο, τα κόμματα θα κληθούν να οριοθετήσουν πολιτικές προτεραιότητες και να αναπτύξουν αυτοτελώς και ευκρινώς θέσεις για την πορεία της Ένωσης, οι οποίες θα εκφραστούν από τους υποψηφίους τους, σε πνεύμα δημοκρατίας και διαφάνειας. Θα διαμορφωθεί έτσι ένα πεδίο πολιτικού διαλόγου με αμιγώς ενωσιακά χαρακτηριστικά με αποδέκτες τους ευρωπαίους πολίτες ως ενιαίο εκλογικό σώμα, το οποίο θα συμβάλλει στην ενίσχυση ευρωπαϊκής πολιτικής συνείδησης κατά τα οριζόμενα στη ΣΕΕ.

Η ως άνω διαδικασία εκλογής του προέδρου της Επιτροπής ενδυναμώνει σημαντικά και το ρόλο του εκλογικού σώματος ως φορέα πολιτικής εξουσίας. Οι εκλογές για την ανάδειξη μελών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου παραδοσιακά χαρακτηρίζονται ως λιγότερο σημαντικές από τους ψηφοφόρους σε σύγκριση με τις εθνικές εκλογές. Το μειωμένο ενδιαφέρον για την εκλογική αυτή διαδικασία αποτυπώνεται και στατιστικά. Η συμμετοχή στις πρώτες εκλογές το 1979 ανήλθε σε ποσοστό 62% και έκτοτε ακολουθεί μικρή, αλλά σταθερή πτώση: 59% το 1984, 58% το 1989, 57% το 1994, 50% το 1999, 46% το 2004, 43% το 2009 και στην τελευταία αναμέτρηση, το 2014, η προσέλευση έφτασε επίσης σε ποσοστό 43%.<sup>14</sup>

Λόγο έλλειψης πολιτικού ενδιαφέροντος αποτελούσε και η απουσία υποψηφίων για τη θέση του επικεφαλής της εκτελεστικής λειτουργίας. Εύλογα είχε, υπό το προηγούμενο καθεστώς, δημιουργηθεί η πεποίθηση ότι η επιλογή ενός κορυφαίου ενωσιακού θεσμικού παράγοντα διαπνέεται από καθεστώς μυστικότητας, καθώς εκτυλίσσεται αυστηρά εντός του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου. Η θεσμοθέτηση υποψηφίων για τη θέση του προέδρου της Επιτροπής, ως απόρροια της διασύνδεσης

---

<sup>12</sup> European Commission, A Blueprint for a Deep and Genuine Economic and Monetary Union: Launching a European Debate, Brussels, 30.11.2012 COM(2012) 777 final/2, διαθέσιμο στο [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/president/news/archives/2012/11/pdf/blueprint\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/archives/2012/11/pdf/blueprint_en.pdf) (τελευταία πρόσβαση 29 Μαρτίου 2019).

<sup>13</sup> Για τις σχετικές δηλώσεις βλ. European Commission - MEMO/13/2002, Factsheet: Enhancing the democracy of European Parliament Elections, Brussels, 12 March 2013, διαθέσιμο στο [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-202\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-202_en.htm) (τελευταία πρόσβαση 29 Μαρτίου 2019).

<sup>14</sup> European Parliament, "Election of the President of the European Commission: Understanding the Spitzenkandidaten Process", February 2019, διαθέσιμο στο [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630264/EPRS\\_BRI\(2018\)630264\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/630264/EPRS_BRI(2018)630264_EN.pdf) (τελευταία πρόσβαση 30 Μαρτίου 2019).

του αποτελέσματος των εκλογών με την επιλογή προσώπου για την προεδρία της Επιτροπής, διαμορφώνει ένα χαρακτήρα στις εκλογές αυτές που προσιδιάζει περισσότερο στη διαδικασία που γνωρίζουν οι ψηφοφόροι σε εθνικό συγκείμενο, με τους τελευταίους να αποκτούν ουσιαστικό δικαίωμα επιλογής του προέδρου της Επιτροπής, έστω και έμμεσα. Ως αποτέλεσμα, καθίσταται εμφανέστερος ο ρόλος του εκλογικού σώματος, στοιχείο που ενισχύει το ενδιαφέρον των ευρωπαίων πολιτών σε μια προσπάθεια αναστροφής της ως άνω αποτυπωμένης τάσης μειωμένης συμμετοχής.

Σε εκτενή έρευνα κοινής γνώμης που διεξήχθη από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο αναφορικά με τη διαδικασία των υποψηφίων επιβεβαιώνεται η θετική απήχηση του θεσμού.<sup>15</sup> Σε σχετική ερώτηση το 49% των πολιτών απάντησε ότι η διαδικασία υποψηφίων των κομμάτων αυξάνει τις πιθανότητες να ψηφίσουν στις επερχόμενες ευρωπαϊκές εκλογές.<sup>16</sup> Ωστόσο, σε συντριπτική πλειοψηφία οι πολίτες της ΕΕ προσδίδουν και σημαντικά ποιοτικά χαρακτηριστικά στη διαδικασία. Έτσι το 70% θεωρεί ότι η εκλογή προέδρου της Επιτροπής με βάση το αποτέλεσμα των εκλογών πρέπει να συνοδεύεται από ουσιαστικό πολιτικό διάλογο για ευρωπαϊκά θέματα και για το μέλλον της ΕΕ, υπογραμμίζουν δε οι πολίτες την ενίσχυση άλλων ποιοτικών δεικτών που απορρέουν από τη διαδικασία, όπως η διαφάνεια (63%), το επίπεδο της δημοκρατίας (61%) και ο βαθμός νομιμοποίησης της Επιτροπής (60%).<sup>17</sup>

## **5. Το παράδειγμα του 2014 και το ζητούμενο για το 2019**

Στο πλαίσιο διασταλτικής ερμηνείας του άρθρου 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ, τα περισσότερα ευρωπαϊκά κόμματα ενστερνίσθηκαν την ιδέα της ευθείας σύνδεσης του αποτελέσματος των εκλογών με την πρόταση για πρόεδρο της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο. Έτσι, εν όψει των εκλογών του 2014, αφού ολοκλήρωσαν τις αντίστοιχες εσωτερικές τους διεργασίες, τα κόμματα ανακοίνωσαν του υποψηφίους τους: το Ευρωπαϊκό Λαϊκό Κόμμα τον Jean-Claude Juncker, το Κόμμα Ευρωπαίων Σοσιαλιστών τον Martin Schulz, η Συμμαχία Φιλελεύθερων και Δημοκρατών για την Ευρώπη, με την υποστήριξη και του Ευρωπαϊκού Δημοκρατικού

---

<sup>15</sup> Eurobarometer Survey 89.2 of the European Parliament, Democracy on the Move: European Elections – One Year to Go, May 2018, διαθέσιμο στο [file:///C:/Users/Margaritis/Downloads/eb89\\_one\\_year\\_before\\_2019\\_eurobarometer\\_en\\_opt.pdf](file:///C:/Users/Margaritis/Downloads/eb89_one_year_before_2019_eurobarometer_en_opt.pdf) (τελευταία πρόσβαση 5 Απριλίου 2019).

<sup>16</sup> Ο. π., σελ. 30.

<sup>17</sup> Ο. π., σελ. 32.

Κόμματος, τον Guy Verhofstadt, το Ευρωπαϊκό Πράσινο Κόμμα την Ska Keller και τον José Boné και το Κόμμα της Ευρωπαϊκής Αριστεράς τον Αλέξη Τσίπρα.

Ωστόσο, άλλα ευρωπαϊκά κόμματα δεν αποδέχτηκαν τη διασταλτική αυτή ερμηνεία, αρνούμενα να προτείνουν υποψήφιους. Συγκεκριμένα, ο τότε γενικός γραμματέας της Συμμαχίας Συντηρητικών και Μεταρρυθμιστών στην Ευρώπη Daniel Hannan εμφατικά δήλωσε ότι η συμμετοχή σε μια τέτοια διαδικασία θα νομιμοποιούσε μια ομοσπονδιακή οπτική ενός ευρωπαϊκού υπερ-κράτους,<sup>18</sup> άποψη η οποία υιοθετήθηκε και από το Ευρωπαϊκό Χριστιανικό Πολιτικό Κίνημα. Ομοίως και η Συμμαχία για Άμεση Δημοκρατία στην Ευρώπη απείχε από κάθε σχετική διεργασία, διαφωνώντας επί της αρχής.

Από τα παραπάνω, εύκολα γίνεται αντιληπτή μια συσχέτιση της αντίληψης για τη νέα διαδικασία εκλογή προέδρου της Επιτροπής με τη γενικότερη φιλοσοφία των κομμάτων αναφορικά με την ευρωπαϊκή ολοκλήρωση. Η ενδυνάμωση της δημοκρατικής νομιμοποίησης που επέρχεται στον πρόεδρο της Επιτροπής μέσω των υποψηφιοτήτων των κομμάτων ενισχύει ποιοτικά και την έννοια της ενοποίησης, σε σύγκρουση με το παραδοσιακό εθνοκεντρικό αφήγημα που προτάσσει πρωτεύοντα ρόλο στα κράτη μέλη. Συνεπώς, όχι τυχαία, τα κόμματα που τάσσονται υπέρ της περαιτέρω ολοκλήρωσης συμμετείχαν ενεργά στη διαδικασία, θέτοντας έτσι μια πολιτική κατεύθυνση που ενδυναμώνει έναν ενωσιακό θεσμό, ενώ για τον ίδιο ακριβώς λόγο τα ηπίως έως αυστηρά ευρωσκεπτικιστικά κόμματα αποφάσισαν να απέχουν.

Το αποτέλεσμα των εκλογών έδωσε σχετική πλειοψηφία των εδρών στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο στο Ευρωπαϊκό Λαϊκό Κόμμα, το οποίο έλαβε 221 έδρες, έναντι 191 εδρών του Κόμματος των Ευρωπαίων Σοσιαλιστών.<sup>19</sup> Σύμφωνα λοιπόν με την ετυμηγορία του εκλογικού σώματος, πρώτος υποψήφιος ενώπιον του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου θα έπρεπε να προταθεί ο Jean-Claude Juncker, σε περίπτωση δε που δεν θα ελάμβανε την απαιτούμενη πλειοψηφία, θα ακολουθούσε ως υποψήφιος ο Martin Schulz.

Ωστόσο το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο δεν φάνηκε να αποδέχεται συλλήβδην την αντίληψη αυτή. Αν και μετά την ανακοίνωση των αποτελεσμάτων, τα περισσότερα

---

<sup>18</sup> D. Keating, “ECR: “Nobody for President””, *European Voice*, 20 February 2014.

<sup>19</sup> Αναλυτικά τα αποτελέσματα των ευρωπαϊκών εκλογών του 2014 διαθέσιμα στο <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/en/election-results-2014.html> (τελευταία πρόσβαση 1 Απριλίου 2019).

ευρωπαϊκά πολιτικά κόμματα συμφώνησαν στην υποψηφιότητα Juncker,<sup>20</sup> το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο δεν επέδειξε το απαιτούμενο πολιτικό consensus για μια τόσο σημαντική πολιτικά απόφαση.<sup>21</sup> Συγκεκριμένα, η Καγκελάρια της Γερμανίας Angela Merkel εμφανίσθηκε διστακτική στην προοπτική διασταλτικής ερμηνείας του άρθρου 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ, έχοντας δηλώσει ότι δεν απαιτείται ο πρόεδρος της Επιτροπής να προέρχεται αυτόματα από τους υποψηφίους των κομμάτων, αλλά περισσότερο ως αποτέλεσμα διεργασιών όλων των εμπλεκόμενων φορέων.<sup>22</sup> Αφού ολοκληρώθηκαν οι σχετικές συζητήσεις, επετεύχθη συμφωνία και ο Jean-Claude Juncker προτάθηκε από το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο ως υποψήφιος πρόεδρος της Επιτροπής με την υποστήριξη 26 από τους 28 αρχηγούς των κρατών μελών, εξαίρεση αποτέλεσαν το Ηνωμένο Βασίλειο και η Ουγγαρία.<sup>23</sup> Όπως αναμενόταν, η υποψηφιότητα Juncker υποστηρίχθηκε ευρέως στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, λαμβάνοντας 422 ψήφους.<sup>24</sup> Τελικά η Επιτροπή απέκτησε τον πρώτο πρόεδρο με έμμεση δημοκρατική νομιμοποίηση από το εκλογικό σώμα.

Μετά την πρώτη, αναγνωριστική προσπάθεια ερμηνείας και εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ, η κατάσταση έως ένα βαθμό θα παγιωθεί στις ευρωπαϊκές εκλογές του 2019. Σε αυτό έχουν συμβάλει τα υπερεθνικού χαρακτήρα ενωσιακά όργανα. Σε κείμενο που υιοθέτησε η Επιτροπή Συνταγματικών Υποθέσεων του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου χαρακτηρίζει την επιλογή υποψηφίων ως μη αναστρέψιμη αρχή, τονίζοντας μάλιστα ότι το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο είναι έτοιμο να απορρίψει κάθε ενώπιόν του υποψήφιο ο οποίος δεν έχει επιλεγεί από

---

<sup>20</sup> N. Nielsen, “Juncker Given First Shot at EU Commission Job”, *EU Observer*, 27 May 2014, διαθέσιμο στο <http://euobserver.com/eu-elections/124388> (τελευταία πρόσβαση 1 Απριλίου 2019).

<sup>21</sup> V. Pop, “EU Leaders Decline to Endorse Juncker”, *EU Observer*, 28 May 2014, διαθέσιμο στο <http://euobserver.com/eu-elections/124401> (τελευταία πρόσβαση 1 Απριλίου 2019).

<sup>22</sup> H. Mahony, “Merkel: EU Vote not Decisive on Commission President”, *EU Observer*, 25 October 2013, διαθέσιμο στο <http://euobserver.com/political/121906> (τελευταία πρόσβαση 1 Απριλίου 2019). Μάλιστα, φημολογείται ότι η Καγκελάρια Merkel υποστήριξε τη Γενική Διευθύντρια του ΔΝΤ Christine Lagarde για τη θέση της προέδρου της Επιτροπής, βλ. σχετικά “Merkel Eyes IMF’s Lagarde for EU Commission President”, *EurActiv*, 3 June 2014, διαθέσιμο στο <http://www.euractiv.com/sections/eu-elections-2014/merkel-eyes-imfs-lagarde-eu-commission-president-302578> (τελευταία πρόσβαση 1 Απριλίου 2019).

<sup>23</sup> N. Watt, I. Taylor “David Cameron Loses Jean-Claude Juncker Vote”, *The Guardian*, 27 June 2014, διαθέσιμο στο <http://www.theguardian.com/world/2014/jun/27/david-cameron-loses-jean-claude-juncker-vote-eu> (τελευταία πρόσβαση 1 Απριλίου 2019).

<sup>24</sup> Για το αποτέλεσμα της ψηφοφορίας βλ. τα σχετικά δελτία τύπου του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, διαθέσιμα στο <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20140714IPR52341/parliament-elects-jean-claude-juncker-as-commission-president> (τελευταία πρόσβαση 1 Απριλίου 2019).

κάποιο ευρωπαϊκό κόμμα πριν από τη διεξαγωγή των εκλογών.<sup>25</sup> Η θέση αυτή επιβεβαιώθηκε και στην από 7 Φεβρουαρίου απόφαση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου το οποίο υπογράμμισε ότι αν δεν σεβαστεί τη διαδικασία των υποψηφίων, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο ρισκάρει να προτείνει στο Κοινοβούλιο έναν υποψήφιο για τη θέση του προέδρου της Επιτροπής ο οποίος δεν θα διαθέτει επαρκή κοινοβουλευτική πλειοψηφία.<sup>26</sup> Αντίστοιχα και η ίδια η Επιτροπή επισήμανε το θετικό αντίκτυπο του θεσμού των υποψηφίων ο οποίος πρέπει να συνεχισθεί και να ενισχυθεί.<sup>27</sup>

Αντιθέτως, τα θεσμικά όργανα διακυβερνητικού χαρακτήρα της Ένωσης δεν υιοθετούν την ως άνω προσέγγιση. Σε συνέντευξη τύπου που ακολούθησε την άτυπη σύνοδο κορυφής της 23<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2018, ο Πρόεδρος του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου Donald Tusk δήλωσε ότι η Συνθήκη ευκρινώς καθιερώνει αυτόνομη αρμοδιότητα στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο να προτείνει υποψήφιο για πρόεδρο της Επιτροπής, αφού λάβει υπόψη τα αποτελέσματα των Ευρωπαϊκών Εκλογών και προβεί στις κατάλληλες διαβουλεύσεις, τονίζοντας παράλληλα ότι το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο δεν εγγυάται ότι θα επιλέξει κάποιον από τους υποψηφίους των κομμάτων.<sup>28</sup>

Τα ευρωπαϊκά πολιτικά κόμματα κατά κανόνα ακολούθησαν την πολιτική τους προσέγγιση του 2014. Το Ευρωπαϊκό Λαϊκό Κόμμα επέλεξε ως υποψήφιο τον Manfred Weber, το Κόμμα των Ευρωπαίων Σοσιαλιστών τον Frans Timmermans, το Ευρωπαϊκό Πράσινο Κόμμα το δίδυμο Ska Keller και Bas Eickhout και το Ευρωπαϊκό Αριστερό Κόμμα τους Violeta Tomič και Nico Cue. Διαφοροποιημένη σημαντικά η θέση της Συμμαχίας Ευρωπαίων Συντηρητικών και Μεταρρυθμιστών η οποία επέλεξε να μετάσχει σε αυτήν την εκλογική διαδικασία με συγκεκριμένο υποψήφιο, τον Jan Zahradil· αντίθετα η Συμμαχία των Φιλελεύθερων και

---

<sup>25</sup> P. Teffer, “Spitzenkandidat System Here to Stay, MEPs Warn Capitals”, *EU Observer*, 23 January 2018, διαθέσιμο στο <https://euobserver.com/institutional/140656> (τελευταία πρόσβαση 2 Απριλίου 2019).

<sup>26</sup> European Parliament decision of 7 February 2018 on the revision of the Framework Agreement on relations between the European Parliament and the European Commission, διαθέσιμο στο <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0030+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN> (τελευταία πρόσβαση 3 Απριλίου 2019).

<sup>27</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, A Europe that Delivers: Institutional Options for making the European Union's Work more Efficient, Brussels, 13.2.2018 COM(2018) 95 final, διαθέσιμο στο [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/communication-institutional-options-for-making-the-european-union-work-more-efficient\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/communication-institutional-options-for-making-the-european-union-work-more-efficient_en.pdf) (τελευταία πρόσβαση 3 Απριλίου 2019).

<sup>28</sup> European Council, Informal Meeting of the 27 Heads of State or Government, 23/02/2018, διαθέσιμο στο <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2018/02/23/> (τελευταία πρόσβαση 4 Απριλίου 2019).

Δημοκρατών για την Ευρώπη δεν θα στηρίξει συγκεκριμένο υποψήφιο, αλλά συνέστησε ομάδα φιλελεύθερων ηγετών (Team Europe) αποτελούμενη από 7 υποψήφιους.<sup>29</sup>

Αναδεικνύεται από τις ανωτέρω τοποθετήσεις μια εμφανής διάκριση που εν τέλει αφορά το ίδιο το μέλλον της Ένωσης σε θεσμικό επίπεδο. Τα κράτη μέλη δεν διατίθενται να απωλέσουν τη δυνατότητα ουσιαστικής παρέμβασης στην εκλογή προέδρου της Επιτροπής, ούτε καν προς ενίσχυση της βούλησης του εκλογικού σώματος. Η διατήρηση της σημαντικής πολιτικής ισχύος του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου με σκοπό τον έλεγχο της εκτελεστικής λειτουργίας έρχεται σε ουσιαστική αντίθεση με την ίδια την αρχή της αυτονομίας της Ένωσης, η οποία ενισχύεται στο πλαίσιο της περαιτέρω ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, ως στοιχείο της συνταγματικής της ταυτότητας. Δεδομένης δε της διαφαινόμενης άρνησης του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου να εκλέξει πρόεδρο που δεν προέρχεται από τους υποψήφιους των κομμάτων, υπάρχει κίνδυνος διαμόρφωσης συγκρουσιακού κλίματος μεταξύ δύο κορυφαίων θεσμικών οργάνων, η έκβαση του οποίου αντανακλά τον υπάρχοντα βαθμό ενωσιακής ολοκλήρωσης και την προοπτική της.

## **6. Συμπερασματικές παρατηρήσεις**

Ο όρος «λαμβάνοντας υπόψη» αναφορικά με το αποτέλεσμα των ευρωπαϊκών εκλογών που χρησιμοποιήθηκε στο άρθρο 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ, επιδέχεται πολλαπλές ερμηνείες ως προς το πλαίσιο της αρμοδιότητας του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου. Η ερμηνεία που προτείνεται στην παρούσα εργασία τείνει προς μιας μορφής δέσμια αρμοδιότητα του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου να προτείνει στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο τον υποψήφιο του ευρωπαϊκού κόμματος που μπορεί να λάβει την απόλυτη πλειοψηφία των εδρών, είτε μονοκομματικά, ασυνήθιστο για τα ευρωπαϊκά δεδομένα, είτε στο πλαίσιο συνεργασιών.

Η ερμηνεία αυτή εισάγει καινοτόμο διαδικασία στη θεσμική διάρθρωση της Ένωσης. Αφενός οι πολίτες της ΕΕ, ως ενιαίο εκλογικό σώμα, αποκτούν τη δυνατότητα να μετέχουν αποφασιστικά σε μία μέχρι πρότινος «κλειστή διαδικασία», αφετέρου ο ρόλος των ευρωπαϊκών πολιτικών κομμάτων αναβαθμίζεται με σημαντική συνεισφορά στη διαμόρφωση ευρωπαϊκής πολιτικής συνείδησης. Ο πρόεδρος της Επιτροπής απολαμβάνει εν τέλει δημοκρατική νομιμοποίηση σε

---

<sup>29</sup> Οι εξής: Guy Verhofstadt, Katalin Cseh, Margrethe Vestager, Luis Garicano, Nicola Beer, Emma Bonino και Violeta Bulc.

μεγαλύτερο βαθμό και λαμβανομένου υπόψη του δημοκρατικού ελλείματος για το οποίο κατηγορείται η Ένωση, η ενίσχυση δημοκρατικών διαδικασιών αποκαθιστά και ενδυναμώνει την αξιοπιστία της.

Με τις όποιες δυσκολίες αποδοχής, η εδώ προτεινόμενη ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 17, παρ. 7, εδ. α ΣΕΕ εν πολλοίς ακολουθήθηκε το 2014. Ο στόχος για τις εκλογές του 2019 είναι η καθιέρωση και περαιτέρω βελτίωση της διαδικασίας προς την ίδια κατεύθυνση. Το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο φαίνεται αρχικά να μην συμμερίζεται την αντίληψη αυτή, επιβραδύνοντας έτσι την όλη διεργασία. Σημαντικό παράγοντα στην τωρινή εκλογική αναμέτρηση αποτελεί το θεσμικό προηγούμενο το οποίο δύσκολα θα μπορέσει να παρακαμφθεί ακόμη και από ένα τόσο ισχυρό πολιτικά όργανο. Στο κομβικό αυτό σημείο της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, η διάταξη αυτή αντανακλά μεταβατικό στάδιο με τελικό στόχο την πλήρη απεμπλοκή του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου από τη διαδικασία, στα πρότυπα του συστήματος κοινοβουλευτικής δημοκρατίας. Η εδώ προτεινόμενη ερμηνεία συμβάλλει στην κατά το δυνατόν ταχύτερη επίτευξη αυτού του στόχου.



## ΕΘΝΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΚΡΑΤΟΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΔΙΑΚΥΒΕΡΝΗΣΗΣ

Στυλιανός Δ. Μαυρίδης, Κάτοχος Μεταδιδακτορικού Δημοσιονομικού Δικαίου, Ειδικός Επιστήμονας Νομικής Σχολής, Αντιπρόεδρος ΔΣΘ

Μια πραγματική δημοκρατία προσδιορίζεται από το επίπεδο προστασίας των δικαιωμάτων των πολιτών της και τον τρόπο οργάνωσης της κυριαρχίας.

Η συμμετοχή της χώρας στους Ευρωπαϊκούς θεσμούς και ειδικά στην Ευρωπαϊκή Ένωση αφενός και η οικονομική κρίση αφετέρου, επηρέασαν τόσο τον τρόπο οργάνωσης της κρατικής κυριαρχίας όσο και την προστασία των δικαιωμάτων και ιδίως των κοινωνικών, όπως τα ζητήματα αυτά αποτυπώνονται στις πρόσφατες αποφάσεις των Εθνικών Δικαστηρίων, αλλά και του Δικαστηρίου της Ένωσης.

Μια βασική διαπίστωση που θα μπορούσε να διατυπωθεί εισαγωγικά και η οποία προκύπτει από τη νομολογία του ΔΕΕ και έγινε αποδεκτή από το ΣτΕ είναι πως το όποιο εθνικό δημόσιο συμφέρον επικαθορίζεται από τους σκοπούς που ικανοποιεί το ενωσιακό δίκαιο. Τούτο δε εκδηλώνεται στο επίπεδο της δικαιοδοτικής λειτουργίας ως υποχρέωση σύμφωνης προς το Ενωσιακό δίκαιο ερμηνείας του εθνικού δικαίου.

Ένα δεύτερο συμπέρασμα που καταρχήν τουλάχιστον φαίνεται να προκύπτει είναι πως οι συνταγματικοί σκοποί, κυρίως στο επίπεδο των κοινωνικών δικαιωμάτων, σε συνθήκες οικονομικής κρίσης φαίνεται να έρχονται σε σύγκρουση με τους ενωσιακούς σκοπούς της ενιαίας αγοράς και της βιωσιμότητας του Νομίσματος και έτσι να πιέζονται, προκειμένου να ικανοποιηθεί ο ενωσιακός σκοπός της δημοσιονομικής σταθερότητας.

Τούτο είναι έκδηλο καταρχήν στις γνωστές αποφάσεις του ΣτΕ για τη συνταγματικότητα των εφαρμοστικών νόμων του μνημονίου, αλλά και σε σειρά άλλων αποφάσεων όπως για παράδειγμα για το Έκτακτο Ειδικό Τέλος Ηλεκτροδοτούμενων Δομημένων Επιφανειών, όπου φαίνεται η εξέλιξη της άποψης του Δικαστηρίου για την έννοια του δημοσίου συμφέροντος ως θεμέλιος περιορισμών κυρίως των κοινωνικών δικαιωμάτων. Βέβαια, θα πρέπει να επισημανθεί ότι η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση και η δημοσιονομική ισορροπία

αποτελούν σαφείς δεσμεύσεις που απορρέουν άμεσα από το Ενωσιακό δίκαιο και τους σκοπούς του, ώστε υπάρχει ένα εμφανές δημοσιονομικό συμφέρον, τόσο ενωσιακό όσο και εθνικό που καθορίζει το δημόσιο συμφέρον.

Ταυτόχρονα, όσον αφορά στην οργάνωση και στην άσκηση της κρατικής κυριαρχίας επισημαίνεται ότι ο κρατικός προϋπολογισμός αποτελεί το κυριότερο όργανο άσκησης δημοσιονομικής, οικονομικής και κοινωνικής πολιτικής, δεδομένου ότι μέσω αυτού προγραμματίζονται οι δραστηριότητες του κράτους και προβλέπεται ο τρόπος πραγματοποίησής τους. Η κατάρτιση του προϋπολογισμού βρίσκεται στον πυρήνα της κρατικής κυριαρχίας και συνδέεται άμεσα με το δημοκρατικό πολίτευμα και τις αρμοδιότητες της Βουλής.

Η συμμετοχή ενός κράτους ωστόσο, σε μια Οικονομική και Νομισματική Ένωση σημαίνει αυτομάτως συνειδητή εκχώρηση σχετικών αρμοδιοτήτων από τα κράτη προς όφελος της Ένωσης. Η τελική δε εκπλήρωση του στόχου τόσο για Νομισματική όσο και για Οικονομική Ένωση συνεπάγεται την πλήρη άσκηση των εν λόγω αρμοδιοτήτων από τα όργανα της Ένωσης. Έτσι, όσο γίνονται βήματα προς την κατεύθυνση αυτή και παράλληλα με τη διαδικασία ολοκλήρωσης και εμβάθυνσης της Ένωσης, διεξάγεται και η συζήτηση για την άσκηση της κυριαρχίας των κρατών μελών. Η προβληματική αυτή καθίσταται σήμερα περισσότερο επίκαιρη από ποτέ, δεδομένης της οικονομικής κρίσης που αντιμετωπίζει η ευρωζώνη και των θεσμικών ανισορροπιών της Ένωσης, οι οποίες αναδεικνύονται μέσα από την κρίση αυτή και βέβαια, των επιλογών που γίνονται τόσο σε επίπεδο Ένωσης όσο και σε Εθνικό επίπεδο, προκειμένου να αντιμετωπιστούν οι εν λόγω αδυναμίες.

Είναι γεγονός πως η εγκαθίδρυση της ONE συνοδεύτηκε, κατά γενική ομολογία, από μια δομική ασυμμετρία ή αλλιώς θεσμική ανισορροπία μεταξύ του ομοσπονδιακού και συγκεντρωτικού χαρακτήρα της νομισματικής ένωσης και του αποκεντρωτικού χαρακτήρα της οικονομικής ένωσης. Ειδικότερα, προβλέφθηκε αφενός η παραχώρηση κρατικών αρμοδιοτήτων και η δημιουργία αποκλειστικής αρμοδιότητας της Ένωσης στον τομέα της Νομισματικής Πολιτικής για τα κράτη-μέλη με νόμισμα το Ευρώ, (εκεί ο στόχος επιτεύχθηκε πλήρως με την υιοθέτηση του Ευρώ), αφετέρου όμως διατηρήθηκε στις κρατικές αρμοδιότητες η άλλη συνιστώσα της ONE, η Οικονομική και η Δημοσιονομική Πολιτική, στο πλαίσιο της οποίας συντάσσονται και οι Εθνικοί Προϋπολογισμοί των κρατών-μελών.

Η αρχική ιδέα της Συνθήκης του Μάαστριχτ, η οποία καθιέρωσε το κοινό νόμισμα, ήταν ότι η δημοσιονομική σταθερότητα θα ασκείται μόνο σε εθνικό επίπεδο με αποκλειστική αρμοδιότητα των κρατών. Τα κράτη δεν ήταν έτοιμα και δεν ήθελαν, ενώ ερωτηματικό παραμένει αν μέχρι και σήμερα θέλουν, να απεκδυθούν των σχετικών αρμοδιοτήτων τους. Υπήρχε η εντύπωση ότι οι αγορές θα ήταν ικανές να διασφαλίσουν τη βιωσιμότητα του ευρώ και ότι θα επιβαλλόταν δημοσιονομική πειθαρχία των κρατών με χαλαρούς κανόνες συντονισμού των οικονομικών πολιτικών. Τούτη η προσέγγιση κατέρρευσε πλήρως σε συνθήκες οικονομικής κρίσης, όπου αναδείχθηκαν ουσιαστικά προβλήματα και μη βιώσιμες τάσεις σε πολλές ευρωπαϊκές χώρες και καταδείχθηκε ο μεγάλος βαθμός αλληλεξάρτησης των οικονομιών της Ε.Ε και ο κίνδυνος κατάρρευσης υπό τη μορφή «ντόμινο». Ωστε, κρίθηκε αφενός αναγκαίος ένας μεγαλύτερος συντονισμός των οικονομικών και δημοσιονομικών πολιτικών στην ΕΕ και αφετέρου η ενίσχυση του θεσμικού οπλοστασίου της Ένωσης.

Οι σχετικές αποφάσεις λήφθηκαν σε τέσσερις κύκλους:

1) Η υιοθέτηση, το Φθινόπωρο του 2011 της «δέσμης των έξι νομοθετικών μέτρων» ή «εξάπτυχου» (six – pack), με τα οποία επιχειρήθηκε η σε πρώτη φάση, εμβάθυνση των κανόνων της οικονομικής διακυβέρνησης και ενίσχυσης του ΣΣΑ, κυρίως.

2) Η ίδρυση του Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Σταθερότητας (ΕΜΣ) για την παροχή χρηματοδοτικής συνδρομής σε Κράτη μέλη.

3) Η υιοθέτηση του Συμφώνου για τη Σταθερότητα, το Συντονισμό και τη Διακυβέρνηση (ΣΣΣΔ) στην ΟΝΕ ή Δημοσιονομικού Συμφώνου.

Στο σύμφωνο προβλέπεται η εφαρμογή του «Χρυσό κανόνα», ήτοι της νομικής υποχρέωσης των Κυβερνήσεων και των Κοινοβουλίων των κρατών-μελών να διαμορφώνουν και να εκτελούν ισοσκελισμένους, αν όχι πλεονασματικούς, προϋπολογισμούς, προκειμένου να αποφευχθεί η παραγωγή ελλειμμάτων και συνακόλουθα νέου χρέους. Μια δέσμευση που προκάλεσε έντονες αντιδράσεις, πολιτικές και νομικές, για τις οικονομικές επιλογές που απομένουν στις δημοκρατικά εκλεγμένες Κυβερνήσεις και Κοινοβούλια.

4) Η υιοθέτηση της «δέσμης των δύο νομοθετικών μέτρων» ή «διπτύχου» (tworack), το οποία ισχύουν μόνο για τα Κράτη – μέλη της Ευρωζώνης και με τα οποία επιχειρήθηκε η συμπλήρωση των ρυθμίσεων «της δέσμης των έξι νομοθετικών μέτρων».

Έτσι λοιπόν γεννήθηκε το λεγόμενο Ευρωπαϊκό Εξάμηνο. Το «Ευρωπαϊκό Εξάμηνο» θεσπίζει μια δομημένη κατά φάσεις και με ασφυκτικές προθεσμίες διαδικασία ελέγχου των εθνικών προϋπολογισμών πριν αυτοί ψηφισθούν από τα εθνικά κοινοβούλια. Πρόκειται δηλαδή, για μια διαδικασία με την οποία επιχειρείται, στο πλαίσιο της πολυμερούς εποπτείας, να εξασφαλιστεί ο στενότερος συντονισμός των οικονομικών πολιτικών και η συνεχής σύγκλιση των οικονομικών επιδόσεων των κρατών-μελών τα οποία υπόκεινται σε μια δημοσιονομική καθοδήγηση και εποπτεία παράλληλα και όχι το καθένα ξεχωριστά.

Έχει σαφές χρονοδιάγραμμα, σύμφωνα με το οποίο τα κράτη-μέλη λαμβάνουν συμβουλές από την Ένωση («κατευθύνσεις») και στην συνέχεια υποβάλλουν σχέδια πολιτικής («εθνικά προγράμματα μεταρρυθμίσεων» και «προγράμματα σταθερότητας ή σύγκλισης») προκειμένου να αξιολογηθούν σε επίπεδο ΕΕ. Η διαδικασία του Ευρωπαϊκού Εξαμήνου διασφαλίζει ότι τα κράτη μέλη ευθυγραμμίζουν τις δημοσιονομικές και οικονομικές πολιτικές τους με τις δεσμεύσεις τους έναντι της ΕΕ.

Η Ένωση, μετά τις αλλαγές, παρεμβαίνει ήδη στο στάδιο της πραγματικής διαμόρφωσης της δημοσιονομικής πολιτικής, σε αντίθεση με το πριν από το εξάμηνο διάστημα, όπου στο Σ.Σ.Α. προβλεπόταν παρέμβαση στα αποτελέσματα της δημοσιονομικής πολιτικής. Τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να επιλέγουν τις πολιτικές τους, εφόσον είναι σύμφωνες με τις συστάσεις και οφείλουν να συνειδητοποιήσουν ότι οι αποφάσεις που λαμβάνονται σε άλλες χώρες είναι θέμα κοινού ενδιαφέροντος και να συμμετέχουν ανοιχτά στην πολυμερή λήψη αποφάσεων μέσα στο ισχύον θεσμικό πλαίσιο.

Ωστόσο, και οι αρχικές αυτές προβλέψεις του sixpack γρήγορα αποδείχθηκαν ανεπαρκείς κυρίως διότι άφηνε ακάλυπτο και αρρυθμιστο, το δεύτερο μισό κάθε έτους, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να διασφαλιστεί η υιοθέτηση των ειδικών ανά χώρα συστάσεων στους εθνικούς προϋπολογισμούς. Έτσι ψηφίστηκαν δύο νέοι Κανονισμοί. το 2013 ο Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 473/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 21ης Μαΐου 2013 και ο Κανονισμός (ΕΕ)

αριθ. 472/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 21ης Μαΐου 2013. Με το δίπτυχο, επιχειρήθηκε η συμπλήρωση του ευρωπαϊκού εξαμήνου, με την πρόβλεψη της εξουσίας της Επιτροπής και του Συμβουλίου να εξετάζουν τα σχέδια των προϋπολογισμών των Κρατών-μελών πριν από την ψήφισή τους από τα εθνικά κοινοβούλια.

Πιο συγκεκριμένα, το χρονοδιάγραμμα του Ευρωπαϊκού Εξαμήνου διακρίνεται πλέον σε τρία στάδια, ένα προπαρασκευαστικό, το κυρίως στάδιο και το στάδιο της εκτέλεσης. Και Καθορίζονται τα εξής ορόσημα :

α) δημοσιονομικά προγράμματα (πρώτο ορόσημο):

Μέχρι τις 30 Απριλίου, τα κράτη-μέλη της ζώνης του ευρώ πρέπει να δημοσιεύουν τα μεσοπρόθεσμα δημοσιονομικά τους σχέδια (**προγράμματα σταθερότητας** στα οποία εγκρίνουν τον μεσοπρόθεσμο δημοσιονομικό στόχο και τα οποία αξιολογούνται αρχικά από την Επιτροπή και στην συνέχεια διατυπώνονται συστάσεις, ειδικές ανά χώρα, για αυτά, από το Συμβούλιο).

β) Σύμφωνα με το δεύτερο ορόσημο του κοινού δημοσιονομικού χρονοδιαγράμματος τα κράτη-μέλη της ζώνης του Ευρώ μέχρι τις 15 Οκτωβρίου πρέπει να δημοσιεύουν το σχέδιο προϋπολογισμού τους για το επόμενο έτος. Αυτό που έχει σημασία είναι ότι επί του σχεδίου δημοσιονομικού προγράμματος που υποβάλλουν τα κράτη μέλη, η Επιτροπή εκδίδει γνώμη το συντομότερο δυνατόν και σε κάθε περίπτωση έως τις 30 Νοεμβρίου. Ειδικότερα, η γνώμη της Επιτροπής θα πρέπει να περιλαμβάνει μια εκτίμηση για το κατά πόσο τα δημοσιονομικά προγράμματα υλοποιούν τις δημοσιονομικές συστάσεις οι οποίες γίνονται στο πλαίσιο του Ευρωπαϊκού Εξαμήνου.

γ) Σύμφωνα, τέλος, με το τρίτο ορόσημο του κοινού δημοσιονομικού χρονοδιαγράμματος, το στάδιο της εκτέλεσης και των κυρώσεων, τα κράτη-μέλη της Ευρωζώνης, οφείλουν μέχρι τις 31 Δεκεμβρίου να εγκρίνουν τον προϋπολογισμό τους για το επόμενο έτος και να εφαρμόσουν τις συστάσεις.

Η σημασία των παραπάνω μέτρων, μολονότι απέχουν αρκετά από το να είναι ένα πλήρες σύστημα Οικονομικής Διακυβέρνησης της Ευρωζώνης, γίνεται μεγαλύτερη αν σκεφτεί κανείς ότι η εποπτεία των οικονομικών και δημοσιονομικών πολιτικών έχει καταστήσει ισχυρότερη την Ο.Ν.Ε. σε σχέση με την κατάσταση που ίσχυε κατά

την έναρξη της οικονομικής κρίσης και καλύτερα εξοπλισμένη και υποψιασμένη για το μέλλον.

Ωστόσο, παρά το γεγονός ότι ο συντονισμός που επιχειρήθηκε μέσω του Ευρωπαϊκού Εξαμήνου έχει ήπιο χαρακτήρα (softcoordination), εντούτοις η πορεία προς την εμβάθυνση και ολοκλήρωση της ΟΝΕ που επιχειρήθηκε με την υιοθέτηση των δυο νομοθετικών μέτρων, επέφερε σοβαρό ρήγμα στην παραδοσιακή κυριαρχία των κρατών επί του κρατικού τους προϋπολογισμού με τη συνακόλουθη συρρίκνωση των εξουσιών των εθνικών κοινοβουλίων και αυτό γιατί τα κράτη-μέλη της Ευρωζώνης αναγνώρισαν το δικαίωμα στην Επιτροπή να ελέγχει τα σχέδια των εθνικών τους προϋπολογισμών ως προς την τήρηση των συστάσεων που υιοθετήθηκαν για κάθε κράτος-μέλος στο πλαίσιο του ευρωπαϊκού εξαμήνου, εάν ληφθεί υπόψη μάλιστα, ότι η Επιτροπή εξουσιοδοτείται πλέον να ζητά τροποποιήσεις επί του σχεδίου των προϋπολογισμών των κρατών μελών όταν αυτό αποκλίνει από τις Συστάσεις του Συμβουλίου οι οποίες θα πρέπει να είναι σύμφωνες με τους Γενικούς Προσανατολισμούς της Οικονομικής Πολιτικής των κρατών-μελών και της Ένωσης όπως υιοθετούνται τον Μάρτιο κάθε έτους στο πλαίσιο του Ευρωπαϊκού Εξαμήνου. Ο προϋπολογισμός, δηλαδή, των κυβερνήσεων διαμορφώνεται κατά το δεύτερο εξάμηνο του έτους με βάσει τις κατευθύνσεις που έχουν ληφθεί από το Συμβούλιο και οι οποίες αναμένουν την έγκριση των εθνικών κοινοβουλίων.

Οι σχετικές αντιδράσεις για το σοβαρό ρήγμα που επιφέρει στην παραδοσιακή κυριαρχία του κράτους επί του κρατικού προϋπολογισμού και την συνακόλουθη συρρίκνωση των εξουσιών των εθνικών κοινοβουλίων, εντοπίστηκαν σε νομικό και πολιτικό επίπεδο. Και αυτό γιατί, ενώ από την μία το Ευρωπαϊκό Εξάμηνο δύναται να θεωρηθεί ως μια προσπάθεια να μετατοπιστεί η κατανομή εξουσίας μεταξύ ευρωπαϊκού και εθνικού επιπέδου, χωρίς επίσημη μεταβίβαση εξουσίας μέσω τροποποίησης των Συνθηκών, από την άλλη αυτή η μεταβίβαση εξουσίας δεν μπορεί να αποτελεί αποτελεσματική λύση αν δεν είναι νομιμοποιημένη. Η νομιμοποίηση του Ευρωπαϊκού Εξαμήνου απορρέει από τα εθνικά κοινοβούλια, τα οποία ψηφίζουν επί του προϋπολογισμού. Παρόλα αυτά εντάσεις ως προς την νομιμοποίησή του μεταξύ ευρωπαϊκού και εθνικού επιπέδου, παραμένουν.

Η Επιτροπή, που έχει την νομοθετική πρωτοβουλία για την συμπλήρωση του Ευρωπαϊκού Εξαμήνου και καλείται να ασκήσει σημαντικά αναβαθμισμένες εξουσίες ελέγχου, προβάλλει την θέση ότι η δέσμη δύο μέτρων δεν της δίνει το δικαίωμα να

αλλάζει τα σχέδια εθνικών προϋπολογισμών και δεν δημιουργεί την υποχρέωση να ακολουθούν τα κράτη μέλη αυστηρά τη γνώμη της Επιτροπής, η οποία μάλιστα δεν είναι δεσμευτική αλλά συνιστά softlaw.

Θα πρέπει ωστόσο, να επισημανθεί ότι αν και πράγματι τυπικά αποτελεί softlaw, ωστόσο, η μη υιοθέτηση της γνώμης της μπορεί να οδηγήσει έμμεσα εις βάρος του κράτους σε αποφάσεις όσον αφορά στα αναδιανεμητικά πακέτα (προγράμματα ΕΣΠΑ, συνοχής, χρηματοδότησης κ.α.). Επίσης, το γεγονός ότι η Επιτροπή μπορεί να ζητήσει από το κράτος την υποβολή ενός αναθεωρημένου σχεδίου, σε περίπτωση δυσαρμονίας με την αρχική γνώμη της και συστάσεις δείχνει ότι η γνώμη της δεν είναι απλή γνώμη ή παραίνεση. Ενέχει ένα βαθμό υποχρεωτικότητας αν και ακόμα όχι νομικής δεσμευτικότητας. Οι ισορροπίες και οι διαφορές είναι πράγματι πολύ λεπτές. Υπάρχει βέβαια, πρόταση της Επιτροπής η γνώμη της να καταστεί δεσμευτική, όμως προς το παρόν δεν έχουμε φτάσει ακόμα στο σημείο αυτό.

Το αποτέλεσμα είναι πάντως, ότι έχει εξασθενήσει σημαντικά ο ρόλος των εθνικών κοινοβουλίων να αποφασίζουν για την δημοσιονομική τους πολιτική, δεδομένου ότι άλλαξε ριζικά ο τρόπος και το χρονοδιάγραμμα κατάρτισης του προϋπολογισμού. Αντί, λοιπόν, μιας απόφασης ληφθείσας αποκλειστικά από ένα δημοκρατικά εκλεγμένο κοινοβούλιο για το ποια δημοσιονομική κατεύθυνση πρέπει να πάρει η χώρα, το κράτος μέλος θα πρέπει να δώσει μεγάλη προσοχή στις απαιτήσεις της Επιτροπής και του Συμβουλίου.

Όλα τα ανωτέρω επαναφέρουν στην επικαιρότητα τη συζήτηση για τη σχέση και την ισορροπία ανάμεσα στην εθνική κυριαρχία και τη δυνατότητα εκχώρησης αρμοδιοτήτων σε υπερεθνικά όργανα.

Έτσι, η υποχρέωση εφαρμογής του χρυσού κανόνα για ισοσκελισμένους ή πλεονασματικούς προϋπολογισμούς, η διατύπωση γνώμης επί του προϋπολογισμού των κρατών από τα όργανα της Ένωσης, η επιβολή συγκεκριμένων κατευθύνσεων στην Οικονομική πολιτική σε συνδυασμό με την ήδη συντελεσθείσα εκχώρηση της κυριαρχικής αρμοδιότητας άσκησης νομισματικής πολιτικής, αλλά και μεγάλου μέρους της δημοσιονομικής εξουσίας στα Όργανα της Ένωσης, θέτει το ζήτημα του κατά πόσο παραβιάζονται τα όρια που θέτει η τρίτη κυρίως παράγραφος του άρθρου 28 Σ και πόσο αλλοιώνεται ή συρρικνώνεται η εθνική κυριαρχία.

Διέξοδο στο ζήτημα αυτό, φαίνεται να παρέχει τόσο η άποψη που δέχεται ότι το άρθρο 28 επιτελεί μια νέα πολιτειακή λειτουργία, την ενοποιητική, όσο και η άποψη που δέχεται τη θετική λειτουργία των ουσιαστικών προϋποθέσεων του σεβασμού των βάσεων του δημοκρατικού πολιτεύματος και των δικαιωμάτων του ανθρώπου, αντιμετωπίζοντας τις παραπάνω προϋποθέσεις όχι ως εμπόδια στην παραχώρηση κυριαρχικών αρμοδιοτήτων, αλλά ως θετικούς όρους άσκησης των αρμοδιοτήτων αυτών στο πλαίσιο μιας νέας «ευρωπαϊκής κυριαρχίας», ενώ αναγνωρίζει ταυτόχρονα στο άρθρο 28 μια οιονεί αναθεωρητική λειτουργία.

Πιο πολύπλοκη καθίσταται η επίλυση του ζητήματος, εάν υιοθετηθεί η άποψη, η οποία σημειωτέον είναι η κρατούσα, κατά την οποία το άρθρο 28 Σ. θέτει επιφύλαξη κυριαρχίας, μη επιτρέποντας την παραβίαση του πυρήνα της, ο οποίος έγκειται στις θεμελιώδεις αρχές του δημοκρατικού πολιτεύματος και στην άσκηση της λαϊκής κυριαρχίας. Ή διαφορετικά, ότι τα ουσιαστικά κριτήρια που θέτει το άρθρο 28 παρ. 3 χαράσσουν τα γενικά και διαρκή όρια εκχώρησης εθνικών αρμοδιοτήτων στους κοινοτικούς θεσμούς. Στην περίπτωση αυτή, θα πρέπει να κριθεί το αν η παραχώρηση των ως άνω αρμοδιοτήτων θίγουν την κρατική κυριαρχία στον πυρήνα της και προσβάλλουν κατά συνέπεια το συνταγματικά κατοχυρωμένο δημοκρατικό μας πολίτευμα.

Η απάντηση στο ζήτημα αυτό δεν μπορεί παρά να δοθεί από το δημοκρατικά εκλεγμένο Κοινοβούλιο, αφού οι λεπτές αυτές ισορροπίες ανάμεσα στις επιταγές του εθνικού συμφέροντος για εντονότερη συμμετοχή στην ευρωπαϊκή ενοποίηση και στα όρια που θέτουν οι θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές καθιστούν το επίμαχο ζήτημα πρωτεύοντως πολιτικό, επιδεχόμενο εκτιμήσεων κατά κύριο λόγο πολιτικής σκοπιμότητας. Η εξουσία συνεπώς, αυτή του Κοινοβουλίου να παραχωρεί αρμοδιότητες σε υπερεθνικά όργανα δεν είναι απεριόριστη, αλλά οριοθετείται από την υποχρέωση διαφύλαξης των θεμελιωδών αρχών του δημοκρατικού πολιτεύματος και της άσκησης της λαϊκής κυριαρχίας και ταυτόχρονα, από τη διατήρηση της δυνατότητας του να ανακτήσει, θεωρητικά τουλάχιστον, τις αρμοδιότητες αυτές και να μεταβάλλει την πολιτική του επιλογή και στάθμιση. Θα πρέπει ωστόσο, να σημειωθεί ότι μια αυστηρά εθνοκεντρική ερμηνεία των διατάξεων αυτών, η οποία θα απαιτούσε την αποκλειστική και ανεξάρτητη άσκηση της δημοσιονομικής εξουσίας από το εθνικό Κοινοβούλιο, θα ήταν ασύμβατη με τις απαιτήσεις της σημερινής παγκοσμιοποιημένης οικονομίας και θα εμπόδιζε τη συμμετοχή της χώρας μας στο



διεθνές οικονομικό γίνεσθαι, γεγονός που επιβάλλεται να συνεκτιμάται κατά τη στάθμιση των ανωτέρω ζητημάτων.

Καθίσταται συνεπώς, φανερό πως πρόκειται για μια βαθύτατα πολιτική επιλογή στο πλαίσιο της οποίας τίθεται ευθέως ζήτημα δημοκρατικής νομιμοποίησης της οικονομικής, αλλά και της εν γένει, πολιτικής που θα ακολουθεί το κράτος. Ακραίο όριο της συγκεκριμένης πολιτικής επιλογής και στάθμισης η προϋπόθεση να διαφυλαχθούν οι θεμελιώδεις αρχές του δημοκρατικού πολιτεύματος και της άσκησης της λαϊκής κυριαρχίας.

Πως προδιαγράφεται όμως η επόμενη μέρα;

Η επίτευξη της πλήρους δημοσιονομικής και οικονομικής ένωσης προβλέπεται ως το τελικό στάδιο της ΟΝΕ. Έχουν διατυπωθεί διάφορες απόψεις για τα βήματα που απομένουν μέχρι τον τελικό στόχο. Έτσι, κατά πρώτον σημειώνεται ότι αυτό που μένει για να υπάρξει μια ολοκληρωμένη ένωση είναι αυτό της κοινής δημοσιονομικής και οικονομικής ένωσης μέσω της κατάρτισης ενός κεντρικού προϋπολογισμού. Σε μια πλήρη δημοσιονομική ένωση, οι πόροι θα κατανέμονται κατά τον δέοντα τρόπο από μια στοχοθετημένη και ανεξάρτητη δημοσιονομική εξουσία.. Ένα σενάριο δηλαδή διακυβέρνησης παρόμοιο με εκείνο των Η.Π.Α (κάτι σαν Ηνωμένες Πολιτείες της Ευρώπης).

Ένα διαφορετικό σενάριο, το οποίο προτείνεται είναι αυτό της δημοσιονομικής ένωσης σε επίπεδο ευρωζώνης. Εν προκειμένω, θα υπήρχε ένα δημοκρατικά νομιμοποιημένο πολιτικό κέντρο ικανό να επιβάλλει στα κράτη έναν ομοσπονδιακό προϋπολογισμό με δημοσιονομικούς πόρους και δημοσιονομική ικανότητα διαχείρισης δημοσίου χρέους. Θα προβλεφθεί μια νέα φορολογική εξουσία σε επίπεδο ΕΕ ή μια εξουσία συγκέντρωσης εσόδων με την λήψη δανείων από τις αγορές (επί του παρόντος απαγορεύεται από τα άρθρα 310 και 311 της ΣΛΕΕ).

Σε ένα τρίτο σενάριο ενδιαφέρον παρουσιάζει το ερώτημα του ομοσπονδιακού δανεισμού και το αν τα κράτη μεμονωμένα θα μπορούν να δανείζονται. Με άλλα λόγια, να οδηγηθεί η ένωση στην ανάληψη ενός κοινού ομοσπονδιακού χρέους για όλα τα κράτη.

Είναι φανερό από τις ανωτέρω σκέψεις και προτάσεις πως όλες έχουν στο επίκεντρο την παραδοχή ότι η αμοιβαιοποίηση του κινδύνου σε επίπεδο Ένωσης (πχ με την έκδοση ευρωομολόγου) ήτοι η εμπάθυνση της αλληλεγγύης στον οικονομικό και δημοσιονομικό τομέα, δεν θα μπορούσε να γίνει πραγματικότητα χωρίς περαιτέρω ενίσχυση της δημοσιονομικής πειθαρχίας, ενδεχομένως με δικαίωμα veto της Ένωσης επί δημοσιονομικών επιλογών των Κρατών-μελών, ήτοι ουσιαστικά στην κατάρτιση και εκτέλεση του προϋπολογισμού. Ζήτημα, παραμένει, βέβαια, ακόμα και με την επιλογή τροποποίηση της Συνθήκης, πως θα εξασφαλιστεί η βέλτιστη δημοκρατική λογοδοσία και νομιμότητα των διαδικασιών, ιδίως αν αναλογιστεί κανείς τη μικρή συμμετοχή του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και τον ενισχυμένο ρόλο της Επιτροπής, όπως έχει διαμορφωθεί με τις τελευταίες ρυθμίσεις.

Συμπερασματικά, εύλογα τίθεται το ερώτημα εάν και σε ποιο βαθμό το νομοθετικό «οπλοστάσιο», το οποίο οργάνωσε η Ένωση αφενός θα μπορέσει να συμβάλει στο στενότερο συντονισμό των οικονομικών πολιτικών και στη σταθερή σύγκλιση των οικονομικών επιδόσεων των κρατών μελών, ταυτόχρονα όμως, θα διασφαλίσει ένα υψηλό επίπεδο διαφάνειας, αξιοπιστίας και δημοκρατικής λογοδοσίας. Διότι οι ανωτέρω επιλογές συνιστούν βαθύτατα πολιτικές επιλογές στο πλαίσιο των οποίων τίθεται ευθέως ζήτημα δημοκρατικής νομιμοποίησης της οικονομικής, αλλά και της εν γένει, πολιτικής που θα ακολουθούν τα κράτη μέλη. Και τούτο, με ζητούμενο αφενός τη λογοδοσία των εχόντων την εξουσία σχετικά με τον τρόπο που διαχειρίζονται τα οικονομικά σε συνθήκες παγκοσμιοποιημένης οικονομίας, αφετέρου την επιβολή του ελέγχου της πολιτικής στην οικονομία με τη δημιουργία αναχωμάτων στις ορέξεις των αγορών και βέβαια την αυτονόητη διασφάλιση της αλληλεγγύης τόσο μεταξύ των κρατών μελών, όσο και μεταξύ των γενεών.

Σε δε επίπεδο απονομής δικαιοσύνης το μεν ΣτΕ επέδειξε μια αυτοπεριοριστική στάση με την αυτονόητη παραδοχή ότι ένα κράτος που έχει περιορισμένους δημόσιους πόρους διαθέτει και ευρύτατη διακριτική ευχέρεια στην κατανομή τους, ιδίως σε συνθήκες κρίσης, μένοντας έτσι, σε έναν οριακό έλεγχο συνταγματικότητας και αναγνωρίζοντας ότι στο σημείο αυτό η πολιτική εξουσία έχει μεγαλύτερα περιθώρια εκτίμησης του δημοσίου συμφέροντος, ενώ τα δικαστήρια ελέγχουν μόνο την υπέρβαση των ακραίων λογικών ορίων της έννοιας.

Από την πλευρά του και το ΔΕΕ, στις πολύ συγκεκριμένες περιπτώσεις που κλήθηκε να κρίνει τη συμβατότητα των επιλογών του Ενωσιακού νομοθέτη και του νέου θεσμικού ολποστασίου της Ένωσης με το πρωτογενές δίκαιο και ιδίως με τη ρήτρα περί μη διάσωσης, (υπόθεση Pringle, αλλά και στις υποθέσεις Κύπρου C-8/15 P Ledra Advertising κατά Επιτροπής και ΕΚΤ, C-9/15 P Ελευθερίου κ.λπ. κατά Επιτροπής και ΕΚΤ και C-10/15 P Θεοφίλου κατά Επιτροπής και ΕΚΤ, καθώς και στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-105/15 P Μαλλής και Μαλλή κατά Επιτροπής και ΕΚΤ κλπ) επέδειξε αντίστοιχη στάση, αναγνωρίζοντας στην πρώτη περίπτωση ένα νέο σκοπό που δεν ήταν ρητά καταγεγραμμένος στο πρωτογενές δίκαιο, αλλά αναδείχτηκε από τη δημοσιονομική κρίση: πρόκειται για το σκοπό της διατήρησης της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας της Νομισματικής Ένωσης και στην δεύτερη περίπτωση ως σκοπό γενικού συμφέροντος που επιδιώκει η Ένωση, τη διασφάλιση της σταθερότητας του τραπεζικού συστήματος της ζώνης του ευρώ στο σύνολό της κι έτσι έκρινε ότι τα ληφθέντα μέτρα δεν συνιστούν υπέρμετρη και απαράδεκτη παρέμβαση θίγουσα την ουσία του δικαιώματος ιδιοκτησίας των καταθετών, το οποίο κατοχυρώνεται από το άρθρο 17, παράγραφος 1, του Χάρτη.

Μετά τις σκέψεις αυτές, εκείνο που κατά την άποψή μας είναι ζητούμενο για την επόμενη μέρα, οι αναμφίβολα βρισκόμενοι στην καρδιά του εγχειρήματος οικονομικοί στόχοι της ΟΝΕ και της ενιαίας αγοράς να συνυπάρχουν με την προστασία των δικαιωμάτων του Χάρτη Θεμελιωδών δικαιωμάτων και ιδίως εκείνων που ενισχύουν την κοινωνική συνοχή και αλληλεγγύη, εμβαθύνοντας τη δημοκρατία σε επίπεδο Ένωσης και νομιμοποιώντας στη συνείδηση των πολιτών τις ως άνω επιλογές.

# Η ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΟΥ ΟΡΟΥ «ΧΡΟΝΟΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ» ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ Δ.Ε.Ε. ΚΑΙ Η ΠΡΑΚΤΙΚΗ ΤΗΣ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΣΤΗΝ ΕΓΧΩΡΙΑ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑ<sup>1</sup>

Γιώργος Τσαούσης, Δ.Ν., Δικηγόρος, Λέκτορας Δημοσίου Δικαίου Πανεπιστημίου Λευκωσίας

## 1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις:

Το δικαίωμα στην εργασία ορθώς θεωρείται η πεμπτούσια του κοινωνικού Κράτους δικαίου<sup>2</sup>. Τα τελευταία έτη ωστόσο όπου συνολικά η Ευρώπη και ιδιαίτερα η Ελληνική κοινωνία χειμάζεται από την πρωτοφανή σε ένταση και διάρκεια οικονομική κρίση, το δικαίωμα στην εργασία συμπυκνώθηκε και προς την κατεύθυνση της μείωσης της απασχόλησης, άλλως αύξησης της ανεργίας και φυσικά ως προς τη μείωση των μισθών. Παρεπόμενο του φαινομένου αυτού, ήτοι της συρρίκνωσης του δικαιώματος, είναι είτε η αμφισβήτηση είτε ο δυσανάλογος περιορισμός του εννοιολογικού πλαισίου κλασσικών όρων του εργατικού δικαίου όπως «ο χρόνος εργασίας» και φυσικά «ο χρόνος ανάπαυσης».

Εάν ως προς τη μείωση της απασχόλησης μόνον ευχολόγια μπορούν να ειπωθούν, λαμβανομένου υπόψη ότι σύμφωνα με την κλασσική αντίληψη περί των κοινωνικών δικαιωμάτων το Κράτος υπέχει απλά την υποχρέωση να δημιουργήσει τις κατάλληλες συνθήκες για την ουσιαστική ενίσχυσή της<sup>3</sup>, δεν συμβαίνει το ίδιο αναφορικά με τα κατοχυρωμένα δικαιώματα του εργαζόμενου και ειδικότερα εκείνα

<sup>1</sup> Η παρούσα εισήγηση παρουσιάστηκε στο 6<sup>ο</sup> Πανελλήνιο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (Πάτρα, 12 και 13 Απριλίου 2019).

<sup>2</sup> Λεβέντης Γ., «*Τα κοινωνικά δικαιώματα του πολίτη*», ΤοΣ, 1976, σελ. 160 επ., Τραυλός – Τζανετάτος Δ., «*Το δικαίωμα εργασίας στο πεδίο έντασης μεταξύ Συντάγματος και κοινωνικής πραγματικότητας*», σε «*Εργατικό δίκαιο και βιομηχανική κοινωνία*», 1977, σελ. 104 επ. Συνακόλουθα το άρθρο 15 του Χ.Θ.Δ.Ε.Ε. δεν κατοχυρώνει δικαίωμα στην εξασφάλιση εργασίας. Αυτό προκύπτει από την ένταξη της διάταξης στο κεφάλαιο II του Χάρτη με τίτλο «Ελευθερίες», από την ίδια τη γραμματική ερμηνεία της διάταξης καθώς και από τις σχετικές συζητήσεις στη Συνέλευση (Bernsdorff, 2014, 285, par. 8, Bezenek, 2014, 216, παρ. 6, Ιωαννίδης Μ., «*Άρθρο 15, Ελευθερία του επαγγέλματος και δικαίωμα προς εργασία*» σε Τζέμος Β., «*Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ε.Ε., ερμηνεία κατ' άρθρο*», Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 193-194.

<sup>3</sup> Παπαδημητρίου Κ., «*Σύνταγμα κατ' άρθρο ερμηνεία*», εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2017, σελ. 561-562. Βλ. επ. Κατρούγκαλος Γ., «*Το κοινωνικό κράτος της μεταβιομηχανικής εποχής. Θεσμοί παροχικής διοίκησης και κοινωνικά δικαιώματα στο σύγχρονο κόσμο*», 1998, Αντ. Ν. Σάκκουλας, σελ. 676 επ., Ξ. Κοντιάδης, «*Συνταγματικές εγγυήσεις και θεσμική οργάνωση του συστήματος κοινωνικής ασφάλειας*», Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2004, σελ. 127 επ.

που συνδέονται άρρηκτα με αυτόν που θα μπορούσαμε να αποκαλέσουμε ως «επικουρικό» χρόνο εργασίας.

Ο όρος «επικουρικός χρόνος εργασίας» καλύπτει το χρονικό διάστημα όπου ο εργαζόμενος υπόκειται στις διαταγές του εργοδότη του δυνάμει ρητού όρου της σύμβασης χωρίς ωστόσο να αποτελεί πάντοτε προσφερόμενο και άρα συνυπολογιζόμενο και αμειβόμενο χρόνο εργασίας

Κατά συνέπεια, απαιτείται αρχικά να διευκρινιστεί η εννοιολογική εμβέλεια του χρόνου εργασίας σύμφωνα με το δίκαιο της Ε.Ε. αλλά και την οπτική του Εθνικού νομοθέτη (2). Η προσέγγιση της επίκαιρης νομολογίας του Δ.Ε.Ε. στο ζήτημα του επικουρικού χρόνου επί της ουσίας αμφισβητεί παραδοσιακές εργασιακές συνήθειες (3) και κατά συνέπεια θέτει προ των ευθυνών τους πρωτίστως τις εγχώριες αρχές που οφείλουν να αναπροσαρμόσουν τις προσφερόμενες εργασιακές συμβάσεις ώστε να εξαλειφθούν χρόνιες αυθαιρεσίες του Κράτους-εργοδότη (4) κατ' εφαρμογή της αρχής της νομιμότητας και χρηστής Διοίκησης(5).

## **2. Εννοιολογική οριοθέτηση του όρου «χρόνος εργασίας»:**

Σύμφωνα με το δίκαιο της Ε.Ε. και την Οδηγία 2003/88/ΕΚ, ως χρόνος εργασίας ορίζεται *«κάθε περίοδος κατά τη διάρκεια της οποίας ο εργαζόμενος ευρίσκεται στην εργασία, στη διάθεση του εργοδότη, και ασκεί τη δραστηριότητα ή τα καθήκοντά του, σύμφωνα με τις εθνικές νομοθεσίες ή/και πρακτικές<sup>4</sup>»*. Όπως έχει κριθεί, η Οδηγία *«αποσκοπεί στον καθορισμό των ελαχίστων προδιαγραφών για τη βελτίωση των συνθηκών ζωής και εργασίας των εργαζομένων με την εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών που αφορούν ιδίως τη διάρκεια του χρόνου εργασίας<sup>5</sup>»*. Διευκρινίζεται ότι το Ενωσιακό δίκαιο ουδόλως ρυθμίζει το ζήτημα των αποδοχών κατά το προσφερόμενο χρόνο εργασίας<sup>6</sup> το οποίο εναπόκειται πλήρως στην

---

<sup>4</sup> Άρθρο 2 παρ. 1 της Οδηγίας 2003/88/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 4ης Νοεμβρίου 2003, σχετικά με ορισμένα στοιχεία της οργάνωσης του χρόνου εργασίας, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 299 της 18/11/2003 σ. 0009 - 0019

<sup>5</sup> ΔΕΕ, απόφαση της 10.09.2015, υπόθεση C-266/14, ΕΕ C 363 της 03.11.2015, παρ. 23.

<sup>6</sup> ΔΕΕ, απόφαση της 21.02.2018, υπόθεση C-518/15, ΕΕ C 414 της 14.12.2015, παρ. 23: *«Εισαγωγικώς, πρέπει να παρατηρηθεί, πρώτον, ότι ... η Οδηγία 2003/88, η οποία στηρίζεται στο άρθρο 153, παράγραφος 2, ΣΛΕΕ, δεν έχει εφαρμογή, δυνάμει της παραγράφου 5 του ίδιου άρθρου, επί του ζητήματος των αποδοχών των εργαζομένων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της»*.

αρμοδιότητα του Εθνικού νομοθέτη ο οποίος οφείλει φυσικά να εναρμονίζεται με τα καθιερωμένα διεθνή πρότυπα και καλές πρακτικές<sup>7</sup>.

Το εγχώριο κανονιστικό πλαίσιο ορίζει στο άρθρο 29 παρ. 1 του Υ.Κ. (Ν. 3528/07) με τίτλο χρόνος παροχής εργασίας ότι «ο υπάλληλος παρέχει την εργασία του μέσα στον οριζόμενο από τις κείμενες γενικές ή ειδικές διατάξεις χρόνο» και στο άρθρο 648 του Α.Κ. ότι «με τη σύμβαση εργασίας ο εργαζόμενος έχει υποχρέωση να παρέχει, για ορισμένο ή αόριστο χρόνο, την εργασία του στον εργοδότη και αυτός να καταβάλλει το συμφωνημένο μισθό».

Οι αποφασιστικοί λοιπόν παράγοντες που καθορίζουν το εάν ο εργαζόμενος τελεί σε «χρόνο εργασίας» δηλαδή αν εργάζεται είναι το να βρίσκεται στη διάθεση του εργοδότη του και παράλληλα να δύναται κατά το ίδιο χρονικό διάστημα να υπακούει στις εντολές και να περατώνει τις υποχρεώσεις του ανάλογα με το αντικείμενο της εργασίας του.

Ο χρόνος εργασίας δεν υπάγεται σε τοπικούς περιορισμούς λαμβανομένου υπόψη ότι δεν εξετάζεται το μέρος όπου ο εργαζόμενος προσφέρει τις υπηρεσίες του, δηλαδή το εάν βρίσκεται στην έδρα της επιχείρησης του εργοδότη του ή ακόμα και στην οικία του (κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 663 του Α.Κ.)<sup>8</sup> αλλά το εάν βρίσκεται στο μέρος που του έχει υποδειχθεί<sup>9</sup> και τελεί πράγματι υπό τις εντολές και οδηγίες του ανεξάρτητά από το εάν προβαίνει σε συγκεκριμένες ενέργειες. Η προσέγγιση αυτή επιβεβαιώνεται και από την εγχώρια νομολογία: «Ο εργαζόμενος δικαιούται να αξιώσει την καταβολή ολόκληρου του μισθού για πλήρη απασχόληση ακόμα κι αν ο εργοδότης, για λόγους που αφορούν αυτόν, δε χρησιμοποιεί τις υπηρεσίες

---

<sup>7</sup> ILO, «Impact of the continued economic downturn on education and teachers: Employment, salaries and conditions of teaching and learning»; «Higher salaries under a leaner and more transparent system: Moldova introduces new public pay system».

<sup>8</sup> Το ΔΕΕ έχει κρίνει επανειλημμένως ότι η οδηγία 2003/88/ΕΚ ορίζει ως χρόνο εργασίας κάθε χρονικό διάστημα κατά το οποίο ο εργαζόμενος βρίσκεται στην εργασία του, στη διάθεση του εργοδότη, και ασκεί τη δραστηριότητα ή τα καθήκοντά του, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία ή/και πρακτική, και ότι η έννοια αυτή πρέπει να ερμηνεύεται κατ' αντιδιαστολή προς αυτήν της περιόδου αναπαύσεως, δεδομένου ότι οι δύο αυτές έννοιες αλληλοαποκλείονται (αποφάσεις Jaeger, C-151/02, EU:C:2003:437, σκέψη 48, Dellas κ.λπ., C-14/04, EU:C:2005:728, σκέψη 42, καθώς και διατάξεις Vorel, C-437/05, EU:C:2007:23, σκέψη 24 και Grigore, C-258/10, EU:C:2011:122, σκέψη 42).

<sup>9</sup> ΔΕΕ, υπόθεση C-266/14, παρ.: 35: «Όσον αφορά στη δεύτερη συνιστώσα της κατά το άρθρο 2, σημείο 1, της οδηγίας 2003/88 έννοιας του «χρόνου εργασίας», κατά την οποία ο εργαζόμενος πρέπει να βρίσκεται στη διάθεση του εργοδότη κατά τον χρόνο αυτό, πρέπει να σημειωθεί ότι καθοριστικός παράγοντας είναι το ότι ο εργαζόμενος υποχρεούται να είναι παρών στον χώρο που έχει καθορίσει ο εργοδότης και να βρίσκεται στη διάθεση του τελευταίου για να μπορεί να παράσχει αμέσως τις κατάλληλες υπηρεσίες σε περίπτωση ανάγκης (βλ., συναφώς, απόφαση Dellas κ.λπ., C-14/04, EU:C:2005:728, σκέψη 48, καθώς και διατάξεις Vorel, C-437/05, EU:C:2007:23, σκέψη 28, και Grigore, C-258/10, EU:C:2011:122, σκέψη 63)».

του εργαζομένου, που τίθενται στη διάθεσή του για όλο το χρονικό όριο εργασίας<sup>10</sup>». Προκειμένου λοιπόν να μπορεί να θεωρηθεί ότι ο εργαζόμενος βρίσκεται στη διάθεση του εργοδότη του, πρέπει να τελεί σε καθεστώς τέτοιο που να υποχρεούται, νομικά, να υπακούει στις οδηγίες του εργοδότη του και να ασκεί τη δραστηριότητά του υπέρ αυτού.

Κατά συνέπεια, η έννοια της «άμεσης διαθεσιμότητας του εργαζομένου» ενδεχομένως θα μπορούσε να χαρακτηριστεί καταλυτική στο επίπεδο της δικαικής αντίχρεωσης αναφορικά με το εάν ο εργαζόμενος τελεί ή όχι σε χρόνο εργασίας προκειμένου εν συνεχεία να δύναται να διεκδικήσει τα κατοχυρωμένα δικαιώματά του<sup>11</sup>. Η άμεση διαθεσιμότητα υποδηλώνει τόσο την ετοιμότητα όσο φυσικά και τον έλεγχο που θα πρέπει να δύναται να ασκεί ο εργοδότης στον υφιστάμενό του κατά την τέλεση των εργασιακών του καθηκόντων. Εξάλλου, ο εργοδότης έχει δικαίωμα μέσω συγκεκριμένων ενεργειών να γνωρίζει αν ο εργαζόμενος εργάζεται τις ώρες που πραγματικά υποτίθεται ότι πρέπει να εργαστεί<sup>12</sup> αρκεί φυσικά οι ενέργειες αυτές να μην υπεισέρχονται στο στενό πυρήνα της ιδιωτικής ζωής με αποτέλεσμα την παραβίαση του άρθρου 8 της Ε.Σ.Δ.Α<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Α.Π. 15/2012 Β1 Τμ., Ελλ. Δικ., 6 (2012), σελ. 1539.

<sup>11</sup> Βλ. επ. Rigaux, Anne, «*Notion de "temps de travail"*», Europe 2015 Novembre Comm. n° 11 p. 38-39; Fabre, Alexandre, «*Le temps de trajet des travailleurs nomades devant la Cour de justice: la mobilité vue de plus haut, Droit social*», 2016, p. 58-63, McCann, Deirdre, «*Travel Time as Working Time: Tyco, the Unitary Model and the Route to Casualisation*», Industrial Law Journal, 2016, p. 244-250.

<sup>12</sup> Π.χ. σε σχετικές αποφάσεις το Γαλλικό Ανώτατο ακυρωτικό έκρινε ότι η υπερβολική χρήση του Διαδικτύου κατά τη διάρκεια του χρόνου εργασίας για λόγους άσχετους με την εργασία αποτελεί πράξη ιδιαίτερα καταχρηστική εις βάρος του εργοδότη με αποτέλεσμα να συνιστά σοβαρό παράπτωμα που θεμελιώνει λόγο απόλυσης (Cour de Cassation Chambre sociale, arrêt du 26 février 2013: « ... constitue une faute grave la connexion sur des sites non professionnels durant le temps de travail pendant une durée excessive ; Cour de Cassation chambre sociale arrêt du 18 décembre 2013: « que tel est le cas du salarié qui, durant ses heures de travail et en violation du règlement intérieur de l'entreprise et en utilisant le réseau informatique de cette dernière, bombarde ses collègues d'innombrables courriels, dont 178 pour une seule destinataire, pour la plupart téléchargés en vidéo, consistant en des dessins animés, des scènes de sexe, d'humour, de politique, de football féminin et qui accomplit son travail de manière désinvolte, n'intervenant, malgré les demandes et relances faites, qu'au bout de 7 semaines pour réparer une machine en panne;»). Επισημαίνεται βέβαια ότι στη Γαλλία τα μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου εφόσον αποστέλλονται από τον εργαζόμενο δια του δικτύου που του παρέχει ο εργοδότης θεωρούνται επαγγελματικά μηνύματα (Ch. soc. 16 mai 2013 n°1211866).).

<sup>13</sup> Άρθρο 88 του Γενικού Κανονισμού για την Προστασία Δεδομένων 2016/6791: «*Τα κράτη μέλη, μέσω της νομοθεσίας ή μέσω των συλλογικών συμβάσεων, μπορούν να θεσπίζουν ειδικούς κανόνες προκειμένου να διασφαλίζουν την προστασία των δικαιωμάτων και των ελευθεριών έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα των εργαζομένων στο πλαίσιο της απασχόλησης, ιδίως για σκοπούς πρόσληψης, εκτέλεσης της σύμβασης απασχόλησης... 2. Οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν κατάλληλα και ειδικά μέτρα για τη διαφύλαξη της ανθρώπινης αξιοπρέπειας*». Βλ. επ. ΕΔΔΑ., υπόθεση Bărbulescu v Romania, application no. 61496/08, judgment of 5.09.2017, par. 119-120: «...the Court takes the view that the Contracting States must be granted a wide margin of appreciation in assessing the need to establish a legal framework governing the conditions in which an

Είναι αυτονόητο ότι εφόσον υφίσταται αυστηρά οριοθετημένο ωράριο αίρονται οι όποιες αμφιβολίες σχετικά με το αν ο εργαζόμενος τελεί σε εργασία. Αντιθέτως, ερμηνευτικά ερωτήματα προκύπτουν ελλείψει σαφώς καθοριζόμενου ωραρίου. Επί του ζητήματος αυτού λοιπόν οι Δικαστές του plateau de Kirchberg έρχονται να συγκεκριμενοποιήσουν έτι περαιτέρω την έννοια του χρόνου εργασίας (3).

### 3. Η “ορθολογική” οπτική του Δ.Ε.Ε.:

Το Δ.Ε.Ε. διαφυλάττει τα παραδοσιακά όρια της έννοιας του χρόνου εργασίας προκρίνοντας μία ερμηνευτική προσέγγιση που χαρακτηρίζεται περισσότερο ορθολογική και ολιγότερο ανθρωπιστική ή ευνοϊκή για τον εργαζόμενο.

Ειδικότερα, στην υπόθεση C-518/15, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως που υπέβαλε το Δικαστήριο εργατικών διαφορών των Βρυξελλών, το Δ.Ε.Ε. κλήθηκε να αποφανθεί ανάμεσα σε άλλα ερωτήματα, περί του εάν ο χρόνος που αναλώνεται για την πραγμάτωση της εφημερίας ετοιμότητας πυροσβέστη κατά την οποία ο εργαζόμενος<sup>14</sup> δεν τελεί κατά τρόπο άμεσο στις εντολές του εργοδότη του αλλά τουναντίον βρίσκεται σε κατάσταση άμεσης επιφυλακής κατά την οποία - εφόσον δεν ειδοποιηθεί - δύναται να καταπιάνεται με θέματά άσχετα της

---

*employer may regulate electronic or other communications of a non-professional nature by its employees in the workplace. 120. Nevertheless, the discretion enjoyed by States in this field cannot be unlimited. The domestic authorities should ensure that the introduction by an employer of measures to monitor correspondence and other communications, irrespective of the extent and duration of such measures, is accompanied by adequate and sufficient safeguards against abuse (see, mutatis mutandis, Klass and Others v. Germany, 6 September 1978, § 50, Series A no. 28, and Roman Zakharov, cited above, §§ 232-34)». Βλ. επ., ΔΕΕ απόφαση της 30.5.2013, C-342/12, Worten – Equipamentos para o Lar SA κατά Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT), Χρόνος εργασίας των εργαζομένων. Μητρώο καταγραφής του χρόνου εργασίας. Πρόσβαση της αρμόδιας για την εποπτεία των συνθηκών εργασίας εθνικής αρχής. Υποχρέωση του εργοδότη να θέτει στη διάθεση της εν λόγω αρχής το δελτίο καταγραφής του χρόνου εργασίας κατά τρόπον ώστε να καθίσταται δυνατή η άμεση εξέτασή του, Διοικ. Δίκη, τ/ 3/2013 σελ. 859-860.*

<sup>14</sup> ΔΕΕ, απόφαση της 26.03.2015, υπόθεση C-316/13, OJ C 171 της 26.05.2015, παρ. 27: «Η έννοια του «εργαζομένου» στο πλαίσιο της οδηγίας 2003/88 πρέπει να ερμηνεύεται σύμφωνα με αντικειμενικά κριτήρια που χαρακτηρίζουν τη σχέση εργασίας ανάλογα με τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των ενδιαφερομένων προσώπων. Επομένως, ως «εργαζόμενος» νοείται κάθε άτομο που ασκεί πραγματικές και ουσιαστικού χαρακτήρα δραστηριότητες, αποκλεισμένων των δραστηριοτήτων που είναι τόσο περιορισμένες ώστε να εμφανίζονται ως καθαρώς περιθωριακές και εποουσιώδεις. Το ουσιώδες χαρακτηριστικό γνώρισμα της σχέσεως εργασίας έγκειται στο ότι ένα πρόσωπο παρέχει, κατά τη διάρκεια ορισμένου χρόνου, προς έτερο πρόσωπο και υπό τη διεύθυνση αυτού, υπηρεσίες έναντι των οποίων λαμβάνει αμοιβή (βλ., συναφώς, απόφαση Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, σκέψη 28, και Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, σκέψη 23)». Βλ. επ. Denys Simon, «*Notion de travailleur*», Europe, 2015 Mai, Comm. n° 5 p. 17-18, Carlier, Jean-Yves, «*La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*», Journal de droit européen, 2016, n° 1, p. 153-159, Bell Mark, «*Disability, rehabilitation and the status of worker in EU Law: Fenoll*», Common Market Law Review, 2016, p. 197-208.



απασχόλησής του, μπορεί να θεωρεί ως χρόνος εργασίας. Στη προκειμένη περίπτωση και σύμφωνα με το Εθνικό δίκαιο του Βελγίου, ο εποχικά εργαζόμενος πυροσβέστης έχει την υποχρέωση να ανταποκρίνεται στις κλήσεις του εργοδότη του εντός οκτώ (8) λεπτών, υποχρέωση εκ των πραγμάτων περιορίζει σε σημαντικό βαθμό τις δυνατότητες ανάληψης άλλων δραστηριοτήτων.

Επί του συγκεκριμένου ζητήματος λοιπόν, το Δ.Ε.Ε. αφού διευκρίνισε ότι τα Κράτη μέλη δεν δύνανται ούτε να διατηρούν ούτε να θεσπίζουν περιοριστικότερο ορισμό της έννοιας του «χρόνου εργασίας» από αυτόν που διατυπώνεται στο οικείο Ενωσιακό πλαίσιο (άρθρο 2 της Οδηγίας 2003/88), αποφάνθηκαν ότι «ο χρόνος κατά τον οποίον ένας εργαζόμενος παραμένει κατ' οίκον στο πλαίσιο των εφημεριών ετοιμότητας υποχρέωση που περιορίζει σε πολύ σημαντικό βαθμό τις δυνατότητες αναλήψεως άλλων δραστηριοτήτων, πρέπει να θεωρείται ως χρόνος εργασίας».

Για να καταστεί απολύτως σαφής η προσέγγιση του Δικαστηρίου θα πρέπει να υπογραμμιστεί ότι ακόμη και στη περίπτωση που τα καθήκοντα του εργαζομένου τελούν σχηματικά «εν υπνώσει» ή ορθότερα τελούν υπό κάποια αίρεση (επί του προκειμένου της εκδήλωσης εκτάκτου συμβάντος), ο ίδιος εξακολουθεί να εργάζεται και ο χρόνος κατά τον οποίο αναμένει ενδεχόμενη κλήση του προς ανάληψη υπηρεσίας πρέπει να θεωρηθεί ως διανυόμενος χρόνος εργασίας. Όπως μάλιστα τονίστηκε χαρακτηριστικά, η έννοια του χρόνου εργασίας δεν μπορεί να ποικίλει διότι «πρέπει να ερμηνεύεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων... δεδομένου ότι μόνον μια τέτοια ερμηνεία είναι ικανή να διασφαλίσει την πλήρη αποτελεσματικότητα της οδηγίας και την ομοιόμορφη εφαρμογή των εν λόγω εννοιών στο σύνολο των κρατών μελών<sup>15</sup>». Κατά συνέπεια, ούτε η ένταση της εργασίας που παρέχει ο εργαζόμενος ούτε φυσικά η απόδοσή του αποτελούν παράγοντες δυνάμενους να αλλοιώσουν την έννοια του «χρόνου εργασίας»<sup>16</sup>. Αρκεί ότι ο εργαζόμενος δεσμεύει τον ελεύθερο χρόνο του και την ελευθερία των κινήσεών του υπέρ άλλου, ώστε να του παρέχει εξαρτημένη εργασία, όταν απαιτηθεί. Με αυτόν τον τρόπο θέτει τον εαυτό του σε ετοιμότητα προς εργασία χωρίς ωστόσο η έννοια αυτή να ρυθμίζεται ειδικά στο εγχώριο ή Ενωσιακό δίκαιο<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέα της 26.07.2017, υπόθεση C-316/13. Βλ. επ., ΔΕΚ, απόφαση της 9.11.2003, υπόθεση C-151/02, OJ C 264 from 01.11.2003, p.14, παρ. 52.

<sup>16</sup> ΔΕΚ, απόφαση της 1.12.2005, υπόθεση C-14/04, OJ C 36 της 11.02.2006, παρ. 43.

<sup>17</sup> Κ. Μπακόπουλος, «Σχόλιο στη ΔΕΕ της 23.12.2015, C-180/14, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας», Εφημ. Δ.Δ., τ. 6/2015, σελ. 669. «Η επιστήμη και η νομολογία, διαθέτοντας την ελευθερία να μην περιορίζονται από συγκεκριμένη νομοθετική ρύθμιση που να ορίζει τα χαρακτηριστικά

Στα πλαίσια του σύγχρονου εργασιακού περιβάλλοντος, πλην της κλασικής μορφής της μισθωτής εργασίας όπου προβλέπεται σαφώς καθορισμένο ωράριο και κατά συνέπεια καθίσταται εξ ορισμού ευχερής η αποτύπωση και ο υπολογισμός του χρόνου εργασίας υφίστανται και έτερες εργασιακές σχέσεις που δεν επιτρέπουν στον εργαζόμενο να αποκομίσει το σύνολο των κατοχυρωμένων δικαιωμάτων σύμφωνα με το χρόνο της παρασχεθείσας από αυτόν εργασίας όπως ειδικότερα ερμηνεύθηκε από το Δ.Ε.Ε.

Η ως άνω νομολογία λοιπόν θα μπορούσε να εφαρμοστεί και στην Ελληνική πραγματικότητα ως μέσο εξάλειψης συγκεκριμένων και χρόνιων αυθαιρεσιών φορέων εποπτευόμενων από το Κράτος (είτε Ν.Π.Δ.Δ. είτε Ν.Π.Ι.Δ.) εις βάρος των δικαιωμάτων των εργαζομένων τους (4).

#### **4. Η ωρομίσθια απασχόληση:**

Η Οδηγία 2003/88/ΕΚ αποτελεί λοιπόν μία από τις βασικότερες παρεμβάσεις του Ευρωπαϊκού νομοθέτη στο πεδίο του προστατευτικού «κοινωνικού» (εργατικού) δικαίου. Καθορίζει βασικές παραμέτρους της οργάνωσης του χρόνου εργασίας των εργαζομένων, κυρίως στο επίπεδο των συνθηκών ασφαλείας και διασφάλισης της υγείας τους και έχει εφαρμογή τόσο στον ιδιωτικό όσο και στο δημόσιο τομέα<sup>18</sup>. Όπως ειδικότερα ερμηνεύθηκε από την επίκαιρη νομολογία του Δ.Ε.Ε., η ετοιμότητα προς παροχή εργασίας (διακρίνεται σε γνήσια και απλή)<sup>19</sup> εντάσσεται ή ορθότερα πρέπει να εντάσσεται στο προσφερόμενο χρόνο εργασίας και κατά συνέπεια ο εργαζόμενος απαιτείται να είναι σε θέση να απολαμβάνει συγκεκριμένα δικαιώματα (π.χ. καταβολή αμοιβής, αναγνώριση εργασιακού χρόνου, κτλ) από το γεγονός ότι διαθέτει τον εαυτό του, ήτοι τις πνευματικές και σωματικές του ικανότητες στην άμεση υπηρεσία του εργοδότη του<sup>20</sup>.

---

*και τις συνέπειες της ετοιμότητας, διακρίνουν δύο μορφές, τη γνήσια και την απλή ετοιμότητα. Κριτήριο της διάκρισης είναι αν ο εργαζόμενος οφείλει να διατηρεί τις σωματικές και πνευματικές του δυνάμεις σε ερήγωση. Αν ναι, η ετοιμότητα θεωρείται γνήσια και εξομοιώνεται πλήρως με την κανονική εργασία, ακόμη κι αν τέτοια τελικά δεν παρασχεθεί».*

<sup>18</sup> Στο Ελληνικό δίκαιο οι ρυθμίσεις της Οδηγίας για την οργάνωση του χρόνου εργασίας έχουν μεταφερθεί με το Π.Δ. 88/1999 (το οποίο μετέφερε στην εσωτερική έννομη τάξη την αρχική σχετική Οδηγία 93/104/ΕΚ), όπως τροποποιήθηκε με το Π.Δ. 76/2005.

<sup>19</sup> Για μία αναλυτικότερη παρουσίαση της έννοιας της ετοιμότητας προς παροχή εργασίας βλ. σχ. Κ. Δημαρέλλης, «Ηλεκτρονική απασχόληση μισθωτού εκτός χρόνου εργασίας» σε «ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΚΗ & ΕΡΓΑΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ», 16ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εταιρείας Δικαίου Εργασίας & Κοινωνικής Ασφάλισης, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 101-114.

<sup>20</sup> Κ. Μπακόπουλος, «Σχόλιο στη ΔΕΕ της 23.12.2015, C-180/14, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας», ορ. cit., σελ. 670: «Σε κάθε περίπτωση, στην ετοιμότητα δεν αμείβεται η δραστηριότητα, αλλά η διαθεσιμότητα του μισθωτού. Και γι' αυτό, άλλωστε, επειδή δεν υπάρχει δραστηριότητα, δεν

Στην εγχώρια έννομη τάξη, στη πλειονότητά τους οι προσφερόμενες εργασιακές συμβάσεις ορισμένου ή αορίστου χρόνου ορίζουν ρητώς συγκεκριμένο ωράριο κατά το οποίο ο εργαζόμενος προσφέρει τις υπηρεσίες του. Υφίστανται ωστόσο και εργασιακές συμβάσεις όπου δεν αποτυπώνεται με ακρίβεια ο χρόνος εργασίας με αποτέλεσμα όχι απλά να τίθενται σε διακινδύνευση αλλά επί της ουσίας να αλλοιώνονται τα θεμελιωμένα, σε επίπεδο Ενωσιακού δικαίου, δικαιώματα των εργαζομένων και μάλιστα από Κρατικούς φορείς. Χαρακτηριστικό παράδειγμα συμβάσεων τέτοιου είδους αποτελούν οι συμβάσεις εργασίας ορισμένου χρόνου με αντικείμενο τη πρόσληψη ωρομίσθιου εκπαιδευτικού προσωπικού σε δομές της Α΄ βάρδιας, Β΄ βάρδιας αλλά και της επαγγελματικής εκπαίδευσης (ΕΠΑ.Σ. Ο.Α.Ε.Δ. και Κρατικά Ι.Ε.Κ.) ανά την Επικράτεια.

Η πρόσληψη ωρομίσθιου προσωπικού δεν αποτελεί παράγωγο της οικονομικής κρίσης των τελευταίων ετών αλλά αντιθέτως συνίσταται σε μία πολυετή πρακτική που εξυπηρετεί πρωτίστως δημοσιονομικούς σκοπούς της Διοίκησης. Το ωρομίσθιο προσωπικό υπάγεται πρακτικά και όχι τυπικά σε χρονικά μικρότερη απασχόληση και κατά συνέπεια η πρόσληψή του πριμοδοτείται ακόμη και για την κάλυψη πάγιων και διαρκών αναγκών.

Η σύμβαση πρόσληψης ωρομίσθιου εκπαιδευτικού που συνάπτεται με Κρατικούς φορείς αποτελεί κατά κανόνα σύμβαση εργασίας ορισμένου χρόνου στην οποία ωστόσο αναγνωρίζεται ως χρόνος εργασίας αποκλειστικά και μόνον το σύνολο των εκπαιδευτικών ωρών διδασκαλίας και όχι ο επικουρικός χρόνος εργασίας που απαιτείται για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Εξάλλου, παρά το γεγονός ότι η εργασία είθισται να παρέχεται κατά τρόπο ενεργό με την παροχή σωματικής ή πνευματικής δραστηριότητας, ενδέχεται να παρέχεται με μικρότερης έντασης μορφές, που χαρακτηρίζονται ως ετοιμότητα εργασίας. Ετοιμότητα για εργασία υπάρχει όταν ένας εργαζόμενος αναλαμβάνει την υποχρέωση να περιορίσει για ορισμένο χρόνο την

---

*μπορεί να γίνει λόγος και για ουσιαστική άσκηση διευθυντικού δικαιώματος από τον εργοδότη κατά το διάστημα της ετοιμότητας. Από την άποψη αυτή, η ετοιμότητα για εργασία μπορεί να γίνει αντιληπτή ως μια μορφή αμειβόμενης παροχής υπηρεσιών χαμηλής έντασης, η οποία αποβλέπει στην ικανοποίηση συγκεκριμένων αναγκών που δεν απαιτούν συνεχώς ενεργό δραστηριότητα (για την ακρίβεια, ανάγκες στις οποίες η ενεργός δραστηριότητα είναι στατιστικώς ένα μικρό κλάσμα του συνολικού αμειβόμενου χρόνου) και την οποία η επιστήμη και η νομολογία ενέταξαν συστηματικά στο δίκαιο της εξαρτημένης εργασίας, επειδή βασικό χαρακτηριστικό της είναι ότι ο εργαζόμενος δεσμεύει τον ελεύθερο χρόνο του και την ελευθερία των κινήσεών του υπέρ άλλου, ώστε να του παρέχει εξαρτημένη εργασία, όταν απαιτηθεί».*

προσωπική του ελευθερία για χάρη του εργοδότη του, ώστε να παράσχει εργασία όταν του ζητηθεί<sup>21</sup>.

Ιδιαίτερα σημαντικό όμως, είναι το γεγονός ότι η ετοιμότητα για εργασία είναι «συμφυής» με την ίδια την εκτέλεση της εργασίας<sup>22</sup>. Η ετοιμότητα για εργασία συνιστά το αντικείμενο της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, υπό την έννοια ότι τα συμβαλλόμενα μέρη αποβλέπουν εν προκειμένω στον περιορισμό της προσωπικής ελευθερίας του εργαζομένου για να παράσχει την εργασία του όταν του ζητηθεί από τον εργοδότη του. Κατά κανόνα, το διάστημα που ο εργαζόμενος περιορίζει την ελευθερία του για την ενδεχόμενη παροχή της εργασίας του συμπίπτει με το ωράριο εργασίας του. Το αξίωμα αυτό ωστόσο δεν τηρείται απαρέγκλιτα στις συμβάσεις ορισμένου χρόνου που συνάπτονται μεταξύ Κρατικών φορέων και ωρομισθίων εκπαιδευτικών.

Πιο συγκεκριμένα, δυνάμει ρητού όρου που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα στις εν λόγω συμβάσεις, απαιτείται η εκτέλεση από τον εργαζόμενο επιπρόσθετων εργασιών που ανατίθενται από τα αρμόδια όργανα Διοίκησης και συνδέονται είτε άμεσα είτε έμμεσα με την εκπαιδευτική διαδικασία (π.χ. ανάπτυξη / ενημέρωση διδακτικού υλικού, συμμετοχή στις εξετάσεις, επιτηρήσεις, συνελεύσεις διδακτικού προσωπικού, βαθμολόγηση, κ.α.) ενώ παράλληλα απαιτείται ο συντονισμός με το σύνολο του εκπαιδευτικού προσωπικού για την αποτελεσματικότερη άσκηση του εκπαιδευτικού έργου<sup>23</sup>. Είναι αυτονόητο ότι η μη τέλεση των επιπρόσθετων αυτών καθηκόντων αποτελεί πειθαρχικό παράπτωμα δυνάμενο να οδηγήσει είτε στη πρόωρη καταγγελία της σύμβασης είτε στη μη ανανέωσή της βάσει προηγούμενης δυσμενούς κρίσης του εκάστοτε προϊσταμένου.

Διευκρινίζεται επίσης, ότι το παρουσιολόγιο που τηρείται σε κάθε εκπαιδευτική μονάδα αποδεικνύει αποκλειστικά και μόνον την παρουσία του

<sup>21</sup> Κουκιάδης, Εργατικό Δίκαιο - Ατομικές εργασιακές σχέσεις, σ. 215, Ζερδελής, Εργατικό Δίκαιο - Ατομικές εργασιακές σχέσεις, σ. 479, Ληξουριώτης, Ατομικές εργασιακές σχέσεις, σ. 157-158, Λεβέντης - Παπαδημητρίου, Ατομικό Εργατικό Δίκαιο, σελ. 181, Καρδαράς, Ετοιμότης εργασίας, εφημερία και η νομολογία του ΔΕΚ, ΕΕργΔ 2006, 1 επ., Anzinger - Koberski, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 40, Baeck - Deutsch, Arbeitszeitgesetz, § 2 Rn. 33, Neumann - Biebl, Arbeitszeitgesetz, § 7 Rn. 11, Wank, RdA, 2014, 285 (286).

<sup>22</sup> Ληξουριώτης, ΕΕργΔ 1992, 882 επ. (885), Ο ίδιος, Γνήσια και απλή ετοιμότητα προς εργασία, ΕΕργΔ 1990, 18 επ. (20), Τσιμπούκης, ΕΕργΔ 2010, 1089 επ. (1092-1093).

<sup>23</sup> Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται σε σύμβαση των ΕΠΑ.Σ. του Ο.Α.Ε.Δ. έτους 2017: «Ο Εκπαιδευτικός υποχρεούται: I. Να εκτελεί όλες εργασίες που ανατίθενται από τα αρμόδια όργανα Διοίκησης (Δ/ντής/τρια ή Υποδ/ντής/τρια) των Εκπαιδευτικών Μονάδων του Ο.Α.Ε.Δ. όπου εργάζεται και έχουν σχέση με την εκπαιδευτική διαδικασία, όπως τη διεξαγωγή των μαθημάτων, κάθε είδους εξετάσεων, τη βαθμολόγηση, την τήρηση βιβλίων ύλης, των απουσιών, των επιτηρήσεων, κλπ. II. Να συνεργάζεται με τη Διοίκηση και τους λοιπούς εκπαιδευτικούς της Εκπαιδευτικής Μονάδας Ο.Α.Ε.Δ. για το συντονισμό και την αποτελεσματικότερη άσκηση του εκπαιδευτικού του έργου».

εκπαιδευτικού στην ημερήσια διδακτική διαδικασία και ουδόλως απεικονίζει με ακρίβεια το συνολικό χρόνο που απασχολήθηκε για την επιτυχή περάτωση τόσο των κύριων όσο και των επικουρικών καθηκόντων που αποτελούν ωστόσο αναπόσπαστο μέρος της σύμβασης.

Σε πρακτικό επίπεδο λοιπόν οι ωρομίσθιοι εκπαιδευτικοί απασχολούνται, θέτοντας τους εαυτούς τους στις εντολές των προϊσταμένων τους μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από αυτό που ορίζεται ρητώς στη σύμβαση χωρίς ωστόσο κατά το «επικουρικό» άλλως επιπρόσθετο αυτό χρονικό διάστημα κατά το οποίο θέτουν τον εαυτό τους σε ετοιμότητα προς εργασία, να αναγνωρίζονται επισήμως από τον εργοδότη τους ως εργαζόμενοι κατά προφανή παραβίαση τόσο του Ενωσιακού όσο φυσικά και του Εθνικού δικαίου.

Μάλιστα, οι ωρομίσθιοι εκπαιδευτικοί καλούνται από τον εκάστοτε Διευθυντή σε χρόνο μετά τη λήξη της σύμβασής τους προκειμένου να καλύψουν πάγιες και διαρκείς ανάγκες των εκπαιδευτικών μονάδων με την αιτιολογία ότι δεν επαρκεί το μόνιμο προσωπικό (π.χ. εγγραφή μαθητών, διενέργεια επαναληπτικών εξετάσεων, κ.α.). Ο χρόνος απασχόλησής τους, μολοντί δεν καλύπτεται από έγγραφη σύμβαση, θεωρείται ως νόμιμος χρόνος εργασίας δυνάμει της ως άνω επίκαιρης νομολογίας του Δ.Ε.Ε., δεδομένου ότι τίθενται υπό τις οδηγίες του Προϊσταμένου της εκπαιδευτικής μονάδας κατά την εκτέλεση των ανατιθέμενων καθηκόντων τους. Η κλήση αλλά και η αποδοχή της εργασίας τους από τον εκάστοτε Διευθυντή κατ' ορθή νομική ερμηνεία, ισοδυναμεί με κατάρτιση νέας προφορικής σύμβασης – η οποία είναι εφικτή σύμφωνα με το εγχώριο κανονιστικό πλαίσιο, μεταξύ του Ν.Π.Δ.Δ. και του εργαζομένου η οποία θα πρέπει να παράγει όλα τα έννομα αποτελέσματα, ήτοι καταβολή δεδουλευμένων, αναγνώριση προϋπηρεσίας κ.α.

Στην περίπτωση μάλιστα που δεν παρέρχεται χρονικό διάστημα τριών (3) μηνών ανάμεσα στην κατάρτιση της προφορικής αυτής σύμβασης και τη λήξη / λύση της προηγούμενης μέχρι και την υπογραφή νέας (με την έναρξη της επόμενης ακαδημαϊκής περιόδου) κατά τις διατάξεις του Π.Δ. 164/2004, τότε θα πρέπει να αναγνωριστεί ότι καλύπτουν πάγιες και διαρκείς ανάγκες και κατά συνέπεια συνδέονται με το Ν.Π.Δ.Δ. με σχέση εργασίας αορίστου χρόνου.

Απαιτείται λοιπόν η άμεση προσαρμογή της Διοίκησης και η αναθεώρηση των εργασιακών συμβάσεων σύμφωνα με την ορθή ερμηνεία του δικαίου της Ε.Ε. (5).

### **5. Εφαρμογή της αρχής της χρηστής Διοίκησης:**

Η ορθή αποτύπωση του πραγματικού χρόνου παρεχόμενης εργασίας των ωρομισθίων εκπαιδευτικών, όπως ειδικότερα έχει ερμηνευθεί από την επίκαιρη νομολογία του Δ.Ε.Ε., αποτελεί υποχρέωση της Διοίκησης στα πλαίσια της προσήκουσας συμμόρφωσής της στις επιταγές του σύγχρονου Κράτος δικαίου και ειδικότερα της εφαρμογής της αρχής της νομιμότητας και επακόλουθα της χρηστής Διοίκησης. Παράλληλα, αποτελεί και *sine qua non* προϋπόθεση για την αποτελεσματική προάσπιση των νομίμων δικαιωμάτων τους και ειδικότερα όσων συνδέονται με την προϋπηρεσία και τη συγκέντρωση των απαιτούμενων μορίων που θα επέτρεπε τη διεκδίκηση θέσης μονίμου προσωπικού<sup>24</sup>. Κατά συνέπεια δεν θα ήταν υπερβολή να ισχυριστούμε ότι ο θεσμός του ωρομισθίου εκπαιδευτικού σε συνάρτηση με τη φύση των εκπαιδευτικών αναγκών ενδεχομένως πλέον να μην είναι συμβατός με την ερμηνεία των εργασιακών δικαιωμάτων υπό το πρίσμα του Ενωσιακού δικαίου.

In fine απαιτείται η προσαρμογή της συμβατικώς δρώσας Διοίκησης στις επιταγές της χρηστής διοίκησης και της καλής πίστης. Πολλώ μάλλον στη προκειμένη περίπτωση όπου δρα ως φορέας εξουσίας (*imperium*), υπό την ιδιότητα δηλαδή του εργοδότη θέτοντας όρους μη υποκείμενους σε διαπραγμάτευση. Είναι αυτονόητο λοιπόν ότι οι όροι αυτοί απαιτείται να τελούν σε αρμονία με τις Ενωσιακές επιταγές όπως ειδικότερα ερμηνεύονται από το Δ.Ε.Ε.

---

<sup>24</sup> Σημειώνεται ότι είναι αυτονόητη η διεκδίκηση και αστικών αξιώσεων. Εξάλλου η απασχόλησή τους σε παράλληλα καθήκοντα αποτελεί όχι απλά ενδεχόμενο αλλά εκούσια πρακτική της Διοίκησης όπως εμφανίζεται και από παλαιότερη εγκύκλιο του Υπουργείου Παιδείας η οποία ανέφερε ότι (Δ2/12616/26.6.96): «Οι εκπαιδευτικοί περιορίζονται στις ώρες διδασκαλίας ή διεξαγωγής πρακτικών ασκήσεων τις οποίες ώρες καλούνται να καλύψουν... Έτσι, αν ορισμένες μέρες του μήνα, διαρκούς της σύμβασης, ωρομίσθιος εκπαιδευτικός απασχοληθεί σε άλλα καθήκοντα από εκείνα για τα οποία προσλήφθηκε, (παρ' ότι αυτό απαγορεύεται από την κείμενη νομοθεσία) δικαιούται αμοιβής ...Θα πρέπει να τα γνωστοποιήσετε στις υπηρεσίες που εποπτεύετε με εγκύκλιο, δίνοντας σαφείς οδηγίες για την κύρια και αποτελεσματική απασχόληση των εκπαιδευτικών αυτών, στην ανάθεση διδασκαλίας και μόνο που τους ανατέθηκε κατά την πρόσληψη τους».

# ΚΡΑΤΟΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΚΑΙ ΑΝΤΙΠΡΟΣΩΠΕΥΤΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ: ΤΟ ΖΗΤΗΜΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟΥ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟΥ

Χαράλαμπος Κουρουνδής, Διδάκτορας Νομικής ΑΠΘ, Διδάσκων ΕΑΠ, δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω

## Εισαγωγή

Η συζήτηση για τη σχέση του κράτους δικαίου με το αντιπροσωπευτικό σύστημα, την πλέον διαδεδομένη σύγχρονη μορφή άσκησης της εξουσίας, έχει λάβει μεγάλες διαστάσεις στην εποχή της πολιτικής κρίσης που ακολούθησε την οικονομική<sup>1</sup>. Η παρούσα μελέτη δεν επιδιώκει να επεκταθεί σε όλες τις πλευρές αυτής της αλληλεξάρτησης, αλλά θα επικεντρωθεί σε μια χαρακτηριστική πτυχή της, εκείνη του δικαστικού ελέγχου των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου. Με αυτό το γνώμονα, θα ξεκινήσει με μια σύντομη αναφορά στις ρίζες του «δικαίου της ανάγκης» και κατόπιν θα εξετάσει τη διαμόρφωση του σχετικού συνταγματικού πλαισίου, την εφαρμογή και την ερμηνεία του. Έπειτα, θα επικεντρωθεί στο ζήτημα του δικαστικού ελέγχου των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου και ιδιαίτερα στις σχετικές προσεγγίσεις της θεωρίας και της νομολογίας. Στο τέλος, θα διατυπωθούν κάποιες συμπερασματικές εκτιμήσεις ως προς το ζήτημα του δικαστικού ελέγχου των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου και συνολικά της προβληματικής αναφορικά με την πολύπλοκη σχέση μεταξύ του κράτους δικαίου και της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας.

## 1. Το «δίκαιο της ανάγκης» ως υπερ-θετική αρχή

Η ιστορική αναδρομή στην κατοχύρωση του «δικαίου της ανάγκης» φωτίζει σε μεγάλο βαθμό τις προϋποθέσεις και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του θεσμού. Η αρχή *salus populi suprema lex esto* ανάγεται βέβαια στην προνεωτερική εποχή της αρχαιότητας<sup>2</sup>. Η σύγχρονη εκδοχή του στην Ελλάδα εμφανίστηκε στις αρχές του 20<sup>ου</sup> αιώνα, όταν η χώρα πέρασε μια δεκαετία (1912-1922) ευρισκόμενη, με ολιγόμηνα

---

<sup>1</sup> Όπως εύστοχα τόνισε ο Adam Tooze, *Crashed: How a decade of financial crisis changed the world*, Penguin, London, 2018, σελ. 19-20, η δημοσιονομική και οικονομική κρίση του 2007-2012 μετατράπηκε μεταξύ του 2013 και του 2017 σε μια συνολική πολιτική και γεωπολιτική κρίση της μεταψυχροπολεμικής τάξης πραγμάτων.

<sup>2</sup> Η πρώτη διατύπωση της αρχής αποδίδεται στον Κικέρωνα, αλλά κατ' άλλους ο ρωμαίος φιλόσοφος αναπαρήγαγε σχετική πρόβλεψη της Δωδεκαδέλτου, βλ. αναλυτικότερα Α.Ι. Μεταξά, *Το δίκαιον της ανάγκης και η διάσταση της νομολογίας Συμβουλίου Επικρατείας και Αρείου Πάγου*, Ευρασία, Αθήνα 2017, σελ. 94-95.

διαλείμματα, σε μια διαρκή κατάσταση πολέμου<sup>3</sup>. Η περίοδος του Μεσοπολέμου, με εξαίρεση την πρώτη πενταετία εφαρμογής του Συντάγματος του 1927, δεν χαρακτηρίστηκε επίσης από την ομαλότητα. Τα πραξικοπήματα, οι παραβιάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων και του ίδιου του Συντάγματος δεν απετέλεσαν εξαιρέσεις, αλλά τον κανόνα σε εκείνη την ταραγμένη εποχή. Η νομολογία, από την πλευρά της, δείχνοντας στη μεγάλη πλειονότητα των περιπτώσεων ένα σωτήριο για τα μέλη της δικαστικής εξουσίας αλλά όχι και για τη δημοκρατία ένστικτο αυτοσυντήρησης, νομιμοποίησε όλες τις αλλεπάλληλες μεταβολές. Στη συνέχεια, η δικτατορία Μεταξά, η Κατοχή και ο εμφύλιος πόλεμος είχαν ως αποτέλεσμα το «δίκαιο της ανάγκης» να μετατραπεί ουσιαστικά σε κανόνα άσκησης της εξουσίας. Όπως παρατηρούσε χαρακτηριστικά στη διδακτορική διατριβή του ο Αριστόβουλος Μάνεσης, «Αντιθέτως όμως συμβαίνει κατά τας ανωμάλους περιόδους, καθ' ας είναι δυνατόν να ανακύψει αδυναμία διατάξεων τινών της εννόμου τάξεως προς κυριάρχουσιν επί των γεγονότων και διαφύλαξιν της πολιτείας. Διότι αι διατάξεις αύται, ερχόμεναι εις σύγκρουσιν προς τον ως άνω βασικόν κανόνα [salus populi suprema lex esto], τον συνιστώντα προϋπόθεσιν της ισχύος αυτών, ατονούν εν πολλοίς, ούτος δε, ενεργός ήδη, κατισχύει ως ιεραρχικώς υπέρτερος και αι δυνάμει τούτου διενεργούμεναι πράξεις αι αποσκοπούσαι εις την σωτηρίαν της πολιτείας [...] είναι ισχυραί»<sup>4</sup>. Ωστόσο, η επίκληση του «δικαίου της ανάγκης» συνεχίστηκε και μετά την ψήφιση του Συντάγματος του 1952 που σήμανε τυπικά την επιστροφή της χώρας στην ομαλότητα. Έτσι, η αυτόνομη κυβερνητική νομοθεσία, που είχε ανθήσει πριν τη θέσπιση του Συντάγματος του 1952 με τους «αναγκαστικούς νόμους», επανεμφανίστηκε με τη μορφή των Πράξεων Υπουργικού Συμβουλίου (ΠΥΣ), δηλαδή κανονιστικών πράξεων με νομοθετικό περιεχόμενο, τις οποίες εξέδιδαν οι κυβερνήσεις χωρίς προηγούμενη εξουσιοδότηση και καλούνταν να επικυρώσει a posteriori η Βουλή με νόμους ή νομοθετικά διατάγματα<sup>5</sup>.

Η πιο γνωστή προσπάθεια θετικοποίησης του «δικαίου της ανάγκης», τουλάχιστον ως προς την έκδοση νομοθετικών πράξεων εκτός της εκάστοτε συνταγματικά προβλεπόμενης διαδικασίας, έγινε από την πρόταση συνταγματικής αναθεώρησης του 1963<sup>6</sup>. Το δέκατο έκτο σημείο της εν λόγω πρότασης αναγνώριζε στην κυβέρνηση τη δυνατότητα να εκδίδει πράξεις νομοθετικού περιεχομένου με περιορισμένη διάρκεια, οι οποίες έπρεπε να άπτονται εξαιρετικώς επειγόντων θεμάτων και η ισχύς τους θα εξαρτώνταν από την κύρωσή τους σε σύντομο και τακτό χρονικό διάστημα από τους φορείς της νομοθετικής εξουσίας<sup>7</sup>. Η εν λόγω πρόβλεψη αποτυπώθηκε στο νέο άρθρο 78α του προσχεδίου της πρότασης, με βάση το οποίο οι συγκεκριμένες πράξεις θα ίσχυαν με ευθύνη της κυβέρνησης εφόσον καταθέτονταν

<sup>3</sup> Όσο και αν στην περίφημη υπόθεση των ναυτικών επιτάξεων ο Άρειος Πάγος προτίμησε να μην επικαλεστεί ευθέως την εν λόγω αρχή, η πολιτική κρίση που έμεινε γνωστή στην Ιστορία ως Εθνικός Διχασμός και οι πολεμικές περιπέτειες του Α΄ Παγκοσμίου Πολέμου και της Μικρασιατικής εκστρατείας είχαν ως επακόλουθο την «έκλειψη» του Συντάγματος στο βωμό της «εθνικής ανάγκης», βλ. αναλυτικά Α. Καϊδατζή, *Ο δικαστικός έλεγχος των νόμων στην Ελλάδα (1844-1935)*, Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2016, σελ. 279-338.

<sup>4</sup> Βλ. Α. Μάνεση, *Περί αναγκαστικών νόμων. Αι εξαιρετικά νομοθετικά αρμοδιότητες της εκτελεστικής εξουσίας*, Θεσσαλονίκη, χ.ε., 1953, σελ. 144-145.

<sup>5</sup> Για τις ΠΥΣ βλ. αναλυτικότερα Ν. Αλιβιζάτου, *Οι πολιτικοί θεσμοί σε κρίση 1922-1974. Όψεις της ελληνικής εμπειρίας, γ' εκδ.*, Θεμέλιο, Αθήνα 1995 [1979], σελ. 225-229.

<sup>6</sup> Για την αναθεωρητική πρόταση του 1963 ας μου επιτραπεί η παραπομπή σε Χ. Κουρουνδή, *Το Σύνταγμα και η Αριστερά. Από τη «βαθεία τομή» του 1963 στο Σύνταγμα του 1975*, Νήσος, Αθήνα 2018, σελ. 71-156.

<sup>7</sup> Βλ. Α. Παντελή, Σ. Κουτσουμπίνα, Τ. Γεροζήση (επιμ.), *Κείμενα συνταγματικής ιστορίας*, τ. Β΄, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1993, σελ. 808.



στη Βουλή εντός δεκαήμερης προθεσμίας από τη δημοσίευσή τους και θα έπρεπε να κυρωθούν από αυτήν σε χρονικό διάστημα τριών μηνών, διαφορετικά θα έχαναν εφεξής την ισχύ τους<sup>8</sup>. Οι παρατηρήσεις επί του προσχεδίου διευκρίνιζαν ρητά ότι σε περίπτωση παρέλευσης των δύο παραπάνω προθεσμιών η δημοσιευθείσα πράξη θα απέβαλλε την ισχύ της για το μέλλον αλλά θα θεωρούνταν ως έγκυρη για το χρονικό διάστημα κατά το οποίο ίσχυσε.

Έχει υποστηριχθεί ότι η απόδοση νομοθετικών αρμοδιοτήτων στην εκτελεστική εξουσία ήταν προτιμότερη σε σχέση με την κατάσταση που επικρατούσε, καθώς ενέτασσε στον Καταστατικό Χάρτη της χώρας μία πρακτική που ήδη εφαρμοζόταν ως συνταγματικό έθιμο<sup>9</sup>. Σύμφωνα με την αντίθετη άποψη, η θεσμοθέτηση των π.ν.π. κατοχύρωνε την ανεξέλεγκτη νομοθετική δραστηριότητα της εκτελεστικής εξουσίας και περιθωριοποιούσε το Κοινοβούλιο<sup>10</sup>. Έτσι, υποστηρίχθηκε πως η έκδοση π.ν.π. από την κυβέρνηση ήταν πολύ πιθανό να τύγχανε διευρυμένης εφαρμογής και να έδινε λαβή για καταχρήσεις εφόσον μετά την πάροδο του τρίμηνου διαστήματος για την κύρωση τους από τη Βουλή στις περισσότερες περιπτώσεις θα είχε επιτευχθεί ο κύριος σκοπός της έκδοσής τους<sup>11</sup>. Σύμφωνα πάντως με τον Α. Μάνεση, ενδεχόμενη αναθεώρηση του Συντάγματος του 1952 θα μπορούσε να καθιερώσει την έκδοση αναγκαστικών νόμων από την εκτελεστική εξουσία και την ανάθεση αυτοτελούς άσκησης της νομοθετικής εξουσίας στο βασιλιά ή στην κυβέρνηση, αλλά μόνο για το διάστημα μεταξύ των δύο βουλευτικών περιόδων<sup>12</sup>.

## 2. Η κατοχύρωση των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου στο Σύνταγμα του 1975

Η αποτυχία της «βαθείας τομής» είχε ως αποτέλεσμα η σχετική συζήτηση να επαναληφθεί, σ' ένα ριζικά διαφορετικό περιβάλλον, στους κόλπους της Ε' Αναθεωρητικής Βουλής. Η πρώτη παράγραφος του άρθρου 44 του σχεδίου που υπέβαλλε στη Βουλή η κυβέρνηση στις 7 Ιανουαρίου 1975, έδινε τη δυνατότητα στον ΠτΔ, μετά από πρόταση του υπουργικού συμβουλίου, να εκδίδει πράξεις νομοθετικού περιεχομένου «εις εκτάκτους περιπτώσεις, εξαιρετικώς επειγούσης και απροβλέπτου ανάγκης». Η εν λόγω διάταξη προέβλεπε ότι αυτές οι πράξεις πρέπει να υποβάλλονται για κύρωση στη Βουλή μέσα σε σαράντα μέρες από την έκδοσή τους ή από τη σύγκληση της Βουλής σε σύνοδο. Εάν αυτό δεν γίνει ή εάν οι πράξεις δεν εγκριθούν μέσα σε τρεις μήνες από την υποβολή τους χάνουν την ισχύ τους για το μέλλον.

Κατά τη διάρκεια των προπαρασκευαστικών εργασιών της Ε' Αναθεωρητικής Βουλής, η εισήγηση της πλειοψηφίας στην Α' Υποεπιτροπή παρουσίασε την

<sup>8</sup> Βλ. Κ. Γεωργόπουλου (πρόλ.-επιμ.), *Σχέδιον αναθεωρήσεως του Συντάγματος [1963]*, Ινστιτούτο ελληνικής Συνταγματικής Ιστορίας και Συνταγματικής Επιστήμης, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1997, σελ. 40.

<sup>9</sup> Βλ. Α. Pantélis, *Les grands problèmes de la nouvelle Constitution hellénique*, LGDJ, Paris 1979, σελ. 77-78.

<sup>10</sup> Βλ. Α. Μάνεση, *Η εξέλιξη των πολιτικών θεσμών στην Ελλάδα. Αναζητώντας μια δύσκολη νομοποίηση*, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1987, σελ. 26.

<sup>11</sup> Βλ. Ν. Αλιβιζάτου, *ό.π.*, σελ. 237-238.

<sup>12</sup> Βλ. Α. Μάνεση, *Η αναθεώρησης του Συντάγματος. Συμβολή εις την ερμηνείαν του άρθρου 108*, Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη-Αθήνα 1966, σελ. 27, σημ. 39.

παραπάνω διάταξη ως αναγκαία για να μη συνεχιστεί η αντισυνταγματική πρακτική των προδικτατορικών κυβερνήσεων οι οποίες εξέδιδαν αναγκαστικούς νόμους και ΠΥΣ που ενέκρινε εκ των υστέρων η Βουλή<sup>13</sup>. Επίσης, τόνισε ότι αρμόδια να ελέγξει το εάν συντρέχει η προϋπόθεση ύπαρξης έκτακτης ανάγκης ήταν η Βουλή και όχι τα δικαστήρια. Η συζήτηση για την πρώτη παράγραφο του άρθρου 44 υπήρξε περιορισμένη καθώς το ενδιαφέρον των μελών της υποεπιτροπής επικεντρώθηκε στη δεύτερη παράγραφο που προέβλεπε την προκήρυξη από τον ΠτΔ δημοψηφίσματος για κρίσιμα εθνικά θέματα. Ο βουλευτής της πλειοψηφίας Α. Πνευματικός πρότεινε πάντως τη μείωση των προθεσμιών της πρώτης παραγράφου σε πενθήμερο και δεκαπενθήμερο αντίστοιχα, καθώς και την αποβολή της ισχύος των π.ν.π. ex tunc και όχι ex nunc<sup>14</sup>. Από την πλευρά της, η αντιπολίτευση αντιμετώπισε επιφυλακτικά το θεσμό, αποδέχθηκε όμως καταρχήν τη σκοπιμότητα θέσπισης του «δικαίου της ανάγκης» στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 44. Έτσι, η τροπολογία που κατέθεσαν από κοινού ο αρχηγός της αξιωματικής αντιπολίτευσης Γ. Μαύρος, ο Α. Παπανδρέου και ο Η. Ηλιού πρότεινε την αυθημερόν υποβολή των π.ν.π. στη Βουλή για να τις κυρώσει σε προθεσμία τριάντα ημερών και, εάν η Βουλή απουσίαζε, τη σύγκλησή της εντός πενθημέρου<sup>15</sup>. Σε περίπτωση μη εμπρόθεσμης κύρωσης, πρότειναν να προβλεφθεί ότι οι π.ν.π. θα απέβαλαν εξαρχής την ισχύ τους και ότι η Βουλή θα καλούνταν να ρυθμίσει τις έννομες σχέσεις που προέκυψαν από αυτές, υιοθετώντας στο σημείο αυτό τη συναφή διάταξη του ιταλικού Συντάγματος. Το ΚΚΕ δήλωσε την αντίθεσή του απέναντι σε κάθε εμπλοκή της εκτελεστικής εξουσίας στη θέση πρωταρχικών κανόνων δικαίου και τάχθηκε κατά της θεσμοθέτησης των π.ν.π. διότι θα μπορούσε η εκάστοτε κυβέρνηση να τη χρησιμοποιήσει για να δημιουργήσει τετελεσμένα γεγονότα<sup>16</sup>.

Η Α΄ Υποεπιτροπή ψήφισε την εν λόγω διάταξη χωρίς αλλαγές και το ίδιο έκανε η Ολομέλεια της Επιτροπής. Στην Ολομέλεια της Βουλής, η συζήτηση επί του συγκεκριμένου άρθρου έγινε μετά την οριστική αποχώρηση της αντιπολίτευσης από τη διαδικασία, με το εύλογο αποτέλεσμα να είναι εμφανώς περιορισμένη. Στο πλαίσιο της πάντως, η πλειοψηφία υποστήριξε ότι η αναγωγή του «δικαίου της ανάγκης» σε συνταγματικό θεσμό οριοθετούσε την εφαρμογή του και περιόριζε τους κινδύνους κατάχρησής του<sup>17</sup>. Ο πρόεδρος της Βουλής τόνισε επίσης ότι η πολιτική και οικονομική ζωή «επιβάλλει την λήψιν ορισμένων μέτρων νομοθετικού χαρακτήρος, μέτρων τα οποία ευρίσκονται εις αντίθεσιν με την ισχύουσαν νομοθεσίαν» και επικαλέστηκε το προηγούμενο της αιφνιδιαστικής υποτίμησης του νομίσματος το 1953<sup>18</sup>. Η αποβολή της ισχύος των π.ν.π. σε περίπτωση μη υποβολής ή μη έγκρισής τους από τη Βουλή μόνο για το μέλλον δικαιολογήθηκε για λόγους ασφάλειας

<sup>13</sup> Βλ. Δ. Φράγκο, Βουλή των Ελλήνων, *Ε΄ Αναθεωρητική, Περίοδος Α΄ - Προεδρευομένης Δημοκρατίας - Σύνοδος Α΄*, Πρακτικά των συνεδριάσεων των Υποεπιτροπών της επί του Συντάγματος 1975 Κοινοβουλευτικής Επιτροπής, εκ του Εθνικού Τυπογραφείου, Αθήναι, Ιούλιος 1975, σελ. 174-175.

<sup>14</sup> Βλ. Βουλή των Ελλήνων, *Ε΄ Αναθεωρητική Βουλή, Σύνταγμα 1975. Διάταξις κατ' άρθρον επισήμων σχεδίων - τροπολογιών ψηφισθέντος τελικού κειμένου*, εκ του Εθνικού Τυπογραφείου, Αθήναι 1976 (:Πρακτικά Τροπολογιών), σελ. 259.

<sup>15</sup> Βλ. Πρακτικά Τροπολογιών, σελ. 260.

<sup>16</sup> Βλ. *Ριζοσπάστης*, 7 Ιανουαρίου 1975.

<sup>17</sup> Βλ. την εισήγηση του Κ. Παπαρηγόπουλου, Βουλή των Ελλήνων, *Ε΄ Αναθεωρητική, Περίοδος Α΄ - Προεδρευομένης Δημοκρατίας - Σύνοδος Α΄*, Πρακτικά των συνεδριάσεων της Ολομελείας της Βουλής των συζητήσεων επί του Συντάγματος 1975, εκ του Εθνικού Τυπογραφείου, Αθήναι, Αύγουστος 1975 (:Ολομέλεια Βουλής), σελ. 1013-1014, καθώς και Δ. Φράγκο, Ολομέλεια Βουλής, σελ. 1014.

<sup>18</sup> Βλ. Κ. Παπακωνσταντίνου, Ολομέλεια Βουλής, σελ. 932 και του ίδιου, «Αι σταθεραί ιδεολογικαί βάσεις του νέου Συντάγματος. Γενική θεώρησις», *ΕΛΛΑ*, τχ. 4, 1975, σελ. 341.

δικαίου<sup>19</sup>. Έτσι, η πρώτη παράγραφος του άρθρου 44 ψηφίστηκε όπως είχε στο κυβερνητικό σχέδιο.

Το άρθρο 44 παρ. 1 του Συντάγματος του 1975 ακολούθησε σε μεγάλο βαθμό την αναθεωρητική πρόταση του 1963, το προσχέδιο της οποίας προέβλεπε πάντως πολύ πιο σύντομη (δέκα ημερών και όχι σαράντα) προθεσμία υποβολής π.ν.π. στη Βουλή. Έτσι, η παρέμβαση της Βουλής στην αυτόνομη κυβερνητική νομοθεσία ορίστηκε να γίνεται σε χρόνο ξεπερασμένο εκ των πραγμάτων, περιορίζοντας δραστικά την έκταση του κοινοβουλευτικού ελέγχου στη δράση της εκτελεστικής εξουσίας<sup>20</sup>. Εξάλλου, η απώλεια της ισχύος των νομοθετικών πράξεων *ex nunc* σε περίπτωση μη κύρωσής τους ενίσχυσε ακόμα περισσότερο την εκτελεστική εξουσία σε σχέση π.χ. με την αντίστοιχη διάταξη του ιταλικού Συντάγματος που προβλέπει την απώλεια της ισχύος τους *ex tunc* επαφίοντας στον κοινό νομοθέτη τη ρύθμιση των έννομων σχέσεων που δημιουργήθηκαν από την εφαρμογή τους.

### 3. Η εξέλιξη του αντιπροσωπευτικού συστήματος και η έκδοση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου

Η έξαρση του «δικαίου της ανάγκης», ήδη από την περίοδο του μεσοπολέμου συναρθρώθηκε με τη μετάλλαξη του αντιπροσωπευτικού συστήματος. Η ανάπτυξη του κομματικού φαινομένου σε συνδυασμό με την ενίσχυση της εκτελεστικής εξουσίας και την πρώτη κρίση του κοινοβουλευτισμού είχε τροφοδοτήσει τόσο την επιστημονική όσο και την πολιτική συζήτηση<sup>21</sup>. Στις πρώτες μεταπολεμικές δεκαετίες, η αναβάθμιση του ρόλου των κομμάτων σε συνδυασμό με τη συνταγματική κατοχύρωσή τους μετέβαλλε τη μορφή του αντιπροσωπευτικού συστήματος<sup>22</sup>. Στην Ελλάδα, η εξέλιξη του αντιπροσωπευτικού συστήματος ολοκληρώθηκε στη μεταπολίτευση, όταν κατοχυρώθηκε η ομαλή λειτουργία της κοινοβουλευτικής δημοκρατίας χωρίς πλέον τις παρεμβάσεις του Στέμματος ή του στρατού. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση της «ελεύθερης εντολής» των εκλογέων προς τους βουλευτές, η οποία οριοθετήθηκε και επαναπροσδιορίστηκε με βάση τα νέα δεδομένα ως πολιτική εντολή – πλαίσιο<sup>23</sup>. Η συνταγματική αποτύπωση της αντιπροσωπευτικής αρχής δεν άλλαξε σημαντικά, η μεταβολή του πλαισίου της αντιπροσώπευσης όμως εξελίχθηκε ραγδαία. Έτσι, η θεσμική εξέλιξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η επέκταση των αρμοδιοτήτων της και ο καθορισμός της

<sup>19</sup> Βλ. Δ. Καλογήρου, Ολομέλεια Βουλής, σελ. 1015, Ι. Φικιώρη, Ολομέλεια Βουλής, σελ. 1016, Κ. Σαψάλη, Ολομέλεια Βουλής, σελ. 1016-1017, Η. Βουγιουκλάκη, Ολομέλεια Βουλής, σελ. 1018.

<sup>20</sup> Βλ. Ν. Αλιβιζάτου, *ό.π.*, σελ. 687, πρβλ. όμως τη μεταγενέστερη αλλαγή οπτικής του ίδιου, *Το Σύνταγμα και οι εχθροί του στη νεοελληνική ιστορία 1800-2010*, Πόλις, Αθήνα 2011, σελ. 502. Σύμφωνα με τον Φ. Βεγλερή, «Το αυταρχικό συνταγματικό κράτος», *Βήμα*, 19 Ιανουαρίου 1975, σελ. 1, 12, το άρθρο 44 παρ. 1 θύμιζε τα «διατάγματα ανάγκης» του άρθρου 48 του Συντάγματος της Βαϊμάρης, «των οποίων η εντατική χρήση τίνανε στον αέρα – μαζί με άλλους βέβαια και βαθύτερους παράγοντες – την πρώτη γερμανική δημοκρατία».

<sup>21</sup> Βλ. ενδεικτικά την κλασική ανάλυση του Α. Σβώλου, *Το νέον Σύνταγμα και αι βάσεις του πολιτεύματος*, τύποις Πυρσού ΑΕ, Αθήνα 1928, σελ. 89-101.

<sup>22</sup> Βλ. Ο. Kirchheimer, “The transformation of western European party systems” σε J. LaPalombara, M. Weiner (eds), *Political parties and political development*, Princeton University press, Princeton, 1966, pp. 184-188.

<sup>23</sup> Βλ. Δ. Τσάτσου, *Συνταγματικό Δίκαιο*, τ. Β’ (Οργάνωση και λειτουργία της Πολιτείας), β’ εκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, 1993, σελ. 91.

οικονομικής πολιτικής σε κοινοτικό και διεθνές επίπεδο έχει βαρύνουσες επιπτώσεις στα θεμέλια του αντιπροσωπευτικού συστήματος.

Η απομάκρυνση του αντιπροσωπευτικού συστήματος από την πηγή της νομιμοποίησής του δεν έθεσε μόνο ζητήματα δημοκρατίας, αλλά και κράτους δικαίου. Άλλωστε, σύμφωνα με έναν ευρέως διαδεδομένο ορισμό, ως κράτος δικαίου ορίζεται η θεσμικά αντισταθμισμένη και κανονιστικά οριοθετημένη εξουσία<sup>24</sup>. Η θεσμική αντιστάθμιση της εξουσίας υλοποιείται μέσα από την εφαρμογή της συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής της διάκρισης των λειτουργιών. Στο πλαίσιο αυτής της διάκρισης, η νομοθετική λειτουργία ασκείται από τη Βουλή που ψηφίζει τους νόμους και τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας ο οποίος τους εκδίδει και τους δημοσιεύει. Ταυτόχρονα, όπως προαναφέρθηκε, το ισχύον Σύνταγμα καθιερώνει και το «δίκαιο της ανάγκης», προβλέποντας τη δυνατότητα έκδοσης από τον ΠτΔ Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου, μετά από πρόταση του Υπουργικού Συμβουλίου, σε έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης..

#### **4. Ο έλεγχος των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου de constitutione lata και de constitutione ferenda**

Η δυνατότητα θέσπισης ουσιαστικών νόμων, όπως είναι οι πράξεις νομοθετικού περιεχομένου, από τους φορείς της εκτελεστικής λειτουργίας αποτελεί αντικειμενικά μία κάμψη του κανόνα της άσκησης της νομοθετικής λειτουργίας από το αντιπροσωπευτικό σώμα. Από αυτήν την πλευρά, πρόκειται για μια σχετικοποίηση της ίδιας της αντιπροσωπευτικής αρχής, η οποία επιτάσσει την άσκηση της νομοθετικής λειτουργίας από τους εκλεγμένους αντιπροσώπους του λαού. Η πρόβλεψη της υποχρεωτικής εκ των προτέρων κύρωσης των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου από τη Βουλή είναι μάλλον ασθενής ως εγγύηση υπέρ της δημοκρατικής νομιμοποίησής τους, καθώς οι έννομες συνέπειες των πράξεων έχουν ήδη επέλθει και έχουν προκύψει αποτελέσματα τα οποία είναι δύσκολο να ανατραπούν την ημέρα της κύρωσης.

Σε εποχές κοινωνικής και πολιτικής ομαλότητας, ωστόσο, η έκδοση Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου είναι συνήθως περιορισμένη. Έτσι, κατά την πρώτη περίοδο εφαρμογής του Συντάγματος, η έκδοση π.ν.π. παρέκλινε μεν από το γράμμα και το πνεύμα των προϋποθέσεων του άρθρου 44 παρ. 1<sup>25</sup>, χωρίς όμως τούτο να θέτει μείζονα νομικά ζητήματα. Οι κυβερνήσεις του ΠΑΣΟΚ, παρότι το εν λόγω κόμμα όπως αναφέρθηκε παραπάνω είχε προτείνει κατά τη διάρκεια των προπαρασκευαστικών εργασιών της Ε΄ Αναθεωρητικής Βουλής να τεθούν αυστηρότερες προϋποθέσεις για την έκδοση π.ν.π., συνέχισαν την παράδοση των προκατόχων τους στην παραβίαση των ουσιαστικών κριτηρίων του άρθρου 44 παρ. 1<sup>26</sup>. Σ' αυτό το πλαίσιο, η έκδοση κατά καιρούς π.ν.π. οι οποίες συνήθως δεν

<sup>24</sup> Βλ. Α. Μανιτάκη, *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας*, τ. Ι΄, Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1994, σελ. 59-61.

<sup>25</sup> Βλ. την κριτική παρουσίαση των πρώτων περιπτώσεων εφαρμογής του θεσμού από τον Π. Παραρά, «Η εφαρμογή του αρ. 44 παρ. 1 του Συντάγματος», *ΤοΣ*, τχ. 1, 1976, σελ. 195-204.

<sup>26</sup> Βλ. Ν. Αλιβιζάτου, «Το Σύνταγμα του 1975 και η εφαρμογή του: ένας στρεβλός εκσυγχρονισμός», *ΝοΒ*, τχ. 3, 1988, σελ. 544, σημ. 10.

πληρούσαν τα κριτήρια που θέτει το Σύνταγμα και σχετίζονταν περισσότερο με συγκυριακές πολιτικές σκοπιμότητες του κυβερνώντος κόμματος κατέστη κανόνας<sup>27</sup>.

Σε περιόδους οικονομικής κρίσης και πολιτικής αστάθειας όμως, όπως αυτή που διανύουμε την τελευταία δεκαετία στην Ελλάδα, η έκδοση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου χρησιμοποιήθηκε επανειλημμένα για να δημιουργήσει τετελεσμένα γεγονότα με τρόπο που προσidiaζε στο «δίκαιο της ανάγκης» ανώμαλων περιόδων<sup>28</sup>. Αυτή η εξέλιξη συναρθρώθηκε με την τάση της νομολογίας κατά την ίδια περίοδο να θέτει τις έκτακτες οικονομικές συνθήκες ως ερμηνευτικό κριτήριο για τον προσδιορισμό αόριστων νομικών εννοιών, όπως εκείνης του δημοσίου συμφέροντος.

Σ' ένα τέτοιο πλαίσιο, ο έλεγχος των ουσιαστικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων έκδοσης Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου αποκτά ιδιαίτερη σημασία. Τα δικαστήρια έχουν μέχρι στιγμής αποφύγει αυτόν τον έλεγχο, εμμένοντας στην παραδοσιακή<sup>29</sup> αντίληψη ότι η αρμοδιότητά τους περιορίζεται στον έλεγχο της εξωτερικής τυπικής συνταγματικότητας των νόμων, δηλαδή στον έλεγχο του υποστατού τους, καθώς βέβαια και στον έλεγχο του περιεχομένου τους<sup>30</sup>. Ήδη όμως πληθαίνουν οι φωνές που υποστηρίζουν ότι ο δικαστικός έλεγχος των προϋποθέσεων έκδοσης νόμων όπως οι π.ν.π. είναι όχι μόνο επιτρεπτός αλλά και επιβεβλημένος<sup>31</sup>. Σ' αυτό το πλαίσιο, η διαδικαστική προϋπόθεση της πρότασης του υπουργικού συμβουλίου ή της κατάθεσης της π.ν.π. στη Βουλή προς κύρωση εντός σαράντα ημερών προσομοιάζεται με τον έλεγχο της εξωτερικής τυπικής συνταγματικότητας. Ακόμα όμως και οι ουσιαστικές προϋποθέσεις του άρθρου 44 παρ. 1, δηλαδή η συνδρομή έκτακτων περιστάσεων εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης υποστηρίζεται ότι θα μπορούσαν να ελεγχθούν δικαστικά. Άλλωστε, από ουσιαστικής άποψης, ο έλεγχος της συνδρομής των όρων των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου δεν είναι διαφορετικός από τον έλεγχο, έστω και ασθενή ή «οριακό», που διαχρονικά ασκούν τα δικαστήρια επί των εκδιδόμενων κατ' άρθρο 43 παρ. 2 του Συντάγματος κανονιστικών διαταγμάτων ειδικής ή ειδικότερης νομοθετικής εξουσιοδότησης<sup>32</sup>. Σ' αυτήν την περίπτωση, τα δικαστήρια δεν ελέγχουν το περιεχόμενο ενός κανόνα για να ανιχνεύσουν ενδεχόμενη σύγκρουση μεταξύ συνταγματικού και νομοθετικού κανόνα, αλλά ελέγχουν εάν η νομοθετική εξουσία άσκησε την καθορισμένη από το Σύνταγμα αρμοδιότητά του κατά τρόπο σύμφωνο με τις συνταγματικές προβλέψεις που θέτουν

<sup>27</sup> Για «χαλαρή» αντιμετώπιση από την εκτελεστική εξουσία των ουσιαστικών κριτηρίων που θέτει το άρθρο 44 παρ. 1 έκανε λόγο στις αρχές της δεκαετίας του '90 ο Ε. Βενιζέλος, *Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου*, τ. Ι, Παρατηρητής, Θεσσαλονίκη 1991, σελ. 134-135.

<sup>28</sup> Όπως παρατηρεί ο Κ. Χρυσόγονος, *Η καταστρατήγηση του Συντάγματος στην εποχή των μνημονίων*, συνεργ. Α. Καϊδατζή, Χ. Κουραντίδου, Β. Τσιγαρίδα, Λιβάνη, Αθήνα 2013, σελ. 60, το 2012 εκδόθηκαν 25 πράξεις νομοθετικού περιεχομένου, περισσότερες δηλαδή από όσες εκδόθηκαν αθροιστικά μεταξύ 2000 και 2011.

<sup>29</sup> Για τις απαρχές αυτής της αντίληψης βλ. Α. Καϊδατζή, *ό.π.*, σελ. 330-335 και την εκεί παρατιθέμενη και σχολιαζόμενη νομολογία. Για τη νομολογία του ΣτΕ μετά την Απελευθέρωση, τη μόνη περίοδο κατά την οποία το συγκεκριμένο Δικαστήριο προχώρησε σε δικαστικό έλεγχο της πραγματικής συνδρομής των όρων της ανάγκης βλ. Α.Ι. Μεταξά, *ό.π.*, σελ. 295-301.

<sup>30</sup> Βλ. σχετικά Κ. Χρυσόγονου, «Ο έλεγχος της συνδρομής των ουσιαστικών προϋποθέσεων για την έκδοση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου», *Ελλάνη* 1991, σελ. 705 επ., Π. Παραρά, «Ο δικαστικός έλεγχος των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου», *ΤοΣ* 1990, σελ. 237 επ..

<sup>31</sup> Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, *Σύνταγμα και Βουλή. Αυτονομία και ανέλεγκτο των εσωτερικών του σώματος*, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012, σελ. 111-112, 213-217.

<sup>32</sup> Για τον έλεγχο συνταγματικότητας των εξουσιοδοτικών διατάξεων υπό το πρίσμα της σύμφωνης με το Σύνταγμα ερμηνείας των νόμων βλ. Β. Μπουκουβάλα, *Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων και ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας*, Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2018, σελ. 590-599.

τους όρους άσκησής της<sup>33</sup>, δευτερευόντως δε, ελέγχεται και η νομιμότητα των προϋποθέσεων άσκησης της κανονιστικής αρμοδιότητας της Διοίκησης<sup>34</sup>. Με άλλα λόγια, αξίζει να ξαναθυμηθούμε τη συζήτηση που είχε ανοίξει η μειοψηφία της ΣτΕ (Ολ.) 1250/2003, όταν υποστήριξε ότι ο έλεγχος της συνδρομής έκτακτων περιστάσεων εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης «είναι αυτονόητος και αναγκαίος προς διασφάλιση των αρχών του κράτους δικαίου και προς αποφυγή της αλλοιώσεως του πολιτεύματος από τον κίνδυνο καταχρηστικής προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 44 παρ. 1»<sup>35</sup>.

Παράλληλα, ενόψει και της κίνησης της διαδικασίας αναθεώρησης του Συντάγματος, συζητείται η *de constitutione ferenda* κατάλληλη λύση για τη ρύθμιση του «δικαίου της ανάγκης»<sup>36</sup>. Μια πρόταση που θα είχε ως γνώμονα την εναρμόνιση του ισχύοντος καθεστώτος των π.ν.π. με την αντιπροσωπευτική αρχή θα επέτασσε τη συνάρτηση της δυνατότητας έκδοσης π.ν.π. με τη λειτουργία ή όχι του Κοινοβουλίου. Και τούτο διότι η *ratio* της κατοχύρωσης της σχετικής αρμοδιότητας από την εκτελεστική λειτουργία συνίσταται στην άμεση θεραπεία έκτακτων, επειγόντων και απρόβλεπτων αναγκών που δεν θα μπορούσαν να ικανοποιηθούν με διαφορετικό τρόπο, π.χ. με την ψήφιση νόμου από τη Βουλή εντός μίας ημέρας με τη διαδικασία του κατεπείγοντος. Μια ενδεχόμενη αλλαγή στην ως άνω κατεύθυνση θα διασφαλίσει εκ νέου τη δυνατότητα έκτακτης νομοθέτησης σε περίπτωση μη λειτουργίας της Βουλής, προστατεύοντας όμως ταυτόχρονα την πρωτοκαθεδρία του αντιπροσωπευτικού σώματος από την *de facto* φαλκίδευσή της εκ μέρους της εκτελεστικής εξουσίας.

## Αντί επιλόγου

Είναι αμφίβολο το εάν η κρίση της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας, που συνδέεται στην εποχή μας με την αποδυνάμωση της λειτουργίας της αντιπροσώπευσης ως αποτέλεσμα της οικονομικής κρίσης, μπορεί συνολικά να αντιμετωπιστεί με τις παραπάνω προτάσεις. Εξάλλου, το δίκαιο της ανάγκης απετέλεσε διαχρονικά μια σημαία ευκαιρίας στα χέρια των εκάστοτε κυβερνώντων, την οποία δύσκολα θα εγκαταλείψουν. Επιπλέον, τα δικαστήρια έχουν αποδείξει σε περιόδους κρίσης ότι δεν αμφισβητούν θεμελιακές επιλογές της πολιτικής εξουσίας, ακόμα και αν αυτές έχουν ληφθεί με ανορθόδοξο τρόπο. Ίσως όμως οι παραπάνω προτάσεις να συγκροτήσουν ένα ελάχιστο εγγυητικό δίκτυο προστασίας, ρύθμισης και οριοθέτησης των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου. Κάτι τέτοιο δεν θα έλυνε τα δομικά και υπαρξιακά προβλήματα που αντιμετωπίζει σήμερα η σύζευξη της αρχής του κράτους δικαίου με την αντιπροσωπευτική δημοκρατία ως μέσο ελέγξιμης πραγμάτωσης της λαϊκής κυριαρχίας, θα συνέβαλλε όμως στον δημοκρατικό έλεγχό τους. Σε κάθε περίπτωση πάντως, οι αλλαγές στη μηχανική της αντιπροσώπευσης θα

<sup>33</sup> Βλ. αναλυτικά για το συγκεκριμένο ζήτημα Χ. Μουκίου, *Η κανονιστική αρμοδιότητα της διοίκησης υπό το πρίσμα νεότερων νομολογιακών εξελίξεων*, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2010.

<sup>34</sup> Βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλου, *Ζητήματα κανονιστικής αρμοδιότητας της διοικήσεως*, Αφοί Σάκκουλα, Αθήνα 1968, σελ. 117.

<sup>35</sup> Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, *ό.π.*, σελ. 217, σημ. 745.

<sup>36</sup> Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, «Η αναθεωρητική πορεία προς έναν έλλογο κοινοβουλευτισμό» σε Χ. Ακριβοπούλου, Ν. Παπαχρήστου (επιμ.), *Η πρόκληση της αναθεώρησης του Συντάγματος*, Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σελ. 36.

εξαρτηθούν από τη νέα ισορροπία που θα προκύψει στη σχέση μεταξύ κυβερνώντων και κυβερνωμένων.

# ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΗΣ ΚΑΛΗΣ ΝΟΜΟΘΕΤΗΣΗΣ ΣΤΗ ΝΟΜΟΠΑΡΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ

Ελένη Χ. Μπήνα, Δικηγόρος, Υποψήφια Διδάκτωρ Νομικής Α.Π.Θ., ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης, Διαπιστευμένη Διαμεσολαβήτρια του Υπουργείου Δικαιοσύνης

## 1.Εισαγωγικά: Κράτος δικαίου και καλή νομοθέτηση

Η έννοια του κράτους δικαίου αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι της συνείδησης των πολιτών και της εθνικής έννομης τάξης, ακόμα και αν για κάποιους είναι μια αφηρημένη έννοια και δικαιική αρχή. Θα μπορούσαμε να πούμε ότι από την πλειονότητα των πολιτών γίνεται αντιληπτή η παραβίαση της αρχής του κράτους δικαίου όπως συμβαίνει και με το κοινό περί δικαίου αίσθημα. Κράτος δικαίου είναι αυτό που θέτει το ίδιο κανόνες δικαίου που οριοθετούν και περιορίζουν τη δράση του, τους οποίους κανόνες πρέπει να σέβεται και να τηρεί.<sup>1</sup> Ταυτίζεται με το συνταγματικό κράτος και με την εξέλιξη της κοινωνίας λαμβάνει διάφορες μορφές, όπως το κοινωνικό, παρεμβατικό, παροχικό κλπ. Καλή νομοθέτηση είναι «η πολιτική και η διαμόρφωση αρχών και μέσων για τη βελτίωση της ποιότητας των ρυθμίσεων και των διαδικασιών παραγωγής τους»<sup>2</sup>. Οι αρχές καλής νομοθέτησης που πρέπει να τηρούνται κατά τη νομοπαρασκευαστική διαδικασία, παρατίθενται στο άρθρο 2 του Ν.4048/2012 «Ρυθμιστική Διακυβέρνηση: Αρχές, Διαδικασίες και Μέσα Καλής Νομοθέτησης». Αυτές είναι η αναγκαιότητα, η αναλογικότητα, απλότητα και η σαφήνεια του περιεχομένου των ρυθμίσεων, η αποφυγή αντιφατικών ή αποκλινουσών από τη γενική πολιτική ρυθμίσεων, η διαφάνεια, η ασφάλεια δικαίου, η προσβασιμότητα στις ρυθμίσεις με ηλεκτρονικά μέσα, η διαβούλευση, η ισότητα των φύλων, η δημοκρατική νομιμοποίηση, η αποτελεσματικότητα και η αποδοτικότητα με συνεκτίμηση των θεμελιούντων τη ρύθμιση στοιχείων και των συνεπειών της ρύθμισης, η επικουρικότητα και η λογοδοσία με τον προσδιορισμό των αρμόδιων οργάνων εφαρμογής των ρυθμίσεων.<sup>3</sup> Γίνεται αντιληπτό ότι οι βασικές αρχές της καλής νομοθέτησης είναι ως επί το πλείστον συνταγματικά κατοχυρωμένες και είναι εκφάνσεις της αρχής του κράτους δικαίου.<sup>4</sup> Με την παραβίαση επομένως των αρχών καλής νομοθέτησης παραβιάζεται και η αρχή του κράτους δικαίου από το ίδιο το κράτος, με αποτέλεσμα την παραγωγή νόμων που είναι εν τη γενέσει τους «κακοί», αντισυνταγματικοί και «προβληματικοί» στην εφαρμογή τους, γεγονός που οδηγεί σε έναν φαύλο κύκλο κακονομίας, παραβίασης της αρχής του κράτους δικαίου και προβλημάτων στη λειτουργία του κράτους.<sup>5</sup> Το κράτος δικαίου αλληλεπιδρά με το νόμο και τη νομοπαραγωγή<sup>6</sup>. Και στην αιτιολογική έκθεση του Ν.4048/2012

<sup>1</sup>Ε. ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου Ι, εκδ. Παρατηρητής, 1991, σελ.167, Μανιτάκης Α., «Κράτος δικαίου και έλεγχος της συνταγματικότητας», Σάκκουλας Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 1994, Α.Ι. ΤΑΧΟΣ, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, Σάκκουλας, 2005,σελ.68

<sup>2</sup> Άρθρο 1§2στ.β Ν.4048/2012.

<sup>3</sup> Άρθρο 2 Ν.4048/2012

<sup>4</sup> Π. ΜΑΝΤΖΟΥΦΑΣ, Καλή Νομοθέτηση και Κράτος Δικαίου, εκδ. Ευρασία, 2018,σελ. 195.

<sup>5</sup> Διαφθορά, διαίωνιση πελατειακών σχέσεων, ασυνέχεια στη Διοίκηση και το Κράτος, ανασφάλεια δικαίου κλπ.

<sup>6</sup> Π. ΜΑΝΤΖΟΥΦΑΣ, ό.π., σελ.52.



αναφέρεται ότι «η βελτίωση των κανόνων παραγωγής του νομοθετικού έργου αποτελεί βασική προϋπόθεση για την αντιμετώπιση της πολυνομίας, τη μείωση των διοικητικών βαρών και, εν τέλει, την ενίσχυση του κράτους δικαίου»<sup>7</sup>.

Η παραγωγή νόμων με την τήρηση των αρχών της καλής νομοθέτησης θα συμβάλει στην καταπολέμηση του φαινομένου της «κρίσης του νόμου», που προκύπτει από την τάση της κρατικής εξουσίας να παραβιάζει τους ίδιους τους νόμους της λόγω της πολυνομίας και της αύξησης της κανονιστικής αρμοδιότητας της διοίκησης και όλων των τομέων της κοινωνικής ζωής στους οποίους καλείται ο σύγχρονος νομοθέτης να παρέμβει.<sup>8</sup> Το φαινόμενο αυτό εκφράζεται τα τελευταία χρόνια ως κακονομία και πολυνομία που μαστίζουν τις έννομες τάξεις των σύγχρονων κρατών διεθνώς. Οι συνέπειες της κακονομίας και της πολυνομίας είναι ευρέως γνωστές και στη χώρα μας και όλο και περισσότεροι θεωρητικοί προσφεύγουν στην ανάλυσή τους, ώστε να εντοπιστούν οι παθογένειες και να αντιμετωπιστούν. Στην μελέτη αυτή, δεν θα επικεντρωθούμε στις συνέπειες της κακονομίας, αλλά μέσω της παρουσίασης των σταδίων και διαδικασιών παραγωγής και ψήφισης ενός νόμου, θα επιχειρηθεί ο εντοπισμός των προβλημάτων και η πρόταση λύσεων για κάθε φάση της νομοπαρασκευής, εστιάζοντας στα σχέδια νόμων. Θα εστιάσουμε στη διαδικασία που ακολουθείται για την κατάρτιση και ψήφιση νομοσχεδίων, χάριν οικονομίας χρόνου και για τον περιορισμό των αναλυόμενων ζητημάτων, καθώς πρόκειται για μελέτη συγκεκριμένης έκτασης. Θα αναλυθεί το στάδιο προετοιμασίας των νόμων και τα προβλήματα που εμφανίζονται σ' αυτό και θα προταθούν λύσεις και το στάδιο της τυπικής νομοθετικής κοινοβουλευτικής διαδικασίας ψήφισης ενός νομοσχεδίου, τα προβλήματα που υπάρχουν και που δεν επιτρέπουν την εφαρμογή των αρχών καλής νομοθέτησης και θα προταθούν λύσεις.

## 2. Το στάδιο προετοιμασίας των σχεδίων νόμων

Κατά κύριο λόγο η νομοθετική πρωτοβουλία στη χώρα μας ανήκει στην Κυβέρνηση. Η προκοινοβουλευτική διαδικασία έχει βαρύνουσα πολιτική σημασία, καθώς εκφράζει την πολιτική που ακολουθεί η Κυβέρνηση<sup>9</sup>. Η Γενική Γραμματεία της Κυβέρνησης είναι αυτή που ελέγχει και συντονίζει το νομοθετικό έργο κατά την προκοινοβουλευτική διαδικασία. Το νομικό της Γραφείο υποστηρίζει το νομοθετικό έργο της.<sup>10</sup> Παραλαμβάνει τα σχέδια νόμων και ελέγχει τη συνδρομή των κατά το Σύνταγμα και τον Κανονισμό της Βουλής απαιτούμενων προϋποθέσεων προκειμένου να κατατεθούν στη Βουλή. Όταν το κρίνει απαραίτητο, διαβιβάζει τα σχέδια νόμων προς επεξεργασία στην Κεντρική Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή (ΚΕ.Ν.Ε.).<sup>11</sup> Παράλληλα συστήθηκε το Γραφείο Καλής Νομοθέτησης της Γενικής Γραμματείας της Κυβέρνησης<sup>12</sup> μαζί με τα Γραφεία Νομοθετικής Πρωτοβουλίας σε κάθε Υπουργείο<sup>13</sup>, τα οποία συνεργάζονται για τον έλεγχο της ποιότητας των ρυθμίσεων. Το πρόβλημα είναι πως μέχρι σήμερα τα γραφεία νομοθετικής πρωτοβουλίας – σε όποια υπουργεία έχουν συσταθεί και στελεχωθεί- δεν παράγουν έργο.

<sup>7</sup> Αιτιολογική έκθεση στο σχέδιο νόμου «Ρυθμιστική Διακυβέρνηση: Αρχές, Διαδικασίες και Μέσα Καλής Νομοθέτησης», Α. Γενικό Μέρος, τέλος πρώτης παραγράφου, 2011.

<sup>8</sup> Ε. ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ, ό.π., σελ.115.

<sup>9</sup> Δ. ΜΕΛΙΣΣΑΣ, Η προκοινοβουλευτική νομοθετική διαδικασία, ο άτυπος νομοθέτης, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1995, σελ. 60.

<sup>10</sup> ΠΔ 63/2005, Κυβέρνηση-Κυβερνητικά όργανα, άρθρο 76περ.α.

<sup>11</sup> ΠΔ 63/2005, Κυβέρνηση-Κυβερνητικά όργανα, άρθρο 76περ.α',στοιχ. Αα και ββ.

<sup>12</sup> Ν. 4048/2012, άρθρα 1§2 στ.ζ, 14 και 15§§1 και 2.

<sup>13</sup> Ν. 4048/2012, άρθρα 1§2 στ.η, 14 και 15§§1 και 3.

Κατά το άρθρο 3 του Ν.4048/2012, επιβάλλεται στα Υπουργεία ο νομοθετικός προγραμματισμός και οι Υπουργοί στην αρχή κάθε τακτικής συνόδου της Βουλής υποχρεούνται να ενημερώνουν το Γραφείο Καλής Νομοθέτησης για τον αριθμό και το αντικείμενο των νομοσχεδίων που πρόκειται να εισαγάγουν στη Βουλή προς ψήφιση με επιτρεπόμενη υπέρβαση του αριθμού των νομοσχεδίων λόγω συνθηκών και με έγκριση του Υπουργικού Συμβουλίου. Ως προς τη διαδικασία, σύμφωνα με το Υπουργείο Δικαιοσύνης, ο Υπουργός που κρίνει ότι προκύπτει ανάγκη τροποποίησης ή συμπλήρωσης της ισχύουσας νομοθεσίας, αναθέτει σε ειδική νομοπαρασκευαστική επιτροπή την κατάρτιση σχεδίου νόμου.<sup>14</sup> Η νομοπαρασκευαστική επιτροπή στην οποία ανατίθεται η σύνταξη του σχεδίου νόμου αποτελείται κάθε φορά από άτομα με τις απαιτούμενες γνώσεις ανάλογα με τη φύση του νομοσχεδίου και από τουλάχιστον έναν υπάλληλο του Γραφείου Νομοθετικής Πρωτοβουλίας.<sup>15</sup> Σε αυτό το στάδιο είναι δυνατόν να παρεισφρήσουν συντεχνιακά συμφέροντα και οι υπό κατάρτιση διατάξεις να εξασφαλίζουν συγκεκριμένες κοινωνικές ομάδες σε βάρος του συνόλου. Ταυτόχρονα, συντάσσονται οι εκθέσεις και μελέτες που απαιτείται κατά περίπτωση να συνοδεύουν το νομοσχέδιο. Απαραίτητη είναι για κάθε σχέδιο ή πρόταση νόμου η αιτιολογική έκθεση<sup>16</sup> καθώς και η έκθεση αξιολόγησης συνεπειών των ρυθμίσεων που περιλαμβάνονται σε αυτά.<sup>17</sup> Η αιτιολογική έκθεση θα πρέπει για να είναι σύμφωνη με τις αρχές της καλής νομοθέτησης, να είναι ουσιαστική και όχι προσχηματική επαναλαμβάνοντας απλώς τις διατάξεις του νομοσχεδίου.<sup>18</sup> Επίσης, αν η νέα ρύθμιση αποσκοπεί στην τροποποίηση ισχύουσας, θα πρέπει στην αιτιολογική έκθεση να υπάρχει ολόκληρο το κείμενο της τροποποιούμενης διάταξης και στο κείμενο του νομοσχεδίου ολόκληρη η διάταξη όπως θα διαμορφωθεί μετά την τροποποίηση.<sup>19</sup> Η ανάλυση συνεπειών ρυθμίσεων, πέραν του ΚτΒ προβλέπεται από το άρθρο 7 του Ν.4048/2012 και σ' αυτήν περιγράφεται το πρόβλημα που απαιτεί ρύθμιση, προσδιορίζονται οι αρνητικές συνέπειες της μη ρύθμισης, οι εναλλακτικές ρυθμιστικές επιλογές οι οποίες συγκρίνονται ώστε μετά από στάθμιση ωφελημάτων, κόστους και διακινδυνεύσεων να προκύπτει το ότι η προτεινόμενη ρύθμιση είναι η ιδανική κατά περίπτωση, με τις λιγότερες συνέπειες οικονομικές και κοινωνικές.<sup>20</sup> Σε νομοσχέδια που συνεπάγονται επιβάρυνση του κρατικού προϋπολογισμού, απαιτείται Ειδική Έκθεση τρόπου κάλυψης των δαπανών<sup>21</sup> και Έκθεση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους<sup>22</sup>.

Το σχέδιο νόμου μαζί με τις προβλεπόμενες εκθέσεις αποστέλλεται στη Γενική Γραμματεία της Κυβέρνησης και ο Γενικός Γραμματέας, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, το παραπέμπει στην ΚΕ.Ν.Ε. προς επεξεργασία. Η ΚΕ.Ν.Ε., εάν επιληφθεί, διερευνά τη συνταγματικότητα και συμβατότητα των προτεινόμενων ρυθμίσεων, την πληρότητα των κειμένων ως προς τις καταργούμενες και τροποποιούμενες διατάξεις και εξετάζει ζητήματα επικάλυψης των προτεινόμενων ρυθμίσεων με υφιστάμενες διατάξεις<sup>23</sup>. Μέλος της Επιτροπής αναλαμβάνει να συντάξει εισήγηση επί του

<sup>14</sup> ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ, ιστοσελίδα [http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=Z5RycT\\_CU3Y%3D&tabid=145](http://www.ministryofjustice.gr/site/LinkClick.aspx?fileticket=Z5RycT_CU3Y%3D&tabid=145)

<sup>15</sup> Άρθρο 16 Ν.4048/2012.

<sup>16</sup> Άρθρο 74§1Σ και 85§3 ΚτΒ.

<sup>17</sup> Άρθρο 85§3εδ.2 ΚτΒ.

<sup>18</sup> Ι. ΣΥΜΕΩΝΙΔΗΣ, Πρακτικά Συνεδρίου με θέμα «Η καλή νομοθέτηση ως αναγκαία προϋπόθεση μιας δίκαιης και αποτελεσματικής λειτουργίας της πολιτείας», 28-29/04/2017, παρέμβαση, σελ.86

<sup>19</sup> Άρθρο 74§4Σ, 85§3 και §4ΚτΒ.

<sup>20</sup> Άρθρο 4 περ. α'-δ' Ν.4048/2012.

<sup>21</sup> Άρθρο 75§3Σ.

<sup>22</sup> Άρθρο 75§1Σ.

<sup>23</sup> Άρθρο 2 Απόφασης Υ152 Οργάνωση και Λειτουργία της ΚΕ.Ν.Ε., ΦΕΚ Β' 499/1-3-2015.

κειμένου και ακολουθεί η επεξεργασία του. Η ΚΕ.Ν.Ε. μπορεί να διατυπώσει παρατηρήσεις πάνω στο κείμενο που καταγράφονται σε αναλυτικό πρακτικό. Η ΚΕ.Ν.Ε. μπορεί να επιληφθεί και υπουργικών τροπολογιών, πράξεων νομοθετικού περιεχομένου, σχεδίων κανονιστικών διαταγμάτων, υπουργικών κανονιστικών αποφάσεων. Πριν την κατάθεση του νομοσχεδίου στη Βουλή, αυτό τίθεται σε δημόσια διαβούλευση στην ιστοσελίδα [orengon.gr](http://orengon.gr) που χωρίζεται σε δύο φάσεις: η πρώτη διαρκεί τουλάχιστον δύο εβδομάδες και περιλαμβάνει την ενημέρωση και δυνατότητα σχολιασμού σχετικά με τον στόχο και το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, το κόστος, τα οφέλη κλπ. Η δεύτερη διαρκεί τουλάχιστον τρεις εβδομάδες και κατά τη διάρκειά της παρέχεται η δυνατότητα σχολιασμού κατ' άρθρο<sup>24</sup>. Η διαβούλευση μπορεί να συντημηθεί ή να διακοπεί με πρωτοβουλία του Υπουργού που εκπόνησε το σχέδιο νόμου<sup>25</sup>. Η έκθεση επί της δημόσιας διαβούλευσης πρέπει να συνοδεύει ένα νομοσχέδιο που κατατίθεται στη Βουλή<sup>26</sup>.

### 3. Προβλήματα της προκοινοβουλευτικής διαδικασίας και προτάσεις για τη λύση τους

Μείζον και πρωταρχικό πρόβλημα που οδηγεί στην κακονομία, την πολυνομία και γενικότερα στη μη εφαρμογή των αρχών καλής νομοθέτησης είναι η ασυνέχεια του κράτους. Κάθε φορά που αλλάζει ο Υπουργός σε ένα Υπουργείο, ακόμα και αν η Κυβέρνηση είναι η ίδια, αλλάζει και η πολιτική που εφαρμόζεται από αυτό. Η συνέχεια του Κράτους διακόπτεται και ο νέος Υπουργός χρησιμοποιεί τη νομοθετική πρωτοβουλία ως μέσο έκφρασης της προσωπικής του πολιτικής βούλησης πριν καν προλάβει να τεθεί σε εφαρμογή η νομοθεσία του προκατόχου του.<sup>27</sup> Όπως επεσήμανε και ο Αντώνης Μανιτάκης μετά την εμπειρία τους ως Υπουργός Διοικητικής Μεταρρύθμισης, οι εναλλασσόμενοι υπουργοί νομοθετούν αγνοώντας ή περιφρονώντας το νομοθετικό έργο των προκατόχων τους, ξανακτίζοντας από την αρχή τη δημόσια διοίκηση με συνέπεια την παντελή απουσία θεσμικής μνήμης και κρατικής συνέχειας.<sup>28</sup> Θα πρέπει να μην αντιμετωπίζεται η υπουργική θέση και γενικότερα η συμμετοχή στην Κυβέρνηση ως ένα μέσον πολιτικής ανέλιξης και προσωπικής προβολής. Απαραίτητη είναι η ενημέρωση και η γνώση της ισχύουσας νομοθεσίας για κάθε Υπουργό, ώστε, όταν υπάρχει ήδη νομοθεσία που στοχεύει στη ρύθμιση μιας κατάστασης, αλλά εμφανίζονται προβλήματα, να μελετάται πρώτα ο τρόπος καλύτερης εφαρμογής της και η ενίσχυσή της και όχι η κατάργησή της με νέα νομοθετική πρωτοβουλία<sup>29</sup>. Επιπλέον στο σημείο αυτό είναι δυνατόν να εξυπηρετηθούν πελατειακές σχέσεις με συγκεκριμένες κοινωνικές ομάδες μέσω της ρύθμισης θεμάτων υπέρ των συμφερόντων τους, εντείνοντας έτσι το πρόβλημα της κακονομίας, και αν αυτό έχει συνέπειες υπέρ μιας μικρής κοινωνικής ομάδας και σε βάρος της πλειονότητας των πολιτών παραβιάζοντας αρχές όπως αυτές της χρηστής διοίκησης, της νομιμότητας, της ισότητας και του κράτους δικαίου, και εντείνοντας

<sup>24</sup> Άρθρο 6 §2Ν.4048/2012.

<sup>25</sup> Άρθρο 6 §3Ν.4048/2012.

<sup>26</sup> Άρθρο 85§3εδ.2 ΚτΒ.

<sup>27</sup> Γ. ΤΑΣΟΠΟΥΛΟΣ, Ο ρόλος των εσωτερικών οργάνων ελέγχου της Βουλής στη νομοπαραγωγική διαδικασία, Πρακτικά Συνεδρίου με θέμα «Η καλή νομοθέτηση ως αναγκαία προϋπόθεση μιας δίκαιης και αποτελεσματικής λειτουργίας της πολιτείας», 28-29/04/2017, σελ.48, Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, Δημόσια Διοίκηση και Διοικητική Μεταρρύθμιση, εγκλωβισμένες στον ιστό της πολυνομίας και της τυπολατρίας: προτάσεις για την απαγκίστρωσή τους, [constitutionalism.gr](http://constitutionalism.gr), 11.5.2016.

<sup>28</sup> Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, Δημόσια Διοίκηση και Διοικητική Μεταρρύθμιση... ό.π., σελ.3.

<sup>29</sup> C. BROWN, C. SCOTT, Regulation, Public Law and Better Regulation, *European Public Law Journal*, Kluwer Law International, 2011, pg.470.

τη διαφθορά<sup>30</sup>. Μια σωστή μελέτη συνεπειών ρυθμίσεων που θα έχει σαν πάγια αρχή την αναλογικότητα και θα προβαίνει σε ορθή στάθμιση κόστους- οφέλους<sup>31</sup>, μπορεί να βοηθήσει στην πάταξη της διαφθοράς κατά το στάδιο αυτό, αφού θα ελέγχεται έπειτα από την ΚΕ.Ν.Ε. ή τα γραφεία νομοθετικής πρωτοβουλίας και ως προς το περιεχόμενό της και έπειτα από το Κοινοβούλιο. Ακόμη, η ρύθμιση του άρθρου 3Ν.4048/2012 που προβλέπει ενημέρωση από τους Υπουργούς του Γραφείου Καλής Νομοθέτησης για τα νομοσχέδια που πρόκειται να φέρουν προς ψήφιση, είναι πολύ δύσκολο να εφαρμοστεί. Στην πράξη είναι σχεδόν αδύνατη η πρόβλεψη για το τι θα χρειαστεί να ρυθμιστεί μέσα σε μία τακτική σύνοδο, η οποία διαρκεί τουλάχιστον πέντε μήνες, ειδικά με τις συνθήκες που επικρατούν στις μέρες μας και με τη νομοθέτηση με τη διαδικασία του επείγοντος στις περισσότερες περιπτώσεις. Με την εξομάλυνση της πολιτικής και κοινωνικής κατάστασης ο νομοθετικός προγραμματισμός θα μπορούσε να εισφέρει πολλά στη βελτίωση της ποιότητας των νόμων και στην καταπολέμηση της πολυνομίας.

Απαραίτητη προϋπόθεση για πολλές από τις παραπάνω προτάσεις είναι η λειτουργία των Γραφείων Νομοθετικής Πρωτοβουλίας στα Υπουργεία που ακόμη δεν έχουν λειτουργήσει στην πλειονότητά τους. Σύμφωνα με τον Ν.4048/2012, αυτά αναλαμβάνουν τη σύνταξη της Ανάλυσης Συνεπειών Ρυθμίσεων. Εφόσον όμως η κατάρτιση σχεδίου νόμου γίνεται από τη νομοπαρασκευαστική επιτροπή ενός υπουργείου, δημιουργείται ζήτημα ως προς το ποιος είναι τελικά αρμόδιος και πιο κατάλληλος για τη σύνταξη της ανάλυσης συνεπειών ρυθμίσεων καθώς η έρευνα αυτή θα πρέπει να γίνεται από το όργανο που είναι αρμόδιο για την κατάρτιση του νομοσχεδίου, ώστε να έχει λάβει υπόψη του όλους τους παράγοντες και να γνωρίζει προς ποια κατεύθυνση θα πρέπει να κινηθεί. Τα ερωτήματα που τίθενται κατά την έρευνα συνεπειών, δεν θα πρέπει να εστιάζουν μόνο στις καθαρά οικονομικές συνέπειες, αλλά και στις επιπτώσεις στην κοινωνία και το περιβάλλον<sup>32</sup> και στην τήρηση των αρχών καλής νομοθέτησης: αν εφαρμοστεί ο νόμος, θα έχει επιπτώσεις στο κοινωνικό σύνολο, τη Διοίκηση και τη Δικαιοσύνη; Το κείμενο όπως ενδεικτικά θα τεθεί σε εφαρμογή, θα είναι κατανοητό από την κοινωνική ομάδα στην οποία αφορά<sup>33</sup>, ώστε να εφαρμοστεί αληθινά και να μην επιβαρύνεται κανένας τομέας του Δημοσίου από τη μη τήρησή του;<sup>34</sup> Τέτοιου είδους ερωτήματα τίθενται από το Υπουργείο Οικονομικών της Ελβετίας κατά τη μελέτη συνεπειών ρυθμίσεων. Η ανάρτηση των μελετών συνεπειών ρυθμίσεων σε συγκεκριμένο ιστότοπο θα προσφέρει στην εφαρμογή της αρχής της διαφάνειας.

Στον νόμο για την καλή νομοθέτηση προβλέπεται ότι τα γραφεία νομοθετικής πρωτοβουλίας καταρτίζουν τα νομοσχέδια που αναθέτει σε αυτά ο Υπουργός. Στο σημείο αυτό υπάρχει μία επικάλυψη των αρμοδιοτήτων, αφού η κατάρτιση νομοσχεδίων ανατίθεται κατά το άρθρο 15§3 Ν.4048/2012 από τον Υπουργό στο γραφείο νομοθετικής πρωτοβουλίας και κατά το άρθρο 16 στις νομοπαρασκευαστικές

<sup>30</sup> Όπως συνέβαινε με τους ατομικούς τυπικούς νόμους και η αναδρομική κύρωση με νόμο πράξεων νομοθετικού περιεχομένου με φωτογραφικές διατάξεις.

<sup>31</sup> C. BROWN, C. SCOTT, ό.π., σελ.471.

<sup>32</sup> Σ.ΚΟΝΤΟΝΗΣ, Ομιλία στα Πρακτικά Συνεδρίου με θέμα «Η καλή νομοθέτηση...πολιτείας», ό.π., σελ.245.

<sup>33</sup> G. KONTOGEOGA, Does (better)regulation really matter? Examining public financial management legislation in Greece, Volume43, Issue 1, European Journal of Law and Economics, Springer US, 2017, pg. 156.

<sup>34</sup> B. LESSERRE, Pour une meilleure qualité de la réglementation, Collection des rapports officiels, La Documentation française, 2004, pg.17

επιτροπές των Υπουργείων.<sup>35</sup> Θα υποκατασταθούν τελικά οι επιτροπές από τα Γραφεία Νομοθετικής Πρωτοβουλίας; Οι νομοπαρασκευαστικές επιτροπές των υπουργείων δεν είναι μόνιμες και συστήνονται κάθε φορά για κατάρτιση συγκεκριμένου νομοσχεδίου με συνέπεια να μην υπάρχει συνέχεια στη νομοθεσία κάθε Υπουργείου και καθιστώντας δυσκολότερη τη γνώση των διαχρονικών και κατά περίπτωση αναγκών του. Επιπλέον, η πολιτική ηγεσία έχει ευρύ περιθώριο παρέμβασης σε μία νομοπαρασκευαστική επιτροπή, αφού τη συγκροτεί η ίδια με στόχο την υλοποίηση της δικής της πολιτικής βούλησης και την επανδρώνει και με δικούς της συμβούλους-συνεργάτες.<sup>36</sup> Η αιτιολογική έκθεση που συνοδεύει ένα νομοσχέδιο είναι συνήθως, όπως προαναφέρθηκε, προσχηματική, επαναλαμβάνοντας απλώς τις διατάξεις του νομοσχεδίου<sup>37</sup>. Είναι απαραίτητο να συντάσσονται ουσιαστικές αιτιολογικές εκθέσεις από τις οποίες θα προκύπτει η σκοπιμότητα των ρυθμίσεων, η αναγκαιότητα και η τεκμηρίωση των νομοθετικών επιλογών, κάτι που το ζητά πλέον και η νομολογία κατά τον καθηγητή Σπύρο Βλαχόπουλο<sup>38</sup>.

Και οι ανώτεροι δημόσιοι υπάλληλοι όμως που υπηρετούν σε υψηλόβαθμες θέσεις των Υπουργείων, δεν έχουν το κατάλληλο υπόβαθρο για να κατανοήσουν τις πραγματικές ανάγκες προς ρύθμιση και να προωθήσουν ταυτόχρονα την καλύτερη νομοθέτηση. Αυτό συμβαίνει γιατί δεν γίνεται σωστή τοποθέτηση των αποφοίτων της Εθνικής Σχολής Δημόσιας Διοίκησης σε καίριες θέσεις από τις οποίες θα μπορούν να συνεισφέρουν στη βελτίωση της λειτουργίας της Διοίκησης.<sup>39</sup> Θα πρέπει να γίνει σωστή αξιοποίηση δημοσίων υπαλλήλων με γνώσεις και κατάρτιση πάνω σε θέματα καλής νομοθέτησης σε υψηλόβαθμες θέσεις της Διοίκησης και με αξιοκρατικά κριτήρια, για να αναμορφωθεί η νοοτροπία και η πρακτική που ακολουθείται, οι οποίες επηρεάζουν και τη νομοθετική λειτουργία, γιατί η διοικητική πρακτική προηγείται του νόμου και τον καθοδηγεί.<sup>40</sup> Είναι σημαντικό να αποκατασταθεί το έλλειμμα στελέχωσης και ποιότητας του προσωπικού στις δομές της Διοίκησης.

Η παραπομπή νομοσχεδίων στην ΚΕ.Ν.Ε. επαφίεται στην κρίση του Γ.Γ. της Κυβέρνησης, δεν είναι υποχρεωτική και όταν αυτή συμβεί, τα αποτελέσματά της δεν είναι δεσμευτικά ακόμη και αν έχει εντοπίσει ζητήματα αντισυνταγματικότητας, μη συμβατότητας ή παραβίασης των αρχών καλής νομοθέτησης. Έχει υποστηριχθεί ότι «στην πράξη, ο Γ.Γ. της Κυβέρνησης αποφασίζει ποια ζητήματα θα παραπέμψει...στην ΚΕ.Ν.Ε., δεδομένου ότι καίτοι νομοθετημένη διαδικασία, μπορεί στο έργο της να υποκατασταθεί από τη Νομική Υπηρεσία της Γ.Γ. της Κυβέρνησης, χάριν της ασκήσεως ταχύτερου ελέγχου»<sup>41</sup>. Εφόσον η νομοθετημένη διαδικασία είναι αυτή που η επεξεργασία γίνεται από την ΚΕ.Ν.Ε., οποιοσδήποτε άλλος έλεγχος λαμβάνει χώρα άτυπα, δεν μπορεί να έχει τα ίδια εχέγγυα αποτελεσματικού ελέγχου. Η προαιρετική παραπομπή νομοσχεδίων και η μη δεσμευτικότητα από τις παρατηρήσεις της ΚΕ.Ν.Ε., δεν βοηθούν στη βελτίωση της υπάρχουσας κατάστασης. Αποτέλεσμα είναι να φτάνουν νόμοι στη Βουλή, με αντισυνταγματικότητες που θα

<sup>35</sup> Άρθρο 15§3 και 16 Ν.4048/2012.

<sup>36</sup> Λ.ΧΡΙΣΤΟΠΟΥΛΟΣ, Πώς φτιάχνονται οι νόμοι στην Ελλάδα, ανάρτηση στον ιστότοπο του οργανισμού διαΝΕΟσις, Ιούλιος 2016.

<sup>37</sup> Ι. ΣΥΜΕΩΝΙΔΗΣ, Πρακτικά Συνεδρίου...ό.π., 28-29/04/2017, παρέμβαση, σελ.86.

<sup>38</sup> Σ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ, Οι διαδικασίες προπαρασκευής, ψήφισης και παρακολούθησης της υλοποίησης των νόμων κατά το Σύνταγμα και τον ΚτΒ- Βασικά χαρακτηριστικά και ελλείμματα, Πρακτικά συνεδρίου..., ό.π., σελ.30.

<sup>39</sup> Π. ΜΑΝΤΖΟΥΦΑΣ, Καλή νομοθέτηση... ό.π., σελ. 258, Δ. ΣΩΤΗΡΟΠΟΥΛΟΣ-Λ. ΧΡΙΣΤΟΠΟΥΛΟΣ, Πολυνομία και κακονομία στην Ελλάδα, εκδόσεις ΔΙΑΝΕΟΣΙΣ, 2017, σελ.167.

<sup>40</sup> Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ, Δημόσια Διοίκηση και Διοικητική Μεταρρύθμιση... ό.π., σελ.9.

<sup>41</sup> Π. ΜΑΝΤΖΟΥΦΑΣ, Καλή νομοθέτηση... ό.π., σελ.141.

μπορούσαν να έχουν εντοπιστεί από την ΚΕ.Ν.Ε. ή που έχουν επισημανθεί από αυτή, αλλά δεν ελήφθησαν υπόψη. Σημαντικό είναι να ενισχυθεί ο ρόλος της ΚΕ.Ν.Ε..<sup>42</sup> Η υποχρεωτική παραπομπή των σχεδίων νόμων τουλάχιστον, θα ήταν μια αρχή. Σε νομοσχέδια που αφορούν και επηρεάζουν μεγάλες κοινωνικές ομάδες ή έχουν σημαντικές οικονομικές συνέπειες θα μπορούσε να απαιτείται σύμφωνη γνώμη της ΚΕ.Ν.Ε., υποχρεωτική τροποποίηση των ρυθμίσεων που θα κρίνει αντισυνταγματικές ή μη συμβατές. Η ΚΕ.Ν.Ε. θα πρέπει να εμπλουτιστεί με μέλη ειδικοτήτων που είναι απαραίτητες για την κρίση επί ρυθμίσεων που αφορούν σε οικονομικά θέματα και θέματα τεχνολογίας, για να μπορεί να συμβαδίζει με τις απαιτήσεις της εποχής.<sup>43</sup> Η ανεξαρτητοποίηση της ΚΕ.Ν.Ε. έχει επίσης προταθεί.<sup>44</sup> Το κύριο πρόβλημα γενικώς στη νομοπαρασκευαστική διαδικασία είναι ο χρόνος. Ιδιαίτερα στην περίοδο των μνημονίων. Χάριν οικονομίας χρόνου δεν παραπέμπονται στην ΚΕ.Ν.Ε. τα νομοσχέδια. Η δημιουργία υποεπιτροπών της ΚΕ.Ν.Ε. μπορεί να βοηθήσει στη σύντμηση του χρόνου που απαιτείται για την επεξεργασία ενός νομοσχεδίου.

#### **4. Η τακτική νομοθετική κοινοβουλευτική διαδικασία**

Με την κατάθεση του νομοσχεδίου στη Βουλή αρχίζει και η κοινοβουλευτική διαδικασία.<sup>45</sup> Η διαδικασία που ακολουθείται και περιγράφεται στη συνέχεια, εφαρμόζεται και για τις προτάσεις νόμων. Η μετέπειτα πορεία του νομοσχεδίου ορίζεται από το Σύνταγμα και τον Κανονισμό της Βουλής και οι κανόνες που τίθενται αποσκοπούν στην εξασφάλιση της τήρησης των αρχών καλής νομοθέτησης. Ο Πρόεδρος της Βουλής μπορεί να παραπέμψει ένα νομοσχέδιο προς νομοτεχνική επεξεργασία στην Επιστημονική Υπηρεσία της Βουλής.<sup>46</sup> Η Γενική Διεύθυνση Νομοθετικού Έργου της Επιστημονικής Υπηρεσίας, κοινοποιεί τα παραπεμφθέντα από τον ΠτΒ νομοσχέδια στον Πρόεδρο της Υπηρεσίας, ο οποίος αναθέτει την επεξεργασία τους στις Διευθύνσεις Επιστημονικών Μελετών προς σύνταξη έκθεσης.<sup>47</sup> Στη συνέχεια οι εκθέσεις των Διευθύνσεων διανέμονται στους Βουλευτές δύο τουλάχιστον μέρες πριν τη συνεδρίαση της αρμόδιας κοινοβουλευτικής επιτροπής, αναδιατυπώνονται τα νομοσχέδια λαμβανομένου υπόψη του κειμένου όπως το διαμόρφωσε η Επιτροπή και διανέμονται εκ νέου μέχρι την παραμονή της συζήτησης.<sup>48</sup> Η επεξεργασία αφορά σε έρευνα της σχέσης των προτεινόμενων ρυθμίσεων με την ισχύουσα νομοθεσία, προτάσεις για εναρμόνιση των προτεινόμενων ρυθμίσεων προς το Σύνταγμα, το δίκαιο της Ε.Ε. και τους κανόνες του Διεθνούς Δικαίου που ισχύουν ως εσωτερικό δίκαιο, πληροφορίες για ειδικότερα

<sup>42</sup> Μ. ΚΑΪΑΦΑ-ΓΚΜΠΙΑΝΤΙ, Συμπεράσματα, Πρακτικά Συνεδρίου, ό.π., σελ.280.

<sup>43</sup> Γ. ΚΑΣΙΜΑΤΗΣ, σε Δ. ΜΕΛΙΣΣΑ, ό.π., υποσημείωση σελ.100.

<sup>44</sup> Π. ΜΑΝΤΖΟΥΦΑΣ, Καλή νομοθέτηση... ό.π., σελ.265, Δ. ΣΩΤΗΡΟΠΟΥΛΟΣ-Α. ΧΡΙΣΤΟΠΟΥΛΟΣ, Πολυνομία και κακονομία στην Ελλάδα, εκδόσεις ΔΙΑΝΕΟΣΙΣ, 2017,σελ.195, Μ. ΚΑΪΑΦΑ-ΓΚΜΠΙΑΝΤΙ, Συμπεράσματα, Πρακτικά Συνεδρίου, ό.π., σελ.280.

<sup>45</sup> Μαζί με το νομοσχέδιο κατατίθεται υποχρεωτικά η αιτιολογική έκθεση, η έκθεση συνεπειών ρυθμίσεων και στα νομοσχέδια που επιβαρύνουν τον προϋπολογισμό η έκθεση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους και η ειδική έκθεση του αρμόδιου Υπουργού και του Υπουργού Οικονομικών, εάν συνεπάγεται δαπάνη ή ελάττωση εσόδων ή η γνωμοδότηση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εάν πρόκειται για συνταξιοδοτικό νομοσχέδιο.

<sup>46</sup> Άρθρα 65§5,74§1Σ και 92§1, 160 ΚτΒ.

<sup>47</sup> Άρθρο 4 Ειδικού Εσωτερικού Κανονισμού της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής των Ελλήνων, Απόφαση ΠτΒ 8199/6321, ΦΕΚ Β'1521/4-12-2002, όπως τροποποιήθηκε με την Απόφαση του ΠτΒ 7209/4511 ΦΕΚ Β' 975/15-7-2003.

<sup>48</sup> Άρθρο4§4 Ειδικού Εσωτερικού Κανονισμού της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής των Ελλήνων.

θέματα και βιβλιογραφικό και νομολογιακό υλικό.<sup>49</sup> Η μη υποβολή ωστόσο, ή η εκκνοή της προθεσμίας για την υποβολή του επεξεργασμένου κειμένου και της σχετικής έκθεσης δεν εμποδίζουν την εγγραφή των νομοσχεδίων στην ημερήσια διάταξη ή την εισαγωγή τους για συζήτηση.<sup>50</sup> Και πάλι δηλαδή, η έκθεση με τα συμπεράσματα της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής δεν είναι δεσμευτική και η μη εφαρμογή τους στο κείμενο των προτεινόμενων ρυθμίσεων δεν επιφέρει καμία έννομη συνέπεια στο προς ψήφιση νομοσχέδιο.

Εάν ο ΠτΒ δεν κρίνει απαραίτητη την παραπομπή προς νομοτεχνική επεξεργασία του νομοσχεδίου, το παραπέμπει προς επεξεργασία και εξέταση στην αρμόδια διαρκή<sup>51</sup> ή ειδική κοινοβουλευτική επιτροπή.<sup>52</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 70 του Συντάγματος, η συζήτηση και η ψήφιση ενός νομοσχεδίου μπορεί να γίνει και σε διαρκή κοινοβουλευτική επιτροπή. Η επεξεργασία γίνεται σε δύο στάδια, μεταξύ των οποίων μεσολαβεί διάστημα τουλάχιστον επτά πλήρων ημερών. Στο πρώτο στάδιο, διεξάγεται συζήτηση επί της αρχής και επί των άρθρων και στο δεύτερο, δεύτερη ανάγνωση, συζήτηση και ψήφιση κατ' άρθρο.<sup>53</sup> Η εξέταση σε δύο στάδια δεν απαιτείται για τα νομοσχέδια που έχουν κατατεθεί με το χαρακτήρα του κατεπείγοντος. Είναι δυνατή η ακρόαση εξωκοινοβουλευτικών προσώπων με γνώσεις επί του αντικειμένου του νομοσχεδίου, η οποία γίνεται πριν την ψήφιση επί της αρχής του.<sup>54</sup> Στη συνέχεια, η επιτροπή συντάσσει έκθεση την οποία υποβάλλει στη Βουλή και περιέχει την πρότασή της για αποδοχή ή απόρριψη του νομοσχεδίου ή την απόφαση, στην περίπτωση που το νομοσχέδιο ψηφίζεται από την επιτροπή και τις τροποποιήσεις που πρότειναν οι βουλευτές-μέλη της και έγιναν δεκτές. Αν οι τροποποιήσεις είναι εκτεταμένες, υποβάλλεται το κείμενο του νομοσχεδίου όπως διαμορφώθηκε με αυτές.<sup>55</sup> Αφού περάσουν τουλάχιστον τρεις ημέρες από την υποβολή της έκθεσης της επιτροπής, το νομοσχέδιο εγγράφεται στην ημερήσια διάταξη.<sup>56</sup> Το νομοσχέδιο συζητείται και ψηφίζεται μία φορά κατ' αρχήν, κατ' άρθρο και στο σύνολο, εκτός εάν συζητήθηκε και ψηφίστηκε στην αρμόδια κοινοβουλευτική επιτροπή, οπότε εισάγεται στην Ολομέλεια σε μία συνεδρίαση και συζητείται και ψηφίζεται ενιαία επί της αρχής, επί των άρθρων και στο σύνολο.<sup>57</sup> Νομοσχέδιο δηλαδή, που έγινε δεκτό στην επιτροπή με πλειοψηφία τουλάχιστον τεσσάρων πέμπτων συζητείται και ψηφίζεται στην Ολομέλεια με συνοπτική διαδικασία.<sup>58</sup> Η κατ' αρχήν και κατ' άρθρο συζήτηση γίνεται βάσει του κειμένου του νομοσχεδίου όπως διαμορφώθηκε από την επιτροπή.<sup>59</sup> Στο στάδιο της κατ' αρχήν συζήτησης, ο ΠτΒ ή βουλευτής ή μέλος της Κυβέρνησης μπορεί να ζητήσει να αποφανθεί η Βουλή με ψηφοφορία με ανάταση ή έγερση επί αντιρρήσεων που προβάλλει για τη συνταγματικότητα του νομοσχεδίου.<sup>60</sup>

---

<sup>49</sup> Άρθρο 4§5 Ειδικού Εσωτερικού Κανονισμού της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής των Ελλήνων

<sup>50</sup> Άρθρο 92§5Σ.

<sup>51</sup> Άρθρα 68§1, 74§2Σ και 31ΚτΒ.

<sup>52</sup> Άρθρα 74§2Σ και 42§1, 89ΚτΒ.

<sup>53</sup> Άρθρο 90§1ΚτΒ.

<sup>54</sup> Άρθρα 38 και 90§2 εδ. τελευταίο ΚτΒ.

<sup>55</sup> Άρθρο 91§6 στ.β και γ ΚτΒ.

<sup>56</sup> Άρθρο 93§2ΚτΒ.

<sup>57</sup> Άρθρα 94§1ΚτΒ, 72§4Σ.

<sup>58</sup> Άρθρα 72§24εδ.β' Σ.

<sup>59</sup> Άρθρο 94§3ΚτΒ.

<sup>60</sup> Άρθρο 100 ΚτΒ.

Τρεις ημέρες πριν την έναρξη της συζήτησης στην Ολομέλεια, στο Τμήμα ή τη διαρκή επιτροπή του Κοινοβουλίου, είναι δυνατόν να κατατεθούν τροπολογίες από Υπουργούς ή βουλευτές.<sup>61</sup> Οι τροπολογίες κατατίθενται στην αρμόδια υπηρεσία της Βουλής και καταχωρίζονται σε ιδιαίτερο βιβλίο συνεχούς αρίθμησης. Απαιτείται σύντομη αιτιολογική έκθεση που συνοδεύει κάθε τροπολογία και συνοπτική έκθεση αξιολόγησης συνεπειών της ρύθμισής της, όταν προέρχεται από Υπουργό.<sup>62</sup> Οι τροπολογίες δεν μπορεί να είναι άσχετες με το κύριο αντικείμενο του νομοσχεδίου που αφορούν, όπως ρητά ορίζεται από το Σύνταγμα και τον ΚτΒ.<sup>63</sup> Επίσης, εάν η τροπολογία επιβαρύνει τον κρατικό προϋπολογισμό, εάν το ζητήσουν οι αρμόδιοι Υπουργοί, διαβιβάζεται στο Γενικό Λογιστήριο του Κράτους προς σύνταξη έκθεσης εντός τριών ημερών από την παραλαβή της.<sup>64</sup> Οι τροπολογίες διανέμονται στους βουλευτές πριν από την έναρξη της συζήτησης κατ' άρθρο του αντίστοιχου νομοσχεδίου. Εάν υπάρχει αμφισβήτηση σχετικά με το κατά πόσο μία τροπολογία σχετίζεται με το αντικείμενο του νομοσχεδίου που αφορά, μπορεί να προβληθεί από το ένα δέκατο του συνολικού αριθμού των βουλευτών, δηλαδή τριάντα βουλευτές. Στη συζήτηση αυτή συμμετέχουν ο αρμόδιος Υπουργός ή ο πρώτος από τους βουλευτές που υπογράφει την τροπολογία προς υποστήριξη και ένας από τους αντιλέγοντες και η απόφαση λαμβάνεται με ανάταση ή ανέγερση.<sup>65</sup>

Εκτός από τις τροπολογίες και τα ίδια τα νομοσχέδια δεν επιτρέπεται να περιέχουν άσχετες με το κύριο αντικείμενό τους διατάξεις και το αντικείμενό τους θα πρέπει να ορίζεται σαφώς με τον τίτλο τους. Ορίζεται από το Σύνταγμα στο άρθρο 74§5εδ.β' ότι νομοσχέδιο ή πρόταση νόμου που περιέχει διατάξεις άσχετες με το κύριο αντικείμενό τους δεν εισάγεται προς συζήτηση.

