

**ΕΝΩΣΗ
ΕΛΛΗΝΩΝ
ΔΗΜΟΣΙΟΛΟΓΩΝ**

www.dimosiodikaio.gr

ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)

**2^ο ΕΤΗΣΙΟ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ
ΕΝΩΣΗΣ ΕΛΛΗΝΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΛΟΓΩΝ (ΕΕΔ)**

ΕΠΙΚΑΙΡΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

15 - 16 Μαΐου 2015

ΕΠΙΚΑΙΡΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

2^ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο Ένωσης
Ελλήνων Δημοσιολόγων, 15-16 Μαΐου 2015

ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)

Περιεχόμενα

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΩΝ ΑΡΧΩΝ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ

Μιχάλης Χ. Οικονόμου, Δ.Ν. Δικηγόρος..... 8

Η ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΤΩΝ ΕΛΑΤΤΩΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 46 ΤΟΥ ΓΕΡΜΑΝΙΚΟΥ ΚΩΔΙΚΑ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ (VwVfG)

Νίκος Πενίδης, Δ.Ν., Πρωτοδίκης Δ.Δ. 26

ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΟΡΘΟΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ, ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΩΝ ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΡΥΘΜΙΣΕΩΝ ΤΟΥ Ν.3900/2010 - ΟΙ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΤΟΥ ΠΑΡΑΒΟΛΟΥ ΚΑΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΕΝΝΟΜΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Βαρβάρα Μπουκουβάλα, ΔΝ-Πρωτοδίκης ΔΔ 36

Η παράδοση τεχνική κατάρτισεως ορισμένων τυπικών νόμων κατά την ΙΕ' Κοινοβουλευτική Περίοδο και η αντίθεσή της στο Σύνταγμα

Νίκος Κ. Παπαδόπουλος, Δικηγόρος, ΔΝ 100

Υπόθεση Essent: Αγορά Ενέργειας: μια υπόθεση ιδιωτική ή δημόσια;

Παζαρζή Ιωάννα, L.L.M. Νομικής Αθηνών, Δικηγόρος..... 109

Η δημόσια σύμβαση ως μέσο εξασφάλισης ανταγωνισμού και διαφάνειας στη χρηματοδότηση των υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος (ΥΓΟΣ)

Ευτυχία Κωνσταντάκου, Εισηγήτρια Ελ.Συν. 117

Η φορολογία ως έμμεση απαλλοτρίωση, πιθανές θεραπείες υπό το Δίκαιο των Επενδύσεων και το Δίκαιο των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων

Βενετία Αργυροπούλου, Δικηγόρος, Ειδ. Διδακτικό Προσωπικό Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου, Υπ. Διδάκτωρ Οικονομικού Δικαίου, TilburgUniversity..... 121

Επίκαιρα ζητήματα προσωρινής δικαστικής προστασίας

Ευαγγελία Παυλίδου, Δ.Ν., Πάρεδρος ΔΔ 129

Η ευθύνη για την δράση αποκατάστασης σύμφωνα με τον Ομοσπονδιακό Νόμο για την Προστασία του Εδάφους της Γερμανίας (Bundes-Bodenschutzgesetz)

Ναταλία Χαραλαμπίδου, LL.M. (Heidelberg), Δικηγόρος..... 146

Η θεσμική θωράκιση του δικαιώματος προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στην έννομα τάξη της Ε.Ε. Το παράδειγμα της δράσης του Ευρωπαϊκού Επόπτη Προστασίας Δεδομένων

Ελένη Φωτιάδου, Υποψήφια Διδάκτωρ Νομικής Σχολής ΑΠΘ, ΜΔΕ Νομικής Σχολής ΑΠΘ, ΜΔΕ Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ..... 159

Ο λαβύρινθος της νομοθεσίας για την εγκατάσταση και λειτουργία των κεραιών κινητής τηλεφωνίας

Ευγενία Παπαδοπούλου, Ειδ. Επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη, Δικηγόρος... 176

Προσχώρηση της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην ΕΣΔΑ: η Γνωμοδότηση 2/13 του ΔΕΕ

Κωνσταντίνος Μαργαρίτης, ΔΝ, LL.M, Δικηγόρος 189

Οι πρώτες εφαρμογές του άρθρου 22 του Ν.4274/2014: Πεδίο λαμπρής δικαιοπλασίας και αναπόφευκτων επιπλοκών

Ηλίας Κουβαράς, Πάρεδρος Δ.Δ., Δ.Ν. 204

Η κατάσταση εξαίρεσης στην ελληνική συνταγματική πρακτική και νομολογία (2010-2014)

Ακρίτας Καϊδατζής, Λέκτορας Νομικής Α.Π.Θ. 213

Ο ρυθμιστικός ρόλος της Δημόσιας Διαβούλευσης στο Ελληνικό Δημόσιο Δίκαιο

Χριστίνα Μήτση, Master 2 droit public Aix-Marseille3 222

Η διαπραγμάτευση ως εξαιρετική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης.

Αλέξανδρος Πασιατάς, LL.M. Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος..... 229

Οι ενδικοφανείς προσφυγές: κριτική αξιολόγηση και προοπτικές

Ανδρέας Αμπάτης, Π.Μ.Σ. Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) 249

ΟΙ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΕΣ UNEP – ΕΕ ΓΙΑ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ, ΒΙΩΣΙΜΗ ΚΑΙ ΓΑΛΑΖΙΑ ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΤΗΣ ΜΕΣΟΓΕΙΟΥ ΚΑΙ Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗΣ ΤΩΝ ΧΗΜΙΚΩΝ ΟΠΛΩΝ ΤΗΣ ΣΥΡΙΑΣ: ΕΛΛΕΙΜΜΑ ΘΕΣΜΙΚΟΥ ΠΛΑΙΣΙΟΥ Ή ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΒΟΥΛΗΣΗΣ ΤΩΝ ΠΑΡΑΚΤΙΩΝ ΚΡΑΤΩΝ;

Γ. Σαμιώτης, Επίκουρος Καθηγητής Τμήματος Ναυτιλιακών Σπουδών Πανεπιστημίου Πειραιώς 265

Δ. Γρεκός, Υποψ. Διδάκτορας Τμήματος Ναυτιλιακών Σπουδών Πανεπιστημίου Πειραιώς 265

Προς μία διεθνή συνταγματική δικαιοταξία. Ζητήματα ιεραρχίας και ενδυνάμωσης της διεθνούς κοινωνίας.

Δρ. Ιωάννης Π. Τζιβάρας, Διδάσκων Δημοσίου και Ευρωπαϊκού Δικαίου, Τμήμα Οικονομίας και Διοίκησης, Ανοικτό Πανεπιστήμιο Κύπρου, Υπότροφος ΙΚΥ, Επιστημονικός Συνεργάτης ΕΚΕΜΕ 291

Η ενσωμάτωση των θεσμών της «Κοινωνίας των Πολιτών» στην Τοπική Αυτοδιοίκηση: Ένα νομικό «πείραμα» σε εξέλιξη

Μαρία Ι. Γερογιάννη, Δικηγόρος, ΠΜΣ Νομική Σχολή ΝΟΠΕ, Diploma in International and Commercial Law, University of Buckingham, U.K..... 302

Μεταρρυθμιστικό Μοντέλο Δημόσιας Διοίκησης: Εκθέσεις ΟΟΣΑ 2005-2015

Γεωργία Χρονοπούλου, MPA in Management of Public Administration, Υπόψήφια Διδάκτωρ Παντείου Πανεπιστημίου 314

Οι αρμοδιότητες της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας. Οριοθέτηση αρμοδιοτήτων μεταξύ της ΡΑΕ και της Επιτροπής Ανταγωνισμού

Παναγιώτα Ξυλάκη, ΔΝ (Hannover), Δικηγόρος..... 351

Η ΕΠΙΚΛΗΣΗ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΟΔΗΓΙΩΝ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΚΑΙ ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗ ΣΤΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ

Σταματίνα Ξεφτέρη, Υπ. Δρ..... 357

Ευρωπαϊκού Δικαίου Πανεπιστημίων Paris II Panthéon-Assas και Γενεύης, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) 357

Η ΔΙΑΦΗΜΙΣΗ ΤΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΜΕΣΑ ΣΤΙΣ ΣΥΜΠΛΗΓΑΔΕΣ ΤΩΝ ΠΕΙΘΑΡΧΙΚΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ. ΟΙ ΠΡΟΣΦΑΤΕΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΣΗ ΤΟΥ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΟΣ ΤΩΝ ΟΔΟΝΤΙΑΤΡΩΝ ΜΕ ΑΝΑΦΟΡΑ ΣΕ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΣΤΕ ΤΟΥ ΔΕΚ ΚΑΙ ΤΟΥ ΕΔΑΔ.

Δημήτριος Σπυρόπουλος, Δικηγόρος Αθηνών, LL.M Δίκαιο Ευρωπαϊκής Ένωσης Essex 372

«Η υπόνοια απάτης (fraud suspicion) στην ανάθεση Δημοσίων Συμβάσεων που εντάσσονται σε Συγχρηματοδοτούμενα Προγράμματα»

Ηλίας Δ. Πολλάλης, Δικηγόρος 392

Δικαίωμα σε ένα καθαρό περιβάλλον: μόνο μία ηθική επιταγή ή κάτι περισσότερο;

Βασιλική Κ. Βρετού, ΜΔΕ Φιλοσοφίας και Κοινωνιολογίας του Δικαίου, ΜΔΕ Δίκαιο Περιβάλλοντος, Υποψήφια Διδάκτωρ Παντείου Πανεπιστημίου, Ειδική Επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη 412

Η έννοια και η απόδειξη της φορολογικής κατοικίας κατά την περίοδο της κρίσης στην Ελλάδα

Γεωργαράκη Δήμητρα, Δικηγόρος, MSc in International Economics, Senior Manager (TaxExperts S.A.)..... 425

Η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ (ΧΘΔΕΕ)

Βασίλης Γ. Τζέμος. Διδάκτωρ Δημοσίου και Ευρωπαϊκού Δικαίου (Freiburg), Δικηγόρος, Ειδικός Επιστήμονας Συνηγόρου του Πολίτη, Μέλος ΣΕΠ Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (ΕΑΠ), Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)-Διευθυντής Επιστημονικού Περιοδικού «ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ» (www.publiclawjournal.com)..... 431

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Το 2^ο ετήσιο επιστημονικό Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) πραγματοποιήθηκε την Παρασκευή 15 και το Σάββατο 16 Μαΐου 2015 σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Θεσσαλονίκης (ΔΣΘ) στο Συνεδριακό Κέντρο της Τραπέζης Πειραιώς στα Λαδάδικα της Θεσσαλονίκης. Το παρόν έργο περιέχει 27 μελέτες βασισμένες σε ομιλίες του Συνεδρίου. Ευχόμαστε να είναι χρήσιμες στους αναγνώστες.

Ηράκλειο Κρήτης, Απρίλιος 2016

Δρ. Βασίλης Γ. Τζέμος

Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) - Διευθυντής ηλεκτρονικού free access Επιστημονικού Περιοδικού «ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ» (www.publiclawjournal.com)

Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΩΝ ΑΡΧΩΝ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ¹

Μιχάλης Χ. Οικονόμου, Δ.Ν. Δικηγόρος

Εισαγωγικές παρατηρήσεις.

Στο άρθρο 51 του ν. 3959/2011 προβλέπεται, ότι «Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργείται ο ν. 703/1977 (Α` 278), καθώς και κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου». Στο άρθρο 18 του ν.3784/2009 προβλέπεται, ότι «Τα άρθρα 10 και 11 του ν. 703/1977, όπως ισχύουν, καταργούνται». Στο άρθρο 21 του ν. 3874/2009 προβλέπεται, ότι «Η παράγραφος 1 του άρθρου 21 του ν. 703/1977, όπως ισχύει, αντικαθίσταται ως εξής: "1. Οι προβλεπόμενες στην παράγραφο 1 του άρθρου 1 συμφωνίες, αποφάσεις και περιπτώσεις εναρμονισμένης πρακτικής πρέπει να γνωστοποιούνται από τις συμπράττουσες επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσα σε τριάντα (30) ημέρες από τη σύναψη, λήψη ή τέλεση τους. Τα στοιχεία που οφείλουν να γνωστοποιούν οι επιχειρήσεις είναι τα εξής: α) την ταυτότητα των επιχειρήσεων, β) το αντικείμενο της σύμπραξης, γ) την αγορά που αφορά η σύμπραξη, δ) το χρόνο σύναψης και ε) τη διάρκεια της."»

Μεταξύ των διατάξεων που καταργήθηκαν οριστικά, καθώς δεν εμπεριέχονται στο κείμενο του ν.3959/2011 είναι οι α. γνωστοποίηση συμπράξεων (άρθρο 21 ν. 703/77), β. γνωστοποιήσεις συγκεντρώσεων επιχειρήσεων ένα μήνα μετά την πραγματοποίησή τους (άρθρο 4^α ν. 703/1977). Τόσο το άρθρο 2^α του ν. 703/1977², όσο και η υποβολή αιτήσεων αρνητικών πιστοποιήσεων (άρθρο 11 ν. 703/77), είχαν ήδη καταργηθεί

¹ Οι απόψεις που διατυπώνονται στο παρόν κείμενο είναι αυστηρά προσωπικές.

² Βλ. άρ.2 του ν. 3784/2009, όπου προβλέπεται, ότι «Το άρθρο 2α του ν. 703/1977, όπως ισχύει, καταργείται».

από την ψήφιση του ν.3784/2009³. Συναφώς στο άρθρο 38 ν.3784/2009 προβλέπονται τα ακόλουθα, «1. Γνωστοποιήσεις οι οποίες έχουν γίνει σύμφωνα με τα άρθρα 4α και 21 του ν. 703/1977, πριν από τη θέση σε ισχύ του παρόντος, υπάγονται στις ρυθμίσεις του παρόντος νόμου. 2. Γνωστοποιήσεις οι οποίες έχουν γίνει σύμφωνα με το άρθρο 4β του ν. 703/1977, πριν από τη θέση σε ισχύ του παρόντος νόμου, δεν υπάγονται στις διατάξεις του παρόντος νόμου. 3. Για υποθέσεις που εκκρεμούν ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά τη θέση σε ισχύ του παρόντος νόμου, το άρθρο 2α του ν. 703/1977 εφαρμόζεται ως είχε προ της καταργήσεώς του».

A. Η νομική φύση της Επιτροπής και το χρονικό όριο υποχρέωσης εξέτασης των υποθέσεων από την Επιτροπή Ανταγωνισμού.

Σύμφωνα με γενική θεωρία του διοικητικού δικαίου, οι ανεξάρτητες διοικητικές αρχές⁴ εντάσσονται στην εκτελεστική εξουσία⁵ και αποτελούν διοικητικά όργανα⁶. Η δράση μίας διοικητικής αρχής⁷ και η έκδοση εκ μέρους της ατομικών εκτελεστών διοικητικών πράξεων-κυρώσεων, με τη μορφή του κατασταλτικού ελέγχου, που ασκεί επί των εποπτευόμενων από αυτή προσώπων, πρέπει να έχει πάντοτε σκοπό την άμεση ή έμμεση ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος⁸. Παράλληλα πρέπει να σημειωθεί, ότι σύμφωνα με την πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετικά με τα προληπτικά μέτρα και τα μέτρα εξυγίανσης των τραπεζών αναδεικνύει μια ειδική κατηγορία δυσμενών για τον αποδέκτη διοικητικών πράξεων, αυτή των διοικητικών μέτρων. Πρόκειται για μέτρα που θεσπίζονται για την

³ ΦΕΚ 'Α 137/7-8-2009. Για τον εν λόγω νόμο, βλ. σχετικά, Ι. Ανδρουλάκη, Η αναθεώρηση των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού με τον Ν. 3784/2009, Ποιν.Χρ. 2009, 953. Βλ σχετικά, Μ-Θ. Μαρίνο, Μερικές παρατηρήσεις στο άρθρο 18 αν. 146/1914 (πρώην 2^α ν. 703/1977) – Συγχρόνως σχόλιο στην απόφ. ΜΠρΑθ. 575/2010, ΧρΙΔ., Τευχ. ΙΑ/2011, σελ.532επ.

⁴ Βλ. Ν. Κουλούρη, «Οι Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές» σε «Η Δημόσια Διοίκηση στην Ελλάδα» Ελλ. Ινστιτούτου Διοικητικών Επιστημών, Επιμ. Επ. Π. Σπηλιωτόπουλος, Αντ. Μακροδημήτρης, εκδ. Α.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2001.

⁵ Βλ. σχετικά με την κρατούσα στην θεωρία άποψη, Γ. Λαζαράκο, Ανεξάρτητες Αρχές, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010 σελ. 26 επ.

⁶ Βλ. αντί πολλών, Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα 2002, 296.

⁷ Εν προκειμένω της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

⁸ Βλ. Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Αόριστες και τεχνικές έννοιες στο δημόσιο δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα- Θεσσαλονίκη 1997, σελ. 51 επ.

εξυπηρέτηση κάποιας πτυχής του δημοσίου συμφέροντος και ενδέχεται –χωρίς αυτό να συνιστά αναγκαία προϋπόθεση– να συνδέονται με παραβατική συμπεριφορά του αποδέκτη, επιφέρουν δυσμενείς συνέπειες για τον ίδιο, αλλά δεν αποτελούν διοικητικές κυρώσεις⁹. Στο ελληνικό δίκαιο η απόφαση η απορριπτική των δεσμεύσεων είναι εκτελεστή πράξη και τίθεται το ερώτημα αν προσβάλλεται ατομικώς ή συμπροσβάλλεται με την οριστική απόφαση της υπόθεσης. Η μέχρι σήμερα πρακτική της ΕΑ είναι η μη χορήγηση στα διάδικα μέρη χωριστής απόφασης επί της απόρριψης των δεσμεύσεων, η οποία ως εκ τούτου θα μπορεί να προσβληθεί στα διοικητικά δικαστήρια, αλλά η συμπερίληψη της στην οριστική απόφαση, η οποία και μόνο προσβάλλεται. Αναρωτιέται όμως κανείς αν η πρακτική της μη χορήγησης της απορριπτικής απόφασης της ΕΑ στα ενδιαφερόμενα μέρη αντίκειται καταρχήν στην αρχή της αιτιολόγησης των διοικητικών πράξεων και μάλιστα των δυσμενών.¹⁰

Η διοικητική διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού¹¹, όπως και κάθε άλλη διαδικασία ενώπιον συλλογικού διοικητικού οργάνου, διέπεται από την αρχή

⁹ Βλ. σχετικά ΣτΕ Ολ 419.2014, ΣτΕ 4377-4382/2013, με σχετικό σχόλιο Ε. Πρεβεδούρου στο www.prevedourou.gr.

¹⁰ Βλ. σχετικά Α. Μικρουλέα για την νομική φύση της απόφασης περί δεσμεύσεων, Διαδικασίες Δεσμεύσεων στο δίκαιο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, σε τιμητικό τόμο Μ. Σταθόπουλου Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα σελ.1668 η οποία σημειώνει ότι «*Αν τα ενδιαφερόμενα μέρη γνώριζαν την αιτιολογία της απόφασης, θα μπορούσαν να συμπληρώσουν αυτήν, εφόσον ήθελε κριθεί ότι είναι ανεπαρκής. Κατά δεύτερο λόγο μήπως αντίκειται στην αρχή της οικονομίας της διαδικασίας η απόφαση η απορριπτική των δεσμεύσεων να μπορεί να ανατραπεί μετά την τελική απόφαση συμπαρασύροντας και την όλη διαδικασία η οποία μπορεί να διαρκέσει πέραν του οχταμήνου ενώπιον της ΕΑ; Υπάρχει βέβαια και ο αντίλογος ότι αν η απόφαση της απόρριψης των δεσμεύσεων μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς πριν από την έναρξη της συζήτησης, τότε η συζήτηση επί της ουσίας θα αναβάλλεται επ' αόριστο*» και συναφή απόφαση την υπ' αριθμ. 1552/2012 απόφαση του ΔεφΑθ όπου εκρίθη ότι η απόφαση της Επιτροπής περί αποδοχής ή απόρριψης των προτεινόμενων δεσμεύσεων συνιστά αυτοτελώς εκτελεστή διοικητική πράξη.

¹¹ Βλ. σχετικά, Μ-Θ. Μαρίνο, Μερικές παρατηρήσεις για την διοικητική διαδικασία στα πλαίσια του ν. 703/77 κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, Δ/ΝΗ 1992, 1402 επ.

της νομιμότητας¹². Συνεπώς η ερμηνεία των διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας πρέπει να λαμβάνεται υπόψη ως οδηγός για την ερμηνεία των διατάξεων του Ν. 3959/2011¹³.

Ως διεπόμενη από την αρχή της νομιμότητας η διοικητική συμπεριφορά οφείλει να είναι σύμφωνη με τους ισχύοντες κανόνες δικαίου¹⁴. Σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, «η δράση της δημόσιας διοίκησης ρυθμίζεται από τους κανόνες του ευρωπαϊκού δικαίου που έχουν άμεση εφαρμογή, τους κανόνες που θεσπίζουν το Σύνταγμα, τις νομοθετικές πράξεις, όπως και από κάθε κανόνα ανώτερης ή ισοδύναμης προς τους κανόνες αυτούς τυπικής ισχύος¹⁵». Η αρχή της νομιμότητας περιλαμβάνει

¹² Γενικά για την ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού και τη διαδικασία ενώπιον της, βλ. ενδεικτικά Β. Χατζηγιάννου, Η προκατάθεση πραγματικών ισχυρισμών και αποδείξεων στη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, Ι. Κόκκορη και Ι. Λιανό (επιμέλεια), Η Μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Εκδ. 2008, σελ. 99 επ., Στ. Χαρακτινιώτης, Μηχανισμοί ελέγχου των κάθετων περιορισμών από την ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού Ι. Κόκκορη και Ι. Λιανό (επιμέλεια), Η Μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Εκδ. 2008, σελ. 257 επ., Β. Καραγιάννη, Ο δικαστικός έλεγχος των αποφάσεων της Επιτροπής Ανταγωνισμού: Προσφυγή του κοινού δικαίου, *actio mercatoria* ή *actio popularis* σε Ι. Κόκκορη και Ι. Λιανό (επιμέλεια), Η Μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Εκδ. 2008, σελ. 9 επ., Α. Δρίτσα, Η αίτηση αναστολής κατά αποφάσεων της Επιτροπής Ανταγωνισμού Ι. Κόκκορη και Ι. Λιανό (επιμέλεια), Η Μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Εκδ. 2008, σελ. 87 επ., Ηλ. Βλάσση, Η Επιτροπή Ανταγωνισμού και η επιβολή από αυτή χρηματικών κυρώσεων για την παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, Δ 34, 1301 επ., Γ. Σκουλούδη, Δικονομικά Ζητήματα από την εκδίκαση αποφάσεων της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ΔΕΕ 12/2004, σελ. 1248 επ., Μ-Θ. Μαρίνο, Μερικές παρατηρήσεις για τη διοικητική διαδικασία στα πλαίσια του ν. 703/77 κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, ΕλλΔνη 33 (1992), σελ. 1402 επ., Στ. Κουσουλή, Δικονομικά Ζητήματα ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σε Σχινά, ο.π., σελ.291 επ., Π. Λαζαράτο, Ζητήματα παραβάσεως τύπων περί την διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ΔΕΕ 1/2013, Nicolas Dorandeu, La concurrence des procédures en droit de la concurrence, in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Editions Dalloz, p. 133.