Η διαδικασία συνεχίζεται μετά την κατάθεση και των τροπολογιών με τη συζήτηση και την ψήφιση του νομοσχεδίου κατ' αρχήν και έπειτα τη συζήτηση και ψήφιση των άρθρων και των τροπολογιών. Οι τροπολογίες συζητούνται και ψηφίζονται από κοινού με το κείμενο του άρθρου στο οποίο αναφέρονται και με τη χρονολογική σειρά κατάθεσής τους.<sup>66</sup> Μετά την ψήφιση των άρθρων και των τροπολογιών ακολουθεί η ψήφιση του νομοσχεδίου στο σύνολό του.<sup>67</sup> Εάν κατά τη συζήτηση προστεθούν νέα άρθρα ή τροπολογίες, αναβάλλεται η ψήφιση επί του συνόλου και οι αρμόδιες υπηρεσίες της Βουλής με τον αρμόδιο Υπουργό και υπό την εποπτεία του ΠτΒ, εντάσσουν τα νέα άρθρα και οι τροπολογίες στο κείμενο του νομοσχεδίου, το οποίο, στη νέα του μορφή, διανέμεται στους βουλευτές και ψηφίζεται στο σύνολό του μετά από είκοσι τέσσερις ώρες.<sup>68</sup>

Ως προς την οργάνωση των συζητήσεων και τις προϋποθέσεις της διαδικασίας συζήτησης για τα νομοσχέδια που δεν υπάγονται στην Ολομέλεια της Βουλής, η αρμόδια κοινοβουλευτική επιτροπή πρέπει να έχει επεξεργαστεί το νομοσχέδιο σε τρεις τουλάχιστον πλήρεις συνεδριάσεις ή να προηγήθηκε ακρόαση εξωκοινοβουλευτικών προσώπων. Κι αν ακόμα όμως, η αρμόδια κοινοβουλευτική επιτροπή δεν έχει επεξεργαστεί το νομοσχέδιο σε τρεις πλήρεις συνεδριάσεις ή δεν προηγήθηκε ακρόαση εξωκοινοβουλευτικών προσώπων, η Διάσκεψη των Προέδρων

<sup>61</sup> Άρθρο 87§§1 και 2 ΚτΒ.

<sup>62</sup> Άρθρο 88§ 2 ΚτΒ.

<sup>63</sup> Άρθρα 74§5Σ και 88§3ΚτΒ.

<sup>64</sup> Άρθρα 75§2Σ και 88§5ΚτΒ.

<sup>65</sup> Άρθρο 101§6 ΚτΒ.

<sup>66</sup> Άρθρο 101§3 ΚτΒ.

<sup>67</sup> Άρθρο 104§1 ΚτΒ.

<sup>68</sup> Άρθρο 104§§3 και 4 ΚτΒ.



μπορεί να αποφασίσει την οργάνωση της συζήτησης με πλειοψηφία τεσσάρων πέμπτων.<sup>69</sup>

Τα νομοσχέδια και οι προτάσεις νόμων που χαρακτηρίζονται από την Κυβέρνηση ως κατεπείγοντα, παραπέμπονται αμέσως μετά την κατάθεσή τους στην αρμόδια επιτροπή. Αν η επιτροπή αποδεχθεί το χαρακτηρισμό του κατεπείγοντος, προβαίνει στην επεξεργασία και την εξέταση του νομοσχεδίου ή της πρότασης νόμου σε μία συνεδρίαση. Μαζί με την έκθεση της επιτροπής, το νομοσχέδιο εγγράφεται κατά προτεραιότητα στην ημερήσια διάταξη.<sup>70</sup> Η συζήτηση και η ψήφισή του γίνεται σε μία συνεδρίαση που διαρκεί κατ' ανώτατο δέκα ώρες, τέσσερις ώρες για την κατ' αρχήν και έξι ώρες για την κατ' άρθρο συζήτηση.<sup>71</sup> Για τα χαρακτηρισμένα ως επείγοντα νομοσχέδια, ο αριθμός των συνεδριάσεων δεν μπορεί να υπερβεί τις τρεις συνεδριάσεις, εκτός εάν το ένα τρίτο του συνόλου των βουλευτών, με πρόταση ζητήσει την παράταση της συζήτησης για έως και δύο ακόμα συνεδρίες. Αν δεν παραταθεί η συζήτηση, διατίθενται δύο συνεδριάσεις για την κατ' αρχήν και μια για την κατ' άρθρο συζήτηση.<sup>72</sup>

## **5. Προβλήματα της κοινοβουλευτικής διαδικασίας και προτάσεις για τη λύση τους**

Κατ' αρχάς, η διαβίβαση των νομοσχεδίων και των συνοδευτικών τους εγγράφων στην Επιστημονική Υπηρεσία της Βουλής προς νομοτεχνική επεξεργασία επαφίεται στην κρίση του ΠτΒ. Αυτό σημαίνει ότι, εάν κριθεί ότι δεν χρήζει επεξεργασίας από την Επιστημονική Υπηρεσία, χάνεται μία ευκαιρία ελέγχου του νομοσχεδίου ως προς το περιεχόμενό του και τη συνταγματικότητα και συμβατότητά του, τη σχέση του με την ισχύουσα νομοθεσία, τη σύνδεσή του με βιβλιογραφικό και νομολογιακό υλικό. Πέραν αυτού, η έκθεση που συντάσσει το Επιστημονικό Συμβούλιο, όταν επιλαμβάνεται, δεν επηρεάζει τελικά την εξέλιξη της διαδικασίας, αφού η μη υποβολή της έκθεσης ή του επεξεργασμένου κειμένου, δεν εμποδίζει την εγγραφή του νομοσχεδίου στην ημερήσια διάταξη ή την εισαγωγή για συζήτηση κατά τον ΚτΒ. Έτσι οδηγούμαστε στο πρόβλημα να υπάρχει νομοσχέδιο που ο ΠτΒ έκρινε λ.χ. ότι έχει αντισυνταγματικές διατάξεις, το παρέπεμψε, αλλά η έκθεση δεν κατατέθηκε εγκαίρως, οπότε δεν ελήφθη και υπ' όψιν και το νομοσχέδιο προχωρά και υπερψηφίζεται. Κατά την εφαρμογή του ως νόμου είναι δυνατόν να εμφανιστεί η αντισυνταγματικότητα αυτή και να επιβαρυνθεί η Διοίκηση και η Δικαιοσύνη από τις συνέπειές της, ενώ θα μπορούσε αυτό να έχει αποφευχθεί με τη μη έναρξη της συζήτησης χωρίς την έκθεση της Επιστημονικής Υπηρεσίας. Η υποχρέωση διαβίβασης των νομοσχεδίων προς νομοτεχνική επεξεργασία στην Επιστημονική Υπηρεσία θα αυξήσει τις εγγυήσεις για βελτίωση της νομοθεσίας, όπως επίσης και η έρευνα από τη Διεύθυνση Επιστημονικών Μελετών όχι μόνο της συνταγματικότητας και συμβατότητας, αλλά και της αναλογικότητας, της αναγκαιότητας, της διατύπωσης των ρυθμίσεων και γενικότερα των αρχών καλής νομοθέτησης. Το ίδιο ισχύει και για την επεξεργασία των συνοδευτικών κειμένων (αιτιολογική έκθεση, έκθεση ανάλυσης συνεπειών ρυθμίσεων).

---

<sup>69</sup> Άρθρο 107§3 ΚτΒ.

<sup>70</sup> Άρθρα 109§§1,2,6 και 76§4Σ.

<sup>71</sup> Άρθρα 109§4 και 76§4Σ.

<sup>72</sup> Άρθρο 110 ΚτΒ.

Το άρθρο 100 του ΚτΒ προβλέπει τη δυνατότητα κάθε βουλευτή να ζητήσει στο στάδιο της κατ' αρχήν συζήτησης να αποφανθεί η Βουλή επί αντιρρήσεων για συνταγματικότητα. Η ψηφοφορία επί της ένστασης αυτής γίνεται με ανάταση χεριού ή έγερση, άρα η κυβερνητική πλειοψηφία που επιθυμεί την ψήφιση του νόμου, υπερτερεί και είναι δεδομένη η απόρριψη της ένστασης συνταγματικότητας.<sup>73</sup> Η εκάστοτε πλειοψηφία φαίνεται να λείπει στην εκάστοτε αντιπολίτευση: «νομικά έχετε λάθος, επειδή πολιτικά είστε μειοψηφία», όπως έχει διατυπωθεί το πρόβλημα αυτό από τους Μάνεση και Μανιτάκη.<sup>74</sup> Η κομματική πειθαρχία και η τήρηση της γραμμής του κόμματος, περιορίζουν την ελευθερία της γνώμης και της ψήφου κάθε βουλευτή<sup>75</sup>, ιδίως όταν ανήκει στην κυβερνητική πλειοψηφία και δεν μπορεί να ψηφίσει κατά νομοσχεδίου που η Κυβέρνηση εισήγαγε. Η σύσταση μίας επιτροπής στην οποία θα μπορεί να αποταθεί με συγκεκριμένο ερώτημα περί αντισυνταγματικότητας, συμβατότητας ή μη τήρησης αρχών καλής νομοθέτησης κάθε εμπλεκόμενος στην κοινοβουλευτική νομοπαραγωγική διαδικασία, με σκοπό τη μελέτη του και τη, δεσμευτική για τη συνέχεια, απάντησή του θα βοηθούσε στην ανατροπή αυτής της κατάστασης. Η επιτροπή αυτή θα μπορούσε να αποτελείται από νομικούς, οικονομολόγο και να ζητά τη συμβολή εξωτερικών συνεργατών-ειδημόνων κατά περίπτωση. Το ρόλο μιας τέτοιου είδους επιτροπής θα μπορούσε να παίζει και το Επιστημονικό Συμβούλιο της Βουλής, όπως έχει προταθεί.<sup>76</sup>

Ως προς τις προϋποθέσεις εισαγωγής προς συζήτηση των νομοσχεδίων, τίθενται από τον ΚτΒ μόνο ποσοτικές προϋποθέσεις, όπως η επεξεργασία σε τρεις συνεδρίες από την αρμόδια κοινοβουλευτική επιτροπή και όχι ποιοτικές, όπως δηλαδή, αν υποβλήθηκαν ενστάσεις περί συνταγματικότητας ή τήρησης των αρχών καλής νομοθέτησης. Και πάλι, αν δεν τηρήθηκαν οι προϋποθέσεις αυτές, με πλειοψηφία 4/5, η Διάσκεψη των Προέδρων μπορεί να αποφασίσει την εισαγωγή προς συζήτηση.<sup>77</sup>

Το περιεχόμενο των νόμων πρέπει να είναι συγκεκριμένο και να προσδιορίζεται το αντικείμενό τους στον τίτλο τους.<sup>78</sup> Αυτό είναι απαραίτητο για την αποφυγή καταστρατήγησης αρχών καλής νομοθέτησης όπως η ασφάλεια δικαίου, η διαφάνεια. Η ένταξη άσχετων ρυθμίσεων δημιουργεί μία χαοτική κατάσταση, όπως και η ψήφιση και ένταξη άσχετων τροπολογιών σε νόμους. Οι πολίτες, η Διοίκηση και η Δικαιοσύνη πολύ συχνά αδυνατούν να εντοπίσουν τη διάταξη που πρέπει να εφαρμόσουν, καθώς μπορεί να βρίσκεται σε νόμο με εντελώς άσχετο κύριο αντικείμενο στον τίτλο του. Έτσι και με τις άσχετες τροπολογίες που ψηφίζονται και εντάσσονται σε νομοθετικά κείμενα που δεν μπορεί να φανταστεί κανείς. Υπάρχει μεγάλη ανοχή στην παραβίαση των βασικών συνταγματικά κατοχυρωμένων προϋποθέσεων κατάθεσης και ψήφισης τροπολογιών από τη Βουλή. Κατατίθενται εκπρόθεσμα, χωρίς τήρηση της κατάθεσής τρεις ημέρες πριν τη συζήτηση<sup>79</sup> και γίνεται αιφνιδιαστική εισαγωγή τους χρησιμοποιώντας τη μέθοδο των «νομοτεχνικών

<sup>73</sup> Χ.ΤΣΙΛΙΩΤΗΣ, Ο κοινοβουλευτικός έλεγχος της Συνταγματικότητας των νόμων, μελέτη στο βιβλίο «Το μέλλον του Ελληνικού Κοινοβουλίου», εκδόσεις Σιδέρης, 2011, σελ.244.

<sup>74</sup> Α. ΜΑΝΙΤΑΚΗΣ-ΑΡ. ΜΑΝΕΣΗΣ, Ο θεσμός της αναπλήρωσης του Προέδρου της Δημοκρατίας κατά το ισχύον Σύνταγμα», Νομικό Βήμα, 1991,σελ.31.

<sup>75</sup> Τ. ΒΙΔΑΛΗΣ, Για τη «γυναίκα του Καίσαρα»: Πολιτική ευθύνη και αποτελεσματικότητα των εξεταστικών επιτροπών της Βουλής, στο βιβλίο «Το μέλλον του ελληνικού Κοινοβουλίου», ό.π., σελ.208.

<sup>76</sup> Β. ΤΖΕΜΟΣ, Η κοινοβουλευτική αντιπολίτευση, Το μέλλον του Ελληνικού Κοινοβουλίου, ό.π., σελ.224.

<sup>77</sup> Άρθρο 107 §§1,2 ΚτΒ.

<sup>78</sup> Άρθρο 74§5εδ.β'Σ.

<sup>79</sup> Γ. ΤΑΣΟΠΟΥΛΟΣ, ό.π., σελ.49.

βελτιώσεων», ώστε να μην τηρούνται οι προϋποθέσεις τους.<sup>80</sup> Όταν συμβαίνει αυτό και εισάγονται τροπολογίες προς «νομοτεχνική βελτίωση», όπως και όταν προστίθενται νέα άρθρα ή γίνουν δεκτές τροπολογίες κατά τη συζήτηση μετά την κατ' άρθρο ψήφιση και πριν την επί του συνόλου, προτείνεται ως λύση η αναπομπή σε κατ' άρθρο ψηφοφορία του κειμένου όπως έχει διαμορφωθεί με τις τροποποιήσεις. Ο ΚτΒ προβλέπει στο άρθρο 104§§3και 4, ότι εάν προστεθούν νέα άρθρα ή τροπολογίες πριν την επί του συνόλου ψηφοφορία, η ψήφιση επί του συνόλου αναβάλλεται για να αναδιαμορφωθεί το κείμενο με τις αλλαγές και αφού αυτό διανεμηθεί στους βουλευτές ψηφίζεται μετά από είκοσι τέσσερις ώρες επί του συνόλου.<sup>81</sup> Είναι σαφές ότι η διάταξη αυτή δεν αλλάζει κάτι και δεν προσφέρει τίποτα στην προσπάθεια βελτίωσης της νομοθεσίας και της πάταξης της μάλιστα των άσχετων τροπολογιών, αφού οι παράνομες αλλαγές εντάσσονται στο κείμενο και αυτό ψηφίζεται επί του συνόλου, χωρίς να μελετηθεί εκ νέου κατ' άρθρο.<sup>82</sup> Το πρόβλημα των τροπολογιών εντείνεται και από το γεγονός ότι τα Δικαστήρια δεν προβαίνουν σε έλεγχο των εσωτερικών νομοθετικών διαδικασιών της Βουλής, τα γνωστά σε όλους πια *interna corporis*. Εφόσον από το ίδιο το Σύνταγμα απαγορεύεται η ένταξη τροπολογιών άσχετων με το κύριο αντικείμενο του νόμου, η ύπαρξη μιας τέτοιας τροπολογίας αυταπόδεικτα άσχετης με τον νόμο στον οποίο έχει ενταχθεί, καθιστά το περιεχόμενό της αντισυνταγματικό και ως τέτοιο θα πρέπει να αντιμετωπίζεται από τη Δικαιοσύνη. Είναι θέμα περιεχομένου, όχι διαδικασίας.<sup>83</sup>

Μεγάλο πρόβλημα αποτελεί η κατάθεση της πλειονότητας των νομοσχεδίων με τη διαδικασία του κατεπείγοντος ή του επείγοντος. Με την εφαρμογή των διαδικασιών αυτών, παρακάμπτεται το μεγαλύτερο μέρος της κοινοβουλευτικής διαδικασίας και του κοινοβουλευτικού ελέγχου συνταγματικότητας. Υπάρχουν σαφώς περιπτώσεις που όντως ισχύει το κατεπείγον ή επείγον. Όμως τα χρόνια των μνημονίων τα περισσότερα νομοσχέδια κατατέθηκαν με το χαρακτήρα του κατεπείγοντος χωρίς απαραίτητα να χρειαζόταν κάτι τέτοιο. Στα χαρακτηρισμένα από την Κυβέρνηση ως κατεπείγοντα νομοσχέδια, το χαρακτηρισμό πρέπει να αποδεχθεί η αρμόδια κοινοβουλευτική επιτροπή στην οποία παραπέμπονται. Ο έλεγχος που γίνεται από την επιτροπή στην περίπτωση αυτή, θα πρέπει να είναι πιο αυστηρός και ουσιαστικός. Επίσης, όσον αφορά τα επείγοντα νομοσχέδια, όταν υπάρχει αμφισβήτηση για τον χαρακτήρα τους αυτό, θα πρέπει να γίνεται χρήση της διάταξης του άρθρου 110§3ΚτΒ για αίτημα παράτασης των συνεδριάσεων.

Συμβολή στη βελτίωση της ποιότητας της νομοθεσίας μπορεί να έχει και η ενεργοποίηση του θεσμού της αναπομπής των νόμων από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, δικαίωμα που του παρέχεται από το άρθρο 42Σ. Η δυνατότητα άσκησης της μετά την ψήφιση και πριν τη δημοσίευσή του νόμου και τη θέση του σε εφαρμογή, την καθιστά τον μόνο προληπτικό έλεγχο συνταγματικότητας στην

---

<sup>80</sup> Σ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ, *ό.π.*, σελ. 37.

<sup>81</sup> Άρθρο 76§4Σ.

<sup>82</sup> Στη Γαλλία κάτι τέτοιο γίνεται μεταξύ της Γερουσίας και της Εθνοσυνέλευσης, όπου, όταν ψηφίζεται τροποποιημένο το κείμενο από τη μία αναπέμπεται στην άλλη ("la navette") προς εκ νέου ψήφιση, έως ότου ψηφιστεί το κείμενο και από τις δύο στην ίδια του μορφή, οπότε και θεωρείται ψηφισμένος νόμος.

<sup>83</sup>Σ. ΒΛΑΧΟΠΟΥΛΟΣ, παρέμβαση στο Συνέδριο, Πρακτικά...*ό.π.*, σελ.90. Υπέρμαχος του δικαστικού ελέγχου τήρησης της νομοθετικής διαδικασίας είναι και ο Γ. Γεραπετρίτης (βλ. Η αναθεωρητική πορεία προς έναν έλλογο κοινοβουλευτισμό, Πρακτικά Συνεδρίου..., *ό.π.*, σελ.55 και παρέμβασή του σελ.93.

ελληνική έννομη τάξη.<sup>84</sup> Ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας μπορεί να ελέγξει τα εσωτερικά τυπικά στοιχεία του νόμου, δηλαδή και την τήρηση της διαδικασίας ψήφισής του, αυτά που χαρακτηρίζονται ως *interna corporis*.<sup>85</sup> Θα πρέπει ο ρόλος του ΠτΔ να μην είναι τυπικός, αλλά να ασκεί όταν χρειάζεται τις αρμοδιότητες που προβλέπονται γι' αυτόν στο Σύνταγμα.

## 6.Επίλογος

Είναι αδύνατο να αναπτυχθούν σε μία μελέτη περιορισμένης έκτασης όλες οι εκφάνσεις της καλής νομοθέτησης και των προβλημάτων που δημιουργεί η μη εφαρμογή τους κατά τη νομοπαρασκευαστική διαδικασία. Τα ζητήματα της κωδικοποίησης, των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου, των εξουσιοδοτήσεων, των μεταβατικών διατάξεων, της ένταξης ευρωπαϊκών και διεθνών κανόνων στο εθνικό δίκαιο, ο έλεγχος αξιολόγησης των αποτελεσμάτων της εφαρμογής των νόμων κλπ. χρήζουν ανάλυσης και έρευνας. Πρέπει να αντληθούν παραδείγματα καλής νομοθέτησης από χώρες πρωτοπόρες στον τομέα αυτό, όπως το Ηνωμένο Βασίλειο, η Ιρλανδία, ο Καναδάς, η Γαλλία και να προσαρμοστούν στην ελληνική έννομη τάξη, με τις ιδιαιτερότητες που αυτή έχει. Η αλλαγή νοοτροπίας της κοινωνίας είναι απαραίτητη και προς αυτήν την κατεύθυνση θα πρέπει να ενταχθεί η φιλοσοφία του σεβασμού και της τήρησης των νόμων και των υποχρεώσεων των πολιτών και των δικαιωμάτων στη διαπαιδαγώγηση των παιδιών, ώστε σταδιακά να αλλάξει η συμπεριφορά όλης της κοινωνίας απέναντι στο Κράτος και τους νόμους. Η καταπολέμηση της διαφθοράς και η αντιμετώπιση του προβλήματος της εξυπηρέτησης πελατειακών σχέσεων από τον πολιτικό κόσμο και τη Διοίκηση είναι ένα ακόμα προαπαιτούμενο. Σημαντική είναι και η εκπαίδευση των δημοσίων υπαλλήλων σχετικά με τις ορθές πρακτικές διοίκησης και της ανώτερης δημοσιοϋπαλληλίας, ιδιαίτερα των στελεχών Υπουργείων, με τις αρχές της καλής νομοθέτησης. Χρειάζεται να τηρείται η αρχή της συνέχειας του Κράτους, ώστε να υπάρχει ασφάλεια δικαίου και εμπιστοσύνη των πολιτών απέναντι στο Κράτος. Διατάξεις και κατευθυντήριες οδηγίες υπάρχουν από τον ΟΟΣΑ και την Ε.Ε. και η καλή νομοθέτηση έχει ρυθμιστεί με τον Νόμο 4048/2012, νόμος που μπορεί να μην είναι τέλειος και να έχει και αυτός μερικά προβλήματα αναφορικά με τις αρχές καλής νομοθέτησης, όμως αν τηρούνταν και εφαρμοζόταν, η ποιότητα της νομοθεσίας θα ήταν σίγουρα βελτιωμένη. Θα πρέπει να ενταχθεί στη συνείδηση του νομικού κόσμου και να εφαρμόζεται ευρύτερα. Οι τρεις λειτουργίες του Κράτους μπορεί να είναι ανεξάρτητες, όμως η εκτελεστική και η δικαστική οφείλουν να τηρούν τα οριζόμενα από το νομοθέτη, ο οποίος πρέπει επίσης να υπακούει στους κανόνες που ο ίδιος θέτει και να μην τους παραβιάζει, για να μπορούμε να μιλάμε για Κράτος Δικαίου. Η επίδραση επομένως της νομοθεσίας σε όλο το φάσμα του Κράτους είναι τεράστια και ένας κακός νόμος το επιβαρύνει σε κάθε έκφρασή του. Ίσως τελικά ο νόμος για την καλή νομοθέτηση να είναι ο ένας που θα ελέγξει την παραγωγή όλων των υπολοίπων, αν εφαρμοστεί σωστά βέβαια.

<sup>84</sup> Α. ΡΟΜΠΟΚΟΥ-ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗ, Η αναπομπή των νόμων στη Βουλή από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, εκδ. Σάκκουλα, 1998, σελ.99.

<sup>85</sup> Α. ΡΟΜΠΟΚΟΥ-ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗ, ό.π. σελ.94.

# Η ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΤΗΣ ΕΚΦΡΑΣΗΣ ΥΠΟ ΤΟ ΧΑΡΤΗ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ: ΠΡΟΚΛΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΟΠΤΙΚΕΣ ΣΤΟ ΣΥΓΧΡΟΝΟ ΔΙΑΔΙΚΤΥΑΚΟ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝ

Αντωνία - Ευαγγελία Χριστοπούλου, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ, Ασκ. Δικηγόρος

Το Διαδίκτυο έχει εισβάλλει δυναμικά στην καθημερινότητά μας τελευταίες δύο δεκαετίες, μεταβάλλοντας ραγδαία κάθε τομέα της ανθρώπινης δραστηριότητας. Η εργασία βασίζεται εν πολλοίς στη χρήση ηλεκτρονικού υπολογιστή, μεγάλο μέρος του εμπορίου διενεργείται ηλεκτρονικά, η επικοινωνία, ενημέρωση, ψυχαγωγία λαμβάνουν χώρα κατά κόρον μέσα από τα social media.

Η εξέλιξη αυτή δε θα μπορούσε να αφήσει αμετάβλητο τον τρόπο άσκησης των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Πιο συγκεκριμένα, η συνεχής χρήση επιγραμμικών υπηρεσιών έχει καταστήσει σαφή την ανάγκη για την αναγνώριση νέων δικαιωμάτων π.χ. δικαίωμα πρόσβασης στο Internet, δικαίωμα στην ψηφιακή λήθη κ.α., ενώ έχει δώσει νέα δυναμική σε κλασικά δικαιώματα, όπως η ελευθερία της έκφρασης. Ιδίως η θεμελιώδης αυτή ελευθερία εννοείται από την αποκεντρωμένη αρχιτεκτονική του Διαδικτύου, καθώς κάθε χρήστης μπορεί (οιονεί ανώνυμα) να λάβει μεγάλο όγκο πληροφοριών και να μεταδώσει γνώμες, σχόλια, ειδήσεις σε μη πεπερασμένο αριθμό χρηστών.

Ταυτόχρονα, όμως, εγείρονται νέοι κίνδυνοι για την ελευθερία του λόγου. Από τη μία πλευρά, η άκριτη χρήση των δυνατοτήτων του Διαδικτύου έχει οδηγήσει στην ανάπτυξη και διάδοση μορφών έκφρασης που φαλκιδεύουν το δημοκρατικό διάλογο και την πραγματική ενημέρωση, όπως οι ψευδείς ειδήσεις ή η ρητορική μίσους. Από την άλλη πλευρά, η Ευρωπαϊκή Ένωση και τα Κράτη- Μέλη της, σε μια προσπάθεια να περιορίσουν τον επικίνδυνο λόγο και να ρυθμίσουν τον εν πολλοίς αρρυθμίστο χώρο του Διαδικτύου, επιβάλλουν περιορισμούς, πολλές φορές υπερβολικούς έναντι της ελεύθερης έκφρασης. Όλα αυτά καθιστούν εύλογο το εξής ερώτημα: υπάρχει, τελικά, ελευθερία της έκφρασης στο Διαδίκτυο;

## 1. Νομική βάση προστασίας της ελεύθερης έκφρασης στην ΕΕ

Αν και οι πρώτες Συνθήκες της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας δεν περιείχαν δικαιώματα<sup>1</sup>, η ελευθερία της έκφρασης προστατεύεται στο πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου πολύ πριν την υπογραφή (2000) και τη θέση σε ισχύ (2009) του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΧΘΔΕΕ). Η πρώτη μνεία στην ελευθερία της έκφρασης γίνεται ήδη το 1989, οπότε και το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) διευκρινίζει ότι πρόκειται για ένα θεμελιώδες δικαίωμα, το σεβασμό του οποίου οφείλει να διασφαλίζει το ΔΕΚ στο πεδίο του κοινοτικού δικαίου<sup>2</sup>. Μάλιστα, λίγο αργότερα το Δικαστήριο θα εκτιμήσει ότι η ελευθερία της έκφρασης, όπως κατοχυρώνεται στο άρ. 10 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) συνιστά γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου,

<sup>1</sup> Τ. Ηλιοπούλου- Στράγγα, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων: Όψεις της πολυεπίπεδης προστασίας στον ευρωπαϊκό χώρο, 2018, σελ. 337

<sup>2</sup> ΔΕΚ, Augustin Oyowe και Amadou Traore, C-100/88, 13.12.1989, σκ. 16

με την οποία πρέπει να συνάδει εθνική ρύθμιση προκειμένου να υπαχθεί σε ευεργετικό καθεστώς των εξαιρέσεων της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών<sup>3</sup>.

Σήμερα, η ελευθερία έκφρασης και πληροφόρησης κατοχυρώνεται στο άρ. 11 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ, το οποίο ορίζει ότι: «Κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα στην ελευθερία έκφρασης. Το δικαίωμα αυτό περιλαμβάνει την ελευθερία γνώμης και την ελευθερία λήψης ή μετάδοσης πληροφοριών ή ιδεών, χωρίς την ανάμειξη δημοσίων αρχών και αδιακρίτως συνόρων.»<sup>4</sup>. Το δικαίωμα αυτό αντιστοιχεί στο άρ. 10 ΕΣΔΑ<sup>5</sup> και, όπως προκύπτει από το άρ. 52 παρ. 3 του Χάρτη, έχει την ίδια έννοια και εμβέλεια με αυτό<sup>6</sup>. Κατά συνέπεια, για την ερμηνεία του προστατευτικού πεδίου και την επιβολή περιορισμών της ελευθερίας της έκφρασης, όπως αυτή κατοχυρώνεται στο Χάρτη, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η ερμηνεία του άρ. 10 ΕΣΔΑ, όπως προκύπτει από τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ).

Ήδη από τη διατύπωση του άρ. 11 ΧΘΔΕΕ γίνεται αντιληπτό ότι προστατεύεται ο λόγος που εκφράζεται καθ' οιονδήποτε τρόπο και μέσο. Άρα στο προστατευτικό πεδίο της διάταξης εμπίπτει και ο λόγος που εκφράζεται μέσω Διαδικτύου. Μάλιστα, το ΔΕΕ τονίζει την «ιδιαιτέρη σημασία» του Ίντερνετ για την άσκηση του δικαιώματος<sup>7</sup>, ενώ και το ΕΔΔΑ το έχει χαρακτηρίσει ως μέσο επικοινωνίας που προστατεύεται από το άρ. 10 ΕΣΔΑ<sup>8</sup>, όπως και οι πληροφορίες που αναρτώνται σε αυτό<sup>9</sup>.

## 2. Περιεχόμενο και περιορισμοί

Το άρ. 11 ΧΘΔΕΕ περιλαμβάνει την ελευθερία έκφρασης και μετάδοσης γνώμων, ιδεών και πληροφοριών. Οι έννοιες αυτές πρέπει να γίνονται αντιληπτές με ευρύτητα, ώστε να επιτυγχάνεται ο μεγαλύτερος βαθμός προστασίας<sup>10</sup>. Έτσι, προστατεύεται κάθε δήλωση, αξιολογική κρίση, σχόλιο, μήνυμα, γεγονός<sup>11</sup>, ενώ στα πλαίσια του

<sup>3</sup> ΔΕΚ, ΕΡΤ, C-260/89, 18.6.1991, σκ. 44

<sup>4</sup> Για την αναλυτική ερμηνεία της διάταξης βλ. Α. Φερεντίνου, Άρθρο 11, εις Β. Τζέμο (επιμ.), Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, 2015, σελ. 129 επ.

<sup>5</sup> «1. Παν πρόσωπο έχει δικαίωμα εις την ελευθερίαν εκφράσεως. Το δικαίωμα τούτο περιλαμβάνει την ελευθερίαν γνώμης ως και την ελευθερίαν λήψεως ή μεταδόσεως πληροφοριών ή ιδεών, άνευ επεμβάσεως δημοσίων αρχών και ασχέτως συνόρων. Το παρόν άρθρον δεν κωλύει τα Κράτη από του να υποβάλλωσι τας επιχειρήσεις ραδιοφωνίας, κινηματογράφου ή τηλεοράσεως εις κανονισμούς εκδόσεως αδειών λειτουργίας.

2. Η άσκησης των ελευθεριών τούτων, συνεπαγομένων καθήκοντα και ευθύνas, δύνανται να υπαχθή εις ωρισμένας διατυπώσεις, όρους, περιορισμούς ή κυρώσεις, προβλεπομένους υπό του νόμου και αποτελούντας αναγκαία μέτρα εν δημοκρατική κοινωνία δια την εθνικήν ασφάλειαν, την εδαφικήν ακεραιότητα ή δημοσίαν ασφάλειαν, την προάσπισιν της τάξεως και πρόληψιν του εγκλήματος, την προστασίαν της υγείας ή της ηθικής, την προστασίαν της υπολήψεως ή των δικαιωμάτων των τρίτων, την παρεμπόδισιν της κοινολογήσεως εμπιστευτικών πληροφοριών ή την διασφάλισιν του κύρους και της αμεροληψίας της δικαστικής εξουσίας.»

<sup>6</sup> Επεξηγήσεις σχετικά με τον Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων (2007/C 303/02), Επεξήγηση σχετικά με το άρθρο 11· ΔΕΕ, Neptune Distribution SNC, C-157/14, 17.12.2015, σκ. 63-65

<sup>7</sup> ΔΕΕ, GS Media BV, C- 160/15, 8.9.2016, σκ. 45

<sup>8</sup> ΕΔΔΑ, Delfi AS κατά Εσθονίας [ΤΕΣ], υπ' αριθμ. 64569/09, 16 Ιουνίου 2015, σκ. 131

<sup>9</sup> ΕΔΔΑ, Ahmet Yildirim κατά Τουρκίας, υπ' αριθμ. 3111/10, 18 Δεκεμβρίου 2012, σκ.49

<sup>10</sup> Κατά την ελληνική θεωρία, ως γνώμη νοείται «διανοητική ή συναισθηματική αντίδραση του ανθρώπου σε ένα οποιοδήποτε εξωτερικό ερέθισμα», Π. Δ., Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, 2012, σελ. 343· Ι. Καρακώστας, Δίκαιο & Internet: νομικά ζητήματα του διαδικτύου, 2009, σελ. 42. Και το ΕΔΔΑ ερμηνεύει ευρέως τις έννοιες «πληροφορίες» και «ιδέες», που περιλαμβάνονται στο άρ. 10 ΕΣΔΑ. Αναλυτικά για την ερμηνεία των εννοιών βλ. Τ. Σταυρινάκη, Άρθρο 10 ΕΣΔΑ, εις Λ.-Α. Σισυλιάνο (επιμ.), Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, 2013, σελ. 396

<sup>11</sup> EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, COMMENTARY OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, 2006, σελ. 122

διαδικτυακού λόγου που τυγχάνει προστασίας θα πρέπει να ενταχθούν και οι δημοσιεύσεις των χρηστών των μέσων κοινωνικής δικτύωσης, οι φωτογραφίες και τα βίντεο που αναρτώνται στο Διαδίκτυο, ή ακόμα και οι εικόνες που συνοδεύονται από κείμενο χιουμοριστικού περιεχομένου, οι οποίες είναι γνωστές και ως μιμείδια (*memes*)!

Περαιτέρω, εκτός από τις ελευθερίες έκφρασης και πληροφόρησης που κατοχυρώνονται ρητά στο κείμενο του Χάρτη, πρέπει να γίνει δεκτό ότι προστατεύονται όλες οι επιμέρους πτυχές του δικαιώματος της ελευθερίας της έκφρασης, ήτοι η ελευθερία διαμόρφωσης<sup>12</sup>, κατοχής<sup>13</sup> και διάδοσης μιας γνώμης. Τούτο σημαίνει ότι ο φορέας του δικαιώματος είναι ελεύθερος να διαμορφώνει τη γνώμη που πρόκειται να εκφράσει λαμβάνοντας πληροφόρηση από κάθε διαθέσιμη πηγή, ενώ η μονοπώληση των πηγών ενημέρωσης από το κράτος απαγορεύεται. Ακόμα, η κατοχή μιας γνώμης δεν μπορεί να εγκυμονεί αρνητικές συνέπειες για το φορέα της. Επιπλέον, η ελευθερία της έκφρασης περιλαμβάνει και το δικαίωμα αποσιώπησης της γνώμης (αρνητική ελευθερία της έκφρασης)<sup>14</sup>, με την έννοια ότι κανείς δεν μπορεί να εξαναγκαστεί στην έκφραση μιας συγκεκριμένης άποψης. Με άλλα λόγια, το προστατευτικό πεδίο του άρ. 11 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ καλύπτει όλο το εύρος της δυναμικής διαδικασίας ελεύθερης διαμόρφωσης μιας γνώμης και διάδοσής της στο κοινό, με σκοπό αυτό να ενημερωθεί. Η διαδικασία αυτή προστατεύεται και όταν λαμβάνει χώρα στο Διαδίκτυο<sup>15</sup>.

Αξίζει να υπομνησθεί ότι διατάξεις του Χάρτη, άρα και η ελευθερία της έκφρασης, απευθύνονται στα θεσμικά και στα Κράτη- Μέλη όταν εφαρμόζουν ενωσιακό δίκαιο (άρ. 51 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ). Κατά τούτο, δεν πρέπει να προξενεί εντύπωση το γεγονός ότι οι περισσότερες υποθέσεις ελευθερίας της έκφρασης που έχουν κριθεί από το ΔΕΕ αφορούν εμπορικό λόγο, ο οποίος εκφράζεται στο πλαίσιο της ενιαίας αγοράς<sup>16</sup>, πεδίο δηλαδή στο οποίο η κανονιστική δράση της ΕΕ είναι εντονότατη.

Εντούτοις, ο ελεύθερος λόγος δεν είναι απόλυτο δικαίωμα. Ακόμη κι αν το άρ. 11 παρ. 1 δεν κάνει λόγο για περιορισμούς της ελευθερίας της έκφρασης, αυτή περιστεύεται προς το σκοπό της διαφύλαξης άλλων εννόμων αγαθών ίσης αξίας. Για να είναι νόμιμος κάθε περιορισμός των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στο Χάρτη, θα πρέπει σύμφωνα με το άρ. 52 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ: «να προβλέπεται από το νόμο και να σέβεται το βασικό περιεχόμενο των εν λόγω δικαιωμάτων και ελευθεριών. Τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, περιορισμοί επιτρέπεται να επιβάλλονται μόνον εφόσον είναι αναγκαίοι και ανταποκρίνονται πραγματικά σε στόχους γενικού ενδιαφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων και ελευθεριών των τρίτων».

Ειδικά για την ελευθερία της έκφρασης, στις Επεξηγήσεις του Χάρτη ορίζεται ότι οι περιορισμοί δεν μπορούν να υπερβαίνουν αυτούς που ορίζονται στην παρ. 2 άρ. 10

<sup>12</sup> Π.Δ. Δαγτόγλου, *όπ. π.* σελ. 343-348· Ι. Καρακώστας, *όπ. π.*, σελ. 41-43.

<sup>13</sup> D. Bychawska-Siniarska, *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*, 2017, σελ. 13. Διαθέσιμο σε: <https://rm.coe.int/handbook-freedom-of-expression-eng/1680732814> [Τελευταία πρόσβαση: 24.02.2019]

<sup>14</sup> Ι. Καρακώστας, *Ι.*, *όπ. π.*, σελ. 43· Π.Δ. Δαγτόγλου, *όπ. π.*, σελ. 348-349

<sup>15</sup> Α. Κουσουνη- Πανταζοπούλου, *Τα συνταγματικά δικαιώματα του άρθρου 14 και το Διαδίκτυο*. ΤοΣ 1/2016, σελ. 21· Ι. Ιγγλεζάκης, *Ελευθερία Έκφρασης και ανωνυμία στο Διαδίκτυο*, ΔιΜΕΕ 3/2011, σελ. 319

<sup>16</sup> Ul. Belavusau, *Fighting Hate Speech Through EU Law*, AMSTERDAM LAW FORUM Vol. 4:1 (2012), σελ. 22

ΕΣΔΑ, δηλαδή πρέπει να εξυπηρετούν έναν από τους εκεί καταγεγραμμένους νόμιμους σκοπούς (λ.χ. εθνική ασφάλεια, προάσπιση της τάξεως και πρόληψη του εγκλήματος, προστασία της υγείας ή της ηθικής, προστασία της υπολήψεως ή των δικαιωμάτων των τρίτων κ.α.) και να είναι αναγκαίοι σε μια δημοκρατική κοινωνία<sup>17</sup>. Σύμφωνα με τη νομολογία του ΕΔΔΑ, η επέμβαση του κράτους στην ελευθερία της έκφρασης δικαιολογείται εφόσον ανταποκρίνεται σε μια «επιτακτική κοινωνική ανάγκη»<sup>18</sup> και δεν διαταράσσει τη «δίκαιη ισορροπία»<sup>19</sup> μεταξύ των θεμελιωδών δικαιωμάτων και των νόμιμων σκοπών που επιδιώκονται με τον περιορισμό τους.

Κατά τούτο, έχει κριθεί ότι η προστασία του καταναλωτή<sup>20</sup> και η προάσπιση της υγείας συνιστούν ζητήματα γενικού ενδιαφέροντος της Ένωσης, ικανά να δικαιολογήσουν περιορισμούς στην ελευθερία της έκφρασης, χωρίς να διαρρηγγύεται η ισορροπία μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων και θεμιτών σκοπών που επιδιώκει η ΕΕ<sup>21</sup>.

Πρέπει δε να τονισθεί ότι, ακριβώς λόγω της αυξημένης σημασίας της ελευθερίας της έκφρασης για το άτομο και την πολιτεία, οι επιβαλλόμενοι περιορισμοί πρέπει να ερμηνεύονται στενά.

### **3. Προκλήσεις για την ελεύθερη έκφραση στο διαδικτυακό περιβάλλον**

Στο παγκοσμιοποιημένο και αρρύθμιστο περιβάλλον του Διαδικτύου, η ελεύθερη έκφραση και πληροφόρηση κατ' αρχήν ενθαρρύνεται. Ποτέ πριν δεν ήταν δυνατή η λήψη και μετάδοση τόσο μεγάλου όγκου πληροφοριών από όλα τα μήκη και τα πλάτη της γης. Το Διαδίκτυο γίνεται, λοιπόν, αντιληπτό ως ελεύθερη «αγοράς ιδεών»<sup>22</sup>, όπου η ελευθερία του λόγου ισχύει στην απόλυτη μορφή της.

Η αντίληψη, όμως, αυτή δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα, ενώ μπορεί να οδηγήσει στην κατάχρηση της ελευθερίας της έκφρασης. Πιο συγκεκριμένα, υπό την αίσθηση της ελευθερίας και το πέπλο της ανωνυμίας, μεγάλη διάδοση γνωρίζει ο ακραίος και μισαλλόδοξος λόγος και η διασπορά ψευδών ειδήσεων, ενώ η προσβολή της πνευματικής ιδιοκτησίας και της προσωπικότητας υπό την έννοια της δημοσιοποίησης προσωπικών δεδομένων εντείνονται στο επιγραμμικό περιβάλλον. Για την αντιμετώπιση των φαινομένων αυτών, τα θεσμικά όργανα της ΕΕ έχουν αναπτύξει τα τελευταία χρόνια έντονη νομοθετική πρωτοβουλία και παραγωγή, με αποτέλεσμα να περιστέλλεται το πεδίο της ελεύθερης έκφρασης.

#### *3.1 Ρητορική Μίσους*

---

<sup>17</sup> Βέβαια, και η ίδια η ελευθερία της έκφρασης μπορεί να συνιστά θεμιτό σκοπό που να δικαιολογεί παρέκκλιση από τις τέσσερις θεμελιώδεις ελευθερίες του δικαίου της ΕΕ. Α. Φερεντίνου, *όπ. π.*, σελ. 140

<sup>18</sup>European Court of Human Rights, Research Division, Internet: case-law of the European Court of Human Rights, 2015, σελ. 17

<sup>19</sup> Για την επεξήγηση της συγκεκριμένης ρήτρας, μέσω της οποίας το ΕΔΔΑ προβαίνει σε στάθμιση των αντικρουόμενων εννόμων αγαθών βλ. Τ. Ηλιοπούλου- Στράγγα, *όπ. π.*, σελ. 264-265-ibid, Ι. Σαρμάς, Ι. Η δίκαιη ισορροπία στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, εις Θ. Αντωνίου, (επιμ.), Γενικές Αρχές Δημοσίου Δικαίου, 2014 σελ. 225 επ., κατά τον οποίο η δικαστική μέθοδος του ΕΔΔΑ συνιστά «ζύγισμα» μεταξύ των αντικρουόμενων αγαθών, με σκοπό να καταλήξει στην ανάδειξη της ουσιαστικής δικαιοσύνης.

<sup>20</sup> ΔΕΕ, Neptune Distribution SNC, *όπ. π.*, σκ. 74

<sup>21</sup> C-547/14, 4.5.2016, σκ. 154

<sup>22</sup>Reno v. ACLU, 521 U.S. 844,863 (1997), βλ. Α.- Μ. Πισκοπάνη, εις Λ. Μήτρου (επιμ.), Facebook, Blogs και δικαιώματα, 2013 σελ. 49



Η Απόφαση- πλαίσιο 2008/913/ΔΕΥ του Συμβούλιου<sup>23</sup> ορίζει ότι τα Κράτη- Μέλη υποχρεούνται να λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα για την τιμώρηση, ιδίως με την επιβολή ποινικών κυρώσεων, της «η δημόσια υποκίνηση βίας ή μίσους που στρέφεται κατά ομάδας προσώπων ή μέλους ομάδας, που προσδιορίζεται βάσει της φυλής, του χρώματος, της θρησκείας, των γενεαλογικών καταβολών ή της εθνικής ή εθνοτικής καταγωγής,», τελούμενης εκ προθέσεως (άρ. 1 περ. α). Με άλλα λόγια, κάθε Κράτος- Μέλος οφείλει να ποινικοποιεί στην εθνική του νομοθεσία κάθε έκφραση η οποία μπορεί να υποκινήσει μίσος έναντι συγκεκριμένων κοινωνικών ομάδων. Η μεταφορά, όμως, της διάταξης στο εθνικό δίκαιο δεν πρέπει να αντιβαίνει στην ελευθερία της έκφρασης, όπως ορίζεται στο άρ. 7 παρ. 2 της απόφασης- πλαισίου, η οποία μπορεί να εξασφαλιστεί με διαδικαστικές εγγυήσεις και ειδικούς κανόνες για τον καθορισμό και τον περιορισμό της ευθύνης<sup>24</sup>.

Μολαταύτα, αντιλαμβανόμενη ότι το πλαίσιο αυτό δεν ανταποκρίνεται στις ανάγκες του σύγχρονου τεχνολογικού περιβάλλοντος, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή συνομολόγησε με τέσσερεις κολοσσούς της Κοινωνίας της Πληροφορίας (Facebook, Microsoft, Twitter και YouTube) το Μάιο 2016 τον Κώδικα Συμπεριφοράς για την Καταπολέμηση της Παράνομης Ρητορικής Μίσους στο Διαδίκτυο (*Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online*)<sup>25</sup>. Με το κείμενο αυτό, που αποτελεί μέσο ηπίου δικαίου, οι διαδικτυακές εταιρίες αναλαμβάνουν σειρά δεσμεύσεων προκειμένου να περιοριστεί ο μισαλλόδοξος λόγος που εκφράζεται και διαδίδεται μέσα από τις πλατφόρμες τους, λαμβάνοντας μέτρα όπως: η θέσπιση διαδικασίας αποτελεσματικού ελέγχου και αφαίρεσης του περιεχομένου που περιέχει παράνομη ρητορική μίσους, με εξέταση των ειδοποιήσεων εντός 24 ωρών, η διαβίβαση πληροφοριών στα Κράτη- Μέλη, η συνεργασία με την κοινωνία των πολιτών, η τακτική επιμόρφωση του προσωπικού τους, η ανταλλαγή βέλτιστων πρακτικών μεταξύ των πλατφορμών κ.α.

Η εφαρμογή του Κώδικα αξιολογείται σε τακτική βάση από ένα δίκτυο οργανισμών που εδρεύουν σε διαφορετικά Κράτη- Μέλη. Μέχρι στιγμής τα αποτελέσματα των ληφθέντων μέτρων αξιολογούνται θετικά, ενώ και νέες διαδικτυακές πλατφόρμες (Instagram, Google+, Snapchat και Dailymotion, Jeuxvideo.com) συμφώνησαν πρόσφατα να ακολουθούν τις δεσμεύσεις του Κώδικα<sup>26</sup>.

Τα ως άνω αναφερθέντα μέτρα, ιδίως η αφαίρεση περιεχομένου που δημοσιεύεται σε ιστοσελίδα ή πλατφόρμα κοινωνικής δικτύωσης, συνιστούν επεμβάσεις στην ελευθερία της έκφρασης. Το ΕΔΔΑ έχει ήδη έρθει πολλάκις αντιμέτωπο με το ερώτημα αν η ρητορική μίσους δικαιολογεί επέμβαση του κράτους στην ελευθερία της έκφρασης και έχει απαντήσει καταφατικά, στηριζόμενο σε δύο διαφορετικές

---

<sup>23</sup> Απόφαση- πλαίσιο 2008/913/ΔΕΥ του Συμβούλιου της 28ης Νοεμβρίου 2008 για την καταπολέμηση ορισμένων μορφών και εκδηλώσεων ρατσισμού και ξενοφοβίας μέσω του ποινικού δικαίου. Διαθέσιμο σε: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX:32008F0913> [Τελευταία πρόσβαση: 25.2.2019]

<sup>24</sup> Αιτιολογική σκ. 15 απόφασης- πλαισίου 2008/913/ΔΕΥ

<sup>25</sup> European Commission. (2017). *Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online*. [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate\\_speech\\_code\\_of\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf) [Τελευταία πρόσβαση: 12.02.2019]

<sup>26</sup> Περισσότερες πληροφορίες για τη λειτουργία και την αποδοτικότητα του Κώδικα διαθέσιμες σε: [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/countering-illegal-hate-speech-online\\_en#relatedlinks](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/countering-illegal-hate-speech-online_en#relatedlinks) [Τελευταία πρόσβαση: 18.2.2019]

νομικές βάσεις: την κατάχρηση δικαιώματος (άρ. 17 ΕΣΔΑ)<sup>27</sup> και τον περιορισμό ενόψει θεμιτού σκοπού (άρ. 10 παρ. 2). Στην πρώτη περίπτωση, πρόκειται για μορφές έκφρασης που αντιστρατεύονται τις θεμελιώδεις αξίες της Σύμβασης (κατάχρηση δικαιώματος), με αποτέλεσμα να μην εμπίπτουν καν στο προστατευτικό πεδίο αυτής<sup>28</sup>. Στη δεύτερη περίπτωση πρόκειται για εκφράσεις που ενέχουν μίσος, δεν αρνούνται όμως τις αξίες της ΕΣΔΑ και άρα ο περιορισμός τους πρέπει να επιδιώκει ένα νόμιμο σκοπό, που είναι συνηθέστερα η προστασία των δικαιωμάτων τρίτων ή της δημόσιας τάξης<sup>29</sup>.

Κατά τούτο, η συμβατότητα των δεσμεύσεων που αναλαμβάνουν οι διαδικτυακές πλατφόρμες με την ελευθερία έκφρασης των χρηστών πρέπει να εξεταστεί *ad hoc*, επί τη βάση της σοβαρότητας και της διατύπωσης της δημοσίευσης. Πάντως, ιδιαίτερο προβληματισμό πρέπει να δημιουργήσει το ιδιαίτερα σύντομο χρονικό διάστημα των 24 ωρών, μέσα στις οποίες η πλατφόρμα οφείλει να εξετάσει τις ειδοποιήσεις των χρηστών που καταγγέλλουν την ύπαρξη ρητορικής μίσους. Ακόμα κι αν το μέτρο θεωρείται κομβικό για την αντιμετώπιση της ταχείας διάδοσης του παράνομου λόγου στο Διαδίκτυο, το διάστημα μέσα στο οποίο πρέπει να γίνει η εξέταση και η κρίση της δημοσίευσης από υπάλληλο της εταιρίας και όχι ειδικό με εχέγγυα αμεροληψίας σε συνδυασμό με την πλειάδα αναφορών που λαμβάνουν χώρα καθημερινά, μπορούν να οδηγήσουν σε μια περιστολή της ελεύθερης έκφρασης, ακόμα κι όταν αυτή δεν περιέχει παράνομες δηλώσεις.

### 3.2 Fake News

Άλλο ένα φαινόμενο που γνωρίζει δυναμική διάδοση στο σύγχρονο διαδικτυακό περιβάλλον και κυρίως στο πλαίσιο των σελίδων κοινωνικής δικτύωσης, είναι η διασπορά ψευδών ειδήσεων (*fake news*). Αν και η παραπληροφόρηση είναι ένα πρόβλημα που ανακύπτει ήδη από τα πρώτα χρόνια του ανθρώπινου πολιτισμού, η ψευδής παράσταση γεγονότων διευκολύνεται στο ελεύθερα προσβάσιμο σε όλους Διαδίκτυο, κυρίως στα social media, όπου δεν υπάρχουν τα «φίλτρα» ελέγχου που χρησιμοποιούνται στα παραδοσιακά μέσα ενημέρωσης, ενώ και η διάδοσή τους ευνοείται από τη χρήση αλγορίθμων και αυτοματοποιημένων συστημάτων (*bots*), από τους παρόχους υπηρεσιών του Διαδικτύου για τη βελτιστοποίηση των υπηρεσιών τους μέσω της διανομής περιεχομένου εξατομικευμένου ανάλογα με τα ενδιαφέροντα και τις απόψεις του κάθε χρήστη («*filter bubble*»)<sup>30</sup>. Ειδικά τα τρία τελευταία χρόνια, το ζήτημα έχει αναδειχθεί σε μείζον πολιτικό θέμα, δεδομένου ότι η διάδοση ψευδών

<sup>27</sup> Άρ. 17 ΕΣΔΑ: «Ουδεμία διάταξις της παρούσης Συμβάσεως δύναται να ερμηνευθή ως επαγομένη δι'έν Κράτος, μίαν ομάδα ή έν άτομον οιονδήποτε δικαίωμα όπως επιδοθή εις δραστηριότητα ή εκτελέση πράξεις σκοπούσας εις την καταστροφήν των δικαιωμάτων ή ελευθεριών, των αναγνωρισθέντων εν τη παρούση Συμβάσει, ή εις περιορισμούς των δικαιωμάτων και ελευθεριών τούτων μεγαλύτερων των προβλεπομένων εν τη ρηθείση Συμβάσει».

<sup>28</sup> Τέτοια μορφή έκφρασης είναι ο διαμοιρασμός φυλλαδίου που απευθύνεται σε λευκούς Ολλανδούς και περιέχει μειοτικές εκφράσεις για εργάτες από το Σουρινάμ και την Τουρκία, ΕΔΔΑ, Glimmerveen και Hagenbeek κατά Ολλανδίας (υπ' αριθμ. 8348/78 και 8406/78, 11 Οκτωβρίου 1979).

<sup>29</sup> European Court of Human Rights, Θεματικό Δελτίο- Ρητορική Μίσους (Μετάφραση από Εθνική Επιτροπή Δικαιωμάτων του Ανθρώπου). Διαθέσιμο σε: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ELL.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ELL.pdf) [Τελευταία πρόσβαση: 13.2.2019]

<sup>30</sup>C. Osborne, Programming to Promote Information Literacy in the Era of Fake News, International Journal of Legal Information 46.2, 2018, σελ. 103

ειδήσεων φαίνεται ικανή να διαταράξει την εμπιστοσύνη στους θεσμούς και να επηρεάσει σημαντικές εκλογικές αναμετρήσεις<sup>31</sup>.

Το γεγονός δε θα μπορούσε να αφήσει αδιάφορη την Ευρωπαϊκή Ένωση, η οποία βλέπει την παραπληροφόρηση ως μια σοβαρή απειλή για τις κοινές ευρωπαϊκές αξίες και το δημοκρατικό πολίτευμα. Αν και κινήσεις για την προάσπιση της Ένωσης από εξωτερικές εκστρατείες παραπληροφόρησης έχουν ξεκινήσει ήδη από το 2015, το 2017 η Ευρωπαϊκή Επιτροπή οργάνωσε μια Υψηλού Επιπέδου Ομάδα Εμπειρογνομόνων, με την εντολή να καταρτίσει έκθεση για το ζήτημα. Η έκθεσή της δημοσιεύτηκε στις 12 Μαρτίου 2018 και, κατόπιν δημόσιας διαβούλευσης, οδήγησε στην υιοθέτηση της Ανακοίνωσης υπ' αριθμ. COM(2018) 236 της Επιτροπής προς το Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο<sup>32</sup>.

Το συγκεκριμένο κείμενο ορίζει την παραπληροφόρηση ως «επαληθεύσιμα ψευδή ή παραπλανητική πληροφορία που δημιουργείται, παρουσιάζεται και διαδίδεται για οικονομικό όφελος ή για την εσκεμμένη εξαπάτηση του κοινού και μπορεί να προκαλέσει δημόσια ζημία»<sup>33</sup>, παρέχει επεξηγήσεις ως προς τα αίτια και τις συνέπειες του φαινομένου και προτείνει λύσεις για την αντιμετώπισή του, με ιδιαίτερη βαρύτητα να δίνεται στην υιοθέτηση ενός πανευρωπαϊκού κώδικα δεοντολογίας για την παραπληροφόρηση. Πράγματι, ο Ευρωπαϊκός Κώδικας Δεοντολογίας για την παραπληροφόρηση (*EU Code of Practice on Disinformation*)<sup>34</sup> υπεγράφη το Σεπτέμβριο του 2018 και προβλέπει μέτρα αντίστοιχα με τον Κώδικα Συμπεριφοράς για την καταπολέμηση της Ρητορικής Μίσους, όπως η προαγωγή της έρευνας για την παροχή καλύτερων υπηρεσιών και η συνεργασία με φορείς που προωθούν την ποιοτική ενημέρωση και την κοινωνία των πολιτών. Ιδιαίτερη έμφαση, εντούτοις, αποδίδεται στην αναθεώρηση των πολιτικών των μέσων κοινωνικής δικτύωσης, ώστε να εξασφαλίζεται η διαφάνεια ως προς τη χρήση bots και να αποθαρρύνεται η διασπορά fake news με οικονομικά κίνητρα. Ακόμα, σημαντικός είναι ο ρόλος των ελεγκτών ή επαληθευτών γεγονότων (*fact-checkers*)<sup>35</sup> με τους οποίους οι διαδικτυακές επιχειρήσεις οφείλουν να συνεργάζονται προκειμένου να διαπιστωθεί η αναλήθεια των γεγονότων<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Αμερικανικές προεδρικές εκλογές 2016, δημοψήφισμα για την παραμονή του Ηνωμένου Βασιλείου στην Ε.Ε. 2016, Γαλλικές προεδρικές εκλογές 2017

<sup>32</sup> European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM(2018) 236. Tackling online disinformation: a European Approach. Διαθέσιμο σε: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:236:FIN&WT.mc\\_id=Facebook](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:236:FIN&WT.mc_id=Facebook) [Τελευταία πρόσβαση: 18.11.2018]

<sup>33</sup> European Commission. (2018). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM(2018) 236. Tackling online disinformation: a European Approach. Διαθέσιμο σε: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:236:FIN&WT.mc\\_id=Facebook](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:236:FIN&WT.mc_id=Facebook) [Τελευταία πρόσβαση: 10.2.2019]

<sup>34</sup> European Commission. (2018). *EU Code of Practice on Disinformation*. Διαθέσιμο σε: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation> [Τελευταία πρόσβαση: 17.11.2018]

<sup>35</sup> Πρόκειται για φυσικά ή νομικά πρόσωπα που επιφορτίζονται (και στο πλαίσιο του παραδοσιακού Τύπου) με το καθήκον του ελέγχου της ακρίβειας των γεγονότων που περιέχονται σε ένα κείμενο, ένα άρθρο, μια δημοσίευση. Βλ. λήμμα «*Fact-check*» από Cambridge Dictionary. Διαθέσιμο σε: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/fact-check> [Τελευταία πρόσβαση: 16.11.2018]

<sup>36</sup> Η Επιτροπή, λαμβάνοντας υπόψη τους παράγοντες της ανεξαρτησίας και του κοινού κώδικα αξιών για να ενισχυθεί η αξιοπιστία των ελεγκτών γεγονότων, στοχεύει στη δημιουργία ενός ανεξάρτητου ευρωπαϊκού δικτύου ελέγχου γεγονότων (*Independent European Network of Fact-Checkers*) για την

Είναι χαρακτηριστικό ότι, σε αντίθεση με τη ρητορική μίσους, η διασπορά ψευδών ειδήσεων δεν ποινικοποιείται σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης. Αντίθετα, ποινικοποιείται στην εθνική νομοθεσία πολλών Κρατών- Μελών και δεν υπάρχει εναρμόνιση ως προς τη σχετική νομοθεσία. Το γεγονός είναι ικανό να προκαλέσει προβλήματα, καθώς ο τρόπος με τον οποίο γίνεται αντιληπτός ο όρος «*ψευδής είδηση*» στο πλαίσιο του παραδοσιακού ποινικού δικαίου δεν συμπίπτει με τον ορισμό της παραπληροφόρησης που υιοθετεί η Επιτροπή<sup>37</sup>, με αποτέλεσμα να δημιουργούνται αμφιβολίες ως προς το είδος του λόγου που πρέπει να καταστέλλεται.

Επιπλέον, η επιβολή κυρώσεων στο διαδίδοντα ψευδείς ειδήσεις τόσο με ηλεκτρονικά μέσα όσο και με μέσα ποινικού δικαίου, συνιστά επέμβαση στην ελευθερία της έκφρασης. Η επέμβαση αυτή δικαιολογείται από την επιδίωξη του δημόσιου συμφέροντος που έγκειται στη διατήρηση της δημόσιας τάξης, αλλά για να διαγνωσθεί αν δε διαταράσσεται η δίκαιη ισορροπία μεταξύ του θεμελιώδους δικαιώματος της ελευθερίας της έκφρασης και δημοσίου συμφέροντος θα πρέπει να ληφθεί υπόψη μια σειρά κριτηρίων που χρησιμοποιείται πάγια από το ΕΔΔΑ κατά της αντιμετώπιση των υποθέσεων περί συκοφαντικής δυσφήμισης. Τα κριτήρια αυτά είναι:

- i. *Διάκριση γεγονότος- αξιολογικής κρίσης*: Όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο, «*η ύπαρξη γεγονότων μπορεί να αποδειχθεί, ενώ η αλήθεια των αξιολογικών κρίσεων δεν είναι επιδεκτική απόδειξης*»<sup>38</sup>. Τα γεγονότα ισοδυναμούν με πραγματικά περιστατικά αντικειμενικά επαληθεύσιμα<sup>39</sup>, ενώ οι αξιολογικές κρίσεις συνιστούν την έκφραση μιας υποκειμενικής κρίσης που δεν μπορεί να αξιολογηθεί ως σωστή ή λανθασμένη, αληθινή ή ψευδής<sup>40</sup>. Κατά τούτο, τα γεγονότα προστατεύονται μόνο εφόσον είναι αληθή, καθώς μόνο έτσι συνεισφέρουν πραγματικά στο δημόσιο διάλογο.
- ii. *Διατύπωση και περιεχόμενο*: Η δικαστική κρίση περί ύπαρξης γεγονότος ή αξιολογικής κρίσης γίνεται με την αξιολόγηση της υπόθεσης εν συνόλο, λαμβάνοντας υπόψη τα εκάστοτε πραγματικά περιστατικά.
- iii. *Καλή πίστη*: Η απόδειξη της καλής πίστης του ομιλούντος αρκεί για να αποσοβηθεί μια καταδίκη για δυσφήμιση<sup>41</sup>. Δε χρειάζεται να είναι βέβαιος για την αλήθεια των γεγονότων ούτε να διεξάγει ενδελεχέστατη έρευνα προτού αναφερθεί σε αυτά· αρκεί να έχει επαρκείς λόγους να πιστεύει ότι είναι αληθινά. Εντούτοις, το στοιχείο αυτό φαίνεται να ελλείπει από τον διαδίδοντα τις ψευδείς ειδήσεις. Ένα βασικό χαρακτηριστικό του φαινομένου είναι ότι ο

---

ανταλλαγή μεθόδων και βέλτιστων πρακτικών μεταξύ των ελεγκτών στην ΕΕ, ώστε να ελέγχονται με κοινά πρότυπα τα αμφίβολα γεγονότα και να περιοριστούν τα fake news.

<sup>37</sup> Ως παράδειγμα αναφέρουμε τον ορισμό που δίνει η ελληνική θεωρία στο πλαίσιο του άρ. 191 ΠΚ: «*ψευδής είναι η είδηση ή η φήμη που αντικειμενικά δεν ανταποκρίνεται προς την αλήθεια*». Βλ. Μ. Μαργαρίτης, *Ποινικός Κώδικας: Ερμηνεία- Εφαρμογή*, 2003, σελ. 463. Για τη σχετική συζήτηση στη Γαλλία βλ. T. Hochmann, *Lutter Contre les Fausses Informations: Le Problème Préliminaire de la Définition*, RDLF 2018 chron. n°16.

<sup>38</sup> ΕΔΔΑ, *Lingens κατά Αυστρίας*, υπ' αριθμ. 9815/82, 8 Ιουλίου 1986, σκ. 46

<sup>39</sup> N. Μαρκόπουλος, Άρθρο 14, εις, X. Αθανασοπούλου, X. et al., *Το Σύνταγμα: Κατ' άρθρο ερμηνεία*, 2017, σελ. 333

<sup>40</sup> D. Bychawska-Siniarska, *όπ. π.*, σελ. 78

<sup>41</sup> «*Doivent pouvoir s'exonérer de leur responsabilité en établissant leur bonne foi et, s'agissant d'assertions de faits, en prouvant la véracité de ceux-ci*», ΕΔΔΑ, *Mamère κατά Γαλλίας*, υπ' αριθμ. 12697/03, 7 Νοεμβρίου 2006, σκ. 23

διαδίδων έχει επίγνωση του ψευδούς του ισχυρισμού του («ενσυνείδητο ψεύδος»)<sup>42</sup>.

- iv. *Μέσο διάδοσης*: Το ΕΔΔΑ έχει επισημάνει την ιδιαίτερη φύση του Διαδικτύου, εκφράζοντας τον προβληματισμό ότι ο παράνομος λόγος μπορεί να μεταδοθεί σε δευτερόλεπτα και να μείνει αναρτημένος και προσβάσιμος στους χρήστες για καιρό<sup>43</sup>. Επομένως, διαφορετική είναι η αντιμετώπιση που προσέχει σε πληροφορίες που διαδίδονται μέσω αυτού, έναντι εκείνων που διακινούνται από παραδοσιακά μέσα ενημέρωσης, όπως ο τύπος<sup>44</sup>.
- v. *Αντίκτυπος του λόγου*: Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου<sup>45</sup>, όσο μεγαλύτερη είναι η διάδοση της δημοσίευσης, τόσο περισσότερο θα διαταράσσεται και το έννομο αγαθό που προσπαθεί να προστατεύσει η Σύμβαση. Επομένως, το κριτήριο του βαθμού της διάδοσης παίζει σημαντικό ρόλο κατά την εκτίμηση του βαθμού στον οποίο μια παρέμβαση ήταν υπερβολική ή όχι.
- vi. *Κυρώσεις*: Πρέπει, τέλος, να ληφθεί υπόψη η φύση και η βαρύτητα της κύρωσης που απειλείται στο δράστη.

### 3.3 Προσωπικά δεδομένα

Ως προσωπικό δεδομένο ορίζεται «κάθε πληροφορία που αφορά ταυτοποιημένο ή ταυτοποιήσιμο φυσικό πρόσωπο» (υποκείμενο των δεδομένων, άρ. 4 περ. 1 Γενικού Κανονισμού Προσωπικών Δεδομένων). Τα τελευταία χρόνια οι κίνδυνοι που ανακύπτουν στο ψηφιακό περιβάλλον για τη συλλογή και επεξεργασία προσωπικών δεδομένων οδήγησαν στην εξάπλωση και συστηματοποίηση της σχετικής νομοθετικής ύλης με αποκορύφωμα τη θέση σε ισχύ τον περασμένο Μάιο του Γενικού Κανονισμού Προσωπικών Δεδομένων (ΓΚΠΔ, Κανονισμός (ΕΕ) 2016/679)<sup>46</sup>.

Φυσικά, στο δικαίωμα της έκφρασης δεν περιλαμβάνεται η δημοσιοποίηση προσωπικών δεδομένων που βρίσκονται στον πυρήνα της ιδιωτικής ζωής του ατόμου, καθώς εκεί η στάθμιση αποβαίνει αναμφίβολα υπέρ της δεύτερης θεμελιώδους ελευθερίας. Δε θα μπορούσε, όμως, να υποστηριχθεί το ίδιο για κάθε πληροφορία που αφορά το άτομο, όπως το όνομα ή το επάγγελμα. Σε μια τέτοια περίπτωση, θα μπορούσαμε να φτάνουμε σε ανεπιεική αποτελέσματα, όπως για παράδειγμα η απλή αναφορά του ονόματος ενός φίλου σε δημοσίευση που λαμβάνει χώρα σε σελίδα κοινωνικής δικτύωσης να συνιστά επεξεργασία, η οποία πρέπει να τελείται υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις του ΓΚΠΔ για να είναι νομότυπη.

<sup>42</sup> Μάλιστα, το στοιχείο του ενσυνείδητου ψεύδους είναι βασικό εν γένει στην τέλεση εγκληματικών πράξεων μέσω του Διαδικτύου, βλ. P. Jouglaux, Η παραπληροφόρηση στην ψηφιακή εποχή, ΔιΜΕΕ 4/2016, σελ. 511

<sup>43</sup> Delfi AS, όπ. π., σκ. 110

<sup>44</sup> Editorial Board of Pravoye Delo και Shtekel κατά Ουκρανίας, υπ' αριθμ. 33014/05, 5 Μαΐου 2011, σκ. 63

<sup>45</sup> Βλ. ενδεικτικά ΕΔΔΑ, *Egill Einarsson κατά Ισλανδίας*, υπ' αριθμ. 24703/15, 7 Νοεμβρίου 2017, σκ. 39

<sup>46</sup> Κανονισμός (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 27ης Απριλίου 2016, για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ. Διαθέσιμο σε: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679> [Τελευταία πρόσβαση: 25.2.2019]

Ο ΓΚΠΔ σε πολλά σημεία αναφέρει ότι το καθεστώς προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα θα πρέπει να τηρείται με σεβασμό στην άσκηση των λοιπών θεμελιωδών δικαιωμάτων, μεταξύ των οποίων και η ελευθερία της έκφρασης<sup>47</sup>, ενώ εκχωρεί μεγάλο περιθώριο εκτίμησης στα Κράτη- Μέλη ώστε τα ίδια να καθορίσουν την προσήκουσα στάθμιση μεταξύ προστασίας προσωπικών δεδομένων αφενός και ελευθερίας της έκφρασης και ενημέρωσης από την άλλη<sup>48</sup>. Ειδικά για τους σκοπούς της δημοσιογραφικής έρευνας και της ακαδημαϊκής, καλλιτεχνικής ή λογοτεχνικής έκφρασης, τα Κράτη μπορούν να επιβάλλουν εξαιρέσεις από πολλές θεμελιώδεις διατάξεις του Κανονισμού, όπως τα δικαιώματα του υποκειμένου των δεδομένων (άρ. 85 ΓΚΠΔ). Με άλλα λόγια, ο εθνικός νομοθέτης καλείται να προβεί σε ουσιαστική στάθμιση μεταξύ των δύο δικαιωμάτων.

Το μεγαλύτερο, βέβαια, σημείο τριβής μεταξύ της ελεύθερης έκφρασης και της προστασίας των προσωπικών δεδομένων δεν είναι άλλο από το νεοπαγές δικαίωμα στη λήθη. Όπως είναι γνωστό, το δικαίωμα αυτό αναγνωρίστηκε πρώτα νομολογιακά με την απόφαση Google Spain (C-131/12, 13.5.2014)<sup>49</sup> και πλέον αποτελεί θετικό δίκαιο, καθώς κατοχυρώνεται στο άρθρο 17 ΓΚΠΔ. Ειδικότερα, το άρθρο 17 παρ. 1 αναφέρει ότι «*Το υποκείμενο των δεδομένων έχει το δικαίωμα να ζητήσει από τον υπεύθυνο επεξεργασίας τη διαγραφή δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα που το αφορούν χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση και ο υπεύθυνος επεξεργασίας υποχρεούται να διαγράψει δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση, εάν [...] α) τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα δεν είναι πλέον απαραίτητα σε σχέση με τους σκοπούς για τους οποίους συλλέχθηκαν ή υποβλήθηκαν κατ' άλλο τρόπο σε επεξεργασία*», αλλά σύμφωνα με την παρ. 3 του ίδιου άρθρου το δικαίωμα δεν μπορεί να εξασκηθεί στο βαθμό που η επεξεργασία είναι απαραίτητη για την άσκηση του δικαιώματος ελευθερίας της έκφρασης και του δικαιώματος στην ενημέρωση. Επομένως, πρέπει και πάλι να λάβει χώρα ουσιαστική στάθμιση των δύο δικαιωμάτων.

Όπως διευκρινίζει το ΔΕΕ στην απόφαση Google Spain, η ελευθερία του λόγου δύναται να υπερέχει στην κείμενη στάθμιση, όταν υπάρχει υπέρτερο συμφέρον για την πρόσβαση στην πληροφορία, όπως είναι η δράση του υποκειμένου των δεδομένων στη δημόσια ζωή<sup>50</sup>. Η Ομάδα δράσης του άρθρου 29 (WP29) ανέπτυξε μερικά ακόμη κριτήρια<sup>51</sup>, τα οποία θα μπορούσαν αν ληφθούν υπόψη για τη στάθμιση μεταξύ των δύο δικαιωμάτων, με την ελευθερία της έκφρασης να υπερέχει αν η πληροφορία αφορά δημόσιο πρόσωπο, αν αφορά τη δημόσια δράση του προσώπου, αν υπήρχε συναίνεση του υποκειμένου και τούτο γνώριζε την πρόθεση δημοσίευσης,

<sup>47</sup> Αιτιολογική σκ. 4 ΓΚΠΔ

<sup>48</sup> Αιτιολογική σκ. 153 ΓΚΠΔ

<sup>49</sup> Οι ρίζες του δικαιώματος αυτού θα μπορούσαν να αναζητηθούν στην απόφαση *Lebach* του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, ήδη από το 1973. Βλ. S. Vlachopoulos, *Freedom Of Expression In The Internet: The Example Of The "Right To Be Forgotten"*, *European Review of Public Law*, 2018 / Vol. 30, No. 1, (107), σελ. 113

<sup>50</sup> «*Εντούτοις, η διαπίστωση αυτή δεν ισχύει όταν, για ειδικούς λόγους, όπως ο ρόλος που διαδραματίζει το εν λόγω υποκείμενο στον δημόσιο βίο, προκύπτει ότι η επέμβαση στα θεμελιώδη δικαιώματά του δικαιολογείται από το υπέρτερο συμφέρον κοινού για πρόσβαση στην επίμαχη πληροφορία συνεπεία της εμφάνισής της στον προαναφερθέντα κατάλογο*», Google Spain, όπ. π., σκ. 97

<sup>51</sup> WP29. *Guidelines On The Implementation Of The Court Of Justice Of The European Union Judgment On "Google Spain And Inc V. Agencia Española De Protección De Datos (Aepd) And Mario Costeja González"* C-131/12, 2014. Διαθέσιμο σε: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf) [Τελευταία πρόσβαση: 24.2.2019]

αν η πληροφορία έχει δημοσιευτεί για δημοσιογραφικούς σκοπούς και προς ενημέρωση του κοινού, αν υπάρχει νόμιμη υποχρέωση δημοσίευσης των δεδομένων· αντίθετα, σε περίπτωση που η πληροφορία αφορά ανήλικο, δεν είναι έγκυρη, αποτελεί ευαίσθητο προσωπικό δεδομένο και, γενικότερα συνδέεται στενά με την ιδιωτική ζωή του προσώπου, είναι δημοσιευμένη πολλά χρόνια με αποτέλεσμα να καταστεί «ξεπερασμένη», μπορεί να θέσει το υποκείμενο σε κίνδυνο, είχε δοθεί συγκατάθεση που τώρα έχει εκλείψει, θα υπερισχύσει μάλλον το δικαίωμα του υποκειμένου σε προστασία των δεδομένων του και η δημοσίευση θα διαγραφεί.

Είναι προφανές ότι με την αναγνώριση του δικαιώματος στη λήθη η προστασία των προσωπικών δεδομένων λαμβάνει πρωταρχικό ρόλο στο σύγχρονο διαδικτυακό περιβάλλον<sup>52</sup>, με αποτέλεσμα το πεδίο προστασίας της ελεύθερης έκφρασης να συρρικνώνεται ακόμα περισσότερο.

### 3.4 Πνευματική Ιδιοκτησία

Με τις νέες δυνατότητες μεταφόρτωσης υλικού που προσφέρονται ελεύθερα σε όλους τους χρήστες, ο τρόπος που αντιλαμβανόμαστε την πνευματική ιδιοκτησία έχει αλλάξει και το ισχύον νομοθετικό καθεστώς έχει καταστεί ξεπερασμένο και δεν μπορεί να προστατεύσει αποτελεσματικά τα δικαιώματα των δημιουργών στη νέα ψηφιακή εποχή. Έτσι, το 2016 ξεκίνησε η συζήτηση για την υιοθέτηση μιας νέας οδηγίας, η οποία θα είναι ικανή να προσαρμοστεί στις ανάγκες του επιγραμμικού περιβάλλοντος και να προασπίσει το δικαίωμα στην διανοητική ιδιοκτησία, το οποίο κατοχυρώνεται στο άρ. 17 παρ. 2 ΧΘΔΕΕ.

Στο πλαίσιο αυτό, το Σεπτέμβριο 2016 παρουσιάστηκε η Πρόταση Οδηγίας για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην ψηφιακή ενιαία αγορά<sup>53</sup>. Σύντομα, όμως, προκλήθηκαν εντάσεις σχετικά με τη συμβατότητα της πρότασης οδηγίας με το κοινοτικό κεκτημένο<sup>54</sup>, ιδίως εξαιτίας του άρ. 13 αυτής, το οποίο στην αρχική του μορφή αναφέρει: «Οι πάροχοι υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας που αποθηκεύουν και παρέχουν στο κοινό πρόσβαση σε μεγάλο αριθμό έργων ή άλλου υλικού που αναφορτώνονται από τους χρήστες τους, λαμβάνουν, σε συνεργασία με τους δικαιούχους, μέτρα με σκοπό την εξασφάλιση της λειτουργίας των συμφωνιών που συνάπτονται με δικαιούχους για τη χρήση των έργων τους ή άλλου υλικού ή την αποτροπή της διαθεσιμότητας στις υπηρεσίες τους έργων ή άλλου υλικού που προσδιορίζονται από τους δικαιούχους, μέσω της συνεργασίας με τους παρόχους υπηρεσιών. Τα εν λόγω μέτρα, όπως η χρήση αποτελεσματικών τεχνολογιών αναγνώρισης περιεχομένου, είναι κατάλληλα και αναλογικά. Οι πάροχοι υπηρεσιών παρέχουν στους δικαιούχους επαρκή πληροφόρηση σχετικά με τη λειτουργία και την εφαρμογή των μέτρων, ενώ, όπου συντρέχει περίπτωση, υποβάλλουν και κατάλληλες αναφορές σχετικά με την αναγνώριση και τη χρήση των έργων και άλλου υλικού».

<sup>52</sup> «Τα προστατευόμενα με τα άρθρα αυτά δικαιώματα του υποκειμένου των δεδομένων υπερέχουν, κατά κανόνα, του προαναφερθέντος συμφέροντος των χρηστών του διαδικτύου», Google Spain, όπ. π., σκ. 81

<sup>53</sup> EUR-Lex. (2016). Πρόταση- Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην ψηφιακή ενιαία αγορά. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>

<sup>54</sup> Βλ. αναλυτικά το σχετικό προβληματισμό σε C. Angelopoulos, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, 2017. Διαθέσιμο σε: [https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2017/03/angelopoulos\\_platforms\\_copyright\\_study.pdf](https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2017/03/angelopoulos_platforms_copyright_study.pdf) [Τελευταία πρόσβαση 25.2.2019]

Όπως είναι φυσικό, η προοπτική χρήσης μέτρων για την αποτροπή μεταφόρτωσης του προστατευόμενου υλικού, δηλαδή λογισμικών αναγνώρισης περιεχομένου (φίλτρων) από τους παρόχους υπηρεσιών του Διαδικτύου και, ιδίως από τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, δεν έγινε αναντίρρητα δεκτή, καθώς ισοδυναμεί με λογοκρισία του συνόλου του περιεχομένου που μεταφορτώνεται από τους χρήστες, ακόμη κι αν πρόκειται για περιεχόμενο που δεν έχει καμία σχέση με προστατευόμενο έργο. Μάλιστα, το ΔΕΕ στην απόφαση SABAM κατά Netlog NV (C-360/10, 16.2.2012) έχει κρίνει ότι η χρήση από πλατφόρμα κοινωνικής δικτύωσης συστήματος φιλτραρίσματος που ελέγχει προληπτικώς τις πληροφορίες που αποθηκεύονται από το σύνολο των χρηστών δεν είναι συμβατό με το δίκαιο της Ένωσης, καθώς αντίκειται, μεταξύ άλλων<sup>55</sup>, στην ελευθερία της έκφρασης και πληροφόρησης. Και τούτο διότι είναι αμφίβολο αν το συγκεκριμένο φίλτρο θα μπορέσει να διακρίνει επαρκώς το νόμιμο από το παράνομο περιεχόμενο, λαμβανομένων υπόψη και των νόμιμων εξαιρέσεων που υπάρχουν από την προστασία των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας, αλλά και των περιπτώσεων των έργων που είναι κοινά ή ελευθέρως προσβάσιμα στο Διαδίκτυο(σκ. 50).

Πρέπει, εντούτοις, να επισημανθεί ότι δυνάμει της θύελλας αντιδράσεων περί του συγκεκριμένου άρθρου της πρότασης οδηγίας<sup>56</sup>, πολύ πρόσφατα (13.2.2019), η διατύπωσή του άλλαξε αρκετά, ώστε να είναι πιο φιλική έναντι στην ελευθερία της έκφρασης. Σύμφωνα με το νέο κείμενο της πρότασης<sup>57</sup>, το βάρος πλέον μετατίθεται στους παρόχους υπηρεσιών του Διαδικτύου οι οποίοι οφείλουν να συνομολογούν συμφωνίες με τους δημιουργούς προκειμένου να διακινείται ελεύθερα το έργο τους στις πλατφόρμες τους. Αν δεν έχουν καταλήξει σε τέτοιες συμφωνίες, θα θεωρούνται υπεύθυνοι για την παραβίαση των δικαιωμάτων των δημιουργών εκτός κι αν έχουν καταβάλει τις καλύτερες δυνατές προσπάθειες για να αποκτήσουν έγκριση, να αποτρέψουν διαμοιρασμό του προστατευόμενου περιεχομένου στις πλατφόρμες τους, και σε περίπτωση που ενήργησαν ταχέως για την απομάκρυνση του περιεχομένου από την πλατφόρμα τους κατόπιν ειδοποίησης του δικαιούχου και έλαβαν μέτρα για την αποτροπή μελλοντικών μεταφορτώσεων. Με άλλα λόγια, από την αναδιατύπωση της πρότασης Οδηγίας φαίνεται να ευνοούνται οι μεγάλες εταιρίες κοινωνικής δικτύωσης, καθώς είναι οι μόνες που διαθέτουν τα οικονομικά μέσα για να καταλήξουν σε συμφωνίες με τους δημιουργούς, αλλά και να εφαρμόσουν τα κατάλληλα λογισμικά για ταχεία απομάκρυνση του περιεχομένου<sup>58</sup>. Βέβαια, το σχέδιο προβλέπει κάποιους κανόνες ερμηνείας για τη διαπίστωση της αναλογικότητας της παραβίασης όπως ο τύπος, το κοινό και το μέγεθος του παρόχου

---

<sup>55</sup> Το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι το συγκεκριμένο σύστημα δεν είναι συμβατό με το άρ. 15, παράγραφος 1, της οδηγίας 2000/31, εφόσον ισοδυναμεί με γενικό έλεγχο του περιεχομένου του συνόλου των χρηστών, ο οποίος κατά τη διάταξη αυτή απαγορεύεται (σκ. 38), με το άρ. 16 ΧΘΔΕΕ περί επιχειρηματικής ελευθερίας, καθώς η πλατφόρμα κοινωνικής δικτύωσης θα σήκωνε μόνη όλο το οικονομικό βάρος για την εγκατάσταση ενός τόσο πολύπλοκου συστήματος φιλτραρίσματος (σκ. 44-47), αλλά και με το άρ. 8 ΧΘΔΕΕ, δεδομένου ότι συνιστά επεξεργασία του συνόλου των προσωπικών δεδομένων που έχουν αποθηκευτεί στο προφίλ του χρήστη, καθιστώντας έτσι δυνατή την αναγνώρισή του (σκ. 49).

<sup>56</sup> Για το σύντομο ιστορικό της πρότασης βλ. J. Reda, EU copyright reform/expansion. <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/> [Τελευταία πρόσβαση: 26.2.2019]

<sup>57</sup> Ανεπίσημη μορφή του κειμένου είναι διαθέσιμη στον ιστότοπο [https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2019/02/Art\\_13\\_unofficial.pdf](https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2019/02/Art_13_unofficial.pdf)

<sup>58</sup> Liberties.eu, New Copyright Regulation Huge Threat to Freedom of Expression, 2019. Διαθέσιμο σε: <https://www.liberties.eu/en/news/copyright-directive-eu-agreement-details/17109> [Τελευταία πρόσβαση: 26.2.2019]



και η αποτελεσματικότητα των μέσων καταστολής που χρησιμοποιεί, ενώ προβλέπονται και κάποιες εξαιρέσεις για νέες πλατφόρμες με μικρό τζίρο<sup>59</sup>.

Αν και τα φίλτρα αναγνώρισης περιεχομένου, ακόμα και σε μια πιο ήπια μορφή, φαίνεται να παραμένουν, το νέο κείμενο περιέχει κάποιες διατάξεις ευνοϊκές για την ελευθερία της έκφρασης. Κατ' αρχήν επισημαίνεται η αναγκαιότητα μεταξύ διάκρισης των δημοσιεύσεων που περιέχουν παράνομα προστατευόμενο υλικό, και αυτών που δεν παραβιάζουν δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Περαιτέρω, υπογραμμίζεται ότι δε θα πρέπει να θεωρείται παράνομο το περιεχόμενο που διακινείται ενόψει κριτικής ή παρωδίας<sup>60</sup>. Με τον τρόπο αυτό «σώζονται» και τα memes, που κινδύνευαν να καταργηθούν με το προηγούμενο σχέδιο της οδηγίας!

#### **4. Αντί επιλόγου: υπάρχουν προοπτικές για την ελευθερία της έκφρασης στο Διαδίκτυο;**

Λαμβάνοντας υπόψη όλα τα παραπάνω, οι προκλήσεις για την ελευθερία της έκφρασης ενόψει της έντονης νομοθετικής παραγωγής για τη ρύθμιση του ψηφιακού περιβάλλοντος μπορούν να συνοψισθούν ως εξής:

- Ασάφεια ως προς τον ορισμό των ειδών λόγου που απαγορεύονται, γεγονός που οδηγεί σε ανασφάλεια δικαίου,
- Επιβολή υπέρμετρων περιορισμών από τα Κράτη, οι οποίοι να φτάνουν σε σημείο να θίγουν ακόμα και τον πυρήνα του δικαιώματος,
- Εμπλοκή των παρόχων υπηρεσιών του Διαδικτύου, χωρίς σαφές νομικό καθεστώς ευθύνης και εχέγγυα αντικειμενικής κρίσης
- Πλήγμα την παθητική της πλευρά, την ελευθερία της πληροφόρησης, με τους χρήστες να γίνονται δέκτες πλειάδας ατεκμηρίωτων ή παράνομων πληροφοριών, γεγονός που καθιστά τη διαμόρφωση ολοκληρωμένης γνώμης αδύνατη.

Όλα τα παραπάνω συνηγορούν στην ανάπτυξη ενός άνευ προηγουμένου chilling effect (*effet dissuasif*, αυτολογοκρισία)<sup>61</sup> για την ελευθερία της έκφρασης, ειδικά στο ψηφιακό περιβάλλον. Οι χρήστες φοβούμενοι την τιμωρία, για το είδος της οποίας επικρατεί αβεβαιότητα, ίσως διστάσουν να εκφράσουν την άποψή τους<sup>62</sup>. Ακόμη, αν τιμωρία τελικά επιβληθεί και η βαρύτητα αυτής είναι ιδιαίτερη, δύναται να έχει

---

<sup>59</sup> Άρθρο 13 παρ. 4αα: «*Member States shall provide that when new online content sharing service providers whose services have been available to the public in the Union for less than three years and which have an annual turnover below EUR 10 million within the meaning of the Commission recommendation 2003/361/EC, the conditions applicable to them under the liability regime set out in paragraph 4 are limited to the compliance with the point (a) of paragraph 4 [...]. Where the average number of monthly unique visitors of these service providers exceeds 5 million, calculated on the basis of the last calendar year, they shall also demonstrate that they have made best efforts to prevent further uploads of the notified works [...]*».

<sup>60</sup> Άρθρο 13 παρ. 5: «*The cooperation between online content service providers and rightholders shall not result in the prevention of the availability of works or other subject matter uploaded by users which do not infringe copyright and related rights, including where such works or subject matter are covered by an exception or limitation. Member States shall ensure that users in all Member States are able to rely on the following existing exceptions and limitations when uploading and making available content generated by users on online content sharing services: a) quotation, criticism, review, b) use for the purpose of caricature, parody or pastiche*».

<sup>61</sup> Βλ. σχετικά ΕΔΔΑ, Renaud κατά Γαλλίας, υπ' αριθμ. 13290/07, 25 Φεβρουαρίου 2010

<sup>62</sup> Βλ. και O. Pollicino, European Judicial Dialogue and the Protection of Fundamental Rights in the New Digital Environment: An Attempt at Emancipation and Reconciliation, in Protection of Fundamental Rights in Digital Environment, σελ. 111, ο οποίος κάνει λόγο για αυτολογοκρισία και τον ίδιον των παρόχων υπηρεσιών Διαδικτύου, απέναντι στο φόβο της επιβολής προστίμου

αποτρεπτικό αποτέλεσμα ως προς την ελεύθερη έκφραση των λοιπών χρηστών στο μέλλον.

Με τα δεδομένα αυτά, εύλογα ανακύπτει το ερώτημα αν υπάρχει όντως ελευθερία του λόγου στο Διαδίκτυο. Προσθήκει η, διαλαμβανόμενη με αισιοδοξία, θετική απάντηση. Ακόμα και με όλους τους ως άνω αναφερθέντες περιορισμούς, η δυνατότητα ελευθερία έκφρασης της γνώμης και, κυρίως, διάδοσής της σε μη πεπερασμένο αριθμό προσώπων είναι μοναδική. Αντίστοιχα, εξαιρετική είναι και η διακίνηση πληροφοριών εντός του αποϋλοποιημένου δικτύου, η οποία δίνει μια πρωτόγνωρη δυναμική στην επιστημονική έρευνα και καλλιτεχνική δημιουργία. Περαιτέρω, οι προοπτικές της ελευθερίας της έκφρασης είναι πολύ σημαντικές στο πλαίσιο της ηλεκτρονικής διακυβέρνησης. Μέσα σε ειδικές πλατφόρμες, το σύνολο των πολιτών μπορεί να συμμετέχει σε δημόσιες διαβουλεύσεις για σοβαρά θέματα και να εκφράζει τους προβληματισμούς του για τη νομοθεσία.

Εν κατακλείδι, τα σχετικά φαινόμενα θα μπορούσαν να διευθετηθούν μέσα από την αυτορρύθμιση τόσο των κοινωνικών δικτύων, όσο και των ίδιων των χρηστών<sup>63</sup>. Κατά την άποψή μας, ωφέλιμη θα απέβαινε μια διαδικασία εντοπισμού και απομάκρυνσης του παράνομου κατά τα ανωτέρω λόγου, η οποία θα περιλαμβάνει ένα σύστημα που να δίνει τη δυνατότητα στους χρήστες να αναφέρουν τις περιπτώσεις λόγου που θεωρούν ότι είναι παράνομος. Με τον τρόπο αυτό, θα ενημερώνεται και ο πάροχος, και έπειτα έναν έγκαιρο, στο μέτρο του δυνατού, έλεγχο του περιεχομένου του αναφερόμενου λόγου- ο οποίος μπορεί να ανατεθεί είτε εξειδικευμένο προσωπικό του ίδιου του παρόχου είτε σε ανεξάρτητους ειδικούς, θα απομακρύνεται η επιζήμια δημοσίευση (διαγραφή τους από τη σελίδα ή τη διακοπή πρόσβασης άλλων χρηστών σε αυτή). Για την αποφυγή καταχρήσεων κατά τη διαδικασία αυτή θα πρέπει να εφαρμόζονται ειδικές προστατευτικές ρήτρες<sup>64</sup>, ενώ θα μπορούσε να αξιολογηθεί θετικά η θέσπιση μιας επιγραμμικής διαδικασίας εξωδικαστικής επίλυσης διαφορών, κατά την οποία ο χρήστης του οποίου η δημοσίευση διαγράφηκε θα μπορεί να προβάλλει τους λόγους που πιστεύει ότι η δημοσίευσή του έπρεπε να παραμείνει προσβάσιμη στο κοινό ή θα μπορεί να αποδείξει την καλή του πίστη.

---

<sup>63</sup> Για την ταξινόμηση των πρακτικών που έχουν υιοθετηθεί για την αντιμετώπιση των fake news βλ. A. Alemanno, Editorial: How to Counter Fake News? A Taxonomy of Anti-fake News Approaches, *European Journal of Risk Regulation* Vol. 9:1 (2018)

<sup>64</sup> A. Kuczerawy, Safeguards for freedom of expression in the era of online gatekeeping, 2018.

Διαθέσιμο σε:

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=49710403102110609208009801911309600400304405703500202810909210709400111408110210500702402600600702406111411507112002207102901904906109003908101209611508306711909707100701805411108708510411510709311800610408811403095031070003092114013072101119079127020&EXT=pdf> [Τελευταία πρόσβαση: 25.2.2018]

# ΦΟΡΟΣ ΠΡΟΣΤΙΘΕΜΕΝΗΣ ΑΞΙΑΣ ΣΕ ΑΝΕΙΣΠΡΑΚΤΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ, ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2006/112/ΕΚ

Κωνσταντίνος Κρεμμύδας, Δικηγόρος, Γ.Γ Δ.Σ Πατρών

## 1. Οδηγία 2006/112/ΕΚ

1. 1. Με την Οδηγία 2006/112/ΕΚ<sup>1</sup>, όπως ισχύει, καθορίζεται το πλαίσιο εφαρμογής του φόρου προστιθέμενης αξίας από τα κράτη μέλη της Ε.Ε, ενώ με τα άρθρα τα άρθρα 72 έως και 89 της ανωτέρω οδηγίας καθορίζεται η βάση επιβολής του φόρου. Στο άρθρο 90 της ανωτέρω οδηγίας ορίζεται ότι «1. Σε περίπτωση ακύρωσης, καταγγελίας, λύσης, ολικής ή μερικής μη καταβολής, ή μείωσης της τιμής, που επέρχεται μετά την πραγματοποίηση της πράξης, η βάση επιβολής του φόρου μειώνεται ανάλογα, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που καθορίζονται από τα κράτη μέλη. 2. Σε περίπτωση ολικής ή μερικής μη καταβολής της τιμής, τα κράτη μέλη μπορούν να παρεκκλίνουν από τη διάταξη της παραγράφου 1.»

## 2. Νομολογία ΔΕΕ<sup>2</sup>

2. Με την νομολογία του ΔΕΕ στην υπόθεση C – 404/16, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δικαστηρίου της Ουγγαρίας για την ερμηνεία του άρθρου 90, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας 2006/112/ΕΚ, διέλαβε μεταξύ άλλων ότι κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν και άλλες υποχρεώσεις που κρίνουν αναγκαίες για τη διασφάλιση της ορθής είσπραξης του Φ.Π.Α και την αποφυγή της απάτης, με την επιφύλαξη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των εσωτερικών πράξεων και των πράξεων που πραγματοποιούνται από υποκείμενους στον φόρο μεταξύ των κρατών μελών και με την προϋπόθεση ότι οι υποχρεώσεις αυτές δεν οδηγούν, στις συναλλαγές μεταξύ κρατών μελών, σε διατυπώσεις που συνδέονται με τη διέλευση συνόρων. Δεδομένου ότι οι διατάξεις του άρθρου 90, παράγραφος 1, και του άρθρου 273 της οδηγίας περί Φ.Π.Α, εκτός των ορίων που καθορίζουν, δεν προσδιορίζουν ούτε τις προϋποθέσεις, ούτε τις υποχρεώσεις τις οποίες μπορούν να επιβάλουν τα κράτη μέλη, διαπιστώνεται ότι οι διατάξεις αυτές παρέχουν στα κράτη μέλη ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως, όσον αφορά ιδίως τις διατυπώσεις που οφείλουν να εκπληρώνουν οι υποκείμενοι στον φόρο, σε διατυπώσεις που συνδέονται με τη διέλευση συνόρων.

Δεδομένου ότι οι διατάξεις του άρθρου 90, παράγραφος 1, και του άρθρου 273 της οδηγίας περί Φ.Π.Α, εκτός των ορίων που καθορίζουν, δεν προσδιορίζουν ούτε τις προϋποθέσεις ούτε τις υποχρεώσεις τις οποίες μπορούν να επιβάλλουν τα κράτη μέλη, διαπιστώνεται ότι οι διατάξεις αυτές παρέχουν στα κράτη μέλη ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως, όσον αφορά ιδίως τις διατυπώσεις που οφείλουν να εκπληρώνουν οι υποκείμενοι στον φόρο ενώπιον των φορολογικών αρχών των εν λόγω κρατών, προκειμένου να επιτύχουν μείωση της βάσεως επιβολής του φόρου (απόφαση της 15ης Μαΐου 2014, C-337/13, EU:C:2014:328, σκέψη 37). Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει, πάντως, ότι τα μέτρα που αποσκοπούν στην αποτροπή της φοροδιαφυγής ή της φοροαποφυγής δεν μπορούν καταρχήν να εισάγουν παρέκκλιση από την τήρηση των κανόνων που διέπουν τη βάση επιβολής του φόρου παρά μόνον στον βαθμό που αυτό είναι απολύτως αναγκαίο για την επίτευξη του συγκεκριμένου αυτού σκοπού. Ειδικότερα, τα μέτρα αυτά πρέπει να θίγουν όσο το δυνατό λιγότερο τους σκοπούς και τις αρχές της οδηγίας περί Φ.Π.Α και, επομένως, δεν μπορούν να χρησιμοποιούνται κατά τρόπον ώστε να διακυβεύεται

<sup>1</sup> <https://eur-lex.europa.eu>

<sup>2</sup> <https://eur-lex.europa.eu>

η ουδετερότητα του ΦΠΑ (απόφαση της 15ης Μαΐου 2014, C-337/13, EU:C:2014:328, σκέψη 38). Επομένως, οι διατυπώσεις που οφείλουν να εκπληρώνουν οι υποκείμενοι στον φόρο για να ασκούν ενώπιον των φορολογικών αρχών το δικαίωμα μείωσης της βάσεως επιβολής του ΦΠΑ πρέπει να συνίστανται μόνο στις διατυπώσεις χάρη στις οποίες αποδεικνύεται ότι, μετά τη σύναψη της δικαιοπραξίας, η αντιπαροχή ή ένα μέρος της οριστικά δεν πρόκειται να καταβληθεί.

3. Με την νομολογία του ΔΕΕ στην υπόθεση C-672/17, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως διατητικού δικαστηρίου φορολογικών διαφορών Πορτογαλίας, η οποία αφορά την ερμηνεία της αρχής της φορολογικής ουδετερότητας και του άρθρου 90 της οδηγίας 2006/112/EK ΦΠΑ σχετικά με την άρνηση της τελευταίας να προβεί, στην περίπτωση της *Tratave*, στον διακανονισμό του ποσού του φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ) που καταβλήθηκε και που αφορά απαιτήσεις ανεξόφλητες και θεωρούμενες ως μη εισπράξιμες λόγω της αφερεγγυότητας των οφειλετών, διέλαβε ότι, το άρθρο 90, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής, το οποίο αφορά τις περιπτώσεις ακύρωσης, καταγγελίας, λύσης, ολικής ή μερικής μη καταβολής ή μείωσης της τιμής που επέρχεται μετά την πραγματοποίηση της πράξης, υποχρεώνει τα κράτη μέλη να μειώνουν τη βάση επιβολής του φόρου, άρα και του ποσού του ΦΠΑ που οφείλει ο υποκείμενος στον φόρο, όταν μετά τη διενέργεια της πράξης ο υποκείμενος στον φόρο δεν λαμβάνει την αντιπαροχή ή ένα μέρος της. Η διάταξη αυτή αποτελεί έκφραση μιας θεμελιώδους αρχής της οδηγίας ΦΠΑ κατά την οποία η βάση επιβολής του φόρου συνίσταται στην πράγματι ληφθείσα αντιπαροχή, συνέπεια δε της αρχής αυτής είναι ότι η φορολογική αρχή δεν μπορεί να εισπράξει ως ΦΠΑ ποσό υψηλότερο εκείνου που εισέπραξε ο υποκείμενος στον φόρο. Δεδομένου ότι οι διατάξεις του άρθρου 90, παράγραφος 1, και του άρθρου 273 της οδηγίας ΦΠΑ, εκτός των ορίων που καθορίζουν, δεν προσδιορίζουν ούτε τις προϋποθέσεις ούτε τις υποχρεώσεις τις οποίες μπορούν να επιβάλλουν τα κράτη μέλη, διαπιστώνεται ότι οι διατάξεις αυτές παρέχουν στα κράτη μέλη ορισμένο περιθώριο εκτίμησης, όσον αφορά ιδίως τις διατυπώσεις που οφείλουν να εκπληρώνουν οι υποκείμενοι στον φόρο ενώπιον των φορολογικών αρχών, προκειμένου να επιτύχουν μείωση της βάσης επιβολής του φόρου. Από τη νομολογία προκύπτει πάντως ότι τα μέτρα που αποσκοπούν στην αποτροπή της φοροδιαφυγής ή της φοροαποφυγής δεν μπορούν καταρχήν να εισάγουν παρέκκλιση από την τήρηση των κανόνων που διέπουν τη βάση επιβολής του φόρου παρά μόνο στον βαθμό κατά τον οποίο τούτο είναι απολύτως αναγκαίο για την επίτευξη του συγκεκριμένου αυτού σκοπού. Ειδικότερα, τα μέτρα αυτά πρέπει να θίγουν όσο το δυνατό λιγότερο τους σκοπούς και τις αρχές της οδηγίας ΦΠΑ και, επομένως, δεν μπορούν να χρησιμοποιούνται κατά τρόπο ώστε να διακυβεύεται η ουδετερότητα του ΦΠΑ. Συνεπώς, οι διατυπώσεις που οφείλουν να εκπληρώνουν οι υποκείμενοι στον φόρο για να ασκούν ενώπιον των φορολογικών αρχών το δικαίωμα μείωσης της βάσης επιβολής του ΦΠΑ πρέπει να συνίστανται μόνο στις διατυπώσεις χάρη στις οποίες αποδεικνύεται ότι, μετά την ολοκλήρωση της πράξης, η αντιπαροχή ή ένα μέρος της δεν πρόκειται οριστικά να καταβληθεί. Στα εθνικά δικαστήρια εναπόκειται συναφώς να εξακριβώνουν ότι ανταποκρίνονται στην επιταγή αυτή οι διατυπώσεις που απαιτούνται στο οικείο κράτος μέλος (C-337/13, EU:C:2014:328/2017),

4. Με την νομολογία του ΔΕΕ στην υπόθεση C-462/16, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως του ομοσπονδιακού φορολογικού δικαστηρίου της Γερμανίας που αφορά την ερμηνεία του άρθρου 90, παράγραφος 1, της οδηγίας 2006/112/EK ΦΠΑ, διέλαβε μεταξύ άλλων ότι το Δικαστήριο (ΔΕΕ) έχει κρίνει ότι μία από τις βασικές αρχές στις οποίες στηρίζεται το σύστημα του ΦΠΑ είναι η αρχή της ουδετερότητας, υπό την έννοια ότι σε παρόμοια προϊόντα, εντός κάθε χώρας, επιβάλλεται η ίδια φορολογική επιβάρυνση, ανεξαρτήτως του μήκους του κυκλώματος παραγωγής και διανομής. Συνεπώς, δεν συμβιβάζεται προς την οδηγία ΦΠΑ το να είναι η βάση επιβολής του φόρου επί της οποίας υπολογίζεται ο ΦΠΑ που οφείλει η φαρμακευτική επιχείρηση, ως υποκείμενη στον φόρο, ανώτερη του ποσού το οποίο αυτή εν τέλει εισέπραξε. Το άρθρο 90, παράγραφος 1, της οδηγίας ΦΠΑ δεν προϋποθέτει, για να μπορεί να εφαρμοστεί η διάταξη αυτή, μεταγενέστερη τροποποίηση των συμβατικών σχέσεων. Συγκεκριμένα, η διάταξη αυτή υποχρεώνει, κατ' αρχήν, τα κράτη μέλη να

μειώσουν τη βάση επιβολής του φόρου, οσάκις, κατόπιν μιας πράξεως, ο υποκείμενος στον φόρο δεν λαμβάνει την αντιπαροχή ή λαμβάνει μόνο ένα μέρος της. Συνεπώς, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, δεδομένου ότι μέρος της αντιπαροχής δεν εισπράχθηκε από τον υποκείμενο στον φόρο λόγω της εκπτώσεως που παρέσχε αυτός στα ιδιωτικά ταμεία ασφαλίσεως υγείας, υπήρξε όντως μείωση της τιμής τη στιγμή της διενέργειας της πράξεως, κατά το άρθρο 90, παράγραφος 1, της οδηγίας ΦΠΑ. Κατόπιν των προεκτεθέντων, στο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, υπό το πρίσμα των αρχών που συνήγαγε το Δικαστήριο με την απόφαση της 24ης Οκτωβρίου 1996, Elida Gibbs (C-317/94, EU:C:1996:400) όσον αφορά τον προσδιορισμό της βάσης επιβολής του ΦΠΑ, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως κατά το δίκαιο της Ένωσης, το άρθρο 90, παράγραφος 1, της οδηγίας ΦΠΑ έχει την έννοια ότι η έκπτωση που παρέχεται, βάσει εθνικού νόμου, από φαρμακευτική επιχείρηση σε ιδιωτικό ταμείο ασφαλίσεως υγείας συνεπάγεται, κατά την έννοια του άρθρου αυτού, μείωση της βάσης επιβολής του φόρου υπέρ της φαρμακευτικής αυτής επιχείρησης όταν οι παραδόσεις φαρμακευτικών προϊόντων πραγματοποιούνται μέσω χονδρεμπόρων σε φαρμακεία τα οποία πραγματοποιούν τις εν λόγω παραδόσεις σε ασφαλισμένους σε ιδιωτικό ταμείο ασφαλίσεως υγείας, το οποίο επιστρέφει στους ασφαλισμένους του την τιμή της αγοράς των φαρμακευτικών προϊόντων.

### 3. Ελληνική Νομοθεσία

5. Με την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ επί της υποθέσεως C-246/16 σε προδικαστικό ερώτημα ως προς τη συμβατότητα του Ιταλικού νομοθετικού καθεστώσ με το δίκαιο της Ένωσης και ιδίως με τις αρχές της ουδετερότητας του Φ.Π.Α., της αποτελεσματικότητας και της αναλογικότητας, διέλαβε ότι αφενός από το ίδιο το γράμμα του άρθρου 90 παρ. 2 της Οδηγίας Φ.Π.Α. συνάγεται ότι αν και τα κράτη μέλη έχουν τη δυνατότητα παρέκκλισης από την προβλεπόμενη στην παρ. 1 διόρθωση της βάσης επιβολής του φόρου, δεν παρέχεται σε αυτά η δυνατότητα να αποκλείουν εντελώς τη διόρθωση αυτή και αφετέρου ότι η δυνατότητα παρέκκλισης δεν μπορεί να βαίνει πέραν της αβεβαιότητας εξόφλησης της απαίτησης.

6. Πλην όμως στην Ελληνική νομοθεσία δεν υπάρχει καμία πρόβλεψη για την εφαρμογή του άρθρου 90 παρ. 2 της Οδηγίας 2006/112/ΕΚ. Συγκεκριμένα με την ΠΟΛ 1069/1-6-2016<sup>3</sup> κοινοποιήθηκε η με αριθμό 129/2015<sup>4</sup> Γνωμοδότηση ΝΣΚ με την οποία έγινε αποδεκτό ότι «Η διάταξη του άρθρου 19 παρ. 5α του Κώδικα ΦΠΑ (Ν. 2859/2000), περί μείωσης της φορολογητέας αξίας σε περίπτωση ολικής ή μερικής μη πληρωμής του τιμήματος, είναι εφαρμοστέα, μετά την κατάργηση των άρθρων 46 και 46α του Ν. 1892/1990, μόνο στις περιπτώσεις υπαγωγής της επιχείρησης στη διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης του άρθρου 106 ια' του Πτωχευτικού Κώδικα. . .»

7. Το άρθρο όμως 6 παρ. 14 του ν.4446/2016 (ΦΕΚ Α 240 22.12.2016) κατήργησε το άρθρο 106 περ. ια του πτωχευτικού κώδικα, αφήνοντας την ανωτέρω διάταξη του άρθρου 19 του ν.2859/2000 γράμμα κενό. Η Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Εσόδων διευκρίνισε με πρόσφατη εγκύκλιο ότι το ποσό των οφειλών που διαγράφεται λόγω εξυγίανσης και αντιστοιχεί στον ΦΠΑ θα μειώνει τα κέρδη της επιχείρησης ως διαγραφείσα απαίτηση. Δηλαδή, ο ΦΠΑ που δεν εισπράχθηκε θα αντιμετωπίζεται ως κόστος στη φορολογία εισοδήματος, κατά παράβαση της αρχής της ουδετερότητας του συγκεκριμένου φόρου που προβλέπει το ευρωπαϊκό δίκαιο.

8. Με την παράλειψη αυτή της Ελληνικής εθνικής νομοθεσίας να συμπεριλάβει πρόβλεψη για τη δυνατότητα των υποκειμένων να μειώνουν τη φορολογητέα βάση επιβολής του φόρου παραβιάζονται πέραν του ίδιου του άρθρου 90 της οδηγίας ΦΠΑ και οι βασικές αρχές του συστήματος ΦΠΑ τις οποίες τα κράτη μέλη οφείλουν να εφαρμόζουν, ειδικότερα: Παραβιάζεται η αρχή του προσδιορισμού της

<sup>3</sup> lawdb.intrasoftnet.com

<sup>4</sup> www.nsk.gr

Βάσης επιβολής ΦΠΑ σύμφωνα με την οποία η βάση επιβολής του ΦΠΑ, τον οποίο πρέπει να εισπράττει η φορολογική αρχή, δεν μπορεί να υπερβαίνει την πράγματι καταβληθείσα εκ μέρους του αντισυμβαλλόμενου αντιπαροχή (C-388/99, C-427/98, C-317/94). Παραβιάζεται η αρχή για τον καταβλητέο ΦΠΑ σύμφωνα με την οποία η φορολογική αρχή δεν μπορεί να εισπράττει ως ΦΠΑ ποσό υψηλότερο αυτού που έλαβε η επιχείρηση (C-337/13 και C-588/10). Παραβιάζεται η αρχή της ουδετερότητας του φόρου σύμφωνα με την οποία ο ΦΠΑ δεν επιτρέπεται να αποτελεί βάρος για την επιχείρηση και πρέπει να εξασφαλίζεται η ουδετερότητα ως προς τη φορολογική επιβάρυνση της οικονομικής δραστηριότητας (C-437/06 και C-37/95). Παραβιάζεται επίσης η βασική αρχή της επιβολής του ΦΠΑ ως επιρριπτόμενου φόρου Κατανάλωσης αφού στο βαθμό που μια επιχείρηση υποχρεώνεται να χρηματοδοτήσει με ίδιους πόρους τον ΦΠΑ που δεν μπόρεσε να εισπράξει από τον αντισυμβαλλόμενο της, υποβάλλεται σε φόρο η περιουσία της, μη επιτρεπόμενης της φορολόγησης αυτής από τη νομοθεσία και τη φύση του ΦΠΑ ,ως επιρριπτόμενου φόρου κατανάλωσης (C-246/16).

9. Ως εκ τούτου, ενάντια στην άνω οδηγία, ενάντια στις βασικές αρχές επιβολής του φόρου ΦΠΑ στην Ε.Ε., ενάντια στη διαμορφωθείσα πάγια πλέον νομολογία του ΔΕΕ και στην ανάγκη να δημιουργηθεί ενιαίος χώρος Φ.Π.Α στην ΕΕ και παρά το γεγονός ότι εξ αιτίας της γενικότερης οικονομικής κρίσης έχουν αυξηθεί οι επισφάλειες στις συναλλαγές, δεν παρέχεται η δυνατότητα ανάκτησης του αποδοθέντος Φ.Π.Α και διόρθωσης της φορολογητέας βάσης σε περίπτωση ματαίωσης καθ' οιονδήποτε τρόπο της πράξης, ουσιαστικά της εισπράξεως του ποσού της συναλλαγής.

#### **4. Απόφαση ΣΤΕ 355/20-2-2019**

10. Με την πρόσφατη απόφασή του με αριθμό 355/20-2-2019<sup>5</sup> το Β τμήμα του ΣτΕ σε απόλυτη συνάφεια με τα παραπάνω διέγνωσε την παράληψη της Ελληνικής νομοθεσίας και συνακόλουθα την παράνομη πρακτική της Ελληνικής Φορολογικής Διοίκησης και διέλαβε ότι οι διατάξεις του άρθρου 19 παρ. 5α του Κώδικα Φ.Π.Α., έχουν την έννοια ότι παρέχεται δικαίωμα μείωσης της βάσης επιβολής του φόρου “λόγω ολικής ή μερικής μη πληρωμής του τιμήματος” σε κάθε περίπτωση όπου, μετά την πραγματοποίηση των φορολογητέων πράξεων, ο υποκείμενος στον φόρο ευλόγως επικαλείται ότι, κατά πάσα πιθανότητα, στο πλαίσιο νομοθετικών ρυθμίσεων που αποβλέπουν στην αντιμετώπιση της εμπορικής αφερεγγυότητας του αντισυμβαλλομένου του (πτώχευση, εξυγίανση, θέση σε ειδική διαχείριση), δεν θα εισπράξει την αντιπαροχή ή μέρος αυτής και ότι, συνεπώς, το χρέος δε θα εξοφληθεί, προσκομίζει δε στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται, κατά την κρίση της φορολογικής αρχής ή των διοικητικών δικαστηρίων, η ιδιαίτερος πιθανή παρατεταμένη χρονική διάρκεια της μη καταβολής, επιφυλασσομένης, ωστόσο, της δυνατότητας επανεκτιμήσεως της (κατά τα ανωτέρω μειωθείσας) βάσης επιβολής του φόρου προς το υψηλότερο, σε περίπτωση που υπάρξει μεταγενέστερη (εν όλω ή εν μέρει) καταβολή της αντιπαροχής. Τέτοια περίπτωση “ολικής ή μερικής μη πληρωμής της τιμής”, που δικαιολογεί την ανάλογη μείωση της βάσης επιβολής του Φ.Π.Α., συνιστά, κατ' αρχήν, και η επίκληση (και προσκόμιση ενώπιον της φορολογικής αρχής) από τον υποκείμενο στον φόρο της σύναψης, μετά τη διενέργεια των φορολογητέων πράξεων, συμφωνίας εξυγίανσης μεταξύ του αφερέγγυου οφειλέτη και των πιστωτών του, καταρτισθείσας υπό τους όρους του Πτωχευτικού Κώδικα και επικυρωθείσας από το πτωχευτικό δικαστήριο, με περιεχόμενο, μεταξύ άλλων, τη μείωση των απαιτήσεων έναντι του οφειλέτη.

Οι διατάξεις του άρθρου 19 παρ. 5α του Κώδικα Φ.Π.Α., ερμηνευόμενες υπό το φως α) της θεμελιώδους αρχής που απορρέει από την οδηγία 2006/112/ΕΚ και έκφραση της οποίας αποτελεί και η διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 90 αυτής, ότι η βάση επιβολής του φόρου συνίσταται στην πράγματι ληφθείσα αντιπαροχή και ότι, ως εκ τούτου, η φορολογική αρχή δεν μπορεί να εισπράξει ως ΦΠΑ ποσό υψηλότερο εκείνου που εισπράξε ο υποκείμενος στο φόρο, ενώ, εξάλλου, παρέκκλιση από την τήρηση των κανόνων που διέπουν τη βάση επιβολής του φόρου με σκοπό τη διασφάλιση της ορθής εισπράξεως του ΦΠΑ και την αποφυγή της απάτης (άρθρο 273 της ίδιας οδηγίας) είναι επιτρεπτή μόνο

<sup>5</sup> [www.taxheaven.gr](http://www.taxheaven.gr)

στο απολύτως αναγκαίο βαθμό, ώστε τα λαμβανόμενα μέτρα να θίγουν όσο το δυνατόν λιγότερο τους σκοπούς και τις αρχές της εν λόγω οδηγίας και να μη χρησιμοποιούνται κατά τρόπο ώστε να διακυβεύεται η ουδετερότητα του Φ.Π.Α, β) του σκοπού για τον οποίο παρέχεται η, κατά την παράγραφο 2 του άρθρου 90 της ανωτέρω οδηγίας, ευχέρεια παρεκκλίσεως από το δικαίωμα μείωσης της βάσης επιβολής του φόρου (που ισχύει μόνο στην περίπτωση ολικής ή μερικής μη καταβολής του τιμήματος), ο οποίος, ειδικότερα, συνίσταται στο να παρέχεται στα κράτη μέλη η δυνατότητα να αντιμετωπίζουν υπό τον όρο τηρήσεως των (θεμελιωδών στο δίκαιο της Ένωσης) αρχών της αναλογικότητας και της ισότητας - τη συμφύη με τον οριστικό χαρακτήρα της μη πληρωμής αβεβαιότητα και, συνεπώς, αυτή η δυνατότητα δεν μπορεί να βάνει πέραν της εν λόγω αβεβαιότητας, ώστε να αποκλείεται εντελώς η διόρθωση της βάσης επιβολής του φόρου, **εξακολουθούν να ισχύουν και να έχουν πεδίο εφαρμογής και μετά την, κατά τα ανωτέρω, κατάργηση των διατάξεων των άρθρων 46 και 46α του ν. 1892/1990, έχουν δε την έννοια ότι παρέχεται δικαίωμα μείωσης της βάσης επιβολής του φόρου “λόγω ολικής ή μερικής μη πληρωμής του τιμήματος” σε κάθε περίπτωση όπου, μετά την πραγματοποίηση των φορολογητέων πράξεων, ο υποκείμενος στον φόρο ευλόγως επικαλείται ότι, κατά πάσα πιθανότητα, στο πλαίσιο νομοθετικών ρυθμίσεων που αποβλέπουν στην αντιμετώπιση της εμπορικής αφερεγγυότητας του αντισυμβαλλομένου του (πτώχευση, εξυγίανση, θέση σε ειδική διαχείριση), δεν θα εισπράξει την ανταπαροχή ή μέρος αυτής και ότι, συνεπώς, το χρέος δε θα εξοφληθεί, προσκομίζει δε στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται, κατά την κρίση της φορολογικής αρχής ή των διοικητικών δικαστηρίων, η ιδιαίτερος πιθανή παρατεταμένη χρονική διάρκεια της μη καταβολής, επιφυλασσομένης, ωστόσο, της δυνατότητας επανεκτιμήσεως της (κατά τα ανωτέρω μειωθείσας) βάσης επιβολής του φόρου προς το υψηλότερο, σε περίπτωση που υπάρξει μεταγενέστερη (εν όλω ή εν μέρει) καταβολή της ανταπαροχής. Αβασίμως, επομένως, το Δημόσιο, ισχυρίζεται τα αντίθετα και ειδικότερα ότι, μετά την κατάργηση των άρθρων 46 και 46α του ν. 1892/1990, η διάταξη του άρθρου 19 παρ.5α του Κώδικα Φ.Π.Α. έχει την έννοια ότι εφαρμόζεται μόνον στις περιπτώσεις υπαγωγής επιχείρησης “στο καθεστώς της ειδικής εκκαθάρισης σε λειτουργία” (.) Το Δικαστήριο (ΣτΕ 355/2019) έκρινε ότι η προσβαλλόμενη αρνητική πράξη της φορολογικής αρχής είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, όπως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη προσφυγή, απορριπτομένων ως αβασίμων όλων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της καθ’ ης Αρχής. Τούτο δε διότι οι ως άνω συνθήκες, τις οποίες επικαλέσθηκε και απέδειξε η προσφεύγουσα για την “οριστικότητα” της μη είσπραξης των απαιτήσεων της από τις ως άνω αντισυμβαλλόμενες της επιχείρησεις, ήτοι η σύναψη, υπό τους όρους του άρθρου 106 α του Πτωχευτικού Κώδικα, των ως άνω συμφωνιών εξυγίανσης μεταξύ αυτών (αντισυμβαλλομένων της) και των πιστωτών τους, με αντικείμενο, μεταξύ άλλων, τη ρύθμιση και των δικών της απαιτήσεων κατ’ αυτών (δια της μείωσέως τους κατά ποσοστό 50%) και η συνακόλουθη επικύρωσή τους από το πτωχευτικό δικαστήριο, με συνέπεια οι συμφωνίες αυτές να δεσμεύουν κατά νόμο και την ίδια, συνιστούσαν περίπτωση αρκούντως βέβαιης και μακροπρόθεσμης μη καταβολής του οφειλομένου σ’ αυτήν τιμήματος και, συνεπώς, το δικαίωμά της για μείωση της φορολογικής βάσης (και, εντεύθεν, μείωσης της οικείας φορολογικής οφειλής της) δεν μπορούσε να αποκλεισθεί.**

11. Με την απόφασή του το ΣτΕ έρχεται να επικυρώσει την παραβίαση της Ευρωπαϊκής οδηγίας ΦΠΑ από την Ελληνική πολιτεία και να καλύψει το κενό νόμου με την ορθή ερμηνεία της σχετικής διάταξης του άρθρου 19 παρ. 5<sup>α</sup>.

12. Είναι πλέον επιτακτική και άμεση η υποχρέωση του Ελληνικού Δημοσίου και της Ελληνικής Φορολογικής Διοίκησης να συμμορφωθεί με την Ευρωπαϊκή οδηγία ΦΠΑ, με τη νομολογία του ΔΕΕ αλλά και με τη νομολογία πλέον του ΣτΕ. Θα πρέπει να αποδεχθεί και να νομοθετήσει το πανθομολογούμενο πλέον δικαίωμα των υπόχρεων στο φόρο στη μείωση της φορολογητέας βάσης σύμφωνα με τις προβλέψεις του άρθρου 90 της ευρωπαϊκής οδηγίας ΦΠΑ, τροποποιώντας σύμφωνα με τη σύγχρονη νομολογία το σχετικό άρθρο 19 παρ. 5<sup>α</sup> του ν.2859/2000. Το δικαίωμα αυτό σαφώς και

θα πρέπει να ασκείται υπό προϋποθέσεις, προϋποθέσεις όμως που δεν θα οδηγούν στην εν τοις πράγμασι κατάργησή του όπως μέχρι σήμερα ίσχυσε.

13. Οι προβλέψεις της νομοθεσίας για τη φορολογία εισοδήματος ν.4172/2013 θα μπορούσαν να νομοθετηθούν και να εφαρμοστούν και για τον ΦΠΑ διασφαλίζοντας αστόλυτα τα συμφέροντα του Δημοσίου αλλά και τα δικαιώματα των υποκειμένων στο φόρο επαγγελματιών ή επιχειρήσεων. Δηλαδή οι προβλέψεις που αφορούν στην πάροδο συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος (π.χ. 12 μηνών) από την έκδοση του τιμολογίου χωρίς να έχει εξοφληθεί, η εφαρμογή των προϋποθέσεων της φορολογίας εισοδήματος για τον σχηματισμό προβλέψεων επισφαλών απαιτήσεων όπως και για τη διαγραφή των επισφαλών απαιτήσεων. Και βεβαίως να προβλεφθεί το δικαίωμα του δημοσίου για ανάκτηση του ΦΠΑ σε κάθε περίπτωση που τελικά εξοφληθεί η απαίτηση από τον αντισυμβαλλόμενο.

## 5. Ευρωπαϊκή αντιμετώπιση της οδηγίας

14. Από τις 28 χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι 23 Από τα 28 κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τα 23 προβλέπουν στην εσωτερική τους νομοθεσία το δικαίωμα επιστροφής του ΦΠΑ) στην περίπτωση μη καταβολής του τιμήματος, υπό προϋποθέσεις.

Η Ισπανία, θέτει ως προϋπόθεση το ποσό της οφειλής να ξεπερνά τα 300 ευρώ και να έχει παρέλθει ένα τουλάχιστον έτος από την ημερομηνία λήξης της οφειλής, ενώ για επιχειρήσεις με κύκλο εργασιών κάτω των 6 εκατ. ευρώ το αντίστοιχο χρονικό όριο μειώνεται στους έξι μήνες, με βασική προϋπόθεση ο προμηθευτής να έχει προχωρήσει σε δικαστική διαταγή πληρωμής έναντι του οφειλέτη και εντός τριών μηνών να έχει κατατεθεί στις αρχές το αίτημα έκπτωσης του ανείσπρακτου ΦΠΑ.

Η Ιταλική νομοθεσία προϋποθέτει το απλήρωτο ποσό να σχετίζεται με πτώχευση του οφειλέτη, κάτι που ισχύει και στην Πορτογαλία, όπου η οφειλή πρέπει να έχει μείνει ανεξόφλητη για χρονικό διάστημα άνω των δύο ετών και να αποδεικνύονται οι προσπάθειες του προμηθευτή για την ανάκτηση του. Στη συγκεκριμένη χώρα είναι απαραίτητη η συγκατάθεση των αρχών για την έκπτωση του ΦΠΑ που σχετίζεται με ανεξόφλητη οφειλή άνω των 150.000 ευρώ, ενώ το μέτρο δεν ισχύει για επιχειρήσεις, που διαθέτουν πιστωτική ασφάλιση ή οποιονδήποτε τύπο εγγύησης.

Στη Γαλλία, την Ιταλία και την Πορτογαλία, ο προμηθευτής - για να διεκδικήσει το ΦΠΑ - πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει ότι η οφειλή δεν είναι πλέον διεκδικήσιμη, καθώς ο οφειλέτης έχει πτωχεύσει οριστικά και η απαίτηση έχει πλέον διαγραφεί.

Σε πολλές χώρες η νομοθεσία για την απαλλαγή του ΦΠΑ επισφαλών χρεών έχει ιστορία πολλών ετών, όπως συμβαίνει με την κοντινή μας Κύπρο. Εκεί, ο σχετικός νόμος ξεκινάει από το 1992 και πλέον, η σχετική νομοθεσία επιτρέπει στους προμηθευτές να διεκδικούν ελάφρυνση από τον ΦΠΑ των ανεξόφλητων απαιτήσεων, χωρίς να έχει καταστεί τυπικά αφερέγγυος ο πελάτης, μετά την πάροδο 12 μηνών από την ημερομηνία της συναλλαγής.

Από τις χώρες της Ε.Ε. μόνο η Ελλάδα, η Βουλγαρία, η Τσεχία, η Εσθονία, η Ουγγαρία και η Σλοβακία απέχουν από την εφαρμογή του άρθρου 90 της ευρωπαϊκής οδηγίας ΦΠΑ, σχετικά με την έκπτωση του φόρου των ανεξόφλητων απαιτήσεων.

## 6. Κώδικας Φ.Π.Α

Ένα βήμα προς την ορθή κατεύθυνση εναρμόνισης με το πνεύμα του άρθρου 90 της ευρωπαϊκής οδηγίας έγινε με τη νομοθέτηση του ειδικού καθεστώτος του άρθρου 39β του ν.2859/2000, όμως με προϋποθέσεις και περιορισμούς.

Γενικά, με το ειδικό αυτό καθεστώς η πληρωμή του ΦΠΑ γίνεται μετά την είσπραξη της απαίτησης και όχι με την έκδοση του τιμολογίου, όπως γίνεται στο «Κανονικό καθεστώς» και αντίστοιχα η έκπτωση του Φ.Π.Α. θα γίνεται με την πληρωμή της αξίας του τιμολογίου. Σύμφωνα με την «Οδηγία 2006/112/ΕΚ του Συμβουλίου της 28ης Νοεμβρίου 2006», όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ισχύουν τα εξής : « (Άρθρο 66) ... τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν, ότι για ορισμένες πράξεις ή ορισμένες κατηγορίες υποκειμένων στον φόρο, ο φόρος καθίσταται απαιτητός:..... β) το αργότερο κατά τον χρόνο είσπραξης του τιμήματος,» και : « ( Άρθρο 226 ) .....7α) όταν ο ΦΠΑ καταστεί



απαιτητός κατά τον χρόνο είσπραξης του τιμήματος σύμφωνα με το άρθρο 66 σημείο β) και το δικαίωμα έκπτωσης γεννάται κατά τον χρόνο κατά τον οποίο ο προς έκπτωση φόρος γίνεται απαιτητός, εισάγεται δηλαδή στο πεδίο εφαρμογής του ΦΠΑ «Καθεστώς ταμειακής λογιστικής».

Το ειδικό αυτό καθεστώς παρεμπιπτόντως εναρμονίζεται και με το πνεύμα του άρθρου 90 της ευρωπαϊκής οδηγίας ΦΠΑ αφού σε περίπτωση που δεν πραγματοποιηθεί η καταβολή της ανταποδοχής – πληρωμή του τιμολογίου δεν γίνεται απαιτητός ο φόρος από τη φορολογική διοίκηση. Προϋπόθεση όμως στην περίπτωση αυτή θα είναι ο υποκείμενος του φόρου να μείνει εσαεί στο ειδικό αυτό καθεστώς και να μην υπερβεί ποτέ το τιθέμενο όριο κύκλου εργασιών των 2.000.000,00 ευρώ. Επίσης στο ειδικό καθεστώς δεν υπόγονται οι παραδόσεις αγαθών και παροχές υπηρεσιών οι οποίες απαλλάσσονται από το φόρο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 22 έως 28, οι εισαγωγές αγαθών, οι ενδοκοινοτικές αποκτήσεις αγαθών, οι πράξεις για τις οποίες υπόχρεος για την καταβολή του φόρου καθίσταται ο λήπτης των αγαθών ή υπηρεσιών, οι λιανικές πωλήσεις αγαθών και υπηρεσιών, καθώς και οι πράξεις για τις οποίες ο τύπος φορολόγησης δεν βρίσκεται στο εσωτερικό της χώρας. Επίσης στο ειδικό καθεστώς δεν μπορεί να ενταχθεί υποκείμενος στο φόρο, ο οποίος αποδεδειγμένα κατά τη διάρκεια των δύο προηγούμενων φορολογικών ετών δεν έχει υποβάλει δηλώσεις ΦΠΑ και εισοδήματος. Επιπλέον, αναδιατυπώνεται η προϋπόθεση περί μη διάπραξης παραβάσεων φοροδιαφυγής, προκειμένου για την ένταξη στο ειδικό καθεστώς, έτσι ώστε το περιεχόμενό της να είναι σύμφωνο με τις σχετικές διατάξεις του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας.

Η έξοδος από το ειδικό καθεστώς συντελείται είτε με οικειοθελή αποχώρηση του υποκείμενου είτε με υπέρβαση του ορίου της παραγράφου 1 του άρθρου 39β. Επίσης μπορεί η έξοδος να επιβάλλεται από τη Φορολογική Διοίκηση λόγω μη εκπλήρωσης των υποχρεώσεων που απαιτούνται. Επίσης, οι υποκείμενοι στο φόρο που εξέρχονται από το ειδικό καθεστώς οφείλουν, με τη δήλωση της τελευταίας πριν την έξοδό τους, φορολογικής περιόδου, **να αποδώσουν το φόρο για όλα τα ανεξόφλητα φορολογικά στοιχεία που έχουν εκδώσει**, με αντίστοιχη άσκηση δικαιώματος έκπτωσης των ανεξόφλητων φορολογικών στοιχείων που έχουν λάβει από μη ενταγμένους στο ειδικό καθεστώς προμηθευτές τους.

Επακουρικά δηλαδή και μόνο μπορεί να λειτουργήσει το προβλεπόμενο στον Ελληνικό Κώδικα ΦΠΑ ειδικό καθεστώς του άρθρου 39β του ν.2859/2000 προς την κατεύθυνση της εναρμόνισης προς την ευρωπαϊκή οδηγία ΦΠΑ. Άλλως εκ νέου τίθενται θέματα ίσης μεταχείρισης αλλά και ουδετερότητας του φόρου.

Ηχηρή απόδειξη της αμηνανίας του Έλληνα νομοθέτη ως προς την έλλειψη της Εθνικής νομοθεσίας και παραβίασης της ευρωπαϊκής οδηγίας ΦΠΑ είναι και η μεταστροφή της φορολογικής διοίκησης ως προς το εάν είναι εκπεστέος ο ΦΠΑ που αναλογεί στις επισφαλείς απαιτήσεις στη φορολογία εισοδήματος. Ενώ με την εγκύκλιο ΠΟΛ 1056/2015 είχε οριστεί – και ορθά σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή αλλά και Ελληνική Νομοθεσία - ότι για την υπολογισμό της πρόβλεψης επισφαλών απαιτήσεων δεν λαμβάνεται υπόψη ο ΦΠΑ, καθόσον δεν αποτελεί ακαθάριστο έσοδο της επιχείρησης, με την εγκύκλιο ΠΟΛ 1113/2015 προβλέφθηκε ότι ο ΦΠΑ των επισφαλών απαιτήσεων εκπίπτει ως δαπάνη κατά το χρόνο διαγραφής της επισφαλούς απαίτησης, με τις προϋποθέσεις που θέτει το άρθρο 26 του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος και τέλος η έκπτωση ως δαπάνη του ΦΠΑ που αντιστοιχεί σε ανείσπρακτες απαιτήσεις λόγω κήρυξης του οφειλέτη σε πτώχευση ή υπαγωγής του σε προ-πτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης, επιβεβαιώθηκε και με την εγκύκλιο ΠΟΛ 1080/2017. Με τον τρόπο αυτό πανηγυρικά η Ελληνική Φορολογική Διοίκηση αναγνωρίζει το πρόβλημα που δημιουργεί στις Ελληνικές Επιχειρήσεις η μη συμμόρφωση του ν.2859/2000 με την Ευρωπαϊκή οδηγία ΦΠΑ αλλά και με τις βασικές αρχές επιβολής του φόρου και ως αντίδωρο προβλέπει «..Τα παραπάνω (η έκπτωση δηλαδή από τα ακαθάριστα έσοδα) ισχύουν και για το μέρος της διαγραφείσας απαίτησης που αφορά στο ποσό του Φόρου Προστιθέμενης Αξίας, το οποίο η επιχείρηση απέδωσε στο Δημόσιο χωρίς ωστόσο να το εισπράξει από τον πελάτη της, εφόσον από τις διατάξεις του ν.2859/2000 δεν παρέχεται η δυνατότητα μείωσης της φορολογητέας αξίας και επιστροφής του Φ.Π.Α. που αναλογεί στις σχετικές πράξεις.»). Πόσο πιο μεγαλόφωνα θα μπορούσε η φορολογική διοίκηση να παραδεχθεί ότι η ίδια παραβιάζει την αρχή της ουδετερότητας του ΦΠΑ;

Εάν μία επιχείρηση διαγράφει ως ανεπίδεκτη είσπραξης και σύμφωνα με τις προϋποθέσεις του νόμου οφειλή 100.000,00 ευρώ, αντί να μειώσει τη βάση επιβολής του ΦΠΑ ισόποσα με αποτέλεσμα να της επιστραφεί ο καταβληθείς ΦΠΑ ποσού 24.000,00 ευρώ, θα πρέπει να προβεί και στη διαγραφή του ποσού ΦΠΑ την οποία θα αφαιρέσει και αυτή από τα ακαθάριστα έσοδα της χρήσης. Δηλαδή αντί να της επιστραφεί ποσό ΦΠΑ 24.000,00 που ήδη έχει καταβάλλει στο δημόσιο χωρίς τελικά να τον εισπράξει, θα τύχει έκπτωση φόρου 29% επί του ποσού του ΦΠΑ ήτοι 6.960,00 ευρώ. Αυτά στην απλούστερη περίπτωση. Γιατί στην περίπτωση που η διαγραφή των ανεπίδεκτων είσπραξης απαιτήσεων και του αναλογούντος ΦΠΑ οδηγήσει σε ζημίες, ισχύει το άρθρο 27 του ν.4172/2013 εάν με τον προσδιορισμό των κερδών από επιχειρηματική δραστηριότητα το αποτέλεσμα είναι ζημία εντός του φορολογικού έτους, **η ζημία αυτή μεταφέρεται για να συμψηφισθεί με τα επιχειρηματικά κέρδη διαδοχικά στα επόμενα πέντε (5) φορολογικά έτη.** Αν μετά την παρέλευση της πενταετίας μένει ακάλυπτο ποσό, αυτό χάνεται.

Το αντίδοτο δηλαδή της φορολογικής διοίκησης στις πληττόμενες Ελληνικές επιχειρήσεις για την «κλοπή ΦΠΑ 24.000,00 είναι η επιστροφή μέσω της φορολογίας εισοδήματος ποσού 6.960,00 και αυτό με περιορισμούς και αιρέσεις. Και όλα αυτά με ένα εφαρμοστικό καθεστώς που παραβιάζει και τις ευρωπαϊκές οδηγίες αλλά εν τέλει και την ελληνική φορολογική έννομη τάξη όπως ορθώς έκρινε το ΣτΕ.

## **7. Κυρώσεις στην Ελλάδα για παράβασης της άνω οδηγίας<sup>6</sup>**

Στο σημείο αυτό επισημαίνω ότι σύμφωνα με τις Συνθήκες της ΕΕ, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή μπορεί να αναλάβει νομική δράση - μια διαδικασία επί παραβάσει - κατά μιας χώρας της ΕΕ που δεν εφαρμόζει το δίκαιο της ΕΕ. Η Επιτροπή μπορεί να προσφύγει στο Δικαστήριο, το οποίο σε ορισμένες περιπτώσεις μπορεί να επιβάλει οικονομικές κυρώσεις. Η Επιτροπή εντοπίζει ενδεχόμενες παραβιάσεις της νομοθεσίας της ΕΕ βάσει των δικών της ερευνών ή κατόπιν καταγγελιών πολιτών, επιχειρήσεων ή άλλων ενδιαφερομένων.

Εάν η ενδιαφερόμενη χώρα της ΕΕ δεν κοινοποιήσει μέτρα που μεταφέρουν πλήρως τις διατάξεις των οδηγιών ή δεν διορθώνει την εικαζόμενη παραβίαση της νομοθεσίας της ΕΕ, η Επιτροπή μπορεί να κινήσει επίσημη διαδικασία επί παραβάσει. Η διαδικασία ακολουθεί μια σειρά από βήματα που προβλέπονται στις Συνθήκες της ΕΕ, όπου η κάθε μία ολοκληρώνεται με επίσημη απόφαση: 1. Η Επιτροπή αποστέλλει προειδοποιητική επιστολή ζητώντας περαιτέρω πληροφορίες στην ενδιαφερόμενη χώρα, η οποία πρέπει να αποστείλει λεπτομερή απάντηση εντός καθορισμένης προθεσμίας, συνήθως 2 μήνες. 2. Εάν η Επιτροπή συμπεράνει ότι η χώρα δεν εκπληρώνει τις υποχρεώσεις της βάσει της νομοθεσίας της ΕΕ, μπορεί να αποστείλει αιτιολογημένη γνώμη: επίσημη αίτηση συμμόρφωσης με το δίκαιο της ΕΕ. Εξηγεί γιατί η Επιτροπή θεωρεί ότι η χώρα παραβιάζει το δίκαιο της ΕΕ. Ζητεί επίσης από τη χώρα να ενημερώσει την Επιτροπή για τα ληφθέντα μέτρα εντός καθορισμένης προθεσμίας, συνήθως 2 μηνών. 3. Εάν η χώρα εξακολουθεί να μην συμμορφώνεται, η Επιτροπή μπορεί να αποφασίσει να παραπέμψει το ζήτημα στο Δικαστήριο. Οι περισσότερες περιπτώσεις διευθετούνται πριν υποβληθούν στο δικαστήριο. 4. Εάν μια χώρα της ΕΕ δεν κοινοποιήσει έγκαιρα τα μέτρα εφαρμογής των διατάξεων μιας οδηγίας, η Επιτροπή μπορεί να ζητήσει από το δικαστήριο να επιβάλει κυρώσεις. 5. Εάν το δικαστήριο διαπιστώσει ότι μια χώρα έχει παραβιάσει το δίκαιο της ΕΕ, οι εθνικές αρχές πρέπει να λάβουν μέτρα για να συμμορφωθούν με την απόφαση του Δικαστηρίου. Εάν, παρά την απόφαση του δικαστηρίου, η χώρα εξακολουθεί να μην διορθώνει την κατάσταση, η Επιτροπή μπορεί να παραπέμψει τη χώρα πίσω στο δικαστήριο. Όταν παραπέμπει μια χώρα της ΕΕ στο δικαστήριο για δεύτερη φορά, η Επιτροπή προτείνει στο δικαστήριο να επιβάλει οικονομικές κυρώσεις, οι οποίες μπορεί να είναι είτε κατ' αποκοπή ποσό είτε / και ημερήσια πληρωμή. Οι κυρώσεις αυτές υπολογίζονται λαμβάνοντας υπόψη τη σημασία των παραβιασθέντων κανόνων και τον αντίκτυπο της παράβασης στα γενικά και ιδιαίτερα συμφέροντα, την περίοδο κατά την οποία δεν εφαρμόστηκε το δίκαιο της ΕΕ, την ικανότητα πληρωμής της χώρας, εξασφαλίζοντας ότι τα πρόστιμα

<sup>6</sup> <https://ec.europa.eu>

έχουν αποτρεπτικό αποτέλεσμα. Το ποσό που προτείνεται από την Επιτροπή μπορεί να αλλάξει από το δικαστήριο στην απόφασή του.

Μετά από όλα τα παραπάνω και πλέον ενόψει του πιθανότατου ενδεχόμενου να κινηθεί η διαδικασία επιβολής κυρώσεων από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή εναντίον της Ελλάδας, μένει να σταθεί η Ελληνική πολιτεία και φορολογική διοίκηση στο ύψος που οι περιστάσεις απαιτούν και να εναρμονιστεί με την Ευρωπαϊκή νομοθεσία κατ' επιταγή πλέον και του ίδιου του ΣτΕ, ενισχύοντας τελικά την ανταγωνιστικότητα των Ελληνικών Επιχειρήσεων και της Ελληνικής οικονομίας.

# Ο ΒΑΘΜΟΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΚΑΙ ΤΟ ΒΑΡΟΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΣΤΙΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ ΜΕ ΒΑΣΗ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

Ελένη Βελετσάνου, Δικαστική Πληρεξούσια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, LLΜ Ευρωπαϊκού Δικαίου, ΜΔΕ Διεθνούς Δικαίου

Με την παρούσα εισήγηση επιχειρείται μια παρουσίαση της πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας στα ζητήματα του βαθμού και του βάρους απόδειξης στις φορολογικές διαφορές, με παράλληλη αναφορά σε αποφάσεις του ΕΔΔΑ και του ΔΕΕ. Συγκεκριμένα, οι άξονες της παρούσας εισήγησης θα είναι: το αντικείμενο απόδειξης, τα όρια στον απαιτούμενο από τον φορολογικό δικαστή βαθμό απόδειξης τόσο για τη φορολογική αρχή όσο και για τον φορολογούμενο, η κατανομή και η αντιστροφή του βάρους απόδειξης σε είδη φορολογικών διαφορών και το κρίσιμο χρονικό σημείο προσκόμισης των αποδεικτικών μέσων από τον φορολογούμενο.

## 1. Ο βαθμός απόδειξης

Λαμβάνοντας υπόψη ότι το αντικείμενο της απόδειξης είναι, κατ' αρχήν, τα αμφισβητούμενα/αμφίβολα πραγματικά γεγονότα, τα οποία μπορούν να ασκήσουν ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της υπόθεσης (βλ. άρθρο 144 παρ. 1 ΚΔΔ), τότε ο «βαθμός απόδειξης» συνίσταται στην απόδειξη των κρίσιμων πραγματικών γεγονότων **σε επίπεδο ικανό** ώστε να επιτρέπεται στον διοικητικό δικαστή ο σχηματισμός πλήρους και βέβαιης δικανικής πεποίθησης περί της συνδρομής των περιστατικών αυτών. Στην πρόσφατη νομολογία του Β' Τμήματος του ΣτΕ (βλ. ΣτΕ 3182/2010 σκέψη 6, 2067/2011 επταμ. σκέψη 13, 2780/2012 επταμ. σκέψη 8, 884/2014 και 1992/2016 σκέψη 9) έχει τεθεί η έννοια του «βαθμού απόδειξης» ως ουσιώδες στοιχείο του δικαίου της απόδειξης στη διοικητική δίκη.

**Όπως κάθε διοικητικός δικαστής, ο φορολογικός δικαστής οφείλει να σχηματίσει πλήρη και βέβαιη δικανική πεποίθηση περί της φορολογικής ενοχής και των φορολογικών παραβάσεων<sup>1</sup>.** Σε περίπτωση που θεωρήσει ότι τα στοιχεία που προσκομίζονται δεν είναι επαρκή προς το σκοπό αυτό, ο φορολογικός δικαστής μπορεί να διατάξει τη συμπλήρωση των αποδείξεων κατ' άρθρο 152 επ. του ΚΔΔ και να κρίνει την υπόθεση κατανέμοντας το βάρος απόδειξης μεταξύ των διαδίκων. εφόσον σε εκτέλεση της οικείας προδικαστικής απόφασης του δικαστηρίου, η καθής φορολογική αρχή εισφέρει νέα πραγματικά στοιχεία, ο προσφεύγων

<sup>1</sup> Ειδικότερα, σύμφωνα με πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1190/2015, σκ. 3, 1404/2015, σκ. 3, 2122/2012, σκ. 4 και 9), κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 144 επ. του ΚΔΔ: «το δικαστήριο της ουσίας, υποχρεούται να εκφέρει την κρίση του σχηματίζοντας πλήρη και βέβαιη δικανική πεποίθηση χρησιμοποιώντας όλα τα επιτρεπόμενα αποδεικτικά μέσα περί της συνδρομής των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών, αφού προηγουμένως εκτιμήσει συνολικά τα υφιστάμενα στο φάκελο της υπόθεσης στοιχεία και όχι μεμονωμένα το καθένα απ' αυτά. Αν δε το δικαστήριο ήθελε κρίνει ότι τα υπάρχοντα στοιχεία είναι ανεπαρκή προς σχηματισμό βέβαιης δικανικής πεποίθησης, έχει τη δυνατότητα, κατά την κρίση του, να διατάξει, κατ' άρθρο 152 επ. του ΚΔΔ τη συμπλήρωση των αποδείξεων και, τελικώς, να κρίνει την υπόθεση, αφού καταλείψει το βάρος απόδειξης μεταξύ των διαδίκων».

δικαιούται, κατά το άρθρο 138 παρ. 1 του ΚΔΔ, ερμηνευόμενο υπό το πρίσμα των θεμελιωδών αρχών της αντιμωλίας και της ισότητας των όπλων των διαδίκων, να εκθέσει, δια υπομνήματος, τις απόψεις του επί των νέων αυτών στοιχείων, και να τα αντικρούσει, διατυπώνοντας σχετικούς νέους ισχυρισμούς, ακόμα κι αν θα μπορούσε να τους έχει προβάλει παραδεκτώς μέχρι την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης, κατόπιν της οποίας εκδόθηκε η προδικαστική απόφαση περί συμπλήρωσης των αποδείξεων ή/και διενέργειας επανελέγχου (ΣτΕ 1897/2018).

Κατά συνέπεια, μία απόφαση δικαστηρίου της ουσίας που ακυρώνει την προσβαλλόμενη καταλογιστική πράξη απλώς και μόνο διότι οι αιτιολογικές σκέψεις της φορολογικής αρχής είναι ανεπαρκείς ή π.χ. απλώς συμπερασματικές - δίχως ωστόσο να βεβαιώνεται στη δικαστική απόφαση ο σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης περί μη τέλεσης της παράβασης ή τυχόν αδυναμία σχηματισμού πλήρους και βέβαιης δικανικής πεποίθησης αναφορικά με την τέλεση της παράβασης - είναι αναίρετα λόγω πλημμελούς αιτιολογίας<sup>2</sup>.

Εκ των ως άνω συνάγεται ότι προκειμένου να επιτευχθεί ο σχηματισμός δικανικής πεποίθησης σε **ικανό βαθμό**, δύναται να κατανεμηθεί από το δικαστή το **βάρος απόδειξης**.

Ωστόσο και με δεδομένο ότι η αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής συνιστά, κατά το Σύνταγμα (άρθρο 4 παρ. 5 και άρθρο 106 παρ. 1 και 2) επιτακτικό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, επισημαίνεται από την ΣτΕ 884/2016 (σκέψη 8), ότι η αποτελεσματική αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής που είναι από τη φύση της δυσχερώς εντοπίσιμη, επιβάλλει να μην καθιστούν οι αρχές ή οι κανόνες που διέπουν το είδος και το βαθμό απόδειξης της ύπαρξης της αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την εφαρμογή της φορολογικής νομοθεσίας από τη Διοίκηση.

Ταυτόχρονα, όμως θα πρέπει να επιτυγχάνεται μια δίκαιη ισορροπία μεταξύ του ως άνω συνταγματικώς κατοχυρωμένου επιτακτικού σκοπού με το δικαίωμα της άμυνας του φορολογουμένου που προστατεύεται σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές του σεβασμού της αξιοπρέπειας του ανθρώπου (άρ. 2 παρ. 1 του Συντάγματος), του κράτους δικαίου (άρ. 25 παρ. 1 εδ. α' του Συντάγματος), της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντάγματος) και του τεκμηρίου αθωότητας, το οποίο κατοχυρώνεται στο άρθρο 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ και βρίσκει εφαρμογή και σε διοικητικές διαδικασίες καταλογισμού παραβάσεων και συναφών κυρώσεων (πρβλ. ΔΕΕ 21.1.2016, C-74/14 Eturas, ECLI:EU:C:2016:42, σκέψη 38 και ΔΕΕ 23.12.2009, C-45/08, Spector Photo Group, ECLI:EU:C:2009:86, σκέψεις 42-44).

Και στο πλαίσιο της νομολογίας του ΔΕΕ επί φορολογικών διαφορών που αναφέρονται στο πλαίσιο του δικαιώματος εκπτώσεως του Φ.Π.Α., παρατηρείται η επίκληση της αρχής της αναλογικότητας για τη θέση ενός ορίου στο απαιτούμενο επίπεδο απόδειξης από τον υποκείμενο στο φόρο προς τον σκοπό της διασφάλισης του δικαιώματος της άμυνας του φορολογουμένου. Συγκεκριμένα, στην απόφαση *Fontana*<sup>3</sup>, επισημαίνεται στη σκέψη 43 ότι «*καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας διορθωτικού προσδιορισμού φόρου, πρέπει να διασφαλίζονται τα δικαιώματα άμυνας του υποκειμένου στον φόρο, πράγμα που σημαίνει ιδίως ότι, πριν από τη λήψη οποιουδήποτε μέτρου βλαπτικού για τον υποκείμενο στον φόρο, αυτός πρέπει να έχει τη δυνατότητα να διατυπώσει λυσιτελώς την άποψή του σχετικά με τα στοιχεία επί των οποίων οι αρχές σκοπεύουν να στηρίξουν την απόφασή τους (απόφαση της 3<sup>ης</sup> Ιουλίου 2014, Kamino International Logistics και Datema Hellmann Worldwide Logistics, C-*

<sup>2</sup> ΣτΕ 2091/2009, σκ. 5 – 6, 3458/2012, σκ. ιδίως 6 και 8, 1530/2012, ιδίως σκ. 10.

<sup>3</sup> ΔΕΕ 21.11.2018 C-648/16, *Fortunata Silvia Fontana κατά Agenzia delle Entrate – Direzione provinciale di Reggio Calabria*

129/13 και C-130/13, EU:C:2014:2041, σκέψη 30)» και σε άλλη σκέψη της απόφασης (σκέψη 44) ότι «ο υποκείμενος στον φόρο πρέπει, αφενός, να έχει τη δυνατότητα να αμφισβητήσει τόσο το κατά πόσον η επίμαχη τομεακή μελέτη είναι ακριβής όσο το κατά πόσον είναι λυσιτελής για την αξιολόγηση της ειδικής του καταστάσεως. Αφετέρου, ο υποκείμενος στον φόρο πρέπει να έχει τη δυνατότητα να εξηγήσει για ποιους λόγους ο δηλωθείς κύκλος εργασιών, καίτοι κατώτερος του καθορισμένου διά της επαγωγικής μεθόδου, αντανακλά την πραγματικότητα της δραστηριότητάς του κατά την επίμαχη περίοδο. Στο μέτρο που η εφαρμογή ρυθμίσεως σχετικής με τομεακή μελέτη συνεπάγεται για τον υποκείμενο στον φόρο ενδεχόμενη υποχρέωση αποδείξεως αρνητικών πραγματικών περιστατικών, η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει να μην είναι το απαιτούμενο επίπεδο αποδείξεως υπέρμετρα υψηλό.»

Ειδικότερα στην περίπτωση των διοικητικών κυρώσεων, στη νομολογία του ΕΔΔΑ (Vanjak κατά Κροατίας, σκέψη 68 και ΕΔΔΑ 11.2.2003, Υ. v. Norway, 56568/00, σκέψη 41), αλλά και συνακόλουθα στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ 1992/2016, πρβλ. ΣτΕ 884/2016 επταμ. σκέψη 8, Ολομ. 1741/2015 σκέψη 14 και 2067/2011 επταμ. σκέψη 13) επισημαίνεται ότι ο απαιτούμενος βαθμός /επίπεδο απόδειξης των παραβάσεων φοροδιαφυγής που ισχύει στη διοικητική δίκη είναι **διαφορετικός και συγκεκριμένα, χαμηλότερος σε σχέση με εκείνο που διέπει την ποινική δίκη**, για τα αντίστοιχα ποινικά αδικήματα «ενόψει και του ότι στην ποινική δίκη υπάρχει ο κίνδυνος στέρησης της προσωπικής ελευθερίας και όχι απλώς περιουσιακών στοιχείων».

Πρακτικά, ο βαθμός απόδειξης αυτός απαιτεί από τον δικαστή να πειστεί για το κρίσιμο πραγματικό σε ικανό βαθμό, ο οποίος βρίσκεται στο ενδιάμεσο μεταξύ της πλήρους/απόλυτης βεβαιότητας διάπραξης του αδικήματος, που προσιδιάζει στην ποινική δίκη, και της απλής πεποίθησης ότι η ύπαρξη του επίμαχου πραγματικού είναι περισσότερο πιθανή από την ανυπαρξία του (υπέρτερη πιθανότητα ή 51%), επίπεδο απόδειξης που προσήκει, κατ' αρχήν, στις διαφορές μεταξύ ιδιωτών<sup>4</sup>.

## 2. Βάρος απόδειξης

Στο πλαίσιο της πολιτικής δικονομίας (άρ. 338 ΚΠολΔ παρ. 1) το βάρος απόδειξης αντιμετωπίζεται ως δικονομικό βάρος, με την έννοια ότι η πρωτοβουλία και η επιμέλεια συλλογής και προσκομιδής των αναγκαίων αποδεικτικών μέσων βαρύνει τον διάδικο που θα ωφεληθεί από την απόδειξη των γεγονότων των θεμελιωτικών της αυτοτελούς αίτησης ή ανταίτησής του. Γίνεται έτσι λόγος για υποκειμενικό βάρος απόδειξης (βάρος προς απόδειξη) και για αντικειμενικό βάρος απόδειξης (βάρος μη απόδειξης, δηλαδή κίνδυνος που φέρει ο υποκειμενικώς βαρυνόμενος λόγω της μη απόδειξης από οποιονδήποτε διάδικο των ουσιωδών του ισχυρισμών).

Αντίθετα, στο πλαίσιο της διοικητικής δικονομίας, η διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 145 ΚΔΔ προβλέπει ότι οι διάδικοι έχουν το δικαίωμα να επικαλούνται τα στοιχεία που προέκυψαν από τον κατά άρθρο 149 διοικητικό φάκελο και η διάταξη

<sup>4</sup> Άρθρο του Ι.ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, Παρέδρου του ΣτΕ με τίτλο «Σύνταγμα, ΕΣΔΑ και ζητήματα (βάρος, είδους και βαθμού) απόδειξης σε φορολογικές υποθέσεις, στην πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ (με αφορμή τις αποφάσεις Β' Τμ. επταμ. 884, 1992, 1993/2016)», σελ. 10, διαθέσιμο στον σύνδεσμο: [http://www.humanrightscaselaw.gr/uploads/4/8/0/3/48039377/%CE%91%CF%80%CF%8C%CE%B4%CE%B5%CE%B9%CE%BE%CE%B7\\_%CF%86%CE%BF%CF%81%CE%BF%CE%BB%CE%B%CE%B3%CE%B9%CE%BA%CE%AC.pdf](http://www.humanrightscaselaw.gr/uploads/4/8/0/3/48039377/%CE%91%CF%80%CF%8C%CE%B4%CE%B5%CE%B9%CE%BE%CE%B7_%CF%86%CE%BF%CF%81%CE%BF%CE%BB%CE%B%CE%B3%CE%B9%CE%BA%CE%AC.pdf)

του άρθρου 146 προβλέπει ότι η απόδειξη στηρίζεται στα στοιχεία του διοικητικού φακέλου καθώς και σε εκείνα που προέκυψαν από την ενώπιον του διοικητικού δικαστή αποδεικτική διαδικασία. Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 129 και 149 ΚΔΔ, η διοίκηση υποχρεούται να διαβιβάσει έναν πλήρη διοικητικό φάκελο εμπροθέσμως στο διοικητικό δικαστήριο.

## **2.1. Στην περίπτωση των διαφορών που αναφύονται από φορολογικές παραβάσεις**

Η στάθμιση και η επίτευξη μιας δίκαιης ισορροπίας μεταξύ αφενός του συνταγματικά κατοχυρωμένου σκοπού δημοσίου συμφέροντος για την καταστολή της φοροδιαφυγής που υποχρεούται να επιτελέσει η φορολογική αρχή και αφετέρου του σεβασμού του δικαιώματος άμυνας του φορολογουμένου που στηρίζεται στις επίσης συνταγματικά κατοχυρωμένες και θεμελιώδεις αρχές του σεβασμού της αξιοπρέπειας του ανθρώπου (άρ. 2 παρ. 1 του Συντάγματος), του κράτους δικαίου (άρ. 25 παρ. 1 εδ. α' του Συντάγματος), της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντάγματος) και του τεκμηρίου αθωότητας (άρθρο 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ) επιτάσσουν την επίρριψη του βάρους απόδειξης των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν την αποδιδόμενη σε ορισμένο πρόσωπο φορολογική παράβαση, στη φορολογική διοίκηση. Παρατηρείται, επομένως, ότι οι ως άνω θεμελιώδεις αρχές δεν επηρεάζουν μόνο τον απαιτούμενο βαθμό απόδειξης, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, αλλά εντάσσουν το βάρος απόδειξης στο πλαίσιο της ουσίας της διαφοράς επί φορολογικής παράβασης. Πρακτικά, τούτο συνεπάγεται ότι αν ο δικαστής που κρίνει επί φορολογικής παράβασης δεν σχηματίσει πλήρη και βέβαιη δικανική πεποίθηση για την τέλεσή της δύναται να ακυρώσει την πράξη της φορολογικής αρχής.

### **2.1.1. Η έννοια των «έμμεσων αποδείξεων», άλλως «τεκμηρίων»**

Ωστόσο, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας<sup>5</sup>, το βάρος απόδειξης, με το οποίο επιφορτίζεται η φορολογική αρχή, δεν έχει την έννοια ότι η φορολογική αρχή υποχρεούται να τεκμηριώσει την παράβαση με αδιάσειστα στοιχεία, που αποδεικνύουν άμεσα και με πλήρη βεβαιότητα την τέλεσή της, αλλά και από έμμεσες αποδείξεις, άλλως «τεκμήρια» (βλ. ΣτΕ 886/2016 επταμ., 173/2018 επταμ. – πρβλ. ΣτΕ 884/2016 επταμ., 2934-2935/2017 επταμ., 172/2018 επταμ.), ήτοι από αντικειμενικές και συγκλίνουσες ενδείξεις οι οποίες, συνολικά θεωρούμενες και ελλείπει άλλης εύλογης και αρκούντως τεκμηριωμένης, ενόψει των συνθηκών, εξήγησης, που ευλόγως αναμένεται από τον φορολογούμενο, είναι ικανές να προσδώσουν στέρεη πραγματική βάση στο συμπέρασμα περί διάπραξης της αποδιδόμενης παράβασης (βλ. ΣτΕ 884/2016 επταμ., 2934-2935/2017 επταμ., 172-173/2018 επταμ.), χωρίς τούτο να συνιστά αντιστροφή του βάρους απόδειξης, αλλά κανόνα που αφορά στη φύση και στον τρόπο εκτίμησης των αποδεικτικών στοιχείων (βλ. ΣτΕ 884/2016 επταμ., 2934-2935/2017 επταμ., 172-173/2018 επταμ.).

Με βάση τη νομολογία αυτή, καθίσταται σαφές, ότι η τέλεση της φορολογικής παράβασης μπορεί να στηρίζεται και αποκλειστικά σε έμμεσες αποδείξεις- «τεκμήρια» και αυτό δικαιολογείται τόσο ενόψει της φύσης των παραβάσεων φοροδιαφυγής και των συνακόλουθων δυσχερειών διακρίβωσης και απόδειξής τους όσο και από την ανάγκη εξυπηρέτησης του συνταγματικώς

<sup>5</sup> βλ. ΣτΕ 886/2016 επταμ., 173/2018 επταμ. – πρβλ. ΣτΕ 884/2016 επταμ., 2934-2935/2017 επταμ., 172/2018 επταμ.

επιβαλλόμενου και επιτακτικού δημόσιου συμφέροντος περί πάταξης της φοροδιαφυγής<sup>6</sup>, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω.

Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή με την οποία θα απαιτούνταν από τη φορολογική αρχή η προσκόμιση σε κάθε περίπτωση και άμεσων αποδείξεων θα συνιστούσε υπέρμετρο βάρος στη φορολογική διοίκηση και δε θα επέτρεπε τη συναγωγή συμπερασμάτων από τη σιωπή του φορολογουμένου ή την αδυναμία του να παράσχει εξηγήσεις.

Εφαρμόζοντας τα ως άνω ενδεικτικά στην περίπτωση της φορολογικής παράβασης της λήψης εικονικών φορολογικών στοιχείων, γίνεται δεκτό (ενδ. βλ. ΣτΕ 1405/2015, 116/2013, 505/2012, 1402/2011), ότι όταν αποδίδεται σε ορισμένο επιτηδευματία η παράβαση της λήψης τιμολογίου ή δελτίου αποστολής εικονικού, υπό την έννοια είτε ότι δεν έχει πραγματοποιηθεί η συναλλαγή στην οποία αυτό αναφέρεται, είτε ότι έχει μεν πραγματοποιηθεί η συναλλαγή, όχι όμως, όπως εμφανίζεται, με τον φερόμενο ως εκδότη του τιμολογίου ή δελτίου αποστολής, η φορολογική αρχή βαρύνεται, κατ' αρχήν, με την απόδειξη της εν λόγω εικονικότητας. Προς τούτο αρκεί, κατ' αρχήν, να αποδείξει αυτή είτε:

i) ότι ο εκδότης του τιμολογίου είναι πρόσωπο φορολογικώς ανύπαρκτο, δηλαδή, πρόσωπο που δεν είχε δηλώσει την έναρξη του επιτηδευμάτος του, ούτε είχε θεωρήσει στοιχεία στην αρμόδια φορολογική αρχή (οπότε ο λήπτης βαρύνεται πλέον ν' αποδείξει την αλήθεια της συναλλαγής και την καλή του πίστη κατά το χρόνο της, ότι δηλαδή είχε ελέγξει τα στοιχεία του αντισυμβαλλόμενου του - εκδότη των φορολογικών στοιχείων), είτε,

ii) ότι ο εκδότης του τιμολογίου είναι πρόσωπο φορολογικώς μεν υπαρκτό, αλλά συναλλακτικώς ανύπαρκτο (οπότε ο λήπτης του φορολογικού στοιχείου βαρύνεται να αποδείξει την αλήθεια της συναλλαγής, δηλαδή ότι αυτή πραγματοποιήθηκε μεταξύ αυτού και του φερόμενου ως εκδότη, έτσι όπως περιγράφεται στο τιμολόγιο), είτε,

iii) ότι, εν όψει των επιχειρηματικών δυνατοτήτων του εκδότη, όπως προκύπτουν από την συνολική εκτίμηση της συναλλακτικής του συμπεριφοράς και της φύσεως και του κύκλου εργασιών του, δεν είναι δυνατόν να ήταν σε θέση να εκπληρώσει την επίμαχη παροχή (οπότε, και πάλι, ο λήπτης του φορολογικού στοιχείου βαρύνεται ν' αποδείξει την αλήθεια της συναλλαγής, δηλαδή ότι αυτή πραγματοποιήθηκε μεταξύ αυτού και του φερόμενου ως εκδότη, έτσι όπως περιγράφεται στο τιμολόγιο).

Επίσης, κατά την τρέχουσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (βλ. ΣτΕ 1313/2013, ως άνω ΣτΕ 116/2013), στις περιπτώσεις (ii) και (iii) δεν είναι δυνατόν να τεθεί θέμα καλής πίστης του λήπτη του εικονικού στοιχείου.

### **2.1.2. Αντιστροφή του βάρους απόδειξης- «μαχητά τεκμήρια ευθύνης»**

Στην απόφαση **ΣτΕ 884/2016** διευκρινίζεται ότι δεν αποκλείεται η κατ' εξαίρεση νομοθετικού τεκμηρίου ύπαρξης μη δηλωθέντος φορολογητέου εισοδήματος, εφόσον όμως α) τα τεκμήρια αυτά συνάδουν προς τις αρχές της αναλογικότητας και του σεβασμού του δικαιώματος άμυνας του φορολογουμένου και β) τηρείται η συνταγματική απαγόρευση του άρθρου 78 παρ. 2 Σ περί μη αναδρομικής εφαρμογής, καθώς αποτελούν νομοθετικές διατάξεις που μεταβάλλουν το κανονιστικό καθεστώς του ήδη προβλεπόμενου φόρου.

<sup>6</sup> Άρθρο του Ι.ΔΗΜΗΤΡΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, ό.π., σελ. 8.



Αντίθετα, νομοθετικές διατάξεις που ρυθμίζουν το είδος και το βαθμό απόδειξης φορολογικής παράβασης και της ύπαρξης αντίστοιχης φορολογητέας ύλης, δεν επιβάλλουν φόρο, κατά την έννοια της παραγράφου 2 του άρθρου 78 Σ. και, συνεπώς, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης της μη αναδρομικής εφαρμογής.

Στις αποφάσεις **ΣτΕ 2934-5/2017**, κρίθηκε ότι «τέτοια στοιχεία έμμεσης απόδειξης (ύπαρξης μη δηλωθέντος φορολογητέου εισοδήματος) μπορούν να θεωρηθούν ότι συντρέχουν σε περίπτωση στην οποία τραπεζικός λογαριασμός του φορολογούμενου στην ημεδαπή περιλαμβάνει μεγάλο ποσό το οποίο δεν καλύπτεται από τα (νομίμως φορολογηθέντα ή απαλλαχθέντα του φόρου) εισοδήματα που αυτός έχει δηλώσει στη φορολογική αρχή ούτε από άλλη συγκεκριμένη και αρκούντως τεκμηριωμένη πηγή ή αιτία, την οποία είτε αυτός επικαλείται, κατόπιν (υποχρεωτικής) κλήσης του από τη Διοίκηση για παροχή σχετικών εξηγήσεων (σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 66 παρ. 1 περιπτ. α του ΚΦΕ και, ήδη, του άρθρου 14 παρ. 1 του ν. 4174/2013) ή στο πλαίσιο διαδικασίας προηγούμενης ακρόασης, είτε εντοπίζει η φορολογική αρχή, επιδεικνύοντας την οφειλόμενη, σε χρηστή Διοίκηση, επιμέλεια και λαμβάνοντας τα αναγκαία, κατάλληλα και εύλογα, ενόψει των περιστάσεων, μέτρα ελέγχου και διερεύνησης της υπόθεσης, που προβλέπονται στο νόμο (άρθρα 66 επ. του ΚΦΕ και άρθρα 13 επ. του ν. 4174/2013), καθόσον τα παραπάνω στοιχεία, συνολικώς ορώμενα, είναι, κατ' αρχήν, ικανά να δικαιολογήσουν, ενόψει και των διδαγμάτων της λογικής και της κοινής πείρας, την εκτίμηση ότι το επίμαχο ποσό άγνωστης προέλευσης (αλλά, πάντως, κατά το συνήθως συμβαίνον, προερχόμενο από οικονομική δραστηριότητα επιτρεπτή κατά το νόμο) αντιστοιχεί σε μη δηλωθέν, υποκείμενο σε φόρο εισόδημα του δικαιούχου του λογαριασμού. Άλλωστε, η ανωτέρω, υπό το καθεστώς του ΚΦΕ, δυνατότητα έμμεσου προσδιορισμού φορολογητέας ύλης με βάση το ύψος των τραπεζικών καταθέσεων του φορολογούμενου επιβεβαιώθηκε με τη ρύθμιση του άρθρου 67B παρ. 1 του Κώδικα αυτού και, στη συνέχεια, με τη διάταξη του άρθρου 27 παρ. 1 περιπτ. ε του νόμου 4174/2013, η οποία εφαρμόζεται και σε διαφορά όπως η κρινόμενη, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 66 και ήδη 72 του ίδιου νόμου (βλ. ΣτΕ 884/2016 επταμ.).»

Προς το σκοπό της διασφάλισης μεταξύ άλλων και του δικαιώματος της άμυνας του φορολογουμένου, το Συμβούλιο της Επικρατείας σε σειρά αποφάσεων του έχει προβεί σε σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία αμάχητων κατά το γράμμα τεκμηρίων ως μαχητών<sup>7</sup>. Σε σχετική ερμηνεία τεκμηρίων έχει προβεί και το Γαλλικό Συνταγματικό Δικαστήριο<sup>8</sup>.

Ενδεικτικά, στην πρόσφατη **ΣτΕ 1143/2018** απόφασή του, το Συμβούλιο της Επικρατείας, ερμηνεύοντας τη διάταξη της παραγράφου 9 του άρθρου 5 του ν. 3091/2002 σε συμφωνία με τις συνταγματικές διατάξεις των άρθρων 78 παρ. 1, 4 παρ. 5 και 20 παρ. 1, εν όψει και του σκοπού του νόμου περί πάταξης της φοροδιαφυγής, «κατ' αναλογία δε και προς το προβλεπόμενο μαχητό τεκμήριο επί υπερτιμολογήσεως (πρβλ. ΣτΕ 4202/2005), πρέπει να θεωρηθεί ως έχουσα την έννοια ότι οι δαπάνες που πραγματοποιεί η (ημεδαπή) επιχείρηση για αγορά αγαθών κ.λπ. από εξωχώρια εταιρεία δεν εκπίπτουν από τα ακαθάριστα έσοδά της, εκτός εάν η ίδια αποδείξει ότι οι δαπάνες αυτές συνιστούν συναλλαγές πραγματικές και όχι εικονικές με σκοπό τη φοροδιαφυγή». Η ίδια απόφαση παραπέμπει για την ενδεικτική απαρίθμηση των αποδεικτικών στοιχείων που θα μπορούσαν να προσκομιστούν στην ερμηνευτική

<sup>7</sup> Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2433/2017 επταμ., 4101/1997, 2541/1992 κ.ά

<sup>8</sup> Βλ. επίσης την 437/2014 QPC απόφαση του Conseil constitutionnel, της 20.1.2015, επί προδικαστικού ερωτήματος (question prioritaire de constitutionnalité) που υπέβαλε το Conseil d' Etat με την απόφαση Association française des entreprises privées (AFEP) et autres, της 20.10.2014.

της νεότερης διατάξεως του άρθρου 23 περ. ιγ' του ν. 4172/2013 ΠΟΛ 1197/22.12.2016 εγκύκλιο του Γενικού Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων.

## **2.2. Σε περιπτώσεις των φορολογικών απαλλαγών, ατελειών, εκπτώσεων και αμφισβήτησης φορολογικών τεκμηρίων από τον φορολογούμενο**

Κατά γενική ερμηνευτική αρχή, οι διατάξεις που θεσπίζουν απαλλαγές από φόρους, τέλη και λοιπά δημοσιονομικά βάρη πρέπει να ερμηνεύονται στενά<sup>9</sup>. Άλλωστε, η φορολογική υποχρέωση γεννάται κατά κανόνα με βάση τα δηλωθέντα από τον ίδιο τον φορολογούμενο και η υποβολή δηλώσεως φορολογίας αποτελεί εκπλήρωση δημόσιου καθήκοντος και είναι δεσμευτική για τον φορολογούμενο. Σε κάθε περίπτωση, εναπόκειται στο φορολογούμενο να παράσχει εγκαίρως- όπως θα ερευνηθεί κατωτέρω υπό 3.- εύλογες και αρκούντως τεκμηριωμένες, ενόψει των συνθηκών, εξηγήσεις προς τη φορολογική διοίκηση, προκειμένου να ερευνηθεί από την τελευταία η τυχόν γένεση φορολογικών υποχρεώσεων σε βάρος ορισμένου προσώπου και να προσδιορισθεί ο χρόνος γένεσης και το ύψος της αντίστοιχης φορολογικής υποχρέωσης ή να ερευνηθεί η τυχόν απαλλαγή του από την αντίστοιχη υποχρέωση.

Στην **ΣτΕ 89/2019 επταμ.** απόφαση επί πιλοτικής δίκης, το ΣτΕ ερμηνεύοντας τη διάταξη του άρθρου 31 του ν. 3968/2011 περί απαλλαγής από την επιβολή τέλους επιτηδεύματος, έκρινε ότι για την επιβολή του τέλους δεν απαιτείται η εν τοις πράγμασιν άσκηση του επαγγέλματος και επομένως, ο φορολογούμενος δεν όφειλε να αποδείξει ότι πράγματι άσκησε τη δηλωθείσα δραστηριότητα, αλλά όφειλε να τη δηλώσει νομίμως για να τύχει της προβλεπόμενης απαλλαγής, καθώς η φορολογική διοίκηση δεν υποχρεούται να ερευνά την πραγματική φύση του δηλωθέντος από το φορολογούμενο επαγγέλματος, ως ελεύθερου επαγγελματία ή παροχής εξαρτημένης εργασίας.

Στην πρόσφατη **ΣτΕ 260/2019** επί τελωνειακής διαφοράς λαθρεμπορίας, κρίθηκε ότι *«οι εν προκειμένω εφαρμοστέες διατάξεις, όπως ερμηνεύθηκαν στις σκέψεις 6 και 7, δεν θεσπίζουν τεκμήριο ενοχής ή ευθύνης της εταιρείας πετρελαιοειδών σε περίπτωση εικονικού εφοδιασμού πλοίου με ελεύθερα καύσιμα, την υποχρεώνουν, όμως, προκειμένου να κινήσει την διαδικασία έκδοσης απόφασης συμψηφιστικής ατέλειας, να ελέγξει τα σχετικά έγγραφα που προσκομίζει ηπρατηριούχος εταιρεία και να λάβει όλα τα αναγκαία και πρόσφορα μέτρα ενεργού εποπτείας του συννόμου των ενεργειών της, ώστε να βεβαιωθεί ότι τα έγγραφα αυτά αντιστοιχούν σε πράγματι γεγόμενα (και όχι εικονικό) εφοδιασμό πλοίου. Το βάρος, λοιπόν, της απόδειξης ότι η εταιρεία έλαβε τα ανωτέρω μέτρα φέρει η ίδια. Συνακόλουθα, εφόσον η ευθύνη της εξαρτάται από το συγγνωστό της συμπεριφοράς της, η επίρριψη σε αυτήν του βάρους να προβάλει και να αποδείξει περιστατικά από τα οποία μπορεί να συναχθεί ότι επέδειξε την δέουσα επιμέλεια δεν παραβιάζει το άρθρο 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ, δοθέντος, μάλιστα, ότι τα περιστατικά αυτά αφορούν τη δική της συμπεριφορά (και όχι κάποιο αρνητικό γεγονός), εντός της σφαίρας ευθύνης και ενέργειάς της (βλ. ΣτΕ 588/2015, 909/2015, 1003/2015, 3486/2015 2796/2018 - πρβλ. ΣτΕ 3626/2014 επταμ.).»*

Κατά συνέπεια, εναπόκειται στον φορολογούμενο να θέσει υπόψη της φορολογικής διοίκησης αποδείξει το κρίσιμο πραγματικό γεγονός που συνεπάγεται την απαλλαγή του από το φόρο ή δασμό.

<sup>9</sup> Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2318/2018 Ολομ., 1040/2016.

### **2.3. Στην περίπτωση των διαφορών που αναφέρονται από την επιβολή μέτρων διασφάλισης των συμφερόντων του Ελληνικού Δημοσίου κατ' άρθρο 46 του ν. 4174/2013**

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 46 του ν. 4174/2013, επί διαπιστώσεως από τη φορολογική αρχή, βάσει ειδικής έκθεσης ελέγχου, συγκεκριμένων φορολογικών παραβάσεων, επιβάλλονται στους παραβάτες τα προβλεπόμενα στην εν λόγω διάταξη μέτρα με άμεσο και επείγοντα χαρακτήρα που σκοπούν στην διασφάλιση των συμφερόντων του Δημοσίου (πρβλ. ΣτΕ 399/2015, 1372/2014, 2199/2013 επταμ., 1159/2012).

Στο πλαίσιο της διαφοράς, η οποία γεννάται από την έκδοση πράξης της φορολογικής αρχής περί επιβολής των κατ' άρθρο 46 (παρ. 5, 6 και 7) του ν.4174/2013 μέτρων, ο δικαστής δεν έχει αρμοδιότητα διερεύνησης ζητημάτων σχετικών με την τέλεση ή μη των παραβάσεων, αλλά εξετάζει μόνον εάν, ενόψει των κατ' αρχήν και καθ' υπόνοια διαπιστώσεων του ελέγχου περί της τέλεσης, καθ' υποκείμενο και κατά αντικείμενο, των παραβάσεων, όπως αυτές παρατίθενται στην «ειδική έκθεση ελέγχου», συντρέχουν οι νόμιμες ουσιαστικές προϋποθέσεις, λόγω διακινδύνευσης των συμφερόντων του Δημοσίου, για την επιβολή των σχετικών περιορισμών (πρβλ. ΣτΕ 2297/2015, 2797/2009 επταμ., 1198/2012 επταμ.)

Μέχρι την έκδοση της **ΣτΕ 2326/2017**, η νομολογία του ΣτΕ και ειδικότερα η ΣτΕ 691/2009, ερμήνευε την προϊσχύσασα διάταξη περί επιβολής διασφαλιστικών μέτρων, ήτοι τη διάταξη του άρθρου 14 του ν. 2523/1997, κρίνοντας ότι δεν απαιτείται και αρκεί από τη φορολογική διοίκηση η επίκληση και απόδειξη της εξουσίας του προέδρου της εταιρείας προς εκπροσώπησή της. Σύμφωνα με την ως άνω ερμηνεία, για τα υπόλοιπα μέλη του διοικητικού συμβουλίου, η φορολογική αρχή έπρεπε να επικαλεστεί και να αποδείξει ότι ενήργησαν σε συγκεκριμένες περιπτώσεις και κατά τον κρίσιμο χρόνο της φορολογικής παράβασης ως εντεταλμένοι σύμβουλοι.

Η ΣτΕ **2326/2017** ερμηνεύοντας την ισχύουσα πλέον διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 46 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας, αποφαινεται ότι η φορολογική διοίκηση πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει εκτός από την ιδιότητα και την ύπαρξη εξουσίας καθηκόντων διοίκησης και στην περίπτωση των Προέδρων Διοικητικών Συμβουλίων. Η ως άνω νομολογία καθίσταται πλέον παγία καθώς η ερμηνεία αυτή επιβεβαιώνεται και στις ΣτΕ 546/2018 και 999/2018 αποφάσεις, χωρίς ωστόσο η ερμηνεία αυτή να εξίκνυται στο σημείο ώστε να εναπόκειται στη φορολογική διοίκηση να επικαλεσθεί και να αποδείξει ότι το εντεταλμένο στη διοίκηση ή διαχείριση ή εκπροσώπηση της ανώνυμης εταιρίας άσκησε πράγματι τα καθήκοντα αυτά, καθώς αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα παραγνώριζε τη φύση και τον σκοπό επιβολής των μέτρων αυτών.

### **3. Ποιο το κρίσιμο χρονικό σημείο προσκόμισης και επίκλησης των αποδεικτικών μέσων από τον φορολογούμενο**

Κρίσιμο είναι, επίσης, το χρονικό σημείο της προσκόμισης των αποδείξεων εκ μέρους του φορολογουμένου προς αντιστροφή των τεκμηρίων. Τα αποδεικτικά στοιχεία δύνανται κατά κανόνα να προσκομιστούν από τον φορολογούμενο στο πλαίσιο της δήλωσής του με επιφύλαξη ή κατόπιν κλήσης του από τη Διοίκηση για παροχή σχετικών εξηγήσεων ή στο πλαίσιο διαδικασίας προηγούμενης ακρόασης, αλλά και στο πλαίσιο του φορολογικού ελέγχου με αψότερο χρονικό σημείο την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής.

Η μεταγενέστερη δημιουργία αποδεικτικών στοιχείων μπορεί να συνιστά καθεαυτή μαχητό πλην ισχυρό τεκμήριο προς απόδειξη της φοροδιαφυγής όπως, κρίθηκε πρόσφατα με την απόφαση ΣτΕ 2607/2018, στην περίπτωση της σύνταξης συμβολαίου διορθωτικού του τιμήματος αγοραπωλησίας ακινήτων σε ποσό πολύ μεγαλύτερο του αναφερόμενου στο αρχικό συμβόλαιο άσκησης επιχείρησης αγοραπωλησίας δεδομένου ότι το διορθωτικό συμβόλαιο συντάχθηκε μετά την έναρξη του φορολογικού ελέγχου και, μάλιστα, μετά την κοινοποίηση στον φορολογούμενο σημειώματος με τις διαπιστώσεις του ελέγχου.

Επιπλέον, έχει κριθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας<sup>10</sup> ότι η τυχόν οικονομική αλληλοβοήθεια μεταξύ μελών της ίδιας οικογένειας, μέσω της διατήρησης κοινών τραπεζικών λογαριασμών και διενέργειας εντολών πιστώσεων και χρεώσεων σε αυτούς ή/και της μεταφοράς ποσών από (ατομικούς ή κοινούς) τραπεζικούς λογαριασμούς τους σε άλλους (ατομικούς ή κοινούς) λογαριασμούς τους, δεν απαλλάσσει τα πρόσωπα αυτά από το βάρος να παράσχουν στη φορολογική Διοίκηση - στο πλαίσιο του ελέγχου της ή στο στάδιο της προηγούμενης ακρόασης και, στη συνέχεια, της προβλεπόμενης στον Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας ενδικοφανούς διαδικασίας- εύλογες και αρκούντως τεκμηριωμένες, ενόψει των συνθηκών, εξηγήσεις για τις σχετικές οικονομικές πράξεις και σχέσεις τους και την περιουσιακή κατάσταση που προκύπτει από τις κινήσεις των ως άνω τραπεζικών λογαριασμών, που αφορούν σημαντικά χρηματικά ποσά, προκειμένου να ερευνηθεί από τη Διοίκηση η τυχόν γένεση φορολογικών υποχρεώσεων σε βάρος ορισμένου ή ορισμένων των εν λόγω προσώπων και να προσδιορισθεί ο χρόνος γένεσης και το ύψος της αντίστοιχης φορολογικής υποχρέωσης.

#### **4. Συμπέρασμα**

Συμπερασματικά, παρατηρείται ότι το δίκαιο της απόδειξης στις φορολογικές διαφορές, το οποίο σταδιακά συστηματοποιείται νομολογιακά, διατρέχεται από την ανάγκη επίτευξης της δίκαιης ισορροπίας μεταξύ του επιτακτικού δημοσίου μεταξύ του συνταγματικώς κατοχυρωμένου επιτακτικού σκοπού πάταξης της φοροδιαφυγής με το δικαίωμα της άμυνας του φορολογούμενου που προστατεύεται σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές του σεβασμού της αξιοπρέπειας του ανθρώπου (άρ. 2 παρ. 1 του Συντάγματος), του κράτους δικαίου (άρ. 25 παρ. 1 εδ. α' του Συντάγματος), της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντάγματος) και του τεκμηρίου αθωότητας.

Οι δυσχέρειες της στάθμισης αυτής, όπως αναφύονται ανά περίπτωση συνακόλουθα δυσχεραίνουν την αποκρυστάλλωση ειδικών κανόνων του δικαίου απόδειξης στις φορολογικές διαφορές, ενώ παράλληλα καταδεικνύεται η σημασία τόσο της έγκαιρης προσκόμισης από τον φορολογούμενο των κρίσιμων αποδεικτικών στοιχείων προς τη φορολογική διοίκηση όσο και της έγκαιρης διεξαγωγής των απαιτούμενων φορολογικών ελέγχων από την τελευταία χρησιμοποιώντας τις προβλεπόμενες τεχνικές και μέσα ελέγχου.

---

<sup>10</sup> ΣτΕ 1896-7/2018 επταμ.

## ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΤΩΝ ΤΡΑΠΕΖΩΝ<sup>1</sup>

Νίκος Παπαχρήστος, Δ.Ν. – Δικηγόρος

Χαρακτηριστικό πολλών νομικών αποτελεί η αυταρέσκεια κατά τη χρήση των εννοιών – και των νομικών εννοιών. Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται, ότι ο όρος «αμηχανία», που αποτελεί στοιχείο του γενικού τίτλου του Συνεδρίου και αναφέρεται στην αίσθηση δυσκολίας ή άγνοιας ενόψει της διαχείρισης μίας κατάστασης, μπορεί να προκαλέσει συνειρμικά την αναφορά στον όρο «αδράνεια», που στη Φυσική αναφέρεται ως η αντίδραση των φυσικών σωμάτων στην προσπάθεια μεταβολής της φυσικής τους κατάστασης, αλλά δεν σημαίνει οπωσδήποτε ακινησία ή στασιμότητα, ενίοτε δε αναπτύσσει και μία δυναμική.

Μία αμηχανία, λοιπόν, αλλά και μία διανοητική κινητοποίηση ίσως προκαλούσε η υπόθεση πως το Σύνταγμα μπορεί να διασπάσει –αν όχι και να αντιστρέψει– τον μεθοδολογικό κανόνα που επιτάσσει τη στενή ερμηνεία μίας κατηγορίας διατάξεων του κοινού (εν προκειμένω του φορολογικού) δικαίου και τελικά να οδηγήσει και να επιβάλει μία λιγότερο στενή ερμηνεία τους.

Αφορμή για τις παρακάτω σκέψεις αποτέλεσε η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για ένα ειδικό θέμα, το οποίο –όπως πολλά ειδικά θέματα– άπτεται ενός ευρύτερου και αφορά τη φορολογική μεταχείριση των πιστωτικών ιδρυμάτων.

Ποιο ήταν –και είναι– το θέμα: Τα πιστωτικά ιδρύματα έχουν στο χαρτοφυλάκιό τους, κατά καιρούς, τίτλους επενδύσεων, που παράγουν εισόδημα. Το συγκεκριμένο εισόδημα φορολογείται στην πηγή, κατ' ειδικό τρόπο και αυτοτελώς. Αυτό γίνεται, επειδή οι συγκεκριμένοι τίτλοι επενδύσεων αποτελούν μέρος του χαρτοφυλακίου της Τράπεζας για χρονικό διάστημα που δεν είναι εκ των προτέρων γνωστό και βέβαιο. Έτσι, λοιπόν, συλλαμβάνεται εγκαίρως αυτή η φορολογική ύλη και φορολογείται αυτοτελώς και με ειδικό τρόπο.

---

<sup>1</sup> Το κείμενο αποτελεί τη γραπτή απόδοση της εισήγησης και για τον λόγο αυτό διατηρήθηκε εν πολλοίς το ύφος του προφορικού λόγου.

Τέτοιο εισόδημα είναι οι τόκοι από ομόλογα ή έντοκα γραμμάτια Ελληνικού Δημοσίου, εταιρικά ομόλογα, ημεδαπής ή αλλοδαπής προελεύσεως, ημεδαπών ή αλλοδαπών, αντίστοιχα, επιχειρήσεων.

Αυτός ο φόρος, λοιπόν, που παρακρατείται ή προεισπράττεται και που υπολογίζεται επί του συγκεκριμένου εισοδήματος, εκπίπτει από το συνολικό ποσό του προς βεβαίωση φόρου του πιστωτικού ιδρύματος.

Αλλά πώς φορολογείται το πιστωτικό ίδρυμα, ποιο είναι το αντικείμενο του φόρου κατά τον Κ.Φ.Ε.: το συνολικό εισόδημα ή κέρδος μετά την αφαίρεση του μέρους που αναλογεί στα αφορολόγητα έσοδα ή στα κατ' ειδικό τρόπο φορολογούμενα εισοδήματα με εξάντληση της φορολογικής υποχρέωσης.

Πώς προσδιορίζεται αυτό το μέρος των κερδών: Τεχνικά μιλώντας, γίνεται επιμερισμός των συνολικών καθαρών κερδών ανάλογα με το ύψος των φορολογουμένων εσόδων και των αφορολόγητων ή με ειδικό τρόπο φορολογούμενων εισοδημάτων. Και σε περίπτωση διανομής, στα φορολογούμενα κέρδη προστίθεται το μέρος εκείνο των αφορολόγητων κερδών ή των κατ' ειδικό τρόπο φορολογούμενων εσόδων που αναλογούν στα διανεμόμενα κέρδη με οποιαδήποτε μορφή, μετά την αναγωγή του εξερισκόμενου αυτού ποσού σε μικτό ποσό με την προσθήκη του αναλογούντος σε αυτό φόρου.

Στις υποθέσεις που εξέτασε το Δικαστήριο και μας απασχολούν εν προκειμένω (ΣτΕ 1524 & 1526/2018), η Τράπεζα είχε ζημιές. Έτσι δεν προέκυψε φόρος προς βεβαίωση, ώστε να χωρήσει η έκπτωση εκείνου του προκαταβληθέντος. Με αυτό το σκεπτικό η Τράπεζα ζήτησε την επιστροφή του: αφού δεν μπορούσε να συμψηφιστεί, τότε να επιστραφεί. Η Φορολογική Διοίκηση αρνήθηκε. Ο νόμος προέβλεπε έκπτωση μόνον όταν το ποσό του προκαταβληθέντος φόρου είναι μεγαλύτερο από το ποσό του προς βεβαίωση αναλογούντος φόρου. Είπε, λοιπόν, η Διοίκηση, ότι η φορολογική ελάφρυνση για τα τραπεζικά ιδρύματα φθάνει μέχρι τον συμψηφισμό του φόρου με τον κατά τις γενικές διατάξεις οφειλόμενο, μόνο εφόσον ο τελευταίος είναι υψηλότερος.

Πράγματι, ο νόμος κατά τον κρίσιμο για τις υποθέσεις εκείνες χρόνο δεν ρύθμιζε ρητώς την τύχη του προκαταβληθέντος φόρου σε περίπτωση κατά την οποία δεν προκύπτει αναλογών φόρος (όταν δηλαδή η Τράπεζα έχει ζημιές). Όταν η υπόθεση κατέληξε ως αναιρετική δίκη στο Συμβούλιο της Επικρατείας, το

Δικαστήριο κλήθηκε να ασχοληθεί με την ερμηνεία των κρίσιμων διατάξεων και διέλαβε στο συλλογισμό του τα παρακάτω.

*Πρώτον:* Σε χρόνο προγενέστερο της κρισιολογούμενης χρήσης, ο νόμος όριζε ρητά ότι τέτοια επιστροφή δεν ήταν επιτρεπτή. *Εν προκειμένω ο νόμος σιωπούσε.* Και σε χρόνο μετά την κρισιολογούμενη χρήση ο νόμος όρισε ρητά ότι το εν λόγω πιστωτικό υπόλοιπο συμψηφίζεται με τον φόρο εισοδήματος διαδοχικώς στα επόμενα 5 οικονομικά έτη από τη δημιουργία του πιστωτικού υπολοίπου, κατά το υπόλοιπο που απομένει κάθε φορά.

Το Δικαστήριο επικαλούμενο αυτό το διαχρονικής φύσεως στοιχείο, δια της ιστορικής και τελεολογικής μεθόδου ερμηνείας προέβη στη σκέψη ότι: όσες φορές ο νομοθέτης ήθελε να ρυθμίσει την τύχη του εν λόγω ποσού, το έπραξε ρητώς. Επομένως, εξ αντιδιαστολής, όσες φορές ο νομοθέτης δεν θέλησε και δεν ρύθμισε ρητώς την τύχη του, το ποσό αυτό δεν πρέπει να τυγχάνει από τη Διοίκηση μεταχείρισης ανάλογης προς αυτήν που κατά καιρούς ρυθμίστηκε ρητά, αλλά να έχει μόνο τη μεταχείριση που ρητώς προβλέπεται από τις οικείες φορολογικές διατάξεις.

*Δεύτερον:* Με προγενέστερη νομολογία του το ίδιο Δικαστήριο είχε κρίνει, ότι, εάν ο νόμος δεν απαγορεύει ρητά την επιστροφή του πιστωτικού υπολοίπου, τότε αυτό είναι επιστρεπτέο (ΣτΕ 1463/2014, 1833/2015).

*Τρίτον:* Οι κρίσιμες για την υπόθεση φορολογικές διατάξεις είναι στενώς ερμηνευτέες ως επιβάλλουσες φορολογικό βάρος, όπως υποστηρίζει και η κρατούσα άποψη. Τη γραμματική τους διατύπωση, λοιπόν, επικαλέστηκε το Δικαστήριο: η έκπτωση του προκαταβληθέντος φόρου –γράφει η διάταξη– τελεί υπό την προϋπόθεση ύπαρξης επαρκούς φορολογούμενου εισοδήματος και επαρκούς ποσού φόρου προς βεβαίωση. Και ακόμη: πρόκειται για κατ' ειδικό τρόπο φορολόγηση του εισοδήματος – φορολόγηση από τη φύση της αυτοτελή. Ο επ' αυτής εισπραχθείς φόρος μόνο συμψηφίζεται. Όμως εφόσον υπάρχει μεγαλύτερο αυτού ποσό τελικού φόρου προς βεβαίωση. Άλλως δεν επιστρέφεται.

Αυτή ήταν η μεθοδολογία για την ερμηνεία του φορολογικού νόμου.

Ο αναστοχασμός επί της μεθόδου ερμηνείας δεν είναι θεωρητική ή φιλοσοφική άσκηση και δη υπερβατικού χαρακτήρα. Θεωρώντας ότι έχει μία κάποια σημασία, προτείνω να ξανασκεφτούμε ορισμένες παραδοχές.