¹³ Βλ. ΣτΕ 2085/2011, όπου γίνεται δεκτό ότι ο ΚΔΔ εφαρμόζεται πλήρως για την λειτουργία της ΑΔΑΕ.

¹⁴ Βλ. Π. Παυλόπουλο, Το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, ΕΔΔΔ 1992, σελ 168επ., του ίδιου, Το τεκμήριο νομιμότητας και η αρχή της προστασίας του διοικουμένου, ΕΔΔΔ 1987, 193επ.

¹⁵ Βλ. Επαμ. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ι, έβδομη έκδοση, Αθήνα – Κομοτηνή 1996, σ. 85. Επίσης για την αρχή της νομιμότητας βλ. Α. Τσουτσο, Η αρχή της νομιμότητας της διοικήσεως, Διοικήσεις και Δίκαιον, 1979, σ. 85, Π. Παυλόπουλου, Η αρχή της νομιμότητας και το Σύνταγμα του 1975, Σύγχρονα θέματα 7/1980, σ. 86, Α. Λιγωμένου, Η αρχή του Κράτους Δικαίου, Διδικ 1993, σ. 50, Α. Μακρυδημήτρη, Κράτος και Κοινωνία, η ευρωπαϊκή πρόκληση, ΤοΣ 1994, σ. 759. Αντιθέτως, η έννοια της παρανομίας αναφέρεται σε παράβαση όλων των κανόνων δικαίου που συνθέτουν την αρχή της νομιμότητας και συνεπώς στοιχειοθετείται με την παράβαση κανόνα του Συντάγματος, του κοινοτικού, του διεθνούς ή του εσωτερικού δικαίου, γενικού ή ειδικού, αδιάφορα

δύο διαστάσεις. Σύμφωνα με την πρώτη, η δράση των οργάνων των δημόσιων νομικών προσώπων πρέπει να είναι σύμφωνη και να εναρμονίζεται με τους ισχύοντες κανόνες δικαίου (θετικό περιεχόμενο της αρχής), ενώ σύμφωνα με τη δεύτερη οι ενέργειες της διοίκησης δεν πρέπει να αντίκειται προς τους κανόνες αυτούς (αρνητικό περιεχόμενο της αρχής) και συνεπώς μπορεί να προβαίνει σε κάθε ενέργεια που δεν αντίκειται σ' αυτούς¹⁶. Οι ανεξάρτητες διοικητικές αρχές με αποφάσεις του ΣτΕ έχει γίνει δεκτό, ότι εντάσσονται στα πλαίσια της δημόσιας διοίκησης¹⁷. Η δημόσια διοίκηση εντάσσεται στην κατά το άρθρο 26 § 2 του Συντάγματος εκτελεστική λειτουργία της πολιτείας. Το τεκμήριο νομιμότητας¹⁸ κατοχυρώνεται γενικά σαν εξασφαλιστικός νομικός θεσμός στην συνταγματική αρχή του κράτους δικαίου και θεμελιώνεται μεταξύ άλλων στην αρχή της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος¹⁹.

Σύμφωνα με την νομολογία των Διοικητικών Δικαστηρίων²⁰, προκύπτει η εκ μέρους της Επιτροπής Ανταγωνισμού υποχρέωση να αποφαινεται επί καταγγελιών των διοικουμένων εντός έξι (6) μηνών από αυτές και, όταν η υπόθεση χρήζει περαιτέρω έρευνας, η Επιτροπή μπορεί να παρατείνει την προθεσμία αυτή το ανώτερο μέχρι δύο (2) μήνες²¹. Οι προθεσμίες αυτές πρέπει να θεωρηθούν ενδεικτικές. Επί τούτου, ο Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999 ΦΕΚ Α' 45), στο άρθρο 10 παρ. 5 ορίζει ότι: «Οι προθεσμίες για τη Διοίκηση είναι ενδεικτικές, εκτός αν από τις διατάξεις

από τη θέση που κατέχει στην πυραμιδοειδή διάταξη της ελληνικής έννομης τάξης (τυπικός νόμος, κανονιστική διοικητική πράξη, γενική αρχή του διοικητικού δικαίου κλπ). Πρβλ. Δ.Ράικο, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, 2006, σελ.148, τον ίδιο, «Αγωγή αποζημιώσεως για προσυμβατικό πταίσμα (ν. 2522/1997) ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων», ΔιΔικ 1999, σελ. 533 επ.= Κριτ Ε 1999, σελ.159 επ.= ΕΕΕυρΔ, 2000, σελ. 589 επ, τον ίδιο, Η αστική ευθύνη του Δημοσίου, των Ν.Π.Δ.Δ. και των οργάνων τους για πράξεις διαφθοράς (Κατά τη Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για θέματα αστικού δικαίου περί διαφθοράς), σε τιμητικό Τόμο για τον Καθηγητή Κωνσταντίνο Μπέη, σελ. 3767 επ.

¹⁶ Βλ. Α. Τσουλούφα, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο, Νομική Σχολή 2010, Διπλωματική Διατριβή, Η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του ανθρώπου στο σύγχρονο κοινωνικό και ρυθμιστικό κράτος, προσβάσιμη στον ιστότοπο : <http://invenio.lib.auth.gr/record/125205/files/GRI-2010-5949.pdf>.

¹⁷ Βλ. ενδεικτικά, ΣτΕ, απόφαση υπ' αριθμ. 4126/2005.

¹⁸ Γλ. Σιούτη, Το τεκμήριο της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, Εκδόσεις Σάκκουλα 1994.

¹⁹ Με την έννοια ότι, η δραστηριότητα που ασκεί η δημόσια διοίκηση έχει πάντοτε σκοπό την άμεση ή έμμεση ικανοποίηση του δημόσιου συμφέροντος και άρα οι διοικητικές πράξεις που εκδίδονται προς εξυπηρέτηση αυτού είναι κατά τεκμήριο νόμιμες, Επαμ. Π. Σπηλιωτόπουλου, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, όπ.π., σ.σ. 23 και 95, Π. Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο., σ.σ. 131 και 260.

²⁰ Για μια πλήρη επισκόπηση της νομολογίας, βλ. σχετικά, Α. Ατσαλάκη, Πτυχές της νομολογίας του Διοικητικού Εφετείου σε θέματα ανταγωνισμού, ΘΠΔΔ 1/2014, σελ.1 επ.

²¹ Βλ. απόφαση υπ' αριθμ. 11967/2009 του ΔΠρΑθ.

που τις προβλέπουν προκύπτει ότι είναι αποκλειστικές». Στις περιπτώσεις, δε, όπου απαιτείται ειδική προς τούτο έρευνα, η οποία δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί εντός των ανωτέρω προθεσμιών, πρέπει να θεωρηθεί ότι παρέχεται εύλογος χρόνος στη Διοίκηση, πέραν του 6μήνου ή 8μήνου, που ορίζει η ως άνω διάταξη, για τη λήψη της σχετικής αποφάσεως²². Η νομολογία δέχεται ότι οι προθεσμίες των έξι, άλλως των οκτώ μηνών, εντός των οποίων υποχρεούται η ΕΑ να αποφαίνεται επί καταγγελιών, είναι ενδεικτικές, σύμφωνα και με το αρ. 10 παρ. 5 του ΚΔΔ²³. Σύμφωνα με την απόφαση υπ' αριθ. 2516/2011 του Δεφ.Αθ, οι προθεσμίες που τάσσονται από τις διατάξεις του άρθρου 24 του ν.703/1977 και ήδη του ν. 3959/2011 έχουν την έννοια της έντονης υπόδειξης προς την Επιτροπή Ανταγωνισμού, προς το σκοπό της ταχύτερης δυνατής περάτωσης της σχετικής διαδικασίας και όχι της γνήσιας ανατρεπτικής προθεσμίας, η άπρακτη πάροδος της οποίας θα συνεπαγόταν την αδυναμία ενέργειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού για τον εφεξής χρόνο και ακυρότητα της τυχόν καθ' υπέρβαση των προθεσμιών αυτών λαμβανόμενης απόφασης²⁴. Εξάλλου και η ενωσιακή νομολογία έχει κρίνει ότι «*Επισημαίνεται, καταρχάς, ότι η μακρά διάρκεια της έρευνας της υποθέσεως από την Επιτροπή, από την κατάθεση της καταγγελίας το 1983, μέχρι την κίνηση της διαδικασίας και την ανακοίνωση των αιτιάσεων το 1988, δεν μπορεί να συνιστά, εν προκειμένω, παραβίαση της αρχής της χρηστής διοικήσεως, καθόσον εξηγείται από την έκταση και τη δυσχέρεια μιας έρευνας που αφορά την όλη εμπορική πολιτική της Tetra Pak κατά τη διάρκεια ιδιαίτερος εκτεταμένου χρονικού διαστήματος*»²⁵. Σε συμφωνία προς τις αρχές της χρηστής διοίκησης και της μη καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων, υπογραμμίζεται παγίως από την νομολογία, ότι η πραγματοποίηση ελέγχου και η επιβολή προστίμου, από τις διοικητικές αρχές²⁶ μετά την παρέλευση πολλών ετών, καθιστά δυσχερή αν όχι αδύνατη την παροχή εξηγήσεων από τους ελεγχόμενους²⁷.

²² Πρβλ. ΣτΕ 793/2008, 2342/2004, 3196/2000, 3949/1983.

²³ Δ.Εφ.Αθ. 458/2011.

²⁴ Σκέψεις 4 και 11. Η εν λόγω απόφαση ακύρωσε την υπ' αριθ. 11967/2009 του ΔΠρΑθ, επικυρώνοντας τους νομικούς ισχυρισμούς της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

²⁵ Βλ. απόφαση του ΠΕΚ (δεύτερο τμήμα), 6/10/94, Tetra Pak International SA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, υπόθεση t-83/91, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1994, σελίδα Π-00755, σκέψη 30.

²⁶ Για την έννοια της διοικητικής αρχής, βλ. ενδεικτικά Ε. Σηλιωτόπουλου, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Ι, εκδ. Αντ. Σάκκουλα 2007, σ.132-133, Α. Τάχου, σ. 232.

²⁷ Βλ. ΔΕφ.Αθ, 1805 έως 1809/2006, 4018/2006, 334/2009.

B. Η αναδρομικότητα των αποφάσεων της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε συνάρτηση με την ασφάλεια δικαίου ως προς τον διοικούμενο.

Συνακόλουθα, σύμφωνα με γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, τόσο οι κανονιστικές²⁸ όσο και οι συστατικές ατομικές διοικητικές πράξεις δεν έχουν αναδρομική ισχύ²⁹. Ως βάση αυτής της αρχής θεωρείται η διάταξη του άρθρου 2 ΑΚ, σύμφωνα με την οποία «ο νόμος ορίζει περί του μέλλοντος και δεν έχει αναδρομική ισχύ»³⁰.

Σύμφωνα με το αρ. 77 του Συντάγματος όπως αναθεωρήθηκε με το ψήφισμα της 6-4-2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής, ορίζεται στην μεν παράγραφο 1 αυτού, ότι η αυθεντική ερμηνεία των νόμων ανήκει στη νομοθετική λειτουργία, στην δε παράγραφο 2, ότι ο νόμος που δεν είναι πράγματι ερμηνευτικός ισχύει μόνο από τη δημοσίευση του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, εκτός αν ορίζεται διαφορετικός χρόνος ισχύος³¹.