Μπορεί να συνδράμει μεθοδολογικά τη γραμματική ερμηνεία η αναφορά στο διαχρονικό δίκαιο; Δηλαδή ότι ο νόμος άλλοτε όρισε ρητώς ότι το πιστωτικό υπόλοιπο δεν είναι επιστρεπτέο, άλλοτε σιώπησε και άλλοτε όρισε τον συμψηφισμό του σε βάθος 5ετίας;

Κομίζει την επισήμανση της ρητής ρύθμισης για την τύχη του πιστωτικού υπολοίπου σε αντιδιαστολή προς τη σιωπή του νόμου για αυτό το θέμα. Αλλά και την αναφορά στη βούληση του νομοθέτη. Δηλαδή αναζητεί την ιστορική ratio του νόμου.

*Ξεκινώ από τα γραμματικά δεδομένα:* Οι τρόποι φορολόγησης κάθε κατηγορίας εισοδήματος. Οι διατάξεις περί ειδικώς και αυτοτελώς φορολογούμενου και γενικές διατάξεις για υπολογισμό επί του φορολογούμενου εισοδήματος. Και υπάρχει η διάταξη για το ποσό φόρου από αυτοτελή φορολόγηση, που προεισπράχθηκε και εκπίπτει, όταν ο προς βεβαίωση φόρος είναι μεγαλύτερος.

Πρόβαλε η Διοίκηση, ότι η εν λόγω φορολογική ελάφρυνση φθάνει μέχρι τον συμψηφισμό του φόρου με τον κατά τις γενικές διατάξεις οφειλόμενο. Αυτό γράφει η διάταξη. Από τη γραμματική της διατύπωση, όμως, συνάγεται ο δικαιολογητικός λόγος της σχετικής ρύθμισης;

Οπωσδήποτε ενδιαφέρει η ratio και της έκπτωσης και της αυτοτελούς φορολόγησης: η έκπτωση έχει να κάνει με την ιδιαίτερη μεταχείριση των πιστωτικών ιδρυμάτων λόγω της φύσης τους σε σχέση με άλλα νομικά πρόσωπα υποκείμενα φόρου.

Η αυτοτελής φορολόγηση με εξάντληση της φορολογικής υποχρέωσης έχει να κάνει με τη φύση του εισοδήματος, που παραμένει για περιορισμένο χρόνο στο χαρτοφυλάκιο της Τράπεζας. *Αλλά να συνεκτιμήσουμε εάν και πώς το εισόδημα αυτό συνδέεται τεχνικά με το τελικώς φορολογούμενο εισόδημα.* Γιατί εισόδημα είναι και το ένα και το άλλο.

Κάθε νομοθετική επιλογή (πρέπει να) ερμηνεύεται σύμφωνα με τους υπερνομοθετικής ισχύος κανόνες – εν προκειμένω τις αρχές της φορολογικής δικαιοσύνης και της ισότητας, της νομιμότητας και της βεβαιότητας του φόρου, όπως κατοχυρώνονται στο Σύνταγμα.

Τούτων δοθέντων, ποια βούληση επί του πρακτέου συνάγεται από το νόμο; Η εκτίμηση των πρακτικών επιπτώσεων από την εφαρμογή μίας ερμηνευτικής εκδοχής



αποτελεί κριτήριο για τη διαμόρφωση άποψης περί του ορθού και αληθούς νοήματος μίας διάταξης νόμου; Τέτοιο προερμηνευτικό κριτήριο δεν ευδοκιμεί στα καθ' ημάς ως αποδεκτή μέθοδος ερμηνείας του δικαίου – τουλάχιστον έτσι όπως το διατυπώνω.

Ωστόσο ενόψει του πρακτέου αρθρώνεται η ερμηνεία, στο πρακτέο σκοπεί. Πολλά συνεκτιμώνται. Οποιαδήποτε συνεκτίμηση μπορεί να διέλθει νοηματικά και να εισχωρήσει ακόμη και ρητά στον νομικό συλλογισμό, μέσα από διάφορες συνταγματικές έννοιες και αρχές. Δηλαδή με επίκλησή τους.

Ας πούμε μέσω της έννοιας του γενικού συμφέροντος. Η έννοια αυτή ως κριτήριο ερμηνείας του κοινού δικαίου απαντάται στο Σύνταγμα. Και μάλιστα σε διατάξεις διόλου άσχετες με τα πιστωτικά ιδρύματα και εντεύθεν με τη φορολογική μεταχείρισή τους.

Αρκεί να θυμίσω την παράγραφο 1 του άρθρου 5 του Συντάγματος, που προστατεύει την γενική οικονομική ελευθερία, στο πλαίσιο του λεγόμενου «οικονομικού Συντάγματος». Αλλά και το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και τη δεύτερη παράγραφο του άρθρου 106 του Συντάγματος, όπου τίθεται το πλαίσιο άσκησης της ιδιωτικής οικονομικής (επιχειρηματικής) δραστηριότητας. Αυτά συνιστούν έρεισμα ρυθμίσεων του κοινού δικαίου. Επομένως και του φορολογικού δικαίου. Επίσης να αναφέρω την παράγραφο 5 του άρθρου 4 και την παράγραφο 1 του άρθρου 78 του Συντάγματος.

Να δούμε πώς αυτά τα χειρίστηκε ο κοινός νομοθέτης στην πράξη. Στο ειδικό θέμα που μας απασχολεί. Ο νομοθέτης *επιμένει* να θέτει το ποσό προς συμψηφισμό, έστω και αν ορίζει πλέον διαφορετικά την τύχη του. Χωρίς να αναφέρεται ρητώς σε δυνατότητα επιστροφής. Δεν θέλει.

*Ένα πρόσφατο νομοθετικό δεδομένο, λοιπόν, νομίζω ότι δίνει περαιτέρω εναύσματα να ξανασκεφτούμε όσα –όχι καινούρια κι όχι πρωτότυπα– αναφέρθηκαν.*

Πριν λίγες μέρες ψηφίστηκε νομοθετική ρύθμιση (άρθρο 93 ν. 4605/2019), με την οποία *«αντιμετωπίζεται»*, λέει η αιτιολογική έκθεση, το ζήτημα της νομολογίας, που ανέφερα ως αφορμή της παρουσίας μου, και *«αποσαφηνίζεται»*, λέει πάλι η αιτιολογική έκθεση, η εφαρμογή των σχετικών με τη νομολογία αυτή διατάξεων.

Τα πιστωτικά υπόλοιπα, όπως αυτά που ανέφερα, διαβάζω τη διάταξη, *«για τα οποία δημιουργήθηκαν διαφορές που εκκρεμούν ενώπιον των δικαστηρίων,*

συμψηφίζονται κατά προτεραιότητα όταν προκύψει φόρος εισοδήματος και κατά το μέρος που ο φόρος αυτός επαρκεί για το σκοπό του ως άνω συμψηφισμού».

Περαιτέρω, διαβάζω ξανά από την αιτιολογική έκθεση, «προκειμένου να αποφευχθεί ερμηνευτικό ζήτημα εφαρμογής της νομολογίας του ΣτΕ και στις διατάξεις του ν. (...), οι οποίες προβλέπουν τον 5ετή συμψηφισμό χωρίς να καθορίζουν ρητά τη δυνατότητα επιστροφής ή όχι των τυχόν πιστωτικών υπολοίπων, κρίνεται σκόπιμο να δοθεί μεγαλύτερος χρόνος συμψηφισμού ειδικά για τα πιστωτικά υπόλοιπα [...] των οικονομικών ετών [...] για τα οποία δεν υφίσταται νομολογία του ΣτΕ) ορίζοντας ότι ειδικά για τη συγκεκριμένη κατηγορία, ο συμψηφισμός επιτρέπεται να πραγματοποιηθεί ισόποσα εντός 10 ετών με κάθε είδους φορολογικές υποχρεώσεις».

Έτσι με τη νέα ρύθμιση ορίστηκε και το εξής: «Τυχόν πιστωτικό υπόλοιπο που προέκυψε [...] και δεν συμψηφίστηκε εντός των 5 ετών, συμψηφίζεται σε ισόποσες δόσεις εντός δέκα (10) ετών με οποιασδήποτε φύσεως φορολογικές υποχρεώσεις των τραπεζών [...]. Η ρύθμιση [...] εφαρμόζεται επί υποθέσεων για τις οποίες έχουν υποβληθεί αρχικές και τροποποιητικές δηλώσεις ενώπιον της φορολογικής αρχής και δεν έχουν εξετασθεί, καθώς και επί εκκρεμών υποθέσεων [...]».

Παρατηρείται, λοιπόν, ότι τον νομοθέτη απασχόλησαν όσα έκρινε το ΣτΕ, με τον τρόπο που προκύπτει ότι τον απασχόλησαν. Το ΣτΕ έχει κρίνει αυτό επιτρεπτό με προϋποθέσεις και δεν επεκτείνομαι τώρα στο θέμα.

Ερώτημα, μετά από όσα διάβασα: ήταν τόσο σημαντικές οι πρακτικές επιπτώσεις της δικαστικής κρίσης, όπως δηλαδή ερμήνευσε το νόμο, ώστε το ζήτημα να τύχει ex post ειδικής νομοθετικής ρύθμισης; Απάντηση: προφανώς ναι. Ας επιχειρήσουμε να δούμε και να σκεφτούμε το γιατί.

Ανατρέχω στην αιτιολογική έκθεση: «Η εφαρμογή της ρύθμισης ξεκινά από 1.1.2020 προκειμένου να μην επέλθουν δημοσιονομικές επιπτώσεις στο τρέχον έτος».

Ανατρέχω, εν συνεχεία, στην Έκθεση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους επί της σχετικής ρύθμισης: «Από τις προτεινόμενες διατάξεις επέρχεται, επί του κρατικού προϋπολογισμού, απώλεια φορολογικών εσόδων ύψους 30 εκατ. ευρώ περίπου, ετησίως και για 10 χρόνια, αρχής γενομένης από το έτος 2020».

Διαβάζω από την Ειδική Έκθεση του άρθρου 75 παρ. 3 του Συντάγματος, που συνόδευε τη σχετική τροπολογία, ότι: «*Η ανωτέρω απώλεια θα αναπληρωθεί από άλλες πηγές εσόδων του κρατικού προϋπολογισμού*».

Τέλος, όπως είναι φυσικό, ενδιαφέρον παρουσιάζει η Έκθεση Αξιολόγησης Συνεπειών των πρόσφατων αυτών ρυθμίσεων. Εκεί, λοιπόν, για τη σκοπιμότητα των διατάξεων αναφέρεται η κατά τα διεθνή λογιστικά πρότυπα υποχρέωση των πιστωτικών ιδρυμάτων, ενόψει της δημοσίευσης των οικονομικών αποτελεσμάτων έτους 2018, να λάβουν υπόψη ως πιθανώς εφαρμοστέα τη νομολογία του ΣτΕ στις εκκρεμείς υποθέσεις και «*ελλείπει σαφούς ερμηνείας*» –έτσι αναφέρει η έκθεση– να υποχρεωθούν να εγγράψουν προβλέψεις.

Επίσης ως δικαιολογητικός λόγος των νέων ρυθμίσεων αναφέρεται η ανάγκη «*να υπάρξει νομική ασφάλεια ως προς τον χειρισμό των πιστωτικών υπολοίπων*».

Επιπλέον, αναφέρονται τα εξής: «*Οι συνέπειες αναμένονται να είναι θετικές για την οικονομία, καθώς το συγκεκριμένο σχέδιο νόμου συμβάλλει στην περαιτέρω ενίσχυση και θωράκιση της ευστάθειας του τραπεζικού συστήματος της χώρας*».

Και ακόμη ότι: «*Η ρύθμιση αποτέλεσε αντικείμενο συζητήσεων μεταξύ των υπηρεσιών του Υπουργείου Οικονομικών (Διεύθυνση Φορολογικής Πολιτικής και Διεύθυνση Χρηματοοικονομικής Πολιτικής με τις αρμόδιες εποπτικές αρχές (Τράπεζα της Ελλάδος, ΕΛΤΕ (είναι η επιτροπή λογιστικής τυποποίησης και ελέγχων), Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς) και την Ελληνική Ένωση Τραπεζών [...]. Σημειώνεται ότι το περιεχόμενο της διάταξης έχει εγκριθεί από το Συμβούλιο Συστημικής Ευστάθειας (είναι αυτό του άρθρου 20 του νόμου 2867/2010 με αποστολή «την ανάλυση της δυναμικής μεταξύ των επί μέρους συστημάτων του χρηματοοικονομικού χώρου και τη συνεχή διερεύνηση για την προληπτική αντιμετώπιση έκτακτων ή ακραίων καταστάσεων και κρίσεων*»)

Αυτά δεν παραπέμπουν στην έννοια του γενικού συμφέροντος, όπως αυτή διαμορφώνεται μέσα και από τα στοιχεία του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου;

Το χρηματοπιστωτικό σύστημα είναι πρωτίστως σύστημα. Σύστημα οικονομικών παραγόντων και σχέσεων μέσα στο ευ-ρω-Σύστημα.

Σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, όπως την πραγματεύεται η θεωρία και η νομολογία, ως έκφανση του κράτους δικαίου, η Διοίκηση οφείλει να δρα σύμφωνα

με τους ισχύοντες κανόνες δικαίου και οι ενέργειες των οργάνων της πρέπει να μην είναι αντίθετες προς τους κανόνες αυτούς. Δηλαδή η Διοίκηση *αφενός μεν έχει* αρμοδιότητα να προβαίνει σε κάθε ενέργεια που δεν απαγορεύεται ή δεν αντίκειται στους ανωτέρω κανόνες *αφετέρου δε έχει* την αρμοδιότητα (οφείλει ή μπορεί) να προβαίνει μόνο στις ενέργειες που προβλέπονται και επιβάλλονται ή επιτρέπονται από τους κανόνες. Δηλαδή, ενώ οι ιδιώτες μπορούν να ενεργήσουν ότι δεν απαγορεύεται, αντίθετα *η Διοίκηση οφείλει ή μπορεί να ενεργήσει μόνον ότι επιτρέπεται* (Επ. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, 2010, σ. 88). Άμεση απόρροια της αρχής της νομιμότητας είναι η έννοια της αρμοδιότητας.

Ισχύουν αυτά έτσι; Ή μάλλον: μπορεί σε αυτά να βρει έρεισμα η άποψη για την ανάγκη σύμφωνης προς το Σύνταγμα ερμηνείας του – φορολογικού, εδώ– νόμου;

Είναι αυτά τυπολατρικά; Εάν ναι, συνεχίζω σε αυτό το πνεύμα: Μία διαδεδομένη παραδοχή είναι –εulόγως εν πολλοίς– η προσήλωση σε αυστηρώς γραμματική και νοηματικά στενή ερμηνεία των φορολογικών διατάξεων.

Η γραμματική μέθοδος είναι η αφετηρία κάθε διανοητικού εγχειρήματος για την ερμηνεία. Αλλά τίθεται πάντοτε και υποχρεωτικά το κλασικό ερώτημα: ποιος ο σκοπός της ερμηνείας; Η ανεύρεση του ορθού και αληθούς νοήματος, που κατά την άποψη του ερμηνευτή, έχει μία διάταξη νόμου. Και η πρακτική εφαρμογή της με επιχειρήματα ουσιαστικής ορθότητας.

Το περιεχόμενο της ρύθμισης, όπως συνάγεται από τη γραμματική διατύπωση, τη δεδηλωμένη ratio θέσπισής της, τις τυχόν υπερνομοθετικές αρχές που διέπουν την ρυθμιζόμενη έννομη σχέση, άρα το σύστημα των κανόνων εντός του οποίου μπορεί να εντάσσεται η ρύθμιση, ακόμη και ο τρόπος με τον οποίο η έννομη σχέση ρυθμίστηκε στο παρελθόν, λέει -κατά τούτο ορθώς- η νομολογία.

Μήπως όλα αυτά άγουν σε μη επιτρεπτή «διασταλτική» ερμηνεία;

Επιτρέψτε μου, λοιπόν, να επαναλάβω ως παράμετρο στη μέθοδο ερμηνείας των φορολογικών, εν προκειμένω, διατάξεων, την συνεκτίμηση των πρακτικών συνεπειών.

Δεν είναι νέα και γι' αυτό τη θέτω προς επανασυζήτηση και αναστοχασμό, με αφορμή όσα μόλις παρουσίασα και με ευκαιρία το φιλόξενο αυτό βήμα και γενικά το φιλόξενο και δημιουργικό αυτό περιβάλλον.

Η επικοινωνία είναι σχέση: και την προϋποθέτει και την ιδρύει και την επηρεάζει.

Έτσι και ο διάλογος του φορολογικού νομοθέτη με τη νομολογία στο παράδειγμα της πρόσφατης ρύθμισης για την τύχη του πιστωτικού υπολοίπου.

Είπα δεν θα επανέλθω στο «επιτρεπτό» των ρυθμίσεων όπως η πρόσφατη. Να πω μόνο ότι όσα τέθηκαν στο νόμο, δεν τέθηκαν χωρίς σεβασμό στη δικαιοδοτική κρίση.

Ο χρόνος εκπλήρωσης της φορολογικής υποχρέωσης των πιστωτικών ιδρυμάτων, η αναβαλλόμενη φορολογία είναι το θέμα.

Ο εκάστοτε νομοθετικός χειρισμός του απηχεί, προφανώς, μία ορισμένη αντίληψη για το ρόλο τον οποίο οι τράπεζες επιτελούν -ή και πρέπει να επιτελούν- στην ανάπτυξη της εθνικής οικονομίας.

Σε ορισμένο οικονομικό μοντέλο ανάγεται η εκάστοτε νομοθετική πρωτοβουλία στα θέματα αυτά. Που, θυμίζω, αναπτύσσεται εντός των ευρωπαϊκών οικονομικών δεδομένων. Που είναι το εξής ένα: *το ευρωσύστημα*.

# Ο ΔΙΕΘΝΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΣΤΗΝ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΤΩΝ ΨΗΦΙΑΚΩΝ ΝΟΜΙΣΜΑΤΩΝ. ΟΙ ΣΥΓΧΡΟΝΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟ ΕΝΩΣΙΑΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ Η ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΟΥ ΟΟΣΑ

Γρηγόρης Μ. Μιχαηλίδης, Λέκτορας Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Λευκωσίας, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Κοινοτικός δικηγόρος Κύπρου, Εκτελεστικός Διευθυντής THELXIS FUND

## Εισαγωγή

Στην κοινωνία της πληροφορίας, το δίκαιο καλείται να ρυθμίσει συμπεριφορές και να αποτρέψει κινδύνους σε ένα πεδίο που χαρακτηρίζεται από απουσία ορίων,<sup>1</sup> έχει άυλο χαρακτήρα και οι εθνικές έννομες τάξεις αδυνατούν να ασκήσουν έλεγχο, διότι τα φαινόμενα και οι εξελίξεις είναι πλανητικής εμβέλειας.

Οι τεχνολογικές εξελίξεις είναι τόσο σημαντικές και ραγδαίες που οι κανόνες, είτε εθνικοί είτε υπερεθνικοί,<sup>2</sup> χάνουν την ρυθμιστική τους αξία και ικανότητα, καθώς ξεπερνιούνται από τα νέα τεχνολογικά δεδομένα κάθε φορά.

Οι σύγχρονες τεχνολογικές εξελίξεις στο ψηφιακό κόσμο και στον κόσμο του διαδικτύου προκαλούν το θνησιγενές και σύντομο της θεσμικής ζωής των κανόνων που επιδιώκουν τη ρύθμισή τους.

Για να διατηρηθεί η κανονιστική επάρκεια των σχετικών κανόνων θα πρέπει να αναθεωρούνται σε τακτά χρονικά διαστήματα και να προσαρμόζονται στις μεταβαλλόμενες και εξελισσόμενες τεχνολογικές εφαρμογές. Οι συχνές νομοθετικές μεταβολές προκαλούν ανασφάλεια δικαίου, όσο αναγκαίες κι αν είναι. Επίσης, προκαλούν ενδεχόμενο «ανταγωνισμό» με τους υπόλοιπους κανόνες της ίδιας έννομης τάξης, με αποτέλεσμα τη «σύγχυση». Η απροσδιοριστία, η ανασφάλεια του δικαίου και η αναπόφευκτη αδυναμία καταστολής της παραβατικότητας και της

---

<sup>1</sup> Η ύπαρξη σαφών χρονικών και χωρικών ορίων είναι βασικές συνισταμένες της νομικής ρύθμισης, οι οποίες απουσιάζουν στον κυβερνοχώρο. Για τα συναφή προβλήματα σε επιμέρους κλάδους του δικαίου, βλ. σχ. Α. Γραμματικάκη – Αλεξίου, Internet και ιδιωτικό διεθνές δίκαιο - Συμβατικές και αδικοπρακτικές ενοχές στον κυβερνοχώρο, Αρμ 1998, σελ. 409 επ. και Ι. Αγγελή, διαδικτυο και ποινικό δίκαιο ΠοινΧρ 2000, σελ. 675 επ.

<sup>2</sup> Βλ. σχ. Α. Γιόκαρη, Το διεθνές νομικό καθεστώς των Ραδιοτηλεπικοινωνιών – Δορυφορικής τηλεόρασης, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1996.

επιβολής κυρώσεων υπονομεύει την ίδια την κρατική κυριαρχία, καθώς αναδεικνύει την αδυναμία επιβολής του δικαίου.

Στην πραγματικότητα διακυβεύεται και αμφισβητείται η ίδια η νομιμοποιητική βάση του Κράτους όταν η ίδια η δημόσια εξουσία αδυνατεί να προστατεύσει το δημόσιο συμφέρον και να κατοχυρώσει την ασφάλεια του πολίτη στον ιδιαίτερο και παγκοσμιοποιημένο πεδίο των δικτύων και της ψηφιακής τεχνολογίας.

Το σύγχρονο Κράτος Δικαίου οφείλει να ορίσει τα έννομα αγαθά που απειλούνται και να τα προστατεύσει. Οι τεχνολογικές εξελίξεις στα μέσα επικοινωνίας και δικτύωσης δεν είναι αποδεκτό να υποκαταστήσουν ιστορικά δημοκρατικά δικαιώματα, αξιακές σταθμίσεις και να θίξουν τον πυρήνα των σύγχρονων ατομικών δικαιωμάτων και ελευθεριών<sup>3</sup>. Στην πραγματικότητα απειλείται το σύνολο του ευρωπαϊκού κεκτημένου, όπως αυτό έχει διαμορφωθεί εξελικτικά μέχρι σήμερα και γίνεται αποδεκτό σε παγκόσμιο επίπεδο.

Τα πρωτόκολλα και οι κώδικες συμπεριφοράς,<sup>4</sup> που αποτελούν προσπάθειες αυτορρυθμιστικής συμπεριφοράς στο διαδίκτυο και προέρχονται από μεγάλες εταιρίες λογισμικού και πρόσβασης (portal), δε μπορούν παρά να έχουν συμπληρωματικό χαρακτήρα σε σχέση με τις ρυθμίσεις του νομοθέτη, καθώς αποτελούν softlaw.<sup>5</sup>

Αναπόφευκτα οι τεχνολογικές εξελίξεις επιβάλλουν την έντονη νομοθετική παραγωγή με συνέπεια την πολυνομία<sup>6</sup> και άρα την ανασφάλεια του δικαίου και την αναποτελεσματικότητα. Αυτό είναι το κρίσιμο διακύβευμα που πρέπει να λύσει ο σύγχρονος νομοθέτης, χωρίς υποχωρήσεις στην προστασία των δικαιωμάτων και στην ασφάλεια των χρηστών των δικτύων.

## **1. Τα λογιστικά πρότυπα σήμερα.**

---

<sup>3</sup>Βλ. σχ. Π. Μαντζούφας, Νομικά ζητήματα από την χρήση του διαδικτύου : Η ελευθερία της έκφρασης στα ιστολόγια, ΤοΣ, 2/2016, σελ. 365 επ. Επίσης, του ιδίου, Η διακινδύνευση στην κοινωνία της πληροφορίας και η προστασία των προσωπικών δεδομένων, Αρμ 2007, σελ. 1088 επ.

<sup>4</sup>Βλ. σχ. V. Mayer – Schonberger, Informationsrecht für die Informationsgesellschaft, SJZ, 2001, σελ. 386 επ.

<sup>5</sup>Βλ. σχ. Γ. Τασόπουλου, Αυτορρύθμιση : προοπτικές της κοινωνίας των πολιτών και αξίες του κράτους δικαίου, και Ι. Καμτσίδου, Αυτορρύθμιση και συνταγματικές αρχές στο πεδίο της δημόσιας επικοινωνίας, σε Αυτορρύθμιση : Σάκκουλας 2005, σελ. 23 επ. και 35 επ. αντίστοιχα.

<sup>6</sup> Βλ. σχ. Π. Μαντζούφας, Καλή Νομοθέτηση και Κράτος Δικαίου. Πολυνομία, Κακονομία και η μη εφαρμογή των νόμων, ΕΥΡΑΣΙΑ 2018, σελ. 36 επ.

Η πλειοψηφία του χρηματοοικονομικού κόσμου θα συμφωνούσε ότι η καλύτερη αποτύπωση ενός ψηφιακού νομίσματος θα ήταν σε «δίκαιη αξία». Εξάλλου, αυτή είναι η αξία στην οποία οι επενδυτές είτε θα ρευστοποιήσουν την επένδυσή τους, είτε θα μπορούν να συναλλάσσονται και να διαπραγματεύονται αγαθά και υπηρεσίες.

### ***A. Ορισμός Στοιχείου Ενεργητικού (Asset)***

Το Εννοιολογικό Πλαίσιο (conceptual framework) ορίζει ένα στοιχείο ενεργητικού ως ένα πόρο που ελέγχεται από την οντότητα ως αποτέλεσμα παρελθόντων γεγονότων και από το οποίο αναμένεται να προκύψουν μελλοντικά οικονομικά οφέλη στην οικονομική οντότητα. Η κατοχή ψηφιακού νομίσματος πληρεί τον ορισμό, δεδομένου ότι μια οικονομική οντότητα είτε θα επενδύσει, είτε θα λάβει ένα ψηφιακό νόμισμα σε αντάλλαγμα για υπηρεσίες / αγαθά (παρελθοντικό γεγονός) και θα είναι σε θέση να αποφασίσει πότε θα το πωλήσει ή θα το χρησιμοποιήσει ως μέσο ανταλλαγής (πόρος που ελέγχεται). Όταν το ψηφιακό νόμισμα πωληθεί ή ανταλλαγεί, τα οικονομικά οφέλη θα εισρεύσουν στην οντότητα.

### ***B. Μετρητά και ισοδύναμα μετρητών***

Τα μετρητά υπάρχουν με την μορφή χαρτονομίσματος ή μεταλλικού νομίσματος (fiat-backed currency, η αξία τους δε αποτελεί ισοδύναμο κάποιου ευγενούς μετάλλου) ενώ εκδίδονται και υποστηρίζονται από μια κυβέρνηση ως νόμιμο μέσο συναλλαγών (legaltender). Τα ψηφιακά νομίσματα δεν αντιπροσωπεύουν την αξία τους σε χρυσό, δεν εκδίδονται από μια κεντρική τράπεζα ούτε υποστηρίζονται από οποιαδήποτε κυβέρνηση. Κατά συνέπεια, δεν φαίνεται να αποτελούν μετρητά σύμφωνα με τα ΔΛΠ<sup>7</sup> (αξίζει να αναφερθεί ότι προς το παρόν δεν υπάρχει ορισμός για μετρητά στα ΔΛΠ). Τα ισοδύναμα μετρητών είναι βραχυπρόθεσμες επενδύσεις υψηλής ρευστότητας, οι οποίες είναι άμεσα μετατρέψιμες σε γνωστά ποσά μετρητών και οι οποίες υπόκεινται σε ασήμαντο κίνδυνο αλλαγής στην αξία τους. Τα ψηφιακά νομίσματα δεν έχουν ημερομηνία λήξης και υπόκεινται πράγματι σε σημαντικό κίνδυνο αλλαγής στην αξία τους. Κατά συνέπεια, δεν φαίνεται να πληρούν τον ορισμό των ισοδύναμων μετρητών.

---

<sup>7</sup> Διεθνή Λογιστικά Πρότυπα.



### ***Γ. Υλικά Στοιχεία Ενεργητικού***

Οι Ενσώματες ακινητοποιήσεις (ΔΛΠ 16), τα Επενδυτικά ακίνητα (ΔΛΠ 40) και τα Αποθέματα (ΔΛΠ 2) αναφέρονται σε στοιχεία ενεργητικού με φυσική υπόσταση. Οι Ενσώματες ακινητοποιήσεις αποτελούν ιδιοχρησιμοποιούμενους πόρους, τα Επενδυτικά ακίνητα κατέχονται για την επενδυτική τους προοπτική και τα αποθέματα κατέχονται προς πώληση κατά τον συνήθη κύκλο εργασιών μιας οντότητας. Τα ψηφιακά νομίσματα δεν έχουν φυσική υπόσταση και έτσι δεν πληρούν τον ορισμό των Ενσώματων ακινητοποιήσεων ή των Επενδυτικών ακινήτων. Οι χρηματιστές-έμποροι (Commoditybroker - traders) ψηφιακών νομισμάτων θα μπορούσαν να χρησιμοποιήσουν την εξαίρεση μέτρησης των αποθεμάτων σε δίκαιη αξία μέσω αποτελεσμάτων (FVTPL), ωστόσο για εκείνους που η εμπορία δεν είναι η κύρια δραστηριότητα, ο ορισμός του αποθέματος δεν πληρείται επίσης.

### ***Δ. Άυλα Στοιχεία Ενεργητικού***

Τα άυλα στοιχεία ενεργητικού (ΔΛΠ 38) είναι προσδιορίσιμα (διαχωρίσιμα και προκύπτουν από συμβατικά ή νομικά δικαιώματα) ως μη νομισματικά στοιχεία χωρίς φυσική υπόσταση. Τα νομισματικά στοιχεία είναι μετρητά που κατέχονται και στοιχεία που θα εισπραχθούν σε καθορισμένα ποσά κάποιου νομίσματος. Τα ψηφιακά νομίσματα στερούνται φυσικής υπόστασης και είναι διαχωρίσιμα δεδομένου ότι θα μπορούσαν να πωληθούν επιμέρους σε κάποια αγορά. Επίσης, πρόκειται για μη-νομισματικά στοιχεία, επειδή δεν πληρούν τον ορισμό του χρήματος / μετρητών. Άρα συνολικά, φαίνεται ότι πληρούν τον ορισμό των άυλων στοιχείων ενεργητικού. Τα άυλα στοιχεία ενεργητικού αναγνωρίζονται αρχικά στο κόστος.

Επίσης, μια οικονομική οντότητα θα μπορούσε να κάνει την επιλογή να τα επιμετρήσει σε κόστος ή σε δίκαιη αξία, μείον αποσβέσεις, με την επιλογή αναπροσαρμογής να είναι διαθέσιμη μόνο σε εκείνα τα περιουσιακά στοιχεία που διαπραγματεύονται σε ενεργές αγορές. Τα κέρδη από την επιμέτρηση σε δίκαιη αξία θα πρέπει να αναγνωρίζονται στα Ίδια Κεφάλαια μέσω των Λοιπών Πλήρων Εισοδημάτων (OCI) και οι ζημιές θα πρέπει να αναγνωρίζονται στην κατάσταση αποτελεσμάτων.

Τα ψηφιακά νομίσματα έχουν απροσδιόριστη ωφέλιμη ζωή και δεν πρέπει να αποσβένονται. Διαπραγματεύονται σε ενεργές αγορές και θα μπορούσαν να αποτιμηθούν σε δίκαιη αξία. Ο σκοπός της κατοχής ενός άυλου στοιχείου ενεργητικού ή ενός αποθέματος διαφέρει κατά πολύ από την κατοχή ψηφιακών νομισμάτων. Το κρυπτονόμισμα χρησιμοποιείται ως συναλλακτικό μέσο ή ως επενδυτικό μέσο και ως τέτοιο προσιδιάζει σε ένα χρηματοοικονομικό στοιχείο ενεργητικού, όπου η βάση αποτίμησης πρέπει να είναι η δίκαιη αξία μέσω αποτελεσμάτων (όπως το ξένα νομίσματα ή οι επενδύσεις του εμπορικού χαρτοφυλακίου) και όχι μέσω της των Ιδίων Κεφαλαίων. Η μέτρηση της δίκαιης αξίας βασίζεται στις παραδοχές των συμμετεχόντων στην αγορά και παρέχει πληροφορίες πιο συγκρίσιμες, επαληθεύσιμες και κατανοητές για τους χρήστες των χρηματοοικονομικών καταστάσεων, διότι τα ψηφιακά νομίσματα διακινούνται ελεύθερα και υπάρχουν ως παρατηρήσιμα δεδομένα στην αγορά.<sup>8</sup>

## **2. Τα ψηφιακά νομίσματα και ο νομικός τους χαρακτηρισμός**

Τα ψηφιακά νομίσματα ή κρυπτονομίσματα είναι το αποτέλεσμα πολλαπλών τεχνολογικών επιτευγμάτων. Ειδικά η επιστήμη της πληροφορικής, μέσω της λεγόμενης «ρεετορεεδικτύωσης», η κρυπτογράφηση, μέσω της ηλεκτρονικής υπογραφής, και η οικονομική επιστήμη, μέσω της θεωρίας παιγνίων, συνέβαλαν καθοριστικά στην δημιουργία των ψηφιακών νομισμάτων.

Ως κρυπτονόμισμα θα μπορούσαμε να ορίσουμε την αποκεντρωμένη ηλεκτρονική μορφή χρήματος, η οποία βασίζεται πάνω στις αρχές της κρυπτογραφίας για την διασφάλιση του δικτύου και την προστασία των συναλλαγών. Τα περισσότερα κρυπτονομίσματα κάνουν χρήση μιας Κατανεμημένης Βάσης Δεδομένων ως τον πυλώνα του συστήματός τους, το επονομαζόμενο «Blockchain». Η κεφαλαιοποίηση ολόκληρης της αγοράς των ψηφιακών νομισμάτων, δηλαδή η αγοραία τιμή πολλαπλασιασμένη με τον αριθμό των υφιστάμενων νομισματικών μονάδων, εκτιμάται ότι έχει φτάσει τα 2 τρισεκατομμύρια δολάρια το τέλος του 2018.

Ο νομικός χαρακτηρισμός των ψηφιακών νομισμάτων ποικίλει ανάλογα με το γενικό πλαίσιο αξιολόγησης, όπως για παράδειγμα η φορολογία, η εγγραφή και

---

<sup>8</sup>Ο λογιστικός λαβύρινθος των ψηφιακών νομισμάτων”, Στ. Ντότσιος, Τεύχος 141/2018, Απρίλιος 2018.

αδειοδότηση των συμμετεχόντων στην αγορά, ή ακόμα και το πλαίσιο αντιμετώπισης του ξεπλύματος βρώμικου χρήματος. Ένας αντιπροσωπευτικός ορισμός των ψηφιακών νομισμάτων αναφέρεται ακολούθως: ***κρυπτονόμισμα είναι κάθε ψηφιακή αναπαράσταση αξίας που μπορεί να διαπραγματεύεται ψηφιακά και να αποτελεί μέσο ανταλλαγής, το οποίο όμως δεν έχει καθορισμένη νομική υπόσταση σε καμία δικαιοδοσία αναγνωρισμένου κράτους.***

Η Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα θεωρεί ότι τα κρυπτονομίσματα δεν συγκαταλέγονται στον όρο «χρήμα», καθώς οτιδήποτε εκτός από κέρματα, τραπεζογραμμάτια και καταθέσεις δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως χρήμα. Ο πρόεδρος της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας Μάριο Ντράγκι λαμβάνει την εξής θέση: *“κανένα κράτος - μέλος της ΕΕ δεν μπορεί να εισαγάγει το δικό του νόμισμα ή κρυπτονόμισμα”*. Οι ηγέτες της ΕΕ εξέφρασαν ανησυχία για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες. Ο αντιπρόεδρος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, κ. Valdis Dombrovskis δήλωσε τον Φεβρουάριο στις Βρυξέλλες ότι τα ψηφιακά περιουσιακά στοιχεία *«... παρουσιάζουν κινδύνους σχετικά με τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και τη χρηματοδότηση τρομοκρατικών δραστηριοτήτων...»*. Χαρακτηριστικό είναι ότι ο κ. Ντράγκι απαγόρευσε στην Εσθονία την δημιουργία ενός κρατικά υποστηριζόμενου ψηφιακού νομίσματος. Στην έκθεσή του το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο ασπάζεται την προσέγγιση της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας, υποστηρίζοντας ότι *“το σημερινό δίκτυο μικρών διαστάσεων και περιορισμένης αποδοχής των ψηφιακών νομισμάτων περιορίζει σημαντικά τη χρήση τους ως μέσο ανταλλαγής”*. Αντίθετα, η υπηρεσία εσωτερικών εσόδων των ΗΠΑ (IRS) χαρακτήρισε τα εικονικά νομίσματα ως χρήματα με βάση το γεγονός ότι λειτουργούν ως ***"πραγματικό" νόμισμα***, δηλαδή κυκλοφορούν και γίνονται δεκτά ως μέσο ανταλλαγής στη χώρα έκδοσης.

Πολύ χρήσιμη και «προωθημένη», σε σχέση με τη μέχρι τώρα θεωρητική, επιστημονική αλλά και οικονομική συζήτηση, είναι η ελβετική οπτική στο συγκεκριμένα ζήτημα<sup>9</sup>.

Ειδικότερα, η Αρχή Εποπτείας της Χρηματοπιστωτικής Αγοράς της Ελβετίας (FINMA) διακρίνει τα ψηφιακά νομίσματα σε : ***α. ειδικά νομίσματα πληρωμών*** (payment tokens), ***β. ειδικά νομίσματα χρησιμότητας*** (utility tokens) και ***γ. ειδικά***

---

<sup>9</sup> ***Πηγή*** : Digital and Digitized Assets : Federal and State Jurisdictional Issues, American Bar Association, Derivatives and Futures Law Committee, Innovative Digital Products and Processes Subcommittee, Jurisdiction Working Group, March 2019.

**νομίσματα ενεργητικού** (asset tokens). Ορισμένα ειδικά νομίσματα υπάγονται σε περισσότερες κατηγορίες και άλλα να χρησιμοποιούνται σε περιπτώσεις για τις οποίες δεν προορίζονταν αρχικά.

Τα ειδικά νομίσματα πληρωμών, συνώνυμα των κρυπτονομισμάτων, χρησιμοποιούνται ως μέσο παροντικής ή μελλοντικής πληρωμής για την απόκτηση αγαθών ή υπηρεσιών ή ως μέσο μεταφοράς χρημάτων ή αξίας. Τα κρυπτονομίσματα δεν δημιουργούν αξιώσεις υπέρ του εκδότη τους. Το Bitcoin είναι το πιο διαδεδομένο ειδικό νόμισμα πληρωμών και η αξία του καθορίζεται από την ικανότητα του κατόχου του να διαπραγματεύεται το κρυπτονόμισμα για την απόκτηση αγαθών, υπηρεσιών, άλλων κρυπτονομισμάτων ή πραγματικών νομισμάτων. Το Bitcoin γίνεται αποδεκτό από ορισμένους εμπόρους με αντάλλαγμα αγαθά και υπηρεσίες, αν και η συντριπτική πλειοψηφία των συναλλαγών μέχρι σήμερα ήταν κερδοσκοπικού χαρακτήρα.

Τα ειδικά νομίσματα χρησιμότητας αποσκοπούν στην παροχή ψηφιακής πρόσβασης σε μία εφαρμογή ή υπηρεσία με μέσα που υποστηρίζονται από την τεχνολογία blockchain. Το Ethereum blockchain, για παράδειγμα, είναι ένα δίκτυο στο οποίο μπορούν να αναπτυχθούν πολλές εφαρμογές. Προκειμένου να μεταφερθεί ένα ειδικό νόμισμα από έναν κόμβο του Ethereum blockchain σε έναν άλλο, η συναλλαγή πρέπει να περιλαμβάνει το κρυπτονόμισμα “Ether” ως επιπρόσθετο του ειδικού νομίσματος που είναι το αντικείμενο της συναλλαγής. Αυτό το πρόσθετο “Ether” καταβάλλεται ως προαπαιτούμενο για τον κόμβο, ο οποίος επικυρώνει το νέο μπλοκ που καταγράφει τη συναλλαγή στο Ethereum Blockchain. Το “Ether” συναντάται στη γλώσσα των κρυπτονομισμάτων και με τη λέξη “καύσιμο”. Μια συναλλαγή με ανεπαρκές “καύσιμο” για την επικύρωση της συναλλαγής δεν θα καταγραφεί στην μπλοκ αλυσίδα, πράγμα που σημαίνει ότι το “Ether” είναι απαραίτητο έτσι ώστε ένα μέρος να έχει πρόσβαση στο Ethereum blockchain.

Τα ειδικά νομίσματα ενεργητικού αντιπροσωπεύουν περιουσιακά στοιχεία όπως η απαίτηση από χρέη ή ίδια κεφάλαια του εκδότη. Χαρακτηριστικά υπόσχονται, για παράδειγμα, ένα μερίδιο στα μελλοντικά κέρδη των εταιρειών ή στις μελλοντικές κεφαλαιακές ροές. Ως εκ τούτου, από την άποψη της οικονομικής λειτουργίας τους, τα νομίσματα αυτά είναι ανάλογα με τις μετοχές, τα ομόλογα ή τα παράγωγα. Τα νομίσματα που επιτρέπουν τη διακίνηση των φυσικών περιουσιακών στοιχείων στο blockchain εμπίπτουν και στην κατηγορία αυτή.

Σύμφωνα με τον ορισμό της FINMA, τα ειδικά νομίσματα ενεργητικού που αντιπροσωπεύουν άυλα περιουσιακά στοιχεία είναι ψηφιακά περιουσιακά στοιχεία επειδή υπάρχουν καθαρά σε σύστημα υπολογιστών.

Τα νομίσματα που επιτρέπουν τη διαπραγμάτευση των υλικών περιουσιακών στοιχείων στο blockchain είναι ψηφιακές αναπαραστάσεις των περιουσιακών στοιχείων. Ένα παράδειγμα ενός ψηφιακού νομίσματος είναι το νόμισμα που δίνει το δικαίωμα στον πληρωτή μίας έξυπνης σύμβασης να ξεκινήσει την πληρωμή από έναν λογαριασμό μεσεγγύησης κατά την επέλευση ενός συμβάντος. Μια πιστωτική επιστολή, η οποία καταβάλλεται στον δικαιούχο του ψηφιακού νομίσματος λόγω αθέτησης υποχρέωσης του οφειλέτη, θα είναι ένα ψηφιακό στοιχείο ενεργητικού.

Σε ορισμένες περιπτώσεις, ένα ψηφιακό νόμισμα μπορεί να ταιριάζει σε πολλαπλούς ορισμούς, όπως είναι ένα ειδικό νόμισμα χρησιμότητας που είναι απαραίτητο για το δικαίωμα πρόσβασης σε δίκτυο blockchain, αλλά χρησιμοποιείται επίσης ως γενικό μέσο πληρωμής ή ανταλλαγής για αγαθά που βρίσκονται εκτός του δικτύου. Για παράδειγμα, το “Ether” λειτουργεί ως ειδικό νόμισμα χρησιμότητας όταν χρησιμοποιείται ως “καύσιμο” και ως ειδικό νόμισμα πληρωμών όταν ανταλλάσσεται για εμπορεύματα.

## - Η ρύθμιση για το ηλεκτρονικό χρήμα

Οι υπηρεσίες ηλεκτρονικού χρήματος στην Ελλάδα διέπονται από το νόμο **4021/2011**, ο οποίος μεταφέρει στην ελληνική νομοθεσία την **Οδηγία 2009/110 / ΕΚ**. Τόσο η Ε.Ε. όσο και η ελληνική νομοθεσία για το ηλεκτρονικό χρήμα δεν αναφέρονται ρητώς σε ψηφιακά νομίσματα και, ως εκ τούτου, είναι θέμα ερμηνείας εάν τα ψηφιακά νομίσματα και οι σχετικοί πάροχοι υπηρεσιών εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους.

Σύμφωνα με το άρθρο 2 § 1 του νόμου 4021/2011, ως «ηλεκτρονικό χρήμα» νοείται η ηλεκτρονικά ή μαγνητικά αποθηκευμένη χρηματική αξία που αντιπροσωπεύεται από απαίτηση έναντι του εκδότη η οποία εκδίδεται κατά την παραλαβή κεφαλαίων για τη διενέργεια πράξεων πληρωμής και η οποία γίνεται δεκτή από φυσικό ή νομικό πρόσωπο διαφορετικό από τον εκδότη ηλεκτρονικού χρήματος. Τα ψηφιακά νομίσματα **δεν** εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής αυτού του ορισμού,

επειδή δεν αντιπροσωπεύουν χρηματική αξία, δηλαδή δεν καθίστανται παραδοσιακά νομίσματα με νομικό υπόβαθρο.

Το ηλεκτρονικό χρήμα μπορεί να εκδοθεί μόνο με την ανταλλαγή των αντίστοιχων κεφαλαίων σε πραγματικό νόμισμα με ονομαστική αξία (άρθρο 2, σημείο 2 και άρθρο 11 της οδηγίας 110/2009 / ΕΚ). Επιπλέον, το ηλεκτρονικό χρήμα πρέπει να μπορεί να εξαργυρωθεί σε πραγματικό νόμισμα ανά πάσα στιγμή και με ονομαστική αξία κατόπιν αιτήματος του κατόχου ηλεκτρονικού χρήματος (άρθρο 11 της οδηγίας 110/2009). Δεδομένου ότι τα ψηφιακά νομίσματα δεν αποτελούν ηλεκτρονικές παραστάσεις εθνικών νομισμάτων, δεν πληρούν τις προηγούμενες διατάξεις.

Στο ίδιο πνεύμα, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποφάσισε ότι «τα νόμιμα νομίσματα διαφέρουν από το ηλεκτρονικό χρήμα, όπως ορίζεται στην Οδηγία 2009/110 / ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Σεπτεμβρίου 2009, σχετικά με την ανάληψη καθηκόντων, την άσκηση και την προληπτική εποπτεία της δραστηριότητας ιδρύματος ηλεκτρονικού χρήματος.

Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 10 § 2 του νόμου 4021/2011, το ηλεκτρονικό χρήμα προϋποθέτει την έκδοσή του από μία μόνο οντότητα, δηλαδή τον εκδότη ηλεκτρονικού χρήματος. Το άρθρο 11 § 1 του νόμου περιέχει κατάλογο των φορέων που είναι αρμόδιοι για την έκδοση ηλεκτρονικού χρήματος. Οι παροχείς ανταλλαγής Bitcoin και οι άλλοι μεσολαβητές εικονικών νομισμάτων δεν εκδίδουν οι ίδιοι τα bitcoins, ενώ από την άλλη πλευρά, τα μεγάλα συστήματα ψηφιακών νομισμάτων έχουν μια αποκεντρωμένη δομή, οπότε δεν υπόκεινται σε κανένα έλεγχο.<sup>10</sup>

### **3. Ο Κανονισμός κατά της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομη δραστηριότητα.**

Η καταπολέμηση της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και η καταπολέμηση της χρηματοδότησης της τρομοκρατίας ρυθμίζεται στην Ελλάδα βάσει του ν. 3691/2008, όπως τροποποιήθηκε με τις πράξεις 3932/2011, 4389/2016, 4506/2017 και 4557/2018, ύστερα από τη μεταφορά του 5ου Κανονισμού κατά του

---

<sup>10</sup>The Legal Framework of Virtual Currency Exchange Licensing and Operation in Greece, Αντόνης Μπρούμας, Νοέμβριος 2017.

ξεπλύματος βρώμικου χρήματος. Τον Απρίλιο του 2018 το Κοινοβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στήριξε συντριπτικά τις αλλαγές στη νομοθεσία που επιβάλλει νέους κανονισμούς για τις ανταλλαγές κρυπτονομισμάτων στην Ευρώπη. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, στην Ανακοίνωσή της το 2016 σχετικά με το σχέδιο δράσης για την ενίσχυση της καταπολέμησης της χρηματοδότησης της τρομοκρατίας, τόνισε «την δυνατότητα χρησιμοποίησης ψηφιακών νομισμάτων για τη συγκάλυψη συναλλαγών που συνδέονται με τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, γεγονός που συμβαίνει λόγω της σχετικής ανωνυμίας του ψηφιακού νομίσματος και της έλλειψης μηχανισμού αναφοράς για τον εντοπισμό ύποπτης δραστηριότητας».

Για να αντιμετωπιστεί το παραπάνω ζήτημα, ο 5ος Κανονισμός κατά του ξεπλύματος βρώμικου χρήματος θέσπισε το παρακάτω: «Οι πάροχοι που ασχολούνται με υπηρεσίες ανταλλαγής μεταξύ ψηφιακών νομισμάτων και χαρτονομισμάτων («πλατφόρμες ανταλλαγής εικονικών συναλλάγματος») και οι πάροχοι υπηρεσιών που κατέχουν, αποθηκεύουν και μεταβιβάζουν ψηφιακά νομίσματα («πάροχοι πορτοφολιού») έχουν καταστεί «υποχρεωμένοι φορείς» για τους σκοπούς του Κανονισμού. Αυτό σημαίνει ότι οι πάροχοι αυτών των υπηρεσιών θα υπόκεινται στις ίδιες υποχρεώσεις όσο αναφορά τη δέουσα επιμέλεια ως προς τον πελάτη και θα αναφέρουν ύποπτες συναλλαγές, όπως ακριβώς άλλες επιχειρήσεις που ορίζονται ως υποχρεωτικές οντότητες βάσει της κοινοτικής νομοθεσίας, συμπεριλαμβανομένων των πιστωτικών ιδρυμάτων, των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων και ορισμένων επαγγελματιών όπως οι ελεγκτές και οι λογιστές.

#### **4. Η φορολογία των ψηφιακών νομισμάτων σε διεθνές και ευρωπαϊκό επίπεδο.**

Ενώ ορισμένες χώρες αγωνίζονται να δημιουργήσουν ρυθμιστικό πλαίσιο γύρω από τα κρυπτονομίσματα, άλλες χώρες όπως οι Η.Π.Α., οι οποίες έχουν ρυθμίσει πλήρως τα κρυπτονομίσματα, επιβάλλουν αστρονομικά υψηλούς φόρους καθώς η Εσωτερική Υπηρεσία Εσόδων (IRA) υπαγάγει τα ψηφιακά νομίσματα στις διατάξεις για τη φορολόγηση των περιουσιακών στοιχείων. Είναι σημαντικό να αναφερθεί ότι μέχρι να υπάρξει ενιαία νομοθεσία για όλα τα κράτη – μέλη της Ε.Ε. ή σε παγκόσμιο επίπεδο, κάποια κράτη προσπαθούν να νομοθετήσουν με τρόπο που θα

τους τοποθετήσει στο επίκεντρο του εμπορικού ενδιαφέροντος στον τομέα των ψηφιακών νομισμάτων και της τεχνολογίας του Blockchain.<sup>11</sup>

Πρώτη στη λίστα είναι μια χώρα που αποτελεί μια από τις κορυφαίες οικονομίες του κόσμου, η Γερμανία. Στη **Γερμανία**, το Bitcoin ή οποιοδήποτε άλλο κρυπτονόμισμα δεν θεωρείται εμπόρευμα ή νόμισμα. Αντιθέτως, τα ψηφιακά νομίσματα εμπίπτουν σε μια ειδική κατηγορία που ονομάζεται "ιδιωτικό χρήμα". Σύμφωνα με τον κανόνα 23 EStG, η εμπορία κρυπτονομισμάτων θεωρείται ιδιωτική πώληση η οποία την καθιστά μη φορολογήσιμη. Αυτό είναι ένα μέρος της αλήθειας, καθώς ο νόμος ορίζει επίσης ότι οποιοσδήποτε εμπορεύεται Bitcoins ή Altcoins απαλλάσσεται από την καταβολή φόρου κεφαλαιουχικών κερδών **εφόσον τα κέρδη δεν ξεπερνούν τα 600 ευρώ**. Επιπλέον, οι επενδυτές που αποφασίζουν να πουλήσουν τα Bitcoins και τα Altcoins μετά από ένα χρόνο από την ημερομηνία αγοράς, απαλλάσσονται επίσης πλήρως από τους φόρους. Ακόμα, οι βραχυπρόθεσμες συναλλαγές στη Γερμανία εξακολουθούν να φορολογούνται στο 28%. Ως εκ τούτου, η Γερμανία μπορεί να θεωρηθεί ως χώρα απαλλαγμένη από φόρους στα κρυπτονομίσματα, αλλά μόνο εν μέρει.

Η **Μάλτα**, επίσης, είναι από καιρό το επίσημο καταφύγιο των κρυπτονομισμάτων. Πρόκειται για μια κυρίαρχη πόλη-κράτος που φημίζεται ως επί το πλείστον ως ένα από τα μεγαλύτερα κέντρα φοροαποφυγής παγκοσμίως, αλλά πιο πρόσφατα, ακόμη αποτέλεσε το πιο ευνοϊκό μέρος όσο αναφορά τη νομοθεσία περί ψηφιακών νομισμάτων. Οποιοσδήποτε πολίτης της Ε.Ε. που έχει στη κατοχή του κρυπτονομίσματα για περισσότερο από 183 ημέρες απαλλάσσεται από όλους τους σχετικούς φόρους, γεγονός που καθιστά τη Μάλτα μια πολύ καλή πρόταση για όλους τους «κρυπτο-κατόχους» και τους επενδυτές της Ε.Ε.

Στην περίπτωση της **Σιγκαπούρης**, το κρυπτονόμισμα δεν θεωρείται ούτε νόμισμα ούτε εμπόρευμα, παρόλο που η χώρα φορολογεί τα κέρδη που προέρχονται από το εμπόριο ψηφιακού νομίσματος, αλλά μόνο στην περίπτωση των επιχειρήσεων. Τα φυσικά πρόσωπα, από την άλλη πλευρά, απαλλάσσονται εντελώς από αυτούς τους φόρους, καθώς δεν υπάρχουν αντίστοιχοι κανόνες σε ισχύ.

Η όχι και τόσο δημοφιλής ανατολικοευρωπαϊκή **Λευκορωσία** υιοθέτησε μία από τις πιο προοδευτικές προσεγγίσεις των δύο τελευταίων ετών σχετικά με τα κρυπτονομίσματα. Τον Δεκέμβριο του 2017, ο πρόεδρος της Λευκορωσίας κήρυξε

---

<sup>11</sup> Vladimir Ciobica, Countries with 0% Tax on Bitcoin, 16 February 2019 (coindoo.com).



όλα τα ψηφιακά νομίσματα, τις «έξυπνες συμβάσεις» και τις «αρχικές προσφορές νομισμάτων» (ICOs)<sup>12</sup> απόλυτα νόμιμες πρακτικές. Επιπλέον, στη Λευκορωσία η «εξόρυξη»,<sup>13</sup> η εμπορία κρυπτονομισμάτων και οποιαδήποτε κεφαλαιακά κέρδη που προέκυψαν από αυτές τις πράξεις είναι αφορολόγητα μέχρι την 1η Ιανουαρίου 2023.<sup>14</sup>

Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της Ευρωπαϊκής Οδηγίας περί ΦΠΑ ορίζει ότι «[...] οι ακόλουθες πράξεις υπόκεινται στον ΦΠΑ: [...] γ) η παροχή υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας στο έδαφος κράτους - μέλους από υποκείμενο στον φόρο που ενεργεί υπό την ιδιότητά του αυτή». Επιπλέον, το άρθρο 135 § 1 ε' της Οδηγίας περί ΦΠΑ προβλέπει ότι «τα κράτη μέλη δεν φορολογούν τις ακόλουθες πράξεις: [...] (ε) συναλλαγές, συμπεριλαμβανομένης της διαπραγμάτευσης, σχετικά με το νόμισμα, τα τραπεζογραμμάτια και τα νομίσματα που χρησιμοποιούνται ως νόμιμο χρήμα, με εξαίρεση τα χρυσά, αργυρά ή άλλα μεταλλικά νομίσματα ή χαρτονομίσματα τα οποία κανονικά δεν χρησιμοποιούνται ως νόμιμο χρήμα».

Στην απόφαση **Skatteverket κατά Hedqvist**, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ερμήνευσε το άρθρο 2 § 1γ' της Οδηγίας 2006/112 / ΕΚ [οδηγία ΦΠΑ] κατά το οποίο οι συναλλαγές που συνίστανται στην ανταλλαγή παραδοσιακού νομίσματος για μονάδες του ψηφιακού νομίσματος «Bitcoin» και αντιστρόφως, έναντι καταβολής ποσού ίσου της διαφοράς μεταξύ, αφενός, της τιμής που καταβάλλει ο επιχειρηματίας για την αγορά του νομίσματος και, αφετέρου, της τιμής στην οποία ο τελευταίος πωλεί αυτό στους πελάτες του, αποτελούν την παροχή υπηρεσιών εξ επαχθούς αιτίας κατά την έννοια του άρθρου αυτού.<sup>15</sup> Κατόπιν αυτού, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής

---

<sup>12</sup>Οι ICOs λειτουργούν ως τρόπος συγκέντρωσης χρημάτων. μια εταιρεία που επιθυμεί να δημιουργήσει ένα νέο νόμισμα, εφαρμογή ή υπηρεσία ξεκινά μία ICO. Στη συνέχεια, οι ενδιαφερόμενοι επενδυτές αγοράζουν στην προσφορά, είτε με νόμισμα είτε με προϋπάρχουσες ψηφιακές μάρκες. Σε αντάλλαγμα για την υποστήριξή τους, οι επενδυτές λαμβάνουν ένα νέο διακριτικό κρυπτογράφησης για το ICO. Οι επενδυτές ελπίζουν ότι η διαδικασία θα είναι επικερδείς στο μέλλον, παρέχοντάς τους μια υψηλή απόδοση επένδυσης. Η εταιρεία που κατέχει την ICO χρησιμοποιεί τα κεφάλαια των επενδυτών ως μέσο για την προώθηση των στόχων της, την έναρξη του προϊόντος της ή την έναρξη του ψηφιακού νομίσματος. Οι ICO χρησιμοποιούνται από τους νεοσύστατες επιχειρήσεις για να παρακάμψουν την αυστηρή και ρυθμιζόμενη διαδικασία αύξησης κεφαλαίου που απαιτείται από τους επιχειρηματίες κεφαλαίων ή τις τράπεζες.

<sup>13</sup>Τα έξυπνα συμβόλαια είναι προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών που μπορούν να εκτελέσουν αυτόματα τους όρους μιας σύμβασης. Η ιδέα ενός έξυπνου συμβολαίου ήταν περίπου από τότε που ο Nick Szabo τους πρότεινε τη δεκαετία του 1990. Η ικανότητα του blockchain να παρέχει ασφαλείς συμβάσεις αποτελεί την τεχνολογική βάση των έξυπνων συμβάσεων. Η Ethereum, η Orisi, η Hedgy, η Symbiont και η Eris είναι μερικές από τις εταιρείες που εργάζονται σε έργα στον τομέα αυτό.

<sup>14</sup>Countries with 0% tax on Bitcoin, Vladimir Ciobica, Blockchain Guides and Tutorial.

<sup>15</sup>ΕΕ Υπόθεση 264/14, σ. 23 έως 30

Ένωσης ερμήνευσε το άρθρο 135 § 1 ε' της Οδηγίας για το ΦΠΑ κατά το ότι η προμήθεια των προαναφερθεισών υπηρεσιών ανταλλαγής νόμιμου χρήματος με ψηφιακό νόμισμα είναι συναλλαγές απαλλασσόμενες από τον ΦΠΑ, κατά την έννοια της διατάξεως αυτής.<sup>16</sup>

---

## 5. Η φορολόγηση των ψηφιακών νομισμάτων στην Ελλάδα.

Ο νόμος **4172/2013** κατηγοριοποιεί τα εισοδήματα από επενδυτικές δραστηριότητες σε εισοδήματα από κεφάλαιο και εισοδήματα από υπεραξία μεταβίβασης κεφαλαίου. Δεδομένου ότι το κρυπτονόμισμα δεν αποτελεί μετοχή ώστε να μοιράζει κάποιου είδους μέρος αλλά δίνει κέρδος στον επενδυτή του μέσω της αποκομιζόμενης υπεραξίας κατά τη μεταβίβασή του, εντάσσεται στο άρθρο 42 του ΚΦΕ που αφορά τη φορολόγηση υπεραξίας από μεταβίβαση τίτλου. Αν και η παράγραφος 1 του άρθρου 42 αναφέρει περιοριστικά ποιοι είναι οι τίτλοι που εντάσσονται στη φορολόγηση αυτή, κρίνεται πως εφόσον θεωρηθεί επένδυση, πρόκειται για κινητή αξία που προσομοιάζει ως έννοια στο συνάλλαγμα (forex).

Όσα αναφέρουμε παρακάτω είναι μία προσέγγιση για την οποία κρατάμε κάθε επιφύλαξη μέχρι να διευθετηθεί οριστικά το θέμα από την Ε.Ε.. Η φορολογητέα αξία του Bitcoin είναι η υπεραξία που προσπορίζεται ο κάτοχός του που προβαίνει σε πώλησή του. Ως υπεραξία νοείται η διαφορά μεταξύ της τιμής κτήσης που κατέβαλε ο φορολογούμενος και της τιμής πώλησης που εισέπραξε. Σύμφωνα με το άρθρο 42 παρ. 3, «...τυχόν δαπάνες που συνδέονται άμεσα με την αγορά ή την πώληση των τίτλων συμπεριλαμβάνονται στην τιμή κτήσης και την τιμή πώλησης.».Οι συναλλασσόμενοι με Bitcoin μπορούν να εκπέσουν τις δαπάνες που σχετίζονται με τις πράξεις συναλλαγής εφόσον φυσικά προχωρούν σε κανονική δήλωση και πιθανή φορολόγηση των συναλλαγών τους. Ο φορολογικός συντελεστής είναι 15% επί της αποκομιζόμενης υπεραξίας και αξίζει να αναφέρουμε πως τα εισοδήματα από αυτό υπόκεινται σε εισφορά αλληλεγγύης.

Λόγω της δομικής φύσης του Bitcoin η οποία έχει βασιστεί στην κρυπτογράφηση, σε συνδυασμό με την ανωνυμία που προσφέρει, αποτέλεσε μέχρι

---

<sup>16</sup>The Legal Framework of Virtual Currency Exchange Licensing and Operation in Greece, Αντώνης Μπρούμας, Νοέμβριος 2017.

σήμερα σε αρκετές περιπτώσεις μέσω συναλλαγής προσώπων που σχετίζονται με παράνομες-εγκληματικές ενέργειες αλλά και προσώπων τα οποία ήθελαν να φοροδιαφύγουν. Η εξακρίβωση του κατόχου του από τις φορολογικές αρχές είναι εξαιρετικά δυσχερής αν αναλογιστεί κανείς τα μέσα που απαιτούνται αλλά και η τεχνογνωσία που χρειάζεται για να εντοπιστούν τέτοιες δραστηριότητες. Με την ψήφιση της ανωτέρω οδηγίας της Ε.Ε., φαίνεται πως οι πλατφόρμες που χρησιμοποιούνται για την αγοραπωλησία Bitcoin θα διαθέτουν τα απαραίτητα στοιχεία τα οποία μπορούν να βοηθήσουν στον εντοπισμό διαφυγούσης φορολογητέας ύλης. Μάλιστα, ανάλογα με την τελική διατύπωση της Οδηγίας, φαίνεται πως οι πληροφορίες των πλατφορμών αυτών θα εντάσσονται στο καθεστώς των χρηματοοικονομικών πληροφοριών που ανταλλάσσονται μεταξύ κρατών για τον εντοπισμό της φοροαποφυγής.

Η υπεραξία που ενδεχομένως θα καρπωθεί ο δικαιούχος από τις επενδύσεις στο Bitcoin αποτελεί εισόδημα κεφαλαίου και θα φορολογηθεί με 15%. Η φορολογία αυτή είναι σύμφωνη με τον νόμο 4484/17, ο οποίος παρέχει απαλλαγή από τη θεώρηση της συναλλαγής ως επιχειρηματική δραστηριότητα «...για τους τίτλους του άρθρου 42 που αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης σε οργανωμένη ή μη αγορά ή πολυμερή μηχανισμό διαπραγμάτευσης...». Συνεπώς, δεχόμενοι τα ανωτέρω είναι δυνατόν κανείς να βιοπορίζεται και να επιχειρεί εν τοις πράγμασι μέσω των Bitcoin χωρίς να είναι υποχρεωμένος να κάνει την σχετική έναρξη στη Δ.Ο.Υ. που υπάγεται. Η θέση μας είναι πως η υπεραξία αυτή υπάγεται στο άρθρο 42 του ν.4172/2013, όμως σε κάθε περίπτωση και μετά την ψήφιση του αναμενόμενου ευρωπαϊκού κανονισμού, μόνο τότε θα γνωρίζουμε με βεβαιότητα πώς θα κριθεί και εφαρμοστεί από το Ελληνικό Δημόσιο.

Λαμβάνοντας υπόψιν μας την παραδοχή που κάναμε παραπάνω, ότι δηλαδή το Bitcoin θεωρείται επενδυτικό-κερδοσκοπικό προϊόν, το ποσό που διατέθηκε για την αγορά bitcoins θα πρέπει να δηλωθεί στον κωδικό 743 του πίνακα 5 της φορολογικής δήλωσης (δαπάνη που καταβλήθηκε για την αγορά επιχειρήσεων, εταιρικών μεριδίων και χρεογράφων γενικά) της φορολογικής δήλωσης προκειμένου να συμπεριληφθεί στον υπολογισμό των τεκμηρίων. Αντίστοιχα το κεφάλαιο από την πώληση των bitcoins θα πρέπει να αναγραφεί στον κωδικό 781 του πίνακα 6 (χρηματικά ποσά που προέρχονται από διάθεση περιουσιακών στοιχείων και ειδικότερα ως επιστροφή κεφαλαίου). Στην περίπτωση όπου κατά την πώληση των bitcoins προέκυψε υπεραξία, τότε αυτή θα πρέπει να αναγραφεί στον κωδικό 865 του

πίνακα 4 Ε (κέρδος από μεταβίβαση τίτλων αλλοδαπής) προκειμένου να υπολογιστεί φόρος 15%.

Η επένδυση σε ψηφιακά νομίσματα έχει λάβει ογκώδεις διαστάσεις και το προσεχές διάστημα αναμένουμε την θέσπιση ενός διεθνούς κανόνα που θα ρυθμίζει το ζήτημα της φορολογικής αντιμετώπισής τους.<sup>17</sup>

## **6. Ο εποπτικός μηχανισμός.**

Σύμφωνα με το άρθρο 59 του νόμου 3606/2007, η Τράπεζα της Ελλάδος καθίσταται η Εθνική Εποπτική Αρχή του χρηματοπιστωτικού συστήματος, με εξουσίες εποπτείας τόσο σε πιστωτικά και χρηματοπιστωτικά ιδρύματα όσο και σε ασφαλιστικές και αντασφαλιστικές επιχειρήσεις. Είναι Ανώνυμη Εταιρία Ιδιωτικού Δικαίου και αναπόσπαστο μέρος του Ευρωσυστήματος, απολαμβάνοντας τη λειτουργική ανεξαρτησία που προβλέπεται στις Συνθήκες της Ε.Ε. Η Τράπεζα έχει ευρύ φάσμα αρμοδιοτήτων, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η αδειοδότηση όλων των τύπων πιστωτικών ιδρυμάτων, όπως τα ιδρύματα ηλεκτρονικού χρήματος και υπηρεσιών πληρωμών.

Η Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς, που συστάθηκε με τους νόμους 1969/1991 και 2324/1995, εποπτεύει την ελληνική κεφαλαιαγορά. Είναι, μεταξύ άλλων, αρμόδια για την εποπτεία ελληνικών και ξένων εταιρειών που προσφέρουν επενδυτικές υπηρεσίες, ενώ ακόμα εποπτεύει επιχειρήσεις συλλογικών επενδύσεων, τους διευθυντές τους, νέες επιχειρήσεις επενδύσεων, καθώς και τις εισηγμένες εταιρείες και τις υποχρεώσεις διαφάνειας που πρέπει να τηρούν. Στην εποπτεία της Επιτροπής υπάγονται οι προσφορές εξαγοράς, τα ενημερωτικά δελτία σε περίπτωση εκδόσεων δικαιωμάτων ή οικονομικών καταστάσεων.

Η αρμόδια αρχή για την απαγόρευση της παράνομης διακίνησης χρημάτων στην Ελλάδα είναι η Ελληνική Μονάδα Χρηματοοικονομικής Έρευνας. Σύμφωνα με τον νόμο 3691/2008, η αποστολή της είναι η συλλογή, η διερεύνηση και η ανάλυση των αναφορών ύποπτων συναλλαγών που διαβιβάζονται από τις υποχρεωμένες οντότητες καθώς και κάθε άλλης πληροφορίας που σχετίζεται με τα εγκλήματα

---

<sup>17</sup>Φορολογία bitcoin και κρυπτονομισμάτων, Γιώργος Δαλιάνης, Φίλιππος Ζήρας, Γιάννης Αρτσίτας, Ιούνιος 2018.

νομιμοποίησης εσόδων από παράνομη δραστηριότητα και χρηματοδότησης της τρομοκρατίας.

## 7. Ο ρόλος του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης.

Ο ΟΟΣΑ αποτελεί έναν συνασπισμό 34 κρατών, ο οποίος ιδρύθηκε το 1961, με σκοπό να ενισχύσει την οικονομική συνεργασία σε διεθνές επίπεδο. Η οργάνωση χρησιμεύει ως σύνδεσμος για τις χώρες – μέλη και τους επιτρέπει να συναντηθούν και να συζητήσουν τα θέματα που σχετίζονται με τις οικονομίες τους, καθώς και με την παγκόσμια οικονομία. Οι εκπρόσωποι των χωρών χρησιμοποιούν αυτό τον σύνδεσμο για να συζητήσουν τα τρέχοντα οικονομικά γεγονότα και να μοιραστούν τα αποτελέσματα των οικονομικών τους πολιτικών.

Το 2014, στην αναφορά του για τα ψηφιακά νομίσματα, ο ΟΟΣΑ διακρίνει δύο πιθανά ζητήματα που προκύπτουν: **(α)** ζήτημα προστασίας των καταναλωτών για παράδειγμα από ηλεκτρονική κλοπή, κατάρρευση της αξίας των κρυπτογραφικών κερμάτων λόγω της εμφάνισης υποκατάστατων ή ενδεχομένη απαγόρευσή τους από την εκάστοτε κυβέρνηση και **(β)** η ανωνυμία τους, η οποία επιτρέπει την άσκηση έκνομων δραστηριοτήτων όπως η φοροδιαφυγή και η νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες. Η εκτίμηση του ΟΟΣΑ είναι ότι κανένα κρυπτονόμισμα δεν είναι ικανό να αλλάξει το παγκόσμιο σύστημα πληρωμών. Σε έκθεσή του ακόμα τόνισε το θετικό αντίκτυπο των ψηφιακών νομισμάτων αναφορικά με τη φθηνή μέθοδο μεταφοράς τους σε διαφορετικά σημεία της υδρογείου. Τα πιθανά οφέλη που μπορεί να έχει το ψηφιακό νόμισμα στις αναπτυσσόμενες χώρες είναι απεριόριστα. Θα μπορούσε να αλλάξει εντελώς την αγορά εμβασμάτων, καθιστώντας πολύ πιο αποτελεσματική και φθηνή από τις συμβατικές υπηρεσίες μεταφοράς χρημάτων, όπως η υπηρεσία μεταφοράς χρημάτων της «Western Union». Το κρυπτονόμισμα θα μπορούσε ακόμη και να διευκολύνει τις επιχειρήσεις να επενδύουν σε ξένες χώρες, φέρνοντας έτσι θέσεις εργασίας, ευημερία και γενική αύξηση του βιοτικού επιπέδου για τις φτωχές οικογένειες στον αναπτυσσόμενο κόσμο.

Ο ΟΟΣΑ<sup>18</sup> φαίνεται να έχει μία ισχυρή ένσταση στη συλλογιστική που επικρατεί όσον αφορά το κρυπτονόμισμα. Αναφέρει συγκεκριμένα ότι το «Bitcoin», ή οποιοδήποτε άλλο κρυπτογραφικό νόμισμα, δεν μπορεί ποτέ να γίνει πραγματικό

---

<sup>18</sup> Adrian Blundell – Wignall, OECD, The Bitcoin Question : Currency versus Trust-less Transfer Technology, OECD Working Papers on Finance Insurance and Private Pensions No 37.

νόμισμα και να αντικαταστήσει το νόμιμο νόμισμα. Η συλλογιστική πίσω από αυτή τη δήλωση είναι ότι "οι άνθρωποι πρέπει να πληρώσουν τους φόρους τους". Ο σκοπός της ανάπτυξης του κρυπτονομίσματος ήταν να δημιουργήσει ένα αξιόπιστο σύστημα χρημάτων στο οποίο οι χρήστες δεν έπρεπε να ανησυχούν για το ότι η προσφορά χρήματος τους χειραγωγείται και υποτιμάται από τις κεντρικές τράπεζες. Το κρυπτογραφικό νόμισμα δεν έγινε για να μπορούν τα φυσικά και νομικά πρόσωπα να το χρησιμοποιήσουν για να πληρώνουν τους φόρους τους. Το κρυπτογραφικό νόμισμα έχει σχεδιαστεί για να υπονομεύσει τα κυβερνητικά χρηματοπιστωτικά ιδρύματα συνολικά. Σύμφωνα με τον ΟΟΣΑ τα ψηφιακά νομίσματα θα καταστήσουν αδύνατο για τις κεντρικές τράπεζες να διογκώσουν την προσφορά χρήματος και ταυτόχρονα θα καταστήσουν αδύνατο για τις κυβερνήσεις να παρακολουθήσουν τι κάνουν τα άτομα με τα χρήματά τους, δεδομένου ότι εφαρμόζουν τα κατάλληλα μέτρα στον τομέα της ασφάλειας στον κυβερνοχώρο.

Η Έκθεση του ΟΟΣΑ παρουσιάζει ορισμένα «ζητήματα πολιτικής» τα οποία οι κυβερνήσεις πρέπει να επιλύσουν προκειμένου να καταστήσουν τα κρυπτονομίσματα ένα πραγματικά βιώσιμο νόμισμα που μπορεί να λειτουργήσει παράλληλα με τα κυβερνητικά νομίσματα.

**Πρώτον**, κάθε Κράτος θα πρέπει να θεσπίσει γενική απαγόρευση οποιασδήποτε μορφής χρήσης κρυπτογραφικών νομισμάτων στο λεγόμενο «σύστημα εκκαθάρισης» μεταξύ εμπορικών και κεντρικών τραπεζών<sup>19</sup>, με σκοπό την προστασία του μονεταριστικού συστήματος.<sup>20</sup> **Δεύτερον**, θα πρέπει να υπάρξει ένα είδος συμφωνίας για την εγγραφή του κατόχου κρυπτονομισμάτων σε μία ειδική λίστα. Με αυτό τον τρόπο επιτυγχάνεται προστασία των καταναλωτών και καθίσταται δυνατή η επιβεβαίωση της ταυτότητας του κατόχου από τις φορολογικές αρχές της εκάστοτε χώρας. Επίσης, ο ΟΟΣΑ προτείνει την χρησιμοποίηση της κρατικής εξουσίας, για την επιβολή κυρώσεων ή ακόμη και για την κατάργηση του δικτύου που δεν συμμορφώνεται με τη νομοθεσία. Σημαντικό να αναφερθεί ότι ο ΟΟΣΑ θεωρεί

---

<sup>19</sup>Οι εκκαθαριστές είναι διαμεσολαβητές μεταξύ αγοραστών και πωλητών χρηματοπιστωτικών μέσων. Επιπλέον, πρόκειται για έναν οργανισμό ή ξεχωριστή εταιρεία ανταλλαγής που είναι υπεύθυνος για τον διακανονισμό των λογαριασμών διαπραγμάτευσης, την εκκαθάριση συναλλαγών, τη συλλογή και τη διατήρηση των περιθωρίων κέρδους, τη ρύθμιση της παράδοσης του αγορασθέντος / πωληθέντος μέσου και την αναφορά στοιχείων συναλλαγών. Οι εταιρείες εκκαθάρισης ενεργούν ως τρίτοι σε όλες τις συμβάσεις συμβολαίων μελλοντικής εκπλήρωσης και δικαιωμάτων προαίρεσης, ως αγοραστές σε κάθε πωλητή εκκαθαριστικού μέλους και ως πωλητές σε κάθε αγοραστή εκκαθαριστικού μέλους.

<sup>20</sup>R. Dornbusch, S. Fischer, *Macroeconomics*, 1990.

σημαντική τη σύνδεση των ψηφιακών νομισμάτων με μία σταθερή τιμή, όπως είναι η τιμή του χρυσού, γεγονός που θα προσδώσει ασφάλεια στην παγκόσμια κρυπτογραφική αγορά.<sup>21</sup>

Τέλος, στην Έκθεσή του ο ΟΟΣΑ αναγνωρίζει ακόμη ότι η τεχνολογία αβέβαιης πληρωμής μπορεί να διαχωριστεί από τα ίδια τα νομίσματα και να χρησιμοποιηθεί για τη βελτίωση των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων.

---

<sup>21</sup>Blundell- Wignall, A., (2014), “The Bitcoin Question: Currency vs Trust-less Transfer Technology, OECD Working Paper on Finance, Insurance and Private Pensions. No. 37, OECD Publishing, Paris.

## ΤΕΛΟΣ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ ΕΠΙ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΔΑΝΕΙΟΥ

Νικόλαος Ε. Χρηστάκης, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου

### 1. Εισαγωγή

Αποτελεί επίκαιρο ζήτημα των διενεργούμενων σε εταιρείες φορολογικών ελέγχων ο καταλογισμός τέλους χαρτοσήμου σε συμβάσεις δανείου, συναπτόμενες με αλλοδαπές εταιρείες.

Συνήθη περίπτωση αποτελεί η επιβολή τέλους χαρτοσήμου σε δανειακές συμβάσεις, συναπτόμενες στο πλαίσιο συστήματος διαχείρισης διαθέσιμων (cash pooling) διεθνών ομίλων επιχειρήσεων. Μέσω των συμβάσεων αυτών συγκεντρώνονται σε ημερήσια βάση τα ταμειακά διαθέσιμα των εταιρειών του ομίλου στον τραπεζικό λογαριασμό μίας εξ αυτών, η οποία τα διαχειρίζεται κεντρικά, επιδιώκοντας την πλέον συμφέρουσα επένδυση των διαθέσιμων ή την εξυπηρέτηση των δανειακών αναγκών των εταιρειών του ομίλου κατά περίπτωση.

Αν και οι σχετικές διατάξεις του Π.Δ. 28/28.7.1931 «Περί Κώδικος των Νόμων περί Τέλων Χαρτοσήμου» (Κ.Ν.Τ.Χ.) είναι παλαιές, το ζήτημα κατέστη επίκαιρο λόγω της μεταβολής της υιοθετούμενης από τις φορολογικές αρχές ερμηνείας αυτών των διατάξεων, η οποία έγινε κατ' επίκληση της νεότερης νομολογίας.

Με το παρόν εξετάζεται υπό το φως της σχετικής νομολογίας αν και υπό ποιες προϋποθέσεις οι συμβάσεις δανείου υπόκεινται στο προβλεπόμενο από το άρθρο 14 παρ. 1 Κ.Ν.Τ.Χ. τέλος χαρτοσήμου, το οποίο είναι ίσο με 2% του ποσού του δανείου, πλέον εισφοράς υπέρ Ο.Γ.Α., ίσης με 20% επί του τέλους χαρτοσήμου, σύμφωνα με το άρθρο 11 Ν. 4169/1961, ανερχομένης της συνολικής επιβάρυνσης σε ποσοστό 2,4% του ποσού του δανείου. Επίσης εξετάζεται το ζήτημα της διάρκειας της παραγραφής των αξιώσεων του Δημοσίου από τέλος χαρτοσήμου πριν και μετά τη θέση σε ισχύ του νέου Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας.

### 2. Το ζήτημα της μη επιβολής τέλους χαρτοσήμου βάσει των διατάξεων περί Φ.Π.Α.

Το άρθρο 63 Ν. 2859/2000 (Κώδικας Φ.Π.Α.) προβλέπει ότι καταργήθηκαν οι διατάξεις για την επιβολή τελών χαρτοσήμου στις πράξεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Φ.Π.Α. Τίθεται επομένως το ερώτημα αν και υπό ποιες προϋποθέσεις η σύμβαση δανείου εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων περί Φ.Π.Α. και συνακολούθως τίθεται εκτός του πεδίου εφαρμογής του Κ.Ν.Τ.Χ.

#### 2.1 Η σύμβαση έντοκου δανείου ως παροχή υπηρεσιών υπαγόμενη στον Φ.Π.Α.



Από τις διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 1 και 8 παρ. 1 Ν. 2859/2000 προκύπτει ότι η χορήγηση πιστώσεων από υποκείμενο στον Φ.Π.Α., που ενεργεί με αυτή την ιδιότητα, υπάγεται κατ' αρχήν, ως παροχή υπηρεσιών, στον Φ.Π.Α., από τον οποίο όμως απαλλάσσεται, σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 1 του ίδιου νόμου, που προβλέπει ότι «απαλλάσσονται από τον φόρο: α) ... κγ) η χορήγηση και διαπραγμάτευση πιστώσεων και η διαχείρισή τους από το πρόσωπο που τις χορηγεί». Συνεπώς, σύμφωνα με το άρθρο 63 του ίδιου νόμου, καταργήθηκαν οι διατάξεις για την επιβολή τέλους χαρτοσήμου στη χορήγηση πιστώσεων<sup>1</sup>.

Τα ανωτέρω έγιναν δεκτά και με τις ΣτΕ 3929/1996 και 3727/1998, με τις οποίες εκρίθη ότι καταργήθηκαν οι διατάξεις για την επιβολή τέλους χαρτοσήμου στις συμβάσεις παροχής πιστώσεως σε ανοικτό λογαριασμό, οι οποίες, ως συμβάσεις παροχής πιστώσεων, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Φ.Π.Α.<sup>2</sup>.

Αντίθετη προς τις ανωτέρω αποφάσεις είναι η πρόσφατη ΔΕΦΑΘ 4016/2016. Με αυτή την απόφαση έγινε δεκτό ότι αντικείμενο στον Φ.Π.Α. δεν αποτελεί το έγγραφο της δανειακής σύμβασης, αλλά η αμοιβή από την παροχή της πίστωσης, που συνίσταται στον συμβατικό τόκο, και, ως εκ τούτου, το έγγραφο της δανειακής σύμβασης δεν είναι μεταξύ των εμπιπτουσών στο πεδίο εφαρμογής του Φ.Π.Α. πράξεων, για τις οποίες καταργήθηκαν οι διατάξεις για την επιβολή τέλους χαρτοσήμου. Η ανωτέρω ερμηνεία των σχετικών διατάξεων εκρίθη ως εσφαλμένη με τις προαναφερθείσες ΣτΕ 3929/1996 και 3727/1998, με τις οποίες έγινε δεκτό ότι η κατάργηση του τέλους χαρτοσήμου αφορά όχι μόνο στους απορρέοντες από τη σύμβαση τόκους, αλλά και στο έγγραφο της σύμβασης<sup>3</sup>.

Συνεπώς, εφόσον καταργήθηκαν οι διατάξεις περί επιβολής τέλους χαρτοσήμου στις συμβάσεις χορήγησης πιστώσεων, όπως εκρίθη με τις ανωτέρω αποφάσεις του ΣτΕ, το ίδιο πρέπει να γίνει δεκτό ότι ισχύει για τις συμβάσεις εντόκου δανείου, οι οποίες αποτελούν μορφή πίστωσης, λαμβάνοντας υπόψη και το γεγονός ότι οι συμβάσεις αυτές δεν περιλαμβάνονται μεταξύ των εξαιρουμένων από την κατάργηση του τέλους χαρτοσήμου πράξεων, που προβλέπονται από την περιπτ. β της παραγράφου 1 του άρθρου 63 του Κώδικα Φ.Π.Α.<sup>4</sup>.

## **2.2 Η χορήγηση δανείου υπό την ιδιότητα του υποκειμένου στο Φ.Π.Α. ως προϋπόθεση υπαγωγής στον Φ.Π.Α.**

Από το άρθρο 2 παρ. 1 Κώδικα Φ.Π.Α. προκύπτει ότι προϋπόθεση της κατ' αρχήν υπαγωγής της σύμβασης δανείου, ως παροχής υπηρεσιών, στο πεδίο

---

<sup>1</sup> ΟΠΩΣ ΓΙΝΕΤΑΙ ΔΕΚΤΟ, Η ΚΑΤΑΡΓΗΣΗ ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΠΕΡΙ ΤΕΛΩΝ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ ΙΣΧΥΕΙ ΚΑΙ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΠΑΛΛΑΣΣΟΜΕΝΕΣ ΤΟΥ Φ.Π.Α. ΠΡΑΞΕΙΣ. ΒΛ. Ν. ΖΩΓΡΑΦΑΚΗ, ΣΗΜΕΙΩΣΕΙΣ ΓΙΑ ΤΕΛΗ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ, ΦΟΡ. ΕΠΙΘ. 2018, Σ. 525 ΕΠ.

<sup>2</sup> ΤΑ ΑΝΩΤΕΡΩ ΕΓΙΝΑΝ ΔΕΚΤΑ ΒΑΣΕΙ ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΤΩΝ ΑΡΘΡΩΝ 2 ΠΑΡ. 1, 8 ΠΑΡ. 1, 15 ΠΑΡ. 1 ΚΑΙ 57 ΠΑΡ. 1 Ν. 1642/1986, ΠΟΥ ΕΙΝΑΙ ΟΜΟΙΕΣ ΜΕ ΤΙΣ ΠΡΟΑΝΑΦΕΡΘΕΙΣΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 2859/2000.

<sup>3</sup> ΜΕ ΤΗ ΣΤΕ 3727/1998 ΑΝΑΙΡΕΘΗΚΕ Η ΔΕΦΑΘ 886/1996 (ΠΟΥ ΕΙΝΑΙ ΟΜΟΙΑ ΜΕ ΤΗ ΔΕΦΑΘ 4016/2016).

<sup>4</sup> ΒΛ. Δ. ΑΔΑΜΟΠΟΥΛΟΥ, ΤΡΟΠΟΣ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗΣ, ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΑ ΤΕΛΗ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ, ΤΩΝ ΕΝΤΟΚΩΝ ΔΑΝΕΙΩΝ ΚΑΙ ΠΙΣΤΩΣΕΩΝ, ΠΟΥ ΧΟΡΗΓΟΥΝΤΑΙ ΑΠΟ ΠΡΟΣΩΠΑ ΠΟΥ ΕΙΝΑΙ ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΑ ΣΤΟΝ ΦΠΑ, ΚΑΙ ΤΩΝ ΕΞ ΑΥΤΩΝ ΣΥΜΒΑΤΙΚΩΝ ΤΟΚΩΝ, ΛΟΓΙΣΤΗΣ 2015, Σ. 772 ΕΠ.

εφαρμογής του Κώδικα είναι η χορήγηση του δανείου από υποκείμενο στο Φ.Π.Α. που ενεργεί με αυτή την ιδιότητα.

Σύμφωνα με την υιοθετούμενη από τις φορολογικές αρχές ερμηνεία, η ανωτέρω προϋπόθεση πληρούται εφόσον ο δανειστής έχει ως αντικείμενο εργασιών τη χορήγηση δανείων και πιστώσεων.

Η ανωτέρω ερμηνεία δεν φαίνεται να βρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του Κώδικα Φ.Π.Α.. Ειδικότερα από τα άρθρα 3 και 4 του Κώδικα προκύπτει ότι πρόσωπο υποκείμενο στον Φ.Π.Α. είναι το πρόσωπο που ασκεί κατά τρόπο ανεξάρτητο επιχειρηματική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από τον τόπο εγκατάστασης, τον επιδιωκόμενο σκοπό ή το αποτέλεσμα της δραστηριότητας αυτής. Συνεπώς, οι πράξεις που ανάγονται σε επιχειρηματική δραστηριότητα, ασκούμενη κατά τρόπο ανεξάρτητο, πραγματοποιούνται υπό την ιδιότητα του προσώπου ως υποκειμένου στον Φ.Π.Α.<sup>5</sup>.

Εξάλλου από τη νομολογία του ΔΕΚ προκύπτει ότι η έννοια της χορήγησης και διαπραγμάτευσης πιστώσεων δεν περιορίζεται στα δάνεια και τις πιστώσεις που χορηγούνται από τραπεζικούς και χρηματοδοτικούς οργανισμούς<sup>6</sup>. Επίσης το ΔΕΚ έχει δεχθεί ότι ένα πρόσωπο ενεργεί υπό την ιδιότητα του υποκειμένου στον φόρο, όταν πραγματοποιεί πράξεις συνιστώσες την άμεση, διαρκή και αναγκαία προέκταση της φορολογητέας δραστηριότητάς του και ότι «αυτό συμβαίνει a fortiori οσάκις οι οικείες πράξεις διενεργούνται στο πλαίσιο επιχειρηματικού ή εμπορικού στόχου». Ειδικότερα έχει κριθεί ότι, όταν επιχείρηση, που δεν έχει αντικείμενο τη χορήγηση πιστώσεων, χρησιμοποιεί κεφάλαια, που αποτελούν μέρος των περιουσιακών της στοιχείων για την παροχή υπηρεσιών, όπως η χορήγηση έντοκου δανείου, η επιχείρηση αυτή ασκεί οικονομική δραστηριότητα, ενεργούσα υπό την ιδιότητα του υποκειμένου στο Φ.Π.Α.<sup>7</sup>.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι υπάγεται κατ' αρχήν στο πεδίο εφαρμογής του Φ.Π.Α. (και απαλλάσσεται από αυτόν) η χορήγηση δανείου από πρόσωπο που ασκεί κατά τρόπο ανεξάρτητο οικονομική δραστηριότητα, χωρίς να απαιτείται η δραστηριότητα αυτή να έχει ως κύριο αντικείμενο τη χορήγηση δανείων και πιστώσεων. Συνακολούθως στην περίπτωση αυτή η χορήγηση του δανείου και οι εξ αυτής συμβατικοί τόκοι δεν υπόκεινται σε τέλη χαρτοσήμου, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό 2.1<sup>8</sup>. Σημειώνεται πάντως ότι δεν έχουν εκδοθεί αποφάσεις του ΣτΕ για το θέμα της κατάργησης ή μη των διατάξεων περί επιβολής τέλους χαρτοσήμου ειδικώς στις συμβάσεις δανείου στις οποίες ο δανειστής δεν έχει ως κύριο αντικείμενο τη χορήγηση δανείων ή πιστώσεων.

### **3. Ο τύπος εκτέλεσης ως κριτήριο υπαγωγής σε τέλος χαρτοσήμου**

<sup>5</sup> βλ. Κ. ΦΙΝΟΚΑΛΙΩΤΗ, Ο ΦΠΑ, ΚΟΙΝΟΤΙΚΕΣ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΚΑΙ Η ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ, 1996, Σ. 203, ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΟΠΟΙΟ ΟΙ ΠΡΑΞΕΙΣ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΩΠΩΝ ΠΟΥ ΑΣΚΟΥΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΚΗ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑ ΔΙΕΝΕΡΓΟΥΝΤΑΙ ΣΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥΣ ΣΧΕΔΟΝ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΑΥΤΗΣ ΤΗΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑΣ.

<sup>6</sup> ΔΕΚ C-281/1991, ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ 27.10.1993, MUY'S EN DE WINTER'S BOUW-EN AANNEMINGSBEDRIJF BV, ΠΑΡ. 13.

<sup>7</sup> ΔΕΚ C-77/2001, ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ 29.4.2004, EMPRESA DE DESENVOLVIMENTO MINEIRO SGPS SA (EDM), ΠΑΡ. 67-70.

<sup>8</sup> Βλ. Δ. ΑΔΑΜΟΠΟΥΛΟΥ, ΟΠ. ΑΝ.

Το τέλος χαρτοσήμου επιβάλλεται κατ' αρχήν επί των συμβάσεων δανείου που καταρτίζονται εγγράφως στην Ελλάδα. Κατ' εξαίρεση επιβάλλεται, σύμφωνα με το άρθρο 8 παρ. 1 Κ.Ν.Τ.Χ., και σε συμβάσεις που συνήφθησαν στην αλλοδαπή, αν αυτές έχουν αντικείμενο κινητή ή ακίνητη περιουσία στην Ελλάδα ή προβλέπουν υποχρέωση εκτελεστέα στην Ελλάδα<sup>9</sup>. Όπως γίνεται αντιληπτό, ζήτημα ερμηνείας τίθεται ως προς το κριτήριο του τόπου εκτέλεσης των συμβατικών υποχρεώσεων.

### 3.1 Η μεταβολή της ερμηνείας του τόπου εκτέλεσης από τις φορολογικές αρχές

Με την εγκύκλιο του Υπουργείου Οικονομικών ΠΟΛ 1027/1990 έγινε δεκτό ότι ως εκτελεστέα υποχρέωση στην Ελλάδα νοείται η πράξη του οφειλέτη με την οποία αποσβέννυται η οφειλή του. Ειδικότερα έγινε δεκτό ότι συμβάσεις δανείων που καταρτίζονται στην αλλοδαπή και το ποσό των οποίων καταβάλλεται στην αλλοδαπή δεν έχουν υποχρεώσεις εκτελεστέες στην Ελλάδα και δεν υπόκεινται σε τέλος χαρτοσήμου, και αν ακόμη αποδεικνύονται από σχετικές εγγραφές στα βιβλία του Έλληνα συμβαλλόμενου, ενώ δεν ασκεί οποιαδήποτε επιρροή η εν συνεχεία εισαγωγή στην Ελλάδα των χρημάτων του δανείου που ελήφθησαν στην αλλοδαπή<sup>10</sup>. Η εγκύκλιος αυτή εφαρμόστηκε επί μακρόν από τις φορολογικές αρχές, οι οποίες δεν καταλόγιζαν τέλος χαρτοσήμου σε συμβάσεις δανείου συναπτόμενες στην αλλοδαπή, σε εκτέλεση των οποίων η καταβολή του ποσού του δανείου από τον δανειστή και η επιστροφή του κεφαλαίου και των τόκων από τον δανειολήπτη γίνονταν με μεταφορά των σχετικών ποσών μεταξύ τραπεζικών λογαριασμών των συμβαλλομένων, τηρουμένων στην αλλοδαπή<sup>11</sup>.

Ωστόσο κατά τα τελευταία έτη και ιδίως μετά την έκδοση της ΣτΕ 3639/2013 (βλ. κατωτέρω υπό 3.2) οι φορολογικές αρχές λαμβάνουν υπόψη για τον καθορισμό του τόπου εκτέλεσης του δανείου, και τη μετέπειτα πορεία του καταβαλλόμενου ή επιστρεφόμενου στην αλλοδαπή ποσού του δανείου. Στην περίπτωση που αυτό μεταφέρεται στην Ελλάδα και μάλιστα αμέσως μετά την καταβολή του στην αλλοδαπή, η φορολογική αρχή θεωρεί ότι η σχετική συμβατική υποχρέωση εκτελέστηκε στην Ελλάδα.

Τούτο συμβαίνει ιδίως στις συμβάσεις δανείου, που συνάπτουν ελληνικές εταιρείες, μέλη πολυεθνικών ομίλων, στο πλαίσιο συστήματος διαχείρισης διαθεσίμων. Σε εκτέλεση αυτών των συμβάσεων οι ελληνικές εταιρείες μεταφέρουν σε ημερήσια βάση τα ταμειακά διαθέσιμά τους σε τραπεζικό λογαριασμό τους, τηρούμενο στην αλλοδαπή, και εν συνεχεία δανείζουν αυτά σε αλλοδαπή εταιρεία του ίδιου ομίλου δια μεταφοράς τους σε τραπεζικό λογαριασμό της, τηρούμενο επίσης στην αλλοδαπή. Σε περίπτωση δανεισμού της ελληνικής από την αλλοδαπή εταιρεία, ακολουθείται η αντίστροφη πορεία. Οι μεταφορές των χρημάτων μεταξύ των ανωτέρω τραπεζικών λογαριασμών γίνονται διαδοχικά εντός της ίδιας ημέρας κατά τη συναλλακτική (ηλεκτρονική) τραπεζική πρακτική. Στις ανωτέρω περιπτώσεις

<sup>9</sup> ΓΙΑ ΤΗ ΧΩΡΙΚΟΤΗΤΑ ΤΟΥ ΤΕΛΟΥΣ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ ΒΛ. Π. ΡΕΠΠΑ, ΦΟΡΟΛΟΓΙΑ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ, 2007, Σ. 69.

<sup>10</sup> Η ΕΓΚΥΚΛΙΟΣ ΑΥΤΗ ΕΚΔΟΘΗΚΕ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗ ΜΕ ΑΡΙΘ. 676/1989 ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ ΤΗΣ ΣΥΝΕΛΕΥΣΗΣ ΠΡΟΪΣΤΑΜΕΝΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΔΙΕΥΘΥΝΣΕΩΝ ΤΟΥ ΝΣΚ.

<sup>11</sup> ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΗ ΤΗΣ ΠΕΠΟΙΘΗΣΗΣ ΟΤΙ ΣΤΙΣ ΑΝΩΤΕΡΩ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΔΕΝ ΟΦΕΙΛΕΤΑΙ ΤΕΛΟΣ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ ΗΤΑΝ Η ΕΚΔΟΣΗ ΑΠΟ ΤΙΣ ΕΛΕΓΚΤΙΚΕΣ ΕΤΑΙΡΕΙΕΣ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟΥ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΧΩΡΙΣ ΣΧΕΤΙΚΗ ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ ΥΠΟ ΤΗΝ ΙΣΧΥ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 82 ΠΑΡ. 5 Ν. 2238/1994.

οι φορολογικές αρχές καταλογίζουν τέλος χαρτοσήμου (2,4%), το οποίο υπολογίζεται επί του ποσού του δανείου ή, σύμφωνα με το άρθρο 15 παρ. 5γ Κ.Ν.Τ.Χ., επί του μέγιστου χρεωστικού ή πιστωτικού υπολοίπου όταν το δάνειο κινείται με τη μορφή τρεχούμενου δοσοληπτικού λογαριασμού<sup>12</sup>.

Επίσης οι φορολογικές αρχές επικαλούνται ως στοιχείο υποχρέωσης εκτελεστέας στην Ελλάδα την εγγραφή της καταρτισθείσας στην αλλοδαπή σύμβασης δανείου στα λογιστικά βιβλία της ελληνικής συμβαλλόμενης εταιρείας, αντίθετα με όσα έγιναν δεκτά με την ΠΟΛ 1027/1990. Υπό την εκδοχή αυτή, όλες οι καταρτισθείσες στην αλλοδαπή συμβάσεις δανείου, στις οποίες ο ένας συμβαλλόμενος είναι ελληνική εταιρεία, υπόκεινται σε τέλος χαρτοσήμου, διότι η εγγραφή της σύμβασης στα λογιστικά βιβλία είναι υποχρεωτική για τις ελληνικές εταιρείες.

### 3.2 Ο τρόπος εκτέλεσης κατά τη νομολογία

Εξ αρχής έγινε δεκτό από τη νομολογία ότι κρίσιμος είναι ο τρόπος καταβολής του ποσού που αποτελεί αντικείμενο της σχετικής συμβατικής υποχρέωσης. Έτσι έγινε δεκτό ότι, αν η εξόφληση γίνεται στην αλλοδαπή, η σύμβαση δεν υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου, περίπτωση δε εξοφλήσεως στην αλλοδαπή συνιστά και η αποστολή των οφειλόμενων χρημάτων στην αλλοδαπή με τραπεζικό έμβασμα<sup>13</sup>, καθώς και ότι νομίμως επεβλήθη τέλος χαρτοσήμου, εφόσον το σχετικό ποσό ήταν καταβλητέο στην Ελλάδα<sup>14</sup>.

Συμφώνως προς τα ανωτέρω εκρίθη με αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου<sup>15</sup> ότι οι συμβάσεις χρηματικών δανείων, οι οποίες καταρτίζονται στην αλλοδαπή και αφενός το χρηματικό ποσό των συμβάσεων αυτών καταβάλλεται στην αλλοδαπή, αφετέρου δεν έχουν υποχρεώσεις εκτελεστέες στην Ελλάδα, δηλαδή και ο δανειστής και ο οφειλέτης ανταποκρίνονται στις υποχρεώσεις τους, οι οποίες απορρέουν από τη σύμβαση αυτή, στην αλλοδαπή, δεν υπόκεινται σε τέλος χαρτοσήμου, δεν έχει δε καμία σημασία η εκ των υστέρων ενδεχόμενη εισαγωγή στην ημεδαπή του χρηματικού ποσού της δανειακής συμβάσεως για την κάλυψη διαφόρων αναγκών του οφειλέτη. Ειδικότερα έγινε δεκτό ότι δανειακή σύμβαση, καταρτισθείσα στην αλλοδαπή, σε εκτέλεση της οποίας τόσο η εκταμίευση του δανείου από τη δανείστρια εταιρεία προς τη δανειολήπτρια όσο και η εξόφλησή του από τη δανειολήπτρια προς τη δανείστρια έγιναν με χρεοπίστωση των τηρουμένων στην αλλοδαπή τραπεζικών λογαριασμών των συμβαλλομένων, δεν υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου, διότι η καταβολή του προϊόντος του δανείου, η εξόφληση και γενικώς η εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης πραγματοποιήθηκε στην αλλοδαπή.

Οι ΣτΕ 3639/2013 και 124/2014 έκριναν επί ουσιωδώς διαφορετικού πραγματικού και συγκεκριμένα επί συμβάσεως δανείου, δυνάμει της οποίας η αλλοδαπή δανείστρια εταιρεία κατέβαλε το ποσό του δανείου σε λογαριασμό της ημεδαπής δανειολήπτριας εταιρείας σε τράπεζα της αλλοδαπής «με την εντολή προς

<sup>12</sup> ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΝΟΙΑ ΤΟΥ ΑΛΛΗΛΟΧΡΕΟΥ Η ΤΡΕΧΟΥΜΕΝΟΥ ΔΟΣΟΛΗΠΤΙΚΟΥ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟΥ ΒΛ. ΣΤΕ 1701/1990, ΑΠ 2/2012 ΟΛΟΜ. – ΠΟΙΝ., ΑΠ 1/2002 ΠΟΛ., ΔΕΦΑΘ 754/2013 ΚΑΙ ΑΠΟ ΤΗ ΘΕΩΡΙΑ Γ. ΤΡΙΑΝΤΑΦΥΛΛΑΚΗ, ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ ΕΜΠΟΡΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ, 2014, Σ. 83 ΕΠ.

<sup>13</sup> ΣΤΕ 984/1992.

<sup>14</sup> ΣΤΕ 3150/1994.

<sup>15</sup> ΔΕΦΑΘ 756/2012 ΚΑΙ 5841/2013.

την τράπεζα να εμβάσει το ποσό αυτό σε λογαριασμό της (δανειολήπτριας) εταιρείας στην Ελλάδα». Σε αμφότερες τις αποφάσεις γίνεται επίκληση της παρατεθείσας νομολογίας, σύμφωνα με την οποία υποχρέωση καταβολής τελών χαρτοσήμου επί συμβάσεως δανείου γεννάται όταν, συντρεχουσών των λοιπών προϋποθέσεων του νόμου, το σχετικό ποσό είναι καταβλητέο και η εξόφληση γίνεται στην Ελλάδα, οπότε πρόκειται για υποχρέωση εκτελεστέα στην Ελλάδα, τέτοια δε περίπτωση συντρέχει και όταν αποστέλλονται τα οφειλόμενα χρήματα στην Ελλάδα με τραπεζικό έμβασμα. Εκρίθη δε υπό τα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά ότι η σύμβαση δανείου είχε υποχρέωση εκτελεστέα στην Ελλάδα, διότι «το προϊόν του δανείου αυτού δεν μπορούσε να τεθεί στη διάθεση της ενδιαφερόμενης εταιρείας (δανειολήπτριας) στην αλλοδαπή αλλά μόνο στην Ελλάδα».

Με αυτές τις αποφάσεις ερμηνεύεται στενότερα η έννοια της εκτελεστέας στην Ελλάδα υποχρέωσης, χωρίς πάντως να μεταβάλλεται ουσιωδώς η νομολογία. Τούτο διότι κατ' αρχήν ο δανειολήπτης αποκτά την εξουσία διάθεσης του ποσού του δανείου στον τόπο της καταβολής του από τον δανειστή, ο οποίος, εφόσον η καταβολή γίνεται με τραπεζική μεταφορά, είναι ο τόπος τήρησης του τραπεζικού λογαριασμού του δανειολήπτη, στον οποίο μεταφέρεται αυτό το ποσό<sup>16</sup>. Όταν όμως κατ' εξαίρεση δεν συμβαίνει αυτό, όπως στις κριθείσες από τις ΣτΕ 3639/2013 και 124/2014 περιπτώσεις, στις οποίες, σύμφωνα με όρο της σύμβασης δανείου, είχε δοθεί εντολή στην αλλοδαπή τράπεζα, στην οποία τηρούσε τον λογαριασμό του ο δανειολήπτης, να μεταφέρει το εκεί κατατεθέν από τον δανειστή ποσό του δανείου σε άλλο λογαριασμό του δανειολήπτη στην Ελλάδα, χωρίς ο δανειολήπτης να έχει τη δυνατότητα να αναλάβει ή χρησιμοποιήσει το ποσό αυτό στην αλλοδαπή, τότε ως τόπος εκτέλεσης του δανείου θεωρείται η Ελλάδα, όπου ο δανειολήπτης απέκτησε την εξουσία διάθεσης του προϊόντος του δανείου<sup>17</sup>. Από τις ανωτέρω αποφάσεις είναι σαφές ότι κρίσιμο στοιχείο για τον προσδιορισμό του τόπου εκτέλεσης δεν είναι η μεταφορά του ποσού του δανείου στην Ελλάδα καθεαυτή, αλλά η μη δυνατότητα του δανειολήπτη να διαθέσει κατά τη βούλησή του αυτό το ποσό από την κατάθεσή του στον τραπεζικό λογαριασμό του στην αλλοδαπή. Αν η μεταφορά του ανωτέρω ποσού από τον λογαριασμό του δανειολήπτη στην αλλοδαπή στον λογαριασμό του στην Ελλάδα έγινε κατ' ενάσκηση της εξουσίας διάθεσης του δανειολήπτη, τόπος εκτέλεσης του δανείου παραμένει η αλλοδαπή, ανεξαρτήτως του αν η μεταφορά αυτή έγινε αμέσως μετά την καταβολή του σχετικού ποσού από τον δανειστή στην αλλοδαπή<sup>18</sup>.

Την ανωτέρω ορθή ερμηνεία υιοθέτησαν πρόσφατες αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών<sup>19</sup> που αφορούσαν σε δάνεια, κινούμενα σε αλληλόχρεο λογαριασμό, τα οποία ημεδαπή εταιρεία χορηγούσε σε αλλοδαπή εταιρεία του ίδιου ομίλου στο πλαίσιο συστήματος διαχείρισης διαθεσίμων δια μεταφοράς των σχετικών ποσών «μέσα σε ελάχιστα λεπτά της ώρας» από τον τραπεζικό λογαριασμό της ημεδαπής εταιρείας στην Ελλάδα στον λογαριασμό της σε

<sup>16</sup> Βλ. Ι. ΚΑΡΑΚΑΤΣΑΝΗ ΣΕ Α. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ – Μ. ΣΤΑΘΟΠΟΥΛΟΥ, ΕΡΜΑΚ, 1978, ΙΙ, Σ. 464.

<sup>17</sup> Βλ. Δ. ΑΔΑΜΟΠΟΥΛΟΥ, ΤΡΟΠΟΣ ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗΣ, ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΑ ΤΕΛΗ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ, ΤΩΝ ΔΑΝΕΙΑΚΩΝ ΚΑΙ ΑΛΛΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΠΟΥ ΚΑΤΑΡΤΙΖΟΝΤΑΙ ΣΤΗΝ ΑΛΛΟΔΑΠΗ. ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΣΤΕ 3639/2013 ΚΑΙ 124/2014. ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ, ΛΟΓΙΣΤΗΣ 2014, Σ. 900 ΕΠ.

<sup>18</sup> Βλ. Π. ΡΕΠΠΑ, ΠΟΤΕ ΤΟ ΣΥΝΑΠΤΟΜΕΝΟ ΣΤΗΝ ΑΛΛΟΔΑΠΗ ΔΑΝΕΙΟ ΜΕΤΑΞΥ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΚΑΙ ΑΛΛΟΔΑΠΗΣ ΤΟΙΑΥΤΗΣ, ΘΕΩΡΕΙΤΑΙ ΩΣ ΕΚΤΕΛΕΣΤΕΟ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ, ΠΡΟΚΕΙΜΕΝΟΥ ΑΥΤΟ ΝΑ ΥΠΑΧΘΕΙ ΕΚ ΤΟΥ ΛΟΓΟΥ ΤΟΥΤΟΥ, ΣΕ ΤΕΛΟΣ ΧΑΡΤΟΣΗΜΟΥ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ, ΔΦΝ 2009, Σ. 625 ΕΠ.

<sup>19</sup> ΔΕΦΑΘ 3201/2017 ΚΑΙ 4661/2018.

άλλη χώρα και εν συνεχεία στον λογαριασμό της αλλοδαπής εταιρείας στην ίδια χώρα, και δάνεια, τα οποία η ημεδαπή εταιρεία ελάμβανε από την αλλοδαπή εταιρεία δια της αντίστροφης μεταφοράς των σχετικών ποσών. Με τις αποφάσεις αυτές εκρίθη ότι η σύμβαση εκτελέστηκε στην αλλοδαπή και δεν υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου, διότι το προϊόν του δανείου δεν μπορούσε να τεθεί στη διάθεση της αλλοδαπής εταιρείας στην Ελλάδα, αλλά μόνο στην αλλοδαπή.

Εξάλλου γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι δεν ασκεί επιρροή στον τόπο εκτέλεσης της καταρτισθείσας στην αλλοδαπή σύμβασης δανείου η εγγραφή αυτής στα λογιστικά βιβλία της ελληνικής συμβαλλόμενης εταιρείας. Η εγγραφή αυτή λαμβάνεται υπόψη, σύμφωνα με τα άρθρα 15 παρ. 1 α Κ.Ν.Τ.Χ. και 12 Ν.Δ. 3717/1957, ως αναπληρούσα τη σύμβαση δανείου, όταν δεν υφίσταται έγγραφη σύμβαση<sup>20</sup>. Στην περίπτωση που υπάρχει τέτοια σύμβαση, καταρτισθείσα στην αλλοδαπή, και οι απορρέουσες από αυτήν υποχρεώσεις εκτελούνται στην αλλοδαπή κατά τα προαναφερθέντα, η σύμβαση αυτή δεν υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου, ανεξαρτήτως της πραγματοποίησης εγγραφών σχετικών με αυτή στα λογιστικά βιβλία της συμβαλλόμενης ελληνικής εταιρείας<sup>21</sup>.

#### **4. Η διάρκεια της παραγραφής των αξιώσεων από τέλος χαρτοσήμου**

Από τις διατάξεις των άρθρων 36 και 2 του νέου Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (Ν. 4174/2013), που ετέθη σε ισχύ την 1.1.2014, προκύπτει ότι προβλέπεται πενταετής παραγραφή και για τις αξιώσεις του Δημοσίου από τέλος χαρτοσήμου. Σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις του ίδιου Κώδικα, προϊσχύουσες του άρθρου 36 διατάξεις περί παραγραφής εξακολουθούν να έχουν εφαρμογή για τις χρήσεις τις οποίες αφορούν (άρθρο 72 παρ. 11).

Πριν από τη θέση σε ισχύ του ανωτέρω Κώδικα δεν υφίστατο ειδική διάταξη περί παραγραφής των αξιώσεων του Δημοσίου από τέλος χαρτοσήμου. Ελλείπει τέτοιας διάταξης, γινόταν παγίως δεκτό από τη νομολογία ότι οι σχετικές αξιώσεις του Δημοσίου υπόκεινται στην κατά το άρθρο 249 ΑΚ εικοσαετή παραγραφή.<sup>22</sup>

Μεταστροφή της νομολογίας σημειώνεται με την ΔΕφΑθ 1107/2019. Στην απόφαση αυτή γίνεται επίκληση της ΣτΕ Ολ 1738/2017, με την οποία εκρίθη, μεταξύ άλλων, ότι, ενόψει της συνταγματικής αρχής της αναλογικότητας, η παραγραφή πρέπει να έχει εύλογη διάρκεια, και της C-341/13 απόφασης του ΔΕΕ, με την οποία έγινε δεκτό ότι η εικοσαετής παραγραφή βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου. Με τις σκέψεις εκρίθη ότι «...ο κανόνας της εικοσαετούς παραγραφής των αξιώσεων του άρθρου 249 του Αστικού Κώδικα, εκτιμώμενος υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής, κατ' αναλογία, για την παραγραφή του δικαιώματος του Δημοσίου για την επιβολή τελών χαρτοσήμου και της υπέρ ΟΓΑ κοινωνικής εισφοράς, ενόψει και του επιδιωκόμενου εν προκειμένω σκοπού δημοσίου συμφέροντος για αποτελεσματικότητα του φορολογικού ελέγχου και εισπραξιμότητα των καταλογιζομένων τελών χαρτοσήμου και της υπέρ ΟΓΑ κοινωνικής εισφοράς» και ότι «...εφαρμοστέα ρύθμιση, κατά τα νομολογιακώς δεκτά στην έκτη σκέψη, η οποία στοιχεί προς την απαίτηση της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 1 του Συντάγματος, είναι εκείνη της πενταετούς παραγραφής, που προβλέπεται στη

<sup>20</sup> ΣΤΕ 1927/1994, 190/2009, 3529/2010, 3178/2013 Κ.Α.

<sup>21</sup> ΣΤΕ 984/1992, ΔΕΦΑΘ 756/2012 ΚΑΙ 4661/2018.

<sup>22</sup> ΣΤΕ 3514/1996, 1561/2003 Κ.Α.

φορολογία εισοδήματος και στο νόμο περί φόρου προστιθέμενης αξίας, αρχόμενη από το τέλος της διαχειριστικής περιόδου στην οποία ανάγονται οι ένδικες επιβαρύνσεις ...».

## 5. Συμπεράσματα

Τέθηκαν δύο βασικά ερωτήματα.

Το πρώτο ερώτημα είναι αν βάσει των διατάξεων περί Φ.Π.Α. καταργήθηκαν οι διατάξεις περί επιβολής τέλους χαρτοσήμου στη χορήγηση δανείων από εταιρείες, που δεν έχουν ως κύριο αντικείμενο τη χορήγηση δανείων και πιστώσεων.

Σύμφωνα με τις ΣτΕ 3929/1996 και 3727/1998 καταργήθηκαν οι διατάξεις περί επιβολής τέλους χαρτοσήμου στη σύμβαση παροχής πιστώσεως, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Φ.Π.Α., απαλλασσόμενη από αυτόν, η κατάργηση δε αυτή αφορά τόσο στο τέλος επί των συμβατικών τόκων όσο και στο τέλος επί του εγγράφου της σύμβασης, αντίθετα με όσα έγιναν δεκτά με την πρόσφατη ΔΕΦΑθ 4016/2016. Συνεπώς το ίδιο πρέπει να γίνει δεκτό ότι ισχύει για τη χορήγηση δανείου, εφόσον αυτή γίνεται από τον δανειστή στο πλαίσιο της ασκούμενης κατά τρόπο ανεξάρτητο οικονομικής δραστηριότητάς του, χωρίς να απαιτείται να πρόκειται για τραπεζική ή πιστωτική εταιρεία. Αναμένονται πάντως επί του τελευταίου αυτού ζητήματος τα πορίσματα της νομολογίας.

Το δεύτερο ερώτημα είναι πώς προσδιορίζεται ο τόπος εκτέλεσης της καταρτισθείσας στην αλλοδαπή σύμβασης δανείου, ο οποίος προβλέπεται από τον Κ.Ν.Τ.Χ. ως κριτήριο για την υπαγωγή της σε τέλος χαρτοσήμου.

Κατά τη νομολογία, ο τόπος αυτός είναι κατ' αρχήν ο τόπος καταβολής του ποσού του δανείου από τον δανειστή, όταν δε η καταβολή αυτή γίνεται στην αλλοδαπή, η σύμβαση δανείου δεν έχει υποχρέωση εκτελεστέα στην Ελλάδα και δεν υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου, ανεξαρτήτως της εγγραφής της στα λογιστικά βιβλία της συμβαλλόμενης ελληνικής εταιρείας και της μεταφοράς του ποσού του δανείου στην Ελλάδα, εφόσον η μεταφορά αυτή γίνεται κατ' ενάσκηση της εξουσίας διάθεσης του δανειολήπτη.

Κατ' εξαίρεση, αν το ποσό του δανείου καταβάλλεται αρχικά στην αλλοδαπή, αλλά εν συνεχεία μεταφέρεται, κατόπιν συμφωνίας των μερών, στην Ελλάδα, χωρίς ο δανειολήπτης να έχει την εξουσία διάθεσής του στην αλλοδαπή, κατ' ενάσκηση της οποίας θα ηδύνατο να αποφασίσει μονομερώς τη μη μεταφορά του σχετικού ποσού στην Ελλάδα, τότε η σύμβαση δανείου έχει υποχρέωση εκτελεστέα στην Ελλάδα και υπόκειται σε τέλος χαρτοσήμου, όπως εκρίθη ειδικώς με τις ΣτΕ 3639/2013 και 124/2014.

Σε ότι αφορά το κρίσιμο ζήτημα της διάρκειας της παραγραφής των αξιώσεων του Δημοσίου από τέλος χαρτοσήμου, ιδιαίτερα σημαντική είναι η πρόσφατη ΔΕΦΑθ 1107/2018, με την οποία έγινε δεκτό ότι, ελλείψει ειδικής ρύθμισης για τις σχετικές αξιώσεις, που ανάγονται σε χρήσεις, αρχόμενες πριν την 1.1.2014, εφαρμοστέα, ως σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας, είναι η προβλεπόμενη από τις διατάξεις για τη φορολογία εισοδήματος και τον Φ.Π.Α. πενταετής παραγραφή. Η ίδια παραγραφή ισχύει άλλωστε και για τα τέλη χαρτοσήμου, που ανάγονται σε χρήσεις

αρχόμενες μετά την 1.1.2014, σύμφωνα με τις διατάξεις του νέου Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας.



# ΟΡΥΚΤΟΣ ΠΛΟΥΤΟΣ: ΜΙΑ ΑΝΘΡΩΠΟΚΕΝΤΡΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ

Κωνσταντίνα Νασοπούλου, Πάρεδρος ΝΣΚ

## 1. Εισαγωγή - Έννοια των ορυκτών πρώτων υλών

Η παρούσα μελέτη εστιάζει στο νομικό πλαίσιο που διέπει τη χρήση και εκμετάλλευση των ορυκτών, τα οποία αποτελούν τον ορυκτό πλούτο της χώρας, όπως έχει διαμορφωθεί στη σύγχρονη εποχή υπό την επίδραση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και των περιβαλλοντικών διακηρύξεων, στον διεθνή χώρο, την ευρωπαϊκή και εθνική έννομη τάξη.

Οι Ορυκτές Πρώτες Υλεις (ΟΠΥ - *Mineral resources*) είναι συγκεντρώσεις ορυκτών ή πετρωμάτων των οποίων τα ποιοτικά και ποσοτικά χαρακτηριστικά και οι ιδιότητες, δικαιολογούν την εκμετάλλευσή τους και το συνακόλουθο οικονομικό ενδιαφέρον για χρήση στη βιομηχανία, την ενέργεια, το εμπόριο. Οι ορυκτές πρώτες ύλες εμπίπτουν στην ευρύτερη κατηγορία των φυσικών πόρων (*natural resources*) και μάλιστα των μη ανανεώσιμων φυσικών πόρων.

Καλούνται φυσικοί πόροι στοιχεία του περιβάλλοντος που χρησιμοποιούνται ή μπορούν να χρησιμοποιηθούν από τον άνθρωπο για την ικανοποίηση των αναγκών του και αποτελούν αξία για το κοινωνικό σύνολο, όπως ο αέρας, το νερό, το έδαφος κλπ.<sup>1</sup> Σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, στους φυσικούς πόρους συγκαταλέγονται οι πρώτες ύλες, όπως τα μέταλλα, η βιομάζα και οι βιολογικοί πόροι, περιβαλλοντικά αγαθά, όπως ο αέρας, το νερό και το έδαφος, πόροι ροής όπως η αιολική, η γεωθερμική, η παλιρροϊκή και η ηλιακή ενέργεια<sup>2</sup>.

Οι φυσικοί πόροι του πλανήτη είναι ζωτικής σημασίας για την επιβίωση και την ανάπτυξη του ανθρώπινου πληθυσμού. Η Φύση από την αρχή της Γένεσης έδωσε στον άνθρωπο τροφή, νερό, κατάλυμα, ενέργεια. Η εξόρυξη και η χρήση των ορυκτών χρονολογείται από την Παλαιολιθική εποχή. Ο φιλόσοφος Θεόφραστος (300 π.Χ.) ήταν ο πρώτος που έγραψε για τα ορυκτά στο έργο του «Περί Λίθων»<sup>3</sup>. Ο Ερασίστρατος (3<sup>ος</sup> αι. π.Χ.) και ο Διοσκουρίδης (1<sup>ος</sup> αι. π.Χ.)<sup>4</sup> αναφέρθηκαν στη χρήση των ορυκτών της Κύπρου ως φαρμάκων.

Οι ορυκτές πρώτες ύλες συχνά αποκαλούνται και ορυκτοί πόροι, όμως, δεδομένης της ετυμολογικής προελεύσεως της λέξεως «πόρος», η οποία προέρχεται από το ρήμα «πείρω» (διαπερνάω, τρυπώ πέρα ως πέρα) και δηλώνει κίνηση, κατεύθυνση, ανανεωσιμότητα, θεωρείται ότι η ορθή χρήση του όρου «φυσικός πόρος» πρέπει να περιορίζεται στους ανανεώσιμους φυσικούς πόρους και όχι στις πρώτες ύλες ορυκτής προέλευσης<sup>5</sup>.

Περαιτέρω, τα ορυκτά διακρίνονται σε λατομικά ορυκτά, στα οποία συμπεριλαμβάνονται τα αδρανή υλικά, τα μάρμαρα και τα βιομηχανικά ορυκτά και σε μεταλλεύματα, στα οποία εμπίπτουν τα μέταλλα και οι ενώσεις τους, τα

<sup>1</sup> Ρέμελης Κ., Η προστασία του περιβάλλοντος από τις βιομηχανικές και βιοτεχνικές εγκαταστάσεις, εκδ. Αντ. Σάκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 1989, σελ. 16.

<sup>2</sup> COM (2005) 670 final, 21-12-2005

<sup>3</sup> Σύλλογος Διπλ. Μηχανικών Μεταλλείων και Μεταλλουργών Μεταλλείων, Θεόφραστου Περί Λίθων, Αθήνα 1975.

<sup>4</sup> Wellmann M., 1958, Pedanii Dioscuridis Anazarbei De Materia Medica. Vol.I-III. Berlin.

<sup>5</sup> Πύλη για τον ελληνικό ορυκτό πλούτο: [www.oryktosploutos.net](http://www.oryktosploutos.net), και [www.orykta.gr](http://www.orykta.gr).

ραδιενεργά και ενεργειακά ορυκτά, οι υδρογονάνθρακες, οι πολύτιμοι λίθοι, το θειάφι, ο τάλκης, ο φθορίτης, ο αμίαντος, οι άστριοι, το ορυκτό αλάτι, το αέριο ήλιο, τα γηγενή αέρια, τα φυσικά λιπάσματα κ.ά.<sup>6</sup>. Η διάκριση είναι καθαρώς νομική και δεν βασίζεται επί φυσικοχημικών ή άλλων ιδιοτήτων των ορυκτών, αλλά διενεργείται μετά από στάθμιση της οικονομικής τους σημασίας<sup>7</sup>.

## 2. Η αρχή της διαρκούς κυριαρχίας των κρατών

Στο διεθνή χώρο δεσπάζει η διαμορφωθείσα εθμικά αρχή της διαρκούς κυριαρχίας των κρατών επί των φυσικών τους πόρων, όπως καθιερώθηκε μετά την κατάργηση των αποικιοκρατικών καθεστώτων με το ψήφισμα 1803 του έτους 1962 της Γενικής Συνέλευσης του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών, ως αναπόσπαστο στοιχείο του θεμελιώδους δικαιώματος αυτοδιάθεσης, προκειμένου οι υπό ανάπτυξη χώρες να εκμεταλλευτούν οι ίδιες τον ορυκτό τους πλούτο, προς όφελος των λαών τους και, παράλληλα, να γίνουν σεβαστά τα δικαιώματα των αυτόχθονων και ιθαγενών πληθυσμών.

Η αρχή της κρατικής κυριαρχίας ερείδεται στην αρχή της αυτοδιάθεσης των κρατών ή άλλως, λόγω της σημαντικής οικονομικής αξίας των φυσικών πόρων και του ρόλου που διαδραματίζουν στα δημόσια έσοδα, αποτελεί την οικονομική διάσταση της αρχής της αυτοδιάθεσης. Κατά την έννοια της ως άνω αρχής, το κράτος αποφασίζει σε τελευταίο βαθμό και σε πλήρη ανεξαρτησία για την τύχη των φυσικών πόρων που βρίσκονται στο έδαφός του και τις οικονομικές δραστηριότητες που θα ασκηθούν επ' αυτών<sup>8</sup>. Υποχρεώσεις και δικαιώματα απορρέουν για τα κράτη, τα οποία άλλοτε ασκούν τη διαχείριση των φυσικών τους πόρων (dominium) και άλλοτε ενεργούν κυριαρχικά ως ανώτατη αρχή (imperium).

Η κυριαρχία του κράτους είναι εις το διηνεκές (permanente), σταθερή, αποκλειστική και αναπαλλοτρίωτη. Η όποια παραχώρηση δικαιωμάτων επί των φυσικών πόρων είναι χρονικά περιορισμένη και ένα κράτος ή η κυβέρνηση που το εκπροσωπεί σε μια δεδομένη στιγμή δεν μπορεί να αποξενωθεί πλήρως ή εν μέρει από τον εθνικό του πλούτο και τους φυσικούς του πόρους, παραχωρώντας δικαιώματα σε ξένα συμφέροντα, δημόσια ή ιδιωτικά<sup>9</sup>. Στο πλαίσιο αυτό :

- Το κράτος ελέγχει πλήρως τους φυσικούς του πόρους, καθώς διαθέτει την αποκλειστική αρμοδιότητα να αποφασίσει εάν ή όχι και με ποιον τρόπο θα διενεργηθεί η εκμετάλλευσή τους. Ειδικότερα, μέσω της νομοθετικής εξουσίας θέτει σε ισχύ το κανονιστικό πλαίσιο γαιοκτησίας των φυσικών πόρων, ρυθμίζοντας έτσι τόσο το ιδιοκτησιακό τους καθεστώς, το οποίο προκειμένου για τις ορυκτές πρώτες ύλες αφορά στο κρίσιμο ζήτημα της κυριότητας των κοιτασμάτων, εάν δηλαδή ανήκουν στο κύριο του εδάφους ή σε αυτόν που τα ανακαλύπτει, όσο και κάθε θέμα σχετικό με τη διαχείριση και εκμετάλλευσή τους.
- Το κράτος διαχειρίζεται και εκμεταλλεύεται τον εθνικό του πλούτο, εάν και εφόσον το θεωρεί συμφέρον για την πρόοδο και την ανάπτυξη του λαού του.

<sup>6</sup> Άρθρο 2 Μεταλλευτικού Κώδικα (Μ.Κ.) με το οποίο χαρακτηρίζονται ως μεταλλεύματα τα μέταλλα και οι ενώσεις τους και ορισμένα ορυκτά που ρητά κατονομάζονται, όπως τα ορυκτά των μετάλλων σπανίων γαιών, των ραδιενεργών στοιχείων, το αυτοφυές θείο, οι πολύτιμοι λίθοι κλπ.. Τα λοιπά ορυκτά χαρακτηρίζονται ως λατομικά.

<sup>7</sup> Βούλγαρης Α., Μεταλλευτικός Κώδικς, Ερμηνεία κατ' άρθρον Αθήναι 1977, σελ. 4 & 10

<sup>8</sup> Salmon J., Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bryulant 2001, σελ. 1046.

<sup>9</sup> Abi Saab G., La souverainete permanente sur les ressources naturelles σε Bedjaoui M., Droit international : Bilan et Perspectives, Paris, Pedone 1991, σελ. 646.

Αντίστοιχα, διαθέτει την ευχέρεια να απόσχει από οποιαδήποτε εκμετάλλευση. Ξένες επενδύσεις διενεργούνται υπό κανόνες και προϋποθέσεις που θεωρούνται αναγκαίες και επιθυμητές κατά την ελεύθερη εκτίμηση των λαών (§§1 & 2).

- Το κράτος έχει το δικαίωμα να διαθέτει, να κρατικοποιεί και να απαλλοτριώνει τους φυσικούς του πόρους. Στη περίπτωση που ανακαλεί δικαιώματα τρίτων ή επιβάλλει αναγκαστική απαλλοτρίωση, απαιτείται η καταβολή μιας δίκαιης και ικανοποιητικής αποζημίωσης (§4).

Το κράτος ως νομική οντότητα υπό την ιδιότητά του ως εκπροσώπου του λαού του<sup>10</sup> καθίσταται φορέας όλων των ανωτέρω δικαιωμάτων, τα οποία ασκεί χάριν του αυτού και της ευημερίας του (le bien-être, § 1). Η έννοια της ευημερίας εξαρτάται από την ικανοποίηση των οικονομικών και πολιτιστικών δικαιωμάτων των μελών μιας κοινωνίας, καθώς και των δικαιωμάτων τους στην ανάπτυξη και στο περιβάλλον. Έτσι, η πρόσβαση στους φυσικούς πόρους συναρτάται με την απόλαυση περισσότερων δικαιωμάτων, ατομικών και κοινωνικών. Αναγκαία προϋπόθεση κατά την άσκηση της κρατικής κυριαρχίας επί των φυσικών πόρων είναι η εξυπηρέτηση δημοσίου ή γενικότερου συμφέροντος, το οποίο αποσκοπεί στην ταυτόχρονη ικανοποίηση όλων των δικαιωμάτων του λαού.

### 3. Κρατική κυριαρχία και ανθρώπινα δικαιώματα

Κατά τη θέσπιση του ψηφίσματος, λόγω της οικονομικής διάστασης των φυσικών πόρων, κύριο μέλημα υπήρξε η αναγνώριση της συνεισφοράς τους στις συναλλαγές, το εμπόριο και τις επενδύσεις, με σκοπό την οικονομική ανάπτυξη μιας χώρας. Στη συνέχεια, όμως, η έννοια της κρατικής κυριαρχίας απώλεσε τον αμιγή οικονομικό της χαρακτήρα και υπό την επίδραση της εξέλιξης των ανθρωπίνων δικαιωμάτων απέκτησε κοινωνικές διαστάσεις. Μια σχέση αλληλεξάρτησης δημιουργήθηκε μεταξύ των φυσικών πόρων και των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Η εκμετάλλευση των φυσικών πόρων είναι αναγκαία κατά την υλοποίηση των δικαιωμάτων του ατόμου, ιδίως των ελευθεριών (δικαιώματα α' γενιάς), όπως της οικονομικής ελευθερίας, της εργασίας, της ανάπτυξης. Η ανεξέλεγκτη όμως, εκμετάλλευσή τους οδηγεί σε παραβιάσεις δικαιωμάτων που συνδέονται με την ίδια την ανθρώπινη ύπαρξη και επιβίωση, όπως η ζωή, η υγεία, το δικαίωμα σε τροφή και στέγη (κοινωνικών δικαιωμάτων που απαιτούν την παρέμβαση του κράτους).

Με το Διεθνές Σύμφωνο για τα οικονομικά, κοινωνικά και πολιτιστικά δικαιώματα (1966) σκοπήθηκε αρχικά η εξεύρεση μιας ισορροπίας μεταξύ των δικαιωμάτων αυτών και των φυσικών πόρων, ρητά, δε, στο άρθρο 1 ορίστηκε ότι για την επίτευξη της οικονομικής, κοινωνικής και πολιτιστικής τους ανάπτυξης, οι λαοί έχουν την ελεύθερη διάθεση του εθνικού τους πλούτου και των φυσικών τους πόρων<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Η λειτουργία του κράτους σύμφωνα με τον Jellinek συνίσταται στη συλλογή και κατεύθυνση των συμφερόντων του συνόλου των ατόμων που το συγκροτούν, Jellinek G., L' état moderne et son droit, Paris 2005, LGDJ, σελ. 410-411.

<sup>11</sup> Διεθνές Σύμφωνο για τα κοινωνικά και πολιτιστικά δικαιώματα - Άρθρο 1

«1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance».

Ακολούθησε η Διακήρυξη της Στοκχόλμης για το περιβάλλον το 1972 με την οποία τα Ηνωμένα Έθνη επιβεβαίωσαν τη σχέση ανάμεσα στην προστασία του περιβάλλοντος και τη χρήση των φυσικών πόρων, προσθέτοντας ένα τρίτο στοιχείο : τον άνθρωπο. Ο άνθρωπος είναι δημιουργός και δημιουργήμα του περιβάλλοντος, στο οποίο συγκαταλέγονται ιδίως ο αέρας, το νερό, η χλωρίδα και πανίδα, οι φυσικοί πόροι. Η προστασία του περιβάλλοντος επιβάλλει μια σχεδιασμένη και προσεκτική διαχείριση των φυσικών πόρων. Τα πλεονεκτήματα από τους φυσικούς πόρους πρέπει να μοιραστούν σε όλη την ανθρωπότητα, τις υφιστάμενες και τις μελλοντικές γενιές<sup>12</sup>. Με τη Διάσκεψη του Ρίο για το περιβάλλον και την ανάπτυξη (1992) προωθήθηκε η ιδέα της ευθύνης του κράτους στον τομέα του περιβάλλοντος. Η ανάπτυξη νοείται ως βιώσιμη ή αειφόρος, δηλαδή ως ανάπτυξη που ικανοποιεί τις ανάγκες του παρόντος χωρίς να θέτει σε κίνδυνο τη δυνατότητα των μελλοντικών γενεών να ικανοποιούν τις δικές τους ανάγκες<sup>13</sup>. Ο πλανήτης γη είναι το σπίτι της ανθρωπότητας. Η ανθρώπινη ύπαρξη βρίσκεται στο κέντρο των μελημάτων που σχετίζονται με τη βιώσιμη ανάπτυξη και τα κράτη οφείλουν να ενεργούν σε πνεύμα διεθνούς συνεργασίας<sup>14</sup>.

Δέκα χρόνια μετά, με το Σχέδιο Εφαρμογής της Παγκόσμιας Διάσκεψης για τη Βιώσιμη Ανάπτυξη (Γιοχάνεσμπουργκ 2002) τίγονται καίρια προβλήματα της ανθρωπότητας και έμφαση δίνεται στην προστασία και τη διαχείριση των φυσικών πόρων στη βάση της οικονομικής και κοινωνικής ανάπτυξης, στο ξερίζωμα της φτώχειας, στη βιώσιμη ανάπτυξη<sup>15</sup>. Το περιβάλλον συναρτάται με τις ανθρώπινες δραστηριότητες και το Σχέδιο καταλήγει στην αναγνώριση μιας σχέσης μεταξύ περιβάλλοντος και ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Υπό το φως των ανωτέρω, η αρχή της διαρκούς κυριαρχίας των κρατών επί των φυσικών τους πόρων συνδέεται προς τα ανθρώπινα δικαιώματα και αποσκοπεί στη βελτίωση των συνθηκών διαβίωσης των πολιτών. Το κράτος ως εγγυητής των δικαιωμάτων του λαού του οφείλει να διασφαλίσει τα αγαθά από τη χρήση των φυσικών και ορυκτών πόρων για το σύνολο του πληθυσμού, χωρίς να παραβιαστούν ή να τεθούν σε κίνδυνο τα δικαιώματά του. Οι κρατικές αρχές ελέγχουν κατά το λόγο της αρμοδιότητος τους την ανάπτυξη των εξορυκτικών δραστηριοτήτων, οι οποίες πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις της περιβαλλοντικής νομοθεσίας και να μην προσβάλλουν τα θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα, όπως αυτά έχουν θεσπιστεί με τα διεθνή και συνταγματικά κείμενα, η τήρηση των οποίων είναι καθολική, εις το διηνεκές και δεν τελεί υπό την τήρηση της αρχής της αμοιβαιότητας.

#### **4. Οι φυσικοί πόροι, το περιβάλλον και η αειφόρος ανάπτυξη.**

Σύμφωνα με τις Οδηγίες της Διεθνούς Οργάνωσης Τροφίμων και Γεωργίας (*Food and Agriculture Organization*, FAO), η πρόσβαση και η εκμετάλλευση στους φυσικούς πόρους μέσω του συστήματος γαιοκτησίας οφείλουν να προάγουν πέραν της

---

<sup>12</sup> Διακήρυξη της Στοκχόλμης αρχές 2 & 5. Βλ. και §3 του Προοιμίου «.. *Aujourd'hui ce pouvoir qu' a l' homme de transformer le milieu dans lequel il vit, s'il est utilisé avec discernement, peut apporter a tous les peuples les bienfaits du développement et la possibilité d' améliorer la qualité de la vie...* » και την αρχή 8 της Διακήρυξης « *le développement économique et social est indispensable si l on veut assurer un environnement propice à l'existence et au travail de l'homme et créer des conditions nécessaires à l'amélioration de la qualité de la vie* ».

<sup>13</sup> Αρχή 3 της Διακήρυξης του Ρίο για το περιβάλλον και την ανάπτυξη της 13-6-1992. Ο ευρύτερα χρησιμοποιούμενος ορισμός της έννοιας "αειφόρος ανάπτυξη" διατυπώθηκε στην έκθεση Το κοινό μας μέλλον, η οποία συντάχθηκε το 1987 από την Παγκόσμια Επιτροπή για το Περιβάλλον και την Ανάπτυξη (επονομαζόμενη Επιτροπή Brundtland).

<sup>14</sup> Αρχές 1&7 της Διακήρυξης του Ρίο .

<sup>15</sup> [http://www.johannesburgsummit.org/html/documents/summit\\_docs/2309\\_planfinal.htm](http://www.johannesburgsummit.org/html/documents/summit_docs/2309_planfinal.htm).

οικονομικής ανάπτυξης, την ασφάλεια της διατροφής της κατοικίας, την ελαχιστοποίηση της φτώχειας, την κοινωνική ανάπτυξη<sup>16</sup>. Η επιλογή του συστήματος γαιοκτησίας είναι σημαντική για την ανθρώπινη ανάπτυξη, για τον προσανατολισμό του κράτους στην αιεφόρο ανάπτυξη, για τον τρόπο με τον οποίο οι φυσικοί πόροι θα χρησιμοποιηθούν στην ανάπτυξη .

Θεμέλιο της αιεφόρου ανάπτυξης, η οποία ερείδεται σε τρεις πυλώνες, τον οικονομικό, τον κοινωνικό και τον περιβαλλοντολογικό, αποτελεί η συνετή διαχείριση των φυσικών πόρων<sup>17</sup>. Οι φυσικοί πόροι περιλαμβάνουν τόσο τις πρώτες ύλες που είναι απαραίτητες για τις περισσότερες δραστηριότητες του ανθρώπου, όσο και τα διάφορα στοιχεία του περιβάλλοντος, όπως ο ατμοσφαιρικός αέρας, το νερό και το έδαφος, τα οποία συντηρούν τη ζωή στον πλανήτη.

Έτσι, η πρόσβαση στους φυσικούς πόρους στοχεύει στην οικονομική ανάπτυξη μιας χώρας (α΄ πυλώνας) και, ταυτόχρονα, επιδιώκει κοινωνικούς σκοπούς, όπως η μείωση της φτώχειας και η διασφάλιση κοινωνικών δικαιωμάτων, όπως η υγεία, η κατοικία, η διατροφή (β΄ πυλώνας). Επίσης, η ανάπτυξη λαμβάνει υπόψη την προστασία του περιβάλλοντος : η χρήση και εκμετάλλευση των φυσικών πόρων διενεργείται ορθολογικά με τη λιγότερο δυνατή παραγωγή αποβλήτων (γ΄ πυλώνας). Εκμετάλλευση που διενεργείται χωρίς να λαμβάνονται υπόψη οι συνέπειες για τον πληθυσμό εγκυμονεί προσβολές του δικαιώματος σε ένα περιβάλλον καθαρό και υγιές, όπως για παράδειγμα η εκμετάλλευση ανοικτού μεταλλείου χρυσού<sup>18</sup>.

Η έννοια του περιβάλλοντος καθίσταται ανθρωποκεντρική και, σύμφωνα με τον ορισμό που δόθηκε από το Διεθνές Δικαστήριο στην υπόθεση Gabcikovo – Nagymaros, δεν είναι μια αφηρημένη έννοια, αλλά ο χώρος όπου ζουν ανθρώπινες υπάρξεις και από τον οποίο εξαρτάται η ποιότητα ζωής και υγείας, των υφισταμένων και μελλοντικών γενεών<sup>19</sup>. Όπως τόνισε ο δικαστής Weeramantry στην ίδια υπόθεση, η προστασία του περιβάλλοντος αποτελεί βασικό στοιχείο του δόγματος των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, όπως το δικαίωμα της υγείας και της ίδιας της ζωής. Το δικαίωμα στο περιβάλλον είναι βασικό και θεμελιώδες, ένα ipso facto και ipso jure παγκόσμιο δικαίωμα που αφορά όλους τους ανθρώπους, όλη την ανθρωπότητα. Το κράτος οφείλει να λαμβάνει τα αναγκαία μέτρα για την προστασία του περιβάλλοντος και των δικαιωμάτων που απορρέουν για τους κατοίκους (θετικές υποχρεώσεις).

Το δικαίωμα σε ένα υγιές περιβάλλον θεσπίστηκε για πρώτη φορά με το άρθρο 24 του Αφρικανικού Χάρτη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και του λαού (1981) και στη συνέχεια με το άρθρο 11 του Πρόσθετου Πρωτοκόλλου στην Αμερικανική Σύμβαση για τα οικονομικά, κοινωνικά και μορφωτικά δικαιώματα (San Salvador 17- 11 -1988).

Στο δίκαιο της ΕΣΔΑ το δικαίωμα στο περιβάλλον διαμορφώθηκε νομολογιακά μέσω μιας δυναμικής ερμηνείας της Σύμβασης. Με την απόφαση Lopez Ostra (1994)

---

<sup>16</sup> FAO, Directives mondiales pour une gouvernance responsable pour les régimes fonciers applicables aux terres aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, 11 Μαΐου 2012 σε [http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1112/VG/VG\\_Final\\_FR\\_May\\_2012.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1112/VG/VG_Final_FR_May_2012.pdf).

<sup>17</sup> Σχέδιο Εφαρμογής της Παγκόσμιας Διάσκεψης για τη βιώσιμη ανάπτυξη (Γιοχάνεσμπουργκ 2002), § 5.

<sup>18</sup> Knox J., Ειδικός Εισηγητής – Rapport sur la question des obligations relatives aux droits de l’homme se rapportant aux moyens de bénéficier d’un environnement sur, sain et durable, Commission des droits de l’ homme, 22me session UN. Doc. (A /HRC/22/43) , 24 Δεκεμβρίου 2012, §§ 41,43,45.

<sup>19</sup> Διεθνές Δικαστήριο, υπόθεση Gabcikovo – Nagymaros, απόφαση της 25-9-1997, § 53, βλ. και άρθρο 1 ν. 360/1976, στο οποίο ορίζεται ως φυσικό περιβάλλον.. ο περιβάλλον τον άνθρωπο χειραίος θαλάσσιος και ενάριος χώρος μετά των εν αυτό χλωρίδος και πανίδος και φυσικών πόρων.

αναγνωρίστηκε η σχέση μεταξύ ανθρωπίνων δικαιωμάτων και περιβάλλοντος. Ήδη, όμως, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο από το έτος 1991 στην υπόθεση *Fredin* κατά Σουηδίας είχε αποφανθεί ότι στη σημερινή κοινωνία η προστασία του περιβάλλοντος είναι ζήτημα εξαιρετικά μεγάλης σπουδαιότητας<sup>20</sup>. Συναφώς, με την απόφαση *Taskin και λοιποί κατά Τουρκίας* (2004), η οποία αφορά την εκμετάλλευση μεταλλείων χρυσού με την ιδιαίτερα επιβλαβή μέθοδο της κυανίωσης πλησίον κατοικημένης περιοχής, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι οι σοβαρές προσβολές στο περιβάλλον μπορούν να επηρεάσουν την ευημερία των κατοίκων και να προσβάλουν τα θεμελιώδη δικαιώματα. Η Τουρκία δικάστηκε για παραβίαση των υποχρεώσεών της για την προστασία της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής των κατοίκων. *De lege lata*, με τη Σύμβαση του Άαρχους θεσπίστηκε το δικαίωμα κάθε ατόμου να ζει σε περιβάλλον κατάλληλο για την υγεία και την ευημερία του, καθώς και το καθήκον του, ατομικό και συλλογικό σε συνεργασία με άλλους να προστατεύει και να βελτιώνει το περιβάλλον, για να ωφελούνται οι παρούσες και μέλλουσες γενεές<sup>21</sup>.

## 5. Περιβαλλοντική μελέτη και εθνικά προγράμματα

Για την επίτευξη της βιώσιμης ανάπτυξης τα κράτη υιοθετούν τις επιθυμητές νομοθετικές ρυθμίσεις, εφαρμόζουν πολιτικές και εθνικά προγράμματα<sup>22</sup>. Η πρόσβαση στους φυσικούς πόρους ερείδεται στην υφιστάμενη νομοθεσία. Στρατηγικής σημασίας η νομοθετική πρόβλεψη μιας περιβαλλοντικής μελέτης πριν από την ανάληψη οικονομικών δραστηριοτήτων, καθώς αποτελεί το κύριο μέσο για να αποφευχθεί η παραβίαση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Με τη Διακήρυξη του Ρίο μια περιβαλλοντική μελέτη προβλέφθηκε ως εθνικό εργαλείο σε περιπτώσεις που οι δραστηριότητες ενέχουν σημαντικούς κινδύνους για το περιβάλλον και εξαρτώνται από την απόφαση μιας εθνικής αρχής<sup>23</sup>. Η αναγκαιότητα, να εκπονηθεί περιβαλλοντική μελέτη ως προϋπόθεση για την εκμετάλλευση των φυσικών πόρων, κατ' εφαρμογή της αρχής της πρόληψης, επισημάνθηκε από το Διεθνές Δικαστήριο στην υπόθεση *Usines des râtes à papier sur le fleuve Uruguay* (2010)<sup>24</sup>. Σκοπός της αρχής, η οποία έλκει την καταγωγή της στην επιμέλεια που οφείλει να επιδεικνύει ένα κράτος<sup>25</sup>, είναι να εμποδίσει να επέλθουν προσβολές στο περιβάλλον μέσω μέτρων καταλλήλων πριν από την εκπόνηση ενός σχεδίου ή την υλοποίηση ενός έργου ή μιας δραστηριότητας και, ως εκ τούτου, η βλάβη του περιβάλλοντος να μειωθεί στο ελάχιστο.

Η μελέτη περιβαλλοντικών επιπτώσεων, όπως έχει διαμορφωθεί και θεσμοθετηθεί στα περισσότερα κράτη αποτελεί το εργαλείο για τον προσδιορισμό των ενδεχομένων επιπτώσεων των έργων στο περιβάλλον, εκτίμηση πιθανών λύσεων, σύλληψη και

<sup>20</sup> ΕΔΔΑ, απόφαση της 22-1-1991, *Fredin* κατά Σουηδίας, §48.

<sup>21</sup> Βλ. το προοίμιο της Σύμβασης του Άαρχους, η οποία υπεγράφη από τη χώρα μας την 25 Ιουνίου 1998 και κυρώθηκε με το ν. 3422/2005 (Α' 303).

<sup>22</sup> Βλ. και στόχο 7α των Στόχων της χιλιετίας 2000 για την Ανάπτυξη των Ηνωμένων Εθνών, <http://www.un.org/fr/millenniumgoals/environs.shtml>.

<sup>23</sup> Αρχή 17 της Διακήρυξης του Ρίο.

<sup>24</sup> Διεθνές Δικαστήριο, υπόθεση *Usines des râtes à papier sur le fleuve Uruguay*, Αργεντινή κατά Ουρουγουάης απόφαση της 20-4-2010, §188 «...Η επιμέλεια και η πρόληψη είναι ιδιαίτερα σημαντικές, όταν πρόκειται αν διατηρηθεί η οικολογική ισορροπία, διότι οι ανθρώπινες δραστηριότητες στα νερά του ποταμού διακινδυνεύουν άλλα στοιχεία του οικοσυστήματος, όπως η χλωρίδα, η πανίδα...».

<sup>25</sup> *Ibid.* §101 .

ενσωμάτωση μέτρων πρόληψης, διαχείρισης και παρακολούθησης<sup>26</sup>. Οι αρμόδιες αρχές οφείλουν να μην χορηγούν άδειες εκμετάλλευσης, αν δεν προηγηθεί η οικεία μελέτη περιβαλλοντικών επιπτώσεων και προσδιορισθούν με σαφήνεια τα απαραίτητα περιβαλλοντικά μέτρα. Στο ίδιο πνεύμα και η νομολογία του ΔΕΕ, κατά την οποία εκ των υστέρων νομιμοποίηση ενός έργου για το οποίο δεν προηγήθηκε μελέτη περιβαλλοντικών επιπτώσεων αντίκειται στην ενωσιακή νομοθεσία<sup>27</sup>.

Περαιτέρω, οι φυσικοί πόροι βρίσκονται στην καρδιά των εθνικών προγραμμάτων και στρατηγικών, που ενεργούν ως μηχανισμός προώθησης της οικονομίας και της ανάπτυξης, μέσω των οποίων ένα κράτος αποφασίζει κυριαρχικά, σταθμίζοντας το οικονομικό όφελος των σχετικών δραστηριοτήτων και τις επιπτώσεις τους στον πληθυσμό και το περιβάλλον, για τους φυσικούς εκείνους πόρους που επιθυμεί να εκμεταλλευθεί κατά προτεραιότητα, για τον τρόπο και τους φορείς της εκμετάλλευσης, εάν δηλαδή ένα έργο θα ανατεθεί σε ιδιώτες επενδυτές ή σε κρατικούς φορείς, εάν θα χρησιμοποιηθούν ξένες επενδύσεις ή εθνικά κεφάλαια κλπ.. Για παράδειγμα στο χώρο της ενέργειας, το κράτος διαθέτει την ευχέρεια να επιλέξει ποιες ενεργειακές πηγές θα χρησιμοποιηθούν, ανανεώσιμες ή μη και με ποιο καθεστώς, δεδομένου ότι η παροχή ενέργειας στις βιομηχανικές μονάδες και στους ιδιώτες καταναλωτές έχει αντίκτυπο στο επίπεδο ζωής του πληθυσμού λόγω των επιπτώσεων στο κόστος μεταφορών, θέρμανσης, ηλεκτρισμού κλπ..

Ο ρόλος των εθνικών προγραμμάτων στην ανάπτυξη, κοινωνική και οικονομική έχει επισημανθεί σε περισσότερα διεθνή κείμενα, όπως για παράδειγμα στη Διακήρυξη των Ηνωμένων Εθνών για το δικαίωμα στην ανάπτυξη (1986), όπου ορίστηκε ότι το κράτος έχει την υποχρέωση να επεξεργάζεται τις κατάλληλες πολιτικές εθνικής ανάπτυξης με σκοπό τη σταθερή βελτίωση της ευημερίας ολοκλήρου του λαού του<sup>28</sup>. Με τη Διακήρυξη του Ρίο (1992) για τη διαχείριση των δασών τονίστηκε η σημασία των προγραμμάτων, σύμφωνα με την αρχή της κρατικής κυριαρχίας, για την εκμετάλλευση των φυσικών πόρων κατά τρόπο ορθολογικό, συμβατό με την αειφόρο ανάπτυξη<sup>29</sup>.

Συμπερασματικά, τα κράτη ενεργώντας υπό την ιδιότητα του *imperium* υιοθετούν τις κρίσιμες αποφάσεις, είτε μέσω της νομοθετικής λειτουργίας είτε διοικητικά, για τη διαχείριση και εκμετάλλευση των φυσικών τους πόρων οι οποίοι αποτελούν μέσο για την υλοποίηση της ανάπτυξης.

## **6. Η ενωσιακή προστασία των ορυκτών**

Εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης ο στόχος της εσωτερικής αγοράς διανθίζεται και κοινωνικοποιείται, η κοινωνική οικονομία της αγοράς, η αειφόρος ανάπτυξη και το

---

<sup>26</sup> FAO, *Etude d'impact environnemental – directives pour les projets de terrain de la FAO*, Rome, FAO, 2011, σελ.7.

<sup>27</sup> C-215/2006 §§ 60-61.

<sup>28</sup> Άρθρο 2§3.

<sup>29</sup> Αρχή 2 α της Διακήρυξης του Ρίο για τη διαχείριση των δασών της 3-14 Ιουνίου 1992 : «*Les Etats ont le droit souverain et inaliénable d'utiliser, de gérer et d'exploiter leurs forêts conformément à leurs besoins en matière de développement et de leur niveau de développement économique et social, ainsi qu' à des politiques nationales compatibles avec le développement durable et leur législation, y compris la conversion de zones forestières à d'autres usages dans le cadre du plan général de développement économique et social et sur la base de politiques rationnelles d'utilisation des terres* », μια αρχή που αν και μη δεσμευτική δημιουργεί ένα παγκόσμιο consensus σχετικά με τη διαχείριση, διατήρηση και εκμετάλλευση των δασών.

υψηλό επίπεδο προστασίας και βελτίωσης της ποιότητας του περιβάλλοντος αποτελούν γενικούς στόχους της Ένωσης, η οποία αποκτά επιδιώξεις κοινωνικού χαρακτήρα (3§3 ΣΕΕ)<sup>30</sup>. Οι ενωσιακές δράσεις και οι πολιτικές διέπονται από την αρχή της αειφορίας και έχουν περιβαλλοντικές διαστάσεις (11 ΣΛΕΕ & 37 Χάρτη ΘΔΕΕ). Η συνετή και ορθολογική χρησιμοποίηση των φυσικών πόρων συμπεριλαμβάνεται στους στόχους της πολιτικής της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον τομέα του περιβάλλοντος, οι οποίοι είναι δεσμευτικοί για τον νομοθέτη και τα όργανα της Ένωσης (191§1 ΣΛΕΕ)<sup>31</sup>.

Η περιβαλλοντική πολιτική της Ευρωπαϊκής Ένωσης στηρίζεται στις ακόλουθες αρχές:

- τις αρχές της προφύλαξης και της προληπτικής δράσης : Η Ένωση και τα κράτη μέλη οφείλουν να προλαμβάνουν, να μειώνουν στο μέτρο του δυνατού, να εξαλείφουν ευθύς εξαρχής τις πηγές ρυπάνσεως ή βλαβερών εκπομπών λαμβάνοντας τα μέτρα που είναι αναγκαία για την εξαφάνιση των γνωστών κινδύνων,
- την αρχή της επανόρθωσης : Επιβάλλεται η άρση των περιβαλλοντικών επιπτώσεων με δράσεις που κατά προτεραιότητα χαρακτηρίζονται από εγγύτητα, τοπική, χρονική ή αντικειμενική σε σχέση με την πηγή της περιβαλλοντικής επιβάρυνσης,
- την αρχή της περιβαλλοντικής ευθύνης : "*ο ρυπαίνων πληρώνει*": αυτός που ρυπαίνει είναι υπεύθυνος για την πρόληψη ή και την αποκατάσταση της περιβαλλοντικής ζημίας (191§2 ΣΛΕΕ).

Για την υλοποίηση των περιβαλλοντικών στόχων εξουσιοδοτείται το Συμβούλιο, το οποίο αποφασίζει από κοινού με το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο για την ανάληψη των αναγκαίων δράσεων, νομικών και μη (192 ΣΛΕΕ). Στο πλαίσιο αυτό, η προστασία των ορυκτών πρώτων υλών στην Ευρωπαϊκή Ένωση πραγματοποιείται μέσω της κοινής ευθύνης και δράσης των θεσμών της, που ενεργούν με κεντρικό άξονα τη βιώσιμη ανάπτυξη, έτσι ώστε η αξιοποίησή τους να επιφέρει τη μικρότερη δυνατή περιβαλλοντική επιβάρυνση.

Η αξιοποίηση του ορυκτού πλούτου και η διατήρηση της ανταγωνιστικότητας της εξορυκτικής βιομηχανίας μέσω βελτιωμένων περιβαλλοντικών επιδόσεων και συστημάτων για την πρόληψη των ατυχημάτων, καθώς και η διαμόρφωση κατάλληλων εθνικών στρατηγικών αποτέλεσαν αντικείμενο σχετικών ανακοινώσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, στις οποίες αναγνωρίζεται η συμβολή της δραστηριότητας αυτής στην απασχόληση και την περιφερειακή ανάπτυξη, η δυνατότητα συγκερασμού της βιώσιμης ανάπτυξης του κλάδου και υψηλής περιβαλλοντικής προστασίας χάριν της τεχνολογικής ανάπτυξης που έχει καταστήσει δυνατή την ασφαλέστερη επεξεργασία και διάθεση των επικίνδυνων αποβλήτων (ΕΕ (COM 2000) 265 για την προώθηση της βιώσιμης ανάπτυξης στην μη ενεργειακή εξορυκτική βιομηχανία και COM (2008), 699 πρωτοβουλία για τις πρώτες ύλες- κάλυψη των ουσιαδών αναγκών για ανάπτυξη και απασχόληση).

Συγκεκριμένα, στην ανακοίνωση της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (πρωτοβουλία Verheugen), σχετικά με την «Πρωτοβουλία για τις Ορυκτές Πρώτες Ύλες – Κάλυψη των Ουσιαδών Αναγκών μας για Ανάπτυξη και Απασχόληση στην

<sup>30</sup> Κρητικός Μ. σε Χριστιανό Β., Η Συνθήκη Ε.Ε. και Σ.Λ.Ε.Ε., κατ' άρθρο ερμηνεία, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, υπό το άρθρο 3, αρ. 6

<sup>31</sup> Μουρνιανάκης Ι., σε Χριστιανό Β., *op.cit.*, υπό το άρθρο 191, αρ. 4 & 6.



Ευρώπη» (4/11/2008), τονίζεται ότι: «*Η σημασία των πρώτων υλών για τη βιώσιμη λειτουργία των σύγχρονων κοινωνιών είναι ουσιαστική. Η διασφάλιση πρόσβασης αξιόπιστης και χωρίς στρεβλώσεις στις πρώτες ύλες αποτελεί παράγοντα αυξανόμενης σημασίας για την ανταγωνιστικότητα της ΕΕ και, επομένως, καίριας σημασίας για την επιτυχία της εταιρικής σχέσης της Λισαβόνας για την ανάπτυξη και την απασχόληση. Η σημαντική εξάρτηση της ΕΕ από ορισμένες πρώτες ύλες δείχνει ότι είναι ακόμη πιο επιτακτική η ανάγκη για μετάβαση σε οικονομία με πιο αποδοτική αξιοποίηση των πόρων και βιώσιμη ανάπτυξη.*» και «*Για το βιώσιμο εφοδιασμό με πρώτες ύλες από την ΕΕ πρέπει να βελτιωθούν οι γνώσεις σχετικά με τα κοιτάσματα ορυκτών που βρίσκονται στην ΕΕ. Επιπλέον, η μακροπρόθεσμη πρόσβαση στα κοιτάσματα αυτά πρέπει να ληφθεί υπόψη στο σχέδιο χρήσης γης.*».

## **7. Σύνταγμα 1975/1986/2001**

Στην εσωτερική έννομη τάξη η προστασία του περιβάλλοντος ερείδεται στο άρθρο 24 του Συντάγματος, δυνάμει του οποίου το φυσικό περιβάλλον έχει αναχθεί σε αυτοτελώς προστατευόμενο αγαθό και αποτελεί κρατική υποχρέωση και δικαίωμα καθενός. Το κράτος υποχρεούται να λάβει ιδιαίτερα προληπτικά και κατασταλτικά μέτρα για τη διαφύλαξή του, τα οποία πρέπει να εντάσσονται στο πλαίσιο της αρχής της αειφορίας. Η διασφάλιση, αποκατάσταση και βελτίωση των περιβαλλοντικών αγαθών είναι επιταγές άρρηκτα συνδεδεμένες με τον σεβασμό και την προστασία της αξίας του ανθρώπου, πρωταρχική υποχρέωση της πολιτείας και, συγχρόνως, αποτελούν απαραίτητη προϋπόθεση για την πραγμάτωση άλλων δικαιωμάτων, όπως το δικαίωμα στην υγεία<sup>32</sup>. Το αντικείμενο του δικαιώματος στο περιβάλλον καταλαμβάνει όλα τα στοιχεία που συνθέτουν τον εν ευρεία έννοια ζωτικό χώρο του ανθρώπου. Η φύση αποτελεί παράγοντα πολιτισμού και η διαφύλαξη των φυσικών πόρων επιβάλλει την υποχρέωση για την λήψη των αναγκαίων προστατευτικών περιβαλλοντικών μέτρων και περιορισμών της αναπτυξιακής πολιτικής προς όφελος όχι μόνο της παρούσης γενεάς αλλά και των επομένων.

Οι ορυκτές πρώτες ύλες θεωρούνται, σύμφωνα με το Σύνταγμα, πηγές εθνικού πλούτου και το κράτος οφείλει, χάριν του δημοσίου συμφέροντος, να λαμβάνει τα επιβαλλόμενα μέτρα για την αξιοποίησή τους, για την προώθηση της περιφερειακής ανάπτυξης και ιδιαίτερα την προαγωγή της οικονομίας στις ορεινές, νησιωτικές και παραμεθόριες περιοχές (106§1). Ειδικοί Νόμοι ρυθμίζουν τα σχετικά με την ιδιοκτησία και διάθεση των μεταλλείων, ορυχείων, σπηλαίων, αρχαιολογικών χώρων και θησαυρών, ιαματικών, ρεόντων και υπογείων υδάτων και γενικά του υπογείου πλούτου (18§1).

Στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η προστασία του περιβάλλοντος αποτελεί έκφραση του γενικού συμφέροντος που δικαιολογεί περιορισμούς της οικονομικής ελευθερίας. Οι ορυκτές πρώτες ύλες αποτελούν εθνικό πλούτο και η αξιοποίησή τους συνιστά κρατική υποχρέωση, απορρέουσα εκ του Συντάγματος που αποσκοπεί στην ανάπτυξη της χώρας, συγκαταλέγεται δε μεταξύ των λόγων του γενικότερου δημοσίου συμφέροντος που λαμβάνονται υπόψη και σταθμίζονται από το νομοθέτη κατά τη θέσπιση των οικείων ρυθμίσεων (βλ. και ΣτΕ 551/2015, ΟλΣτΕ 3478/2000). Οι κρατικές αρχές οφείλουν να διαχειριστούν και να εκμεταλλευτούν τον ορυκτό πλούτο προς το συμφέρον της εθνικής οικονομίας και ανάπτυξης, ταυτόχρονα, όμως, οφείλουν να μεριμνήσουν να μην εξαντληθεί, έτσι ώστε να ωφεληθούν και οι επόμενες γενεές. Η εκμετάλλευση του ορυκτού πλούτου απαιτεί

<sup>32</sup> Καράκωστας Ι., Περιβάλλον και Δίκαιο, 3<sup>η</sup> έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη ΑΕΒΕ 2011, σελ.71 επ...

έναν συγκερασμό της οικονομικής ανάπτυξης και της περιβαλλοντικής προστασίας, προκειμένου να διασφαλισθεί η βιώσιμη ανάπτυξη (ΣτΕ 1569/2005, 796/2003, πβλ. και ΣτΕ 3478/00 Ολομ.).

Η εξορυκτική δραστηριότητα υπόκειται στο θεμελιώδη κανόνα της βιωσιμότητας, κατά τις συνταγματικές διατάξεις των άρθρων 24 και 106, που επιτάσσουν την ορθολογική και βιώσιμη αξιοποίηση του ορυκτού πλούτου της χώρας. Η εκμετάλλευση μεταλλείου είναι βιώσιμη όταν περιλαμβάνει τη φειδωλή εξόρυξη πόρου μη ανανεώσιμου, περαιτέρω δε απαιτείται δε η προηγούμενη σχεδίαση της εξορυκτικής δραστηριότητας με γνώμονα όχι μόνο την ύπαρξη κοιτασμάτων αλλά και όλων των όρων της βιωσιμότητας. Σε περίπτωση που η μεταλλεία επιχειρείται σε ευαίσθητο οικοσύστημα, το οποίο επιτρέπει μόνο ήπια ανάπτυξη (π.χ. δασική έκταση) η μεταλλευτική δραστηριότητα επιτρέπεται υπό αυστηρότατους όρους, μόνον εάν συντρέχει μοναδικότητα και σπάνις του μεταλλεύματος, η χρησιμοποίηση του οποίου επιβάλλεται χάριν δημοσίου συμφέροντος (ΣτΕ 551/2015, 375/2000, 772/98). Όσον αφορά δε τη λατομική δραστηριότητα, από την αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης απορρέει η υποχρέωση σχεδιασμού και προγραμματισμού για την εξόρυξη πρώτων υλών και αδρανών υλικών, έτσι ώστε να εξασφαλίζεται αφενός η μείωση των δυσμενών για το περιβάλλον επιπτώσεων και ο σεβασμός της φέρουσας ικανότητας της περιοχής στην οποία αναπτύσσεται η σχετική δραστηριότητα αφετέρου δε η ορθολογική και με φειδώ εκμετάλλευση των φυσικών πόρων (ΣτΕ 1443/2016, 2675/2003).

Περαιτέρω, απαιτείται η εφαρμογή των κανόνων της επιστήμης και της τεχνικής, προκειμένου να αξιολογηθούν οι υφιστάμενοι φυσικοί πόροι και οι τρόποι εξορύξεως τους και να πραγματοποιηθεί στην συγκεκριμένη περίπτωση η εκμετάλλευσή τους και η ανάπτυξη της εξορυκτικής βιομηχανίας. Μια ιδιαίτερη υποχρέωση ανακύπτει για τη Διοίκηση η οποία οφείλει να μην εγκρίνει την εκτέλεση ενός έργου, αν οι επηρεαζόμενες δυσμενείς συνέπειες υπερακοντίζουν τα οφέλη από τη λειτουργία του (ΣτΕ 856/2018).

## **8. Μεταλλευτική και Λατομική Νομοθεσία**

Τα ορυκτά, όπως προαναφέρθηκε (ανωτ. αρ. 1), διακρίνονται σε μεταλλευτικά ορυκτά (μεταλλεύματα) και σε λατομικά ορυκτά. Τα λατομικά ορυκτά, στα οποία συμπεριλαμβάνονται τα αδρανή υλικά, τα μάρμαρα και τα βιομηχανικά ορυκτά, ως συστατικά το εδάφους υπάγονται στις διατάξεις του Αστικού Κώδικα. Η κυριότητα του κυρίου του εδάφους επεκτείνεται στα λατομικά ορυκτά, τα οποία μόνο αυτός δικαιούται να εξορύσσει ή να παραχωρεί ενοχικό ή εμπράγματο δικαίωμα επ' αυτών σε τρίτους<sup>33</sup>. Η εκμετάλλευση των λατομικών ορυκτών επιτρέπεται σε ορισμένες περιοχές που καλούνται λατομικές και διέπεται από τις διατάξεις της λατομικής νομοθεσίας (ν. 4518/2018, με τον με τον οποίο καταργήθηκαν οι προγενέστερες διατάξεις των ν. 669/77 και 1428/1984).

Ειδική νομοθεσία εισάγεται στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου με τις διατάξεις του Μεταλλευτικού Κώδικα (ν.δ/μα 210/1973) αναφορικά με τα μεταλλεία, κατ' απόκλιση των οριζομένων στον Αστικό Κώδικα, οι διατάξεις του οποίου εφαρμόζονται μόνον επικουρικώς, σε περίπτωση μη ειδικότερης ρύθμισης. Οι κανόνες με τους οποίους ορισμένα ορυκτά ανάγονται σε μεταλλευτικά και ρυθμίζεται η αναζήτηση, εξόρυξη και εκμετάλλευση τους αποτελούν το μεταλλευτικό δίκαιο και

<sup>33</sup> Άρθρο 44§1 ν.4512/2018, στο οποίο ρητά ορίζεται ότι : *Το δικαίωμα έρευνας και επιφανειακής ή και υπόγειας εκμετάλλευσης των λατομικών ορυκτών ανήκει στον ιδιοκτήτη της εδαφικής έκτασης μέσα στην οποία αυτά υπάρχουν ή σε όποιον ο ιδιοκτήτης παραχώρησε το δικαίωμα αυτό.*

είναι δίκαιο ειδικό. Το μεταλλευτικό δίκαιο στηρίζεται στις αρχές της μεταλλευτικής ελευθερίας και της προτεραιότητας. Η έρευνα και η εκμετάλλευση των μεταλλείων καταλείπεται στην ιδιωτική πρωτοβουλία, το δε μεταλλείο παραχωρείται στον πρώτο αιτητή<sup>34</sup>. Εξαίρεση αποτελεί η υπέρ του κράτους παρακράτηση ορισμένων ορυκτών, όπως ο λιγνίτης, οι άνθρακες, τα ορυκτά που περιέχουν ραδιενεργά στοιχεία, το ορυκτό αλάτι (143 Μ.Κ.).

Σύμφωνα με την ισχύουσα μεταλλευτική νομοθεσία, τα μεταλλεία και τα συστατικά αυτών είναι ακίνητα, επί των οποίων μεταλλείων, δηλαδή των μεταλλικών κοιτασμάτων και φλεβών που βρίσκονται εντός του θεσπίζεται ίδιον δικαίωμα κυριότητας (μεταλλειοκτησία) ως αυτοτελές εμπράγματο δικαίωμα (sui generis) όλων των ευρισκομένων εντός του χώρου μεταλλευτικών ορυκτών. Το δικαίωμα αυτό της μεταλλειοκτησίας, αν και ιδιωτικού δικαίου, συνιστάται το πρώτον με παραχωρητήριο προεδρικό διάταγμα και διακρίνεται από την κυριότητα επί του εδάφους, κατά την έννοια των διατάξεων του Αστικού Κώδικα<sup>35</sup>, υπάγονται δε στο δικαίωμα αυτό όλες οι απαραίτητες εργασίες για την άσκηση του, καθώς και η εκτέλεση έργων και η ανέγερση των αναγκαίων εγκαταστάσεων επί του εδάφους και επιφανειακώς και υπογείως (άρθρο 67 παρ. 3 Μ.Κ.).

Η εκμετάλλευση ενός μεταλλείου χαρακτηρίζεται εκ του νόμου ως σκοπός δημόσιας ωφέλειας, συνιστάμενος στην αξιοποίηση του ορυκτού πλούτου της χώρας (102 Μ.Κ.). Ως αξιοποίηση νοείται όχι μόνο η εξόρυξη του μεταλλεύματος (απλή εξαγωγή του πόρου), αλλά και η επεξεργασία αυτού, και μάλιστα μέχρι του βαθμού της πλήρους καθετοποίησης της δραστηριότητας, δηλαδή μέχρι την παραγωγή του τελικού μεταλλουργικού προϊόντος, καθώς αυτό αποτελεί την κατ' εξοχήν αξιοποίηση του ορυκτού πλούτου της χώρας προς όφελος της εθνικής οικονομίας, αντίληψη που αποτυπώνεται και στον Μεταλλευτικό Κώδικα. Η έννοια της εκμεταλλεύσεως είναι ευρεία και εμπεριέχει την εξόρυξη όλων των μεταλλευτικών ορυκτών που απαντώνται στο μεταλλείο και την διάθεσή τους στην αγορά, είτε ακατέργαστων είτε μετά από την αναγκαία επεξεργασία<sup>36</sup>.

Το σύνολο των δραστηριοτήτων αυτών καλείται μεταλλεία και η άσκηση της υπόκειται σε περιορισμούς εκ μέρους του κράτους το οποίο θεωρεί ότι πρέπει να συμμετέχει ουσιαστικά. Η αξίωση του εμφανίζεται ως απόρροια των κυριαρχικών του δικαιωμάτων σε ολόκληρη την επικράτεια, καθώς οφείλει να μεριμνά για την εξασφάλιση επάρκειας σε πρώτες ύλες για τη μεταλλουργική κυρίως βιομηχανία και την ικανοποίηση των ενεργειακών αναγκών της χώρας, σύμφωνα με μια ορθολογικότερη και σύμφωνη με τους κανόνες προστασίας της περιβάλλοντος παραγωγή και διάθεση του ορυκτού πλούτου. Ταυτόχρονα θεωρεί ότι δικαιούται ένα μέρος από την απόληψη του ορυκτού πλούτου. Ένα τέλος επιβάλλεται στους μεταλλειοκτήτες και στους αδειούχους μεταλλευτικών ερευνών, ως τίμημα για την πρόσβαση σε ένα σημαντικό πλουτοπαραγωγικό πόρο της χώρας<sup>37</sup>.

Η σημασία της μεταλλευτικής δραστηριότητας στην οικονομία της χώρας, η μη δυνατότητα αναπαραγωγής του ορυκτού πλούτου και η φύση των αναγκαίων για την εξόρυξη του μεταλλεύματος εργασιών επιβάλλουν τη λήψη σειράς περιοριστικών της μεταλλείας μέτρων<sup>38</sup>. Σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της

<sup>34</sup> Βούλγαρης Α., *op.cit.*, σελ. 4-5.

<sup>35</sup> ΣτΕ 4447/2005, ΝΣΚ 154/2011.

<sup>36</sup> 60 αρ. ε', 67§1 & 73§1 Μ.Κ., ΝΣΚ 206/2017, Βούλγαρης Α., *op.cit.*, σελ. 152.

<sup>37</sup> Άρθρο 176 Μ.Κ., όπως αντικαταστάθηκε διαδοχικά με τα άρθρα 63§3 ν. 4042/2012 και 12§3 ν. 4203/2013, ΣτΕ 1604-1608/2017, βλ. και Ν. Λιβάνη, *Μαθήματα Μεταλλευτικού δικαίου, Αφοι Σάκκουλα, Αθήνα 1987, σελ.41, 46, 47.*

<sup>38</sup> Ν. Λιβάνη, *ibidem*, σελ. 78.

Επικρατείας, λόγω της ιδιαίτερης σημασίας των μεταλλείων για την εθνική οικονομία και των ειδικών από τεχνικής και νομικής απόψεως συνθηκών, υπό τις οποίες είναι δυνατή η εκμετάλλευσή τους, καταλείπεται στο νομοθέτη **πλήρης ελευθερία** κατά τον καθορισμό των προϋποθέσεων υπό τις οποίες αποκτώνται, διατηρούνται και καταλύονται ή αφαιρούνται τα επ' αυτών δικαιώματα<sup>39</sup>, αν και η ελευθερία του νομοθέτη ευρίσκει όριο στο άρθρο 24 του Συντάγματος, από το οποίο προκύπτει η υποχρέωση για άσκηση βιώσιμης μεταλλείας.

Η ιδιαίτερη σημασία που διαδραματίζει η αξιοποίηση του ορυκτού πλούτου και τα οφέλη που προκύπτουν για την εθνική οικονομία και ιδίως τη βιομηχανία αποτυπώνεται στο Γενικό Πλαίσιο Χωροταξικού Σχεδιασμού και Αειφόρου Ανάπτυξης (υπ' αριθμ. 6877/4872/2008 απόφαση της Ολομελείας της Βουλής – Α'128), στο οποίο επισημαίνεται η συμβολή των μεταλλευμάτων και λοιπών ορυκτών, καθώς και «... η ανάγκη αναγνώρισης των ορυκτών πόρων ως ισότιμων προς τους λοιπούς φυσικούς πόρους και με την εξασφάλιση της δυνατότητας αξιοποίησής τους, κατά τρόπο συμβατό με την προστασία του περιβάλλοντος και την άσκηση τουριστικών ή άλλων δραστηριοτήτων...». (Ε6,7).

## 9. Εξορυκτικές δραστηριότητες

Οι εξορυκτικές δραστηριότητες αφορούν σε μία εθνικής σημασίας πηγή πλούτου με ειδική συνταγματική αναφορά (ανωτ. αρ.7) και διαδραματίζουν ζωτικό ρόλο στην ανάπτυξη του τόπου και της εθνικής οικονομίας και της περιφερειακής ανάπτυξης, με διεθνή αναγνώριση στην ευρωπαϊκή και παγκόσμια αγορά.

Ο σχεδιασμός της εξορυκτικής δραστηριότητας αποτελεί *sine qua non* προϋπόθεση μιας ορθολογικής εκμετάλλευσης μεταλλείου ή λατομείου, η δε αναγκαία φειδώ κατά την εξόρυξη και αξιοποίηση των ορυκτών πόρων δεν είναι εφικτή χωρίς προηγούμενη σχεδίαση και χωροθέτηση της δραστηριότητας και των ευρύτερων περιοχών, μεταλλευτικών ή λατομικών. Δεδομένης, όμως, της φυσικής χωροθέτησης των κοιτασμάτων (α priori χωροθέτηση), περιοχές στις οποίες εντοπίζονται κοιτάσματα μεταλλευτικών ορυκτών, βιομηχανικών ορυκτών και μαρμάρων θεωρούνται εκ του νόμου χωροθετηθέντα μεταλλεία (12§1 ν.2837/2000). Η εξόρυξη συνοδεύεται από βιομηχανικές μονάδες επεξεργασίας<sup>40</sup> των ορυκτών και στους χώρους εξόρυξης συχνά υπάρχουν βιομηχανικές εγκαταστάσεις.

Ειδικό Χωροταξικό για την εξορυκτική δραστηριότητα δεν υφίσταται και για την προώθηση - έγκριση αδειοδότησης των εξορυκτικών εργασιών, καθώς επίσης και των συνοδών έργων λαμβάνονται υπόψη οι κατευθύνσεις των εγκεκριμένων Χωροταξικών σχεδίων, τα οποία αποτελούν αναγκαίο όρο για την επίτευξη της βιώσιμης ανάπτυξης<sup>41</sup>.

Περαιτέρω, η αδειοδότηση ενός έργου λαμβάνει χώρα σε δύο διαδοχικά στάδια, τα οποία διακρίνονται ως προς το κανονιστικό πλαίσιο, το σκοπό και τις προϋποθέσεις : το στάδιο της περιβαλλοντικής αδειοδότησης και το στάδιο της τεχνικής αδειοδότησης.

Η περιβαλλοντική αδειοδότηση ολοκληρώνεται με την απόφαση επιβολής περιβαλλοντικών όρων (Α.Ε.Π.Ο.) κατά τις διατάξεις του ν. 4014/2011, μετά από τη

<sup>39</sup> 18§1 Συντάγματος, ΣτΕ 1604-1608/2017, 363-364/1998 κ.α., Βούλγαρης Α., *op.cit.*, σελ. 4.

<sup>40</sup> Για την επεξεργασία των ορυκτών συχνά απαιτούνται μονάδες θραύσης, λειοτρίβησης, καθώς και μονάδες εμπλουτισμού ή χημικής επεξεργασίας ή και μονάδες βιομηχανικών εργοστασίων μεταλλουργίας

<sup>41</sup> Σχετ. αποφάσεις ΣτΕ 3920/2010, 3396 - 7/2010, 3037/2008, 705/2006, 1569/2005 Ολομ., 3825/2010, 4534, 3643 - 3755, 3641, 3628, 1581/2009, ΠΕ 601 - 2/2002 κ.ά.

σύνταξη και υποβολή μελέτης περιβαλλοντικών επιπτώσεων (Μ.Π.Ε.), η οποία περιλαμβάνει περιγραφή του έργου ή της δραστηριότητας, των στοιχείων του περιβάλλοντος που ενδέχεται να θιγούν, εντοπισμό των βασικών επιπτώσεων και περιγραφή των μέτρων για την πρόληψη, μείωση ή υποκατάσταση των αρνητικών επιπτώσεων, σύνοψη των κυρίων εναλλακτικών λύσεων, αναφορά των ενδεχομένων δυσκολιών και περίληψη του συνόλου της μελέτης<sup>42</sup>. Σχέδια και προγράμματα<sup>43</sup> που εκπονούνται σε βασικούς τομείς και τα οποία λόγω του αντικειμένου τους ή της εκτάσεως εφαρμογής τους τεκμαίρεται ότι έχουν σοβαρές επιπτώσεις στο περιβάλλον υποβάλλονται στη διαδικασία στρατηγικής εκτίμησης περιβαλλοντικών επιπτώσεων (Σ.Μ.Π.Ε.), σύμφωνα με την Οδηγία 2001/42/ΕΚ, η οποία μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη με την 107017/28.8.2006 κοινή απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών, Οικονομίας - Οικονομικών, και ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. (Β' 1225).

Ακολουθεί το στάδιο της τεχνικής αδειοδότησης. Η αρμόδια υπηρεσία του Υπουργείου Περιβάλλοντος εγκρίνει την υποβληθείσα τεχνική μελέτη, η οποία οφείλει να είναι σε συμφωνία με την Α.Ε.Π.Ο., την οποία συμπληρώνει και εξειδικεύει. Η έγκριση της τεχνικής μελέτης αποτελεί την τελευταία πριν από την έναρξη των εργασιών διοικητική πράξη (ΣτΕ 3615/2002), δυνάμει της οποίας η Διοίκηση προβαίνει σε εκτίμηση που συνδέεται με τον έλεγχο κριτηρίων που αφορούν την οικονομία του κοιτάσματος σε συνδυασμό με την ασφάλεια των εργαζομένων, των εργασιών και των εγκαταστάσεων, καθώς και την προστασία του περιβάλλοντος. Οι μεταλλευτικές και λατομικές εργασίες διέπονται από άποψη ορθολογικής δραστηριότητας από τον Κανονισμό Μεταλλευτικών και Λατομικών Εργασιών. Ως ορθολογική εκμετάλλευση νοείται η κανονική απόληψη του μεταλλεύματος, με τρόπο που να μη συνεπάγεται την καταστροφή της υπολειπόμενης ποσότητας ή αντιοικονομική απόληψη, ούτε να πραγματοποιείται εκμετάλλευση μόνον των εξαιρετικής ποιότητας πλούσιων ποιοτικά τμημάτων του κοιτάσματος και την συνεπεία τούτου μείωση των εκμεταλλεύσιμων αποθεμάτων.

## 10. Η Παγκόσμια Διακήρυξη για δικαιώματα της ανθρωπότητας

Η Παγκόσμια Διακήρυξη για τα δικαιώματα της ανθρωπότητας αποτελεί ένα νέο κείμενο που συνετάγη ενόψει της διάσκεψης του ΟΗΕ στο Παρίσι το Δεκέμβριο του 2015 για την κλιματική αλλαγή που οδήγησε στη Συμφωνία του Παρισιού<sup>44</sup> και

<sup>42</sup> Σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 7 του ν. 4014/2011, «με την απόφαση επιβολής περιβαλλοντικών όρων (Α.Ε.Π.Ο.) επιβάλλονται προϋποθέσεις, όροι, περιορισμοί και διαφοροποιήσεις για την πραγματοποίηση του έργου ή της δραστηριότητας, ιδίως ως προς τη θέση, το μέγεθος, το είδος, την εφαρμοζόμενη τεχνολογία και τα γενικά χαρακτηριστικά. Επίσης, επιβάλλονται τυχόν αναγκαία επανορθωτικά ή προληπτικά μέτρα και δράσεις παρακολούθησης των περιβαλλοντικών μέσων και παραμέτρων ή και αντισταθμιστικά μέτρα. Οι όροι αφορούν κατά σειρά προτεραιότητας στην αποφυγή ή ελαχιστοποίηση των επιπτώσεων ή στην επανόρθωση ή αποκατάσταση του περιβάλλοντος. Σε περιπτώσεις όπου, παρά την εφαρμογή όλων των ανωτέρω όρων, διαπιστώνονται επιπτώσεις στο περιβάλλον και εφόσον αυτές αξιολογηθούν ως σημαντικές, δύνανται να επιβάλλονται συμπληρωματικά αντισταθμιστικά μέτρα ή και τέλη...», ενώ, κατά την παρ. 10 του ίδιου άρθρου, «η ΑΕΠΟ αποτελεί προϋπόθεση για την έκδοση κάθε διοικητικής πράξης που απαιτείται κατά περίπτωση, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις για την πραγματοποίηση ή λειτουργία του έργου ή της δραστηριότητας».

<sup>43</sup> Ως σχέδια και προγράμματα νοούνται τα σχέδια και προγράμματα.... που εκπονούνται ή και εγκρίνονται από δημόσια αρχή σε εθνικό, περιφερειακό ή τοπικό επίπεδο, προκειμένου να εγκριθούν μέσω νομοθετικής διαδικασίας από το Κοινοβούλιο ή την Κυβέρνηση και απαιτούνται βάσει νομοθετικών ή κανονιστικών διατάξεων (άρθρο 2 κ.υ.α.).

<sup>44</sup> Η Συμφωνία του Παρισιού για την κλιματική αλλαγή αποτελεί την πρώτη οικουμενική, νομικά δεσμευτική παγκόσμια συμφωνία για το κλίμα. Υπογράφηκε στις 22 Απριλίου 2016 και κυρώθηκε από την Ευρωπαϊκή Ένωση στις 5 Οκτωβρίου 2016. Μέχρι σήμερα έχει επικυρωθεί από 195 χώρες. Η

αποτελεί την προέκταση της Διακήρυξης του 1948 για τα δικαιώματα του ατόμου, όπως αυτά διαμορφώθηκαν ενόψει των κινδύνων που αντιμετωπίζει η ανθρωπότητα λόγω της υπερθέρμανσης του πλανήτη : ένα κοινό όραμα των θεμελιωδών αξιών για να αποτελέσουν τη βάση μιας νέας περιβαλλοντικής ηθικής.

Σκοπός της διακήρυξης είναι η εναρμόνιση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας και της διασφάλισης των δικαιωμάτων στο περιβάλλον για το σύνολο του πλανήτη<sup>45</sup>. Τα ανθρώπινα δικαιώματα αποκτούν μια νομιμοποίηση ευρύτερη, συνδέονται με τα δικαιώματα της ανθρωπότητας, έναντι των οποίων υποχωρούν, όταν συγκρούονται.

Στις δώδεκα παραγράφους του Προοιμίου, οι οποίες διαβάζονται ανά ζεύγη, επισημαίνεται ο κίνδυνος που διατρέχει την ανθρωπότητα και η ανάγκη να τεθεί σε ισχύ το κατάλληλο νομοθετικό καθεστώς (§§1&2). Στη συνέχεια, επιβεβαιώνεται η προσήλωση στα ανθρώπινα δικαιώματα, όπως κατοχυρώνονται στη Παγκόσμια Διακήρυξη Δικαιωμάτων του Ατόμου του 1948, τους σκοπούς και τις αρχές του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών και η σημασία της Διακήρυξης της Στοκχόλμης, των Συνόδων του Ρίο και των Διακηρύξεων των Ηνωμένων Εθνών (§§3&4). Τα θεμελιώδη δικαιώματα εξαρτώνται από τη σωτηρία του πλανήτη, η επιβίωση και το μέλλον της ανθρωπότητας είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένες με το φυσικό περιβάλλον (§§7&8). Νέες υποχρεώσεις γεννώνται για την παρούσα γενεά και ιδίως τα κράτη, που οφείλουν να ενεργήσουν στο πλαίσιο του κράτους δικαίου, λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της δημοκρατίας, της οικολογίας και της ειρήνης, αναγνωρίζοντας ως θεμέλιο το σεβασμό της ανθρωπίνης αξίας (§§9&11).

Οι αρχές της ευθύνης, της ισότητας και της αλληλεγγύης (άρθρο 1) συμπλέκονται και επεκτείνονται στο χρόνο, δημιουργώντας δικαιώματα και υποχρεώσεις ανάμεσα στους σημερινούς και τους μελλοντικούς κατοίκους του πλανήτη. Η αρχή της ευθύνης έχει καθολική εφαρμογή, η αλληλεγγύη αναπτύσσει ενέργεια μεταξύ των γενεών, υπό την έννοια ότι οι σύγχρονοι άνθρωποι οφείλουν να αναλογίζονται τις συνέπειες των δραστηριοτήτων τους για το περιβάλλον και την ανθρωπινή φύση, στο πεδίο της περιβαλλοντικής προστασίας εμπίπτουν όλοι αδιακρίτως οι άνθρωποι, ασχέτως εθνικότητας ή φυλής, συμπεριλαμβανομένων και αυτών που ακόμη δεν έχουν γεννηθεί (αρχή της διαγενεϊκής ισότητας<sup>46</sup>). Η αρχή της περιβαλλοντικής ευθύνης ενεργεί *ex post* και *ex ante*.

Ακολουθούν έξι δικαιώματα της ανθρωπότητας και έξι υποχρεώσεις. Δικαίωμα σε ένα υγιές και οικολογικό περιβάλλον (άρθρο 5), σε μια ανάπτυξη υπεύθυνη, ίση, αλληλέγγυα και βιώσιμη (άρθρο 6), στην προστασία της κοινής κληρονομιάς, της φυσικής και πολιτιστικής κληρονομιάς, υλικής και άυλης (άρθρο 7), στη διατήρηση και μεταβίβαση των κοινών αγαθών (π.χ. αέρας, νερό, έδαφος), στη παγκόσμια και αποτελεσματική πρόσβαση στους ζωτικούς πόρους (άρθρο 8), στην

---

συμφωνία συνιστά ισορροπημένο αποτέλεσμα και περιλαμβάνει σχέδιο δράσης για τον περιορισμό της υπερθέρμανσης του πλανήτη «αρκετά κάτω» από 2 °C. Ξεκίνησε ως τρόπος διακρατικής συνεργασίας με σκοπό να περιοριστούν η άνοδος της θερμοκρασίας του πλανήτη και η κλιματική αλλαγή, και να αντιμετωπιστούν οι συνέπειές τους.

Η βασική διεθνής συμφωνία σε αυτόν τον τομέα είναι η σύμβαση-πλαίσιο των Ηνωμένων Εθνών για τις κλιματικές μεταβολές (UNFCCC), μια από τις τρεις συμβάσεις που εγκρίθηκαν στην παγκόσμια σύνοδο κορυφής του Ρίο το 1992.

<sup>45</sup> Προοίμιο και ιδίως σκέψεις 7, 8 & 10, βλ. και Déclaration universelle des droits de l'humanité, Commentaire article par article, sous la direction de Christian Huglo et Fabrice Picod, Bruylant, Bruxelles 2018, σελ. 29.

<sup>46</sup> Ως διαγενεϊκή ισότητα ορίζεται η βιώσιμη ανάπτυξη που, από περιβαλλοντική άποψη, αναφέρεται στην δίκαιη διαχρονικά διανομή των φυσικών πόρων ή των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης, OECD, Glossary of statistical terms.

ειρήνη και την ανθρώπινη ασφάλεια (άρθρο 9), στην αυτοδιάθεση, λαμβάνοντας υπόψη μακροπρόθεσμα το ρυθμό της ανθρωπότητας και της φύσης κατά τη λήψη των συλλογικών επιλογών (άρθρο 10). Υποχρέωση σεβασμού των δικαιωμάτων της ανθρωπότητας και όλων των ζώντων οργανισμών (άρθρο 11), διατήρησης, ορθολογικής και υπεύθυνης διαχείρισης των πόρων, των οικολογικών ισορροπιών, της κοινής κληρονομιάς, της φυσικής και πολιτιστικής κληρονομιάς (άρθρο 12), διατήρησης της ατμόσφαιρας, και των κλιματικών ισορροπιών και αποφυγής στο μέτρο του δυνατού των μετακινήσεων των πληθυσμών για περιβαλλοντικούς λόγους (άρθρο 13), προσανατολισμού της επιστημονικής και τεχνολογικής έρευνα στην προστασία της υγείας του ανθρώπινου γένους και των λοιπών έμβιων οργανισμών (άρθρο 14).

Φορέας των δικαιωμάτων καθίσταται η ανθρωπότητα, στην οποία ανήκουν όλα τα άτομα και οργανισμοί, συμπεριλαμβανομένων των περασμένων, των συγχρόνων και των μελλοντικών γενεών (6 του Προοιμίου). Υπόχρη η παρούσα γενεά η οποία κληρονομεί, διαχειρίζεται και ταυτόχρονα οφείλει να μεταβιβάσει το φυσικό κεφάλαιο.

Η ευθύνη βαρύνει πρωτίστως τα κράτη τα οποία έχουν καθήκον συνεργασίας και οφείλουν να προωθήσουν μια ανθρώπινη και βιώσιμη ανάπτυξη προς όφελος όλων των λαών και γενεών και ταυτόχρονα φέρουν το κύριο βάρος να διασφαλίσουν την αποτελεσματικότητα των λαμβανομένων μέτρων. Όμως η κρατική ευθύνη δεν αναιρεί την ατομική, η ανθρωπότητα νοείται ως οικογένεια (ανθρώπινη οικογένεια) και φυσικά πρόσωπα και ενώσεις, δημόσιοι οργανισμοί και επιχειρήσεις, εταιρείες, ιδρύματα, πολιτικά κόμματα, διεθνείς οργανισμοί, μη κυβερνητικές οργανώσεις οφείλουν να εργασθούν από κοινού με στόχο την αειφόρο ανάπτυξη (σκέψη 9 του προοιμίου και άρθρα 12, 15 & 16)<sup>47</sup>.

Κυρίαρχη έννοια αποτελεί το γενικό συμφέρον του πλανήτη που διαπνέει όλη τη διακήρυξη και υπερτερεί των ατομικών και των κρατικών συμφερόντων.

## **11. Το δικαίωμα στην πρόσβαση και εκμετάλλευση των ορυκτών**

Η προστασία της φυσικής κληρονομιάς, η διαφύλαξη των κοινών αγαθών και η πρόσβαση στους ζωτικούς πόρους αποτελούν δικαιώματα που ανήκουν στην ανθρωπότητα<sup>48</sup>. Η διατήρηση της ποιότητας και της ακεραιότητας των περιβαλλοντικών αγαθών ως παρακαταθήκης για τις επόμενες γενιές απαιτεί τη διαφύλαξη ικανής ποσότητας πόρων, έτσι ώστε η κάθε επόμενη γενιά να έχει τις ίδιες δυνατότητες πρόσβασης στο περιβάλλον και να διατηρήσει την ίδια δυνατότητα ως κληροδότημα για τις γενιές που θα ακολουθήσουν.

Στα κοινά αγαθά εμπίπτουν οι ζωτικοί πόροι<sup>49</sup>, η βιοποικιλότητα και το κλίμα. Η έννοια όμως των κοινών αγαθών είναι πολύ πιο ευρεία και δεν έχει μέχρι σήμερα αποτελέσει αντικείμενο επιστημονικού ορισμού. Συμπεριλαμβάνονται υλικά αγαθά ζωτικής σημασίας για την ανθρώπινη επιβίωση, όπως ο αέρας, το νερό, το έδαφος,

<sup>47</sup> Για τους ευθυνόμενους φορείς, δημόσιους και ιδιωτικούς, βλ. Maurice Meda σε Déclaration universelle des droits de l'humanité, op. cit. υπό το άρθρο 15, σελ. 117-118.

<sup>48</sup> Άρθρο 8 της Παγκόσμιας Διακήρυξης για τα δικαιώματα της ανθρωπότητας.

<sup>49</sup> Οι ζωτικοί πόροι συνδέονται με το δικαίωμα στη ζωή και απολαύουν ενός απολύτου καθεστώτος (*statut de bien fondamentale total*), καθώς είναι αγαθά αναντικατάστατα, ανεπίδεκτα ιδιοποίησης και συναλλαγής. Οι ζωτικοί πόροι είναι βασικά στοιχεία της ζωής, η διατήρηση και διανομή τους είναι απαραίτητες για το κοινό καλό της ανθρωπότητας και, ως εκ τούτου, δεν δύνανται να αποτελούν αποκλειστικά αντικείμενο οικονομικής εκμετάλλευσης, Paquerot S., *Le Statut des ressources vitales en droit international, Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité, collection mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2002, σελ. 14.*

καθώς και άυλα αγαθά, όπως η γνώση, η πρόσβαση στη φροντίδας στη φροντίδα, η πολιτιστική κληρονομιά. Τα κοινά αγαθά συναρτώνται με το περιβάλλον και αποτελούν μέρος ενός φιλόδοξου σχεδίου για την ανθρωπότητα που εκτείνεται που πέραν των αρχών της κρατικής κυριαρχίας και της ιδιοκτησίας επί των φυσικών πόρων. Η ιδιαιτερότητα τους βρίσκεται στο συλλογικό τους χαρακτήρα και στη διαχείρισή τους, η οποία, ανεξαρτήτως του ιδιοκτησιακού καθεστώτος, αποσκοπεί στο κοινό καλό<sup>50</sup>.

Αξίζει να επισημανθεί ότι στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου τα περιβαλλοντικά αγαθά αποτελούν έκφανση του δικαιώματος στην προσωπικότητα. Το δικαίωμα στη χρήση και απόλαυση της ωφέλειας που απορρέει από τα αγαθά αυτά αποτελεί την ιδιωτικού δικαίου έκφανση του δικαιώματος στο περιβάλλον όπως τριτενεργεί στις μεταξύ των ιδιωτών σχέσεις<sup>51</sup>.

Η παρούσα γενιά κληρονομεί, διαχειρίζεται και ταυτόχρονα οφείλει να εγγυηθεί τους πόρους, τις οικολογικές ισορροπίες την κοινή κληρονομιά, τη φυσική και πολιτιστική κληρονομιά<sup>52</sup>. Το φυσικό περιβάλλον εκλαμβάνεται ως ενιαίο σύνολο που πρέπει να διασωθεί, έτσι ώστε να παραδοθεί στην επόμενη γενιά. Στο πεδίο της προστασίας εμπίπτουν οι φυσικοί πόροι, όπως τα ορυκτά, η βιομάζα, οι βιολογικές και δυναμικές πηγές, όπως ο αέρας, το έδαφος, το νερό, οι ανανεώσιμες και συμβατικές πηγές ενέργειας, συμπεριλαμβάνονται, δε, οι οικολογικές ισορροπίες, ως και κάθε αγαθό που εμπίπτει περιλαμβάνεται στην κληρονομιά της ανθρωπότητας<sup>53</sup>.

Οι ορυκτές πρώτες ύλες αποτελούν μέρος των φυσικών πόρων και είναι άρρηκτα συνδεδεμένες με την καθημερινότητά μας, καθώς όπου και αν βρεθούμε, κάθε φορά που τρώμε, πίνουμε, πλένουμε ή πλενόμαστε, γράφουμε, ζωγραφίζουμε, μαγειρεύουμε, ταξιδεύουμε, ή απλά καθόμαστε στην εστία του σπιτιού μας, μεταχειριζόμαστε χρήσιμα ορυκτά που έχουν εξορυχθεί και υποστεί κατάλληλη επεξεργασία. Η μεταλλεία υπάρχει όσο υπάρχει ο άνθρωπος. Η μεταλλευτική είναι μία από τις αρχαιότερες ανθρώπινες οικονομικές δραστηριότητες και έχει διαδραματίσει πρωτεύοντα ρόλο στην μετάβαση του ανθρώπου από την πρωτόγονη κατάσταση στον σύγχρονο πολιτισμό. Η οικονομία και η ανάπτυξη μιας χώρας εξαρτώνται σε μεγάλο βαθμό από την εκμετάλλευση των υφισταμένων κοιτασμάτων, καθώς τα ορυκτά αποτελούν την πρώτη ύλη για την παραγωγή ενέργειας και τη βιομηχανία. Το πετρέλαιο, το φυσικό αέριο και τα γεωθερμικά ρευστά, αν και δεν αποτελούνται από ορυκτά, εντάσσονται στις ορυκτές πρώτες ύλες και είναι αναγκαία για τον ενεργειακό εφοδιασμό μιας χώρας.

---

50 Περισσότερα για τα κοινά αγαθά κατά την έννοια της Παγκόσμιας Διακήρυξης για τα δικαιώματα της ανθρωπότητας σε Lepage C., Rapport a l'attention de Monsieur le Président de la République, 25-9-2015, άρθρο 8, Michelot A., σε Déclaration universelle des droits de l'humanité, op. cit., υπό το άρθρο 8, σελ.73 επ..

51 Μ.Πρ.Χαλκ. 403/2013, ΕΦΑΔ 2013, σελ.886, Εφ.Δυτ.Μακεδ. 112/2012, ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΝΟΜΟΣ, αναλυτικά για την τριτενέργεια του δικαιώματος στο περιβάλλον βλ. και Ηλιοπούλου – Στράγγα Τ., Η Τριτενέργεια των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος 1975, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή 1990, σελ. 151 επ..

52 Άρθρο 12 της Παγκόσμιας Διακήρυξης για τα δικαιώματα της ανθρωπότητας. Η κοινή κληρονομιά της ανθρωπότητας αφορά στους διεθνείς χώρους που εκφεύγουν της δικαιοδοσίας των κρατών και έχουν ρητά χαρακτηριστεί με διεθνείς συμβάσεις, όπως ο βυθός της θάλασσας και οι υποθαλάσσιοι πόροι με τη Σύμβαση για το δίκαιο της θάλασσας (1982), η σελήνη και το διάστημα με την Σύμβαση για την κοινή χρήση του διαστήματος και της σελήνης (1967). Στην έννοια της Παγκόσμιας κληρονομιάς εμπίπτει η φυσική και πολιτιστική κληρονομιά και αφορά τα αγαθά που βρίσκονται εντός των ορίων ενός κράτους το οποίο έχει την ευθύνη για τη διαχείριση και μεταβίβαση στην επόμενη γενιά, βλ. και Le Bris C., σε Déclaration universelle des droits de l'humanité, op. cit. υπό το άρθρο 12 σελ. 100.

53 Le Bris C., ibid., σελ. 98-99.



Άσχετα, λοιπόν, από τον χαρακτηρισμό τους και την κατηγορία στην οποία εντάσσονται τα ορυκτά αποτελούν αγαθά κεφαλαιώδους σημασίας για τον σύγχρονο άνθρωπο, απαραίτητα για την κάλυψη των βασικών του αναγκών, αναγκαία προϋπόθεση για την αξιοπρέπεια της ανθρωπότητας<sup>54</sup>, η οποία ερείδεται στην αποφυγή της φτώχειας και τη διασφάλιση ενός ικανοποιητικού επιπέδου διαβίωσης. Η φτώχεια αποτελεί την κύρια απειλή των ανθρωπίνων δικαιωμάτων<sup>55</sup>, η ικανοποίηση των βασικών αναγκών του ανθρώπου θεωρείται θεμελιώδες πλέον δικαίωμα<sup>56</sup>.

Στο πλαίσιο αυτό, η εκμετάλλευση του ορυκτού πλούτου απαιτεί επιμέλεια, υπεύθυνη και συνετή διαχείριση και συνεπάγεται υποχρέωση διαφύλαξης και μεταβίβασης ικανής ποσότητας στην επόμενη γενιά, προκειμένου και οι μελλοντικοί κάτοικοι του πλανήτη να απολαύσουν τα ίδια οφέλη και να μην διακινδυνεύσει το βιοτικό τους επίπεδο. Στο ίδιο πνεύμα, η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας παγίως κρίνει ως σκοπό της προστασίας του περιβάλλοντος την ανάγκη να διαφυλαχθούν οι φυσικοί και ορυκτοί πόροι χάριν των επομένων γενεών<sup>57</sup>.

## 12. Επίλογος : Ο ορυκτός πλούτος – εθνικός πλούτος και εθνικό χρέος

Εν κατακλείδι, η πρόσβαση στις ορυκτές πρώτες ύλες, όπως και σε όλους τους φυσικούς πόρους αποτελεί δικαίωμα που συνδέεται με την ίδια τη ζωή, την ανάπτυξη της προσωπικότητας και της χώρας, τη διασφάλιση ενός αξιοπρεπούς επιπέδου διαβίωσης. Η αρχή της διαρκούς κυριαρχίας των κρατών επιτάσσει την διαχρονική αξιοποίηση του ορυκτού πλούτου στο πλαίσιο της αειφόρου ανάπτυξης προς όφελος του λαού της χώρας, στην οποία βρίσκεται, χωρίς να πλήττεται το περιβάλλον και τα δικαιώματα των υπολοίπων λαών και πληθυσμών του πλανήτη, παρόντων και μελλοντικών. Επιβάλλεται η καλόπιστη συνεργασία των κρατών και η λήψη αποφάσεων σε πνεύμα αλληλεγγύης. Ένα εθνικό χρέος βαρύνει τα κράτη και τον καθένα ατομικά, που οφείλει να κατευθύνει την οικονομική και επαγγελματική του δραστηριότητα λαμβάνοντας υπόψη το κοινό καλό και το γενικό συμφέρον της ανθρωπότητας σε ένα προσανατολισμό αλληλεγγύης ανθρώπων και γενεών.

Τελειώνοντας, θα ήθελα να αναφερθώ στο μήνυμα που απηύθυνε στις 18 Ιουλίου 1946 από το BBC στο Λονδίνο προς τους διανοούμενους όλου του κόσμου, ο Νίκος Καζαντζάκης, προαισθανόμενος τον κίνδυνο (της κλιματικής αλλαγής;) : *η στιγμή, που περνάει τώρα η ανθρωπότητα, είναι κρίσιμη κι ο κόσμος πια αποτελεί ένα τόσο ενιαίο οργανισμό, που δε μπορεί ένας λαός να σωθεί, αν δε σωθούν όλοι κι αν ένας λαός χαθεί, μπορεί να παρασύρει στο χαμό κι όλους τους άλλους. Πέρασε για πάντα η εποχή, που ένας λαός μπορούσε ν' απομονωθεί και να σωθεί ή να χαθεί μονάχος. Γι' αυτό, μιλώντας στους ανθρώπους της ράτσας σου σήμερα, νιώθεις πως μιλάς σε όλες τις ανθρώπινες ράτσες μαζί... Όλοι αόριστα νιώθουμε πως κάποιος κίντυνος μεγάλος απειλεί το σημερινό πολιτισμό. Να δούμε τον κίντυνο τούτον κατάματα, χωρίς τρόμο, αυτός είναι ο μοναδικός δρόμος να τον νικήσουμε.*

<sup>54</sup> Άρθρο 2 της Διακήρυξης.

<sup>55</sup> Περισσότερα για την έννοια της φτώχειας, η οποία προσβάλλει τα ανθρώπινα δικαιώματα και δεν περιορίζεται μόνο στην έλλειψη υλικών αγαθών (τροφή, στέγη, θέρμανση, καθαρό νερό), αλλά εκτείνεται στην απουσία άυλων ή και κοινωνικών αγαθών, όπως η παιδεία και η υγεία, η ασφάλεια το δικαίωμα σε αξιοπρεπή διαβίωση βλ. την Έκθεση του Γενικού Γραμματέα του ΟΗΕ «Démarginalisation des pauvres par le droit et élimination de la pauvreté», 13 Ιουλίου 2009, A/64/133, § 7.

<sup>56</sup> Ibid., § 69.

<sup>57</sup> ΣτΕ 856/2018, 1619/2016, 1964/2005, 3478/2000, κλπ.

# ΟΙ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΠΕΡΙ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗ ΔΟΜΗΣΗΣ ΣΤΙΣ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΤΙΚΟΥ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ<sup>1</sup>

Κατερίνα Παπαδοπούλου, Δικηγόρος ΔΝ, μέλος ΣΕΠ ΕΑΠ

## 1. Η πρόσφατη νομολογία

Με την απόφαση 1366/2018 του Ε΄ Τμήματος, το ΣτΕ έκρινε την περίπτωση κατά την οποία κτήριο ή στοιχείο χαρακτηρίζονται ως διατηρητέα χωρίς να απαγορεύεται ή άλλως περιορίζεται η ακώλυτη, κατά την φύση, την μορφή και τον προορισμό, χρήση τους.

Εν προκειμένω, η υπουργική απόφαση χαρακτηρισμού βιομηχανικού συγκροτήματος ως διατηρητέου, προβλέπει την ανακατασκευή των κτισμάτων που έχουν καταρρεύσει στην αρχική τους μορφή, τη δυνατότητα επισκευής, εκσυγχρονισμού των εγκαταστάσεων και ενίσχυσης του φέροντος οργανισμού. Με την ίδια απόφαση χαρακτηρισμού καθίστατο δυνατό, ύστερα από γνωμοδότηση της ΕΠΑΕ και έκδοση νέας υπουργικής απόφασης, να γίνουν επεμβάσεις καθώς και προσθήκες, εφόσον δεν αλλοιώνεται ο αρχιτεκτονικός χαρακτήρας και δεν θίγονται τα διατηρητέα στοιχεία του ακινήτου.<sup>2</sup>

Κατά την κρίση του Δικαστηρίου, η δέσμευση που επιβλήθηκε στην ιδιοκτησία των αιτούντων με την πράξη χαρακτηρισμού και τη συνακόλουθη θέσπιση όρων και περιορισμών δόμησης, συνίσταται ουσιαστικά στην αδυναμία εξάντλησης του συντελεστή δόμησης.<sup>3</sup> Συγκεκριμένα, το ΣτΕ έκρινε ότι με την πράξη χαρακτηρισμού δεν θίγεται το φάσμα των επιτρεπόμενων χρήσεων του ακινήτου, το οποίο εμπίπτει εντός εγκεκριμένου ρυμοτομικού σχεδίου πόλεως και απολαύει, ως εκ της θέσεώς του, των προβλεπομένων από το σχέδιο αυτό χρήσεων, εξισούμενο, κατά τούτο, με τις υπόλοιπες ιδιοκτησίες του ρυμοτομικού σχεδίου. Συνεπώς, εν προκειμένω, δεν συντρέχει περίπτωση ουσιαστικού περιορισμού του ελάχιστου ανεκτού ορίου των εξουσιών της ιδιοκτησίας των αιτούντων, εφόσον αυτή δύναται να αποτελέσει αντικείμενο εκμετάλλευσης σύμφωνα με το καθεστώς χρήσεων του εγκεκριμένου ρυμοτομικού σχεδίου της περιοχής.<sup>4</sup>

Εκ των ανωτέρω, το Δικαστήριο οδηγείται στο συμπέρασμα ότι σε περιπτώσεις όπως η συγκεκριμένη, δηλ. κατά την οποία κτήριο ή στοιχείο χαρακτηρίζονται ως διατηρητέα χωρίς να απαγορεύεται ή άλλως περιορίζεται η ακώλυτη, κατά την φύση, την μορφή και τον προορισμό, χρήση τους, δεν καταλείπεται πεδίο για την άσκηση αγωγής θεμελιούμενης στο α. 24 παρ. 6 του Συντάγματος<sup>5</sup> ούτε για την ανάλογη

<sup>1</sup> Ανακοίνωση στο 6<sup>ο</sup> Συνέδριο Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, Πάτρα 12-13 Απριλίου 2019.

<sup>2</sup> Σκ. 9 απόφασης.

<sup>3</sup> Σκ. 8 απόφασης.

<sup>4</sup> Σκ. 12 απόφασης.

<sup>5</sup> “Τα μνημεία, οι παραδοσιακές περιοχές και τα παραδοσιακά στοιχεία προστατεύονται από το Κράτος. Νόμος θα ορίσει τα αναγκαία για την πραγματοποίηση της προστασίας αυτής περιοριστικά μέτρα της ιδιοκτησίας, καθώς και τον τρόπο και το είδος της αποζημίωσης των ιδιοκτητών”.

εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 18 και 19 του Ν. 3028/2002,<sup>6</sup> οι οποίες ρυθμίζουν θέματα αποζημίωσης λόγω στέρησης της χρήσης ιδιοκτησιών για την προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος (μνημείων, αρχαιολογικών χώρων, ιστορικών τόπων κλπ).<sup>7</sup> Ο λόγος για τον οποίο αποκλείεται η άσκηση αγωγής στις εν λόγω περιπτώσεις έγκειται, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, στο ότι ο επιβαλλόμενος περιορισμός συνίσταται κυρίως στην αδυναμία εξάντλησης του συντελεστή δόμησης του ακινήτου και συνεπώς μπορεί κατ' αρχήν να αντισταθμισθεί με το θεσμό της μεταφοράς συντελεστή δόμησης (στο εξής ΜΣΔ).<sup>8</sup>

Το Ε' Τμήμα, παρά τη βεβαιότητα με την οποία διατυπώνει την ανωτέρω κρίση του, εντούτοις παραπέμπει την υπόθεση στην επταμελή σύνθεση σύμφωνα με το άρθρο 14 παρ. 5 του ΠΔ 18/1989.<sup>9</sup> Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο καταλήγει ότι «εν όψει της σπουδαιότητας του τιθεμένου στις σκέψεις 8 και 12 ζητήματος σχετικά με την ύπαρξη ή μη υποχρέωσης αποζημίωσης θιγόμενου ιδιοκτήτη από την έκδοση πράξης χαρακτηρισμού κτηρίου ως διατηρητέου, η οποία δεν περιλαμβάνει ρύθμιση περιστολής της χρήσης του, το Τμήμα κρίνει ότι η υπόθεση πρέπει να παραπεμφθεί, κατά το μέρος αυτό, στην επταμελή σύνθεση».<sup>10</sup>

Με την απόφαση 2229/2018 της επταμελούς συνθέσεως του Ε' Τμήματος του ΣτΕ επιβεβαιώνεται απόλυτα η κρίση του Δικαστηρίου επί της παραπεμπτικής του απόφασης. Το Δικαστήριο επαναλαμβάνει ότι σε περίπτωση έκδοσης πράξης χαρακτηρισμού κτηρίου ως διατηρητέου η οποία δεν περιλαμβάνει ρύθμιση περιστολής της χρήσης του δεν υπάρχει υποχρέωση αποζημίωσης του θιγόμενου ιδιοκτήτη – καθώς σε αυτές τις περιπτώσεις ο επιβαλλόμενος περιορισμός από την πράξη χαρακτηρισμού μπορεί ν' αντισταθμισθεί με το θεσμό της ΜΣΔ. Συγκεκριμένα το Δικαστήριο αναφέρει «Ο χαρακτηρισμός κτηρίου ή τυχόν άλλων στοιχείων, κατά το α. 4 παρ. 2 περ. α' ΓΟΚ/1985, ως διατηρητέων συνιστά, κατ' αρχήν, περιορισμό της ιδιοκτησίας. Τούτο όμως δεν σημαίνει ότι ο ιδιοκτήτης αποκτά, άνευ ετέρου, το δικαίωμα να ζητήσει την απαλλοτρίωση ή την ανταλλαγή του ακινήτου ή την χρηματική του αποζημίωση, δεδομένου ότι, στην περίπτωση κτηρίων ή στοιχείων που χαρακτηρίζονται καθ' εαυτά διατηρητέα χωρίς να περιορίζεται με σχετικό χαρακτηρισμό η ελεύθερη κατά προορισμό χρήση τους, ο επιβαλλόμενος περιορισμός δεν θίγει το ελάχιστο ανεκτό όριο εξουσιών της ιδιοκτησίας αλλά συνίσταται, κυρίως, στην αδυναμία εξάντλησης του συντελεστή δόμησης του ακινήτου, δηλαδή στη θέσπιση περιορισμού δυνάμενου, κατ' αρχήν, να αντισταθμισθεί με το θεσμό της μεταφοράς του συντελεστή δόμησης, ως θεμιτής κατά το α. 24 παρ. 6 του Συντάγματος μεθόδου αποζημίωσης του ιδιοκτήτη του διατηρητέου κτηρίου ή στοιχείου (πρβλ. ΣτΕ 2367/2007 Ολ., 6070/1996 Ολ., βλ. ήδη τα α. 68 επ. του Ν. 4495/2017, Α' 167)».<sup>11</sup>

Για ποιόν λόγο όμως το Ε' Τμήμα έκρινε σκόπιμο να παραπέμπει στην επταμελή του σύνθεση το ζήτημα αυτό; Για ποιόν λόγο υπήρξαν αμφιβολίες για το αν ο θεσμός της μεταφοράς συντελεστή δόμησης συνιστά επαρκή τρόπο αποζημίωσης του θιγόμενου ιδιοκτήτη από την έκδοση πράξης χαρακτηρισμού κτηρίου ως διατηρητέου, η οποία δεν περιλαμβάνει ρύθμιση περιστολής της χρήσης του; Η γνώμη μας είναι ότι οι

<sup>6</sup> “Για την προστασία των αρχαιοτήτων και εν γένει της πολιτιστικής κληρονομιάς”, ΦΕΚ Α'153 - 28.06.2002. “Τμήμα Τέταρτο: Απαλλοτριώσεις-Στέρηση Χρήσης”.

<sup>7</sup> Σκ. 8 απόφασης.

<sup>8</sup> Σκ. 8 απόφασης.

<sup>9</sup> Σκ. 13 απόφασης.

<sup>10</sup> Σκ. 13 απόφασης.

<sup>11</sup> Σκ. 9 απόφασης.

αμφιβολίες του Δικαστηρίου οφείλονται στη μάλλον δυστοκία του θεσμού της ΜΣΔ.<sup>12</sup>

Στο σημείο αυτό όμως προσήκει να γίνει μια παρουσίαση του θεσμού της ΜΣΔ καθώς και της εφαρμογής που έχει τύχει στην Ελλάδα.

## **2. Παρουσίαση του θεσμού της ΜΣΔ και της εφαρμογής που έχει τύχει στην Ελλάδα**

Αν και η ΜΣΔ θεωρείται εν γένει ένα πολεοδομικό εργαλείο, το θεωρητικό της έρεισμα εντοπίζεται σε οικονομικές προσεγγίσεις και θεωρίες που αναπτύχθηκαν περίπου από τα μέσα του 20<sup>ου</sup> αιώνα.<sup>13</sup>

Κύριοι σκοποί των μηχανισμών ΜΣΔ είναι εν γένει:

α) η ευχερέστερη εφαρμογή των ρυθμίσεων του πολεοδομικού σχεδιασμού και η απονομή κοινωνικής δικαιοσύνης, μέσω της αποζημίωσης των ιδιοκτητών ακινήτων, στα οποία επιβάλλονται μεν περιορισμοί στα δικαιώματα αξιοποίησής τους, αλλά δεν επέρχεται η ολοκληρωτική αποξένωση των ιδιοκτητών από τα ακίνητά τους, όπως στην περίπτωση της απαλλοτρίωσης και

β) η αξιοποίηση του πλούτου που παράγεται από τις πολεοδομικές ρυθμίσεις.<sup>14</sup>

Για πρώτη φορά η ΜΣΔ προτάθηκε στις ΗΠΑ από τον Lloyd (1961) και θεσμοθετήθηκε λίγο αργότερα.<sup>15</sup> Στην Ελλάδα το α. 48 του αρχαιολογικού νόμου 3028/2002 προβλέπει για τους κύριους ή νομείς μνημείων και χαρακτηρισμένων διατηρητέων κτηρίων τη δυνατότητα μεταφοράς του συντελεστή δόμησης που δεν έχει καλυφθεί από το ακίνητο. Η πρώτη όμως απόπειρα εισαγωγής του θεσμού στην Ελλάδα καταγράφεται ήδη από το έτος 1979 με τη θέσπιση του Ν 880/1979 “Περί καθορισμού ανώτατου ορίου συντελεστού δόμησης και ετέρων τινών διαρρυθμίσεων της πολεοδομικής νομοθεσίας”.<sup>16</sup> Εν συνεχεία ρυθμίσθηκε με τον νόμο 2300/1995.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Κ. Παπαδοπούλου: Χαρακτηρισμός συγκροτήματος κτηρίων ως διατηρητέου και περιορισμοί της ιδιοκτησίας. Παρατηρήσεις επί της απόφασης 1366/2018 του Ε' Τμήματος του ΣΤΕ. Περιβάλλον & Δίκαιο, 3/2018, σελ. 513.

<sup>13</sup> Ένας από τους τρόπους με τους οποίους επιδιώκεται να δοθεί λύση σε ορισμένα από τα σύγχρονα πολεοδομικά προβλήματα, αφορά την αποτελεσματικότερη αξιοποίηση και διαχείριση της ακίνητης περιουσίας στο επίπεδο του πολεοδομικού σχεδιασμού. Όλο και συχνότερα προτείνονται λύσεις που στοχεύουν στην «αποδόμηση» των συστατικών της ακίνητης ιδιοκτησίας ή πιο συγκεκριμένα, στην αποδέσμευση των δικαιωμάτων ιδιοκτησίας από τη φυσική υπόσταση αυτής. Μεταξύ των δικαιωμάτων αυτών συμπεριλαμβάνονται και τα δικαιώματα ανάπτυξης της ακίνητης ιδιοκτησίας, τα οποία αποδίδονται με τις πολεοδομικές ρυθμίσεις και τον σχεδιασμό. Κατά τη δεκαετία του 1990, το θέμα της αποδόμησης και ανεξάρτητης διαχείρισης των συστατικών της ιδιοκτησίας αποτέλεσε βασικό στοιχείο της θεματικής του «Κινήματος των Δικαιωμάτων Ιδιοκτησίας», ιδιαίτερα στις ΗΠΑ. Μηχανισμοί Μεταφοράς Δικαιωμάτων Ανάπτυξης (ΜΔΑ) έχουν θεσμοθετηθεί σε πολλές χώρες του κόσμου.

[Ν. Τριανταφυλλόπουλος – Ι. Αλεξανδροπούλου: Μεταφορά Συντελεστή Δόμησης - Το πολεοδομικό εργαλείο και η αγορά ακινήτων, Περ. Δικ 4/2010, σελ. 642.]

<sup>14</sup> Εν τούτοις, σημειώνεται ότι η ανάπτυξη μηχανισμών Μεταφοράς Δικαιωμάτων Ανάπτυξης (ΜΔΑ) δεν εξασφαλίζει την επιτυχία των πολεοδομικών παρεμβάσεων, ούτε την απόδοση κοινωνικής δικαιοσύνης, αφού συνήθως απαιτείται η συμπληρωματική εφαρμογή και άλλων πολεοδομικών ή φορολογικών εργαλείων.

[Ν. Τριανταφυλλόπουλος – Ι. Αλεξανδροπούλου: ό.α.]

<sup>15</sup> [Ν. Τριανταφυλλόπουλος – Ι. Αλεξανδροπούλου: ό.α.]

<sup>16</sup> ΦΕΚ Α' 58-22.03.1979.

<sup>17</sup> “Μεταφορά Συντελεστή Δόμησης και άλλες διατάξεις” ΦΕΚ Α' 69-12.04.1995.

Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας έκρινε επανειλημμένα ως αντισυνταγματικές τις ρυθμίσεις περί ΜΣΔ, με εξαίρεση την εφαρμογή του θεσμού αυτού στις περιπτώσεις προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος.<sup>18</sup> Επομένως, η ΜΣΔ είναι θεμιτή κατά το α. 24 παρ. 6 Σ. μέθοδος αποζημίωσης του ιδιοκτήτη διατηρητέου κτηρίου ή στοιχείου ενώ ταυτόχρονα συνιστά και εργαλείο πολεοδομικού σχεδιασμού.<sup>19</sup>

Στο πλαίσιο του χωροταξικού ελέγχου διατυπώνεται από το ΣτΕ μια καινούργια νομολογιακή αρχή,<sup>20</sup> η αρχή της αντιστάθμισης ή της αντικατάστασης. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, μια ρύθμιση η οποία θίγει το περιβάλλον, διότι αυξάνει την επιβάρυνση σε δόμηση μιας περιοχής, είναι συνταγματικά ανεκτή από το α. 24 παρ. 1 και 2 Σ., εάν συγχρόνως συνεπάγεται μείωση της δόμησης επιφάνειας σε μια άλλη περιοχή. Η αρχή αυτή της αντιστάθμισης ή της αντικατάστασης παρουσιάζει το ιδιαίτερο ενδιαφέρον ότι αποδεικνύει την αντίληψη του ακυρωτικού δικαστή ότι το περιβάλλον είναι ένα ενιαίο σύστημα, του οποίου η προστασία πρέπει να είναι ομοιόμορφη και συνολικά σχεδιασμένη. Η αντίληψη αυτή επιτρέπει, κατά λογική συνέπεια, μια τοπική υποβάθμιση όταν αυτή αντισταθμίζεται (αντικαθίσταται) από μια αντίστοιχη βελτίωση. Κατ'αυτόν τον τρόπο η συνολική ποιότητα και ισορροπία του περιβαλλοντικού – χωροταξικού – οικιστικού συστήματος δεν ανατρέπεται και το επίπεδο των όρων διαβίωσης δεν υποβαθμίζεται.<sup>21</sup>

Για τον ίδιο ακριβώς λόγο κρίθηκε, για τις περιπτώσεις προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος, ότι η ΜΣΔ μπορεί να εφαρμόζεται χωρίς να νοθεύεται η πολεοδομική σχεδίαση, μόνον αν πραγματοποιείται στην ίδια περιοχή. Έτσι λειτουργεί ως αντιστάθμιση της επιβάρυνσης που ορισμένη περιοχή υφίσταται λόγω της ΜΣΔ, εφόσον στην ίδια περιοχή προκαλείται ωφέλεια από την ύπαρξη διατηρητέων κτηρίων, χάριν των οποίων δεν εξαντλήθηκε σε συγκεκριμένα ακίνητα ο γενικός ισχύων για την περιοχή συντελεστής δόμησης (ΣτΕ 6070/1996 Ολομ.).<sup>22</sup>

Σε συνέχεια της ανωτέρω νομολογίας του ΣτΕ, δημοσιεύθηκε ο Ν 3044/2002,<sup>23</sup> ο οποίος και ρυθμίζει εξ' αρχής τον θεσμό της ΜΣΔ. Ορίζεται ειδικότερα ότι βαρυνόμενα ακίνητα, για τα οποία επιτρέπεται να εκδοθεί τίτλος ΜΣΔ είναι κατ' αρχήν εκείνα τα οποία επιβαρύνονται για λόγους προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος.<sup>24</sup> Επιπλέον, η ΜΣΔ πραγματοποιείται αποκλειστικά σε ακίνητο (ωφελούμενο ακίνητο) που βρίσκεται μέσα σε Ζώνη Υποδοχής Συντελεστή.<sup>25</sup>

Δεδομένου όμως ότι δεν ήταν ευχερές ν' αξιοποιηθεί ο τίτλος ΜΣΔ, ακολούθησε ο Ν 4178/2013.<sup>26</sup> Ο εν λόγω νόμος προβλέπει την αποκλειστικά ηλεκτρονική διαδικασία καταγραφής και διαχείρισης τίτλων δικαιώματος συντελεστή δόμησης μέσω «Τράπεζα Γης».<sup>27</sup> Σκοπός της Τράπεζας Γης είναι «Η προστασία του φυσικού και πολιτιστικού περιβάλλοντος, η συγκέντρωση, επεξεργασία, διαχείριση και

<sup>18</sup> ΣτΕ 1310/1993, Ολ. 1071/1994, Ολ. 1846/1994, 2299/1996, Ολ. 6070/1996, 4301/1997 [Δημοσιευμένες στην ιστοσελίδα «Συμβούλιο της Επικρατείας και Διοικητική Δικαιοσύνη»] κ.α.

<sup>19</sup> Γ. Σιούτη: Εγχειρίδιο Δικαίου Περιβάλλοντος. Εδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003, σελ. 191.

<sup>20</sup> Στην απόφαση 1310/1993 της επταμελούς συνθέσεως του Ε' Τμήματος [Δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα «Συμβούλιο της Επικρατείας και Διοικητική Δικαιοσύνη»].

<sup>21</sup> Γ. Σιούτη: ό.α. σελ. 139 επ.

<sup>22</sup> Γ. Σιούτη: ό. α. σελ. 191 επ.

<sup>23</sup> «Μεταφορά Συντελεστή Δόμησης και ρυθμίσεις άλλων θεμάτων αρμοδιότητας Υπουργείου Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων», ΦΕΚ Α' 197-27.08.2002.

<sup>24</sup> Α. 3.

<sup>25</sup> Α. 4.

<sup>26</sup> «Αντιμετώπιση της αυθαίρετης δόμησης-περιβαλλοντικό ισοζύγιο και άλλες διατάξεις», ΦΕΚ Α' 174-08.08.2013.

<sup>27</sup> Α. 32.

εκμετάλλευση των τίτλων δικαιώματος και μεταφοράς συντελεστή δόμησης και των δικαιωμάτων και αξιών που δημιουργεί το κράτος μέσα από τις χωροταξικές και περιβαλλοντικές ρυθμίσεις, καθώς και η αγορά και ανταλλαγή εκτάσεων με σκοπό τη δημιουργία ελευθέρων κοινοχρήστων χώρων και την προστασία και την αποκατάσταση κτηρίων πολιτιστικής κληρονομιάς».<sup>28</sup>

Ο ν. 4495/2017<sup>29</sup> περιέχει τις τελευταίες ρυθμίσεις για τον θεσμό της ΜΣΔ. Συγκεκριμένα ορίζεται ότι «Ο τίτλος ΜΣΔ που αποκτά ο κύριος του βαρυνόμενου ακινήτου αντιστοιχεί στο συντελεστή δόμησης που δεν επιτρέπεται να ανεγερθεί σε αυτό. Ο ανωτέρω τίτλος μπορεί να πραγματοποιηθεί είτε σε ωφελούμενο ακίνητο εντός Ζώνης Υποδοχής Συντελεστή του αυτού δήμου με το βαρυνόμενο, ή σε όμορο δήμο [...], είτε με αποζημίωση από την Τράπεζα Δικαιωμάτων Δόμησης και Κοινοχρήστων Χώρων, ύστερα από αντιστοίχσή του με τίτλο Εισφοράς Περιβαλλοντικού Ισοζυγίου, εφόσον αυτό είναι εφικτό [...]».<sup>30</sup>

Σύμφωνα με στοιχεία του υπουργείου Περιβάλλοντος, στη χώρα μας έχουν συνολικά εκδοθεί 244.000 τίτλοι ΜΣΔ από διατηρητέα και 184.000 τίτλοι από ρυμοτομούμενα ακίνητα. Οι τίτλοι που δεν έχουν ακόμα «υλοποιηθεί» υπολογίζεται ότι αντιστοιχούν 450.000 τετραγωνικά μέτρα, με την αξία τους (βάσει αντικειμενικής αξίας) να υπολογίζεται στα 184 εκατ. ευρώ.<sup>31</sup> Σύμφωνα με υπολογισμούς του Μαρτίου 2018, προκειμένου να λειτουργήσει η Τράπεζα Δικαιωμάτων Δόμησης και Κοινοχρήστων Χώρων του Ν 4495/2017 θα χρειαστεί το λιγότερο μια τριετία, καθώς δεν έχουν ακόμα γίνει μελέτες για τις ζώνες υποδοχής συντελεστή.<sup>32</sup>

Πρόσφατα ενημερωθήκαμε από τον Τύπο για την πρόταση της «Ψηφιακής Τράπεζας Γης» που προωθείται από τον πρόεδρο του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος (ΤΕΕ).<sup>33</sup> Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την ανωτέρω πρόταση, η «Τράπεζα Γης» θα αγοράζει συντελεστή δόμησης από τους ιδιοκτήτες των διατηρητέων ή και των χαρακτηρισμένων μνημείων και θα τον πουλάει σε αυτούς που έχουν αυθαίρετα με πολύ μεγάλες παραβάσεις. Όσοι λαμβάνουν χρήματα δίνοντας συντελεστή, θα υποχρεούνται στην αποκατάσταση των διατηρητέων και όσοι αγοράζουν τον συντελεστή, στη σύννομη τακτοποίηση των παραβάσεών τους. Αυτή η πρόταση προκρίνεται ιδίως ενόψει των «αριθμών» καθώς στη χώρα υπάρχουν περίπου 20.000 διατηρητέα (υπουργείο Περιβάλλοντος και Ενέργειας) και μνημεία (υπουργείο Πολιτισμού) που έχουν «περισευούμενο» συντελεστή περίπου 3 εκ. τετραγωνικά μέτρα. Η πλειονότητα αυτών των κτηρίων αφορά σε παρατημένα και «διαλυμένα» είτε λόγω έλλειψης χρημάτων από τους ιδιοκτήτες για την αποκατάστασή τους, είτε λόγω πολυιδιοκτησίας εξαιτίας κληρονομικών ζητημάτων, είτε επειδή είναι άγνωστου ιδιοκτήτη.

### 3. Συμπεράσματα

Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η ΜΣΔ συνιστά ένα πράγματι επαρκές αντισταθμιστικό μέτρο για τις περιπτώσεις ακινήτων που χαρακτηρίζονται ως διατηρητέα, χωρίς όμως να περιορίζεται η ελεύθερη κατά προορισμό χρήση τους. Οι

<sup>28</sup> Α. 33.

<sup>29</sup> «Έλεγχος και προστασία του δομημένου περιβάλλοντος και άλλες διατάξεις», ΦΕΚ Α'167-03.11.2017.

<sup>30</sup> Α. 68.

<sup>31</sup> Γ. Λιάλιος: Η Μεταφορά Συντελεστή και πάλι στο προσκήνιο. Η Καθημερινή, 29.03.2018.

<sup>32</sup> Β. Γκοιμής σε Γ. Λιάλιος. Η Μεταφορά Συντελεστή και πάλι στο προσκήνιο. Η Καθημερινή, 29.03.2018.

<sup>33</sup> Η. Γ. Μπέλλος: «Τράπεζα Γης» για διατηρητέα και αυθαίρετα. Μοντέλο για «νοικοκύρεμα» πόλεων και ενίσχυση δημοσίων εσόδων. Η Καθημερινή, 24.02.2019.

διαδοχικές όμως αναθεωρήσεις των ισχυουσών διατάξεων για την εφαρμογή της ΜΣΔ δημιουργούν πράγματι αμφιβολίες για την αποτελεσματικότητα του θεσμού καθώς και για τη δυνατότά του να συμβάλει στη διατήρηση του πολιτιστικού περιβάλλοντος με τον παράλληλο σεβασμό του δικαιώματος στην ιδιοκτησία. Υπάρχει αδήρητη ανάγκη όμως να λειτουργήσει επαρκώς ο θεσμός της ΜΣΔ καθώς συνιστά ένα μέτρο προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος<sup>34</sup> το οποίο μάλιστα ενέχει σχετικά μικρή επιβάρυνση για τον κρατικό προϋπολογισμό σε σχέση με άλλα μέτρα προστασίας του, όπως λχ η απαλλοτριώση ή η αποζημίωση. Εξάλλου, η έννοια της «ποιότητας ζωής», αν και δύσκολα μεταφράζεται σε κανόνα του θετικού δικαίου, έχει συμβάλει ώστε οι δημόσιες εξουσίες να λαμβάνουν όλο και περισσότερο υπόψη τους ποιοτικούς στόχους κατά την ανάπτυξη του αστικού χώρου.<sup>35</sup> Η διατήρηση του πολιτιστικού περιβάλλοντος συνιστά σίγουρα έναν τέτοιο ποιοτικό στόχο που πρέπει να ληφθεί υπόψη από τη δημόσια εξουσία κατά τη διαδικασία ανάπτυξης του αστικού χώρου στη χώρα μας.

---

<sup>34</sup> Κ. Παπαδοπούλου: Η προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος σε περίοδο οικονομικής κρίσης. Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2018, σελ. 107 επ.

<sup>35</sup> J. Morand-Deville: Le Droit de l' Environnement. Εκδόσεις Presses Unviersitaires de France, 1987, σελ. 69.

## Η προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος εν γένει και ειδικότερα στο πηλιο. ο περιορισμος δομησης συγκροτηματων κατοικιων και η ανέγερση ιδιωτικού παραδοσιακού κτιρίου με δαπάνη του δημοσίου

Χρήστος Φώτου, Δικηγόρος Σ.Ε. και Αρείου Πάγου, Δικηγόρος Περιφέρειας Θεσσαλίας

### 1. Νομικό πλαίσιο σχετικά με την προστασία της πολιτιστικής κληρονομιάς.

Η προστασία του Πολιτιστικού Περιβάλλοντος και εν γένει της Πολιτιστικής Κληρονομιάς ρυθμίζεται από το Σύνταγμα, τις διεθνείς συμβάσεις και τους ειδικότερους νόμους, προεδρικά διατάγματα και υπουργικές αποφάσεις.

Το άρθρο 24 του Συντάγματος ορίζει ότι «1. Η προστασία του φυσικού και πολιτιστικού περιβάλλοντος αποτελεί υποχρέωση του Κράτους και δικαίωμα του καθενός. Για τη διαφύλαξή του το Κράτος έχει υποχρέωση να παίρνει ιδιαίτερα προληπτικά ή κατασταλτικά μέτρα στο πλαίσιο της αρχής της αειφορίας [...] 6. Τα μνημεία, οι παραδοσιακές περιοχές και τα παραδοσιακά στοιχεία προστατεύονται από το Κράτος. Νόμος θα ορίσει τα αναγκαία για την πραγματοποίηση της προστασίας αυτής περιοριστικά μέτρα της ιδιοκτησίας, καθώς και τον τρόπο και το είδος της αποζημίωσης των ιδιοκτητών». Με τις διατάξεις αυτές ο συντακτικός νομοθέτης, αναγνωρίζοντας τη σημασία της διαφύλαξης της πολιτιστικής κληρονομιάς της Χώρας, καθιέρωσε αυξημένη προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος, δηλαδή των μνημείων και λοιπών στοιχείων που προέρχονται από την ανθρώπινη δραστηριότητα και συνθέτουν την ιστορική, καλλιτεχνική, τεχνολογική και εν γένει την πολιτιστική κληρονομιά. Η προστασία της κληρονομιάς αυτής συνίσταται στη διατήρηση στο διηνεκές αναλλοίωτων των παραπάνω μνημείων και κάθε στοιχείου του πολιτιστικού περιβάλλοντος, συνεπάγεται δε τη δυνατότητα επιβολής των αναγκαίων μέτρων και περιορισμών της ιδιοκτησίας για την αποκατάσταση των μνημείων στην αρχική τους μορφή, όταν έχουν φθαρεί από τον χρόνο ή ανθρώπινες ενέργειες ή άλλα περιστατικά<sup>1</sup>.

Στο πλαίσιο της αρχής της αειφορίας, μέσα στο οποίο το Κράτος, βάσει του άρθρου 24 παρ.1 Σ, οφείλει να λαμβάνει μέτρα για την προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος, η Ελλάδα έχει συνυπογράψει τη Διεθνή Σύμβαση της Unesco για την προστασία της παγκόσμιας φυσικής και πολιτιστικής κληρονομιάς<sup>2</sup>. Στόχος της Unesco είναι η προστασία από κάθε είδους φθορά και καταστροφή προκειμένου αυτά να κληροδοτηθούν στις γενιές του μέλλοντος. Στο διεθνή κατάλογο έχουν συμπεριληφθεί, η Ακρόπολη Αθηνών, τα Παλαιοχριστιανικά και Βυζαντινά μνημεία Θεσσαλονίκης, οι Δελφοί, η Ολυμπία, καθώς πληρούν τα προκαθορισμένα κριτήρια,

<sup>1</sup>Σχετικές οι αποφάσεις του ΣτΕ 159/2017, 1493/2015, 2801/1991 Ολομ.

<sup>2</sup>Κυρώθηκε με τον Ν. 1126/1981(ΦΕΚ 32/Α/10-2-1981).



ώστε να χαρακτηριστούν εξέχουσας σημασίας σε παγκόσμιο επίπεδο από ιστορική, καλλιτεχνική, επιστημονική, αισθητική, εθνολογική ή ανθρωπολογική άποψη.

Από τις αρχές της δεκαετίας του 1970 άρχισε ο προβληματισμός σε εθνικό, ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο για την ανάγκη διατήρησης, βελτίωσης και αποκατάστασης των στοιχείων τόσο του φυσικού όσο και του πολιτιστικού περιβάλλοντος. Το 1972 τα Ηνωμένα Έθνη συγκάλεσαν τη Συνδιάσκεψη για το Ανθρώπινο Περιβάλλον με τη συμμετοχή 113 κρατών και πλήθος μη κυβερνητικών οργανώσεων. Το 1992 συνήλθε στο Rio de Janeiro η δεύτερη Συνδιάσκεψη των Ηνωμένων εθνών με τη συμμετοχή 178 κυβερνήσεων και ακόμα μεγαλύτερο αριθμό μη κυβερνητικών οργανώσεων. Οι διακηρύξεις που υιοθέτησαν οι Συνδιασκέψεις αυτές μολονότι δεν έχουν δεσμευτικό χαρακτήρα, δίνουν τις βασικές κατευθυντήριες γραμμές για την προστασία του περιβάλλοντος. Βασικό χαρακτηριστικό του διεθνούς δικαίου του περιβάλλοντος είναι η συμβατική του προέλευση σε αντίθεση με την εθιμική εξέλιξη των παραδοσιακών κλάδων του διεθνούς δικαίου. (Ηνωμένα έθνη, Στοκχόλμη 1972). Στη χώρα μας αναγνωρίζεται η υπεροχή του διεθνούς δικαίου έναντι των κοινών νόμων (άρθρο 28 παρ.1 Σ), με αποτέλεσμα συχνά η εθνική νομοθετική πρωτοβουλία να περιορίζεται σε διατάξεις εφαρμογής των διεθνώς συμφωνημένων κανόνων. Το 1954 με πρωτοβουλία της UNESCO υπογράφηκε η Σύμβαση της Χάγης για την προστασία της πολιτιστικής κληρονομιάς σε περίπτωση πολεμικών επιχειρήσεων. Το 1969 στο Λονδίνο υπεγράφη η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την προστασία της αρχαιολογικής κληρονομιάς, η οποία αναθεωρήθηκε το 1992 (Βαλέττα, 16.11.1992)<sup>3</sup>

Η Διεθνής Σύμβαση της Γρανάδας για την προστασία της αρχιτεκτονικής κληρονομιάς της Ευρώπης<sup>4</sup>, ορίζει στο άρθρο 1 ότι η «αρχιτεκτονική κληρονομιά» κατά την έννοια της Σύμβασης περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων ακινήτων αγαθών, τα «μνημεία», στα οποία κατατάσσεται «κάθε κατασκευή ιδιαίτερα σημαντική λόγω του ιστορικού, αρχαιολογικού, καλλιτεχνικού, επιστημονικού, κοινωνικού ή τεχνικού της ενδιαφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των εγκαταστάσεων ή διακοσμητικών στοιχείων, που αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα τους» και τα «αρχιτεκτονικά σύνολα», που περιλαμβάνουν «ομοιογενή σύνολα αστικών ή αγροτικών κατασκευών, σημαντικών λόγω του ιστορικού, αρχαιολογικού, καλλιτεχνικού, επιστημονικού,

<sup>3</sup> Κυρώθηκε με το Ν. 3378/2005 (ΦΕΚ Α 203/19.08.2005). Σχετικές επίσης οι: 1) Σύμβαση της Χάγης για την προστασία των πολιτιστικών αγαθών σε περίπτωση ένοπλης σύρραξης και του Πρωτοκόλλου της, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 1114/1981 (ΦΕΚ 6/Α/08-01-1981). 2. Ευρωπαϊκή Σύμβαση του Λονδίνου για την προστασία της αρχαιολογικής κληρονομιάς, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 1127/1981 (ΦΕΚ 32/Α/10-02-1981). 3. Διεθνής Σύμβαση του Παρισιού σχετικά με τα μέσα για την απαγόρευση και παρεμπόδιση της παράνομης εισαγωγής, εξαγωγής και μεταβίβασης της κυριότητας των πολιτιστικών αγαθών, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 1103/1980 (ΦΕΚ 297/Α/29-12-1980). 4. Διεθνής Σύμβαση του Παρισιού για την προστασία της παγκόσμιας πολιτιστικής και φυσικής κληρονομιάς, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 1126/1981 (ΦΕΚ 32/Α/10-02-1981). 5. Σύμβαση Unidroit της Ρώμης για τα κλαπέντα ή παρανόμως εξαχθέντα πολιτιστικά αγαθά, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 3348/2005 (ΦΕΚ 144/Α/23-06-2005). 6. Πρωτόκολλο ΙΙ στη Σύμβαση της Χάγης του 1954 για την προστασία των πολιτιστικών αγαθών σε περίπτωση ένοπλης σύρραξης, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 3317/2005 (ΦΕΚ 45/Α/23-02-2005). 7. Σύμβαση του Παρισιού για την προστασία της άυλης πολιτιστικής κληρονομιάς, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 3521/2006 (ΦΕΚ 275/Α/22-12-2006). 8. Σύμβαση του Παρισιού για την προστασία και την προώθηση της πολυμορφίας των πολιτιστικών εκφράσεων, κύρωση από την Ελλάδα Ν. 3520/2006 (ΦΕΚ 274/Α/22-12-2006).

<sup>4</sup> Κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν. 2039/1992 (Α'61).

κοινωνικού ή τεχνικού τους ενδιαφέροντος, συναφή μεταξύ τους ώστε να σχηματίζουν ενότητες, που να μπορούν να οριοθετηθούν τοπογραφικά». Από τις διατάξεις αυτές, οι οποίες κατά το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος έχουν υπέρτερη του νόμου τυπική ισχύ, συνάγεται ότι τα συμβαλλόμενα στην ανωτέρω Διεθνή Σύμβαση μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να απέχουν από κάθε ενέργεια που βλάπτει αμέσως ή εμμέσως τα μνημεία ή τα αρχιτεκτονικά σύνολα ή τον περιβάλλοντα χώρο τους.

## **2. Περιορισμοί κατά την προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος γενικά.**

Το φυσικό και το πολιτιστικό περιβάλλον, στοιχείο του οποίου αποτελούν τα μνημεία, οι παραδοσιακές περιοχές και τα παραδοσιακά στοιχεία, αποτελεί αυτοτελώς προστατευόμενο αγαθό και επιβλήθηκε στο Κράτος η υποχρέωση να λαμβάνει προληπτικά και κατασταλτικά μέτρα για την προστασία του, σύμφωνα με την αρχή της αειφορίας, παρεμβαίνοντας, στον αναγκαίο βαθμό, στην οικονομική ή άλλη ατομική ή συλλογική δραστηριότητα<sup>5</sup>. Οι επιβαλλόμενοι για την προστασία του περιβάλλοντος περιορισμοί, που ρυθμίζονται αποκλειστικώς από το άρθρο 24 του Συντάγματος, μπορεί να έχουν ευρύτερο περιεχόμενο από τους γενικούς περιορισμούς της ιδιοκτησίας, τους οποίους επιτρέπει το άρθρο 17 του Συντάγματος<sup>6</sup>, δύναται δε να εξικονούνται και μέχρι την ολοσχερή απαγόρευση της δόμησης σε περιοχές στις οποίες η ιδιαίτερη φύση τους και η εξυπηρέτηση των ως άνω σκοπών το επιβάλλουν. Ειδικά για τους παραδοσιακούς οικισμούς, οι οποίοι αποτελούν ουσιώδες στοιχείο της πολιτιστικής κληρονομιάς, η προστασία περιλαμβάνει την καταγραφή, την αξιολόγηση και την οριοθέτησή τους, η οποία γίνεται μόνο με προεδρικό διάταγμα, το χαρακτηρισμό τους ως παραδοσιακών και τον καθορισμό ειδικών όρων και περιορισμών δόμησης, που αποσκοπούν στη διατήρηση και ανάδειξή τους χωρίς να αλλοιώνεται ή να υποβαθμίζεται ο χαρακτήρας τους<sup>7</sup>. Οι όροι αυτοί δεν επιτρέπεται να είναι δυσμενέστεροι για το περιβάλλον από τους όρους και περιορισμούς που ίσχυαν προηγουμένως Εξάλλου, με την παρ. 2 του άρθρου 24 του Συντάγματος, το οικιστικό περιβάλλον έχει αναχθεί σε συνταγματικά προστατευόμενη αξία. Η διάταξη αυτή απευθύνει στον κοινό και κανονιστικό νομοθέτη επιταγές να ρυθμίσει την εξέλιξη των οικισμών βάσει ορθολογικού πολεοδομικού σχεδιασμού, δηλαδή σχεδιασμού, ο οποίος τελείται σύμφωνα με τις αρχές της πολεοδομικής επιστήμης και διαφυλάσσει την ιδιομορφία και την εν γένει φυσιογνωμία κάθε περιοχής, ώστε να εξασφαλίζονται οι καλύτεροι, κατά το δυνατόν, όροι διαβίωσης εντός των οικισμών.

Στις διατάξεις του Ν. 3028/2002 "για την προστασία των Αρχαιοτήτων και εν γένει της Πολιτιστικής Κληρονομιάς" (Α' 153), ορίζονται τα εξής:

"1. Στην προστασία που παρέχεται με τις διατάξεις του παρόντος νόμου υπάγεται η πολιτιστική κληρονομιά της Χώρας από τους αρχαιότερους χρόνους μέχρι σήμερα. Η προστασία αυτή έχει ως σκοπό τη διατήρηση της ιστορικής μνήμης χάριν της παρούσας και των μελλοντικών γενεών και την αναβάθμιση του πολιτιστικού

<sup>5</sup> Σχετικές οι αποφάσεις του ΣτΕ 2888/2014 επταμ., 613/2002 Ολομ.

<sup>6</sup> Σχετικές οι αποφάσεις του ΣτΕ 2887/2014, 1455/2004.

<sup>7</sup> Καρακώστας Ιωάννης «Περιβάλλον και δίκαιο», Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2000, Χριστοφυλλόπουλος Δημήτρης «Πολιτιστικό περιβάλλον – Χωρικός σχεδιασμός και βιώσιμη ανάπτυξη», Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα 2002, Παπαδοπούλου Κ. «Η προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος σε περίοδο οικονομικής κρίσης», Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2018.

περιβάλλοντος ..." (άρθρο 1) "α) ...Ως πολιτιστικά αγαθά νοούνται οι μαρτυρίες της ύπαρξης και της ατομικής και συλλογικής δραστηριότητας του ανθρώπου, β) ως μνημεία νοούνται τα πολιτιστικά αγαθά που αποτελούν υλικές μαρτυρίες και ανήκουν στην πολιτιστική κληρονομιά της Χώρας και των οποίων επιβάλλεται η ειδικότερη προστασία βάσει των εξής διακρίσεων: αα) ... ββ) ως νεότερα μνημεία νοούνται τα πολιτιστικά αγαθά που είναι μεταγενέστερα του 1830 και των οποίων η προστασία επιβάλλεται λόγω της ιστορικής, καλλιτεχνικής ή επιστημονικής σημασίας τους, κατά τις διακρίσεις των άρθρων 6 και 20 ..." (άρθρο 2). Στη συνέχεια, στη διάταξη του άρθρου 3 του νόμου προβλέπεται ότι: "η προστασία της πολιτιστικής κληρονομιάς της Χώρας συνίσταται κυρίως: α) στον εντοπισμό, έρευνα, καταγραφή ... β) στη διατήρηση και στην αποτροπή της καταστροφής, της αλλοίωσης και γενικά κάθε άμεσης ή έμμεσης βλάβης της ..., γ) ... δ) στη συντήρηση και την κατά περίπτωση αναγκαία αποκατάστασή της... ε) ... στ) στην ανάδειξη και την ένταξή της στη σύγχρονη κοινωνική ζωή και ζ) στην παιδεία, την αισθητική αγωγή και την ευαισθητοποίηση των πολιτών για την πολιτιστική κληρονομιά". Στο άρθρο 6 του νόμου ορίζονται τα εξής: "1. Στα ακίνητα μνημεία περιλαμβάνονται: α) ... β) ... γ) τα νεότερα πολιτιστικά αγαθά που ανάγονται στην περίοδο των εκάστοτε τελευταίων εκατό ετών και χαρακτηρίζονται μνημεία λόγω της ιδιαίτερης αρχιτεκτονικής, πολεοδομικής, κοινωνικής, εθνολογικής, λαογραφικής, τεχνικής, βιομηχανικής ή εν γένει ιστορικής, καλλιτεχνικής ή επιστημονικής σημασίας τους. 2. ... 4. ... Τα ακίνητα των περιπτώσεων β' και γ' της παραγράφου 1 χαρακτηρίζονται μνημεία με απόφαση του Υπουργού Πολιτισμού, που εκδίδεται ύστερα από εισήγηση της Υπηρεσίας και γνώμη του Συμβουλίου (Κεντρικού Αρχαιολογικού Συμβουλίου ή Κεντρικού Συμβουλίου Νεωτέρων Μνημείων κατά περίπτωση, σύμφωνα με το άρθρο 50 του νόμου), και δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ... 7. Τα αποτελέσματα του χαρακτηρισμού επέρχονται από την κοινοποίηση ή τη δημοσίευση της ανακοίνωσης στην εφημερίδα και αίρονται εάν η απόφαση περί χαρακτηρισμού δεν δημοσιευθεί εντός ενός έτους από αυτές. Εντός του ίδιου χρονικού διαστήματος απαγορεύεται κάθε επέμβαση ή εργασία στο υπό χαρακτηρισμό ακίνητο. ... 9. Η απόφαση χαρακτηρισμού ακινήτου μνημείου ... μπορεί να ανακληθεί μόνο για πλάνη περί τα πράγματα". Περαιτέρω, στο άρθρο 10 του Ν. 3028/2002 ορίζεται ότι: «1. Απαγορεύεται κάθε ενέργεια σε ακίνητο μνημείο, η οποία είναι δυνατόν να επιφέρει με άμεσο ή έμμεσο τρόπο καταστροφή, βλάβη, ρύπανση ή αλλοίωση της μορφής του ...».

Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, όπως συνάγεται και από την εισηγητική έκθεση του Ν. 3028/2002, τα μνημεία, ως μαρτυρίες του ανθρώπινου βίου που συγκροτούν αναγκαίο παράγοντα για τη διαμόρφωση και τη διατήρηση της ιστορικής μνήμης και των συλλογικών ταυτοτήτων καθώς και για τη διασφάλιση, χάριν και των επερχόμενων γενεών, της ιστορικής συνέχειας και παράδοσης, αλλά και συμβάλλουν στην ποιότητα ζωής, συνιστούν ουσιώδες στοιχείο της πολιτιστικής κληρονομιάς, η προστασία της οποίας αποτελεί υποχρέωση της Πολιτείας και συγχρόνως, ενόψει και της αναθεωρημένης διάταξης του άρθρου 24 παρ. 1 του Συντάγματος, ευθύνη και δικαίωμα του καθενός<sup>8</sup>. Ειδικότερα, τα ακίνητα μνημεία που ανάγονται στην περίοδο των εκάστοτε τελευταίων εκατό ετών χαρακτηρίζονται ως μνημεία λόγω της ιδιαίτερης αξίας τους, η οποία μπορεί να είναι, μεταξύ άλλων, αρχιτεκτονική, όπως συμβαίνει με τα οικοδομήματα που σημαδεύουν την εισαγωγή μιας σημαντικής περιόδου της αρχιτεκτονικής στον τόπο μας ή έχουν διακριθεί μέσα από την έγκυρη αρχιτεκτονική κριτική, πολεοδομική, προκειμένου για μεμονωμένο

<sup>8</sup> Σχετικές οι αποφάσεις του ΣτΕ 1909/2017, 1732/2015, 1493/2015 κ.α.

κτίσμα ή για κτιριακό συγκρότημα που αποτελεί χαρακτηριστικό δείγμα μιας ιστορικής φάσης εξέλιξης του οικισμού ή δημιουργεί ένα ανάπτυγμα όψεων και συμβάλλει στην ανάδειξη της εικόνας του αστικού τοπίου, ή αξία ιστορική, όταν πρόκειται για ακίνητο ή χώρο που συνδέεται με την εθνική, πολιτική ή κοινωνική ιστορία του νεότερου ελληνικού κράτους ή ορισμένης περιοχής και η διατήρησή του συμβάλλει στη διαφύλαξη της ιστορικής μνήμης. Για τον χαρακτηρισμό ακινήτου ως μνημείου δεν απαιτείται να συντρέχουν όλα τα κριτήρια που μνημονεύονται στην διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του Ν. 3028/2002, αλλ' αρκεί προς τούτο η συνδρομή έστω και ενός από τα κριτήρια αυτά. Εξάλλου, για το χαρακτηρισμό ακινήτου ως διατηρητέου μνημείου, λόγω της αρχιτεκτονικής αξίας του, δεν αρκεί, κατά την τεχνική κρίση της Διοίκησης, το κτίριο αυτό να αποτελεί απλώς δείγμα αρχιτεκτονικής τάσης μίας συγκεκριμένης εποχής ή να εμφανίζει επιρροές από συγκεκριμένο αρχιτεκτονικό κίνημα, αλλά θα πρέπει να έχει ιδιαίτερη αρχιτεκτονική αξία, που θα το διαφοροποιεί από τα υπόλοιπα κτίρια της κατηγορίας του. Όπως δε έχει κριθεί, κατά το χαρακτηρισμό δεν εξετάζεται ούτε η έκταση των οικονομικών συνεπειών που μπορεί να προκληθούν στους ενδιαφερόμενους, ούτε η τυχόν επίδραση του χαρακτηρισμού στις νομικές σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, αφού οι κρίσιμες διατάξεις αποβλέπουν στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος δηλαδή έννομου αγαθού, του οποίου η διαφύλαξη αποτελεί υποχρέωση της Διοίκησης κατά ρητή συνταγματική επιταγή. Τέλος, η νομιμότητα των διοικητικών πράξεων που εκδίδονται κατ' εφαρμογή των προαναφερθεισών διατάξεων του Ν. 3028/2002 ελέγχεται από τον ακυρωτικό δικαστή, τόσο ως προς την πληρότητα της αιτιολογίας όσο και ευθέως για την ορθή εφαρμογή του νόμου, εφόσον από τα στοιχεία του φακέλου διαπιστώνεται, με βάση και τα διδάγματα της κοινής πείρας, η συνδρομή ή μη των κριτηρίων που προβλέπονται από τον νόμο για τον χαρακτηρισμό.

### **3. Το νομικό πλαίσιο προστασίας του φυσικού και δομημένου περιβάλλοντος στο Πήλιο.**

Το φυσικό και δομημένο περιβάλλον του Πηλίου υπάγεται σε ιδιαίτερο καθεστώς προστασίας. Ειδικότερα, με τη με αρ. 10977/16.5.1967 απόφαση του Υπουργού Προεδρίας Κυβερνήσεως (Β' 352), η οποία εκδόθηκε βάσει του Κ.Ν. 5351/1932 (Α' 275) και του Ν. 1469/1950 (Α' 169), χαρακτηρίστηκαν ως ιστορικά διατηρητέα μνημεία και τόποι παρουσιάζοντες ιδιαίτερο φυσικό κάλλος ή ενδιαφέροντες από αρχιτεκτονική ή ιστορική άποψη οι οικισμοί Τσαγκαράδα και Τρίκερι και τμήματα άλλων έξι οικισμών του Πηλίου. Στη συνέχεια, με τη Φ.31/24512/1858/3.5.1976 απόφαση του Υπουργού Πολιτισμού και Επιστημών (Β' 652), η οποία εκδόθηκε βάσει των διατάξεων του ν. 1469/1950, το όρος Πήλιο, μαζί με τους οικισμούς του, χαρακτηρίστηκε ως τόπος ιδιαίτερου φυσικού κάλλους «*δια την ιδιαιτέραν φυσιογνωμίαν του, την αφάνταστον ποικιλίαν χρωματικών εναλλαγών και τον έξοχον συνδυασμόν πυκνής βλαστήσεως και θέας προς την θάλασσαν*» (παρ. 1), οι δε οικισμοί του Πηλίου χαρακτηρίστηκαν ως τόποι χρίζοντες ειδικής κρατικής προστασίας, «*καθ' ότι διατηρηθέντες αναλλοίωτοι από της εποχής της Τουρκοκρατίας, με τον μεγάλον αριθμόν αρχοντικών και παραδοσιακών οικιών, γραφικωτάτων πλατειών και δρομίσκων, συνθέτουν μοναδικήν εικόνα, ενθυμίζον δε το πλούσιον εις ιστορίαν παρελθόν*» (παρ. 2). Το θεσπισθέν με την ανωτέρω υπουργική απόφαση προστατευτικό καθεστώς διατηρήθηκε με το άρθρο 31 του Ν. 1650/1986 (Α' 160), σύμφωνα με την παρ. 9 του οποίου ό,τι έχει κηρυχθεί και προστατεύεται, μεταξύ άλλων, ως τοπίο ιδιαίτερου φυσικού κάλλους σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 1469/1950, εντάσσεται με προεδρικό διάταγμα στις κατηγορίες του άρθρου 18 παρ. 3

του ίδιου νόμου, σύμφωνα με τα κριτήρια του άρθρου 19 του ίδιου νόμου, ενώ, σύμφωνα με την παρ. 10 του ίδιου άρθρου 31, μέχρι την έκδοση του σχετικού διατάγματος και των οικείων κανονισμών λειτουργίας και διαχείρισης, τα αντικείμενα προστασίας της προηγούμενης παραγράφου εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις του ν. 1469/1950.

Περαιτέρω, με το π.δ της 10.3-1.4.1977 (Δ' 94), το οποίο εκδόθηκε βάσει των διατάξεων του ν.δ. της 17.7-16.8.1923 (Α' 228) και του ΓΟΚ/1973 [ν.δ. 8/1973 (Α' 124)], θεσπίστηκαν ειδικοί όροι και περιορισμοί δόμησης για δεκαοκτώ προϋφισταμένους του 1923 οικισμούς του Πηλίου και, στη συνέχεια, κατ' εξουσιοδότηση, μεταξύ άλλων, του άρθρου 9 του ν.δ. της 17.7-16.8.1923 και του άρθρου 79 παρ. 6 του ΓΟΚ/1973 [άρθρο 4 παρ. 1 του ν. 622/1977 (Α' 171)], εκδόθηκε το π.δ. της 19.10-13.11.1978 (Δ' 594), με το οποίο χαρακτηρίστηκαν ως παραδοσιακοί και υπήχθησαν σε ειδικό καθεστώς όρων δόμησης πλείονες οικισμοί της χώρας, μεταξύ των οποίων είκοσι οικισμοί του Πηλίου, συμπεριλαμβανομένων των ανωτέρω δεκαοκτώ. Τέλος, με το π.δ. της 11.6-4.7.1980 (Δ' 374), το οποίο εκδόθηκε βάσει των αυτών εξουσιοδοτικών διατάξεων, χαρακτηρίστηκαν ως παραδοσιακοί, ομαδοποιήθηκαν ανάλογα με τα ειδικότερα χαρακτηριστικά τους και εντάχθηκαν σε ειδικό καθεστώς προστασίας οι ανωτέρω είκοσι και επιπλέον σαράντα τέσσερις οικισμοί του Πηλίου, μεταξύ των οποίων ο οικισμός της «...» Πηλίου (άρθρο 1 παρ. 2 ομάδα Π στοιχ. 8 του π.δ/τος της 11.6-4.7.1980). Εξάλλου, με την απόφαση 2006/613/ΕΚ της 19.7.2006 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (ΕΕ L 259/21.9.2006), το όρος Πήλιο και η παράκτια θαλάσσια ζώνη εντάχθηκε στο Ευρωπαϊκό δίκτυο NATURA 2000, σύμφωνα με τις διατάξεις της Οδηγίας 92/43/ΕΟΚ (ΕΕ L 206)<sup>9</sup>. Όπως έχει κριθεί, οι όροι και περιορισμοί δόμησης οι οποίοι διέπουν τους χαρακτηρισθέντες με το ως άνω π.δ. της 19.10/13.11.1978 ως παραδοσιακούς οικισμούς, αποτελούν το ελάχιστο πλαίσιο προστασίας όλων των παραδοσιακών οικισμών, τυχόν δε προγενέστεροι ειδικοί όροι δόμησης κατισχύουν μόνον εφόσον κατατείνουν σε αποτελεσματικότερη προστασία του οικισμού<sup>10</sup>.

#### **4. Ο περιορισμός δόμησης συγκροτημάτων κατοικιών στο Πήλιο.**

Η μεγάλη κατασκευαστική «έκρηξη» στο Πήλιο ξεκίνησε ουσιαστικά στο τέλος της δεκαετίας του '90. Ως εκείνη την περίοδο οι εργολάβοι μπορούσαν να χτίσουν μέσα στον Βόλο με μεγάλους συντελεστές δόμησης. Όταν αυτοί μειώθηκαν και εξαντλήθηκαν τα ελεύθερα οικοπέδα, τότε στράφηκαν προς το Πήλιο, υιοθετώντας τη μέθοδο της αντιπαροχής, εντός των οριοθετημένων οικισμών του Πηλίου. Η έκδοση οικοδομικών αδειών, αν και κινείται στο πλαίσιο της νομιμότητας, αναδεικνύει τις αδυναμίες του νομοθέτη όσον αφορά την κατάτμηση των μεγάλων ιδιοκτησιών, η οποία οδηγεί σε «οργασμό» δόμησης, τον καθορισμό απόστασης που πρέπει να τηρείται μεταξύ των κτιρίων και των ορίων της ιδιοκτησίας και μεταξύ κτιρίων του ίδιου οικοπέδου.

Όπως έχει κριθεί, από τις διατάξεις διαταγμάτων, που διαδοχικά έως τώρα ίσχυαν, για την προστασία των οικισμών του Πηλίου, τα νέα κτίρια που ανεγείρονται εντός χαρακτηρισμένου παραδοσιακού οικισμού πρέπει να εντάσσονται στο οικιστικό περιβάλλον και ειδικότερα η ογκοπλαστική μορφή τους πρέπει να συνάδει με τα παραδοσιακά πρότυπα ως προς τη σύνθεση, την κλίμακα και τις αναλογίες των όγκων, σύμφωνα άλλωστε με γενικό κανόνα του πολεοδομικού

<sup>9</sup> Μεταφέρθηκε στο εσωτερικό δίκαιο με την κ.ν.α. 33318/3028/28.12.1998 (Β' 1289).

<sup>10</sup> Σχετικές οι αποφάσεις του ΣτΕ 3077/2006, 2160/2003, 3748/2000.

δικαίου, κατά τον οποίο κάθε νέο κτίριο πρέπει να ικανοποιεί τις απαιτήσεις της αισθητικής και να εντάσσεται αρμονικά στο φυσικό και οικιστικό περιβάλλον, όπως ορίζεται στο άρθρο 3 του ΓΟΚ/1985, ν. 1577/1985 (Α' 210) – άρθρο 327 παρ. 1 - 2 Κώδικα Βασικής Πολεοδομικής Νομοθεσίας, που κυρώθηκε με το π.δ. της 14/27.7.1999 (Α' 580)]. Εξάλλου από τα διαδοχικά νομοθετήματα περί προστασίας του Πηλίου συνάγεται ότι στους χαρακτηρισμένους παραδοσιακούς οικισμούς του Πηλίου το παραδοσιακό πρότυπο δόμησης συνίσταται στην ανέγερση σε κάθε ιδιοκτησία ενός κτιρίου κύριας κατοικίας και των τυχόν βοηθητικών κτιρίων αυτής (αποθήκη, παράσπιτο, φούρνος κ.λπ.), όχι δε περισσότερων αυτοτελών κτιρίων κατοικίας με το σύστημα της διηρημένης ιδιοκτησίας, το οποίο είναι ξένο και ασύμβατο με τα παραδοσιακά πρότυπα της περιοχής. Με βάση τα παραπάνω το Συμβούλιο Επικρατείας έκρινε, με τη με αρ. 568/2018 απόφασή του ότι δεν επιτρέπεται η ανέγερση στο ίδιο οικόπεδο περισσότερων αυτοτελών κτιρίων κατοικίας με το σύστημα της διηρημένης ιδιοκτησίας (συγκρότημα κατοικιών) και ακύρωσε σχετική οικοδομική άδεια ανέγερσης «συγκροτήματος κατοικιών», ήτοι επτά ανεξάρτητων κτιρίων κατοικιών επί του ίδιου οικοπέδου, εντός παραδοσιακού οικισμού στο Πήλιο. Όπως αναφέρεται στην απόφαση αυτή, η απαγόρευση αυτή συνάδει με τις επιταγές του άρθρου 24 του Συντάγματος, παρίσταται πρόσφορη και αναγκαία για την εξυπηρέτηση του επιδιωκόμενου σκοπού και δεν περιορίζει υπέρμετρα την ιδιοκτησία και την οικονομική ελευθερία, διότι δεν καθιστά αδύνατα τα οικόπεδα εντός των οικισμών, αλλά επιτρέπει την λελογισμένη εκμετάλλευσή τους, βάσει κανόνων και προτύπων που ίσχυαν ανέκαθεν στην προστατευόμενη περιοχή. Επίσης έκρινε ότι η ρύθμιση αυτή δεν αντίκειται στο άρθρο 17 του Συντάγματος ούτε στο άρθρο 1 του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 (Α' 256), ούτε παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Τούτο προκύπτει, όπως αναφέρεται στην απόφαση, από τη διατύπωση και το πνεύμα των σχετικών νομοθετημάτων και τα στοιχεία στα οποία αυτά ερείδονται<sup>11</sup> βάσει του οποίου εκδόθηκε το π.δ. της 11.6-4.7.1980). Η ερμηνεία αυτή επιρρωνύεται α) εκ του ότι για την εκτός σχεδίου και οικισμών περιοχή του Πηλίου, η οποία αποτελεί ενιαίο χώρο με τους οικισμούς, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, το άρθρο 8 παρ. 1 του π.δ. της 11.6-4.7.1980 παραπέμπει στο άρθρο 10 του π.δ. της 6.10.1978 περί εκτός σχεδίου δόμησης (Α' 538) όπως ίσχυε αρχικά, σύμφωνα με το οποίο επιτρέπεται μόνο μία οικοδομή κατοικίας ανά γήπεδο εκτός σχεδίου, και εκ του ότι για το Πήλιο καθιερώθηκε σταδιακά, από το 1977 και εξής, ανώτατο όριο «εκμεταλλεύσεως», ήτοι συνολικής κάλυψης κύριων και βοηθητικών κτισμάτων ανά οικόπεδο, μικρού σχετικά ύψους, το οποίο προϋποθέτει και συνεπάγεται την ανέγερση μίας κύριας οικοδομής και των τυχόν βοηθητικών κτισμάτων αυτής και όχι «συγκροτημάτων» περισσότερων κατοικιών. Ειδικότερα, με το άρθρο 1 παρ. 2 του ως άνω π.δ. της 10.3-1.4.1977 ορίστηκε ότι στους χαρακτηρισθέντες με το δ/γμα αυτό παραδοσιακούς οικισμούς η καλυπτόμενη επιφάνεια δεν δύναται να υπερβεί τα 200 τ.μ. και η συνολική καλυπτόμενη επιφάνεια ορόφων ανά οικόπεδο τα 300 τ.μ. Στη συνέχεια, με το άρθρο 9 παρ. 4 του π.δ. της 24.4-3.5.1985 (Α' 181) ορίστηκε ότι στους χαρακτηρισθέντες παραδοσιακούς οικισμούς με το π.δ. της 19.10-13.11.1978, εφαρμόζονται οι καθοριζόμενοι στην παρ. 2 του άρθρου 5 αυτού (δ/τος 1985) όροι δόμησης, μεταξύ των οποίων και ανώτατο όριο συνολικής κάλυψης ορόφων κύριων και βοηθητικών κτιρίων ανά ιδιοκτησία ανερχόμενο σε 300 τ.μ. (ήτοι 260 τ.μ. για κύριους και 60 τ.μ. για βοηθητικούς

<sup>11</sup> Αναφέρεται σε εισήγηση, που υιοθετήθηκε με το από 20.3.1979 πρακτικό του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων (Σ.Δ.Ε.).

χώρους), το οποίο στη συνέχεια, μετά την αντικατάσταση της παρ. 2 του άνω άρθρου 5 με το άρθρο 1 παρ. 2β του π.δ. της 14-23.2.1987 (Δ 133), ορίσθηκε σε 400 τ.μ. συνολικά, δηλαδή για κύρια και βοηθητικά κτίσματα. Εξάλλου τα ανωτέρω διαδοχικώς ισχύσαντα ανώτατα όρια εκμετάλλευσης οικοπέδων, ανεξαρτήτως ποσοστού κάλυψης και συντελεστή δόμησης, ανταποκρίνονται σε πραγματική κατάσταση επικρατούσα στους παραδοσιακούς οικισμούς του Πηλίου, όπως προκύπτει από τα πρακτικά των οικείων συλλογικών γνωμοδοτικών οργάνων του Υπουργείου ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε. (πρώην Δημοσίων Έργων), οι οποίες ερείδονται σε συστηματικές μελέτες «αναγνώρισης της πολεοδομικής και αρχιτεκτονικής φυσιογνωμίας» των οικισμών<sup>12</sup>, και, ειδικότερα στη σελ. 20 της σχετικής εισήγησης). Και ναι μεν το άρθρο 2 παρ. 3 του π.δ. της 11.6-4.7.1980 προβλέπει διάσπαση της οικοδομής όταν η κάλυψη υπερβαίνει τα 150 τ.μ., εξ αυτού όμως δεν συνάγεται ότι αυτό επιτρέπει την κατασκευή περισσότερων αυτοτελών κατοικιών στο ίδιο οικόπεδο (συγκροτημάτων κατοικιών), διότι, ερμηνευόμενο στο πλαίσιο του ειδικού καθεστώτος προστασίας των οικισμών του Πηλίου που εισάγεται με το πλέγμα των προαναφερόμενων νομοθετημάτων, αφορά προδήλως τη διάσπαση του όγκου μίας αυτοτελούς οικοδομής κατοικίας, η ανέγερση της οποίας επιτρέπεται από τις κείμενες διατάξεις, και όχι την ανέγερση περισσότερων αυτοτελών κατοικιών<sup>13</sup>.

Είναι γεγονός ότι με την απόφαση αυτή προστατεύονται οι παραδοσιακοί οικισμοί του Πηλίου από την ανέγερση συγκροτημάτων και ήδη έχει δημιουργήσει ποικίλες αντιδράσεις σε φορείς, που ασχολούνται με οικοδομική δραστηριότητα όπως το ΤΕΕ, συλλόγους κλπ., θεωρούμε όμως ότι αποτελεί ένα μέσο που αποτρέπει τη μετατροπή του Πηλίου σε αστική περιοχή, καθώς κινδυνεύει να συνενωθεί με το Βόλο.

## **5. Η ανέγερση ιδιωτικού παραδοσιακού κτιρίου με δαπάνη του δημοσίου.**

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η υπόθεση ανέγερσης ιδιωτικού παραδοσιακού κτιρίου με δαπάνη του δημοσίου και ειδικότερα.

Με την από 7-7-1999 αίτησή της, η οποία συνοδευόταν από το σχετικό φάκελο, η Α.Β. ζήτησε από την αρμόδια πολεοδομική υπηρεσία της Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης Μαγνησίας (ΝΑΜ) την κατεδάφιση παλιάς παραδοσιακής διώροφης κατοικίας σε οικισμό του Δήμου Αφειτών Πηλίου. Το αίτημά της διαβιβάστηκε, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4 του Ν. 1577/1985, στην αρμόδια Επιτροπή Αρχιτεκτονικού Ελέγχου Ε.Π.Α.Ε (ΕΠΑΕ), η οποία ενέκρινε την κατεδάφιση του παραδοσιακού κτίσματος και εκδόθηκε η με αρ. 5../1999 άδεια κατεδάφισης. Ακολούθως εκδόθηκε η με αρ. 2../2000 οικοδομική άδεια ανέγερσης νέου κτιρίου στην ίδια θέση, του Τμήματος Πολεοδομίας και Πολεοδομικών Εφαρμογών της ΝΑΜ.

Μετά από αίτηση ακύρωσης περιοίκων, οι οποίοι επικαλούντο ως έννομο συμφέρον την προστασία της παραδοσιακής αρχιτεκτονικής και του πολιτιστικού περιβάλλοντος του Πηλίου, εκδόθηκαν οι 842/2002 και 843/2002 αποφάσεις του Συμβουλίου Επικρατείας και ακυρώθηκαν τόσο άδεια κατεδάφισης παλαιάς οικίας όσο και η οικοδομική άδεια ανέγερσης νέου κτιρίου στην ίδια θέση.

---

<sup>12</sup> Αναφέρεται στο από 4.6.1993 πρακτικό του Κ.Σ.Χ.Ο.Π. επί του π.δ. της 17.4-16.5.1997 (Δ' 383), τροποποιητικού του π.δ/τος της 11.6-4.7.1980.

<sup>13</sup> ΣτΕ 2887, 2888/2014 επταμ., πρβλ. ΣτΕ 4575-4577/2009 επταμ., 1915/1994, 3984/1980, 3954/1979

Η Α.Β. μετά την ακύρωση της με αρ. 5../1999 αδείας κατεδάφισης, ζήτησε νέα άδεια για το συγκεκριμένο κτίσμα και η αρμόδια ΕΠΑΕ γνωμοδότησε και πάλι υπέρ της κατεδάφισης του κτιρίου και εκδόθηκε η με αρ. 2../2002 άδεια.

Στη συνέχεια η ενδιαφερόμενη επανήλθε, για την έκδοση νέας άδειας ανέγερσης κτιρίου στην ιδιοκτησία της και με απόφαση της Β/θμιας ΕΠΑΕ της Περιφέρειας Θεσσαλίας εγκρίθηκε η μελέτη ανέγερσης νέας διώροφης οικοδομής με υπόγειο και έτσι εκδόθηκε η με αρ. 5../2002 οικοδομική άδεια ανέγερσης νέας διώροφης οικοδομής με υπόγειο.

Στη συνέχεια, μετά από νέα αίτηση των περιοίκων στο ΣτΕ, με τη με αρ. 977/2005 απόφαση του Συμβουλίου Επικρατείας, ακυρώθηκαν η με αρ. 2../2002 άδεια κατεδάφισης παλαιάς οικίας της Α.Β. και η με αρ. 5../2002 οικοδομική άδεια, ανέγερσης νέου κτιρίου στην ίδια θέση, του Τμήματος Πολεοδομίας της ΝΑΜ.

Στο μεταξύ η παραδοσιακή οικία είχε κατεδαφισθεί και στη θέση της είχε αρχίσει η ανέγερση και είχε κατασκευασθεί ο σκελετός – μπετόν του υπογείου και πρώτου ορόφου.

Κατά τις διατάξεις του π.δ. της 15/28-4-1988 (ΦΕΚ 317 Δ), άρθρ. 1, ο ιδιώτης που παρανόμως αλλοιώνει ή καταστρέφει αρχιτεκτονικά στοιχεία είναι υποχρεωμένος σε ανακατασκευή τους κατά τους όρους και τις προϋποθέσεις των άρθρων του προεδρικού αυτού διατάγματος.

Ακολούθησε η από 3-10-2005 αίτηση της Α.Β. προς την πολεοδομική υπηρεσία της ΝΑΜ, με αίτημα την ανακατασκευή της οικίας, κατά τις διατάξεις του π.δ. της 15/28-4-1988, η οποία απορρίφθηκε.

Μετά από αίτηση ακύρωσης της Α.Β. στο ΣτΕ εκδόθηκε η με αρ. 3178/2009 απόφασή του, με την οποία υποχρεώθηκε η Ν.Α.Μ. να προβεί σε κατεδάφιση του ανεγερθέντος σκελετού-μπετόν της οικοδομής και στη συνέχεια στην ανακατασκευή της διώροφης παραδοσιακής οικίας, στην κατάσταση που υπήρχε προ της κατεδάφισης. Όπως ειδικότερα κρίθηκε από το ΣτΕ, η Διοίκηση δύναται να επιβάλει στον ιδιοκτήτη κτιρίου, που έχει χαρακτηριστεί διατηρητέο ή ευρίσκεται εντός παραδοσιακού οικισμού, την υποχρέωση αποκατάστασης στοιχείων του ή και ολικής ανακατασκευής του, με δική του καταρχήν δαπάνη, ανεξαρτήτως της αιτίας, στην οποία οφείλεται η αλλοίωση ή η κατάρρευση ή κατεδάφιση του κτιρίου. Στην περίπτωση, όμως, κτιρίου που κατεδαφίστηκε βάσει σχετικής αδείας, η δαπάνη ανακατασκευής του βαρύνει τη Διοίκηση, αδιαφόρως αν η άδεια αυτή ακυρώθηκε μεταγενεστέρως, δηλαδή μετά την εκτέλεσή της, με δικαστική απόφαση, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή η κατεδάφιση δεν οφείλεται σε αυθαίρετη ενέργεια, ούτε σε παραβίαση των υποχρεώσεων του ιδιοκτήτη, το γεγονός δε ότι εκ των υστέρων η σχετική άδεια κατεδάφισης ακυρώθηκε από το διοικητικό δικαστήριο δεν συνεπάγεται, για την εφαρμογή των παραπάνω διατάξεων, ερμηνευόμενων ενόψει της αρχής της εμπιστοσύνης, υποχρέωση του ιδιοκτήτη να καταβάλει τη δαπάνη ανακατασκευής.

Στη συνέχεια η Περιφέρεια Θεσσαλίας ως διάδοχος της ΝΑΜ, μετά τη με αρ. 1377/2017 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου προχώρησε στην ανακατασκευή του παραδοσιακού κτιρίου με όλες τις εργασίες (ηλεκτρικές, υδραυλικές κλπ.) ως νέο κτίριο στην παραδοσιακή του μορφή και ήδη ολοκληρώνεται.

Ζήτημα προέκυψε, μετά την έκδοση της οικοδομικής αδείας για την ανέγερση του νέου κτιρίου, καθόσον με τη με αρ. 28/ΠΣ/2016 Πράξη Προσυμβατικού Ελέγχου της 1<sup>ης</sup> Υπηρεσίας Επιτρόπου Ελεγκτικού Συνεδρίου Ν. Λάρισας, δεν εγκρίθηκε το σχέδιο της σύμβασης μεταξύ της Περιφέρειας Θεσσαλίας και της εργοληπτικής επιχείρησης – αναδόχου του έργου και τούτο διότι, όπως ανέφερε η Πράξη, η υποχρέωση της Περιφέρειας Θεσσαλίας συνίσταται στην ανακατασκευή του κτιρίου,



στην αρχική του μορφή – βάσει λεπτομερούς φωτογραφικής τεκμηρίωσης και μελέτης αρχιτεκτονικής αποτύπωσης, κατά τρόπο ώστε αυτό μορφολογικά να διατηρεί όλα εκείνα τα στοιχεία (αρχιτεκτονικές προεξοχές και λοιπά στοιχεία στο φέροντα ή μη οργανισμό) τα οποία είχαν υπαγορεύσει τη διατήρησή του, αλλά και των απαραίτητων στοιχείων για το άρτιο και λειτουργικό αποτέλεσμα (οικία), πλέον των υποχρεώσεων που προκύπτουν από σύγχρονους κτιριοδομικούς κανονισμούς, όχι όμως και στοιχεία τα οποία επιβαρύνουν, αδικαιολόγητα το κόστος κατασκευής, όπως κατασκευές ξύλινες, είδη υγιεινής, τζάκια, εσωτερικές θύρες, επιπλώσεις και είδη κουζίνας, επιστρώσεις τελειώματα, ηλεκτρομηχανολογικά, κλπ. Η Περιφέρεια Θεσσαλίας κατέθεσε στο Ελεγκτικό Συνέδριο αίτηση ανάκλησης, η οποία απορρίφθηκε με τη με αρ. 667/2017 απόφασή του, Συνεδρίου, μετά όμως την ασκηθείσα από την Περιφέρεια Θεσσαλίας αίτηση αναθεώρησης της απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, τμ. VI, εκδόθηκε η με αρ. 1377/2017 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, Τμ. Μείζονος Επταμελούς Συνθέσεως, η οποία τελικά δέχθηκε την αίτηση ανάκλησης και ενέκρινε την υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, με όλα τα παραπάνω οικοδομικά στοιχεία (τζάκια, εσωτερικές θύρες, είδη υγιεινής κλπ.), ουσιαστικά δηλ. πρόκειται για μια νέα διώροφη κατασκευή με πέτρινο περίβλημα.

Το ζήτημα έχει δύο όψεις. Η μία όψη έχει να κάνει με τον περιορισμό του δικαιώματος οικονομικής ελευθερίας και ανάπτυξης, με την επιβάρυνση του ιδιώτη, ο οποίος προγραμματίσει και άρχισε την κατασκευή διώροφης οικοδομής προκειμένου να την εκμεταλλευθεί τουριστικά και βρέθηκε, μετά από αλληπάλληλες αιτήσεις ακυρώσεως περιοίκων σε μία δικαστική δίνη εικοσαετίας με μεγάλο κόστος τόσο οικονομικό, όσο και κυρίως προσωπικό. Η άλλη όψη έχει να κάνει με την προστασία της πολιτιστικής και αρχιτεκτονικής κληρονομιάς, καθόσον οι πολεοδομικές υπηρεσίες στην επικράτεια θα πρέπει να είναι περισσότερο ευαίσθητες στο ζήτημα της προστασίας αυτής, ώστε αφενός να προφυλάσσουν τους πολίτες από παρόμοιες περιπέτειες και αφετέρου να διαφυλάσσουν την προστασία της πολιτιστικής κληρονομιάς, στοχεύοντας στην προώθηση του δημοσίου συμφέροντος αλλά και στην ανάπτυξη αισθήματος εμπιστοσύνης και σταθερότητας στο ευρύ κοινωνικό σύνολο.

# ΔΑΣΙΚΟΙ ΧΑΡΤΕΣ: Ο ΡΟΛΟΣ ΤΟΥΣ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΤΗΣ ΚΤΗΜΑΤΟΓΡΑΦΗΣΗΣ ΚΑΙ Η ΘΕΣΗ ΤΟΥΣ ΣΤΗ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

Αθηνά Ε. Σχινά, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Αθηνών, ΜΔΕ Φορολογικού Δικαίου Νομικής Σχολής Αθηνών

## 1. Εισαγωγή

Καθώς η διαδικασία ανάρτησης των δασικών χαρτών βρίσκεται ήδη σήμερα ολοκληρωμένη περίπου στο 50% της ελληνικής επικράτειας με τη παράλληλα κινούμενη διαδικασία της κτηματογράφησης να έχει προχωρήσει σε πάνω από το 60% των συνολικών εκτάσεων, οι πρόσφατες πολιτικές δεσμεύσεις επί τη βάση μνημονιακών υποχρεώσεων για μεταρρυθμίσεις που θα αφορούν την ολοκλήρωση αμφοτέρων των διαδικασιών έως το 2021, σε συνδυασμό με τη νομολογιακή αντιμετώπιση των δυο αυτών ειδικών διοικητικών διαδικασιών από τον ακυρωτικό δικαστή διαχρονικά, καθιστούν πάντα επίκαιρη για τον μελετητή του δικαίου τη θεώρηση των νομολογιακών εξελίξεων στα ζητήματα αυτά. Οι πρόσφατες αποφάσεις του Ε' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, με τις οποίες ο ακυρωτικός δικαστής ήρθε αντιμέτωπος τόσο ξανά με το ζήτημα της χρονικής αλληλουχίας και εν γένει διασύνδεσης των διαδικασιών της κτηματογράφησης και της σύνταξης δασολογίου όσο και με αυτό της εκτελεστότητας της πράξης κύρωσης δασικού χάρτη και του ρόλου των αντιρρήσεων του ν. 3889/2010, (άρθρ. 17 και 19) σε σχέση με προβολή λόγων που ανάγονται σε ζητήματα τεχνικής φύσεως, έριξαν «φως» σε νομολογιακές παραδοχές που ανήκουν στα μεγάλα έργα του Συμβουλίου της Επικρατείας, από την υπ' αριθμ. ΣτΕ 2818/1997 έως την υπ' αριθμ. ΣτΕ 1203/2017.

Οι τελευταίες προσθήκες στον νομολογιακό χάρτη γύρω από τα εξεταζόμενα ζητήματα έγιναν με τις υπ' αριθμ. ΣτΕ 1810/2018 και ΣτΕ 554-556/2018, οι οποίες είτε έκριναν, ακολουθώντας πιστά τα κριθέντα από τον ακυρωτικό δικαστή, τη χρονική συσχέτιση μεταξύ της διαδικασίας ανάρτησης των δασικών χαρτών και της κτηματογράφησης, είτε εξέτασαν το πρώτον ζητήματα που αφορούσαν το εύρος του ακυρωτικού ελέγχου κατά πράξεων κύρωσης δασικών χαρτών. Προκειμένου να γίνει κατανοητή η συνεισφορά της νομολογίας στο ακανθώδες αυτό ζήτημα που μελετάμε, πρέπει να γίνει μια ιστορική αναδρομή στις μνημειώδεις αυτές δογματικά αποφάσεις.

## 2. Θέτοντας τις βάσεις: οι ασυνεπείς προσπάθειες της Διοίκησης και ο πρώτος «νομολογιακός σταθμός»

Αν και η υποχρέωση σύνταξης Δασολογίου όσο και εκείνη του Εθνικού Κτηματολογίου έχουν καταστεί ήδη από τον αναθεωρητικό νομοθέτη ως συνταγματικές επιταγές, σύμφωνα με το άρθρο 24 του Συντάγματος, αυτό δεν αποτελούσε πάντα δεδομένο. Μπορεί να αντιλέξει κανείς ότι, οι πρώτες βάσεις για τη νομική προστασία του δασικού πλούτου της χώρας είχαν ήδη τεθεί από το Σύνταγμα του 1975, όμως το προστατευτικό πλαίσιο που είχε τεθεί από τότε δεν κατέστη αρκετό τόσο για να ωθήσει αποτελεσματικά τη Διοίκηση να προβεί σε ενέργειες που

θα πραγμάτων τη προστασία αυτή, όσο και για να διαλευκάνει το αρχικά περίπλοκο ζήτημα της σύνδεσης ή μη της διαδικασίας της κατάρτισης δασικών χαρτών και της κτηματογράφησης. Σε εκτέλεση της συνταγματικής επιταγής του άρθρου 24 Σ. εκδόθηκε αρχικά ο ν. 248/1976, τον οποίο διαδέχθηκε ο ν. 998/1979, ο οποίος χαρακτηρίστηκε για τη ποιότητα των ρυθμίσεων του, καθώς προέβη σε μια συνολική ρύθμιση της προστασίας των δασών και των δασικών εκτάσεων, και στη πρώτη συστηματική θεσμοθέτηση του Δασολογίου.<sup>1</sup> Κύριες ρυθμίσεις του αποτέλεσαν η ανάθεση της διαμόρφωσης του περιεχομένου των δασικών χαρτών στη δασική υπηρεσία ή και σε άλλα κρατικά όργανα, η πρόβλεψη μιας πλήρους διαδικασίας αμφισβητήσεως των διαμορφωμένων δασικών χαρτών όπως και η θεσμοθέτηση της διαδικασίας υποβολής αντιρρήσεων αλλά και της μεταβατικής διαδικασίας του άρθρου 14 (που απέκτησε χαρακτήρα μονιμότητας), σύμφωνα με την οποία μέχρι τη σύνταξη του δασολογίου, οι αμφισβητήσεις σχετικά με τον δασικό χαρακτήρα των εκτάσεων θα επιλύονται από τον Δασάρχη και τελικώς από την Επιτροπή Επίλυσης Δασικών Αμφισβητήσεων. Οι ανωτέρω διατάξεις χαρακτηρίστηκαν ως ιδιαίτερα επιτυχημένες, με εξαίρεση αυτή του άρθρου 14 (για την οποία ουδέν όφειλε ο νομοθέτης να προβλέψει τη κατάχρηση της χορηγούμενης πρόσκαιρης δυνατότητας), καθώς χάρη σε αυτές βρήκαν εφαρμογή οι συνταγματικές ρυθμίσεις και συνδέθηκε η αποτελεσματική προστασία του δασικού πλούτου με την απαραίτητη γνώση και καταγραφή του.<sup>2</sup> Αλλιώς διατυπωμένα, η ακριβής γνώση του προστατευτέου αγαθού κρίθηκε ως αυτονόητος όρος για τη λήψη προστατευτικών μέτρων και την αποτελεσματικότητά αυτών. Η έγκυρη απογραφή του δασικού κεφαλαίου με έναν συστηματικό τρόπο, σύμφωνα με τους κανόνες της δασικής επιστήμης και της τεχνικής και η συνακόλουθη δεσμευτικότητά της τόσο για τη διοίκηση όσο και για τους διοικουμένους αποκόπτει από τη ρίζα κάθε αμφισβήτηση σχετικά με τον χαρακτήρα μιας εκτάσεως ως δάσους.<sup>3</sup>

Η μεταβατική διάταξη του άρθρου 14 του προηγούμενου νόμου μπορεί από τη μια να θεωρηθεί ότι κατέχει αρνητικό πρόσημο, καθώς αποτέλεσε το άλλοθι της Διοίκησης για τη παρατεταμένη παράλειψή της να πραγματώσει το έργο του Δασολογίου, από την άλλη όμως αποτέλεσε το «πάτημα» του ακυρωτικού δικαστή για να οδηγηθεί στην έκδοση της υπ' αριθμ. ΣτΕ 2818/1997, που έμελλε να αποτελέσει τη λυδία λίθο της αποτελεσματικής πραγμάτωσης του συνταγματικού σκοπού του άρθρου 24 Σ. μέσα από τις κατευθύνσεις του ακυρωτικού δικαστή. Με μια φυσική μετάβαση από την απαρίθμηση των διατάξεων του ν. 998/1979 στη συνταγματική επιταγή του άρθρου 24 Σ., συνδέθηκε η αποτελεσματική προστασία του δασικού πλούτου της χώρας με την κατάρτιση του δασολογίου, κατά τρόπο που θα μπορούσε να πηγάζει ευθέως από το Σύνταγμα, παρά την έλλειψη ρητής αναφοράς. Επιπλέον, διαφωτίστηκε το καίριο και καθόλου ξεκάθαρο έως τότε ζήτημα, της σχέσης δασολογίου και κτηματολογίου, ανάγοντας το πρώτο σε αυτοτελή

<sup>1</sup> Πρβλ. Σ. Ρίζος, Οι Δασικοί Χάρτες ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝ & ΔΙΚΑΙΟ, 1/2017, Ιανουάριος - Φεβρουάριος - Μάρτιος 2017

<sup>2</sup> Αυτή τη φορά ανεξάρτητα από το σκέλος της επίλυσης των ιδιοκτησιακών ζητημάτων, όπως συνέβαινε με τον ν. 248/1976.

<sup>3</sup> Σύμφωνα με τα όσα δέχθηκε η μνημειώδης υπ' αριθμ. ΣτΕ 2818/1997. Το Δασολόγιο δεν προβλέπεται ως απλή συρραφή των υφισταμένων δασικών χαρτών, αλλά ως σύνθεση, κατά τρόπο συστηματικό, των δασικών χαρτών με την προσθήκη «θεματικών και πληροφοριακών δεδομένων» (ΣτΕ Ολ 3973/2009). Η συνθετική μάλιστα αυτή και πρωτότυπη διοικητική εργασία γίνεται με βάση τους ορισμούς του δάσους και της δασικής εκτάσεως (ΣτΕ Ολ 3973/2009), όπως ισχύουν.

και ανεξάρτητη διαδικασία από εκείνη της κατάρτισης του Κτηματολογίου, λόγω της διαφορετικής τους στόχευσης. Τέλος, αναφορικά με τη διαδικασία ενώπιον των επιτροπών, του άρθρου 14, ο δικαστής προβλέποντας το μέλλον, στάθηκε αντίθετος απέναντι στη διαιώνιση κατά πάγιο τρόπο μιας ρύθμισης που έχει χαρακτήρα περισσότερο μεταβατικό παρά συστηματικό, τονίζοντας πως η διαδικασία αυτή με τον αποσπασματικό, εμπειρικό χαρακτήρα και τις ατέλειες της, είναι ανεκτή μόνο για το μεταβατικό διάστημα που απαιτείται για τη συντέλεση του δασολογίου. Το Σύνταγμα και ο νόμος δεν ανέχονται την διαιώνιση της διαδικασίας αυτής και την συνακόλουθη υποβάθμιση της δασικής προστασίας.<sup>4</sup> Να τονιστεί δε, ότι σύμφωνα με τα κριθέντα, απονεμήθηκε σαφής και αποκλειστική αρμοδιότητα στη δασική υπηρεσία για τη κατάρτιση Δασολογίου, ήτοι σε κρατικό όργανο.<sup>5</sup> Έτσι, ακυρώθηκε η παράλειψη της Διοικήσεως να καταρτίσει Δασολόγιο, αφού παρήλθε ο εύλογος χρόνος από την ολοκλήρωση του οικείου κανονιστικού πλαισίου (10 έτη).

### **3. Το χρονικό και ουσιαστικό σημείο τομής των διαδικασιών σύνταξης Κτηματολογίου και Δασολογίου**

Η νομοθετική πρωτοβουλία με τον ν. 2664/1998 περί κτηματολογίου και η συνταγματική αναθεώρηση του 2001 ήταν φυσικά επακόλουθα της παραπάνω νομολογίας-ορόσημο. Αυτά βέβαια σε επίπεδο νομοθετικής εξουσίας, καθώς από την εκτελεστική εξουσία αναμενόταν επίσης η αλλαγή ρυθμών με τη κατάρτιση του δασολογίου. Με τον ν. 2664/1998 επαναδιατυπώθηκαν κατά τρόπο ακόμα πληρέστερο ρυθμίσεις που είχαν τεθεί με τον ν. 998/1979, περί λήψης μέτρων για τη χαρτογράφηση των δασικών εκτάσεων από ειδικούς επιστήμονες, την υποβολή αντιρρήσεων ενώπιον ειδικών δασικών διοικητικών αρχών, καθώς και την προσωρινή επίλυση των αμφισβητήσεων μέσω της διαδικασίας του άρθρου 14 του ν. 998/1979 μέχρι την κατάρτιση των δασικών χαρτών. Αυτό ήταν και το πρώτο δείγμα της προσπάθειας διασύνδεσης των διαδικασιών της κτηματογράφησης και της σύνταξης δασολογίου, μέσω δηλαδή της παραπομπής ενός νόμου στις διατάξεις του άλλου. Η καινοτομία δε του νόμου αυτού ήταν η γνωστή σε όλους μας σήμερα μεταφορά των αρμοδιοτήτων της δασικής υπηρεσίας, στην «εξαιρετική» περίπτωση της αδυναμίας εκτέλεσης των εργασιών κατάρτισης των δασικών χαρτών από τις υπηρεσίες αυτές, σε ιδιωτικά γραφεία εκπόνησης δασικών μελετών με απόφαση του Υπουργού Γεωργίας, ενώ για τις περιοχές που κηρύσσονται υπό κτηματογράφηση, και για τις οποίες δεν υφίσταται δασικός χάρτης, προβλεπόταν η δυνατότητα εκτέλεσης των εργασιών κατάρτισής του από το Κτηματολόγιο Α.Ε. Τον νομοθετικό αναβρασμό ακολούθησε η συνταγματική αναθεώρηση του 2001, όπου στα άρθρα 24 παρ. 1 και 2 προβλέφθηκε πλέον ρητώς ότι η σύνταξη του δασολογίου και κτηματολογίου συνιστά υποχρέωση του Κράτους. Λίγο αργότερα εκδόθηκε ο εκτελεστικός νόμος 3208/2003, οι διατάξεις του οποίου κρίθηκαν αρχικά από την Επιτροπή Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας<sup>6</sup> και έπειτα από την Ολομέλεια<sup>7</sup> ότι εισάγουν νέες

<sup>4</sup> Ο.π. Σ. Ρίζος.

<sup>5</sup> Κρίση από την οποία θα αποκλίνει ουσιωδώς η μετέπειτα νομολογία.

<sup>6</sup> Πρβλ. υπ' αριθμ. ΣτΕ 202/2005 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, σύμφωνα με την οποία οι κριθείσες διατάξεις καθιστούν αυστηρότερες τις προϋποθέσεις για τον χαρακτηρισμό μιας έκτασης ως δάσους ή δασικής, με συνέπεια η κατάρτιση των δασικών χαρτών κατ' εφαρμογή τους να έχει οπωσδήποτε ως αποτέλεσμα τη μείωση της επιφανείας των δασών και των δασικών εκτάσεων σε

ρυθμίσεις που συρρικνώνουν το πεδίο προστασίας, μέχρι τη κατάργηση αυτού από τον ν. 3818/2010, και έπειτα τη συμπλήρωση των ρυθμίσεων του τελευταίου με τον ν. 3889/2010, με τους οποίους και τέθηκε η βασική δομή των εν ισχύ σήμερα ρυθμίσεων. Να τονιστεί βέβαια, ότι με τον ν. 3889/2010, αν και ως προς το ζήτημα των αρμοδιοτήτων για τη κατάρτιση του δασολογίου, επαναδιατυπώθηκαν κατά μεγάλο μέρος οι διατάξεις του ν. 998/1979, με τις δασικές υπηρεσίες να αποτελούν τις κυρίως αρμόδιες, επαναλήφθηκαν τα ρηθέντα με τον ν. 3208/2003 περί της ανάθεσης της αρμοδιότητας κατάρτισης δασικών χαρτών σε ιδιωτικά γραφεία, στη περίπτωση που η κατάρτιση του δασικού χάρτη δεν μπορεί να γίνει από την αρμόδια Διεύθυνση Δασών. Έχοντας αυτά ως βάση το Ακυρωτικό οδηγήθηκε το 2016<sup>8</sup> σε μια εξίσου μνημειώδη με τη προ δεκαετίας σχεδόν απόφαση του κρίση, μέσα από την οποία έριξε φως σε πολλά και διαφορετικά ζητήματα, τα οποία είτε είχαν μείνει αναπάντητα από την υπ' αριθμ. ΣτΕ 2818/1997, είτε ανέκυσαν κατά την ενίσχυση των λειτουργιών της Κτηματολόγιο Α.Ε.

Το Δικαστήριο ξεκινώντας από τη μείζονα σκέψη διατύπωσε τη κρίση ότι η κατάρτιση δασικών χαρτών έχει ως αφετηρία τη συνταγματική υποχρέωση προστασίας των δασών και δασικών εκτάσεων, συνεπώς κάθε πράξη ή παράλειψη που έρχεται σε αντίθεση ή παρακωλύει την εκπλήρωση αυτού του σκοπού, παραβιάζει ευθέως το Σύνταγμα. Από τη διατύπωση αυτή ήταν ευνόητο τι θα επακολουθήσει στο συμπέρασμα του δικανικού συλλογισμού, κατά το οποίο η παράλειψη της Κτηματολόγιο ΑΕ (και της Διοίκησης) να ολοκληρώσει τη διαδικασία κατάρτισης των δασικών χαρτών πριν την έναρξη της κτηματογράφησης έρχεται σε αντίθεση με τις συνταγματικές διατάξεις κατά το μέρος εκείνο που η κύρωση των δασικών χαρτών έπεται της περαίωσης του σταδίου της κτηματογράφησης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα κριθέντα, με δεδομένη τη μέριμνα του νομοθέτη για την άμεση και ταχεία εκκίνηση της διαδικασίας κατάρτισης δασικών χαρτών σε περιοχές που κηρύσσονται υπό κτηματογράφηση και δεν διαθέτουν δασικούς χάρτες (με την ανάθεση σε ιδιωτική εταιρεία), την ήδη ακυρωθείσα παράλειψη της Διοίκησης να ολοκληρώσει τη σχετική διαδικασία εντός ευλόγου χρόνου καθώς και το ότι οι διαδικασίες αυτές αποτελούν αυτοτελείς και ανεξάρτητες λόγω των διαφορετικών έννομων σκοπών που επιδιώκουν, η κύρωση των δασικών χαρτών δεν απαιτείται κατ' αρχήν να προηγείται της εκκίνησης της διαδικασίας της κτηματογράφησης, αλλά σε κάθε περίπτωση αυτή θα πρέπει ολοκληρώνεται πριν τη περαίωση του σταδίου αυτής. Αυτό γιατί σε υπό κτηματογράφηση περιοχές στερούμενες δασικού χάρτη, ελλείπει ο νόμιμος τίτλος για τη δήλωση των δασικών περιοχών, επί των οποίων υφίσταται το τεκμήριο ιδιοκτησίας του Δημοσίου.

---

ποσοστό, το οποίο δεν είναι δυνατόν να εκτιμηθεί., Ε.-Α. Μαριά, «Νομοθετικές και νομολογιακές διαστάσεις της έννοιας του δάσους και της δασικής έκτασης», Πρακτικά Ημερίδας του Συνηγόρου του Πολίτη με τίτλο: «Το δέντρο και το δάσος», εκδ. Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα 2008, σ. 15-41.

<sup>7</sup> Πρβλ. υπ' αριθμ. ΟλΣτΕ 32/2013 περί της αντισυνταγματικότητας των επίμαχων διατάξεων του ν. 3208/2003 με την οποία κρίθηκε ως ακολούθως ανίσχυρη η κανονιστική πράξη που καθόριζε τις προϋποθέσεις σύνταξης και τήρησης δασολογίου.

<sup>8</sup> Πρβλ. υπ' αριθμ. ΣτΕ 505-506/2016, όπου το Δικαστήριο ανέβαλε ζητώντας από τη Διοίκηση να διευκρινίσει εάν στις επίμαχες περιοχές των 107 ως άνω ΟΤΑ ελήφθησαν υπόψη οι δασικοί χάρτες και εάν είχαν αυτοί καταρτιστεί σύμφωνα με την ΣτΕ 32/2013 Ολομ. Επί αυτής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. ΣτΕ 1203/2017 επίσης αναβλητική, δοθέντος ότι το σχετικό ερώτημα για τη συμμόρφωση του περιεχομένου των δασικών χαρτών με τη ΣτΕ Ολ 32/2013 δεν απαντήθηκε από την ΕΚΧΑ ΑΕ.

Προκειμένου το Δικαστήριο να καταλήξει στο συμπέρασμα αυτό κατέφυγε προηγουμένως αφενός σε μια ανασκόπηση στη νομοθεσία και νομολογία που διέπει το Κτηματολόγιο και το Δασολόγιο, ερευνώντας τη φύση, τους σκοπούς και την ενδεχόμενη λειτουργική τους διασύνδεση, αφετέρου σε μια ιστορική αναδρομή στις διατάξεις που διέπουν το τεκμήριο κυριότητας του Δημοσίου επί δασικών εκτάσεων. Καθόλου περιττή αναφορά, καθόσον ο ακυρωτικός δικαστής αποκάλυψε με αυτόν τον τρόπο ότι ειδικά σε ό,τι αφορά ζητήματα κυριότητας του Δημοσίου επί δασικών εκτάσεων, οι διατάξεις ιδιωτικού και δημοσίου δικαίου βαίνουν παράλληλα και διασταυρώνονται. Κατά αυτόν τον τρόπο ανεδείχθησαν οι περιπτώσεις που για τη δήλωση δικαιώματος του Δημοσίου επί αυτών των εκτάσεων, ως νόμιμος τίτλος απαιτείται και αρκεί η διοικητική πράξη του χαρακτηρισμού ή της διαπίστωσης του χαρακτήρα της εκτάσεως, καθώς και οι περιπτώσεις που απαιτείται η επίκληση συγκεκριμένων αποδεικτικών στοιχείων<sup>9</sup>.

Περαιτέρω, περνώντας στην εξέταση των σκοπών του Δασολογίου και του Κτηματολογίου, πιο εκτενώς, και προκειμένου το Δικαστήριο να επιβεβαιώσει τα κριθέντα ήδη από την απόφαση του 1997, ο δικαστής εισχώρησε βαθύτερα στους σκοπούς των δύο αυτών διαδικασιών, έτσι όπως αυτοί ορίστηκαν ή ήθελαν να οριστούν από τον νομοθέτη. Σύμφωνα με τις αιτιολογικές εκθέσεις των νόμων 2308/1995 και 2664/1998, το Κτηματολόγιο αποτελεί ένα σύστημα οργάνωσης της έγγειας ιδιοκτησίας και ευρύτερα ένα σύστημα διοίκησης γης καθώς και διαχείρισης της γεωπληροφορίας, που επηρεάζεται από ποικίλους παράγοντες<sup>10</sup>. Με την οργάνωση του Κτηματολογίου, εκπληρώνονται σκοποί δημοσίου συμφέροντος, όπως είναι, μεταξύ άλλων, η πλήρης καταγραφή, ανάδειξη και αξιοποίηση της δημόσιας περιουσίας και η καταγραφή των δικαιωμάτων της εγγείου ιδιοκτησίας προς διασφάλιση της δημόσιας πίστης και κατοχύρωση της ασφάλειας των συναλλαγών, η ορθολογική οργάνωση και ανάπτυξη της χώρας βάσει αξιόπιστων πληροφοριών ως προς τα γεωχωρικά δεδομένα και τις χρήσεις γης και ειδικότερα, η χάραξη και εφαρμογή πολιτικής γης, αγροτικής πολιτικής, αναπτυξιακού σχεδιασμού σε εθνικό, περιφερειακό και τοπικό επίπεδο, σχεδιασμού για την προστασία του περιβάλλοντος, των φυσικών πόρων και των ευαίσθητων οικοσυστημάτων και η συμβολή στην αντικειμενική εκτίμηση των γεωτεμαχίων και οικοδομών (αιτιολογικές εκθέσεις ν.

<sup>9</sup> Πρβλ. Δ. Μαυροπόδη, «Δασικοί χάρτες και Κτηματολόγιο. Σχόλιο στις 805-808/2016 7μ.», [nomosphysis.org.gr](http://nomosphysis.org.gr) (Ιανουάριος 2017), Ευπραξία Αίθρα-Μαρία, «Κατάρτιση δασικών χαρτών και διαδικασία κτηματογράφησης: Η μεταξύ τους σχέση στη νομολογία του ΣτΕ», ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝ & ΔΙΚΑΙΟ, 3/2017, Ιούλιος - Αύγουστος - Σεπτέμβριος 2017, Σύμφωνα με τα άρθρα 1, 2 και 3 του βδ/τος της 17.11-1.12.1836 «περί ιδιωτικών δασών», αναγνωρίστηκε η κυριότητα του Δημοσίου επί των εκτάσεων που αποτελούσαν δάση ή δασικές εκτάσεις, εκτός από εκείνες, οι οποίες πριν από την έναρξη του περί ανεξαρτησίας απελευθερωτικού αγώνα περιήλθαν σε ιδιώτες, οι τίτλοι των οποίων θα αναγνωρίζονταν από τον Υπουργό Οικονομικών, εφ' όσον υποβάλλονταν εντός έτους από τη δημοσίευση του διατάγματος. Ωστόσο και στις περιπτώσεις αυτές δύναται να κτηθεί ιδιωτικό δικαίωμα με έκτακτη χρησικτησία, μόνον όμως αν η τριακονταετής νομή διανοία κυρίου και καλή τη πίστει έχει συμπληρωθεί μέχρι τις 11.9.1915, αφού μετά την ημερομηνία αυτή απαγορεύθηκε κάθε παραγραφή των δικαιωμάτων του Δημοσίου επί των δημοσίων κτημάτων (βλ. άρθρα 21 του νδ/τος της 22.4-26.5.1926 και 4 του α.ν. 1539/1938). Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 62 του ν. 998/1979, ως ίσχυε κατά τον χρόνο έκδοσης των προσβαλλομένων προ της τροποποίησής του από το άρθρο 67 του ν. 4042/2012 (Α' 24), το ως άνω μαχητό τεκμήριο του Δημοσίου επί των δασών που προϋπήρχαν στα όρια του Ελληνικού Κράτους δεν εφαρμόζεται στις Ιόνιες Νήσους, τις Κυκλάδες, την Κρήτη, τα Κύθηρα και Αντικύθηρα και στους Νομούς Λέσβου, Σάμου και Χίου.

<sup>10</sup> Πρβλ. Δημ. Παπαστερίου, «Δασικό Δίκαιο και Εθνικό Κτηματολόγιο», εκδ. Σάκκουλα Θεσσαλονίκη 2017, σ. 349 και 350

2308/1995, 2664/1998 και 4164/2013). Από την άλλη, το Δασολόγιο, αποτελεί ένα σύστημα απογραφής στο οποίο αποτυπώνονται τα δάση και οι δασικές εκτάσεις της χώρας, κατόπιν έγκυρης απογραφής τους κατά τρόπο συστηματικό και σύμφωνο με τους κανόνες της δασικής επιστήμης και τεχνικής και δεσμευτικό, τόσο για τη Διοίκηση όσο και για τους διοικούμενους.<sup>11</sup> Μάλιστα, δεν προβλέπεται ως απλή συρραφή των υφισταμένων δασικών χαρτών, αλλά ως σύνθεση, κατά τρόπο συστηματικό, των δασικών χαρτών με την προσθήκη «θεματικών και πληροφοριακών δεδομένων». Η συνθετική μάλιστα αυτή και πρωτότυπη διοικητική εργασία γίνεται με βάση τους ορισμούς του δάσους και της δασικής εκτάσεως, όπως ισχύουν.<sup>12</sup>

Το δεύτερο κρίσιμο ζήτημα που κλήθηκε το Συμβούλιο της Επικρατείας να κρίνει με τις παρούσες αποφάσεις, ήταν αυτό της αρμοδιότητας του Κτηματολογίου Α.Ε., άλλως της μεταβίβασης της αρμοδιότητας από τη δασική υπηρεσία με απόφαση του Υπουργού στο Κτηματολόγιο Α.Ε. και τη περαιτέρω ανάθεση του έργου πραγματοποίησης των μελετών σε ιδιωτικά γραφεία. Ως προς το ζήτημα αυτό κρίθηκε ότι ναι μεν ο νομοθέτης δεσμεύεται από το Σύνταγμα, προκειμένου να διασφαλιστεί η αποτελεσματική προστασία και να αποτραπεί η υποβάθμιση του δασικού πλούτου, διαθέτει ωστόσο διακριτική ευχέρεια ως προς την επιλογή των μέσων πραγμάτωσης του σκοπού αυτού. Ειδικότερα, κατά τη κρίση του δικαστή, ο νομοθέτης διαθέτει διακριτική ευχέρεια ως προς τον τρόπο οργάνωσης της διαδικασίας κατάρτισης των δασικών χαρτών (από την οποία δε εξαρτάται η σύνταξη του δασολογίου της χώρας). Η διαδικασία που θα επιλεγεί ωστόσο, από τον νομοθέτη οφείλει να πληροί τα εχέγγυα της ορθής και αξιόπιστης αποτύπωσης των δασών και δασικών εκτάσεων, με την πρόβλεψη οργάνων, που διαθέτουν τις απαιτούμενες για το σκοπό αυτό επιστημονικές γνώσεις, όπως και κατάλληλων τεχνικών προδιαγραφών. Το Ακυρωτικό απέρριψε τον ισχυρισμό περί αντισυνταγματικότητας λόγω της ανάθεσης διαπεραίωσης μέρους της ανωτέρω διαδικασίας σε ιδιώτες, σκεπτόμενο ότι η διαδικασία αυτή προβλέπεται μόνο κατ' εξαίρεση και με σκοπό την επιτάχυνση, διευκόλυνση και ολοκλήρωση της κύρωσης των δασικών χαρτών- η εκπλήρωση του οποίου εξυπηρετεί σκοπούς δημοσίου συμφέροντος- ώστε τα στοιχεία τους να ληφθούν υπόψη πριν την ολοκλήρωση της κτηματογράφησης. Τέλος δε, η ανάθεση αυτή δεν καθίσταται ανεξέλεγκτη, αλλά οριοθετείται από μια δέσμη διοικητικών ενεργειών και μέτρων, όπως μέσω των ειδικών σχετικών τεχνικών, που εκδίδονται από τους αρμόδιους υπουργούς, τη θεώρησή τους από τις αρμόδιες δασικές αρχές, την εξέταση αντιρρήσεων από ειδικά διοικητικά όργανα με τις αναγκαίες επιστημονικές γνώσεις καθώς και τη δυνατότητα υποβολής αντιρρήσεων και εκ μέρους των δασικών υπηρεσιών όπως και αιτήσεως ακυρώσεως κατά του κυρωθέντος χάρτη από τον αρμόδιο υπουργό.

Η επόμενη απόφαση ορόσημο έμελλε να ακολουθήσει έναν χρόνο αργότερα. Μετά την αναβλητική υπ' αριθμ. ΣτΕ. 805/2016 και συναφή υπ' αριθμ. ΣτΕ 806/2016, με τις οποίες αναβλήθηκε η εκδίκαση των αιτήσεων ακυρώσεως προκειμένου να αποσταλούν από τη διοίκηση εντός τακτής προθεσμίας τα στοιχεία που θεωρήθηκαν κρίσιμα για τη διάγνωση της υπόθεσης, ακολούθησαν οι υπ' αριθμ. ΣτΕ 1203/2017 και υπ' αριθμ. ΣτΕ 1543/2017, αντίστοιχα, επίσης αναβλητικές, με τις

---

<sup>11</sup> Πρβλ. ΣτΕ 805-8/2016 7μ.).

<sup>12</sup> Πρβλ. ΣτΕ Ολ 3973/2009.

οποίες ο ακυρωτικός δικαστής ήρθε για ακόμα μια φορά να ορίσει στη συνείδηση της Διοίκησης, τα όσα διατυπώθηκαν για πρώτη φορά με τις προηγούμενες αποφάσεις. Επαναλήφθηκε για ακόμα μια φορά η σχέση εξάρτησης και αλληλοσυμπλήρωσης μεταξύ των διαδικασιών της σύνταξης δασολογίου και της διαδικασίας της με συνδυαστικό κρίκο αυτών τη προστασία της δημόσιας δασικής κτήσης, ως σκοπό υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος. Σε ένα κλίμα εντονότερο από αυτό των προηγούμενων αποφάσεων, ο δικαστής αυτή τη φορά δεν χρησιμοποίησε αιτιολογικές εκθέσεις και συνταγματικές επιταγές στις οποίες εδράζεται η επίμαχη συσχέτιση των εν λόγω διοικητικών διαδικασιών, αλλά με ευθεία διατύπωση και σαφές νόημα έκρινε πως οι εν λόγω διαδικασίες παρά τους διαφορετικούς σκοπούς που η καθεμία επιτελεί, κατά το μέρος που αφορά στις εκτάσεις δασικού χαρακτήρα, και, κυρίως, γι' αυτές που το τεκμήριο της κυριότητας του Δημοσίου τυγχάνει εφαρμογής, οι δύο αυτές κρατικές αποστολές, συμπλέκονται τόσο ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό όσο και ως προς την προβλεπόμενη διαδικασία, διότι οι εκτάσεις αυτές αποτελούν αφ' ενός πολύτιμο περιβαλλοντικό αγαθό, στην προστασία του οποίου αποσκοπεί το Δασολόγιο και αφ' ετέρου ουσιώδες τμήμα της δημόσιας κτήσης, στην προστασία της οποίας συμβάλλει το Κτηματολόγιο.

Η τελευταία αυτή κρίση του δικαστηρίου ήρθε ουσιαστικά να εντάξει κατά τρόπο εναργέστερο τη μέριμνα για την προστασία και διατήρηση της δημόσιας δασικής κτήσης στην Ελλάδα στους θεμελιώδεις όρους της διαδικασίας κύρωσης δασικών χαρτών και κατάρτισης Δασολογίου, στάδιο προαπαιτούμενο για την εξίσου σημαντική διαδικασία της Κτηματογράφησης<sup>13</sup>. Παρά ταύτα, αν και η τελευταία απόφαση αποτελεί κατ' αρχήν ένα βήμα παρακάτω από την υπ' αριθμ. ΣτΕ 805/2016, στη πραγματικότητα, τον δρόμο είχε ήδη ορίσει τόσο η τελευταία, όσο και η αρχική υπ' αριθμ. ΣτΕ 2818/1997, αποφάσεις που αποτέλεσαν, όπως αποδείχθηκε θεμελιώδη εργαλεία για την ανάδειξη των δύο διαδικασιών της κατάρτισης του Δασολογίου και του Κτηματολογίου ως όρους *sine qua non* για τη προστασία του δασικού πλούτου της Χώρας.

#### **4. Κύρωση δασικών χαρτών και πρόσφατη νομολογία: μια προσπάθεια να διανυθεί απόσταση χρόνων**

Καθώς βρισκόμαστε θεατές μπροστά σε όσα υπέδειξε και καθόρισε το Συμβούλιο της Επικρατείας αναφορικά με τη σημασία της σύνταξης Δασολογίου και την ουσιαστική επίδραση αυτής για την εκπλήρωση του συνταγματικού σκοπού της κατάρτισης Κτηματολογίου, το Δικαστήριο ήρθε με μια πρόσφατη απόφαση να επαναλάβει τα κριθέντα στις προηγούμενες υπ' αριθμ. ΣτΕ 805-806/2016 και ΣτΕ 1203/2017 αποφάσεις του, αλλά αυτή τη φορά θα λέγαμε με μια πιο «ώριμη» κρίση, όντας όλα πιο ξεκάθαρα και ώριμα για τη Διοίκηση να τα αποδεχτεί.

---

<sup>13</sup> Πρβλ. Σ. Παυλάκη, «Οι διαδικασίες κατάρτισης Δασικών Χαρτών και Κτηματογράφησης στην πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας», in: [dasarxeio.com](http://dasarxeio.com)



Με την υπ' αριθμ. ΣτΕ 2236/2018, το Ακυρωτικό κλήθηκε να κρίνει σχετικά με τη νομιμότητα ή μη του καθορισμού των τεχνικών προδιαγραφών μελετών κτηματογράφησης και της προκήρυξης διαγωνισμού για το Εθνικό Κτηματολόγιο πριν τη κατάρτιση δασικών χαρτών. Υπό άλλη διατύπωση δε, αν είναι η υποχρεωτική η ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάρτησης δασικών χαρτών πριν από την εκκίνηση της διαδικασίας της κτηματογράφησης. Μένοντας συνεπές στη κατά τα προηγούμενα κρίση του, θεώρησε πως ο προηγούμενος ακριβής εντοπισμός των δασών και δασικών εκτάσεων στο σύνολο του εθνικού χώρου και η αξιόπιστη και συστηματική καταγραφή τους μέσω της κατάρτισης δασικών χαρτών, αποτελεί όρο *sine qua non* για τη θωράκιση του δικαιώματος του Δημοσίου σχετικά με τις εκτάσεις δασικού χαρακτήρα από ιδιοκτησιακές αμφισβητήσεις τρίτων<sup>14</sup>.

Βάσει αυτών, η χρονική προτεραιότητα κατάρτισης των δασικών χαρτών έναντι της ολοκλήρωσης της διαδικασίας της κτηματογράφησης είναι συνταγματικώς επιβεβλημένη, καθώς η πλήρης και η αξιόπιστη χαρτογράφηση των εκτάσεων δασικού χαρακτήρα, πέραν της αυτοτελούς ιδιαίτερης σημασίας της, ως προϋποθέσεως για την υλοποίηση της συνταγματικής επιταγής για την κατάρτιση του Δασολογίου, αποτελεί αναγκαία νομική προϋπόθεση και για την εκπλήρωση της δέσμης σκοπών δημοσίου συμφέροντος, στην οποία αποβλέπει η θέσπιση της υποχρέωσης για την κατάρτιση Κτηματολογίου. Φαίνεται δηλαδή, πως ο δικαστής αυτή τη φορά με νόημα ίδιο με εκείνο των προηγούμενων παραδοχών αλλά με μεγαλύτερη ευθύτητα, παραδέχτηκε την ανάγκη ολοκλήρωσης της διαδικασίας κατάρτισης δασικών χαρτών πριν την ολοκλήρωση της διαδικασίας της κτηματογράφησης, δίχως να επικαλεστεί «νόμιμους τίτλους» για την εγγραφή εγγραπτέου δικαιώματος, αρά ορίζοντας το, ευθέως, ως «συνταγματική υποχρέωση».

Ωστόσο, επανέλαβε πως, τα όσα υπαγορεύει η συνταγματική υποχρέωση ουδόλως εξικνούνται μέχρι του σημείου της υποχρεωτικής ολοκλήρωσης του Δασολογίου προ πάσης ενάρξεως της διαδικασίας που οδηγεί στην κατάρτιση του Κτηματολογίου, αφού η προστασία του δασικού πλούτου διασφαλίζεται επαρκώς αν ο δασικός χάρτης κάθε περιοχής, είναι στη διάθεση του Δημοσίου κατά το χρόνο υποβολής της εκ μέρους του δηλώσεως εγγραπτέου ιδιοκτησιακού δικαιώματος ή, το αργότερο, πριν οριστικοποιηθούν οι πρώτες εγγραφές. Έτσι απέρριψε όλες εκείνες τις αιτιάσεις που αφορούσαν τη πλημμέλεια των πράξεων ανάθεσης των συμβάσεων μελετών κτηματογράφησης και αντίστοιχα παράλειψης έγκαιρης κατάρτισης δασικών χαρτών, χωρίς να έχει εκκινήσει η διαδικασία κατάρτισης δασικών χαρτών και, πολύ περισσότερο, χωρίς οι χάρτες αυτοί να έχουν θεωρηθεί, αναρτηθεί και κυρωθεί, καθώς οι πράξεις αυτές αποτελούν αρκετά πρώιμο στάδιο της κτηματογράφησης και, περαιτέρω, της κατάρτισης και, πολύ περισσότερο, της λειτουργίας του Κτηματολογίου.

Ένα άλλο ζήτημα που αναδείχθηκε μέσα από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αναφορικά τη διαδικασία κύρωσης των δασικών χαρτών υπό ευρύτερη έννοια, αυτή δε τη φορά ανεξάρτητα από τη διαδικασία της κτηματογράφησης, ήταν αυτό της έναρξης της προθεσμίας της αίτησης ακύρωσης

---

<sup>14</sup> Το δικαίωμα αυτό συνδέεται με το τεκμήριο κυριότητας του Δημοσίου επί των εκτάσεων δασικού χαρακτήρα, το οποίο είχε θεσπιστεί για το μεγαλύτερο μέρος του εθνικού χώρου με το άρθρο 62 του ν. 998/1979 και διατηρήθηκε σε ισχύ και μετά την αντικατάσταση του άρθρου 62 με το άρθρο 37 παρ. 1 του ν. 4280/2014.

κατά του κυρωθέντα δασικού χάρτη, για τις εκτάσεις οι οποίες περιέχονταν στον αναρτηθέντα δασικό χάρτη και για τις οποίες δεν υποβλήθηκαν αντιρρήσεις κατά την προβλεπόμενη διαδικασία στα άρθρα 14 και 15 του Ν 3889/2010 όπως ισχύει. Με την υπ' αριθμ. ΣτΕ 554/2018 απόφαση του Ε' Τμήματος, παραπέμφθηκε προς επίλυση στην επταμελή σύνθεση και εκδόθηκε η υπ' αριθμ. ΣτΕ 1810/2018. Το Δικαστήριο με τη τελευταία έκρινε ότι η προθεσμία προσβολής του κυρωθέντος δασικού χάρτη για εκτάσεις που δεν υποβλήθηκαν αντιρρήσεις, εκκινεί κατ' αρχήν από την δημοσίευση στην ΕτΚ της πράξης κύρωσης, δοθέντος ότι ο νόμος προβλέπει διατυπώσεις ευρείας δημοσιότητας για την ανάρτηση των δασικών χαρτών προτού αυτοί κυρωθούν, ώστε να ασκηθούν εντός συγκεκριμένης προθεσμίας αντιρρήσεις κατά του περιεχομένου τους, με αποτέλεσμα οι ενδιαφερόμενοι να τεκμαίρεται ότι γνωρίζουν την ανάρτηση των δασικών χαρτών και, επομένως, την επικείμενη κύρωσή τους κατά το μέρος που δεν θα αποτελέσει αντικείμενο αντιρρήσεων. Ενόψει αυτών, στις περιπτώσεις που η κατάρτιση και ανάρτηση του δασικού χάρτη είναι γνωστή στον ενδιαφερόμενο λόγω της προηγηθείσης δημοσιότητας και παράλληλα δεν έχουν υποβληθεί αντιρρήσεις εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου προθεσμίας, η προθεσμία ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως κατά της κύρωσης του δασικού χάρτη, κινείται από τη δημοσίευση της κυρωτικής απόφασης στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, χωρίς να ασκεί επιρροή το γεγονός ότι το τμήμα της έκτασης στο οποίο αφορά η κάθε αίτηση ακυρώσεως είναι, ενδεχομένως, μικρό και εντοπισμένο (πρβλ. ΣτΕ 2473/2013, 3982/2009 Ολομ.)<sup>15</sup>. Να σημειωθεί δε, ότι το Δικαστήριο αυτή τη φορά έλαβε ως δεδομένο το ζήτημα του αν είναι δυνατή η προσβολή με αίτηση ακύρωσης των πράξεων μερικής κύρωσης δασικών χαρτών, δηλαδή πράξεων που έχουν εκδοθεί δυνάμει του άρθρου 17 του ν. 3889/2010, και αφορούν το μέρος των αναρτηθέντων δασικών χαρτών το οποίο δεν έχει αμφισβητηθεί με αντιρρήσεις, όπως στη περίπτωση του άρθρου 19 του ίδιου νόμου, ζήτημα που είχε ήδη επιλυθεί με τις υπ' αριθμ. ΣτΕ 1544/2017, ΣτΕ 2938/2017, ΣτΕ 1118/2018.

Επανερχόμενοι στο αντικείμενο της υπ' αριθμ. ΣτΕ 1810/2018, το Δικαστήριο εξετάζοντας ουσιαστικά το ζήτημα της πραγματικής πλήρους γνώσης και προχωρώντας στην ουσία, όρισε τις δύο περιπτώσεις όπου σημειώνεται εξαίρεση στον βασικό κανόνα. Η πρώτη αφορά υποθέσεις που οι διατυπώσεις δημοσιότητας της ανάρτησης των δασικών χαρτών δεν έχουν τηρηθεί ή υπήρξαν ελλιπείς ή μη προσήκουσες, οπότε δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί τεκμήριο πλήρους γνώσης του περιεχομένου των χαρτών και να κινηθεί η προθεσμία άσκησης αντιρρήσεων. Η δεύτερη αφορά υποθέσεις που υπάρχουν εκτάσεις εμπίπτουσες σε εγκεκριμένα σχέδια πόλεως ή πολεοδομικές μελέτες ως δομήσιμες, οπότε ο ενδιαφερόμενος, γνωρίζοντας ότι το ακίνητό του ευρίσκεται εντός πολεοδομημένης περιοχής, ευλόγως δεν επιδεικνύει ενδιαφέρον για το περιεχόμενο του δασικού χάρτη και παρά ταύτα αυτές περιλαμβάνονται στο χάρτη ως δασικές<sup>16</sup>. Συνεπώς, κατ' εξαίρεση στις περιπτώσεις αυτές, η προθεσμία ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως κατά της κύρωσης του δασικού χάρτη δεν κινείται από τη δημοσίευση της κυρωτικής απόφασης στην ΕτΚ, αλλά από τη πλήρη γνώση της πράξης εκ μέρους του ενδιαφερομένου<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Πρβλ. Π. Καποτάς, Προθεσμία προσβολής με αίτηση ακύρωσης πράξης κύρωσης δασικού χάρτη, ΣτΕ 1810/2018 Τμ. Ε' επταμ. [Παρατ.: Π. Καποτάς], ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝ & ΔΙΚΑΙΟ, Τεύχος 3/2018, Ιούλιος - Αύγουστος - Σεπτέμβριος 2018

<sup>16</sup> Πρβλ. ΣτΕ 2938/2017, 1544/2017

<sup>17</sup> Από τη νομολογία δε έχει κριθεί ότι η πράξη κύρωσης, κατ' αναλογία των πράξεων αναδάσωσης, όπως και των πράξεων κήρυξης χώρου αρχαιολογικού, θεωρείται ότι έχει γενικό ατομικό χαρακτήρα και η προθεσμία προσβολής της εκκινεί από την κοινοποίηση ή την γνώση της από τους θιγομένους,

Τέλος, η ανωτέρω πρόσφατη απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, αντιμετώπιζε ακόμα ένα κρίσιμο ζήτημα αναφορικά με το εύρος του ακυρωτικού ελέγχου και τη λυσιτέλεια της προβολής λόγων ακύρωσης κατά των πράξεων κύρωσης δασικών χαρτών όταν εμφανίζονται τεχνικές κρίσεις της Διοίκησης κατά των οποίων βάλλει το πρώτον ο διοικούμενος ενώπιον του Δικαστηρίου, ζήτημα που απηχεί τη πάγια νομολογία του Ακυρωτικού. Σύμφωνα με τα κριθέντα λοιπόν, στη περίπτωση που ο διοικούμενος, ο οποίος τεκμαίρεται ότι τελεί σε γνώση της ανάρτησης του δασικού χάρτη και της δυνατότητας άσκησης αντιρρήσεων κατ' αυτού, επιλέξει να μην προβάλει αιτιάσεις, με αποτέλεσμα η έκταση που τον αφορά, να συμπεριληφθεί στην απόφαση κύρωσης του δασικού χάρτη, έχει μεν τη δυνατότητα να ασκήσει αίτηση ακυρώσεως κατά της απόφασης αυτής, με αυτήν, όμως, από τη φύση του ακυρωτικού ελέγχου, απαραδέκτως προβάλλονται λόγοι ακύρωσης κατ' επίκληση στοιχείων τεχνικής φύσεως σχετικών με τη βλάστηση της έκτασης, τα οποία θα μπορούσαν να είχαν υποβληθεί ενώπιον του αρμοδίου για την εξέταση των αντιρρήσεων διοικητικού οργάνου και να αξιολογηθούν από αυτό. Τέτοιοι λόγοι αντιθέτως, θα μπορούσαν να προβληθούν μόνο κατά το στάδιο των αντιρρήσεων ενώπιον ειδικώς κατεστημένου οργάνου που διαθέτει τις απαιτούμενες τεχνικές γνώσεις, δεξιότητες και μέσα, ενώ σε περίπτωση προβολής και απόρριψης τους, η νομιμότητα αυτής μπορεί να αμφισβητηθεί με αίτηση ακυρώσεως κατά της πράξης κύρωσης του δασικού χάρτη. Αντικείμενο ελέγχου, στην περίπτωση αυτή, μπορεί να είναι η αιτιολογία απορρίψεως των εν λόγω ισχυρισμών, η οποία θα προκύπτει, μεταξύ άλλων, από το διοικητικό φάκελο που θα έχει σχηματισθεί κατά την εξέταση των αντιρρήσεων.

## 5. Αντί επιλόγου

Η συσχέτιση των διαδικασιών κατάρτισης των δασικών χαρτών και κτηματογράφησης καθώς και η χρονική τους συνάντηση, ήταν ένα από τα σημαντικότερα ζητήματα που αναδείχθηκε και προσεγγίστηκε από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας υπό το πρίσμα της συνταγματικής επιταγής του άρθρου 24 του Συντάγματος. Οι αποφάσεις που αποτέλεσαν αντικείμενο εξέτασης της παρούσας μπορούν να χαρακτηριστούν δίχως υπερβολή από τις πιο ιστορικές του Ε' Τμήματος του Δικαστηρίου, εξαιτίας της συνεισφοράς τους σε προβληματισμούς που σε καμία περίπτωση δεν αποτελούσαν κοινό τόπο μέχρι το χρονικό σημείο της έκδοσης τους, ενώ παράλληλα δυσχέραιναν το έργο της Διοίκησης γύρω από το πλαίσιο των διαδικασιών αυτών. Και ενώ αναδείχθηκε ότι οι δύο διαδικασίες κατάρτισης των δασικών χαρτών είναι κατ' αρχήν αυτοτελείς και ανεξάρτητες, αυτό ωστόσο, δεν περικλείστηκε από απολυτότητα, αφού η νομολογία βρήκε τελικά το σημείο τομής τους από χρονικής και λειτουργικής άποψης. Μετά από την επίλυση αυτών των σημαντικών ζητημάτων και υπό τη σκέπη πρόσφατων σχετικά νομοθετικών μεταρρυθμίσεων, που κατάστρωσαν ένα πιο συνεπές και δομημένο νομοθετικό πλαίσιο γύρω από τη διαδικασία κατάρτισης των δασικών χαρτών, η Διοίκηση προσπάθησε να διανύσει αποστάσεις χρόνων, με το έργο της κατάρτισης

---

αλλά η γνώση αυτή μπορεί να τεκμαίρεται από τα πραγματικά περιστατικά και τα εν γένει δεδομένα της συγκεκριμένης περίπτωσης (ΣτΕ 2531/2005, ΣτΕ 286/2005 ΣτΕ 2313/2004, 969/1998 Ολομ.), ό.π. Π. Καποτάς.

των δασικών χαρτών να προχωρά με μια πρωτοφανή για τη χώρα ταχύτητα και ανταπόκριση των φορέων και αρχών. Αυτά υπό τη σκέπη και την αρωγή της πρόσφατης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, το οποίο είτε με τις αποφάσεις του ήρθε για ακόμα μια φορά να καταστήσει σαφή τα λεχθέντα, είτε να θωρακίσει με έναν προστατευτικό μανδύα τη διαδικασία κατάρτισης δασικών χαρτών από εξωτερικές «προβολές» και «αιτιάσεις» που ανάγονται σε ζητήματα παραδεκτού, όπως η προθεσμία προσβολής της πράξης κύρωσης δασικού χάρτη ή το παραδεκτό των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης. Κατά τη γνώμη της γράφουσας, το πρόσημο των ανωτέρω αποφάσεων και οι κρίσεις που διατυπώθηκαν είναι ιδιαίτερα θετικές, καθώς ο ακυρωτικό δικαστής ήρθε όχι μόνο εκπληρώσει το έργο που κάνει πάντοτε, επιλύοντας κρίσιμα νομικά ζητήματα, αλλά επιπλέον, στη προκειμένη περίπτωση, να πράξει κάτι που είχε ιδιαίτερη ανάγκη η Διοίκηση, να δώσει δηλαδή, ώθηση σε διαδικασίες που έμεναν στάσιμες για χρόνια, παρακωλύοντας την εκπλήρωση συνταγματικών επιταγών.

## Η ΤΕΧΝΙΚΗ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΑΒΟΥΛΕΥΣΗΣ ΩΣ ΕΡΓΑΛΕΙΟ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ (Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΟΥ ΚΛΕΙΣΘΕΝΗ Ι)

Δρ. Αναστάσιος Αναστασίου, Σώμα Επιθεωρητών - Ελεγκτών Δημόσιας Διοίκησης

Msc. Σωτηρία Χριστοπούλου, Υπουργείο Μεταναστευτικής Πολιτικής

Στο παρόν άρθρο επιχειρείται η ανάλυση της έννοιας της διαβούλευσης, καθώς και η αποτίμηση του μεγέθους της επιρροής της στον σχεδιασμό και τη χάραξη κρατικών πολιτικών. Στο πλαίσιο αυτό και προκειμένου να αποτυπωθεί με ενάργεια η συμβολή και η επίδραση των εμπλεκόμενων φορέων στην τελική ρύθμιση, όπως αυτή διαμορφώνεται μετά την εκάστοτε διαβούλευση, επιλέγεται ως μελέτη περίπτωσης ο «Κλεισθένης Ι»<sup>1</sup>. Στην έξοδο της παρούσας ανάλυσης επισημαίνονται οι δυσκολίες της διαβούλευσης και καταγράφονται προτάσεις, προκειμένου οι διαβουλευτικές διαδικασίες να αποτελέσουν εργαλεία και τεχνικές που ενισχύουν την κοινωνική συμμετοχή και βελτιώνουν τις παραγόμενες δημόσιες πολιτικές. Το διά χειρός άρθρο διαπιστώνει ότι η αποτίμηση της λειτουργίας του θεσμού της διαβούλευσης στη χώρα μας δεν είναι ιδιαίτερος ενθαρρυντική, καθώς οι πολίτες με την ιδιότητα των ωφελούμενων ή θιγόμενων από την εκάστοτε ρύθμιση ως stakeholders εμπλέκονται χωρίς να μπορούν να επηρεάσουν τις αποφάσεις για την ακολουθούμενη πολιτική

### Μια διαδρομή στις κρίσιμες έννοιες της διαβούλευσης και της ανοικτής διακυβέρνησης

Στη διεθνή βιβλιογραφία, ο όρος διαβούλευση αποδίδεται με τη λέξη *deliberation*, η οποία προέρχεται από τη λέξη *libra*. Στα λατινικά η λέξη *libra* σημαίνει ζυγός, γεγονός που παραπέμπει στην αφετηριακή αρχή της διαβούλευσης, ήτοι τη στάθμιση των παραγόντων, τα οποία διαμορφώνουν την τελική κρίση του πολίτη.

Ο ορισμός της διαβούλευσης υπογραμμίζει την προσωπική ευθύνη του υποκειμένου που επιλέγει να συμμετέχει σε έναν διάλογο και να εκφράσει τη γνώμη του και γι' αυτόν τον λόγο σε αντίθεση με το ρήμα συμβουλευόμαι (*consult*), το ρήμα διαβουλευόμαι σπάνια συντάσσεται με αντικείμενο, γεγονός που υπογραμμίζει την αναγωγή στην προσωπικότητα του υποκειμένου, καθώς και της ισοτιμίας της

---

<sup>1</sup> Βλ. σχετικά στον Ν.4555/2018 με την επωνυμία «Μεταρρύθμιση του θεσμικού πλαισίου της Τοπικής Αυτοδιοίκησης – Εμβάθυνση της Δημοκρατίας – Ενίσχυση της Συμμετοχής – Βελτίωση της οικονομικής και αναπτυξιακής λειτουργίας των ΟΤΑ [Πρόγραμμα «ΚΛΕΙΣΘΕΝΗΣ Ι»] – Ρυθμίσεις για τον εκσυγχρονισμό του πλαισίου οργάνωσης και λειτουργίας των ΦΟΔΣΑ – Ρυθμίσεις για την αποτελεσματικότερη, ταχύτερη και ενιαία άσκηση των αρμοδιοτήτων σχετικά με την απονομή ιθαγένειας και την πολιτογράφηση – Λοιπές διατάξεις αρμοδιότητας Υπουργείου Εσωτερικών και άλλες διατάξεις», (ΦΕΚ 133/τ.Α'/19.07.2018).

σχέσης με άλλα υποκείμενα, εφόσον όλοι οι πολίτες μετέχουν με τους ίδιους όρους στη διαβούλευση.

Μέσω της διαβούλευσης οι κρατικοί φορείς ανταλλάσσουν απόψεις και εμπλέκονται σε δημόσιο διάλογο τόσο με φορείς άλλων κυβερνητικών επιπέδων (περιφερειακής ή τοπικής διοίκησης) όσο και με ιδιώτες (Μη Κυβερνητικές Οργανώσεις-NGOs, εμπειρογνώμονες, ιδιωτικούς επενδυτές, εκπροσώπους επαγγελματικών ομάδων), καθώς και κάθε άλλο κοινωνικό εταίρο, με γνώμονα τη βελτίωση της ποιότητας των παραγόμενων πολιτικών.

Στην Ελλάδα, παρά το γεγονός ότι η διαδικασία λήψης αποφάσεων χαρακτηρίζεται από έντονο βαθμό συγκεντρωτισμού, καθώς οι αποφάσεις λαμβάνονται από τα κρατικά κέντρα εξουσίας, έχουν αναδυθεί τις τελευταίες δεκαετίες διάφορες μορφές διαβούλευσης, οι οποίες στην πλειοψηφία τους έχουν θεσμοθετηθεί κι ως εκ τούτου, αποτελούν *conditio sine qua non* για την παραγωγή της εκάστοτε πολιτικής. Για παράδειγμα, οι ακροάσεις στη Βουλή ενώπιον της Διαρκούς Επιτροπής Δημόσιας Διοίκησης, Δημόσιας Τάξης και Δικαιοσύνης αποτελούν αναπόσπαστο στοιχείο της διαδικασίας ψήφισης των νομοσχεδίων των Υπουργείων Εσωτερικών, Διοικητικής Ανασυγκρότησης, Μεταναστευτικής Πολιτικής, Ψηφιακής Πολιτικής, Τηλεπικοινωνιών και Ενημέρωσης και Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων. Στις συνεδριάσεις της εν θέματι Επιτροπής προσκαλούνται όλοι οι εμπλεκόμενοι εταίροι, τηρούνται πρακτικά, στα οποία καταγράφονται οι προβληματισμοί και οι προτάσεις τους και ο διάλογος που αναπτύσσεται είναι σε μεγάλο βαθμό εποικοδομητικός. Στο πλαίσιο αυτό, δεν προξενεί εντύπωση το γεγονός ότι οι ανωτέρω συνεδριάσεις διακόπτονται, προκειμένου να συνεχιστούν άλλη μέρα, λόγω της κρισιμότητας των θιγόμενων σε αυτές ζητημάτων.

Συναφώς, σε κάθε Υπουργείο πριν τον σχεδιασμό μιας κρατικής πολιτικής συγκροτούνται είτε άτυπες Ομάδες Εργασίας είτε Επιτροπές αποτελούμενες από υπηρεσιακούς παράγοντες, προκειμένου να επεξεργαστούν και καταθέσουν προτάσεις για κάθε ρύθμιση, η οποία εμπίπτει στο πεδίο αρμοδιότητάς τους. Τα τελευταία δε χρόνια, η εξάπλωση της χρήσης των νέων Τεχνολογιών Πληροφορικής και Επικοινωνιών (ΤΠΕ) οδήγησε σε νέες πρωτοβουλίες ηλεκτρονικού διαλόγου ακολουθώντας το παράδειγμα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η οποία ήδη από το 1999 υιοθέτησε μέτρα υλοποιώντας την πρωτοβουλία eEurope με βασικά προτάγματα την είσοδο όλων των πολιτών, νοικοκυριών, επιχειρήσεων, σχολείων και δημοσίων υπηρεσιών στην ψηφιακή εποχή και την απόκτηση πρόσβασης στις ηλεκτρονικές υπηρεσίες δικτύου, την καλλιέργεια ψηφιακού πνεύματος, υποστηριζόμενου από επιχειρηματικό πνεύμα ανοικτό στις τεχνολογίες πληροφορίας και την τοποθέτηση της Κοινωνίας της Πληροφορίας στην υπηρεσία της κοινωνικής ένταξης.

Ιδιαίτερη έμφαση σε μια συμμετοχική/ανοικτή/πλουραλιστική δημοκρατία με ενεργό τον ρόλο των κοινωνικών εταίρων, δίνει το ΠΑΣΟΚ το 2009, καθώς δύο μόλις μέρες μετά τις εθνικές εκλογές της 6ης Οκτωβρίου 2009, προχωρά στη δημιουργία

ιστοχώρου ανοικτής διακυβέρνησης (<http://www.opengov.gr/home/>), με σκοπό αφενός την αξιοκρατική στελέχωση των φορέων του Δημοσίου, μέσω της δημοσιοποίησης προσκλήσεων ενδιαφέροντος και αφετέρου την ενίσχυση της λογοδοσίας μέσω της συμμετοχής των πολιτών στη διαμόρφωση πολιτικών με την κατάθεση προτάσεων ή σχολίων στο σύστημα μέσω της δημόσιας διαβούλευσης νομοσχεδίων ή πολιτικών δράσεων (λ.χ. Εθνικό Σύστημα για την Πολιτική Προστασία, Καμπάνια του ΕΟΤ για την Ελλάδα my Greece).

Ο ιστοχώρος [opengov.gr](http://www.opengov.gr) για την υλοποίηση του οποίου έχει χρησιμοποιηθεί ελεύθερο λογισμικό, λειτουργεί υπό την αιγίδα του Εθνικού Κέντρου Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης και υιοθετεί την άδεια Creative Commons Αναφορά Προέλευσης για τη διάθεση πληροφοριακού περιεχομένου απευθείας από τις ιστοσελίδες του ιστοχώρου και με τεχνολογία αναδιανομής ψηφιακού περιεχομένου RSS προσφέροντας τις εξής υπηρεσίες:

- υπηρεσίες διαβούλευσης για σχέδια πράξεων και αποφάσεων της Κυβέρνησης από ενδιαφερόμενους πολίτες και φορείς, θεματικά διαρθρωμένες κατά αρμόδιο Υπουργείο,
- υπηρεσίες εκδήλωσης ενδιαφέροντος για τη στελέχωση φορέων σε διάφορους τομείς της Κυβέρνησης,
- υπηρεσία με την επωνυμία [labs > opengov.gr](http://www.labs.opengov.gr) για την κατάθεση προτάσεων και ιδεών με αντικείμενο τη βελτίωση του δικτυακού τόπου [opengov.gr](http://www.opengov.gr), τον ανασχεδιασμό των κρατικών ηλεκτρονικών υπηρεσιών, καθώς και των κυβερνητικών ιστοσελίδων και
- υπηρεσία ενημέρωσης του πολίτη για το πρόγραμμα, τις συνεντεύξεις και τις δράσεις του Πρωθυπουργού.

Σύμφωνα με τα στατιστικά στοιχεία του ιστοχώρου<sup>2</sup>, η επισκεψιμότητά του μετά από μια αναμενόμενη έξαρση κατά την πρώτη περίοδο της λειτουργίας του, παρουσιάζει τον Νοέμβριο του 2009 μια αντίστοιχη κάμψη και μια μικρή αύξηση κατά τους μήνες Δεκέμβριο του 2009 και Ιανουάριο του 2010. Έκτοτε, το ενδιαφέρον των πολιτών ως εμπλεκόμενων εταίρων βαίνει συνεχώς μειούμενο με εξαίρεση τις διαβουλεύσεις του Υπουργείου Εσωτερικών και Οικονομικών, λόγω της άμεσης συσχέτισής τους με την καθημερινότητά τους. Χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι κατά τους πρώτους δύο μήνες λειτουργίας του η υπηρεσία [OpenGov.gr](http://www.opengov.gr) υποδέχθηκε περί τις 2.000.000 επισκέψεις, ενώ το επόμενο τρίμηνο οι διαβουλεύσεις δώδεκα Υπουργείων, που ανήρτησαν σχέδια κανονιστικών διατάξεων, έφτασαν μόλις τα 15.000 σχόλια.

Βάσει των ανωτέρω και προκειμένου να υπάρξει μια εναρμόνιση με τις αντίστοιχες ευρωπαϊκές πρακτικές περιστολής του μονοπωλίου λήψης αποφάσεων και ενίσχυσης της δημόσιας εμπιστοσύνης στην Κυβέρνηση, η ελληνική Δημόσια Διοίκηση με τον

---

<sup>2</sup> Βλ. σχετικά Google Trends, <http://trends.google.com/websites?q=opengov.gr>

N.3861/2010<sup>3</sup>, καλείται να εφαρμόσει τις διαδικασίες της ανοικτής διακυβέρνησης (open.gov) καθιστώντας τη δημόσια διοίκηση ανοικτή, συμμετοχική και αποτελεσματική. Με το ανωτέρω θεσμικό πλαίσιο, προσανατολίζεται η ελληνική Δημόσια Διοίκηση σε ένα σύστημα διαφανές, καθώς υποχρεούται να αναρτά όλες τις διοικητικές πράξεις που παράγει<sup>4</sup>. Ο πολίτης μπορεί να έχει πρόσβαση, στο σύνολο των νόμων και αποφάσεων που εκδίδουν τα κυβερνητικά όργανα και οι φορείς του στενού και του ευρύτερου δημόσιου τομέα μέσω της αναζήτησης στον ιστοχώρο του «Διαύγεια» με έναν μοναδικό αριθμό (Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης – ΑΔΑ), καταργώντας στην ουσία τη διαδικασία του χειρογράφου «ακριβούς αντιγράφου» για τις αναρτημένες διοικητικές πράξεις. Οι λειτουργίες προβολής και αναζήτησης αποφάσεων παρέχονται μέσω ενός κεντρικού δικτυακού τόπου και το έργο χρηματοδοτείται από το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Διοικητική Μεταρρύθμιση» του ΕΣΠΑ 2007-2013. Η συντήρηση του συστήματος παραμένει στην αρμοδιότητα του Υπουργείου Διοικητικής Ανασυγκρότησης και υποστηρίζεται με δαπάνες του Τακτικού Προϋπολογισμού.

Συνεπώς, το ελληνικό κράτος, παρά την ύπαρξη ισχυρών κορπορατιστικών δομών και την κατακερματισμένη πολιτική κουλτούρα, εγκαινιάζει διαδικασίες, οι οποίες στοχεύουν στην αλλαγή του μοντέλου σύγχρονης διακυβέρνησης. Σχεδιάζει ένα μοντέλο, στο επίκεντρο του οποίου τίθενται οι ανάγκες των πολιτών για διαφανή πληροφόρηση, αξιοκρατία και συμμετοχή στη διαδικασία διαμόρφωσης των αποφάσεων για τη χάραξη δημόσιων πολιτικών με συνακόλουθα οφέλη την εμπέδωση του αισθήματος δικαιοσύνης και εμπιστοσύνης τους προς την Κεντρική Διοίκηση καθώς και της απομείωσης του ανταγωνισμού και της επαύξησης της κοινωνικής αλληλεγγύης. Το ως άνω μοντέλο φέρει ομοιότητες με το μοντέλο της «χρηστής διακυβέρνησης», όπως αυτό περιγράφηκε από τον διατελέσαντα Γενικό Γραμματέα κατά την περίοδο 1992-1996 του Οργανισμού των Ηνωμένων Εθνών, Boutros Boutros – Ghali, ο οποίος σημειώνει χαρακτηριστικά: «όταν λέμε χρηστή διακυβέρνηση εννοούμε την παγκόσμια προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, τους νόμους που αποφεύγουν τις διακρίσεις, τις αποτελεσματικές και ταχείες δικαστικές διαδικασίες, τη διαφάνεια των δημοσίων φορέων, τη λογοδοσία για τις πράξεις των στελεχών της δημόσιας διοίκησης, την αποκέντρωση των πόρων και των αποφάσεων από την πρωτεύουσα στην περιφέρεια και την εποικοδομητική συμμετοχή των πολιτών στις συζητήσεις περί δημοσίων πολιτικών και επιλογών»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Βλ. σχετικά τον Ν.3861/2010 με την επωνυμία «Ενίσχυση της διαφάνειας με την υποχρεωτική ανάρτηση νόμων και πράξεων των κυβερνητικών, διοικητικών και αυτοδιοικητικών οργάνων στο διαδίκτυο «Πρόγραμμα Διαύγεια» και άλλες διατάξεις», (ΦΕΚ 112/τ.Α’/13.07.2010).

<sup>4</sup> Αναλυτικότερα, για την εφαρμογή του Νόμου, ορίζονται Υπεύθυνες Ομάδες Εφαρμογής σε κάθε δημόσιο φορέα, με αρμοδιότητα την ενσωμάτωση των διαδικασιών ανάρτησης των διοικητικών πράξεων του φορέα. Στη συνέχεια, η αρμοδιότητα των αναρτήσεων ανατίθεται και αποτελεί καθήκον της γραμματειακής υποστήριξης κάθε επιμέρους οργανωτικής μονάδας, η οποία δημιουργεί και εκδίδει τη σχετική διοικητική πράξη. Η εφαρμογή είναι ολοκληρωμένη και αποτελεί υπηρεσία πληροφόρησης, η οποία συμβάλλει στην ενίσχυση της διαφάνειας της Δημόσιας Διοίκησης.

<sup>5</sup> Βλ. σχετικά Thomas Weiss, “Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Global Challenges”, Third World Quarterly.



## Μελέτη Περίπτωσης: Κλεισθένης Ι. Δημόσια Διαβούλευση και συμμετοχικός σχεδιασμός στις πολιτικές περιφερειακής διοίκησης

Το έτος 2018 το Υπουργείο Εσωτερικών (ΥΠΕΣ) προχωρά στη μεταρρύθμιση του θεσμικού πλαισίου της τοπικής αυτοδιοίκησης, μέσω του νομοσχεδίου Κλεισθένης Ι<sup>6</sup>. Σύμφωνα με στοιχεία, τα οποία αντλούνται από την επίσημη ιστοσελίδα της Διαύγειας για τη διαβούλευση του Κλεισθένη Ι, το Υπουργείο Εσωτερικών θέτει σε δημόσια διαβούλευση το ανωτέρω σχέδιο νόμου. Με αυτό το σχέδιο νόμου<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Οι δέκα (10) αλλαγές που προκρίνει ο Κλεισθένης είναι οι κάτωθι εξής: 1<sup>η</sup>, θεσμοθέτηση του εκλογικού συστήματος της απλής αναλογικής. 2<sup>η</sup>, τετραετής δημοτική θητεία. 3<sup>η</sup>, διαχωρισμός κατάρτισης συνδυασμών για εκλογή Δημάρχου-Δημοτικού Συμβουλίου και Προέδρων-Συμβουλίων Κοινότητας. 4<sup>η</sup>, ορισμός αντιδημάρχων από όλες τις δημοτικές παρατάξεις. 5<sup>η</sup>, ένταξη δημοτικών συμβούλων σε άλλη παράταξη από αυτήν που εξελέγησαν. Παρέχεται η δυνατότητα στις υφιστάμενες παρατάξεις να συνενώνονται και να δημιουργούν νέα παράταξη. 6<sup>η</sup>, αλλαγές στη διοίκηση και λειτουργία των Κοινοτήτων. 7<sup>η</sup>, αναδόμηση του θεσμικού πλαισίου εποπτείας των ΟΤΑ. Ο ελεγκτής νομιμότητας, που προέβλεπε ο «Καλλικράτης», αντικαθίσταται από τον Επόπτη ΟΤΑ και αναδιαμορφώνεται το είδος των συλλογικών αποφάσεων που θα υποβάλλονται σε υποχρεωτικό έλεγχο νομιμότητας. 8<sup>η</sup>, υποχρεωτική συγκρότηση της Δημοτικής Επιτροπής Διαβούλευσης σε Δήμους άνω των 5.000 κατοίκων, αντί των 10.000 κατοίκων. 9<sup>η</sup>, δυνατότητα διενέργειας δημοτικού δημοψηφίσματος, πλην ζητημάτων που σχετίζονται με την εθνική ασφάλεια, την εξωτερική ή μεταναστευτική πολιτική, την ερμηνεία και εφαρμογή διεθνών συνθηκών, τα ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, την ελευθερία της θρησκευτικής συνείδησης και λατρείας, τη δημοσιονομική διαχείριση των ΟΤΑ, την επιβολή τελών και τη διοικητική διαίρεση της χώρας. 10<sup>η</sup>, καθιέρωση Δημοτικού Διαμεσολαβητή, κατόπιν επιλογής του για μια πενταετία (με δυνατότητα ανανέωσης για μία φορά), κατόπιν προκήρυξης του Δημάρχου.

<sup>7</sup> Όπως αναφέρει χαρακτηριστικά ο τότε Υπουργός Εσωτερικών, Παναγιώτης Σκουρλέτης στην πλατφόρμα του open.gov: «Το σχέδιο νόμου διαρθρώνεται σε τέσσερα (4) Μέρη. Στο πρώτο μέρος συμπεριλαμβάνεται πρόταση κατηγοριοποίησης των Δήμων με βάση τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά τους, διατάξεις σχετικές με τα όργανα διοίκησης της πρωτοβάθμιας αυτοδιοίκησης, καθώς και το νέο εκλογικό σύστημα για την ανάδειξη των δημοτικών και περιφερειακών αρχών. Θεσπίζεται δηλαδή το σύστημα της απλής αναλογικής ως το σύστημα εκείνο που στο χώρο της Τοπικής Αυτοδιοίκησης θα οδηγήσει στην αναζήτηση και επίτευξη συναίνεσης, σύγκλισης και συνεργασίας ανάμεσα στις παρατάξεις που μετέχουν στα όργανα διοίκησης, ενώ παράλληλα θα κινητοποιήσει πολίτες και υγιείς δυνάμεις, οι οποίες μέχρι σήμερα αποκλείονταν λόγω των στρεβλώσεων του ισχύοντος πλειοψηφικού εκλογικού συστήματος από τη συμμετοχή στα κοινά σε τοπικό και περιφερειακό επίπεδο. Με την παρούσα νομοθετική πρόταση αποσυνδέεται η εποπτεία των Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης από τις Αποκεντρωμένες Διοικήσεις, διασφαλίζεται το υψηλό επίπεδο και η επιστημονική επάρκεια των Εποπτών ΟΤΑ, καθώς επίσης αναπροσδιορίζεται το εύρος του ελέγχου νομιμότητας. Ενισχύονται επίσης οι θεσμοί συμμετοχής και δημοσίου διαλόγου στην Τοπική Αυτοδιοίκηση και θεσπίζεται το πλαίσιο για τη διεξαγωγή δημοτικού και περιφερειακού δημοψηφίσματος. Επιπλέον περιλαμβάνονται ρυθμίσεις για την ενίσχυση της αναπτυξιακής δράσης και τη βελτίωση της οικονομικής λειτουργίας των ΟΤΑ. Θεσπίζονται ομοίως όργανα και διαδικασία καταγραφής, αξιολόγησης και ανακαθορισμού των αρμοδιοτήτων σε επίπεδο τοπικής αυτοδιοίκησης, αποκεντρωμένων διοικήσεων και κεντρικής διοίκησης, αρμοδιότητες οι οποίες όχι μόνο είναι κατάσπαρτες σε εκατοντάδες κανονιστικά κείμενα αλλά ενίοτε είναι ανορθολογικά, και ως εκ τούτου αναποτελεσματικά, απονεμημένες. Ενισχύεται ο λόγος της Τοπικής Αυτοδιοίκησης στο νομοθετικό έργο, καθώς θα συμμετέχει σε όργανο το οποίο θα γνωμοδοτεί για διατάξεις σχεδίων νόμων που αφορούν την Τοπική Αυτοδιοίκηση, απονέμοντας π.χ μια νέα αρμοδιότητα σε αυτή.

επιχειρείται μια μεταρρυθμιστική τομή στον χώρο της Τοπικής Αυτοδιοίκησης με στόχευση την ουσιαστική ενίσχυση της λειτουργίας της, τη βελτίωση της αποτελεσματικότητάς της και την ταυτόχρονη ενθάρρυνση της συμμετοχής των πολιτών στα κοινά. Η διαβούλευση ξεκινά την 27.04.2018 και ολοκληρώνεται την 14.05.2018. Κατατίθενται 504 σχόλια από ενδιαφερόμενους επί όλων σχεδόν των άρθρων του νομοσχεδίου, αποτυπώνονται σε μορφή excel, χωρίς όμως να υπάρχει αναρτημένη έκθεση αξιολόγησης των αποτελεσμάτων της διαβούλευσης εκ μέρους του ΥΠΕΣ. Επιπροσθέτως, πραγματοποιούνται συναντήσεις του Υπουργού με τοπικούς αξιωματούχους και άλλους εμπλεκόμενους φορείς και λαμβάνουν χώρα οι αντίστοιχες προαπαιτούμενες συνεδριάσεις στη Βουλή για επεξεργασία του επίμαχου νομοσχεδίου στην αρμόδια Επιτροπή πριν τη συζήτηση και ψήφισή του από την Ολομέλεια.

Στην αιτιολογική έκθεση του Προγράμματος «Κλεισθένης Ι», αναφέρεται ότι προβλέπεται η σύσταση Επιτροπής από το ΥΠΕΣ,<sup>8</sup> η οποία θα καταγράφει και θα αξιολογεί το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο της Τοπικής Αυτοδιοίκησης συνολικά και τις σχέσεις της με την Κεντρική και την Αποκεντρωμένη Δημόσια Διοίκηση. Η Επιτροπή αποτελείται από εγνωσμένου κύρους επιστήμονες και εμπειρογνώμονες με συναφές με το αντικείμενο έργο τους, εκπροσώπους της πολιτικής ηγεσίας και στελέχη όλων των οργανικών μονάδων του ΥΠΕΣ, από εκπροσώπους της Κεντρικής Ένωσης Δήμων Ελλάδας (ΚΕΔΕ), της Ένωσης Περιφερειών Ελλάδας (ΕΝΠΕ), καθώς και από εκπροσώπους των αντιπροσωπευτικών φορέων συνδικαλιστικής εκπροσώπησης των εργαζομένων και στους δύο βαθμούς της Τοπικής Αυτοδιοίκησης.

Η πρόταση της Επιτροπής, παρά τους προβληματισμούς που αναπτύσσονται κατά τη διαβούλευσή της, διασφαλίζει τη συνέχεια της θεσμικής μνήμης του «Καλλικράτη», με γνώμονα τις εξελίξεις και την παρούσα οικονομική, πολιτική και κοινωνική

---

Με το Μέρος Δεύτερο επιχειρείται η ενίσχυση των Φορέων Διαχείρισης Στερεών Αποβλήτων (ΦΟΔΣΑ) με τη θέσπιση νέων κανόνων λειτουργίας σε πλήρη εναρμόνιση με το κοινοτικό και συνταγματικό περιβαλλοντικό κεκτημένο και στοχεύοντας στην πρόληψη της δημιουργίας αποβλήτων, στη μείωση της παραγωγής και σε μία, εν γένει, περιβαλλοντικά ενδεδειγμένη διαχείριση που θα καλύπτει το σύνολο της χώρας και θα συμβάλει στην εξοικονόμηση φυσικών πόρων και στην προστασία της ανθρώπινης υγείας και του περιβάλλοντος. Με το Μέρος Τρίτο προτείνονται ρυθμίσεις για την αποτελεσματικότερη και ταχύτερη άσκηση των αρμοδιοτήτων που σχετίζονται με την απονομή της ιθαγένειας και την πολιτογράφηση, ενώ στο Μέρος Τέταρτο θεσπίζονται λοιπές διατάξεις αρμοδιότητας του Υπουργείου Εσωτερικών. Οι απόψεις και προτάσεις που θα υποβληθούν θα ληφθούν υπόψη για τη βελτίωση των προτεινόμενων ρυθμίσεων. Επισημαίνεται, ότι οι διατάξεις του Μέρους Δεύτερου έχουν ήδη υποβληθεί σε δημόσια διαβούλευση από την 25.1.2018 και για επαρκές χρονικό διάστημα. Ως εκ τούτου δεν αποτελούν μέρος της παρούσας διαβούλευσης. Η δημόσια διαβούλευση του σχεδίου νόμου θα ολοκληρωθεί τη Δευτέρα, 14 Μαΐου και ώρα 15:00. Σας ευχαριστούμε προκαταβολικά για τη συμμετοχή σας. Ο Υπουργός Εσωτερικών Παναγιώτης Σκουρλέτης”, βλ. σχετικά <http://www.opengov.gr/ypos/?p=5963>

<sup>8</sup> Η Επιτροπή αυτή συγκροτήθηκε με την Α.Π. 19976/09.06.2016 (ΥΟΔΔ 318/17.06.2016) Απόφαση του τότε Υπουργού Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης (ΥΠΕΣΔΑ).

συγκυρία. Η Επιτροπή δεσμεύεται ότι οι παρεμβάσεις της αφορούν μια διαρκή μεταρρυθμιστική προσπάθεια με στόχο την αναμόρφωση των αυτοδιοικητικών θεσμών και την επιδίωξη του «αυτοδιοικητικού προτάγματος – όχι ως αυτοσκοπού, αλλά – ως μέσου εμβάθυνσης της δημοκρατίας και διεύρυνσης της συμμετοχής των πολιτών».

Η συμβολή της ποιότητας του ανθρώπινου δυναμικού των Υπηρεσιών της περιφέρειας στην οικονομική ανάπτυξη και στη διαμόρφωση της ταυτότητας ενός τόπου: αδυναμίες και αβελτηρίες των σύγχρονων τρόπων διαβούλευσης

Στη χώρα μας, καθώς τα σύγχρονα κοινωνικοοικονομικά προβλήματα αποκτούν πολυδιάστατο χαρακτήρα, η αντιμετώπισή τους απαιτεί νέους τρόπους προσέγγισης, με ολοένα αυξανόμενη την ανάγκη της συμμετοχικότητας όλων των εμπλεκόμενων φορέων για την επίλυση των προβλημάτων αυτών. Ιδιαίτερα δε στις πολιτικές περιφερειακής διοίκησης, αναδεικνύεται η ανάγκη αφενός του σχεδιασμού και της εφαρμογής αυτών των πολιτικών, από κεντρικό σε περιφερειακό και τοπικό επίπεδο, αφετέρου κατά τη διάρκεια του σχεδιασμού και της εφαρμογής αυτών, η αυξημένη συμμετοχικότητα όλων των εμπλεκόμενων φορέων από το κεντρικό προς το περιφερειακό και το τοπικό επίπεδο. Είναι επιβεβλημένη η προτεινόμενη τεχνική της δημόσιας διαβούλευσης.

Στην περίπτωση όμως, της διαβούλευσης περί τον Κλεισθένη Ι εντοπίζουμε κάποιες αδυναμίες. Η ανάγκη εφαρμογής πολιτικών, οι οποίες θα σχεδιάζονταν και θα εφαρμόζονταν με βάση τα τοπικά χαρακτηριστικά αλλά και τις γενικότερες κοινωνικοοικονομικές εξελίξεις, δεν αναδεικνύει τη σημασία αυτής της τοπικότητας. Η τοπικότητα φανερώνει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και τις ανάγκες του ανθρώπινου δυναμικού στις υπηρεσίες της περιφέρειας. Οι εμπλεκόμενες υπηρεσίες και οι φορείς της προσδίδουν μία ταυτότητα σε έναν τόπο ή σε μία πόλη, ιδιαίτερα δε σε ένα μεγάλο αστικό κέντρο ή σε μία μητροπολιτική περιοχή. Η ουσιαστική συμβολή της συμμετοχής του ανθρώπινου δυναμικού στη διαμόρφωση της ταυτότητας της περιφέρειας δεν προκύπτει τόσο στην ηλεκτρονική διαβούλευση όσο και στη διαβούλευση της Επιτροπής του ΥΠΕΣ.

Η εμπλοκή διαφορετικών επιπέδων διοίκησης μέσω διαδικασιών ουσιαστικής διαβούλευσης συμβάλλει στην ενεργοποίηση των τοπικών πρωταγωνιστών στον σχεδιασμό και στην εφαρμογή δημόσιας πολιτικής. Η ενεργός συμμετοχή τους στην επιλογή και υλοποίηση των προτεινόμενων παρεμβάσεων, εκ μέρους της κεντρικής διοίκησης, κρίνεται ως επωφελής και καινοτομική. Επωφελής και καινοτομική, διότι προτείνει διαδικασίες, μεθόδους και ενέργειες, ως προς την καθημερινή διοίκηση και την αντιμετώπιση των προβλημάτων που προκύπτουν σε καθημερινή βάση. Η προσέγγιση «από κάτω προς τα πάνω» (bottom-up) τόσο κατά τον σχεδιασμό όσο και κατά την εφαρμογή των παρεμβάσεων, λαμβάνει υπόψη τις ιδιαιτερότητες και τις γενικότερες αναπτυξιακές προοπτικές, καθώς και τα υφιστάμενα προβλήματα σε κάθε περιοχή, Δήμο ή Περιφέρεια. Με την αυξημένη συμμετοχικότητα του τοπικού

ανθρώπινου δυναμικού αναδεικνύεται μία νέα παράμετρος η οποία μπορεί να ληφθεί υπόψη, από την κεντρική διοίκηση στη διαμόρφωση της τοπικής ταυτότητας ή της τοπικότητας.

### Επίλογος – Συμπεράσματα

Η συνεργασία και η συμμετοχικότητα των φορέων διαμόρφωσης πολιτικής, αποτελεί βασική αρχή της Ευρωπαϊκής Ένωσης από τις αρχές της δεκαετίας του 1990 και αποσκοπεί στη μεγιστοποίηση της κινητικότητας των τοπικών κοινωνιών, την αύξηση των πόρων και της απασχόλησης και την επίλυση των κρίσεων.

Στη σημερινή εποχή, τα κράτη – μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης αναδεικνύουν την αποκέντρωση ως έναν τρόπο βελτίωσης της καταλληλότητας και της ποιότητας των υπηρεσιών για να ανταποκριθούν στις ανάγκες και τις ευκαιρίες των τοπικών παραγωγικών συστημάτων και της τοπικής αγοράς εργασίας. Η τοπική συμμετοχή και ουσιαστική παρέμβαση μέσω της διαβούλευσης εξακολουθεί να έχει δεσπόζουσα θέση και ολοένα και περισσότεροι τοπικοί πρωταγωνιστές συμμετέχουν στη διανομή αλλά και στον σχεδιασμό και την εφαρμογή των πολιτικών για την περιφερειακή διοίκηση. Έτσι, εκτός από τις θεσμοθετημένες μορφές διαβούλευσης, συντονισμού και λήψης αποφάσεων, η ύπαρξη συμμετοχικότητας και τεκμηριωμένης ανάδειξης των τοπικών αναγκών μιας περιοχής ή περιφέρειας βοηθά στο στερέωμα του δημιουργικού διαλόγου και της κοινής ευθύνης ενός ολοκληρωμένου διοικητικού σχεδιασμού. Η προτεινόμενη τεχνική διαβούλευσης είναι ένα εργαλείο διαμόρφωσης δημόσιας πολιτικής το οποίο μπορεί, επιπρόσθετα, να επικουρήσει μελλοντικές συμπράξεις και συνέργειες φορέων σε περιφερειακό επίπεδο. Η επιλογή αυτής της τεχνικής διαβούλευσης δύναται να αναβαθμίσει το ανθρώπινο δυναμικό και να προσθέσει αξία στην κοινωνία των πολιτών ενθαρρύνοντας τις δικτύώσεις, διεγείροντας τη δημοκρατική συμμετοχή και ενισχύοντας την κοινωνική συναίνεση. Αυτό το δυναμικό μπορεί να αποτελέσει πηγή ανταγωνιστικών πλεονεκτημάτων, αλλάζοντας τον τρόπο με τον οποίο η τοπική κοινωνία εκτιμά τον εαυτό της και τις δυνατότητές της, τον τρόπο με τον οποίο αντιδρά σε αλλαγές και ανταγωνιστικές πιέσεις, τις διαδικασίες με τις οποίες αντιμετωπίζει τις προτάσεις της κεντρικής διοίκησης και κατ' επέκταση να διαμορφώσει την ταυτότητα της περιοχής.

Η τεχνική της δημόσιας διαβούλευσης υποστηρίζει την προσέγγιση που αντιστρέφει την παραδοσιακή δημόσια πολιτική που κατευθύνεται, εξ αποστάσεως και «από την κορυφή προς τη βάση». Οι τοπικοί φορείς, με το ανθρώπινο προσωπικό τους έχουν την ικανότητα να σχεδιάζουν και να αξιοποιούν τα δυνατά σημεία ή τα πλεονεκτήματα της περιοχής σε κοινωνικό, περιβαλλοντικό και οικονομικό επίπεδο, αντί να εστιάζουν, μόνον, στην αντιμετώπιση των προβλημάτων της.

Με την τεχνική της δημόσιας διαβούλευσης, το ανθρώπινο δυναμικό αναλαμβάνει να αντιμετωπίσει την τοπική πραγματικότητα και τις ανάγκες της. Η συμμετοχή του στη συμπαραγωγή της δημόσιας πολιτικής αποφέρει σειρά σημαντικών οφελών:

- Οι εργαζόμενοι στις υπηρεσίες της περιοχής εκλαμβάνουν τα τοπικά προβλήματα ως δικά τους και αποκτούν τη δύναμη που χρειάζονται, ώστε να αποτελέσουν μέρος της λύσης.
- Η άμεση πείρα τους – σε συνδυασμό με τις απόψεις άλλων ενδιαφερόμενων μερών – μπορεί να συμβάλλει, ώστε οι πολιτικές να προσαρμόζονται στις πραγματικές ανάγκες και ευκαιρίες.
- Η συμμετοχή τους στη συγκεκριμένη διαδικασία αυξάνει την ικανότητά τους να δρουν και να αναλαμβάνουν εποικοδομητικές πρωτοβουλίες.
- Το γεγονός αυτό, καλλιεργεί ένα αίσθημα τοπικής ταυτότητας, υπερηφάνειας, και ταυτόχρονα την αίσθηση ενστερνισμού και ευθύνης για τα τοπικά προβλήματα.
- Η συμμετοχή επί ίσοις όροις στο ίδιο τραπέζι με τους άλλους εταίρους οικοδομεί γέφυρες και αμοιβαία εμπιστοσύνη μεταξύ των εργαζομένων, των εκπροσώπων των τοπικών επιχειρήσεων και των τομεακών ομάδων συμφερόντων.

Η τεχνική της δημόσιας διαβούλευσης, με τα ανωτέρω οφέλη, αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο μιας πρακτικής, με την οποία εξευρίσκονται τρόποι διατήρησης και μετατροπής της δημόσιας πολιτικής σε πλεονέκτημα και όχι σε μειονέκτημα.

Ωστόσο, στη διαδικασία της δημόσιας διαβούλευσης προκύπτουν συχνά συγκεκριμένα ζητήματα ή προβλήματα που απασχολούν την τοπική κοινωνία – π.χ. η παρακμή των παραδοσιακών κλάδων δραστηριότητας όπως π.χ. η αλιεία και η γεωργία, η περιβαλλοντική πολιτική ή η μη εύρεση λύσης στη στέγαση των υπηρεσιών. Το πλεονέκτημα της προτεινόμενης τεχνικής διαβούλευσης είναι ότι παρέχει τη δυνατότητα εξέτασης και αντιμετώπισης ενός ή περισσότερων ζητημάτων στο τοπικό τους πλαίσιο, παράλληλα με την κινητοποίηση όλων των σχετικών και εμπλεκόμενων φορέων. Με τον τρόπο αυτόν, μπορούν να ξεπεραστούν διάφορα όρια ή εμπόδια στην τοπική ανάπτυξη, π.χ.:

- μεταξύ διαφόρων τοπικών υπηρεσιών, Δήμων, επιχειρήσεων, επιμελητηρίων,
- μεταξύ τοπικών δημόσιων φορέων, ιδιωτικών οργανισμών, πανεπιστημίων/ινστιτούτων ερευνών και οργανώσεων της κοινωνίας των πολιτών.

Η προτεινόμενη τεχνική είναι προσανατολισμένη στις οργανωτικές δομές και λειτουργίες της σύγχρονης δημόσιας διοίκησης<sup>9</sup>, οι οποίες προάγουν τις βασικές αρχές της δημοκρατίας και της διαφάνειας, την ουσιαστική διεύρυνση των δυνατοτήτων συμμετοχής των πολιτών, στη λήψη των αποφάσεων και το άνοιγμα των διοικητικών δομών στην κοινωνία, μέσα από ποικίλες μορφές συνεργασίας και διαβούλευσης μεταξύ πολιτών και φορέων της κοινωνίας των πολιτών.

Η διαβουλευτική δημοκρατία ισοδυναμεί με αλλαγή διοικητικού παραδείγματος στη χώρα μας και για το λόγο αυτό, εφαρμόζεται αποσπασματικά χωρίς να έχει ορατά αποτελέσματα και χωρίς να γνωρίζουν οι πολίτες τον βαθμό στον οποίο δύνανται να επηρεάσουν τον σχεδιασμό των δημόσιων πολιτικών. Σε αυτό το πλαίσιο, κρίνεται

<sup>9</sup> [www.minadmin.gov.gr](http://www.minadmin.gov.gr): «Δημόσιο 2020».

ευεργετική η πρωτοβουλία της Προέδρου του Εθνικού Κέντρου Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης (ΕΚΔΔΑ) για συγκρότηση ομάδας εργασίας για τον εξορθολογισμό του πλαισίου της δημόσιας ηλεκτρονικής διαβούλευσης (opengov.gr).<sup>10</sup> Το έργο της ομάδας συνίσταται σε: α) τη δημιουργία βοηθητικού ηλεκτρονικού συστήματος μέσω του οποίου εξορθολογίζεται η διαδικασία της διαβούλευσης, β) την υλοποίηση αυτοματοποιημένης αποστολής e-mail σε κάθε πολίτη που υπέβαλε σχόλιο το οποίο έχει εγκριθεί, γ) την ενημέρωση του πολίτη που εκδηλώνει ενδιαφέρον για δημόσιες διαβουλεύσεις και για δράσεις που υλοποιούνται στο πλαίσιο της Ανοικτής Διακυβέρνησης και δ) τη μελέτη του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου περί του κύκλου της διαβούλευσης (opengov.gr) και την διατύπωση προτάσεων για τη βελτίωσή του.

Η ανωτέρω Ομάδα Εργασίας θα πρέπει να παραδώσει στην Πρόεδρο του ΕΚΔΔΑ το ηλεκτρονικό σύστημα σε πλήρη λειτουργία και το εγχειρίδιο χρήσης του καθώς και σχέδιο τροποποίησης του άρθρου 10Α του ΠΔ 57/2007, ώστε να προστεθεί ρύθμιση που θα εξουσιοδοτεί τον αρμόδιο Υπουργό Διοικητικής Ανασυγκρότησης να θεσπίζει τους κανόνες της δημόσιας διαβούλευσης δια του opengov.gr, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία ρύθμιση. Επιπροσθέτως, η ως άνω ομάδα θα σχεδιάσει και υλοποιήσει προγράμματα εκπαίδευσης των μόνιμων υπευθύνων επικοινωνίας και επισπευδόντων φορέων ως εσωτερικούς πολλαπλασιαστές και θα εισηγηθεί τη συγκρότηση μελετητικής ομάδας εργασίας, με σκοπό τη δημιουργία νέας πλατφόρμας ανοικτής διακυβέρνησης.

Καταλήγοντας, θα μπορούσαμε να πούμε ότι προκειμένου να καταστούν οι ως άνω οριζόντιοι μηχανισμοί λογοδοσίας αποτελεσματικοί, θα πρέπει να υπηρετείται πιστά ο Κώδικας Δεοντολογίας, ώστε να μην μετατρέπεται ο ελευθεριακός λόγος του Διαδικτύου σε επιθετικό και ανεργμάτιστο, η διάρκεια των διαβουλεύσεων για τις κανονιστικές πράξεις να είναι τουλάχιστον δέκα ημέρες, να είναι εύχρηστη η κάθε πλατφόρμα διαβούλευσης, ώστε να διασφαλίζεται ισότιμη πρόσβαση των πολιτών σε αυτήν και όχι μόνο των «ψηφιακά προσοντούχων» και να παρέχεται σαφής ενημέρωση και ανατροφοδότηση για την επίδραση των προτάσεων των πολιτών στην εκάστοτε ρύθμιση. Τα δείγματα γραφής στη χώρα μας καταγράφουν μια συγκρατημένη αισιοδοξία για την εφαρμογή των νέων μοντέλων διαβούλευσης στο μέλλον, υπό την προϋπόθεση, ότι καταπολεμώνται οι πρακτικές, στις οποίες αυτά προσκρούουν.

## ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ

### Σχεδιάγραμμα Τεχνικής της Δημόσιας Διαβούλευσης

---

<sup>10</sup> Η ανωτέρω απόφαση με αριθμ.πρωτ.7889/12-12-2018 φέρει τον τίτλο: “Συγκρότηση Ομάδας Εργασίας για τον εξορθολογισμό της δημόσιας ηλεκτρονικής διαβούλευσης (opengov.gr)” και φέρει ΑΔΑ: 68274691Φ0-ΞΘΙ.

Η τεχνική της δημόσιας διαβούλευσης βασίζεται σε ένα οργανωτικό και λειτουργικό πλαίσιο και αφορά στα εξής πέντε (5) στάδια:

1<sup>ο</sup> Στάδιο: Υφιστάμενη κατάσταση – Τεχνική διαδικασία – Εργαλείο διαλόγου – Επί τόπου συνεργασία.

2<sup>ο</sup> Στάδιο: Προετοιμασία – Ωρίμανση – Συμφωνία – Συναίνεση.

3<sup>ο</sup> Στάδιο: Ομαδική αλληλεπίδραση – Αντιπροσωπευτική συμμετοχή – Συνεκτικότητα – Συνδυασμός διαφορετικών αντιλήψεων – Προετοιμασία για τη δημοσιοποίηση και την προβολή των αποτελεσμάτων.

4<sup>ο</sup> Στάδιο: Συντονισμός κοινών αρμοδιοτήτων των εμπλεκόμενων Υπουργείων – Συλλογή στοιχείων, μελετών, εκθέσεων, σχεδίων, κ.λπ. – Προετοιμασία πλαισίου επαφών και συναντήσεων με τους τοπικούς φορείς και τις τοπικές υπηρεσίες – Λήψη πληροφοριών, γνώμων, απόψεων, αντιπαραθέσεων κ.ά. από φορείς και υπηρεσίες της τοπικής κοινωνίας.

5<sup>ο</sup> Στάδιο: Ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες της περιφερειακής διοίκησης στη χώρα – Πολυμορφία κριτηρίων – Πολιτική νομιμοποίηση – Διαφάνεια και δημοσιοποίηση – Δημιουργικός και τεκμηριωμένος διάλογος – Κοινή ευθύνη και δέσμευση για ολοκληρωμένο και μακροχρόνιο διοικητικό/χωροταξικό σχεδιασμό – Ανάδειξη ιδιαίτερων τοπικών χαρακτηριστικών.

## ΚΡΙΤΙΚΗ ΠΑΡΟΥΣΙΑΣΗ ΤΩΝ ΒΑΣΙΚΩΝ ΣΗΜΕΙΩΝ ΤΗΣ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΗΣ ΤΟΥ Ν. 4555/2018 «ΚΛΕΙΣΘΕΝΗΣ Ι» ΣΤΗΝ ΤΟΠΙΚΗ ΑΥΤΟΔΙΟΙΚΗΣΗ

Θεοδώρα-Βιργινία Ντάλλη, Δικηγόρος, Υπ. Δ.Ν.

### Εισαγωγή

Ο Ν. 3852/2010, ο γνωστός «Καλλικράτης», καθιέρωσε μία νέα «αρχιτεκτονική» στην αυτοδιοίκηση και την αποκεντρωμένη διοίκηση της χώρας, με κεντρικό άξονα τη δημιουργία νέων, λιγότερων σε αριθμό και μεγαλύτερων σε μέγεθος Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης. Κύριος στόχος της μεταρρυθμιστικής παρέμβασης του «Καλλικράτη» ήταν η συγκρότηση ισχυρότερων τοπικών διοικητικών μονάδων, με επιχειρησιακή και διαχειριστική επάρκεια για την αποτελεσματικότερη διεκπεραίωση της αποστολής του κράτους απέναντι στους πολίτες. Παρά τις επιμέρους αστοχίες ως προς τη χωροθέτηση των Ο.Τ.Α., ο «Καλλικράτης» κατόρθωσε να αναδιατάξει, χωρίς ιδιαίτερους τριγμούς, το διοικητικό χάρτη της χώρας και να ενισχύσει την επιχειρησιακή ικανότητα των αυτοδιοικητικών δομών.

Ο Ν. 4555/2018, το Πρόγραμμα «Κλεισθένης Ι», χωρίς να αναιρεί τη «νέα αρχιτεκτονική» του «Καλλικράτη», επιχειρεί να καλύψει το «δημοκρατικό έλλειμμα» της εκτεταμένης διοικητικής και οργανωτικής ανασυγκρότησης της προηγούμενης μεταρρύθμισης. Η συμβολική σύνδεση με τον Κλεισθένη-τον εισηγητή της μεταρρύθμισης του βου π.Χ., που θεμελίωσε το οικουμενικό πρότυπο της δημοκρατικής διακυβέρνησης- σηματοδοτεί τις βασικές δικαιολογικές επιλογές που διαπνέουν τις διατάξεις του Ν. 4555/2018. Επίσης, ο αριθμητικός δείκτης «Ι», που συμπληρώνει τη συμβολική ονοματοδοσία του νομοθετήματος, σηματοδοτεί την πρόθεση για περαιτέρω νομοθετικές παρεμβάσεις, οι οποίες θα συμπληρώνουν σταδιακά το μεταρρυθμιστικό σχέδιο για την Τοπική Αυτοδιοίκηση. Όπως αναφέρεται στην Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4555/2018, βασικοί σκοποί αυτού του μεταρρυθμιστικού σχεδίου είναι η πλήρης ευθυγράμμιση του συστήματος ανάδειξης των αυτοδιοικητικών αρχών και του συστήματος διακυβέρνησης και λειτουργίας των Ο.Τ.Α. με τη δημοκρατική αρχή, η αποκατάσταση της αντιπροσωπευτικότητας και η ενίσχυση της συμμετοχής και του κοινωνικού ελέγχου σε τοπικό και περιφερειακό επίπεδο.

### Δομή της μελέτης

Η ανά χείρας μελέτη παρουσιάζει, σε αντίστοιχα κεφάλαια, πέντε βασικά σημεία του Προγράμματος «Κλεισθένης Ι», τα οποία αναδεικνύουν τις κύριες δικαιολογικές κατευθύνσεις του σχετικού μεταρρυθμιστικού εγχειρήματος. Στο πρώτο κεφάλαιο, εξετάζονται οι κανονιστικές συνέπειες της νέας κατηγοριοποίησης των Δήμων, μέσω της οποίας ο νομοθέτης σκοπεύει να ενισχύσει την τοπική και περιφερειακή ανάπτυξη, σε συμμόρφωση και με την με αρ. 372/2015 Σύσταση του Κογκρέσου των Τοπικών και Περιφερειακών Αρχών του Συμβουλίου της Ευρώπης.