Σύμφωνα με το ως άνω άρθρο του Αστικού Κώδικα (ΑΚ), που τυποποίησε κανονιστικά μια βασική νομική αρχή, ο νόμος διατηρεί την ισχύ του ενόσω έτερος κανόνας δικαίου δεν έχει καταργήσει αυτόν ρητώς ή σιωπηρώς. Ρητή κατάργηση έχουμε όταν ευθέως και σαφώς με την κατάλληλη γραμματική διατύπωση ο νεότερος νόμος καταργεί τον προγενέστερο κανόνα δικαίου, ενώ σιωπηρή κατάργηση επέρχεται είτε όταν κάτι τέτοιο συνάγεται από την έννοια του νεότερου κανόνα δικαίου είτε όταν ο τελευταίος είναι αντίθετος ή ασυμβίβαστος προς τον προηγούμενο, δηλαδή όταν ο νεότερος νόμος ρυθμίζει το ίδιο ζήτημα του προγενέστερου είτε αποκλειστικώς

²⁸ Για τις κανονιστικές αρμοδιότητες των ανεξάρτητων αρχών εν γένει βλ. Α. Τζιμαπίτη, Οι κανονιστικές και αποφασιστικές αρμοδιότητες των Ανεξάρτητων Διοικητικών Αρχών : συμπεράσματα από την Ελληνική πραγματικότητα, ΘΠΔΔ, 10/2009, σ. 1166.

²⁹ Βλ. Στασινόπουλο Δίκαιον των διοικητικών πράξεων, 1951, σελ. 368επ., Δεληκωστόπουλος, Η προστασία της εμπιστοσύνης εν τω διοικητικό δικαίω, 1969, σελ.96 επ. και 100επ., Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου, 2001, σελ. 183επ., ΣτΕ 2359/1988, 669/1995, Richard Moulin, *Pour une simplification du contentieux économique : en finir avec le principe de non-rétroactivité des actes administratifs : en finir avec le principe de non-rétroactivité des actes administratifs ?*, in Etudes en l'honneur du professeur Michel Bazex, Droit et Economie, Interferences et Interaction, p.245.

³⁰ Μπαλής, Γενικά αρχαί του αστικού δικαίου, 1961, σελ. 27 σε γνωμοδοτικό σημείωμα Κ. Ρέμελη προς τον Πανελλήνιο Ιατρικό Σύλλογο σχετικά με την άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος, αδημοσίευτο, αλλά προσβάσιμο στον διαδικτυακό τόπο, <http://www.ygeianet.gr/box/cal/29408.pdf>.

³¹ Βλ. ενδεικτικά, ΟΛΑΠ 21/2007, ΣτΕ 2995/2009, ΝΣΚ 278/2012 σε Ρέμελη ο.π.

είτε κατά αντίθετο ή παντελώς διαφορετικό τρόπο (ΑΠ 588/1969, ΝοΒ 18, σελ. 314)³². Μ' άλλα λόγια προϋποθέσεις της αρχής ότι ο μεταγενέστερος νόμος καταργεί τον προγενέστερο είναι αφενός ότι συμπίπτει συνολικώς το ρυθμιστικό αντικείμενο και αφετέρου ότι διαφέρει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του προηγούμενου και του επόμενου νόμου³³. Σύμφωνα με γενικότερη δικαιοϊκή αρχή, η οποία επιβάλλεται από την ασφάλεια των συναλλαγών, ο νέος νόμος ρυθμίζει τις σχέσεις που γεννήθηκαν μετά την ισχύ του, ενώ οι σχέσεις και τα δικαιώματα που γεννήθηκαν κατά το χρόνο ισχύος του προγενέστερου νόμου εξακολουθούν να ρυθμίζονται από το νόμο αυτόν, εκτός αν ο νομοθέτης προσδίδει στο νέο νόμο αναδρομική ισχύ³⁴, εφόσον αυτό δεν απαγορεύεται από συνταγματική διάταξη³⁵.

Η εν λόγω ερμηνευτική αρχή, διαπλάστηκε υπό το κράτος του προϊσχύσαντος ρωμαϊκού δικαίου (*Lex posterior derogat legi priori*), έχει ευρύτατη και διεθνή αποδοχή και ερείδεται στη λογική βάση ότι αφού ο νομοθέτης ρυθμίζει τις ίδιες βιοτικές σχέσεις κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν με τον οποίο τις ρύθμιζε προηγουμένως, επόμενο είναι στο εξής να ισχύει η νέα του βούληση³⁶. Σε περίπτωση δε νέου νόμου ηπιότερου ο οποίος έχει μεν ευεργετικές συνέπειες για τους κύριους αποδέκτες των ρυθμίσεών του, αλλά επιδεινώνει τη νομική κατάσταση τρίτων, η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης πρέπει να εμποδίζει την αναδρομική ισχύ του νόμου αυτού³⁷. Ακόμα δεν απαγορεύεται η ρύθμιση από νέο νόμο σχέσεων και καταστάσεων που είχαν δημιουργηθεί στο παρελθόν αλλά δεν είχαν ολοκληρωθεί υπό την ισχύ του παλιού νόμου³⁸. Ο δικαιολογητικός λόγος είναι ότι ο νομοθέτης

³² Κ. Βαβούσκος, Ο κανών *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* και η επ' αυτού θέση της επιστήμης και δη της συγχρόνου ελληνικής νομολογίας, σε: «Αφιέρωμα στον Αλέξανδρο Λιντζερόπουλο» Α' τόμος, 1985, σελ. 47 επ. (47 και 52) ο.π..

³³ Βλ. σχετικά γνωμοδοτικό σημείωμα Κ. Ρέμελη προς τον Πανελλήνιο Ιατρικό Σύλλογο σχετικά με την άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος, αδημοσίευτο, αλλά προσβάσιμο στον διαδικτυακό τόπο, <http://www.ygeianet.gr/box/cal/29408.pdf> ο.π..

³⁴ Για την αναδρομικότητα νόμου, βλ. σε Π. Παυλόπουλο, Συμβολή στη νομική θεμελίωση των ορίων της αναδρομικής ισχύος του νόμου, ΤοΣ τευχ. 11, 1985 και Ν. Παπαντωνίου, Το πρόβλημα της αναδρομικής δύναμης του νόμου, Τιμ. Τομ. Ελεγκτικού Συνεδρίου (1833-1983), 1984, σελ. 25 επ.

³⁵ Βλ. 1312/2008 Εφ. Θεσ, ΑΡΜ 2009/1181.

³⁶ Β. Καράκωστας, Δύναμη και σχέση προγενέστερου – μεταγενέστερου και γενικού – ειδικού νόμου, ΔΦΝ 1983, σελ. 1224 = σε Ρέμελη ο.π..

³⁷ Βλ. σχετικά Ε. Κουτούπα-Ρεγκάκου, Η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, Αρμενόπουλος 1995, Τεύχος ΙΙ, σελ. 1385.

³⁸ Βλ. Χρ. Π. Δετσαριδής, Οι αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της καλής πίστης στο Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 74.

είναι ελεύθερος να ρυθμίζει τις έννομες σχέσεις σύμφωνα με την επιταγή του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο πρέπει να προσαρμόζεται στις διαρκώς μεταβαλλόμενες συνθήκες³⁹. Επιτρεπτή είναι, γενικά η ψευδοαναδρομή⁴⁰, η περίπτωση δηλαδή που νεότερος νόμος καταλαμβάνει έννομες σχέσεις που πηγάζουν από προϋφιστάμενες καταστάσεις, γεννήθηκαν, όμως, μετά την έναρξη της ισχύος του, δεν υπάγεται στο άρθ. 2 ΑΚ και δεν θέτει ζητήματα (καθαυτό) αναδρομής⁴¹ ενώ στην περίπτωση του (γνήσια) ερμηνευτικού νόμου η αναδρομή αποτελεί εξορισμού ίδιον του⁴².

Η εξακρίβωση της εκτάσεως, κατά την οποία καταργείται ο παλαιότερος νόμος δια νεότερου αποτελεί, εν γένει, ζήτημα ερμηνείας⁴³. Εξάλλου, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία του Αρείου Πάγου⁴⁴, ο παλαιότερος και γενικός νόμος καταργείται από τον νεότερο και ειδικό, όταν το αυτό θέμα ρυθμίζεται κατ' αντίθετο ή τελείως διάφορο προς το προηγούμενο καθεστώς τρόπο.

Συνακόλουθα, κατά κανόνα, και όταν ενυπάρχει ρητή νομοθετική βούληση στα νομοθετικά κείμενα περιέχονται και οι αποκαλούμενες μεταβατικές διατάξεις, οι οποίες ρυθμίζουν την κατά χρόνο ισχύ του προγενέστερου και του μεταγενέστερου νόμου άλλοτε με την ρητή και συγκεκριμένη μνεία των διατάξεων που καταργούνται και άλλοτε με γενική καταργητική ρήτρα⁴⁵. Σε ενωσιακό επίπεδο, καθιερώθηκε σαν προϋπόθεση της αναδρομικότητας μια κανονιστικής διάταξης η πρόβλεψη μεταβατικών μέτρων για να περιοριστούν τα αρνητικά αποτελέσματα της⁴⁶. Σε αντιδιαστολή των ανωτέρω συνάγεται, ότι στις περιπτώσεις που στο εκάστοτε νομοθετικό κείμενο, δεν υφίστανται μεταβατικές διατάξεις, για την μετάβαση στο νέο

³⁹ Βλ. Ανδρ. Γ. Μαρκαντωνάτου - Σκαλτσά, Γενικές Αρχές στη νομολογία του ΣτΕ και του ΔΕΚ, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2007, σελ. 51, 52.

⁴⁰ Ειδικά για τους ψευδοερμηνευτικούς νόμους και την απαγόρευση αναδρομικής ισχύος τους σε Ε. Βενιζέλο, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου, εκδ. Παρατηρητή, Θεσσαλονίκη 1992, σελ. 104-107= σε Ρέμελη ο.π.

⁴¹ Έτσι, η ΕφΑθ. 4801/2008, ΔΕΕ 2009, σ. 599.

⁴² Έτσι, η ΕφΠειρ. 137/2008, ΔΕΕ 2009, σ. 342.

⁴³ Πρβλ. μεταξύ άλλων, ΑΠ 221/1948, ΕΕΝ 15,596, ΑΠ 668/1961, ΝοΒ 10, 423.

⁴⁴ Βλ. ΑΠ 588/1969, ΝοΒ 18, 314.

⁴⁵ Βλ. Βαβούσκο ο.π.

⁴⁶ Βλ. Marks & Spencer ΔΕΚ, 11.7.2002, Marks & Spencer, C-62/00, Συλλογή, I-6325. *Ruffert M.*, Case C-62/00, Marks & Spencer plc v. Commissioners of Customs & Excise, Judgment of the Fifth Chamber of 11 July 2002, [2002] ECR I-6325, CML Rev 2003, σελ. 738. Ωστόσο από την μεταγενέστερη νομολογία δεν επιβεβαιώνεται η θέση αυτή.

νομοθετικό καθεστώς⁴⁷, τούτο λαμβάνει χώρα διότι ο νομοθέτης δεν διέλαβε μια τέτοια πρόβλεψη ως αναγκαία προϋπόθεση για την επίτευξη της ασφάλειας δικαίου⁴⁸.

Ως προς το ζήτημα των εφαρμοστέων κανόνων σχετικά με τις ενδεχόμενες διοικητικές κυρώσεις⁴⁹, που δύναται να επιβάλλει κάθε φορά η Επιτροπή Ανταγωνισμού, επισημαίνεται ότι η αρχή της μη αναδρομικότητας των ποινικών κυρώσεων συνιστά γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, της οποίας επιβάλλεται η

⁴⁷ Όπως εν προκειμένω στον ν.3959/2011.