Στο δεύτερο κεφάλαιο, παρουσιάζεται το νέο εκλογικό σύστημα, που θεσπίζεται για την ανάδειξη των δημοτικών και περιφερειακών αρχών. Η καθιέρωση της απλής αναλογικής, με θεσμικές δικλίδες για τη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας και της διαφάνειας, αποτελεί βασική δικαιολογική επιλογή της μεταρρύθμισης του «Κλεισθένη» και στοχεύει στον εκδημοκρατισμό του τρόπου οργάνωσης και λειτουργίας των αυτοδιοικητικών αρχών. Στο τρίτο κεφάλαιο, εξετάζονται οι νέες διατάξεις που ενισχύουν την ενδοδημοτική και ενδοπεριφερειακή αποκέντρωση σε κοινοτικό και περιφερειακό επίπεδο, με σκοπό την ενίσχυση του αισθήματος εγγύτητας των πολιτών προς τις αντίστοιχες αυτοδιοικητικές δομές. Στο τέταρτο κεφάλαιο, παρουσιάζεται ο θεσμός των δημοτικών και περιφερειακών δημοψηφισμάτων, ο οποίος εισάγεται με σκοπό τον περαιτέρω εκδημοκρατισμό του συστήματος των αυτοδιοικητικών θεσμών, την ενίσχυση της συμμετοχής των πολιτών στις τοπικές υποθέσεις και την καλλιέργεια της κοινωνικής και πολιτικής τους συνείδησης. Το πέμπτο και τελευταίο κεφάλαιο ασχολείται με το θεσμό της Δημοτικής και Περιφερειακής Διαμεσολάβησης, ο οποίος στοχεύει να υπηρετήσει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της διαφάνειας και να αναβαθμίσει τις υπηρεσίες της τοπικής αυτοδιοίκησης προς τους πολίτες. Η μελέτη κλείνει με σύντομες συμπερασματικές παρατηρήσεις για τη δυναμική της μεταρρύθμισης στις δεδομένες πραγματικές συνθήκες.

### **1. Κατηγοριοποίηση των Δήμων (άρθ. 2-3 Ν. 4555/2018)**

Εκ προοιμίου, κάθε νομοθετική παρέμβαση στη δομή, την οργάνωση και τη λειτουργία των θεσμών, οι οποίοι συγκροτούν τα επίπεδα κεντρικής, περιφερειακής και τοπικής διοίκησης του κράτους, οφείλει να λαμβάνει υπόψη τις συγκεκριμένες γεωοικονομικές και κοινωνικές ιδιαιτερότητες των διαφόρων περιοχών της πατρίδας μας. Στο πεδίο της τοπικής αυτοδιοίκησης, η όμοια οργανωτική, διοικητική και δημοσιονομική αντιμετώπιση περιοχών της χώρας με ανόμοια χαρακτηριστικά, διακριτές ανάγκες και διαφορετικές οργανωτικές και οικονομικές δυνατότητες, αναπαράγει τις ανισότητες ανάμεσα στις διάφορες αποκεντρωμένες διοικητικές μονάδες. Με τον τρόπο αυτό, καθίσταται δυσχερής έως αδύνατη, για μερικούς «μειονεκτικούς» Δήμους, η διεκπεραίωση βασικών αρμοδιοτήτων, που μεταβιβάζονται σε αυτούς από την κεντρική διοίκηση. Έτσι, διαγωνίζεται ένα στρεβλό πρότυπο ανάπτυξης, που δρα ανασχετικά στη συνολική πρόοδο της χώρας.

Ένα σημαντικό στοιχείο της μεταρρύθμισης, που εισάγει ο «Κλεισθένης Ι» στην αρχιτεκτονική της Τοπικής Αυτοδιοίκησης, είναι η κατηγοριοποίηση των Δήμων με βάση τα διακριτά χαρακτηριστικά τους, όπως αυτά προσδιορίζονται με βάση συγκεκριμένα κριτήρια. Είναι αλήθεια ότι ο «Καλλικράτης» έκανε ένα πρώτο σημαντικό βήμα, στο θέμα της αναγνώρισης των τοπικών ιδιαιτεροτήτων, με την καθιέρωση της μητροπολιτικής διακυβέρνησης στα μεγάλα αστικά κέντρα και την εξειδικευμένη νομοθετική αντιμετώπιση της νησιωτικότητας και της ορεινότητας των ΟΤΑ.

Εν τούτοις, οι ρυθμίσεις που στόχευαν στη διακριτή μεταχείριση των νησιωτικών και ορεινών Δήμων εν πολλοίς κατέστησαν ανενεργές ή διαστρεβλώθηκαν στην πράξη. Είναι χαρακτηριστική η Σύσταση 372/2015 του Κογκρέσου των Τοπικών και Περιφερειακών Αρχών του Συμβουλίου της Ευρώπης (6.i), σύμφωνα με την οποία η Ελλάδα καλείται να εφαρμόσει επειγόντως τις υφιστάμενες προβλέψεις για τους

νησιωτικούς και ορεινούς δήμους και να διαμορφώσει ένα ειδικό καθεστώς για τις περιοχές αυτές, ειδικά σε σχέση με τη χρηματοδότησή τους.

Σύμφωνα με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, οι Δήμοι της χώρας διακρίνονται σε έξι (6) κατηγορίες, με βάση τον πληθυσμό,<sup>1</sup> το βαθμό αστικοποίησης και τα γεωοικονομικά χαρακτηριστικά τους, τη γεωμορφολογική τους ιδιαιτερότητα και τη θέση τους στην υφιστάμενη διοικητική δομή της χώρας. Η κατάταξη μπορεί να διακριθεί περαιτέρω σε υποκατηγορίες, σύμφωνα με τα κριτήρια που θέτει ο νόμος, εφόσον ανακύπτει ζήτημα εξυπηρέτησης ειδικότερων λειτουργικών, οικονομικών ή αναπτυξιακών αναγκών των Δήμων. Προς το παρόν, η κατηγοριοποίηση διαμορφώνεται ως εξής (άρθ. 2):

- α) Δήμοι Μητροπολιτικών Κέντρων.
- β) Μεγάλοι Ηπειρωτικοί Δήμοι και Δήμοι Πρωτεύουσες Νομών.
- γ) Μεσαίοι Ηπειρωτικοί Δήμοι.
- δ) Μικροί Ηπειρωτικοί και Ορεινοί Δήμοι
- ε) Μεγάλοι και Μεσαίοι Νησιωτικοί Δήμοι.
- στ) Μικροί Νησιωτικοί Δήμοι.

Από την επισκόπηση των Δήμων, που υπάγονται στις ως άνω επιμέρους κατηγορίες, προκύπτει μία ισόρροπη αριθμητική κατανομή, η οποία βασίζεται κυρίως στο επίπεδο της διοικητικής και οργανωτικής συγκρότησης των επιμέρους ΟΤΑ. Ενδεικτικά, αναφέρεται ότι οι Δήμοι Μητροπολιτικών Κέντρων είναι οι κατεξοχήν αστικοποιημένοι Δήμοι της Αττικής, της Θεσσαλονίκης και του Πειραιά, οι Μεγάλοι Ηπειρωτικοί Δήμοι (25.000 και άνω κάτοικοι) προέρχονται, κυρίως, από τη συνένωση ενός μεγάλου πληθυσμιακά πρώην Δήμου με μικρότερους γειτονικούς Ο.Τ.Α, οι Μεσαίοι Ηπειρωτικοί Δήμοι (10.000-25.000 κάτοικοι) περιλαμβάνουν, συνήθως, ημιαστικούς οικισμούς ή χαρακτηρίζονται από μεγάλη διασπορά του πληθυσμού σε αγροτικούς οικισμούς και οι Μικροί Ηπειρωτικοί και Ορεινοί Δήμοι (κάτω από 10.000 κάτοικοι) προέρχονται από τη συνένωση πρώην Ο.Τ.Α, χωρίς ανεπτυγμένες υπηρεσίες και με δύσκολη συγκοινωνιακή σύνδεση μεταξύ τους και με την έδρα του Δήμου. Από την άλλη, οι Μεγάλοι και Μεσαίοι Νησιωτικοί Δήμοι παρουσιάζουν τις γνωστές ιδιαιτερότητες, ως προς τη συγκοινωνιακή τους σύνδεση με τον ηπειρωτικό κορμό της χώρας, αλλά διακρίνονται από αναπτυξιακά πλεονεκτήματα, κυρίως σε σχέση με τον τουρισμό. Τέλος, οι Μικροί Νησιωτικοί Δήμοι, πέραν της δεδομένης γεωμορφολογικής τους ιδιαιτερότητας, χαρακτηρίζονται από ελλιπή υπηρεσιακή στελέχωση και δυσχερέστατη πρόσβαση των κατοίκων τους στις δημόσιες και κοινωφελείς υπηρεσίες.

Οι κανονιστικές συνέπειες της ως άνω κατηγοριοποίησης σχετίζονται άμεσα με τις ειδικότερες λειτουργικές, οικονομικές και αναπτυξιακές ανάγκες των Δήμων, ως φορέων εξυπηρέτησης των πολιτών. Με βάση τα ως άνω κριτήρια, μπορούν να δρομολογηθούν οι απαραίτητες διαδικασίες για μία δικαιότερη διοικητική και δημοσιονομική μεταχείριση των πρωτοβάθμιων ΟΤΑ, προς όφελος των τοπικών κοινωνικών και παραγωγικών δυνάμεων.

Ο «Κλεισθένης Ι» προβλέπει ότι η ως άνω κατηγοριοποίηση λαμβάνεται υποχρεωτικά υπόψη για τον καθορισμό των αρμοδιοτήτων των Δήμων και τον

---

<sup>1</sup> Λαμβάνονται υπόψη τα στοιχεία της τελευταίας απογραφής της Ελληνικής Στατιστικής Αρχής.

περαιτέρω ανακαθορισμό των αρμοδιοτήτων μεταξύ των επιπέδων διοίκησης, για την κατάρτιση των Οργανισμών Εσωτερικής Υπηρεσίας των πρωτοβάθμιων Ο.Τ.Α., για την κατανομή των Κεντρικών Αυτοτελών Πόρων (ΚΑΠ) και την κατανομή και αξιοποίηση των πάσης φύσεως προγραμμάτων χρηματοδότησης των Δήμων από εθνικούς ή ευρωπαϊκούς πόρους. Με τη ρητή αναγνώριση της νησιωτικότητας και της ορεινότητας μεταξύ των κριτηρίων κατανομής των ΚΑΠ, η χώρα συμμορφώνεται, τουλάχιστον σε νομοθετικό επίπεδο, με την ως άνω Σύσταση του Κογκρέσου των Τοπικών και Περιφερειακών Αρχών του Συμβουλίου της Ευρώπης.

## 2. Εκλογικό σύστημα ανάδειξης αυτοδιοικητικών αρχών

Καταρχάς, ο «Κλεισθένης Ι» αποσυνδέει το χρόνο διεξαγωγής των αυτοδιοικητικών εκλογών από τις ευρωεκλογές και επαναφέρει το προϊσχύον καθεστώς της τετραετούς θητείας των αυτοδιοικητικών αρχών. Οι εκλογές θα διενεργούνται τον Οκτώβριο του έτους της λήξης της τετραετούς θητείας των Κοινοτικών, Δημοτικών και Περιφερειακών Συμβουλίων, ώστε οι νέες αρχές να εγκαθίστανται την 1<sup>η</sup> Ιανουαρίου του επομένου των εκλογών έτους. Η επαναφορά στο προϊσχύον σύστημα προσδοκάται ότι θα αναβαθμίσει τη σημασία των αυτοδιοικητικών εκλογικών διαδικασιών και θα τονώσει το σχετικό ενδιαφέρον των πολιτών για τις τοπικές υποθέσεις.<sup>2</sup>

Ο «Κλεισθένης Ι» καθιερώνει, κατά βάση, την απλή αναλογική στις αυτοδιοικητικές εκλογές, σε αντικατάσταση του ισχύοντος έως σήμερα πλειοψηφικού συστήματος, σύμφωνα με το οποίο, ο συνδυασμός του εκάστοτε Δημάρχου ή Περιφερειάρχη που επικρατούσε, τελικώς, στην εκλογική αναμέτρηση, καταλάμβανε τα 3/5 των εδρών του οικείου Συμβουλίου. Αποτέλεσμα της συχνής αναντιστοιχίας μεταξύ εκλογικής επίδοσης και αριθμητικής παρουσίας στα όργανα διοίκησης της Κοινότητας, του Δήμου ή της Περιφέρειας, ήταν η πρόκληση στρεβλώσεων στην εκπροσώπηση των πολιτών.

Η επιλογή της απλής αναλογικής δικαιολογείται με βάση την αρχή της ισότητας της ψήφου. Η αρχή αυτή δεν κατοχυρώνεται από το συνταγματικό κείμενο, αλλά απορρέει από τη γενική αρχή της ισότητας, σε συνδυασμό με την αρχή της καθολικής ψηφοφορίας. Σύμφωνα με μία δεύτερη θεωρητική άποψη, η οποία υιοθετείται από την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4555/2018, η αρχή της ισότητας της ψήφου απορρέει από την πολιτική ισότητα. Η πολιτική ισότητα είναι συστατικό στοιχείο της δημοκρατικής αρχής (ισότητα- ελευθερία), η οποία θεμελιώνεται στην αρχή της λαϊκής κυριαρχίας. Η αναγωγή της ισότητας της ψήφου στην αρχή της λαϊκής κυριαρχίας συνεπάγεται ένα απόλυτο-αριθμητικό περιεχόμενο της ψήφου, αναφορικά με την επενέργειά της στο σχηματισμό της κρατικής θελήσεως.

Ο μεταρρυθμιστικός νομοθέτης έχει επίγνωση των δυσμενών συνεπειών της απλής αναλογικής στην αποτελεσματική, διαφανή και χρηστή διοίκηση των αυτοδιοικητικών συλλογικών οργάνων. Για το λόγο αυτό, ο «Κλεισθένης Ι» προβλέπει θεσμικές δικλείδες ασφαλείας, με στόχο την αποτροπή του κατακερματισμού των αυτοδιοικητικών δυνάμεων και τη διευκόλυνση της συγκρότησης των αναγκαίων πλειοψηφιών *«τουλάχιστον για τα πιο κρίσιμα για την*

<sup>2</sup> Άρθ. 6 Ν. 4555/2018, όπ. αντικ. το άρθ. 9 του Ν. 3852/2010.

ομαλή λειτουργία των Δήμων και των Περιφερειών θέματα», μέσα από τη σύνθεση θέσεων και απόψεων στα πλαίσια του δημοκρατικού διαλόγου.<sup>3</sup>

Σε επίπεδο εκλογικού συστήματος, ο κατακερματισμός των αυτοδιοικητικών δυνάμεων αποτρέπεται, κυρίως, μέσω της απαγόρευσης της κατάθεσης μεμονωμένων υποψηφιοτήτων και την υποχρέωση των συνδυασμών να προτείνουν, κατ' ελάχιστο, υποψηφίους για το σύνολο των εδρών του οικείου Δημοτικού ή Περιφερειακού Συμβουλίου.

Η αναλογική κατανομή των εδρών, που καθιερώνει ο «Κλεισθένης Ι», σε επίπεδο Δήμου, περιγράφεται επιγραμματικά ως εξής: Το σύνολο των έγκυρων ψηφοδελτίων, που λαμβάνουν σε όλα τα εκλογικά τμήματα του Δήμου αθροιστικά όλοι οι συνδυασμοί, που συμμετέχουν στις εκλογές, διαιρείται με τον αριθμό των εδρών που αντιστοιχούν σε κάθε Δημοτικό Συμβούλιο. Το πηλίκο αυτό, αυξημένο κατά μία μονάδα, παραλειπομένου του κλάσματος, αποτελεί το εκλογικό μέτρο. Ο αριθμός των έγκυρων ψηφοδελτίων κάθε συνδυασμού διαιρείται στη συνέχεια με το εκλογικό μέτρο. Κάθε συνδυασμός καταλαμβάνει τόσες έδρες όσο είναι το ακέραιο πηλίκο της διαίρεσης. Αν οι έδρες που καταλαμβάνουν οι συνδυασμοί που συμμετέχουν στην κατανομή με την προηγούμενη διαδικασία είναι λιγότερες από τις προς διάθεση, όσες απομένουν κατανέμονται ανά μία μεταξύ όλων των συνδυασμών, είτε έλαβαν έδρα είτε όχι, ανάλογα με τα αχρησιμοποίητα υπόλοιπά τους. Αν οι συνδυασμοί αυτοί ή μερικοί από αυτούς έχουν ίσο αριθμό αχρησιμοποίητων υπολοίπων, διεξάγεται κλήρωση από το αρμόδιο δικαστήριο. Αν μετά την κατανομή των εδρών με βάση τα αχρησιμοποίητα υπόλοιπα παραμένουν αδιάθετες έδρες, αυτές κατανέμονται ανά μία, ανάλογα με το συνολικό αριθμό των έγκυρων ψηφοδελτίων του συνδυασμού.<sup>4</sup> Κατ' αναλογία, διαμορφώνεται η αναλογική κατανομή, που καθιερώνει ο «Κλεισθένης Ι», σε επίπεδο Περιφέρειας.<sup>5</sup>

Η απόλυτη συνέπεια προς την αρχή της απλής αναλογικής επιβάλλει, καταρχήν, την έμμεση εκλογή του Δημάρχου και του Περιφερειάρχη από το Δημοτικό και Περιφερειακό Συμβούλιο αντιστοίχως, δεδομένου μάλιστα του γεγονότος ότι τα πρόσωπα αυτά είναι τύποις και ουσία εκτελεστικά όργανα των αποφάσεων των οικείων Συμβουλίων. Ωστόσο, ο «Κλεισθένης Ι» διατηρεί το ισχύον σύστημα της άμεσης εκλογής του Δημάρχου και του Περιφερειάρχη, με την ιδιότητα των επικεφαλής των αντίστοιχων συνδυασμών, είτε στον πρώτο γύρο, εφόσον ο συνδυασμός λάβει τουλάχιστον ποσοστό 50%+1, είτε στο δεύτερο γύρο, ο οποίος διεξάγεται μεταξύ των επικεφαλής των δύο πρώτων συνδυασμών. Η διατήρηση του ισχύοντος συστήματος συνδέεται με την ιστορική παράδοση της χώρας, που έχει καθιερώσει το Δήμαρχο, και αντιστοίχως τον Περιφερειάρχη, στις εξέχουσες θέσεις κύρους, τις οποίες κατέχουν, επειδή τα εκάστοτε πρόσωπα, που ενσαρκώνουν τους αντίστοιχους θεσμούς, προέρχονται και επιλέγονται, με άμεση εκλογή από τις τοπικές κοινωνίες. Η μεσολάβηση της επιλογής των εκλογέων στο δεύτερο γύρο, δεδομένης της δυναμικής που έχει διαμορφωθεί στον πρώτο, ενισχύει, στην πραγματικότητα, και την αποτελεσματική εφαρμογή της απλής αναλογικής σε επίπεδο λειτουργίας των αντίστοιχων Συμβουλίων. Συγκεκριμένα, είναι λογικό να υποθέσει κανείς ότι ένα από

<sup>3</sup> Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Μεταρρύθμιση του θεσμικού πλαισίου της Τοπικής Αυτοδιοίκησης- Εμβάθυνση της Δημοκρατίας- Ενίσχυση της Συμμετοχής- Βελτίωση της οικονομικής και αναπτυξιακής λειτουργίας των Ο.Τ.Α. [Πρόγραμμα «ΚΛΕΙΣΘΕΝΗΣ Ι»]- Ρυθμίσεις για τον εκσυγχρονισμό του πλαισίου οργάνωσης και λειτουργίας των ΦΟΣΔΑ κλπ...», σ. 7-9.

<sup>4</sup> Άρθ. 28 του Ν. 4555/2018, όπ. αντικ. άρθ. 32 του Ν. 3852/2010.

<sup>5</sup> Άρθ. 58 του Ν. 4555/2018, όπ. αντικ. το άρθ. 140 του Ν. 3852/2010.

τα κριτήρια επιλογής του Δημάρχου ή του Περιφερειάρχη θα πρέπει να είναι η ικανότητα του συγκεκριμένου προσώπου να επιτυγχάνει τις απαραίτητες συγκλίσεις, με δεδομένους τους υπάρχοντες συσχετισμούς παραταξιακών δυνάμεων στα οικεία Συμβούλια.

Ο Ν. 4555/2018 εισάγει διατάξεις, οι οποίες στοχεύουν να μετουσιώσουν τη φιλοσοφία της απλής αναλογικής σε συγκεκριμένες πρακτικές, οι οποίες ενδυναμώνουν τη δημοκρατική, συλλογική και συμμετοχική λειτουργία των οργάνων των Δήμων και των Περιφερειών. Στα πλαίσια αυτά, προβλέπεται η δυνατότητα διορισμού σε θέσεις Αντιδημάρχων και Αντιπεριφερειάρχων προσώπων, τα οποία δεν ανήκουν στην παράταξη του εκάστοτε Δημάρχου ή Περιφερειάρχη, εφόσον υπάρχει έγκριση από την πλειοψηφία των Συμβούλων της παράταξης, στην οποία ανήκει ο οριζόμενος Αντιδήμαρχος ή Αντιπεριφερειάρχης. Σημαντική καινοτομία εισάγεται σε σχέση με την εκλογή νέου δημάρχου, σε περίπτωση που η θέση μένει κενή για οποιοδήποτε λόγο. Στην περίπτωση αυτή, εκλέγεται Σύμβουλος που προέρχεται είτε από τον πρώτο είτε από το δεύτερο σε εκλογική δύναμη συνδυασμό. Με το καθεστώς του «Καλλικράτη», ο δήμαρχος ανήκε πάντα στο συνδυασμό που είχε συγκεντρώσει την εκλογική πλειοψηφία.<sup>6</sup>

Η εισαγωγή της απλής αναλογικής έχει συνέπειες στην εκλογή και τη σύνθεση όλων των συλλογικών αυτοδιοικητικών οργάνων. Π.χ. η διαδικασία που προβλέπεται για την εκλογή του προεδρείου του Δημοτικού Συμβουλίου συνεπάγεται μία «πολυπαραταξιακή» σύνθεση του οργάνου αυτού.<sup>7</sup> Ο «Κλεισθένης Ι» αλλάζει, επίσης, τον τρόπο συγκρότησης των επιτροπών του Δημοτικού Συμβουλίου,<sup>8</sup> αλλά και των διοικήσεων των νομικών προσώπων των Δήμων,<sup>9</sup> με σκοπό, πάντα, την ενίσχυση της δημοκρατικής και συμμετοχικής λειτουργίας τους.

Με το νέο εκλογικό σύστημα, είναι πολύ πιθανό τα Συμβούλια Δήμων και Περιφερειών να μη στελεχώνονται από Συμβούλους της παράταξης του εκάστοτε Δημάρχου ή Περιφερειάρχη. Στην ουσία καταργείται η έννοια των συμπολιτευόμενων και αντιπολιτευόμενων Συμβούλων. Τα οικεία Συμβούλια αποτελούν πλέον συλλογικά αιρετά όργανα διοίκησης των Ο.Τ.Α., στα οποία οι αυτοδιοικητικές δυνάμεις εκπροσωπούνται κατ' αναλογία προς την εκλογική τους ισχύ. Η αναλογική εκπροσώπηση συνεπάγεται αυτονόητες δυσκολίες στη διαδικασία λήψης των αποφάσεων και μπορεί να θέσει σε κίνδυνο την αποτελεσματικότητα των αυτοδιοικητικών οργάνων. Σε περίπτωση αδυναμίας συγκλίσεων και αδρανοποίησης των σχετικών διαδικασιών για τη λήψη των αποφάσεων, μπορεί να υποστηριχθεί, με βάσιμα επιχειρήματα, η άποψη ότι πλήττεται ο ίδιος πυρήνας της συνταγματικής διάταξης Σ 102 παρ. 1, δεδομένου ότι τα αυτοδιοικητικά συλλογικά όργανα αδυνατούν να διεκπεραιώσουν αποτελεσματικά τη διοίκηση των τοπικών υποθέσεων.

Από την άλλη, ο «Κλεισθένης Ι» προβλέπει ειδικές διαδικασίες έγκρισης του προϋπολογισμού<sup>10</sup> και των τεχνικών προγραμμάτων των Δήμων<sup>11</sup> και υποβολή

<sup>6</sup> Για τους Αντιδημάρχους, βλ. άρθ. 68 του Ν. 4555/2018, σε αντικ. του άρθ. 59 και τροπ. το άρθ. 207 του Ν. 3852/2010. Για τους Αντιπεριφερειάρχες, βλ. άρθ. 93, όπ. αντικ. το άρθ. 160 του Ν. 3852/2010. Για σύστημα διακυβέρνησης των Δήμων και των Κοινοτήτων βλ. άρθρ. 68-92 του Ν. 4555/2018.

<sup>7</sup> Άρθ. 71 του Ν. 4555/2018, σε αντικ. του άρθ. 64 του Ν. 3852/2010.

<sup>8</sup> Άρθ. 76 του Ν. 4555/2018, σε αντικ. του άρθ. 76 του Ν. 3852/2010, για την Οικονομική Επιτροπή και την Επιτροπή Ποιότητας Ζωής.

<sup>9</sup> Άρθ. 91 του Ν. 4555/2018. Η υποχρεωτική εκπροσώπηση της μειοψηφίας στα Δ.Σ. των ΝΠ των Ο.Τ.Α. α' βαθμού θεσπίστηκε με το Ν. 3463/2006 και διατηρήθηκε και με τον «Καλλικράτη».

<sup>10</sup> Άρθ. 189 του Ν. 4555/2018, σε αντικ. του άρθ. 77 του Ν. 4172/2013.

<sup>11</sup> Άρθ. 191 του Ν. 4555/2018.

σχεδίων εναλλακτικών προτάσεων προς ψήφιση, κατ' αντιπαράθεση. Οι διατάξεις αυτές, σε συνδυασμό με την πρόβλεψη ότι η λευκή ψήφος δε συνυπολογίζεται στο σχηματισμό της πλειοψηφίας (υπέρ-κατά), σκοπεύουν να ενισχύσουν την αποτελεσματικότητα στη διαδικασία λήψης των αποφάσεων.

Το εκλογικό σύστημα της απλής αναλογικής εφαρμόζεται και σε κοινότητες με πληθυσμό άνω των τριακοσίων (300) κατοίκων, στις οποίες η κατανομή των εδρών στα αντίστοιχα Κοινοτικά Συμβούλια πραγματοποιείται ανάλογα με την εκλογική δύναμη κάθε συνδυασμού. Τα αποτελέσματα για το Κοινοτικό Συμβούλιο είναι ανεξάρτητα από τα αποτελέσματα των συνδυασμών για το Δημοτικό Συμβούλιο. Πρόεδρος του συμβουλίου της κοινότητας άνω των τριακοσίων (300) κατοίκων εκλέγεται, από το σύνολο των μελών του οικείου συμβουλίου και για το σύνολο της δημοτικής περιόδου, ο επικεφαλής ενός από τους δύο πρώτους κατά σειρά εκλογής συνδυασμούς, με τη διαδικασία που προβλέπεται από το άρθρ. 80 παρ. 2 του Ν. 4555/2018. Στο σημείο αυτό, αξίζει να σημειωθεί ότι η εν λόγω διάταξη εγείρει ζητήματα συνταγματικότητας ως προς την αρχή της άμεσης ψηφοφορίας, η οποία κατοχυρώνεται με τη διάταξη του Σ 51 παρ. 3 και πραγματώνεται όταν δε μεσολαβεί άλλη βούληση μεταξύ του εκλογέα και του αποτελέσματος της εκλογής. Αντιθέτως, όταν παρεμβάλλονται εκλεκτορικά Σώματα, η ψήφος δεν είναι άμεση αλλά έμμεση. Βεβαίως, το Σ θεσπίζει την άμεση ψηφοφορία μόνο για την εκλογή βουλευτών και, αυτονόητα, για τη διεξαγωγή του δημοψηφίσματος. Η αρχή της άμεσης ψηφοφορίας δεν αφορά στην ανάδειξη των αυτοδιοικητικών αρχών, για τις οποίες προβλέπεται μόνο ότι εκλέγονται με καθολική και μυστική ψηφοφορία (Σ 102 παρ. 2 εδ.β'). Ωστόσο, η αρχή της άμεσης ψηφοφορίας στο επίπεδο της Τοπικής Αυτοδιοίκησης φαίνεται να έχει αποκτήσει τα φυσιογνωμικά χαρακτηριστικά στοιχεία του συνταγματικού εθίμου, δηλαδή της μακροχρόνιας άσκησης (corpus) με πεποίθηση δικαίου (animus).

Στις κοινότητες, έως και τριακοσίων (300) κατοίκων, στις οποίες η εκλογή διενεργείται με ενιαίο ψηφοδέλτιο μεμονωμένων υποψηφιοτήτων, πρόεδρος εκλέγεται εκείνος που θα συγκεντρώσει τους περισσότερους σταυρούς προτίμησης. Στην περίπτωση αυτή, για λόγους πρακτικούς, προκρίνεται ένα αμιγώς πλειοψηφικό σύστημα, το οποίο μπορεί να διασφαλίσει, εν τούτοις, την ανεξαρτησία των υποψηφίων από πολιτικές και παραταξιακές αγκυλώσεις, ευνοώντας την ανάδειξη των πλέον δραστήριων εκπροσώπων της τοπικής κοινωνίας.<sup>12</sup>

### **3. Ενδοδημοτική και ενδοπεριφερειακή αποκέντρωση**

Ο «Καλλικράτης» προκάλεσε μία εκτεταμένη συνένωση αυτοδιοικητικών δομών, που είχε ως αποτέλεσμα την μετάβαση από τους 1.000 περίπου Δήμους και τις 54 Νομαρχιακές Αυτοδιοικήσεις, που υπήρχαν πριν το 2010, στη σημερινή κατάσταση των 325 Δήμων και των 13 αιρετών Περιφερειών. Η συνένωση αυτή δημιούργησε ισχυρότερες δομές σε διοικητικό και επιχειρησιακό επίπεδο αλλά, συχνά, υπονόμωσε το αίσθημα της εγγύτητας των πολιτών προς τους αυτοδιοικητικούς θεσμούς, ένα αίσθημα το οποίο είναι σύμφυτο με την ίδια την ουσιαστική έννοια της Τοπικής Αυτοδιοίκησης. Αστοχίες στο χωροταξικό σχεδιασμό των Ο.Τ.Α., ενίσχυσαν τοπικιστικά αισθήματα και φυγόκεντρες τάσεις, με αποτέλεσμα οι πολίτες να αποθαρρύνονται από την ενεργή ενασχόλησή τους με τις τοπικές υποθέσεις.<sup>13</sup> Με το

<sup>12</sup> Άρθρ. 34 του Ν. 4555/2018. Στο Ν. 3852/2019 προστ. άρθρ. 37 Α.

<sup>13</sup> Βλ. ενδ. ΣτΕ 1871/2007.

προηγούμενο σύστημα, υπήρχε απόλυτη πολιτική εξάρτηση των αιρετών οργάνων διοίκησης των Κοινοτήτων από την εκάστοτε Δημοτική Αρχή, δεδομένου ότι η πλειοψηφία των αιρετών στα Κοινοτικά Συμβούλια ανήκαν στον εκλογικό συνδυασμό του εκάστοτε Δημάρχου. Το γεγονός αυτό, σε συνδυασμό με το περιορισμένο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων των εν λόγω οργάνων, κατέστειλε εν τη γενέσει τους τις όποιες πρωτοβουλίες αυτόνομης δράσης σε τοπικό επίπεδο.

Ο «Κλεισθένης Ι» καταργεί την ισχύουσα διάκριση, βάσει πληθυσμιακών κριτηρίων, σε Δημοτικές και Τοπικές Κοινότητες και καθιερώνει στο εξής την Κοινότητα, ως μοναδικό και ενιαίο θεσμό ενδοδημοτικής αποκέντρωσης. Ο όρος «Κοινότητα» προκρίνεται, γιατί φέρει ένα ιδιαίτερο σημασιολογικό φορτίο στην ιστορική διαδρομή της πατρίδας μας.<sup>14</sup>

Ο «Κλεισθένης Ι» αποσυνδέει την εκλογή των οργάνων διοίκησης των Κοινοτήτων (πρόεδροι και συμβούλια κοινοτήτων) από τους συνδυασμούς που μετέχουν στις δημοτικές εκλογές, με σκοπό την ενίσχυση της ενδοδημοτικής αποκέντρωσης. Έτσι, δίνεται η δυνατότητα σε τοπικές πρωτοβουλίες πολιτών και σε μεμονωμένους υποψηφίους (στις μικρές κοινότητες έως 300 κατοίκων) να ενεργοποιηθούν και να συγκροτήσουν αυτόνομα ψηφοδέλτια, διεκδικώντας την εκλογή τους στα όργανα διοίκησης των Κοινοτήτων (Πρόεδρος και Σύμβουλοι Κοινοτικών Συμβουλίων), χωρίς να εξαρτώνται από τα ψηφοδέλτια των υποψηφίων Δημάρχων. Όταν μία δημοτική παράταξη επιθυμεί να διεκδικήσει εκπροσώπηση, τόσο σε επίπεδο Δημοτικού όσο και σε επίπεδο Κοινοτικού Συμβουλίου, μπορεί, βεβαίως, να συγκροτήσει δύο ψηφοδέλτια. Στην περίπτωση αυτή, η πολιτική εξάρτηση του Κοινοτικού Ψηφοδέλτιου είναι προφανής, αλλά, σε κάθε περίπτωση, τίθεται υπό την κρίση του εκλογικού Σώματος.

Σε επίπεδο λειτουργίας, ο «Κλεισθένης Ι» ενισχύει επί της ουσίας αλλά και δυναμικά, τις αρμοδιότητες και τους οικονομικούς πόρους των Κοινοτήτων, ώστε αυτές να είναι ικανές να αναλάβουν με μεγαλύτερη αξιοπιστία και αποτελεσματικότητα ευθύνες σε επίπεδο προγραμματισμού και υλοποίησης στοιχειωδών ζητημάτων που απασχολούν τις τοπικές κοινωνίες.<sup>15</sup> Ο πρόεδρος του Κοινοτικού Συμβουλίου συμμετέχει στις συνεδριάσεις του δημοτικού συμβουλίου, στις οποίες καλείται υποχρεωτικά με δικαίωμα ψήφου, όταν στην ημερήσια διάταξη περιλαμβάνεται θέμα που αφορά ειδικά την αντίστοιχη Κοινότητα.<sup>16</sup>

Με αυτόν τον τρόπο, ενισχύεται η ενεργός συμμετοχή των πολιτών στις τοπικές υποθέσεις.

Σε περιφερειακό επίπεδο, καταργείται η αυτοδίκαιη εκλογή των χωρικών Αντιπεριφερειάρχων από το ψηφοδέλτιο του εκάστοτε Περιφερειάρχη. Πλέον, ο Αντιπεριφερειάρχης ορίζεται υποχρεωτικώς μεταξύ των Περιφερειακών Συμβούλων που εκλέγονται στην αντίστοιχη Περιφερειακή Ενότητα.<sup>17</sup> Με αυτόν τον τρόπο, ο νόμος ενισχύει την πιο ενεργή εμπλοκή της τοπικής κοινωνίας στην επιλογή των προσώπων, που αναλαμβάνουν τη διοίκηση των υποθέσεων σε περιφερειακό επίπεδο.

<sup>14</sup> Άρθ. 4-5 του Ν. 4555/2018, σε αντικ. των άρθ. 2 και 8 αντιστοίχως του Ν. 3852/2010.

<sup>15</sup> Άρθ. 86 του Ν. 4555/2018. Η δυναμική μεταβίβαση αρμοδιοτήτων από το δήμαρχο και τα δημοτικά συμβούλια στους προέδρους και τα συμβούλια των Κοινοτήτων ευνοεί την περαιτέρω αποκέντρωση των αρμοδιοτήτων στο εγγύτερο δυνατό επίπεδο προς τον πολίτη.

<sup>16</sup> Άρθ. 82 του Ν. 4555/2018, σε αντικ. του άρθ. 81 του Ν. 3852/2010.

<sup>17</sup> Άρθ. 93 του Ν. 4555/2018, σε αντικ. του άρθ. 160 του Ν. 3852/2010.

#### **4. Οι θεσμοί άμεσης συμμετοχής και δημοκρατικής έκφρασης των πολιτών: τα δημοτικά και περιφερειακά δημοψηφίσματα**

Στα πλαίσια του κατευθυντήριου δικαιοπολιτικού στόχου για εκδημοκρατισμό του συστήματος και ενίσχυση της συμμετοχής των πολιτών στη διαχείριση των τοπικών υποθέσεων, ο «Κλεισθένης Ι» θεσμοθετεί τα δημοτικά και περιφερειακά δημοψηφίσματα, ως θεσμούς άμεσης δημοκρατίας.<sup>18</sup> Διάφορα νομοθετήματα στο παρελθόν έχουν προβλέψει θεσμούς συμμετοχικής δημοκρατίας και κοινωνικού ελέγχου, χωρίς ωστόσο να ακολουθήσει αποτελεσματική εφαρμογή στην πράξη. Το άρθ. 216 του Ν. 3463/2006 (Κώδικας Δήμων και Κοινοτήτων) θεσμοθέτησε το τοπικό δημοψήφισμα. Ωστόσο, η εν λόγω νομοθετική πρόβλεψη δεν ενεργοποιήθηκε, γιατί δεν εκδόθηκε ποτέ το προβλεπόμενο προεδρικό διάταγμα.<sup>19</sup>

Με τον «Κλεισθένη Ι» ρυθμίζεται πλήρως το δημοψήφισμα, τόσο σε τοπικό όσο και σε περιφερειακό επίπεδο, με αποτέλεσμα να είναι δυνατή η άμεση εφαρμογή των σχετικών διατάξεων, χωρίς να απαιτείται η κατ' εξουσιοδότηση προσφυγή στην κανονιστικώς δρώσα διοίκηση.

Η διεξαγωγή του τοπικού ή περιφερειακού δημοψηφίσματος γίνεται μετά από πρωτοβουλία του Δημοτικού ή Περιφερειακού Συμβουλίου αντιστοίχως ή μετά από λαϊκή πρωτοβουλία, με αίτημα ενός ικανού, αλλά όχι απαγορευτικού αριθμού εκλογέων του οικείου Ο.Τ.Α. Ο «Κλεισθένης Ι» διευρύνει τις περιπτώσεις, κατά τις οποίες μπορεί να διεξαχθεί δημοτικό ή περιφερειακό δημοψήφισμα, για κάθε θέμα τοπικού ενδιαφέροντος και δεν αποκλείει θέματα τοπικού ενδιαφέροντος, τα οποία δεν εμπίπτουν στις αρμοδιότητες των Ο.Τ.Α, με την στενή έννοια. Στην περίπτωση αυτή, όμως, το δημοψήφισμα έχει υποχρεωτικώς συμβουλευτικό χαρακτήρα. Ο νόμος προβλέπει, τέλος, εγγυήσεις και μηχανισμούς ελέγχου, με σκοπό την καθιέρωση του τοπικού και περιφερειακού δημοψηφίσματος ως θεσμού, που εμπλουτίζει την αντιπροσωπευτικότητα των άλλων αυτοδιοικητικών θεσμών και εκφράζει με γνησιότητα και αμεσότητα την λαϊκή βούληση και εντολή.

#### **5. Ο θεσμός της δημοτικής και περιφερειακής διαμεσολάβησης**

Με τη θεσμοθέτηση της δυνατότητας διαμεσολαβητικής επίλυσης των προβλημάτων, που ανακύπτουν κατά την ενάσκηση των αρμοδιοτήτων των υπηρεσιών των ΟΤΑ α' και β' βαθμού, εισάγεται στη διάρθρωση της τοπικής αυτοδιοίκησης ο θεσμός του «τοπικού συνηγόρου του πολίτη» (local ombudsman), ο οποίος λειτουργεί ήδη εδώ και δεκαετίες σε άλλες ευρωπαϊκές πόλεις.<sup>20</sup>

Ο θεσμός της Δημοτικής και Περιφερειακής Διαμεσολάβησης, που καθιερώνει ο «Κλεισθένης Ι» με τις διατάξεις για το Δημοτικό και Περιφερειακό Διαμεσολαβητή αντιστοίχως (Θ' Κεφάλαιο), αποτελεί μετεξέλιξη του θεσμού του «Συμπαραστάτη

<sup>18</sup> Κεφ. Η' (άρθ. 133- 150) του Ν. 4555/2018.

<sup>19</sup> Βλ. σχετ. ΜΠΑΜΠΑΛΙΟΥΤΑΣ, Λ., Πτυχές «συμμετοχικής δημοκρατίας» στη σύγχρονη τοπική αυτοδιοίκηση: προβληματισμοί και προοπτικές, *ΕΠΕΤΑρμ*, 2013, σ. 47 επ.

<sup>20</sup> Με τη Σύσταση R(85) 13 «για το θεσμό του Ombudsman», η Επιτροπή Υπουργών των κρατών του Συμβουλίου της Ευρώπης καλεί τα κράτη-μέλη να διορίσουν Ombudsmen σε εθνικό, περιφερειακό και τοπικό επίπεδο, ή σε ειδικούς τομείς της δημόσιας διοίκησης.



του Δήμου και της Επιχείρησης» και του «Περιφερειακού Συμπαραστάτη του Πολίτη και της Επιχείρησης» που εισήγαγε ο «Καλλικράτης». Ο σκοπός και των δύο μεταρρυθμιστικών παρεμβάσεων είναι, κατά βάση, κοινός και αφορά στην αναβάθμιση των υπηρεσιών της τοπικής αυτοδιοίκησης προς τους πολίτες, με αμεροληψία, χρηστότητα και διαφάνεια, μέσω του έγκαιρου εντοπισμού και της αποτελεσματικής αντιμετώπισης φαινομένων κακοδιοίκησης και λανθασμένης εφαρμογής των νόμων.

Η έννοια της κακοδιοίκησης (maladministration) είναι ένας όρος χωρίς σαφές νομικό περιεχόμενο αλλά με πολύ συγκεκριμένο «αρνητικό αποτύπωμα» στις σχέσεις των αυτοδιοικητικών αρχών με τους συναλλασσόμενους πολίτες. Παραδείγματα κακοδιοίκησης συνιστούν η αγενής και κακόβουλη συμπεριφορά ενός υπαλλήλου απέναντι σε έναν πολίτη, η υπερβολική κωλυσιεργία στη διεκπεραίωση των αιτήσεων των πολιτών, η ταλαιπωρία με άσκοπες απαιτήσεις και υπερβολικές προϋποθέσεις στη διεκπεραίωση των πάσης φύσεως αιτημάτων, η υπέρβαση των κανόνων της κοινής λογικής και των βασικών αρχών της διοικητικής επιστήμης.

Ο θεσμός του «Συμπαραστάτη» δεν απέδωσε τα αναμενόμενα. Αρκετοί Δήμοι και Περιφέρειες δεν εκκίνησαν τις σχετικές διαδικασίες, ενώ σε αρκετές περιπτώσεις, δεν κατέστη δυνατό να συγκεντρωθεί η απαιτούμενη από το νόμο αυξημένη πλειοψηφία για την επιλογή του προσώπου του Διαμεσολαβητή. Αξίζει να υπογραμμισθεί ότι με το προηγούμενο καθεστώς, Συμπαραστάτης μπορούσε να εκλεγεί μόνο σε δήμους άνω των 20.000 κατοίκων, με αποτέλεσμα, ένας μεγάλος αριθμός πολιτών να στερείται την πρόσβαση στις υπηρεσίες της δημοτικής διαμεσολάβησης, εκ προοιμίου. Λαμβάνοντας υπόψη διαπιστωμένες αγκυλώσεις και δυσλειτουργίες, ο μεταρρυθμιστικός νομοθέτης του «Κλεισθένη Ι» θέτει το θεσμό της δημοτικής και περιφερειακής διαμεσολάβησης σε νέες βάσεις.

Καταρχάς, ο Δημοτικός Διαμεσολαβητής εκλέγεται πλέον σε κάθε νομό, εξαιρουμένης της Αττικής, όπου εκλέγεται ένας Δημοτικός Διαμεσολαβητής ανά περιφερειακή ενότητα. Συνεπώς, προβλέπεται να εκλεγούν 50 Δημοτικοί Διαμεσολαβητές με αρμοδιότητα, ο καθένας τους, του πρωτοβάθμιους Ο.Τ.Α. και τα νομικά τους πρόσωπα σε όλη τη χώρα, πλην Αττικής, και 8 Δημοτικοί Μεσολαβητές με αρμοδιότητα, ο καθένας τους αντιστοίχως σε κάθε Περιφερειακή Ενότητα της Περιφέρειας Αττικής. Από την άλλη, η Περιφερειακή Διαμεσολάβηση ασκείται από 13 Περιφερειακούς Διαμεσολαβητές με χωρική αρμοδιότητα στην οικεία Περιφέρεια και τα νομικά της πρόσωπα ο καθένας. Επίσης, διευρύνεται το πλαίσιο των αρμοδιοτήτων των Διαμεσολαβητών και οριοθετούνται, με μεγαλύτερη ακρίβεια, οι σχέσεις τους με τους πολίτες και τις αυτοδιοικητικές υπηρεσίες.<sup>21</sup> Μέσω της διεύρυνσης της χωρικής και υλικής του αρμοδιότητας, ο Δημοτικός και Περιφερειακός Διαμεσολαβητής αναμένεται να αυξήσει το κύρος του και να ενισχύσει την αποτελεσματικότητα του έργου του, γιατί πλέον όλοι οι Δήμοι και όλες οι Περιφέρειες θα διαθέτουν έναν αρμόδιο Διαμεσολαβητή για την εξυπηρέτηση των πολιτών.<sup>22</sup>

Ο «Κλεισθένης Ι», σε αντίθεση με την σχετική ασάφεια του «Καλλικράτη», καθορίζει ρητώς τα ελάχιστα τυπικά προσόντα, που πρέπει να διαθέτει ο υποψήφιος για τη θέση του Δημοτικού και Περιφερειακού Διαμεσολαβητή. Ο νόμος διευρύνει τα κωλύματα και τα ασυμβίβαστα για την κατάληψη των θέσεων των Διαμεσολαβητών,

<sup>21</sup> Αρθ. 163-166 Ν. 4555/2018.

<sup>22</sup> Αρθ. 154 Ν. 4555/2018.

με την προσθήκη της αρνητικής προϋπόθεσης για την εκλογή της κατοχής έως και πέντε χρόνια πριν την έκδοση της σχετικής προκήρυξης οποιουδήποτε αυτοδιοικητικού αξιώματος στον οικείο νομό, ακόμη και αν προηγηθεί παραίτηση. Επίσης, ο νόμος καθιερώνει το απόλυτο επαγγελματικό ασυμβίβαστο του Διαμεσολαβητή με σκοπό να αποτραπεί η χρήση της συγκεκριμένης θέσης για την εξυπηρέτηση ιδιωτικών συμφερόντων. Ο νόμος προσδιορίζει, τέλος, την αντιμισθία των Διαμεσολαβητών.<sup>23</sup>

Η ειδική πλειοψηφία των 2/3 του συνόλου των μελών του Δημοτικού Συμβουλίου για την εκλογή Δημοτικού Διαμεσολαβητή, που προέβλεπε ο «Καλλικράτης», δυσχέρανε τις σχετικές διαδικασίες με αποτέλεσμα να μην πληρωθούν οι σχετικές θέσεις σε πολλές περιπτώσεις. Ο «Κλεισθένης Ι» απαιτεί μικρότερη πλειοψηφία για την εκλογή των Δημοτικών και Περιφερειακών Διαμεσολαβητών από τα οικεία εκλεκτορικά Σώματα και διασφαλίζει, έτσι, τις προϋποθέσεις για τη λειτουργία του θεσμού σε ολόκληρη τη χώρα.<sup>24</sup>

Ο «Κλεισθένης Ι» εγγυάται όρους λειτουργικής ανεξαρτησίας του Διαμεσολαβητή, μέσω του ακαταδίωκτου για τη γνώμη που αυτός διατυπώνει κατά την άσκηση των καθηκόντων του, με την επιφύλαξη των διατάξεων περί συκοφαντικής δυσφήμισης. Η ευθύνη του Διαμεσολαβητή περιορίζεται μόνο για δόλο ή βαριά αμέλεια κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του.<sup>25</sup>

Η σύσταση Αυτοτελούς Γραφείου Δημοτικού/Περιφερειακού Διαμεσολαβητή και η σαφής οριοθέτηση των σχέσεων των Διαμεσολαβητών με τους πολίτες, τις αυτοδιοικητικές υπηρεσίες και το Συνήγορο του Πολίτη, σκοπεύει να ενισχύσει την αποτελεσματικότητα της οργανωτικής δομής του θεσμού της δημοτικής και περιφερειακής διαμεσολάβησης.<sup>26</sup> Το τεκμήριο αρμοδιότητας για την διοίκηση των τοπικών υποθέσεων, που αναγνωρίζει το Σύνταγμα στο άρθρο 102 παρ. 1, δίνει το προβάδισμα στον οικείο Διαμεσολαβητή, έναντι άλλων θεσμών εξωδικαστικής επίλυσης διαφοράς της κεντρικής δημόσιας διοίκησης. Ο θεσμός της διαμεσολάβησης ενισχύεται περαιτέρω με τη συγκρότηση Εθνικού Συμβουλίου Διαμεσολαβητών, ως εθνικού συντονιστικού και γνωμοδοτικού φορέα σε θέματα διαμεσολάβησης.<sup>27</sup>

## **Συμπερασματικές Παρατηρήσεις**

Ο «Καλλικράτης» αποτέλεσε μία κατ' εξοχήν μεταρρυθμιστική παρέμβαση, η οποία άλλαξε την «αρχιτεκτονική» της αυτοδιοίκησης και της αποκεντρωμένης διοίκησης. Ο «Κλεισθένης Ι» αναπτύσσει τη μεταρρυθμιστική του δυναμική σε ένα δεδομένο πεδίο θεσμικής πραγματικότητας, η υπέρβαση της οποίας προϋποθέτει τη δημιουργική αξιοποίηση όλων των διαθέσιμων θεσμικών, διοικητικών και επιχειρησιακών εργαλείων, στα πλαίσια της δεδομένης κοινωνικής, πολιτικής και οικονομικής συγκυρίας.

Η εφαρμογή των μεταρρυθμιστικών παρεμβάσεων του «Κλεισθένη Ι» στην πράξη, θα αποδείξει εάν το νομοθέτημα αυτό μπορεί να αποτελέσει την πραγματική

<sup>23</sup> Άρθ. 155-156 και 158 του Ν. 4555/2018.

<sup>24</sup> Άρθ. 159-161 του Ν. 4555/2018.

<sup>25</sup> Άρθ. 157 του Ν. 4555/2018.

<sup>26</sup> Άρθ. 167-171 του Ν. 4555/2018.

<sup>27</sup> Άρθ. 169-171 του Ν. 4544/2018.

αφετηρία μιας διαρκούς μεταρρυθμιστικής προσπάθειας με στόχο την ενίσχυση του αποκεντρωτικού κεκτημένου, για την εμβάθυνση της δημοκρατίας και τη διεύρυνση της λαϊκής συμμετοχής σε τοπικό και περιφερειακό επίπεδο.

## Η ΕΠΑΡΚΕΙΑ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΞΕΩΝ ΩΣ ΟΡΙΟ ΓΙΑ ΤΗ ΜΕΙΩΣΗ ΤΟΥΣ

Στέφανος Πετροπουλάκος, Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ, Υποψήφιος Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Πολιτικής Ανάλυσης και Πολιτικής Θεωρίας

### 1. Εισαγωγή

**1.1.** Η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας με τις με αριθμούς 2287-2288/2015 αποφάσεις<sup>1</sup> επέλυσε, στο πλαίσιο πρότυπων δικών, το γενικότερο ενδιαφέροντος ζήτημα της συνταγματικότητας, καθώς και της συμφωνίας με την ΕΣΔΑ, των «μνημονιακών» διατάξεων με τις οποίες επιβλήθηκαν διαδοχικές περικοπές στις κύριες και επικουρικές συντάξεις.

Ειδικότερα, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχθηκε ότι οι περικοπές που επιβλήθηκαν με τις διατάξεις α) του άρθρου τρίτου παρ. 10 του ν. 3845/2010 (ΦΕΚ Α΄ 65)<sup>2</sup>, β) του άρθρου 38 του ν. 3863/2010 (ΦΕΚ Α΄ 115)<sup>3</sup>, γ) του άρθρου 44 του ν. 3986/2011 (ΦΕΚ Α΄ 152)<sup>4</sup> και δ) του άρθρου 2 του ν. 4024/2011 (ΦΕΚ Α΄ 226)<sup>5</sup>, αφενός, είναι συμβατές με το Σύνταγμα, και, αφετέρου, δεν αντίκεινται στο άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

Αντιθέτως, με τις ίδιες αποφάσεις έγινε δεκτό ότι οι περικοπές που επιβλήθηκαν με τις διατάξεις α) του άρθρου 6 παρ. 1 και 2 του ν. 4051/2012 (ΦΕΚ Α΄ 40)<sup>6</sup> και β) του άρθρου πρώτου παρ. ΙΑ υποπαρ. ΙΑ.5 περ. 1 και υποπαρ. ΙΑ.6 περ. 3 του ν. 4093/2012 (ΦΕΚ Α΄ 222)<sup>7</sup>, αφενός, αντίκεινται σε διατάξεις του Συντάγματος και, αφετέρου, παραβιάζουν το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

**1.2.** Ήδη, έχει εκδοθεί σημαντικός αριθμός αποφάσεων των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, με τις οποίες, με επίκληση των ανωτέρω αποφάσεων του Συμβουλίου της Επικρατείας, γίνονται δεκτές αγωγές συνταξιούχων των οργανισμών κοινωνικής ασφάλισης και αναγνωρίζεται η υποχρέωση των φορέων να καταβάλουν σημαντικά ποσά<sup>8</sup>.

**1.3.** Η σημασία των αποφάσεων αυτών είναι πολύ μεγάλη, όχι μόνο διότι επέλυσαν τα ως άνω ζητήματα συνταγματικότητας και συμβατότητας με την ΕΣΔΑ<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Όμοιες και οι με αριθμούς 2289 και 2290/2015 αποφάσεις.

<sup>2</sup> Μείωση επιδομάτων εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα και επιδόματος αδείας και κατάργησή τους για καταβαλλόμενες συντάξεις που υπερβαίνουν κατά μήνα το ποσό των 2.500,00€.

<sup>3</sup> Θέσπιση εισφοράς αλληλεγγύης συνταξιούχων, κλιμακούμενης ανάλογα με το ύψος της καταβαλλόμενης σύνταξης.

<sup>4</sup> Αύξηση της εισφοράς αλληλεγγύης συνταξιούχων, θέσπιση επιπλέον εισφοράς για συνταξιούχων κάτω των 60 ετών, θέσπιση ειδικής εισφοράς συνταξιούχων επικουρικής ασφάλισης.

<sup>5</sup> Μείωση στις κύριες συντάξεις συνταξιούχων κάτω των 55 ετών κατά ποσοστό επί του ποσού που υπερβαίνει τα 1.000,00€, μείωση στις κύριες συντάξεις που υπερβαίνουν το ποσό των 1.200,00€ και στις επικουρικές συντάξεις του ΕΤΕΑΜ, του ΤΑΥΤΕΚΩ και του μερίσματος του ΜΤΠΥ.

<sup>6</sup> Μείωση κύριων συντάξεων άνω των 1.300,00€ ευρώ και μείωση των επικουρικών συντάξεων αναλόγως του ύψους τους και με κατώτατο όριο τα 200,00€

<sup>7</sup> Μείωση από 5% έως 20% των από οποιαδήποτε αιτία και πηγή συντάξεων που υπερβαίνουν αθροιστικά τα 1.000,00€ και πλήρης κατάργηση δώρων εορτών Χριστουγέννων και Πάσχα και επιδόματος αδείας.

<sup>8</sup> Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΠειρ 1296/2018, ΔΕφΑθ 4607/2017, ΔΠρΑθ 2134/2019, 2046/2019, 1643/2019, 1579/2019 που εκδόθηκαν με επίκληση της εν λόγω νομολογίας.

<sup>9</sup> Πάντως, το ΣτΕ έκρινε ότι η διάγνωση της αντισυνταγματικότητας των ως άνω διατάξεων θα συνεπαγόταν την υποχρέωση της Διοίκησης να συμμορφωθεί με αναδρομική καταβολή των

των προαναφερθεισών διατάξεων, αλλά, κυρίως, διότι, μέσα από την έρευνα των ορίων της ελευθερίας του νομοθέτη να περιορίζει τις συνταξιοδοτικές παροχές σε περιόδους οικονομικής κρίσης, οριοθέτησαν τον ίδιο τον θεσμό της κοινωνικής ασφάλισης<sup>10</sup>.

## **2. Η χορήγηση επαρκών συνταξιοδοτικών παροχών ως βασικός - άμεσος στόχος του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης**

**2.1.** Όπως έγινε δεκτό από το Συμβούλιο της Επικρατείας<sup>11</sup>, το Σύνταγμα, με το άρθρο 22 παρ. 5, κατοχυρώνει τον θεσμό της κοινωνικής ασφάλισης των εργαζομένων και ανάγει τη μέριμνα για την προαγωγή του σε σκοπό του Κράτους<sup>12</sup>. Βασικό περιεχόμενο της κοινωνικής ασφάλισης αποτελεί η, έναντι καταβολής εισφοράς, προστασία του εργαζόμενου-ασφαλισμένου από την επέλευση κινδύνων (όπως το γήρας), οι οποίοι αναιρούν την ικανότητά του να εργάζεται (ασφαλιστικοί κίνδυνοι) και, συνακόλουθα, τείνουν να υποβαθμίσουν τις συνθήκες διαβίωσής του<sup>13</sup>. Έτσι, εφόσον επέλθει ο ασφαλιστικός κίνδυνος, ο ασφαλισμένος παύει να καταβάλλει εισφορές και αποκτά, καταρχήν, αξίωση έναντι του φορέα κοινωνικής ασφάλισης να του χορηγήσει παροχή. Η παροχή αυτή, αν και δεν απαιτείται να αντιστοιχεί ευθέως στις καταβληθείσες εισφορές του<sup>14</sup> ή να αντισταθμίζει πλήρως την απώλεια του

---

συνταξιοδοτικών παροχών που περικόπηκαν, βάσει των αντισυνταγματικών αυτών διατάξεων, σε ιδιαιτέρως ευρύ κύκλο προσώπων που αφορά η εν λόγω πρότυπη δίκη. Εξαιτίας των δεδομένων αυτών, το Δικαστήριο, μετά από στάθμιση του δημοσίου συμφέροντος, αναφερομένου στην οξυμένη δημοσιονομική κρίση και στην κοινώς γνωστή ταμειακή δυσχέρεια του ελληνικού Κράτους, όρισε ότι οι συνέπειες της αντισυνταγματικότητας των επίμαχων διατάξεων θα επέλθουν μετά τη δημοσίευση της απόφασής του. Το πρακτικό αποτέλεσμα της κρίσης αυτής είναι ότι, σε ένδικα βοηθήματα που ασκούνται μετά τη δημοσίευσή της και αφορούν στο χρονικό διάστημα από τη θέσπιση των περικοπών των ν. 4051/2012 και 4093/2012 μέχρι και τη δημοσίευση της απόφασης (10.06.2015), ο ασκών το ένδικο βοήθημα δεν μπορεί να επικαλεστεί την αντισυνταγματικότητα των περικοπών αυτών για τη θεμελίωση αποζημιωτικής αξίωσής του. Αυτό δε, προκειμένου να μην υποχρεωθεί η Διοίκηση να συμμορφωθεί με αναδρομική καταβολή των συνταξιοδοτικών παροχών που περικόπηκαν κατά τα ανωτέρω. Για το ζήτημα αυτό πρβλ. απόφαση ΕΔΔΑ Κωνσταντίνα Φραντζεσκάκη κ.λπ. κατά Ελλάδας, αριθμός προσφυγής 57275/17 κ.λπ., της 12<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2019, με την οποία κρίθηκε ότι η μετάθεση του ανίσχυρου της αντισυνταγματικότητας των νόμων (με τη με αριθμό 244/2017 απόφαση της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου) δεν προσκρούει στο δικαίωμα της δίκαιης δίκης. Πρβλ. ΔΠρΘεσσαλ 3037/2018, όπου γίνεται δεκτό ότι δεν υφίσταται αναδρομικός περιορισμός των αποτελεσμάτων της αντισυμβατότητας των ως άνω διατάξεων.

<sup>10</sup> Πρβλ. Στεργίου Άγγελος, «Το δικαίωμα στην Κοινωνική Ασφάλιση (Απαραίτητες αποσαφηνίσεις πριν οι εννοιολογικές συγχύσεις γίνουν επικίνδυνες: Ανταποδοτικότητα versus κοινωνική αλληλεγγύη)», *ΕΔΚΑ* 2005, σελ. 161, όπου παρατηρείται ότι δεν έχει δημιουργηθεί νομολογιακά μία αντίληψη για το βασικό περιεχόμενο της κοινωνικής ασφάλισης, καθώς και ότι σε περίπτωση που δεν επαναδιατυπωθεί από τη νομολογία με σαφήνεια και δεν προβληθεί ο κοινωνικός χαρακτήρας του θεσμού, υπάρχει ο κίνδυνος ο νομοθέτης να κινηθεί προς την κατεύθυνση της ιδιωτικοποίησης της κοινωνικής ασφάλισης, με περαιτέρω συνέπεια την επιστροφή σε όλο και αυστηρότερες μορφές ανταποδοτικότητας.

<sup>11</sup> ΣτΕ Ολ. 2287/2015, σκ. 7, ΣτΕ 7μ 1821/2018, σκ. 7.

<sup>12</sup> Για τη συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης βλ. Στεργίου Άγγελος, *Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης*, 1994, Θεσσαλονίκη, εκδόσεις Σάκουλα. Για τις νομολογιακές εξελίξεις βλ. Πετρόγλου Αθηνά, «Η συνταγματική κατοχύρωση των κοινωνικοασφαλιστικών παροχών κατά την πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΕΔΚΑ* 2016, σελ. 82-90.

<sup>13</sup> Βλ. Κρεμαλής Κωνσταντίνος, *Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων*, 1985, Αθήνα, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλας, σελ. 19-24 και Παπαρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, *Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης*, 2016, Αθήνα, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 17-22 και 25-29.

<sup>14</sup> Βλ. Παπαρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, «Οικονομική βιωσιμότητα και ανταποδοτικότητα ως συνταγματικές αρχές της κοινωνικής ασφάλισης - Ανάγκη νομολογιακής καθιέρωσής τους», *ΘΠΔΔ* 2012, σελ.112 επ., όπου γίνεται δεκτό ότι οι παροχές δεν τελούν σε πλήρη αντιστοιχία με τις καταβληθείσες εισφορές διότι ο θεσμός της κοινωνικής ασφάλισης προάγει παράλληλα και την ασφαλιστική αλληλεγγύη μεταξύ της ομάδας των ασφαλισμένων. Ωστόσο, υποστηρίζεται η ανάγκη νομολογιακής καθιέρωσης της αρχής της ανταποδοτικότητας εισφορών - παροχών, υπό την έννοια της

εισοδήματός του, πρέπει να είναι ικανή να του εξασφαλίσει ικανοποιητικό επίπεδο διαβίωσης, όσο το δυνατόν εγγύτερο προς εκείνο που είχε κατακτήσει κατά τη διάρκεια του εργασιακού του βίου<sup>15</sup>. Επομένως, βασικός στόχος του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης είναι η χορήγηση παροχών (κατά βάση με τη μορφή συντάξεων), οι οποίες διασφαλίζουν τη δυνατότητα των συνταξιούχων (δηλαδή των ασφαλισμένων για τους οποίους επήλθε ο ασφαλιστικός κίνδυνος του γήρατος) να διατηρούν ένα επίπεδο διαβίωσης όσο το δυνατόν εγγύτερο με αυτό που είχαν κατακτήσει κατά τη διάρκεια του εργασιακού τους βίου<sup>16</sup>. Είναι, εξάλλου, αυτονόητο, ότι οι παροχές αυτές θα πρέπει να προφυλάσσουν τους συνταξιούχους από τον κίνδυνο της φτώχειας<sup>17</sup>, υπό την έννοια ότι οι παροχές, ακόμα και αν το επίπεδο διαβίωσης των εργαζομένων-ασφαλισμένων ήταν πολύ χαμηλό (στα όρια της φτώχειας), θα πρέπει να είναι τέτοιες που να διασφαλίζεται ένα ελάχιστο επίπεδο αξιοπρεπούς διαβίωσης<sup>18</sup>.

---

ύπαρξης μιας αναλογίας μεταξύ των εισφορών και των παροχών. Πρβλ. όμως ΣτΕ 1821/2018 (σκ. 7), όπου γίνεται δεκτό ότι στοιχείο της έννοιας της ασφαλιστικής εισφοράς συνιστά η προσδοκία κάποιας αντιπαροχής μετά την επέλευση του ασφαλιστικού κινδύνου. Ωστόσο, η αρχή της ανταποδοτικότητας μεταξύ ασφαλιστικών εισφορών και παροχών δεν είναι συνταγματικώς κατοχυρωμένη, περαιτέρω δε, δεν αποτελεί συνταγματικώς κατοχυρωμένο κανόνα η αναλογία ασφαλιστικών εισφορών και παροχών.

<sup>15</sup> Βλ. και Κτιστάκη Σταυρούλα, «Η προστασία των κοινωνικών δικαιωμάτων υπό το πρίσμα της Ε.Σ.Δ.Α.: Οι προοπτικές της νομολογίας του Δικαστηρίου του Στρασβούργου», *ΕΔΚΑ* 2009, σελ. 481-492 και ιδίως σελ. 483-484, όπου παρατίθεται η νομολογία του ΕΔΔΑ σε σχέση με την απαγόρευση των διακρίσεων στην απόληψη των κοινωνικοασφαλιστικών παροχών.

<sup>16</sup> Βλ. Κρεμαλής Κωνσταντίνος, *όπ. π.* υποσημ. 13, σελ. 21, όπου γίνεται δεκτό ότι άμεσος στόχος των κοινωνικών ασφαλίσεων είναι και η αποκατάσταση ή αναπλήρωση της εργασιακής ικανότητας των ασφαλισμένων, ώστε να διατηρείται το βιοτικό επίπεδό τους σε περίπτωση επέλευσης των ασφαλιστικών κινδύνων. Με τον στόχο αυτό συναρτάται ευθέως και ο αναφερόμενος ως έμμεσος στόχος της αύξησης της παραγωγής και σταθεροποίησης της οικονομίας, καθώς ενισχύεται η ζήτηση καταναλωτικών αγαθών από μεγαλύτερες ομάδες πληθυσμού. Υπό την έννοια αυτή, η χορήγηση επαρκών συνταξιοδοτικών παροχών επιτυγχάνει τη διατήρηση της αγοραστικής-καταναλωτικής δύναμης των συνταξιούχων και συμβάλει στην ανάπτυξη της εθνικής οικονομίας.

<sup>17</sup> Βλ. Βακαλόπουλος Γεώργιος, «Η εξέλιξη των κατωτάτων ορίων συντάξεως σε σύστημα καθολικής κάλυψης του πληθυσμού με ελάχιστο συνταξιοδοτικό όριο», *ΕΔΚΑ* 1989, σελ. 257, όπου παρατηρείται ότι στις χώρες που είχαν υιοθετήσει συστήματα κλασικής κοινωνικής ασφάλισης προβλέφθηκαν παροχές που έτειναν στην εξασφάλιση ελαχίστου ορίου εισοδήματος. Κατά τον συγγραφέα, σε κάθε περίπτωση, ανεξάρτητα από την προέλευση και τις τάσεις ενός συστήματος, η εξασφάλιση βασικής συνταξιοδοτικής παροχής στο σύνολο του πληθυσμού, με στόχο την εξαφάνιση της φτώχειας, τείνει να αποτελέσει πρωταρχικό επίπεδο προστασίας βασικής προτεραιότητας. Βλ. Στεργίου Άγγελος, «Να ξανασκεφτούμε τις αξίες της κοινωνικής ασφάλισης», *Κοινωνική Συνοχή και Ανάπτυξη* 2016 1 (2), σελ. 25-26, όπου παρατηρείται ότι στην Ελλάδα, η εισοδηματική κάλυψη όσων δεν διαθέτουν επαρκείς πόρους συντήρησης έχει αναχθεί σ' ένα από τα κύρια καθήκοντα της κοινωνικής ασφάλισης.

<sup>18</sup> Σύμφωνα με τη ΣτΕ Ολ 2287/2015 (σκ. 7) οι παροχές της κοινωνικής ασφάλισης θα πρέπει να διασφαλίζουν την αξιοπρεπή διαβίωση, εξασφαλίζοντας του όρους όχι μόνο της φυσικής υπόστασης, αλλά και της συμμετοχής στην κοινωνική ζωή με τρόπο που δεν αφίσταται ουσιωδώς από τις αντίστοιχες συνθήκες του εργασιακού βίου. Το αυτό δέχθηκε πρόσφατα και η Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου (ΕλΣ Ολ 1388/2018, σκ. 8.4.). Ωστόσο, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι σκοπός του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης δεν είναι η χορήγηση ελάχιστων παροχών στους ασφαλισμένους, ενώ η κάλυψη ομάδων του πληθυσμού, μεταξύ των οποίων και οι εργαζόμενοι, με εξασφάλιση στοιχειώδους επιπέδου, αξιοπρεπούς, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος, διαβίωσης αποτελεί σκοπό του θεσμού της κοινωνικής πρόνοιας (άρθρο 21 του Συντάγματος). Βλ. και Κατρούγκαλος Γεώργιος, «Τα συνταγματικά όρια της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης», *ΘΠΔΔ* 2009, σελ. 670 επ., όπου γίνεται δεκτό ότι η ειδοποιός διαφορά της συνταγματικής προστασίας των άρθρων 21 και 22 παρ. 5 του Συντάγματος είναι ότι η κοινωνική ασφάλιση, λόγω της «βισμαρκιανής σφραγίδας» της, εγγυάται παράλληλα και αποζημιωτικά την αποκατάσταση του κοινωνικο-οικονομικού status του ατόμου πριν από την επέλευση του ασφαλιστικού κινδύνου. Βλ. και Στεργίου Άγγελος, *Κοινωνική ασφάλιση χωρίς εγγυήσεις*, 1992, Θεσσαλονίκη, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 123-124, όπου γίνεται δεκτό ότι η κοινωνική ασφάλιση στοχεύει στην εξασφάλιση ενός minimum ορίου διαβίωσης.

Συμπερασματικά, θα μπορούσε να λεχθεί ότι ο ανωτέρω δημόσιος σκοπός της κοινωνικής ασφάλισης εκπληρώνεται όταν οι χορηγούμενες παροχές εξασφαλίζουν ένα επίπεδο διαβίωσης που πάντα είναι ανώτερο από τα επίπεδα της φτώχειας και φτάνει μέχρι του σημείου να διασφαλίζεται η δυνατότητα των συνταξιούχων να διαβιούν υπό συνθήκες ουσιωδώς εγγύς με αυτές που διαβιούσαν κατά τη διάρκεια του ασφαλιστικού τους βίου<sup>19</sup>. Πρόκειται για την αρχή της επάρκειας των παροχών της κοινωνικής ασφάλισης.

**2.2.** Μάλιστα, το Συμβούλιο της Επικρατείας φαίνεται να δέχεται ότι προκειμένου να εξεταστεί εάν ένα μέτρο, που λαμβάνεται και οδηγεί σε περιορισμό της κοινωνικοασφαλιστικής προστασίας, παραβιάζει την ανωτέρω αρχή της επάρκειας των ασφαλιστικών παροχών, θέτοντας εν αμφιβόλω την επίτευξη του βασικού σκοπού του θεσμού, θα πρέπει να συνεκτιμώνται και τυχόν άλλα ληφθέντα μέτρα (επί παραδείγματι φορολογικά), αλλά και το σύνολο των κοινωνικοοικονομικών συνθηκών της δεδομένης συγκυρίας<sup>20</sup>. Υπό την έννοια αυτή, θα μπορούσε να λεχθεί ότι σε κάθε περίπτωση λήψης μέτρων που πλήττουν το εισόδημα των συνταξιούχων, θα πρέπει να εξετάζεται εάν, σε συνδυασμό με το ύψος των χορηγούμενων παροχών, παραβιάζεται ο πυρήνας του κοινωνικοασφαλιστικού δικαιώματός τους, υπό την έννοια της παύσης χορήγησης επαρκών, κατά τα ανωτέρω, παροχών. Αντίστοιχα, θα αναδειχθεί κατωτέρω ότι η επιβολή μέτρων για τη στήριξη της οικονομικής βιωσιμότητας των ασφαλιστικών οργανισμών, θα πρέπει να ελέγχεται για τυχόν επιβολή υπέρμετρης επιβάρυνσης στη γενεά των ασφαλισμένων.

**2.3.** Εξάλλου, η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δέχεται ότι με τον θεσμό της κοινωνικής ασφάλισης εκδηλώνεται και η κοινωνική αλληλεγγύη και ασκείται κοινωνική πολιτική, ειδικότερα δε, αναδιανομή εισοδήματος με σκοπό την άμβλυνση κοινωνικών αντιθέσεων και ανισοτήτων<sup>21</sup>. Ως προς το ζήτημα αυτό, ορθότερο θα ήταν να γίνει δεκτό ότι με τον θεσμό της κοινωνικής ασφάλισης εκδηλώνεται η ασφαλιστική αλληλεγγύη υπό τις μορφές, αφενός, της διαγενεακής αλληλεγγύης (μεταξύ εργαζομένων, συνταξιούχων και μελλοντικών εργαζομένων)

---

<sup>19</sup> Βλ. Παπαρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, «Η νομολογία για τη μείωση των συντάξεων (2010-2019) - Διαρθρωτικό ή δημοσιονομικό μέτρο;», *ΘΠΔΔ* 4/2019, σελ. 289 επ. όπου γίνεται δεκτό ότι ο νομοθέτης είναι καταρχήν ελεύθερος να υπολογίζει τον τρόπο υπολογισμού των συντάξεων. Για τον σκοπό αυτό χρησιμοποιείται το ποσοστό αναπλήρωσης, το οποίο υπολογίζεται επί του εισοδήματος που θα είχε ο συνταξιούχος εάν εργαζόταν. Επομένως, βάση αναφοράς για την επάρκεια της σύνταξης είναι το εισόδημα του συγκρίσιμου εκάστοτε εργαζομένου. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη αυτή, κρίσιμος είναι και ο προσδιορισμός της έννοιας του «συγκρίσιμου εργαζομένου».

<sup>20</sup> Για τον λόγο αυτό το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται ότι θα πρέπει να συντάσσεται ειδική, εμπειριστατωμένη και επιστημονικά τεκμηριωμένη μελέτη επιπτώσεων των εκάστοτε λαμβανομένων μέτρων. Βλ. Αγγελοπούλου Όλγα, «Ο «πυρήνας του κοινωνικοασφαλιστικού δικαιώματος» ως όριο στις περικοπές των συντάξεων», *ΕΔΚΑ* 2015, σελ. 459-460, όπου γίνεται δεκτό ότι η εν λόγω μελέτη είναι μια αξιολόγηση και αποτύπωση του ίδιου του πυρήνα του κοινωνικοασφαλιστικού δικαιώματος. Ο νομοθέτης δεν αρκεί να τηρήσει την υποχρέωση μιας γενικόλογης τεκμηρίωσης της επιλογής του και αναφοράς ότι κατά την επιβολή των μέτρων έλαβε υπόψη την ανάγκη κάλυψης των βιοτικών αναγκών των συνταξιούχων, αλλά θα πρέπει να αναζητήσει - προσδιορίσει τον πυρήνα του κοινωνικοασφαλιστικού δικαιώματος.

<sup>21</sup> Βλ. Κρεμαλής Κωνσταντίνος, *όπ. π. υποσημ. 13*, σελ. 21-22, όπου γίνεται δεκτό ότι ο δεύτερος άμεσος στόχος των κοινωνικών ασφαλίσεων είναι η αναδιανομή εισοδήματος μέσα στην ασφαλιστική κοινότητα, αφού όλα τα μέλη της εισφέρουν ανάλογα με τις δυνάμεις τους, ενώ ωφελούνται μόνο όσοι βρεθούν σε κίνδυνο. Ο άμεσος αυτός στόχος συσχετίζεται με τον έμμεσο στόχο της άμβλυνσης των κοινωνικών αντιθέσεων, διότι η μετατόπιση των κινδύνων από μεμονωμένα άτομα σε ομοιόμορφες ομάδες προάγει το αίσθημα της κοινωνικής αλληλεγγύης.

και, αφετέρου, της ενδογενεακής αλληλεγγύης (μεταξύ των συνταξιούχων)<sup>22</sup>. Αντίθετα, η κοινωνική αλληλεγγύη, ως έννοια ευρύτερη<sup>23</sup>, εκδηλώνεται, με τη μορφή της εθνικής αλληλεγγύης, μέσω θεσμών όπως η κοινωνική πρόνοια. Έτι περαιτέρω, η αναδιανομή εισοδήματος που λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο αυτής ακριβώς της ασφαλιστικής αλληλεγγύης, αποτελεί το μέσο για την επίτευξη του προαναφερθέντος στόχου του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης, ήτοι της χορήγησης επαρκών παροχών<sup>24</sup>. Ωστόσο, η αναδιανομή δεν φαίνεται να στοχεύει πάντοτε στην άμβλυση κοινωνικών αντιθέσεων και ανισοτήτων, αντιθέτως μάλιστα, ενδεχομένως να οδηγεί και σε μεγέθυνσή τους<sup>25</sup>. Αυτό δε, στο μέτρο που η αναδιανομή των εισοδημάτων, που λαμβάνει χώρα στο στάδιο χορήγησης των συνταξιοδοτικών παροχών, δεν λαμβάνει υπόψη τη γενικότερη εισοδηματική και περιουσιακή κατάσταση των συνταξιοδοτούμενων, αλλά μόνο το ύψος των χορηγηθησόμενων παροχών.

**2.4.** Σε κάθε περίπτωση, η αναδιανομή εισοδήματος, που συντελείται στο πλαίσιο διανεμητικών συστημάτων, όπως το ελληνικό, εμφανίζεται με τις εξής μορφές: α) Τη μεταφορά μέσων μεταξύ της γενεάς των εργαζομένων και της γενεάς των συνταξιούχων (στο πλαίσιο της διαγενεακής αλληλεγγύης) και β) τη μεταφορά μέσων εντός της γενεάς των συνταξιούχων, από αυτούς που κατέβαλαν περισσότερα και θα λάβουν αναλογικά λιγότερα, προς αυτούς που κατέβαλαν λιγότερα και θα λάβουν αναλογικά περισσότερα (στο πλαίσιο της ενδογενεακής αλληλεγγύης). Η αναδιανομή αυτή δεν αποτελεί αυτοτελή στόχο του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης, αλλά μέσο επίτευξης του στόχου, που είναι η χορήγηση επαρκών παροχών. Επιπλέον, η αναδιανομή αυτή αποτελεί και περιορισμό του συστήματος, καθόσον δεν μπορεί να εκτείνεται σε σημείο τέτοιο που να επιβάλλεται υπερβολική επιβάρυνση των σημερινών γενεών εργαζομένων υπέρ της σημερινής γενεάς συνταξιούχων<sup>26</sup>. Τυχόν επιβολή τέτοιας υπερβολικής επιβάρυνσης, προκειμένου να

<sup>22</sup> Πρβλ. Πετρόγλου Αθηνά, «Η συνταγματική κατοχύρωση των κοινωνικοασφαλιστικών παροχών κατά την πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΕΔΚΑ* 2016, σελ. 83, όπου γίνεται αναφορά την ύπαρξη ενός «συμβολαίου» των γενεών, στο οποίο στηρίζεται η κοινωνική ασφάλιση.

<sup>23</sup> Βλ. Παπαρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, *όπ. π. υποσημ. 14*, σελ. 112 επ., όπου γίνεται δεκτό ότι η κοινωνική αλληλεγγύη διακρίνεται σε εθνική και σε ασφαλιστική. Η εθνική αλληλεγγύη αναφέρεται στην αναδιανομή των εισοδημάτων που πραγματοποιείται στο σύνολο των πολιτών - νόμιμων κατοίκων της χώρας μέσω της φορολογίας με κριτήριο της ανάγκης που υπάρχουν.

<sup>24</sup> Πρβλ. Κρεμαλής Κωνσταντίνος, *όπ. π. υποσημ. 21*. Βλ. Στεργίου Άγγελος, *όπ. π. υποσημ. 17*, σελ. 23, όπου γίνεται δεκτό ότι η αναδιανομή του εισοδήματος δεν είναι ο πραγματικός σκοπός των συστημάτων κοινωνικής ασφάλειας, αλλά περισσότερο εμφανίζεται ως η αναγκαία συνέπεια άλλων στόχων του θεσμού (της κοινωνικής ασφάλισης).

<sup>25</sup> Βλ. όμως Βακαλοπούλος Γεώργιος, *όπ. π. υποσημ. 17*, σελ. 261, όπου ορθά παρατηρείται ότι η αποτελεσματικότητα των μέτρων κοινωνικής πολιτικής εξαρτάται και από τη διανεμητική επίδραση που υλοποιείται με τα μέτρα αυτά. Η αναδιανομή που επιχειρείται με αυτά θα πρέπει να στοχεύει προς την ορθή κατεύθυνση μεταφοράς οικονομικών μέσων από κατηγορίες με υψηλό εισόδημα προς άλλες με χαμηλό ή μηδενικό.

<sup>26</sup> Βλ. όμως Κατρούγκαλος Γεώργιος, «Γιατί η αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης δεν αποτελεί αρχή του δικαίου κοινωνικής ασφάλειας», *ΕΔΚΑ* 2008, σελ. 942 επ., όπου διατυπώνεται η άποψη ότι ο κανόνας της μη επιβολής υπερβολικής επιβάρυνσης των μελλοντικών γενεών είναι πολλαπλά προβληματικός, επιστημολογικά, νομικά και δικαιοπολιτικά. Σύμφωνα με τον συγγραφέα, το πρωταρχικό ζήτημα δεν είναι να εξασφαλιστεί το μέσο (δηλαδή το ασφαλιστικό κεφάλαιο), αλλά ο σκοπός της συνταγματικής ρύθμισης, η κάλυψη, δηλαδή, των κύριων ασφαλιστικών κινδύνων και μάλιστα τόσο ως προς την επάρκωση των συνεπειών από την επέλευσή τους, βάσει της αρχής της ανταποδοτικότητας, όσο και ως προς την εγγύηση της αξιοπρεπούς διαβίωσης του δικαιούχου βάσει των συνταγματικών αρχών της αλληλεγγύης και της προστασίας της ανθρώπινης αξίας. Η θέση αυτή, που ερειδείται επί της αποδειχθείσας ως εσφαλμένης άποψης ότι ο κοινωνικός πλούτος δεν είναι πεπερασμένος, αλλά συνεχώς μεγεθύνεται, φαίνεται να παραγνωρίζει το γεγονός ότι η προστασία του μέσου (ασφαλιστικού κεφαλαίου) είναι απαραίτητη για την επίτευξη του βασικού στόχου (χορήγηση επαρκών παροχών τόσο στη σημερινή γενεά συνταξιούχων, όσο όμως και στις μελλοντικές γενεές που σήμερα εργάζονται και



χορηγηθούν παροχές πέραν του προαναφερθέντος ορίου της επάρκειας, θα έπρεπε να κριθεί ως αντίθετη στην αρχή της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος, όπως αναλύεται κατωτέρω.

### **3. Η αρχή της διασφάλισης της βιωσιμότητας των ασφαλιστικών οργανισμών**

**3.1.** Σε συνέχεια του προαναφερθέντος δημόσιου σκοπού του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης, γίνεται παγίως δεκτό ότι δικαιολογείται η καθιέρωση της κοινωνικής ασφάλισης ως υποχρεωτικής και η παροχή αυτή αποκλειστικά από το Κράτος ή από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου<sup>27</sup>. Η ανάθεση αυτή σε δημοσίους φορείς γίνεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος και ειδικότερα, ως εγγύηση προς όσους υποχρεωτικά ασφαλιζονται και καταβάλλουν ασφαλιστικές εισφορές έναντι των επιχειρηματικών κινδύνων που συνδέονται με την άσκηση της ασφαλιστικής λειτουργίας από ιδιωτικούς φορείς.

Η υποχρεωτικότητα αυτή της κοινωνικής ασφάλισης, συνεπάγεται και την ευθύνη του Κράτους να διασφαλίζει τη βιωσιμότητα των ασφαλιστικών οργανισμών, υπό την έννοια της προστασίας του ασφαλιστικού κεφαλαίου τους για χάρη και των επόμενων γενεών (εργαζομένων και μελλοντικών εργαζομένων)<sup>28</sup>. Η προστασία αυτή αποτελεί ειδικότερη έκφανση της αρχής της ασφαλιστικής αλληλεγγύης, υπό τη μορφή της διαγενεακής αλληλεγγύης. Αυτό δε, διότι η μακροπρόθεσμη ύπαρξη του ασφαλιστικού συστήματος προϋποθέτει την εδραίωση, αφενός, ασφαλιστικής συνείδησης των εργαζομένων, και, αφετέρου, κλίματος εμπιστοσύνης στο σύστημα, υπό την έννοια της, κατά το δυνατόν, ύπαρξης βεβαιότητας ως προς τη δυνατότητα λήψης επαρκών παροχών στο μέλλον, κατά την επέλευση των ασφαλιστικών κινδύνων<sup>29</sup>.

**3.2.** Σύμφωνα με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η προαναφερθείσα βιωσιμότητα των ασφαλιστικών οργανισμών αποτελεί συνταγματικώς επιβεβλημένο σκοπό του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης. Η κρίση αυτή είναι μερικώς εσφαλμένη, υπό την έννοια ότι η βιωσιμότητα των ασφαλιστικών οργανισμών δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά διασφαλίζει τη δυνατότητά τους να χορηγούν επαρκείς παροχές και στο μέλλον. Πρόκειται επομένως, για μέσο επίτευξης του κύριου σκοπού της κοινωνικής ασφάλισης, που είναι η χορήγηση επαρκών παροχών και όχι για αυτοτελή σκοπό του θεσμού. Η βιωσιμότητα των ασφαλιστικών

---

καταβάλλουν εισφορές). Κατά συνέπεια, η υπερβολική επιβάρυνση των μελλοντικών γενεών προκειμένου να χρηματοδοτείται το σύστημα, για να χορηγεί υπερεπαρκείς παροχές, θα πρέπει να κριθεί ως αντίθετη με την αρχή της ασφαλιστικής αλληλεγγύης, ενώ πλήττει και την ίδια τη βιωσιμότητα του θεσμού.

<sup>27</sup> ΣτΕ Ολ. 5024/1987, ΣτΕ Ολ. 3096-3091/2001, ΣτΕ Ολ. 2287-2290/2015.

<sup>28</sup> Βλ. Παπαρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, *οπ. π. υποσημ. 14*, σελ. 112 επ., όπου γίνεται δεκτό ότι στα κεφαλαιοποιητικά οικονομικά συστήματα η βιωσιμότητα έχει ως αποτέλεσμα τη διατήρηση των αποθεματικών των ασφαλιστικών οργανισμών, ενώ στα διανεμητικά, όπως το ελληνικό, την αποφυγή της μετακύλισης δυσανάλογων οικονομικών υποχρεώσεων στις επόμενες γενεές. Πρβλ. Στεργίου Άγγελος, *Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης*, 2017, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 236, όπου ο συγγραφέας παρατηρεί ότι η βιωσιμότητα μέχρι σήμερα προσεγγίζεται αποκλειστικά από οικονομική (αν όχι «οικονομιστική») άποψη. Ορθότερο θα ήταν η εκτίμηση να επεκτείνεται σε κοινωνικούς στόχους και αξίες, ενώ μόνο ένας κοινωνικά αποτελεσματικός θεσμός συγκεντρώνει τα χαρακτηριστικά της βιωσιμότητας.

<sup>29</sup> Βλ. Κυριακούλάκος Παναγιώτης, «Η ασφαλιστική συνείδηση, προϋπόθεση της προόδου του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης», *ΕΔΚΑ* 1968, σελ. 129-133. Ο συγγραφέας παρατηρεί ότι βασική προϋπόθεση για την ανάπτυξη ασφαλιστικής συνείδησης είναι η διαμόρφωση ψυχολογικής κατάστασης στους ασφαλισμένους ώστε να πιστεύουν στην ανταποδοτικότητα των εισφορών τους, έτσι ώστε να αποκτήσουν τη συνήθεια τακτικής καταβολής τους. Με σύγχρονους όρους, οι ασφαλισμένοι θα πρέπει να πιστεύουν ότι θα απολαύσουν επίπεδο ασφαλιστικής προστασίας τουλάχιστον παρόμοιο με αυτό που απολαμβάνουν οι συνταξιούχοι.

οργανισμών, η προστασία δηλαδή του ασφαλιστικού κεφαλαίου τους, είναι απαραίτητη προκειμένου, αφενός, να τηρείται η αρχή της ασφαλιστικής αλληλεγγύης και, αφετέρου, να διασφαλίζεται η μακροπρόθεσμη βιωσιμότητα του ίδιου του συστήματος. Η τελευταία, έχει την έννοια της δυνατότητας του συστήματος να εκπληρώνει τους στόχους του (χορήγηση επαρκών παροχών) χωρίς την επιβολή υπερβολικής επιβάρυνσης στις μελλοντικές γενεές εργαζομένων<sup>30</sup>.

Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι προκειμένου να διασφαλίζεται η βιωσιμότητα αυτή το Κράτος υποχρεούται να συμμετέχει στη χρηματοδότηση των φορέων κοινωνικής ασφάλισης μέσω του κρατικού προϋπολογισμού, ενώ φέρει και την κύρια ευθύνη για την κάλυψη των ελλειμμάτων τους<sup>31</sup>. Η θέση αυτή της νομολογίας, φαίνεται να παραγνωρίζει το γεγονός ότι οι πόροι του Κράτους που χρησιμοποιούνται για την κάλυψη των ελλειμμάτων αυτών, προέρχονται, κατά κύρια βάση, από τους φόρους, ήτοι αποτελούν τμήμα του εισοδήματος, μεταξύ άλλων, των ασφαλισμένων, αλλά και των συνταξιούχων. Είναι επομένως πιθανό η αύξηση της κρατικής συμμετοχής να συνεπάγεται υπερβολική επιβάρυνση της γενεάς των εργαζομένων, όχι μέσω της αύξησης των εισφορών τους, αλλά μέσω της αύξησης της φορολόγησης ή της επιβολής άλλων μέτρων επί των εισοδημάτων τους.

#### **4. Η μείωση των συνταξιοδοτικών παροχών**

**4.1.** Η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας δέχεται ότι είναι δυνατή η μείωση των συνταξιοδοτικών παροχών υπό προϋποθέσεις. Έτσι, θα πρέπει να υπάρχουν εξαιρετικά δυσμενείς δημοσιονομικές συνθήκες<sup>32</sup>, ένεκα των οποίων προκύπτει, αιτιολογημένα, ότι το Κράτος αδυνατεί να παράσχει επαρκή (έτσι ώστε να διασφαλίζεται, αφενός, η χορήγηση επαρκών παροχών και, αφετέρου, η βιωσιμότητα, ήτοι η προστασία του ασφαλιστικού κεφαλαίου τους) χρηματοδότηση στους ασφαλιστικούς οργανισμούς. Επιπλέον δε, θα πρέπει να μην υφίσταται δυνατότητα διασφάλισης της βιωσιμότητας με άλλα μέσα, όπως α) η τροποποίηση των συνταξιοδοτικών προϋποθέσεων, β) η αποτελεσματικότερη διαχείριση αποθεματικών και περιουσίας, γ) η πρόβλεψη κοινωνικών πόρων και δ) η αύξηση ασφαλιστικών εισφορών.

Σύμφωνα με τη νομολογιακή αυτή θέση, η μείωση των συντάξεων μπορεί να λάβει χώρα μόνο εφόσον δεν υφίσταται η δυνατότητα διασφάλισης της βιωσιμότητας των ασφαλιστικών οργανισμών με άλλα μέσα. Ωστόσο, από τη θέση αυτή

<sup>30</sup> Με την έννοια αυτή, οι αναλογιστικές μελέτες, που αποτυπώνουν τα έσοδα της κοινωνικής ασφάλισης σε σχέση με τις δαπάνες της σε βάθος χρόνου, δεν αποδεικνύουν την εν γένει βιωσιμότητα του θεσμού, αλλά μόνο την οικονομική βιωσιμότητα του συστήματος. Αυτό δε, διότι οι αναλογιστικές μελέτες δεν μπορούν να υπολογίσουν εάν κάποιο μέτρο που λαμβάνεται και οδηγεί σε οικονομική βιωσιμότητα του συστήματος, ενδεχομένως παραβιάζει τους σκοπούς του (δηλαδή τη χορήγηση επαρκών παροχών) ή την αρχή της ασφαλιστικής αλληλεγγύης (επιβαρύνοντας υπέρμετρα τις μελλοντικές γενεές εργαζομένων ή μειώνοντας το επίπεδο ασφαλιστικής προστασίας τους σε σχέση με το επίπεδο που απολαμβάνει η σημερινή γενεά συνταξιούχων). Πρβλ. Στεργίου Αγγελος όπ. π. υποσημ. 10, σελ. 165, όπου γίνεται δεκτό ότι η (οικονομική;) βιωσιμότητα του θεσμού αποδεικνύεται από τη σύνταξη αναλογιστικών μελετών και Παπαρρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, όπ. π. υποσημ. 19, σελ. 289, όπου ομοίως γίνεται δεκτό ότι τα πορίσματα των αναλογιστικών μελετών αποτελούν τη βάση για τη θέσπιση των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν το ύψος των παροχών και το ύψος των εισφορών.

<sup>31</sup> Πρβλ. Παπαρρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα «Οι συνταξιοδοτικές μεταρρυθμίσεις της περιόδου 2008-2012 στην Ελλάδα, Κριτική αποτίμηση και προτάσεις», *ΕΔΚΑ* 2012, σελ. 884-885, όπου γίνεται δεκτό ότι η υποχρέωση του Κράτους σε περίπτωση οικονομικής αδυναμίας συνίσταται στη μεταρρύθμιση του συστήματος, ώστε να εξυγιανθεί και τη στήριξή του στο μέτρο που το ΑΕΠ το επιτρέπει, συνεκτιμώντας τις υπόλοιπες αποστολές δημοσίου συμφέροντος που πρέπει να εξυπηρετηθούν.

<sup>32</sup> Πρβλ. Λαζαράτος Πάνος, «Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης», *ΘΠΔΔ* 2013, σελ. 686-692.

δημιουργούνται δύο τουλάχιστον προβληματισμοί. Ο πρώτος έχει να κάνει με την περίπτωση που στη γενεά των συνταξιούχων χορηγούνται υπερεπαρκείς συντάξεις<sup>33</sup>, ήτοι συντάξεις που διασφαλίζουν επίπεδο διαβίωσης ανώτερο από αυτό που είχαν επιτύχει οι συνταξιούχοι κατά τη διάρκεια του ασφαλιστικού τους βίου. Ο δεύτερος έχει να κάνει με το όριο της δυνατότητας επιβάρυνσης της γενεάς των εργαζομένων, προς όφελος της γενεάς των συνταξιούχων. Αυτό, ενόψει του ότι η μεν τροποποίηση των συνταξιοδοτικών προϋποθέσεων (επί τα χείρω) πλήττει την αρχή της ασφαλιστικής-διαγενεακής αλληλεγγύης, καθόσον στερεί από τη γενιά των εργαζομένων τη δυνατότητα να λάβουν παροχές ίδιου ή, έστω, παρόμοιου επιπέδου με αυτές που έλαβε η προηγούμενη γενεά εργαζομένων, η δε αύξηση των ασφαλιστικών εισφορών ενδεχομένως επιφέρει υπερβολική επιβάρυνση της γενεάς των εργαζομένων, ιδίως εάν δεν συνοδεύεται με προσδοκία αντίστοιχης αύξησης των χορηγηθησόμενων συνταξιοδοτικών παροχών. Υπό αυτήν την έννοια, η προαναφερθείσα θέση δεν φαίνεται να λαμβάνει υπόψη τη βιωσιμότητα του όλου συστήματος κοινωνικής ασφάλισης, όπως αυτή οριοθετήθηκε ανωτέρω.

**4.2.** Περαιτέρω, ως όρια για την περικοπή συνταξιοδοτικών παροχών και τη μείωση της παρεχόμενης κοινωνικοασφαλιστικής προστασίας τίθενται<sup>34</sup> οι συνταγματικά κατοχυρωμένες αρχές της κοινωνικής αλληλεγγύης (άρθρο 25 παρ. 4 του Συντάγματος) και της ισότητας στα δημόσια βάρη (άρθρο 4 παρ. 5), καθώς και η αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1), σύμφωνα με την οποία το συγκεκριμένο μέτρο (περικοπής συντάξεων) πρέπει να είναι πράγματι πρόσφορο και αναγκαίο για την αντιμετώπιση του προβλήματος. Σε κάθε περίπτωση, ως όριο τίθεται και η αρχή της επάρκειας των παροχών, κατ' επίκληση όμως του άρθρου 2 παρ. 1 του Συντάγματος<sup>35</sup>.

Παρατηρείται, επομένως, ότι η νομολογία επικαλείται άλλες συνταγματικά κατοχυρωμένες αρχές προκειμένου να προβεί σε έλεγχο των ορίων της ελευθερίας του νομοθέτη να περικόπτει συνταξιοδοτικές παροχές.

## **5. Η αρχή της επάρκειας ως όριο για τη μείωση των συνταξιοδοτικών παροχών**

Όπως αναφέρθηκε ήδη, βασικός σκοπός του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης είναι η χορήγηση επαρκών παροχών. Επιπλέον, η χορήγηση αυτή θα πρέπει να διασφαλίζεται χωρίς να επιβάλλεται υπερβολική επιβάρυνση των μελλοντικών γενεών. Αυτό δε, διότι η επιβάρυνση αυτή, που αντίκειται στην αρχή της ασφαλιστικής αλληλεγγύης, θέτει εν αμφιβόλω την ίδια τη βιωσιμότητα του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης.

Σε συνέχεια των ανωτέρω, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η επάρκεια των

<sup>33</sup> Βλ. Μασαγγάνης Μάνος & Λεβέντη Χρύσα, «Η ανταποδοτικότητα των συντάξεων στη θεωρία και στην πράξη», *ΕΔΚΑ* 2016, σελ. 74-81. Σύμφωνα με τους συγγραφείς στις περιπτώσεις που οι σημερινές συντάξεις υπερβαίνουν συστηματικά τις καταβληθείσες εισφορές (είναι δηλαδή υπερανταποδοτικές), η διαφορά θα πρέπει να καλυφθεί από φόρους και εισφορές που επιβαρύνουν (οι μεν φόροι κυρίως, οι δε εισφορές αποκλειστικά) τη σημερινή και τις επόμενες γενεές εργαζομένων, οι οποίες αναπόφευκτα θα λάβουν συντάξεις υπο-ανταποδοτικές. Το γεγονός αυτό ασφαλώς και συνιστά παραβίαση της αρχής της διαγενεακής αλληλεγγύης. Ως προς το ζήτημα αυτό επισημαίνεται ότι η υπερανταποδοτικότητα ή μη των συντάξεων, που συναρτάται με το ύψος των εισφορών που καταβλήθηκαν, δεν σχετίζεται με συμπεριφορές των ασφαλισμένων και ήδη συνταξιούχων, αλλά με τις σταθμίσεις και επιλογές του νομοθέτη κατά τον νομοθετικό προσδιορισμό των καταβλητέων εισφορών. Επομένως, σημασία δεν έχει εάν οι συντάξεις που χορηγούνται είναι υπερανταποδοτικές, αλλά, προεχόντως, εάν είναι υπερεπαρκείς.

<sup>34</sup> Βλ. και Πετρόγλου Αθηνά, «Η συνταγματικότητα των περικοπών των συντάξεων σε περιόδους οικονομικής κρίσης κατά τη νομολογία της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Πορτογαλικού Συνταγματικού Δικαστηρίου», *ΕΔΚΑ* 2012, σελ. 900-907.

<sup>35</sup> ΣτΕ Ολ. 2287/2015, σκ. 7.

συνταξιοδοτικών παροχών αποτελεί το όριο τόσο για τη μείωση των ήδη απονεμηθεισών συνταξιοδοτικών παροχών, όσο όμως και για την επιβάρυνση των μελλοντικών γενεών για χάρη της εκπλήρωσης του βασικού σκοπού του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης. Εάν δηλαδή με ένα μέτρο πρόκειται να τεθεί εν αμφιβόλω η χορήγηση επαρκών παροχών στους συνταξιούχους, τότε το μέτρο αυτό θα πρέπει να κρίνεται μη νόμιμο, διότι παραβιάζει των πυρήνα του δικαιώματος στην κοινωνική ασφάλιση. Περαιτέρω όμως, και η επιλογή άλλων μέτρων για την επίλυση τυχόν ανακυπτόντων προβλημάτων οικονομικής βιωσιμότητας των ασφαλιστικών οργανισμών, τα οποία πλήττουν τις μελλοντικές γενεές, χωρίς να προηγείται έλεγχος σχετικός με το ύψος των ήδη χορηγούμενων συνταξιοδοτικών παροχών (έλεγχος υπερεπάρκειας) θα πρέπει επίσης να κρίνεται ως μη νόμιμη, διότι παραβιάζει την αρχή της ασφαλιστικής αλληλεγγύης και θέτει εν αμφιβόλω τη βιωσιμότητα του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης.

Έτσι, σε κάθε περίπτωση λήψης μέτρων, η μελέτη οικονομικών επιπτώσεων, στην οποία αναφέρεται η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, θα πρέπει να εξετάζει εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις της χορήγησης επαρκών συνταξιοδοτικών παροχών χωρίς την επιβολής υπερβολικής επιβάρυνσης για τις γενεές των εργαζομένων και των μελλοντικών εργαζομένων.

## Η ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΣΤΑΣΗ ΤΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΠΕΡΙΚΟΠΕΣ ΣΕ ΜΙΣΘΟΥΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ Ν. 4093/2012

Κατερίνα Γ. Τσιροβασίλη, Δικηγόρος, ΜΔΕ Υπ. Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ

### 1. ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Η οικονομική κρίση στην Ελλάδα, η οποία ξεκίνησε από το 2010 επέφερε σημαντικές οικονομικές επιβαρύνσεις στους πολίτες και γενναίες περικοπές στους μισθούς και στις συντάξεις τους. Αρχικά με την απόφαση του ΣτΕ 668/2012 κρίθηκε ότι οι διατάξεις του άρθρου τρίτου του ν. 3845/2010 σχετικά με περικοπές των αποδοχών και επιδομάτων εργαζομένων στο Δημόσιο και τον ευρύτερο δημόσιο τομέα και των συνταξιοδοτικών παροχών είναι συνταγματικές, εφόσον αποσκοπούν στην αντιμετώπιση της, κατά την εκτίμηση του νομοθέτη, άμεσης ανάγκης κάλυψης οικονομικών αναγκών της χώρας, δηλαδή εξυπηρετεί σοβαρούς λόγους δημοσίου συμφέροντος και σκοπούς κοινού ενδιαφέροντος των κρατών μελών της Ευρωζώνης ενόψει της καθιερούμενης από την Ευρωπαϊκή Ένωση υποχρέωσης δημοσιονομικής πειθαρχίας και διασφάλισης της σταθερότητας της ζώνης του ευρώ στο σύνολό της. Με τα επίμαχα μέτρα κρίθηκε με την προαναφερόμενη απόφαση ότι εξασφαλίζεται ισορροπία ανάμεσα στις απαιτήσεις του, κατά την εκτίμηση του νομοθέτη, συντρέχοντος εν προκειμένω γενικού συμφέροντος και την ανάγκη προστασίας των περιουσιακών δικαιωμάτων των εργαζομένων και των συνταξιούχων εν όψει και του συγκεκριμένου ύψους των περικοπών με αποτέλεσμα να μην παραβιάζεται το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, ούτε η αρχή της αναλογικότητας του άρθρου 25 § 1 εδ. δ του Συντάγματος. Επίσης τα μέτρα αυτά κρίθηκε ότι δεν παραβιάζουν ούτε την αρχή της ισότητας ενώπιον των δημοσίων βαρών με τη θέσπιση διατάξεων περαίωσης εκκρεμών φορολογικών υποθέσεων, καθόσον ο εν λόγω ειδικός τρόπος επίλυσης των διαφορών αυτών αποβλέπει στην εντός σύντομου χρονικού διαστήματος εισροή εσόδων στο δημόσιο ταμείο, μέχρι να αποδώσουν τα πάγια φορολογικά μέτρα για την αναμόρφωση του φορολογικού συστήματος και την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής και της φορολογικής απάτης. Άλλωστε, η μείωση των αποδοχών των εν ενεργεία υπαλλήλων και των συνταξιοδοτικών παροχών αποτελεί ένα από τα περισσότερα μέτρα, η συνδυασμένη εφαρμογή των οποίων είναι αναγκαία για την άμεση αντιμετώπιση της κρίσιμης δημοσιονομικής κατάστασης της χώρας και την αποτροπή του διαπιστωθέντος κινδύνου χρεοκοπίας.

Αργότερα ακόμα μία απόφαση σταθμός του Συμβουλίου της Επικρατείας αποτέλεσε η με αριθ. 2287/2015, σύμφωνα με την οποία ο ν. 4051/2012, με το άρθρο 6 του οποίου μειώθηκαν αναδρομικά κατά 12%, οι κύριες συντάξεις που υπερβαίνουν τα 1.300 ευρώ και οι επικουρικές συντάξεις, με κλιμάκωση του ποσοστού μείωσης (10%, 15% και 20%) αναλόγως του ύψους αυτών και με κατοχύρωση κατώτατου

ορίου 200 ευρώ, καθώς και ο ν. 4093/2012, με το άρθρο πρώτο του κρίθηκαν αντισυνταγματικοί, διότι οι τελευταίες ως άνω διατάξεις ψηφίσθηκαν όταν είχε πλέον παρέλθει διετία από τον πρώτο αφηνδιασμό της οικονομικής κρίσεως και αφού εν τω μεταξύ είχαν σχεδιασθεί και ληφθεί τα βασικά μέτρα για την αντιμετώπισή της. Επομένως σύμφωνα με την απόφαση αυτή, κατά την επιχειρηθείσα με τις διατάξεις αυτές νέα, για πολλοστή φορά, περικοπή συνταξιοδοτικών παροχών της ίδιας ομάδας θιγομένων, ο νομοθέτης δεν εδικαιολογείτο πλέον να προχωρήσει σε σχετικές ρυθμίσεις χωρίς ειδική έρευνα του αντικειμένου αυτών, αλλ' όφειλε, κατά τα εκτεθέντα στην έβδομη σκέψη, να προβεί σε εμπειριστατωμένη μελέτη, προκειμένου να διαπιστώσει και να αναδείξει τεκμηριωμένα ότι η λήψη των συγκεκριμένων μέτρων ήταν συμβατή με τις σχετικές συνταγματικές δεσμεύσεις, τις απορρέουσες, μεταξύ άλλων, από το θεσμό της κοινωνικής ασφαλίσεως, τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας και την προστασία της αξίας του ανθρώπου. Ειδικότερα, στο πλαίσιο της μελέτης αυτής, όφειλε, κατ' αρχάς, ο νομοθέτης να προβεί σε συνολική εκτίμηση των παραγόντων που προκάλεσαν το πρόβλημα το οποίο επικαλείται ως προς τη βιωσιμότητα των ασφαλιστικών οργανισμών (και, μάλιστα, ενός εκάστου εξ αυτών, εν όψει της διοικητικής και οικονομικής του αυτοτέλειας), και, εν όψει των παραγόντων αυτών –όπως είναι η μείωση της αξίας, μέσω του PSI (ν. 4050/2012), των διαθεσίμων κεφαλαίων των εν λόγω οργανισμών, κατά τα εκτεθέντα στην εικοστή σκέψη, κυρίως δε, η παρατεινόμενη ύφεση και η συνακόλουθη αύξηση της ανεργίας, στις οποίες ουσιωδώς συμβάλλει η πτώση του βιοτικού επιπέδου μεγάλων κατηγοριών του πληθυσμού συνεπεία μέτρων αντίστοιχων με τα επίδικα (μειώσεις συντάξεων και μισθών) ή φορολογικών επιβαρύνσεων– να κρίνει για την προσφορότητα των επίδικων αυτών μέτρων. Τούτο δε εν όψει και της διαπιστώσεώς του ότι τα αντίστοιχα μέτρα που είχε λάβει μέχρι τότε (μειώσεις συντάξεων και μισθών) δεν είχαν αποδώσει τα αναμενόμενα και ότι η οικονομική ύφεση είχε ενταθεί με ρυθμούς που είχαν ανατρέψει τις αρχικές προβλέψεις. Ακόμη δε και αν τα επίδικα μέτρα κρίνονταν πρόσφορα, κατά τα ανωτέρω, ο νομοθέτης έπρεπε περαιτέρω να μελετήσει και να αποφανθεί αιτιολογημένα για την αναγκαιότητά τους, εξετάζοντας την ύπαρξη τυχόν εναλλακτικών επιλογών και συγκρίνοντας τα οφέλη και τα μειονεκτήματα της καθεμιάς για τους επιδιωκόμενους δημόσιους σκοπούς (δημοσιονομική προσαρμογή, βιωσιμότητα των ασφαλιστικών οργανισμών, διασφάλιση ικανοποιητικού, κατ' άρθρο 22 παρ. 5 Συντ., επιπέδου ζωής των ασφαλισμένων). Τέλος, εφ' όσον, πάντως, κατόπιν των ανωτέρω, ο νομοθέτης επέλεγε, όπως εν προκειμένω, να προβεί σε συγκεκριμένες περικοπές συντάξεων (επιλογή, κατ' αρχήν, δικαστικώς ανέλεγκτη), όφειλε προηγουμένως να εξετάσει με τρόπο επιστημονικό και δικαστικά ελέγξιμο, αν οι επιπτώσεις των περικοπών τούτων στο βιοτικό επίπεδο των θιγομένων, αθροιζόμενες με τις επιπτώσεις από τα ήδη ληφθέντα γενικά μέτρα αντιμετώπισης της κρίσης (όπως οι αλληπάλληλες, κατά τα εκτεθέντα, φορολογικές επιβαρύνσεις) και συνδυαζόμενες με τις ευρύτερες κοινωνικοοικονομικές συνθήκες της διανυόμενης έκτακτης περιόδου (κόστος αγαθών και υπηρεσιών, περικοπές παροχών υγείας, ανεργία και επίδρασή της στο οικογενειακό εισόδημα, έκταση και περιεχόμενο δανειοληπτικών υποχρεώσεων), οδηγούν σε ανεπίτρεπτη μείωση του επιπέδου ζωής των συνταξιούχων κάτω του

ορίου εκείνου που συνιστά, κατά τα προεκτεθέντα, τον πυρήνα του κοινωνικοασφαλιστικού τους δικαιώματος.

Το ΣτΕ με πρόσφατες αποφάσεις του αφενός της Ολομελείας του με αριθ. 431/2018 και του Στ' Τμήματος με αριθ. 2628/2018, οι οποίες εξεδόθησαν επίσης στη σκιά της κρίσης και των Μνημονίων και αναφέρονται στην κατάργηση επιδομάτων εορτών και αδειάς των δημοσίων υπαλλήλων με το **άρθρο πρώτο παρ. Γ υποπαρ. Γ.1 περ. 1 του ν. 4093/2012** έκριναν ότι η ως άνω διάταξη είναι αντισυνταγματική, διότι παραβιάζει το όριο που θέτουν οι συνταγματικές αρχές της αναλογικότητας και της ισότητας στα δημόσια βάρη.

## **2. Η ΑΝΤΙΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑ ΤΩΝ ΠΕΡΙΚΟΠΩΝ ΣΕ ΜΙΣΘΟΥΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΑΞΕΙΣ**

### **α) Εξασφάλιση ενός αξιοπρεπούς βιοτικού επιπέδου διαβίωσης**

Το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρώνει την υποχρέωση σεβασμού και προστασίας της αξίας του ανθρώπου εκ μέρους των πολιτειακών οργάνων. Σύμφωνα με το ως άνω συνταγματικό άρθρο: «Ο σεβασμός και η προστασία της αξίας του ανθρώπου αποτελούν την πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας»<sup>1</sup>.

Στο άρθρο 4 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Οι Έλληνες πολίτες συνεισφέρουν χωρίς διακρίσεις στα δημόσια βάρη, ανάλογα με τις δυνάμεις τους», στο δε άρθρο 25 παρ. 1 και 4 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «1. Τα δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου και η αρχή του κοινωνικού κράτους δικαίου τελούν υπό την εγγύηση του Κράτους. ... Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας. 2. ... 3. ... 4. Το Κράτος δικαιούται να αξιώνει από όλους τους πολίτες την εκπλήρωση του χρέους της κοινωνικής και εθνικής αλληλεγγύης». Περαιτέρω, στο άρθρο 79 παρ. 1 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Η Βουλή κατά την τακτική ετήσια συνεδρίαση ψηφίζει τον προϋπολογισμό των εσόδων και εξόδων του Κράτους για το επόμενο έτος...» και στο άρθρο 106 παρ. 1 αυτού ορίζεται ότι: «Για την εδραίωση της κοινωνικής ειρήνης και την προστασία του γενικού συμφέροντος το Κράτος προγραμματίζει και συντονίζει την οικονομική δραστηριότητα στη Χώρα, επιδιώκοντας να εξασφαλίσει την οικονομική ανάπτυξη όλων των τομέων της εθνικής οικονομίας...».

Από τον συνδυασμό των συνταγματικών αυτών διατάξεων συνάγεται ότι σε περιπτώσεις παρατεταμένης οικονομικής κρίσης, ο κοινός νομοθέτης δύναται να θεσπίσει μέτρα περιστολής των δημοσίων δαπανών που συνεπάγονται σοβαρή οικονομική επιβάρυνση μεγάλων κατηγοριών του πληθυσμού και, ιδίως, όσων λαμβάνουν μισθό ή σύνταξη από το δημόσιο ταμείο, λόγω της άμεσης εφαρμογής και αποτελεσματικότητας των επιβαλλόμενων σε βάρος τους μέτρων για τον περιορισμό

<sup>1</sup> Αντίστοιχη διάταξη αποτελεί το άρθρο 1 παρ. 1 του Θεμελιώδους Νόμου της Βόννης

του δημοσίου ελλείμματος. Η δυνατότητα, όμως, αυτή δεν μπορεί να είναι απεριόριστη αλλά έχει ως όριο τις αρχές της αναλογικότητας, της ισότητας στην κατανομή των δημοσίων βαρών και του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, οι οποίες επιτάσσουν το βάρος της δημοσιονομικής προσαρμογής να κατανέμεται μεταξύ όλων των κατηγοριών απασχολούμενων τόσο στον δημόσιο, όσο και στον ιδιωτικό τομέα, όπως, επίσης, και των ασκούντων ελεύθερο επάγγελμα, δεδομένου, μάλιστα, ότι η βιωσιμότητα των δημοσίων οικονομικών είναι προς όφελος όλων. Και τούτο διότι, ενόψει και της καθιερούμενης στο άρθρο 25 παρ. 4 του Συντάγματος αξίωσης του Κράτους να εκπληρώνουν όλοι οι πολίτες το χρέος της κοινωνικής και εθνικής αλληλεγγύης, δεν είναι επιτρεπτό η επιβάρυνση από τα μέτρα που λαμβάνονται προς αντιμετώπιση της δυσμενούς και παρατεταμένης οικονομικής συγκυρίας να κατανέμεται πάντοτε σε συγκεκριμένες κατηγορίες πολιτών, ώστε η σωρευτική επιβάρυνση αυτών να είναι ιδιαίτερα μεγάλη και να είναι πλέον εμφανής η υπέρβαση των ορίων της αναλογικότητας και της ισότητας στην κατανομή των δημοσίων βαρών, αντί της προώθησης διαρθρωτικών μέτρων ή της είσπραξης των φορολογικών εσόδων από τη μη εφαρμογή των οποίων ευνοούνται, κυρίως, άλλες κατηγορίες πολιτών (πρβλ. ΣτΕ 4741/2014 Ολομ., 2192-2196/2014 Ολομ., 668/2012 Ολομ.). Επί πλέον δε όρια στην εξουσία του νομοθέτη να περιστέλλει δαπάνες και συναφώς να μειώνει αποδοχές δημοσίων λειτουργών πηγάζουν και από τυχόν ειδικές διατάξεις του Συντάγματος σχετικές με τις θιγόμενες ομάδες του πληθυσμού (ΣτΕ 4741/2014 Ολομ.).

Επίσης όσον αφορά την περικοπή των συντάξεων ο νομοθέτης δεν μπορεί να παραβιάζει αυτό που αποτελεί, τον συνταγματικό πυρήνα του κοινωνικοασφαλιστικού δικαιώματος, τη χορήγηση δηλαδή στον συνταξιούχο παροχών τέτοιων που να του επιτρέπουν να διαβιώνει με αξιοπρέπεια, εξασφαλίζοντας τους όρους όχι μόνον της φυσικής του υποστάσεως (διατροφή, ένδυση, στέγαση, βασικά οικιακά αγαθά, θέρμανση, υγιεινή και ιατρική περίθαλψη όλων των βαθμίδων), αλλά και της συμμετοχής του στην κοινωνική ζωή με τρόπο που δεν αφίσταται, πάντως, ουσιωδώς από τις αντίστοιχες συνθήκες του εργασιακού του βίου (ΣτΕ Ολομ. 2287/2015, ΔΠρ Θεσσαλ. 3037/2018, πρβλ. απόφαση του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας της 9.2.2010,-1 BvL 1/09-,-1 BvL 3/09-,-1 BvL 4/09-,-ιδίως Rn.135).

## β) Το Δικαίωμα στην Περιουσία κατά το ΕΔΔΑ

Με την διάταξη του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α. κατοχυρώνεται ο σεβασμός της περιουσίας του προσώπου, προβλέπεται δε η στέρηση αυτής μόνο για λόγους δημόσιας ωφέλειας<sup>2</sup>. Στην έννοια της περιουσίας,

---

<sup>2</sup> Στο άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α., το οποίο κυρώθηκε μαζί με τη Σύμβαση με το άρθρο πρώτο του ν.δ/ος 53/1974 (ΦΕΚ Α' 256), ορίζεται ότι: «Παν φυσικόν ή νομικόν πρόσωπον δικαιούται σεβασμού της περιουσίας του. Ουδείς δύνатаι να στερηθή της ιδιοκτησίας αυτού ειμή δια λόγους δημοσίας ωφελείας και υπό τους προβλεπομένους υπό του νόμου και των γενικών αρχών του διεθνούς δικαίου όρους. Αι προαναφερόμεναι διατάξεις δεν θίγουσι το δικαίωμα παντός Κράτους όπως θέσει εν ισχύ νόμους ους ήθελε κρίνει αναγκαίον προς ρύθμισιν της χρήσεως αγαθών



με το αυτόνομο περιεχόμενο που αυτή έχει κατά την έννοια της Σύμβασης, η οποία είναι ανεξάρτητη από τις εννοιολογικές κατατάξεις των επιμέρους περιουσιακών δικαιωμάτων στο εθνικό δίκαιο, περιλαμβάνονται όχι μόνον τα εμπράγματα δικαιώματα, αλλά και όλα τα δικαιώματα «περιουσιακής φύσεως», καθώς και τα κεκτημένα «οικονομικά συμφέροντα». Συνεπώς, εμπίπτουν στο κανονιστικό περιεχόμενο της και τα ενοχικής φύσεως περιουσιακά δικαιώματα και, ειδικότερα, απαιτήσεις που απορρέουν από έννομες σχέσεις του δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου είτε αναγνωρισμένες με δικαστική ή διαιτητική απόφαση είτε απλώς γεννημένες κατά το εθνικό δίκαιο, εφόσον υπάρχει νόμιμη προσδοκία, με βάση το ισχύον, έως την προσφυγή στο δικαστήριο, δίκαιο, ότι μπορούν να ικανοποιηθούν δικαστικώς, εφόσον, δηλαδή, υφίσταται σχετικώς μια επαρκής νομική βάση στο εσωτερικό δίκαιο του συμβαλλομένου κράτους, προϋπόθεση που συντρέχει, ιδίως, όταν η απαίτηση θεμελιώνεται σε νομοθετική διάταξη ή σε παγιωμένη νομολογία των δικαιοδοτικών οργάνων του συμβαλλομένου κράτους (ΣτΕ 668/2012 Ολομ., σκέψη 34, 1286/2012 Ολομ., σκέψη 15).

Ενόψει των ανωτέρω, περιουσία<sup>3</sup>, κατά την έννοια του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου, αποτελεί και η αξίωση για καταβολή προβλεπόμενων από τη νομοθεσία του συμβαλλόμενου κράτους αποδοχών, εφόσον συντρέχουν οι προβλεπόμενες για την καταβολή τους προϋποθέσεις (ΣτΕ 668/2012 Ολομ., σκέψη 34). Πάντως, με το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου δεν κατοχυρώνεται δικαίωμα σε μισθό ορισμένου ύψους, με συνέπεια να μην αποκλείεται, καταρχήν, διαφοροποίηση του ύψους του μισθού ανάλογα με τις επικρατούσες εκάστοτε συνθήκες (ΣτΕ 668/2012 Ολομ., σκέψη 34, Ελ. Συν. Ολομ. 287/2008 και II Τμ. 5110/2015, 177/2012, 836/2009, 1443/2004) αλλά ούτε και δικαίωμα συντάξεως ορισμένου ύψους [βλ. Ε.Δ.Δ.Α., Valkon και λοιποί κατά Βουλγαρίας της 25ης.10.2011, (αριθμ. προσφ. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 και 2 041/05), σκ. 84, επί του παραδεκτού, Da Conceicao Mateus και Santos Januario κατά Πορτογαλίας της 8.10.2013, (αριθμ. προσφ. 62235/12 και 57725/12), σκ. 18, Pejčić κατά Σερβίας της 8ης.10.2013, (αριθμ. προσφ. 34799/07), σκ. 54], με συνέπεια να μην αποκλείεται, καταρχήν, διαφοροποίηση του ύψους της συνταξιοδοτικής παροχής, αναλόγως με τις επικρατούσες εκάστοτε οικονομικές συνθήκες. Ωστόσο, η μείωση ή η διακοπή της σύνταξης μπορεί να θεωρηθεί κατά περίπτωση παρέμβαση στην

---

συμφώνως προς το δημόσιον συμφέρον ή προς εξασφάλισιν της καταβολής φόρων ή άλλων εισφορών ή προστίμων».

<sup>3</sup> Συνιστούν και οι αξιώσεις των ασφαλισμένων έναντι των οργανισμών κοινωνικής ασφάλισης για τη χορήγηση των προβλεπόμενων από τη νομοθεσία του συμβαλλόμενου κράτους κοινωνικοασφαλιστικών παροχών, τόσο στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος είχε καταβάλει στο παρελθόν υποχρεωτικώς εισφορές, όσο και στην περίπτωση που η χορήγηση της συγκεκριμένης παροχής δεν εξαρτάται από την προηγούμενη καταβολή εισφορών, υπό την προϋπόθεση ότι πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις που τίθενται, κατά περίπτωση, από το εθνικό δίκαιο [βλ. Ε.Δ.Δ.Α. Vesna Hasani κατά Κροατίας της 30ης.09.2010, (αριθμ. προσφ. 20844/09), Andrejeva κατά Λετονίας της 18ης.02.2009, (αριθμ. προσφ. 55707/00), σκ. 77, Stec και λοιποί κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 12ης.04.2006, (αριθμ. προσφ. 65731/01 και 65900/01), σκ. 54, Jankovic κατά Κροατίας της 12ης.10.2000, (αριθμ. προσφ. 43440/98), Kjartan Asmundsson κατά Ισλανδίας της 12ης.10.2004, (60669/00), σκ. 39, Domalewski κατά Πολωνίας της 15ης.6.1999, (αριθμ. προσφ. 34610/97)].

ειρηνική απόλαυση της περιουσίας, που πρέπει να είναι δικαιολογημένη (βλ. Ε.Δ.Δ.Α., Valkon και λοιποί κατά Βουλγαρίας, ό.π., σκ.84, Kjartan Asmundsson κατά Ισλανδίας, ό.π., σκ. 39-40, Rasmussen κατά Πολωνίας της 28ης.04.2009, (αριθμ.προσφ. 38886/05), σκ.71, Wieczorek κατά Πολωνίας της 8ης.12.2009, (αριθμ.προσφ.18176/05), σκ.57, Panfile κατά Ρουμανίας της 20ης.03.2012, (αριθμ.προσφ.13902/11), σκ.15, Kjartan Ásmundsson κατά Ισλανδίας, ό.π., σκ.39].

Επιπλέον, για να είναι σύμφωνη με τις διατάξεις του άρθρου 1 του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου η επέμβαση σε περιουσιακής φύσεως αγαθό, υπό την ανωτέρω έννοια, πρέπει να προβλέπεται από νομοθετικές ή άλλου είδους κανονιστικές διατάξεις και να δικαιολογείται από λόγους γενικού συμφέροντος, στους οποίους περιλαμβάνονται, καταρχήν, και αυτοί που συνάπτονται με την αντιμετώπιση ενός ιδιαίτερος σοβαρού, κατά την εκτίμηση του εθνικού νομοθέτη, δημοσιονομικού προβλήματος ή με την εξασφάλιση της βιωσιμότητας των κοινωνικοασφαλιστικών οργανισμών.

Η εκτίμηση δε του νομοθέτη ως προς την ύπαρξη λόγου δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλει τον περιορισμό ενός περιουσιακού δικαιώματος και ως προς την επιλογή της ακολουθητέας πολιτικής για την εξυπηρέτησή του υπόκεινται σε οριακό δικαστικό έλεγχο [πρβλ. Ε.Δ.Δ.Α., James και λοιποί κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 21ης.02.1986, (αριθμ.προσφ.8793/79), σκ.46, Pressos Compania Naviera S.A. και λοιποί κατά Βελγίου της 20ης.11.1995, (αριθμ.προσφ.17849/91), σκ.37, Κλιάφας και λοιποί κατά Ελλάδος της 8ης.07.2004, (αριθμ.προσφ.66810/01), σκ.25, Adrejeva κατά Λετονίας, ό.π., σκ. 83], ιδίως, όταν ο σκοπός αυτός συνδέεται με εκτιμήσεις σχετικά με τον καθορισμό των προτεραιοτήτων κατά τη διάθεση των περιορισμένων κρατικών πόρων [βλ. Ε.Δ.Δ.Α., Κουφάκη και ΑΔΕΔΥ κατά Ελλάδος της 7ης.05.2013, (αριθμ.προσφ.57665/12), σκ. 31].

Περαιτέρω, η επέμβαση στην περιουσία πρέπει να είναι πρόσφορη και αναγκαία για την επίτευξη του επιδιωκόμενου από τον νομοθέτη σκοπού γενικού συμφέροντος και να μην είναι δυσανάλογη σε σχέση μ' αυτόν (βλ. ΣτΕ 668/2012 Ολομ., σκέψη 34, 1286/2012 Ολομ., σκέψη 15, Ε.Δ.Δ.Α., James και λοιποί κατά Ηνωμένου Βασιλείου, σκ.50). Ειδικότερα, σε ότι αφορά στις περικοπές συνταξιοδοτικών παροχών, ο δικαστής κατά τον σχετικό έλεγχο λαμβάνει υπόψη: (α) εάν οι σχετικές περικοπές λαμβάνουν χώρα στο πλαίσιο της αρχής της κοινωνικής αλληλεγγύης (Ε.Δ.Δ.Α., Valkon, ό.π., σκ.92 και 98), (β) εάν πρόκειται για διανεμητικό σύστημα, οπότε καθίστανται ανεκτές και έντονες επεμβάσεις στα συνταξιοδοτικά δικαιώματα, ακόμη κι αν για την απόληψη συνταξιοδοτικών παροχών καταβάλλονταν εισφορές (Ε.Δ.Δ.Α., Da Conceição Mateus και Santos Janeiro, ό.π., σκ. 24 και 28), (γ) τον αναδρομικό ή μη χαρακτήρα των περικοπών [Ε.Δ.Δ.Α., Levochkina κατά Ρωσίας της 5ης.07.2007, (αριθμ.προσφ.944/02), σκ. 48-51], (δ) το τυχαίο και, άρα, αυθαίρετο κριτήριο των περικοπών (Ε.Δ.Δ.Α., Adrejeva κατά Λετονίας, ό.π.), (ε) τη φύση της παροχής, δηλαδή εάν έχει ή όχι προνομιακό χαρακτήρα (Ε.Δ.Δ.Α., Da Conceição Mateus και Santos Janeiro, ό.π., σκ. 24), (στ) τη χρονική διάρκεια των περικοπών (Da Conceição Mateus και Santos Janeiro, ό.π.,

σκ. 28), (ζ) τον μέσο όρο των παροχών που λαμβάνουν οι υπόλοιποι συνταξιούχοι [Ε.Δ.Δ.Α., Valkov, ό.π., σκέψη 97, Khoniakina κατά Γεωργίας της 19ης.06.2012, (αριθμ.προσφ.17767/08) σκ.77], (η) τη μέριμνα του εθνικού νομοθέτη για την εξασφάλιση ενός αξιοπρεπούς βιοτικού επιπέδου των προσώπων που υφίστανται τις συνέπειες των κρατικών περιοριστικών μέτρων, ώστε να μην τίθεται ζήτημα παραβίασης και του άρθρου 3 της Ε.Σ.Δ.Α. [Ε.Δ.Δ.Α., Budina κατά Ρωσίας της 18ης.06.2009, (αριθμ.προσφ.45603/05), Κουφάκη και ΑΔΕΔΥ κατά Ελλάδας, ό.π., σκ.46]. Σε κάθε περίπτωση, πρέπει να κρίνεται, *in concreto*, αν υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες εκάστης υποθέσεως η εφαρμογή του νόμου που εκπληρώνει το δημόσιο συμφέρον με επέμβαση στο δικαίωμα της περιουσίας επιφέρει υπέρμετρη επιβάρυνση της περιουσίας, ανατρέποντας τη δίκαιη ισορροπία που πρέπει να υφίσταται μεταξύ των διακυβευομένων συμφερόντων (ΟλΣτΕ 734/2016, 668/2012, σκ.34, 1285-1286/2012, σκ.15). Πάντως, παρόλο που το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου δεν περιορίζει την ελευθερία του κράτους να επιλέξει τη μορφή ή τα ποσά των συνταξιοδοτικών παροχών που χορηγεί στο πλαίσιο του καθεστώτος της κοινωνικής ασφάλισης, είναι, εντούτοις, σημαντικό, να επιβεβαιώνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, κατά πόσον το δικαίωμα του συνταξιούχου στη λήψη της χορηγούμενης συνταξιοδοτικής παροχής παραβιάστηκε με τέτοιο τρόπο που οδηγεί σε βλάβη της ουσίας του συνταξιοδοτικού του δικαιώματος (Ε.Δ.Δ.Α., Khoniakina κατά Γεωργίας, ό.π., σκ. 71, Wieczorek κατά Πολωνίας, ό.π., σκ.57, Kjartan Ásmundsson κατά Ισλανδίας, ό.π., σκ.39). Στο ίδιο πλαίσιο, εξάλλου, δεν τηρείται η δίκαιη ισορροπία μεταξύ των απαιτήσεων του γενικού συμφέροντος και της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου, όταν ο ενδιαφερόμενος έχει αναγκαστεί μέσω των περικοπών αυτών να υποστεί ένα υπερβολικό ατομικό βάρος [Ε.Δ.Δ.Α., Khoniakina κατά Γεωργίας, σκ.72, BÉLÁNÉ NAGY κατά Ουγγαρίας της 13ης.12.2016, (αριθμ.προσφ.53080/13), σκ.126].

γ) Το δημόσιο συμφέρον για τις επίδικες περικοπές

Με το ν. 4024/2011, επιχειρήθηκε η διαμόρφωση ενός ενιαίου συστήματος βαθμολογικών προαγωγών και μισθολογικής εξέλιξης του προσωπικού της δημόσιας διοίκησης, η οποία είχε ως συνέπεια την περικοπή των αποδοχών των εργαζομένων στο Δημόσιο και στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, με σκοπό, κατά τα αναφερόμενα στην αιτιολογική έκθεση, αφενός την άμεση αντιμετώπιση της οξείας δημοσιονομικής κρίσης και την εξυγίανση των δημόσιων οικονομικών και αφετέρου τον εξορθολογισμό του δημόσιου τομέα, την άρση των ανισοτήτων στις συνολικές αμοιβές των υπαλλήλων, την ανταμοιβή της εργασίας βάσει του παραγόμενου αποτελέσματος, την προσέλκυση ικανού στελεχιακού δυναμικού και την προώθηση των αναπτυξιακών και κοινωνικών προτεραιοτήτων της Χώρας. Με τα δεδομένα αυτά, οι θεσπισθείσες με το ν. 4024/2011 περικοπές αποδοχών και επιδομάτων των εργαζομένων στον εν γένει δημόσιο τομέα αποτελούν τμήμα ενός ευρύτερου προγράμματος δημοσιονομικής προσαρμογής, αλλά και προώθησης διαρθρωτικών μεταρρυθμίσεων σε σχέση με την οργάνωση του έμψυχου δυναμικού των δημόσιων φορέων, κατ' αυτόν δε τον τρόπο επιδιώκεται η εξυπηρέτηση σκοπών, που συνιστούν

καταρχήν σοβαρούς λόγους δημοσίου συμφέροντος και αποτελούν, εντέλει, και σκοπούς κοινού ενδιαφέροντος των κρατών μελών της Ευρωζώνης, στα πλαίσια της καθιερούμενης από τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης υποχρέωσης δημοσιονομικής πειθαρχίας και διασφάλισης της σταθερότητας της ζώνης του ευρώ (πρβλ. ΣτΕ 3404/2014 σκέψη 21, ΣτΕ 668/2012 Ολομ., σκέψη 35, 1286/2012 Ολομ., σκέψη 16).

Κατόπιν στην αιτιολογική έκθεση, που συνοδεύει το ν. 4046/2012, αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι παρά τις προσπάθειες των τελευταίων τριών ετών συνεχίστηκε η ύφεση της ελληνικής οικονομίας και η αύξηση του δημόσιου χρέους, το οποίο ανήλθε για το έτος 2011 στα 368 δισ., υπερβαίνοντας το 169% του ΑΕΠ, και ότι τούτο επέβαλλε τη λήψη άμεσων μέτρων προς την κατεύθυνση της ελάφρυνσής του, και ειδικότερα μία ουσιαστική αναδιάρθρωση του δημόσιου χρέους, ώστε να καταστεί βιώσιμο βραχυπρόθεσμα και μακροπρόθεσμα. Στη συνέχεια, με το ν. 4051/2012 (Α' 40/29.2.2012) εισήχθησαν επείγουσες ρυθμίσεις για την εφαρμογή τού, κατά τα ανωτέρω, Μνημονίου Συνεννόησης και επήλθαν οι αναγκαίες προσαρμογές στον εγκριθέντα με το ν. 4032/2011 (Α' 257) προϋπολογισμό του έτους 2012.

Ακολούθως, εκδόθηκε ο ν. 4093/2012 «Έγκριση Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016 - Επείγοντα Μέτρα Εφαρμογής του ν. 4046/2012 και του Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016» (Α' 222/12.11.2012). Με τις διατάξεις της παραγράφου Α' με τίτλο «ΕΓΚΡΙΣΗ ΜΕΣΟΠΡΟΘΕΣΜΟΥ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΗΣ 2013-2016» του άρθρου πρώτου του νόμου αυτού εγκρίθηκε το μεσοπρόθεσμο πλαίσιο. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην αιτιολογική έκθεση του μεσοπρόθεσμου πλαισίου (βλ. σχετ. κείμενο του Υπουργείου Οικονομικών, Οκτωβρίου 2012) και ιδίως στην ενότητα 1 «Δημοσιονομική στρατηγική και πολιτικές» του Κεφαλαίου 3 του μεσοπροθέσμου, υποενότητα 1.4 «Η νέα δημοσιονομική προσπάθεια στην περίοδο 2013-2016», καθώς και στους συνοδεύοντες αυτό πίνακες, οι οποίοι προσαρτήθηκαν ως παράρτημα στο ν. 4093/2012, «οι καθυστερήσεις στην εφαρμογή των πολιτικών, κυρίως στον τομέα των διαρθρωτικών αλλαγών, και η περιορισμένη εφαρμογή ή/και χαμηλότερη αποδοτικότητα κάποιων μέτρων, που οδήγησαν σε πολύ χαμηλότερες αποδόσεις του συνολικού πακέτου των μέτρων της προηγούμενης περιόδου σε σχέση με τους αρχικούς υπολογισμούς, σε συνδυασμό και με τη βαθύτερη, από ότι προβλεπόταν, ύφεση, δημιούργησαν μεγάλες αποκλίσεις ακόμα και από τους χαμηλότερους (μετά την επιμήκυνση) στόχους του πρωτογενούς ελλείμματος Γενικής Κυβέρνησης της περιόδου 2013-2016. Προκειμένου να επανέλθει το πρόγραμμα στις αρχικές του προβλέψεις, κρίθηκε απαραίτητο να συνεχισθεί και να ενταθεί η δημοσιονομική προσαρμογή. ...». Προβλέφθηκε δε, ότι το δημοσιονομικό όφελος από την κατάργηση δώρων στο Δημόσιο Τομέα θα ανερχόταν στα 431 εκατομμύρια ευρώ, για την περίοδο 2013-2016. Τέλος, στην ενότητα 5 «Δαπάνες Κρατικού Προϋπολογισμού» του ίδιου Κεφαλαίου 3, υποενότητα 5.3.1, αναφέρεται ότι «Οι δαπάνες για μισθούς εμφανίζονται μειωμένες κατά 2.490 εκατ. ευρώ, το 2016 σε σύγκριση με την σχετική εκτίμηση για το 2012 προ της λήψεως μέτρων.

Συγκεκριμένα, εκτιμάται ότι θα ανέλθουν σε 13.112 εκατ. ευρώ ή 6,76% του ΑΕΠ το 2012, σε 11.811 εκατ. ευρώ ή 6,45% του ΑΕΠ το 2013, σε 11.248 εκατ. ευρώ ή 6,16% του ΑΕΠ το 2014, σε 10.942 εκατ. ευρώ ή 5,83% του ΑΕΠ το 2015 και σε 10.630 εκατ. Ευρώ ή 5,41% του ΑΕΠ το 2016. Η διαμόρφωση των εξοικονομήσεων στο ύψος των ανωτέρω δαπανών, εκτιμάται ότι θα επιτευχθεί ως αποτέλεσμα των εξής σχεδιαζόμενων παρεμβάσεων: ... κατάργηση εξαιρέσεων του ενιαίου μισθολογίου και κατάργηση δώρων ...».

δ) Η αρχή της αναλογικότητας ως «φίλτρο» για την συνταγματικότητα των επιλογών του νομοθέτη

Με την Κατάργηση επιδομάτων εορτών και αδείας των δημοσίων υπαλλήλων με το **άρθρο πρώτο παρ. Γ υποπαρ. Γ.1 περ. 1 του ν. 4093/2012** επιχειρείται νέα, για πολλοστή φορά, περικοπή των αποδοχών της ίδιας ομάδας θιγομένων, ειδικότερα δε, θεσπίζεται πλέον, με αυτήν, κατάργηση - και όχι απλώς περαιτέρω μείωση - ενός διακριτού τμήματος των καταβαλλόμενων συνολικών ετήσιων αποδοχών το οποίο παγίως, με διαδοχικούς νόμους, εχορηγείτο στο σύνολο των υπαλλήλων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, δοθέντος ότι, πράγματι, τα επίδικα επιδόματα εορτών και αδείας συνδέονταν, από τη φύση τους και ενόψει του νομοθετικού λόγου της θέσπισής τους, με τις αυξημένες ανάγκες που ανακύπτουν κατά τις εορταστικές περιόδους και κατά την περίοδο των θερινών διακοπών, οι ανάγκες δε αυτές συντρέχουν για όλους τους υπαλλήλους ανεξάρτητα από το μισθό καθενός από αυτούς (βλ. ΣτΕ Ολομ. 668/2012, σκ.40, 1283/2012, σκ. 34).

Με την πρόσφατη ΣτΕ Στ' 2628/2018 κρίθηκε ότι ο νομοθέτης δεν εδικαιολογείτο πλέον να προχωρήσει στην υιοθέτηση του επίμαχου καταργητικού μέτρου της κατάργησης επιδομάτων εορτών και αδείας των δημοσίων υπαλλήλων με το **άρθρο πρώτο παρ. Γ υποπαρ. Γ.1 περ. 1 του ν. 4093/2012.**, χωρίς να έχει προηγουμένως εκτιμήσει, κατά πρώτον, την προσφορότητα του μέτρου αυτού, ενόψει και της διαπίστωσής του ότι τα αντίστοιχα μέτρα που είχε λάβει έως τότε (μειώσεις μισθών και συντάξεων) δεν είχαν αποδώσει τα αναμενόμενα και ότι η οικονομική ύφεση είχε ενταθεί με ρυθμούς που είχαν ανατρέψει τις αρχικές προβλέψεις. Όφειλε δε, περαιτέρω, ο νομοθέτης, αποφαινόμενος τεκμηριωμένα και για την αναγκαιότητα του ίδιου ως άνω μέτρου, να εξετάσει την ύπαρξη τυχόν εναλλακτικών επιλογών και να συγκρίνει τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα της καθεμιάς για τον επιδιωκόμενο δημόσιο σκοπό της δημοσιονομικής προσαρμογής, καθώς και αν οι επιπτώσεις της συγκεκριμένης περικοπής αποδοχών στο βιοτικό επίπεδο των θιγόμενων, αθροιζόμενες με τις επιπτώσεις από τα ήδη ληφθέντα γενικά μέτρα αντιμετώπισης της κρίσης (όπως οι αλληπάλληλες, κατά τα προεκτεθέντα, φορολογικές επιβαρύνσεις) και συνδυαζόμενες με τις ευρύτερες κοινωνικοοικονομικές συνθήκες της διανυόμενης έκτακτης περιόδου (κόστος αγαθών και υπηρεσιών, ανεργία, έκταση και περιεχόμενο δανειοληπτικών υποχρεώσεων κ.λπ.), οδηγούν σε ανεπίτρεπτη μείωση του επιπέδου ζωής των υπαλλήλων κάτω του

κατά το άρθρο 2 παρ.1 του Συντάγματος επιπέδου αξιοπρεπούς διαβίωσης (πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 2287-2288/2015).

Το μόνο που ελήφθη υπόψη για την ως άνω κατάργηση αποτελεί το καθαρώς αριθμητικό και, ως εκ τούτου, προδήλως απρόσφορο κριτήριο της επίτευξης συγκεκριμένης μεσοσταθμικής μείωσης του μισθολογικού κόστους του Δημοσίου (431.000.000 ευρώ, για την περίοδο 2013 - 2016).

### **3. ΕΠΙΛΟΓΟΣ**

Το ΣτΕ στις πρόσφατες αποφάσεις του σχετικά με τις περικοπές μισθών και συνταξεων καταλήγει κρίνοντας κατά πλειοψηφία αντισυνταγματικές τις επίδικες περικοπές του άρθρου πρώτου § Γ υποπαρ. Γ.1 περ. 1 του ν. 4093/2012, διότι συνυπολογιζόμενες με τις μειώσεις που, επιβλήθηκαν διαδοχικά επί των πάσης φύσεως αποδοχών και επιδομάτων των μισθωτών και συνταξιούχων, καθώς και με άλλες μειώσεις του εισοδήματος τους βάσει παράπλευρων νομοθετημάτων της περιόδου της κρίσης, όπως επιβολή ειδικής εισφοράς αλληλεγγύης με το άρθρο 29 του ν. 3986/2011, επιβολή ειδικής εισφοράς αλληλεγγύης για την καταπολέμηση της ανεργίας με το άρθρο 38 § 2 περ. α' του ν. 3986/2011, επιβολή ειδικής εισφοράς υπέρ του Τ.Π.Δ.Υ. με το άρθρο 38 § 2 περ. β' του ίδιου ν. 3986/2011 και αλληπάλληλες φορολογικές επιβαρύνσεις, υπερβαίνουν, λόγω του σωρευτικού τους αποτελέσματος και της έκτασής τους, το όριο που θέτουν οι συνταγματικές αρχές της αναλογικότητας και της ισότητας στα δημόσια βάρη, δεδομένης, άλλωστε, και της χρονίζουσας αδυναμίας προώθησης των διαρθρωτικών μεταρρυθμίσεων και είσπραξης των ληξιπρόθεσμων φορολογικών οφειλών. Εντέλει το Δικαστήριο παρέπεμψε το ζήτημα αυτό να κριθεί από την Ολομέλεια αυτού.

# Η ΛΙΤΟΤΗΤΑ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΕ: ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΡΝΗΣΗ ΣΤΗΝ ΑΠΟΔΟΧΗ ΚΑΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΠΟΔΟΧΗ ΣΤΟ ΔΙΚΑΣΤΙΚΟ ΕΛΕΓΧΟ ΔΥΟ ΤΑΧΥΤΗΤΩΝ

Σαράντης - Μιχαήλ Νιώτης, Ασκούμενος Δικηγόρος ΔΣ Πατρών, LLM in European Public law and Governance στο Πανεπιστήμιο του Maastricht

## 1. Εισαγωγή

Η οικονομική κρίση που χτύπησε την ευρωζώνη, πριν από 10 σχεδόν χρόνια, έφερε ριζικές αλλαγές στην οικονομική και νομισματική πολιτική της Ε.Ε. Σε ένα πλαίσιο όπου η οικονομία και οι δαιδαλώδεις κανόνες της αγοράς μοιάζουν να επισκιάζουν την πολιτική, η δικαστική εξουσία παλεύει εξίσου να θεμελιώσει τη θεσμική της θέση σε ένα περιβάλλον κρίσης, μακριά από της συνθήκες συνταγματικής και κανονιστικής ομαλότητας που γνώρισε η Ευρώπη τις προηγούμενες δεκαετίες. Καθώς η χρηματοπιστωτική κρίση και η συνακόλουθη κρίση χρέους, οδηγούσε την Ε.Ε αφενός μεν στα πολιτικά της όρια, αφετέρου δε στα «συνταγματικά» της όρια και δη στα όρια των δοτών της αρμοδιοτήτων, τα κράτη μέλη της ευρωζώνης αναγκάστηκαν να στραφούν στη διακρατική μέθοδο της σύναψης διεθνών συνθηκών, έξω από το πλαίσιο της ενωσιακής έννομης τάξης, ώστε να αντιμετωπίσουν τις προκλήσεις της κρίσης. Η ίδρυση του Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Σταθερότητας (ΕΜΣ) (ΕSM) (αλλά και προηγουμένως του Ευρωπαϊκού Ταμείου Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας) επί τη βάση μιας νέας διακρατικής συνθήκης, μεταξύ των κρατών μελών της ευρωζώνης, και όχι επί τη βάση του ευρωπαϊκού δικαίου, αποτελεί το χαρακτηριστικότερο παράδειγμα αυτής της παράκαμψης της «ενωσιακής οδού»<sup>1</sup>. Ωστόσο, αυτή η δημιουργία δομών παράλληλων προς την ενωσιακή έννομη τάξη, οι οποίες θα εξασφάλιζαν τη δανειακή υποστήριξη των κρατών μελών της ευρωζώνης με αντάλλαγμα διαρθρωτικές μεταρρυθμίσεις και πολιτικές λιτότητας, δημιούργησε μια σειρά κρίσιμων νομικών ζητημάτων, στο επίκεντρο των οποίων βρέθηκε το δίκαιο θεμελιωδών δικαιωμάτων της Ε.Ε.

Το πρωταρχικό πρόβλημα που τίθεται επί τάπητος έγκειται στην εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ στο πλαίσιο των διακυβερνητικών αυτών δομών, ή με άλλα λόγια στο κατά πόσο οι θεσμοί της Ε.Ε. και τα κράτη μέλη, δεσμεύονται από το Χάρτη όταν δρουν

---

<sup>1</sup> Ο ΕΜΣ συστάθηκε ως ένας αυτοτελής οργανισμός μη υπαγόμενος στην ενωσιακή έννομη τάξη, από την οποία ωστόσο «δανείζεται» τους θεσμούς και τα όργανά της. Στα πλαίσια της συνθήκης του ΕΜΣ ανατίθενται στην Επιτροπή και ΕΚΤ επί μέρους αρμοδιότητες, οι οποίες συνίστανται κατά κύριο λόγο στην εκπροσώπηση των Κρατών μελών κατά τη διαπραγμάτευση και την υπογραφή των Μνημονίων Συνεννόησης και στην μετέπειτα επίβλεψη της τήρησης των συμφωνηθέντων προγραμμάτων δημοσιονομικής προσαρμογής βλ. άρθρο 13 Συνθήκης ΕΜΣ. Αναλυτικά για της αρμοδιότητες της Επιτροπής και της ΕΚΤ εντός του ΕΜΣ βλ.: Anastasia Poulou, 'Financial Assistance Conditionality and Human Rights Protection: What is the Role of the EU Charter of Fundamental Rights?', *Common Market Law Review* (2017)

έξω από την ενωσιακή έννομη τάξη, στο πλαίσιο του ΕΜΣ (και παλιότερα του ΕFSF). Η νομολογιακή στάση του ΔΕΕ απέναντι στο ανωτέρω ερώτημα δεν υπήρξε εξ' αρχής ενιαία αλλά εξελίχθηκε σταδιακά κατά τη διάρκεια της κρίσης.

Η πρώτη φάση της νομολογιακής εξέλιξης, η «φάση της άρνησης», σηματοδοτείται από την αδυναμία του ΔΕΕ να εδραιώσει ένα νομικό σύνδεσμο μεταξύ των διακυβερνητικών δομών των μηχανισμών στήριξης και του ενωσιακού δικαίου. Σε μια σειρά υποθέσεων που έφθασαν ενώπιον του Δικαστηρίου, κατά τα πρώτα χρόνια της κρίσης<sup>2</sup>, έγινε δεκτό ότι εφόσον η ίδρυση και λειτουργία του ΕSM αποτελεί μια ξεχωριστή έννομη τάξη, η οποία δεν διέπεται από το ενωσιακό δίκαιο, συνακόλουθα τα μέτρα λιτότητας που συμφωνούνται στο πλαίσιο των Μνημονίων Συνεργασίας μεταξύ των ανωτέρω μηχανισμών στήριξης και των κρατών μελών, δεν αποτελούν εφαρμογή κανόνων Ευρωπαϊκού δικαίου. Με δεδομένη, λοιπόν, την απουσία εφαρμογής ενωσιακού δικαίου και ενόψει του Α. 51 του ΧΘΔΕΕ, το ΔΕΕ έκρινε ότι τα κράτη μέλη τουλάχιστον, δε δεσμεύονται από το Χάρτη όταν συμφωνούν και εφαρμόζουν μνημονιακές υποχρεώσεις.

Η δεύτερη φάση της νομολογιακής εξέλιξης, «φάση της αποδοχής», σηματοδοτείται από δυο σημαντικές εξελίξεις. Αφενός μεν την αναγνώριση από το ΔΕΕ, με την απόφασή του στην υπόθεση *Ledra Advertising*<sup>3</sup>, της καθολικής δέσμευσης των θεσμών της Ε.Ε. από το ΧΘΔΕΕ, ακόμα και όταν δρουν εκτός της ενωσιακής έννομης τάξης, και εντός του πλαισίου των αρμοδιοτήτων που τους έχουν ανατεθεί από τη συνθήκη του ΕSM και αφετέρου την παρέμβαση του ενωσιακού νομοθέτη με την εισαγωγή του Κανονισμού 472/2013. Παρότι η ανωτέρω απόφαση συνέβαλε καθοριστικά στη θωράκιση του κράτους δικαίου σε ενωσιακό επίπεδο, η συστηματική της μελέτη με άλλες υποθέσεις<sup>4</sup>, ανέδειξε την ύπαρξη σημαντικών, ακόμα, κενών στην εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ και δη στην αποτελεσματική δικαστική προστασία. Ακριβώς αυτά τα κενά, στην εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ επιχειρεί να συγκεράσει ο Κανονισμός 472/2013. Με την εισαγωγή της διαδικασίας ενισχυμένης δημοσιονομικής εποπτείας, τα δημοσιονομικά μέτρα των Μνημονίων Συνεννόησης ενσωματώνονται σε μια κατ' εξουσιοδότηση εκδιδόμενη απόφαση του Συμβουλίου και μετατρέπονται με τον τρόπο αυτό σε ενωσιακό δίκαιο, ώστε η εφαρμογή τους, τόσο από τα κράτη μέλη όσο και από τους θεσμούς της Ε.Ε., συνεπάγεται πλέον αυτόματα και την εφαρμογή του Χάρτη.

---

<sup>2</sup> Βλ. ενδεικτικά: T-541/10 και T-215/11, ΑΔΕΔΥ κ.λπ. κατά Συμβουλίου, Διάταξη του Γενικού Δικαστηρίου (πρώτο τμήμα) της 27ης Νοεμβρίου 20128, C-128/12, Sindicato dos Bancários do Norte κ.λπ. κατά BPN, Διάταξη του Δικαστηρίου (έκτο τμήμα) της 7ης Μαρτίου 2013, C-264/12, Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguro κατά Fidelida de Mundial, Διάταξη του Δικαστηρίου (έκτο τμήμα) της 26ης Ιουνίου 2014, C-370/12, Thomas Pringle κατά Government of Ireland κ.λπ. Απόφαση του Δικαστηρίου (ολομέλεια) της 27ης Νοεμβρίου 2012

<sup>3</sup> C-8/15 P έως C-10/15 P *Ledra Advertising* κ.λπ. κατά Επιτροπής και ΕΚΤ, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 20ής Σεπτεμβρίου 2016

<sup>4</sup> Βλ. ενδεικτικά: C-105/15 P έως C-109/15, Κωνσταντίνος Μαλλής κ.λπ. κατά Επιτροπής και ΕΚΤ, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 20ής Σεπτεμβρίου 2016,



Με τα ζητήματα εφαρμογής του ΧΘΔΕΕ αποσαφηνισμένα, η προσοχή στρέφεται πια στο πεδίο της ουσιαστικής κρίσης του ΔΕΕ. Σε αυτό το τρίτο μέρος της εργασίας επιχειρείται μια συστηματική σύγκριση του εύρους του ουσιαστικού δικαστικού ελέγχου στις ανωτέρω «υποθέσεις της κρίσης», με το εύρος του δικαστικού έλεγχου σε άλλες πρόσφατες - παράλληλες υποθέσεις θεμελιωδών δικαιωμάτων.

## 2. «Η φάση της άρνησης»

Η πρώτη επαφή του ΔΕΕ με το ανωτέρω ζήτημα εφαρμογής του ΧΘΔΕΕ και συγκεκριμένα με το ερώτημα κατά πόσο οι θεσμοί της Ε.Ε. και τα κράτη μέλη, δεσμεύονται από το Χάρτη όταν δρουν έξω από την ενωσιακή έννομη τάξη και στο πλαίσιο του ΕΜΣ, ήταν στην υπόθεση *Pringle*<sup>5</sup>. Ανάμεσα στην πληθώρα ερωτημάτων που εστάλησαν από το *Supreme Court* της Ιρλανδίας, το ΔΕΕ κλήθηκε επίσης να κρίνει και επί της πιθανής σύγκρουσης της διακρατικής φύσης του ΕΜΣ, με το δικαίωμα στη δικαστική προστασία<sup>6</sup>. Ήταν η πρώτη φορά μετά το ξέσπασμα της οικονομικής κρίσης και της κρίσης χρέους στην Ευρωζώνη, που το ΔΕΕ είχε τη δυνατότητα να εξετάσει εάν και κατά πόσο η διακυβερνητική δομή του ΕΜΣ και ειδικότερα η θεμελίωσή του εκτός του δικαίου της ένωσης, συγκρούονταν με τις γενικές αρχές της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και της ασφάλειας δικαίου. Πιο συγκεκριμένα, το επιχείρημα που τέθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου ήταν ότι η ίδρυση και η λειτουργία του ΕΜΣ έξω και πέρα από την ενωσιακή έννομη τάξη θα έχει ως άμεσο αποτέλεσμα την απόκρυψη του ΕΜΣ από το πεδίο εφαρμογής του ΧΘΔΕΕ, ώστε συνακόλουθα οι αποφάσεις και πράξεις που διενεργούνται στο πλαίσιο της λειτουργίας του καθώς και τα μέτρα που θεσπίζουν τα κράτη μέλη προς υλοποίηση των Μνημονίων Συνεννόησης που υπογράφουν με τον ΕΜΣ, αναπόφευκτα θα λανθάνουν και του δικαστικού ελέγχου του ΔΕΕ. Το Δικαστήριο απάντησε στο ανωτέρω επιχείρημα «περί παράκαμψης του Χάρτη», εκκινώντας από τη βασική θέση ότι, σύμφωνα με το άρθρο 51, παράγραφος 1, του Χάρτη, οι διατάξεις του απευθύνονται και δεσμεύουν τα κράτη μέλη, μόνον όταν αυτά εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης. Σύμφωνα δε, με την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου, ο Χάρτης δεν μπορεί διευρύνει το πεδίο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης πέραν των αρμοδιοτήτων της Ένωσης και δεν θεσπίζει νέες αρμοδιότητες και καθήκοντα για την Ένωση, ούτε τροποποιεί τις αρμοδιότητες και τα καθήκοντα όπως ορίζονται από τις Συνθήκες<sup>7</sup>. Στην προκειμένη περίπτωση, επομένως, από τη στιγμή

<sup>5</sup> C-370/12, Thomas Pringle κατά Government of Ireland κ.λπ., Απόφαση του Δικαστηρίου (ολομέλεια) της 27ης Νοεμβρίου 2012

<sup>6</sup> Για την ερμηνεία της απόφασης βλ.: B. De Witte, and T. Beukers, "The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the Eu Legal Order: Pringle.", *Common Market Law Review* 50, no. 3 (2013), p. 809, 813, S.Adam, and F.J.M Parras, "The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle", p.9, *European Law Review -Monthly Edition-* 38, no. 6 (2013): 848-65

<sup>7</sup> Για την ερμηνεία του α. 51 ΧΘΔΕΕ, βλ. αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 2010, C 400/10 PPU, McB., Συλλογή 2010, σ. I 8965, σκέψη 51, καθώς και της 15ης Νοεμβρίου 2011, C 256/11, Dereci κ.λπ., Συλλογή 2011, σ. I 11315, σκέψη 71). Βλ. επίσης S Peers, T Hervey, J Kenner and A Ward (eds) *The*

που κρίθηκε ότι η ίδρυση ενός μηχανισμού σταθερότητας όπως ο ΕΜΣ, κείται εκτός του πλαισίου των αρμοδιοτήτων που η ΣΕΕ και η ΣΛΕΕ αναθέτουν στην Ένωση<sup>8</sup>, συνακόλουθα τα κράτη μέλη δεν εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης, κατά την έννοια του άρθρου 51, παράγραφος 1, του Χάρτη, με το να ιδρύσουν μέσω αυτοτελούς διεθνούς συνθήκης ένα μηχανισμό όπως ο ΕΜΣ και επομένως ουδεμία υποχρέωση υφίσταται για τα κράτη μέλη να εφαρμόσουν τις διατάξεις του ΧΘΔΕΕ<sup>9</sup>.

Περαιτέρω δε, και όσον αφορά τη λειτουργία των θεσμών της ΕΕ (και συγκεκριμένα της Επιτροπής και της ΕΚΤ) εντός του πλαισίου της συνθήκης του ΕΜΣ, το ΔΕΕ δέχθηκε κατ' αρχήν ότι τα κράτη μέλη, στους τομείς που δεν υπάγονται στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης, μπορούν, και εκτός του πλαισίου της Ένωσης, να αναθέτουν καθήκοντα στα θεσμικά όργανα αυτής. Εν προκειμένω μάλιστα τα καθήκοντα που ανατίθενται στην Επιτροπή και στην ΕΚΤ στο πλαίσιο της Συνθήκης ΕΜΣ, όσο σημαντικά και αν είναι, δεν παρέχουν ίδια εξουσία λήψεως αποφάσεων. Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο κατέληξε ότι οι ενέργειες των εν λόγω δύο οργάνων από τη στιγμή που δεν διενεργούνται στο πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου αλλά στο πλαίσιο της Συνθήκης του ΕΜΣ, δεσμεύουν μόνον τον ΕΜΣ. Η βασική αυτή θέση δε, έμελε να ακολουθήσει τη νομολογία του ΔΕΕ έως και σήμερα.

Η δεύτερη φορά που το πρόβλημα της εφαρμογής του ΧΘΔΕΕ ανέκυψε ενώπιον του ΔΕΕ, ήταν μέσω δύο πορτογαλικών υποθέσεων οι οποίες περιήλθαν στο Δικαστήριο επίσης υπό τη μορφή προδικαστικών παραπομπών από τα αρμόδια Πορτογαλικά Δικαστήρια<sup>10</sup>. Και οι δυο ως άνω υποθέσεις αφορούσαν τη συμβατότητα μέτρων λιτότητας και συγκεκριμένα περικοπών στο Δημόσιο τομέα<sup>11</sup> που είχαν θεσπιστεί από τον Πορτογάλο νομοθέτη σε υλοποίηση μνημονιακών υποχρεώσεων, με το ΧΘΔΕΕ και δη με το δικαίωμα σε αξιοπρεπείς συνθήκες εργασίας και διαβίωσης (Α. 31 ΧΘΔΕΕ) αλλά και με την αρχή της ίσης μεταχείρισης. Και στις δύο περιπτώσεις το ΔΕΕ έκρινε εαυτό αναρμόδιο να γνωμοδοτήσει επί των προδικαστικών ερωτημάτων, καθότι δέχθηκε ότι τα εν λόγω μέτρα, που θεσπίστηκαν από τον εθνικό νομοθέτη, δε συνιστούν σε καμία περίπτωση εφαρμογή «ενωσιακού δικαίου» αλλά καθαρά εθνικές ρυθμίσεις υλοποιούσες μνημονιακά συμφωνηθέντα στο πλαίσιο του ΕFSF, ο οποίος ουδόλως διέπεται από το ενωσιακό δίκαιο. Ως εκ τούτου, για μια ακόμη φορά η εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ και του ενωσιακού δικαίου εν γένει, αποκλείστηκε, και στάθηκε αδύνατο για το Δικαστήριο να προχωρήσει στον ουσιαστικό έλεγχο των κρίσιμων μέτρων.

---

EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary (Oxford: Hart Publishing, 2013) και Koen Lenaerts, 'Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights', 8 European Constitutional Law Review (2012) 375-403

<sup>8</sup> Βλ. σκέψη 105 της απόφασης

<sup>9</sup> Βλ. σκέψη 179-182 της απόφασης

<sup>10</sup> C-128/12, Sindicato dos Bancários do Norte κ.λπ. κατά BPN, Διάταξη του Δικαστηρίου (έκτο τμήμα) της 7ης Μαρτίου 2013 και C-264/12, Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguro κατά Fidelida de Mundial, Διάταξη του Δικαστηρίου (έκτο τμήμα) της 26ης Ιουνίου 2014

<sup>11</sup> Συγκεκριμένα, επρόκειτο για την κατάργηση του επιδόματος αδείας και του δώρου Χριστουγέννων. Βλ. σκέψη 4 της απόφασης,

Σε αυτό το πλέγμα της νομολογίας του ΔΕΕ, μπορεί να ενταχθεί ακόμα μια αργότερη σειρά συνεκδικασθεισών υποθέσεων, η *Μάλλης κ.λπ. κατά Επιτροπής και ΕΚΤ*<sup>12</sup>. Στη συγκεκριμένη υπόθεση οι προσφεύγοντες, δικαιούχοι καταθέσεων της Λαϊκής Τράπεζας Κύπρου, οι οποίες «κουρεύτηκαν» σημαντικά κατά τη διαδικασία εξυγίανσης των κυπριακών τραπεζών, προσέβαλλαν μέσω ευθείας προσφυγής ακυρώσεως, τη νομιμότητα μιας δήλωσης της Ευρωομάδας (Eurogroup)<sup>13</sup>. Η δήλωση αυτή στην ουσία της καλωσόριζε την απόφαση της Κυπριακής Κυβέρνησης να συμφωνήσει στην υιοθέτηση μέτρων λιτότητας και δημοσιονομικής προσαρμογής, «σε αντάλλαγμα» για την παροχή οικονομικής ενίσχυσης από τον ΕΜΣ για την ανακεφαλαιοποίηση των Κυπριακών τραπεζών, ενώ ταυτόχρονα, αναφερόταν ειδικά στο μέτρο του κουρέματος των καταθέσεων της Λαϊκής, της οποίας και προανήγγειλε την άμεση εκκαθάριση με πλήρη συμμετοχή των μετόχων, των ομολογιούχων και των μη εξασφαλισμένων καταθετών. Ενόψει, λοιπόν, της προσβολής του δικαιώματός τους στην ιδιοκτησία, όπως αυτό αναγνωρίζεται και προστατεύεται από το α. 17 του ΧΘΔΕΕ, οι προσφεύγοντες ζήτησαν την ακύρωση της ανωτέρω δήλωσης. Ωστόσο, για άλλη μια φορά ο ουσιαστικός δικαστικός έλεγχος στάθηκε αδύνατος, καθότι οι ανωτέρω προσφυγές απορρίφθηκαν τόσο από το Γενικό Δικαστήριο<sup>14</sup> αρχικά, όσο και από το ΔΕΕ στη συνέχεια, ήδη σε επίπεδο παραδεκτού. Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη πράξη - δήλωση θεωρήθηκε ότι δεν συνιστά πράξη δυνάμενη να παραγάγει έννομα αποτελέσματα έναντι τρίτων και συνεπώς να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής ακυρώσεως κατά την έννοια του άρθρου 263, εδ. α', ΣΛΕΕ, αλλά αντίθετα, αποτελεί μια άτυπη δήλωση του Eurogroup<sup>15</sup>, το οποίο, μάλιστα, ως όργανο, δε διαθέτει, καμία εξουσία έκδοσης νομικά δεσμευτικών πράξεων, με βάση τις συνθήκες.

Σε όλες τις ως άνω περιπτώσεις της πρώιμης «νομολογίας της κρίσης» του ΔΕΕ, το σύστημα των παράλληλων έννομων τάξεων (ήτοι από τη μία της ΕΕ η οποία διέπεται από τα κείμενα των ιδρυτικών συνθηκών ΣΕΕ και ΣΛΕΕ, και από την άλλη του ΕΜΣ η οποία διέπεται από την ιδρυτική αυτού διεθνή συνθήκη συναφθείσα μεταξύ των κρατών μελών της ευρωζώνης), κράτησε το Δικαστήριο μακριά από έναν ουσιαστικό δικαστικό έλεγχο των μέτρων λιτότητας και δημοσιονομικής προσαρμογής, επί τη βάση του ΧΘΔΕΕ, ο οποίος ακριβώς λόγω της απουσίας εφαρμογής ενωσιακού δικαίου δεν δύνατο εφαρμοστεί. Ειδικότερα, όσον αφορά το ζήτημα της δέσμευσης των κρατών μελών από το ΧΘΔΕΕ, εν όψει της διακρατικής θεμελίωσης του ΕΜΣ, πέρα και έξω από την ενωσιακή έννομη τάξη και της συνακόλουθης απουσίας εφαρμογής ενωσιακού δικαίου, το Α. 51 του Χάρτη καθιστούσε αυτόματα αδύνατη και την εφαρμογή του. Όσον αφορά δε την άλλη όψη του προβλήματος, ήτοι τη δέσμευση των θεσμών της ΕΕ (Επιτροπής και ΕΚΤ) από το

<sup>12</sup> C-105/15 P έως C-109/15, Κωνσταντίνος Μαλλής κ.λπ. κατά Επιτροπής και ΕΚΤ, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 20ής Σεπτεμβρίου 2016.

<sup>13</sup> Βλ. δήλωση Eurogroup 25<sup>ης</sup> Μαρτίου 2013

<sup>14</sup> T-327/13, Κ. Μαλλής και Έλλη Κωνσταντίνου Μαλλή κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής και Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας (ΕΚΤ), Διάταξη του Γενικού Δικαστηρίου (πρώτο τμήμα) της 16ης Οκτωβρίου 2014

<sup>15</sup> Βλ. σκέψεις 46, 47, 57 και 59 απόφασης

Χάρτη, η βασική θέση του Δικαστηρίου «ό,τι συμβαίνει στον ΕΜΣ, μένει στον ΕΜΣ και δεσμεύει μόνο τον ΕΜΣ», όπως αυτή διαμορφώθηκε ήδη από την υπόθεση *Pringle* και ακολουθήθηκε και στην υπόθεση *Μάλλη* στη συνέχεια, καθιστούσε δυσχερή τον ευθύ δικαστικό έλεγχο των πράξεων της Επιτροπής και της ΕΚΤ στο πλαίσιο του ΕΜΣ. Σε κάθε περίπτωση, η ως άνω αδυναμία του ΔΕΕ να εδραιώσει ένα νομικό σύνδεσμο μεταξύ αφενός των πράξεων που διενεργούν οι θεσμοί της ΕΕ (και τα κράτη μέλη) στο πλαίσιο του ΕΜΣ και αφετέρου του ενωσιακού δικαίου και δη του ΧΘΔΕΕ, γεννούσε θεμελιώδη, για την έννομη τάξη της ΕΕ νομικά προβλήματα, αναγόμενα πρωτίστως στην προστασία της αρχής του κράτους δικαίου και της αρχής της νομιμότητας. Αρκεί άραγε, η σύναψη μιας αυτοτελούς διεθνούς συνθήκης μεταξύ των κρατών μελών της ευρωζώνης, ώστε ακόμα και οι ίδιοι οι θεσμοί της ΕΕ (ΕΚΤ και Επιτροπή), να μπορούν να παρακάμπτουν τις εγγυήσεις νομιμότητας που παρέχει το ενωσιακό δίκαιο και δη ο ΧΘΔΕΕ και να τίθενται εκτός του πεδίου εφαρμογής του; Τυχόν θετική απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα θα ισοδυναμούσε πράγματι με ένα βαθύ πλήγμα στην αρχή του κράτος δικαίου σε επίπεδο ενωσιακής έννομης τάξης<sup>16</sup>.

### 3. «Η φάση της αποδοχής»

#### ι. Από την υπόθεση *Pringle* στη *Ledra Advertising*

Η απάντηση στα ερωτήματα αυτά, τουλάχιστον κατά το μέρος που αφορούν την δέσμευση των θεσμών της ΕΕ από το Χάρτη, ήρθε σχετικά πρόσφατα με την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Ledra Advertising*<sup>17</sup>, η οποία σηματοδοτεί και μια νέα φάση στην εξέλιξη της νομολογία του. Στη συγκεκριμένη υπόθεση<sup>18</sup> το ζήτημα της ευθύνης και της δέσμευσης των θεσμών της ΕΕ από το Χάρτη εμφανίστηκε ξανά, όπως και στην υπόθεση *Μάλλης κ.λπ.*, με τη διαφορά ότι το ένδικο βοήθημα που επέλεξαν οι διάδικοι, εν προκειμένω, ήταν αυτό της αγωγής αποζημίωσης και όχι της ευθείας προσφυγής ακυρώσεως. Με την αγωγή τους αυτή Κύπριοι δικαιούχοι καταθέσεων, των οποίων οι καταθέσεις επίσης «κουρεύτηκαν» σημαντικά κατά τη διαδικασία εξυγίανσης των κυπριακών τραπεζών, στράφηκαν κατά της ΕΚΤ και της Επιτροπής, που είχαν συνδιαμορφώσει και συνυπογράψει, εκ μέρους του ΕΜΣ, με την Κυπριακή Κυβέρνηση τα ανωτέρω μνημονιακά μέτρα, και ζητούσαν την αποζημίωση τους επί τη βάση εξωσυμβατικής (αδικοπρακτικής) ευθύνης της Ένωσης, η οποία συνίστατο στην παραβίαση του δικαιώματός τους στην ιδιοκτησία όπως αυτό προστατεύεται στο άρθρο 17, παρ. 1, του Χάρτη.

<sup>16</sup> C. Barnard, “The Charter in time of crisis: A case study of dismissal” in Countouris and Freedland (Eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis* (Cambridge University Press, 2013).

<sup>17</sup> C-8/15 P έως C-10/15 P *Ledra Advertising* κ.λπ. κατά Επιτροπής και ΕΚΤ, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 20ής Σεπτεμβρίου 2016

<sup>18</sup> Για την ερμηνεία της απόφασης βλ.: **Πρ. Παυλόπουλος**, «Νομική φύση και έννομες συνέπειες της σύμπραξης των θεσμικών οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο πλαίσιο σύναψης μνημονίων. Σχολιασμός των αποφάσεων του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης «Pringle» (C-370/12) και «Ledra Advertising Ltd κ.λπ.» (C-8/15P)», *ΕφημΔΔ* τχ 5/2016, Paul Dermine, ‘The end of impunity? The legal duties of ‘borrowed’ EU institutions under the European Stability Mechanism framework’, *European Constitutional Law Review* (2017)

Αυτή ήταν και η πρώτη φορά που το Δικαστήριο κατάφερε να υπερκεράσει τα εμπόδια του παραδεκτού και εν τέλει να δεχτεί την εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ. Ειδικότερα, το Γενικό Δικαστήριο είχε σε πρώτο βαθμό απορρίψει την ανωτέρω αγωγή, ομοίως σε επίπεδο παραδεκτού, επί τη βάση της παγιωμένης, ήδη από την υπόθεση Pringle, θέσης του Δικαστηρίου, ότι οι ενέργειες των εν λόγω δύο θεσμών στο πλαίσιο της Συνθήκης του ΕΜΣ, δεν μπορούν να αποδοθούν και δε δεσμεύουν την Ένωση, αλλά μόνον τον ΕΜΣ, ο οποίος κείται εκτός του πεδίου ενωσιακού δικαίου. Ωστόσο, σε δεύτερο βαθμό, το ΔΕΕ έκρινε ότι η ανωτέρω αρχική θέση μπορεί μεν πράγματι να επηρεάσει το παραδεκτό μίας ευθείας προσφυγής ακυρώσεως κατ' άρθρο 263 ΣΛΕΕ, μιας και η προσβαλλόμενη πράξη δεν μπορεί να θεωρηθεί πράξη οργάνου ή θεσμού της ΕΕ αλλά πράξη του ΕΜΣ, ωστόσο δεν μπορεί να εμποδίσει «στο πλαίσιο αγωγής αποζημίωσης δυνάμει των α. 268 και 340 ΣΛΕΕ την επίκληση κατά της Επιτροπής και της ΕΚΤ παράνομων συμπεριφορών οι οποίες συνδέονται, ενδεχομένως, με την υπογραφή μνημονίου κατανόησης εξ ονόματος του ΕΜΣ»<sup>19</sup>. Συνεπώς, ο παρεμπόδιος έλεγχος της νομιμότητας της πράξης, που χωρεί στο πλαίσιο της αγωγής προς αποζημίωση, έδωσε εν προκειμένω τη δυνατότητα στο Δικαστήριο να υπερκεράσει τα εμπόδια που θέτει, σε επίπεδο παραδεκτού, ο ευθύς ακυρωτικός έλεγχος και άνοιξε πλέον το δρόμο για την ουσιαστική κρίση του Δικαστηρίου.

Με τα προβλήματα παραδεκτού λυμένα, το ΔΕΕ αναγνώρισε ότι, μολονότι ασφαλώς τα κράτη μέλη δεν εφαρμόζουν το δίκαιο της Ένωσης στο πλαίσιο της Συνθήκης για τον ΕΜΣ, και επομένως ο Χάρτης εν προκειμένω δεν απευθύνεται σ' αυτά<sup>20</sup>, αντιθέτως, ο Χάρτης δεσμεύει πάντα τα θεσμικά όργανα της Ένωσης, ακόμη και στην περίπτωση που αυτά ενεργούν εκτός του νομικού πλαισίου της Ένωσης. Έγινε ειδικότερα δεκτό ότι πράγματι, στο πλαίσιο της υπογραφής των Μνημονίων Συνεννόησης, η Επιτροπή υποχρεούται βάσει του α. 17 παρ. 1 ΣΕΕ, το οποίο της αναθέτει το γενικό καθήκον να επιβλέπει την εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης, να διασφαλίζει ότι το εκάστοτε μνημόνιο είναι σύμφωνο με τα θεμελιώδη δικαιώματα που κατοχυρώνονται από τον Χάρτη<sup>21</sup>. Με άλλα λόγια έγινε δεκτό ότι οι θεσμοί της ΕΕ δεν μπορούν ποτέ να απεκδυθούν το μανδύα του «προστάτη των Συνθηκών» και να διαφύγουν του πεδίου εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης.

Η αναγνώριση από το ΔΕΕ της καθολικής εφαρμογής του ΧΘΔΕΕ, όσον αφορά τους θεσμούς της ΕΕ, αποτέλεσε ένα πολυαναμενόμενο και απόλυτα λογικό αποτέλεσμα. Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο είχε επανειλημμένως εκφράσει σοβαρές ανησυχίες για τη συμβατότητα των πράξεων της Επιτροπής και της ΕΚΤ, ως μελών της Τρόικα, με το ΧΘΔΕΕ, αλλά και για την απουσία κοινοβουλευτικού ελέγχου<sup>22</sup>. Η απόφαση του

<sup>19</sup> Βλ. σκέψη 55 απόφασης

<sup>20</sup> Βλ. ανωτέρω απόφαση Pringle, σκέψεις 178 έως 181

<sup>21</sup> Βλ. σκ. 67 απόφασης

<sup>22</sup> Βλ. Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 13ης Μαρτίου 2014 σχετικά με τη διερευνητική έκθεση για τον ρόλο και τις εργασίες της Τρόικας (ΕΚΤ, Επιτροπή και ΔΝΤ) όσον αφορά τις χώρες της ζώνης του ευρώ που έχουν υπαχθεί σε πρόγραμμα προσαρμογής (2013/2277(INI))

Δικαστηρίου έγινε δεκτή, με θέρμη και από τη θεωρία<sup>23</sup>, μετά από τις πολλαπλές περιπτώσεις αδυναμίας του ΔΕΕ να ελέγξει, στην ουσία τους, υποθέσεις αφορώσες την επιβολή μέτρων λιτότητας, καταλαγιάζοντας έτσι τις ολοένα και αυξανόμενες φωνές που διατείνονταν ότι η δυνατότητα των θεσμών της ΕΕ να παρακάμπτουν τον ΧΘΔΕΕ και να διαφεύγουν της εφαρμογής του, μόνο και μόνο επειδή δρουν εντός των αρμοδιοτήτων που τους έχουν ανατεθεί από τη συνθήκη του ΕΜΣ ο οποίος κείται ενωσιακού δικαίου, θα ισοδυναμούσε με τη δημιουργία μιας απαράδεκτης «γκρίζας ζώνης» στην εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ και της αρχής του κράτους δικαίου<sup>24</sup>.

ii. Τα «επίμονα» κενά δικαστικής προστασίας

Παρά την αδιαμφισβήτητη συμβολή της ως άνω απόφασης στη διασφάλιση του κράτους δικαίου η συστηματική της ερμηνεία με την υπόλοιπη «νομολογία της κρίσης» του ΔΕΕ ανέδειξε σημαντικά υπολειπόμενα κενά στην εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ και στην αποτελεσματική δικαστική προστασία σε ενωσιακό επίπεδο.

Κατ' αρχάς, παρά το γεγονός ότι το ΔΕΕ αναγνώρισε, στην υπόθεση *Ledra Advertising*, την καθολική εφαρμογή του ΧΘΔΕΕ, όσον αφορά τους θεσμούς της ΕΕ, ακόμα και όταν δρουν εκτός του πλαισίου της ενωσιακή έννομης τάξης, εντούτοις δεν εγκατάλειψε την παγιωμένη θέση του ότι τα καθήκοντα που ανατίθενται στην Επιτροπή και στην ΕΚΤ στο πλαίσιο της Συνθήκης για τον ΕΜΣ, όσο σημαντικά και αν είναι, δεν παρέχουν ίδια εξουσία λήψεως αποφάσεων και επομένως σε κάθε περίπτωση οι ενέργειες των εν λόγω δύο οργάνων στο πλαίσιο του ΕΜΣ δεσμεύουν μόνον τον ΕΜΣ<sup>25</sup>. Είναι αλήθεια ότι οι δύο ανωτέρω θέσεις του Δικαστηρίου, ήτοι από τη μια η παραδοχή ότι οι θεσμοί της ΕΕ δεσμεύονται από το Χάρτη ακόμα και όταν δρουν εκτός της ενωσιακής έννομης τάξης (στο πλαίσιο του ΕΜΣ) και ότι περαιτέρω μπορεί στο πλαίσιο αυτό να φέρουν εξωσυμβατική ευθύνη κατά την εκτέλεση των αρμοδιοτήτων τους και από την άλλη η πάγια θέση ότι οι πράξεις των θεσμών της ΕΕ εντός του ΕΜΣ δεσμεύουν μόνο τον ΕΜΣ και όχι την Ένωση, δύσκολα συμβαδίζουν. Φαίνεται, όντως, άτοπο το να μπορεί κάποιος να φέρει αδικοπρακτική ευθύνη, για μια πράξη όμως που δεν μπορεί να του αποδοθεί αλλά δεσμεύει κάποιον άλλο. Σε κάθε περίπτωση, εάν γίνει δεκτό ότι κατ' αρχήν οι πράξεις της Επιτροπής και της ΕΚΤ στο πλαίσιο του ΕΜΣ, δεν μπορούν να αποδοθούν στην Ένωση παρά δεσμεύουν μόνο τον ΕΜΣ, τότε αυτό συνεπάγεται ότι οι δικαστικοί οδοί της ευθείας προσφυγής ακυρώσεως αλλά και του προδικαστικού ερωτήματος παραμένουν ακόμα κλειστοί, όπως ακριβώς στις περιπτώσεις των υποθέσεων *Μάλλης κ.λπ* και των προδικαστικών ερωτημάτων από την Πορτογαλία, αφήνοντας έτσι ένα σημαντικό κενό αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας σε ενωσιακό επίπεδο.

<sup>23</sup> Βλ. Α. Πλιάκος «Ο σεβασμός των ευρωπαϊκών αξιών κατά τη λειτουργία και ανάπτυξη της οικονομικής και νομισματικής ένωσης της ευρωπαϊκής ένωσης», e-book 4<sup>ο</sup> Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, 12-13 Μαΐου 2017(επιμέλεια Β. Τζέμος),

<sup>24</sup> Βλ. Roderic O'Gorman, "The Failure of the Troika to Measure the Impact of the Economic Adjustment Programmes on the Vulnerable." in *Legal Issues of Economic Integration* Aug2017, Vol. 44

<sup>25</sup> Βλ. σκέψη 53 απόφασης

Περαιτέρω, σε δεύτερο επίπεδο, η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Ledra Advertising* μπορεί μεν να διαλεύκανε το ζήτημα της εφαρμογής του ΧΘΔΕΕ, όσον αφορά τους θεσμούς της ΕΕ, αναγνωρίζοντας την καθολική του εφαρμογή, ωστόσο το πρόβλημα παραμένει από την πλευρά των Κρατών Μελών, τα οποία με βάση την ήδη αναλυθείσα νομολογία<sup>26</sup> του ΔΕΕ, εξακολουθούν να μη δεσμεύονται από το Χάρτη όταν συμφωνούν και εφαρμόζουν μνημονιακά μέτρα.

### iii. Ο κανονισμός 472/2013

Τα ανωτέρω εναπομένοντα κενά δικαστικής προστασίας και κράτους δικαίου επιχειρεί να συγκεράσει ο Κανονισμός 472/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου. Με τον ανωτέρω κανονισμό εισάγεται η διαδικασία της ενισχυμένης οικονομικής και δημοσιονομικής εποπτείας για τα κράτη μέλη της ζώνη του ευρώ των οποίων απειλείται η χρηματοοικονομική σταθερότητα. Κατά τη διαδικασία αυτή, η οποία ενεργοποιείται αυτόματα σε περίπτωση κατά την οποία οποιοδήποτε Κράτος Μέλος αιτηθεί χρηματοδοτική συνδρομή από τον ΕΜΣ, τα μέτρα που συμφωνούνται και περιλαμβάνονται στα Μνημόνια Συνεννόησης μετατρέπονται, υποχρεωτικά, σε ένα Πρόγραμμα Μακροοικονομικής Προσαρμογής, το οποίο ενσωματώνεται σε μια Εφαρμοστική (κατ' εξουσιοδότηση εκδιδόμενη) Απόφαση του Συμβουλίου<sup>27</sup>. Με άλλα λόγια, κατά την ως άνω διαδικασία, τα μέτρα των Μνημονίων Συνεννόησης που υπογράφονται μεταξύ του ΕΜΣ και των επιμέρους Κρατών Μελών της Ευρωζώνης, μετατρέπονται ουσιαστικά σε ενωσιακό δίκαιο. Με τον τρόπο αυτό το ΔΕΕ καθίσταται πλέον πλήρως αρμόδιο, έστω και δια της πλαγίας αυτής οδού, να ελέγξει τη νομιμότητα των μέτρων δημοσιονομικής προσαρμογής υπό το πρίσμα του ενωσιακού δικαίου και φυσικά του ΧΘΔΕΕ. Ως εκ τούτου, ο σκοπός του Κανονισμού 472/2013 είναι διττός. Αφενός μεν σκοπεί να θωρακίσει τα μέτρα των Μνημονίων με την αυξημένη εκτελεστική δύναμη του ενωσιακού δικαίου, αφετέρου δε επιχειρεί να καλύψει το κενό δικαστικής προστασίας που δημιουργήθηκε από το σχήμα των παράλληλων έννομων τάξεων (διακυβερνητικοί μηχανισμοί σταθερότητας – ΕΕ) το οποίο εμπόδιζε το ΔΕΕ κατά τις πρώτες αποφάσεις του να εξετάσει στην ουσία τους τα εκάστοτε μέτρα λιτότητας. Με τον τρόπο αυτό ο ΧΘΔΕΕ καθίσταται καθολικά εφαρμόσιμος, αφού η ως άνω κατ' εξουσιοδότηση εκδιδόμενη Απόφαση του Συμβουλίου αφενός μεν συνιστά, προφανώς, πράξη θεσμικών οργάνων της ΕΕ επιφέρονσα έννομα αποτελέσματα και συνεπώς πλήρως ελέγξιμη από το ΔΕΕ κατ' άρθρο 263 ΣΛΕΕ, αφετέρου δε, η εφαρμογή της από το Κράτος Μέλος, στο οποίο απευθύνεται, συνιστά, σίγουρα, εφαρμογή κανόνα ενωσιακού δικαίου, ώστε πληρούνται πλέον μετά βεβαιότητας οι προϋποθέσεις του α. 51 ΧΘΔΕΕ, για την εφαρμογή του Χάρτη. Συνεπώς με τον πολύπλοκο, ομολογουμένως, αυτό μηχανισμό επιχειρείται η αντιστάθμιση των αρνητικών συνεπειών της θεμελίωσης των μηχανισμών χρηματοπιστωτικής στήριξης στο περιθώριο του ενωσιακού δικαίου.

## **4. Από την αποδοχή στο δικαστικό έλεγχο δύο ταχυτήτων;**

<sup>26</sup> Βλ. ανωτέρω υποσημ. 5 και 9

<sup>27</sup> Βλ α. 7 Κανονισμού 472/2013

Όπως ήδη αναφέρθηκε στην υπόθεση *Ledra Advertising* το ΔΕΕ αναγνώρισε ότι οι προσφεύγοντες είχαν υποστεί περιορισμό του δικαιώματός τους στην ιδιοκτησία (α. 17 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ) και συνακόλουθα προχώρησε τη δικανική του κρίση ώστε να εξετάσει εάν ο περιορισμός αυτός μπορούσε να δικαιολογηθεί υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, σύμφωνα με το α. 52 του ΧΘΔΕΕ. Στο στάδιο αυτό του ουσιαστικού ελέγχου το Δικαστήριο δέχθηκε ότι λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της διασφάλισης της σταθερότητας του τραπεζικού συστήματος της ζώνης του ευρώ αλλά και της δημοσιονομικής σωτηρίας της Κυπριακής Δημοκρατίας τα εν λόγω μέτρα δεν συνιστούν υπέρμετρη και απαράδεκτη παρέμβαση, ικανή να θίξει την ίδια την ουσία του δικαιώματος ιδιοκτησίας των αναιρεσειόντων. Κατά συνέπεια, κρίθηκε ότι δεν είναι δυνατό να θεωρηθούν ως αδικαιολόγητοι περιορισμοί του εν λόγω δικαιώματος, όπως αυτό κατοχυρώνεται από το άρθρο 17, παρ. 1 του Χάρτη. Με αυτόν, λοιπόν, το συνοπτικό συλλογισμό και σε μια μόλις σκέψη του, το ΔΕΕ, άρχισε και ολοκλήρωσε τον ουσιαστικό του έλεγχο, «εγκαταλείποντας» τον διαμορφούμενο έλεγχο αναλογικότητας στο πρώιμο στάδιο της διαπίστωσης της ύπαρξης σκοπού δημοσίου συμφέροντος. Ως εκ τούτου, για το Δικαστήριο, η οξεία οικονομική κρίση και ο, πράγματι, ζωτικής σημασίας σκοπός της δημοσιονομικής σταθερότητας κρίθηκαν, τουλάχιστον αυτή τη φορά, ως συνθήκες όχι μόνον αναγκαίες αλλά και επαρκείς ώστε να δικαιολογήσουν τους υπό κρίση περιορισμούς των δικαιωμάτων των αιτούντων, χωρίς το Δικαστήριο να εξετάσει περαιτέρω εάν τα υπό κρίση μέτρα ήταν πράγματι πρόσφορα και αναγκαία για την επίτευξη του ανωτέρω σκοπού και, εν τέλει, εάν πράγματι είχε επιτευχθεί μια δίκαιη ισορροπία μεταξύ των δικαιωμάτων των αιτούντων και του επιδιωκόμενου σκοπού.

Ο «μερικός» αυτός έλεγχος αναλογικότητας, μετά την υπόθεση *Ledra Advertising*, υιοθετήθηκε και σε άλλες παρόμοιες αποφάσεις των κεντρικών Δικαστηρίων της Ένωσης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η υπόθεση *Λεϊμονιά Σωτηροπούλου κ.λπ. κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*<sup>28</sup>. Στη συγκεκριμένη υπόθεση πρώην εργαζόμενοι του ΟΤΕ και νυν συνταξιούχοι, με αγωγή τους που άσκησαν κατά του Συμβουλίου, προέβαλαν το παράνομο μιας σειράς αποφάσεων του Συμβουλίου, οι οποίες απευθύνονταν στην Ελληνική Δημοκρατία και κατ' εφαρμογή των οποίων ο Έλληνας νομοθέτης προέβη στη θέσπιση εθνικών νόμων με τους οποίους μειώθηκαν διαδοχικά, οι συντάξεις τους<sup>29</sup>. Πρόκειται κατ' ουσία για όλες τις περικοπές που

---

<sup>28</sup> T-531/14, *Λεϊμονιά Σωτηροπούλου κ.λπ. κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης*, Απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου (δεύτερο τμήμα) της 3ης Μαΐου 2017

<sup>29</sup> Ειδικότερα πρόκειται για τις αποφάσεις 2010/320, 2010/486, 2011/57, 2011/257 και 2011/73 του Συμβουλίου, κατ' εφαρμογή των οποίων θεσπίστηκαν κατά σειρά: 1) ο ν. 3845/2010 με τον οποίο καταργήθηκαν τα επιδόματα αδειάς, εορτών Χριστουγέννων και εορτών Πάσχα για τους συνταξιούχους ηλικίας κάτω των 60 ετών, καθώς και για όσους ελάμβαναν κύρια σύνταξη άνω των 2 500 ευρώ, ενώ για τους λοιπούς συνταξιούχους, ηλικίας άνω των 60 ετών και με ποσά κύριας σύνταξης κάτω των 2 500 ευρώ, τα επιδόματα αυτά περιορίστηκαν σε ορισμένα ποσά, 2) ο ν. 3863/2010 με τον οποίο μειώθηκαν οι κύριες συντάξεις από 3 % έως 10 % με κριτήριο το ποσό της λαμβανόμενης σύνταξης και με υπολογισμό του ποσοστού μείωσης στο συνολικό ποσό της κύριας σύνταξης, 3) ο ν. 3986/2011 με τον οποίο: α) οι κύριες συντάξεις μειώθηκαν, σε σχέση με το προ του νόμου 3863/2010 ποσό, κατά 3 έως 14 % με κριτήριο το ποσό της λαμβανόμενης κύριας σύνταξης και με υπολογισμό του ποσοστού μείωσης στο συνολικό ποσό της κύριας σύνταξης, και β) θεσπίστηκε ειδική εισφορά συνταξιούχων επικουρικής ασφάλισης από την 1η Σεπτεμβρίου 2011, 4) ο ν.



πραγματοποιήθηκαν από τον Έλληνα νομοθέτη στις συντάξεις, σταδιακά, από το 2010 έως και το 2012. Με την αγωγή τους αυτή, λοιπόν, οι ενάγοντες υποστήριξαν μεταξύ άλλων ότι το σύνολο των ανωτέρω περικοπών των συντάξεων, προσβάλλει το δικαίωμά τους στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια, καθώς και το δικαίωμα πρόσβασης στις παροχές κοινωνικής ασφάλισης και στις κοινωνικές υπηρεσίες, όπως αυτά κατοχυρώνονται στα άρθρα 1, 25 και 34 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αποτελεί υπερβολικό και δυσανάλογο περιορισμό που παραβιάζει τη δίκαιη ισορροπία μεταξύ των απαιτήσεων του γενικού συμφέροντος και της προστασίας των ως άνω θεμελιωδών δικαιωμάτων τους.