⁴⁸ Μια απλοποιημένη λύση προτείνει ο Γενικός Εισαγγελέας Κοσμάς στις προτάσεις του για την υπόθεση του ΔΕΚ, γνωστή ως Duff. Σύμφωνα με αυτή, η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιβάλλει την ακρίβεια και σαφήνεια των κανόνων δικαίου και των ατομικών πράξεων που αποτελούν το περιβάλλον εντός του οποίου δραστηριοποιούνται διοίκηση και διοικούμενοι σε μια συγκεκριμένη χρονική στιγμή. Από την άλλη η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης επιβάλλει στα όργανα της Ένωσης κατά την ενάσκηση των δραστηριοτήτων τους να μην επηρεάζουν κατά τρόπο μη προβλέψιμο τις έννομες καταστάσεις και σχέσεις που δημιουργήθηκαν στα πλαίσια του διοικητικού δικαίου.(Προτάσεις ΓΕ Κοσμά, 8.6.1995, Duff, C-63/93, Συλλογή 1996,1-569). Η άποψη αυτή αν και διαχωρίζει πλήρως το περιεχόμενο των δύο αρχών και τονίζει την στατικότητα της πρώτης σε σχέση με την μεταβλητότητα της δεύτερης, βασίζεται σε μία στενή θεώρηση του περιεχομένου της αρχής της ασφάλειας δικαίου, σε σχέση με αυτή που υποστηρίζει η θεωρία, καθώς την περιορίζει σ' ένα υπάρχον σύνολο κανόνων δικαίου σε μία χρονική στιγμή και όχι στην μεταβολή του, γεγονός που αποδυναμώνει την αποδοχή του απλοποιημένου αυτού διαχωρισμού των δύο αρχών. Όπως άλλωστε επισημαίνει ο καθηγητής Μανιτάκης οι ατομικές και οι κανονιστικές πράξεις υπόκεινται στον νόμο της μεταβολής και της προσαρμοστικότητας. Η ανάγκη αυτή της προσαρμογής στα μεταβαλλόμενα δεδομένα «προσδίδει ένα χαρακτήρα προσωρινότητας σε κάθε οριστική απόφαση της διοίκησης, η οποία αναγκάζεται συχνά να επανέλθει στην απόφαση της και να την επανεξετάσει υπό το φως των νέων εξελίξεων» (Μανιτάκης Α., Ανάκληση διοικητικής άδειας και αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, Αρμενόπουλος 1984 (3), σελ. 186). Για μια περαιτέρω ανάλυση βλ. Β. Σκουρή, Η ασφάλεια δικαίου στην κοινοτική έννομη τάξη, σε Τιμητικό Τόμο προς τιμή Μ. Σταθόπουλου, Εκδόσεις Σάκκουλα 2009, σελ. 2507επ.

⁴⁹ Από την σχετικά πλούσια εγχώρια βιβλιογραφία, Στασινόπουλου Μ., «Ο αληθής χαρακτήρ των διοικητικών ποινών», ΑρχΝ, 1950.89, Παπανικολαΐδη Δ., «Έννοια και νομικός χαρακτήρ των διοικητικών ποινών», 1975, Λύτρα Σ., «Έννοια και βασική διάκριση των κυρώσεων στο ελληνικό δίκαιο», 1984, «Η έννοια των διοικητικών προστίμων και η συνταγματικότητα της επιβολής τους», 1986, Συμεωνίδη Σ., «Η διόγκωση της κυρωτικής λειτουργίας της δημόσιας διοίκησης και η αμφισβήτηση της συνταγματικότητάς της», ΔιΔικ 1992.495, Ι. Γράβαρη, Συγκριτική θεώρηση των διοικητικών και των ποινικών κυρώσεων σε Ι. Στράγγα, Είδη κυρώσεων και δικαϊκοί κλάδοι, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 1991, Τάχου Α., «Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο», 6η εκδ. 2000, σελ. 503, Δελλή Γ., «Η ιδιαιτερότητα του δικαστικού ελέγχου των διοικητικών κυρώσεων», ΔιΔικ, 2002, 890, Αργυρόπουλο Χριστόφορο, Ο δικαστικός έλεγχος των διοικητικών ποινών, Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας -75 χρόνια σελ. 495 επ., Σπ. Φλογαίτη, Όροι και προϋποθέσεις για την άσκηση του δικαιώματος κριτικής σε κυρωτική απόφαση του ΕΣΡ, ΔιΜΜΕ 4/2004-Έτος 1ο, σ.σ. 477-484, Μ. Πικραμμένο, Διοικητικές κυρώσεις και θεμελιώδη δικαιώματα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, Βλ. σχετικά. Μαρία-Ευαθία Ιωάννου, Η μετατροπή των Ανεξαρτήτων Αρχών σε οιονεί δικαιοδοτικά όργανα στο πλαίσιο της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων με βάση το γαλλικό πρότυπο, ΤοΣ 1-2/2014, σελ. 307επ., Υ. Bot, La protection des droits et des garanties fondamentales en droit de la concurrence, De Rome à Lisbonne: mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, Bruylant, 2013, σ. 175, V. G. Canivet, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution : le vol acrobatique de la chauve-souris », in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, 2011.

τήρηση όταν επιβάλλονται πρόστιμα για παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού και, σύμφωνα με την εν λόγω αρχή, οι επιβαλλόμενες κυρώσεις πρέπει να αντιστοιχούν σε εκείνες που είχαν καθοριστεί κατά τον χρόνο διαπράξεως της παραβάσεως (βλ. T-23/99, LR AF 1998 A/S κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκ. 219-221, T-329/01, Archer Daniels Midland κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκ. 38, C-397/03 P, Archer Daniels Midland κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκ. 18-19, C-189/02επ., Dansk Rorindustri κλπ. κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκ. 202-209)⁵⁰. Ο γενικός αυτός κανόνας κάμπτεται σε περίπτωση ευνοϊκότερων για την παράβαση νέων διατάξεων⁵¹. Στις περιπτώσεις αυτές, επομένως, οι νέες αυτές (ευνοϊκότερες) διατάξεις ισχύουν και για τις προ της ισχύος τους παραβάσεις (πρβλ. ΣτΕ 2233/2009, σκ. 5 και νομολογία στην οποία παραπέμπει, ιδίως ΣτΕ 886/2000, σκ. 5, αλλά και ΔΕφΑθ 292/2009, σκ. 6). Αναδρομική επίταση των κυρώσεων δεν δύναται να λάβει χώρα παρά μόνο εφόσον μπορούσε αυτή να προβλεφθεί κατά τον χρόνο διαπράξεως των οικείων παραβάσεων. Επιπλέον ο εφαρμοστής των κανόνων δικαίου πρέπει να τους ερμηνεύει αναδρομικά μόνο όταν αυτό προκύπτει με σαφήνεια από την διατύπωση, τον σκοπό ή την οικονομία τους καθώς αυτό επιβάλλεται από τις αρχές της ασφάλειας δικαίου⁵² και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης⁵³.

Η έννοια της προβλεψιμότητας εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από το περιεχόμενο του νομοθετήματος που εφαρμόζεται. Επ' αυτού, η ενωσιακή νομολογία⁵⁴, έκανε δεκτό ότι μπορούσε να υπάρξει αναδρομική επίταση των ποινών, διότι οι επιχειρήσεις μπορούσαν εντός των ορίων του νόμου να προβλέψουν την δυνατότητα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής να προσαρμόζει οποτεδήποτε το επίπεδο των προστίμων, προκειμένου να κατοχυρώσει την αποτελεσματική εφαρμογή των κανόνων

⁵⁰ Βλ. σκέψη 152, στην απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού υπ' αριθμ. 492/VI/2010. Για τον σχολιασμό των εν λόγω αποφάσεων, βλ. Engelsing F./Schneider H-H., Article 23 σε part 4: Council Regulation no.1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty, σε Competition Law: European Community Practice and Procedure, Westlaw, CLECPP 4 Art. 23, Peretz G./Ward T./Kreisberger R., 13 Enforcement and Procedure, σε European Community Law of Competition, Edited by Roth P. and Rose V., 2008, L. Arcelin, « L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH », Rev. Lamy dr. Conc., 2007, n° 11, p. 100.

⁵¹ Βλ. σχετικά M. Letmendié, La rétroactivité en droit communautaire, Cahiers du Droit Européen, 1977, σ. 518.

⁵² Βλ. Βασιλογιάννη Φ., Βεβαιότητα και ασφάλεια του δικαίου, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004.

⁵³ Βλ. ΔΕΚ, 12.11.1981, *Salumi*, 212 εως 217/80, Συλλογή 1981, I-2735, σκέψεις 9-10.

⁵⁴ Βλ. C-189/02, ο.π., σκ. 217-233, ιδίως σκ. 219.

ανταγωνισμού (βλ. ιδίως σκ. 227-231, αλλά και C-397/03 P, ο.π., σκ. 21-26)⁵⁵. Συναφώς εκρίθη, ότι η αρχή της μη αναδρομικότητας των ποινικών διατάξεων καθιερώνεται από το άρθρο 7 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα των γενικών αρχών του δικαίου⁵⁶. Συναφώς κατά τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, η τήρηση του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ δεν αποκλείει, στο πλαίσιο διοικητικής διαδικασίας, να επιβάλλεται «ποινή» πρώτα από διοικητική αρχή. Η τήρηση της εν λόγω διάταξης επιτάσσει, πάντως, να υπόκειται σε μεταγενέστερο έλεγχο εκ μέρους δικαιοδοτικού οργάνου που έχει πλήρη δικαιοδοσία κάθε απόφαση διοικητικής αρχής η οποία δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 6, παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ⁵⁷. Στα ίδια πλαίσια, η Επιτροπή υποχρεούται να τηρεί την αρχή της μη αναδρομικότητας σε κάθε διοικητική διαδικασία ικανή να καταλήξει στην επιβολή κυρώσεων, οι οποίες, κατ' ακολουθία, πρέπει να αντιστοιχούν στις κυρώσεις που ίσχυαν κατά τον χρόνο διαπράξεως της παραβάσεως (ΠΕΚ. απόφαση της 9 Ιουλίου 2003 υποθ. T-224/00)⁵⁸.

Σύμφωνα με το ΔΕΚ⁵⁹, κάθε πραγματική κατάσταση πρέπει κανονικά, ελλείπει αντίθετης διάταξης, να εξετάζεται υπό το φως των νομικών κανόνων που υπάρχουν κατά το χρόνο που έλαβε χώρα αυτή η κατάσταση⁶⁰. Με άλλα λόγια η αρχή της νομικής ασφάλειας παραβιάζεται όταν για παράδειγμα η νομοθεσία που ισχύει κατά την στιγμή πραγματοποίησεως της συγκεκριμένης συναλλαγής, μεταβάλλεται αναδρομικά και υπ' αυτή την έννοια λαμβάνει την ειδικότερη μορφή της αρχής της μη αναδρομικότητας των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου την οποία το ΔΕΚ κατ'

⁵⁵ Βλ. ΕπΑντ, απόφαση υπ' αριθμ. 530/VI/2011, ιδίως σκέψη υπ' αριθμ. 54.

⁵⁶ Οι κανόνες της ΕΣΔΑ διαθέτουν χαρακτήρα self-executing, (άμεσα εφαρμοστέων) κανόνων. Βλ. έτσι Ακρίτα Καϊδατζή, ΕΔΔΑ 43, 1999, σ. 22.

⁵⁷ Βλ. ΕΔΔΑ, αποφάσεις Segame SA κατά Γαλλίας, αριθ. 4837/06 § 55, ΕΔΔΑ 2012, και A. Menarini Diagnostics κατά Ιταλίας, § 59, σκέψη 51.