Στις ανωτέρω αιτιάσεις των εναγόντων το Γενικό Δικαστήριο απάντησε στηριζόμενο στο σκεπτικό που ανέπτυξε το ΔΕΕ στην υπόθεση *Ledra Advertising*. Αφού αναγνώρισε ότι το Συμβούλιο κατά την έκδοση των αποφάσεων αυτών διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια, την οποία δεν υπερέβη στις ως άνω περιπτώσεις, στη συνέχεια επεσήμανε ότι τα δικαιώματα προσβάσεως στις παροχές κοινωνικής ασφάλισης και τις κοινωνικές υπηρεσίες, τα οποία επικαλούνται οι ενάγοντες, δεν συνιστούν απόλυτα προνόμια. Πράγματι, η άσκησή τους μπορεί να περιοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 52, παράγραφος 1, του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, εφόσον τούτο δικαιολογείται από σκοπούς γενικού συμφέροντος που επιδιώκει η Ένωση και εφόσον οι περιορισμοί αυτοί είναι αναγκαίοι και ανταποκρίνονται πραγματικά στους ως άνω σκοπούς<sup>30</sup>. Περαιτέρω δε, δέχθηκε ότι τα παραπάνω μέτρα μείωσης των συντάξεων ανταποκρίνονται εν προκειμένω σε σκοπούς γενικού συμφέροντος και δη, στη διασφάλιση της δημοσιονομικής εξυγίανσης, στη μείωση των δημόσιων δαπανών και στη στήριξη του συνταξιοδοτικού συστήματος του Ελληνικού κράτους. Κατά συνέπεια, τα μέτρα αυτά ανταποκρίνονται συνάμα και σε σκοπούς γενικού συμφέροντος που επιδιώκει η Ένωση, ήτοι στη διασφάλιση της δημοσιονομικής πειθαρχίας των κρατών μελών που έχουν ως νόμισμα το ευρώ και στη διασφάλιση της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας της ζώνης του ευρώ. Με πρώτο και τελευταίο γνώμονα λοιπόν την εξυπηρέτηση σκοπών δημοσίου συμφέροντος και την ύπαρξη άμεσου κινδύνου για τη φερεγγυότητα του Ελληνικού κράτους το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι οι ένδικες περικοπές δεν μπορούν να θεωρηθούν αδικαιολόγητοι περιορισμοί των δικαιωμάτων που επικαλούνται οι ενάγοντες και δεν συνιστούν, υπό το πρίσμα του επιδιωκόμενου σκοπού, υπέρμετρη και απαράδεκτη παρέμβαση που θίγει την ίδια την ουσία των κατοχυρωμένων δικαιωμάτων τους<sup>31</sup>. Σε απόλυτη αναλογία με την υπόθεση *Ledra Advertising*,

---

4024/2011 με τον οποίο οι κύριες συντάξεις μειώθηκαν περαιτέρω, από 1ης Ιανουαρίου 2011, κατά 20 έως 40 % με κριτήριο την ηλικία του συνταξιούχου σε συνδυασμό με το ποσό της κύριας σύνταξης ενώ όλες οι επικουρικές συντάξεις μειώθηκαν κατά 30 %, 5) ο ν. 4051/2012 με τον οποίο οι κύριες συντάξεις των συνταξιούχων του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ που υπερβαίνουν τα 1 300 ευρώ μειώθηκαν από 1ης Ιανουαρίου 2012 κατά 12 %, και επικουρικές συντάξεις του ΕΤΕΑΜ μειώθηκαν από 1ης Ιανουαρίου 2012 κατά ποσοστό έως 20 % και με υπολογισμό του ποσοστού μείωσης στο συνολικό ποσό της επικουρικής σύνταξης. και τέλος 6) ο ν. 4093/2012 με τον οποίο καταργήθηκαν, από 1ης Ιανουαρίου 2013, όλα τα εναπομείναντα επιδόματα, ήτοι τα επιδόματα εορτών Χριστουγέννων, εορτών Πάσχα και αδείας.

<sup>30</sup> Βλ. σκέψη 88 απόφασης

<sup>31</sup> Βλ. σκέψεις 89 - 90 απόφασης

λοιπόν, ο έλεγχος αναλογικότητας του Δικαστηρίου περιορίστηκε στη διαπίστωση της ύπαρξης σκοπού δημοσίου συμφέροντος και του πραγματικού γεγονότος της οξείας δημοσιονομικής κρίσης, ο οποίος, για μια ακόμη φορά, στάθηκε αρκετός για να δικαιολογήσει τους περιορισμούς των δικαιωμάτων των εναγομένων.

Η επιχειρούμενη στη συνέχεια, ωστόσο, συγκριτική μελέτη των παραπάνω αποφάσεων με την λοιπή νομολογία του ΔΕΕ στο πεδίο του Χάρτη και του δικαίου των θεμελιωδών δικαιωμάτων, αναδεικνύει αντικρουόμενα στοιχεία για την ένταση του ουσιαστικού δικαστικού ελέγχου σε περιπτώσεις προσβολής θεμελιωδών δικαιωμάτων αλλά και για την εξοικείωση του Δικαστηρίου με τον εις βάθος έλεγχο αναλογικότητας. Παρά το γεγονός ότι το ΔΕΕ δεν σκοπούσε ποτέ να αποτελέσει ένα Δικαστήριο «ανθρωπίνων δικαιωμάτων», μετά την εισαγωγή της συνθήκης της Λισσαβόνας και την ανακήρυξη του Χάρτη ως κείμενο υπέρτερης νομικής ισχύος στο επίπεδο των ιδρυτικών συνθηκών, ο αυξανόμενος όγκος υποθέσεων θεμελιωδών δικαιωμάτων, ώθησε το ΔΕΕ να αναπτύξει τη δική του δικαστική «κουλτούρα θεμελιωδών δικαιωμάτων». Πράγματι, σε πολλές πρόσφατες υποθέσεις άλλοτε στο πεδίο της μεταναστευτικής πολιτικής και του ασύλου<sup>32</sup>, άλλοτε στο πεδίο της απαγόρευσης των διακρίσεων<sup>33</sup>, άλλοτε στο πεδίο των οικονομικών δικαιωμάτων<sup>34</sup> και σε πλήθος άλλων περιπτώσεων, παρατηρούνται μακροσκελείς αποφάσεις, με εξαντλητικές και εις βάθος βασάνους αναλογικότητας. Πρόσφατες υποθέσεις ενώπιον του Δικαστηρίου, όπως η υπόθεση *Schecke*<sup>35</sup> και η υπόθεση *Digital Rights Ireland Ltd.*<sup>36</sup>, είναι υποδειγματικές ως προς τον τρόπο με τον οποίο το ΔΕΕ χρησιμοποιεί στο έπακρο «το εργαλείο» της αναλογικότητας ώστε να εξακριβώσει εάν οι αμφισβητούμενοι περιορισμοί των δικαιωμάτων μπορούν να δικαιολογηθούν υπό το φως του α. 52 ΧΘΔΕΕ. Στις περιπτώσεις αυτές το Δικαστήριο, στο πλαίσιο του ελέγχου αναλογικότητας, «αναζητεί» από το νομοθέτη της Ένωσης να «αποδείξει» ότι έχει εκτιμήσει και σταθμίσει εκ των προτέρων όλες τις πιθανές εναλλακτικές λύσεις, ώστε να προκύπτει ότι πράγματι το προκριθέν μέτρο αποτελεί τον, κατά το δυνατόν, λιγότερο επαχθή περιορισμό του δικαιώματος και ότι πράγματι έχει επιτευχθεί μια δίκαιη ισορροπία μεταξύ του δικαιώματος και του σκοπού δημοσίου συμφέροντος<sup>37</sup>. Ο εξαντλητικός αυτός έλεγχος αναλογικότητας δεν είναι, συνεπώς, ξένος ούτε προς το ίδιο το ΔΕΕ, ούτε, φυσικά, γενικότερα προς την ηπειρωτική ευρωπαϊκή συνταγματική τάξη και τα Δικαστήρια των Κρατών Μελών. Είναι η ίδια

---

<sup>32</sup> Βλ. ενδεικτικά: C-411/10 και C-493/10, *N.S.*, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 21ης Δεκεμβρίου 2011

<sup>33</sup> Βλ. ενδεικτικά: C-157/15, *Samira Achbita*, Απόφαση του Δικαστηρίου judgment της 14ης Μαρτίου 2017 και C-188/15, *Asma Bougnaoui* Απόφαση του Δικαστηρίου judgment της 14ης Μαρτίου 2017

<sup>34</sup> C-201/15 ΑΓΕΤ Ηρακλής κατά Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 21ης Δεκεμβρίου 2016

<sup>35</sup> [C-92/09](#), *Volker und Markus Schecke GbR* κατά Land Hessen, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 9ης Νοεμβρίου 2010

<sup>36</sup> C- 293/12, *Digital Rights Ireland Ltd* κατά Minister for Communications, Marine and Natural Resources κ.λπ. και *Kärntner Landesregierung* κ.λπ., Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 8ης Απριλίου 2014

<sup>37</sup> Βλ. σκέψεις 38 – 72 απόφασης *Digital Rights Ireland Ltd*

δικανική συλλογιστική που οδήγησε το ΣτΕ, στην πρόσφατη νομολογία του<sup>38</sup>, να κρίνει ότι η έλλειψη αναλογιστικών μελετών εκ μέρους του Κράτους, από τις οποίες να προκύπτει ότι οι επίδικες περικοπές αποτελούν το, συγκριτικά, προσφορότερο και λιγότερο επαχθές μέτρο, καθιστά αντισυνταγματικές τις σωρευτικές περικοπές μισθών και συντάξεων που επιβλήθηκαν σε συγκεκριμένες ομάδες πολιτών. Παρά ταύτα στις ανωτέρω «υποθέσεις της κρίσης» ο ουσιαστικός έλεγχος του ΔΕΕ περιορίστηκε μόνο στη διαπίστωση της ύπαρξης σκοπού δημοσίου συμφέροντος (δημοσιονομική σωτηρία των Κρατών Μελών) και στη συνδρομή έκτακτων συνθηκών οικονομικής κρίσης, που στάθηκαν, μόνες, αναγκαίες και ικανές προϋποθέσεις δικαιολόγησης του περιορισμού των δικαιωμάτων των διαδίκων.

Περεταίρω η σύγκριση των ανωτέρω υποθέσεων με μια, ήδη αναφερθείσα, επίσης, πρόσφατη απόφαση, που δημοσιεύθηκε λίγους μήνες μετά την υπόθεση *Ledra Advertising*, είναι ιδιαίτερα σημαντική για την παρούσα συστηματική μελέτη. Στην υπόθεση *ΑΓΕΤ Ηρακλής*<sup>39</sup> το ΣτΕ απέστειλε ένα προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΕ αναφορικά με τη συμβατότητα του ν. 1387/1983 περί ομαδικών απολύσεων με τη σχετική Οδηγία 98/95 και περαιτέρω με τα α. 49 και 63 ΣΛΕΕ και το δικαίωμα στην επιχειρηματική ελευθερία όπως κατοχυρώνεται από το α. 16 του Χάρτη. Στη συγκεκριμένη περίπτωση το ζήτημα που τέθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου, συνίστατο στο ότι η εθνική ρύθμιση θέσπιζε αυστηρότερες, συγκριτικά με την ευρωπαϊκή Οδηγία, προϋποθέσεις για τη διενέργεια ομαδικών απολύσεων και ως εκ τούτου περιόριζε τα οικονομικά δικαιώματα και δη το δικαίωμα στην ελευθερία εγκαταστάσεως και στην επιχειρηματική ελευθερία της ΑΓΕΤ Ηρακλής, που ήταν η εργοδότη στην προκειμένη περίπτωση. Στην εν λόγω υπόθεση παρά το γεγονός ότι ο ίδιος ο ενωσιακός νομοθέτης με τη Οδηγία 98/59 είχε ρητά επιφυλαχθεί υπέρ της διακριτικής ευχέρειας των Κρατών Μελών να εισάγουν πιο προστατευτικές (για τους εργαζόμενους) ρυθμίσεις<sup>40</sup> το Δικαστήριο έκρινε ότι η επίμαχη εθνική ρύθμιση εισάγει πράγματι περιορισμό καθώς είναι ικανή «να καταστήσει εξαρχής λιγότερο ελκυστική την πρόσβαση στην ελληνική αγορά και, εν συνεχεία, να περιορίσει σημαντικά ή και να εξαλείψει τη δυνατότητα των επιχειρήσεων άλλων κρατών μελών που έχουν τελικά εγκατασταθεί σε μια νέα αγορά να ρυθμίσουν τη δραστηριότητά τους, αποδεσμεύοντας, στο πλαίσιο αυτό, τους εργαζομένους τους οποίους έχουν προηγουμένως προσλάβει». Με βάση τα ανωτέρω το ΔΕΕ εφάρμοσε έναν εξαντλητικό έλεγχο αναλογικότητας<sup>41</sup> κατά τον οποίο έκρινε ότι οι παράγοντες τους οποίους λαμβάνει υπόψη του ο αρμόδιος υπουργός πριν την έγκριση των ομαδικών απολύσεων, διατυπώνονται με ανεπίτρεπτη γενικότητα, η οποία δύναται να καταστήσει υπέρμετρο των περιορισμό των οικονομικών δικαιωμάτων της εργοδότης, παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας, όπως κατοχυρώνεται στο

<sup>38</sup> Βλ. ενδεικτικά: 2626 – 2635/2018 αποφάσεις ΣΤ' Τμήματος Συμβουλίου της Επικρατείας.

<sup>39</sup> C-201/15 ΑΓΕΤ Ηρακλής κατά Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, Απόφαση του Δικαστηρίου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 21ης Δεκεμβρίου 2016

<sup>40</sup> Άρθρο 5 Οδηγίας 98/59/ΕΚ του Συμβουλίου, της 20ής Ιουλίου 1998, για προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών που αφορούν τις ομαδικές απολύσεις

<sup>41</sup> Το κεφάλαιο αυτό της απόφασης καταλαμβάνει σχεδόν 30 σκέψεις.

άρθρο 52, παράγραφος 1 του Χάρτη και συνακόλουθα και το άρθρο 16 αυτού. Ακόμα ποιο αξιοσημείωτο δε, είναι το γεγονός ότι στο πλαίσιο αυτό το ΔΕΕ, απαντώντας σε σχετικό ερώτημα του ΣτΕ, έκρινε αδιάσπαστα ότι το προβλεπόμενο από την εν λόγω εθνική ρύθμιση κριτήριο του «συμφέροντος της εθνικής οικονομίας» καθώς και το γεγονός ότι σε ένα κράτος μέλος επικρατούν συνθήκες οξείας οικονομικής κρίσης και ιδιαίτερα υψηλός δείκτης ανεργίας, δεν αρκούν, από μόνα τους, για να καταστήσουν συμβατή με τις διατάξεις των α. 49 και 65 ΣΛΕΕ και των α. 16 και 52 ΧΘΔΕΕ την κρίσιμη εθνική ρύθμιση και να δικαιολογήσουν τον επίδικο περιορισμό.

Η συγκεκριμένη προδικαστική παραπομπή, συνεπώς, έχει ιδιαίτερη σημασία στην επιχειρούμενη συστηματική μελέτη της νομολογίας του ΔΕΕ, όχι μόνον διότι αφορά οικονομικά δικαιώματα όπως και στις ανωτέρω υποθέσεις αλλά και για δύο επιπλέον λόγους: Πρώτον, το Δικαστήριο, παρά το γεγονός ότι αναγνώρισε πως η επίδικη εθνική ρύθμιση κείται, με βάση την ίδια την Οδηγία, στο πεδίο της διακριτικής ευχέρειας των Κρατών Μελών, εντούτοις εφάρμοσε έναν εξαντλητικό έλεγχο αναλογικότητας και δεύτερον, το ίδιο το ΔΕΕ αναγνώρισε με τον πλέον κατηγορηματικό και ευθύ τρόπο ότι ο σκοπός του «συμφέροντος της εθνικής οικονομίας» καθώς και οι επικρατούσες συνθήκες οξείας οικονομικής κρίσης δεν αρκούν για να δικαιολογήσουν, υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, τον περιορισμό ενός δικαιώματος.

Η διαφοροποίηση στο βάθος του δικαστικού ελέγχου στις υποθέσεις *Ledra Advertising* και *Λειμονιά Σωτηροπούλου κ.λπ.* από τη μία και *ΑΓΕΤ Ηρακλής* από την άλλη είναι προφανής. Στην πρώτη περίπτωση η αντιμετώπιση της οικονομικής κρίσης και η δημοσιονομική σωτηρία του κράτους κρίθηκαν ικανά ώστε να δικαιολογήσουν τους περιορισμούς των δικαιωμάτων των εναγόντων, ενώ στη δεύτερη περίπτωση όλα τα επιμέρους στάδια της αρχής της αναλογικότητας τοποθετήθηκαν στο κέντρο του δικαστικού ελέγχου και εξετάστηκαν εις βάθος.

## 5. Επίλογος

Κατά τη διάρκεια των ετών της οικονομικής κρίσης που αντιμετώπισε η Ευρωζώνη, η νομολογία του ΔΕΕ εξελίχθηκε σημαντικά και ο ΧΘΔΕΕ προστέθηκε ως κεντρικός παράγοντας στην εξίσωση του δικαστικού ελέγχου. Με την απόφαση του στην υπόθεση *Ledra Advertising* το Δικαστήριο αναγνώρισε την καθολική εφαρμογή του Χάρτη όσον αφορά τους θεσμούς της ΕΕ, ακόμα και όταν αυτοί δρουν εκτός του πλαισίου ενωσιακής έννομης τάξης. Η επιμονή ωστόσο το Δικαστηρίου στη θέση ότι οι διενεργούμενες από τους Ευρωπαϊκούς θεσμούς πράξεις στο πλαίσιο του ΕΣΜ, δεσμεύουν μόνο τον ΕΣΜ, αναπόφευκτα αφήνει σημαντικά κενά αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Ο Κανονισμός 472/2013 σκοπεί να καλύψει ακριβώς αυτά τα εναπομείναντα κενά, προβλέποντας έναν μηχανισμό μετατροπής των μέτρων που περιέχονται στα Μνημόνια Συνεννόησης, σε ενωσιακό Δίκαιο. Ωστόσο, πρέπει να τονιστεί ότι οι επιφυλάξεις ως προς την αποτελεσματικότητα της δικαστικής προστασίας δε σταματούν εκεί, καθότι αφενός μεν οι κατ' εξουσιοδότηση εκδιδόμενες Αποφάσεις του Συμβουλίου στη βάση του

Κανονισμού 472/2013 εκδίδονται *post factum*, δηλαδή αφού τα μέτρα δημοσιονομικής προσαρμογής έχουν ήδη συμφωνηθεί μεταξύ της Τρόικα και των Κρατών Μελών, αφετέρου δε, η πρόσβαση στη δικαιοσύνη σε ενωσιακό επίπεδο έχει καταστεί αρκετά δαιδαλώδης ώστε να εγείρονται ακόμα ζητήματα αποτελεσματικότητας της δικαστικής προστασίας<sup>42</sup>.

Περεταίρω και όσον αφορά την κατ' ουσία νομολογιακή στάση του ΔΕΕ, στις ανωτέρω αναλυθείσες «υποθέσεις της κρίσης» το βάθος του δικαστικού ελέγχου δεν συνάδει με αυτό που παρατηρείται στη λοιπή νομολογία του ΔΕΕ στο πεδίο του δικαίου θεμελιωδών δικαιωμάτων, ώστε δίνεται η αίσθηση του δικαστικού ελέγχου «δύο ταχυτήτων». Η ανωτέρω προσέγγιση δεν αποτελεί ίδιον του ΔΕΕ, αλλά παρατηρήθηκε στη νομολογία τόσο των εθνικών Δικαστηρίων<sup>43</sup>, όσο και του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου<sup>44</sup> ιδίως κατά πρώτα χρόνια της κρίσης. Παρά ταύτα και παρά το γεγονός ότι το ΔΕΕ δεν αποτελεί ένα δικαστήριο θεμελιωδών δικαιωμάτων όπως αυτό του Στρασβούργου, είναι εξοπλισμένο με όλα τα νομικά εφόδια για να διαδραματίσει έναν ηγετικό ρόλο στο πεδίο των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ευρώπη. Η υψηλή νομική αρτιότητα του κειμένου του ΧΘΔΕΕ από τη μια και η αρχή υπεροχής του δικαίου της ΕΕ αποτελούν μοναδικά χαρακτηριστικά που μπορούν να γίνουν το εφαλτήριο για την περεταίρω νομολογιακή εξέλιξη του ΔΔΕ στο πεδίο των θεμελιωδών και κοινωνικών δικαιωμάτων.

---

<sup>42</sup> Sarantis-Michail Niotis, “The Birth of the EMF. Integrating the ESM into the EU Legal Order: ‘Constitutional’ Challenges” MCEL Master Working Paper 2018/12, Maastricht, November 2018

<sup>43</sup> Βλ. ενδεικτικά: Απόφαση 668/2012 Ολομ. Συμβουλίου του Επικρατείας

<sup>44</sup> Βλ. ενδεικτικά: Κουφάκη και ΑΔΕΔΥ κατά Ελλάδας απόφαση της 7<sup>ης</sup> Μάιου 2013 και Da Conceicao Mateus κατά Πορτογαλίας απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 2013

## ΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΣΤΑ ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΓΓΡΑΦΑ ΚΑΙ GDPR: ΟΙ ΓΕΝΙΚΟΛΟΓΕΣ ΠΡΟΒΛΕΨΕΙΣ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 86 ΚΑΙ ΤΑ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΑ ΠΟΥ ΓΕΝΝΑ

Μαρία Γερογιάννη, Υπεύθυνη Προστασίας Δεδομένων του Δήμου Χαλκιδέων, Δικηγόρος (Δικηγορικός Σύλλογος Χαλκίδας), ΜΠΣ του Τομέα Ιστορίας και Θεωρίας του Δικαίου, Νομικής Σχολής Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών

### 1. Οι προβλέψεις του Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων σχετικά με την πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα

Η σχέση του δικαιώματος πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα και του δικαιώματος προστασίας των προσωπικών δεδομένων ρυθμίζεται από ένα και μόνο άρθρο του Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων (General Data Protection Regulation-GDPR): το άρθρο 86<sup>1</sup>, το οποίο ουσιαστικά εισαγάγει μία «ισοτιμία» μεταξύ των προβλέψεων του Κανονισμού και των εκάστοτε εθνικών ή ενωσιακών νομοθετικών προβλέψεων για το θέμα, προβλέποντας ότι θα πρέπει να «συμβιβάζονται». Συγκεκριμένα αναφέρει: «Τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα σε επίσημα έγγραφα που κατέχει δημόσια αρχή ή δημόσιος ή ιδιωτικός φορέας για την εκπλήρωση καθήκοντος που εκτελείται προς το δημόσιο συμφέρον μπορούν να κοινοποιούνται από την εν λόγω αρχή ή φορέα σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης ή του κράτους μέλους στο οποίο υπόκειται η δημόσια αρχή ή ο φορέας, προκειμένου να συμβιβάζεται η πρόσβαση του κοινού σε επίσημα έγγραφα με το δικαίωμα στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα βάσει του παρόντος κανονισμού.» Η γενικόλογη αυτή διατύπωση δημιουργεί «καινά δαιμόνια» στη Δημόσια Διοίκηση, καθώς πλέον οποιαδήποτε επεξεργασία εγγράφων που περιέχουν προσωπικά δεδομένα πολιτών, θα πρέπει να περνά από το «φίλτρο» των διατάξεων του GDPR.

Οι κανονισμοί είναι παράγωγο ευρωπαϊκό δίκαιο και έχουν γενική ισχύ, είναι δηλαδή δεσμευτικοί ως προς όλα τα μέρη τους και ισχύουν άμεσα σε κάθε κράτος μέλος, από την ημερομηνία εφαρμογής των (για τον GDPR από την 25<sup>η</sup> Μαΐου 2018).<sup>2</sup> Η γενικότητα και η αμεσότητα της ισχύος των κανονισμών αποτελούν τα βασικά τους χαρακτηριστικά, ενώ αποδέκτες είναι όλα τα κράτη μέλη, αλλά και οι πολίτες των κρατών μελών.<sup>3</sup> Από τις 25 Μαΐου του περασμένου χρόνου λοιπόν και άνευ άλλης νομικής προϋπόθεσης ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων είναι άμεσα εφαρμοστέος σε όλο το εύρος του δημόσιου και ιδιωτικού τομέα της ελληνικής επικράτειας, χωρίς να απαιτείται να καταργηθούν οι προϊσχύσαντες σχετικοί νόμοι ή οδηγίες. Όλα όσα επομένως προβλέπονται στα 99 άρθρα του, ισχύουν ως έχουν και σε ότι αφορά το αντικείμενο της παρούσας μελέτης, σύμφωνα με το άρθρο 86, θα πρέπει η διοίκηση να βρει –ή μάλλον καλύτερα να έχει ήδη βρει- τη «χρυσή τομή»

<sup>1</sup> Κανονισμός (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου.

<sup>2</sup> Βλ. άρθρο 189 παρ.2 Συνθ. ΕΚ.

<sup>3</sup> Δημητρόπουλος Ανδρέας, Γενική Συνταγματική Θεωρία, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, σελ. 378.

μεταξύ του δικαιώματος πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα και της τήρησης των αρχών προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, όπως αυτές διατυπώνονται στο εν λόγω νομοθετικό κείμενο. Πρέπει δηλαδή, συνεχίζοντας να εξυπηρετεί το δικαίωμα πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα, παράλληλα να είναι ιδιαίτερα προσεκτική ώστε να μην παραβιαστούν τα προσωπικά δεδομένα πολιτών, καθώς κάτι τέτοιο, υπό το νέο νομικό καθεστώς, επισείει σοβαρές κυρώσεις. Πρέπει να επισημανθεί ότι οι «δρακόντειες» κυρώσεις που προβλέπονται από τον ΓΚΠΔ στις περιπτώσεις παραβίασης των προσωπικών δεδομένων έχουν ήδη εντείνει την ήδη επιφυλακτική στάση που κατά παράδοση υιοθετούσε η διοίκηση απέναντι στα αιτήματα πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα, αλλά αυτό δεν είναι το ζητούμενο ούτε από τον κανονισμό, ούτε βέβαια από τις ισχύουσες συνταγματικές και νομοθετικές προβλέψεις του ελληνικού δικαίου, που ρητά αναγνωρίζουν το δικαίωμα των πολιτών να πληροφορούνται τα της διοίκησης, στο πλαίσιο της προαγωγής της διαφάνειας, η οποία είναι απαραίτητη προϋπόθεση για την ομαλή λειτουργία της δημοκρατίας. Και εάν η επιφυλακτικότητα στο μέτρο που δεν θίγει τον πυρήνα της ικανοποίησης του δικαιώματος πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα μπορεί να είναι, υπό προϋποθέσεις, ανεκτή, η στείρα και καθολική άρνηση, ακόμη και εάν θεωρητικά θα «προστάτευε» τη διοίκηση από τον κίνδυνο των κυρώσεων, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι επιτρεπτή, καθώς και ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων, παρά τον αυστηρό του χαρακτήρα, σαφώς αναγνωρίζει ότι η προστασία των προσωπικών δεδομένων δεν είναι «απόλυτο» δικαίωμα και θα πρέπει να υφίσταται σε περιορισμούς, ειδικά όταν πρόκειται να εξυπηρετηθεί το δημόσιο συμφέρον ή άλλα σημαντικά έννομα αγαθά<sup>4</sup>.

## **2. Η διαφορά του άρθρου 86 με τα λοιπά άρθρα του κεφαλαίου IX: «Διατάξεις που αφορούν ειδικές περιπτώσεις επεξεργασίας»**

Το άρθρο 86 είναι το δεύτερο άρθρο του Κεφαλαίου IX: «Διατάξεις που αφορούν ειδικές περιπτώσεις επεξεργασίας». Τα υπόλοιπα άρθρα είναι: το άρθρο 85: «Επεξεργασία και ελευθερία έκφρασης και πληροφόρησης», άρθρο 87: Επεξεργασία του εθνικού αριθμού ταυτότητας», το άρθρο 88: «Επεξεργασία στο πλαίσιο της απασχόλησης», το άρθρο 89: «Διασφαλίσεις και παρεκκλίσεις σχετικά με την επεξεργασία για σκοπούς αρχειοθέτησης προς το δημόσιο συμφέρον ή σκοπούς επιστημονικής ή ιστορικής έρευνας ή στατιστικούς σκοπούς», το άρθρο 90: «Υποχρεώσεις τήρησης απορρήτου», το άρθρο 91: «Υφιστάμενοι κανόνες προστασίας των δεδομένων εκκλησιών και θρησκευτικών ενώσεων». Είναι αξιοσημείωτο το γεγονός ότι σε όλα τα άλλα άρθρα πλην του άρθρου 86 γίνεται αναφορά σε «νόμους» ή «διατάξεις» που ρυθμίζουν ή θα ρυθμίζουν τις εν λόγω ειδικές επεξεργασίες. Π.χ.: στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 85 αναφέρεται ότι «Τα κράτη μέλη δια νόμου συμβιβάζουν το δικαίωμα στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα... με το δικαίωμα στην ελευθερία της έκφρασης και πληροφόρησης» και μάλιστα στην παράγραφο 3 προβλέπεται ότι κάθε κράτος μέλος κοινοποιεί στην Επιτροπή τις σχετικές διατάξεις, όπως και κάθε τροποποιητικό νόμο ή

---

<sup>4</sup> Αιτιολογική έκθεση του ΓΚΠΔ: Σχετικά σημεία αιτιολογικής έκθεσης (154): «Ο παρών κανονισμός επιτρέπει να λαμβάνεται υπόψη η αρχή της πρόσβασης του κοινού στα επίσημα έγγραφα κατά την εφαρμογή του παρόντος κανονισμού. Η πρόσβαση του κοινού σε επίσημα έγγραφα μπορεί να θεωρηθεί ως δημόσιο συμφέρον. Τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα σε έγγραφα που τηρούνται από δημόσια αρχή ή δημόσιο φορέα θα πρέπει να μπορούν να κοινολογούνται δημοσίως από την εν λόγω αρχή ή τον φορέα εάν η κοινολόγηση προβλέπεται από το δίκαιο της Ένωσης ή το δίκαιο του κράτους μέλους στο οποίο υπάγεται η δημόσια αρχή ή ο δημόσιος φορέας...»

τροποποίησή τους, προφανώς για να υπάρχει κάποιου είδους έλεγχος των επί μέρους νομοθετικών προβλέψεων των κρατών μελών ως προς τη συμβατότητά τους με τον GDPR. Ομοίως και στο άρθρο 89 προβλέπεται ότι: «τα κράτη μέλη μπορούν να καθορίζουν περαιτέρω τις ειδικές προϋποθέσεις για την επεξεργασία του εθνικού αριθμού ταυτότητας», στο άρθρο 88, παρ. 1 ότι: «Τα κράτη μέλη, μέσω της νομοθεσίας ή μέσω των συλλογικών συμβάσεων μπορούν να θεσπίζουν ειδικούς κανόνες προκειμένου να διασφαλίζουν την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα των εργαζομένων...» και μάλιστα στην παράγραφο 2 διευκρινίζεται ότι: «Οι εν λόγω κανόνες μπορούν να περιλαμβάνουν κατάλληλα και ειδικά μέτρα...» και επίσης προβλέπεται κοινοποίησή τους στην Επιτροπή (άρθρο 88, παρ. 3), ενώ λόγος για «τεχνικά και οργανωτικά μέτρα» προκειμένου να εξασφαλίζονται οι «κατάλληλες εγγυήσεις» όταν η επεξεργασία αφορά σε σκοπούς αρχειοθέτησης, επιστημονικής ή ιστορικής έρευνας, ή για στατιστικούς σκοπούς γίνεται και στο άρθρο 89, παρ. 1. Επίσης στο άρθρο 90 για τις υποχρεώσεις τήρησης απορρήτου αναφέρεται ότι: «Τα κράτη μέλη μπορούν να θεσπίζουν ειδικούς κανόνες για τον καθορισμό των εξουσιών των ελεγκτικών αρχών...», τους οποίους επίσης «κοινοποιεί στην Επιτροπή», ενώ και στο άρθρο 91 γίνεται αναφορά σε «ολοκληρωμένους κανόνες η οποίοι αφορούν στην προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας». Με την συγκριτική μελέτη λοιπόν όλων των άρθρων του συγκεκριμένου κεφαλαίου γίνεται εμφανής η απουσία στο άρθρο 86 -και μόνον σε αυτό- οποιασδήποτε αναφοράς σε «κανόνες», «νόμους» ή «οργανωτικά και τεχνικά μέτρα», που θα ρύθμιζαν περαιτέρω και ειδικότερα την συγκεκριμένη επεξεργασία. Αυτό σημαίνει ότι ο Κανονισμός δεν προβλέπει καμία περαιτέρω ειδικότερη ρύθμιση εκ μέρους κάθε κράτους μέλους του νομικού πλαισίου που διέπει την πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα και προβάλλει ως μόνη απαίτηση: «να συμβιβάζεται η πρόσβαση του κοινού σε επίσημα έγγραφα με το δικαίωμα στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού».

Επιπροσθέτως, μπορούμε να διακρίνουμε ότι, με εξαίρεση το άρθρο 86, στα υπόλοιπα άρθρα γίνεται λόγος:

α) για «δια νόμου» συμβιβασμό των δικαιωμάτων (άρθρο 85)

β) για περαιτέρω καθορισμό των «ειδικών προϋποθέσεων» που θα ισχύσουν (άρθρο 86)

γ) για «μέσω της νομοθεσίας ή μέσω των συλλογικών συμβάσεων» θέσπιση ειδικών κανόνων (άρθρο 88), διευκρινίζοντας μάλιστα ότι: «Οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν κατάλληλα και ειδικά μέτρα για τη διαφύλαξη της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, των εννόμων συμφερόντων και των θεμελιωδών δικαιωμάτων του προσώπου».

δ) για «κατάλληλες εγγυήσεις, ως προς τα δικαιώματα και τις ελευθερίες του υποκειμένου» (άρθρο 89), επίσης διευκρινίζοντας ότι «οι εν λόγω εγγυήσεις διασφαλίζουν ότι έχουν θεσπιστεί τα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα».

ε) για «ειδικούς κανόνες για τον καθορισμό των εξουσιών των ελεγκτικών αρχών» (άρθρο 90).

στ') και τέλος, γίνεται αναφορά ακόμη και σε κανόνες οι οποίοι εφ' όσον ισχύουν κατά την έναρξη ισχύος του Κανονισμού, μπορούν να συνεχίσουν να εφαρμόζονται, αρκεί να «εναρμονιστούν» με τις διατάξεις του Κανονισμού.

Όπως παρατηρούμε σε όλα τα άρθρα γίνεται αναφορά σε κάποιου είδους νομοθετική ρύθμιση ή μέτρα που μπορούν να ληφθούν, εκτός από το άρθρο 86. Βέβαια, στην



αιτιολογική έκθεση<sup>5</sup> αναφέρεται ότι το υφιστάμενο νομικό πλαίσιο (ενωσιακό και εθνικό) θα πρέπει να «συμφιλιώνει» τα δύο δικαιώματα, αλλά στο άρθρο αυτό καθ' αυτό, δεν αναφέρεται κάτι τέτοιο και μάλιστα ούτε καν προβλέπεται απαίτηση για τουλάχιστον εναρμόνιση των υφιστάμενων κανόνων με τις διατάξεις του Κανονισμού, όπως γίνεται στο άρθρο 91. Δεν απαντάται λοιπόν το ερώτημα, τι γίνεται εάν διαπιστωθεί ότι οι προγενέστεροι του GDPR κανόνες δεν επαρκούν για να εξασφαλιστεί αυτή η «συμφιλίωση» των δύο δικαιωμάτων και δημιουργείται η εύλογη απορία για το πώς θα ικανοποιηθεί η απαίτηση του εν λόγω άρθρου.

### **3. Η αναζήτηση του ορθού τρόπου εφαρμογής του άρθρου 86 εκ μέρους της διοίκησης.**

Η έλλειψη πρόβλεψης περαιτέρω νομοθετικών ρυθμίσεων ή μέτρων μπορεί να σημαίνει ότι ο Νομοθέτης θεωρεί ότι η εφαρμογή των διατάξεων του Κανονισμού μπορεί να επιτευχθεί με τις ήδη υπάρχουσες θεσμοθετημένες διαδικασίες της Δημόσιας Διοίκησης του εκάστοτε κράτους μέλους. Πρέπει λοιπόν να ανατρέξουμε στην δομή και τις βασικές λειτουργίες της Δημόσιας Διοίκησης, βασικότερη εκ των οποίων είναι βέβαια η αρχή της νομιμότητας, η οποία υπονοεί ότι η εκτελεστική εξουσία διέπεται από το δίκαιο και το κράτος υπόκειται και αυτό στους νόμους...»<sup>6</sup>. Ακρογωνιαίος λίθος της νομιμότητας είναι η έννοια της αρμοδιότητας, η οποία είναι η δημόσια εξουσία που απονέμεται κατά την αρχή της νομιμότητας σε ένα όργανο, το οποίο ασκώντας αυτή την εξουσία εκφράζει και συγχρόνως δεσμεύει το κράτος, με την γενικότερη έννοια<sup>7</sup>. Σε ότι αφορά στην πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα, ο βασικός προβληματισμός είναι σε ποιες περιπτώσεις μπορεί να θεωρείται «δέσμια αρμοδιότητα» ή εάν υπάρχει περιθώριο «διακριτικής ευχέρειας» εκ μέρους της διοίκησης και εάν η σωστή στάθμιση αυτών, έχει τελικά ως αποτέλεσμα την ορθή εφαρμογή του Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων.

Μία δεύτερη, επικουρική, προσέγγιση είναι το ότι μπορεί ο Νομοθέτης να θεωρεί ότι όταν η διοίκηση εφαρμόζει στο σύνολό του τον Κανονισμό και ειδικά τις διατάξεις εκείνες που προβλέπουν συγκεκριμένες αρχές κατά την επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων καθώς και εκείνες που προβλέπουν μέτρα προστασίας ιδιαίτερα για τα δεδομένα ειδικών κατηγοριών, τότε θα επιτυγχάνει την «συμφιλίωση» της προστασίας των δεδομένων με το δικαίωμα πρόσβασης. Ωστόσο και αυτή η προσέγγιση δεν αποφεύγει την «στάθμιση», στην οποία πρέπει να προσφεύγει η διοίκηση κάθε φορά που θα πρέπει είτε να κοινοποιήσει είτε να επιτρέψει την πρόσβαση σε δημόσια έγγραφα. Και πάντα κάθε τέτοια στάθμιση ενέχει κινδύνους αστοχίας.

Ωστόσο, η προσέγγιση αυτή δημιουργεί τις προϋποθέσεις να ληφθούν μέτρα που θα μπορούσαν να μειώσουν τους κινδύνους παραβίασης (ακούσιας) της προστασίας των προσωπικών δεδομένων, γιατί, παρόλο που το άρθρο 86 δεν προβλέπει περαιτέρω

---

<sup>5</sup> Αιτιολογική έκθεση, σημείο 154: «Τα δίκαια αυτά (σ.σ. το δίκαιο της Ένωσης ή το δίκαιο του κράτους μέλους στο οποίο υπάγεται η δημόσια αρχή ή ο δημόσιος φορέας) θα πρέπει να συμφιλιώνουν την πρόσβαση του κοινού σε επίσημα έγγραφα και την περαιτέρω χρήση πληροφοριών του δημόσιου τομέα με το δικαίωμα προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και μπορούν, συνεπώς, να προβλέπουν την αναγκαία συμφιλίωση με το δικαίωμα προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του παρόντος κανονισμού. Η αναφορά σε δημόσιες αρχές και φορείς θα πρέπει εν προκειμένω να περιλαμβάνει όλες τις αρχές ή άλλους φορείς που καλύπτονται από το δίκαιο κράτους μέλους σχετικά με την πρόσβαση του κοινού σε έγγραφα».

<sup>6</sup> Γέροντας Απ., Λύτρας Σ., Παυλόπουλος Π., Σιούτη Γλ., Φλογαϊτης Σ.: «Διοικητικό Δίκαιο», επιμέλεια: Κ. Γιαννακόπουλος, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 2004. Σελ. 17.

<sup>7</sup> Οπ.π. σελ. 33.

μέτρα και ρυθμίσεις, δεν τις αποκλείει κιόλας. Ως εκ τούτου, προβάλλει απολύτως λογικό, η διοίκηση, σε κεντρικό επίπεδο, να προσπαθήσει να ρυθμίσει με ενιαίο τρόπο την πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα, όχι απαραίτητα με νομοθετικές προβλέψεις, αλλά με άλλα μέσα, όπως επί παραδείγματι την εκπόνηση μελετών και γνωμοδοτήσεων για τον τρόπο εφαρμογής του ΓΚΠΔ, οι οποίες θα μπορούσαν να λειτουργούν επικουρικά κατά την εφαρμογή του άρθρου 86.

Βασική προϋπόθεση όμως της επιτυχίας οποιασδήποτε προσπάθειας σύννομης λειτουργίας της διοίκησης, και στο πεδίο του άρθρου 86, προϋποθέτει την άμεση εξοικείωση των δημοσίων υπαλλήλων με το σύνολο των προβλέψεων του Κανονισμού, διαδικασία που, κατά γενική ομολογία, έχει υστερήσει δραματικά και όχι μόνον στην ελληνική δημόσια διοίκηση. Παρόλο που από το 2011 είχε προβλεφθεί η σταδιακή μετάβαση της δημόσιας διοίκησης σε καθεστώς αυξημένης προστασίας των προσωπικών δεδομένων, όχι μόνο με τη λήψη «όλων των αναγκαίων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων», αλλά και με την «περιοδική κατάρτιση και ευαισθητοποίηση των υπαλλήλων και λειτουργών» των δημοσίων φορέων<sup>8</sup>, ελάχιστα πράγματα έχουν γίνει. Και η ολιγωρία διατηρήθηκε και μετά την υιοθέτηση του GDPR το 2016, παρόλο που προέβλεπε σαφώς αυστηρή προθεσμία δύο ετών για την πλήρη εναρμόνιση των υπευθύνων επεξεργασίας με τις προβλέψεις του, για να μην αναφερθούμε στις τραγελαφικές καταστάσεις που εκτυλίσσονται ακόμη και σήμερα, με ιθύνοντες δημοσίων φορέων να διατείνονται ότι δεν χρειάζεται να κάνουν τίποτε μέχρι να ψηφιστεί ο ελληνικός εφαρμοστικός νόμος, συγχέοντας προφανώς την λειτουργία του Κανονισμού με αυτόν της Οδηγίας. Ωστόσο, ο Κανονισμός έχει τεθεί ήδη σε ισχύ και μάλιστα έχουν καταγραφεί ήδη αρκετά –μερικές δεκάδες– περιστατικά παραβίασης, ενώ έχουν επιβληθεί και τα πρώτα πρόστιμα<sup>9</sup>. Δυστυχώς, αρκετούς μήνες μετά την έναρξη ισχύος του Κανονισμού, η ελληνική δημόσια διοίκηση απέχει αρκετά από την πλήρη συμμόρφωση με το νέο νομοθετικό πλαίσιο, ενώ την κατάρτιση των δημοσίων υπαλλήλων έχουν αναλάβει είτε ιδιωτικές εταιρείες, επιβαρύνοντας δημοσιονομικά το ελληνικό κράτος, είτε οι Υπεύθυνοι Προστασίας Δεδομένων, όπου αυτοί υπάρχουν, γιατί και σε αυτή τη βασική υποχρέωση των δημοσίων φορέων έχει παρατηρηθεί μεγάλη καθυστέρηση, αφού ελάχιστα υπουργεία ή άλλοι φορείς του δημοσίου (όπως οι Ο.Τ.Α. και οι Περιφέρειες) έχουν ορίσει Υπεύθυνους Προστασίας Δεδομένων, για να μην αναφερθούμε στο λυπηρό γεγονός να καλύπτεται τυπικά η θέση με εσωτερική μετακίνηση κάποιου υπαλλήλου, που όμως στις περισσότερες των περιπτώσεων δεν έχει την απαραίτητη νομική και τεχνική κατάρτιση για να εκπαιδεύσει το υπαλληλικό προσωπικό.

#### 4. Η «πηγή» του δικαιώματος πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα

Το δικαίωμα πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα εδράζεται κατά βάση στην αρχή της διαφάνειας. Η αρχή της διαφάνειας είχε συνδεθεί με την πρόσβαση στην πληροφορία από τις αρχές της δεκαετίας του 90', όταν με αποφάσεις τους το Συμβούλιο και η Επιτροπή αναγνώρισαν στους πολίτες ένα γενικό δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφά τους, ενώ το 2001 θεσπίζεται και ο Κανονισμός για την δημόσια πρόσβαση στα έγγραφα των κοινοτικών αυτών οργάνων (Κανονισμός 1049/2001 της 30.5.2001 του Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου). Το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα συμπεριλήφθηκε και στην Συνθήκη της Λισσαβόνας, στο άρθρο 15 της ενοποιημένης

<sup>8</sup> Βλ. ν. 3979/2011 για την Ηλεκτρονική Διακυβέρνηση, άρθρο 36 παρ.1 και παρ. 2.

<sup>9</sup> Βλ. σχετική ανακοίνωση της Αρχής Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα, στην ιστοσελίδα της: [www.dpa.gr](http://www.dpa.gr).

εκδοχής της Συνθήκης. Το «δικαίωμα στη διαφάνεια», το οποίο εξειδικεύεται με την μορφή του δικαιώματος πρόσβασης σε έγγραφα, νοείται ως παθητική διάσταση του δικαιώματος συμμετοχής στην παραγωγή κανόνων δικαίου, καθώς συνιστά παθητικού χαρακτήρα προστάδιο, χωρίς το οποίο όμως η Κοινωνία των Πολιτών δεν θα μπορούσε να συμμετάσχει στην παραγωγή κανόνων δικαίου στο επίπεδο της εκτελεστικής λειτουργίας της Κοινότητας.<sup>10</sup>

Στην ελληνική έννομη τάξη, το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα είναι συνταγματικά κατοχυρωμένο<sup>11</sup>, ως έκφραση της διαφανούς δράσης της διοίκησης.

Η νομοθετική του θεμελίωση έγινε για πρώτη φορά με το άρθρο 16 του ν.1599/1986, ενώ συγκεκριμένη πρόβλεψη για την πρόσβαση σε έγγραφα του Δημοσίου, τόσο τα διοικητικά όσο και τα ιδιωτικά, που κατέχονται από δημόσιες υπηρεσίες περιέχεται και στο άρθρο 5 παρ. 2 του ΚΔΔ<sup>12</sup>, ενώ ειδική αναφορά γίνεται και στο άρθρο 5 του ν. 2690/1999 (ΔΔδιαδ). Θα πρέπει επίσης να αναφέρουμε ότι πρόσβαση σε δημόσια έγγραφα δικαιούται να παραγγείλει και ο Εισαγγελέας, όταν το ζητήσουν νομικά ή φυσικά πρόσωπα που έχουν δικαίωμα ή έννομο συμφέρον.<sup>13</sup>

Σε ότι αφορά στον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων, εκτός από το ότι σαφώς αναγνωρίζεται ως δικαίωμα στο άρθρο 86, βοηθητικά μπορούμε να προστρέξουμε και στην σχετική αναφορά της αιτιολογικής έκθεσης, όπου επισημαίνεται ότι η πρόσβαση του κοινού στα δημόσια έγγραφα «μπορεί να θεωρηθεί ως δημόσιο συμφέρον».<sup>14</sup>

## **5. Η «πηγή» του δικαιώματος προστασίας των προσωπικών δεδομένων**

Η προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και το απαραβίαστο της ιδιωτικής και προσωπικής ζωής είναι η βάση της προστασίας των προσωπικών δεδομένων. Σύμφωνα με την ΕΣΔΑ, η επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα συνιστά επέμβαση στο δικαίωμα του δικαιούχου στην ιδιωτική ζωή, το οποίο προστατεύεται<sup>15</sup>, ενώ και στο Σύνταγμα ορίζεται πως ο καθένας έχει δικαίωμα προστασίας από τη συλλογή, επεξεργασία και χρήση, ιδίως με ηλεκτρονικά μέσα, των προσωπικών του δεδομένων.

Σε νομοθετικό επίπεδο, οι βασικές ρυθμίσεις προβλέπονται στον ν. 2472/1997, για την «Προστασία του ατόμου από την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, όπου αναγνωρίστηκε η ανάγκη να ρυθμιστεί άμεσα το συγκεκριμένο θέμα καθώς η αλματώδης ανάπτυξη της τεχνολογίας δημιουργούσε ασύμμετρους κινδύνους για τα προσωπικά δεδομένα των πολιτών, κίνδυνοι που αυξήθηκαν με γεωμετρική πρόοδο τα επόμενα χρόνια, σε σημείο που να καταστεί επιτακτική η ανάγκη να ρυθμιστεί συνολικά σε όλο το εύρος της Ε.Ε. και να οδηγηθούμε έτσι το 2016 στον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων.

## **6. Η προστασία των προσωπικών δεδομένων στο προϋπάρχον νομικό πλαίσιο για την πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα.**

<sup>10</sup> Ψύγκας Αθανάσιος-Ευστράτιος, «Η συμμετοχή της κοινωνίας των πολιτών στην παραγωγή κανόνων δικαίου στη διοίκηση», Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2009, σελ. 39.

<sup>11</sup> Σύνταγμα, άρθρα 5<sup>Α</sup> και 10 παρ. 3.

<sup>12</sup> Βλ. άρθρο 5 του Ν.2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις».

<sup>13</sup> Βλ. άρθρο 25 παρ. 1 εδ. β' του ν.1756/1988.

<sup>14</sup> Σχετικό σημείο αιτιολογικής έκθεσης: 154.

<sup>15</sup> Βλ: άρθρο 8 ΕΣΔΑ.

Η προστασία των προσωπικών δεδομένων κάθε άλλο παρά καινούργια παράμετρος είναι σε ότι αφορά στις ρυθμίσεις που διέπουν την πρόσβαση του κοινού στα δημόσια έγγραφα. Καταρχήν, πρόκειται για συνταγματική πρόβλεψη. Η ελευθερία του πληροφωρείσθαι περιορίζεται με συνταγματικώς θεμιτό κατ' αρχήν τρόπο, κυρίως από την προστασία της αποτελεσματικής διερευνήσεως εγκλημάτων ή διοικητικών παραβάσεων. Χαρακτηριστικός είναι ο νόμος 1599/1986 που θεσπίζει το δικαίωμα γνώσεως των διοικητικών εγγράφων, στο άρθρο 16 παρ.3 του οποίου προβλέπονται δύο ευρείες κατηγορίες περιορισμών. Κατά τη διάταξη αυτή: «οι υπηρεσίες του δημόσιου τομέα μπορούν να αρνηθούν την ικανοποίηση του δικαιώματος.. στις περιπτώσεις α) που παραβιάζεται το απόρρητο των συζητήσεων του υπουργικού συμβουλίου.... το ιατρικό, εμπορικό, τραπεζικό ή βιομηχανικό απόρρητο και κάθε άλλο απόρρητο που προβλέπεται από ειδικές διατάξεις ή που β) μπορεί να δυσχεραίνει την έρευνα δικαστικών, αστυνομικών, στρατιωτικών ή διοικητικών αρχών σχετικά με την τέλεση εγκλήματος ή διοικητικής παράβασης». Με τις ευρύτατες αυτές εξαιρέσεις, (στις οποίες μπορούν να προστεθούν και άλλες) το δικαίωμα γνώσεως των διοικητικών εγγράφων εξαρτάται ουσιαστικά από την διακριτική ευχέρεια των αρμοδίων εκάστοτε αρχών. Οι αρχές υποχρεούνται μόνο να αιτιολογούν και γνωστοποιούν εγγράφως στον ενδιαφερόμενο εντός μηνός από την υποβολή της αιτήσεως την άρνηση γνωστοποιήσεως του διοικητικού εγγράφου. Παρ' όλα αυτά ο νόμος κατέστησε σαφές ότι δεν επιτρέπεται η αυθαίρετη ή στηριγμένη σε επιτόλαιους λόγους απόρριψη της αιτήσεως.<sup>16</sup>

Στον ν.1599/1986, προβλέπεται σαφής εξαίρεση στο δικαίωμα των πολιτών να λαμβάνουν γνώση των διοικητικών εγγράφων για τα έγγραφα εκείνα που αναφέρονται στην ιδιωτική ή οικογενειακή ζωή τρίτων. Στο πλαίσιο του ΚΔΔ δεν είναι βέβαια σαφές ποια έγγραφα αναφέρονται στην οικογενειακή και ιδιωτική ζωή και δεν πρέπει να χορηγούνται.<sup>17</sup>

## 7. Η διεύρυνση του πεδίου προστασίας μέσω του Κανονισμού

Είδαμε λοιπόν ότι η έννοια της προστασίας των προσωπικών δεδομένων έχει από δεκαετίες μπει στο ελληνικό διοικητικό δίκαιο σε ότι αφορά στην πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα. Ωστόσο, η προστασία αυτή, όπου προβλέπεται ρητά, είναι πολύ πιο περιορισμένη από την προστασία που προβλέπεται από τον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων. Κατ' αρχήν, σύμφωνα με τον ορισμό που δίνει ο Κανονισμός, «προσωπικά δεδομένα» είναι κάθε πληροφορία που αναφέρεται σε ταυτοποιημένο ή ταυτοποιήσιμο φυσικό πρόσωπο και δεν περιορίζει τα δεδομένα που αφορούν στην ιδιωτική ή οικογενειακή ζωή. Αυτό σημαίνει ότι από την ημέρα ισχύος του κανονισμού, τα προσωπικά δεδομένα που προστατεύονται είναι πολύ περισσότερα από τα αναφερόμενα στην υφιστάμενη νομοθεσία.

Επιπροσθέτως, σε όλα τα στάδια επεξεργασίας των προσωπικών δεδομένων θα πρέπει να τηρούνται οι αρχές προστασίας που προβλέπονται στα άρθρα 5 και 9 (για τις ειδικές κατηγορίες προσωπικών δεδομένων), γεγονός που σημαίνει ότι ακόμη και εάν εθνική νομοθετική ρύθμιση επιτρέπει την πρόσβαση σε δημόσια έγγραφα, η διοίκηση δεν θα πρέπει να προβαίνει σε μηχανιστική και άνευ αξιολόγησης

<sup>16</sup> Δαγτόγλου Π.Δ., Ατομικά Δικαιώματα, Τόμος Α', Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2005, σελ. 536 επ.

<sup>17</sup> Ανδρικάκη Κυριακή, «Το δικαίωμα πρόσβασης στα Έγγραφα. Οριοθέτηση δικαιώματος». Πρακτικά Ημερίδας που οργάνωσε ο «Συνήγορος του Πολίτη»: «Πρόσβαση στα έγγραφα και διαφάνεια της διοικητικής δράσης», Επιμέλεια Κ. Σπανού, Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 2010. σελ. 26.

κοινοποίησης των δημοσίων εγγράφων, χωρίς να εξετάζει το είδος των προσωπικών δεδομένων που εμπεριέχονται σε αυτά και το επίπεδο προστασίας που απαιτείται για το καθένα από αυτά. Δηλαδή, θα πρέπει, όπως επιτάσσει το άρθρο 86 να σταθμίζει με ποιο τρόπο πληρείται η επιταγή της διαφάνειας, χωρίς να θιγούν τα προσωπικά δεδομένα του υποκειμένου σε τέτοια έκταση που να προσβάλλεται ο πυρήνας του δικαιώματος.

## **8. Ο όρος «επεξεργασία προσωπικών δεδομένων» και οι αρχές που την διέπουν σύμφωνα με τον GDPR**

Σύμφωνα με τον GDPR «επεξεργασία» προσωπικών δεδομένων θεωρείται κάθε πράξη όπως η συλλογή, καταχώρηση, οργάνωση, αποθήκευση, κοινολόγηση ή διάδοση των ως άνω δεδομένων.<sup>18</sup> Ως εκ τούτου, η ενέργεια της διοίκησης να επιτρέπει πρόσβαση τρίτου σε έγγραφο που περιέχει προσωπικά δεδομένα εμπίπτει σαφώς στην έννοια της επεξεργασίας κατά τον GDPR. Για να είναι νόμιμη η επεξεργασία πρέπει να προβλέπεται από νόμο, να επιδιώκει νόμιμο σκοπό, να σέβεται τον πυρήνα του δικαιώματος, να είναι απαραίτητη και αναλογική σε μία δημοκρατική κοινωνία. Ως επιδίωξη νόμιμου σκοπού θεωρείται είτε η προστασία δημοσίου συμφέροντος είτε η προστασία δικαιωμάτων και ελευθεριών τρίτων.<sup>19</sup> Σε κάθε επεξεργασία θα πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές προστασίας, όπως αυτές προβλέπονται στα άρθρα 5 και 9 (για τις ειδικές κατηγορίες προσωπικών δεδομένων).

## **9. Η προστασία των προσωπικών δεδομένων στη διαδικασία παραχώρησης πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα. Διακριτική ευχέρεια ή δέσμια αρμοδιότητα υπαλλήλων?**

Ο GDPR είναι Κανονισμός άμεσα εφαρμοστέος σε όλα τα κράτη μέλη. Ως εκ τούτου από τις 25 του περασμένου Μάιου η δημόσια διοίκηση πρέπει να δρα σύννομα προς αυτόν, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας που εξετάσαμε νωρίτερα.

Η συμμόρφωση της διοίκησης στην αρχή της νομιμότητας μπορεί να λάβει δύο μορφές: είτε με τη δέσμια αρμοδιότητα, είτε με την διακριτική ευχέρεια<sup>20</sup>. Στο πλαίσιο της πρώτης, απαιτείται πλήρης συμφωνία της διοικητικής ρύθμισης προς τους κανόνες που την προβλέπουν, ενώ στο πλαίσιο της δεύτερης, αρκεί η διοικητική ρύθμιση να βρίσκεται σε αρμονία με τον κανόνα δικαίου.

Μία άλλη διάκριση που θα πρέπει γίνει είναι αυτή μεταξύ των διοικητικών και των ιδιωτικών εγγράφων. Δικαίωμα πρόσβασης των διοικητικών εγγράφων, αυτών δηλαδή που έχουν συνταχθεί από τις δημόσιες υπηρεσίες, έχει κάθε ενδιαφερόμενος ύστερα από γραπτή αίτησή του. Ο όρος ενδιαφερόμενος δεν σημαίνει ο «καθένας», αλλά μάλλον αυτόν που έχει κάποιο εύλογο ενδιαφέρον.<sup>21</sup> Όσον αφορά όμως στα ιδιωτικά έγγραφα που φυλάσσονται στη διοίκηση ο κανόνας είναι διαφορετικός, γιατί η πρόσβαση είναι δυνατή μόνον σε όποιον έχει ειδικό έννομο συμφέρον, το οποίο μάλιστα πρέπει να σχετίζεται με τα αιτούμενα έγγραφα. Το άρθρο 5 του ΚΔΔ προβλέπει περιορισμούς απόλυτους και σχετικούς: Στους πρώτους συγκαταλέγονται

<sup>18</sup> Βλ. άρθρο 4 παρ. 1, GDPR.

<sup>19</sup> Βλ.: Handbook on European Data Protection Law, 2018 edition, σελ. 29.

<sup>20</sup> Βλ.: σχετική μελέτη στην ιστοσελίδα της καθηγήτριας της Νομικής Σχολής του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης Ευγενείας Πρεβεδοπούρου: [www.prevedourou.gr](http://www.prevedourou.gr)

<sup>21</sup> Γέροντας Απ, Λύτρας Σ., Παυλόπουλος Π., Σιούτη Γλ., Φλογαΐτης Σ.: «Διοικητικό Δίκαιο», επιμέλεια: Κ. Γιαννακόπουλος. Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 2004. Σελ. 255.

οι περιορισμοί που αφορούν στην προστασία της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής τρίτων προσώπων και του απορρήτου που προβλέπεται από ειδικές διατάξεις. Σε αυτές τις περιπτώσεις μιλάμε για δέσμια αρμοδιότητα της διοίκησης να απορρίψει το εν λόγω αίτημα. Ωστόσο, διακριτική ευχέρεια προβλέπεται για άλλες κατηγορίες εγγράφων, όπως οι συζητήσεις του υπουργικού συμβουλίου και άλλες κατηγορίες που όμως μάλλον παρουσιάζουν και περιορισμένο ενδιαφέρον ως προς την προστασία των προσωπικών δεδομένων.

Ωστόσο, η πρόβλεψη για τον απόλυτο περιορισμό στην πρόσβαση εγγράφων που αφορούν στην οικογενειακή και ιδιωτική ζωή δεν είναι απολύτως ασφαλής, καθώς το εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις για να θεωρηθεί ότι ένα έγγραφο εμπίπτει σε αυτή την κατηγορία δεν είναι πάντα σαφείς. Επίσης, σοβαρό θέμα προκύπτει με τα δεδομένα εκείνα που είτε δεν άπτονται αμιγώς της ιδιωτικής ή οικογενειακής ζωής, οπότε να εμπίπτουν στους απόλυτους περιορισμούς, αλλά πρόκειται για απλά προσωπικά δεδομένα, που όμως και αυτά χαίρουν της προστασίας των ρυθμίσεων του GDPR, γεγονός που σημαίνει ότι, εάν η αποκάλυψη προσωπικών δεδομένων δεν είναι εντελώς απαραίτητη για την ικανοποίηση του αιτήματος για διαφάνεια ή την ικανοποίηση εννόμων συμφερόντων, τότε αυτά θα πρέπει να αποκρύπτονται και να λαμβάνονται μέτρα για την προστασία τους, όπως η απόσπασή τους ή απόκρυψη τους από το έγγραφο, η ανωνυμοποίηση του εγγράφου κ.ο.κ. Γεννάται το ερώτημα εάν η λήψη μέτρων για την προστασία των προσωπικών δεδομένων μπορεί θεωρηθεί ότι έγκειται στην διακριτική ευχέρεια του δημοσίου λειτουργού. Λαμβάνοντας υπόψη τον ορισμό της δέσμιας αρμοδιότητας και δεδομένων των δρακόντειων κυρώσεων που προβλέπονται στον GDPR σε περίπτωση παραβίασης -και μη σύννομη κοινοποίηση σε τρίτο συνιστά παραβίαση- η πλάστιγγα τείνει να γύρει προς την δέσμια αρμοδιότητα, ότι δηλαδή η διοίκηση πριν επιτρέψει την πρόσβαση σε δημόσιο έγγραφο θα πρέπει να λαμβάνει όλα τα κατάλληλα μέτρα ώστε να επιτευχθεί το μέγιστο της προστασίας των δεδομένων που περιλαμβάνονται σε αυτό.

Ο κανόνας της μερικής πρόσβασης σε έγγραφα διαπλάστηκε νομολογιακά από το Πρωτοδικείο και το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.<sup>22</sup>

Στη διακριτική ευχέρεια ίσως μπορεί να συμπεριληφθεί η επιλογή του ενδεδειγμένου μέτρου, σε περίπτωση που η προστασία επιτυγχάνεται με περισσότερους από έναν τρόπους (π.χ.: πλήρης ανωνυμοποίηση, κωδικοποίηση, απόκρυψη των επίμαχων στοιχείων που θα μπορούσαν να προσβάλουν τον πυρήνα του δικαιώματος κ.ο.κ.)

## **10. Δημοσιοποίηση δημοσίων εγγράφων στις πλατφόρμες πληροφόρησης και προστασίας των προσωπικών δεδομένων που εμπεριέχονται σε αυτά**

Με το νόμο 3861/2010 «Διαύγεια», θεσπίστηκε η υποχρέωση να δημοσιεύονται οι αποφάσεις που εκδίδουν τα όργανα και οι πράξεις της διοίκησης. Η ανάρτηση όλων αυτών των πράξεων στο πρόγραμμα «Διαύγεια» επιτρέπει την πρόσβαση των πολιτών σε ένα ευρύ φάσμα δημοσίων εγγράφων. Η ανάρτηση αυτή σαφώς αποτελεί «επεξεργασία», όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 4 παρ. 2 και υπόκειται στις ρυθμίσεις του Κανονισμού. Ωστόσο, και στον ίδιο νόμο για την «Διαύγεια», αναγνωρίζεται ταυτόχρονα η ανάγκη προστασίας των προσωπικών δεδομένων, καθώς στο άρθρο 5

<sup>22</sup> Σωτηρόπουλος Βασίλης, «Περαιτέρω χρήση πληροφοριών του Δημοσίου Τομέα», Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη. Σελ. 141: «Η τομή που έρχεται με τις αποφάσεις στην υπόθεση *H. Hautala*, συνίσταται στο ότι η αρχή της διαφάνειας σε συνδυασμό με την αρχή της αναλογικότητας επιβάλουν την χορήγηση τμημάτων των εγγράφων επί των οποίων μπορεί να επιτραπεί η πρόσβαση, ύστερα από απόφαση των δεδομένων που καλύπτονται από το απόρρητο».

απαγορεύεται η ανάρτηση των τέως «ευαίσθητων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα» και πλέον «ειδικών κατηγοριών δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα». Παρόμοια λειτουργία επιτελεί και το Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), το οποίο συστάθηκε με το άρθρο 11 του ν. 4013/2011 και έχει ως σκοπό τη συλλογή, επεξεργασία και δημοσιοποίηση των στοιχείων που αφορούν στις δημόσιες συμβάσεις... μεταξύ των φορέων του δημόσιου φορέα και τρίτων, με αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών σε όλα τα στάδια ανάθεσης και εκτέλεσής τους, ανεξαρτήτως διαδικασίας ανάθεσης.

Η καταχώρηση και ανάρτηση όλων αυτών των πράξεων συνιστά επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, αλλά στο πλαίσιο του ελέγχου της διοίκησης της αρχής της διαφάνειας όσον αφορά στην διαχείριση δημοσίων κονδυλίων, θα πρέπει να ενημερώνονται οι πολίτες για τη διοχέτευση των κονδυλίων που κάποιες φορές σχετίζονται με ειδικές κατηγορίες δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Στην περίπτωση αυτή λοιπόν συνιστάται το μέτρο της ανωνυμοποίησης των εν λόγω προσδιοριστικών της ταυτότητας του υποκειμένου των στοιχείων και έτσι εξασφαλίζεται και ο έλεγχος της διοίκησης, αλλά και η προστασία του υποκειμένου των προσωπικών δεδομένων, από την δημοσιοποίηση ειδικής κατηγορίας προσωπικών δεδομένων, τα οποία προστατεύονται απολύτως<sup>23</sup>.

Στην περίπτωση που στη διοικητική πράξη περιέχονται απλά δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα, η διοίκηση ως υπεύθυνος επεξεργασίας θα πρέπει να εξετάσει αν τα δεδομένα αυτά είναι συναφή ή όχι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της διαφάνειας της κρατικής δράσης και σε περίπτωση που κριθούν συναφή αν είναι πρόσφορα για την εξυπηρέτηση του επιδιωκόμενου σκοπού<sup>24</sup>.

## 11. Ο ρόλος του Υπεύθυνου Προστασίας Δεδομένων

Ο Κανονισμός εισαγάγει έναν νέο Θεσμό, τον Υπεύθυνο Προστασίας Δεδομένων, που μάλιστα στους φορείς του Δημοσίου είναι υποχρεωτικός. Εκ πρώτης, μπορεί να θεωρηθεί ότι ο Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων είναι η «απάντηση» στο πρόβλημα της εφαρμογής των διατάξεων του Κανονισμού σε ότι αφορά στην πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα, καθώς ο ρόλος του είναι να «συμβουλευεί» τον υπεύθυνο επεξεργασίας<sup>25</sup>.

Χωρίς, σε καμία περίπτωση, να θέλουμε να υποτιμήσουμε τη συμβολή του Υπεύθυνου Προστασίας Δεδομένων και να υποβαθμίσουμε τον εξαιρετικά σημαντικό ρόλο του, ωστόσο είναι εμφανές ότι η παραπάνω εκτίμηση είναι όχι απλώς αισιόδοξη αλλά μάλλον ουτοπική και ίσως και επικίνδυνη. Καταρχήν, όταν μιλάμε για Υπεύθυνο Προστασίας Δεδομένων μιλάμε για ένα φυσικό πρόσωπο, που προφανώς έχει συγκεκριμένες ικανότητες και περιορισμένες δυνατότητες. Δεδομένου του τεράστιου όγκου των προσωπικών δεδομένων που διαχειρίζεται ένας ακόμη και μικρού μεγέθους Δημόσιος φορέας, του αριθμού των αιτημάτων για πρόσβαση σε δημόσια έγγραφα αλλά και την συνεχή ανάρτηση δημοσίων εγγράφων στις πλατφόρμες πληροφόρησης, είναι αυταπόδεικτο ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί

<sup>23</sup> Γνωμοδότηση προς το Δήμο Μαρκοπούλου, των Δανελιάν Αθανασίου-Γεωργίου και Κροκίδα Γεωργίου, 27-12-2018, με θέμα: «Αξιολόγηση της υποχρέωσης των υπηρεσιών Ο.Τ.Α. ανάρτησης διοικητικών πράξεων, αποφάσεων συλλογικών οργάνων, δημοσίων συμβάσεων, μισθωτηρίων, εντολών πληρωμών και δημοσίων εγγράφων γενικότερα στους διαδικτυακούς τόπους «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», «ΚΗΒΔΗΣ» και στον ιστότοπο του Δήμου σε σχέση με το GDPR».

<sup>24</sup> Βλ.: Υπ' αριθ. 198/2011 Γνωμοδότηση του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, Τμήμα Στ'.

<sup>25</sup> Βλ. άρθρο 39 παρ. 1 και 2, Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων.

αυτός μόνος να εξασφαλίσει την πλήρη συμμόρφωση, αφού δεν είναι αδύνατον να τον συμβουλευόμαστε οι υπάλληλοι για κάθε ενέργεια που άπτεται της πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα ή της κοινοποίησής τους. Η συμβουλευτική λειτουργία του Υπεύθυνου Προστασίας Δεδομένων έγκειται στην εν γένει σύννομη λειτουργία του εκάστοτε δημόσιου φορέα με τον Κανονισμό, στην κατάρτιση της στρατηγικής και πολιτικών προστασίας των προσωπικών δεδομένων και όχι στον προληπτικό έλεγχο των ενεργειών της διοίκησης ή στην ad hoc γνωμοδότηση ή παροχή συμβουλών οποτεδήποτε ανακύπτει θέμα πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα ή κοινοποίησής τους. Εκτός από το πρακτικά αδύνατον του πράγματος, ενδεχόμενη τέτοια λειτουργία του Υπεύθυνου Προστασίας Δεδομένων γεννά και κινδύνους σε ότι αφορά στην ασφάλεια δικαίου, καθώς η «συμβουλή» από ένα φυσικό πρόσωπο εμπεριέχει το στοιχείο της υποκειμενικότητας και το αποτέλεσμα θα ήταν συγκεκριμένες λειτουργίες της διοίκησης να εφαρμόζονται διαφορετικά σε φορείς του δημοσίου με το ίδιο νομικό καθεστώς, πράγμα που σημαίνει ότι δεν θα απολάμβαναν οι πολίτες το ίδιο επίπεδο προστασίας.

## **12. Η πραγματικότητα της διοικητικής πράξης και η ανάγκη κεντρικής ρύθμισης των κανόνων πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα**

Παρόλο που είναι σαφές ότι ο GDPR δεν προβάλλει καμία απαίτηση για περαιτέρω ρύθμιση του νομοθετικού πλαισίου πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα, αυτό προβάλλει ως αναντίρρητη ανάγκη, προκειμένου να προστατευθεί η ασφάλεια δικαίου. Σε κεντρικό διοικητικό επίπεδο να υπάρξουν μελέτες για τα σοβαρότερα και συνηθέστερα προβλήματα που αντιμετωπίζει η Διοίκηση ώστε να δοθούν βασικές κατευθυντήριες γραμμές στις Υπηρεσίες για το πώς θα πρέπει να αντιμετωπίζονται πλέον τα αιτήματα πρόσβασης στα δημόσια έγγραφα. Το ίδιο πρόβλημα βεβαίως προκύπτει και σε ότι αφορά στην ανάρτηση δημοσίων εγγράφων στο «Διαύγεια» (ή σε παρόμοιες εφαρμογές) διαδικασία που επίσης θα πρέπει να περνά από το αυστηρό «φίλτρο» του GDPR. Η ad hoc αποφάσεις δημιουργούν σοβαρό κίνδυνο για την ασφάλεια δικαίου, καθώς ο χειρισμός παρόμοιων περιπτώσεων μπορεί να διαφέρει από φορέα σε φορέα (δημοσίου), ακόμη και εάν είναι όμοιοι νομικού καθεστώτος (π.χ. Ο.Τ.Α., ΚΕΠ κ.ο.κ.).

## **13. Επίλογος**

Είναι φανερό ότι παρόλο που ο GDPR κοντεύει να συμπληρώσει τον πρώτο χρόνο της «ζωής» του, ο δρόμος μέχρι την πλήρη ενσωμάτωσή του στην καθημερινότητα της διοικητικής λειτουργίας του Δημοσίου είναι μακρύς. Επείγει η εκπαίδευση των δημοσίων υπαλλήλων και η εξοικείωση τους με τις διατάξεις του Κανονισμού, διαδικασία που θα πάρει χρόνο και θα απαιτήσει πόρους. Εξίσου σημαντικό όμως είναι και το να σταματήσει να «εθελotuφλεί» η κεντρική διοίκηση, αντιμετωπίζοντας το θέμα της εφαρμογής του GDPR ως ένα «αναγκαίο κακό» που θα διαχειριστούν οι υπάλληλοι, χωρίς περαιτέρω βοήθεια και αρωγή. Αν και το κείμενο αυτό καθ' εαυτό του Κανονισμού είναι γραμμένο σε απλή γλώσσα, οι γενικόλογες προβλέψεις του δημιουργούν παρά λύνουν τα προβλήματα που έτσι κι αλλιώς έχει ένα τόσο ευαίσθητο θέμα όπως η προστασία των προσωπικών δεδομένων. Η έλλειψη ορισμένων και σαφών κατευθυντήριων γραμμών αφήνει επικίνδυνα μεγάλα περιθώρια για λάθη και αστοχίες στους χειρισμούς της διοίκησης σε ότι αφορά στην πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα στην «μετά τον GDPR εποχή», δημιουργώντας αφενός μεν κινδύνους παραβίασης των προσωπικών δεδομένων και αφετέρου



αφήνοντας εκτεθειμένους τους δημόσιους λειτουργούς στην ανασφάλεια για το εάν επιτελούν την εργασία τους σύμφωνα με το νέο νομοθετικό καθεστώς που εισήγαγε ο GDPR στην ελληνική έννομη τάξη.

# GDPR ΚΑΙ ΤΟΥΡΙΣΜΟΣ, ΑΛΛΗ ΜΙΑ ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ Η ΜΙΑ ΕΥΚΑΙΡΙΑ;

Αναστασία Παύλου, LLM Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος

## 1. εισαγωγή

Τα προσωπικά δεδομένα, συνιστούν ανθρώπινο δικαίωμα αλλά ταυτόχρονα στη σημερινή εποχή θεωρούνται ο νέος χρυσός, γιατί επιτρέπουν στις επιχειρήσεις να ακολουθούν τις πλέον εξελιγμένες τεχνικές marketing ενώ η ανάλυση συμπεριφορών και προτιμήσεων καθοδηγεί και υποδεικνύει τις παγκόσμιες τάσεις στην παραγωγή προϊόντων παγκοσμίως. Η άμεση και έμμεση επέμβαση της τεχνολογίας καθώς και των νέων τρόπων παροχής στοχευμένων και εξατομικευμένων υπηρεσιών στην ιδιωτική ζωή οδήγησαν την Ευρωπαϊκή Ένωση στην υιοθέτηση του νέου Γενικού Κανονισμού Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων (εφεξής «ο Κανονισμός»), γνωστού σε όλους ως GDPR<sup>1</sup>.

Ο Κανονισμός εφαρμόζεται ήδη από τις 25 Μαΐου 2018 και η υιοθέτηση του οδηγεί σε μια νέα εποχή αναφορικά με την προστασία προσωπικών δεδομένων σε ευρωπαϊκό και παγκόσμιο επίπεδο. Από τον Κανονισμό επηρεάζονται όλοι οι κρίσιμοι τομείς της σημερινής οικονομίας. Ο τομέας της υγείας, των ιδιωτικών ασφαλειών και φυσικά του τουρισμού βρίσκονται στον πύρινα του. Η προσπάθεια ρύθμισης και εξισορρόπησης της κατάστασης, οδήγησαν σε επαπειλούμενα πρόστιμα που θέτουν υπό αμφισβήτηση ακόμα και τη βιωσιμότητα των μη συμμορφούμενων επιχειρήσεων και αυξάνεται ο κίνδυνος αντιμετώπισης μεγάλων αγωγικών αξιώσεων.

Πριν αναλύσουμε τα βήματα συμμόρφωσης που πρέπει να ακολουθήσει μια επιχείρηση στον τομέα του τουρισμού και ιδίως μια ξενοδοχειακή επιχείρηση, χρήσιμο είναι να αντιληφθούμε τους λόγους που καθιστούν την συμμόρφωση με τον Κανονισμό, δύσκολο και συγχρόνως αναγκαίο εγχείρημα για τις σχετικές επιχειρήσεις.

Οι λόγοι που κατατάσσουν τις τουριστικές επιχειρήσεις στον πύρινα συμμόρφωσης με τον Κανονισμό είναι πραγματικά πολυδιάστατοι, και αφορούν τόσο σε ποσοτικά ζητήματα «όγκος» προσωπικών δεδομένων που επεξεργάζονται, όσο και σε ποιοτικά ζητήματα των επεξεργασιών που προβαίνουν, ιδίως λόγω της αναγκαιότητας παροχής υπηρεσιών υψηλής ποιότητας και σε μεγάλο βαθμό προσωποποιημένων.

Το ένα λοιπόν ζήτημα είναι ότι οι τουριστικές και ιδίως ξενοδοχειακές επιχειρήσεις επεξεργάζονται προσωπικά δεδομένα σε μεγάλη κλίμακα, καθώς συλλέγουν τόσο ηλεκτρονικά όσο και έγχαρτα πολλά στοιχεία ταυτοποίησης, επικοινωνίας, διαμονής, στοιχεία πιστωτικών – χρεωστικών καρτών τα οποία είναι αναγκαία για την άμεση παροχή των υπηρεσιών τους στα φυσικά πρόσωπα. Η συλλογή σε μεγάλη κλίμακά των ως άνω οικονομικών στοιχείων φυσικών προσώπων, θέτει στο στόχαστρο κυβερνοεπιθέσεων τις τουριστικές επιχειρήσεις, γεγονός που αποδεικνύεται από την συνεχή δημοσίευση σχετικών στοιχείων. Τα έτη 2017 και 2018 έχουν δημοσιευτεί τουλάχιστον 9 επιθέσεις σε πολύ μεγάλες επιχειρήσεις του κλάδου όπου στις περισσότερες εξ αυτών στόχευαν σε δεδομένα πιστωτικών και

---

<sup>1</sup> ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΣ (ΕΕ) 2016/679 ΤΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΙΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ της 27ης Απριλίου 2016 για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ (Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων)

χρεωστικών καρτών, με πιο πρόσφατη την επίθεση στα ξενοδοχεία «*Starwood Hotels & Resorts Worldwide*», στα οποία όπως ανακοινώθηκε εντοπίστηκε μη εξουσιοδοτημένη πρόσβαση από το 2014<sup>2</sup>.

Περαιτέρω, η ανάγκη παροχής εξατομικευμένων και προσωποποιημένων υπηρεσιών υψηλής ποιότητας, οδηγεί τις εν λόγω επιχειρήσεις στην προσπάθεια συλλογής όλο και περισσότερων δεδομένων και την επεξεργασία αυτών με σύγχρονα μέσα ανάλυσης, πρόβλεψης συμπεριφοράς και προτιμήσεων. Αυτού του είδους οι επεξεργασίες απαιτούν επανεκτίμηση ώστε να ελεγχθεί εάν πληρούνται οι αυστηρές προϋποθέσεις του Κανονισμού.

## **2. οι βασικές προκλήσεις των τουριστικών επιχειρήσεων**

Η σημαντικότερη ίσως πρόκληση που αντιμετωπίζουν οι τουριστικές επιχειρήσεις είναι ότι πρέπει να προβούν σε αλλαγή εταιρικής κουλτούρας. Τα απαγορευτικά επαπειλούμενα πρόστιμα, έστρεψαν το βλέμμα των επιχειρήσεων στον Κανονισμό και την προστασία προσωπικών δεδομένων, ωστόσο η πρακτική δείχνει πως οι επιχειρήσεις στην αρχή τουλάχιστον αντιμετωπίζουν τις αλλαγές σαν αναγκαίο κακό και αποζητούν εύκολες τυπικές και όχι ουσιαστικές λύσεις. Αντιθέτως, προκειμένου να επιτευχθεί συμμόρφωση με τον Κανονισμό απαιτείται συνεχής προσπάθεια και αποφάσεις της διοίκησης που μπορεί να οδηγήσουν σε ριζικές τροποποιήσεις όλων των λειτουργικών τμημάτων των σχετικών επιχειρήσεων. Η προσαρμογή για τις τουριστικές επιχειρήσεις, είναι ακόμα δυσκολότερη σε σχέση με άλλους τομείς της οικονομίας, καθώς η συλλογή των περισσότερων δυνατών προσωπικών δεδομένων για τους πελάτες τους ώστε να τους προσφέρουν όσο το δυνατόν περισσότερο εξατομικευμένες υπηρεσίες ήταν έως τώρα η βασική εταιρική κουλτούρα, με την οποία οι βασικές αρχές επεξεργασίας του Κανονισμού απέχουν παρασάγγας. Η αλλαγή κουλτούρας δεν αρκεί να υλοποιηθεί αλλά απαιτείται η τεκμηρίωση αυτής καθώς σύμφωνα με την αρχή της «λογοδοσίας» ο υπεύθυνος επεξεργασίας φέρει την ευθύνη και είναι σε θέση να αποδείξει τη συμμόρφωση με τις απαιτήσεις του Κανονισμού. Οι τουριστικές επιχειρήσεις πρέπει να μπορούν να τεκμηριώνουν ότι εκάστη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων που προβαίνουν είναι σύμφωνη με τις βασικές αρχές του Κανονισμού, ήτοι την αρχή της νομιμότητας, αντικειμενικότητας και διαφάνειας, την αρχή του περιορισμού του σκοπού, την αρχή της ακρίβειας, την αρχή της ελαχιστοποίησης των δεδομένων, την αρχή του περιορισμού του χρόνου αποθήκευσης και την αρχή της ακεραιότητας και εμπιστευτικότητας των προσωπικών δεδομένων.

Μια ακόμα πρόκληση για τις τουριστικές επιχειρήσεις είναι ότι συναναστρέφονται με πελάτες πολλών διαφορετικών εθνικοτήτων. Σύμφωνα με το εδαφικό πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού<sup>3</sup> «ο κανονισμός εφαρμόζεται στην επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στο πλαίσιο των δραστηριοτήτων μιας εγκατάστασης ενός υπευθύνου επεξεργασίας ή εκτελούντος την επεξεργασία στην Ένωση, ανεξάρτητα από το κατά πόσο η επεξεργασία πραγματοποιείται εντός της Ένωσης». Οι τουριστικές επιχειρήσεις που έχουν έδρα εντός Ευρωπαϊκής Ένωσης οφείλουν να εφαρμόζουν αυστηρές αρχές επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων για όλα τα φυσικά πρόσωπα («υποκείμενα των δεδομένων») των οποίων τα δεδομένα επεξεργάζονται. Σε περίπτωση που κάποιο υποκείμενο των δεδομένων επιθυμεί μπορεί να υποβάλει καταγγελία σε εποπτική αρχή, ιδίως στο κράτος μέλος στο οποίο

<sup>2</sup> Η ανακοίνωση της Marriot International είναι διαθέσιμη στο: <http://news.marriott.com/2018/11/marriott-announces-starwood-guest-reservation-database-security-incident/>

<sup>3</sup> Βλ. άρθρο 3 παρ. 1 του Κανονισμού.

έχει τη συνήθη διαμονή του ή τον τόπο εργασίας του ή τον τόπο της εικαζόμενης παράβασης. Με τους υπεύθυνους τουριστικών επιχειρήσεων συχνά να παραπονιούνται για τους ορισμένους πελάτες που συστηματικά προσπαθούν να επωφεληθούν τυχόν αστοχιών για την επίτευξη προνομιακών τιμών ή εκπτώσεων, ελλείψεις προσαρμογής στις απαιτήσεις του Κανονισμού, ενδέχεται να επιφέρουν ανυπολόγιστη έμμεση οικονομική ζημία, υπό της απειλής σχετικής καταγγελίας στις εποπτικές αρχές.

Επίσης, οι περισσότερες τουριστικές επιχειρήσεις διαθέτουν πολλούς τρόπους και μέσα συλλογής προσωπικών δεδομένων όπως για παράδειγμα συλλέγουν προσωπικά δεδομένα ηλεκτρονικά μέσω της ιστοσελίδας τους ή σχετικών εφαρμογών, μέσω συνεργατών τους, μέσω τηλεφωνικής ή ηλεκτρονικής επικοινωνίας του ίδιου του πελάτη, μέσω έγχαρτων φορμών συλλογής των δεδομένων κ.ο.κ. Οι πολλές διαφορετικές ροές προσωπικών δεδομένων μέσα στην επιχείρηση και η ορθή καταγραφή αυτών είναι μια από τις πρώτες και πολύ σημαντικές προκλήσεις που αντιμετωπίζουν οι τουριστικές επιχειρήσεις. Η δημιουργία ενός ακριβούς αρχείου δραστηριοτήτων επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων, αποτελεί τον πρώτο μεγάλο σκόπελο που αντιμετωπίζουν οι τουριστικές επιχειρήσεις, ωστόσο η ορθή καταγραφή του αποτελεί το πιο σπουδαίο επίτευγμα στην διαδικασία συμμόρφωσης<sup>4</sup>. Η ορθή χαρτογράφηση των προσωπικών δεδομένων είναι ο οδηγός της επιχείρησης σε όλη την διαδικασία συμμόρφωσης.

Μια ακόμα πρόκληση συνιστά η διενέργεια εκτίμησης αντικτύπου και η προηγούμενη διαβούλευση με την ΑΠΔΠΧ, εάν αυτή απαιτείται<sup>5</sup>. Όταν ένα είδος επεξεργασίας, ιδίως που αφορά σε χρήση νέων τεχνολογιών ενδέχεται να επιφέρει υψηλό κίνδυνο για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των φυσικών προσώπων, οι επιχειρήσεις οφείλουν να διενεργούν, πριν από την επεξεργασία, εκτίμηση αντικτύπου ώστε να ελέγχουν τις επιπτώσεις των πράξεων επεξεργασίας που επιθυμούν να υιοθετήσουν στην προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Σε περίπτωση δε που τα αποτελέσματα της εκτίμησης υποδεικνύουν ότι ενέχεται υψηλός κίνδυνος για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των υποκειμένων των δεδομένων και δεν υπάρχουν μέτρα μετριασμού του εν λόγω κινδύνου, πρέπει να υποβληθεί η εκτίμηση αντικτύπου στην ΑΠΔΠΧ προς διαβούλευση. Επεξεργασίες που πρέπει να εξετάζεται η αναγκαιότητα διεξαγωγής εκτίμησης αντικτύπου είναι ιδίως η «κατάρτιση προφίλ» πελατών με σύγχρονα τεχνολογικά μέσα, η χρήση συστημάτων γεωεντοπισμού που ενδεχομένως λαμβάνει χώρα μέσω ηλεκτρονικών εφαρμογών και η επεξεργασία ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων σε μεγάλη κλίμακα.

### **3. οι αναγκαίες τροποποιήσεις για την συμμόρφωση με τις απαιτήσεις του Κανονισμού**

Η αλλαγή κουλτούρας, όπως ήδη αναφέρθηκε, είναι αναγκαία για την συμμόρφωση των τουριστικών επιχειρήσεων και ιδίως των ξενοδοχείων, τα οποία λόγω της φύσης των υπηρεσιών που παρέχουν τείνουν να επεξεργάζονται όσο το δυνατόν περισσότερα προσωπικά δεδομένα, για το λόγο αυτό απαιτούνται μια σειρά δομικών αλλαγών αναφορικά με την συλλογή, αποθήκευση, διαβίβαση και καταστροφή προσωπικών δεδομένων ώστε να συμφωνούν με τις αρχές επεξεργασίας που θέτει ο Κανονισμός.

<sup>4</sup> Για τα αρχεία δραστηριοτήτων επεξεργασίας βλ. άρθρο 30 Κανονισμού. Βλ. επίσης πρότυπα αρχεία δραστηριοτήτων επεξεργασίας που έχουν αναρτηθεί από την Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα (ΑΠΔΠΧ) στην ιστοσελίδα της <http://www.dpa.gr>

<sup>5</sup> Βλ. άρθρα 35 & 36 του Κανονισμού.

Η συμμόρφωση των τουριστικών επιχειρήσεων με την αρχή της διαφανούς επεξεργασίας<sup>6</sup>, είναι το πρώτο βήμα που πρέπει να ακολουθήσουν και να επιτύχουν. Για να γίνει αυτό, κάθε επιχείρηση εφόσον έχει καταρτίσει ένα ολοκληρωμένο αρχείο δραστηριοτήτων επεξεργασίας θα πρέπει να ελέγξει όλα τα σημεία μέσω των οποίων συλλέγει προσωπικά δεδομένα και να φροντίσει να παρέχει σχετική ενημέρωση στα υποκείμενα των δεδομένων κατά τη συλλογή αυτών. Τέτοια σημεία είναι ιδίως οι ιστοσελίδες των εταιρειών οι οποίες αφενός πρέπει να διαθέτουν επικαιροποιημένες Πολιτικές Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων και Πολίτικες Cookies, και αφετέρου εάν έχουν περαιτέρω σημεία συλλογής δεδομένων ενδέχεται να χρειάζονται σχετικές αναφορές στις ως άνω Πολιτικές ώστε να διασφαλίζεται η ενημέρωση των υποκειμένων των δεδομένων. Η υιοθέτηση των ανωτέρω Πολιτικών ως πρώτο βήμα συμμόρφωσης συνάδει και με το γεγονός ότι η Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα τον Ιανουάριο προέβη για πρώτη φορά σε έλεγχο και αποφάσισε να ελέγξει ιστοσελίδες και ιδίως τη συμμόρφωση με την νομοθεσία για τα cookies και συναφείς τεχνολογίες και την πληρότητα ενημέρωσης των επισκεπτών των ιστοσελίδων για τις πράξεις επεξεργασίας, ενώ τα αρχικά συμπεράσματα δεν ήταν ενθαρρυντικά.<sup>7</sup>

Πλέον των ιστοσελίδων, διαφανής ενημέρωση πρέπει να προσφέρεται σε κάθε σημείο συλλογής προσωπικών δεδομένων, όπως για παράδειγμα σε όλες τις φόρμες εγγραφής πελατών (λ.χ. εγγραφή στο ξενοδοχείο, στο spa, για τη συμμετοχή τους σε κάποια δραστηριότητα), σε ηλεκτρονικές πλατφόρμες ή mobile application. Συνεπώς, απαιτείται σχετική τροποποίηση όλων των σχετικών φορμών ώστε να περιλαμβάνουν όλη την αναγκαία πληροφορία για την ορθή ενημέρωση των υποκειμένων των δεδομένων σύμφωνα με τον Κανονισμό.

Για επεξεργασίες που απαιτείται οπωσδήποτε η προηγούμενη συγκατάθεση των υποκειμένων των δεδομένων καθώς δεν υφίσταται άλλη νόμιμη βάση επεξεργασίας, πρέπει αυτή να διασφαλίζεται πριν από την επεξεργασία και να πληροί τις προϋποθέσεις του Κανονισμού ήτοι να είναι ελεύθερη, συγκεκριμένη, ρητή και εν πλήρει επιγνώσει, με την οποία το υποκείμενο των δεδομένων εκδηλώνει ότι συμφωνεί, με δήλωση ή με σαφή θετική ενέργεια, να αποτελέσουν αντικείμενο επεξεργασίας τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα που το αφορούν<sup>8</sup>.

Η συγκατάθεση των υποκειμένων των δεδομένων πρέπει σε κάθε περίπτωση να διασφαλίζεται εάν οι τουριστικές επιχειρήσεις επεξεργάζονται ευαίσθητα προσωπικά δεδομένα. Χαρακτηριστικά παραδείγματα επεξεργασίας ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων σε ξενοδοχειακές επιχειρήσεις είναι η συλλογή δεδομένων υγείας κατά την επίσκεψη των πελατών σε υπηρεσίες spa και γυμναστηρίου, η συλλογή αλλεργιών ή/και διατροφικών συνήθειών που ενδέχεται να αποκαλύπτουν τη θρησκεία και σε ορισμένες περιπτώσεις η συλλογή σεξουαλικών προτιμήσεων. Ο κίνδυνος ειδικά για τις τουριστικές επιχειρήσεις είναι ότι τα ως άνω στοιχεία συχνά δηλώνονται κάποια στιγμή από τον ίδιο τον πελάτη και χωρίς καμία ενημέρωση του καταχωρούνται ως πληροφορίες στις βάσεις δεδομένων με στόχο την βελτίωση των υπηρεσιών προς τον συγκεκριμένο πελάτη, στην πραγματικότητα όμως είναι

<sup>6</sup> Βλ. άρθρα 12,13 και 14 του Κανονισμού.

<sup>7</sup> Βλ. το από 31/1/2019 δελτίο τύπου της ΑΠΔΠΧ με τίτλο «αρχικά συμπεράσματα από αυτεπάγγελτη δράση της Αρχής με σκοπό τον έλεγχο της συμμόρφωσης υπευθύνων επεξεργασίας δεδομένων», διαθέσιμο στην ιστοσελίδα της <http://www.dpa.gr>

*«Τα αρχικά συμπεράσματα που προέκυψαν ως αποτέλεσμα της δράσης αυτής αναδεικνύουν, σε γενικές γραμμές, την έλλειψη συμμόρφωσης με τη νομοθεσία για τα cookies και τις συναφείς τεχνολογίες, στο σύνολο σχεδόν των υπευθύνων επεξεργασίας. Παρατηρήθηκε, επίσης, ελλιπής ενημέρωση για τις πράξεις επεξεργασίας και τους αποδέκτες των δεδομένων σε ποσοστό 40% περίπου των υπευθύνων».*

<sup>8</sup> Βλ. άρθρο 4 του Κανονισμού.

πληροφορίες που αποθηκεύονται και τηρούνται χωρίς αυτό να δικαιολογείται από καμία νόμιμη βάση επεξεργασίας. Οι υπεύθυνοι επεξεργασίας, εφόσον σταθμίσουν κατά πόσον τα δεδομένα αυτά είναι αναγκαία, θα πρέπει να αποφασίσουν είτε την λήψη συγκατάθεσης, είτε την οριστική διαγραφή από τα συστήματά τους.

Επιπλέον, η επανεξέταση των συστημάτων βιντεοεπιτήρησης από τις τουριστικές επιχειρήσεις και ιδίως από τα ξενοδοχεία είναι ιδιαίτερος σημαντική, καθώς η χρήση συστημάτων βιντεοεπιτήρησης σε ορισμένες περιπτώσεις ενδέχεται να συνιστά επεξεργασία μεγάλης κλίμακας<sup>9</sup>. Καθώς η υποβολή γνωστοποιήσεων των σχετικών συστημάτων προς την ΑΠΔΠΧ καταργήθηκε με τον Κανονισμό, οι υπεύθυνοι επεξεργασίας πρέπει με δική τους ευθύνη να διασφαλίζουν την νομιμότητα χρήσης του συστήματος και να είναι σε θέση να την αποδείξουν, εάν αυτό ζητηθεί. Αναφορικά με την νόμιμη βάση επεξεργασίας για τη χρήση συστήματος βιντεοεπιτήρησης για τα ξενοδοχεία, είναι η υποχρέωση προστασίας των περιουσιακών αγαθών των πελατών<sup>10</sup>, καθώς και το έννομο συμφέρον της επιχείρησης να διαφυλάξει τη φήμη της ως ασφαλούς τόπου διαμονής. Οι βασικοί κανόνες επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων μέσω χρήσης συστημάτων βιντεοεπιτήρησης έχουν τεθεί ήδη από την σχετική οδηγία της ΑΠΔΠΧ (1/2011), στο άρθρο 17 της οποίας γίνεται ρητή αναφορά στην λειτουργία συστημάτων βιντεοεπιτήρησης σε ξενοδοχειακές μονάδες. Σύμφωνα με την οδηγία, η χρήση αυτών των συστημάτων πρέπει να περιορίζεται αποκλειστικά σε χώρους που αποσκοπούν στον έλεγχο εισερχομένων/εξερχομένων (όπως π.χ. η κεντρική είσοδος, ο χώρος υποδοχής, οι εισοδοί/έξοδοι των ανελκυστήρων και των κλιμακοστασίων) καθώς και στους χώρους φύλαξης χρημάτων (π.χ. ταμεία) και στις ηλεκτρομηχανολογικές εγκαταστάσεις. Απαγορεύεται η τοποθέτηση καμερών στους χώρους εστίασης και στους διαδρόμους που οδηγούν στα δωμάτια του ξενοδοχείου και σε χώρους όπου ενδέχεται να παρακολουθούνται οι πελάτες ή/και επισκέπτες του ξενοδοχείου (λ.χ. οι εισοδοί των κατ' ιδίαν δωματίων, οι τουαλέτες και οι χώροι όπου πραγματοποιούνται δραστηριότητες αναψυχής (όπως πισίνες, γυμναστήρια, χώροι άθλησης, αποδυτήρια κλπ.). Επίσης, η χρήση του συστήματος βιντεοεπιτήρησης πρέπει να καθίσταται σαφής στα υποκείμενα των δεδομένων με την τοποθέτηση ευκρινών πινακίδων και τήρηση του υλικού για δεκαπέντε το πολύ ημέρες. Τέλος, πολύ σημαντικό ζήτημα για την απόδειξη συμμόρφωσης είναι η δημιουργία και τήρηση μιας σχετικής Πολιτικής Χρήσης του Συστήματος Βιντεοεπιτήρησης όπου θα περιγράφεται η δυνατότητα χορήγησης δικαιώματος πρόσβασης στα υποκείμενα των δεδομένων και οι δικλίδες ασφαλείας.

Επίσης, αναγκαίο βήμα για τη συμμόρφωση των τουριστικών επιχειρήσεων είναι η συμβατική και ουσιαστική διασφάλιση τους κατά την ανάθεση πολλών δραστηριοτήτων που αφορούν σε επεξεργασία προσωπικών δεδομένων σε τρίτα μέρη

---

<sup>9</sup> Βλ. τον από 16-10-2018 κατάλογο της ΑΠΔΠΧ με τα είδη των πράξεων επεξεργασίας που υπόκεινται στην απαίτηση για διενέργεια εκτίμησης αντικτύπου σχετικά με την προστασία δεδομένων σύμφωνα με το άρθρο 35 παρ. 4 του ΓΚΠΔ και ιδίως 1.5. «Συστηματική και σε μεγάλη κλίμακα επεξεργασία για την παρακολούθηση, την παρατήρηση ή τον έλεγχο των φυσικών προσώπων με χρήση δεδομένων που συλλέγονται μέσω συστημάτων βιντεοεπιτήρησης ή μέσω δικτύων ή με οποιοδήποτε άλλο μέσο σε δημόσιο χώρο, δημοσίως προσβάσιμο χώρο ή ιδιωτικό χώρο προσίτι σε απεριόριστο αριθμό προσώπων. Περιλαμβάνει την παρακολούθηση των κινήσεων ή της τοποθεσίας/γεωγραφικής θέσης σε πραγματικό ή μη χρόνο ταυτοποιημένων ή ταυτοποιήσιμων φυσικών προσώπων. Σχετικά παραδείγματα είναι η χρήση καμερών σε εμπορικό κέντρο ή σε σταθμούς μέσων μαζικής μεταφοράς, ή η επεξεργασία δεδομένων θέσης των επιβατών σε αεροδρόμιο ή σε μέσα μαζικής μεταφοράς. Επίσης, η παρακολούθηση μέσω wi-fi συστημάτων (wi-fi tracking) επισκεπτών σε εμπορικά κέντρα ή επεξεργασία δεδομένων μέσω drones».

<sup>10</sup> Βλ. ΑΚ 834 επ. για την ευθύνη των ξενοδόχων.

«Εκτελούντες την Επεξεργασία». Η δυσκολία για τις τουριστικές επιχειρήσεις έγκειται στον όγκο των συμβάσεων που σχετίζονται με επεξεργασία προσωπικών δεδομένων και ορισμένες φορές στην πολυπλοκότητα της επεξεργασίας που καθιστά δυσχερή τη σαφή και ακριβή αποτύπωση αυτής συμβατικά. Απαιτείται έλεγχος ότι όλες οι συμβάσεις που αφορούν σε επεξεργασία προσωπικών δεδομένων επεξεργάζονται από κάποιον εξειδικευμένο συνεργάτη της επιχείρησης και φυσικά πολύ καλή αξιολόγηση των σχέσεων μεταξύ των μερών ανάλογα με την φύση εκάστης επεξεργασίας.

Μια ακόμα πολύ σημαντική απαίτηση του Κανονισμού, είναι η παροχή στα υποκείμενα των δεδομένων των δικαιωμάτων τους όπως αυτά προβλέπονται και η διαχείριση των σχετικών αιτημάτων όταν υποβάλλονται στις επιχειρήσεις μέσα σε ένα μήνα από την υποβολή τους. Τα δικαιώματα που έχουν τα υποκείμενα των δεδομένων σύμφωνα με τον Κανονισμό είναι τα ακόλουθα: δικαίωμα πρόσβασης και ενημέρωσης, δικαίωμα διόρθωσης, δικαίωμα διαγραφής, δικαίωμα περιορισμού της επεξεργασίας, δικαίωμα φορητότητας των δεδομένων του και δικαίωμα εναντίωσης στην επεξεργασία των προσωπικών του δεδομένων, περιλαμβανομένης της εναντίωσης στην αυτοματοποιημένη λήψη αποφάσεων και στην κατάρτιση προφίλ. Η ανταπόκριση των υπευθύνων επεξεργασίας και ιδίως των ξενοδοχειακών επιχειρήσεων στα ως άνω αιτήματα δεν είναι απλή. Απαιτείται αρχικά ανάθεση εσωτερικής ευθύνης σε εργαζόμενους που θα διαχειρίζονται σχετικά αιτήματα, έλεγχος των συστημάτων και ιδίως κατά πόσον μπορούν πράγματι να ανταποκριθούν στην υποβολή ενός αιτήματος (λ.χ. αιτήματος διαγραφής) και φυσικά πολύ καλή γνώση των σημείων συλλογής και αποθήκευσης των προσωπικών δεδομένων μέσω ενός πλήρους αρχείου δραστηριοτήτων επεξεργασίας.

Τέλος, ίσως το πιο σημαντικό βήμα που συγχρόνως συνιστά πρόκληση, ιδιαίτερος αισθητή στον τομέα του τουρισμού και ιδίως των ξενοδοχείων, είναι η ουσιαστική εκπαίδευση και κατάρτιση του προσωπικού. Οι ξενοδοχειακές επιχειρήσεις έχουν ένα πολύ μεγάλο ποσοστό εποχικού προσωπικού το οποίο σε μεγάλο βαθμό μεταβάλλεται ετησίως. Ωστόσο, η επιτυχής εφαρμογή του Κανονισμού στηρίζεται ιδιαίτερος στην ορθή εκπαίδευση του προσωπικού που είναι στην πρώτη γραμμή και επεξεργάζεται καθημερινά προσωπικά δεδομένα. Το προσωπικό καλείται αφενός να εφαρμόζει ορθές πρακτικές και διαδικασίες, και αφετέρου να είναι καταρτισμένο σε τέτοιο βαθμό ώστε να μπορεί να αξιολογήσει τυχόν περιστατικά που χρήζουν περαιτέρω εξέτασης από ανώτερα και εξειδικευμένα στελέχη, όπως ο Υπεύθυνος Προστασίας Δεδομένων, εάν έχει οριστεί.

#### **4. ο ρόλος του Υπεύθυνου Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων (DPO)**

Στο ερώτημα κατά πόσον ο ρόλος του Υπεύθυνου Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων (DPO) είναι αναγκαίος ή μη για τις τουριστικές επιχειρήσεις, η απάντηση για όσες από αυτές προβαίνουν στις ανωτέρω αναφερόμενες επεξεργασίες σε μεγάλη κλίμακα, είναι προφανώς καταφατική σύμφωνα και με το άρθρο 37 του Κανονισμού.

Ο ρόλος του DPO σε μια τέτοιου είδους επιχείρηση, είναι σαφώς ιδιαίτερος απαιτητικός, καθώς πρέπει να εντοπίσει και να προτείνει όλες τις αναγκαίες τροποποιήσεις για την συμμόρφωση της επιχείρησης.

Η επίτευξη της συμμόρφωσης είναι αδύνατον να επέλθει με μόνο τον ορισμό του DPO, απαιτείται υποστήριξη από την διοίκηση της εταιρείας η οποία πρέπει να διαθέσει μια ομάδα ατόμων που θα επικουρούν το έργο του. Η ομάδα αυτή, πρέπει να αποτελείται από εργαζομένους νευραλγικών τμημάτων αναφορικά με την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, ώστε να είναι σε θέση να απαντούν και να

εξηγούν στον DPO τις διαδικασίες τους αλλά και να υποστηρίζουν το έργο του, επικοινωνώντας βασικά ζητήματα στα τμήματά τους.

Ο έλεγχος του DPO πρέπει να συμπεριλάβει όλες τις αναφερόμενες στο προηγούμενο κεφάλαιο ελλείψεις, καθώς και τις αναγκαίες τροποποιήσεις (λ.χ. έλεγχος ενημέρωσης υποκειμένων των δεδομένων, ύπαρξης νόμιμης βάσης επεξεργασίας, επεξεργασία ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, τροποποιήσεις στο σύστημα βιντεοεπιτήρησης κ.ο.κ). Ο έλεγχος όλων των ελλείψεων δεν είναι απλός και σίγουρα είναι ιδιαίτερος χρονοβόρος. Ο DPO για την διαδικασία συμμόρφωσης της επιχείρησης απαιτείται να διαθέτει υπομονή και επιμονή με συνεχή παρακολούθηση των εργασιών που αναθέτει στους εργαζόμενους προς ολοκλήρωση, ώστε να υλοποιούνται και να αποφεύγονται σημαντικά λάθη. Πρέπει να δημιουργήσει ή να τροποποιήσει εσωτερικές πολιτικές και διαδικασίες προστασίας προσωπικών δεδομένων και να παρακολουθεί την ορθή εφαρμογή αυτών. Περαιτέρω, πρέπει να διασφαλίζει την εκπαίδευση του προσωπικού. Είναι πολύ σημαντικό το προσωπικό να κατανοεί τον ρόλο του DPO και να του απευθύνει άμεσα ερωτήματα, μέσα από τα οποία συνήθως αναδεικνύονται και τα μεγαλύτερα προβλήματα συμμόρφωσης. Να διερευνά όλα τα αιτήματα των υποκειμένων των δεδομένων και να απαντά για την ικανοποίηση αυτών ή μη. Να προτείνει την ανάγκη διενέργειας εκτίμησης ανικτύπου, για ορισμένες επεξεργασίες και να διαβουλεύεται με την ΑΠΔΠΧ, εάν αυτό απαιτηθεί.

Ο ρόλος του DPO είναι συμβουλευτικός, για το λόγο αυτό όλες οι προτάσεις του DPO πρέπει να αποτυπώνονται εγγράφως στους αρμόδιους και σε περίπτωση που η εταιρεία αποφασίσει να ακολουθήσει κάποια άλλη κατεύθυνση από εκείνη που προτείνει ο DPO, θα πρέπει να αιτιολογήσει την επιλογή αυτή. Εν γένει ο DPO πρέπει να απευθύνει συστάσεις για τροποποιήσεις όπου εντοπίζει ελλείψεις αναφορικά με την προστασία προσωπικών δεδομένων και να ελέγχει την υλοποίηση των διορθωτικών ενεργειών. Σε κάθε περίπτωση η απόφαση για τη λήψη μιας προτεινόμενης ενέργειας ή όχι, είναι εταιρική.

## **5. Συμπέρασμα**

Η συμμόρφωση των τουριστικών επιχειρήσεων με τον Κανονισμό, μοιάζει με μια πρώτη ματιά υποχρέωση και μάλιστα ιδιαίτερος επαχθής. Ο κίνδυνος δε επιβολής υπέρογκων προστίμων είναι το βασικότερο κίνητρο για την επιλογή της διαδικασίας συμμόρφωσης.

Ωστόσο, ο Κανονισμός έχει μια βαθύτερη φιλοσοφία που αναγκάζει ακόμα και τις επιχειρήσεις που επιλέγουν να αντιμετωπίσουν τη διαδικασία συμμόρφωσης αμιγώς επιφανειακά, να αλλάξουν έστω και σε ορισμένα μόνο ζητήματα εταιρική κουλτούρα.

Η εφαρμογή του Κανονισμού ειδικά για επιχειρήσεις που επεξεργάζονται μεγάλο όγκο προσωπικών δεδομένων συντελεί στην καλύτερη οργάνωση τους καθώς απαντάει στα ερωτήματα όπως ποιος επεξεργάζεται δεδομένα, τι δεδομένα επεξεργάζεται, ποιους αφορά, τι δικαιώματά έχουν, με ποιον τρόπο γίνεται η επεξεργασία, για πόσο χρόνο και εάν τα λαμβάνουν τρίτοι. Ο υπερβολικός όγκος δεδομένων που συλλέγονται χωρίς δεύτερη σκέψη είναι φόρτος εργασίας για τις εταιρίες και δημιουργεί σχετική δυσκαμψία στη λειτουργία τους. Εάν οι τουριστικές επιχειρήσεις συλλέγουν μόνο τα αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του σκοπού επεξεργασίας προσωπικά δεδομένα, μπορούν να διασφαλίσουν τη μείωση



του όγκου δεδομένων που επεξεργάζονται διευκολύνοντας συγχρόνως την καθημερινή εργασία τους.

Η ορθή λειτουργία Πολιτικών και Διαδικασιών Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων και η κατάλληλη και έγκαιρη απάντηση σε αιτήματα απαιτητικών πελατών, θωρακίζει την εταιρεία έναντι σε κακοπροαίρετους πελάτες, ενώ κερδίζει την εμπιστοσύνη ακόμα και των πιο απαιτητικών εξ αυτών. Η προβολή μιας τουριστικής επιχείρησης εξαιτίας της διαρροής προσωπικών δεδομένων δεν αποτελεί σε καμία περίπτωση διαφήμιση αυτής. Αντιθέτως, η αναγνώρισή εφαρμογής αυστηρών κανόνων ασφάλειας προσωπικών δεδομένων, οδηγεί σε σαφές ανταγωνιστικό πλεονέκτημα μιας επιχείρησης.

Η επιτυχής εφαρμογή του Κανονισμού και επίτευξη του στόχου του ευρωπαϊού νομοθέτη, δεν επέρχεται με την ολοκλήρωση του πλάνου συμμόρφωσης εκάστης επιχείρησης αλλά με την αλλαγή εταιρικής κουλτούρας για την προστασία των προσωπικών δεδομένων και της ιδιωτικότητας, η οποία μακροπρόθεσμα είναι πάντοτε επικερδής τόσο για την εταιρεία όσο και για την κοινωνία.

## Η ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΕΠΙΤΑΓΩΝ ΤΟΥ ΆΡΘΡΟΥ 16 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΜΕ ΑΦΟΡΜΗ ΤΗ ΣΥΖΗΤΗΣΗ ΓΙΑ ΤΑ ΙΔΙΩΤΙΚΑ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑ. ΤΕΛΕΥΤΑΙΕΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΤΑΣΕΙΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΆΡΘΡΟ 16

Θεοδώρα Σκουτέρη, Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω, Μεταπτυχιακό Δίπλωμα Ειδίκευσης στο Δημόσιο Δίκαιο – Δημόσια Πολιτική ΕΚΠΑ

### ΕΙΣΑΓΩΓΗ

**Η συζήτηση περί της ίδρυσης ιδιωτικών πανεπιστημίων με αφορμή την αναθεώρηση του Συντάγματος. Ερείσματα και αντιπαραθέσεις περί της ίδρυσης υπό το πρίσμα της νομικής διαλεκτικής.**

Αν και η πρόταση της αναθεώρησης για τα ιδιωτικά πανεπιστήμια δεν ψηφίστηκε τελικά από την Ελληνική Βουλή, η συζήτηση για το συγκεκριμένο άρθρο παραμένει πάντα επίκαιρη και διεξάγεται συνήθως εν μέσω αντιπαραθέσεων.

Θα μπορούσε να υποστηριχτεί, ότι το θέμα έχει εξαντληθεί στις αντιπαραθέσεις και στα επιχειρήματά του, όμως η διαρκώς εξελισσόμενη νομολογία για το άρθρο 16 του Συντάγματος, όχι μόνο για τα ιδιωτικά πανεπιστήμια, αλλά και κυρίως και για τις υπόλοιπες διατάξεις που συνθέτουν τη μακροσκελή αυτή συνταγματική επιταγή, οι οποίες, αν και αναφέρονται σε άλλα ζητήματα αναφορικά με τα πανεπιστήμια και όχι αποκλειστικά στην ιδιωτική εκπαίδευση, αποτελούν ωστόσο ένα ενιαίο πλέγμα πάνω στο ίδιο ζήτημα, αυτό της εκπαίδευσης.

Η διαρκώς εξελισσόμενη νομολογία για το άρθρο 16 και τα πολυποικίλλα ζητήματά του, επανακαθορίζουν τη στάση της κοινωνίας μας, μέσω των προβληματισμών, των ζυμώσεων και ενδεχομένως, των μεταβολών ακολουθώντας ή και σπανιότερα προβλέποντας, την κοινωνική δυναμική και εξέλιξη.

Σκοπός της παρούσας αποτελεί, αφού παρατεθούν εν συντομία κάποια βασικά χαρακτηριστικά του άρθρου 16, η θεώρηση της νομολογίας τα τελευταία χρόνια, αναφορικά με το άρθρο αυτό, και κυρίως, με ποιον τρόπο τα ζητήματα αυτά, επιδρούν στην αναγκαιότητα ή όχι μιας μελλοντικής αναθεώρησης για τα ιδιωτικά πανεπιστήμια και εάν ναι, υπό ποιές προϋποθέσεις θα μπορούσε κάτι τέτοιο να πραγματοποιηθεί.

Οι αντιπαραθέσεις, συνοψίζονται επιγραμματικά στις ακόλουθες: Οι μεν υποστηρικτές της αναθεώρησης υπέρ της ιδιωτικής εκπαίδευσης, μιλούν για την αντίθεση της διάταξης περί απαγόρευσης της παρεχόμενης εκπαίδευσης από τα ιδιωτικά πανεπιστήμια, ερειζόμενη στις συνταγματικές διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 του Συντάγματος, στις διατάξεις περί οικονομικής ελευθερίας, στις διατάξεις περί

ισότητας, ανθρώπινης αξιοπρέπειας, αλλά και αυτού του άρθρου 16 για την έννοια του "αγαθού" της εκπαίδευσης, καθώς και σε μία πλειάδα διατάξεων του ευρωπαϊκού δικαίου.

Επίσης, αναφέρονται στη στενή σχέση της εκπαίδευσης με την οικονομική ανάπτυξη, γεγονός το οποίο το Σύνταγμα με τη συνεχιζόμενη απαγόρευση ισχυρίζονται ότι αρνείται, επισημαίνουν τα οικονομικά οφέλη από την ίδρυση των ιδιωτικών πανεπιστημίων, από το ηθικό αλλά και υλικό κέρδος της μη μετανάστευσης και άρα της συγκράτησης των φοιτητών σε πανεπιστήμια του εξωτερικού, με αποτέλεσμα να ενισχύεται η δυναμική, οικονομική και κοινωνική της εγχώριας πανεπιστημιακής κοινότητας, η αποφυγή του λεγόμενου brain drain, με χαρακτηριστικές περιπτώσεις οι οποίες παρουσιάστηκαν κατά την τελευταία οικονομική κρίση, ακόμη, επιχειρηματολογούν αναφερόμενοι στην "καλώς νοούμενη ανταγωνιστικότητα" η οποία θα επέλθει με την ίδρυση των ιδιωτικών πανεπιστημίων καθώς θα αναγκάσει τα αυτοδιοίκητα ΑΕΙ να ενισχύσουν την ποιότητα, τη δυναμική τους, την έρευνά τους κλπ.

Περαιτέρω, επισημαίνουν ότι θα αναβαθμιστεί συλλογικά ο χώρος της παιδείας, στηλιτεύουν τα κακώς κείμενα στην ανώτατη εκπαίδευση αλλά την παροπλίζουν από τα ενδεχόμενα πλεονεκτήματά της, επικεντρώνοντας την κριτική σε ζητήματα διαχείρισης, όπως του φοιτητικού ασύλου, των κακοσυντηρημένων και αρκετές φορές άθλιων κτηριακών υποδομών κλπ. Επίσης, επικαλούνται το παρωχημένο της συνταγματικής διάταξης, καθώς, όπως λένε, την "ξεπέρασε" ο χρόνος ιστορικά, οικονομικά, κοινωνικά κλπ.

Οι υπέρμαχοι της μη αναθεώρησης της σχετικής διάταξης περί των ιδιωτικών πανεπιστημίων αντιθέτως, εμφανίζουν το ίδιο το Σύνταγμα ως αμάχητο υπερασπιστή του, καθώς με τον τρόπο αυτό, ο Συνταγματικός νομοθέτης εξέφρασε με τη βούλησή του την ανάγκη της υπεράσπισης ενός σημαντικού κοινωνικού αγαθού, αυτό της εκπαίδευσης, το οποίο μαζί με την υγεία, αποτελούν δύο βαρύνουσας σημασίας κοινωνικά δικαιώματα και αγαθά, αλλά υλοποίησε και ανάγκες ιστορικές και κοινωνικές και προσπάθησε να επιλύσει χρόνιες ανισότητες.

Περαιτέρω, οι υπέρμαχοι της ανωτέρω πλευράς, εξηγούν, ερμηνεύουν, παρουσιάζουν μελέτες για την κακή ποιότητα των ιδιωτικών πανεπιστημίων παγκοσμίως, με ελάχιστα αριθμούμενες φωτεινές εξαιρέσεις, των οποίων όμως η οικονομική δύναμη και ευμάρεια ξεπερνά κατά πολύ το ΑΕΠ της Ελλάδας.

Επιπροσθέτως, εκφράζουν τους φόβους τους για ενδεχόμενη ποδηγετούμενη έρευνα και διδασκαλία στα ιδιωτικά πανεπιστήμια, αλλά και ανησυχίες και προβληματισμούς για αντιμετώπιση του καθηγητή πανεπιστημίου αλλά και του διοικητικού προσωπικό των ΑΕΙ ως υπαλλήλων εταιρίας, τον κίνδυνο να αποτελέσει η εκπαίδευση αντικείμενο οικονομικών σχέσεων και αλληλεξαρτήσεων (π.χ. ζητήματα από την προώθηση των φοιτητικών δανείων κλπ) αλλά και το φόβο ότι θα ενταθούν ακόμη περισσότερο οι ανισότητες και οι διακρίσεις εξαιτίας αυτής της ίδρυσης. Η παιδεία

ισχυρίζονται, δεν είναι και δεν πρέπει να είναι εμπόρευμα, να αντιμετωπίζεται με οικονομικό πρόσημο και δεν μπορεί να αναμιχθεί σε ζητήματα κερδοσκοπικού ή μη χαρακτήρα με τη μορφή την οποία οι υποστηρικτές των ιδιωτικών πανεπιστημίων επιθυμούν.

Με την παρούσα, θα γίνει προσπάθεια να αποδοθούν εν συντομία κάποια χαρακτηριστικά της δομής του σημερινού ελληνικού πανεπιστημίου, των ιδιαιτεροτήτων του και τελικά, της εξέλιξης που υπέστη, αν υπέστη στο χρόνο, ώστε να κατανοηθεί η νομική πλευρά της ανωτέρω αντιπαράθεσης.

## ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ

### Το άρθρο 16 του Συντάγματος, έννοιες, επιμέρους χαρακτηριστικά

#### ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

##### Ι.ΣΥΝΤΑΓΜΑ ΑΡΘΡΟ 16

- 1. Η τέχνη και η επιστήμη, η έρευνα και η διδασκαλία είναι ελεύθερες η ανάπτυξη και η προαγωγή τους αποτελεί υποχρέωση του Κράτους. Η ακαδημαϊκή ελευθερία και η ελευθερία της διδασκαλίας δεν απαλλάσσουν από το καθήκον της υπακοής στο Σύνταγμα.*
- 2. Η παιδεία αποτελεί βασική αποστολή του Κράτους και έχει σκοπό την ηθική, πνευματική, επαγγελματική και φυσική αγωγή των Ελλήνων, την ανάπτυξη της εθνικής και θρησκευτικής συνείδησης και τη διάπλασή τους σε ελεύθερους και υπεύθυνους πολίτες.*
- 3. Τα έτη υποχρεωτικής φοίτησης δεν μπορεί να είναι λιγότερα από εννέα.*
- 4. Όλοι οι Έλληνες έχουν δικαίωμα δωρεάν παιδείας, σε όλες τις βαθμίδες της, στα κρατικά εκπαιδευτήρια. Το Κράτος ενισχύει τους σπουδαστές που διακρίνονται, καθώς και αυτούς που έχουν ανάγκη από βοήθεια ή ειδική προστασία, ανάλογα με τις ικανότητές τους.*
- 5. Η ανώτατη εκπαίδευση παρέχεται αποκλειστικά από ιδρύματα που αποτελούν νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου με πλήρη αυτοδιοίκηση. Τα ιδρύματα αυτά τελούν υπό την εποπτεία του Κράτους, έχουν δικαίωμα να ενισχύονται οικονομικά από αυτό και λειτουργούν σύμφωνα με τους νόμους που αφορούν τους οργανισμούς τους. Συγχώνευση ή κατάτμηση ανώτατων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων μπορεί να γίνει και κατά παρέκκλιση από κάθε αντίθετη διάταξη, όπως νόμος ορίζει. Ειδικός νόμος ορίζει όσα αφορούν τους φοιτητικούς συλλόγους και τη συμμετοχή των σπουδαστών σ' αυτούς.*
- 6. Οι καθηγητές των ανώτατων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων είναι δημόσιοι λειτουργοί. Το υπόλοιπο διδακτικό προσωπικό τους επιτελεί επίσης δημόσιο λειτουργήμα, με τις προϋποθέσεις που νόμος ορίζει. Τα σχετικά με την κατάσταση όλων αυτών των προσώπων καθορίζονται από τους οργανισμούς των οικείων ιδρυμάτων.*
- 5. Οι καθηγητές των ανώτατων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων δεν μπορούν να παυθούν προτού λήξει σύμφωνα με το νόμο ο χρόνος υπηρεσίας τους παρά μόνο με τις ουσιαστικές προϋποθέσεις που προβλέπονται στο άρθρο 88 παράγραφος 4 και ύστερα από απόφαση συμβουλίου που αποτελείται κατά πλειοψηφία από ανώτατους δικαστικούς λειτουργούς, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει το όριο της ηλικίας των καθηγητών των ανώτατων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων εφόσον εκδοθεί ο νόμος αυτός οι καθηγητές που υπηρετούν αποχωρούν αυτοδικαίως μόλις λήξει το ακαδημαϊκό έτος μέσα στο οποίο συμπληρώνουν το εξηκοστό έβδομο έτος της ηλικίας τους.*
- 7. Η επαγγελματική και κάθε άλλη ειδική εκπαίδευση παρέχεται από το Κράτος και με σχολές ανώτερης βαθμίδας για χρονικό διάστημα όχι μεγαλύτερο από τρία χρόνια, όπως προβλέπεται*

ειδικότερα από το νόμο, που ορίζει και τα επαγγελματικά δικαιώματα όσων αποφοιτούν από τις σχολές αυτές.

6. 8. Νόμος ορίζει τις προϋποθέσεις και τους όρους χορήγησης άδειας για την ίδρυση και λειτουργία εκπαιδευτηρίων που δεν ανήκουν στο Κράτος, τα σχετικά με την εποπτεία που ασκείται πάνω σ' αυτά, καθώς και την υπηρεσιακή κατάσταση του διδακτικού προσωπικού τους.
7. Η σύσταση ανώτατων σχολών από ιδιώτες απαγορεύεται.
8. 9. Ο αθλητισμός τελεί υπό την προστασία και την ανώτατη εποπτεία του Κράτους. Το Κράτος επιχορηγεί και ελέγχει τις ενώσεις των αθλητικών σωματείων κάθε είδους, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει επίσης τη διάθεση των ενισχύσεων που παρέχονται κάθε φορά στις επιχορηγούμενες ενώσεις σύμφωνα με τον προορισμό τους.

### *1ο Π.Π.Π. Ε.Σ.Δ.Α.*

## **ΠΡΩΤΟ ΠΡΟΣΘΕΤΟ ΠΡΩΤΟΚΟΛΛΟ**

### *Άρθρον 2*

#### **Δικαίωμα στην εκπαίδευση**

Ουδείς δύναται να στερηθή του δικαιώματος όπως εκπαιδευθή. Παν Κράτος εν τη ασκήσει των αναλαμβανομένων αυτού καθηκόντων επί του πεδίου της μορφώσεως και της εκπαίδευσως θα σέβεται το δικαίωμα των γονέων όπως εξασφαλίζωσι την μόρφωσιν και εκπαίδευσιν ταύτην συμφώνως προς τας ιδίας αυτών θρησκευτικάς και φιλοσοφικάς πεποιθήσεις.

### **III. ΟΙΚΟΥΜΕΝΙΚΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΑΝΘΡΩΠΟΥ**

#### **ΑΡΘΡΟ 26**

.Κάθε άτομο έχει το δικαίωμα στην εκπαίδευση. Η εκπαίδευση πρέπει να παρέχεται δωρεάν τουλάχιστον στη στοιχειώδη και βασική βαθμίδα της. Η στοιχειώδης εκπαίδευση πρέπει να είναι υποχρεωτική. Η τεχνική και επαγγελματική εκπαίδευση πρέπει να εξασφαλίζεται για όλους, ενώ η ανώτατη εκπαίδευση πρέπει να είναι εξίσου προσιτή σε όλους ανάλογα με τις ικανότητές τους.2. Η εκπαίδευση πρέπει να αποβλέπει στην πλήρη ανάπτυξη της προσωπικότητας του ατόμου και στην ενίσχυση του σεβασμού των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και των θεμελιωδών ελευθεριών. Πρέπει να προάγει την κατανόηση, την ανεκτικότητα και τη φιλία ανάμεσα σε όλα τα έθνη και όλες τις φυλές και τις θρησκευτικές ομάδες, και να προωθεί την ανάπτυξη των δραστηριοτήτων των Ηνωμένων Εθνών για τη διατήρηση της ειρήνης. 3. Οι γονείς έχουν κατά προτεραιότητα το δικαίωμα να επιλέγουν το είδος της παιδείας που θα δοθεί στα παιδιά τους.

#### **1.1.Το άρθρο 16 και τα επιμέρους χαρακτηριστικά του υπό το πρίσμα της νομολογίας των τελευταίων ετών. Ενδεικτικές αναφορές.**

Το άρθρο 16 του Συντάγματος, ένα από τα πλέον μακροσκελή άρθρα, κατοχυρώνει ένα μεγάλο αριθμό ατομικών δικαιωμάτων αλλά και θεσμικών εγγυήσεων και δεν

περιορίζεται μόνο στην απλή μέριμνα του κράτους για τα δικαιώματα αυτά αλλά συνιστά και ένα ευρύ πεδίο υποχρεώσεων.<sup>1</sup>

Το ανωτέρω άρθρο, αναφέρεται μεταξύ άλλων, στην προστασία της τέχνης και της επιστήμης, δικαιώματα τα οποία κινούνται στη σφαίρα των status negativus αλλά και status positivus (αποτελούν δηλαδή ταυτόχρονα υποχρεώσεις του κράτους αλλά και ισχυρά κοινωνικά δικαιώματα, χωρίς να συνιστούν οι διατάξεις της παραγράφου 1 για παράδειγμα, αγωγίμες αξιώσεις).

Ακόμα το άρθρο 16, αναφέρεται στο δικαίωμα στην παιδεία ως μία από τις αποστολές του κράτους, αλλά και στο δικαίωμα στην έρευνα το οποίο, όχι μόνο δε νοείται, αλλά και αποδοκιμάζεται ως κρατικό μονοπώλιο από το ΣτΕ, επίσης, στην έννοια της κρατικής μέριμνας για την παιδεία η οποία αποκρυσταλλώνεται με την απόφαση ΣτΕ 1065/2000. Έτσι, μορφές έκφρασης της μέριμνας κατά την απόφαση αυτή αποτέλεσαν τα ακόλουθα: ..... " Η κρατική αυτή μέριμνα δεν εκδηλώνεται μόνο με τη λήψη θεσμικών μέτρων στο εσωτερικό (π.χ. ίδρυση και οργάνωση Α.Ε.Ι.), με τα οποία προάγεται αμέσως η Ανωτάτη Παιδεία, αλλά και με τη λήψη άλλων μέτρων (π.χ. χορήγηση υποτροφιών, χορήγηση αναβολών στρατεύσεως, αναγνώριση πτυχίων Α.Ε.Ι. της αλλοδαπής κ.λπ.), με τα οποία ενθαρρύνεται ή υποστηρίζεται ή άλλως πως ενισχύεται η από Έλληνες παρακολούθηση ανωτάτων σπουδών στο εξωτερικό, είτε διότι τα ημεδαπά Α.Ε.Ι. αδυνατούν να απορροφήσουν μεγαλύτερο αριθμό υποψηφίων φοιτητών είτε διότι κατά την ελεύθερη επιλογή του ενδιαφερομένου προκρίνονται οι σπουδές στο εξωτερικό. Διότι και τα μέτρα αυτά με τα οποία καθίσταται δυνατή η αύξηση του αριθμού των σπουδαστών της ανωτάτης παιδείας αποβαίνουν εν τέλει προς όφελος και προαγωγή της επιστήμης, όπως αξιώνει το άρθρο 16 παρ. 1 του Συντάγματος. Εν όψει αυτών το Κράτος, διευκολύνοντας για τους ανωτέρω λόγους τις σπουδές των ελληνοπαίδων σε Α.Ε.Ι. του εξωτερικού, έχει επίσης την υποχρέωση να παρέχει σ' αυτούς την αναγκαία προστασία για την επίτευξη του σκοπού τους (βλ. ήδη ν. 2740/1999 ο οποίος παρέχει τη δυνατότητα μετεγγραφής σε ελληνικά Α.Ε.Ι. των Ελλήνων φοιτητών του πανεπιστημίου της Πρίστινα για λόγους προστασίας της ζωής των). Τοιουτοτρόπως, εάν σε εξαιρετικές περιπτώσεις, εκ λόγων ανωτέρας βίας, οφειλομένης σε πολεμικά γεγονότα, καθίσταται αδύνατη η συνέχιση των σπουδών τους στο εξωτερικό, διότι τίθεται σε κίνδυνο η σωματική ακεραιότητα ή η υγεία τους, το Κράτος υποχρεούται να διασφαλίσει την αποπεράτωση των σπουδών τους στην Ελλάδα, υπό την προϋπόθεση βεβαίως της κατόπιν εξετάσεως διαπιστώσεως της επαρκείας των γνώσεών τους. ...."<sup>2</sup>.

Περαιτέρω, το ζήτημα της ακαδημαϊκής ελευθερίας, σε μία από τις εκφάνσεις της, ιδίως δε της ελευθερίας της έρευνας και της διδασκαλίας, οι οποίες προϋποθέτουν την άσκησή τους εντός του πανεπιστημιακού χώρου, πολλές φορές εμφανίζονται σε στενή σχέση με τις διατάξεις περί της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και με το γενικό δικαίωμα ελευθερίας του άρθρου 5 παρ.1 του Συντάγματος.

<sup>1</sup> Ευαγγελία Λιατίνου, "Το άρθρο 16 του Συντάγματος και το νομικό πλαίσιο μετεγγραφής φοιτητών", περιοδικό Σύνταγμα, τόμος 42, σελ.237,2016

<sup>2</sup> www.dsnet.gr [πρόσβαση 22/02/2019}

Στο άρθρο αυτό του Συντάγματος, αναλύεται μεταξύ άλλων και ο πρωταρχικός σκοπός της ακαδημαϊκής ελευθερίας, δηλαδή η προαγωγή της επιστήμης η οποία αποτελεί ταυτόχρονα και υποχρέωση αλλά και κρατική αποστολή.

Από το άρθρο 16 απορρέουν ακόμη, οι έννοιες του πανεπιστημιακού ασύλου, η οποία αποδίδεται ως ..."η απαγόρευση επέμβασης της δημόσιας δύναμης στους πανεπιστημιακούς χώρους χωρίς προηγούμενη άδεια των πανεπιστημιακών οργάνων εκτός αν τελούνται σε αυτό αυτόφωρα εγκλήματα.." <sup>3</sup>.

Επίσης, προκύπτουν ζητήματα της μικτής μορφής, ιδρυματικής αλλά και σωματειακής των ΑΕΙ αλλά και κάθε συλλόγου, προσωπικού ή φοιτητικού τα οποία οριοθετήθηκαν αρχικά με την απόφαση ΣτΕ 2805/84Ολ, ΤοΣ 1984, 651 (με κύρια χαρακτηριστικά της την αυτοδιοίκηση για όλους, τον ένα και μόνο φοιτητικό σύλλογο κλπ) και πρόσφατα, με την απόφαση ΣτΕ 519/2015 με την οποία κρίθηκε συνταγματική η νέα οργάνωση των ΑΕΙ δυνάμει του ν.4009/11 και του "βελτιωτικού" του ν. όπως ονομάστηκε ν.4076/12 και αποσαφηνίστηκε ότι, " τα Α.Ε.Ι. είναι οργανισμοί, προεχόντως, ιδρυματικού και όχι σωματειακού χαρακτήρα..." (Σκέψη 16 της απόφασης).

Αλλα θέματα ιδιαίτερης σημασίας τα οποία απασχόλησαν τη νομολογία αποτέλεσαν, η απαγόρευση κατάτμησης ή συγχώνευσης ΑΕΙ κατά τη διάρκεια της φοίτησης και η μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος αυτών, με αποτέλεσμα τη μεταβίβαση του αντικειμένου της επιστημονικής απασχόλησης. Επίσης, ιδιαίτερη προστασία εισάγεται για τον αθλητισμό, ζήτημα το οποίο ποικιλοτρόπως έχει απασχολήσει τη νομολογία του ΣτΕ.

Αντιθέτως, δεν απασχόλησε τη νομολογία ο αριθμός των εισακτέων φοιτητών κατά τις πανελλήνιες εξετάσεις. <sup>4</sup>

Αλλα ζητήματα τα οποία απασχόλησαν τη νομολογία, ήταν η ελευθερία του περιεχομένου και της μεθόδου διδασκαλίας και έρευνας, οι οποίες καθίστανται ΑΠΟΛΥΤΕΣ, ή ζητήματα φοίτησης. <sup>5</sup> αλλά και η συμμετοχή των φοιτητών στη διοίκηση των ΑΕΙ και ιδίως, με ποιόν τρόπο θα μπορούσε να κατοχυρωθεί η συμμετοχή αυτή στην ιδιωτική εκπαίδευση.

## **1.2. Η έννοια της Παιδείας-Εκπαίδευσης, γενικά χαρακτηριστικά.**

Στο άρθρο 16 του Συντάγματος, ως **παιδεία** νοείται η προγραμματισμένη και οργανωμένη μορφή της εκπαίδευσης, η οποία αποτελεί υποχρέωση του Κράτους και αποκλείεται η παροχή της εκπαίδευσης καταρχήν από άλλους φορείς όπως για παράδειγμα τους Ο.Τ.Α.

---

<sup>3</sup> Χρυσόγονος Κ., "Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2008, σελ. 326 επ.

<sup>4</sup> ο.π. Χρυσόγονος Κ

<sup>5</sup> απόφ. ΠΕ 38/95 ΤοΣ/1995,743, ΠΕ 586/1991, ΤοΣ, 1991, σελ.552<sup>5</sup>

Το δικαίωμα πρόσβασης στην εκπαίδευση, αντικειμενικοποιείται ως δικαίωμα πρόσβασης και χρήσης στα εκάστοτε υπάρχοντα κρατικά εκπαιδευτήρια και μάλιστα αυτή η πρόσβαση σύμφωνα με τις αρχές του Συντάγματός μας αξιώνεται να επιτελείται με ισοτιμία. Από το άρθρο αυτό προκύπτουν η κατοχύρωση των όρων και των προϋποθέσεων της πρόσβασης στην Ανώτατη Εκπαίδευση.

Ακόμη, από το άρθρο αυτό κατοχυρώνεται η μη διάκριση της παροχής παιδείας με την ως άνω μορφή, δηλαδή, η παρεχόμενη ισότιμη εκπαίδευση σε αλλοδαπούς και ημεδαπούς ακόμη και σε παράνομους μετανάστες, η οποία έχει κριθεί συνταγματική από το Ανώτατο Δικαστήριο.

Επιπροσθέτως, από το υπό εξέταση άρθρο προκύπτει, ο δημόσιος χαρακτήρας της εκπαίδευσης υπό την έννοια, ότι αυτή αποτελεί δημόσια υπηρεσία και απαγορεύεται έστω και μερικά η παραχώρησή της σε ιδιώτες (ΣτΕ 31/88).<sup>6</sup>

### **1.3.Το αυτοδιοίκητο των Πανεπιστημίων. (ΣτΕ 519/2015)**

Με το άρθρο 16 κατοχυρώνεται ως θεσμός, η αρχή της πλήρους αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ, με την έννοια της ανεξαρτησίας του πανεπιστημίου από το κράτος αλλά και από οποιονδήποτε άλλον παράγοντα μέσα και έξω από τα πανεπιστήμια.<sup>7</sup>

Με προγενέστερες αποφάσεις, κρίθηκε ότι τα πανεπιστήμια αποφασίζουν με τα δικά τους όργανα, τα οποία τα καθορίζει ο κοινός νομοθέτης, για τις δικές τους υποθέσεις. Επιτρεπόμενος έτσι, καθίσταται μόνο ο κατασταλτικός έλεγχος από τη διοίκηση και αναντίρρητα, ο έλεγχος των πράξεων από τα Δικαστήρια.

Στο σημείο αυτό, να σημειωθεί και η απαραίτητη διευκρίνιση από τη βιβλιογραφία μεταξύ των εννοιών **αυτοδιοίκησης και αυτονομίας**.<sup>8</sup> Με την έννοια της αυτονομίας (ατομικό δικαίωμα αλλά και θεσμική εγγύηση ταυτόχρονα) νοείται η ικανότητά τους να συμπράττουν στην παραγωγή κανόνων δικαίου δίχως την προηγούμενη ύπαρξη νομοθετικής εξουσιοδότησης, με τρόπο δεσμευτικό για τα νομοθετικά όργανα.<sup>9</sup> Ειδικότερα, η αυτονομία αναλύεται στη δυνατότητά τους να επιλέγουν το διδακτικό προσωπικό και τα όργανα διοίκησης, η οικονομική τους αυτοτέλεια αλλά και στην κατάρτιση των προγραμμάτων τους. Αντίθετα, *..''Η αρχή της πλήρους αυτοδιοίκησης των Α.Ε.Ι. έχει ως περιεχόμενο την εξουσία των ιδρυμάτων αυτών να αποφασίζουν για τις δικές τους υποθέσεις με δικά τους όργανα, η δε κρατική εποπτεία περιορίζεται στην άσκηση ελέγχου νομιμότητας επί των πράξεων των οργάνων αυτών. Η ανωτέρω εξουσία των Α.Ε.Ι. περιορίζεται στην εφαρμογή των κανόνων δικαίου που διέπουν την οργάνωση και τη λειτουργία τους, δεν περιλαμβάνει όμως και το δικαίωμα*

<sup>6</sup> Χρυσόγονος Κ., "Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2008, σελ. 326 επ.

<sup>7</sup> Ανδρέας Δημητρόπουλος, "Συνταγματικά Δικαιώματα, Σύστημα Συνταγματικού Δικαίου, τόμος Γ, τεύχος Ι-ΙΙΙ, εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2008, σελ. 583

<sup>8</sup> Αριστόβουλος Μάνεσης, "Συνταγματική Θεωρία και πράξη", εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1980, σελ. 697-698.

<sup>9</sup> ο.π. Ευαγγελία Λιατίνου



θέσπισης των κανόνων ή της σύμπραξης στην παραγωγή τους, και μάλιστα κατά τρόπο δεσμευτικό για τα όργανα που θεσπίζουν τους κανόνες δικαίου? τούτο προϋποθέτει όχι απλώς αυτοδιοίκηση, αλλά αυτονομία των εν λόγω ιδρυμάτων, η οποία δεν τους έχει παραχωρηθεί από το Σύνταγμα. Ένα άλλο ζήτημα που τίθεται εντασσόμενο στο παρόν κεφάλαιο του αυτοδιοίκητου, αποτελεί και το σύστημα των μετεγγραφών των φοιτητών, σύμφωνα με το οποίο τίθενται αυστηρά όρια, όπως κρίθηκε και με την ΣτΕ 1251/2015..." (www.dsanet.gr, ΣτΕ 2992/2014).

Η πρώτη απόφαση περί της πλήρους αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ υπήρξε η ΣτΕ 27686/1984.

#### **1.4. Η απόφαση ΣτΕ 519/2015**

Ιδιαίτερης σημασίας απόφαση αποτέλεσε η ΣτΕ 519/2015 όπου μεταξύ άλλων, κρίθηκε η συνταγματικότητα για την εκλογή εξωτερικών μελών στο συμβούλιο των ΑΕΙ.

Με την απόφαση αυτή<sup>10</sup> επαναλαμβάνονται οι αρχές της ακαδημαϊκής ελευθερίας (ΣτΕ 2801/1984, Ολ, 411/2008, π.ε. 144/2008 Ολ.), της αδέσμευτης επιστήμης, της σκέψης, της έρευνας και της διδασκαλίας, ως οργανωμένης δραστηριότητας, εντός πλαισίου των Α.Ε.Ι. Κατά μεγάλο μέρος της βιβλιογραφίας, η απόφαση αυτή, (ΣτΕ 519/2015), άλλαξε τα δεδομένα όπου τα ΑΕΙ αντιμετωπίζονται πλέον όχι με τη σωματειακή, αλλά με την ιδρυματική μορφή, καθώς ο σκοπός της λειτουργίας τους φαίνεται να υπερτερεί της δημοκρατικής συμμετοχής όλων των φορέων σε αυτά.<sup>11</sup>

Η απόφαση αυτή, έχει ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, όπου κυρίως συνοψίζονται στις σκέψεις 15 και 16. Με την απόφαση επαναλαμβάνεται η αιτιολογική έκθεση του ν. 4099/2011 και των βελτιωτικών διατάξεων του ν.4076/2012, υιοθετείται η διατύπωση και οι αρχές-προβληματισμοί-πολιτικές της αιτιολογικής έκθεσης. Έτσι, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι: "... με τις διατάξεις του άρθρου 8 του εν λόγω νόμου που εισάγουν τις επίμαχες ρυθμίσεις, με τις οποίες προβλέπεται η συμμετοχή και «εξωτερικών» μελών στο Συμβούλιο των Α.Ε.Ι., επιδιώκεται η ενίσχυση της **εξωστρέφειας** των ιδρυμάτων αυτών, με τη συμμετοχή στην διοίκησή τους **διακεκριμένων προσώπων τα οποία μπορούν να συνδράμουν στην καλύτερη οργάνωση και λειτουργία τους, καθώς και η σύνδεσή τους με την κοινωνία και την οικονομία.** Περαιτέρω, η συνολική αναδιοργάνωση του τρόπου διοικήσεως και λειτουργίας της ανώτατης εκπαίδευσης, η οποία επιχειρείται με τις ίδιες διατάξεις δικαιολογείται, κατά την αιτιολογική έκθεση του νόμου, από τις ακόλουθες διαπιστώσεις: α) το υφιστάμενο σύστημα ανώτατης εκπαίδευσης **είναι αγκιστρωμένο σε παρωχημένες δομές που υπονομεύουν τους στόχους που οφείλει να υπηρετεί,** β) ο τρόπος εκλογής των οργάνων διοικήσεως των Α.Ε.Ι. δημιουργεί **εξαρτήσεις και αδράνεις που περιορίζουν την αποτελεσματικότητα της διοικήσεως των ιδρυμάτων και**

<sup>10</sup> Πηνελόπη Φουντεδάκη, "Παρουσίαση της απόφασης Σ.τ.Ε Ολ. 519/2015 και μία πρώτη αποτίμηση", περιοδικό Σύνταγμα (τοΣ) 1-2/2015, σελ.89 επ.

<sup>11</sup> ο.π. Πηνελόπη Φουντεδάκη

την ικανότητά τους να ανταποκρίνονται με ποιότητα στις αυξανόμενες ανάγκες και τις προσδοκίες της **κοινωνίας και της οικονομίας**, γ) στο υφιστάμενο πλαίσιο δεν αποτρέπονται φαινόμενα κομματισμού και ευνοιοκρατίας, ενώ ευνοούνται οι διαφορές και συγκρούσεις μεταξύ των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας και δ) εν τέλει, το σημερινό πρότυπο διοικήσεως των Α.Ε.Ι. **ευνοεί την εκπαιδευτική και ερευνητική εσωστρέφεια και περιορίζει τις υπαρκτές δυνατότητες των ιδρυμάτων να αντιμετωπίζουν αποτελεσματικά τις διαφοροποιημένες ανάγκες τους.** Οι προαναφερόμενες επιδιώξεις εντάσσονται στον γενικότερο στόχο του νόμου, όπως αυτός διευκρινίζεται στην αιτιολογική έκθεση και ο οποίος συνίσταται στην απαλλαγή των Α.Ε.Ι. από τις υπάρχουσες παθογένειες και στην δημιουργία των προϋποθέσεων μιας νέας εποχής για την επιστήμη, την ανάπτυξη και την προοπτική των νέων ανθρώπων και, επομένως, για ολόκληρη τη Χώρα, συγκροτώντας ισχυρά αυτοδιοικούμενα ιδρύματα με νέα αντίληψη και λαμβάνοντας υπόψη τα δεδομένα αντίστοιχων εκπαιδευτικών μεταρρυθμίσεων που έχουν εφαρμοσθεί, ιδίως, στις χώρες της Ευρώπης και στις Η.Π.Α., σύμφωνα με τα οποία οι θεσμοί που εισάγονται ενισχύουν τις ακαδημαϊκές και επιταχύνουν τις αναπτυξιακές επιδόσεις, συμβάλλοντας αποφασιστικά στην δημιουργία της κοινωνίας της γνώσεως. Εξάλλου, από το περιεχόμενο των επίμαχων ρυθμίσεων του άρθρου 8 του Ν. 4009/2011, όπως ισχύει, σχετικά με την συμμετοχή «εξωτερικών» μελών στο Συμβούλιο των Α.Ε.Ι., συνάγεται ότι οι ρυθμίσεις αυτές κινούνται εντός των πλαισίων της αρχής της πλήρους αυτοδιοικήσεως των Α.Ε.Ι. και δεν θίγουν το δικαίωμα των ιδρυμάτων αυτών να αποφασίζουν επί των υποθέσεών τους με δικά τους όργανα..."<sup>12</sup>.

Οι λόγοι ακυρώσεως αφορούσαν μεταξύ άλλων, ζητήματα περί του πληττόμενου αυτοδιοίκητου με τη συμμετοχή εξωτερικών τρίτων μελών, ζητήματα ταξινομικής ψήφου κ εκλογής, κλπ. Το Δικαστήριο, έκρινε συνταγματική την προσβαλλόμενη υπουργική απόφαση ,επισημαίνοντας τη διάκριση αυτονομίας και αυτοδιοίκησης, και αιτιολόγησε την αλλαγή στον τρόπο οργάνωσης ως ακολούθως..." ο νομοθέτης, κατά την άσκηση της αρμοδιότητάς του αυτής, ούτε δεσμεύεται από τις σχετικές απόψεις των ενδιαφερομένων ιδρυμάτων, ούτε υποχρεούται να ακολουθήσει ορισμένο οργανωτικό και λειτουργικό πρότυπο (ΣτΕ 1731/1986 Ολομ., Π.Ε. 144/2008 Ολομ.), αλλά διαθέτει ευρύτατα περιθώρια εξουσίας να οργανώνει το θεσμικό πλαίσιο για την δομή και λειτουργία των Α.Ε.Ι. ανάλογα με τη φύση του ρυθμιζόμενου θέματος (ΣτΕ 982/2012 Ολομ.) και να ορίζει τα πρόσωπα που μετέχουν στη διοίκησή τους, προβλέποντας διαφορετικό τρόπο αναδείξεως ή συμμετοχής στα όργανα από εκείνο που ίσχυε στο παρελθόν, **ενόψει και των εκάστοτε ισχυουσών στα πανεπιστήμια συνθηκών, ώστε να μπορούν αυτά να ανταποκριθούν στις εξελισσόμενες επιστημονικές, κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες, με σκοπό την ικανοποίηση των σύγχρονων και πολυεπίπεδων στόχων του πανεπιστημίου (ΣτΕ 982/2012 Ολομ., 1731/1986 Ολομ., Π.Ε. 144/2008 Ολομ., πρβλ. ΣτΕ 32/2009 7μ.).**

Κατά μεγάλο μέρος της βιβλιογραφίας, η απόφαση αυτή, (ΣτΕ 519/2015), άλλαξε τα δεδομένα όπου τα ΑΕΙ αντιμετωπίζονται πλέον όχι με τη σωματειακή, αλλά με την

<sup>12</sup> www.dsa.net.gr [πρόσβαση 22/02/2019}

ιδρυματική μορφή, καθώς ο σκοπός της λειτουργίας τους φαίνεται να υπερτερεί της δημοκρατικής συμμετοχής όλων των φορέων σε αυτά.<sup>13</sup>

### **1.5. Οι καθηγητές ως Δημόσιοι Λειτουργοί.**

Ζητήματα ανεξαρτησίας του θεσμού των καθηγητών ως δημοσίων λειτουργών σύμφωνα με το άρθρο 16, αλλά και προβλήματα από την τρωθείσα σχέση τους με το πανεπιστήμιο και την ελληνική κοινωνία, προκάλεσε η πρόσφατη οικονομική κρίση η οποία μεταξύ άλλων, έπληξε και τις απολαβές των καθηγητών ΑΕΙ (απόφαση ΣτΕ 4741/2014)

Συνακόλουθα, καθώς το Σύνταγμα καθιερώνει ένα ιδιαίτερα προστατευτικό καθεστώς το οποίο εγγυάται την προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των μελών των ΔΕΠ<sup>14</sup>, το νομικό ζήτημα που τέθηκε με την ως άνω απόφαση, είναι αυτό της προσβολής της λειτουργικής ανεξαρτησίας των πανεπιστημιακών καθηγητών με τη δραματική μείωση των αποδοχών τους λόγω της οικονομικής κρίσης.

Τα όργανα της διοίκησης των ΑΕΙ απολαμβάνουν πλήρους ακαδημαϊκής ελευθερίας.<sup>15</sup> Το δικαίωμα της ακαδημαϊκής ελευθερίας, δεν αποτελεί μόνο το ατομικό δικαίωμα του ερευνητή αλλά και η οργανωμένη δραστηριότητα των μελών των ΔΕΠ (Στε 4009/2000 ΕΕΔ 2001, σελ.337). Στις διατάξεις αυτές, υπάγονται και τα ειδικά θέματα της υπακοής που αναπτύσσονται κατά την ανάπτυξη της ερευνητικής δραστηριότητας ή της ακαδημαϊκής ελευθερίας, ενισχύοντας τη θεσμική ανεξαρτησία των καθηγητών και των μελών ΔΕΠ.<sup>16</sup>

## **ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ**

### **2.1. Η δωρεάν παιδεία. Η ιστορική, θεσμική, νομική αναγκαιότητα του δικαιώματος και οι σύγχρονες αντιλήψεις.**

Για πρώτη φορά με το Σύνταγμα του 1975 καθιερώνεται η έννοια της **δωρεάν** παιδείας και στην ανώτατη εκπαίδευση, για όλους ανεξαρτήτως τους Έλληνες, οι οποίοι πέτυχαν την εισαγωγή τους σε ανώτατο εκπαιδευτικό ίδρυμα, μέσα από αντικειμενική δοκιμασία η οποία έχει κριθεί νομολογιακά και έχει καθοριστεί το περιεχόμενό της, όπως π.χ με τις ΣτΕ 986-988/2014 από τις οποίες προκύπτει, ότι τα κριτήρια για την εισαγωγή στην ανώτατη εκπαίδευση είναι μόνο **γνωστικά**.

Κατά τον καθηγητή Χρυσόγονο, πρόκειται για το αρχαιότερο κοινωνικό δικαίωμα το οποίο έκανε πρώτη φορά την εμφάνισή του στο Σύνταγμα του 1864.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> ο.π. Πηνελόπη Φουντεδάκη

<sup>14</sup> Ανθή Κοσκινά-Σαριδάκη, "Η προάσπιση του λειτουργήματος των μελών του ΔΕΠ των ΑΕΙ εν μέσω οικονομικής κρίσης, ΣτΕ 4742/2014 παρατηρήσεις", περιοδικό το Σύνταγμα 1/2-2015 σελ.262-279.

<sup>15</sup> ο.π. Ανθή Κοσκινά-Σαριδάκη

<sup>16</sup> Χρυσόγονος Κ., "Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη 2008, σελ. 326 επ.

<sup>17</sup> Χρυσόγονος Κ., ο.π.

Μία από τις πρώτες αποφάσεις οι οποίες αναφέρθηκαν στο ζήτημα της δωρεάν παιδείας ήταν η απόφαση ΣτΕ 1260/1995, με την οποία έγινε προσπάθεια να "απαλυνθεί η ένταση" ανάμεσα στην εθνική και κοινοτική τότε έννομη τάξη, με την οποία το δικαστήριο "απέφυγε" το θέμα του δωρεάν και έκρινε το ζήτημα από άλλη νομική βάση.

Το δικαίωμα στη δωρεάν παιδεία αλλά και η πρόσβαση στα ΑΕΙ, αποτελούν κοινωνικά δικαιώματα και μάλιστα, γίνεται λόγος για απόλυτα κοινωνικά κεκτημένα.

**Η έννοια του «δωρεάν» κατά η βιβλιογραφία συνίσταται:** i)στη μη καταβολή διδασκτρων και ii) στη δωρεάν παροχή του ελάχιστου αριθμού στοιχειωδών και απαραίτητων διδακτικών μέσων. Η απολυτότητα των δύο αυτών χαρακτηριστικών δεν καλύπτει άλλες παροχές και ενώ αφορά μόνο Έλληνες, ζητήματα προκύπτουν από το άρθρο 28 παρ.4 της Διεθνούς Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Παιδιού.<sup>18</sup>

## **2.2 Η απόφαση ΣτΕ 2411/2012 (Ολ).**

Με τη συγκεκριμένη απόφαση τέθηκε το ζήτημα της Συνταγματικότητας των διδασκτρων στα στις μεταπτυχιακές σπουδές.

Το Δικαστήριο στη σκέψη 8 μεταξύ άλλων προσδιόρισε και το περιεχόμενο της δωρεάν παιδείας ..... *"Περιεχόμενο της δωρεάν παιδείας στην ανώτατη εκπαίδευση είναι η ανεξάρτητα από εισοδηματικά κριτήρια μη συμμετοχή των φοιτητών στο κόστος λειτουργίας και παροχής του εκπαιδευτικού έργου διά της καταβολής διδασκτρων καθώς και η δωρεάν προμήθεια και παροχή των αναγκαίων διδακτικών μέσων (βιβλία κλπ.). Το εν λόγω δικαίωμα εκτείνεται καθ' όλη την χρονική διάρκεια των προπτυχιακών σπουδών, οι οποίες περαιώνονται με τη λήψη του πτυχίου. Το πτυχίο αποδεικνύει και αντιπροσωπεύει ένα περιεχόμενο επιστημονικών γνώσεων οι οποίες έχουν αποκτηθεί από τον κάτοχό του μεθοδικά και με βάση αυτό μπορεί κατ' αρχήν να ασκήσει αντίστοιχη επαγγελματική δραστηριότητα. Επίσης, το πτυχίο αποτελεί για τον κάτοχό του αφετηρία περαιτέρω επιστημονικής εξέλιξεως διά της συμμετοχής του σε προγράμματα μεταπτυχιακών σπουδών ή σε διαδικασία εκπονήσεως διδακτορικής διατριβής. Όταν ο συντακτικός νομοθέτης θέσπισε με το Σύνταγμα του 1975 το εν λόγω κοινωνικό δικαίωμα και για την ανώτατη εκπαίδευση είχε υπόψη του το θεσμικό πλαίσιο και το κόστος λειτουργίας των προπτυχιακών σπουδών ενώ απουσίαζαν σχεδόν από τα ελληνικά πανεπιστήμια οι μεταπτυχιακές σπουδές (βλ. σελ. 5 Εισηγητ. Εκθ. ν. 1268/82) και το αντίστοιχο θεσμικό πλαίσιο. Ενόψει αυτού, ως προς τις μεταπτυχιακές σπουδές και την εκπόνηση διδακτορικής εργασίας εναπόκειται στην εκτίμηση του κοινού νομοθέτη, να επιβάλλει στους μεταπτυχιακούς φοιτητές εκτός από την κρατική επιχορήγηση και διδάκτρα, για την κάλυψη του κόστους λειτουργίας των προγραμμάτων μεταπτυχιακών σπουδών.*

---

<sup>18</sup> Χρυσόγονος Κ., ό.π.

Στη συνέχεια το Δικαστήριο, έθεσε το 1ο κριτήριο για να είναι συνταγματικά επιτρεπτή η θέσπιση των διδάκτρων: ....*"Στην περίπτωση όμως αυτή για τον καθορισμό των διδάκτρων δύναται να λάβει υπόψη του ο νομοθέτης ή κατ' εξουσιοδότηση η κανονιστικώς δρώσα διοίκηση και εισοδηματικά κριτήρια. Δεν δύναται όμως να καθορίσει δίδακτρα σε τέτοιο ύψος ώστε να καθίσταται αδύνατη ή δυσχερής η συμμετοχή σε ΠΜΣ φοιτητών περιορισμένης εισοδηματικής ικανότητας διότι ένα τέτοιο μέτρο θα παρεβίαζε την γενική ελευθερία προσβάσεως στην παιδεία. Με τα άνω δεδομένα οι διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 3 και 8 παρ. 1α του ν. 3685/2008 που προβλέπουν, μεταξύ άλλων και τη δυνατότητα επιβολής διδάκτρων στους μεταπτυχιακούς φοιτητές για την κάλυψη του κόστους λειτουργίας των ΠΜΣ δεν αντίκεινται στη διάταξη του άρθρου 16 παρ. 4 του Συντάγματος παρέχουν δε νόμιμο έρεισμα στη διάταξη του άρθρου 11 παρ. 2 της προσβαλλομένης υπουργικής αποφάσεως με την οποία ορίστηκε ότι το κόστος λειτουργίας του ως άνω προγράμματος μεταπτυχιακών σπουδών θα καλυφθεί, εκτός των άλλων πόρων και από δίδακτρα.*

**Στη συγκεκριμένη απόφαση υπήρξε μειοψηφία κατά την οποία: ....**

*"Από τις αναφερθείσες διατάξεις του Συντάγματος συνάγεται ότι ο συνταγματικός νομοθέτης αναθέτει την αποστολή της παιδείας ευθέως στο Κράτος και κατοχυρώνει σε 1.<sup>19</sup> όλους τους Έλληνες το δικαίωμα δωρεάν παιδείας, σε 2. όλες τις βαθμίδες των κρατικών εκπαιδευτηρίων χωρίς καμμία διάκριση.*

*3. Το συνταγματικό δικαίωμα της δωρεάν παιδείας είναι διάφορο από την υποχρέωση του Κράτους να ενισχύει τους σπουδαστές που διακρίνονται, καθώς και αυτούς που έχουν ανάγκη από βοήθεια ή ειδική προστασία, ανάλογα με τις ικανότητές τους. Άλλωστε η εκ μέρους του Συντάγματος ανεπιφύλακτη κατοχύρωση του δικαιώματος δωρεάν παιδείας σε όλες της βαθμίδες 4. της αποτελεί την εξέλιξη του σχετικού αρχαιότερου κοινωνικού δικαιώματος στην συνταγματική ιστορία της Χώρας.*

*5 Περαιτέρω με το Σύνταγμα κατοχυρώνεται η ανάπτυξη της ανώτατης παιδείας ως θεμελιώδης σκοπός της Πολιτείας που αποβλέπει στην προαγωγή και μετάδοση της επιστημονικής γνώσεως, με την έρευνα και την διδασκαλία και καθορίζονται οι βασικές προϋποθέσεις και αρχές που διέπουν την παροχή της. Ειδικότερα η παροχή της ανώτατης εκπαίδευσως ανατίθεται αποκλειστικά*

*6. σε ιδρυματικού χαρακτήρα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και σε*

*7. καθηγητές που έχουν την ιδιότητα του δημόσιου λειτουργού και που υπάρχουν στην αρχή της ακαδημαϊκής ελευθερίας που εγγυάται την αδέσμευτη επιστημονική σκέψη, έρευνα και διδασκαλία, οι οποίες αναπτύσσονται με κανόνες που θεσπίζει το Κράτος, το οποίο ασκεί εποπτεία επί των πράξεών τους και με οικονομικά μέσα που παρέχει το ίδιο για την πραγματοποίηση των σκοπών τους (βλ. ΣτΕ 2811/1984 Ολομέλεια). Η*

---

<sup>19</sup> Η αρίθμηση της απόφασης ανήκει στη γράφουσα και αποτελεί προσπάθεια διάκρισης των κριτηρίων-λόγων που έθεσε η μειοψηφία και των συνακόλουθων επιχειρημάτων στα οποία ερείζεται το σκεπτικό της.

κατοχύρωση του δικαιώματος δωρεάν παιδείας και η πρόβλεψη της παροχής από το Κράτος των αναγκαίων οικονομικών μέσων για την πραγματοποίηση των σκοπών τους δεν καλύπτει μόνον προγράμματα σπουδών ορισμένου επιπέδου ή περιεχομένου και δεν περιορίζεται στα υφιστάμενα κατά τον χρόνο θεσπίσεως του Συντάγματος προγράμματα εκπαίδευσης που αντιστοιχούν σε ορισμένα μόνον πτυχία, ειδικότερα δε δεν αφορά την παροχή παιδείας από τα πανεπιστήμια μόνον για τα προπτυχιακά προγράμματα σπουδών που ολοκληρώνεται με την χορήγηση σχετικού πτυχίου που υπήρχαν κατά τον χρόνο θεσπίσεώς του, αλλά αφορά όλα εκείνα τα προγράμματα σπουδών που ο νομοθέτης εκάστοτε αναθέτει σε αυτά και προσιδιάζουν στην αποστολή τους κατά τις απαιτήσεις της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης στην Ελλάδα και την Ευρωπαϊκή Ένωση και σύμφωνα και με τις διεθνείς υποχρεώσεις της και εν όψει των εκάστοτε κρατουσών οικονομικών και κοινωνικών συνθηκών. Τα αναφερθέντα χαρακτηριστικά γνωρίσματα, κατά το Σύνταγμα, των πανεπιστημιακών ιδρυμάτων και των καθηγητών τους συνδέονται αρρήκτως με την δωρεάν παροχή παιδείας σε όλους μέσω των προγραμμάτων σπουδών που προβλέπει ο νομοθέτης και που συνιστούν την αποστολή τους. Επιπροσθέτως, ο Σύμβουλος Δ. Μακρής υποστήριξε και τα εξής:

8. Το κατοχυρούμενο από το Σύνταγμα δικαίωμα δωρεάν παιδείας δεν μπορεί να περιορισθεί σε ορισμένο μόνον βασικό επίπεδο σπουδών χωρίς να θίγεται το περιεχόμενο και το αντικείμενο της ακαδημαϊκής ελευθερίας. Οι προσφερόμενες άλλωστε υπηρεσίες παιδείας από τα εν λόγω ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα που διέπονται από τις αναφερθείσες αρχές δεν είναι επιτρεπτό από το Σύνταγμα να έχουν ως προϋπόθεση την καταβολή χρηματικού ποσού εκ μέρους των φοιτητών.

9. Το Σύνταγμα, κατά την έννοια του, αποκλείει την ύπαρξη οικονομικής σχέσεως μεταξύ των καθηγητών των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων που είναι δημόσιοι λειτουργοί και των φοιτητών σε οποιοδήποτε επίπεδο σπουδών που εντάσσεται στην αποστολή τους και, κατά συνέπεια, είναι αντίθετη προς αυτό η πρόβλεψη καταβολής από τους φοιτητές διδάκτρων για την διδασκαλία και παροχή παιδείας στο πλαίσιο μεταπτυχιακών προγραμμάτων σπουδών και μάλιστα όταν σημαντικό τμήμα των διδάκτρων αυτών διατίθεται, κατά τον νόμο, για αμοιβή ή αποζημίωση του διδακτικού ερευνητικού προσωπικού.

10. Αλλωστε, κατά τα εκτεθέντα, και πριν από την θέσπιση του Συντάγματος το έτος 1975, είχαν προβλεφθεί από τον νομοθέτη μεταπτυχιακές σπουδές στην Ελλάδα για την χορήγηση διδακτορικού διπλώματος και πτυχίου εξειδικευμένων μεταπτυχιακών σπουδών (Ν. 5343/1932 και Π.Δ. 359/1973) και τούτο ήταν, βέβαια, σε γνώση του συνταγματικού νομοθέτη, ο οποίος με απόλυτο τρόπο διακηρύσσει ότι όλοι οι Έλληνες έχουν δικαίωμα δωρεάν παιδείας σε όλες τις βαθμίδες της στα κρατικά εκπαιδευτήρια.

11. Η ευρύτερη βέβαια λειτουργία προγραμμάτων μεταπτυχιακών σπουδών στα Τμήματα των Ανωτάτων Εκπαιδευτικών Ιδρυμάτων και η διαδικασία προπαρασκευής και αποκτήσεως διδακτορικού διπλώματος ως δεύτερης φάσεως

*του μεταπτυχιακού προγράμματος σπουδών προβλέφθηκε μεταγενέστερα με τον Ν. 1566/1985, χωρίς όμως ούτε και τότε να καθορίζεται ότι η χρηματοδότηση των μεταπτυχιακών προγραμμάτων διενεργείται με την καταβολή διδάκτρων. Η καταβολή διδάκτρων από τους μεταπτυχιακούς φοιτητές προβλέφθηκε με τον Ν. 2083/1992 και ήδη με τον Ν. 3685/2008.*

*12. Σημειωτέον ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3685/2008 που διέπουν πλέον την οργάνωση και λειτουργία των μεταπτυχιακών σπουδών, τα μεταπτυχιακά αυτά προγράμματα σπουδών εντάσσονται ρητά στην ανώτατη βαθμίδα της παιδείας που παρέχεται από τα ανώτατα εκπαιδευτικά ιδρύματα που λειτουργούν με την μορφή νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, λειτουργούν με την ευθύνη των ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων και έχουν ως σκοπό την περαιτέρω προαγωγή της επιστημονικής γνώσεως και των τεχνών και την προώθηση της έρευνας με συνεκτίμηση των αναγκών αναπτύξεως της Χώρας. Οι σκοποί αυτοί βρίσκονται στον πυρήνα της αποστολής των εκπαιδευτικών αυτών ιδρυμάτων και συνδέονται αρρήκτως με την ακαδημαϊκή ελευθερία και άρα οι σχετικές υπηρεσίες κατά το Σύνταγμα πρέπει να παρέχονται από αυτά δωρεάν. Εν όψει των προεκτεθέντων, κατά την μειοψηφήσασα γνώμη, των ανωτέρω Συμβούλων, οι διατάξεις του άρθρου 3 παράγραφος 3 και του άρθρου 8 του Ν. 3685/2008, σύμφωνα με τις οποίες τα δίδακτρα περιλαμβάνονται μεταξύ των πόρων των προγραμμάτων μεταπτυχιακών σπουδών, σημαντικό τμήμα των οποίων μάλιστα διατίθεται για αμοιβές-αποζημιώσεις του διδακτικού ερευνητικού προσωπικού, έρχονται σε αντίθεση προς το Σύνταγμα και δεν εφαρμόζονται, με συνέπεια να είναι παράνομο το αντίστοιχο προσβαλλόμενο τμήμα της υπουργικής αποφάσεως που έχει ως έρεισμα τις αναφερθείσες νομοθετικές διατάξεις, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με τον μοναδικό λόγο ακυρώσεως, ο οποίος, κατά την μειοψηφήσασα αυτή γνώμη, θα έπρεπε ως εκ τούτου να γίνει δεκτός.*

**2.3. Τα κριτήρια των σημερινών αλλά και μελλοντικών "εξαιρέσεων" από το άρθρο 16 παρ.4 του Συντάγματος, αποτελούν την "κερκόπορτα" για τα ιδιωτικά πανεπιστήμια και είναι τελικά προϊόν κοινωνικο-πολιτικών εξελίξεων ή αποτελούν και μία σταδιακή μεταβολή των συνταγματικών διατάξεων σε βασικά θεσμικά ζητήματα?-Συγκριτική παράθεση των αποφάσεων ΣτΕ 519/2015 και 2411/2012**

Το πρώτο πρόβλημα και τα ερωτηματικά άρχισαν να πληθαίνουν με τη λειτουργία των "παραρτημάτων αλλοδαπών πανεπιστημίων" που αποτελούν ιδιωτικά εκπαιδευτήρια και τα πρώτα έτη σπουδών τα ολοκληρώνουν εντός της χώρας μας. Η ολοκλήρωση των σπουδών εξασφαλίζεται με τη φοίτηση και τη λήψη πτυχίου στο εξωτερικό.<sup>20</sup> Ακολούθησε η συζήτηση για την ίδρυση "μη κερδοσκοπικών" πανεπιστημίων από τους ιδιώτες, η απόφαση για τη συνταγματικότητα των διδάκτρων

---

<sup>20</sup> Ιφιγένεια Καμτσίδου, "Η ανώτατη εκπαίδευση και το πρόβλημα των ιδιωτικών πανεπιστημίων" πέντε χρόνια μετά τη Συνταγματική αναθεώρηση του 2001, Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου, ίδρυμα Θεμιστοκλή και Δημήτρη Τσάτσου, εκδόσεις Αν. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα- Κομοτηνή 2006, σελ 367 επ.

στις μεταπτυχιακές σπουδές, αλλά και το ζήτημα που έθεσε η ΔΕΦΠατρών 705/2010 για τη συνταγματικότητα των διδασκτρων στο Ανοικτό Πανεπιστήμιο.

Οι οικονομικοί και κοινωνικοπολιτικοί παράγοντες αλλά και οι νομολογιακές εξελίξεις, πιέζουν όλο και περισσότερο ώστε η συζήτηση για την αναθεώρηση του άρθρου 16 όσον αφορά τη λειτουργία των ιδιωτικών πανεπιστημίων, να βρίσκει και έρεισμα στην έλλειψη προσαρμογής με την ευρωπαϊκή πραγματικότητα.

Ετσι, το ΔΕΚ σύμφωνα με το άρθρο 126 Συνθ Ρώμης απεφάνθη ότι η πανεπιστημιακή εκπαίδευση πρέπει να λειτουργεί και ως παράγοντας οικονομικής ανάπτυξης των χωρών και ενίσχυσης της ευρωπαϊκής κοινής αγοράς.<sup>21</sup> Προς την κατεύθυνση αυτή λειτούργησαν και ενίσχυσαν τα ζητήματα της ευρωπαϊκής πολιτικής τα προγράμματα erasmus, μετέπειτα socrates, tempus κλπ, η κοινή διακήρυξη των Υπουργών Παιδείας της Μπολόνια το 1995 κοκ.

Από την παράθεση δύο εκ των σπουδαιότερων αποφάσεων στα εκπαιδευτικά ζητήματα Στε 519/15 για το αυτοδιοίκητο στα πανεπιστήμια αλλά και της ΣτΕ 2411/2012 για τα δίδακτρα στα μεταπτυχιακά προγράμματα, που αν και αντιμετωπίζουν εν πρώτοις διαφορετικά ζητήματα του άρθρου 16, μπορούμε να εξάγουμε κάποια κοινά συμπεράσματα, κάποιες τάσεις που κυριάρχησαν την περίοδο της κρίσης στο ανώτατο Δικαστήριο.

Ετσι, εκφράσεις που μεταφέρθηκαν αυτούσια από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4099/2011 και των βελτιωτικών διατάξεων του ν.4076/2012, όπως *"επιδιώκεται η ενίσχυση της εξωστρέφειας των ιδρυμάτων αυτών", με τη συμμετοχή στην διοίκησή τους διακεκριμένων προσώπων τα οποία μπορούν να συνδράμουν στην καλύτερη οργάνωση και λειτουργία τους, καθώς και η σύνδεσή τους με την κοινωνία και την οικονομία ή..... το υφιστάμενο σύστημα ανώτατης εκπαίδευσης είναι αγκιστρωμένο σε παρωχημένες δομές που υπονομεύουν τους στόχους που οφείλει να υπηρετεί, .....ο τρόπος εκλογής των οργάνων διοικήσεως των Α.Ε.Ι. δημιουργεί εξαρτήσεις και αδράνεις που περιορίζουν την αποτελεσματικότητα της διοικήσεως των ιδρυμάτων και την ικανότητά τους να ανταποκρίνονται με ποιότητα στις αυξανόμενες ανάγκες και τις προσδοκίες της κοινωνίας και της οικονομίας, γ) στο υφιστάμενο πλαίσιο δεν αποτρέπονται φαινόμενα κομματισμού και ευνοιοκρατίας, ενώ ευνοούνται οι διαφορές και συγκρούσεις μεταξύ των μελών της ακαδημαϊκής κοινότητας και δ) εν τέλει, το σημερινό πρότυπο διοικήσεως των Α.Ε.Ι. ενοεί την εκπαιδευτική και ερευνητική εσωστρέφεια και περιορίζει τις υπαρκτές δυνατότητες των ιδρυμάτων να αντιμετωπίζουν αποτελεσματικά τις διαφοροποιημένες ανάγκες τους.*

Από την υιοθέτηση των σκέψεων της αιτιολογικής έκθεσης των ανωτέρω ν. και το σκεπτικό του δικαστηρίου, οι λόγοι ακυρώσεως στην πλειονότητά τους ερείζονται στη διάκριση αυτονομίας και αυτοδιοίκητου και χρησιμοποιούν έμμεσα τους λόγους της αιτιολογικής έκθεσης ως σκοπούς, περιβάλλονται έτσι την απαιτούμενη συνταγματικότητα, καθώς γίνεται σιωπηρά αποδεκτό το ζήτημα των "παρωχημένων

---

<sup>21</sup> ο.π.Ιφιγένεια Καμτσίδου.



δομών" των πανεπιστημίων, της ανάγκης για "εξωστρέφεια" τη σύνδεση με την "κοινωνία και την οικονομία", το οποίο επαναλαμβάνεται δύο φορές, καθώς και "φαινόμενα αδράνειας της διοίκησης, κομματισμού, ευνοιοκρατίας". Στη συνταγματική δηλαδή επιταγή της πλήρους αυτοδιοίκησης των ΑΕΙ, παρατηρούμε να εμφιλοχωρούν νέες έννοιες, τις οποίες φαίνεται να μην προείδε ο Συνταγματικός νομοθέτης του 1975, όταν δεν είχε προβλέψει τη σύνδεση του πανεπιστημίου με την οικονομία, και την εξωστρέφεια.

Όπως αναφέρθηκε, φαίνεται μία "υποχώρηση της διαφύλαξης των δημοκρατικών διαδικασιών", σε σχέση με τον τρόπον ψήφισης των μελών, τη διαδικασία των εκλογών, τα εξωτερικά μέλη των πανεπιστημίων, με σκοπό τη διασφάλιση μιας αποτελεσματικότητας του πανεπιστημίου ενόψει των διαφοροποιημένων αναγκών του (δεν προσδιορίζονται αυτές από την αιτιολογική έκθεση).

**Στην απόφαση ΣτΕ 2411/2012**, ένα από τα κριτήρια της πλειοψηφίας, ότι δηλαδή το πτυχίο είναι δωρεάν γιατί το πρόβλεψε ο Συνταγματικός νομοθέτης ενώ το μεταπτυχιακό δεν είναι και δεν άπτεται της συνταγματικής προστασίας γιατί τότε δεν υπήρχαν μεταπτυχιακά αποδυναμώνεται, καθώς ήταν γνωστή η νομοθεσία περί μεταπτυχιακών σπουδών στην Ελλάδα. Περαιτέρω, και το κριτήριο που τίθεται στη συνέχεια, ότι είναι συνταγματικό να θεσπίζονται δίδακτρα στα μεταπτυχιακά με όριο όμως να μην εμποδίζουν το δικαίωμα της πρόσβασης στην εκπαίδευση, προκαλεί αμφισβητήσεις, καθώς το ύψος των διδάκτρων θα μπορούσε να ειπωθεί ότι ευνοεί τις ανισότητες.

**2.4** Το πρόβλημα έγκειται στα όρια που θέτει ο συνταγματικός νομοθέτης και θα πρέπει να επανακαθοριστούν σε ενεδεχόμενη συνταγματική αναθεώρηση του συγκεκριμένου άρθρου, στην τήρηση των συνταγματικών θεσμών, του αυτοδιοίκητου, του θεσμού των δημοσίων λειτουργιών, αλλά και κυρίως ζητημάτων που άπτονται της ελευθερίας της έρευνας, της επιστήμης, της μεθόδου της διδασκαλίας, του δικαιώματος στη δωρεάν παιδεία αλλά και των ορίων τα οποία συνήθως προβάλλονται, αλλά δεν εξειδικεύονται (αντιθέτως γίνεται γενικά λόγος για κοινωνικές, πολιτικές, οικονομικές και άλλες ανάγκες).

## **ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ**

**Η Ιδιωτική ανώτατη παιδεία. Ποιό το διακυβευόμενο έννομο αγαθό από την αντιπαράθεση με το ζήτημα της συνταγματικής απαγόρευσης.**

Η ελευθερία της ιδιωτικής εκπαίδευσης, αποτελεί μία επιμέρους εκδήλωση της ελευθερίας της διδασκαλίας και της προστασίας του σχολείου ως θεσμού σε συνάρτηση με τα άρθρα της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, της προστασίας της οικονομικής ελευθερίας, της ισότητας.

Ακόμη και με την «κουτσή» αυτή μορφή, η ιδιωτική εκπαίδευση παρέχεται, στις προηγούμενες βαθμίδες ελεύθερα και με έντονα τα στοιχεία του κρατικού ελέγχου (ΔΕΚ 147/1986 Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Εφαρμογές, 1988 σελ.256)

Προβλήματα τα οποία έχουν ανακύψει από τη συνταγματική απαγόρευση της παρεχόμενης παιδείας από την ιδιωτική εκπαίδευση, αποτέλεσαν μεταξύ άλλων ζητήματα μη αναγνώρισης τίτλου σπουδών, όπου και τέθηκαν ζητήματα σύγκρισης της διάρκειας των σπουδών μεταξύ κρατικών και ιδιωτικών πανεπιστημίων και εφαρμόστηκε το κριτήριο της συνεκτίμησης της διάρκειας των σπουδών, με το παρεχόμενο επίπεδο σπουδών (Στε 1680/1995). Επίσης από την συνταγματική απαγόρευση έχουν δημιουργηθεί πολλές φορές προβλήματα εναρμόνισης με το ευρωπαϊκό δίκαιο (ενδεικτικά ΔΕΚ 13.03.2003 Valentina Negri).<sup>22</sup>

Ετσι λόγω των οξυμένων οικονομικών αναγκών, οι οποίες όμως πρέπει κάθε φορά να εξειδικεύονται, αλλά και της ευρύτερης ευρωπαϊκής νομοθεσίας για εναρμόνιση με το ευρωπαϊκό δίκαιο, καθίσταται πλέον αναγκαία η διεύρυνση της ανώτατης παιδείας με την ίδρυση των ιδιωτικών πανεπιστημίων.

Η ανάγκη όμως της επίλυσης του ζητήματος των ιδιωτικών πανεπιστημίων,, προκάλεσε και παρεμβάσεις στα κρατικά ΑΕΙ, με πλήθος νομοθετικών διατάξεων, οι οποίες αντί να ενισχύουν τα συνταγματικά πλαίσια λειτουργίας του πανεπιστημίου, όπως το δωρέαν, την έρευνα, τα κονδύλια, την ενίσχυση του θεσμικού ρόλου των καθηγητών, το σεβασμό του δημόσιου λειτουργήματός τους με την αύξηση των μισθών τους, τον τρόπο ανάδειξής τους με την ενίσχυση των δημοκρατικών λειτουργιών, αντιθέτως, δανείζονται όρους και έννοιες από τη λειτουργία των ιδιωτικών πανεπιστημίων, τον οποίων σαφώς ο ρόλος είναι διαφορετικός και εναπόκειται στο χρόνο να αποδειχθεί αν θα αποβεί και οικονομικά πετυχημένος.

Το πλαίσιο στο οποίο λειτουργεί το κρατικό πανεπιστήμιο, με τη μορφή της οργανωμένης εκπαίδευσης, της ελευθερίας της έρευνας, των θεσμών που το περιβάλλει, του αυτοδιοίκητου, της επιστήμης, του έργου που προάγει, με όποια κωλύματα ή αγκυλώσεις έχει και τα οποία πρέπει να αντιμετωπίζονται άμεσα και όχι να χρονίζουν, έχει διαφορετικό διακύβευμα και ως τέτοιο πρέπει να αντιμετωπίζεται.

## ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Η συζήτηση για την ίδρυση ή όχι των ιδιωτικών πανεπιστημίων, ανεξάρτητα από την απόφαση που έλαβε η παρούσα Βουλή για την αναθεώρηση, πρέπει να συνεχιστεί. Τα θεσμικά ζητήματα της εκπαίδευσης, της παιδείας, της επιστήμης και της ακαδημαϊκής ελευθερίας πρέπει να ενισχύονται στην ουσία τους και το άρθρο 16 πρέπει να βγει ενδυναμωμένο από τις χρόνιες αυτές αντιπαραθέσεις. Η προσπάθεια εναρμόνισης των ιδιωτικών πανεπιστημίων σύμφωνα και με τις ευρωπαϊκές επιταγές αλλά και σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ.1 του Συντάγματος, και ε τις διατάξεις για την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας του ατόμου μέσα και από την οικονομική του ελευθερία, πρέπει να συνεχιστεί σε μία βαθύτατα δημοκρατική κοινωνία όπως επιθυμούμε να τη χαρακτηρίζουμε.

---

<sup>22</sup> ο.π. Χρυσόγονος Κ.

Περαιτέρω όμως, η οχύρωση του άρθρου 16 με τη διατήρηση κάθε θεσμικού κεκτημένου το οποίο το περιβάλλει, η διατήρηση στη συνείδηση της κοινωνίας ότι υπάρχει μία "πόρτα ευκαιρίας" για κάθε άτομο, ανεξάρτητη από οικονομικές ανισότητες, όπου η μόνη ισότιμη απαίτηση είναι η γνωσιολογική εξέταση και αυτή την έχει πετύχει σε πολύ μεγάλο βαθμό το άρθρο αυτό μέσω του κρατικού πανεπιστημίου, αλλά και η ενίσχυσή του ακόμη περισσότερο, αυτή θα πρέπει να είναι η βάση της συζήτησης και η ενδυνάμωση του χαρακτήρα της δωρεάν παιδείας. Ο ρόλος της δικαιοσύνης και στο σημείο αυτό είναι μέγιστος, καθώς θα πρέπει κάθε φορά τα κριτήρια με τα οποία εργαλειοποιεί την κρίση της, να έχουν πάντα εφελτήριο τους θεσμούς και τις συνταγματικές αρχές ως ενότητα και όχι μόνο αποσπασματικές οικονομικές ή κοινωνικές συγκυρίες.

# ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΘΡΗΣΚΕΥΤΙΚΗΣ ΟΥΔΕΤΕΡΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ ΕΝ ΟΨΕΙ ΤΗΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΕΩΣ

Νικόλαος Κ. Παπαδόπουλος, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Διδάκτωρ Νομικής Εθνικού & Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών

## 1. Η αναθεώρηση συνταγματικών διατάξεων πρέπει να είναι κοινωνικώς αναγκαία

Είναι γνωστή η διατυπωμένη στο έργο του “Το Πνεύμα των Νόμων” θέση του Μοντεσκιέ ότι “δεν πρέπει καθόλου να μεταβάλλεται ένας νόμος χωρίς επαρκή αιτίαν” · αυτό ισχύει κατά μείζονα λόγον για το Σύνταγμα, το οποίο επί μακρόν δεσμεύει την εθνική ζωή, και μάλιστα για το ελληνικό Σύνταγμα, το οποίο, ενόψει του άρθρου 110Σ, είναι αυστηρό ως προς τη διαδικασία της αναθεώρησής του<sup>1</sup>.

## 2. Η πρόταση αναθεώρησης του άρθρου 3 προς την κατεύθυνση της κατοχύρωσης της θρησκευτικής ουδετερότητας του Κράτους

Στην επιστημονική και γενικότερη βιβλιογραφία-αρθρογραφία εκφράζεται μεταξύ άλλων η άποψη ότι το Σύνταγμα συγκροτεί ή πρέπει να συγκροτεί ένα Κράτος θρησκευτικώς ουδέτερο, ιδιότητα που εγγυάται τον σεβασμό και την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και την αποτροπή διακρίσεων οποιασδήποτε μορφής. Ερειδομένη προφανώς στην άποψη αυτή, η οποία δεν είναι φυσικά η μόνη ούτε μπορεί να θεωρηθεί η κρατούσα, η κοινοβουλευτική συμπολίτευση πρότεινε την αναθεώρηση των διατάξεων του άρθρου 3§1, 2 και 3 του Συντάγματος προς την κατεύθυνση της κατοχύρωσης της θρησκευτικής ουδετερότητας του κράτους. Η πρόταση αναθεώρησης του άρθρου 3 πλαισιώνεται με την πρόταση αναθεώρησης του άρθρου 13§2 προς την κατεύθυνση της καθιέρωσης του υποχρεωτικού πολιτικού όρκου για τους κρατικούς αξιωματούχους, του άρθρου 33§2 για την καθιέρωση πολιτικού όρκου του Προέδρου της Δημοκρατίας, πριν από την ανάληψη των καθηκόντων του, και του άρθρου 59§1 αντιστοίχως για την καθιέρωση πολιτικού όρκου των βουλευτών πριν από την ανάληψη των καθηκόντων τους.

Η πρόταση αναθεώρησης του άρθρου 3§1 του Συντάγματος προς την κατεύθυνση της θρησκευτικής ουδετερότητας του Κράτους έλαβε την απόλυτη πλειοψηφία, αλλά όχι πλειοψηφία τριών πέμπτων του συνολικού αριθμού των βουλευτών σε δύο ψηφοφορίες που απείχαν μεταξύ τους τριάντα ημέρες<sup>2</sup>. Επίσης, αποφασίσθηκε στις ίδιες δύο ξεχωριστές ψηφοφορίες με την απόλυτη πλειοψηφία του όλου αριθμού των βουλευτών, αλλά όχι με πλειοψηφία τριών πέμπτων του συνολικού αριθμού των βουλευτών, η έναρξη της διαδικασίας αναθεώρησης των άρθρων 13§2, 33§2 και 59§1 του Συντάγματος. Συνεπώς, το αναθεωρητικό διάβημα αφορά συν τοις άλλοις την αναθεώρηση της δέσμης των διατάξεων που έχουν θρησκευτικό περιεχόμενο, δηλαδή το επικληθέν “θρησκευτικό σύνταγμα”.

<sup>1</sup>Βλ. ιδίως τη μελέτη του πρώην Προέδρου της Δημοκρατίας Χ. Σαρτζατάκη, Σκέψεις επί της αναθεώρησης του Συντάγματος-Το δέον και το εφικτόν, ΕλλΔνη 2006 σελ. 966.

<sup>2</sup>Στην ψηφοφορία της

### **3. Η δέσμη των διατάξεων που αποτελούν το λεγόμενο “θρησκευτικό σύνταγμα”**

Στο “θρησκευτικό σύνταγμα” εντάσσονται η προμετωπίδα του Συντάγματος “Εις το όνομα της Αγίας και Ομοουσίου και Αδιαιρέτου Τριάδος”, το άρθρο 3 που ρυθμίζει τις σχέσεις Εκκλησίας και Πολιτείας, το άρθρο 13 που καθιερώνει την ελευθερία θρησκευτικής συνειδήσεως και λατρείας, το άρθρο 16§2 το οποίο θέτει μεταξύ άλλων ως σκοπό της εκπαίδευσης (“παιδείας”) την ηθική, πνευματική κ.λπ αγωγή των Ελλήνων και ανάπτυξη της εθνικής και θρησκευτικής συνειδήσεως, το άρθρο 33§2 και το άρθρο 59§1 που καθιερώνουν θρησκευτικό τύπο όρκου για τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας και τους βουλευτές πριν από την ανάληψη των καθηκόντων τους, το άρθρο 72§1, που αναθέτει στην αρμοδιότητα της Ολομέλειας (και όχι Τμήματος) της Βουλής τη συζήτηση και ψήφιση νομοσχεδίων και προτάσεων νόμων που αφορούν το άρθρο 3 του Συντάγματος, το άρθρο 105 του Συντάγματος που ρυθμίζει το αυτοδιοίκητο καθεστώς του Αγίου Όρους.

Το “θρησκευτικό σύνταγμα” συγκροτήθηκε και παραμένει σε ισχύ ως αποτέλεσμα του θρησκευτικού συναισθήματος της συντριπτικής πλειονότητας του ελληνικού λαού. Είναι έκφανση της δημοκρατικής αρχής, σύμφωνα με την οποία το Κράτος διαμορφώνει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του με βάση τα χαρακτηριστικά και τις πεποιθήσεις του λαού, αλλά και έκφανση της αρχής του Κοινωνικού Κράτους, σύμφωνα με την οποία το Κράτος δεν μπορεί να νοηθεί ως “θηριοδαμαστής” της κοινωνίας, αλλά εκφράζει και υπηρετεί την ελληνική κοινωνία και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της.

### **4. Περί της αναθεωρήσεως της παραγράφου 1 του άρθρου 3 του Συντάγματος**

Το περιεχόμενο της παραγράφου 1 του άρθρου 3 του Συντάγματος, το οποίο ως πυρήνα του έχει τον καθορισμό της θρησκείας της Ανατολικής Ορθόδοξης του Χριστού Εκκλησίας ως επικρατούσας θρησκείας συνιστούσε το περιεχόμενο του άρθρου 1 των ελληνικών Συνταγμάτων από τα Συντάγματα της Επανάστασεως μέχρι το Σύνταγμα του 1952 και τα “κείμενα συντάγματος” της στρατιωτικής δικτατορίας. Αποτέλεσε, ως προς τον τύπο, καινοτομία-μερική απόκλιση από τη συνταγματική παράδοση η μεταφορά του ως άρθρο 3 στο ισχύον Σύνταγμα. Το περιεχόμενο του άρθρου 3§1 του Συντάγματος μπορεί να νοηθεί, όπως ήδη προαναφέρθηκε, ως έκφανση της δημοκρατικής αρχής και της αρχής του κοινωνικού κράτους. Το ελληνικό Κράτος είναι ορθόδοξο χριστιανικό, διότι η συντριπτική πλειοψηφία του ελληνικού λαού, διαχρονικώς από τη σύσταση του ελληνικού κράτους, ασπάζεται την Ορθόδοξη Χριστιανική θρησκεία και συμμετέχει στις εκδηλώσεις λατρείας της.

“Μα μπορεί να θρησκευείται ένα Κράτος, δηλαδή ένα νομικό πρόσωπο;”, αντιτείνουν πολλοί. Όντως, αν θεωρηθεί ότι τα νομικά πρόσωπα στερούνται ιδιοτήτων που προσδιάζουν σε φυσικά πρόσωπα, τότε το Κράτος δεν θρησκευείται. Αλλά εάν δεν θρησκευείται, πώς μπορεί να νοηθεί ως θρησκευτικώς ουδέτερο, αφού η θρησκευτική ουδετερότητα ανάγεται και αυτή σε θρησκευτικές πεποιθήσεις; Το ελληνικό Κράτος, όμως, ενόψει της ιστορικής διαδικασίας συγκροτήσεως του από έναν επαναστατημένο και θρησκευτικά καταπιεσμένο λαό και με βάση τις θρησκευτικές πεποιθήσεις της συντριπτικής -διαχρονικώς- πλειονότητας του λαού αυτού, τον οποίο εκφράζει και υπηρετεί, δηλώνει διά της §1 του άρθρου 3 του Συντάγματός του την “ομολογία” του υπέρ της ορθόδοξης Χριστιανικής θρησκείας.

Η θέση περί θρησκευτικής ουδετερότητας του Κράτους προβάλλει τον διορθωτικό χαρακτήρα της, θεωρεί ότι το θρησκευτικό “χρώμα” του Κράτους είναι αναχρονιστικό, ξεπερασμένο και ενδεχομένως βασίζεται σε πεπλανημένες θρησκευτικές απόψεις. Τα ερωτήματα, όμως, περί θρησκευτικής ορθότητας, δηλαδή

ερωτήματα του τύπου “υπάρχει ή δεν υπάρχει Θεός”, “ποια είναι η σωστή θέση του σύγχρονου ανθρώπου έναντι των θρησκειών” δεν μπορούν να απαντηθούν από τον συντακτικό ή αναθεωρητικό νομοθέτη ούτε να επιλυθούν από τον ανωτάτης τυπικής ισχύος νόμο του Κράτους. Το Σύνταγμα δεν μπορεί να είναι ένα επιστημονικό κείμενο θρησκευολογίας, όπως βεβαίως δεν είναι και ένα ιερό κείμενο · ο συντακτικός νομοθέτης -αναγόμενος στην κοινωνική βούληση- δεν διερεύνησε με κριτήρια επιστημονικά και δεν αναζήτησε στην επιστημονική βιβλιογραφία την ορθή απάντηση στα θρησκευτικά ή θρησκευολογικά ερωτήματα που απασχολούν τον σύγχρονο άνθρωπο, αλλά “ομολογεί” την ορθότητα της Ορθόδοξης Χριστιανικής Θρησκείας, στα πλαίσια της δημοκρατικής αρχής και της αρχής του κοινωνικού κράτους, διότι αυτήν ασπάζεται και ομολογεί η συντριπτική πλειονότητα του ελληνικού λαού.