⁵⁸ Βλ. ΔεφΑθ. 2410/2009 και M.-A. Lafortune, «Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier», *La Gazette du Palais*, n° 266, 23/09/2001, pp 12-22, η οποία επισημαίνει, ότι οι παραβάσεις των κανονισμών μίας Ανεξάρτητης Αρχής είναι κατηγορίες ποινικού χαρακτήρα και όχι υποχρεώσεις αστικής φύσεως. Οι ποινές οικονομικής φύσεως για την καταστολή αυτών των παραβάσεων είναι ποινικής φύσεως. Για την ειδικότερη θεματική της Επιτροπής Ανταγωνισμού βλ. Α. Μικρουλέα, Τάσεις Ποινικοποίησης στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, ΔΕΕ 2009, 529-540.

⁵⁹ Στο πλαίσιο του κειμένου αυτού δεν χρησιμοποιείται ο όρος «Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης», (ΔΕΕ), αλλά η προ της έναρξης ισχύος της Συνθήκης της Λισαβόνας (01/12/2009), ονομασία του (ΔΕΚ).

⁶⁰ Βλ. ΔΕΚ, υπόθεση 10/78, Συλλ. 1978, σ. 1915.

επανάληψη έχει δεχθεί⁶¹. Όσον αφορά την μη γνήσια αναδρομικότητα το Δικαστήριο είχε ανακοινώσει στην υπόθεση *Durbeck* την πρόθεση του να περιορίσει τα αποτελέσματα της επίκλησης της αρχής αυτής. Αναγνώρισε μεν την εφαρμογή της θεμελιώδους αρχής στο συγκεκριμένο ζήτημα ωστόσο όπως χαρακτηριστικά ανέφερε « το πεδίο εφαρμογής της δε δύναται να επεκταθεί μέχρι σημείου ώστε να αποκλείει κατά τρόπο γενικό την εφαρμογή μίας νέας ρυθμίσεως στις μελλοντικές συνέπειες καταστάσεων που δημιουργήθηκαν υπό προγενέστερη κανονιστική ρύθμιση, εφόσον δεν έχουν αναληφθεί υποχρεώσεις έναντι της δημόσιας αρχής»⁶².

Συναφώς έχει υποστηριχθεί, η υποχρέωση σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας και εφαρμογής των κανόνων της διοικητικής δικονομίας⁶³. Συνακόλουθα είναι αυταπόδεικτη η σαφέστατη επιρροή του ευρωπαϊκού δικαίου τόσο στην διαμόρφωση της διοικητικής διαδικασίας⁶⁴ όσο και σ' αυτή της διοικητικής δίκης⁶⁵.

Σε ενωσιακό επίπεδο η νομολογία του ΔΕΚ επιβάλλει την πρόβλεψη μεταβατικών διατάξεων για την προστασία όσων θίγονται από τις αιφνίδιες νομοθετικές μεταβολές⁶⁶. Η υποχρέωση για τη θέσπιση μεταβατικών διατάξεων διατυπώνεται ρητά με την απόφαση ΣτΕ 5116/1996 στην οποία κρίθηκε, ότι «η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικούμενου εντάσσεται στις θεμελιώδεις αρχές της Κοινότητας και αποβλέπει να διασφαλίσει κάθε επιχειρηματία από την απρόβλεπτη μεταβολή καταστάσεων και έννομων σχέσεων που διέπει το κοινοτικό δίκαιο⁶⁷. Όμως το πεδίο εφαρμογής της αρχής αυτής δεν μπορεί να διευρυνθεί τόσο ώστε να κωλύει την εφαρμογή μιας νέας ρύθμισης, δεδομένου ότι στον

⁶¹ Βλ. ΔΕΚ, υπόθεση 234/83, Συλλ. 1985, σ. 327 (επίσης, γνώμη Γ. Εισαγγελέα, σελ. 328), υπόθεση 158/78, Συλλ. 1979, σ. 1103, 196/80, Συλλ. 1981, σ. 2263.

⁶² Βλ. απόφαση του ΠΕΚ, *Campo Ebro*, T-472/93.

⁶³ Βλ. Γιαννακόπουλο Κων., «Η υποχρέωση σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας και εφαρμογής των κανόνων της διοικητικής δικονομίας», ΕφημΔΔ, τευχ. 1/2008, σελ. 102 επ., Γέροντα Απόστολο, Ο εξευρωπαϊσμός του διοικητικού δικαίου, ΔιΔικ 2007 σελ. 547επ.

⁶⁴ Βλ. σχετικά, Β. Χρήστου, Η αρχή της καλής διοίκησης στο ευρωπαϊκό διοικητικό δίκαιο, ΕφημΔΔ, τευχ. 2-2008, σελ. 277επ.

⁶⁵ Βλ. σχετικά, Ε. Πρεβεδούρου, Η επιρροή του Ευρωπαϊκού δικαίου στη δίκη ενώπιον του ΣτΕ, Νομική Βιβλιοθήκη 2012, με περαιτέρω παραπομπές, Β. Καραγεώργου, Η διοικητική διαδικασία υπό την επίδραση της Ευρωπαϊκής Ενοποίησης, Εκδόσεις Σάκκουλα 2005.

⁶⁶ Βλ. Απ. Γέροντα, Η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του ιδιώτη στη νομολογία του ΣτΕ και του ΔΕΚ, στο Κράτος Δικαίου και Ατομικά Δικαιώματα, σ. 115.

⁶⁷ Βλ. σχετικά Ε. Πρεβεδούρου, Η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης στην νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Δ, 29 (1998), σ. 670-703.

τομέα των κοινών οργανώσεων αγοράς, επέρχονται συνεχείς προσαρμογές σε συνάρτηση με τις μεταβολές της οικονομικής κατάστασης»⁶⁸). Αξίζει να σημειωθεί ότι επί μεταβολής του νομικού καθεστώτος, ενόσω εκκρεμεί υπόθεση ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού εφαρμόζονται οι νέες διαδικαστικές διατάξεις του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης, οι οποίες ρυθμίζουν τη διαδικασία λήψης των αποφάσεων της ΕΑ, ως προς το μέρος της διαδικασίας που δεν έχει συντελεσθεί, με την προϋπόθεση, ότι δεν υπάρχει ρητή αντίθετη πρόβλεψη⁶⁹.

Η απόφαση του ΣτΕ υπ' αριθμ. 1508/2002 αναγνώρισε την συνταγματική προέλευση της αρχής της προστατευόμενης εμπιστοσύνης, έκρινε, ότι αντιτάσσεται ως συνταγματική αρχή και έναντι του νομοθέτη και την εφάρμοσε στην περίπτωση της γνήσιας αναδρομικότητας νόμου⁷⁰, παρότι μέχρι τότε γίνονταν δεκτός ο σχετικά περιορισμένος ρόλος της εν λόγω αρχής στο διοικητικό δίκαιο⁷¹. Σύμφωνα με την απόφαση : *«Μετά την κατά τα ανωτέρω συμπλήρωση της πενταετούς παραγραφής των επιδίκων χρεών εκδόθηκε ο ν. 2523/1997 “Διοικητικές και ποινικές κυρώσεις στη φορολογική νομοθεσία και άλλες διατάξεις” (ΦΕΚ Α' 179/11.9.1997), με το άρθρο 22 παρ. 12 του οποίου ορίσθηκαν τα εξής : “Παρατείνεται μέχρι 31.12.1998 ο χρόνος παραγραφής των βεβαιωμένων στις δημόσιες οικονομικές υπηρεσίες χρεών προς το Δημόσιο και τρίτους που παραγράφονται εντός των ετών 1997 και 1998. Η παράταση δεν ισχύει για τα χρέη προς οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης”. Ενόψει όμως του ότι ο νομοθέτης δύναται να παρατείνει τον χρόνο παραγραφής, μη δεσμευόμενος κατά τούτο από το Σύνταγμα, μόνον των αξιώσεων εκείνων για τις οποίες ο χρόνος αυτός δεν είχε ακόμη συμπληρωθεί κατά την έναρξη ισχύος του νεώτερου νόμου, η έννοια της ανωτέρω διατάξεως είναι προδήλως ότι δεν καταλαμβάνει όλα τα βεβαιωμένα στις Δ.Ο.Υ. χρέη προς το Δημόσιο που παραγράφονται εντός του έτους 1997, αλλά μόνο εκείνα των οποίων ο χρόνος παραγραφής συμπληρώνεται μετά την έναρξη ισχύος της*

⁶⁸ Ο.π.

⁶⁹ Δ.Εφ.Αθ. 1833/2010, Δ.Εφ.Αθ. 2891/2009.

⁷⁰ Σχετικά με τη διάκριση γνήσιας και μη γνήσιας αναδρομικότητας βλ. Κ. Χρυσόγονου/Γ. Πινακίδη, Η αρχή της προστασίας της εμπιστοσύνης στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο, ΔτΑ 2003, τόμος εκτός σειράς, Αντ. Σάκκουλας, Αθήνα, σελ. 33-49.

⁷¹ Βλ. Δετσαρίδη Χ., Οι αρχές της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της καλής πίστης στο διοικητικό δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2003 σελ 2. Μάλιστα στα πλαίσια του ελληνικού διοικητικού δικαίου γίνεται δεκτό ότι αποτελεί γενική αρχή με περιορισμένο πεδίο εφαρμογής υπό την έννοια ότι εφαρμόζεται μόνο επί των θετικών πράξεων της διοίκησης ενώ δεν μπορεί, σύμφωνα με την νομολογία του ΣτΕ να αντιταχθεί η αρχή αυτή κατά της αδράνειας της διοίκησης. Έτσι ο Μαθιουδάκης Ι., Η αρχή της αμεροληψίας της διοίκησης, Εκδόσεις Ανιόν, Θεσσαλονίκη, 2007 σελ 100-101.

(δηλαδή από 12.9.1997). Διότι υπό διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, συνεπαγομένη την εφαρμογή της και επί των χρεών που είχαν ήδη παραγραφεί πριν από την έναρξη ισχύος της, η ανωτέρω διάταξη του ν. 2523/1997 θα προσέκρουε όχι μόνο στην συνταγματική αρχή της ισότητας, αλλά προεχόντως στις εκ της αρχής του Κράτους δικαίου ευθέως συναγόμενες επί μέρους συνταγματικές αρχές της νομικής ασφάλειας και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης (ιδίως εκ των άρθρ. 2 παρ. 1 και 5 παρ. 1 του Συντ.), προς την τελευταία δε αρχή ευθέως συγκρούονται νόμοι οι οποίοι ρυθμίζουν αναδρομικώς και κατά τρόπον επαχθή ήδη περατωθείσες βιωτικές σχέσεις, τέτοια δε αναδρομική ρύθμιση είναι τότε μόνον θεμιτή, οσάκις η εμπιστοσύνη του πολίτη προς την σταθερότητα ωρισμένης νομικής καταστάσεως δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εν τοις πράγμασι δικαιολογημένη, οπότε και δεν απολαμβάνει συνταγματικής προστασίας, η εξαίρεση όμως αυτή δεν συντρέχει εν προκειμένω»⁷².