Δεν συνάδει προς την αρχή του κοινωνικού κράτους η καθιέρωση θρησκευτικής ουδετερότητας του κράτους, διότι επιπλέον παραγνώνει τα μαζικά κοινωνικά κινήματα που συνέτειναν στην καθιέρωση της ορθόδοξης χριστιανικής θρησκείας ως επικρατούσας θρησκείας του κράτους και καταγράφηκαν ως ορόσημα στη νεοελληνική ιστορία. Αξίζει κυρίως, αλλά μόνον ενδεικτικώς να μνημονευθούν : α) Η Επανάσταση του 1821 που οδήγησε στη συγκρότηση του Ελληνικού Κράτους ήταν επανάσταση Ορθόδοξων Χριστιανών κατά του αλλόθρησκου δυνάστη, οι οποίοι ως εθνικό σύμβολό τους επέλεξαν το σύμβολο της θρησκείας τους : τον Σταυρό, ο οποίος παραμένει ως σημαία και εθνόσημο του Κράτους . Ιστορικώς, μάλιστα έχει καταγραφεί ότι η συνειδητοποίηση της εθνικής ταυτότητας του επαναστατημένου Έλληνα, που ήταν ο υπόδουλος-ραγιάς “χριστιανός”, “ρωμιός”, έγινε κυρίως με βάση τη θρησκεία του, γεγονός που διατυπώνεται με την περίφημη διαπίστωση του Θεόδωρου Κολοκοτρώνη “πρώτα είπαμε υπέρ πίστεως και ύστερα υπέρ πατρίδος”. β) Η δυσφορία του ελληνικού λαού αρχικώς για τη λεγομένη “αντιβασιλεία” και ακολούθως για τον ίδιο τον Όθωνα (για τον οποίο δέον να μη λησμονείται ότι είχε κλασική παιδεία και πραγματική αγάπη για την αρχαία Ελλάδα) , που κατέληξε στην κήρυξη ως έκπτωτης της δυναστείας των Βίτελσμπαχ, οφειλόταν, συν τοις άλλοις, στο ότι ο Όθων δεν ήταν χριστιανός ορθόδοξος, αλλά ρωμαιοκαθολικός. γ) Η κοινωνική-λαϊκή απαίτηση που καταγράφηκε στο Σύνταγμα του 1864 να βαπτίζονται Ορθόδοξοι Χριστιανοί οι διάδοχοι του Γεωργίου του Α' . δ) Τα λεγόμενα “Ευαγγελικά”, δηλαδή η μαζική αντίδραση των φοιτητών του Πανεπιστημίου Αθηνών στο ενδεχόμενο μεταφράσεως της Καινής Διαθήκης στη δημοτική. Αλλά δεν πρέπει να λησμονείται ότι ακόμη και ο Άρης Βελουχιώτης, ως διοργανωτής του Ε.Λ.Α.Σ. κατά την περίοδο της κατοχής (1941-1944), επέλεγε, όταν έκανε την εμφάνιση με τις ένοπλες ομάδες του σε χωριά της ελληνικής επαρχίας, να συνοδεύεται από ορθόδοξο χριστιανό παππά. Έναντι των παραπάνω -ενδεικτικώς αναφερομένων γεγονότων- δεν υπάρχει ούτε ένα παράδειγμα μαζικού κινήματος υπέρ της θρησκευτικής ουδετερότητας του κράτους. Οι υποστηρικτές της θρησκευτικής ουδετερότητας του κράτους περιορίζονται σε κάποιους διανοούμενους, καθηγητές πανεπιστημίου κ.λπ., των οποίων βεβαίως η θέση είναι σεβαστή, αλλά δεν νοείται να καταγραφεί ως θέση της κοινωνίας και κοινωνικό αίτημα στον θεμελιώδη νόμο του Κράτους.

Η καθιέρωση της Ορθόδοξης Χριστιανικής Θρησκείας ως επικρατούσας θρησκείας του Κράτους δεν είναι άμοιρη κανονιστικών συνεπειών ούτε έχει χαρακτήρα πληροφοριακό ή απλώς περιγραφικό ως προς το θρήσκευμα που ασπάζεται η πλειονότητα των κατοίκων της ελληνικής επικρατείας . Το Σύνταγμα ως νομοθέτημα ρυθμίζει και επιτάσσει · δεν περιγράφει. Συνεπώς, η μορφή της σημαίας του Κράτους, η μορφή του εθνόσημου, η διαμόρφωση των επισήμων κρατικών αργιών, η συμμετοχή των ενόπλων δυνάμεων και των σωμάτων ασφαλείας και άλλων

δημοσίων υπηρεσιών (όπως ιδίως τα σχολεία) στις εκδηλώσεις της Ορθόδοξης Χριστιανικής θρησκείας, το περιεχόμενο του μαθήματος των θρησκευτικών είναι μόνον κάποιες από τις κανονιστικές συνέπειες της καθιέρωσης της Ορθόδοξης Χριστιανικής θρησκείας ως επικρατούσας θρησκείας του Κράτους, οπότε η καθιέρωση θρησκευτικής ουδετερότητας του Κράτους είναι εύλογο να θέσει αμφιβολίες ως προς την ισχύ των ανωτέρω, τα οποία οι πάντες (η εν πάση περιπτώσει οι πάντες πλην ελαχίστων εξαιρέσεων) θεωρούν δεδομένα και επιθυμητά.

Η “ομολογία” της ορθόδοξης χριστιανικής πίστης στο Σύνταγμα δεν θίγει την ελευθερία θρησκευτικής συνειδήσεως και λατρείας αλλοθρήσκων, αθρήσκων, αθέων ή περιστασιακώς αποστασιοποιημένων από την ορθόδοξη χριστιανική πίστη προσώπων, οι οποίοι συγκροτούν μειονότητες. Την ελευθερία θρησκευτικής συνειδήσεως και λατρείας των ανωτέρω ατόμων εγγυάται το άρθρο 13 του Συντάγματος, το οποίο έχει ίση τυπική ισχύ με τις διατάξεις του άρθρου 3 του Συντάγματος. Οι διατάξεις αυτές ισχύουν παράλληλα και δεν μπορεί να θίξει η δέσμη των διατάξεων του άρθρου 3Σ τη δέσμη των διατάξεων του άρθρου 13Σ ούτε το αντίστροφο. Εξάλλου, -συν τοις άλλοις- τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της ορθόδοξης χριστιανικής θρησκείας ως θρησκείας της αγάπης και της ανεκτικότητας αποτρέπουν τις αθέμιτες επεμβάσεις στη θρησκευτική ελευθερία των μη ορθοδόξων χριστιανών. Η θέση, όμως, των μη ορθοδόξων χριστιανών που ζουν στην επικράτεια του ελληνικού κράτους, ως προς τη διαμόρφωση του θρησκευτικού “χρώματος” του Κράτους είναι θέση μειοψηφούντων έναντι πλειοψηφούντων στα θρησκευτικά ζητήματα. Δεν δύναται, ενόψει της θεμελιώδους δημοκρατικής αρχής, η μειοψηφία να επιβάλλει την άποψή της στην υπερπολλαπλάσια πλειοψηφία.

Προβάλλεται το επιχείρημα ότι η θρησκευτική ουδετερότητα του Κράτους επιβάλλεται από την Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Πρόκειται φυσικά περί επιχειρήματος εδραζομένου σε εσφαλμένη βάση, διότι ποτέ το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στην πολύ πλούσια νομολογία του δεν επέκρινε ως μη συνάδουσα με τις διατάξεις της Ε.Σ.Δ.Α. τη συνταγματική προτίμηση κάποιου συμβαλλομένου κράτους προς συγκεκριμένη θρησκεία, μολονότι επανειλημμένα επιλήφθηκε προσφυγών κατά Κρατών που καθιερώνουν επικρατούσα θρησκεία, όπως όχι μόνο η Ελλάδα<sup>3</sup>, αλλά η Δανία και η Νορβηγία<sup>4</sup>. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο κατά την εξέταση προσφυγών που αφορούν το άρθρο 9 της Συμβάσεως ξεκινά από τη θέση ότι η ρύθμιση των σχέσεων Κράτους-Εκκλησίας-Θρησκείας είναι αρμοδιότητα των συμβαλλομένων Κρατών και δεν αποκρούει τη δυνατότητα θεσπίσεως ιδιαίτερων νομικών σχέσεων με μία εκκλησία (ούτε και τη θεσμοθέτηση μαθήματος θρησκευτικών με κατηχητικό χαρακτήρα), εφόσον δεν παραβιάζεται η άσκηση της θρησκευτικής ελευθερίας, κατ' άρθρον 9 της ΕΣΔΑ) ή το δικαίωμα των γονέων να προσδιορίζουν την εκπαίδευση των τέκνων τους, κατ' άρθρο 2 του 1ου Προσθέτου Πρωτοκόλλου. Το Ε.Δ.Δ.Α. ποτέ δεν θεώρησε το ελληνικό “θρησκευτικό σύνταγμα” ως μη συνάδον με τις σχετικές ρυθμίσεις της Ε.Σ.Δ.Α.<sup>5</sup>

Βεβαίως, δεν ανταποκρίνεται στην αλήθεια το ότι δήθεν όλα τα σύγχρονα κράτη είναι ουδετερόθρησκα-θρησκευτικώς ουδέτερα. Στον χώρο της Ευρώπης, το μοντέλο του ουδετερόθρησκου κράτους θα αναζητηθεί στη Γαλλία, το Σύνταγμα της οποίας διακηρύσσει στο άρθρο 1 ότι “η Γαλλία θα είναι μία αδιαίρετη, κοσμική (laïque), δημοκρατική και κοινωνική Πολιτεία · η έννοια της “κοσμικότητας-laïcité” είναι αμφίβολου περιεχομένου και έχει στον πυρήνα της τον χωρισμό κράτους και

<sup>3</sup>Βλ. ενδεικτικώς *Serif v Greece*, no 38178/97, judgment of 14 December 1999.

<sup>4</sup>Βλ. Υπόθεση *Folgero v Norway* (29.06.2007).

<sup>5</sup>Βλ. Σ. Ρίζος: Η ανάπτυξη της θρησκευτικής συνειδήσεως των Ελλήνων ως μέρος της εκπαίδευσής (άρθρο 16 παρ. 2 Συντ.), ΘΠΔΔ 2018 σελ. 983

εκκλησίας<sup>6</sup>. Ωστόσο, επισημαίνεται ότι η “laïcité” δεν είναι τόσο ένας τύπος σχέσεως εκκλησίας-κράτους, αλλά ένας τύπος κρατικής πολιτικής έναντι των θρησκειών που δεν αποτρέπει το Κράτος να ενστερνισθεί θρησκευτικές αξίες<sup>7</sup>. Το Ιταλικό Σύνταγμα καθιερώνει τον χωρισμό Κράτους και Καθολικής Εκκλησίας (την οποία μνημονεύει διακριτώς από τις άλλες θρησκευτικές ενώσεις) ορίζοντας ότι το καθένα στον τομέα του είναι ανεξάρτητα και κυρίαρχα (άρθρο 7 εδ. α') . Περαιτέρω ορίζει ότι οι σχέσεις Κράτους και Καθολικής Εκκλησίας ρυθμίζονται από τα Σύμφωνα του Λατερανού , τα οποία μπορούν να τροποποιηθούν από τα μέρη, χωρίς να απαιτείται η διαδικασία της συνταγματικής αναθεώρησης (άρθρο 7 εδ. β')<sup>8</sup>. Στο γερμανικό Σύνταγμα περιέχεται η διακήρυξη ότι “Καμία εκκλησία δεν αναγνωρίζεται ως εκκλησία του Κράτους” (άρθρο 137) · ακολουθεί ένα σύστημα δομής των σχέσεων του Κράτους με τις “θρησκευτικές κοινότητες”, εκ των οποίων όσες είχαν το σχήμα ν.π.δ.δ. το διατηρούν (δηλαδή η προτεσταντική και η καθολική), ενώ οι άλλες μπορούν να το λάβουν υπό προϋποθέσεις. Επίσης, η κοσμικότητα του Κράτους και ο χωρισμός Κράτους και Εκκλησίας διακηρύσσεται με διατύπωση ολιγόλογη σε Συντάγματα Κρατών , που υπήρξαν καθεστώτα του λεγόμενου “υπαρκτού σοσιαλισμού”, όπως στο άρθρο 14 του Συντάγματος της Ρωσικής Ομοσπονδίας και στο άρθρο 99 του Συντάγματος της Λεττονίας. Αντιθέτως, υπάρχουν ισχύοντα ευρωπαϊκά συντάγματα που περιέχουν θρησκευτική “ομολογία”. Στο Σύνταγμα της Δανίας (1992) ορίζεται μεταξύ των πρώτων άρθρων του ότι η Ευαγγελική Λουθηρανή Εκκλησία είναι η Καθιερωμένη Εκκλησία της Δανίας και ως τέτοια θα υποστηρίζεται από το Κράτος (άρθρο 4). Στο άρθρο 2 του Συντάγματος της Νορβηγίας ορίζεται ότι η βάση των αξιών (του νορβηγικού λαού) παραμένει η χριστιανική και ανθρωπιστική κληρονομιά · περαιτέρω στο άρθρο 16 ορίζεται ότι όλοι οι κάτοικοι της χώρας έχουν το δικαίωμα για ελεύθερη άσκηση της θρησκείας τους (εδάφιο α') και ότι η Νορβηγική εκκλησία ,μία Ευαγγελική-Λουθηρανή Εκκλησία, παραμένει η Εκκλησία της Νορβηγίας και υποστηρίζεται ως τέτοια από το Κράτος και ακολούθως ορίζεται ότι ειδικές προβλέψεις για την οργάνωσή της καθορίζονται από τον νόμο (εδάφιο γ'), αλλά και ότι όλες οι θρησκείες και οι θρησκευτικές ενώσεις υποστηρίζονται με ίσο τρόπο. Στο άρθρο 44 του Συντάγματος της Ιρλανδίας διατυπώνεται η εξής θρησκευτικού περιεχομένου ομολογία : “το Κράτος αναγνωρίζει ότι η τιμή της δημόσιας λατρείας οφείλεται στον Παντοδύναμο Θεό. Αποτίει σεβασμό στο Όνομά Του και σέβεται και τιμά τη θρησκεία” (§1)<sup>9</sup>. Στο προοίμιο του ελβετικού

---

<sup>6</sup>Βλ. M. Troper : “French Secularism , or Laïcité”, *Cardozo Law Review* 2000, σελ. 1267, T.J.Gunn: “Under God but not the Scarf-The Founding Myths of Religious Freedom in the United States and Laïcité in France”, *Journal of Church and State*, 2004, σελ. 8-9.

<sup>7</sup>B. Troper ο.π. σελ. 1271.

<sup>8</sup> Ακολούθως, στο άρθρο 8 του ιταλικού Συντάγματος ορίζεται ότι όλες οι “θρησκευτικές ομολογίες” είναι ισότιμα ελεύθερες έναντι του νόμου και ότι οι άλλες “θρησκευτικές ομολογίες” , πέραν της καθολικής, δικαιούνται να οργανώνονται σύμφωνα με τα δικά τους καταστατικά , στον βαθμό που δεν συγκρούονται με την ιταλική έννομη τάξη, και ότι οι σχέσεις τους με το Κράτος ορίζονται από τον νόμο.

<sup>9</sup>Στις επόμενες παραγράφους του άρθρου 44 του ιρλανδικού Συντάγματος περιέχονται διατάξεις που ορίζουν ότι η ελευθερία θρησκευτικής συνειδήσεως και λατρείας που είναι εγγυημένη για κάθε πολίτη υπόκειται στη δημόσια τάξη και ηθική (§2.1), ότι το Κράτος δεν κάνει ευνοϊκές διακρίσεις υπέρ θρησκείας, αλλά ούτε και δυσμενείς διακρίσεις σε βάρος θρησκείας (§2.2-3), ότι η νομοθετική πρόβλεψη κρατικής ενισχύσεως προς σχολεία δεν θα κάνει διακρίσεις ως προς τα σχολεία διαφορετικών θρησκευτικών δογμάτων ούτε θα επεμβαίνει στο δικαίωμα του παιδιού να λαμβάνει χρήματα από το Κράτος χωρίς να παρακολουθεί θρησκευτικά μαθήματα στο σχολείο (§2.4). Περαιτέρω καθιερώνεται η αυτοδιοίκηση κάθε θρησκευτικού δόγματος, η απόκτηση και αυτοδιαχείριση περιουσίας από αυτό, καθώς και η ίδρυση από αυτό θρησκευτικών και φιλανθρωπικών ιδρυμάτων (§2.5). Επίσης, ορίζεται ότι η περιουσία κάθε θρησκευτικού δόγματος δεν



Συντάγματος προτάσσεται η επίκληση “στο όνομα του Παντοδύναμου Θεού” χωρίς να τίθεται στο Σύνταγμα ρύθμιση των σχέσεων Κράτους και εκκλησίας. Επίσης, ρύθμιση των σχέσεων Κράτους και εκκλησίας ορισμένα ευρωπαϊκά συντάγματα δεν περιέχουν, όπως το πορτογαλικό Σύνταγμα και το φινλανδικό Σύνταγμα. Η σχέση Κράτους και Εκκλησίας και η επίδρασή της στη θρησκευτική ελευθερία έχει απασχολήσει την επιστημονική κοινότητα, της οποίας η κρατούσα θέση καταλήγει αφενός στο ότι δεν πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι από τον μεγαλύτερο διαχωρισμό κράτους και εκκλησίας προκύπτει περισσότερη θρησκευτική ελευθερία και αφετέρου ότι οι θρησκευτικές ελευθερίες ευδοκιμούν και σε Κράτη που αναγνωρίζουν κάποια θρησκεία ως επικρατούσα<sup>10</sup>. Συνεπώς, το μοντέλο της θρησκευτικής ουδετερότητας του κράτους ούτε το μοναδικό είναι ούτε ως το νομικώς και πολιτικώς ορθότερο μπορεί να θεωρηθεί.

Δεν πρέπει να λησμονείται ότι οι διατάξεις του θρησκευτικού Συντάγματος αποτελούν σύστημα, το οποίο διαποτίζει ολόκληρο το σύστημα του Συντάγματος. Το εγχείρημα αναθεώρησης του “θρησκευτικού Συντάγματος” αφήνοντας ακέραιες τις διατάξεις του άρθρου 16§2 και 105, όπως και το προοίμιο του Συντάγματος, καταλήγει να έχει χαρακτήρα “εμβολωματικό”, αποτελεί ρωγή στη συνέχεια και στη συστηματικότητα του συνταγματικού κειμένου.

## 5. Περί της αναθεώρησης της §2 του άρθρου 3

Σύμφωνα με την ισχύουσα §2 του άρθρου 3 του Συντάγματος “Το εκκλησιαστικό καθεστώς που υπάρχει σε ορισμένες περιοχές του Κράτους δεν αντίκειται στις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου”. Η παράγραφος αυτή εισάγει εξαίρεση στο “αυτοκέφαλο” και “αυτοδιοίκητο” της Εκκλησίας της Ελλάδος, δεδομένου ότι οι μητροπόλεις των λεγομένων “Νέων Χωρών”, δηλαδή όσων απελευθερώθηκαν μετά τους Βαλκανικούς πολέμους του 1912-1913 (τμήμα της Ηπείρου, Μακεδονία, Δυτική Θράκη, νησιά του ανατολικού Αιγαίου, Δωδεκάνησα) εξακολουθούν να υπάγονται στην κανονική δικαιοδοσία του Οικουμενικού Πατριαρχείου Κωνσταντινουπόλεως, ενώ η Εκκλησία της Κρήτης είναι αυτόνομη. Βεβαίως, ιδιαίτερο εκκλησιαστικό καθεστώς υπάρχει και στο Άγιο Όρος, το οποίο ρυθμίζεται από τις ειδικές διατάξεις του άρθρου 105 του Συντάγματος<sup>11</sup>. Εύλογος προβληματισμός δημιουργείται ως προς το σε τι συνίσταται η αναθεώρηση της παραγράφου αυτής προς την κατεύθυνση της θρησκευτικής ουδετερότητας του Κράτους. Η εκδοχή της καταργήσεως των ιδιαίτερων εκκλησιαστικών καθεστώτων δέον να αποκλεισθεί, διότι θα έθετε ζήτημα παραβίασεως της θρησκευτικής ελευθερίας, αφού η θεσμοθέτηση ιδιαίτερων εκκλησιαστικών καθεστώτων υπήρξε επιλογή της Εκκλησίας που εκφράστηκε με τον Πατριαρχικό και Συνοδικό Τόμο του 1850 και την Πατριαρχική και Συνοδική Πράξη του 1928. Ανατρέχοντας στον “συγκριτικό πίνακα ισχυουσών και προτεινόμενων διατάξεων” που συνοδεύει την πρόταση αναθεώρησης του κυβερνώντος κόμματος “Συνασπισμός της Ριζοσπαστικής

---

απαλλοτριώνεται παρά μόνον για δημόσια ωφέλεια και έναντι αποζημιώσεως (§2.6).

<sup>10</sup>Βλ. C.W. Durham : “Perspectives on Religious Liberty-A Comparative Framework”, in J. van der Vyver & J. Witte : Religious Human Rights in Global Perspective (1996), σελ. 19επ. , R. Uitz:Freedom of religion in European constitutional and international case law (2007) , σελ. 16.

<sup>11</sup> Ως προς το αν το εκκλησιαστικό καθεστώς του Αγίου Όρους εμπίπτει στη διάταξη του άρθρου 3§2 ή όχι, οι υποστηριζόμενες απόψεις δίστανται. Κατά τη μία άποψη, το ρυθμιζόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 105Σ εκκλησιαστικό καθεστώς του Αγίου Όρους δεν καταλαμβάνεται από το άρθρο 3§2Σ, βλ. Κονιδάρης: Ιδιαίτερα Εκκλησιαστικά Καθεστώτα στην Ελληνική Επικράτεια (2012) σ. 3, Μαρίνος: Σχέσεις Εκκλησίας και Πολιτείας (1984), Π. Παραράς (2010) σ. 274-275. Υπάρχει, όμως και η άποψη ότι το άρθρο 3§2Σ αναφέρεται και στο Άγιο Όρος.

Αριστεράς” διαπιστώνουμε ότι §2 του άρθρου 3 απαλείφεται καθ' ολοκληρίαν, ενώ στην §1 του ίδιου άρθρου προστίθεται εδάφιο , σύμφωνα με το οποίο “Το εκκλησιαστικό καθεστώς της Κρήτης και των Δωδεκανήσων δεν αντίκειται στις παραπάνω διατάξεις”. Συνεπώς, η πρόταση αναθεώρησης της §2 του άρθρου 3 στην κατεύθυνση της θρησκευτικής ουδετερότητας του κράτους φαίνεται ότι απλώς αλλάζει την εξωτερική δομή του άρθρου 3.

## **6. Περί της αναθεώρησης της παραγράφου 3 του άρθρου 3**

Επανελημμένα έχει αμφισβητηθεί η σκοπιμότητα υπαρξέως στο Σύνταγμα της απαγορεύσεως μεταφράσεως της Αγίας Γραφής χωρίς την άδεια της Εκκλησίας, με το επιχείρημα ότι μια τέτοια απαγόρευση κείται εκτός της ουσιαστικής ύλης του Συντάγματος. Η διάταξη του άρθρου 3§3 του Συντάγματος έχει ως ιστορικός προηγούμενή της την προσθήκη §2 στο άρθρο 2 του Συντάγματος του 1864/1911 από τη Β' Αναθεωρητική Βουλή, η οποία είχε ως εξής: “Το κείμενον των Αγίων Γραφών τηρείται αναλλοίωτον · η εις άλλον γλωσσικόν τύπον απόδοσις τούτου, άνευ της προηγουμένης εγκρίσεως και της εν Κωνσταντινουπόλει Μεγάλης του Χριστού Εκκλησίας απαγορεύεται απολύτως”. Έρεισμα για την προσθήκη της διατάξεως αυτής στο Σύνταγμα του 1911 αποτέλεσαν τα βίαια επεισόδια κατά το έτος 1901, που ονομάσθηκαν “Ευαγγελιακά” και προκλήθηκαν λόγω της μεταφράσεως του Ευαγγελίου στη δημοτική. Η απαγόρευση αυτή επαναλήφθηκε σε όλα τα μεταγενέστερα Συντάγματα και συνταγματικά κείμενα, ήτοι στο άρθρο 1§5 του Συντάγματος του 1927, στο Σύνταγμα του 1952 (όπου διευκρινίσθηκε ότι για τη μετάφραση απαιτείται έγκριση τόσο της Αυτοκεφάλου Εκκλησίας της Ελλάδος όσο και της εν Κωνσταντινουπόλει Μεγάλης του Χριστού Εκκλησίας) και στα “κείμενα συνταγμάτων” της στρατιωτικής δικτατορίας<sup>12</sup>. Στο ισχύον Σύνταγμα η απαγόρευση τέθηκε μετριασμένη, διότι αφορά την “επίσημη” μετάφρασή του κειμένου της Αγίας Γραφής κι όχι κάθε μετάφραση ή απόδοσή του σε άλλον γλωσσικό τύπο. Με τον όρο “επίσημη μετάφραση” νοείται η μετάφραση που προορίζεται να χρησιμοποιηθεί σε θρησκευτική τελετουργία ή για λόγους δημόσιας εκπαίδευσης κ.λπ.

Την απάντηση στο ερώτημα περί της σκοπιμότητας υπάρξεως στο Σύνταγμα τέτοιας διατάξεως δίνει η ίδια η Ιστορία : Η Βυζαντινή Αυτοκρατορία καθ' όλη τη διάρκεια των δώδεκα αιώνων του βίου της ταλανίσθηκε επανειλημμένως και τελικώς καταλύθηκε λόγω διαφωνιών ως προς την ερμηνεία των ιερών κειμένων. Σε μια κοινωνία που αποτελείται από μέλη που ασπάζονται τον Χριστιανισμό η έγερση αμφιβολιών ως προς την έννοια χωρίων της Αγίας Γραφής μπορεί να δυναμιτίσει την κοινωνική ειρήνη και να δημιουργήσει πολλαπλούς και ανεπιθύμητους διχασμούς. Η έγκριση της Εκκλησίας αποτελεί εγγύο ότι η μετάφραση της Αγίας Γραφής δεν θα πλήξει το θρησκευτικό συναίσθημα της πλειονότητας του Λαού (λαμβανομένου μάλιστα υπ' όψη ότι ως Εκκλησία νοείται ο θρησκευόμενος λαός) και δεν θα οδηγήσει σε κοινωνική αναταραχή. Συνεπώς, η συνταγματική απαγόρευση της μεταφράσεως της Αγίας Γραφής σε άλλον γλωσσικό τύπο χωρίς την άδεια της Εκκλησίας αποσκοπεί στην κοινωνική ειρήνη , την οποία διασφαλίζει το συνταγματικό Κράτος ακόμη κι αν είναι ουδετερόθρησκο. Συνεπώς, η κατάργηση της μάλλον ηπίας αυτής απαγορεύσεως δεν καθίσταται απαραίτητη , ακόμα κι αν σκοπείται η θρησκευτική ουδετερότητα του Κράτους, δεδομένου ότι και το θρησκευτικώς ουδέτερο Κράτος οφείλει να αποτρέπει την διασάλευση της κοινωνικής ειρήνης για λόγους θρησκευτικούς. Εκτός, βεβαίως, αν φτάσουμε στο

<sup>12</sup>Βλ. αντί πολλών Κονιδάρης: άρθρο 3 εις Φ. Σπυρόπουλος, Ξ. Κοντιάδης, Χ. Ανθόπουλος, Γ. Γεραπρίτης: Το Σύνταγμα κατ' άρθρον ερμηνεία (2017) σελ. 46.

σημείο να θεωρήσουμε ότι διά της καταργήσεως της διατάξεως αυτής αποσκοπείται η διαμόρφωση πολιτών θρησκευτικώς αδιάφορων, αλλά τότε θα ετίθετο ζήτημα απαγορευομένου προσηλυτισμού από το (μελλοντικώς θρησκευτικά ουδέτερο) Κράτος των Ορθοδόξων Χριστιανών πολιτών του, πράγμα που αντίκειται και στο άρθρο 13 και στο άρθρο 9 της ΕΣΔΑ.

## 7. Συμπέρασμα

Η αναθεώρηση του άρθρου 3 του Συντάγματος δεν προβάλλει ως κοινωνικώς αναγκαία, υποτιμά την ιστορία και την ιστορικότητα των εν λόγω συνταγματικών διατάξεων, δημιουργεί ρωγμές στη συστηματικότητα του Συντάγματος και παραγνωρίζει τη σημασία των διατάξεων αυτών αναφορικά με τη δημοκρατική αρχή και την αρχή του κοινωνικού κράτους. Εν τέλει αξίζει να επαναλάβουμε τον προβληματισμό του επίτιμου Προέδρου του Συμβουλίου της Επικρατείας Σ. Ρίζου: “Μήπως ο λεπτολόγος και σχολαστικός τονισμός της αρνητικής πλευράς του δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας, του δικαιώματος του μη θρησκεύεσθαι, της ουδετερότητας του Κράτους, μήπως όλα αυτά βλάπτουν δυσανάλογα την θετική πλευρά της θρησκευτικής ελευθερίας; Μήπως, εμμέσως, οδηγηθούμε στο σχήμα “θρησκευτική ελευθερία versus θρησκεία”; Ή, πιθανώς, “θρησκευτική ελευθερία versus χριστιανική θρησκεία”; Οπότε θα έχουμε ανατρέψει όλη τη βάση και την ιστορία αυτού του μέγιστου ατομικού δικαιώματος”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup>Βλ. Σ. Ρίζος ο.π. (2018) σελ. 985.

# ΠΤΥΧΕΣ ΑΠΟ ΤΟ ΕΝΩΣΙΑΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΠΕΡΙΓΡΑΜΜΑ ΑΝΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΩΝ ΣΧΕΣΕΩΝ ΕΚΚΛΗΣΙΑΣ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΕΙΑΣ

Ιωάννης Ε. Καστανάς, Δ.Ν., Επιστημονικός συνεργάτης Νομικής Σχολής  
Πανεπιστημίου Λευκωσίας, Δικηγόρος

## 1.Εισαγωγή

Η αναμόρφωση του υφιστάμενου συστήματος σχέσεων Εκκλησίας και Πολιτείας<sup>1</sup> αποτελεί ζήτημα επανερχόμενο περιοδικώς στην επικαιρότητα και ενίοτε προκαλεί εντάσεις. Το ζήτημα τέθηκε εκ νέου όλως πρόσφατα στο πλαίσιο της Αναθεώρησης του Συντάγματος και της δημοσιοποίησης της «συμφωνίας Εκκλησίας-Πολιτείας» που καταρτίστηκε μεταξύ του Αρχιεπισκόπου Αθηνών και του Πρωθυπουργού της Ελλάδος. Ανεξάρτητα από την αρμοδιότητα και τη νομιμοποίηση του Αρχιεπισκόπου Αθηνών να προβεί σε μία τέτοια συμφωνία και την κατάληξη της<sup>2</sup> αξίζει να υπογραμμισθεί ότι χαρακτηρίζεται από σταδιακή αποδέσμευση της Εκκλησίας από το Κράτος ως προς την οικονομική της βιωσιμότητα και την ώθηση στην ανάπτυξη ίδιας οικονομικής δραστηριότητας για να καλύψει μέρος, τουλάχιστον, των εξόδων της. Καίριο σημείο της «συμφωνίας» αποτελεί η διακοπή της μισθοδοσίας του κλήρου και η καταβολή του συνόλου του ποσού ως ενιαύσια επιδότηση του Κράτους προς την Εκκλησία, επιδότηση που καταβάλλεται αντί της εκκλησιαστικής περιουσίας την οποία έλαβε το Κράτος χωρίς να αποζημιώσει την Εκκλησία. Σκοπός της παρούσας συμβολής είναι να παρουσιάσει, με συντομία, τη πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την απαγόρευση ή μη καταβολής κρατικών ενισχύσεων σε θρησκευτικές κοινότητες (II) και το πώς ενδέχεται να επηρεάσει την ελληνική περίπτωση με βάση τα πενιχρά διαθέσιμα στοιχεία (III). Θα προηγηθεί η συνοπτική παρουσίαση των ρυθμίσεων του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου για τις κρατικές ενισχύσεις όπως ερμηνεύθηκαν από τη νομολογία του ΔΕΕ (I).

## 2. Η ρύθμιση του ενωσιακού δικαίου για τις κρατικές ενισχύσεις

Οι ρυθμίσεις για τις κρατικές ενισχύσεις<sup>3</sup> (άρθρ. 107-109 ΣΛΕΕ, πρώην άρθ. 87-89 ΣΕΚ) εντάσσονται στο τμήμα 2 του τίτλου VII κεφάλαιο 1 ΣΛΕΕ και διασφαλίζουν

<sup>1</sup> Για τα συστήματα σχέσεων Εκκλησίας και Πολιτείας γενικά και ειδικότερα στην Ελλάδα βλ. Ι. Μ. Κονιδάρη, *Εγχειρίδιο Εκκλησιαστικού Δικαίου*, 3<sup>η</sup> έκδ. (με τη συνεργασία Β. Μάρκου), Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2016, σ. 59 επ.

<sup>2</sup> Σημειώνεται ότι εκφράστηκαν αρνητικά το Οικουμενικό Πατριαρχείο, η Εκκλησία της Κρήτης αλλά και η πλειοψηφία της Ιεραρχίας της Εκκλησίας της Ελλάδος για σημεία, τουλάχιστον, της «συμφωνίας».

<sup>3</sup> Γενικά για τις κρατικές ενισχύσεις βλ. Α. Μεταξά, *Η οριοθέτηση της έννοιας της κρατικής ενίσχυσης κατά το άρθρο 87 παρ. 1 ΣΕΚ, Αντισταθμιστικές παροχές για υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος και κοινοτικός μηχανισμός ελέγχου των κρατικών ενισχύσεων*, Αθήνα - Κομοτηνή 2003, σ. 7 επ., Α. Γέροντα, *Δημόσιο Οικονομικό Δίκαιο*, Β' έκδ., Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2011, σ. 536 επ., Π. Δ.

τη θεμελιώδη αρχή<sup>4</sup> για μια κοινωνική οικονομία της αγοράς με υψηλό βαθμό ανταγωνιστικότητας. Υπενθυμίζεται ότι αποτελούν τμήμα της αποκλειστικής αρμοδιότητας της Ένωσης για τη θέσπιση των αναγκαίων κανόνων του ανταγωνισμού ώστε να λειτουργήσει ορθά η εσωτερική αγορά<sup>5</sup>. Κατ'αρχάς, υπογραμμίζεται ότι οι κανόνες των άρθρων 107-109 ΣΛΕΕ εφαρμόζονται, με λίγες εξαιρέσεις, στο σύνολο των δραστηριοτήτων που καλύπτει η Συνθήκη για τη Λειτουργία της ΕΕ, χωρίς να λαμβάνεται υπ'όψιν οι αιτίες ή οι σκοποί των κρατικών παρεμβάσεων<sup>6</sup> οι οποίες όμως κρίνονται εκ του αποτελέσματος<sup>7</sup> ήτοι κατά πόσον νοθεύεται ο ελεύθερος ανταγωνισμός. Ως προς την έννοια της κρατικής ενίσχυσης δεν υπάρχει ρητώς και εξαντλητικός ορισμός ούτε στο πρωτογενές ούτε στο παράγωγο ενωσιακό δίκαιο<sup>8</sup>. Ωστόσο τα δομικά στοιχεία της κρατικής ενίσχυσης καταστρώνονται στη παρ. 1 του άρθρου 107 ΣυνθΛΕΕ και έχουν αποκρυσταλλωθεί σε ικανοποιητικό βαθμό από την πρακτική της Επιτροπής και τη νομολογία των ενωσιακών δικαιοδοτικών οργάνων. Συνοπτικά θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι κρατική ενίσχυση είναι η από το Κράτος παροχή ενός οικονομικού ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος σε μία επιχείρηση ή ένα κλάδο παραγωγής χωρίς την καταβολή μιας οικονομικά αντίστοιχης παροχής από την πλευρά του λήπτη<sup>9</sup>. Η πρόσληψη της έννοιας της παροχής είναι παραδοσιακά ευρεία και όσον αφορά το αντικείμενο της μελέτης είναι ευρύτερη από την έννοια της άμεσης επιδότησης<sup>10</sup>. Προκειμένου να ενεργοποιηθούν οι περί κρατικών ενισχύσεων διατάξεις θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις: α) να παρέχει στην οικονομική επιχείρηση οικονομικό πλεονέκτημα, β) το πλεονέκτημα αυτό να προέρχεται από κρατικούς πόρους, γ) να είναι «ειδικό» (επιλεκτικό) πλεονέκτημα και τέλος, δ) να επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ των κρατών-μελών νοθεύοντας ή απειλώντας με νόθευση τον ελεύθερο ανταγωνισμό<sup>11</sup>. Λεπτομερέστερα, η ενίσχυση αφορά σε χορήγηση πλεονεκτήματος χωρίς αντάλλαγμα<sup>12</sup>. Το σημαντικό στοιχείο εστιάζεται στο εάν η συγκεκριμένη επιχείρηση αντλεί «όφελος», το οποίο δεν θα κέρδιζε κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων<sup>13</sup>. Πρόκειται για το «κριτήριο του ιδιώτη επενδυτή»<sup>14</sup>.

---

Δαγτόγλου, Ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο II, ουσιαστικό δίκαιο, Αθήνα 1998, σ. 311 επ., Ελληνικό Ινστιτούτο Κρατικών Ενισχύσεων, Κρατικές Ενισχύσεις τα Βασικά Κανονιστικά Κείμενα, Αθήνα 2011, σ. 4 επ., Ν. Ε. Φαραντούρη, Ο έλεγχος των κρατικών ενισχύσεων διάσωσης και αναδιάρθρωσης προβληματικών επιχειρήσεων, Αθήνα - Κομοτηνή 2006, σ. 43 επ., Β. Χριστιανού, Συνθήκη ΕΕ και ΣΛΕΕ κατ' άρθρο ερμηνεία, Αθήνα 2017, σ. 107 επ.. Για τον δικαστικό έλεγχο των κρατικών ενισχύσεων βλ. Α.Μεταξάς, «Ενωσιακό Δίκαιο κρατικών ενισχύσεων: η ένταση και τα όρια του δικαστικού ελέγχου από τα εθνικά δικαστήρια» ΕφΔΔ 1/2018, σ.46-55

<sup>4</sup> Άρθρο 3 παρ. 3 ΣΕΕ

<sup>5</sup> Άρθρο 3 παρ. 1 εδ. β' ΣΛΕΕ

<sup>6</sup> Λ. Ε. Κοτσίρη, *Ευρωπαϊκό Εμπορικό Δίκαιο*, 3<sup>η</sup> έκδ, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2016, σ. 496

<sup>7</sup> ΔΕΚ, απόφαση της 26.9.1996, υπόθ. C-241/94, Γαλλία κατά Επιτροπής, Συλλ. 1996, σ. I-4570

<sup>8</sup> Γ.-Ε. Φ. Καλαβρός, Θ. Γεωργόπουλος, *Το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης - Ουσιαστικό Δίκαιο*, τόμος II, 3<sup>η</sup> έκδ., Αθήνα 2017, σ. 164

<sup>9</sup> Γ.-Ε. Φ. Καλαβρός, Θ. Γεωργόπουλος, ..ό.π., σ. 165

<sup>10</sup> ΔΕΚ, 15 Μαρτίου 1994, Banco Exterior de España, υπόθ. C-387/92, Συλλογή, σ. 877 σκ. 13.

<sup>11</sup> Λ. Ε. Κοτσίρη, ό.π., σ. 501

<sup>12</sup> ΔΕΚ, απόφαση της 11.7. 1996, υπόθ. C-39/94, Syndicat français de l' Express International (SFEI) κατά La Poste, Συλλ. 1996, σ. I-3547, σκέψη 58

<sup>13</sup> ΔΕΚ, απόφαση της 10.7.1986, υπόθ. 234/84, Βέλγιο κατά Επιτροπής, Συλλ. 1986, σ.2263, ΔΕΚ, απόφαση της 21.3.1991, υπόθ. C-305/89, Ιταλία κατά Επιτροπής, Συλλ. 1991, σ.Ι-1603, σκέψη 20.

Επιπλέον, για να εφαρμοσθεί το άρθρο 107 ΣΛΕΕ η ενίσχυση απαιτείται να παρέχεται επιτακτικά από το Κράτος ή από κρατικούς πόρους<sup>15</sup>. Η νομολογία όμως, δεν έχει φθάσει έως του σημείου να θεωρούνται κρατικές ενισχύσεις τα μέτρα στήριξης που αποφασίζονται μεν από το κράτος αλλά χρηματοδοτούνται από ιδιωτικές επιχειρήσεις<sup>16</sup>. Σημειώνεται ότι δεν κρίνονται ως κρατικές ενισχύσεις παροχές που δεν ευεργετούν μία επιχείρηση σε σχέση με άλλη και δεν έχουν επιλεκτικό χαρακτήρα<sup>17</sup> χωρίς όμως η διάκριση μεταξύ επιλεκτικών και γενικών μέτρων να μπορεί να βασισθεί σε προκαθορισμένα γενικά κριτήρια<sup>18</sup>. Επόμενη προϋπόθεση η οποία θα πρέπει να τηρείται είναι η επίδραση στο διακοινοτικό εμπόριο με το δικαστήριο να φαίνεται να προσανατολίζεται στη διαμόρφωση ενός τεκμηρίου επίδρασης. Σύμφωνα με τη φρασεολογία του Δικαστηρίου<sup>19</sup> «όταν μια κρατική ενίσχυση οικονομικού χαρακτήρα ενισχύει τη θέση μιας επιχείρησης σε σχέση με άλλες επιχειρήσεις που την ανταγωνίζονται στο ενδοκοινοτικό εμπόριο, οι τελευταίες θα πρέπει να θεωρούνται ότι επηρεάζονται από την ενίσχυση». Τέλος, προκειμένου να χαρακτηριστεί μια παροχή κρατική ενίσχυση, σημασία έχουν τα αποτελέσματα και όχι τα αίτια ή οι στόχοι που οδήγησαν το κράτος να επέμβει.

### **3. Οι παραδοχές της απόφασης C-74/16 - Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe.**

Αν το ζήτημα των κρατικών ενισχύσεων γενικά προκαλεί το επιστημονικό ενδιαφέρον τούτο μεγιστοποιείται όταν οι κρατικές ενισχύσεις συνδέονται με θρησκευτικά νομικά πρόσωπα. Περισσότερες λεπτομέρειες για τη σύνδεση αυτή δίδει η πρόσφατη (27 Ιουνίου 2017) απόφαση της μείζονος σύνθεσης του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης C-74/16 - Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe [στο εξής: η Απόφαση] η οποία έκρινε το εάν οι φορολογικές απαλλαγές υπέρ των ακινήτων της Καθολικής Εκκλησίας δύναται να θεωρηθούν κρατικές ενισχύσεις. Για τις ανάγκες της παρούσας εισήγησης δεν θα αναπτυχθούν τα πραγματικά περιστατικά<sup>20</sup> καθώς πόρρω απέχουν από τη «συμφωνία»

---

<sup>14</sup> Λ. Ε. Κοτσίρη, ό.π., σ 502

<sup>15</sup> ΔΕΚ, απόφαση της 2.2.1988, υποθ. 67/85, 68/75 και 70/85, Van der Kooy κατά Επιτροπής, Συλλ. 1988, σ. I-219 Το «κράτος» νοείται με τη μεγαλύτερη δυνατή ευρύτητα ώστε να περιληφθεί τόσο η κεντρική διοίκηση όσο και οι ΟΤΑ όπως και οι δημόσιες επιχειρήσεις

<sup>16</sup> Λ. Ε. Κοτσίρη, ό.π., σ 503

<sup>17</sup> ΔΕΕ, 21.12.2016, υποθ. C-524/14. P. Comm. κατά Hansesstadt Lübeck

<sup>18</sup> ΔΕΚ Kimberly Clark Sopalin, απόφαση της 26.9.1996, ΔΕΚ υπόθ. C-241/94, Γαλλία κατά Επιτροπής, Συλλ. 1996, σ. I-4551

<sup>19</sup> Το Δικαστήριο στη απόφαση Philip Morris κατά Επιτροπής (απόφαση της 17.9.1980, υπόθ. 730/79, Συλλ. 1980, σ. 2671, σκέψη 11) «όταν μία κρατική ενίσχυση οικονομικού χαρακτήρα ενισχύει τη θέση μιας επιχείρησης σε σχέση με άλλες επιχειρήσεις που την ανταγωνίζονται στο ενδοκοινοτικό εμπόριο, οι τελευταίες πρέπει να θεωρούνται ότι επηρεάζονται από την ενίσχυση»

<sup>20</sup> Πρόκειται για μία καθολική αδελφότητα η οποία ασκεί τρεις τύπους δραστηριότητας στο πλαίσιο του σχολείου «La Inmaculada», δραστηριότητες αυστηρώς θρησκευτικές, εκπαίδευση που επιχορηγείται από το ισπανικό κράτος και ελεύθερη εκπαίδευση, άνευ οικονομικής συνδρομής από το εν λόγω κράτος. Πλην αυτών, ο φορέας παρέχει στους σπουδαστές συμπληρωματικές υπηρεσίες εστίασης και μεταφοράς. Η επίδικη στο εθνικό δικαστήριο φορολογική απαλλαγή εστιάζεται στη μετατροπή και επέκταση του σχολείου «La Inmaculada» και όπως συνομολόγησε η αδελφότητα η αίθουσα χρησιμοποιείται αποκλειστικώς για τις εκπαιδευτικές δραστηριότητες που προσφέρει. Κατά συνέπεια, η επίδικη φορολογική απαλλαγή δεν φαίνεται να συνδέεται ούτε με τις αμιγώς θρησκευτικές

μεταξύ Εκκλησίας και Πολιτείας στην Ελλάδα και η ανάπτυξη θα εστιασθεί στη μείζονα πρόταση του Δικαστηρίου ώστε στην επόμενη ενότητα (III) να αξιοποιηθεί στη κριτική επί της «συμφωνίας» Εκκλησίας και Πολιτείας. Το Δικαστήριο επανέλαβε ότι κατά πάγια νομολογία στο πλαίσιο του δικαίου ανταγωνισμού της ΕΕ η έννοια της «επιχείρησης» καλύπτει κάθε φορέα που ασκεί οικονομική δραστηριότητα ενώ είναι αδιάφορο το νομικό καθεστώς που τον διέπει και τον τρόπο χρηματοδότησής του<sup>21</sup>. Συνεπώς, ο δημόσιος ή ιδιωτικός χαρακτήρας του φορέα που ασκεί την υπό κρίση δραστηριότητα δεν μπορεί να επηρεάσει το κατά πόσον ο φορέας αυτός θεωρείται φορέας κατά το ενωσιακό δίκαιο<sup>22</sup>. Στις σκέψεις 43 έως 47 εστιάζεται το ενδιαφέρον της μείζονος σκέψης της απόφασης όσον αφορά την ενωσιακή αντιμετώπιση των κρατικών ενισχύσεων σε θρησκευτικές κοινότητες. Σύμφωνα με το λεκτικό της απόφασης στη σκ. 43 «Εξάλλου και, στο μέτρο που η εν λόγω δραστηριότητα μπορεί να χαρακτηριστεί ως «οικονομική»<sup>23</sup>, το γεγονός ότι ασκείται από θρησκευτική κοινότητα δεν εμποδίζει την εφαρμογή των κανόνων της Συνθήκης, στους οποίους περιλαμβάνονται οι κανόνες που διέπουν το δίκαιο του ανταγωνισμού (βλ., συναφώς, απόφαση της 5<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 1988, Steymann, 196/87, EU:C:1988:475, σκέψεις 9 και 14). Προκειμένου όμως να κριθεί αν μία δραστηριότητα είναι «επιχειρηματική» σύμφωνα με το ενωσιακό δίκαιο είναι αναγκαίο να αναζητηθεί η αληθής φύση κάθε δραστηριότητας, τούτο δε γίνεται κατόπιν εξέτασης κάθε μίας από τις διαφορετικές δραστηριότητες που ο ασκεί συγκεκριμένος φορέας<sup>24</sup>. Ως προς τα κριτήρια προσδιορισμού μιας δραστηριότητας ως οικονομικής το Δικαστήριο υπογραμμίζει<sup>25</sup> ότι συνιστά οικονομική δραστηριότητα κάθε δραστηριότητα διάθεσης αγαθών ή παροχής υπηρεσιών σε συγκεκριμένη αγορά<sup>26</sup> ενώ δεν έχει σημασία εάν η προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών δεν έχει σκοπό το κέρδος και ο φορέας συνιστά επιχείρηση εφόσον ο φορέας με την προσφορά του αυτή ανταγωνίζεται άλλους επιχειρηματίες που επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό<sup>27</sup>. Υπηρεσίες δε, δυνάμενες να χαρακτηρισθούν ως «οικονομικές δραστηριότητες» είναι οι παροχές που κατά κανόνα προσφέρονται έναντι αμοιβής Το ουσιώδες χαρακτηριστικό της αμοιβής εδράζεται στο ότι αποτελεί την οικονομική αντιπαροχή της οικείας αντιπαροχής<sup>28</sup>. Συνοπτικά: οι θρησκευτικές κοινότητες δύνανται να αποτελούν «επιχειρήσεις» κατά το ενωσιακό δίκαιο εφόσον

---

δραστηριότητες της αδελφότητας, ούτε με τις συμπληρωματικές υπηρεσίες που παρέχει. (σκ. 52-53 της απόφασης). Εν τέλει το ΔΕΕ έκρινε ότι εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να κρίνει την ακριβή φύση της δραστηριότητας της αδελφότητας. Βλ. και Φ. Στεφοπούλου, «Η φοροαπαλλαγή θρησκευτικών ιδρυμάτων ως κρατική ενίσχυση (ΔΕΕ 27.6.2017 C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania κατά Ayuntamiento de Getafe)», ΕφΔΔ, 4/2012, σ. 403-418.

<sup>21</sup> Σκ. 41 της απόφασης. Βλέπε και απόφαση της 10<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2006, Casa di Risparmio di Firenze κ.λπ., C-222/04, EU:C:2006:8, σκέψη 107

<sup>22</sup> Σκέψη 42 απόφασης.

<sup>23</sup> Η υπογράμμιση δική μου.

<sup>24</sup> Σκέψη 44 της απόφασης με αναφορά σε περεταίρω νομολογία.

<sup>25</sup> Σκέψεις 45-47 της απόφασης

<sup>26</sup> Απόφαση της 10<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2006, Cassa di Firenze., ό.π., σκ. 108.

<sup>27</sup> Απόφαση της 1<sup>ης</sup> Ιουλίου 2008, ΜΟΤΟΕ, C-49/07, EU:C:2008:376, σκέψη 27.

<sup>28</sup> Σκέψη 47 της απόφασης η οποία παραπέμπει κατ'αναλογία την απόφαση της 11<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2007, Schwarz και Gootjes-Schwarz, C-76/05, EU: C:2007:492, σκέψεις 37 και 38 όπου και περεταίρω νομολογία.

ασκούν οικονομική δραστηριότητα , ήτοι διάθεση αγαθών ή προσφορά υπηρεσιών, το οποίο κρίνεται ad hoc και in concreto και είναι αδιάφορος ο μη κερδοσκοπικός χαρακτήρας εφόσον με τη προσφορά του αυτή ο φορέας ανταγωνίζεται άλλους επιχειρηματίες που επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό.

#### 4. Προβολή στην ελληνική περίπτωση σχέσεων Εκκλησίας-Πολιτείας

Έως την ημέρα που γράφονται αυτές οι γραμμές (22/2/2019) υπάρχουν στη δημοσιότητα το από 6 Νοεμβρίου 2018 «Κοινό Ανακοινωθέν Πολιτείας-Εκκλησίας της Ελλάδος»<sup>29</sup> και το από 12 Φεβρουαρίου 2019 «Σχέδιο υλοποίησης της Συμφωνίας Πολιτείας-Εκκλησίας»<sup>30</sup>. Το ζητούμενο είναι αν η Συμφωνία αυτή εφόσον και καθόσον υλοποιηθεί είναι σύμφωνη με τη νομολογία του ΔΕΕ που προαναφέρθηκε. Ο κίνδυνος εστιάζεται στη περίπτωση που δεν είναι συμβατή, διότι δοθείσης ευκαιρίας θα αχθεί σχετική υπόθεση στα δικαστήρια, ημεδαπά και κατόπιν προδικαστικής παραπομπής στο ΔΕΕ, και η συμφωνία θα καταστεί ανεφάρμοστη λόγω της αρχής της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου έναντι του εθνικού<sup>31</sup>. Πέραν της αρρυθμίας στον εκκλησιαστικό οργανισμό την οποία θα προκαλέσει μια τέτοια εξέλιξη θα συνιστά μια αφορμή για την εκτελεστική εξουσία να παύσει να επιχορηγεί το καθορισμένο ποσό της μισθοδοσίας των κληρικών στο Ταμείο Μισθοδοσίας της Εκκλησίας της Ελλάδος επικαλούμενη την υποχρέωση συμμόρφωσης στις δικαστικές αποφάσεις. Πέραν τούτων, εφόσον πρόκειται για μία τομή στις υφιστάμενες σχέσεις Εκκλησίας και Πολιτείας και στο πλαίσιο της καλής νομοθέτησης<sup>32</sup> θα πρέπει να ληφθεί υπόψη κατά τη κατάστροψη του νέου μοντέλου οικονομικών σχέσεων η υφιστάμενη νομολογία του ΔΕΕ πόσω μάλλον όταν αυτή είναι απόφαση της μείζονος σύνθεσης του Δικαστηρίου. Επιχειρώντας μια προβολή της νομολογίας αυτής και ευρύτερα της ενωσιακής ρύθμισης για τις κρατικές ενισχύσεις είναι απαραίτητο να υπογραμμισθούν τουλάχιστον τα επόμενα τρία σημεία. Το πρώτο σημείο προβληματισμού εστιάζεται στο ακριβές ύψος του ανταλλάγματος έναντι του οποίου δίδεται η επιδότηση. Η εκκλησιαστική περιουσία έως το 1939 δεν περιγράφεται με σαφήνεια και επιπλέον δεν υπάρχει καμία μελέτη η οποία να εκτιμά την αξία της.

---

<sup>29</sup> Από τα 15 σημεία του ανακοινωθέντος ενδιαφέρον για τη παρούσα εισήγηση παρουσιάζουν ιδίως τα με αριθμό 2 «Το Ελληνικό Δημόσιο αναγνωρίζει ότι ανέλαβε τη μισθοδοσία του κλήρου, ως με ευρεία έννοια, αντάλλαγμα για την εκκλησιαστική περιουσία που απέκτησε.», 4 «Το Ελληνικό Δημόσιο δεσμεύεται ότι θα καταβάλλει ετησίως στην Εκκλησία με μορφή επιδότησης ποσό αντίστοιχο με το σημερινό κόστος μισθοδοσίας των εν ενεργεία ιερέων, το οποίο θα αναπροσαρμόζεται ανάλογα με τις μισθολογικές μεταβολές του Ελληνικού Δημοσίου.», 6 «Η ετήσια επιδότηση θα καταβάλλεται σε ειδικό ταμείο της Εκκλησίας και προορίζεται αποκλειστικά για τη μισθοδοσία των κληρικών, με αποκλειστική ευθύνη της Εκκλησίας της Ελλάδος και σχετική εποπτεία των αρμόδιων ελεγκτικών κρατικών αρχών.» και 8 «Πιθανή επιλογή της Εκκλησίας της Ελλάδος για αύξηση του αριθμού των κληρικών δεν δημιουργεί απαίτηση αύξησης του ποσού της ετήσιας επιδότησης».

<sup>30</sup> Το σχέδιο αυτό αναλύει τη Συμφωνία της 6<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2018 αξίζει να υπογραμμισθεί ότι τα ορισθέντα από την Εκκλησία της Ελλάδος μέλη της Ειδικής Επιτροπής διά την μελέτην θεμάτων κοινού ενδιαφέροντος Εκκλησίας και Πολιτείας δήλωσαν αναρμόδια να συζητήσουν το μισθολογικό και παρέπεμψαν το ζήτημα στην Ιερά Σύνοδο της Εκκλησίας της Ελλάδος. Βλ. [http://www.ecclesia.gr/epikairoτητα/main\\_epikairoτητα\\_next.asp?id=2684](http://www.ecclesia.gr/epikairoτητα/main_epikairoτητα_next.asp?id=2684) [τ.π. 25/2/2019]

<sup>31</sup> Για την αρχή αυτή βλ. Β.Χριστιανού, Μ.Κουσκουνά, Ρ-Ε Παπαδοπούλου, Μ. Περάκη, *Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης μέσα από τη νομολογία*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2011, σ.28 επ.

<sup>32</sup> Για τη καλή νομοθέτηση βλέπε Π. Μαντζούφας, *Καλή νομοθέτηση και Κράτος Δικαίου*, 2018



Επιπλέον, η εκκλησιαστική αυτή περιουσία επιμερίζεται μεταξύ περισσοτέρων, αυτοτελών νομικών προσώπων (λ.χ Εκκλησία της Ελλάδος, Ιερά Αρχιεπισκοπή, Ιερές Μητροπόλεις, Ιερές Μονές) τα οποία θα πρέπει να αποδεχθούν την εφαρμογή της συμφωνίας. Σε κάθε περίπτωση ,τέλος, ο έλεγχος της αντιστοιχίας επιδότησης-εκκλησιαστικής περιουσίας δεν είναι ευχερής. Το δεύτερο στοιχείο προβληματισμού αφορά την επιδότηση της μισθοδοσίας του κλήρου. Η επιδότηση αυτή η οποία in nature προέρχεται από τη κεντρική κυβέρνηση θα χαρακτηριστεί κρατική ενίσχυση (συντρεχόντων και των υπολοίπων προϋποθέσεων) υπό την αίρεση ότι η Εκκλησία της Ελλάδος θα αναπτύξει επιχειρηματική δραστηριότητα<sup>33</sup>. Σχετικώς ερωτάται αν το Ταμείο που θα δέχεται την επιδότηση είναι άλλο, διαφορετικό νομικό πρόσωπο από το νομικό πρόσωπο που θα ασκεί την επιχειρηματική δραστηριότητα, θα τεθεί θέμα κρατικών ενισχύσεων; Με άλλα λόγια, η μη ταυτότητα του φορέα που λαμβάνει την επιχορήγηση και ασκεί την επιχειρηματική δραστηριότητα διασπά το «οργανικό κριτήριο» ή κατά αληθή ερμηνεία και εκ του αποτελέσματος ο φορέας είναι ένας και ο αυτός και η οργάνωση σε αυτοτελή νομικά πρόσωπα είναι άνευ σημασίας , αν όχι προσχηματική; Θα πρέπει να θεωρηθεί ορθότερο ότι η πολυδιάσπαση των νομικών προσώπων τα οποία συγκροτούν το μόρφωμα της Εκκλησίας της Ελλάδος σε επίπεδο κεντρικής και περιφερειακής διοίκησης δεν δύναται να χρησιμοποιηθεί για να περιγράψει τις διατάξεις για τις κρατικές ενισχύσεις<sup>34</sup>. Το τρίτο σημείο είναι ίσως το σημαντικότερο. Η άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας εκ μέρους της Εκκλησίας για την κάλυψη της μισθοδοσίας του κλήρου συνιστά μια συνήθη οικονομική δραστηριότητα; Ενέχει στοιχεία θρησκευτικής δραστηριότητας<sup>35</sup>; Ή τέλος συνιστά θρησκευτική δραστηριότητα; Τυχόν καταφατική απάντηση σε μία εκ των δύο τελευταίων ερωτήσεων δεν επιτρέπει την εφαρμογή των περί κρατικών ενισχύσεων διατάξεων διότι δεν πληρούται η προϋπόθεση της άσκησης οικονομικής δραστηριότητας<sup>36</sup> ενώ κατάφαση στη πρώτη ερώτηση απλοποιεί τον προβληματισμό και ωθεί στην πλήρη εφαρμογή της πρόσφατης νομολογίας του ΔΕΕ. Το μόνο βέβαιο είναι ότι όποια απάντηση και να επιλεγεί δεν θα είναι άμοιρη αμφισβητήσεων. Αξίζει να σταθούμε όχι στη πρώτη ερώτηση αλλά στις άλλες δύο. Κατ'αρχάς σύμφωνα με

<sup>33</sup> Λ.χ για να καλύψει τους μισθούς νέων κληρικών πέραν όσων επιδοτούνται από το Κράτος.

<sup>34</sup> Είναι γνωστό ότι η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης δίδει ιδιαίτερη έμφαση στην αρχή της αποτελεσματικότητας. Βλ. Β.Χριστιανού,Μ.Κουσκουνά., ό.π., σ.113.

<sup>35</sup> Ως προς το ενδεχόμενο μία θρησκευτική κοινότητα να συνιστά επιχείρηση, το Δικαστήριο παραπέμπει στην απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1988, Steymann, C-196/87, Συλλογή 1988, I-06159, σκ. 9 και 14. Ιδιαίτερως να υπογραμμισθεί ότι στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο (άρθρο 17 παρ. 1 ΣΛΕΕ) ορίζεται ότι «Η Ένωση σέβεται και δεν θίγει το καθεστώς που έχουν σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο οι εκκλησίες και οι θρησκευτικές ενώσεις ή κοινότητες στα κράτη-μέλη». Επιπλέον η θεωρία επισημαίνει ότι, αν η παροχή δεν αποβλέπει στην αποκόμιση οικονομικού ανταλλάγματος, αλλά εκπληρώνει αποκλειστικά πολιτικούς, κοινωνικούς κλπ σκοπούς, δεν συνιστά «υπηρεσία» και δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των σχετικών άρθρων (49 επ.) της Συνθήκης. Β. Σκουρή, Ερμηνεία Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα 20036, σ.578.

<sup>36</sup> Κρίσιμο στοιχείο για την κατάφαση του οικονομικού χαρακτήρα μιας δραστηριότητας είναι οι προθέσεις του παρέχοντος τη χρηματοδότηση. Για την εξέταση και τη σημασία αυτού του παράγοντα βλ. P.Nicolaidis, 11.7.2017, “*Even the Catholic Church is not absolved from State Aid Rules*” διαθέσιμο στο [www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/8947](http://www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/8947) [τ.π. 25/2/2017].Ετσι και η Γενική Εισαγγελέας στις προτάσεις τις σκ. 44-45 με αναφορά και στην υποχρέωση σεβασμού του ιδιαίτερου καθεστώτος των εκκλησιών (άρθρο 17 παρ.1 ΣΛΕΕ).

τη διδασκαλία της Εκκλησίας ο σκοπός της είναι σωτηριολογικός και εσχατολογικός χωρίς όμως να παραβλέπει ή να υποτιμά τη παρούσα ζωή. Ήδη από τους αποστολικούς χρόνους η Εκκλησία διέθετε περιουσία για να καλύψει τις ανάγκες της. Εξάλλου η χειροτονία των επτά διακόνων έγινε για την εξυπηρέτηση πρακτικών αναγκών<sup>37</sup>. Οι διάκονοι όπως δεν επιλέχθηκαν τυχαία αλλά ήταν ««πλήρεις Αγίου Πνεύματος και σοφίας». Με την πάροδο του χρόνου και την οργάνωση της εκκλησιαστικής κοινότητας δημιουργήθηκε σταδιακά η αντίληψη περί ιερών κτημάτων και πραγμάτων<sup>38</sup>. Μάλιστα η ανάγκη ρύθμισης του ζητήματος ώθησε την Δ' Οικουμενική Σύνοδο να θεσπίσει σχετικό κανόνα για τους οικονόμους οι οποίοι επικουρούν τον Επίσκοπο στη διαχείριση των εκκλησιαστικών πραγμάτων και κτημάτων ««ώστε μη αμάρτυρον είναι την οικονομίαν της εκκλησίας, και εκ τούτου σκορπίζεσθαι τα της εκκλησίας πράγματα, και λοιδορίαν τη ιερωσύνη προστρίβεσθαι»<sup>39</sup>. Από τα παραπάνω και από τη σύνολη παράδοση της Εκκλησίας για την εκκλησιαστική περιουσία και τη μισθοδοσία του κλήρου<sup>40</sup> θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η μισθοδοσία του κλήρου αποτελεί τουλάχιστον και θρησκευτική δραστηριότητα με αποτέλεσμα να απωθείται η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου περί κρατικών ενισχύσεων. Η διαπίστωση όμως αυτή, η οποία βασίζεται μόνο στο εσωτερικό δίκαιο και τη παράδοση της Ορθόδοξης Εκκλησίας δεν είναι βέβαιο ότι θα γίνει αποδεκτή από το ΔΕΕ. Σε πρόσφατη υπόθεση, ακόμη εκκρεμή την ώρα που γράφονται αυτές οι γραμμές, οι προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως είναι αντίθετες προς τα επιβαλλόμενα από το Κανονικό Δίκαιο και ευρύτερα τη παράδοση της Εκκλησίας<sup>41</sup>.

## 5. Συμπέρασμα

<sup>37</sup> Βλ. Πραξ. 6, 1-7. Με τη φράση «ουκ αρεστόν ἐστίν ἡμᾶς καταλήψαντες τὸν λόγον τοῦ Θεοῦ διακονεῖν τραπέζαις», δίνεται προτεραιότητα στη διακονία του λόγου, αλλά δεν παραθεωρείται η διακονία των ανθρώπινων αναγκών.

<sup>38</sup> Ι.Μ.Κονιδάρη, ό.π., σ. 236 επ., Βλέπε και Ι.Μ. Κονιδάρη, *Το δίκαιον της μοναστηριακής περιουσίας από τον 9<sup>ο</sup> μέχρι και του 12<sup>ο</sup> αιώνας*, Διατριβή επί διδακτορία υποβληθείσα εις την Νομικὴν Σχολὴν του Πανεπιστημίου Αθηνών. Αθήνα, 1979.

<sup>39</sup> Κανόνας 26 'Δ Οικουμενικής Συνόδου. Βλέπε και Β.Ι.Καλλιακμάνη, «*Εκκλησιαστική περιουσία και μισθοδοσία του κλήρου*» στον ιστότοπο: <https://www.pemptousia.gr/2018/11/ekklisiastiki-perioulosia-ke-misthodosia-tou-klirou/#1> [τ.π. 23/2/2019], Θ. Παπαθανασίου, «*Λόγος περί- ουσίας, Σημειώσεις για την Εκκλησιαστική Περιουσία*», περ. Σύναξη, τεύχ. 23, Ιούλιος-Σεπτέμβριος 1987, σ. 51 κ.ε.

<sup>40</sup> Περισσότερες λεπτομέρειες για την εκκλησιαστική περιουσία και τη σύνδεσή της με τη μισθοδοσία του κλήρου βλέπε προχίρωσ Αρχιεπ. Αθηνών και πάσης Ελλάδος Ιερωνύμου, *Εκκλησιαστική περιουσία και μισθοδοσία του κλήρου*, Αθήνα 2012, σ. 28 κ.ε, Ευάγγελος Λέκκος, *Εκκλησιαστική περιουσία. Οι προκαταλήψεις, οι μύθοι, η αλήθεια*, εκδ. Αποστολικής Διακονίας, Αθήνα 2001, σ. 27.

<sup>41</sup> Πρόκειται για τη δυνατότητα ορθόδοξου μοναχού να υπηρετεί και ως δικηγόρος. Ο μοναχός, μετά τη κουρά του, υποχρεούται να διαμένει ισοβίως εντός της Μονής της μετανοίας του και να τηρεί τους όρκους ακτημοσύνης, υπακοής και παρθενίας/εγκράτειας στοιχεία ασυμβίβαστα με τη δικηγορική ιδιότητα. Με αυτό ως πρότυπο και βάση ο ελληνικός Κώδικας Δικηγόρων θέσπισε ασυμβίβαστο μεταξύ της ιδιότητας μοναχού και δικηγόρου. Για το ζήτημα αυτό βλ. Γεωργίου Αποστολάκη, *Το αδύνατο Αποβολής της Μοναχικής ιδιότητας και η ελευθερία της θρησκευτικής συνείδησης*, ΕλλΔ/νη 2003.883 επ., Ι.Μ. Κονιδάρη, «*Το ανεξάλειπτο της μοναχικής ιδιότητας. Γνωμοδότηση*», Νομοκανονικά 2/2013, σ. 95 επ. Παρ'όλα αυτά, η Γενική Εισαγγελέας στις προτάσεις τις ισχυρίζεται ότι το εν λόγω ασυμβίβαστο του ελληνικού Κώδικα Δικηγόρων δεν είναι συμβατό με το ενωσιακό δίκαιο. Τις προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως βλέπε στον ακόλουθο υπερσύνδεσμο: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209354&pageIndex=0&doclang=EL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1140251> [τ.π. 25/2/2019 ]

Η προκείμενη «Συμφωνία» ανεξάρτητα από τον τρόπο που καταρτίστηκε και τη νομιμοποίηση των μερών να την καταρτίσουν ενέχει θετικά στοιχεία ένεκα της , έστω και δειλής, απαγκίστρωσης της Εκκλησίας από τη Πολιτεία<sup>42</sup>. Για αυτό ακριβώς τον λόγο επιβάλλεται η όποια συμφωνία και συνακόλουθη αναμόρφωση των υφιστάμενων σχέσεων Εκκλησίας και Πολιτείας να είναι άρτια και ικανή να εφαρμοσθεί στη πράξη σε βάθος χρόνου. Ειδικώς η νομολογία για τις κρατικές ενισχύσεις σε θρησκευτικές κοινότητες όχι μόνον θα πρέπει να ληφθεί σοβαρά υπόψιν αλλά πρέπει να ληφθεί υπόψιν στην αυστηρότερη δυνατή προβολή της στην ελληνική περίπτωση ούτως ώστε να πρόκειται για μια πραγματική και συμφέρουσα αναμόρφωση των οικονομικών σχέσεων για αμφοτέρους και να μην επιβεβαιωθεί το αγιολογικό «Και έσται η εσχάτη πλάνη χείρων της πρώτης»<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Πολιτεία συνεχώς τελούσα αν όχι υπό πτώχευση, υπό σοβαρότατα δημοσιονομικά προβλήματα αν πιστέψει κανείς την απόφαση 25/2012 του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου.

<sup>43</sup> Κατά Ματθαίον 27.64

## ΑΡΘΡΟ 3 ΠΑΡ. 1 Σ: ΕΚΚΛΗΣΙΑ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΑ ΣΦΑΙΡΑ

Μαρία-Ωραιοζήλη Κουτσουπιά, Δικηγόρος, ΥΔ Δημοσίου Δικαίου ΕΚΠΑ

Ελένη Μ. Παλιούρα, Δικηγόρος, ΜΔΕ Εκκλησιαστικού Δικαίου ΕΚΠΑ

### 1.Εισαγωγή

Το άρθρο υπ' αριθμόν 3 του ισχύοντος Συντάγματος ρυθμίζει τις σχέσεις κράτους – εκκλησίας στο ελληνικό κράτος. Το περιεχόμενό του, καθώς και η νομολογιακή του προσέγγιση αποτελούν διαρκές αντικείμενο συζήτησης. Ο σκοπός της παρούσας μελέτης είναι όχι η αναπαραγωγή των θέσεων που είναι διάχυτες στη βιβλιογραφία και στη νομολογία, αλλά η εξέταση της πρώτης παραγράφου του άρθρου 3Σ μέσα στη δημόσια σφαίρα.

### 2.Forum internum – forum externum

Οι σχέσεις κράτους θρησκευμάτων περιέχει τη θεμελιώδη διάκριση μεταξύ forum internum και forum externum<sup>1</sup>. Στην παρούσα ενότητα θα εξεταστεί η σχέση κράτους – ελληνικής Ορθόδοξης εκκλησίας υπό το πρίσμα του ως άνω συστήματος, που εγείρει προβληματισμούς για ζητήματα όπως η ελευθερία έκφρασης της εκκλησίας, τα όρια της κρατικής παρέμβασης, καθώς η έννοια του θρησκευόμενου a la carte. Αναλυτικότερα, η έννοια του forum externum περιέχει την εκδήλωση των θρησκευτικών πεποιθήσεων, η οποία επιδέχεται περιορισμούς σε αντίθεση με το περιεχόμενο του forum internum, στο οποίο εδράζεται η θρησκευτική συνείδηση, καθώς και το δικαίωμα αλλαγής θρησκεύματος. Τα όρια της κρατικής παρέμβασης στην εκδήλωση των θρησκευτικών πεποιθήσεων δεν είναι ζήτημα τόσο απλό, καθώς σχετίζεται απόλυτα με τη θέση του θρησκευτικού δικαίου στον κρατικό οργανισμό.

Θα εξεταστεί σε αυτό το σημείο την υπόθεση της κτήσης δικηγορικής ιδιότητας εκ μέρους μοναχού της Ορθόδοξης Εκκλησίας. Ειδικότερα, η αναβλητική υπ' αριθμ. 1753/2017 ΣτΕ, διατύπωσε προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) το ακόλουθο ερώτημα: *«Το άρθρο 3 της οδηγίας 98/5/ΕΚ έχει την έννοια ότι η εγγραφή ενός μοναχού της Εκκλησίας της Ελλάδος ως δικηγόρου στα μητρώα της αρμόδιας αρχής κράτους μέλους διαφορετικού από εκείνο στο οποίο έχει αποκτήσει τον επαγγελματικό του τίτλο, προκειμένου να ασκεί εκεί το επάγγελμά του υπό τον επαγγελματικό του τίτλο καταγωγής, μπορεί να απαγορεύεται από τον εθνικό νομοθέτη, για τον λόγο ότι οι μοναχοί της Εκκλησίας της Ελλάδος δεν δύνανται, κατά το εθνικό δίκαιο, να εγγράφονται στα μητρώα των δικηγορικών συλλόγων, επειδή δεν παρέχουν, λόγω της ιδιότητάς τους αυτής, ορισμένα απαραίτητα για την άσκηση της δικηγορίας εχέγγυα;»*. Κατά το σκεπτικό της ως άνω απόφασης: *«Επειδή, η παρούσα υπόθεση αφορά στην εξαιρετική περίπτωση των μοναχών της Εκκλησίας της Ελλάδος, οι οποίοι λόγω της ιδιότητάς τους αυτής ευρίσκονται σε απολύτως ιδιόρρυθμη προσωπική κατάσταση, υποκείμενοι μάλιστα στην εξουσία οργάνων τριών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου - της Ιεράς Μονής της μετανοίας τους, της οικείας Ιεράς Μητρόπολης και της Εκκλησίας της Ελλάδος. Από τις προπαρασκευαστικές εργασίες της οδηγίας δεν προκύπτει ότι κατά τη νομοθέτησή της λήφθηκε υπόψη η ιδιαιτερότητα της κατάστασης*

<sup>1</sup> Βλ. γενικά Ρ. PETKOFF, «Forum Internum and Forum Externum in Canon Law and Public International Law with a Particular Reference to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Religion and Human Rights*, 2012, Vol.7(3), pp.183-214.

των προσώπων αυτών...»<sup>2</sup>. Το παράδειγμα αυτό είναι χαρακτηριστικό του τρόπου, με τον οποίο λειτουργεί το δικαίωμα της θρησκευτικής αυτονομίας. Είναι δηλαδή η αυτονομία απόλυτη ή μήπως πρόκειται για δικαίωμα που βρίσκεται στο μεταίχμιο μεταξύ της ιδιότητας του μέλους της θρησκευτικής κοινότητας και του πολίτη του κράτους; Και τελικώς ποιο είναι το δίκαιο που υπερισχύει σε κάθε περίπτωση, το πολιτειακό ή το θρησκευτικό;

Ειδικότερα, στην προκείμενη περίπτωση το άρθρο 6 παρ. 6 του ισχύοντος Κώδικα Δικηγόρων<sup>3</sup> εντάσσει στα κωλύματα απόκτησης της δικηγορικής ιδιότητας την ιδιότητα του κληρικού και του μοναχού. Η επιλογή αυτή του εθνικού νομοθέτη δεν αναφέρεται στην οδηγία για τους κοινοτικούς δικηγόρους, χωρίς αυτό να συνιστά κώλυμα που δεν προβλέπεται από το γενικότερο ευρωπαϊκό πλαίσιο, αρχικά επειδή πρόκειται για εσωτερική υπόθεση του κράτους μέλους<sup>4</sup>. Η εθνική έννομη τάξη, λοιπόν, δεν δέχεται την απόκτηση δικηγορικής ιδιότητας εκ μέρους του κλήρου<sup>5</sup> και των μοναχών, καθώς δεν συνάδει με το θρησκευτικό χαρακτήρα του τρόπου δράσης και διαβίωσης που οι ίδιοι έχουν επιλέξει ως ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους βάσει του άρθρου 5 παρ. 1 Σ. Ωστόσο, η κρινόμενη απαγόρευση μπορεί να υποστηριχθεί ότι τελεί σε συμφωνία και με το δίκαιο της ευρωπαϊκής ένωσης, αφού κατά το άρθρο 17 παρ. ΣΛΕΕ: *Η Ένωση σέβεται και δεν θίγει το καθεστώς που έχουν σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο οι εκκλησίες και οι θρησκευτικές ενώσεις ή κοινότητες στα κράτη μέλη*. Το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι το εν λόγω άρθρο θεμελιώνει το δικαίωμα της θρησκευτικής αυτονομίας των θρησκευτικών οργανισμών, όπως αυτό κατοχυρώνεται στο άρθρο 9 ΕΣΔΑ και στο άρθρο 10 ΧΘΔΕΕ. Η θρησκευτική κοινότητα δηλαδή, όπως λειτουργεί σε κάθε κράτος μέλος (είτε δηλαδή υπό το καθεστώς αναγνωρισμένης είτε υπό το καθεστώς γνωστής θρησκείας), έχει το δικαίωμα να οργανώνει τα εσωτερικά της ζητήματα, χωρίς κρατική παρέμβαση. Ειδικότερα, η κοινότητα έχει το δικαίωμα να αυτοπροσδιορίζεται και να αυτοδιοικείται. Δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού διαθέτουν και οι υποδιαιρέσεις της θρησκευτικής κοινότητας και όχι μόνο η ίδια ως ενιαία νομική οντότητα, ωστόσο αναπόσπαστα συνδεδεμένη με

---

<sup>2</sup> σκ.17.

<sup>3</sup> ν. 4194/2013, ΦΕΚ Α'/208

<sup>4</sup> ΣτΕ 1090/1989

<sup>5</sup> Κατά το σκεπτικό του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετικά με την απαγόρευση απόκτησης της δικηγορικής ιδιότητας εκ μέρους κληρικού: Επειδή οι αρχές της ισότητας και της προσωπικής και επαγγελματικής ελευθερίας, δεν εμποδίζουν τον καθορισμό με νόμο όρων και προϋποθέσεων για την επιλογή και άσκηση ορισμένου επαγγέλματος, εφόσον πάντως οι όροι αυτοί ορίζονται με αντικειμενικά κριτήρια και δικαιολογούνται από αποχρώντες λόγους γενικότερου δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος, βρίσκονται σε συνάφεια προς το αντικείμενο και το χαρακτήρα της ρυθμιζόμενης επαγγελματικής δραστηριότητας. Ειδικότερα για το θέμα του δημοσίου λειτουργήματος συνδεδεμένου με το σύστημα απονομής της δικαιοσύνης, το δημόσιο συμφέρον επιβάλλει την πλήρη απασχόληση του δικηγόρου με αυτό, εν όψει της αποστολής και των καθηκόντων του, όπως αυτά ορίζονται στο άρθρο 39 του Κώδικα Δικηγόρων. Εξ άλλου οι συνθήκες ασκήσεως του επαγγέλματος αυτού συνεπάγονται, για την προάσπιση των συμφερόντων του εντολέως, την αντιδικία, προς την οποία είναι ασυμβίβαστη η ιδιότητα του θρησκευτικού λειτουργού. Κατά συνέπεια είναι ανεκτό συνταγματικά ο νομοθέτης για την άσκηση ενός τόσο σημαντικού έργου να απαιτεί αποκλειστική την ιδιότητα του κληρικού. Συμπορεύεται επομένως προς το Σύνταγμα η κρίσιμη διάταξη του Δικηγορικού Κώδικα. (ΟλΣτΕ 2368/1988). Περαιτέρω, «...η απαγόρευση της ασκήσεως του δικηγορικού λειτουργήματος από τους κληρικούς και μοναχούς απέβλεψε στην προστασία του θρησκευτικού λειτουργού από την εμπλοκή του στη συμφυγή με την άσκηση της δικηγορίας αντιδικία. Ούτε επομένως στη διάταξη του άρθρ. 13 του Συντάγματος αντίκειται η κρίσιμη διάταξη του δικηγορικού Κώδικα...» (ΣτΕ 1090/1989).

τον αυτοπροσδιορισμό είναι η υποχρέωση πίστης στην κοινότητα<sup>6</sup>. Το μέλος δηλαδή είτε είναι φυσικό είτε είναι νομικό πρόσωπο, δεν μπορεί να αντιταχθεί στο εσωτερικό κανονιστικό πλαίσιο που έχει τεθεί από τον θρησκευτικό οργανισμό και εν προκειμένω το δικαίωμα θρησκευτικής ελευθερίας εκφράζεται μέσω της αποχώρησης από τον τελευταίο, αφού το κράτος δεν δικαιούται να επιβάλλει στη θρησκευτική κοινότητα την αποδοχή ή την απόρριψη μέλους, ή τέλος την ανάθεση ειδικού θρησκευτικού καθήκοντος<sup>7</sup>.

Συνεπώς, εφόσον ο εν λόγω μοναχός επέλεξε το μοναχικό βίο και δεν τον έχει εγκαταλείψει παραμένοντας τόσο μέλος της εκκλησίας όσο και έχων τυπικά και ουσιαστικά τη μοναχική ιδιότητα, ο περιορισμός της επαγγελματικής του ελευθερίας, όπως κατοχυρώνεται σε εθνικό επίπεδο στο άρθρο 5Σ είναι αναγκαίος σε μια δημοκρατική κοινωνία, καθώς προστατεύεται η θρησκευτική αυτονομία της ορθόδοξης θρησκευτικής κοινότητας, η οποία θίγεται άμεσα από την απόκτηση εκ μέρους του αιτούντος της δικηγορικής ιδιότητας<sup>8</sup>.

Κατ' αρχήν, λοιπόν, δεν σημειώνεται αντίθεση του άρθρου 6 παρ. 6 ν. 4194/2013 τόσο με το άρθρο 5 Σ όσο και με το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ Σ<sup>9</sup>, αφού η μοναχική ιδιότητα είναι αντικειμενικό κριτήριο που δεν τελεί σε συνάφεια με το χαρακτήρα του δικηγορικού επαγγέλματος. Το κανονικό πλαίσιο της Εκκλησίας δηλαδή δεν συμβαδίζει με την άσκηση εκ μέρους μοναχού του δικηγορικού επαγγέλματος, καθώς πρόκειται για ένα βιοποριστικό επάγγελμα που απομακρύνεται από το θρησκευτικό σκοπό της εγκαταβίωσης σε θρησκευτικό καθίδρυμα<sup>10</sup>. Ο μοναχός, λοιπόν, μπορεί να

---

<sup>6</sup> υπόθεση C-414/16, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής απόφασης δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, Vera Egenberger Κατά Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.

<sup>7</sup> case of FERNÁNDEZ MARTÍNEZ v. Spain, (Application no. 56030/07), 12 June 2014, §128 - §129, όπου αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι το άρθρο 9 ΕΣΔΑ δεν κατοχυρώνει δικαίωμα διαφωνίας μεταξύ των μελών και της θρησκευτικής κοινότητας πάνω σε ζητήματα οργανωτικά, που σημαίνει ότι το δικαίωμα θρησκευτικής αυτονομίας της κοινότητας παρέχει σε αυτήν την αξίωση αντίδρασης κατά τους οικείους κανόνες και συμφέροντα σε οποιαδήποτε διαφωνία που θα μπορούσε να πλήξει τη συνοχή, την εικόνα και την ενότητά της, σε εξαιρετικές δε περιπτώσεις αποκλείεται για το κράτος η διακριτική ευχέρεια να αποφανθεί ακόμα και περί της νομιμότητας του τρόπου έκφρασης των θρησκευτικών πεποιθήσεων.

<sup>8</sup> case of FERNÁNDEZ MARTÍNEZ v. Spain, ό.π., §132, όπου αναφέρεται ότι δεν είναι αρκετός ένας απλός ισχυρισμός της θρησκευτικής κοινότητας για πραγματική ή δυνητική απειλή της θρησκευτικής της αυτονομίας για την παρέμβαση στην ιδιωτική σφαίρα των μελών της, αλλά η απειλή αυτή θα πρέπει να αποδεικνύεται επαρκώς ανάλογα με την περίπτωση.

<sup>9</sup> Κατά το σκεπτικό του ΣτΕ: Επειδή δια του άρθρου 5 (παρ. 1) του Συντάγματος προστατεύεται και η επαγγελματική ελευθερία, ήτοι η ελευθερία επιλογής και ασκήσεως επαγγέλματος, ως αναγκαίου στοιχείου της προσωπικότητας του ατόμου. Εις την ελευθερίαν αυτήν δύναται ο νόμος να επιβάλλει περιορισμούς, οι δε υπό τούτου τασσόμενοι όροι επιλογής και ασκήσεως ορισμένου επαγγέλματος και συνταγματικώς επιτρεπτοί μόνον εφ' όσον ορίζονται γενικώς και κατά τρόπον αντικειμενικόν και δικαιολογούνται εκ λόγων γενικωτέρου δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος. Εις την έννοιαν των αντικειμενικών κριτηρίων περιλαμβάνονται ιδιότητες ή καταστάσεις που τελούν εις άμεσον εσωτερικήν συνάφειαν προς το αντικείμενον και τον χαρακτήρα του επαγγέλματος, όχι δε και στοιχεία άσχετα προς αυτό, συμπτωματικώς λαμβανόμενα υπ' όψιν... (ΣτΕ 3899/1988 και ΣτΕ 1090/1989 : «Επειδή το άρθρ. 13 του Συντάγματος αναφέρεται στον τρόπο ασκήσεως των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του ανθρώπου, ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου και δεν έχει σχέση με τον τρόπο ασκήσεως της νομοθετικής εξουσίας της πολιτείας, που στη συγκεκριμένη περίπτωση εκδηλώθηκε με τον αμφισβητούμενο από τον αιτούντα κανόνα δικαίου. Επομένως είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο λόγος ακυρώσεως, σύμφωνα με τον οποίο η αναφερθείσα διάταξη του δικηγορικού Κώδικα αντικείται στο άρθρ. 25 του Συντάγματος (ΣτΕ 3899/88).»).

<sup>10</sup> ΣτΕ 2597/1970: ...ειδικότερον, καθ' όσον αφορά εις την υπό των μοναχών προσφοράν εργασίας, ουδαμού εν τω νομοκανονικώ δικαίω υφίσταται, ουδέ συνάγεται γενική απαγόρευσις, αντιθέτως δε ο Μέγας Βασιλείος συνιστά την υπό των μοναχών εκμάθησιν τεχνών και την εργασίαν, εφ' όσον δι'

ασκεί κάποια επαγγελματική δραστηριότητα που θα συμβαδίζει απόλυτα με το έργο του στην Ι. Μονή μετανοίας ή εγκαταβιώσεώς του. Η δικηγορική ιδιότητα είναι ασύμβατη με το εν λόγω έργο, έγκειται δε καθαρά στην κοσμική έννομη τάξη. Ακόμη, για τους μοναχούς δεν προβλέπεται καν η δυνατότητα απόκτησης της ιδιότητας του εκκλησιαστικού συνηγόρου (Άρθρο 119 ν. 5383/1932: *Ο κατηγορούμενος δύναται να παραστή μετά συνηγόρου κληρικού. Εάν ο κατηγορούμενος δεν έχει συνήγορον, δύναται να απαιτήσει όπως διορισθή αυτώ εξ επαγγέλματος συνήγορος κληρικός. Τον συνήγορον εν τοιαύτη περιπτώσει διορίζει ο Πρόεδρος του Επισκοπικού Δικαστηρίου.*), που ουδεμία σχέση έχει με τη δικηγορική ιδιότητα, καθώς η εκκλησιαστική δικαιοσύνη έχει την έννοια της θεραπείας μέσω των εννόμων συνεπειών στο εσωτερικό της εκκλησιαστικής δικαιοταξίας, και συνεπώς όχι απλώς το σωφρονισμό ή τη στάθμιση ποινής και αδικήματος με τα πολιτειακά κριτήρια απονομής της δικαιοσύνης<sup>11</sup>. Χαρακτηριστικά, στην εκκλησιαστική δικαιοσύνη λαμβάνεται υπόψη η έννοια της οικονομίας, που ως «δικονομικό εργαλείο» είναι άγνωστο στην πολιτειακή δικαιοσύνη (102 Πενθέκτης ή Έκτης Οικουμενικής Συνόδου). Συνεπώς, η κτήση της δικηγορικής ιδιότητας εκ μέρους μοναχού παραβιάζει το κύρος και την αξιοπρέπεια της Εκκλησίας, όπως αυτή λειτουργεί στο δημόσιο χώρο<sup>12</sup>.

Δεν υπάρχει, λοιπόν, αντίθεση με την ευρωπαϊκή οδηγία για τους κοινοτικούς δικηγόρους, ούτε εισάγεται νέος περιορισμός που δεν προβλέπεται από το κείμενό της, καθώς η οδηγία τελεί σε ερμηνευτική σύνδεση με το συνολικό ευρωπαϊκό δίκαιο,

---

αυτών δεν διασπάται η ενότης του μοναχικού βίου, ουδέ ζημιούνται κατά την ευσέβειαν οι μοναχοί, προς δε ο νομοθέτης διά των προδιαληφθεισών διατάξεων, αναγνωρίζει εις τους μοναχούς την δυνατότητα ασκήσεως προσόδου διά της εργασίας αυτών, καθ' ο μέτρον τούτο συνάδει προς την μοναχικὴν αυτών ιδιότητα. Δεδομένου όμως ότι, συνωδῶ τοις ανωτέρω, η δραστηριότης των μοναχόν δέον ν' αφιερῶται κυρίως εις την άσκησιν των θρησκευτικῶν αυτών εργασιῶν, δεν συμβιβάζεται, κατά την έννοιαν των προδιαληφθεισών νομοκανονικῶν διατάξεων, προς το σχήμα και την θέσιν αυτών εν τη Εκκλησίᾳ ή εις τοιαύτην έκτασιν και ρυθμόν οργάνωσις της επ' αμοιβή εργασίας αυτών, ὡστε αὐτή να προσλαμβάνη τα χαρακτηριστικά βιοποριστικῆς επαγγέλματος, μάλιστα δε τοιούτου καλύπτοντος την ὅλην δραστηριότητα του μοναχού, διότι η άσκησις βιοποριστικῆς επαγγέλματος συνεπάγεται ευρείαν και συστηματικὴν ἀνάμειξιν εις τας συναλλαγάς, ἀπάδουσαν εις τας προδιαληφθείσας αρχάς του μοναχικῆς βίου, διό και οι μοναχοί και επ' αμοιβή τυχόν οπωσδήποτε εργαζόμενοι, δεν δύνανται να θεωρηθῶσιν ως ασκούντες κύριον τι βιοποριστικόν ἐπάγγελμα....

<sup>11</sup> και ΣτΕ 36/1975, ΟλΣτΕ 2279/1953

<sup>12</sup> ΣτΕ 4596/2014: «...η προσβαλλόμενη πράξη δεν αντίκειται ούτε σε άλλη συνταγματική διάταξη ή αρχή, όπως η κατοχυρούμενη από το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος αρχή της αναλογικότητας, διότι υπό τις δεδομένες συνθήκες, ο περιορισμός των δικαιωμάτων, που άλλως θα απολάμβανε ο αιτών ως απλός πολίτης, κρίνεται συνταγματικά επιτρεπτός ως αναγκαίος και πρόσφορος, δικαιολογούμενος από επιτακτικούς λόγους διασφάλισης του κύρους και της αξιοπιστίας της Εκκλησίας...»), που έχει το δικαίωμα να λειτουργεί εντός του κράτους πραγματικά και όχι φαινομενικά, δηλαδή με το δικό της οργανωτικό σχήμα, που συνεπάγεται μια θεμιτή παρέμβαση στον ιδιωτικό βίο των θρησκευτικών λειτουργών της και της μοναχικής τάξης που είναι επιφορτισμένη από έναν ιδιαίτερο πνευματικό σκοπό εντός της θρησκευτικής κοινότητας (και ΣτΕ 4596/2014, όπου κρίθηκε αναγκαίος ο περιορισμός στον ιδιωτικό βίο κληρικού της Ορθόδοξης Εκκλησίας, λόγω της ασυμβατότητάς του προς το εσωτερικό δίκαιο της κοινότητας: «...οι κληρικοί της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας, συνταχθέντες με το δόγμα της, έχουν εν γνώσει τους και εκουσίως αποδεχθεί την υπακοή στις θεμελιώδεις πνευματικές αρχές και ιερές της παραδόσεις, καθώς και στους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς της κανόνες, ως εκ τούτου δε, υπόκεινται, λόγω και του δημοσίου λειτουργήματός τους, σε περιορισμούς και ιδιαίτερες υποχρεώσεις ως προς την συμπεριφορά στον ιδιωτικό τους βίο, συνεπεία των οποίων τελούν προφανώς σε ειδικές συνθήκες, οι οποίες επιτρέπουν την παρέμβαση της Εκκλησίας, ως έναν βαθμό, στην άσκηση ορισμένων ατομικών δικαιωμάτων και ελευθεριών τους, ως πολιτών, όπως είναι και το δικαίωμα σεβασμού της ατομικής και οικογενειακής τους ζωής, στον πυρήνα του οποίου ανάγεται και η δραστηριότητά τους σχετικά με την ερωτική τους ζωή και τις ερωτικές τους προτιμήσεις...»).

που κατοχυρώνει το ως άνω δικαίωμα της αυτονομίας, του αυτοπροσδιορισμού και της αυτοδιοίκησης των θρησκευμάτων που λειτουργούν νόμιμα μέσα σε ένα κράτος – μέλος της. Το κράτος δεν είναι βεβαρημένο με την υποχρέωση γνώσης του εσωτερικού δικαίου μιας τέτοιου είδους θρησκευτικής κοινότητας, γι' αυτό και η έκδοση πράξης αντίθετης με αυτό σε οποιοδήποτε κράτος μέλος της ΕΕ, δεν μπορεί να δημιουργήσει κανονιστικό προηγούμενο της εγκυρότητάς της, καθώς η θιγόμενη θρησκευτική κοινότητα έχει το βάρος να προσβάλλει την πράξη αυτή και να αποδείξει την αντίθεσή της προς το δικαίωμα της αυτονομίας της. Στην ελληνική έννομη τάξη το βάρος αυτό προκύπτει και από πολιτειακό νομοθέτημα. Ειδικότερα, στο άρθρο 2 Κ.Χ.Ε.Ε. αναφέρεται ότι: *Η Εκκλησία της Ελλάδος συνεργάζεται μετά της Πολιτείας, προκειμένου περί θεμάτων κοινού ενδιαφέροντος, ως τα της χριστιανικής αγωγής της νεότητας, της εν τω στρατεύματι θρησκευτικής υπηρεσίας, της εξυψώσεως του θεσμού του γάμου και της οικογενείας, της φροντίδος διά την περίθαλψιν των δεομένων εν γένει προστασίας, της διαφυλάξεως των ιερών κειμηλίων και εκκλησιαστικών και χριστιανικών μνημείων, της καθιερώσεως νέων Θρησκευτικών εορτών, ζητεί δε την προστασίαν της Πολιτείας οσάκις προσβάλλεται η θρησκεία.* Η νομική έννοια της θρησκείας είναι αόριστη στην ευρωπαϊκή έννομη τάξη και εν προκειμένω αναφέρεται στα δικαιώματα της εν λόγω θρησκευτικής κοινότητας. Είναι, ωστόσο, σαφές ότι ο όρος θρησκεία αναφέρεται και σε έναν τρόπο διαβίωσης εντός του πλαισίου της θρησκευτικής κοινότητας, που έχει ως άξονα μια συγκεκριμένη και κανονιστικά οριοθετημένη συμπεριφορά εντός του συνόλου<sup>13</sup>. Ως εκ τούτου το άρθρο 6 παρ. 6 του Κώδικα Δικηγόρων αντιτίθεται στο δικαίωμα των θρησκευτικών κοινοτήτων που λειτουργούν στην ελληνική επικράτεια υπό το καθεστώς της γνωστής θρησκείας να «νομοθετούν» τα ίδια για τα εσωτερικά τους ζητήματα, παρόλο που στη συγκεκριμένη περίπτωση συμφωνεί με αυτά της Εκκλησίας της Ελλάδος (3 παρ. 1Σ, 13 παρ. 1Σ, 9 και 11ΕΣΔΑ). Αυτό συμβαίνει διότι το άρθρο 6 παρ. 6 του Δικηγορικού Κώδικα δεν αναφέρεται στους κληρικούς και μοναχούς της Ορθόδοξης Εκκλησίας, αλλά γενικά στους κληρικούς και μοναχούς.

Από την ανάλυση της ως άνω υπόθεσης προς την πλευρά της μη συμβατότητας της ιδιότητας της δικηγορικής ιδιότητας με την ιδιότητα του μοναχού, προκύπτει ότι το ελληνικό κράτος ορθά δέχεται κατ' αρχήν ότι η ασυμβατότητα αυτή είναι ουσιαστικά μια κανονική (δηλαδή σύμφωνη προς τους ιερούς κανόνες) ασυμβατότητα. Το σφάλμα είναι, ωστόσο, ότι η κανονική ασυμβατότητα δεν ενδιαφέρει και δεν πρέπει να ενδιαφέρει το ελληνικό κράτος χάριν προστασίας της θρησκευτικής αυτονομίας<sup>14</sup>. Στην πραγματικότητα η ασυμφωνία αυτή προκύπτει από την επίσημη εκδήλωση εκ μέρους της Εκκλησίας της συμβατότητας επαγγελματιών με την ιδιότητα του θρησκευτικού λειτουργού<sup>15</sup>, παρόλο που δεν υπάρχει ρητή αναφορά στους μοναχούς.

<sup>13</sup> βλ. και αιτιολογική έκθεση ν.4301/2014 σ.8: «...που την διαχωρίζουν από απλές φιλοσοφικές, ηθικές ή κοσμοθεωριακές αντιλήψεις, είναι η βεβαιότητα (πίστη) για την ύπαρξη μιας υπερβατικής δύναμης, η ανάγκη έκφρασης αυτής της πίστης με λατρευτικές εκδηλώσεις και η συμμετοχή του πιστού σε μια κοινότητα που τελεί υπό τις αυτές υπερβατικές αντιλήψεις ... Έτερο στοιχείο μπορεί να είναι ένα δεσμευτικό για τον πιστό ήθος, ήτοι ένα συγκεκριμένο και οριοθετημένο τρόπο ζωής...».

<sup>14</sup> Βλ.γενικά ΕΛΕΝΗ ΠΑΛΙΟΥΡΑ – ΜΑΡΙΑ-ΩΡΑΙΟΖΗΛΗ ΚΟΥΤΣΟΥΠΙΑ, «Το δικαίωμα της θρησκευτικής αυτονομίας: ΧΘΔΕΕ και ΕΣΔΑ», *Διάλογοι Συνταγματικού, Διοικητικού και Ευρωπαϊκού Δικαίου* (επιμ. Β. Τζέμος), σ.74-85, όπου και σχετική βιβλιογραφία, [http://www.dimosiodikaio.gr/docs/praktika\\_5syn.pdf](http://www.dimosiodikaio.gr/docs/praktika_5syn.pdf) (τελευταία πρόσβαση, 2.5.2019).

<sup>15</sup> ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΣ 305/2018 Περί Έφημερίων και Διακόνων, άρθρο 17: Κατά την άνωτέρω Έγκύκλιο της Ίερᾶς Συνόδου συμβατές με τήν ιδιότητα τοῦ Κληρικοῦ ἀπασχολήσεις, οἱ ὁποῖες δύνανται νά ἐξασκούνται ἐκ παραλλήλου μέ τήν ἐφημεριακή ιδιότητα, εἶναι: οἱ χειρωνακτικές και τεχνικές



### 3. Συνταγματική κατοχύρωση των ιερών κανόνων

Το άρθρο 3παρ.1Σ κατοχυρώνει το εσωτερικό δίκαιο της Ορθόδοξης Εκκλησίας, ήτοι τους ιερούς κανόνες. Συγκεκριμένα, ορίζεται ότι «η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδας, που γνωρίζει κεφαλή της τον Κύριο ημών Ιησού Χριστό, υπάρχει αναπόσπαστα ενωμένη δογματικά με τη Μεγάλη Εκκλησία της Κωνσταντινούπολης και με κάθε άλλη ομόδοξη Εκκλησία του Χριστού τηρεί απαρασάλευτα, όπως εκείνες, τους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και τις ιερές παραδόσεις». Σκόπιμο είναι να πραγματοποιηθεί μια σύντομη ανάλυση της ορολογίας που χρησιμοποιεί η εν λόγω διάταξη<sup>16</sup>. Αποστολικοί, λοιπόν, κανόνες υπό την έννοια της συγγραφής τους από τους Αποστόλους δεν υφίστανται. Οι λεγόμενοι Αποστολικοί κανόνες αποτελούν το τελευταίο κεφάλαιο του ογδού βιβλίου ενός κωδικοποιητικού έργου του 4ου αιώνα, άγνωστου συντάκτη, με τίτλο «Διαταγές των Αγίων Αποστόλων»<sup>17</sup>. Η έκφραση συνοδική, επίσης, ανταποκρίνεται στον τρόπο θέσπισης των εν λόγω κανονιστικών κειμένων, ενώ ο όρος ιερές παραδόσεις κατά μία άποψη εκφράζει την εισαγωγή εκ μέρους του συνταγματικού νομοθέτη στο περιεχόμενο του άρθρου 3Σ των στοιχείων εκείνων της Ιεράς Παράδοσης που έχουν κανονιστικό χαρακτήρα<sup>18</sup>. Βέβαια, οι ιερές παραδόσεις έχουν χαρακτηριστεί και άνευ νομικής σημασίας εξ απόψεως πολιτειακού δικαίου, δίχως, όμως, αυτή η θέση να τεκμηριώνεται<sup>19</sup>. Οι ιεροί κανόνες, που αποτελούν περιεχόμενο του κανονικού

---

έργασίες (α. παραδοσιακά επαγγέλματα: αγροτικά π.χ. αγρότου, αλιέως, κτηνοτρόφου, πτηνοτρόφου, μελισσοκόμου, ή κηροπλάστου κ.λπ.· β. τά τεχνικά επαγγέλματα: π.χ. τοῦ ξυλουργοῦ, ἐπιπλασιοῦ, ὑποδηματοποιοῦ κ.λπ., τοῦ τεχνικοῦ ἠλεκτρικῶν, ἠλεκτρονικῶν, ὑπολογιστικῶν ἢ ὑδραυλικῶν δικτύων κ.λπ.), οἱ υπαλληλικές ἐργασίες (ὑπαλληλικές θέσεις με σχέση ἐργασίας ἢ δημοσίου δικαίου στὸν ἰδιωτικὸ τομέα ἢ καὶ στὸν δημόσιο τομέα ὡς πολιτικὸ προσωπικὸ)· γ. τά ἐπιστημονικὰ ἐπαγγέλματα (α. ἐκπαιδευτικά: διδάσκαλοι, καθηγητές σὲ ὅλες τὶς εκπαιδευτικὲς βαθμίδες, β. ἐρευνητικά: φυσικοί, χημικοί, βιολόγοι, μεταλλειολόγοι, γεωλόγοι, σεισμολόγοι, γεωχημικοί, μετεωρολόγοι, ἀστροφυσικοί κ.ἄ., γ. ἰατρικὰ ἐπαγγέλματα: ἅπαντα ἐπιτρέπονται, πλὴν τοῦ γυναικολόγου καὶ τοῦ ἰατροδικαστοῦ, δ. ἐπαγγέλματα κοινωνικῆς καὶ ἀνθρωπιστικῆς φύσεως: ψυχολόγοι, κοινωνικοὶ λειτουργοί, νοσηλευτές κ.λπ., ε. τά νομικὰ ἐπαγγέλματα δὲν ἐπιτρέπονται, ἐκτὸς τῆς σχετικῆς μετὰ τὴν νομικὴ ἐπιστῆμη διδακτικῆς ἢ καὶ ἐρευνητικῆς δραστηριότητος), ἐνῶ δὲν συμβιβάζονται δραστηριότητες ποὺ ἀπαγορεύονται σὲ κληρικὸ κατὰ τὸ κανονικὸ δίκαιο τῆς Ὀρθοδόξου Ἀνατολικῆς Ἐκκλησίας τοῦ Χριστοῦ: (α) κανόνες ΜΔ' τῶν Ἁγίων Ἀποστόλων, ΙΖ' τῆς Α' Οἰκουμενικῆς Συνόδου, Ι' τῆς Πενθέκτης, Δ' τῆς ἐν Λαοδικείᾳ καὶ Ε' τῆς ἐν Κερθαγένῃ Συνόδου, β) κανόνες Θ' καὶ ΟΣΤ' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου, ΚΔ' τῆς ἐν Λαοδικείᾳ καὶ ΜΖ' τῆς ἐν Κερθαγένῃ Συνόδου, γ) κανόνες ΜΒ' τῶν Ἁγίων Ἀποστόλων, ΚΔ' καὶ Ν' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου, δ) κανόνες ΝΑ' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου καὶ ΝΓ' τῆς ἐν Κερθαγένῃ Συνόδου, ε) κανόνες ΞΑ' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου, ΚΔ' τῆς ἐν Ἀγκύρᾳ καὶ ΛΣΤ' τῆς ἐν Λαοδικείᾳ Συνόδου, ΠΓ' τοῦ Μ. Βασιλείου, στ) κανόνες ΣΤ' καὶ ΠΓ' τῶν Ἁγίων Ἀποστόλων, Γ' καὶ Ζ' τῆς Δ' Οἰκουμενικῆς Συνόδου, Ι' τῆς Ζ' Οἰκουμενικῆς Συνόδου).

<sup>16</sup> Βλ. ΕΛΕΝΗ ΠΑΛΙΟΥΡΑ, *Το νομικὸ καθεστὼς τῶν θρησκευτικῶν κοινοτήτων στὴν Ελλάδα*, Νομοκανονικὰ Ανάλεκτα 12, Αθήνα 2019, σ.83-85.

<sup>17</sup> Ἡ Πενθέκτη Σύνοδος με τὸ δεῦτερο κανόνα τῆς επικύρωσε τους ογδόντα πέντε αὐτοὺς κανόνες, βλ. Σ. Ν. ΤΡΩΙΑΝΟΣ, *Οἱ πηγές τοῦ Βυζαντινοῦ Δικαίου*, Αθήνα – Κομοτηνὴ 2011, σ.83.

<sup>18</sup> Κατ' ἀρχὴν διαφορετικὸς ὅρος εἶναι ἡ Ἱερά Παράδοση, ποὺ περιέχει τις περί τῆς πίστεως διδασχές τοῦ Ἰησοῦ Χριστοῦ καὶ τῶν Ἀποστόλων. Ἡ παράδοση δηλαδὴ ποὺ περιλαμβάνεται εἶναι ἡ δογματικὴ, βλ. Χ. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΣ, *Δογματικὴ τῆς Ὀρθοδόξου Ἀνατολικῆς Ἐκκλησίας*, Αθήνα 1956, σ.7.

<sup>19</sup> Βλ. ΕΙΡΗΝΗ ΧΡΙΣΤΙΝΑΚΗ, «Τὰ συνταγματικὰ ὅρια ἀναθεώρησης τοῦ νομικοῦ καθεστώτος τῆς Ἐκκλησίας τῆς Ἑλλάδος», *Θεολογία* 1/2018, σ.152: «Με τὸν ὅρο ιερές παραδόσεις ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης περιγράφει τὸν ἄγραφο νόμο τῆς Ἱεράς Παράδοσης. Συνεπῶς, δὲν εὐσταθεῖ ἡ ἄποψη ὅτι ὁ ὅρος ιερές παραδόσεις στερεῖται νομικοῦ περιεχομένου. Με βάση τὸ ἀρθρο 3 τοῦ Συντάγματος εἶναι δυνατὸν ἓνας ἄγραφος κανόνας δικαίου τῆς Ἐκκλησίας, λόγω τῆς συνταγματικῆς τοῦ κατοχύρωσης, να θέτει ἐκτὸς συνταγματικῆς τάξεως ἓναν γραπτὸ καὶ φυσικὰ μεταγενέστερο αὐτοῦ κανόνα δικαίου τοῦ κοινού νομοθέτη. Για παράδειγμα, ὅσον ἀφορᾷ τους ορθόδοξους ναούς, θα ἦταν ἀντισυνταγματικὴ πολεοδομικὴ διάταξη ποὺ να ἀπαγορεύει τὸν ἀνατολικὸ προσανατολισμὸ τοῦ Ἱεροῦ ορθόδοξου Ναοῦ. Τούτο ὅμως δὲν σημαίνει ὅτι, ἀν πολεοδομικῶς εἶναι ἀδύνατον ὁ Ναός να ἔχει πρόσοψη ἐπὶ τοῦ

δικαίου και των διατάξεων εκκλησιαστικής προέλευσης του εκκλησιαστικού δικαίου συνοψίζονται στους κανόνες των οικουμενικών και των τοπικών συνόδων, τους αποστολικούς κανόνες όπως αναλύθηκαν παραπάνω, και τους κανόνες των Πατέρων (για την ακρίβεια του λόγου οι Πατέρες δεν συνέταξαν κανόνες, η Πενθέκτη Σύνοδος με το δεύτερο κανόνα της προέβη στην επικύρωση θέσεων των Πατέρων της Εκκλησίας απέναντι σε εκκλησιαστικά ζητήματα)<sup>20</sup>, ο δε «κανονοθέτης» είναι η Οικουμενική Σύνοδος, η οποία δεν μπορεί να λάβει το χαρακτήρα ενός θεσμού, αλλά ενός «εξαιρετικού γεγονότος» με Θεανθρώπινη διάσταση<sup>21</sup>.

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΣτΕ κατοχυρώνονται συνταγματικά μόνο οι δογματικοί κανόνες, καθώς και οι θεμελιώδεις διοικητικοί θεσμοί<sup>22</sup>. Ωστόσο, κατά την ευρωπαϊκή νομολογιακή κατεύθυνση ως προς τα ζητήματα αυτοοργάνωσης των θρησκευμάτων ιδιαίτερα από το 1990 και έπειτα, η διάκριση αυτή συνιστά επέμβαση στα εσωτερικά ζητήματα της συγκεκριμένης θρησκευτικής κοινότητας. Αυτό συμβαίνει:

Α. Διότι πολιτειακό όργανο δεν μπορεί να προβεί σε διάκριση και κατηγοριοποίηση των ιερών κανόνων σε δογματικού και διοικητικούς τη στιγμή που τέτοια κατηγοριοποίηση δεν υπάρχει επίσημα στην Ορθόδοξη Εκκλησία.

Β. Η χρήση θρησκευτικού δικαίου από πολιτειακό δικαστήριο κρίνεται άσκοπη, καθώς πρόκειται για διαφορετικό δικαιοσύστημα. Το σημαντικό στοιχείο στο Ορθόδοξο κανονικό δίκαιο (σε αντίθεση με τη Σαρία για παράδειγμα), είναι ότι στην Ορθόδοξη Εκκλησία υπάρχει διάκριση εξουσιών, δηλαδή το κοσμικό δεν ταυτίζεται με το θρησκευτικό στοιχείο.

Σε αυτό το σημείο κρίνεται σκόπιμη η αναφορά σε ένα τμήμα του *corpus canonum*, για λόγους πληρέστερης κατανόησης του εσωτερικού δικαίου της Εκκλησίας. Πιο αναλυτικά, μετά την εξέταση των σημείων εκείνων των 92 κανόνων του Μεγάλου Βασιλείου, που συμβάλλουν στη πρακτική τους επισκόπηση με σκοπό την αντίληψη της εφαρμογής τους στη σύγχρονη περίοδο, μπορεί να διεξαχθεί το συμπέρασμα ότι πολλοί από τους κανόνες παραμένουν σε αχρησία, υπό την έννοια ότι η δυσχέρεια της κατά γράμμα εφαρμογής τους είναι γεγονός. Οι ιστορικοπολιτικές συνθήκες έχουν μεταβληθεί και η πολιτειακή νομοθεσία της βυζαντινής περιόδου, η οποία επηρέασε τη διαμόρφωση των κανονοθετικών κειμένων, έχει πάψει να υφίσταται σε ισχύ. Ο Πατέρας της Εκκλησίας διατύπωσε ένα ευρύ φάσμα διατάξεων κυρίως οικογενειακού και ποινικού δικαίου, οι οποίες, ωστόσο, σε πολλά σημεία συγκλίνουν, αλληλοσυμπληρώνονται ή καλύπτουν η μία την άλλη, ενώ οι διατάξεις οικογενειακού και ποινικού δικαίου έχουν ιδιαίτερη σημασία στην καθημερινότητα της εκκλησίας υπό την έκφασή της ως ενός διοικητικού οργανισμού, καθώς είναι ένα σημείο

---

οικοπέδου ώστε το Ιερό να βλέπει προς ανατολάς, θα υποχωρήσει ο πολεοδομικός νόμος προκειμένου να εκδοθεί κατά παρέκκλιση των κειμένων πολεοδομικών διατάξεων άδεια ανέγερσης ναού.».

<sup>20</sup> Βλ. Σ. ΤΡΩΙΑΝΟΣ- Γ. ΠΟΥΛΗΣ, *Εκκλησιαστικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2003<sup>2</sup>, σ.33-35.

<sup>21</sup> Βλ. ΑΡΧΙΜ. ΓΡΗΓΟΡΙΟΣ Δ. ΠΑΠΑΘΩΜΑΣ, «Η διαλεκτική σχέση Εκκλησιαστικής κανονοθεσίας και Πολιτειακής νομοθεσίας (το δυσδιάστατο των κανόνων της Εκκλησίας και το μονοδιάστατο των νόμων της Πολιτείας)», *Κανονικά Έμμορφα (ΔΟΚΙΜΙΑ ΚΑΝΟΝΙΚΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ II)*, Νομοκανονική Βιβλιοθήκη 29, Κατερίνη 2015, σ.27.

<sup>22</sup> Για το ζήτημα αυτό και Γ. Ι. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΣ, *Η θρησκευτική ελευθερία κατά τη νομολογία του Αρείου Πάγου*, [Βιβλιοθήκη Εκκλησιαστικού Δικαίου. Σειρά Β': Μελέτες], Αθήνα-Κομοτηνή 2010, σ.85-106.

συνάντησης με την πολιτεία, αφού τα μέλη της εκκλησίας είναι ταυτόχρονα και πολίτες ενός κράτους<sup>23</sup>.

Σχετικά με τη συνάφεια πολιτειακού δικαίου και ιερών κανόνων, δεν είναι σκόπιμη φυσικά η προτροπή των μελών της Εκκλησίας προς τέλεση πράξεως αντίθετης στην πολιτειακή νομοθεσία, καθώς εντός αυτής λειτουργεί και η ίδια ως ένας ζωντανός οργανισμός. Ωστόσο, η Εκκλησία ως θρησκευτικός οργανισμός, του οποίου αναγνωρίζεται το δικαίωμα εσωτερικής αυτοοργάνωσης, δεν είναι υποχρεωμένη να εισάγει στην εσωτερική της δικαιοκή τάξη κανονιστικές ρυθμίσεις που να συμφωνούν με την κοσμική νομοθεσία, αλλά παράλληλα να παραβιάζουν τις θεμελιώδεις δομές της (π.χ. διατάξεις που να αλλοιώνουν το συνοδικό θεσμό κ).

Υπάρχουν δύο χαρακτηριστικές περιπτώσεις, κατά τις οποίες ιεροί κανόνες του Μεγάλου Βασιλείου αποτυπώθηκαν στο σκεπτικό αποφάσεων των πολιτειακών δικαστηρίων. Η πρώτη περίπτωση πρόκειται για απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας<sup>24</sup>, με την οποία απαγορεύτηκε η ανανέωση άδειας οπλοφορίας Ηγουμένου. Η απόφαση θεμελιώνεται σε δύο ιερούς κανόνες ένας εκ των οποίων είναι ο όγδοος του Μεγάλου Βασιλείου, κανόνας που πραγματεύεται τα όρια μεταξύ εκούσιου και ακούσιου φόνου. Η δεύτερη περίπτωση είναι βούλευμα του συμβουλίου Εφετών Αθηνών<sup>25</sup> που αφορά υπόθεση υπεξαίρεσης σε βάρος Ιεράς Μονής και θεμελιώνεται σε ένα μεγάλο αριθμό ιερών κανόνων μεταξύ των οποίων βρίσκονται και οι με αριθμό 18,19,20 του Μ. Βασιλείου.

Η χρήση, λοιπόν, ιερών κανόνων από πολιτειακό δικαστήριο στο σκεπτικό αποφάσεων είναι ένα σημείο συνάντησης των δύο δικαιοταξιών, της πολιτειακής και της εκκλησιαστικής, ακόμη και όταν η χρήση αυτή πραγματοποιείται μόνο

---

<sup>23</sup> Βλ. γενικά Σ. ΤΡΩΙΑΝΟΣ, «Το έργο των Τριών Ιεραρχών στον νομικό βίο του Βυζαντίου», *ανάτυπο, Πλάτων* 53 (2003), σ.41-61.

<sup>24</sup> ΣτΕ 2569/1990: Επειδή, ορθώς ερμηνευόμενες εντός των επιταγών του ειρημένου άρθρου 3 παράγραφος 1 του Συντάγματος, οι ανωτέρω διατάξεις του Ν. 495/1976 αποκλείουν την χορήγηση άδειας οπλοφορίας στους κληρικούς και μοναχούς της Ανατολικής Ορθοδόξου Εκκλησίας, έστω και αν αυτή ζητείται προς προστασίαν μονών, διότι αυτή αντίκειται στην θεμελιώδη περί αγάπης διδασκαλία του ιδρυτού της και στους θείους και ιερούς κανόνες ΞΣΤ' των Αγίων Αποστόλων και Η' του Αγίου Βασιλείου που εκφράζουν την διδασκαλία αυτή, απαγορεύοντας στους κληρικούς και μοναχούς να χρησιμοποιούν βία και επομένως να φέρουν όπλα. Αντίθετος ερμηνεία του νόμου, επιτρέπущα την οπλοφορίαν των κληρικών και μοναχών, θα καθιστά τον νόμο τούτο αντίθετο προς την συνταγματική διάταξη, ως παραβιάζουσα την ειρημένη θεμελιώδη πνευματική αρχή της Ανατολικής Ορθοδόξου Εκκλησίας. Εκουσίως δε αποδεχθέντες την αρχή αυτή οι λειτουργοί της Ανατολικής Ορθοδόξου Εκκλησίας και συνταχθέντες εις το δόγμα της, τελούν υπό προφανώς ιδιαίτερες συνθήκες που αποκλείουν την επίκληση της αρχής της ισότητας κατά την εφαρμογήν του ανωτέρω ν. 495/1976. Κατά συνέπειαν η προσβαλλόμενη απόφαση, απορρίψασα το αίτημα του αιτούντος με αιτιολογίαν, στηριχθείσα και εις γνώμην της Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδας, καθ' ην η οπλοφορία κληρικών απαγορεύεται από τους ειρημένους ιερούς κανόνες, είναι νομίμως και επαρκώς ητιολογημένοι, απορριπτέοι δ' ως αβάσιμοι ελέγχονται πάντες οι περί του αντιθέτου λόγοι της υπό κρίσιν αιτήσεως.

<sup>25</sup> Βουλ.Συμβ.Εφ.Αθηνών 564/2005: Τουναντίον η δικαιοδοσία του Επισκόπου και το κανονικόν δικαίωμα του προς έλεγχο της ουσιαστικής διοικήσεως και διαχειρίσεως της Μονής και της υποχρεώσεως του Ηγουμένου συμβουλίου και των μελών της Μοναστικής αδελφότητος να υπακούουν εις τον Επίσκοπον κατά τα προεκτεθέντα έχει νόμιμον και κανονικόν έρεισμα, δεδομένου ότι προκύπτει από τας επαγγελίας της ομολογίας των, συμφώνως με τους ισχύοντες και ex lege εφαρμοζόμενους Ιερούς Κανόνες (Μέγας Βασίλειος, κανόνες 18,19,20, κανόνες Γ', Η', Κγ' και Ζ': της Δ' Οικουμενικής Συνόδου, ως και της Πενθέκτης Οικουμενικής Συνόδου, εις Αρχείον Συνοδικών κανόνων, τόμος Β', σελ. 232 επόμε.).

περιγραφικά<sup>26</sup>. Ωστόσο, η συνάντηση αυτή είναι απαραίτητο να πραγματοποιείται με γνώμονα την προστασία της αυτοοργάνωσης του εκκλησιαστικού οργανισμού και όχι την αλλοίωση του εσωτερικού του κανονιστικού συστήματος. Από το παραπάνω παράδειγμα δηλαδή προκύπτουν σημεία, τα οποία καθορίζουν τα όρια της κρατικής παρέμβασης στο εσωτερικό της Εκκλησίας.

Καταληκτικά, θεωρούμε ότι η συνταγματική κατοχύρωση των ιερών κανόνων στο ελληνικό Σύνταγμα αποτελεί απλώς κατοχύρωση της αυτονομίας της Εκκλησίας ως θρησκευτικής κοινότητας εντός του ελληνικού δικαίου συστήματος. Το δικαίωμα αυτό κατοχυρώνεται κατά τον ίδιο τρόπο και στο άρθρο 13 παρ.1Σ και μπορεί να μην είναι αρκετά διαδεδομένο στην ελληνική νομολογία, ωστόσο από το 2014 παρατηρείται μια μικρή στροφή στην άποψη που αναφέρθηκε παραπάνω<sup>27</sup>.

#### **4.Συμπέρασμα: Δημόσια σφαίρα και ουδετερότητα**

Η θρησκεία είναι βασική συνιστώσα της δημόσιας σφαίρας, η οποία ως σύνολο οφείλει να παραμένει ουδέτερη, καθώς περιλαμβάνει ένα ψηφιδωτό ιδεολογικών κατευθύνσεων. Ωστόσο, όταν πραγματευόμαστε ζητήματα θρησκείας μεμονωμένα, η έννοια της ουδετερότητας ταυτίζεται με την έννοια της αποχής του κράτους από την παρέμβαση στα εσωτερικά ζητήματα των θρησκευτικών κοινοτήτων (νομολογία ΕΔΔΑ). Το σύστημα, λοιπόν, σχέσεων κράτους – εκκλησίας ή κράτους – θρησκευμάτων σε ένα κράτος είναι ανεξάρτητο από την ουδετερότητα της δημόσιας σφαίρας. Επομένως, η αρχή της ουδετερότητας της δημόσιας σφαίρας υπαγορεύει το σεβασμό των δικαιωμάτων όλων των επιμέρους τμημάτων της, τα οποία εξ ορισμού δεν είναι και δεν δύνανται να καταστούν ουδέτερα.

---

<sup>26</sup> Κάθε τέτοιου είδους «συνάντηση» είναι σκόπιμο να εξετάζεται υπό το πρίσμα του δικαιώματος της θρησκευτικής αυτοδιοίκησης. Για παράδειγμα, η νεαρά του Ιουστινιανού με αριθμό 131 εξομοίωσε για πρώτη φορά τους ιερούς κανόνες με νόμους του κράτους. Φαινομενικά η εξομοίωση αυτή ήταν μια θετική νομοθετική κίνηση, ήταν μια επιλογή του κράτους ρυθμιστή, η οποία έδωσε μεγαλύτερη δεσμευτικότητα στο δίκαιο της εκκλησίας. Ωστόσο, αυτή ακριβώς η νομοθετική επιλογή άνοιξε το δρόμο για την τροποποίηση ιερών κανόνων μέσω πολιτειακών νομοθετημάτων. Βλ. Σ. ΤΡΩΙΑΝΟΣ, «ΘΕΣΠΙΖΟΜΕΝ ΤΟΙΝΥΝ ΤΑΞΙΝ ΝΟΜΩΝ ΕΠΕΧΕΙΝ ΤΟΥΣ ΑΓΙΟΥΣ ΕΚΚΛΗΣΙΑΣΤΙΚΟΥΣ ΚΑΝΟΝΑΣ», *Βυζαντινά* 13/1985, σ.1191-1200.

<sup>27</sup> ΣτΕ 4596/2014, όπου στο σκεπτικό της απόφασης αναφέρεται ότι η αυτονομία της ελληνικής Ορθόδοξης Εκκλησίας κατοχυρώνεται και στο άρθρο 3 παρ. 1Σ, «...Η παρέμβαση αυτή δικαιολογείται, ενόψει και της αυτονομίας που απολαμβάνει, κατά το άρθρο 3 παρ. 1 του Συντάγματος, αλλά και το άρθρο 9 της ΕΣΔΑ, ερμηνευόμενο υπό το φως του άρθρου 11 αυτής, η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδος, βάσει της οποίας έχει δικαίωμα, υπερασπιζόμενη τις πεποιθήσεις της, που είναι δυνατόν να διαφέρουν αρκετά από εκείνες της Πολιτείας, να απαιτήσει από τους υπηρετούντες αυτήν θρησκευτικούς λειτουργούς, λόγω και της φύσεως της πνευματικής πρωτίστως σχέσεως που τους συνδέει με το πρόσωπό της, συγκεκριμένη συμπεριφορά, έτσι ώστε τόσο ο ιδιωτικός όσο και ο επαγγελματικός τους βίος να συμβαδίζει με τις διδασκαλίες της και να μην υπονομεύει το κύρος και την αξιοπιστία της...», ΕΣ (Ολομ) 196/2010: «...με το άρθρο 3 παρ. 1 του ισχύοντος Συντάγματος ορίζεται ότι «Η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδος ... είναι αυτοκέφαλη, διοικείται από την Ιερά Σύνοδο των εν ενεργεία αρχιερέων και από τη Διαρκή Ιερά Σύνοδο που προέρχεται από αυτή και συγκροτείται όπως ορίζει ο Καταστατικός Χάρτης της Εκκλησίας ...». Από τη διάταξη αυτή καθιερώνεται το αυτοκέφαλο της Εκκλησίας της Ελλάδος, δηλαδή η διοικητική αυτοτέλεια αυτής, για τις υποθέσεις της και την περιουσία της ή άλλως η αυτονομία αυτής μέσα στο θεσπιζόμενο σύστημα της «νόμου κρατούσης Πολιτείας», δηλαδή με βάση τους ισχύοντες νόμους και μέσα στα πλαίσια των γενικών κανόνων που θεσπίζει ελεύθερα ο νομοθέτης, τους ιερούς κανόνες και τις παραδόσεις της θρησκείας και τις αποφάσεις της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας (Ι.Σ.Ι.) και της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου (Δ.Ι.Σ.)...».

Βάσει της παρούσας ανάλυσης του άρθρου 3 παρ.1Σ<sup>28</sup>, θεωρούμε ότι το περιεχόμενο του εν λόγω άρθρου είναι απαραίτητο να υπόκειται σε μία σύγχρονη ερμηνεία με γνώμονα και την ευρωπαϊκή νομολογία<sup>29</sup>, η οποία έχει αναπτύξει σε μεγάλο βαθμό τη λειτουργία των θρησκευμάτων μέσα σε ένα κράτος.

Η προσφάτως προτεινόμενη πάντως αλλαγή στο πλαίσιο της συνταγματικής αναθεώρησης προβλέπει ότι το άρθρο 3 συμπύσσεται πλέον σε μία μόνο παράγραφο και «..προτάσσεται η διακήρυξη ότι η Ελληνική Πολιτεία είναι θρησκευτικά ουδέτερη και ακολουθεί η αναγνώριση της Ορθόδοξης Εκκλησίας ως επικρατούσας θρησκείας. Για την οποία διευκρινίζεται περιγραφικά, για ιστορικούς λόγους, ότι είναι δογματικά ενωμένη με το Οικουμενικό Πατριαρχείο Κωνσταντινουπόλεως και τις άλλες ορθόδοξες εκκλησία, τηρεί τους αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και την εκκλησιαστική παράδοση, είναι αυτοκέφαλη και διοικείται σύμφωνα με τον Καταστατικό Χάρτη της, τον Πατριαρχικό Τόμο του 1850 και τη Συνοδική Πράξη του 1928. Διευκρινίζεται επίσης ότι δεν θίγεται το εκκλησιαστικό καθεστώς της Κρήτης και των Δωδεκανήσων.»<sup>30</sup>.

Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι παρατηρείται μια τάση «εκσυγχρονισμού» του Συντάγματος με παράλληλη μιμητική προσέγγιση του γαλλικού συστήματος εκκοσμίκευσης με την ρητή διάκριση κράτους και θρησκείας, χωρίς, ωστόσο, να έχουν συζητηθεί στην επιστημονική κοινότητα, ή μελετηθεί από αυτήν οι συνέπειες των αλλαγών. Ωστόσο, η τόσο έντονη και ρητή διάκριση κράτους και εκκλησίας στην Γαλλία έχει γίνει αντικείμενο μελέτης και αμφισβήτησης και οδήγησαν το Γαλλικό Ανώτατο Δικαστήριο σε αποφάσεις που συζητήθηκαν διεθνώς, ενώ σημειώνεται ότι στη Γαλλία πλέον γίνεται δημόσιος διάλογος για την εξομάλυνση της διάκρισης που εισήχθη αρχικά για την εξασφάλιση της «ουδετερότητας». Επιπροσθέτως, η εν λόγω χώρα διαθέτει το σύστημα της διάκρισης μεταξύ κράτους και εκκλησίας ήδη από την Γαλλική Επανάσταση ως ιδέα (1789) ενώ το ενσωμάτωσε στο πρώτο άρθρο του Συντάγματος της, στην πρώτη του μορφή το 1958. Δεν μπορεί, λοιπόν, παρά να παρατηρήσει κανείς ότι πρόκειται για μία πρωτοφανή πρόταση αλλαγής, από ένα κράτος το οποίο αφού έχει θεμελιώσει συνταγματικά από την ιστορική σύσταση του μια συγκεκριμένη θέση της Εκκλησίας στο δημόσιο χώρο, να αποφασίζει την ανασύσταση ουσιαστικά της δημόσιας σφαίρας αναφορικά με τα θρησκευόμενα, χωρίς αυτό να αποτελεί συνέπεια κάποιας ιστορικοπολιτικής συνθήκης. Μήπως τελικά είναι η αθρόα εισροή προσφύγων και μεταναστών στην χώρα μας, η επείγουσα ιστορικοπολιτική συνθήκη; Και είναι αυτή η συνθήκη, επαρκής για μία συνταγματική αναθεώρηση υψίστης ιστορικής σημασίας; Μήπως τελικά με την σκοπούμενη αναθεώρηση αντί για την επίτευξη της ουδετερότητας, προκύπτει μία νέα «ανισότητα», με την μείωση της εγγυήσεως προστασίας της επικρατούσας θρησκείας;

<sup>28</sup> Βλ. και Ι. ΚΟΝΙΔΑΡΗΣ/Γ. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΣ στο συλλογικό έργο Σπυρόπουλος /Κοντιάδης/Ανθόπουλος / Γεραπετρίτης, *ΕρμΣυντ*(2017) άρθρ.3, σ.24 επ.

<sup>29</sup> π.χ. *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* [GC], *Kovaļkovs v. Latvia* (dec.), *Leila Sahin v Turkey* (2005) *Lautsi v Italy* (2011).

<sup>30</sup> Βλ. Πρόταση του Προέδρου και Βουλευτών της Κ.Ο. του ΣΥΡΙΖΑ για την αναθεώρηση διατάξεων του Συντάγματος, σύμφωνα με τα άρθρα 110 του Συντάγματος και 119 του Κανονισμού της Βουλής, Αιτιολογική έκθεση. Αναφέρεται περεταίρω ότι «..κατά τα λοιπά, από τη διάταξη απαλείφονται οι θεολογικού χαρακτήρα αναφορές, όπως και η αναφορά στα όργανα διοίκησης της Εκκλησίας, ως ασύμβατες με την καθιέρωση της θρησκευτικής ουδετερότητας, και καταργείται η σημερινή παράγραφος 3 σχετικά με το κείμενο της Αγίας Γραφής. Το άρθρο συμπληρώνεται από ερμηνευτική δήλωση, με την οποία διευκρινίζεται ότι ο όρος «επικρατούσα θρησκεία» δεν αποτελεί αναγνώριση επίσημης κρατικής θρησκείας και, κυρίως, δεν συνεπάγεται δυσμενείς συνέπειες σε βάρος άλλων θρησκευμάτων και γενικότερα στην απόλαυση του δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας.».

Όπως κατέστη σαφές, με την εισήγηση μας θέσαμε απλά προβληματισμούς σε ένα ζήτημα όπου μόνο θέσεις δύναται να εκφράσει η νομική κοινότητα, σε μία προσπάθεια για αναζήτηση της δογματικά ορθότερη άποψης.

## Η ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΝΕΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 5 ΠΑΡ. 2 Κ.Δ.Δ. ΑΠΟ ΤΟ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗ, ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΟΥ NE BIS IN IDEM ΚΑΙ ΤΟΥ ΤΕΚΜΗΡΙΟΥ ΑΘΩΟΤΗΤΑΣ

Χριστιάνα Κ. Κουκουρίκη, Πάρεδρος Δ.Δ., Μ.Δ.Ε. Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης, Μ.Δ.Ε. Εμπορικού και Οικονομικού Δικαίου

Το ζήτημα της σχέσης αλληλεπίδρασης της ποινικής και διοικητικής δίκης (και διαδικασίας) έχει απασχολήσει εντονότατα την εγχώρια νομολογία και επιστήμη εν γένει, κυρίως την τελευταία δεκαετία, στα πλαίσια διεξαγωγής ενός συνεχούς και ενδιαφέροντος νομολογιακού διαλόγου του εθνικού με τον Ευρωπαϊό δικαστή (τόσο του Ε.Δ.Δ.Α. όσο και του Δ.Ε.Ε.). Ο διάλογος αυτός, δεν εντοπίζεται τόσο στο αντικείμενο της παρούσας εισήγησης, δηλαδή, τη δέσμευση ή μη του διοικητικού δικαστή από την αμετάκλητη αθωωτική απόφαση, όσο, κυρίως, στον τρόπο με τον οποίο ερμηνεύεται η διάταξη του άρθρου 4 του 7ου Πρωτοκόλλου της Ε.Σ.Δ.Α. και 50 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων (ne bis in idem) και αυτή του άρθρου 6 παρ. 2 της Ε.Σ.Δ.Α. (τεκμήριο αθωότητας). Παρά ταύτα, βάσει των πρόσφατων νομοθετικών παρεμβάσεων και νομολογιακών εξελίξεων, καθίσταται σαφές, ότι το ζήτημα της δέσμευσης του διοικητικού δικαστή από την απόφαση του ποινικού δικαστή πρέπει, συνδυαστικώς ορώμενο, να ενταχθεί στο σύνολο του ως άνω προβληματισμού. Συγκεκριμένα, ακόμη και το χρονικό σημείο, κατά το οποίο επελέγη η τροποποίηση της διάταξης του άρθρου 5 παρ. 2 Κ.Δ.Δ. δεν είναι τυχαίο, καθώς έπεται της καταδίκης της Χώρας μας στην υπόθεση Καπετάνιος και άλλοι κατά Ελλάδα (30.04.2015) για παραβίαση τόσο του ne bis in idem, όσο και του τεκμηρίου αθωότητας από τον εθνικό δικαστή, ο οποίος, παρά την αμετάκλητη αθώωση των προσφευγόντων για το ποινικό αδίκημα της λαθρεμπορίας, τους επέβαλε, για την ίδια λαθρεμπορική παράβαση, διοικητική χρηματική κύρωση (πολλαπλόν τέλος). Η όλη προβληματική εντοπίζεται στις εξής αποφάσεις: τέσσερις του Ε.Δ.Δ.Α (Σταυρόπουλος του 2007, Zolotuckin του 2009, Καπετάνιος και άλλοι του 2015, Α και Β κατά Νορβηγίας του 2016), τέσσερις του Δ.Ε.Ε. (C-617/10 Akerberg Fransson του 2013, Menci C-524/15 του 2018, Garlsson Real Estate, C-537/16 του 2018, Di Puma & Zecca (C-596/16, C-597/16 του 2018) και οκτώ του Σ.τ.Ε. (2067/2011 7μ., 1741/2015 Ολ., 2403/2015, 1992-93/2016 7μ., 680/2017 7μ., 951/2018 7μ., 1102/2018 7μ., 1887/2018 7μ.). Αν θελήσει κανείς να παρακολουθήσει τη διαδοχική πορεία της νομολογίας, εντοπίζει αρχικώς, την τάση του Συμβουλίου της Επικρατείας να εστιάζει στην αυτοτέλεια της ποινικής και διοικητικής δίκης και τη μη δέσμευση του διοικητικού δικαστή, παρά μόνο από αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση, λόγω της διακριτής δικαιοδοσίας του κατά το Σύνταγμα (94 και 96 Συντάγματος), η οποία, μετέπειτα,

αντικαταστάθηκε από την πρωτότυπη πρόσληψη του πολλαπλού τέλους ως αποσκοπούντος στην αντιστάθμιση και διασφάλιση είσπραξης των εθνικών και κοινοτικών πόρων και την τήρηση και ομαλή εφαρμογή των κανόνων της τελωνειακής νομοθεσίας και όχι στη γενικότερη ηθική και κοινωνική αποδοκιμασία, στην οποία αποσκοπεί η *stricto sensu* ποινή του κοινού ποινικού δικαίου (έρευνα με βάση τα κριτήρια Engel/ Bonda, ώστε να ερευνηθεί ο ποινικός χαρακτήρας μιας διοικητικής κύρωσης, απαραίτητος για την ενεργοποίηση του *ne bis in idem*), για να καταλήξει, μετά την καταδίκη της Χώρας στην προαναφερθείσα απόφαση Καπετάνιος και άλλοι κατά Ελλάδος, στην αποκρυστάλλωση των προϋποθέσεων ενεργοποίησης, τόσο του τεκμηρίου αθωότητας, όσο και του *ne bis in idem*, και, σταδιακά, στη συνδυαστική αντιμετώπιση τους με τις ειδικότερες προϋποθέσεις που έθεσε η ίδια η διάταξη του νέου άρθρου 5 παρ. 2 εδ. β' Κ.Δ.Δ..

Συγκεκριμένα, η διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Κ.Δ.Δ., κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 2717/1999 Α' 97) όριζε ότι: « Τα δικαστήρια δεσμεύονται, επίσης, από τις αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων, οι οποίες, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ισχύουν, έναντι όλων, καθώς και από τις αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις των ποινικών δικαστηρίων ως προς την ενοχή του δράστη. Μετά την αντικατάσταση της με το άρθρο 17 του ν. 4446/2016 (Α' 240/22.12.2016), ορίζεται πλέον ότι : «Τα δικαστήρια δεσμεύονται από τις αποφάσεις των πολιτικών δικαστηρίων, οι οποίες, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, ισχύουν έναντι όλων. Δεσμεύονται, επίσης, από τις αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις των ποινικών δικαστηρίων ως προς την ενοχή του δράστη, **από τις αμετάκλητες αθωωτικές αποφάσεις**, καθώς και από τα αμετάκλητα αποφαινόμενα να μη γίνει η κατηγορία βουλεύματα, εκτός αν η απαλλαγή στηρίχθηκε στην έλλειψη αντικειμενικών ή υποκειμενικών στοιχείων που δεν αποτελούν προϋπόθεση της διοικητικής παράβασης».

Επομένως, η νέα διάταξη επαναλαμβάνει την -ήδη- ισχύουσα ρύθμιση για τις αμετάκλητες καταδικαστικές και προσθέτει τη ρύθμιση, η οποία αφορά στις αμετάκλητες αθωωτικές, θέτοντας μια προϋπόθεση με θετική και μια με αποφατική διατύπωση και, συγκεκριμένα: i. Αμετάκλητο αθωωτικής απόφασης/απαλλακτικού βουλεύματος, ii. Απαλλαγή μη ερειδόμενη σε έλλειψη αντικειμενικού ή υποκειμενικού στοιχείου, που δεν αποτελεί προϋπόθεση της διοικητικής παράβασης. Σε αυτές προστίθεται και η νομολογιακά διαμορφωμένη απαίτηση iii. παραδεκτής προσκόμισης της ποινικής απόφασης, ώστε να ενεργοποιηθεί, αν πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις, η ρύθμιση του άρθρου 5 παρ. 2 εδ' β. Κ.Δ.Δ..



Με βάση τη νέα αυτή διατύπωση, εκφράστηκε η άποψη<sup>1</sup> ότι δεν δημιουργεί δέσμευση η αθώωση λόγω αμφιβολιών, άποψη που είχε διατυπωθεί και στη νομολογία σε σχέση με την προϊσχύουσα διατύπωση αυτής<sup>2</sup>.

### **A. I. Παραδεκτός τρόπος προσκόμισης της ποινικής απόφασης**

Κατ' αρχάς, όταν γίνεται λόγος για παραδεκτή προσκόμιση της ποινικής απόφασης, ερευνητέα είναι τα κάτωθι: ο βαθμός δικονομικής ωριμότητας (τελεσίδικη ή αμετάκλητη), η μορφή (αντίγραφο ή απόσπασμα), το χρονικό σημείο, κατά το οποίο, πρέπει να προσκομισθεί (προαποδεικτικώς ή όχι) και η αυτεπάγγελτη ή όχι ενέργεια του δικαστή προς προσκόμιση όλων των ανωτέρω στοιχείων.

Οι απαντήσεις σ' αυτά τα ερωτήματα δόθηκαν νομολογιακώς και, συγκεκριμένα, με δεδομένο ότι, στη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 Κ.Δ.Δ. γινόταν αναφορά μόνο στις αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις και απουσίαζε παντελώς αντίστοιχη ρύθμιση για τις αθωωτικές, δεν γινόταν ειδικότερη μνεία στον απαιτούμενο βαθμό δικονομικής ωριμότητας τους, εκτός από τις περιπτώσεις εκείνες, στις οποίες, η ως άνω διάταξη ερμηνεύθηκε σε συνδυασμό με τις απαιτήσεις του τεκμηρίου αθωότητας (το οποίο απαιτεί «τελική αθώωση», ως τέτοια νοούμενη την αμετάκλητη στο εσωτερικό δίκαιο,<sup>3</sup> ενώ αμετάκλητη καταδίκη απαιτείται και προς ενεργοποίηση του *ne bis in idem*). Περαιτέρω, η ποινική απόφαση, απαιτείται να προσκομίζεται σε αντίγραφο, ώστε να προκύπτει το αιτιολογικό, το οποίο στηρίζει το διατακτικό της και δεν αρκεί η προσκόμιση απλού αποσπάσματος.<sup>4</sup> Ως προς το χρονικό σημείο προσκόμισης, έχει κριθεί,<sup>5</sup> ότι, από τη συνδυαστική εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 5 παρ. 4 Κ.Δ.Δ. και 150 Κ.Δ.Δ., προκύπτει ότι, τόσο η επίκληση όσο και η προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων, όπως το αντίγραφο της ποινικής απόφασης ή και τα στοιχεία περί αμετακλήτου αυτής, πρέπει να διενεργείται, επί ποινή απαραδέκτου, προαποδεικτικώς, έως και την προτεραία της πρώτης συζήτησης, εκτός αν ο διάδικος προβάλλει, κατά τρόπο ορισμένο και επαρκώς τεκμηριωμένο, ότι, η μη έγκαιρη προσκόμιση

---

1. *B. Μωυσίδης*, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, κατ' άρθρο ερμηνεία - νομολογία», Στ' έκδοση, πλήρως αναθεωρημένη, εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2017, σελ. 158.

2. Βλ. Σ.τ.Ε. 1741/2015 Ολ. σκ. 14: «...Πρέπει, επί πλέον, να τονισθεί ότι επί αθωωτικής απόφασης δεν είναι υποχρεωμένος ο δικαστής να διακρίνει ρητώς στο κείμενο αυτής μεταξύ αθώωσης οφειλομένης σε πλήρη βεβαιότητα και αθώωσης οφειλομένης σε αμφιβολίες. Απλώς, η τυχόν ειδικότερη αναφορά στην ποινική απόφαση ότι η αθώωση γίνεται λόγω αμφιβολιών, όπως συμβαίνει εν προκειμένω αποτελεί πρόσθετο επιχείρημα ότι δεν είναι δυνατόν να γεννηθεί δέσμευση του διοικητικού δικαστού από την αμετάκλητη αθωωτική ποινική απόφαση. Ως εκ τούτου, η αμετάκλητη αθώωση του κατηγορουμένου από τα ποινικά δικαστήρια δεν αποκλείει την -κατόπιν συνεκτιμήσεως της αθώωσεώς του αυτής - αιτιολογημένη διαφορετική κρίση στο πλαίσιο της διοικητικής δίκης περί επιβολής πολλαπλού τέλους λόγω λαθρεμπορίας. ...».

3. Βλ. Σ.τ.Ε. 2951/2013, 2957/2013, 1713/2014, 2403/2015, 1992/2016 7μ. κ.α.

4. Βλ. Δ.Εφ.Αθ. 151/2019 και παραπομπή στη ΣτΕ 1241/2009, *B. Μωυσίδης*, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας, κατ' άρθρο ερμηνεία - νομολογία», Στ' έκδοση, πλήρως αναθεωρημένη, εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2017, σελ. 156.

5. Βλ. Σ.τ.Ε. 2403/2015, 1993/2016 7μ. κ.α.

τους ήταν πρακτικά αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερής. Μάλιστα, ο διοικητικός δικαστής δεν υποχρεούται να εκδώσει προδικαστική απόφαση για τη συμπλήρωση των αποδείξεων, ούτε να εξετάσει αυτεπαγγέλτως το θέμα. Συγκεκριμένα, ως προς την υποχρέωση αυτεπάγγελτης έρευνας του αμετακλήτου ή επίρριψης του δικονομικού βάρους απόδειξης αυτού στο διάδικο, η συζήτηση πυροδοτήθηκε από την ΕΔΔΑ Καπετάνιος, στη σκέψη 66 της οποίας, γίνεται λόγος για υποχρέωση αυτεπάγγελτης έρευνας του αποτελέσματος των κρίσιμων αθωωτικών αποφάσεων, διότι σε διαφορετική περίπτωση, η μη λήψη υπόψιν στοιχείου της πρώτης «ποινικής διαδικασίας θα ισοδυναμούσε με εκούσια ανοχή στην εσωτερική έννομη τάξη μιας κατάστασης που θα μπορούσε να παραγνωρίσει την αρχή ne bis in idem. Η εθνική νομολογία δεν χαιρέτισε ευμενώς την εν λόγω κρίση του Ε.Δ.Δ.Α με αποτέλεσμα, αρχής γενομένης από την απόφαση Σ.τ.Ε. 2403/2015 και εν συνεχεία με πολλές άλλες αποφάσεις, να αποσαφηνιστεί το εθνικό δικονομικό πλαίσιο εξέτασης του αμετακλήτου της ποινικής απόφασης. Συγκεκριμένα, κρίθηκε<sup>6</sup>, ότι, με βάση τις διατάξεις του ουσιαστικού νόμου (τότε ισχύοντος Εθνικού Τελωνειακού Κώδικα) και τις διατάξεις των άρθρων 5 παρ. 2 και 4 του Κ.Δ.Δ., το αμετάκλητο τυχόν προηγηθείσας σχετικής απόφασης του ποινικού δικαστηρίου, λαμβάνεται υπόψιν από το διοικητικό δικαστήριο, μόνο, όταν του προβάλλεται προσηκόντως εκ μέρους ενός των διαδίκων, αυτεπαγγέλτως δε, κατά τη ρητή διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 5 Κ.Δ.Δ., μόνο, εφόσον, τούτο προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας. Ο κανόνας αυτός, της κατ' αρχήν επίρριψης του δικονομικού βάρους απόδειξης του αμετακλήτου στο διάδικο, καθώς και η μη υποχρέωση του Δικαστηρίου προς έκδοση προδικαστικής απόφασης για τη συμπλήρωση των αποδείξεων, δεν παραβιάζει ούτε την απορρέουσα από την Ε.Σ.Δ.Α. αρχή της επικουρικότητας, ούτε και την απορρέουσα από το πρωτογενές ευρωπαϊκό δίκαιο, αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών (τόσο της αρχής της ισοδυναμίας, όσο και της αρχής της αποτελεσματικότητας). Μάλιστα, εσχάτως, έχει κριθεί και με βάση την διάταξη του άρθρου 79 παρ. 5 περίπτ. α' Κ.Δ.Δ. (όπως η παράγραφος αυτή τέθηκε με το άρθρο 20 παρ. 1 του ν. 3900/2010), ότι, ο διοικητικός δικαστής δεν υπέχει υποχρέωση ή εξουσία να ελέγξει **αυτεπαγγέλτως** τη νομική πλημμέλεια, η οποία αφορά σε παραβίαση διατάξεων της ΕΣΔΑ,<sup>7,8</sup> **δεδομένου, ότι, πριν την τροποποίηση της διάταξης του άρθρου 5 παρ. 2 εδ. β' Κ.Δ.Δ., η μη συνεκτίμηση της αθωωτικής απόφασης προβαλλόταν - συνήθως - είτε ως παραβίαση του ne bis in idem είτε του τεκμηρίου αθωότητας.**

---

6. Την κρίση της επαναλαμβάνουν αυτούσια οι Σ.τ.Ε. 1993/2016 7μ., 1522/2010 7μ., 2951/2013, 4610/2013, 1018/2017, 3076/2017, 441/2019 κ.α.

7. Βλ. Σ.τ.Ε. **2221/2018, 1438/2018** 7μ., **682/2017**

8. Το αυτό ισχύει και με βάση της διάταξης του άρθρου 79 παρ. 1 εδαφ. β περίπτ. β Κ.Δ.Δ. (πρβλ. Σ.τ.Ε. **2796/2018**) **σε περίπτωση που** δεν υπήρχε κατά το χρόνο έκδοσης της επίδικης διοικητικής πράξης, με αποτέλεσμα να μην ανακύπτει ζήτημα αυτεπάγγελτης εξέτασής.

## **A. II. Ερμηνεία της προϊσχύουσας διάταξης**

Η προϊσχύουσα διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 εδ. β' Κ.Δ.Δ. είχε απασχολήσει - κυρίως- τη νομολογία του Β' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας στις φορολογικές - τελωνειακές διαφορές ως επικουρική βάση στήριξης της αυτοτέλειας της ποινικής και διοικητικής διαδικασίας και δίκης και ως συνάδουσα ή μη, με την αρχή της ισότητας των διαδίκων, λόγω της διάκρισης στην οποία προέβαινε μεταξύ των καταδικαστικών και αθωωτικών αποφάσεων. Ως προς το πρώτο σκέλος, σύμφωνα με τα πορίσματα της νομολογίας, το διοικητικό δικαστήριο, δεσμευόταν από την αμετάκλητη καταδικαστική, ενώ συνεκτιμούσε την αμετάκλητη αθωωτική ποινική απόφαση κατά τη διαμόρφωση της κρίσης του, χωρίς να απαιτείται τούτο να εξαγγέλλεται ρητά, αρκεί να συναγόταν από όλο το περιεχόμενο της απόφασης.<sup>9</sup> Μετέπειτα, προς σεβασμό του τεκμηρίου αθωότητας, όπως είχε ερμηνευθεί από το Ε.Δ.Δ.Α, κρίθηκε ότι, δεν πρέπει να τίθεται εν αμφιβόλω η αθώωση από «τελική» απόφαση (ως τέτοια νοούμενη την αμετάκλητη), έστω και αν αυτή εχώρησε λόγω αμφιβολιών και, κατά συνέπεια, ότι, το διοικητικό δικαστήριο υποχρεούται να απόσχει από τη διατύπωση κρίσης ή αιτιολογίας που να θέτει εν αμφιβόλω το αθωωτικό αποτέλεσμα της αμετακλήτως περαιωθείσας οικείας ποινικής διαδικασίας και δίκης<sup>10</sup>. Ενόψει των ανωτέρω, ναι μεν, το εκ των υστέρων επιλαμβανόμενο διοικητικό δικαστήριο δεν δεσμεύεται από την οικεία αμετάκλητη απαλλακτική απόφαση του ποινικού δικαστηρίου, υποχρεούται όμως, να τη συνεκτιμήσει και, δη, *κατά τρόπο ειδικό*, ώστε, εφόσον αποκλίνει από τις ουσιαστικές κρίσεις του ποινικού δικαστή, να μην καταλείπονται εύλογες αμφιβολίες ως προς το σεβασμό του τεκμηρίου αθωότητας, που απορρέει από την τελική έκβαση της ποινικής δίκης. Πολλώ δε μάλλον, δεν δεσμεύεται από αθωωτική ποινική απόφαση, η οποία δεν έχει καταστεί αμετάκλητη<sup>11</sup>, την οποία συνεχίζει να οφείλει απλώς να τη συνεκτιμήσει, ακόμα και κατά τρόπο γενικό ή και δίχως πανηγυρική εξαγγελία περί τούτου<sup>12</sup>, έχοντας σε κάθε περίπτωση τη δυνατότητα να αποστεί από τις σχετικές ουσιαστικές κρίσεις του ποινικού δικαστή, δοθέντος, άλλωστε, ότι τέτοια ποινική απόφαση δεν παράγει δεδικασμένο (άρθρο 57, παρ. 1 και 3, του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας).

Με βάση τα ανωτέρω, αποσαφηνίστηκε ο τρόπος με τον οποίο ο διοικητικός δικαστής μπορεί να διαφοροποιήσει την κρίση του από αυτή του ποινικού δικαστή. Συγκεκριμένα, δύναται να στηρίξει την κρίση του περί διάπραξης της αποδοθείσας παράβασης: i. (και) σε στοιχεία που δεν είχε λάβει υπόψη του το ποινικό δικαστήριο<sup>13</sup>, ii. και

9. Βλ. Σ.τ.Ε. 990/2004 Ολομ., 1522/2010 7μ., 2067/2011 7μ. 1741/2015 Ολομ. κ.α.

10. Βλ. Σ.τ.Ε. 1713-1714/2014, 3264/2014, 2069/2014, 1184/2015, 2403/2015.

11. Πρβλ. Σ.τ.Ε. 2069/2014, 1184/2015.

12. Πρβλ. Σ.τ.Ε. Ολομ. 1741/2015.

13. Βλ. Σ.τ.Ε. 1713-1714/2014, 2069/2014, 1184/2015.

στο διαφορετικό (χαμηλότερο) βαθμό/επίπεδο απόδειξης, που ισχύει στη διοικητική δίκη σε σχέση με εκείνο που διέπει την ποινική δίκη, για τα αντίστοιχα ποινικά αδικήματα, ενόψει και του ότι, στην ποινική δίκη υπάρχει ο κίνδυνος στέρησης της προσωπικής ελευθερίας και όχι απλώς περιουσιακών στοιχείων.<sup>14</sup>

Η αναφορά στο επίπεδο απόδειξης που ισχύει στην ποινική δίκη σε σχέση με αυτό που ισχύει στην διοικητική δεν είναι καινοφανής, διότι είχε ήδη χρησιμοποιηθεί στη νομολογία, για να στηρίξει τη συνταγματικότητα της προϊσχύουσας διάταξης του άρθρου 5 παρ. 2 εδ.β' Κ.Δ.Δ.. Συγκεκριμένα, στη Σ.τ.Ε. 1741/2015 Ολομ. αξιοποιήθηκε η αναφορά της μειωψήφουσας άποψης μιας Συμβούλου της Σ.τ.Ε. 2067/2011 7μ. στην αρχή «in dubio pro reo» και κρίθηκε ότι, η διαφοροποίηση μεταξύ καταδικαστικών και αθωωτικών αποφάσεων, δεν προσκρούει στα άρθρα 4 παρ.1 και 20 παρ.1 του Συντάγματος. Σημειώθηκαν δε, οι διαφορές που έχουν διαμορφωθεί νομολογιακώς στους κανόνες απόδειξης της ποινικής και διοικητικής δίκης, οι οποίες εντοπίζονται -κυρίως- στην, επί αμφιβολιών, αθώωση. Συγκεκριμένα, κρίθηκε ότι, η αρχή «in dubio pro reo», δεν εφαρμόζεται στη διοικητική δίκη, στην οποία απαιτείται πλήρης και βεβαία δικανική πεποίθηση του διοικητικού δικαστή περί της μη διάπραξης της παράβασης, ώστε να οδηγηθεί στην ακύρωση ή τη μεταρρύθμιση της διοικητικής κυρώσεως. Συνήχθη επομένως, ως κατακλείδα του συλλογισμού, ότι, η αθώωση του κατηγορουμένου είναι, για τον ποινικό δικαστή, ευχερέστερη από την καταδίκη του, διότι, επί της δεύτερης, απαιτείται πλήρης βεβαίωση του σχετικά με διάφορα στοιχεία του εγκλήματος αφορώντα είτε στην αντικειμενική είτε στην υποκειμενική υπόσταση αυτού.

Η διατυπωθείσα κρίση ότι η αρχή «in dubio pro reo» δεν εφαρμόζεται στη διοικητική δίκη, δεν υπήρξε αναντίρρητη. Συγκεκριμένα, διατυπώθηκε ότι,<sup>15</sup> παγίως, ειδικώς, σε φορολογικές - τελωνειακές υποθέσεις, το κατ' αρχήν βάρος απόδειξης το φέρει η φορολογική αρχή και ο διοικητικός δικαστής υποχρεούται να εκφέρει κρίση σχηματίζοντας πλήρη και βέβαιη δικανική πεποίθηση, αφού εκτιμήσει όλα τα επιτρεπόμενα αποδεικτικά μέσα (144 επ. Κ.Δ.Δ.). Σε περίπτωση δε, που ήθελε κρίνει ότι τα υπάρχοντα στοιχεία είναι ανεπαρκή προς σχηματισμό πλήρους και βεβαίας δικανικής πεποίθησης, έχει τη δυνατότητα να διατάξει τη συμπλήρωση αποδείξεων (152 επ. Κ.Δ.Δ.) και να κρίνει τελικώς την υπόθεση, αφού καταλείπει το βάρος απόδειξης μεταξύ των διαδίκων. Ο τρόπος με τον οποίο μπορεί επομένως να επιρρίψει ο δικαστής το κατ' αρχήν βάρος απόδειξης της φορολογικής αρχής,

---

14. Βλ. Σ.τ.Ε. 1992/2016 7μ., πρβλ. ΣτΕ 884/2016 7μ. σκέψη 8, 1741/2015 Ολομ. σκέψη 14 και 2067/2011 7μ. σκέψη 13, σε συνδυασμό με ΕΔΔΑ 14.10.2010, 29889/04, Vanjak κατά Κροατίας, σκέψη 68 και ΕΔΔΑ 11.2.2003, Y. v. Norway, 56568/00, σκέψη 41.

15. I. Δημητρακόπουλος, Η αρχή in dubio pro reo (δεν) εφαρμόζεται στη διοικητική δίκη; (με αφορμή την απόφαση Σ.τ.Ε. Ολομ. 1741/2015), Ιούνιος 2015, δημοσιευμένη στον ιστότοπο <http://www.humanrightscaselaw.gr/>.

είναι, κατά την ίδια άποψη, η, επί αμφιβολιών, εφαρμογή της αρχής «in dubio pro reo» στη διοικητική δίκη.

Γίνεται αντιληπτό, τόσο βάσει της κρίσης της Σ.τ.Ε. 1741/2015 Ολομ. περί συνταγματικότητας της διάκρισης της καταδικαστικής και αθωωτικής απόφασης, όσο και της Σ.τ.Ε. 1992/2016 7μ. περί των στοιχείων, στα οποία μπορεί να στηριχθεί ο διοικητικός δικαστής, για να διαφοροποιήσει την κρίση του από τον ποινικό δικαστή, ότι τη νομολογία, πλέον, την απασχολεί εντόνως το ζήτημα του βαθμού/επιπέδου απόδειξης ως ουσιώδους στοιχείου του δικαίου της απόδειξης στην διοικητική διαδικασία και δίκη. Συγκεκριμένα, στην ποινική δίκη, όπου το διακύβευμα μπορεί να είναι η στέρηση της προσωπικής ελευθερίας και η έντονη ηθική και κοινωνική αποδοκιμασία του δράστη, απαιτείται πολύ υψηλό επίπεδο απόδειξης, το οποίο κινείται μεταξύ πλήρους και απόλυτης βεβαιότητας, ενώ, στις διαφορές μεταξύ ιδιωτών αρκεί και η απλή πεποίθηση ότι, η ύπαρξη του επίμαχου πραγματικού περιστατικού είναι περισσότερο πιθανή από την ανυπαρξία του. Με αυτόν τον τρόπο, δηλαδή, με την καθιέρωση του αναγκαίου και επαρκούς (standard of proof) βαθμού απόδειξης των διοικητικών παραβάσεων, επέρχεται η κατάλληλη ισορροπία μεταξύ των συγκρουόμενων θεμελιωδών δικαιωμάτων και αρχών (από τη μια πλευρά, των αρχών του κράτους δικαίου, αναλογικότητας και τεκμηρίου αθωότητας και από την άλλη, του επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος της πάταξης της φοροδιαφυγής)<sup>16</sup>.

## **B. Ερμηνεία της ισχύουσας διάταξης**

Η ανωτέρω νέα διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 (εδαφ. β΄) του ΚΔΔ, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 17 του ν. 4446/2016 (Α΄ 240/22.12.2016 - έναρξη ισχύος του άρθρου 17 από τη δημοσίευση του ν. 4446/2016 στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, σύμφωνα με το άρθρο 32 του νόμου αυτού), ισχύει σε υποθέσεις που συζητούνται από 22.12.2016 και εντεύθεν και δεν έχει πεδίο εφαρμογής **ratione temporis** στις υποθέσεις οι οποίες συζητήθηκαν ενώπιον του διοικητικού δικαστηρίου πριν από την 22.12.2016 (πρβλ. ΣτΕ 167-169/2017 επταμ., σχετικά με τη διάταξη του άρθρου 15 παρ. 2 του ίδιου ν. 4446/2016), δεδομένου ότι, κατά γενική δικονομική αρχή, η νεότερη δικονομική ρύθμιση δεν καταλαμβάνει τις υποθέσεις που είχαν εκδικασθεί/συζητηθεί πριν από το χρόνο έναρξης της ισχύος της<sup>17</sup>.

---

16.Ι. Δημητρακόπουλος, Η επιρροή της ποινικής δίκης στη διοικητική δίκη για φορολογικές παραβάσεις, υπό το φως των θεμελιωδών δικαιωμάτων, στην πρόσφατη νομολογία του Σ.τ.Ε. και του Ε.Δ.Δ.Α. (Σ.τ.Ε. 1992-1993/2016, ΕΔΔΑ 15.11.2016 Α και Β κατά Νορβηγίας, Εισήγηση του ίδιου στο σεμινάριο του Ιδρύματος Μ. Στασινόπουλου (2.12..2016), Δεκέμβριος 2016, δημοσιευμένη στον ιστότοπο <http://www.humanrightscaselaw.gr/>.

17.Βλ. Σ.τ.Ε. 951/2018, 458-459/2018, **167-169/2017** 7μ., **3953/2007**, **2467/2001**.

Με βάση την αιτιολογική έκθεση, η νέα διάταξη του άρθρου αυτού διαμορφώθηκε κατόπιν της έκδοσης της απόφασης του Δικαστηρίου της Ε.Σ.Δ.Α στην υπόθεση Σταυρόπουλος κατά Ελλάδας του 2007 (και όχι του 2010, όπως εσφαλμένως ανεγράφη). Με την απόφαση αυτή, η οποία έτυχε ιδιαίτερας ευρείας αναγνώσεως, κρίθηκε ότι, η αθώωση κατηγορουμένου για εις βάρος του κατηγορία, ακόμη και όταν χωρεί λόγω αμφιβολιών, συνεπάγεται την αθώωση του για διοικητικές παραβάσεις, όταν τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία τέθηκαν στην κρίση του ποινικού δικαστηρίου και στοιχειοθετούν την ποινική κατηγορία, ταυτίζονται με εκείνα που τέθηκαν υπόψη του διοικητικού δικαστηρίου και στοιχειοθετούν τη διοικητική παράβαση.

Αν στηριχθεί κανείς στην αιτιολογική έκθεση του νόμου, διαφαίνεται ότι, με τη νέα ρύθμιση του άρθρου 5 παρ. 2 εδ. β' Κ.Δ.Δ. επιχειρείται η νομοθετική σύγκλιση με τις επιταγές του τεκμηρίου αθωότητας, όπως έχει ερμηνευθεί από το Ε.Δ.Δ.Α.. Πέραν της αρχικής αυτής αναγνώσεως, η νομολογία του τελευταίου έτους, στο πεδίο των φορολογικών και τελωνειακών διαφορών, φαίνεται να επηρεάζεται και από την ερμηνεία του Δ.Ε.Ε. ως προς το *ne bis in idem*. Συγκεκριμένα, με δύο -κυρίως- αποφάσεις, του Β' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, ερμηνεύεται η νέα αυτή διάταξη και αποσαφηνίζεται το περιεχόμενο της, τόσο ως προς τη ρύθμιση τη σχετική με τις αθωωτικές, όσο και με τις καταδικαστικές αποφάσεις.

Προτού όμως, το Δικαστήριο διατυπώσει τον ερμηνευτικό κανόνα της νέας διάταξης του άρθρου 5 παρ. 2 εδ.β' Κ.Δ.Δ., σε αμφότερες τις περιπτώσεις,<sup>18</sup> προέβη σε μια αποκρυστάλλωση των προϋποθέσεων επιτρεπτής σώρευσης της ποινικής και διοικητικής διαδικασίας και δίκης, αξιοποιώντας τη διαμορφωθείσα επί τούτου νομολογία τόσο του Ε.Δ.Δ.Α., όσο και του Δ.Ε.Ε. Συγκεκριμένα, έθεσε τον κανόνα της κατ' αρχήν μη επιτρεπτής εκκίνησης και εξακολούθησης διοικητικής διαδικασίας και δίκης, που αφορά σε επιβολή διοικητικής χρηματικής κύρωσης για φορολογική - τελωνειακή παράβαση, μετά την αμετάκλητη περάτωση της αντίστοιχης ποινικής διαδικασίας, κατά τις επιταγές του άρθρου 4 του 7ου ΠΠ της Ε.Σ.Δ.Α.<sup>19</sup> και ενίσχυσε το δικανικό συλλογισμό του, υιοθετώντας τη νομολογία του Δ.Ε.Ε. τη σχετική με την ίδια θεμελιώδη εγγύηση του άρθρου 50 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ένωσης (στο εξής Χάρτης) και τους επιτρεπτούς περιορισμούς αυτής, βάσει της αρχής της αναλογικότητας, κατά τις επιταγές του άρθρου 52 του ίδιου Χάρτη.<sup>20</sup> Παραλλήλως, αποτύπωσε την αναλογία του κανονιστικού περιεχομένου

---

18. Βλ. Σ.τ.Ε. 951/2018 7μ. σκ. 5 και 1887/2018 7μ. σκ. 4.

19. Βλ. ΕΔΔΑ Ruotsalainen κατά Φινλανδίας της 16.6.2009, Καπετάνιος και λοιποί κατά Ελλάδος της 30.4.2015, Σισμανίδης και Σιταρίδης κατά Ελλάδος της 9.6.2016 και Α και Β κατά Νορβηγίας της 15.11.2016.

20. «1.Κάθε περιορισμός στην άσκηση των δικαιωμάτων και ελευθεριών που αναγνωρίζονται στον παρόντα Χάρτη πρέπει να προβλέπεται από τον νόμο και να σέβεται το βασικό περιεχόμενο των εν

των διατάξεων των άρθρων 50 και 52 (παρ. 1) του Χάρτη με εκείνο του άρθρου 4 παρ. 1 του 7ου ΠΠ της Ε.Σ.Δ.Α.<sup>21</sup> λαμβανομένων, ιδίως, υπόψιν: α. των παρεμφερών κριτηρίων που χρησιμοποιούν, ώστε να αποφανθούν περί του «ποινικού» χαρακτήρα μιας διοικητικής κύρωσης (Engel/Bonda)<sup>22</sup> και β. των περιπτώσεων, στις οποίες, το μέτρο της σώρευσης βαίνει, προδήλως, πέραν των ορίων του *απολύτως αναγκαίου* για την επίτευξη σκοπού δημοσίου συμφέροντος, εφόσον υπάρχει είτε αμετάκλητη αθωωτική απόφαση ποινικού δικαστηρίου, που διαπιστώνει ότι δεν στοιχειοθετείται η επίμαχη φορολογική παράβαση,<sup>23</sup> είτε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση ποινικού δικαστηρίου, με την οποία επιβλήθηκε ποινή δυνάμενη να καταστείλει τη διαπραχθείσα παράβαση κατά τρόπο αποτελεσματικό, αναλογικό και αποτρεπτικό.<sup>24</sup> Κατόπιν τούτων, κατά την ίδια κρίση, το δικαίωμα του *ne bis in idem* δεν είναι απόλυτο, αλλά δεκτικό περιορισμών με βάση την αρχή της αναλογικότητας και αυτό που, πρέπει, να ερευνάζεται τελικώς, είναι, αν η εναπομείνουσα κύρωση (δηλαδή, αυτή που επεβλήθη στο πλαίσιο της πρώτης αμετακλήτως περατωθείσας διαδικασίας), είναι αποτελεσματική, ανάλογη της παράβασης και αποτρεπτική.<sup>25</sup>

---

λόγω δικαιωμάτων και ελευθεριών. Τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, περιορισμοί επιτρέπεται να επιβάλλονται μόνον εφόσον είναι αναγκαίοι και ανταποκρίνονται πραγματικά σε στόχους γενικού ενδιαφέροντος που αναγνωρίζει η Ένωση ή στην ανάγκη προστασίας των δικαιωμάτων και ελευθεριών των τρίτων».

21. Βλ. Σ.τ.Ε. 951/2018 7μ., 1102-1104/2018 7μ., ΔΕΕ μειζ. Συνθ. 20.3.2018, C-524/15, *Menci*, σκ. 60-62.

22. ι. νομικός χαρακτηρισμός της παράβασης κατά το εθνικό δίκαιο, ιι. φύση της παράβασης, ιιι. βαθμός αυστηρότητας κύρωσης, η οποία ενδέχεται να επιβληθεί στον ενδιαφερόμενο.

23. Βλ. Σ.τ.Ε. 951/2018 7μ. και ΔΕΕ μειζ. συνθ. 20.3.2018, C-596/16 και C-597/16, *Di Puma & Zecca*, ECLI:EU:C:2018:192, σκ. 33-34 και 41-45, σε συνδυασμό με ΔΕΕ μειζ. συνθ. 20.3.2018, C-524/15, *Menci*, σκ. 41, 46 και 52.

24. Βλ. Σ.τ.Ε. 951/2018 7μ. και ΔΕΕ μειζ. συνθ. 20.3.2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA* και άλλοι, ECLI:EU:C:2018:193, σκ. 48 και 57-59, σε συνδυασμό με ΔΕΕ μειζ. συνθ. 20.3.2018, C-524/15, *Menci*, σκ. 41, 46 και 52.

25. Βλ. σκ. 4 Σ.τ.Ε. 1887/2018 7μ. «... λαμβανομένου υπόψη ότι ο αποκλεισμός της σώρευσης ποινικής και διοικητικής (δίωξης και) κύρωσης, δυνάμει της ενωσιακής αρχής *ne bis in idem*, τελεί υπό την προϋπόθεση ότι η κύρωση που επιβλήθηκε στο πλαίσιο της πρώτης αμετακλήτως περατωθείσας διαδικασίας (σε υπόθεση όπως η παρούσα, η ποινική) είναι αποτελεσματική, ανάλογη της παράβασης και αποτρεπτική (βλ. ΔΕΕ μειζ. συνθ. 26.2.2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, σκέψη 36). Πράγματι, όπως έχει ήδη κριθεί με τις αποφάσεις 1102-1104/2018 της επταμελούς σύνθεσης του Β΄ Τμήματος του Δικαστηρίου, η αναγόμενη στο δημόσιο συμφέρον ανάγκη να προαχθεί η πρόληψη και η καταστολή των σχετικών παραβάσεων (ιδίως, δε, των πλέον σοβαρών) συνιστά θεμιτό λόγο περιορισμού της κανονιστικής εμβέλειας της απαγόρευσης *ne bis in idem*, τόσο κατά την ΕΣΔΑ, όπως έχει ερμηνευθεί από την ευρεία σύνθεση του ΕΔΔΑ, όσο και κατά το πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, όπως έχει ερμηνευθεί από τη μείζονα σύνθεση του ΔΕΕ (...) και μπορεί να δικαιολογήσει τη σώρευση νομοθεσίας (βλ. ΣτΕ 1102-1104/2018 7μ., ΕΔΔΑ μειζ. συνθ. 15.11.2016, Α και Β κατά Νορβηγίας, 24130/11 & 29758/11, σκ. 121-130 και ΔΕΕ μειζ. συνθ. 20.3.2018, C-524/15, *Menci*, σκ. 20 και 44-45), ενόψει και της απορρέουσας από το ενωσιακό δίκαιο υποχρέωσης των κρατών μελών να προβλέπουν και να επιβάλλουν αποτελεσματικές, αποτρεπτικές και αναλογικές κυρώσεις για παραβάσεις της κοινοτικής τελωνειακής νομοθεσίας ή των ενωσιακών κανόνων περί ΦΠΑ και ειδικών φόρων κατανάλωσης ...».

Στη συνέχεια, το Δικαστήριο, αξιοποιώντας την πρόσφατη νομολογία του για την ερμηνεία του Συντάγματος κατά τρόπο «φιλικό» με την Ε.Σ.Δ.Α.<sup>26</sup> και την έννοια του διοικητικού δικαστή ως «φυσικού» δικαστή<sup>27</sup> κάποιων διοικητικών διαφορών, όπως των φορολογικών - τελωνειακών, απομακρύνθηκε από την επικριθείσα διατύπωση περί αντισυμβατικότητας των διατάξεων της Ε.Σ.Δ.Α.<sup>28</sup> και δέχθηκε ως προς τη σχέση μεταξύ διοικητικής και ποινικής δίκης τα εξής: α. η ποινική δίκη πρέπει να οργανώνεται νομοθετικά και να διενεργείται κατά τρόπο, ώστε ο ποινικός δικαστής να επιλαμβάνεται (μετά από διακοπή της προθεσμίας παραγραφής του ποινικού αδικήματος) κατόπιν της τελεσίδικης κρίσης της ουσίας της υπόθεσης από τον διοικητικό δικαστή, β. δεν θα ήταν συνταγματικώς ανεκτή ποινική καταδίκη για φοροδιαφυγή σε περίπτωση που ο διοικητικός δικαστής κρίνει, για λόγους αναγόμενους στην ουσία, [μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η διαπίστωση περί παραγραφής της σχετικής αξιώσεως του Δημοσίου,<sup>29</sup> ότι δεν είναι νόμιμη η σχετική καταλογιστική (του φόρου ή/και συναφούς προστίμου) πράξη της Διοίκησης<sup>30</sup>, γ. ο κοινός νομοθέτης κωλύεται να εξαρτήσει την άσκηση των εξουσιών της Διοίκησης ή/και της αρμοδιότητας των διοικητικών δικαστηρίων για επίλυση των σχετικών διαφορών από την προηγούμενη ποινική καταδίκη του φορολογούμενου για το αντίστοιχα προβλεπόμενο ποινικό αδίκημα φοροδιαφυγής ή λαθρεμπορίας, δ. στις περιπτώσεις σώρευσης ποινικών και διοικητικών κυρώσεων, δεν αποκλείεται η θέσπιση και η εφαρμογή διατάξεων νόμου (όπως του άρθρου 4 παρ. 1 του 7ου ΠΠ Ε.Σ.Δ.Α.), από τις οποίες να προκύπτει επίδραση της αμετακλήτως περατωθείσας ποινικής διαδικασίας και δίκης περί φοροδιαφυγής/λαθρεμπορίας στην αντίστοιχη διοικητική διαδικασία και δίκη, ε. στις περιπτώσεις που προβλέπεται νομοθετικώς δέσμευση του διοικητικού δικαστή από τις κρίσεις του ποινικού δικαστή, τις σχετικές με την ουσία της υπόθεσης, πρέπει οι σχετικές διατάξεις να *ερμηνεύονται στενά*, δεδομένου ότι η ποινική διαδικασία περί φοροδιαφυγής - λαθρεμπορίας προϋποθέτει, κατά το Σύνταγμα, την έκδοση σχετικής διοικητικής καταλογιστικής πράξης, εξοπλισμένης με το τεκμήριο νομιμότητας, το οποίο μπορεί να ανατραπεί (εν όλω ή εν μέρει) μόνον μέσω της ακύρωσης ή της τροποποίησής της από τον διοικητικό δικαστή, που είναι, κατά το Σύνταγμα, ο «φυσικός» δικαστής του ελέγχου του νόμου και ουσία βασίμου της.

Κατόπιν τούτων, τόσο στη Σ.τ.Ε. 951/2018 7μ. (σκ. 10), η οποία αναφέρεται στις αμετάκλητες αθωωτικές αποφάσεις, όσο και στη Σ.τ.Ε. 1887/2018 7μ. (σκ. 9), η οποία αναφέρεται στις αμετάκλητες καταδικαστικές, επελέγη η στενή ερμηνεία της νέας διάταξης

---

26. Βλ. Σ.τ.Ε. 7μ. 1992/2016 σκ. 7.

27. Βλ. Σ.τ.Ε. 7μ. 680/2017 σκ. 12.

28. Βλ. Σ.τ.Ε. 2067/2011. σκ. 11.

29. Πρβλ. Σ.τ.Ε. 287/2018.

30. Βλ. Σ.τ.Ε. 951/2018 7μ., 680/2017 7μ.



του άρθρου 5 παρ. 2 εδαφ. β' Κ.Δ.Δ. ως έχουσας την έννοια ότι: α. το διοικητικό δικαστήριο δεσμεύεται από αμετάκλητη καταδικαστική ή αθωωτική απόφαση ποινικού δικαστηρίου, μόνον αν η ποινική απόφαση αφορά στην ίδια παράβαση, ως ιστορικό γεγονός<sup>31</sup>, με εκείνη που καταλογίσθηκε στον προσφεύγοντα με την ένδικη διοικητική πράξη, με την οποία του επιβλήθηκε διοικητική κύρωση, και β. η παραγόμενη δέσμευση αφορά στην «ενοχή» του προσφεύγοντος, ήτοι στο αξιόποιο της συμπεριφοράς του. Όταν παράγεται δέσμευση του διοικητικού δικαστή, σε σεβασμό με τις επιταγές του *ne bis in idem*, όπως ερμηνεύεται τόσο από το ΕΔΔΑ, όσο και από το ΔΕΕ, η συνέπεια είναι η ακύρωση της διοικητικής κύρωσης που άγεται ενώπιον του (δηλαδή, στη βάση του αρχής της «άπαξ» διάγνωσης της ποινικής ευθύνης στα πλαίσια της ίδιας έννομης τάξης, η δεύτερη διαδικασία, υπό τις ως άνω προϋποθέσεις, τερματίζεται).

Περαιτέρω, στην ίδια σκέψη της Σ.τ.Ε. 951/2018 7μ, έγινε διάκριση και αποτύπωση των δύο περιπτώσεων, κατά τις οποίες, η αμετάκλητη αθωωτική απόφαση απλώς *συνεκτιμάται* και, συγκεκριμένα: α. σ' αυτές που υπάρχει οφειλή εκ του νόμου (όπως επί επιβολής δασμών και φόρων), στις οποίες η ποινική απόφαση, πρέπει, να *συνεκτιμάται* απλώς, από το διοικητικό δικαστή και, δη, κατά τρόπο ειδικό, επί τη βάσει των διαφορετικών κανόνων απόδειξης, που ισχύουν στη διοικητική δίκη (144 επ. Κ.Δ.Δ.) σε σχέση με αυτούς, που ισχύουν στην ποινική δίκη (177 επ. Κ.Ποιν. Δ.), με σεβασμό στις επιταγές του τεκμηρίου αθωότητας και β. σε αυτές, στις οποίες δεν υπάρχει ίδια παράβαση ως ιστορικό γεγονός, αλλά παράβαση, η οποία συνδέεται κατ' ουσίαν με το αντικείμενο της δίκης.

Στην περίπτωση δε, που υπάρχει αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση, στη Σ.τ.Ε. 1887/2018 7μ, διατυπώθηκε ότι, ο διοικητικός δικαστής προβαίνει και σε ένα επόμενο στάδιο ελέγχου, ήτοι, ελέγχει αν η αμετακλήτως επιβληθείσα από τον ποινικό δικαστή κύρωση, αυτοτελώς ορώμενη, είναι αποτελεσματική, αποτρεπτική και ανάλογη της σοβαρότητας της παράβασης (από απόψεως ποσού ή/και συνθηκών τέλεσής της). Τα κριτήρια που δύναται να λάβει, ιδίως, υπόψιν ο διοικητικός δικαστής είναι: i. εάν η επιβληθείσα ποινή κινείται στα κατώτατα όρια της προβλεπόμενης στο νόμο, παρά τη σοβαρότητα της καταλογισθείσας παράβασης (από απόψεως ποσού ή/και συνθηκών διάπραξής της), ii. εάν επιβλήθηκε με αναστολή, iii. εάν είναι πολύ ελαφρύτερη της μεταγενεστέρως ορισθείσας στο νόμο ελάχιστης ποινής για παραβάσεις ανάλογης σοβαρότητας, στοιχείο, από το οποίο, προκύπτει με σαφήνεια μεταβολή επί το αυστηρότερο της εκτίμησης του νομοθέτη ως προς την ποινή

---

31. Βλ. Α.Π. Ολομ. 1/2011, ήτοι στο αυτό σύνολο συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών, τα οποία συνδέονται αναπόσπαστα μεταξύ τους, χρονικά και τοπικά, και η συνδρομή των οποίων είναι απαραίτητη για την επιβολή της κύρωσης (βλ. ΣτΕ 951/2018 7μ., ΕΔΔΑ ευρ. συνθ. 10.2.2009, 14939/03, Zolotukhin κατά Ρωσίας, σκ.84 - πρβλ. ΔΕΕ μειζ. συνθ. 20.3.2018, C-524/15, Menci, σκ. 34-38). Όπως έχει ήδη κριθεί (βλ. ΣτΕ 951/2018 7μ., 2987/2017 7μ., 680/2017 7μ., 167-169/2017 7μ., 1992/2016 7μ., 284/2018, 3174, 1778/2017, κ.ά..

που είναι πρόσφορη και αναγκαία για την αποτελεσματική πρόληψη και καταστολή των σχετικών παραβάσεων, έστω, κι αν η ποινή αυτή, δεν μπορεί να εφαρμοσθεί αναδρομικά επί παραβάσεων που τελέστηκαν, πριν από τη θέσπιση της νέας, επαχθέστερης για τους παραβάτες, νομοθετικής ρύθμισης. Αν δεν συντρέχει αυτή η πρόσθετη προϋπόθεση, κρίθηκε ότι, ο διοικητικός δικαστής δεν δεσμεύεται από την αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση και δεν τερματίζει την ενώπιον του διαδικασία, αλλά εκφέρει ίδια αυτοτελή κρίση επί τη βάση των λόγων προσφυγής, του περιθωρίου επιμέτρησης/μεταρρύθμισης της κύρωσης που διαθέτει, των διαφορετικών κανόνων απόδειξης της ποινικής και διοικητικής δίκης - που αναφέρθηκαν και ανωτέρω - και συνεκτιμά ειδικώς, την αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση, ως προς τις κρίσεις της περί στοιχειοθέτησης της αντικειμενικής και υποκειμενικής υπόστασης του αδικήματος.<sup>32</sup>

### Γ. Διακύβευμα – προβληματισμός

---

32. Βλ. Σ.τ.Ε. 1887/2018 σκ. 10. «Επειδή, εν προκειμένω, ι) ο προσφεύγων κρίθηκε με απόφαση ποινικού δικαστηρίου αμετακλήτως ότι είναι ένοχος για συμμετοχή σε λαθρεμπορική παράβαση αρκετά σοβαρή, ενόψει τόσο του ύψους των διαφυγουσών φορολογικών επιβαρύνσεων (219.168,23 €), όσο και των συνθηκών τέλεσης αυτής (χρήση τεχνάσματα στο οποίο εμπλέκονται και άλλα πρόσωπα, πρόσφορο να καταστήσει εξαιρετικά δυσχερή τον εντοπισμό της παράβασης), ιι) για την παράβαση αυτή του επιβλήθηκε ποινή φυλάκισης ενός έτους, η οποία είναι η ελάχιστη προβλεπόμενη στο άρθρο 157 παρ. 1 του Εθνικού Τελωνειακού Κώδικα, όπως ίσχυε κατά το χρόνο διάπραξης της ένδικης παράβασης, για λαθρεμπορικές παραβάσεις, όπως η επίμαχη, στις οποίες το ύψος των διαφυγουσών δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων είναι τουλάχιστον 30.000 ευρώ, ενώ με βάση το άρθρο 53 του Ποινικού Κώδικα, η διάρκεια της ποινής φυλάκισης δεν μπορεί να υπερβαίνει τα πέντε έτη και ιιι) η ανωτέρω ποινή του επιβλήθηκε με αναστολή. Ενόψει αυτών, η ως άνω επιβληθείσα αμετακλήτως από το ποινικό δικαστήριο στον προσφεύγοντα ποινή παρίσταται εμφανώς ιδιαίζόντως ελαφριά, ώστε, αυτοτελώς ορώμενη, να μην μπορεί να θεωρηθεί ως ικανή να καταστείλει κατά τρόπο αποτρεπτικό, αποτελεσματικό και σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας την επίμαχη, αρκετά σοβαρή, διοικητική παράβαση της λαθρεμπορίας που του αποδόθηκε. Το ανωτέρω συμπέρασμα επιρρωνύεται από το γεγονός ότι με το άρθρο 77 παρ. 4 περ. γ του ν. 3842/2010 (Α' 58) προστέθηκε στην παρ. 1 του άρθρου 157 του Εθνικού Τελωνειακού Κώδικα, το οποίο προβλέπει τις ποινές για το αδίκημα της λαθρεμπορίας, περίπτωση γ', η οποία, όπως ακολούθως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 παρ. 3 του ν. 3943/2011 (Α' 66), ορίζει ότι η λαθρεμπορία τιμωρείται "Με κάθειρξη, εάν οι δασμοί, φόροι και λοιπές επιβαρύνσεις που στερήθηκε το Δημόσιο ή η Ευρωπαϊκή Ένωση υπερβαίνουν το ποσό των εκατόν πενήντα χιλιάδων (150.000) ευρώ.", δηλαδή με στερητική της ελευθερίας ποινή διάρκειας από 5 έως 20 έτη, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 52 παρ. 3 του Ποινικού Κώδικα (π.δ. 283/1985, Α' 106). Η εν λόγω νέα διάταξη, που ορίζει αρκετά βαρύτερη ποινή στέρησης της προσωπικής ελευθερίας (μάλιστα, μη δυνάμενη να μετατραπεί σε χρηματική ποινή ή να επιβληθεί με αναστολή) σε σχέση με την προβλεπόμενη έως τότε (φυλάκιση από ένα έως πέντε έτη), για τις πλέον σοβαρές παραβάσεις, από απόψεως ποσού των διαφυγουσών δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων, εκφράζει προδήλως μεταβολή επί το αυστηρότερο των αντιλήψεων του νομοθέτη ως προς το πρόσφορο, αναγκαίο και σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας πλαίσιο ποινών για την αποτελεσματική πρόληψη και καταστολή των παραβάσεων λαθρεμπορίας. Τούτων έπειτα ότι, σύμφωνα με όσα έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά στις σκέψεις 4 και 9, σε υπόθεση όπως η παρούσα, ο διοικητικός δικαστής δεν άγεται στην ακύρωση της πράξης επιβολής πολλαπλού τέλους στον προσφεύγοντα, δεσμευόμενος από την ύπαρξη αμετάκλητης καταδικαστικής ποινικής απόφασης σε βάρος του, για την ίδια κατ' ουσίαν λαθρεμπορική παράβαση, αλλά κρίνει επί των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής, με τους οποίους αμφισβητείται η τέλεση της επίμαχης διοικητικής παράβασης, συνεκτιμώντας ειδικά την ανωτέρω καταδικαστική απόφαση.

Με βάση τα ανωτέρω πρόσφατα νομολογιακά πορίσματα, είναι σαφές, ότι, διανοίγεται ένας δρόμος ευρείας ερμηνευτικής προσέγγισης της νέας διάταξης του άρθρου 5 παρ. 2 εδ. β'Κ.Δ.Δ., προς σεβασμό τόσο των επιταγών του τεκμηρίου αθωότητας όσο και του *ne bis in idem*. Οι δύο αυτές θεμελιώδεις εγγυήσεις έχουν διαφορετικό κανονιστικό περιεχόμενο και δεν αλληλοκαλύπτονται,<sup>33</sup> δεδομένου ότι, παρουσιάζουν τις κάτωθι διαφορές: α. το τεκμήριο αθωότητας, έχει διατυπωθεί,<sup>34</sup> ότι αποτελεί τόσο διαδικαστική όσο και ουσιαστική εγγύηση ως στοιχείο της προσωπικότητας του κατηγορούμενου, ενώ ο κανόνας *ne bis in idem* έχει, κατά βάση, το χαρακτήρα διαδικαστικής εγγύησης,<sup>35</sup> β. το τεκμήριο αθωότητας προϋποθέτει τελική (αμετάκλητη κατά την εθνική νομολογία)<sup>36</sup> αθωωτική απόφαση, ενώ το *ne bis in idem* αμετάκλητη περάτωση της πρώτης δίκης είτε με την έκδοση καταδικαστικής είτε αθωωτικής απόφασης, γ. το τεκμήριο αθωότητας δεν προϋποθέτει δύο επάλληλες δίκες «ποινικής φύσεως», αλλά εφαρμόζεται και σε αμιγώς διοικητικού χαρακτήρα παρεπόμενη δίκη, αρκεί να συνδέεται κατ' ουσίαν με την οικεία ποινική δίκη,<sup>37</sup> δ. το τεκμήριο αθωότητας προϋποθέτει έρευνα της συσχέτισης, του συνδέσμου μεταξύ των δύο δικών (να είναι δηλαδή, ταυτόσημη ή έστω συναφής),<sup>38</sup> ενώ το *ne bis in idem* προϋποθέτει έρευνα του «*idem*», όπως έχει ερμηνευθεί από τη νομολογία του ΕΔΔΑ, ήτοι «να υφίστανται ταυτόσημα ή ουσιωδώς όμοια πραγματικά περιστατικά, στα οποία εμπλέκεται ο ίδιος δράστης και τα οποία έχουν ενότητα τόπου και χρόνου, ανεξαρτήτως, του νομικού τους χαρακτηρισμού»,<sup>39</sup> ε. η συνέπεια ενεργοποίησης του τεκμηρίου αθωότητας είναι η συνεκτίμηση, κατά τρόπο ειδικό, της αμετάκλητης αθωωτικής απόφασης, ώστε να μην καταλείπονται αμφιβολίες ως προς το σεβασμό του, ενώ η συνέπεια ενεργοποίησης του *ne bis in idem*, είναι ο τερματισμός της δεύτερης «ποινικής» δίκης, μετά την αμετάκλητη περάτωση της πρώτης (με παύση της ποινικής δίωξης, αν προηγείται η απόφαση του διοικητικού δικαστή ή με έκδοση απόφασης που ακυρώνει την επιβληθείσα διοικητική κύρωση ή αποδέχεται ως νόμιμη τη γενόμενη από το κατώτερο δικαστήριο ακύρωση της, αν προηγείται η απόφαση του ποινικού δικαστή)<sup>40</sup>.

33. Βλ. ΕΔΔΑ 09.06.2016, Σισμανίδης και Σιταρίδης κατά Ελλάδος, 66602/09 και 71879/12 σκ. 30 και 50.

34. Βλ. Π. Βογιατζή, «*Ne bis in idem* και τεκμήριο αθωότητας από την ποινική στη διοικητική δίκη: ζητήματα συμβατότητας μεταξύ του ΕΔΔΑ και του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΘΠΔΔ, 2015, σελ. 538 επ.

35. Βλ. ΕΔΔΑ μειζ. Συνθ. 15.11.2016, Α και Β κατά Νορβηγίας, 24130/11 και 29758/11 σκ. 107: «the *ne bis in idem* principle is mainly concerned with due process...».

36. αν και έχει διατυπωθεί η άποψη ότι το τεκμήριο αθωότητας είναι ενεργό ακόμη και εκκρεμούσης της ποινικής δίκης σε οποιοδήποτε βαθμό δικαιοδοσίας (βλ. ο.π. υποσ. 34. σελ. 540).

37. βλ. Σ.τ.Ε. 1887/2018 7μ. σκ. 7.

38. Βλ. Σ.τ.Ε. 175/2018 σκ. 5 με παραπομπή στις ΕΔΔΑ ευρ. συνθ. 12.7.2013, 25424/09, Allen κατά Ηνωμένου Βασιλείου, σκέψεις 94. 103 και 104, ΕΔΔΑ 18.10.2016, 21107/07, Alkasi v. Turkey, σκέψεις 25-28, καθώς και ΣτΕ Ολομ. 4662/2012.

39. Βλ. ΕΔΔΑ μειζ. συνθ. 10.2.2009, Zolotukhin κατά Ρωσίας, 14939/03, σκ.82-84, καθώς και την απόφαση της 16.6.2009, Ruotsalainen κατά Φινλανδίας, 13079/03,σκ. 49 επομ.

40. Βλ. Σ.τ.Ε. 3182/2010, 2067/2011 7μ. σκ. 10 και πρβλ. ΕΔΔΑ Καπετάνιος, 30.4.2015.