Στην εθνική έννομη τάξη γίνεται παγίως δεκτό, ότι κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η νομιμότητα της διοικητικής πράξης κρίνεται βάσει των κανόνων δικαίου, οι οποίοι ισχύουν κατά το χρόνο έκδοσής της και δεν ασκούν επιρροή οι κανόνες δικαίου που θεσπίσθηκαν μετά την έκδοσή της, εκτός εάν υπάρχει ρητή αντίθετη διάταξη⁷³. Η ως άνω αρχή καταλαμβάνει ευθέως και τις αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού οι οποίες είναι ατομικές εκτελεστές διοικητικές πράξεις⁷⁴. Η αρχή της αποτελεσματικής δράσεως της Διοικήσεως απορρέει από την αρχή της νομιμότητας,

⁷² Στην προκειμένη περίπτωση με το άρ. 18 του Ν. 3758/2009, ρυθμίζονται αναδρομικώς και επαχθώς ήδη περατωθείσες βιωτικές σχέσεις δεδομένου ότι επιβάλλεται έκτακτη φορολογική υποχρέωση για εισοδήματα που προέκυψαν δύο έτη προ της ψήφισης του ανωτέρω νόμου, ήτοι κατά την διάρκεια του έτους 2007, και για τα οποία έχει ήδη καταβληθεί ο αναλογών φόρος. Η εμπιστοσύνη του πολίτη επί την σταθερότητα της ήδη διαμορφωθείσας καταστάσεως μετά και την πληρωμή των αναλογούντων φόρων, πρέπει να θεωρηθεί εν τοις πράγμασι δικαιολογημένη καθ' όσον ο πολίτης ευλόγως προγραμματίζει την οικονομική του δραστηριότητα καθώς και τα έξοδα διαβιώσεώς του, με βάση το ισχύον κατά τον χρόνο των συναλλαγών του φορολογικό καθεστώς. Η επιγενόμενη επαχθής ανατροπή των δικαιολογημένων προσδοκιών του για την παγίωση της φορολογικής του κατάστασης σχετικά με την ήδη περατωθείσα και φορολογηθείσα οικονομική του δραστηριότητα προσβάλλει βάνουσα την δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του, η οποία παρίσταται συνεπώς άξια προστασίας. Για την προβληματική της μη αναδρομικότητας δυσμενών φορολογικών νόμων, βλ. Κ. Κουρτζή, Οι δεσμεύσεις του φορολογικού νομοθέτη στην Ελλάδα ως προς την αναδρομικότητα δυσμενών φορολογικών νόμων, ΘΠΔΔ, Τεύχος 11/2013, σελ. 959. Για το δικαίωμα της προσδοκίας, βλ. Γ. Λαδογιάννη, «Το δικαίωμα προσδοκίας», Εκδόσεις Αντ. Σάκκουλα, 2009.

⁷³ Βλ. ΣτΕ 825/2010, 2133/2003, 778/2001, 5755/1996, 2348/1987, 8/1984.

⁷⁴ Βλ. Η. Βλάσση, Η Επιτροπή ανταγωνισμού και η επιβολή από αυτή χρηματικών κυρώσεων για την παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, Δίκη, Νοέμβριος, 2003 και Α. Μικρουλεά, «Η δεσμευτικότητα των αποφάσεων της Επιτροπής Ανταγωνισμού», Αναμνηστικός Τόμος Στυλιανού Ν. Κουσουλή, Αντ. Ν. Σάκκουλας, Αθήνα – Κομοτηνή, 2012.

της χρηστής διοικήσεως, της υπεροχής του δημοσίου συμφέροντος και του Κράτους Δικαίου (αρ. 25 § 1 Συντ.) Σύμφωνα με το ΣτΕ «*Η αρχή της χρηστής διοίκησης ουδόλως επιβάλλει σε οποιαδήποτε διοικητική αρχή, ακόμη και αν γνωρίζει, ότι βρίσκεται σε εξέλιξη νομοθετική διαδικασία τροποποίησης του εφαρμοστέου σε υπόθεση δικαίου ή έχει τη σχετική νομοθετική πρωτοβουλία την υποχρέωση να απέχει από την εφαρμογή του ισχύοντος, κατά το χρόνο που επιλαμβάνεται, δικαίου*»⁷⁵.

Η αρχή της νομιμότητας, ως «αρχή» είναι επιδεκτική εξαιρέσεων και υποχωρεί, προκειμένου να εξυπηρετηθούν άλλοι σκοποί της δημόσιας διοικήσεως, όπως η προστασία του δημοσίου συμφέροντος και η ταχεία και αποτελεσματική διοικητική δράση⁷⁶. Στα ίδια πλαίσια προβληματικής η συνταγματικά, πλέον, κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25§1 Σ), επιβάλλει ο επιβληθείς περιορισμός να μην επιφέρει μεγαλύτερη δέσμευση του ατομικού δικαιώματος, από όση επιβάλλεται για την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος⁷⁷. Η εφαρμογή της αρχής αυτής στο πλαίσιο των διοικητικών κυρώσεων απαιτεί η επιβαλλόμενη διοικητική κύρωση που λαμβάνεται να είναι πρόσφορη, αναγκαία και ανάλογη προς τη σοβαρότητα της συμπεριφοράς του παραβάτη⁷⁸. Βάσει των αρχών που διέπουν τη διαχρονική εφαρμογή του δικαίου, καθώς και βάσει των αρχών της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις ουσιαστικού δικαίου οι οποίες ίσχυαν κατά τον χρόνο επελεύσεως των γεγονότων που συνιστούν την παράβαση, χωρίς να έχει σημασία ο χρόνος κατά τον οποίο εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις και επιβάλλονται οι σχετικές κυρώσεις. Έτσι, κάθε συμπεριφορά η οποία έλαβε χώρα μέχρι την 20.4.2011 (ημερομηνία θέσης σε ισχύ του ν. 3959/2011), και η οποία πιθανολογείται ότι πληροί τις προϋποθέσεις εφαρμογής των προβλεπόμενων στα άρθρα 1 και 2 του ν. 703/77 παραβάσεων, αξιολογείται βάσει των προαναφερόμενων άρθρων. Συνεπώς, στα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υπόθεσης, τα οποία εμπίπτουν στο *ratione materiae* και

⁷⁵ Βλ. ΣτΕ 3419/2012 σε <http://www.ste.gr/portal/page/portal/StE/DNBE>.

⁷⁶ Βλ. σχετικά, Γ. Κασιμάτης/Π. Λαζαράτος, Όρια ηλικίας ορκωτών ελεγκτών. Συνταγματικό-Κοινοτικό-Εθνικό Δίκαιο (γνωμ.) ΘΠΔΔ, 7/2012, σ. 574.

⁷⁷ Έτσι ΣτΕ 202/1974, 1700/1995, 1129/2003.

⁷⁸ Βλ. ΔΕΚ, υποθ. C-262/99 και συναφώς Richer L., La proportionnalité des sanctions dans le droit de la concurrence, Les Petites Affiches, 8/7/1991, p.4., Α. Σινανιώτη, Διοικητικά μέτρα για την άρση των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, ΔΕΕ 2008, σελ. 492επ.

ratione temporis πεδίο εφαρμογής των άρθρων 1 και 2 του ν. 703/77, εφαρμόζονται οι ουσιαστικού δικαίου κανόνες των εν λόγω άρθρων⁷⁹.

Γ. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Συνοψίζοντας συνεπώς τα πορίσματα της ανάλυσης που προηγήθηκε, είναι σαφές, ότι ως προς τις εκκρεμούσες στην Επιτροπή καταγγελίες που αφορούν υποθέσεις του άρθρου 4^α του ν. 703/1977, είναι προφανές, ότι αυτές δύνανται να τεθούν στο αρχείο ως εκπρόθεσμες σύμφωνα με την διαδικασία που προβλέπει το άρθρο 37 του ν. 3959/2011⁸⁰. Εξάλλου από την θεωρία είχε επισημανθεί κατ' επανάληψη, ότι οι συγκεντρώσεις του άρθρου 4α ήταν ήσσονος σημασίας συγκεντρώσεις και ούτως ή άλλως το εν λόγω άρθρο κακώς βρίσκονταν στο νόμο, αφού επιβαρύνει αδικαιολόγητα τόσο τις επιχειρήσεις όσο και την Επιτροπή Ανταγωνισμού⁸¹. Κατά το παρελθόν εξάλλου, ο κοινός νομοθέτης με το αρ. 1 παρ.26. του ν. 2837/2000 είχε ρητά σε μια ανάλογη περίπτωση, προβλέψει, ότι «Οι συγκεντρώσεις, που έχουν πραγματοποιηθεί ή γνωστοποιηθεί στην Επιτροπή Ανταγωνισμού κατ' εφαρμογή των άρθρων 4α και 4β του ν. 703/1977, για τις οποίες δεν έχει εκδοθεί απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού μέχρι την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, κρίνονται σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 703/1977, όπως αυτές τροποποιήθηκαν με τις διατάξεις των προηγούμενων παραγράφων». Η νομολογία του ΣτΕ είχε επίσης επικυρώσει την ορθότητα της ως άνω διάταξης⁸². Συναφώς αναφορικά με τις περιπτώσεις που αφορούν το άρθρο 21 του ν. 703/1977, αυτό έχει ήδη καταργηθεί με

⁷⁹ Βλ. Επα.Αντ., απόφαση υπ' αριθμ. 520/VI/2011, κυρίως παρ.127 επ.

⁸⁰ Για τον εν λόγω νόμο βλ. μεταξύ άλλων, Η. Σουφλερό, Ο νέος νόμος 3959/2011 για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού. Κριτική παρουσίαση των κυριότερων νέων ρυθμίσεων του, ΝοΒ, Τεύχ. 5, Ιουν. 2012, 1108επ., Τρούλη Εμμ., Ο νεοψηφισθείς ν.3959/2011 που αντικατέστησε τον ν.703/1977 για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού: βασικές αλλαγές και πρώτες εντυπώσεις, ΕΕμπΔ 2011, σελ. 744επ.

⁸¹ Βλ. μεταξύ άλλων Δ. Τζουγανάτο, Το πρόσφατο σχέδιο νόμου για την αναβάθμιση της Επιτροπής Ανταγωνισμού: Κατώτερο των προσδοκιών, Ναυτεμπορική, (11.4.2009), 34.

⁸² Βλ. ΣτΕ 4207/2011, όπου εκρίθη, ότι «Κατά το άρθρο 1 παρ. 26 του Ν. 2837/2000 η Επιτροπή Ανταγωνισμού, εξετάζοντας το πρώτον, μετά την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού, ορισμένη συγκέντρωση, κρίνει το νόμιμο αυτής από ουσιαστικής και τυπικής απόψεως, επί τη βάση των νέων διατάξεων του νόμου αυτού, ανεξαρτήτως του εάν η συγκέντρωση που εξετάζεται, αναγομένη τυχόν σε χρόνο προγενέστερο της ισχύος του νόμου αυτού, είχε γνωστοποιηθεί εγκαίρως ή όχι στην Επιτροπή Ανταγωνισμού».

τον ν. 3784/2009, και άρα είναι δυνατή και σύννομη η θέση του συνόλου αυτών των υποθέσεων στο αρχείο.

Με τις διατάξεις του ν. 3959/2011 επιτεύχθηκε η εναρμόνιση με το Ευρωπαϊκό πρότυπο και ο εκσυγχρονισμός της λειτουργίας της Επιτροπής. Ειδικότερα, με την κατάργηση του άρθρου 4α του Ν. 703/1977 που προέβλεπε την υποχρέωση εκ των υστέρων γνωστοποίησης των λεγομένων «μικρών» συγκεντρώσεων για λόγους χαρτογράφησης της αγοράς, αναγνωρίστηκε από την νομοθετική εξουσία, ότι η εν λόγω διάταξη αφενός συνιστούσε οριζόντιο ρυθμιστικό βάρος για τις επιχειρήσεις και διοικητικό βάρος για την Επιτροπή Ανταγωνισμού, αφετέρου δεν είχε αποδώσει σε όλη τη διάρκεια της μέχρι τώρα εφαρμογής της⁸³. Άλλωστε, αντίστοιχη διάταξη δεν συναντάται σε κανένα άλλο Κράτος Μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Για τους ίδιους λόγους καταργήθηκε και η υποχρέωση γνωστοποίησης συμπράξεων του άρθρου 21 του Ν. 703/77, ώστε να επιτευχθεί η πλήρης εναρμόνιση με τα Ευρωπαϊκά πρότυπα⁸⁴.