Βάσει των ανωτέρω παρατεθεισών διαφοροποιήσεων των δύο θεμελιωδών εγγυήσεων, αποτελεί ιδιαιτέρως σημαντική εξέλιξη, η ερμηνεία της νέας διάταξης του άρθρου 5 παρ. 2 εδ. β' Κ.Δ.Δ., στο πεδίο των φορολογικών - τελωνειακών κυρώσεων, υπό το πρίσμα όχι μόνο του τεκμηρίου αθωότητας (τελλολογική ερμηνεία, με βάση το δηλωθέντα σκοπό θέσπισης της διάταξης), αλλά και του κανόνα του *ne bis in idem*. Απομένει να ερευνηθεί, πως θα αντιμετωπίσει ο διοικητικός δικαστής αυτήν την εξέλιξη, στα πλαίσια εκδίκασης άλλων υποθέσεων, που δεν έχουν ως αντικείμενο κάποια διοικητική κύρωση, συνδέονται, όμως, με την ποινική δίκη, όπως είναι, επί παραδείγματι, οι υποθέσεις αστικής ευθύνης του Δημοσίου, στις οποίες κατά τη -μάλλον- κρατούσα άποψη, το άρθρο 5 παρ. 2 εδ.β' Κ.Δ.Δ. ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του τεκμηρίου αθωότητας και όχι του *ne bis in idem*, όπως έχει σχετικώς διατυπωθεί, διότι σε αντίθετη περίπτωση, θα οδηγούσε σε μη εφαρμογή της δέσμευσης, λόγω ανυπαρξίας της προϋπόθεσης του «αυτού προσώπου» στην ποινική και διοικητική δίκη περί αστικής ευθύνης του Δημοσίου.<sup>41</sup> Και, ενώ, το ενδεχόμενο νομοθετικής παρεμβολής για τη θέσπιση μιας ενιαίας διαδικασίας και δίκης, στις περιπτώσεις, κατά τις οποίες, η σώρευση των δύο, δημιουργεί προβλήματα,<sup>42</sup> δεν έχει αποσοβηθεί, εντούτοις, η μεν, σχεδιαζόμενη νομοθετική ενίσχυση του τεκμηρίου αθωότητας με τη ρητή κατοχύρωση αυτού (άρθρο 72 Α του σχεδίου νόμου του νέου Κ.Πν.Δικ.), καθώς και νέου κανόνα περί του «βάρους απόδειξης» στην ποινική δίκη (άρθρο 177Α του σχεδίου νόμου του νέου Κ.Πν.Δικ.),<sup>43</sup> η δε, νομολογιακή απόδοση του κανόνα του *ne bis in idem* ως συνταγματικής περιωπής [και δη, ως εκδήλωσης των θεμελιωδών αρχών του κράτους δικαίου, της αναλογικότητας και, ιδίως, του δεδικασμένου, που εξυπηρετεί την (επίσης θεμελιώδους

41. βλ. Δ.Εφ.Ιω. 112/2018 σκ. 5 «...Η απόφαση αυτή, κατά τα εκτεθέντα στην πέμπτη σκέψη, δεσμεύει, κατά την επικρατούσα άποψη, το παρόν Δικαστήριο (άρθρο 5 παρ. 2 ΚΔΔ, μετά την αντικατάσταση της παραγράφου αυτής με το άρθρο 17 του ν. 4446/2016), εφόσον οι αξιόποινες πράξεις για τις οποίες παραπέμφθηκαν οι εν λόγω ιατροί χειρουργοί και για τις οποίες αθωώθηκαν αμετακλήτως συγκροτούνται από τα ίδια πραγματικά περιστατικά με αυτά στα οποία ερείδεται η αποδιδόμενη από την εκκαλούσα-εφεσίβλητη παρανομία και η επίδικη αξίωση προς **αποζημίωση** κατ' άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ...» με παραπομπές στις ΔΕφΠατρ 780/2017, 7/2018 πρβλ. ΣτΕ 2091/2017, 710/2016, 3839/2012, 3783/2009, και σχετ. σχόλιο Β. Μπουκουβάλα «Ποινικό Δεδικασμένο και διοικητική δίκη: το άρθρο 5 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας πριν και μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4446/2016 και ιδιαίτερες δικονομικές του όψεις», Εισήγηση στο επιμορφωτικό σεμινάριο της ΕΣΔΙ με θέμα «ΣΧΕΣΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΜΕ ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΚΑΙ ΠΟΙΝΙΚΗ ΔΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΙΡΡΟΗ ΤΟΥΣ ΣΤΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΚΑΙ ΔΙΚΗ», Ιούνιος 2018, σελ. 27 επ.

42. Βλ. σκ. 13 Σ.τ.Ε. 680/2017 7μ «Και τούτο ανεξαρτήτως αν οι νομοθετικές διατάξεις περί επιβολής ποινικών κυρώσεων αποδεικνύονται, στην πρακτική εφαρμογή τους, λιγότερο αποτελεσματικές για την αποτροπή της τέλεσης φορολογικών και τελωνειακών παραβάσεων, σε σχέση με τις προβλεπόμενες διοικητικές κυρώσεις, ενόψει, αφενός, του υψηλότερου βαθμού απόδειξης που απαιτείται για την ποινική καταδίκη και των λοιπών διαφορών μεταξύ της ποινικής και της διοικητικής διαδικασίας και δίκης περί τέτοιων παραβάσεων, που καθιστούν ευχερέστερη την απαλλαγή του κατηγορούμενου στην ποινική δίκη (πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 1741/2015 σκέψη 14), και, αφετέρου, των προβλημάτων που αντιμετωπίζει το σωφρονιστικό σύστημα και τα οποία έχουν επιπτώσεις στη δυνατότητα εκτέλεσης των ποινικών κυρώσεων και, κατά συνέπεια, στην πρακτική αποτελεσματικότητα της πρόβλεψης και του καταλογισμού τους. Συνεπώς, πληρούται η τρίτη από τις προϋποθέσεις που αναφέρονται στη σκέψη 7 της παρούσας απόφασης (πρβλ. ΣτΕ 1992/2016 επταμ.)»

43. Ενσωμάτωση οδηγίας 2016/343/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 9<sup>ης</sup> Μαρτίου 2016 (L 65).

σημασίας) ανάγκη για ασφάλεια και σταθερότητα της έννομης κατάστασης των προσώπων]<sup>44</sup> πυροδοτούν την εξέλιξη του διαλόγου μεταξύ του εθνικού και Ευρωπαϊού δικαστή, καθιστώντας επιτακτική, τη νομολογιακή και νομοθετική επαγρύπνηση, προκειμένου να αποσαφηνιστούν και να εμπεδωθούν, στην ολότητα τους, οι επιμέρους εκφάνσεις αυτού.

---

44. βλ. ΣτΕ 1102/2018 7μ. σκ. 9.

# ΠΑΘΟΓΕΝΕΙΕΣ ΚΑΙ ΔΥΣΛΕΙΤΟΥΡΓΙΕΣ ΣΤΗΝ ΑΠΟΝΟΜΗ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ: Η ΣΧΕΤΙΚΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΕΔΔΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 6 ΠΑΡ. 1 ΤΗΣ ΕΣΔΑ

Χαρίκλεια Κ. Αθανασοπούλου, Δ.Ν., Δικηγόρος, Ειδική Επιστήμονας στο Συνηγόρο του Πολίτη

Η παρούσα μελέτη πραγματεύεται το ζήτημα της βραδείας απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης στην έννομη τάξη μας, η οποία οδηγεί στα όρια της αρνησιδικίας, είτε αφορά την καθυστέρηση έκδοσης δικαστικής απόφασης εντός ευλόγων χρονικών ορίων, είτε την εκτέλεση και εφαρμογή αμετάκλητων δικαστικών αποφάσεων.

Η κατοχύρωση του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας προβλέπεται σε εθνικό επίπεδο στο πλαίσιο συγκεκριμένης διάταξης του Συντάγματος μας και σε διεθνές επίπεδο στο πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (εφεξής ΕΣΔΑ). Σκοπός του δικαιώματος αυτού είναι η προσήκουσα και πλήρης απονομή της δικαιοσύνης, παρά το γεγονός της υπερφόρτωσης των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων με πληθώρα νέων υποθέσεων, ιδίως την τελευταία εικοσαετία.

Ωστόσο, οι δυσλειτουργίες του συστήματος απονομής της δικαιοσύνης, είχαν ως αποτέλεσμα τη σωρεία ατομικών προσφυγών κατά της Ελλάδας ενώπιον του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (εφεξής ΕΔΔΑ). Η νομολογία αυτή συντέλεσε έως ένα βαθμό στην αντιμετώπιση αυτών των δυσλειτουργιών, αλλά τα ζητήματα παραμένουν ακόμα ανοιχτά και η απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης περιβάλλεται έως σήμερα από ακανθώδεις παθογένειες, οι οποίες εστιάζονται στα χρόνια προβλήματα των υπηρεσιών της δικαιοσύνης στη χώρας μας, καθώς και στη σταδιακή συσσώρευση πληθώρας υποθέσεων στα αρμόδια διοικητικά δικαστήρια.

## **1. Η κατοχύρωση του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας στην έννομη τάξη μας**

Η παροχή έννομης προστασίας για λόγους ουσιαστικής δικαιοσύνης και ασφάλειας του δικαίου αποτελεί τον πρωταρχικό σκοπό της διοικητικής δίκης. Επίσης, σκοπός της διοικητικής δίκης είναι η προστασία των διοικουμένων από τις παραβάσεις της αρχής της νομιμότητας εκ μέρους των οργάνων της διοίκησης, λαμβάνοντας υπόψη ότι στο επίκεντρο της διοικητικής δίκης δεν βρίσκεται ο θιγόμενος ιδιοκτήτης, αλλά η επίμαχη και επίδικη συμπεριφορά της διοικητικής αρχής<sup>1</sup>. Όταν δε βαρύνουσα σημασία έχει η αποτροπή της παράνομης προσβολής των δικαιωμάτων και συμφερόντων του ιδιώτη από τη διοίκηση, υπάρχει μέριμνα για την επέκταση και τη διεύρυνση της δικαστικής προστασίας. Συνεπώς, ο προορισμός της διοικητικής δίκης

---

<sup>1</sup> Ν. Π. Σοϊλεντάκη, Ο σκοπός της διοικητικής δίκης, ΔιΔικ 1992, σελ. 244.

είναι η εξασφάλιση των δικαιωμάτων των ιδιωτών και ο έλεγχος της νομιμότητας της διοικητικής δράσης<sup>2</sup>.

Ειδικότερα, βάσει του άρθρου 20 παρ. 1 του ισχύοντος Συντάγματος, οι τρεις στόχοι της διοικητικής δίκης είναι πρώτα η προστασία των δημοσίων δικαιωμάτων και των λοιπών εννόμων συμφερόντων του ιδιώτη, τα οποία πλήττει η διοίκηση με τις πράξεις και παραλείψεις της. Ο δεύτερος, κατά σειρά, σκοπός της διοικητικής δίκης είναι ο έλεγχος της νομιμότητας της διοικητικής δράσεως και ο τρίτος σκοπός είναι η συμβολή στην αποκατάσταση της κοινωνικής ειρήνης, προωθώντας την ασφάλεια δικαίου<sup>3</sup>.

#### *α) Η συνταγματική κατοχύρωση του άρθρου 20 παρ 1*

Το δικονομικό δικαίωμα για τη παροχή δικαστικής προστασίας καθιερώνεται με τη διάταξη του άρθρου 20 παρ.1 του Συντάγματος. Η ρητή αυτή καθιέρωση καταλαμβάνει τη πολιτική, ποινική και διοικητική δίκη, ενώ περιβάλλει με αυξημένες νομικές εγγυήσεις το πεδίο της δικαστικής προστασίας του διοικουμένου<sup>4</sup>. Σημειώνεται δε ότι η παρεχόμενη δικαστική προστασία πρέπει να είναι αποτελεσματική και πλήρης σε όλες τις εκφάνσεις της, όπως για παράδειγμα για τη λήψη προσωρινών μέτρων ή για την αξίωση για την αναγκαστική εκτέλεση των δικαστικών αποφάσεων ή άλλων εκτελεστών τίτλων<sup>5</sup>.

Είναι σαφές ότι η κατοχύρωση του θεμελιώδους αυτού δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας εκτείνεται σε ότι αφορά όλα τα στάδια διεξαγωγής της διοικητικής δίκης έως και την εκτέλεση και εφαρμογή μίας δικαστικής απόφασης και κατά το στάδιο της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης. Η διεύρυνση αυτή και η τόσο συχνή μνεία της σχετικής συνταγματικής διατάξεως σε δικαστικές αποφάσεις έχει συμβάλει στην αποτελεσματικότερη δικαστική προστασία του διοικουμένου και τον έχει εν μέρει εξασφαλίσει έναντι ενός ισχυρού οπλοστασίου δικονομικών και ουσιαστικών προνομίων που εξακολουθεί να διατηρεί το δημόσιο ως διάδικος.

#### *β) Η διεθνής προστασία στο πλαίσιο της ΕΣΔΑ*

Το δικαίωμα σε «δίκαιη και χρηστή δίκη» κατοχυρώνεται στο άρθρο 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) με αναφορά στο δικαίωμα κάθε ατόμου να μπορεί να δικαστεί η υπόθεση του εντός λογικής προθεσμίας από ανεξάρτητο και αμερόληπτο δικαστή<sup>6</sup>. Το άρθρο αυτό συμπληρώνεται και συνδυάζεται με το άρθρο 13 της ΕΣΔΑ, το οποίο αναγνωρίζει το δικαίωμα πραγματικής προσφυγής ενώπιον εθνικών αρχών, δηλαδή το δικαίωμα του καθενός σε πραγματικό ένδικο βοήθημα και όχι σε τυπικές δικονομικές δυνατότητες<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Ν. Π. Σοϊλεντάκη, Ο σκοπός της διοικητικής δίκης, ΔιΔικ 1992, σελ. 244.

<sup>3</sup> Ν. Π. Σοϊλεντάκη, Ο σκοπός της διοικητικής δίκης, ΔιΔικ 1992, σελ. 244.

<sup>4</sup> Δ. Ράϊκος, Επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και διήθηση στο πεδίο των ενδίκων μέσων, ΔιΔικ 2004, σελ. 1151.

<sup>5</sup> Δ. Ράϊκος, Επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και διήθηση στο πεδίο των ενδίκων μέσων, ΔιΔικ 2004, σελ. 1152.

<sup>6</sup> Άρθρο 6 παρ. 1: «Κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα όπως η υπόθεσή του δικαστεί δίκαια, δημόσια και εντός λογικής προθεσμίας από ανεξάρτητο και αμερόληπτο δικαστήριο, το οποίο λειτουργεί νόμιμα και το οποίο θα αποφασίσει είτε επί των αμφισβητήσεων επί των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αστικής φύσεως είτε επί του βασίμου πάσης εναντίον του κατηγορίας ποινικής φύσεως...».

<sup>7</sup> Άρθρο 13 της ΕΣΔΑ: «Κάθε πρόσωπο του οποίου τα δικαιώματα και οι ελευθερίες που αναγνωρίζονται στη παρούσα Σύμβαση παραβιάστηκαν, έχει το δικαίωμα πραγματικής προσφυγής

Οι διατάξεις των εν λόγω άρθρων έχουν τύχει ενδελεχούς νομολογιακής επεξεργασίας από τους δικαστές του Στρασβούργου, καθώς ένας αξιοσημείωτος αριθμός αποφάσεων του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) αποφαινεται για τις ελλείψεις που παρουσιάζουν οι μηχανισμοί δικαστικής προστασίας σε εθνικές έννομες τάξεις κρατών που αποτελούν συμβληθέντα στη ΕΣΔΑ μέλη.

Ειδικότερα, σε ότι αφορά το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 6 παρ.1, η σχετική νομολογία συνέβαλε καθοριστικά στη διεύρυνση του, συμπεριλαμβάνοντας πέραν από τις διαφορές ιδιωτικού δικαίου και τις διοικητικές διαφορές οι οποίες, βάσει των δικαιικών συστημάτων των εννόμων τάξεων των συμβληθέντων μερών, υπάγονται στα αρμόδια διοικητικά δικαστήρια.

Η νομολογία του ΕΔΔΑ συνέβαλε επίσης στην αναβάθμιση της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας του διοικουμένου έναντι του κράτους, καθώς, ειδικά στην έννομη τάξη μας, η προνομιακή μεταχείριση του δημοσίου εν γένει και της διοικήσεως ως διαδίκου θα μπορούσε να επιφέρει πλήγμα στα δικαιώματα του ετέρου μέρους της δίκης, δηλαδή του θιγομένου πολίτη, και να θίξει την αρχή της ισότητας των διαδίκων<sup>8</sup>.

Ένα πλήθος καταδικαστικών αποφάσεων του Στρασβούργου κατά της Ελλάδας παρότρυνε τον Έλληνα νομοθέτη να προχωρήσει σε ορισμένες μεταρρυθμίσεις στο πεδίο της διοικητικής δικονομίας, χωρίς ακόμα να βρισκόμαστε σε ένα στάδιο ουσιαστικής βελτίωσης του δυσκίνητου διοικητικού μηχανισμού που συχνά καταλήγει να μην συμμορφώνεται προς τις αποφάσεις των εθνικών δικαστηρίων.

Δύο σημαντικές αποφάσεις του ΕΔΔΑ είναι η απόφαση Πασχαλίδης κατά Ελλάδα, που καταδίκασε τη χώρα μας για υπερβολική διάρκεια δίκης, με βάση το άρθρο 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ<sup>9</sup> και η απόφαση Horsnby κατά Ελλάδα, που, με βάση το ίδιο άρθρο, αποδοκίμασε την πρακτική της διοίκησης να μην εκτελεί και να μην εφαρμόζει τις δικαστικές αποφάσεις, καθώς η μη εφαρμογή της αμετάκλητης απόφασης διακυβεύει την τήρηση των αρχών της δίκαιης και ορθής δίκης<sup>10</sup>. Εξάλλου, η εκτέλεση μίας απόφασης οποιουδήποτε δικαστηρίου, πρέπει να θεωρείται ως αναπόσπαστο τμήμα της «δίκης» με την έννοια του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ.

Έχει, συνεπώς, υποστηριχθεί ότι ο μεγάλος όγκος των καταδικών της Ελλάδας από το ΕΔΔΑ τα τελευταία εικοσιπέντε έτη αναφέρεται στις ίδιες, κατά βάση, παραβιάσεις. γεγονός που σημαίνει ότι, εκ πρώτης τουλάχιστον όψεως, η νομολογία μας εμφανίζει μια στατικότητα, η οποία μαρτυρεί απροθυμία συμμόρφωσης<sup>11</sup>.

---

*ενώπιον εθνικής αρχής, έστω και εάν η παραβίαση διαπράχθηκε από πρόσωπο το οποίο ενεργεί κατά την εκτέλεση δημοσίων καθηκόντων του».*

<sup>8</sup> Κατά το άρθρο 40 του Κώδικα της Διοικητικής Δικονομίας: «Οι διάδικοι είναι ίσοι ενώπιον των δικαστηρίων και έχουν τα ίδια δικονομικά δικαιώματα και τις ίδιες δικονομικές υποχρεώσεις».

<sup>9</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Πασχαλίδης κατά Ελλάδα, της 22.10.1997 σε [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>10</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Horsnby κατά Ελλάδα της 19.05.1997, η οποία αποδοκίμασε την πρακτική της διοίκησης να αφήνει ανεκτέλεστες δικαστικές αποφάσεις. Από την πρόσφατη νομολογία του ΕΔΔΑ για μη συμμόρφωση της διοίκησης με ανέκκλητη απόφαση περί άρσης της δέσμευσης ιδιοκτησίας, το ΕΔΔΑ καταδίκασε την Ελλάδα επί τη βάση του άρθρου 6 παρ. 1 στην απόφαση της 18.02.2010 Πεχλιβανίδης και άλλοι κατά Ελλάδα.

<sup>11</sup> Ομιλία του Προέδρου του Αρείου Πάγου Σ. Ματθία στην εκδήλωση του Υπουργείου Εξωτερικών για τα 50 χρόνια του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στις 25 Μαΐου 2009 στο Αμφιθέατρο «Γιάννος Κρανιδιώτης».



Ειδικά στο πεδίο απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης, σε συνέχεια των καταδικαστικών αποφάσεων στις υποθέσεις Hornsby, Ιατρίδης<sup>12</sup>, Πιαλόπουλος<sup>13</sup>, Αντωνακόπουλος, Βορτσέλα κ.ά<sup>14</sup>, Αδαμογιάννης<sup>15</sup> αναθεωρήθηκε το άρθρο 95 παρ. 5 του Συντάγματος, προκειμένου η διοίκηση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις που δικαιώνουν θιγόμενους πολίτες. Προς εκτέλεση της συνταγματικής επιταγής, θεσμοθετήθηκε ειδική διαδικασία συμμόρφωσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.3068/2002, χωρίς ωστόσο να εξαλειφθεί η κακή αυτή διοικητική πρακτική και πάντως ακόμα και αυτή η διαδικασία συμμόρφωσης να βαλτώσει μέσω βραδένων διαδικασιών και αύξησης του χρόνου αναμονής ως προς την εκτέλεση μίας δικαστικής απόφασης<sup>16</sup>.

Ωστόσο, παρά τις καταδικαστικές αποφάσεις, η Ελλάδα δεν έχει συμμορφωθεί προς αυτή την κατεύθυνση και εξακολουθεί να παραβιάζει την διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 σε ότι αφορά την μη εκτέλεση δικαστικής απόφασης. Ειδικότερα, όταν η εξέταση του φακέλου επιτρέπει να συμπεράνει κανείς ότι η διοίκηση ζητά την προσκόμιση νομικών πράξεων ή οποιουδήποτε άλλου εγγράφου για να μην εκτελέσει μία οριστική δικαστική απόφαση ή να καθυστερήσει αδικαιολόγητα την εφαρμογή της, το πρόσφορο αποτέλεσμα του άρθρου 6 παρ.1 μπορεί να μειωθεί σημαντικά<sup>17</sup>.

Στην απόφαση Λούλης κατά Ελλάδας, το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο δεν είναι απόλυτο και δεν υπόκειται σε έμμεσους περιορισμούς, κυρίως ως προς τις προϋποθέσεις του παραδεκτού των ενδίκων μέσων. Οι περιορισμοί αυτοί για να είναι συμβατοί με το άρθρο 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ δεν μπορούν να παρεμποδίζουν την ελεύθερη πρόσβαση κατά τέτοιο τρόπο ώστε να παραβιάζεται η ουσία του δικαιώματος σε δικαστήριο. Επίσης, πρέπει να υπηρετούν ένα δικαιολογημένο σκοπό και πρέπει να υπάρχει εύλογη σχέση αναλογικότητας ανάμεσα στα μέσα που χρησιμοποιήθηκαν και στον επιδιωκόμενο σκοπό<sup>18</sup>.

Η νομολογία του ΕΔΔΑ για την παραβίαση του άρθρου 6 παρ.1 μαρτυρεί ότι ακόμα υπάρχουν ελλείψεις ως προς την παροχή προσήκουσας δικαστικής προστασίας. Εξάλλου, στην υπόθεση Δημόπουλος κατά Ελλάδας, ο προσφεύγων υποστήριξε ότι η απόρριψη της αίτησης αναιρέσεώς του ενώπιον του ΑΠ προσέβαλε το δικαίωμα του πρόσβασης στο δικαστήριο, ενώ το Δικαστήριο απεφάνθη ότι υπήρξε πράγματι παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 1, διότι η απόρριψη της αιτήσεώς του στηρίχθηκε σε

<sup>12</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Ιατρίδης κατά Ελλάδας, της 25.03.1999.

<sup>13</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Πιαλόπουλος και άλλοι κατά Ελλάδας, της 15.02.2001.

<sup>14</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Αντωνακόπουλος, Βορτσέλα και άλλοι κατά Ελλάδος, της 14.12.1999.

<sup>15</sup> ΕΔΔΑ της 14/03/2002 Αδαμογιάννης κατά Ελλάδας.

<sup>16</sup> Άρθρο 1 του Ν.3068: «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».

<sup>17</sup> ΕΔΔΑ απόφαση του ΕΔΔΑ Ρομποτή και Ρομποτής κατά Ελλάδας, της 25.01.2007.

<sup>18</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Λούλης κατά Ελλάδας της 31.07.2008. Το Δικαστήριο του Στρασβούργου εκτιμά πώς η προσέγγιση του Ανώτατου Ακυρωτικού μας : α) να αγνοεί στοιχεία της δικογραφίας β) να αγνοεί στοιχεία που προκύπτουν με λογικό τρόπο από τη δικογραφία και γ) να μην ανατρέχει στο συνοδευτικό της υπόθεσης υπόμνημα στο οποίο αναφερόταν ρητά ότι η προσφεύγουσα ενεργούσε και ως η μοναδική κληρονόμος του συζύγου και εξ αυτού του λόγου να απορρίπτει την έφεση ως απαράδεκτη παρεμπόδιζε το δικαίωμα της προσφεύγουσας σε δικαστήριο και ως εκ τούτου παραβιάστηκε το δικαίωμα της σε δίκαιη δίκη υπό τη ειδικότερη έκφασή του της πρόσβασης σε δικαστήριο.

μία νομολογιακή ερμηνεία του άρθρου 559 του ΚΠολΔ και δεν προέκυψε από την εφαρμογή μία ειδικής διάταξης<sup>19</sup>.

Ακανθώδες ζήτημα, όμως, εξακολουθεί να παραμένει η μη συμμόρφωση της Ελλάδας προς το άρθρο 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, αφορώσα την εντός «λογικής προθεσμίας» έκδοση των δικαστικών αποφάσεων. Παρά το πλήθος των καταδικαστικών αποφάσεων του Στρασβούργου για την παραβίαση της εν λόγω διάταξης, η επιτάχυνση της απονομής της δικαιοσύνης δεν έχει επιτευχθεί στην ελληνική έννομη τάξη<sup>20</sup>. Παρά δε τις προσπάθειες που έχουν γίνει κατά καιρούς με τις μεταρρυθμίσεις στο κώδικα διοικητικής δικονομίας, ο αριθμός των εκκρεμών υποθέσεων ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων συσσωρεύεται και διογκώνεται συνεχώς, χωρίς να είναι ορατή προς το παρόν μία νέα ρύθμιση που θα αλλάξει συθέμελα το βραδύτατο σύστημα απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης.

## 2. Οι γενεσιουργές αιτίες συσσώρευσης υποθέσεων ενώπιον των ΤΔΔ

Είναι γεγονός ότι η καθυστέρηση στην απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης έχει πλέον αγγίξει τα όρια της αρνησιδικίας. Σύμφωνα με τα υπάρχοντα στοιχεία, όχι όμως τα πλέον πρόσφατα, στα Διοικητικά Πρωτοδικεία εισάγονται κατ' έτος άνω των 100.000 υποθέσεων, από τις οποίες περαιώνονται από τους πεντακόσιους περίπου προέδρους Πρωτοδικών και Πρωτοδίκες περί τις 85.000. Συνεπώς, το έλλειμμα των υποθέσεων που δεν εκδικάζονται ανέρχεται κατ' έτος σε 30.000, με αποτέλεσμα οι υποθέσεις που εκκρεμούσαν στα Διοικητικά Πρωτοδικεία να ανέρχονται στις 31/12/2007 στις 351.146<sup>21</sup>.

Με την μεταρρύθμιση του Ν.1406/1983, μεταφέρθηκε ένας μεγάλος αριθμός διοικητικών διαφορών ουσίας προς εκδίκαση στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια. Στη συνέχεια, και με άλλες νομοθετικές διατάξεις μεταφέρθηκαν και άλλες κατηγορίες διοικητικών διαφορών σε αυτά, ενώ αυξήθηκε υπερβολικά και ο αριθμός των εκκρεμών υποθέσεων, χωρίς να ληφθεί εξ αρχής ανάλογης έκτασης μέριμνα. Έτσι, τα δικαστήρια αυτά δεν μπορούσαν εκ των πραγμάτων να ανταποκριθούν στο φόρτο εργασίας, που τους ανατέθηκε, με αποτέλεσμα η σημερινή κατάσταση στο πεδίο της διοικητικής δικαιοσύνης να είναι πλέον αδιέξοδη και να μην μπορεί να διορθωθεί ούτε μέσω της αύξησης του αριθμού των δικαστών, ούτε μέσω νομοθετικών μεταρρυθμίσεων του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ΚΔΔικ).

Οι αιτίες συσσώρευσης των υποθέσεων ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων είναι πολλαπλές. Θα τις διακρίνουμε σε τρεις μεγάλες κατηγορίες: α) στις αιτίες που σχετίζονται με το ελληνικό δημόσιο και τις χρόνιες παθολογίες της διοίκησης εν

<sup>19</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Δημόπουλος κατά Ελλάδα της 07.01.2010.

<sup>20</sup> Από τη πρόσφατη νομολογία του ΕΔΔΑ η Ελλάδα έχει πολλάκις καταδικαστεί για υπέρβαση των ευλόγων χρονικών ορίων της δίκης και παραβίαση του άρθρου 6 παρ.1. Ενδεικτικά αναφέρουμε την απόφαση της 07/01/2010 Γκαργκασούλας κατά Ελλάδος, την απόφαση του ΕΔΔΑ της 07/01/2010 Πίκουλα και άλλοι κατά Ελλάδος, την απόφαση του ΕΔΔΑ της 07/01/2010 Μαγγείρας κατά Ελλάδος, την απόφαση του ΕΔΔΑ της 07/01/2010 Καρόκης κατά Ελλάδας, την απόφαση του ΕΔΔΑ της 22/04/2010 Σαραντίδης και άλλοι κατά Ελλάδας, την απόφαση του ΕΔΔΑ της 20/05/2010, Τσαγγάνου και Γεωργίου κατά Ελλάδα.

<sup>21</sup> Στοιχεία που ελήφθησαν υπόψη από την αιτιολογική έκθεση προς τη Βουλή των Ελλήνων του Ν.3659/2008, βλ. Κ. Φώτου, Κριτικές παρατηρήσεις πάνω στο Ν.3659/2008 «Βελτίωση και επιτάχυνση των διαδικασιών της δίκης στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια και άλλες διατάξεις», ΔιΔικ 2008, σελ. 1097-1098.

γένει, β) στις αιτίες που σχετίζονται με διατάξεις ουσιαστικού δικαίου ή αφορούν το ισχύον δικαϊκό σύστημα και γ) στις αιτίες που προέρχονται από διατάξεις δικονομικού δικαίου και ειδικότερα αφορούν την επιτάχυνση των διαδικασιών στο πλαίσιο διεξαγωγής των δικών.

Η δυσλειτουργική και γραφειοκρατική διοίκηση δεν έχει εκσυγχρονιστεί και εξακολουθεί να εκδίδει σημαντικό αριθμό παρανόμων διοικητικών πράξεων. Φαινόμενα βραδύτητας ως προς την ανταπόκριση σε αιτήματα πολιτών, επικαλύψεις αρμοδιοτήτων, διάχυση των ευθυνών και άλλα φαινόμενα κακοδιοίκησης συνθέτουν το μωσαϊκό μίας αναχρονιστικής διοικητικής μηχανής. Ειδικά, η διοίκηση, σε ό,τι αφορά το πεδίο της τοπικής αυτοδιοίκησης, εμφορείται στις αποφάσεις της εν πολλοίς από ένα διάχυτο κλίμα διαμόρφωσης πελατειακών σχέσεων που εδραιώνονται από την στήριξη θεσμών αιρετών εκπροσώπων.

Κατά δεύτερον, οι αιτίες που σχετίζονται με διατάξεις του ουσιαστικού δικαίου αφορούν ένα νομικό σύστημα που χαρακτηρίζεται από πολυνομία, από θέσπιση νομοθετικών κειμένων αντιφατικών μεταξύ τους, τα οποία δεν διαθέτουν ξεκάθαρους νομικούς κανόνες αλλά χρήζουν περαιτέρω διευκρινίσεων μέσω εγκυκλίων, οι οποίες δυσκολεύουν ολοένα και περισσότερο το έργο της διοίκησης. Παρατηρείται δε το φαινόμενο της ερμηνείας νομοθετικών ρυθμίσεων από μη αρμόδια όργανα και της εμπειρικής εφαρμογής διατάξεων με αποτέλεσμα να μην υπάρχει ομοιόμορφη πρακτική ως προς την εφαρμογή συγκεκριμένης νομοθεσίας σε όλη την επικράτεια, αλλά να υπάρχει διαφορετική ερμηνεία από τις αρμόδιες τοπικές αρχές. Χαρακτηριστικό παράδειγμα νομοθετικής εφαρμογής «α λα κάρτ» αποτελεί η νομοθεσία περί υλοποίησης του πολεοδομικού σχεδιασμού και εφαρμογής των πολεοδομικών σχεδίων.

Μία άλλη πτυχή που οδηγεί στην αύξηση του αριθμού των εκκρεμών υποθέσεων είναι η θέσπιση κανόνων δικαίου, που, ενώ, στην μακράιωνη πορεία τους στο απώτατο παρελθόν της ελληνικής έννομη τάξης, ετέθησαν προς συγκεκριμένους σκοπούς, σχετιζόμενους με ανάγκες του ελληνικού κράτους για την απορρόφηση ενός εκατομμυρίου προσφύγων μετά το πέρας της μικρασιατικής καταστροφής, παραμένουν έως σήμερα και ταλανίζουν θιγόμενους πολίτες, διοίκηση αλλά και τα διοικητικά δικαστήρια. Πρόκειται για τα αυθαίρετα και ειδικά για την διαδικασία περί αυθαιρέτων που συχνά γεννούσε στον παρελθόν επίδικες διαφορές, οι οποίες κατέληγαν προς εκδίκαση ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, πριν τη θέση σε εφαρμογή της διαδικασίας τακτοποίησης τους από το έτος 2011 έως σήμερα<sup>22</sup>. Επίσης, διατάξεις που αφορούν αυθαίρετους κατόχους δημοσίων εκτάσεων ή διατάξεις της εποικιστικής νομοθεσίας και του αγροτικού κώδικα που αφορούν παραχωρήσεις γαιών σε ακτήμονες απασχολούν τις Επιτροπές Απαλλοτριώσεων και δημιουργούν διαφορές που μπορεί να προκύψουν ενώπιον των δικαστηρίων.

Στην κατηγορία αυτή υπάγονται, επίσης, υποθέσεις που αφορούσαν πράξεις χαρακτηρισμού δασικών εκτάσεων, οι οποίες σωρεύονται σε τεράστιο αριθμό αιτήσεων σε Επιτροπές δασών της Περιφέρειας και στη συνέχεια καταλήγουν στα αρμόδια διοικητικά δικαστήρια<sup>23</sup>. Η πιο σημαντική αιτία γένεσης του προβλήματος τούτου οφείλεται στην καθυστέρηση σύνταξης δασολογίου και δασικών χαρτών στην οποία οφείλει η διοίκηση να προβεί σύμφωνα με την συνταγματική επιταγή του άρθρου 24 παρ. 1 του Συντάγματος. Στο ίδιο πλαίσιο, η καθυστέρηση υλοποίησης του κτηματολογίου γεννά τεράστιο αριθμό εκκρεμών υποθέσεων ενώπιον των

<sup>22</sup> Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2005 σελ. 117-118. Βλ. επίσης Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2003, σελ. 162-165 και Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2008, σελ. 82.

<sup>23</sup> Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2005, σελ. 116.

δικαστηρίων, καταλαμβάνοντας όμως και το πεδίο ιδιωτικών διαφορών εκδικαζομένων ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων.

Αξιοσημείωτη είναι και η αύξηση του αριθμού εκκρεμών υποθέσεων ενώπιον των Διοικητικών Πρωτοδικείων σε υποθέσεις απαλλοτριώσεων, όταν οι θιγόμενοι ιδιοκτήτες ζητούν δια της προσφυγής τους στο δικαστήριο την άρση της δέσμευσης της ιδιοκτησίας τους, η οποία έχει επιβληθεί πέραν των ευλόγων ορίων που έχει θέσει η σχετική νομολογία. Είναι προφανές ότι, εάν η διοίκηση και το δημόσιο εν γένει αποζημίωσαν εντός ευλόγων χρονικών περιθωρίων τους θιγόμενους πολίτες, δεν θα είχε συσσωρευτεί ο τεράστιος αριθμός των αιτήσεων ακυρώσεως – προσφυγών ενώπιον των αρμοδίων Διοικητικών Πρωτοδικείων<sup>24</sup>.

Επιπρόσθετα, αύξηση του αριθμού εκκρεμών υποθέσεων παρατηρείται και σε θέματα κοινωνικής προστασίας που θίγουν ασφαλιστικά ή συνταξιοδοτικά δικαιώματα<sup>25</sup>, καθώς επίσης και των υποθέσεων που αφορούν την υπηρεσιακή κατάσταση των δημοσίων υπαλλήλων.

Τέλος, αξίζει να μνημονευτεί ότι τα νέα πλέον δεδομένα στη σύγχρονη κοινωνική πραγματικότητα της έννομης τάξης μας με τον σημαντικό αριθμό αλλοδαπών που διαμένουν πλέον στη χώρα μας έχουν συμβάλει καθοριστικά στην αύξηση του αριθμού των εκκρεμών υποθέσεων σχετικά με απελάσεις και θέματα αδειών παραμονής στη χώρα ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων τα τελευταία δεκαπέντε τουλάχιστον χρόνια.

Σίγουρα ο αριθμός των υποθέσεων που εκκρεμούν ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων προέρχεται από πολλούς τομείς παθογένειας της δημόσιας ελληνικής διοίκησης αλλά και από νομοθεσίες που θα έπρεπε να είχαν καταργηθεί τροποποιηθεί ή αλλάξει.

Σε μία τρίτη γενεσιουργό αιτία διόγκωσης των εκκρεμών υποθέσεων αναδεικνύονται διατάξεις του δικονομικού δικαίου που αφορούν τα στάδια διεξαγωγής της δίκης και τις προϋποθέσεις άσκησης των ενδίκων μέσων. Ζητήματα που αφορούν την καθυστέρηση επιτάχυνσης των διαδικασιών και τη μη συμμόρφωση των δημοσίων υπηρεσιών και της διοίκησης εν γένει προς τις αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις.

Κορυφαίο ζήτημα αποτελεί η ανισότητα των διαδικών κατά το στάδιο διεξαγωγής της διοικητικής δίκης, όταν ο ένας εκ των δύο διαδικών είναι το δημόσιο ή ΝΠΔΔ..

Επίσης, σημαντικός παράγοντας είναι και η ήδη υφιστάμενη οργάνωση των υπηρεσιών των δικαστηρίων, η γραφειοκρατία η έλλειψη προσωπικού, η έλλειψη διοικητικής σημαντικής διοικητικής υποστήριξης και έγκαιρης νομικής αρωγής στο δικαστή, καθώς η μόνη μέχρι τώρα λύση της αύξησης του αριθμούς των εισερχομένων στο σώμα δικαστών δεν αποτελεί παρά πανάκεια στη σημερινή κατάσταση αδιεξόδου με τις χιλιάδες εκκρεμείς υποθέσεις. Είναι ξεκάθαρο πλέον ότι πρέπει να υπάρξουν τομές στην διοικητική δικαιοσύνη και αλλαγές που θα φέρουν άμεσα αποτελέσματα προς την κατεύθυνση της πλήρους δικαστικής προστασίας<sup>26</sup>.

Ωστόσο, αξίζει να ληφθεί υπόψη ότι μόνο οι μεταρρυθμίσεις στο κώδικα διοικητικής δικονομίας δεν επαρκούν για την βελτίωση και τον εκσυγχρονισμό των υπηρεσιών

---

<sup>24</sup> Βλ. σχετικά Ειδική Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2005 με θέμα: «Απαλλοτρίωση, στέρηση, περιορισμοί της ιδιοκτησίας και αποζημίωση. Προβλήματα διοικητική δράσης» σε <http://www.synigoros.gr/reports/apalotriosi.pdf>.

<sup>25</sup> Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2005, σελ. 90-93. Βλ. επίσης Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2003, σελ. 137-142, Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2008, σελ. 55 επόμενες και Ετήσια Έκθεση του Συνηγόρου του Πολίτη του έτους 2009, σελ. 51 επόμενες.

<sup>26</sup> Βλ. Κ. Φώτου, Κριτικές παρατηρήσεις πάνω στο Ν.3659/2008 «Βελτίωση και επιτάχυνση των διαδικασιών της δίκης στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια και άλλες διατάξεις», ΔιΔικ 2008, σελ. 1099.

απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης και για την επιτάχυνση κατά την εκδίκαση των υποθέσεων. Θα πρέπει να ληφθούν και άλλα μέτρα που αφορούν τις αλλαγές του νομοθετικού πλαισίου σε συγκεκριμένους τομείς δράσης της διοίκησης και την λειτουργία μίας εύρυθμης και χρηστής δημόσιας διοίκησης.

### **3. Η καθοριστική συμβολή της νομολογίας του ΕΔΔΑ για την βελτίωση της ποιότητας απονομής της δικαιοσύνης**

#### *A) Προβλήματα προκύπτοντα από τα δικονομικά προνόμια του Δημοσίου*

Η ισότητα των όπλων συχνά καταστρατηγείται με την προνομιακή μεταχείριση του ελληνικού δημοσίου και οδηγεί στην αντίθεση προς την συνταγματική επιταγή του άρθρου 20 παρ. 1 για την προσήκουσα δικαστική προστασία.

Υπάρχει ένα πλέγμα διατάξεων που ακόμα διαφοροποιεί το δημόσιο ως διάδικο και έρχεται σε αντίθεση προς το άρθρο 40 του ΚΔΔικ περί ισότητας των διαδίκων. Παρατηρείται δε συχνά η διαπίστωση της κραυγαλέας αυτής ανισότητας κατόπιν έκδοσης αποφάσεων του ΕΔΔΑ, καταδικαστικών για την χώρα μας, επί τη βάση του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ.

Η νομολογία του ΕΔΔΑ έχει συμβάλει στην κατάργηση δικονομικών προνομίων του δημοσίου και άλλων ΝΠΔΔ. Όπως προκύπτει από την απόφαση Πλατάκου κατά Ελλάδας, το ΕΔΔΑ απεφάνθη για την απαράδεκτη και προνομιακή υπέρ του δημοσίου εξαίρεση κατά τον υπολογισμό της δικονομικής προθεσμίας της περιόδου των δικαστικών διακοπών. Η απόφαση αυτή αποτέλεσε το έναυσμα για την περαιτέρω νομοθετική συμμόρφωση προς αυτή την κατεύθυνση της ισότητας της διαδικών<sup>27</sup>.

Μία άλλη απόφαση αφορά υπόθεση κατά την οποία τα ελληνικά δικαστήρια συνεκδίκασαν αντίθετες αγωγές μεταξύ της προσφεύγουσας ναυτιλιακής εταιρίας και του δημοσίου και εφάρμοσαν ενιαύσια παραγραφή ως προς τις απαιτήσεις της προσφεύγουσας κατά του δημοσίου, ενώ, σε ότι αφορούσε την ύπαρξη απαιτήσεων του ελληνικού δημοσίου κατά της προσφεύγουσας εταιρίας εφάρμοσαν εικοσαετή παραγραφή και δέχθηκαν την αγωγή του. Το ΕΔΔΑ απεφάνθη, στο πλαίσιο του άρθρου 6 παρ. 1 για την ισότητα των όπλων των διαδίκων, καθώς, στην ιδιωτικής φύσεως διαφορά που προέκυψε, ότι το ελληνικό δημόσιο δεν μπορούσε να επικαλείται το δημόσιο συμφέρον, προκειμένου να τύχει προνομιακής μεταχειρίσεως εφόσον ενεργούσε ως *fiscus* και όχι ως *imperium*<sup>28</sup>.

Ομοίως, σε άλλη υπόθεση, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι για τον προβλεπόμενο από το άρθρο 90 παρ. 3 του Ν.2362/1995 περιορισμό της αξίωσης των απαιτήσεων κατά του Δημοσίου (αποδοχές ή άλλες κάθε φύσεως απολαβές υπαλλήλων του Δημοσίου) σε μία διετία, έναντι των απαιτήσεων του Δημοσίου κατά άλλων προσώπων, όπου κατά το άρθρο 86 του ως άνω νόμου προβλέπονται προθεσμίες παραγραφής που κυμαίνονται μεταξύ πέντε και είκοσι ετών, δεν υφίσταται λόγος που να δικαιολογεί επαρκώς την εφαρμογή της διετούς παραγραφής. Το δε δημοσιονομικό συμφέρον του Δημοσίου δεν μπορεί να αφομοιωθεί συλλήβδην από την επίκληση ενός γενικότερου δημοσίου συμφέροντος. Η δε επίκληση του γενικού συμφέροντος έγκαιρης ισοσκελίσης των υποχρεώσεων του Δημοσίου δεν αρκεί για να καθοριστεί κατά

<sup>27</sup> Απόφαση του ΕΔΔΑ της 11/01/2001 Πλατάκου κατά Ελλάδας. Βλ. επίσης, Α. Αργυρού, Δικονομικά προνόμια του δημοσίου και ΕΣΔΑ, ΔιΔικ 2009, σελ. 571.

<sup>28</sup> Απόφαση του ΕΔΔΑ Varnima Corporation International SA κατά Ελλάδας της 28/05/2009.

προνομιακό τρόπο για το Δημόσιο ημέρα από τη οποία ξεκινά ο υπολογισμός των νομίμων τόκων του επιδικαζόμενου ποσού<sup>29</sup>.

Κατά την εξελικτική πορεία της νομολογίας του ΕΔΔΑ, στην υπόθεση Μειδάνης κατά Ελλάδας, το Δικαστήριο του Στρασβούργου θεώρησε ότι η διοίκηση ακόμα και στο πλαίσιο διαδικασιών ιδιωτικού δικαίου μπορεί να εκτελεί αποστολές δημοσίου δικαίου. Κατά αυτό τον τρόπο, μπορεί ενδεχομένως να χρειάζεται προνόμια και ασυλίες, προκειμένου να εκπληρώσει τον εν λόγω ρόλο της. Ωστόσο, το ΕΔΔΑ εκτιμά ότι μόνο η υπαγωγή στη δομή του Δημοσίου δεν επαρκεί από μόνη της για να νομιμοποιήσει υπό οποιεσδήποτε συνθήκες την εφαρμογή δημοσίων προνομίων, αλλά θα πρέπει αυτή να καθίσταται αναγκαία για την ορθή άσκηση των δημοσίων

---

<sup>29</sup> Απόφαση του ΕΔΔΑ Ζουμπουλίδη κατά Ελλάδας της 25/06/2009. Βλ επίσης σχετικά αποφάσεις του ΑΕΔ 32/2008 και την 9/2009. Σύμφωνα με την απόφαση του ΑΕΔ 9/2009 δεν υπάρχει αντίθεση των διατάξεων περί βραχυπρόθεσμης παραγραφής των αξιώσεων των δημοσίων υπαλλήλων έναντι του Δημοσίου προς το Σύνταγμα και προς την ΕΣΔΑ. Ωστόσο, υπήρξε και αντίθετη μειοψηφία στην εν λόγω απόφαση σύμφωνα με την οποία υποστηρίχθηκε ότι: «η θέσπιση με το προαναφερθέν άρθρο 48 παρ. 3 του Ν.Δ/τος 496/1974 εις βάρος των υπαλλήλων των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου ειδικής βραχυπρόθεσμης διετούς παραγραφής, με την οποία περιορίζεται ειδικά το δικαίωμα τους να διεκδικήσουν αναδρομικά ποσά, λόγω καθυστερουμένων αποδοχών ή άλλων απολαύων ή αποζημιώσεων εξ αδικαιολογήτου πλουτισμού, αντίκειται στο άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος, που καθιερώνει την αρχή της ισότητας, διότι είναι μικρότερος από τον χρόνο παραγραφής που προβλέπεται (πενταετία) αφενός μεν από την παράγραφο 1 του ίδιου ως άνω άρθρου 48 του Ν.Δ./τος 496/1974 για όλες τις άλλες χρηματικές αξιώσεις κατά των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, αφετέρου δε από το άρθρο 44 του εν λόγω Ν.Δ/τος για τις χρηματικές αξιώσεις του νομικού προσώπου κατά τρίτων. Δεν δικαιολογείται δε η θέσπιση βραχείας διετούς παραγραφής για λόγους γενικότερου δημοσίου συμφέροντος και, ειδικότερα, προς τον σκοπό της ταχείας εκκαθαρίσεως των σχετικών με τις αποδοχές των υπαλλήλων τους αξιώσεων και των αντιστοίχων υποχρεώσεων των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, η οποία είναι απαραίτητη για την προστασία της περιουσίας τους. Τουτό δε διότι η θέσπιση της ανωτέρω βραχυπρόθεσμης παραγραφής αφορά μόνον στις προαναφερθείσες αξιώσεις των υπαλλήλων των νομικών αυτών προσώπων, ενώ για όλες τις άλλες αξιώσεις κατά των εν λόγω νομικών προσώπων ο χρόνος παραγραφής είναι πενταετής. Τουτό δε ανεξαρτήτως ότι το ταμειακό συμφέρον του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου δεν μπορεί να εξομοιωθεί με το δημόσιο ή γενικό συμφέρον και δεν μπορεί επομένως, να δικαιολογήσει την θέσπιση διατάξεως, καθιέρωσης ειδική βραχυπρόθεσμη παραγραφή, κατ' εξαίρεση από γενικότερα ισχύοντα κανόνα μακροπρόθεσμης παραγραφής, για ορισμένη και συγκεκριμένη μόνο κατηγορία απαιτήσεων έναντι των ν.π.δ.δ. (πρβλ. απόφαση Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου –Ε.Δ.Δ.Α. – Μειδάνης κατά Ελλάδας, 33977/06, απόφαση της 22.5.2007). Ενόψει των ανωτέρω, κατά την γνώμη αυτή, η διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 48 του Ν.Δ. 496/1974 είναι αντίθετη προς το Σύνταγμα και μη εφαρμοστέα, με συνέπεια οι απαιτήσεις των υπαλλήλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από καθυστερούμενες αποδοχές ή απόλαυες, οποιασδήποτε φύσεως, ή αποζημιώσεις από αδικαιολόγητο πλουτισμό να υπόκεινται στην προβλεπόμενη από την παράγραφο 1 του ίδιου άρθρου 48 και ισχύουσα για όλες τις άλλες χρηματικές κατά του νομικού προσώπου αξιώσεις πενταετή παραγραφή (πρβλ. απόφαση υπ' αριθμ. 1/2005 του Ειδικού Δικαστηρίου του άρθρου 88 παρ. 2 του Συντάγματος). Τέλος, κατά την αυτήν γνώμη, παρά το γεγονός ότι η θεσπίζουσα την παραγραφή διάταξη του άρθρου 48 παρ. 3 του Ν.Δ. 496/1974 είναι διάταξη ουσιαστικού και όχι δικονομικού περιεχομένου, η καθιέρωση, πάντως, με αυτήν βραχύτερου χρόνου για την παραγραφή των αξιώσεων των υπαλλήλων των ν.π.δ.δ., όταν αυτοί ζητούν καθυστερούμενες αποδοχές ή άλλες πάσης φύσεως απολαβές (που είναι η διετία- άρθρο 48 παρ. 3 του Ν.Δ. 496/1974), από τον θεσπισθέντα χρόνο, εντός του οποίου, κατά νόμον, παραγράφονται οι απαιτήσεις των ν.π.δ.δ., όταν αυτά πλέον ζητούν από τους υπαλλήλους αυτούς την επιστροφή αποδοχών τους ως αχρεωστήτως καταβληθεισών σε αυτούς (που είναι η πενταετία- άρθρο 44 του αυτού Ν.Δ.), έχει άμεση δυσμενή επίπτωση στην εκ μέρους των υπαλλήλων αυτών δυνατότητα δικαστικής διεκδίκησης των απολαβών τους και οδηγεί έμμεσα σε ανεπίτρεπτη παραβίαση της δικονομικής ισότητας των διαδίκων, δηλαδή του ν.π.δ.δ. και των υπαλλήλων του (πρβλ. αποφάσεις του Ε.Δ.Δ.Α. Πλατάκος κατά Ελλάδας, 38460/97, απόφαση της 11.1.2001, Wypien κατά Βελγίου, 32576/96, απόφαση της 5.11.2002). Συνεπώς, κατά την μειοψηφία αυτή γνώμη, η υπό κρίση αμφισβήτηση θα έπρεπε να αρθεί υπέρ της κρατησάσης στο ζήτημα αυτό απόψεως στην παραπεμπτική, υπ' αριθμ. 3654/2008, απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας».

λειτουργιών. Ειδικότερα, στην περίπτωση που το Δημόσιο οφείλει σε ιδιώτη χρηματική παροχή, η φύση της υποκειμένης αιτίας της οφειλής ως ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου έχει σημασία μόνο προκειμένου να εκτιμηθεί αν και σε ποιο βαθμό υφίσταται λόγος δημόσιου συμφέροντος που θα μπορούσε να καταστήσει ανεκτή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, την εφαρμογή κρατικών προνομίων και τη διαφορετική μεταχείριση Δημοσίου και ιδιώτη οφειλέτη<sup>30</sup>. Ως εκ τούτου, μόνο το δημοσιονομικό συμφέρον του Δημοσίου δεν μπορεί να αφομοιωθεί αφ' εαυτού σε ένα δημόσιο ή γενικό συμφέρον, το οποίο θα δικαιολογούσε σε κάθε περίπτωση την προσβολή των δικαιωμάτων του ατόμου<sup>31</sup>.

Τέλος, ειδική προνομιακή μεταχείριση του Δημοσίου υφίσταται, βάσει του ισχύοντος νομοθετικού πλαισίου, σε θέματα αναγκαστικής εκτέλεσης. Η σχετική νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων το έχει στην ουσία καταργήσει, καθιστώντας αντισυνταγματική της σχετική διάταξη του Ν.3068/2002.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 904 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας: «1. Αναγκαστική εκτέλεση μπορεί να γίνει μόνο βάσει εκτελεστού τίτλου 2. Εκτελεστοί τίτλοι είναι: α) οι τελεσίδικες αποφάσεις καθώς και οι αποφάσεις κάθε ελληνικού δικαστηρίου που κηρύχθηκαν προσωρινά εκτελεστές, ..... ε) οι διαταγές πληρωμής "και απόδοσης της χρήσης μισθίου ακινήτου" που εκδίδουν έλληνες δικαστές, στ) οι αλλοδαποί τίτλοι που κηρύχθηκαν εκτελεστοί, ζ) οι διαταγές και πράξεις που αναγνωρίζονται από το νόμο ως τίτλοι εκτελεστοί».

Με το άρθρο 20 του Ν. 3301/2004, προστέθηκε τελευταίο εδάφιο στο άρθρο 1 του Ν.3068/2002<sup>32</sup>, σύμφωνα με το οποίο δεν είναι δικαστικές αποφάσεις για την έννοια του παρόντος και δεν εκτελούνται οι εκτελεστοί τίτλοι που αναφέρονται στις περιπτώσεις των εδαφίων γ-ζ της παρ. 2 του άρθρου 904 ΚΠολΔ (μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και οι διαταγές πληρωμής). Η νομοθετική όμως αυτή ρύθμιση, που απαγορεύει την εκτέλεση διαταγής πληρωμής σε βάρος του Δημοσίου αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 94 παρ. 4 του Συντάγματος, καθώς και στις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 1, 95 παρ. 5 αυτού σε συνδυασμό με τα άρθρα 6 παρ. 1, 13 ΕΣΔΑ και 1 του Α' Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, οι οποίες καθιερώνουν την αποτελεσματική δικαστική προστασία. Συνεπώς, υπάρχει υποχρέωση της Διοίκησης να συμμορφώνεται και στους ανωτέρω τίτλους μεταξύ των οποίων και η διαταγή πληρωμής<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Απόφαση του ΕΔΔΑ Μείδανης κατά Ελλάδας της 20/05/2008, βλ. σκέψεις 29, 30, 31. Η νομοθετική διάταξη με την οποία ορίζεται ότι ο τόκος υπερημερίας οφειλών του δημοσίου ανέρχεται σε 6% ετησίως (πολύ κατώτερο του τόκου υπερημερίας που πληρώνει ο πολίτης, το οποίο κυμαίνεται από 8% έως 12%), καθιερώνει ευνοϊκή και άνιση μεταχείριση των υπδδ, έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 1 του πρόσθετου πρωτοκόλλου ΕΣΔΑ που υπερισχύει κατά συνταγματική επιταγή από κάθε αντίθετη διάταξη του νόμου (αρ. 28 παρ. 1 Συντ) και σε αντίθεση με το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος και δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής.

<sup>31</sup> Απόφαση του ΕΔΔΑ Μείδανης κατά Ελλάδας της 20/05/2008, βλ. επίσης ΕΔΔΑ Ζουμπουλίδης κατά Ελλάδας της 25/06/2009.

<sup>32</sup> Σε εκτέλεση του άρθρου 94 παρ. 4 του ισχύοντος Συντάγματος που ορίζει ότι οι δικαστικές αποφάσεις εκτελούνται αναγκαστικά και κατά του Δημοσίου κλπ, εκδόθηκε ο Ν. 3068/2002, στο άρθρο 1 του οποίου ορίζεται ότι το Δημόσιο, οι ΟΤΑ και λοιπά ΝΠΔΔ, έχουν υποχρέωση να συμμορφώνονται προς τις δικαστικές αποφάσεις και να προβαίνουν σε όλες τις ενέργειες για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της από αυτές και την εκτέλεση τους.

<sup>33</sup> Βλ σχετικά την πρόσφατη νομολογία (ΕφΑΘ 1837/2007, ΕφΑΘ 4486/2006 προσκομιζόμενες ΜΠρΑΘ 2913/2005 Δ 37. 529, ΜΠρΗρ 3878/2005 Αρμ 2006.443. Σχετικές αποφάσεις είναι η ΜονΠρωτΤρικ 138/2008, η ΕφΑΘ 3921/2007 και η ΑΠ 21/2001. Ομοίως, η υπ' αριθμ. 2347/2009 απόφαση του Αρείου Πάγου αποφαινεται ότι η νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 20 του Ν. 3301/2004, κατά την οποία δεν εκτελούνται οι αναφερόμενοι σε αυτή εκτελεστοί τίτλοι, μεταξύ των οποίων και οι διαταγές πληρωμής, αντίκειται στις διατάξεις του Συντάγματος και των Διεθνών Συμφώνων. Ειδικότερα, η εν λόγω δικαστική απόφαση του ΑΠ καταλήγει ότι: «...ως εκ τούτου είναι δυνατή, η

Σύμφωνα με τις εν λόγω αποφάσεις και σε σχέση ιδιωτών με δημόσιο έχει το δικαίωμα ο θιγόμενος πολίτης ή η θιγόμενη εταιρεία να αποτείνεται και στα πολιτικά δικαστήρια και όχι μόνο στα διοικητικά. Μπορεί να επισπευθεί αναγκαστική εκτέλεση κατά του δημοσίου και με διαταγή πληρωμής, την οποία δεν αποδέχεται το δημόσιο κατά παράβαση του Ν. 3068/2002 άρθρο 1, τις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 1, 95 παρ. 5 αυτού σε συνδυασμό με τα άρθρα 6 παρ. 1, 13 ΕΣΔΑ και 1 Α' Πρόσθετου Πρωτοκόλλου ΕΣΔΑ, σύμφωνα με τα οποία, στο κανονιστικό περιεχόμενο του θεμελιώδους δικαιώματος της δικαστικής προστασίας περιλαμβάνεται και η αναγκαστική εκτέλεση ως ισότιμη μορφή δικαστικής προστασίας. Συνεπώς, υπάρχει υποχρέωση της διοίκησης να συμμορφώνεται προς τις διαταγές πληρωμής και επιτρέπεται η αναγκαστική εκτέλεση κατά του δημοσίου και ΝΠΔΔ, επομένως δεν εφαρμόζεται η προνομιακή διάταξη υπέρ του δημοσίου του άρθρου 1 εδ. τελευτ. του Ν. 3068/2002<sup>34</sup>.

Συνεπώς, διαπιστώνεται, εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ότι βάσει της νομολογίας του ΕΔΔΑ, τα κάθε είδους προνόμια του δημοσίου κλονίζονται και επιτάσσουν νομοθετικές αλλαγές στην ελληνική έννομη τάξη προς την κατεύθυνση της πλήρους ισότητας των διαδίκων, χωρίς όμως έως σήμερα να έχει σε μεγάλο μέρος επιτευχθεί η ισότητα αυτή. Μήπως τελικά και αυτή η άνιση μεταχείριση των διαδίκων ενισχύει τα φαινόμενα της κακοδιοίκησης στην απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης;

#### *Β) Εύλογη διάρκεια δίκης και μη εκτέλεση δικαστικών αποφάσεων*

##### *α) Εύλογος χρόνος διάρκειας της δίκης*

Η πιο κλασική περίπτωση καταδίκης της Ελλάδας από το ΕΔΔΑ αποτελεί η υπέρβαση του εύλογου χρόνου διάρκειας της δίκης.

Πληθώρα καταδικαστικών αποφάσεων κατά της έννομης τάξης μας, από τις οποίες ξεχωρίζουν μερικές εμβληματικές υποθέσεις όπως η υπόθεση Πασχαλίδης κατά Ελλάδας<sup>35</sup> και η υπόθεση Σβάρνα – Αγγελάκου κατά Ελλάδας, όπου η προσφεύγουσα ανέμενε 13 χρόνια για την έκδοση απόφασης από το Συμβούλιο της Επικρατείας. Ομοίως στην απόφαση Νάστου κατά Ελλάδας, η επίδικη υπόθεση διήρκεσε πέραν των 29 ετών<sup>36</sup>. Στην υπόθεση Καπετάνιος κατά Ελλάδας το ΕΔΔΑ απεφάνθη επίσης για την παραβίαση του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ<sup>37</sup>

Η δεκαετία αποτελεί επίσης υπέρβαση των εύλογων ορίων διάρκειας της δίκης και αποτελεί παραβίαση του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ<sup>38</sup>.

Η χώρα μας έχει καταδικαστεί από το ΕΔΔΑ και για περίπτωση που αφορούσε καθυστέρηση εκδίκασης της οικείας από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Πιο συγκεκριμένα, η υπόθεση εκκρεμούσε ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου για χρονικό διάστημα άνω των έξι ετών και για τους δύο βαθμούς δικαιοδοσίας. Επιπρόσθετα, η υπόθεση δεν παρουσίαζε ιδιαίτερη δυσκολία και δεν ευθυνόταν ο προσφεύγων με την

---

*από τον αρμόδιο πολιτικό δικαστή (ειρηνοδίκη ή δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου) έκδοση διαταγής πληρωμής, συντρεχουσών των προς τούτο προϋποθέσεων εις βάρος του Δημοσίου, ΟΤΑ και νπδδ, και αν ακόμα η υποκείμενη σχέση, από την οποία απορρέει η χρηματική απαίτηση προς πληρωμή της οποίας ζητείται η διαταγή πληρωμής, υπάγεται στη δικαιοδοσία των διοικητικών δικαστηρίων...».*

<sup>34</sup> Σχετική η ΜΠρΑθ 2765/2009.

<sup>35</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Πασχαλίδης κατά Ελλάδας βλ. ό.π.

<sup>36</sup> ΕΔΔΑ Σβάρνα – Αγγελάκου κατά Ελλάδας της 14.12.2006 και ΕΔΔΑ Νάστου κατά Ελλάδας της 16.01.2003.

<sup>37</sup> ΕΔΔΑ Καπετάνιος κατά Ελλάδας απόφαση της 30.04.2015.

<sup>38</sup> ΕΔΔΑ Ασημομύτης κατά Ελλάδας απόφαση της 14.10.2004. Βλ. σχετικά ΕΔΔΑ Ματού κ.α. κατά Ελλάδας της 22.07.2010 και ΕΔΔΑ Πετρίδης κατά Ελλάδας της 22.07.2010, ΕΔΔΑ απόφαση Γκόρου κατά Ελλάδας της 20.03.2009 και ΕΔΔΑ Αργυρού κατά Ελλάδας της 01.01.2009.



συμπεριφορά του για την καθυστέρηση εκδίκασης της. Τέλος, η υπόθεση έρχηζε ιδιαίτερης επιμέλειας από τις αρμόδιες δικαστικές αρχές, καθώς αφορούσε το ποσό της σύνταξης του προσφεύγοντα, το οποίο σημειωτέον αποτελούσε το μόνο μέσο διαβίωσης του. Συνεπώς, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ<sup>39</sup>

Το ΕΔΔΑ έχει επίσης κατ' επανάληψη υπογραμμίσει ότι η εκτέλεση μίας δικαστικής απόφασης οποιουδήποτε δικαστηρίου αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της «δίκης», υπό την έννοια του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ. Ως εκ τούτου, η καθαρογραφή και επικύρωση της απόφασης είναι απαραίτητες, προκειμένου να ξεκινήσουν οι ενέργειες που απαιτούνται για την εκτέλεση της<sup>40</sup>.

Η πρωτοβουλία εξεύρεσης σύντομης δικασίμου ενώπιον των αρμοδίων διοικητικών δικαστηρίων δεν μπορεί να επαφίεται στον ιδιώτη διάδικο ως παράλειψη του να το πράξει, καθώς η Κυβέρνηση δεν απέδειξε ότι τα διοικητικά δικαστήρια θα είχαν προβλέψει να ορίσουν σύντομη δικάσιμο εάν οι προσφεύγοντες είχαν διατυπώσει τέτοιο αίτημα<sup>41</sup>. Συνεπώς, η ενδεχόμενη παράλειψη των προσφευγόντων να χρησιμοποιήσουν κάθε μέσο για να επιταχύνουν τη διαδικασία δεν υποκαθιστά την γενική υποχρέωση του κράτους να εγγυάται την διεξαγωγή της διαδικασίας εντός ευλόγου χρόνου<sup>42</sup>, καθώς το καθήκον επιμέλειας στην απονομή της δικαιοσύνης ανήκει κατά πρώτον στις αρμόδιες αρχές<sup>43</sup>.

Τέλος, στην απόφαση Τασιούλη κατά Ελλάδα, το Δικαστήριο έκρινε ότι η υπόθεση δεν παρουσίαζε ιδιαίτερη δυσκολία και ότι δεν θεωρεί την επιμήκυνση της διαδικασίας καταλογιστέα στην συμπεριφορά της προσφεύγουσας. Λαμβάνοντας δε την σχετική νομολογία θεωρεί ότι η διάρκεια της επίδικης διαδικασίας υπήρξε υπερβολική και δεν πληρούσε την απαίτηση της «λογικής προθεσμίας»<sup>44</sup>. Το Δικαστήριο διαπίστωσε εξάλλου ότι η ελληνική έννομη τάξη δεν προσέφερε στους ενδιαφερόμενους πραγματική προσφυγή, δυνάμει του άρθρου 13 της Σύμβασης που να τους επιτρέπει να παραπονεθούν για τη διάρκεια της διαδικασίας. Συνεπώς, το Δικαστήριο έκρινε ότι υπάρχει παραβίαση του άρθρου 13 της Συμβάσεως λόγω της απουσίας στο εθνικό δίκαιο, κατά την εποχή των γεγονότων, προσφυγής, η οποία θα επέτρεπε στην προσφεύγουσα να αποκτήσει την κύρωση του δικαίου σας να εξετασθεί η υπόθεσή της εντός λογικής προθεσμίας δυνάμει του άρθρου 6 παρ. 1 της Συμβάσεως<sup>45</sup>.

### *β) Μη συμμόρφωση της διοίκησης προς αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις*

Η παραβίαση του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ για τη δίκαιη δίκη μπορεί να στοιχειοθετηθεί και στις περιπτώσεις της μη συμμόρφωσης της διοίκησης προς αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις των αρμοδίων διοικητικών δικαστηρίων. Ειδικότερα, στην υπόθεση Ρομποτής και Ρομποτή κατά Ελλάδα, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι η διοίκηση μπορεί να ζητά από τους ενδιαφερόμενους συμπληρωματικά έγγραφα, προκειμένου να συμμορφωθεί εντός των καλύτερων δυνατών προθεσμιών προς μία δικαστική απόφαση που της επέβαλε τη λήψη ορισμένων θετικών μέτρων. Μία τέτοια απαίτηση δικαιολογείται όταν οι διοικητικές

<sup>39</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Τσουκαλάς κατά Ελλάδα της 22.07.2010.

<sup>40</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Παναγιώτης Γκίκας και Γεώργιος Γκίκας κατά Ελλάδα της 02.04.2009, παρ. 34, βλ. επίσης ΕΔΔΑ απόφαση Hornsby κατά Ελλάδα της 19.03.1997, παρ. 40 και ΕΔΔΑ απόφαση Σταυρινουδάκης κατά Ελλάδα της 29.10.2009, παρ. 29.

<sup>41</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Σταμουλακάκος κατά Ελλάδα, της 26.11.1997, παρ. 26.

<sup>42</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Μανιός κατά Ελλάδα της 11.03.2004, παρ. 28.

<sup>43</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Φίλης κατά Ελλάδα της 27.06.1997, παρ. 49.

<sup>44</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Τασιούλη κατά Ελλάδα της 09.01.2014.

<sup>45</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Τασιούλη κατά Ελλάδα της 09.01.2014.

υπηρεσίες δεν έχουν στη κατοχή τους έγγραφα απαραίτητα για την εκτέλεση της δικαστικής απόφασης και τούτο, με σκοπό να επιταχυνθεί η εκτέλεσή της. Ένας τέτοιος λόγος είναι δίχως αμφιβολίας ευνοϊκός για το διοικούμενο<sup>46</sup>.

Αντιθέτως, όταν η εξέταση του φακέλου επιτρέπει να συμπεράνει κανείς ότι η διοίκηση ζητά τη προσκόμιση νομικών πράξεων ή οποιουδήποτε άλλου εγγράφου για να μην εκτελέσει μία οριστική δικαστική απόφαση ή αν καθυστερήσει αδικαιολόγητα της εφαρμογή της, το πρόσφορο αποτέλεσμα του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ μπορεί να μειωθεί σημαντικά<sup>47</sup>.

*Γ) Πρόβλεψη ενδίκου βοηθήματος για δίκαιη ικανοποίηση λόγω παρόδου του εύλογου χρόνου για την εκδίκαση διοικητικής διαφοράς*

Οι συνεχείς καταδίκες της Ελλάδας για την υπέρβαση των εύλογων ορίων διάρκειας της δίκης, όχι μόνο ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων αλλά και ενώπιον των αστικών και ποινικών εθνικών δικαστηρίων καθώς και η μη συμμόρφωση της διοίκησης προς τις αμετάκλητες δικαστικές αποφάσεις οδήγησαν τον εθνικό νομοθέτη στην θέσπιση ειδικού ενδίκου βοηθήματος για τη δίκαιη ικανοποίηση σε περίπτωση υπέρβασης της εύλογης διάρκειας της δίκης στα άρθρα 53 έως 60 του Ν. 4055/2012.

Η χώρα μας όφειλε να συμμορφωθεί επίσης προς την απόφαση - πιλότο του ΕΔΔΑ Β. Αθανασίου κατά Ελλάδα της 21.12.2010, κατά την εξέταση της οποίας διαπιστώθηκε ότι υπάρχει συστημικό πρόβλημα στην ελληνική διοικητική δικαιοσύνη λόγω του σημαντικού αριθμού παραβιάσεων των άρθρων 6 παρ.1 και 13 της ΕΣΔΑ και ιδίως για την υπέρβαση της εύλογης διάρκειας της διοικητικής δίκης, τόσο ενώπιον των Διοικητικών Δικαστηρίων, όσο και ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας<sup>48</sup>. Το ΕΔΔΑ καλούσε τις ελληνικές αρχές να θεσμοθετήσουν ένα νέο πλαίσιο για την επιτάχυνση των διαδικασιών και να προβλέψουν πρόσθετα μέτρα με αυξημένες θέσεων δικαστικών λειτουργιών, διοικητικού προσωπικού και ανάπτυξη των υποδομών στα δικαστήρια αυτά<sup>49</sup>. Ζητούσε επίσης από τις ελληνικές αρχές να υιοθετήσουν σχέδιο νόμου που να διασφαλίζει μία προσφυγή και να εγγυηθεί ότι θα τεθεί σε εφαρμογή σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης και με την νομολογία του ΕΔΔΑ<sup>50</sup>. Το ζήτημα της έλλειψης ενδίκου βοηθήματος για την παραβίαση του δικαιώματος σε ταχεία δίκη είχε αρχικά τεθεί και στην υπόθεση Κόντη - Αρβανίτη κατά Ελλάδα<sup>51</sup>.

Σύμφωνα με το άρθρο 53 του Ν. 4055/2012 οποιοσδήποτε από τους διαδίκους εκτός από το Δημόσιο και τα δημόσια νομικά πρόσωπα, τα οποία συνιστούν κυβερνητικούς οργανισμούς κατά την έννοια του άρθρου 34 της ΕΣΔΑ που έλαβαν μέρος σε διοικητική δίκη μπορεί να ζητήσει με αίτησή του δίκαιη ικανοποίηση, προβάλλοντας ότι η διαδικασία για την εκδίκαση της υπόθεσης καθυστέρησε αδικαιολόγητα και πιο συγκεκριμένα ότι διήρκεσε πέραν του εύλογου χρόνου που απαιτείται για την διάγνωση πραγματικών και νομικών ζητημάτων που ανέκυψαν στη δίκη.

<sup>46</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Ρομποτής και Ρομποτή κατά Ελλάδα της 25.01.2007 και ΕΔΔΑ απόφαση Κοσμίδης Κοσμίδου κατά Ελλάδα της 08.11.2007.

<sup>47</sup> ΕΔΔΑ απόφαση Ρομποτής και Ρομποτή κατά Ελλάδα της 25.01.2007 και ΕΔΔΑ απόφαση Κοσμίδης Κοσμίδου κατά Ελλάδα της 08.11.2007.

<sup>48</sup> ΕΔΔΑ Β. Αθανασίου κ.α κατά Ελλάδα της 21.12.2010.

<sup>49</sup> ΕΔΔΑ Β. Αθανασίου κ.α κατά Ελλάδα της 21.12.2010.

<sup>50</sup> ΕΔΔΑ Β. Αθανασίου κ.α. κατά Ελλάδα, ό.π.

<sup>51</sup> ΕΔΔΑ Κόντη -Αρβανίτη κατά Ελλάδα της 10.04.2003.

Τα κριτήρια βάσει των οποίων εκτιμάται η εύλογη χρονική διάρκεια της διοικητικής δίκης είναι η πολυπλοκότητα της υπόθεσης τόσο από δικονομική, όσο και από ουσιαστική πτυχή, το διακύβευμα για τον αιτούντα, καθώς και η συμπεριφορά των διαδίκων κατά την εξέλιξη της σχετικής δίκης<sup>52</sup>.

Στην υπ' αριθμ. 4467/2012 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο αιτών πολίτης ζητούσε να του καταβάλλει το ελληνικό Δημόσιο ως αποζημίωση 30.000 ευρώ, καθώς το δικαστήριο καθυστέρησε να εκδώσει την απόφαση του κατά 8 έτη, 6 μήνες και 18 ημέρες. Το ποσό αυτό το διεκδικούσε ως δίκαιη ικανοποίηση για την ηθική βλάβη που υπέστη από την παραβίαση του δικαιώματος του σε ταχεία απονομή της Δικαιοσύνης. Το Δικαστήριο δίκαιωσε τον αιτούντα αλλά επιδίκασε μικρότερο ποσό αποζημίωσης λαμβάνοντας υπόψη τη δημοσιονομική κρίση που διέρχεται η χώρα, το έλλειμμα του δημόσιου χρέους, καθώς και το «σημερινό βιοτικό επίπεδο της χώρας»<sup>53</sup>.

Στην απόφαση 4042/2015 του Συμβουλίου της Επικρατείας κρίθηκε ότι η υπέρβαση της εύλογης διάρκειας της δίκης αποτελεί ισχυρό – πλην μαχητό – τεκμήριο ότι προκλήθηκε ηθική βλάβη στον αιτούντα. Η καθυστέρηση εκδίκασης της κρινόμενης υπόθεσης προκάλεσε, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα, ηθική βλάβη στον αιτούντα, συνιστάμενη στην μακρά αβεβαιότητα για την έκβαση της δίκης και στην ταλαιπωρία που υπέστη κατά την διάρκεια της όλης διαδικασίας, κρίνεται δε δικαιολογημένη, για την αποκατάσταση της προκληθείσης βλάβης, η επιδίκαση στον αιτούντα εύλογου χρηματικού ποσού ως δίκαιη ικανοποίηση<sup>54</sup>.

Θα πρέπει να επισημανθεί ότι σε όλες τις δίκες που αφορούν το νέο ένδικο βοήθημα για την δίκαιη ικανοποίηση λόγω υπέρβασης του εύλογου χρόνου διάρκειας της διοικητικής δίκης, τα εθνικά δικαστήρια επιδικάζουν ποσά αποζημίωσης ως ηθική βλάβη, τα οποία θα μπορούν να διασφαλιστούν βάσει των πιστώσεων το κρατικού προϋπολογισμού για την κάλυψη τέτοιων δαπανών λαμβάνοντας υπόψη τον σοβαρό κλονισμό της δημοσιονομικής ισορροπίας του ελληνικού κράτους λόγω της εκτόξευσης του δημοσίου ελλείματος και του δημοσίου χρέους<sup>55</sup>.

#### *Δ) Επανάληψη της διαδικασίας ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου*

Σε αυτή την κατηγορία υποθέσεων υπάγονται περιπτώσεις, κατά τις οποίες, η συμμόρφωση προς την απόφαση του ΕΔΔΑ επιβάλλει την επανάληψη της διαδικασίας ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου που απεφάνθη επί της επίδικης διαφοράς. Σε συνέχεια της απόφασης του ΕΔΔΑ Τουρκική Ένωση Ξάνθης κατά Ελλάδα<sup>56</sup>, η οποία αφορούσε τη διάλυση σωματείου υφιστάμενου από το 1927, κατ' αποδοχή αίτησης του νομάρχη, που οδήγησε στη διαπίστωση της παραβίασης του άρθρου 11 της Σύμβασης (δικαίωμα του συνεταιρίζεσθαι)<sup>57</sup>, ο Έλληνας νομοθέτης με το άρθρο 23 στο Ν. 3900/2010 προέβλεψε την αίτηση επανάληψης της διαδικασίας ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, σύμφωνα με το οποίο, δικαστική

<sup>52</sup> Άρθρο 57 του Ν. 4055/2012. Βλ. επίσης ΣτΕ 502/2017.

<sup>53</sup> ΣτΕ 4467/2012.

<sup>54</sup> ΣτΕ 4042/2015.

<sup>55</sup> ΣτΕ 213/2014, σκέψεις 9 και 10. Βλ. επίσης ΣτΕ 2874/2013, 2876/2013, 2879/2013, 4062/2013 και 1620/2011.

<sup>56</sup> ΕΔΔΑ Τουρκική Ένωση Ξάνθης κατά Ελλάδα της 27.03.2008.

<sup>57</sup> Έχει ωστόσο διατυπωθεί και η άποψη ότι θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι η καταδικαστική απόφαση του ΕΔΔΑ συνιστά μεταβολή των συνθηκών κατά το άρθρο 758 ΚΠολΔικ.

απόφαση, για την οποία κρίθηκε με απόφαση του ΕΔΔΑ ότι εκδόθηκε κατά παραβίαση δικαιώματος που αφορά το δίκαιο χαρακτήρα της διαδικασίας που τηρήθηκε ή διάταξης ουσιαστικού δικαίου της Σύμβασης, υπόκειται σε αίτηση επανάληψης της διαδικασίας ενώπιον του δικαστηρίου που την εξέδωσε<sup>58</sup>.

Το δικαίωμα να ασκήσουν την αίτηση επανάληψης της διαδικασίας έχουν όσοι διατέλεσαν διάδικοι στη δίκη ενώπιον του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου ή οι κάθε είδους καθολικοί ή ειδικοί διάδοχοί τους, εφόσον έχουν έννομο συμφέρον<sup>59</sup>. Ομοίως θεσμοθετήθηκε η αίτηση επανάληψης της διαδικασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας με την αντίστοιχη αίτηση να υποβάλλεται ενώπιον του δικαστικού σχηματισμού του Συμβουλίου της Επικρατείας που εξέδωσε την απόφαση, βάσει του άρθρου 16 του Ν. 4446/2016<sup>60</sup>

### **Επίμετρο**

Οι καθυστερήσεις σε θέματα απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης οφείλονται εν πολλοίς στην βραδεία μεταρρύθμιση και έλλειψη αποτελεσματικών νομοθετημάτων στο πεδίο της διοικητικής δικονομίας. Οι προσπάθειες που έγιναν μέσω νομοθετικών ρυθμίσεων ήταν καθοριστικές, είτε μέσω του Ν. 1406/1983 που αποτέλεσε το πρώτο νομοθέτημα για τις αρμοδιότητες των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, είτε μέσω του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2127/1999) και τις καινοτόμες ρυθμίσεις του. Εν τούτοις, οι προσπάθειες αυτές δεν απέδωσαν και δεν είχαν σαν αποτέλεσμα την αποσυμφόρηση του μεγάλου όγκου υποθέσεων που εκκρεμούν ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων.

Συνοψίζοντας, διαπιστώνεται ότι τα νομοθετικά μέτρα που ελήφθησαν, όπως η σύντμηση ορισμένων δικονομικών προθεσμιών, η απαγόρευση δεύτερης αναβολής, η καθιέρωση διαδικασίας εξώδικης συμβιβαστικής επίλυσης της διαφοράς, η αύξηση των δικαστικών αιθουσών εκδίκασης, η εγκατάσταση ηλεκτρονικών συστημάτων ενημέρωσης και καθαρογραφής είχαν μηδαμινή απόδοση<sup>61</sup>. Είναι σαφές ότι το πρόβλημα συναρτάται κυρίως προς τον ανθρώπινο παράγοντα και ότι η καθυστέρηση είναι αποτέλεσμα πολλών παραγόντων: οργανωτικών και δικονομικών, της φιλοδικίας των διαδίκων και της στάσης των δικαστών και των δικηγόρων<sup>62</sup>.

Πέραν των μεταρρυθμίσεων στο πεδίο της διοικητικής δικαιοσύνης, θα πρέπει να γίνουν σημαντικές τομές και αλλαγές στην λειτουργία των υπηρεσιών της δικαιοσύνης.

Ευχή αποτελεί πλέον και η νομολογιακή κατάργηση από τα εθνικά δικαστήρια και των άλλων «δικονομικών» προνομίων του δημοσίου και άλλων ΝΠΔΔ, στο μέτρο που και αυτά είναι ασυμβίβαστα προς την αρχή της ισότητας δικονομικών όπλων και

<sup>58</sup> Άρθρο 23 παρ.1 του Ν. 3900/2010.

<sup>59</sup> Άρθρο 23 παρ. 2 του Ν. 3900/2010.

<sup>60</sup> Στο ΠΔ 18/1989 προστίθεται νέο άρθρο το 69<sup>Α</sup>, με το άρθρο 16 του Ν. 4446/2016.

<sup>61</sup> Ομιλία του Προέδρου του Αρείου Πάγου Σ. Μαθθία στην εκδήλωση του Υπουργείου Εξωτερικών για τα 50 χρόνια του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στις 25 Μαΐου 2009 στο Αμφιθέατρο «Γιάννος Κρανιδιώτης».

<sup>62</sup> Ομιλία του Προέδρου του Αρείου Πάγου Σ. Μαθθία στην εκδήλωση του Υπουργείου Εξωτερικών για τα 50 χρόνια του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στις 25 Μαΐου 2009 στο Αμφιθέατρο «Γιάννος Κρανιδιώτης».

πλήττουν το συνταγματικό δικαίωμα για την πλήρη και αποτελεσματική δικαστική προστασία του κάθε πολίτη στη χώρας μας<sup>63</sup>.

Θα πρέπει, επίσης, να δοθεί ιδιαίτερη έμφαση σε διατάξεις που θα ενισχύουν την εξωδικαστική επίλυση των διοικητικών διαφορών και θα ενδυναμώνουν εναλλακτικούς μηχανισμούς επίλυσης διαφορών.

Η θέσπιση του ένδικου βοηθήματος για την επανόρθωση των συνεπειών της υπερβολικής διάρκειας των δικών με το Ν. 4055/2012, λαμβάνοντας υπόψη τις αλληπάλληλες καταδίκες για παραβίαση του άρθρου 13 σε συνδυασμό προς το 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, δεν επέφερε επιτυχή αποτελέσματα ως προς την αντιμετώπιση του φαινομένου της υπέρβασης του εύλογου χρόνου διάρκειας της διοικητικής δίκης.

Εξάλλου, σε άλλες έννομες τάξεις, όπως στην γαλλική έννομη τάξη προβλέπεται ειδική αστική ευθύνη του κράτους, όταν η παροχή της δικαστικής προστασίας παρουσιάζει τέτοιες δυσλειτουργίες που θίγουν ουσιωδώς τα δικαιώματα του ιδιώτη διαδίκου<sup>64</sup>.

Τέλος, η αλληλεπίδραση μεταξύ των αποφάσεων του ΕΔΔΑ και των αποφάσεων των εθνικών δικαστηρίων έχει οδηγήσει σε μία πρωτοπόρα τάση τη θεωρία και την πράξη στο δίκαιο των δικαιωμάτων του ανθρώπου, με ιδιαίτερη έμφαση στην εδραίωση του κράτους δικαίου.

---

<sup>63</sup> Ομιλία του Προέδρου του Αρείου Πάγου Σ. Μαθθία στην εκδήλωση του Υπουργείου Εξωτερικών για τα 50 χρόνια του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στις 25 Μαΐου 2009 στο Αμφιθέατρο «Γιάννος Κρανιδιώτης».

<sup>64</sup> M. Deguerge, *Justice et responsabilité de l'Etat, Droit et Justice* PUF 2003, σελ. 17.

# Η ΠΡΟΣΩΡΙΝΗ ΕΠΙΔΙΚΑΣΗ ΑΠΑΙΤΗΣΕΩΣ ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΚΔΔ

Κωνσταντίνος Καλονόμος, Δικηγόρος, LL.M. Heidelberg

## I. Εισαγωγικές Παρατηρήσεις

Ο θεσμός της προσωρινής επιδίκασης απαιτήσεως (**αρ. 211-215 ΚΔΔ**) εγκαθιδρύει ένα σύστημα προσωρινής δικαστικής προστασίας στο πλαίσιο μιας ήδη ασκηθείσας (καταληφιστικής) αγωγής, το οποίο δύναται να καταλήξει σε μία ευκαταία επιδίκαση χρηματικών ποσών υπέρ του αιτούντος και δη πριν την έκδοση της οριστικής αποφάσεως επί της κύριας δίκης. Ο δικονομικός αυτός διάυλος ικανοποιεί μία υπαρκτή συναφή αναγκαιότητα και τυγχάνει μετά ταύτα ιδιαίτερα επωφελής για τον εκάστοτε ενδιαφερόμενο, δοθέντος μάλιστα τόσο του ικανού απαιτούμενου χρόνου για την εκδίκαση μίας αγωγής, όσο και του προβλεπόμενου αυτόματου ανασταλτικού αποτελέσματος της προθεσμίας και της ασκήσεως μίας εφέσεως σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 99 ΚΔΔ.

Δυστυχώς στην πράξη η μορφή αυτή προσωρινής δικαστικής προστασίας δεν έχει τύχει ευρείας εφαρμογής. Σπάνια οι ενάγοντες καταφεύγουν στο εν λόγω θεσμό, ενώ και τα επιλαμβανόμενα δικαστήρια αντιμετωπίζουν τις σχετικές αιτήσεις μάλλον με σχετική επιφυλακτικότητα. Η διάστιξη εν σχέσει με την ευρεία χρήση του θεσμού των αιτήσεων αναστολής επί προσφυγών τυγχάνει απόλυτα ευδιάκριτη και χρήζει σίγουρα μετριασμού προϊόντος του χρόνου. Οι διάδικοι ευκαταία τυγχάνει όπως εξοικειωθούν άμεσα με τον εν λόγω θεσμό, ο οποίος δύναται να αποτελέσει ένα λυσιτελές μεθοδολογικό εργαλείο στην απονομή της δικαιοσύνης και στην εξισορρόπηση των αναφευομένων αναγκών, όπως τούτο θα αποδειχθεί με ενάργεια από την ακόλουθη επισκόπηση των κρίσιμων διατάξεων και της πρακτικής εφαρμογής τούτων.

## II. Επισκόπηση των επιμέρους διατάξεων αλλά και της εφαρμογής του θεσμού στην πράξη από τα επιλαμβανόμενα δικαστήρια

### *-Αναγκαιότητα de lege lata ασκήσεως καταληφιστικής αγωγής/Μη υποχρεωτική προηγούμενη άσκηση προσφυγής*

Σε περίπτωση άσκησης **καταληφιστικής** αγωγής (έστω σωρευθείσας με προσφυγή, **ΔΠΑ 22318/2017**) ο ενάγων δύναται με αίτησή του στο Δικαστήριο αναφέροντας συγκεκριμένους λόγους (**αρ. 214 παρ. 1**) να ζητήσει την επιδίκαση σε αυτόν προσωρινώς μέρος της απαιτήσεως, για την οποία έχει ήδη ασκήσει την αγωγή (**αρ. 211, ΔΠΛαμ 126/2008, ΔΕφΚομ 323/2007**). Η τροπή του αιτήματος από καταληφιστικό σε αναγνωριστικό μετά την

ευδοκίμηση της αιτήσεως έχει κριθεί μάλιστα από τη νομολογία (**ΔΠΑ 5632/2002, 104/ 2002**) ως αίρουσα τη νόμιμη αιτία διακρατήσεως του προσωρινώς επιδικασθέντος ποσού, το οποίο μετά ταύτα χρήζει επιστροφής. Δοθείσης της ρητής σχετικής διατυπώσεως του άρθρου 211 ΚΔΔ (δυνάμει του οποίου απαιτείται άνευ ετέρου η έγερση καταληφιστικής και μόνο αγωγής), η νομολογία απόλυτα εύστοχα έσπευσε στο σημείο τούτο να αποτρέψει αναμενόμενες καταστρατηγήσεις της όλης διαδικασίας, οι οποίες έγγιστα μετά βεβαιότητας θα ανέκυπταν με την ετεροχρονισμένη (κατά τα λοιπά επιτρεπτή μάλιστα κατά **άρθρο 75 παρ. 3**) τροπή του αιτήματος της αγωγής από καταληφιστικό σε αναγνωριστικό.

Ο περιορισμός πάντως εκ μέρους του νομοθέτη της σχετικής δικονομικής ευχέρειας στο πλαίσιο ασκήσεως καταληφιστικής και μόνο αγωγής ίσως χρήζει αναθεωρήσεως, καθότι αίφνης εισάγει μία αναίτια διάκριση μεταξύ καταληφιστικών και αναγνωριστικών αγωγών, η οποία υπερακοντίζει μάλιστα την εγγενή μεταξύ τους ειδοποιό διαφορά, η οποία συνίσταται στη φύση του αιτήματος αυτών και μόνο. Περαιτέρω ο αποκλεισμός του διαύλου αυτού προσωρινής δικαστικής προστασίας επί αναγνωριστικών αγωγών μάλλον υπερακοντίζει την ίδια την τελολογία θεσπίσεως του εν λόγω θεσμού (άμεση ικανοποίηση αδήριτων οικονομικών αναγκών του ενάγοντος/αιτούντος φ.π. ή ν.π.), αφού ουδόλως η σχετική αναγκαιότητα συμπλέει με την επιτακτική καταβολή δικαστικού ενσήμου, η οποία άλλωστε a priori αποτελεί ανασχετική τροχοπέδη για την προσήκουσα και διη πολυσχιδή κατά τα ανωτέρω προσφυγή εις τη δικαιοσύνη.

Ορθότατα περαιτέρω η νομολογία έχει ήδη επισημάνει ότι δεν απαιτείται να έχει ασκηθεί προσφυγή κατά της εν δυνάμει ζημιογόνου πράξεως, η νομιμότητα της οποίας ελέγχεται άλλωστε παρεμπιπτόντως (**ΔΠΣερρ. 6/2008**). Η θεώρηση αυτή αποτελεί μία έκφανση της δεδομένης αυτοτέλειας της αγωγής έναντι της προσφυγής (**αρ. 78 εδ. 1, 80 παρ. 2, κατάργηση άρθρου 71 παρ. 5, ΣτΕ 7/2016, 1521/2015, 841/2015, 2279/2014, ΔΕΦΑ 4390/2013, 3887/2013, ΔΠΚερκ 406/2014**), η οποία ορθά έχει μεταλαμπαδευτεί προσηκόντως και στο χώρο της προσωρινής δικαστικής προστασίας.

Τέλος έχει κριθεί ότι η διαδικασία αυτή δεν εφαρμόζεται επί της φορολογικής προσφυγής με την οποία διώκεται η επιστροφή χρημάτων (**ΔΠΑ 614/2004**). Η προσέγγιση αυτή ερείδεται τόσο στη ρητή διατύπωση του άρθρου 211 ΚΔΔ {που περιορίζει τη σχετική δυνατότητα μόνο επί (καταληφιστικών) αγωγών} όσο προδήλως και στην ανάγκη συστηματικής εναρμόνισης με τα οριζόμενα στο **άρ. 71 παρ. 4 ΚΔΔ** (όπου δηλώνεται *expressis verbis* ότι το ένδικο βοήθημα της αγωγής τυγχάνει απαράδεκτο σε περίπτωση αξιώσεων φορολογικού περιεχόμενου).

#### **-Οφειλόμενα δικαστικά δαπανήματα**

Η προσωρινή επιδίκαση απαιτήσεως εγγενώς δεν απαιτεί την υποβολή του ενδιαφερομένου σε υπέρμετρα δικαστικά έξοδα, καθότι ως μορφή προσωρινής δικαστικής προστασίας υπόκειται αμιγώς και μόνο στην καταβολή του οφειλόμενου κατ' **αρ. 277 παρ. 2α**

ΚΔΔ παραβόλου (εκ 50 ευρώ) και ουχί στην καταβολή ενσήμου (ΔΕΦΑ 1648/2016, ΔΠΑ 4823/ 2018, 22318/2017, 18119/2017). Δεδομένης άλλωστε της υποχρεωτικής καταβολής του αναλογούντος ενσήμου ενόψει της εκδικάσεως ακολούθως της (απαραίτητα) κατανηφιστικής αγωγής, τυχόν αντίστοιχη απαίτηση καταβολής ενσήμου και στο παρόν στάδιο θα κατέληγε σε μία αποδοκμαστέα σωρευτική οικονομική επιβάρυνση του αιτούντος, που βεβαίως ουδόλως συνάδει ακόμη και με την ίδια την τελολογία του θεσπισθέντος θεσμού. Τυγχάνει επομένως απόλυτα εύληπτο ότι ο δικονομικός αυτός διάυλος τυγχάνει πρόσφορος για μία πρόωμη άντληση οικονομικών ωφελημάτων και δη με μικρό σχετικά κόστος.

#### ***-Αρμόδιο δικαστήριο***

Αρμόδιο για την εκδίκαση της κρινομένης αιτήσεως τυγχάνει το μονομελές ή τριμελές δικαστήριο, στο οποίο εκκρεμεί η κατανηφιστική αγωγή, εφόσον είναι αρμόδιο για την κύρια υπόθεση (αρ. 212 παρ. 1, ΔΠΠατρ 1964/2009). Τοιουτοτρόπως επί αγωγών π.χ. εκ διοικητικών συμβάσεων αρμόδιο καθίσταται συναφώς το Διοικητικό Εφετείο σύμφωνα με τα οριζόμενα και στο άρθρο 6 παρ. 2 στοιχ. α ΚΔΔ (ΔΕΦΑ 1648/2016, 508/2012, 197/2010). Επί αναρμοδιότητας, η αίτηση παραπέμπεται με την κύρια υπόθεση στο αρμόδιο δικαστήριο κατ' άρθρον 126 Α ΚΔΔ (ΔΕΦΑ 4011/2013, ΔΠΠειρ 315/2017). Το πλέγμα των διατάξεων αυτών σχηματοποιεί ένα ρεαλιστικό και επιτυχημένο ομολογουμένως μηχανισμό, δυνάμει του οποίου εξασφαλίζεται άνευ ετέρου η οικονομία των διαδικασιών με την κατάφαση από δικονομικής απόψεως του παρακολουθηματικού έναντι της κύριας αγωγής χαρακτήρα της αιτήσεως και της διαχρονικής ουσιαστικής εξετάσεως αμφοτέρων από τον ίδιο δικαστικό σχηματισμό.

#### ***-Φύση των διεκδικούμενων αξιώσεων***

Έχει επανειλημμένως κριθεί ότι για την ευδοκίμηση της αιτήσεως προσωρινής επιδικάσεως απαιτήσεως, η αγωγή θα πρέπει να αφορά σε αξίωση από περιουσιακή ζημία και όχι σε χρηματική αξίωση λόγω ηθικής βλάβης (ΔΠΛαμ 127/2015, ΔΠΠειρ 5081/2013, 904/ 2011, ΔΠΑ 1058/2002), δοθέντος ότι η τελευταία αυτή περίπτωση ουδόλως συνάδει με την τελολογία της θεσπίσεως του θεσμού αυτού, ο οποίος αναπτύσσει την όποια ρυθμιστική του επενέργεια αποκλειστικά επι τω τέλει της καλύψεως οικονομικών και μόνο αναγκών φυσικών ή νομικών προσώπων (αρ. 213 ΚΔΔ). Η διαδικασία αυτή λειτουργεί προσωρινά - αποκατασταστικά εν σχέσει με την οικονομική δυσπραγία του αιτούντος και ουχί σε περιπτώσεις τρώσεως του ηθικού εποικοδομήματος (προφανώς αντίστοιχα και επί ψυχικής οδύνης) του τελευταίου.

Το γράμμα των εφαρμοζόμενων διατάξεων σαφώς συνηγορεί υπέρ της υιοθετήσεως της ως άνω ερμηνευτικής προσεγγίσεως, η οποία πάντως σε δογματικό επίπεδο επιδέχεται και αντιλόγου. Ενόψει της (κατά την ορθότερη νομική θεώρηση) συνταγματικής κατοχυρώσεως κάθε μορφής προσωρινής δικαστικής προστασίας και ενόψει του πληττόμενου αγαθού που συνυφαίνεται είτε με την προσωπικότητα ενός ατόμου είτε με την εύρυθμη λειτουργία ενός



νομικού μορφώματος σκοπούμενη δίχως άλλο τυγχάνει μία συναφής νομοθετική μεταβολή, η οποία να μην αποκλείει εκ προοιμίου την προσωρινή επιδίκαση απαιτήσεως επί υποθέσεων με αντίστοιχο υπόβαθρο αξιώσεων. Από τη στιγμή που οι εν λόγω αξιώσεις σύννομα δύναται να επιδιωχθούν στο πλαίσιο της οριστικής δικαστικής προστασίας δεν υπάρχει μάλλον ικανή δικαιολογία, η οποία να δύναται να ερμηνεύσει τω όντι πειστικά τον ολοσχερή αποκλεισμό τους από το στάδιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας.

Τέλος έχει κριθεί ότι οι όποιες απαιτήσεις επιδικασθούν προσωρινά δεν επιβαρύνονται με τόκους εις βάρους του Δημοσίου (**ΔΠΑ 4739/2004, πρβλ. ΔΠΑ 7633/2017, 11967/ 2009**)β

#### **-Λόγοι ευδοκιμήσεως/απορρίψεως της σχετικής αιτήσεως**

Η αίτηση εκτός από τα στοιχεία του άρθρου 45 πρέπει να αναφέρει τους συγκεκριμένους λόγους που δικαιολογούν την προσωρινή επιδίκαση της απαιτήσεως (**αρ. 214 παρ. 1**, βλ. π.χ. οικονομικά προβλήματα, ανάγκες διαβίωσης κ.α.). Λόγο ευδοκιμήσεως της αιτήσεως (**αρ. 213 παρ. 1**) συνιστά επί φ.π. η αδυναμία ή η ιδιαίτερη δυσχέρεια του αιτούντος (η οποία θα πρέπει να προκύπτει από το ζημιόγνο γεγονός και τις πρόσθετες εξ αυτού δαπάνες, **πρβλ. ΔΠΠειρ 5081/2013**) προς αντιμετώπιση των αμέσων αναγκών διαβίωσης του ίδιου και της οικογενείας του (**ΔΕφα 508/2012, ΔΠΑ 7633/2017, 2354/2013, ΔΠΣερρ. 6/ 2008**) και επί ν.π. ο κίνδυνος σοβαρού οικονομικού κλονισμού του (**απορρ. ΔΕφα 4240/ 2013, 197/2010**). Χρειάζεται μία ad hoc παράθεση πρόσφορων αποδεικτικών στοιχείων, ειδάλλως η αίτηση συνήθως απορρίπτεται (**ΔΕφα 1648/2016, 197/2010, ΔΠΑ 4823/2018, ΔΠΚαβαλ 101/2006**), χωρίς μάλιστα καν να εξετάζεται η πιθανότητα ευδοκιμήσεως της αγωγής (**ΔΠΑ 22318/2017**). Η μέχρι τούδε νομολογία διάκειται μάλλον με σχετική επιφύλαξη έναντι του θεσμού αυτού και σίγουρα η εν λόγω διαδικασία χρήζει περαιτέρω γόνιμης επεξεργασίας, επί τω τέλει όπως αναδειχθεί σε ενεργό και δόκιμο δικονομικό εργαλείο.

Η προσωρινή επιδίκαση απαιτήσεως αποκλείεται αν: **α)** προσκρούει στο δημόσιο συμφέρον (χωρίς μάλιστα να προβλέπεται κάποια στάθμιση), **β)** αν η κατανηφιστική αγωγή είναι προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη (**αρ. 213 παρ. 2, πρβλ. ΔΕφα 1648/2016**). Η κρίση τουλάχιστον περί του αβασίμου δέον όπως ερμηνεύεται και εφαρμόζεται στενά, δοθέντος ότι εκ προοιμίου άπτεται ζητημάτων που εκφεύγουν της παρούσας διαδικασίας και ανήκουν πρωτίστως στο πεδίο ερεύνης του δικαστηρίου επί της αγωγής (**ΔΠΑ 7633/2017**).

Σε κάθε περίπτωση παρατηρητέο τυγχάνει ότι η αξιολόγηση του ενδίκου βοηθήματος λαμβάνει χώρα αποκλειστικά και μόνο επί τη βλάβει του αιτούντος, ήτοι μόνο προς απόρριψη της αιτήσεως. Δικαιοπολιτικά θα ήταν μάλλον ορθότερο όπως η αντίστοιχη πρόδηλη βασιστικότητα της ασκηθείσας αγωγής να συνιστά αντίστοιχα λόγο αποδοχής εν δυνάμει της σχετικής αιτήσεως (έστω με παράλληλη αξιολόγηση και των οικονομικών δεδομένων). Αντίστοιχη μάλιστα πρόβλεψη υπάρχει ούτως ή άλλως και στην προσωρινή δικαστική προστασία επί προσφυγής (**αρ. 202 παρ. 1**), οπότε και το ανάλογο σύστημα επί αγωγής θα μπορούσε να αναπροσαρμοσθεί σχετικά.

Ως προς τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς αρκεί η πιθανολόγηση **(αρ. 214 παρ. 4)** και ουχί η πλήρης απόδειξη. Η επιλογή αυτή τυγχάνει επιδοκιμαστέα ενόψει του προσωρινού χαρακτήρα της όλης διαδικασίας, της εξυπηρετήσεως αδήριτων οικονομικών αναγκών και της απευκταίας αυστηρότητας, που θα διαμόρφωνε ένα πλέγμα απαιτήσεων, που προσιδιάζει πρωτίστως στις ανάγκες της κύριας δίκης και μόνο.

#### ***-Χαρακτηριστικά της σχετικής διαδικασίας από δικονομικής απόψεως***

Ως προς την προδικασία, την κύρια διαδικασία και την απόφαση εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις για την αντίστοιχη καταψηφιστική αγωγή **(αρ. 214 παρ. 2)**. Πρώτιστη συνέπεια της άνω ρυθμίσεως τυγχάνει το γεγονός ότι οι συναφείς αιτήσεις εκδικάζονται σε δημόσια συνεδρίαση και ουχί σε συμβούλιο, όπως συμβαίνει στις λοιπές μορφές προσωρινής δικαστικής προστασίας στον ΚΔΔ **(αρ. 204 παρ. 1 εδ. 1)**. Εύλογα επομένως δεν υπάρχει δυνατότητα σωρεύσεως της εν λόγω αιτήσεως π.χ. με αίτηση προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως, η οποία εκδικάζεται αμιγώς εν συμβουλίω **(ΔΠΑ 7633/2017, 1162/1999)**.

Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται οι γενικές διατάξεις, οπότε π.χ. αναφέεται υποχρέωση για κατάθεση αποδεικτικών στοιχείων κατ' αρ. 150 ΚΔΔ, υποχρέωση αποστολής φακέλου όπως και δυνατότητα εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως **(ΔΠΠατρ 1964/2009)** ή δυνατότητα εφαρμογής αρ. 139 Α ΚΔΔ **(ΔΠΑ 18119/2017)**.

Χαρακτηριστική πάντως της όλης διαδικασίας είναι η έκδηλη πρόθεση επιταχύνσεως της δίκης επί της προσωρινής προστασίας, η οποία αποτυπώθηκε και νομοθετικά σε μία σύντμηση πλειόνων επιμέρους προθεσμιών. Συγκεκριμένα **(αρ. 214 παρ. 3)** συντέμνονται στο 1/5 οι προθεσμίες για την επίδοση του δικογράφου **(αρ. 128 παρ. 1, 4)**, για την κλήση προς συζήτηση **(αρ. 128 παρ. 2, 4)**, για την αποστολή φακέλου από τη Διοίκηση **(αρ. 129 παρ. 2)**, για την άσκηση προσθέτων λόγων **(131 παρ. 1)**, καθώς και για την επανάληψη της δίκης **(αρ. 141 παρ. 3)**, ενώ περαιτέρω οι διάδικοι μπορούν (κατά απόκλιση των οριζόμενων στο **άρθρο 138**) να καταθέσουν υπόμνημα μία εργάσιμη ημέρα μετά τη συζήτηση και κατόπιν εντός άλλης μίας προς αντίκρουση.

Οι περιορισμένες αυτές προθεσμίες συνάδουν με τη φύση της προσωρινής δικαστικής προστασίας προς αντιμετώπιση σοβαρών οικονομικών αναγκών, ικανοποιούν την οικονομία μίας ταχείας διεκπεραιώσεως των πάσης φύσεως δικονομικών ενεργειών και θα έπρεπε για λόγους συστηματικής συνέπειας να έχουν καθολικό χαρακτήρα, πράγμα που όμως δεν συμβαίνει εν προκειμένω. Ουδόλως π.χ. η εξαίρεση αυτή φέρεται ότι καταλαμβάνει τις σχετικές προθεσμίες για άσκηση παρεμβάσεως **(αρ. 114 παρ. 2)**, οπότε ελλείπει ειδικής διατάξεως (και δη σε διάστιξη με τις άνωθι μνημονευόμενες περιπτώσεις) δέον όπως κατά αληθή νομική έννοια τηρηθούν σχετικά οι γενικές προθεσμίες.

#### ***-Περιεχόμενο αποφάσεως επί της αιτήσεως προσωρινής επιδικάσεως απαιτήσεως/Σχέση με την οριστική κρίση επί του ενδίκου βοηθήματος της αγωγής***

Αν γίνει δεκτή η απόφαση επιδικάζεται προσωρινώς μέρος, **όχι μεγαλύτερο από το μισό (αρ. 215 παρ. 1 εδ. 1, ΔΠΑ 22318/2017, 18119/2017, 7633/2017, 5632/2002, ΔΠΣερρ. 6/2008)**, της απαίτησης, για την οποία έχει ασκηθεί καταληφιστική αγωγή. Ο ποσοτικός αυτός περιορισμός κρίνεται θεμιτός ενόψει του κινδύνου πλήρους υποκαταστάσεως της οριστικής δικαστικής προστασίας και δη σε ένα όλως πρώιμο χρονικό στάδιο.

Η προσωρινή επιδίκαση για περιοδικές παροχές γίνεται υποχρεωτικά σε παροχές που πρέπει να καταβάλλονται περιοδικώς **(αρ. 215 παρ. 1 εδ. 2, ΔΠΣερρ. 6/2008, ΔΠΑ 802/ 2002, πρβλ. ΔΠΑ 7633/2017)**. Η σχετική ρύθμιση ίσως χρήζει επαναξιολογήσεως, ενόψει του γεγονότος ότι κατά την άσκηση της αγωγής οι σχετικές παροχές έχουν ήδη καταστεί ληξιπρόθεσμες και απαιτητές (πρβλ. και τη νομολογία δυνάμει της οποίας εφαρμόζεται το όριο του εκκλήτου στις εν λόγω αποφάσεις κατά απόκλιση των οριζόμενων στο **αρ. 92 παρ. 4 στοιχ. γ, ΣτΕ 3243/2008, ΔΕφΑ 151/2016, 256/2015, 3129/2013, 205/2012**).

Το επιλαμβανόμενο δικαστήριο διατηρεί τη δυνατότητα όπως προβεί στην προσωρινή επιδίκαση της απαιτήσεως υπό όρους (π.χ. εγγυητική επιστολή ή άλλους, **ΔΠΣερρ 6/2008, αρ. 215 παρ. 2**, που παραπέμπει **σε αρ. 205 παρ. 3**). Η διάταξη αυτή επιτυγχάνει τω όντι μία εναρμόνιση των σχετικών ρυθμίσεων στο πεδίο της προσωρινής δικαστικής προστασίας τόσο επί ασκηθείσας προσφυγής όσο και επί ασκηθείσας αγωγής.

Η απόφαση με την οποία επιδικάζεται προσωρινώς απαίτηση (σε αντιστοιχία και με τα οριζόμενα στο **άρθρο 205 παρ. 2**) παύει αυτοδικαίως να ισχύει (πλην δικαστικών εξόδων κατ' ορθότερη άποψη) από τη δημοσίευση της οριστικής απόφασης επί της καταληφιστικής αγωγής **(αρ. 215 παρ. 3, ΔΠΣερρ 6/2008)**.

Με την οριστική απόφαση, αναλόγως αν γίνεται δεκτή εν όλω ή εν μέρει ή αν απορρίπτεται η καταληφιστική αγωγή (ή λάβει χώρα παραίτηση ή περιορισμός ή τροπή του αιτήματος σε αναγνωριστικό) είτε διενεργείται εκκαθάριση και αφαιρείται από το οριστικώς επιδικαζόμενο ποσό το προσωρινώς επιδικασθέν είτε διατάσσεται η επιστροφή του τελευταίου **(αρ. 215 παρ. 5)**. Δυνάμει της διατάξεως αυτής αποκαθίσταται πλήρως η τάξη ενόψει της κυριαρχικής κρίσεως επί του κυρίως ένδικου βοηθήματος και αναδεικνύεται η εγγενής επικουρικότητα της προσωρινής δικαστικής προστασίας, η οποία πάντως μπορεί να αποβεί πραγματικά ευεργετική σε πρώιμο στάδιο και συντείνει άνευ ετέρου στην έγκαιρη αλλά και ουσιαστική απονομή δικαιοσύνης.

Σε περίπτωση προηγούμενης εκδόσεως αποφάσεως επί της αγωγής έχει κριθεί ότι η δίκη καταργείται κατ' αρ. 142 ΚΔΔ λόγω εκλείψεως αντικειμένου και δη εάν η απόφαση επί της αγωγής εκδοθεί πριν από το πέρας της πρώτης συζητήσεως της αιτήσεως, ενώ εάν αυτό συμβεί σε μεταγενέστερο χρόνο η αίτηση απορρίπτεται **(ΔΠΑ 18119/2017)**.

Αν η αγωγή απορριφθεί ως απαράδεκτη και επανασκηθεί προσηκόντως εντός της προθεσμίας του αρ. 76 παρ. 2 ΚΔΔ, η απόφαση επί της προσωρινής επιδίκασης ορθότερο μάλλον τυγχάνει να θεωρηθεί ότι δεν παύει να ισχύει. Μόνο άλλωστε δια της συγκεκριμένης θεωρήσεως εξασφαλίζεται εν τοις πράγμασιν η ολοσχερής ικανοποίηση των οριζόμενων στο

δεύτερο εδάφιο της οικείας παραγράφου (τα αποτελέσματα της ασκήσεως της δεύτερης αγωγής ανατρέχουν στο χρόνο ασκήσεως της πρώτης), δοθέντος άλλωστε και του άρρηκτου δεσμού μεταξύ των ενδίκων βοηθημάτων οριστικής και προσωρινής δικαστικής προστασίας.

#### ***-Ζητήματα επιδόσεως και εκτελέσεως της εκδιδόμενης αποφάσεως/Ακατάσχετος χαρακτήρας του επιδικασθέντος ποσού***

Η απόφαση επιδίδεται επιμελεία της Γραμματείας στους διαδίκους (**αρ. 215 παρ. 6**) σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 195 (**πρβλ. και άρθρο 205 παρ. 4**), εάν και ο διάδικος πάντα μπορεί να επιδώσει με δική του πρωτοβουλία, προκειμένου να επισπεύσει τις σχετικές διαδικασίες και να ικανοποιηθεί εν τέλει γρηγορότερα. Έχει άλλωστε κριθεί ότι οι επιδόσεις με πρωτοβουλία είτε του ιδιώτη (**αρ. 48**) είτε του δικαστηρίου (**αρ. 195**) έχουν εν γένει ισοδύναμο χαρακτήρα με όλες τις εντεύθεν έννομες συνέπειες (**ΣτΕ 518/2013, πρβλ. ΣτΕ 3043/ 2008, 265/2007**).

Οι αποφάσεις εκτελούνται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 199 (**αρ. 215 παρ. 7 ημικ. 2, ΔΠΣερρ 6/2008**). Συναφώς έχει κριθεί (**ΔΠΑ 2055/2018**) ότι μόνο βάσει απογράφου, ήτοι αντιγράφου του εκτελεστού τίτλου που έχει περιγραφεί τον εκτελεστήριο τύπο, επιδιδόμενου περαιτέρω στον καθ' ου με επιταγή προς πληρωμή γίνεται να λάβει χώρα σύννομα εκτέλεση (επί ποινή ακυρότητας της διαδικασίας εκτελέσεως), ακόμη και όταν η εκτελούμενη απόφαση εκδόθηκε με τη διαδικασία της προσωρινής επιδικάσεως αποφάσεως. Ενόψει της νομικής παραδοχής ότι ακολουθείται κανονικά η διαδικασία εκτελέσεως, νομοτεχνικά μάλλον τυγχάνει επιβεβλημένη η τήρηση και της προθεσμίας του αρ. 4 παρ. 2 Ν. 3068/ 2002, έστω και εάν η καθυστέρηση αυτή αντιβαίνει στη ratio της όλης διαδικασίας. Σκόπιμη τυγχάνει στο σημείο τούτο μια ειδικότερη νομοθετική ρύθμιση, που να ρυθμίζει ad hoc και δη εξαντλητικά τα ζητήματα εκτελέσεως στην παρούσα διαδικασία, λαμβάνοντας υπόψη τις εγγενείς ιδιαιτερότητες, από τις οποίες αυτή εμφορείται.

Τέλος σύμφωνα με τη ρητή σχετική πρόβλεψη στον ΚΔΔ (**αρ. 215 παρ. 4**) θεσπίζεται απαγόρευση συντηρητικής ή αναγκαστικής κατασχέσεως, συμψηφισμού ή εκχωρήσεως του προσωρινώς επιδικασθέντος ποσού. Η επιλογή αυτή τυγχάνει άνευ ετέρου επιτυχημένη, δοθέντος ότι σε διαφορετική περίπτωση ελλοχεύει ο κίνδυνος φαλκιδεύσεως της ίδιας της στόχευσης του θεσμού (εν δυνάμει παροχή άμεσης και έμπρακτης οικονομικής συνδρομής στον πληγέντα αιτούντα), που αναπόδραστα θα οδηγούσε ταυτόχρονα σε μία de facto (μερική έστω) αδρανοποίηση του θεσμού.

#### ***-Αδυναμία ασκήσεως ενδίκων μέσων/Δυνατότητα ανακλήσεως***

Κατά των αποφάσεων επί προσωρινής επιδικάσεως απαιτήσεως δεν χωρούν ένδικα μέσα παρά μόνο (ενδεχομένως) αναίρεση υπέρ του νόμου (**αρ. 215 παρ. 7 ημικ. 2**). Ο νομοθέτης εύλογα επιθυμεί την άμεση και οριστική εκκαθάριση των σχετικών δικών της

προσωρινής δικαστικής προστασίας και την αποφυγή επαναξιολογήσεως του αυτού υποβάθρου.

Η μόνη δυνατότητα ανατροπής της εκδοθείσας αποφάσεως (σε σύμπλευση και με τα οριζόμενα στην προσωρινή δικαστική προστασία επί προσφυγής) είναι η αίτηση ανακλήσεως επί τη βάσει νέων στοιχείων (**αρ. 215 παρ. 2 εδ. 1, που παραπέμπει σε αρ. 205 παρ. 5, ΔΠΑ 329/2000, 1401/2002, πρβλ. και επί αιτήσεως ανακλήσεως σε αναστολή επί προσφυγής ΔΕφα Συμβ 39/2015, 148/2014, 12/2014, 139/2011, ΔΕφΠειρΣυμβ 1/2014, ΔΠΘεσΣυμβ 16/2014, απορ: 239/2012, 36/2010**). Η εξαίρεση αυτή δικαιολογείται ενόψει της μεταβολής των δεδομένων, τα οποία χρήζουν πλέον μίας συναφούς πρωτογενούς στην πραγματικότητα δικαστικής κρίσεως. Σε κάθε περίπτωση πάντως δεν πρέπει να παροράται ότι η παραπομπή στις διατάξεις του άρ. 205 παρ. 5 ΚΔΔ δεν αλλοιώνει τη φύση της διαδικασίας, αφού ρητά δηλώνεται (**αρ. 215 παρ. 2 εδ. 2**) ότι κατά τα λοιπά εφαρμόζεται το άρθρο 214 με όλες τις ειδικές αποκλίσεις ως προς τη διαδικασία, τις οποίες αυτό εισάγει.

#### ***-Δυνατότητα (;) ασκήσεως της αιτήσεως και ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου***

Το εν λόγω ζήτημα ερείζεται ενόψει και της μη υπάρξεως σχετικής ρητής νομοθετικής προβλέψεως. Η γραμματική μάλιστα διατύπωση των οικείων άρθρων 211 και 215 παρ. 3 ΚΔΔ θα μπορούσε μάλιστα να εκληφθεί εν πρώτοις ακόμη και ως ανυπέρβλητο κώλυμα στο όποιο σχετικό εγχείρημα.

Ενόψει της ελλείψεως ειδικής νομοθετικής προβλέψεως, της απαγορεύσεως ασκήσεως ενδίκων μέσων και της εν γένει επιβαλλόμενης άπαξ ασκήσεως της εν λόγω αιτήσεως απόλυτα εύσχημα δύναται να υποστηριχθεί η (ανεπιεικής βεβαίως) θεώρηση ότι (εφόσον επιπροσθέτως δεν έχει λάβει χώρα ούτε μεταβολή των συνθηκών) ουδόλως δύναται να ασκηθεί αίτηση για προσωρινή επιδίκαση της απαιτήσεως ενώπιον του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου, εφόσον τω όντι είχε ασκηθεί αντίστοιχη αίτηση και ενώπιον του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου (**ΔΕφα 743/2010**).

Μάλιστα η ΔΕφα 743/2010 μνημονεύει ad hoc και τη δυνατότητα εφαρμογής της διατάξεως του αρ. 80 παρ. 3 ΚΔΔ, προκειμένου να μη θεωρηθεί ότι αναφέεται έλλειμα δικαστικής προστασίας. Η ρύθμιση αυτή ικανοποιεί βεβαίως μόνο εν μέρει τον εκάστοτε ενδιαφερόμενο, αφού η εφαρμογή της προϋποθέτει κατά απόλυτη νομική αναγκαιότητα την εν μέρει έστω ευδοκίμηση της αγωγής σε πρώτο βαθμό. Σε κάθε δε περίπτωση ευκαίω τυγχάνει η σχετική προβληματική να εξετάζεται πρωτίστως αυτοτελώς επισκοπούμενη και ουχί σε συνάρτηση με τυχόν άλλες και δη διακριτές δικονομικές ρυθμίσεις.

Σε περίπτωση ωστόσο που η εν λόγω αίτηση είτε δεν είχε ασκηθεί ενώπιον του πρωτοβαθμίου δικαστηρίου είτε είχε μεν ασκηθεί αλλά προϊόντος του χρόνου προκύψαν τω όντι νέα στοιχεία αναφέεται άνευ ετέρου δυνατότητα ασκήσεως αυτής και στην κατ' έφεση δίκη. Η παραδοχή συμπλέει με την συνταγματική κατοχύρωση του θεσμού εν γένει της

προσωρινής δικαστικής προστασίας (**αρ. 20 παρ. 1 Σ**), την ανάγκη υπερβάσεως της άκαμπτης ρυθμίσεως του **αρ. 99 ΚΔΔ**, την τελολογία της οικείας εν συνόλω ρυθμίσεως και την άρση της ανεπίτρεπτης διαφορετικά διάστιξης μεταξύ των ενδίκων βοηθημάτων της προσφυγής και της αγωγής ενόψει των οριζομένων στα **αρ. 88 και 206 επ. ΚΔΔ (ΔΕφΚομ 323/2007, ΔΕφΑ 743/2010)**, καθώς και με την ούτως ή άλλως παροχή της δυνατότητας ανακλήσεως της όποιας αποφάσεως επί τη βάσει νέων στοιχείων, που εύλογα μπορεί να ανακύψει και ενώπιον του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου. Η χρήση άλλωστε του όρου «αγωγής» στο άρθρο 211 ΚΔΔ δεν αποκλείει εκ προοιμίου την διαδικασία ενώπιον του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου, ενώ περαιτέρω, όπως ορθά έχει ήδη επισημανθεί (**ΔΕφΚομ 323/2007**), η κατάφαση της σχετικής δυνατότητας (το πρώτον) ενώπιον του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου ενισχύεται παρά αποδυναμώνεται και από την παράγραφο 5 του άρθρου 215 του πιο πάνω Κώδικα όπου γίνεται λόγος για οριστική απόφαση, χωρίς ο νομοθέτης να προβαίνει σε οιαδήποτε διάκριση, ο δε όρος "οριστική" αποβλέπει στο να την αντιδιαστείλει προς την προσωρινού χαρακτήρα απόφαση επί του αιτήματος προσωρινής επιδικάσεως απαιτήσεως και όχι να περιορίσει την κανονιστική εμβέλεια της διατάξεως αυτής μόνο στις οριστικές αποφάσεις των πρωτόδικων δικαστηρίων, αποκλείοντας τις αποφάσεις επί των εφέσεων.

Το όλο ζήτημα χρήζει σχετικής νομοθετικής προσαρμογής προς άρση της όποιας αμφισημίας, ασάφειας ή ελλείψεως των σχετικών διατάξεων. Πρωτίστως δε ένεκα της ανάγκης συστηματικής εναρμόνισης των διατάξεων της προσωρινής δικαστικής προστασίας επί προσφυγής και αγωγής χρήσιμη θα ήταν η καθολική αναγνώριση της σχετικής δυνατότητας ενώπιον του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου (κατά ανάλογη εφαρμογή των αρ. 88 και 206 επ.), η ευδοκίμηση δε της οποίας θα είχε πάντως ως ανώτατο όριο σε κάθε περίπτωση το 50% (ή όποιο άλλο όριο τυχόν θεσπισθεί δια τροποποιήσεως του αρ. 211) του αιτουμένου δια της αγωγής ποσού (συναθροιζομένων δηλαδή των επιδικασθέντων προσωρινά ποσών ενώπιον του πρωτοβαθμίου και δευτεροβαθμίου δικαστηρίου).

### **III. Συμπεράσματα – Προτάσεις**

Ο θεσμός της προσωρινής επιδικάσεως μίας απαιτήσεως σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις του ΚΔΔ έχει συνταγματικό έρεισμα και δύναται να αποτελέσει ένα εξόχως επιτυχημένο μεθοδολογικό εργαλείο για την πρόσφορη ικανοποίηση υπαρκτών αναγκών στο στάδιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Ο πολίτης δύναται να προστατευθεί προσωρινά όχι μόνο αμυνόμενος αλλά και (οιονεί) επιτιθέμενος διεκδικώντας την άμεση καταβολή εις τον ίδιο χρηματικών ποσών.

Η ρυθμιστική εμβέλεια της εν λόγω διαδικασίας δεν είχε καταστεί εισέτι απόλυτα εναργής στην ελληνική έννομη τάξη, εξ ου και δεν υπάρχει μεγάλο πλήθος συναφών δικαστικών αποφάσεων. Όλοι οι παράγοντες μίας δίκης οφείλουμε δίχως άλλο να ενσκήψουμε με περισσή προσοχή στο εν λόγω θεσμό, επί τω τέλει της θεωρητικής αλλά και συνάμα

πρακτικής αναδείξεως της ιδιαίτερης βαρύτητας αλλά και της λυσιτέλειας αυτού. Στο πλαίσιο δε της ομολογουμένως αναγκαίας εξελίξεως της μορφής αυτής προσωρινής δικαστικής προστασίας σκόπιμη άνευ ετέρου τυγχάνει και η επιλεκτική επέμβαση εις αυτή του Έλληνα νομοθέτη, επί τω τέλει πρωτίστως της πληρώσεως ορισμένων αναφευομένων νομοτεχνικών κενών αλλά και της μεγιστοποίησης της ευελιξίας των όρων προσφυγής εις την εν λόγω διαδικασία. Το αποτέλεσμα μίας κατά τα ανωτέρω συλλογικής προσπάθειας σίγουρα θα αναδείξει το ουσιαστικό περιεχόμενο των οικείων διατάξεων, προσδίδοντας σε αυτές ταυτόχρονα πρόσθετη υπεραξία, ως προσήκει άλλωστε κατά αληθή νομική έννοια.

## Η ΑΣΤΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ ΑΠΟ ΙΑΤΡΙΚΟ ΣΦΑΛΜΑ ΤΩΝ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ ΤΟΥ Ε.Σ.Υ. ΚΑΙ ΤΩΝ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΩΝ ΙΔΡΥΜΑΤΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ: ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ

Σεβαστή – Μαρία Καρακώστα, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου

### Εισαγωγή

Αστική ευθύνη του Κράτους ή των ΝΠΔΔ ή λοιπών φορέων που ασκούν δημόσια εξουσία. Πρόκειται για νομικό όρο, ο οποίος αποδίδεται ως η υποχρέωση των ανωτέρω φορέων του Δημοσίου να αποκαταστήσουν την υλική η ηθική ζημία ορισμένου διοικουμένου ή μιας κατηγορίας διοικουμένων, συνήθως, με την καταβολή ανάλογου χρηματικού ποσού, εξαιτίας παράνομης πράξης, παράλειψης ή υλικής ενέργειας οργάνων τους, η οποία έλαβε χώρα κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους.

Σημειωτέον ότι, με την ΟΛΣτΕ 1501/2014, αναγνωρίστηκε η στοιχειοθέτηση αστικής ευθύνης του Δημοσίου και από νόμιμη ενέργεια των οργάνων του, στο πλαίσιο των καθηκόντων τους, εφόσον η βλάβη που προξενείται είναι ιδιαίτερη και σπουδαία.

Σύμφωνα με την ίδια ως άνω απόφαση, συνταγματικό έρεισμα της αστικής ευθύνης του Δημοσίου, αποτελεί, αποκλειστικά, το άρθρο 4 παρ. 5 του Συντάγματος, με την αιτιολογία ότι η ισότητα ενώπιον των δημόσιων βαρών επιβάλλει την αποκατάσταση της ζημίας του διοικουμένου από παράνομη δράση διοικητικού οργάνου, η από νόμιμη δράση αυτού, εφόσον η βλάβη που προξενείται είναι ιδιαίτερη και σπουδαία, ξεπερνώντας, έτσι, τα όρια που είναι, συνταγματικώς, ανεκτά, προς εξυπηρέτηση σκοπού δημόσιου συμφέροντος.

Σε νομοθετικό επίπεδο, οι διατάξεις των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ, που διέπουν την αστική ευθύνη του Κράτους, θέτουν ορισμένες βασικές προϋποθέσεις για την στοιχειοθέτησή της, το εν λόγω ζήτημα όμως εξειδικεύεται κυρίως νομολογιακά και μάλιστα ad hoc, ανάλογα με τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά της εκάστοτε περίπτωσης.

Πιο συγκεκριμένα, το γεγονός αυτό καθίσταται πιο εμφανές στο ειδικότερο πεδίο της ιατρικής ευθύνης σε συνάρτηση με την αστική ευθύνη των Δημόσιων Νοσοκομείων από ιατρικό σφάλμα, όπου δεν υπάρχει ειδικότερη νομοθετική ρύθμιση επί του παρόντος ζητήματος. Τα κρίσιμα νομοθετήματα, τα οποία επικαλείται η νομολογία, προκειμένου να θεμελιώσει την αστική ευθύνη του Δημόσιου Νοσοκομείου είναι ο Α.Ν. 1565/39, περί κανόνων άσκησης του ιατρικού λειτουργήματος, ιδίως τα αρ. 13 και 24 αυτού, ο Ν. 3418/2005, ο οποίος αποτελεί τον ισχύοντα Κώδικα Ιατρικής Δεοντολογίας, οι διατάξεις των αρ. 105-106 ΕισΝΑΚ και οι διατάξεις των αρ. 914, 926-933, 937 ΑΚ.

Στη συνέχεια της παρούσας μελέτης, δύο είναι τα ζητήματα που θα απασχολήσουν. Πρώτον, αυτό της στοιχειοθέτησης αστικής ευθύνης του Νοσοκομείου από παράνομη ιατρική συμπεριφορά, όταν αυτή πραγματώθηκε από ιατρό που υπηρετεί σε νοσοκομείο που έχει ενταχθεί στο Ε.Σ.Υ. Δεύτερον, της στοιχειοθέτησης αστικής ευθύνης του Νοσοκομείου από παράνομη συμπεριφορά, όταν το νοσοκομείο



περιλαμβάνεται μεταξύ αυτών του άρθρου 13 παρ. 10 Ν. 2889/2001 και χαρακτηρίζεται ως νοσοκομείο ιδρυματικού χαρακτήρα.

Στο πλαίσιο του πρώτου σκέλους, το επιστημονικό ενδιαφέρον εστιάζεται κυρίως στην νομολογιακή αντιμετώπιση της παράνομης ιατρικής πράξης καθώς και στην εξωτερική και εσωτερική αιτιώδη συνάφεια που πρέπει να συντρέχει, μεταξύ αυτής και της ζημίας του ασθενούς, ως προϋποθέσεις στοιχειοθέτησης της αστικής ευθύνης του Νοσοκομείου.

Περαιτέρω, αξιοσημείωτη είναι η απάντηση της νομολογίας στο ερώτημα αν μπορεί να θεμελιώσει αστική ευθύνη του Νοσοκομείου η δραστηριότητα των πανεπιστημιακών κλινικών που στεγάζονται εντός αυτού καθώς και στο ερώτημα αν το προσωπικώς ανεύθυνο των ιατρών των Νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ., βάσει των άρθρων 2 και 38 ΥΚ/2007 (Ν. 3528/2007), επεκτείνεται και στους πανεπιστημιακούς ιατρούς.

Ως προς το δεύτερο σκέλος της παρούσας μελέτης, αναφορικά με τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα, όπως αυτά προβλέπονται στο άρθρο 13 παρ. 10 Ν. 2889/2001, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 12 Ν. 3329/2005, το ενδιαφέρον εστιάζεται στις θέσεις της νομολογίας ως προς τα εξής ζητήματα: Πρώτον, στην νομική φύση των εν λόγω νοσηλευτικών ιδρυμάτων, δεύτερον, στο ερώτημα αν μπορεί να τους καταλογιστεί ευθύνη από το σφάλμα του ιατρού που ασκεί καθήκοντα σε αυτά, τρίτον, επί θετικής απάντησης στο προηγούμενο ερώτημα, η νομική φύση της διαφοράς που γεννάται από το σφάλμα του ιατρού, αν πρόκειται, δηλαδή, για διαφορά δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, τέταρτον ποιες νομοθετικές διατάξεις διέπουν την εν λόγω ευθύνη.

Περαιτέρω, ενδιαφέρει η νομολογιακή θέση επί των τεσσάρων ανωτέρω ερωτημάτων όσον αφορά την ιδιαίτερη περίπτωση του Γενικού Περιφερειακού Νοσοκομείου “Παπαγεωργίου”, το οποίο βάσει ρητής νομοθετικής διάταξης, ήτοι βάσει του άρθρου 13 παρ. 11 Ν. 2889/2001, εξαιρείται του Ε.Σ.Υ.

## **1. Νομολογιακές κρίσεις ως προς τις προϋποθέσεις θεμελίωσης αστικής ευθύνης του Νοσοκομείου από παράνομη ιατρική πράξη.**

### **1. α. Η έννοια της παράνομης ιατρικής πράξης**

Κατά πάγια νομολογία, ως παράνομη χαρακτηρίζεται η συμπεριφορά που συγκεντρώνει τα εξής χαρακτηριστικά. Πρώτον, είναι αντίθετη σε επιτακτικό ή απαγορευτικό κανόνα δικαίου, που απονέμει δικαίωμα ή προστατεύει συμφέρον του ζημιωθέντος. Δεύτερον, συνίσταται σε θετική ενέργεια ή παράλειψη ορισμένης ενέργειας. Ωστόσο, δεν απαιτείται, αναγκαστικά, παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου, αλλά αρκεί, για την κατάφαση της παρανομίας, η εκάστοτε κρινόμενη συμπεριφορά να αντιβαίνει στο γενικότερο πνεύμα του δικαίου ή στις επιταγές της έννομης τάξης. Κατόπιν των ανωτέρω, παράνομη είναι η συμπεριφορά, η οποία παραβαίνει την γενική υποχρέωση πρόνοιας και ασφάλειας, δηλαδή την υποχρέωση λήψης ορισμένων μέτρων επιμέλειας, προς αποφυγή πρόκλησης ζημίας σε έννομα αγαθά τρίτων προσώπων, στο πλαίσιο της συναλλακτικής και, γενικότερα, της κοινωνικής δραστηριότητας των ατόμων<sup>1</sup>.

---

1 ΑΠ 221/2016, ΑΠ 88/2016, ΑΠ 602/2015, ΑΠ 675/2014, ΑΠ 974/2014, ΑΠ 687/2013

Από την ανωτέρω νομολογιακή κρίση, συνάγεται ότι μια ιατρική πράξη δεν είναι άνευ ετέρου, τελικώς, παράνομη, αλλά εξετάζεται αν αυτή έχει κατ' αρχήν, νομιμοποιηθεί και αν συντρέχει λόγος άρσης και της τελικής παρανομίας της. Η προϋπόθεση αυτή συντρέχει, εφόσον ο θεράπων ιατρός έχει εξασφαλίσει την συναίνεση του ασθενούς για την επιχειρούμενη ιατρική πράξη, κατόπιν πλήρους, σαφούς και ορισμένης ενημέρωσης του τελευταίου και εφόσον διεξήγαγε την εν λόγω ιατρική πράξη *lege artis*.

### **1. β. Η περίπτωση της αυθαίρετης ιατρικής πράξης**

Ειδικότερα, η αυθαίρετη ιατρική πράξη, εκείνη δηλαδή η πράξη που επιχειρείται άνευ προηγούμενης ενημέρωσης και συναίνεσης του ασθενούς, είναι μια αρχικά και τελικά παράνομη ιατρική πράξη. Κατά την κρατούσα άποψη, νομική βάση επί της οποίας θεμελιώνεται η παρανομία αυτή συνιστά το άρθρο 929 ΑΚ, κατά την οποία η εν λόγω επεμβατική πράξη αποτελεί βλάβη του σώματος ή της υγείας του ασθενούς. Νομολογιακά, ωστόσο, συναντώνται δικαστικές αποφάσεις, όπου η παρανομία θεμελιώθηκε στο άρθρο 59 ΑΚ και αντιμετωπίστηκε ως προσβολή της προσωπικότητας του ασθενούς<sup>2</sup>.

Νομοθετικό έρεισμα περί του δικαιώματος ενημέρωσης του ασθενούς προς παροχής συνειδητής συναίνεσής του για την διενέργεια ορισμένης ιατρικής πράξης συνιστούν τα άρθρα 5-10 Ν. 2619/1998, που εισήγαγε στην ελληνική έννομη τάξη την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα και τη Βιοϊατρική (Οβιέδο 1997), τα άρθρα 5 παρ.1 και 2 παρ. 1 του Συντάγματος και τα άρθρα 11 και 12 ΚΙΔ (Ν. 3418/2005).

Πιο συγκεκριμένα, η ενημέρωση που παρέχεται στον ασθενή πρέπει να είναι πλήρης, δηλαδή να μην παραλείπει βασικά δεδομένα για την κατάσταση της υγείας του ασθενούς, το περιεχόμενο και τα αποτελέσματα της προτεινόμενης ιατρικής πράξης, τις συνέπειες και τους ενδεχόμενους κινδύνους ή επιπλοκές από την εκτέλεσή της, τις εναλλακτικές προτάσεις, καθώς και για τον πιθανό χρόνο αποκατάστασης<sup>3</sup>. Περαιτέρω, η ενημέρωση πρέπει να είναι κατανοητή, ήτοι να γίνεται σύμφωνα με την διανοητική ικανότητα του ασθενούς, με το βασικό επίπεδο της μόρφωσής του και με βάση αν διαθέτει ειδικές γνώσεις επί του θέματος<sup>4</sup>. Με εναλλακτική διατύπωση, η συναίνεση του ασθενούς για ορισμένη ιατρική πράξη, προκειμένου να είναι έγκυρη, πρέπει να είναι “πληροφορημένη”, απαιτείται δε να παραμένει ικανός χρόνος μεταξύ της ενημέρωσης και της διενέργειας της ιατρικής πράξης, ώστε ο ασθενής να αποφασίσει σοβαρά και χωρίς πίεση αν θα υποβληθεί στην προτεινόμενη ιατρική αγωγή, ενώ τέτοιος χρόνος δεν υφίσταται από τη στιγμή που ο ασθενής έχει ήδη εισέλθει στους τυχόν ειδικούς χώρους που θα γίνει η ιατρική πράξη (π.χ. χειρουργείο), αφού πλέον δεν βρίσκεται σε συνθήκες ηρεμίας για μια τέτοια κρίσιμη απόφαση<sup>5</sup>.

Επί του ανωτέρω ζητήματος, έχει κριθεί ότι, κατά την άσκηση οποιασδήποτε φύσης ιατρικής πράξης, υφίσταται υποχρέωσή του ιατρού να ενημερώνει τον ασθενή ως

2 ΕφΑθ 5512/2003, ΠπρΧανίων 226/2009

3 Τ.Κ. Βιδάλης, Θ.Κ. Παπαχρίστου κλπ, *Ιατρική Δεοντολογία- Κατ' άρθρο ανάλυση του Ν. 3418/2005*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ 103, όπου αναφέρεται ότι πλήρης είναι η ενημέρωση όταν δεν παραλείπει βασικά δεδομένα για την κατάσταση της υγείας και τις δυνατές ιατρικές επιλογές.

4 Τ.Κ. Βιδάλης, Θ.Κ. Παπαχρίστου κλπ, *Ιατρική Δεοντολογία- Κατ' άρθρο ανάλυση του Ν. 3418/2005*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ 104

5 11330.2/2002 Πόρισμα του Συνηγούρου του Πολίτη

προς το είδος, τους κινδύνους και τις πιθανότητες αποτυχίας της θεραπείας, που επιλέγει, κι' αυτό, προκειμένου ο ασθενής, ενημερωμένος πλέον, να καταλήξει σε έγκυρη συναίνεση ως προς τη διενέργεια της ιατρικής πράξης, ως εκ τούτου, η ενημέρωση του ασθενούς αποτελεί δικαίωμα αυτού και υποχρέωση του ιατρού, η παραβίαση της οποίας συνιστά νόμιμο λόγο ευθύνης προς αποζημίωση του ασθενούς, σε περίπτωση επέλευσης βλάβης στη σωματική και ψυχική υγεία του ασθενούς από επιπλοκές, σχετιζόμενες με την εφαρμογή των πιο πάνω θεραπευτικών και ιατρικών μεθόδων και πρακτικών, κατ' εφαρμογή των άρθρων 105 και 106 του Εισ.Ν.Α.Κ<sup>6</sup>.

### 1. γ. Η περίπτωση του ιατρικού σφάλματος

Εφόσον ορισμένη ιατρική πράξη διενεργείται *lege artis*, δεν υφίσταται παρανομία της. Το ως άνω γεγονός κρίνεται με βάση ένα σύνολο προδιαγραφών που συναπαρτίζουν οι εκάστοτε αντικειμενικές περιστάσεις, οι κανόνες του θετικού δικαίου, οι άγραφοι κανόνες της ιατρικής επιστήμης και η πρακτική εμπειρία, όλα δε τα ανωτέρω συνιστούν τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης και τέχνης, βάσει των οποίων πρέπει να επιχειρείται η εκάστοτε επεμβατική πράξη, ώστε να αίρεται η παρανομία της, επί βλάβης της υγείας του ασθενούς<sup>7</sup>.

Αν ο θεράπων ιατρός επιδειξει ορισμένη συμπεριφορά, υπό ορισμένη περίσταση, ωστόσο, χωρίς αυτή να ανταποκρίνεται στις αυξημένες και ιδιαίτερες απαιτήσεις της παρούσας κατάστασης, ήτοι συμπεριφορά που υπολείπεται και υστερεί, συγκριτικά με εκείνη την συμπεριφορά που θα έπρεπε κανονικά να έχει επιδείξει, σύμφωνα με τους κανόνες και τα δεδομένα της ιατρικής επιστήμης (*lege artis*)<sup>8</sup>, υποπίπτει στην τέλεση ιατρικού σφάλματος, που, ενδεχομένως, να θεμελιώνει αντικειμενική ευθύνη του Δημοσίου προς αποκατάσταση της ζημίας του ασθενούς. Σημειωτέον ότι ιατρικό σφάλμα αποτελεί τόσο η παραβίαση από τον ιατρό των κανόνων και αρχών της ιατρικής επιστήμης (*lege artis*) όσο και κάθε αμελής συμπεριφορά του, ανεξάρτητα από την τήρηση ή μη αυτών.

Κατόπιν των ανωτέρω, για την κατάφαση ιατρικού σφάλματος, θεμελιώδης είναι η έννοια της ιατρικής αμέλειας. Η νομολογία έκρινε ότι ιατρική ευθύνη θεμελιώνεται, όταν ο ιατρός παραβαίνει τις υποχρεώσεις του, με κυριότερη περίπτωση αυτή της μη τήρησης των κανόνων της ιατρικής επιστήμης και τέχνης, οπότε η ιατρική πράξη δεν επιχειρείται *lege artis*, συνεπώς στοιχειοθετείται ιατρικό σφάλμα, το οποίο οφείλεται σε αμέλεια αυτού, δηλαδή στη μη καταβολή της δέουσας προσοχής που όφειλε και μπορούσε αυτός να καταβάλει, με κριτήριο την προσοχή που μπορούσε και όφειλε να καταβάλει ο μέσος συνετός ιατρός της ίδιας ειδικότητας<sup>9</sup>. Μάλιστα, κρίθηκε ότι ο ιατρός οφείλει να παρέχει την ιατρική του συνδρομή όχι μόνο, όπως ορίζει το άρθρο 330 ΑΚ, δηλαδή κατά το μέτρο της επιμέλειας που απαιτείται στις συναλλαγές, αλλά με ζήλο, ευσυνειδησία και αφοσίωση, σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές της ιατρικής

6 ΑΠ 221/2016, ΑΠ 687/2013, ΔΕφΑθ 2244/2009

7 ΑΠ 1355/2011, ΑΠ 1332/2014, ΑΠ 1683/2014, ΜπρΚω 824/2011, ΜπρΛαρ 56/2015, όπου κρίθηκε ότι ουδεμία ευθύνη φέρει ο ιατρός αν ενήργησε κατά τα διδάγματα της ιατρικής επιστήμης (*lege artis*)

8 Βλ. Κατερίνα Φουντεδάκη, Η αστική ιατρική ευθύνη, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2004, σελ. 322

9 ΑΠ 1355/2011, ΑΠ 1332/2014, ΑΠ 1683/2014, Εφθες 2384/2005, ΜπρΚω 824/2011

επιστήμης και της πείρας που έχει αποκτήσει<sup>10</sup>. Το ως άνω γεγονός ενισχύεται και από την διάταξη του αρ. 24 Ν. 1565/39.

Επιπροσθέτως, έχει απασχολήσει το ζήτημα αν η αμέλεια στην περίπτωση του ιατρικού σφάλματος αποτελεί στοιχείο του παρανόμου ή της υπαιτιότητας, ως προς τις προϋποθέσεις του αρ. 914 ΑΚ. Επί του ζητήματος αυτού, η νομολογία δέχεται τη διπλή λειτουργία της αμέλειας, τόσο ως στοιχείο του παρανόμου όσο και της υπαιτιότητας, με αποτέλεσμα η παραβίαση των κανόνων και αρχών της ιατρικής επιστήμης, όπως αυτοί απορρέουν από το γενικό καθήκον πρόνοιας και ασφάλειας, που οδηγεί σε ζημία του ασθενούς, να είναι συμπεριφορά παράνομη και, συγχρόνως, υπαίτια<sup>11</sup>.

Περιπτώσεις ιατρικού σφάλματος, εκτός από τη συνηθέστερη, όπου ο ιατρός δεν ενήργησε την ιατρική πράξη *lege artis*<sup>12</sup>, μπορεί, κατά περιστάσεις, να συνιστούν η λανθασμένη διάγνωση της ασθένειας του πάσχοντος ασθενή<sup>13</sup>, η εσφαλμένη επιλογή θεραπευτικής οδού<sup>14</sup>. Τέλος, σε ορισμένες περιπτώσεις, και η πλημμελής τήρηση αρχείου, η οποία αφορά την καταγραφή όλων εκείνων των υλικών ενεργειών (πχ διενέργεια κλινικών εξετάσεων, πόρισμα αυτών και αξιολόγησή του), που οδήγησαν στην πρόταση της εν λόγω θεραπευτικής οδού ως ενδεδειγμένης, ενδέχεται να κατατείνει στην θεμελίωση ιατρικού σφάλματος.

#### **1. δ. Εσωτερικός αιτιώδης σύνδεσμος ζημιογόνας πράξης και βλάβης του ασθενούς**

Για τη θεμελίωση αντικειμενικής ευθύνης του Δημοσίου προς αποκατάσταση της βλάβης του ασθενούς από παράνομη συμπεριφορά ιατρού που υπάγεται στο προσωπικό του, πρέπει να συντρέχουν ορισμένες νόμιμες προϋποθέσεις.

Πρώτον, θα πρέπει να συντρέχει οργανικός δεσμός του ιατρού με το Νοσοκομείο, ο οποίος θεμελιώνεται σε μονομερή ή συμβατικό δεσμό, ήτοι να κατέχει ο ιατρός θέση που εξυπηρετεί πάγιες και λειτουργικές ανάγκες της υπηρεσίας, ανεξαρτήτως αν πρόκειται για μόνιμο δημόσιο υπάλληλο ή υπάλληλο ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου.

Δεύτερον, η παράνομη υλική ενέργεια ή παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας να συνδέεται με την οργάνωση και λειτουργία των δημόσιων υπηρεσιών ή των υπηρεσιών ΝΠΔΔ και να μην συνδέονται με την ιδιωτική διαχείριση του Δημοσίου ή ΝΠΔΔ, ούτε να οφείλονται σε προσωπικό πταίσμα οργάνου που ενήργησε εκτός του κύκλου των υπηρεσιακών του καθηκόντων<sup>15</sup>.

Βάσει της ανωτέρω θέσης, κατά την οποία η δημόσια εξουσία συμπίπτει με την δημόσια υπηρεσία, οι ιατροί ασκούν δημόσια εξουσία με την επιχείρηση υλικών

---

10 ΜΠρΛαρ 56/2015

11 ΑΠ 10/2013

12 ΣτΕ 735/2010, ΣτΕ 2544/2010, ΣτΕ 5/2011, ΣτΕ 573/2013, ΣτΕ 2669/2015, ΣτΕ 2664/2015

13 ΣτΕ 424/2012, ΣτΕ 1219/2012, ΣτΕ 5001/2012, ΔπρΘεσσαλ 2707/1999

14 ΣτΕ 1243/2010, ΣτΕ 1405/2013

15 Α.Ε.Δ. 5/1995, ΣτΕ 1471/2008, ΣτΕ 5/2011, ΣτΕ 2202/2014, ΣτΕ 4410/2015

ενεργειών, με συνέπεια οι πράξεις ή παραλείψεις τους να στοιχειοθετούν αστική ευθύνη του Νοσοκομείου, όπου εντάσσονται.

### **1. ε. Εξωτερικός αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ παράνομης ιατρικής πράξης και βλάβης του ασθενούς**

Ως προς τη συνδρομή αιτιώδους συνάφειας μεταξύ παράνομης ιατρικής πράξης και βλάβης της υγείας του ασθενούς, έχει, παγίως, κριθεί ότι αυτός συντρέχει όταν, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, η πράξη ή η παράλειψη είναι επαρκώς ικανή (πρόσφορη) και μπορεί κατά τη συνήθη και κανονική πορεία των πραγμάτων, να επιφέρει τη ζημία<sup>16</sup>.

Ακόμη, έχει κριθεί ότι αιτιώδης σύνδεσμος υφίσταται και στην περίπτωση που έλαβαν χώρα περισσότερες διαδοχικές (ιατρικές) πράξεις, καθεμιά από τις οποίες δεν ήταν ικανή να επιφέρει αυτοτελώς τη βλάβη του ασθενούς, ωστόσο ο μεταξύ τους συνδυασμός οδήγησε στο ζημιογόνο αποτέλεσμα, επομένως οι περισσότερες ιατρικές πράξεις πρέπει να κρίνονται από τα δικαστήρια όχι μόνο αυτοτελώς αλλά και σωρευτικά μεταξύ τους<sup>17</sup>.

Περαιτέρω, η νομολογία έχει αποφανθεί ότι, όταν μια παράνομη ιατρική πράξη ή παράλειψη δεν οδήγησε ευθέως η ίδια στην βλάβη του σώματος ή της υγείας του ασθενούς, ωστόσο περιόρισε σημαντικά τις πιθανότητες ευνοϊκής εξέλιξης της πορείας του ασθενούς, σύμφωνα με τα διδάγματα της ιατρικής επιστήμης, τότε θεμελιώνεται ευθύνη του Νοσοκομείου προς αποζημίωση<sup>18</sup>.

Ως προς τον αναιρετικό έλεγχο του αιτιώδους συνδέσμου, η νομολογία έχει αποφανθεί ότι η μεν κρίση περί του εάν τα ανελέγκτως και κυριαρχικώς διαπιστωθέντα από το δικαστήριο της ουσίας πραγματικά περιστατικά, γενικώς και αφηρημένως λαμβανόμενα, επιτρέπουν το συμπέρασμα ότι η πράξη ή η παράλειψη μπορεί να θεωρηθεί αντικειμενικά ως πρόσφορη αιτία του παραχθέντος αποτελέσματος, υπόκειται στον αναιρετικό έλεγχο, αφού σχηματίζεται με τη χρησιμοποίηση των διδαγμάτων της κοινής πείρας κατά την υπαγωγή των διαπιστωθέντων πραγματικών περιστατικών στην αόριστη νομική έννοια του αιτιώδους συνδέσμου, η περαιτέρω όμως κρίση του δικαστηρίου της ουσίας περί του ότι στη συγκεκριμένη (ένδικη) περίπτωση η πράξη ή η παράλειψη αποτέλεσε ή δεν αποτέλεσε την αιτία του επιζήμιου αποτελέσματος, περί του ότι δηλαδή το ζημιογόνο γεγονός σε σχέση με τη ζημία βρίσκεται ή δεν βρίσκεται σε σχέση αιτίου και αποτελέσματος, ως αναγόμενη σε εκτίμηση πραγματικών γεγονότων, δεν υπόκειται σε αναιρετικό έλεγχο<sup>19</sup>.

---

16 ΑΠ (ποιν) 676/2014, όπου αναφέρεται ότι "... η κρατούσα στο ποινικό δίκαιο άποψη ακολουθεί τα πορίσματα της θεωρίας του ισοδυνάμου των όρων, υπό την παραλλαγή της ενεργούς αιτίας, εν αντιθέσει προς τη θεωρία της πρόσφορης αιτιότητας, η οποία επικρατεί όσον αφορά την αστική ευθύνη..."

17 ΣτΕ 424/2012, ΑΠ 424/2012, ΣτΕ 573/2013, ΣτΕ 2224/2014, ΣτΕ 2669/2015, ΣτΕ 4422/2015, βλ και ΔεφΑΘ 3897/1999 ειδικά για διαδοχικές ιατρικές πράξεις

18 ΔεφΘεσ 1228/2008

19 Σ.τ.Ε. 334/2008, 1019/2008, ΣτΕ 5001/2012, ΑΠ 1009/2013, ΣτΕ 2202/2014, ΣτΕ 2224/2014,

## **2. Η αστική ευθύνη των Νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ.**

### **2. α. Η νομική φύση της αστικής ευθύνης του Δημοσίου από ιατρικό σφάλμα**

Η αστική ευθύνη του Δημοσίου Νοσοκομείου συνιστά ευθύνη εξωσυμβατική/αδικοπρακτική. Σχετικά η νομολογία έχει κρίνει ότι η έννομη σχέση που συνδέει τον ασθενή με το δημόσιο νοσηλευτήριο, εξελισσόμενη στα πλαίσια της παραπάνω δημόσιας υπηρεσίας και διεπόμενη από καθεστώς δημοσίου δικαίου, δηλαδή, από τη νομοθεσία περί Εθνικού Συστήματος Υγείας ( Ε.Σ.Υ. ), όπως αυτή εκάστοτε ισχύει, είναι σχέση δημοσίου δικαίου και ερείδεται στο δημοσίου δικαίου δικαίωμα κάθε πάσχοντος να ζητήσει να του παρασχεθούν οι αρμόζουσες στην κατάσταση του υπηρεσίες υγείας . Επομένως, μεταξύ χρήστη των δημοσίων υπηρεσιών υγείας και κρατικού νοσηλευτηρίου, δεν υφίσταται συμβατική ή άλλη σχέση, η οποία προσιδιάζει στο ιδιωτικό δίκαιο, αλλά σχέση δημοσίου δικαίου<sup>20</sup>.

### **2. β. Η σύσταση των Νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ. ως ΝΠΔΔ**

Κατά τον ισχύοντα Ν. 3329/2005, τα Νοσοκομεία που εντάσσονται στο Ε.Σ.Υ. ιδρύονται ως ΝΠΔΔ με τυπικό νόμο, διαθέτουν δική τους νομική προσωπικότητα, τελούν υπό καθεστώς πλήρους αυτοδιοίκησης, ασκώντας δημόσια εξουσία, κατά παραχώρηση από το κράτος, προς εξυπηρέτηση δημόσιου συμφέροντος, και απολαμβάνοντας ιδιαίτερων προνομίων, όπως φορολογικών. Ως εκ τούτου, υπέχουν αντικειμενική αστική ευθύνη, κατ' άρθρο 105-106 ΕΙσΝΑΚ<sup>21</sup>.

Σκόπιμη κρίνεται η αντιπαραβολή του σημερινού νομοθετικού καθεστώτος με αυτό που εισήγαγε ο Ν. 2889/2001, κατά τον οποίο η χώρα διαιρείται σε υγειονομικές περιφέρειες (Υ.ΠΕ.), οι οποίες ταυτίζονται με τις Διοικητικές, ενώ σε κάθε υγειονομική περιφέρεια της χώρας ιδρύεται ΝΠΔΔ με την επωνυμία “Περιφερειακό Σύστημα Υγείας”<sup>22</sup>. Τα Νοσοκομεία ιδρύονται ως αποκεντρωμένες και ανεξάρτητες υπηρεσιακές μονάδες των Πε.Σ.Υ., χάνοντας την νομική τους προσωπικότητα, διατηρώντας, ωστόσο, διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια και υπόκεινται στην εποπτεία του Υπουργού Υγείας και Πρόνοιας<sup>23</sup>.

Κατά την ισχύ του ως άνω νόμου, το ΣτΕ ήρθε αντιμέτωπο με το ζήτημα αν, επί αγωγής αποζημίωσης από σφάλμα ιατρού που υπηρετεί σε Δημόσιο Νοσοκομείο, νομιμοποιείται παθητικά το ίδιο το Νοσοκομείο ή το Περιφερειακό Σύστημα Υγείας, έκρινε υπέρ της παθητικής νομιμοποίησης του πρώτου. Κριτήριο αποτέλεσαν τα εξής γεγονότα, ανεξαρτήτως της απώλειας της νομικής προσωπικότητας των Νοσοκομείων. Πρώτον, τα Νοσοκομεία μετατράπηκαν, αυτοδικαίως, σε αποκεντρωμένες και ανεξάρτητες υπηρεσιακές μονάδες. Δεύτερον, διατήρησαν την διοικητική και οικονομική αυτοτέλειά τους. Τρίτον, συνέχισαν να έχουν τη διοίκηση του προσωπικού τους και, παρ' όλο που η περιουσία τους περιήλθε στο ΠΕ.Σ.Υ.,

---

20 ΔΕφΑθ 2244/2009

21 ΣτΕ 2816/2015

22 ΣτΕ 808/2011

23 ΣτΕ 407/2006

συνέχισαν να έχουν την αποκλειστική χρήση και διαχείριση των περιουσιακών τους στοιχείων. Μάλιστα, σε περίπτωση καταδίκης του, την αποζημίωση καταβάλει το ίδιο το Νοσοκομείο και όχι το ΠΕ.Σ.Υ.<sup>24</sup>.

## **2. γ. Η αστική ευθύνη του Νοσοκομείου από τη δράση των πανεπιστημιακών κλινικών**

Κατά τη διάταξη του άρθρου 13 του Ν 1397/1983 "Εθνικό Σύστημα Υγείας", στα νοσοκομεία μπορούν να εγκαθίστανται και να λειτουργούν πανεπιστημιακές κλινικές, εργαστήρια και ειδικές μονάδες, που στελεχώνονται αποκλειστικά με πανεπιστημιακό ιατρικό και λοιπό επιστημονικό προσωπικό. Η εγκατάσταση γίνεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Υγείας - Πρόνοιας και Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων, ύστερα από γνώμη του Ιατρικού Τμήματος και πρόταση του ΚΕΣΥ<sup>25</sup>. Οι πανεπιστημιακές κλινικές του Ε.Σ.Υ., ως προς το κλινικό έργο, υπάγονται στο Υπ. Υγείας, ενώ ως προς το διδακτικό, ερευνητικό και διοικητικό έργο, υπάγονται στο Υπ. Παιδείας<sup>26</sup>.

Ζήτημα δημιουργείται αν θεμελιώνεται αστική ευθύνη των Νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ. από πράξεις ή παραλείψεις ιατρών των πανεπιστημιακών κλινικών που εντάσσονται σε αυτά.

Επί του παρόντος ζητήματος, το πανεπιστημιακό προσωπικό που υπηρετεί στις πανεπιστημιακές κλινικές συνδέεται οργανικά με το νοσοκομείο και υπάγεται στη δικαιοδοσία, τον επιστημονικό και ιεραρχικό έλεγχο των αρμοδίων οργάνων του νοσοκομείου, όπως δηλαδή και το λοιπό προσωπικό της ιατρικής υπηρεσίας. Ως εκ τούτου, το πανεπιστημιακό προσωπικό θεωρείται όργανο του νοσοκομείου, κατά την έννοια των άρθρων 105 και 106 του Εισ.Ν.Α.Κ. Συνεπώς, από τις παράνομες πράξεις ή παραλείψεις ή υλικές ενέργειες ή παραλείψεις υλικών ενεργειών του προσωπικού αυτού, κατά την παροχή ιατρικών υπηρεσιών, μπορεί να θεμελιωθεί ευθύνη προς αποζημίωση του νοσοκομείου, στο οποίο λειτουργούν οι εν λόγω κλινικές, εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις που τάσσουν οι διατάξεις<sup>27</sup>.

## **2. δ. Η προσωπική αστική ευθύνη των ιατρών του Ε.Σ.Υ. και των πανεπιστημιακών ιατρών**

Όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, οι ιατροί του Δημόσιου Νοσοκομείου αποτελούν όργανα αυτού και με τις υλικές τους ενέργειες ασκούν δημόσια εξουσία, δεσμεύοντας νομικά αυτό.

Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 24 παρ. 2 εδ α Ν. 1937/1983, οι ιατροί που είναι ενταγμένοι στο Ε.Σ.Υ. είναι μόνιμοι δημόσιοι λειτουργοί, ως εκ τούτου απαγορεύεται να ασκούν την ιατρική ως ελεύθερο επάγγελμα. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, σύμφωνα με την κρατούσα στη θεωρία και νομολογία άποψη, η σχέση που συνδέει τον ασθενή με το δημόσιο νοσηλευτήριο είναι σχέση δημοσίου δικαίου.

---

24 ΣτΕ 2816/2015, κατόπιν εισαγωγής της υπόθεσης στην επταμελή σύνθεση με την ΣτΕ 2011/2014.

25 ΣτΕ 2938/1989

26 ΣτΕ 1678/2002

27 ΓνωμΕισ ΑΠ 3/2007, ΣτΕ 2736/2007, ΣτΕ 735/2010, ΣτΕ 1219/2012, ΣτΕ 2877/2014

Κατά τα ανωτέρω, κατ' αρχήν εφαρμόζεται το άρθρο 105 εδ β ΕισΝΑΚ περί της εις ολόκληρον ευθύνης του Δημοσίου και του υπαίτιου για τη ζημία του διοικουμένου οργάνου. Ωστόσο, από το συνδυασμό των άρθρων 2 και 38 του ΥΚ/2007, τα οποία κατισχύουν έναντι της ανωτέρω γενικότερης διάταξης του εισαγωγικού νόμου του Αστικού Κώδικα, συνάγεται ρητώς το ανεύθυνο του ιατρού που ζημίωσε τον ασθενή.

Ως εκ τούτου, θεμελιώνεται περιορισμένη ευθύνη του ιατρού έναντι του Νοσοκομείου, μόνο εφόσον αυτός βαρύνεται με δόλο ή βαριά αμέλεια. Δύο είναι οι συνέπειες του ανωτέρω γεγονότος. Πρώτον, ο ζημιωθείς ασθενής μπορεί να στραφεί μόνο κατά του Νοσοκομείου, προς αποκατάσταση της βλάβης του, αλλά όχι, προσωπικά, κατά του ιατρού που τον ζημίωσε<sup>28</sup>. Δεύτερον, ο ιατρός είναι υπόχρεος μόνο έναντι του Νοσοκομείου, μέχρι του ποσού του ύψους της αποζημίωσης που πράγματι το τελευταίο κατέβαλε και εξ αυτού του λόγου δικαιούται να στραφεί αναγωγικά κατά του ιατρού.

Σε ό,τι αφορά τους πανεπιστημιακούς ιατρούς, ζήτημα ανέκυψε ως προς την επέκταση του προσωπικώς ανεύθυνου που κατοχυρώνεται στο άρθρο 38 ΥΚ/2007 και σε αυτή την κατηγορία του ιατρικού προσωπικού των Νοσοκομείων. Το εν λόγω ζήτημα λύθηκε με την ΟΛΑΠ 3/2009, όπου εφαρμοστέο ήταν το άρθρο 85 παρ. 1 του ΠΔ 611/1977, που κωδικοποίησε τον υπαλληλικό κώδικα που κυρώθηκε με τον Ν. 1811/1951, συμπίπτει δε, κατά περιεχόμενο, με το άρθρο 38 παρ. 1 του Υπαλληλικού Κώδικα που κυρώθηκε τόσο με τον Ν. 2638/1999 όσο και με τον μεταγενέστερο και σήμερα ισχύοντα Ν. 3528/2007.

Με την παρούσα απόφαση, κρίθηκε ότι το ανεύθυνο που κατοχυρώνει ο υπαλληλικός κώδικας δεν επεκτείνεται στους καθηγητές – ιατρούς, με την αιτιολογία ότι, πρώτον, η ρύθμιση της υπηρεσιακής τους κατάστασης εν γένει δεν υλοποιείται βάσει του Υπαλληλικού Κώδικα, δεύτερον, η μη επέκταση του ανεύθυνου του δημοσίου υπαλλήλου σε αυτούς δεν προσκρούει στο άρθρο 4 παρ. 1 Σ, καθώς δεν εισάγει δυσμενή διάκριση σε βάρος τους έναντι των λοιπών δημοσίων υπαλλήλων, αφού *“...συνάδει προς την ιδιότητα αυτών ως ανωτάτων δημοσίων λειτουργών με αυξημένο κύρος και με την απ' αυτήν απορρέουσα πρόσθετη ευθύνη από εκείνη του απλού δημοσίου υπαλλήλου, κατά την άσκηση του λειτουργήματός τους...”*, και παρά το γεγονός ότι, παράλληλα, αποτελούν και ιατρούς του Ε.Σ.Υ., αφού με δική τους επιλογή και για προσωπικό τους όφελος κατείχαν, ταυτοχρόνως, και τη θέση του καθηγητή σε Α.Ε.Ι.,

Ωστόσο, υπό τον ισχύοντα σήμερα ΥΚ/2007, το ζήτημα αυτό έχει λυθεί προς την αντίθετη κατεύθυνση, ήτοι το ανεύθυνο του δημοσίου υπαλλήλου επεκτείνεται και στους καθηγητές-ιατρούς, σύμφωνα με το άρθρο 2 και 38 παρ. 1 του ως άνω νόμου, εφόσον δεν υφίσταται ειδικότερη ρύθμιση που να θεσπίζει την προσωπική ευθύνη των καθηγητών-ιατρών.

### **3. Τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα**

#### **3. α. Η νομική φύση των νοσοκομείων ιδρυματικού χαρακτήρα**

Τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα προσδιορίζονται στις διατάξεις των άρθρων 13 παρ. 10 Ν. 2889/2001 και 12 Ν. 3329/2005. Τα ανωτέρω νοσοκομεία,



σήμερα, αποτελούν ΝΠΔΔ και υπάγονται στο Ε.Σ.Υ. Η ιδιαιτερότητά τους σε σχέση με τα υπόλοιπα νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ. έγκειται αφενός στην διαφοροποίηση του τρόπου ίδρυσής τους και αφετέρου στο γεγονός ότι το νομοθετικό καθεστώς περί οργάνωσης και λειτουργίας τους δεν ταυτίζεται, καθ' ολοκληρία, με το νομοθετικό καθεστώς οργάνωσης και λειτουργίας των λοιπών Νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ.

Ειδικότερα, ο χαρακτηρισμός των εν λόγω νοσοκομείων ως “ιδρυματικού χαρακτήρα” πηγάζει από δύο κυρίως γεγονότα. Πρώτον, από τον ιδιαίτερο τρόπο σύστασής τους, καθώς δεν ιδρύθηκαν εξαρχής ως ΝΠΔΔ, όπως τα λοιπά νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ., αλλά συστάθηκαν είτε με δικαιοπραξία εν ζωή, ήτοι δωρεά<sup>29</sup>, είτε με διάταξη τελευταίας βούλησης<sup>30</sup>, ως ΝΠΔ. Δεύτερον, από το γεγονός ότι, σήμερα, η οργάνωση και λειτουργία τους ρυθμίζεται από το ισχύον νομοθετικό καθεστώς του Ε.Σ.Υ., υπό τους περιορισμούς, όμως, που θέτει ο οργανισμός τους, όπως αυτός διαμορφώθηκε βάσει της βούλησης του διαθέτη ή του δωρητή, την οποία η νομοθεσία απαγορεύεται να μεταβάλλει ουσιωδώς.

Κατόπιν των ανωτέρω, καθίσταται σαφές το γεγονός ότι τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα, κατ' αρχήν, ιδρύθηκαν ως ΝΠΔ, με εφαρμοστέων, επί αυτών, των διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου. Τη σημερινή τους νομική μορφή ως ΝΠΔΔ υπαγόμενα στο Ε.Σ.Υ. την έλαβαν με την δημοσίευση σχετικών προεδρικών διαταγμάτων, βάσει της διάταξης του άρθρου 7 παρ. 2 ΝΔ 2592/1953 και, μεταγενέστερα, βάσει του άρθρου 6 παρ. 4 Ν. 1397/1983, όπως τα νομοθετήματα αυτά ίσχυσαν, και κατόπιν λήψης σχετικής απόφασης από τα διοικητικά συμβούλια αυτών<sup>31</sup>, με την αιτιολογία ότι, με τον τρόπο αυτό, εξυπηρετείται πληρέστερα ο σκοπός τους, όπως ορίστηκε από τον δωρητή ή διαθέτη.

### **3. β. Η υπαγωγή των νοσοκομείων ιδρυματικού χαρακτήρα στο άρθρο 109 του Συντάγματος**

Παρά την νομική φύση των νοσοκομείων ιδρυματικού χαρακτήρα ως ΝΠΔΔ, το νομοθετικό καθεστώς που διέπει το Ε.Σ.Υ. επιφυλάσσει, σε ορισμένες περιπτώσεις, ιδιαίτερη μεταχείριση ως προς οργάνωση και λειτουργία τους<sup>32</sup>, συγκριτικά με τα

---

29 Γενικό Νοσοκομείο “Παμμακάριστος” ιδρύθηκε με δωρεά της Ιεράς Μονής της Παμμακαρίστου Θεοτόκου και το από 25.3.1945 Επισκοπικό Διάταγμα του Εξάρχου των εν Ελλάδι Ελληνορθόμων Καθολικών

30 Το Γενικό Νοσοκομείο Παίδων Παναγιώτου και Αγλαίας Κυριακού ιδρύθηκε με μυστική διαθήκη, η οποία δημοσιεύτηκε από το Πρωτοδικείο Αθηνών την 30-8-1933, το Ψυχιατρικό Νοσοκομείο Αττικής “Δρομοκαΐτειο”, ιδρύθηκε με την από 13.2.1880 δημόσια διαθήκη και την από 8/20.2.1880 ιδίογραφη διαθήκη

31 Παραδειγματικά αναφέρεται το Γενικό Νοσοκομείο Παίδων Παναγιώτου και Αγλαίας Κυριακού, που, με το ΠΔ 658/1975 εκδοθέν βάσει του άρθρου 7 παρ. 2 Ν. 2592/1953 και κατόπιν της υπ αριθμ 213/23.1.974 απόφασης του διοικητικού συμβουλίου του, υπήχθη στο ως άνω νομοθετικό διάταγμα και ετράπη σε ΝΠΔΔ. Επίσης, το Ψυχιατρικό Νοσοκομείο Αττικής “Δρομοκαΐτειο”, με το ΠΔ 33/1986, βάσει του άρθρου 6 παρ. 4 Ν. 1397/1983 και της υπ αριθμ 1425/5.4.1985 απόφασης του διοικητικού συμβουλίου του, μετετράπη σε ΝΠΔΔ. Ακόμη, το Γενικό Νοσοκομείο “Παμμακάριστος”, με το ΠΔ 32/1986, μετετράπη σε ΝΠΔΔ.

32 Βάσει του άρθρου 13 παρ. 10 Ν. 2889/2001 και, εν συνεχεία, του άρθρου 12 Ν. 3329/2005, ορίστηκε ότι τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα που αναφέρονται στις εν λόγω διατάξεις διατηρούν το νομοθετικό τους καθεστώς και δεν υπάγονται στις τροποποιήσεις που εισάγουν οι εν λόγω νόμοι για τα νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ.

λοιπά νοσοκομεία. Το γεγονός αυτό δικαιολογείται από την υπαγωγή των νοσοκομείων ιδρυματικού χαρακτήρα στο προστατευτικό πεδίο του άρθρου 109 του Συντάγματος.

Με την ανωτέρω συνταγματική διάταξη, κατοχυρώνεται, ως ατομικό δικαίωμα, η προστασία και ο σεβασμός της ιδιωτικής βούλησης του δωρητή ή διαθέτη<sup>33</sup>, καθώς απαγορεύεται η μεταβολή του περιεχομένου ή των όρων της διαθήκης, του κωδίκελου ή της δωρεάς, που αφορούν τόσο τον σκοπό του διαθέτη καθεαυτό όσο και τις υπέρ του σκοπού διατάξεις της διαθήκης και της δωρεάς. Ειδικότερα, η νομολογία έχει κρίνει ότι η βούληση του διαθέτη ή του δωρητή είναι νομικά κατοχυρωμένη ως προς τον κοινωφελή σκοπό, όπου αυτός αποβλέπει, και ως προς τον τρόπο που ο σκοπός αυτός θα πραγματοποιηθεί, καταλαμβάνοντας και τους ορισμούς σχετικά με τον τρόπο διαχείρισης της περιουσίας και της διοίκησης του ιδρύματος<sup>34</sup>. Περαιτέρω, η συμπλήρωση του οργανισμού του κοινωφελούς ιδρύματος ή η τροποποίηση επουσιωδών διατάξεων αυτού γίνεται με γνώμονα τη βούληση του διαθέτη ή δωρητή ως προς τον σκοπό του ιδρύματος, τον τρόπο διοίκησης αυτού και διαχείρισης της περιουσίας του<sup>35</sup>.

Επιπροσθέτως, προϋπόθεση, για την εφαρμογή των ανωτέρω, αποτελεί ο κοινωφελής σκοπός του διαθέτη, που αποτελεί αόριστη νομική έννοια, της οποίας ένας στοιχειώδης ορισμός παρατίθεται στο άρθρο 1 παρ. 3 Ν. 4182/2013, όπου ως κοινωφελής σκοπός ορίζεται κάθε εθνικός, θρησκευτικός, φιλανθρωπικός, εκπαιδευτικός, πολιτιστικός και γενικά επωφελής για την κοινωνία, εν όλω ή εν μέρει, σκοπός, χωρίς όμως η απαρίθμηση αυτή να είναι αποκλειστική, καθώς η Πολιτεία, καλούμενη να εγκρίνει τη σύσταση κοινωφελών ιδρυμάτων, είναι αρμόδια να αξιολογήσει τον σκοπό που επιχειρούν ως υπαγόμενο στην παρούσα διάταξη ή όχι.

Ειδικά η νομολογία έχει κρίνει ότι κοινωφελής είναι ο σκοπός που αποβλέπει στη θεραπεία του κοινού συμφέροντος ή ευρείας κατηγορίας ωφελούμενων προσώπων, ανεξάρτητα αν έχει αναχθεί από το νόμο σε κρατικό ή δημοτικό σκοπό<sup>36</sup>, αποφαινόμενη ότι η ίδρυση ή ανέγερση νοσοκομείου συνιστά κοινωφελή σκοπό<sup>37</sup>.

### **3. γ. Η έκταση της αυτοτέλει των νοσοκομείων ιδρυματικού χαρακτήρα**

Κατόπιν των ανωτέρω, η νομολογία έχει αποφανθεί ότι το άρθρο 109 παρ. 1 του Συντάγματος αποβλέπει στην προστασία και την κατοχύρωση της θέλησης των διαθετών και δωρητών εναντίον της πράξεως της Πολιτείας, ακόμη και αυτών που έχουν νομοθετικό περιεχόμενο αφού δεν επιτρέπεται κατ' αρχήν η μεταβολή σκοπό ούτε με διατάγματα ούτε και με νόμο<sup>38</sup>.

---

33 Φ. Σπυρόπουλος, Ξ. Κοντιάδης, Χ. Ανθόπουλος, Γ. Γεραπετρίτης, Το Σύνταγμα – Κατ' άρθρο ερμηνεία, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 1751

34 ΟΛΣτΕ 2807/2002, 223/2009, ΣτΕ 201/2004, 2476/2007, 808/2011

35 ΣτΕ 4160/1998 ΣτΕ 3921/2011

36 ΣτΕ 3932/1995

37 ΟΛΣτΕ 1191/2009

38 ΑΠ 1547/2010, 656/2006, ΕΦΑΘ 607/2012

Ωστόσο, το ανωτέρω γεγονός δεν συνεπάγεται ότι η εκτέλεση των υπέρ των κοινωφελών σκοπών διατάξεων εκφεύγει της διά νόμων οργανωμένης εποπτείας του Κράτους ή ότι απαγορεύεται εντελώς η κανονιστική ρύθμιση της λειτουργίας ενός κοινωφελούς ιδρύματος<sup>39</sup>. Μάλιστα, τα υπαγόμενα στην προστασία του άρθρου 109 του Συντάγματος ιδρύματα δεν μπορούν, κατ' αρχήν, να εξαιρεθούν από την εφαρμογή γενικών νομοθετικών μέτρων, τα οποία αποβλέπουν στην εξυπηρέτηση γενικότερου δημόσιου συμφέροντος, όταν μάλιστα η θέσπιση των μέτρων αυτών υπαγορεύεται από άλλες συνταγματικές διατάξεις, όπως εκείνη της παρ. 3 του άρθρου 21 του Συντάγματος που επιβάλλει την κρατική μέριμνα για την υγεία των πολιτών<sup>40</sup>.

Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι υπέρ των νοσοκομείων αναγνωρίζεται διοικητική αυτοτέλεια, ωστόσο αυτή δεν είναι απεριόριστη, αφού αντισταθμίζεται από την κρατική εποπτεία.

### **3. δ. Τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα υπό τον Ν. 2889/2001 και 3329/2005**

Όπως έχει ήδη αναφερθεί στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης, ο Ν. 2889/2001, με το άρθρο 4 παρ. 1 αυτού, διαίρεσε τη χώρα σε υγειονομικές περιφέρειες, εισήγαγε τα ΠΕ.Σ.Υ., υπό τη μορφή ΝΠΔΔ, ενώ τα νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ. αποτέλεσαν αποκεντρωμένες μονάδες τους, με διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια, χωρίς, όμως, νομική προσωπικότητα.

Ωστόσο, ως προς τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα, στο άρθρο 13 παρ. 10 του ως άνω νόμου, ορίστηκε ότι διατηρούν το νομικό τους καθεστώς εξαιρούμενα της ανωτέρω ρύθμισης. Επομένως, τα εν λόγω νοσηλευτικά ιδρύματα, σε αντίθεση με τα υπόλοιπα νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ., διατήρησαν, εκτός από την οικονομική και την, έστω μερική, διοικητική αυτοτέλειά τους, και την νομική τους προσωπικότητα. Προβλέφθηκε, όμως, ότι συνδέονται λειτουργικά με το ΠΕ.Σ.Υ., στην περιφέρεια του οποίου εντάσσονται και υπόκεινται, ως προς την διοίκηση και οργάνωσή τους, στις διατάξεις των άρθρων 5-8 του παρόντος νόμου.

Περαιτέρω, με τον Ν. 3329/2005, τα νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ. ανέκτησαν την μορφή τους ως ΝΠΔΔ, ως εκ τούτου και την νομική τους προσωπικότητα. Με το άρθρο 12 του παρόντος, τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα, εξακολούθησαν να υπάγονται στο ίδιο νομικό καθεστώς, ενώ ως προς την οργάνωση και λειτουργία τους, υπόκεινται στις ρυθμίσεις των άρθρων 7-11 Ν. 3329/2005 και 6-8 και 13 παρ. 10 Ν. 2889/2001.

Ειδικά ως προς το ζήτημα του ορισμού της διοίκησης των νοσοκομείων ιδρυματικού χαρακτήρα, η νομολογία έχει αποφανθεί ότι, προκειμένου περί του καθορισμού της συγκροτήσεως των διοικητικών συμβουλίων των νοσοκομείων, τα οποία έχουν συσταθεί με πράξη εν ζωή ή με διάταξη τελευταίας βουλήσεως, δεν αποκλείεται, κατ' αρχήν, από το άρθρο 109 του Συντάγματος η πρόβλεψη από το νόμο του διορισμού ως μελών στα διοικητικά συμβούλια των νοσοκομείων αυτών για λόγους δημοσίου συμφέροντος και για την εξυπηρέτηση σκοπών, περί των οποίων προνοεί το Σύνταγμα και μελών, τα οποία δεν ανήκουν στα προβλεπόμενα από τις ιδρυτικές πράξεις μέλη, υπό την εξυπακουόμενη όμως προϋπόθεση ότι και με τη συμμετοχή των μελών αυτών παραμένει, πάντως, η πλειοψηφία για τη λήψη

---

39 Φ. Σπυρόπουλος, Ξ. Κοντιάδης, Χ. Ανθόπουλος, Γ. Γεραπετρίτης, Το Σύνταγμα – Κατ' άρθρο ερμηνεία, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 1759

40 ΟΛΣτΕ 400/1986, ΟΛΣτΕ 223/2009, ΣτΕ 808/2011

αποφάσεων στα, κατά τις ιδρυτικές πράξεις, μέλη του διοικητικού συμβουλίου του νοσοκομείου<sup>41</sup>.

Ένα ακόμη ζήτημα με το οποίο ήρθε αντιμέτωπη η νομολογία, ήταν αυτό της αντισυνταγματικότητας της εξαίρεσης που εισήγαγε το άρθρο 12 παρ. 2 Ν. 3329/2005, ως προς το Γενικό Νοσοκομείο "ΠΑΜΜΑΚΑΡΙΣΤΟΣ" και το Ψυχιατρικό Νοσοκομείο Αττικής" ΔΡΟΜΟΚΑΪΤΕΙΟ".

Επί του θέματος αυτού, η νομολογία έκρινε ότι η ανωτέρω διάταξη αντιβαίνει στο άρθρο 109 παρ. 1 του Συντάγματος. Πιο συγκεκριμένα, ειδικά για την περίπτωση του "Δρομοκαΐτειου", κρίθηκε ότι, με δεδομένο το γεγονός ότι η ιδρυτική του πράξη προέβλεπε αφενός τη διοίκηση του από, αρχικά, τετραμελές κι έπειτα από πενταμελές συμβούλιο, αφετέρου τον τρόπο ανάδειξής του, η εφαρμογή του άρθρου 7 παρ. 4 Ν. 2889/2001, περί διοίκησής του από εννεαμελές συμβούλιο, όπως και τα λοιπά νοσοκομεία του Ε.Σ.Υ., η οποία εφαρμόζεται συνεπεία της κρινόμενης εξαίρεσης, αντιτίθεται στην ιδρυτική του πράξη, κατά παράβαση του άρθρου 109 παρ. 1 του Συντάγματος, επειδή τα προβλεπόμενα από τις ιδρυτικές πράξεις μέλη πρέπει να αποτελούν τουλάχιστον την πλειοψηφία του διοικητικού συμβουλίου του ιδρύματος. Περαιτέρω, η μετατροπή του οικείου νοσοκομείου σε ΝΠΔΔ και η υπαγωγή του στο Ε.Σ.Υ., δεν ασκεί επιρροή, επειδή αποφασίστηκε από το διοικητικό του συμβούλιο, για την αρτιότερη και αποτελεσματικότερη λειτουργία και την πληρέστερη επίτευξη του κοινωφελούς σκοπού του Ιδρύματος και χωρίς να μεταβληθεί ο χαρακτήρας του ως Ιδρύματος<sup>42</sup>.

Επιπροσθέτως, για την περίπτωση του νοσοκομείου "Παμμακάριστος", κρίθηκε ότι από τον οργανισμό του νοσοκομείου, διασφαλίζεται η πλήρης διοικητική του αυτοτέλεια. Επομένως, το άρθρο 12 παρ. 2 Ν. 3329/2005 εισάγει εξαίρεση αντισυνταγματική ως αντίθετη στο άρθρο 109 παρ.1 του Συντάγματος, με την ίδια ως άνω αιτιολογία. Μάλιστα, κατά την ειδικότερη γνώμη του παρέδρου Μ. Πικραμένου, στη διοίκηση του νοσοκομείου μπορούν να συμμετάσχουν και τρίτα πρόσωπα, εκτός αυτών της ιδρυτικής πράξης, κατόπιν νομοθετικής πρόβλεψης, με δεδομένη την υπαγωγή αυτού στο Ε.Σ.Υ. και την νομική μορφή του ως ΝΠΔΔ, ωστόσο η κρινόμενη διάταξη είναι αντισυνταγματική στο βαθμό που αποκλείει από την διοίκηση τα πρόσωπα που ορίστηκαν με την ιδρυτική πράξη<sup>43</sup>.

### **3. ε. Η στοιχειοθέτηση αστικής ευθύνης των νοσοκομείων ιδρυματικού χαρακτήρα από παράνομη συμπεριφορά ιατρού τους**

Με δεδομένο το γεγονός ότι τα νοσοκομεία ιδρυματικού χαρακτήρα αποτελούν ΝΠΔΔ που εντάσσονται στο Ε.Σ.Υ., το ζήτημα της θεμελίωσης αντικειμενικής ευθύνης τους, για αποκατάσταση της ζημίας του ασθενούς από παράνομη συμπεριφορά ιατρού, που εντάσσεται στο προσωπικό τους, διέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 105-106 ΕισΝΑΚ, με την εν λόγω διαφορά να αποτελεί διοικητική διαφορά ουσίας υπαγόμενη στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια<sup>44</sup>. Ως εκ τούτου, εφαρμογή βρίσκουν όσα ανωτέρω ήδη αναφέρθηκαν.

41 ΣτΕ 2476/2007, ΣτΕ 808/2011, 1191/2009, ΟλΣτΕ 223/2009

42 ΟλΣτΕ 223/2009

43 ΣτΕ 2476/2007

44 ΣτΕ 3098/2015, ΣτΕ 1123/2015, ΔΕφΑθ 643/2016

#### 4. Η περίπτωση του Γενικού Περιφερειακού Νοσοκομείου “Παπαγεωργίου”

Με τη διάταξη του άρθρου 13 παρ. 11 Ν. 2889/2011 το Γενικό Περιφερειακό Νοσοκομείο “Παπαγεωργίου” εξαιρείται του Ε.Σ.Υ. Ως προς την νομική του φύση, έχει ιδρυθεί ως ΝΠΔ, ωστόσο, με τυπικό νόμο και όχι σύμφωνα με τις διατάξεις του αστικού δικαίου.

Πιο συγκεκριμένα, το Γενικό Περιφερειακό Νοσοκομείο “Παπαγεωργίου” ιδρύθηκε με το άρθρο 1 Ν. 1964/1991, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο πρώτο του Ν. 2618/1998, όπου ορίζονται τα εξής: Πρώτον, απολαμβάνει διοικητικής και οικονομικής αυτοτέλειας. Δεύτερον, λειτουργεί με βάση τις αρχές της ιδιωτικής αυτονομίας, εκτός αντίθετης ρύθμισης στον παρόντα νόμο. Τρίτον, είναι κοινωφελές και απαγορεύεται να καταστεί κερδοσκοπική επιχείρηση, ενώ τα έσοδά του διατίθενται για την κάλυψη των λειτουργικών του αναγκών και τυχόν πλεόνασμα διατίθεται στο Δημόσιο. Τέταρτον, τελεί υπό την εποπτεία του Υπουργού Υγείας και Πρόνοιας. Πέμπτον, στο απασχολούμενο από το νοσοκομείο ιατρικό προσωπικό μπορεί να ενταχθούν, με απόφαση του Υπουργού Υγείας και Πρόνοιας, ιατροί του Ε.Σ.Υ., οι οποίοι, και μεν εξακολουθούν να κατέχουν τις θέσεις τους στα νοσοκομεία (ΝΠΔΔ), στα οποία υπάγονται οργανικά, αφού δύνανται να επανέλθουν σ’ αυτά μετά πάροδο πενταετίας, πλην όμως, από την ένταξή τους στο ιατρικό προσωπικό του Γ.Π.Ν. ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ, τελούν πλέον σε οργανική σχέση μ’ αυτό, υπαγόμενοι στη δικαιοδοσία και στον επιστημονικό και ιεραρχικό έλεγχο των αρμοδίων οργάνων του.(14 παρ. 5 εδ α-ζ Ν. 1964/1991). Έκτον, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Κανονισμού του νοσοκομείου, μπορούν να εγκαθίστανται και να λειτουργούν σε αυτό πανεπιστημιακές κλινικές, που εντάσσονται στον αντίστοιχο τομέα του νοσοκομείου και αποτελούν τμήματά του. Το πανεπιστημιακό προσωπικό σε ό,τι αφορά την υπηρεσία του στο νοσοκομείο, θεωρείται ότι βρίσκεται σε οργανική σχέση με αυτό, ως εκ τούτου υπάγεται στη δικαιοδοσία, στον επιστημονικό και ιεραρχικό έλεγχο του εν λόγω νοσοκομείου.

Κατόπιν των ανωτέρω, τίθεται το ερώτημα αν μπορεί να θεμελιωθεί αντικειμενική ευθύνη του νοσοκομείου “Παπαγεωργίου” προς αποζημίωση του ασθενούς, εξαιτίας παράνομης συμπεριφοράς ιατρού που απασχολείται σε αυτό. Επί του ζητήματος αυτού, η νομολογία έχει αχθεί στην κρίση ότι το “ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ” αποτελεί, κατά το συστατικό του νόμο, αμιγές νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, ενώ το ιατρικό προσωπικό, από την ένταξή του στο παρόν νοσοκομείο, τελεί, πλέον, σε οργανική σχέση μ’ αυτό, υπαγόμενο στη δικαιοδοσία, στον επιστημονικό και ιεραρχικό έλεγχο των αρμοδίων οργάνων του, ως εκ τούτου, κατά την παροχή ιατρικών υπηρεσιών, δεν εκπληρώνει δημόσια υπηρεσία ή υπηρεσία ν. π. δ. δ., ώστε να ανακύπτει ευθύνη του Ελληνικού Δημοσίου έναντι του παθόντος, κατά τα 105 - 106 Εισ.ΝΑΚ, αλλά υπηρεσία του ν.π.ι.δ., το οποίο, εφόσον προκύπτει ότι παρέχει στον ιατρό γενικές οδηγίες, ως προς τον τρόπο και χρόνο της παροχής των υπηρεσιών του, θεωρείται ότι "προέστησε" αυτόν στην υπηρεσία του, κατά την έννοια του άρθρου 922 του Α.Κ. και ευθύνεται, έναντι του παθόντος, για την αδικοπρακτική συμπεριφορά του ιατρού, κατά την παροχή των υπηρεσιών του στο νοσοκομείο<sup>45</sup>.

#### Επίλογος - Συμπεράσματα

Συμπερασματικά, στη χώρα μας λειτουργούν νοσοκομεία υπό διαφορετική νομική μορφή. Πρώτον, νοσοκομεία με τη μορφή της δημόσιας υπηρεσίας (πχ Νοσοκομεία των Ενόπλων Δυνάμεων, όπως του Στρατού, της Αεροπορίας καθώς και το Νοσοκομείο των Δικαστικών φυλάκων), που υπάγονται απευθείας στο αρμόδιο καθ' ύλη Υπουργείο, από το οποίο και διοικούνται, και λειτουργούν ως αποκεντρωμένες μονάδες τους, υπαγόμενα σε έλεγχο, εποπτεία και επιχορήγηση για την λειτουργία τους, η οποία διέπεται από τον οργανισμό τους. Τα νοσοκομεία αυτά, κατά την λειτουργία τους, ασκούν δημόσια εξουσία, προς θεραπεία δημόσιας ανάγκης<sup>46</sup>. Δεύτερον, νοσοκομεία με τη μορφή ΝΠΔΔ. Πρόκειται για τις περιπτώσεις των νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ., τα οποία ιδρύονται ως ΝΠΔΔ με τυπικό νόμο, και ασκούν δημόσια εξουσία, κατά παραχώρηση από το κράτος, προς εξυπηρέτηση δημόσιου συμφέροντος, απολαμβάνοντας ιδιαίτερων προνομίων, όπως φορολογικών. Τρίτον, νοσοκομεία με τη μορφή ΝΠΙΔ, όπως είναι το ΓΠΝ "Παπαγεωργίου" και το "Κοινωνοφελές Ίδρυμα Αλέξανδρος Σ. Ωνάσης". Τέταρτον, νοσηλευτικές μονάδες που λειτουργούν με την μορφή νομικού προσώπου διφυούς χαρακτήρα. Χαρακτηριστική περίπτωση αποτελεί το "Ίνστιτούτο Υγείας του Παιδιού", που λειτουργεί εντός του νοσοκομείου "ΑΓΙΑ ΣΟΦΙΑ", που, αρχικώς, λειτούργησε ως υπηρεσία του "Νοσοκομείου Παίδων - Η ΑΓΙΑ ΣΟΦΙΑ" και, με το υπ' αριθ. 867/1979 Προεδρικό Διάταγμα (ΦΕΚ τευχ. Α'249/7-11-1979), μετατράπηκε σε ΝΠΙΔ μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, όπως ορίζεται στο άρθρο 1 του εν λόγω π.δ/τος, ενώ κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 15, εξακολουθεί να λειτουργεί εντός του ως άνω νοσοκομείου<sup>47</sup>.

Περαιτέρω, αντικειμενική ευθύνη του νοσοκομείου προς αποκατάσταση της βλάβης του ασθενούς από παράνομη συμπεριφορά του ιατρικού προσωπικού του θεμελιώνεται σε κάθε περίπτωση, εκείνο που διαφέρει, όμως, είναι η νομική βάση της εν λόγω υποχρέωσης του νοσοκομείου.

Πιο συγκεκριμένα, στις περιπτώσεις όπου ο ιατρός που επέδειξε την αμελή συμπεριφορά εντάσσεται σε νοσοκομείο που λειτουργεί υπό τη μορφή ΝΠΔΔ ή νομικού προσώπου διφυούς χαρακτήρα, η αντικειμενική ευθύνη του νοσοκομείου, προς αποζημίωση του ασθενούς, θεμελιώνεται στα άρθρα 105-106 ΕισΝΑΚ, γεννώντας διοικητική διαφορά ουσίας υπαγόμενη στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια. Αντιθέτως, όταν ο ιατρός απασχολείται σε νοσοκομείο που λειτουργεί ως ΝΠΙΔ, τότε νομική βάση της ευθύνης του νοσοκομείου αποτελεί η διάταξη του 922 ΑΚ.

Περαιτέρω, από την ανωτέρω ανάλυση που επιχειρήθηκε, παρατηρείται ο *ad hoc* χαρακτήρας που παρουσιάζουν οι νομολογιακές κρίσεις, σε περιπτώσεις ιατρικών δικών, οι οποίες προσαρμόζουν τις γενικές αρχές περί αστικής ευθύνης του Κράτους και ΝΠΔΔ, κατ' άρθρο 105-106 ΕισΝΑΚ, συνδυαστικά με διατάξεις του ενοχικού δικαίου, στο πεδίο της αστικής ιατρικής ευθύνης. Αιτία του γεγονότος αποτελεί η έλλειψη συγκεκριμένου και ειδικού νομοθετικού πλαισίου που να ρυθμίζει το ζήτημα της ευθύνης, σε περιπτώσεις όπου παράνομη συμπεριφορά ιατρού επιφέρει τη ζημία του ασθενούς. Ως εκ τούτου, η νομολογία είναι εκείνη που έρχεται να καλύψει τα νομοθετικά κενά με το έργο της. Επακόλουθο αποτελεί το γεγονός ότι η αστική ευθύνη του δημόσιου νοσοκομείου από ιατρικό σφάλμα παρουσιάζεται να συνιστά έναν αυτόνομο κλάδο δικαίου, γεγονός ανυπόστατο, αφού, όπως προαναφέρθηκε, ένας ειδικότερος κλάδος δικαίου ρυθμίζεται από ειδικότερο νομοθετικό καθεστώς, στοιχείο που, εν προκειμένω, απουσιάζει.

46 Ε.Α. Αλεξιάδου, Η νομική μορφή των Νοσοκομείων του Ε.Σ.Υ., ΕΔΔΔ, τόμος 51, 2007, σελ. 312

47 ΑΠ 657/2014

Κατά τα ανωτέρω, αναδεικνύεται ως επιτακτική η ανάγκη για νομοθετικό καθορισμό των στοιχείων εκείνων που προσδιορίζουν την ιατρική συμπεριφορά ως παράνομη, ήτοι η κωδικοποίηση των άγραφων κανόνων επιμέλειας, βάσει των οποίων οι ιατροί παρέχουν τις υπηρεσίες τους και βάσει των οποίων η συμπεριφορά των τους αξιολογείται ως νόμιμη ή παράνομη. Σημειωτέον ότι οι άγραφοι κανόνες επιμέλειας αποτελούν επίσης ένα κριτήριο νομολογιακό. Σκόπιμο κρίνεται, επομένως, ο νομοθέτης να επέμβει, προκειμένου να παράσχει κατευθυντήριες γραμμές στο έργο της δικαιοσύνης, προς αποτελεσματικότερη διασφάλιση του συμφέροντος του ασθενούς και την προστασία της επαγγελματικής ιδιότητας του ιατρού.