22. Προκύπτει με σαφήνεια, από την ως άνω ανάλυση, ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δύναται να θέσει στο αρχείο σύμφωνα με τα άρθρα 37 και 51 του ν.3959/2011, τις υποθέσεις που εκκρεμούσαν κατά την ημερομηνία δημοσίευσης του ν.3959/2011 και οι οποίες δεν εμπίπτουν πλέον στο ρυθμιστικό πεδίο αρμοδιοτήτων της Επιτροπής Ανταγωνισμού⁸⁵. Ως προς τις υποθέσεις που αφορούν παραβάσεις του άρθρου 4^α του ν. 703/1977, είναι προφανές, ότι αυτές δύνανται να τεθούν στο αρχείο ως εκπρόθεσμες σύμφωνα με την διαδικασία που προβλέπει το άρθρο 37. του ν. 3959/2011. Αναφορικά τέλος στις περιπτώσεις που αφορούν το άρθρο 21, του ν. 703/1977 αυτό έχει ήδη καταργηθεί σε προγενέστερο χρόνο με τον ν. 3784/2009.

⁸³ Βλ. ο.π. Η. Σουφλερό, Ο νέος νόμος 3959/2011 για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού. Κριτική παρουσίαση των κυριότερων νέων ρυθμίσεων του, ΝοΒ, Τεύχ.5, Ιουν. 2012, 1108 επ.

⁸⁴ Βλ. Εισηγητική Έκθεση του Υπουργείου Ανάπτυξης, για τον ν.3959/2011 διαθέσιμο στον διαδικτυακό τόπο, <http://www.opengov.gr/ypoiian/wpcontent/uploads/downloads/2010/12/Εισηγητική-έκθεση.pdf>

⁸⁵ Ειδικότερα οι επιμέρους διατάξεις που αφορούν σε : α. γνωστοποίηση συμπράξεων (άρθρο 21 ν. 703/77), β. υποβολή αιτήσεων αρνητικών πιστοποιήσεων (άρθρο 11 ν. 703/77), γ. γνωστοποιήσεις συγκεντρώσεων επιχειρήσεων ένα μήνα μετά την πραγματοποίησή τους (άρθρο 4^α ν. 703/77).

Η ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΤΩΝ ΕΛΑΤΤΩΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 46 ΤΟΥ ΓΕΡΜΑΝΙΚΟΥ ΚΩΔΙΚΑ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ (VwVfG)¹

Νίκος Πενίδης, Δ.Ν., Πρωτοδίκης Δ.Δ.

I. Εισαγωγικά

Με το άρθρο 20, παράγραφος 1 του νόμου 3900/2010 (ΦΕΚ Α' 213) προστέθηκε νέα πέμπτη παράγραφος στο άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας², σύμφωνα με το εδάφιο β' της οποίας: «Η πράξη ακυρώνεται για παράβαση διάταξης που ρυθμίζει τον τύπο ή τη διαδικασία έκδοσης της πράξης, μόνον αν ο προσφεύγων επικαλείται και αποδεικνύει βλάβη, η οποία δεν μπορεί να αποκατασταθεί διαφορετικά παρά μόνο με την ακύρωση της πράξης». Κατά την αιτιολογική έκθεση του νόμου, με τη ρύθμιση αυτή «παρεμποδίζεται η παρελκυστική επίκληση τυπικών πλημμελειών με την ανάγκη ανάδειξης της αιτιώδους σχέσης τους με βλάβη, έστω ενδεχόμενη, του προσφεύγοντος και ενισχύεται η ουσιαστική δικαιοδοσία του δικαστηρίου». Αντιθέτως, στην επιστημονική έκθεση της Βουλής εκφράζονται αμφιβολίες ως προς τη συνταγματικότητα της εν λόγω ρύθμισης και την αρμονία της προς διατάξεις της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ιδίως καθ' όσον αφορά στις αρχές του Κράτους Δικαίου, της νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, της διάκρισης των εξουσιών, της αναλογικότητας, της δίκαιης δίκης, καθώς και στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας. Η διάταξη αυτή (άρθρο 79 παράγραφος 5, εδάφιο β' του Κ.Δ.Δ.)³ επικαιροποιεί την προβληματική της σημασίας των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας, καθώς, η διαπίστωση από εκπρόσωπο της θεωρίας ότι: «στην ελληνική έννομη τάξη δεν υπάρχουν αντίστοιχες ρυθμίσεις με αυτές των άρθρων 45 και 46 του Γερμανικού Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας που σηματοδοτούν με σαφήνεια το ρόλο της διοικητικής διαδικασίας ως “μέσου” για την επίτευξη των λειτουργιών του ουσιαστικού διοικητικού δικαίου»⁴, φέρεται να μην ισχύει, πλέον, για τις πράξεις ή παραλείψεις φορολογικής ή τελωνειακής αρχής. Η ιδιαιτερότητα της συγκεκριμένης προβληματικής έχει αποδοθεί στην ελληνική θεωρία⁵. Ακολουθούν κάποια στοιχεία της πρόσληψης του επίμαχου θέματος από τη

¹ Το κείμενο αφιερώνεται στη μνήμη του συμφοιτητή Νίκου Καλαμπόγια.

² Όπως αυτός κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του νόμου 2717/1999 (ΦΕΚ Α' 97).

³ Αφορά (ήδη βάσει του γράμματός της ως άνω παραγράφου 5) αποκλειστικά σε διοικητικές πράξεις που εκδίδονται στο χώρο του φορολογικού ή του τελωνειακού δικαίου, β) ισχύει από την 1^η-1-2011, σύμφωνα με το άρθρο 70 του ίδιου νόμου και γ) δεν έχει εφαρμογή σε εκκρεμείς υποθέσεις, σύμφωνα με το άρθρο 20, παράγραφος 2 του νόμου αυτού.

⁴ Καραγεώργου, Βασιλική, Η διοικητική διαδικασία υπό την επίδραση της ευρωπαϊκής ενοποίησης, 2005, σελ. 99.

⁵ Ευστρατίου, Παύλος - Μιχαήλ, Το δίκαιο της διοικητικής διαδικασίας και των έννομων συνεπειών των διαδικαστικών ελαττωμάτων, ΕΔΔΔ, 2/2005, σελ. 245 επ., Σκουρής, Βασίλειος, Θεμελιώδη

γερμανική νομική επιστήμη επί τη βάση του άρθρου 46 του Γερμανικού Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας⁶ (εφεξής: Γ.Κ.Δ.Δ.), τα οποία δεν επεκτείνονται, για τις ανάγκες της συντομίας της παρουσίασης, στην αντιμετώπιση της προβληματικής από τη σκοπιά του ενωσιακού δικαίου⁷.

Το πεδίο εφαρμογής των δύο διατάξεων διαφοροποιείται, καθώς ο Γ.Κ.Δ.Δ. δεν εφαρμόζεται σε φορολογικές υποθέσεις, ενώ, αντιστρόφως, το άρθρο 79 παρ. 5 εδ. β' εφαρμόζεται αποκλειστικά σε φορολογικές και τελωνειακές υποθέσεις. Ωστόσο, η διάταξη του άρθρου 127 του Γερμανικού Κώδικα Δημοσίων Εσόδων⁸ (Abgabenordnung – ΑΟ, νομοθέτημα, το οποίο, κατ' αρχήν, διέπει τις φορολογικές διαφορές) ήταν αρχικά πανομοιότυπη με εκείνη του άρθρου 46 Γ.Κ.Δ.Δ., ενώ, ακόμη και μετά την τροποποίηση του τελευταίου, κατά το έτος 1997, εξακολουθεί να ομοιάζει ισχυρά προς αυτό, με συνέπεια η παρούσα ανάπτυξη να μη στερείται συνάφειας προς τους νομικούς προβληματισμούς που γεννώνται από τη θέση σε ισχύ του άρθρου 79 παρ. 5 εδ. β' του Κ.Δ.Δ..

II. Θέση των διατάξεων της διοικητικής διαδικασίας στο σύστημα του γερμανικού διοικητικού δικαίου

A. Σχέση ουσιαστικού και διαδικαστικού διοικητικού δικαίου

Για τη σχέση μεταξύ ουσίας και διαδικασίας στο διοικητικό δίκαιο διατυπώνονται δύο απόψεις:

1) αμιγώς βοηθητική λειτουργία⁹

Κατά την άποψη, η οποία κρατεί στη νομολογία και στη θεωρία,¹⁰ ναι μεν ο σεβασμός των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας οδηγεί στην έκδοση δικαίικα

ζητήματα της διοικητικής διαδικασίας, ΝοΒ 1993, σελ. 833 επ., σελ. 840-841, Γέροντας, Αποστόλης, Η διοικητική διαδικασία, ΝοΒ 1989, σελ. 42 επ., σελ. 49, Πρεβεδούρου, Ευγενία, Η σχέση διοικητικής διαδικασίας και δικαστικού ελέγχου στην κοινοτική έννομη τάξη, ΕφΔΔ 2006, σελ. 249 επ., Καραγεώργου, Βασιλική, Η διοικητική διαδικασία υπό την επίδραση της ευρωπαϊκής ενοποίησης, 2005, ιδιαιτέρως σελ. 30, 31, 99 και 100.

⁶ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), νόμος της 25^{ης} Μαΐου 1976, Εφημερίδα Ομοσπονδιακής Νομοθεσίας I σελ. 1253, θέση σε ισχύ την 1^η-1-1977, με τις μετέπειτα τροποποιήσεις του. Για τη συνοπτική παρουσίαση του νομοθετήματος στην αρχική του μορφή βλ. Παυλόπουλος, Προκόπιος, Η κωδικοποίηση της διοικητικής διαδικασίας στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, ΕΔΔ 1978, σελ. 348 επ..

⁷ Ενδεικτικά βλ. Kahl, Wolfgang, Σύγχρονες εξελίξεις στο γερμανικό διοικητικό δικονομικό δίκαιο, Διοικητική Δίκη 2014, σελ. 1454 επ..

⁸ Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, υπό τον τίτλο «Συνέπειες των διαδικαστικών και τυπικών ελαττωμάτων»: «Η ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, η οποία δεν είναι άκυρη σύμφωνα με την § 125, δεν μπορεί να ζητηθεί μόνο με βάση το ότι εξεδόθη κατά παράβαση κανόνων σχετικών με τη διαδικασία, τον τύπο ή την τοπική αρμοδιότητα, στην περίπτωση που δεν θα μπορούσε να εκδοθεί ουσιαστική απόφαση διαφορετικού περιεχομένου».

⁹ Ο όρος «βοηθητική λειτουργία» (“dienende Funktion”) συναντάται, πιθανότατα το πρώτον, στη μελέτη του Groschupf, Otto, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, Deutsches Verwaltungsblatt, εφεξής: DVBl., 1962, σελ. 627 επ., σελ. 630.

¹⁰ Ανάπτυξη της συλλογιστικής στις αποφάσεις της Συλλογής Αποφάσεων του Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου τόμος 92, σελ. 258 επ., σελ. 260, τόμος 105, σελ. 348 επ., σελ. 354,

άρτιων διοικητικών πράξεων, συνεπώς δεν αποτελεί απλή τυπολατρία, αλλά η διοικητική διαδικασία δεν παύει να εξυπηρετεί την πραγμάτωση του ουσιαστικού δικαίου και λειτουργεί, υπό αυτή την έννοια, απλώς επικουρικά, αποτελώντας μέσο για τη λήψη ουσιαστικά ορθών διοικητικών αποφάσεων και όχι αυτοσκοπό.¹¹

2) βοηθητική λειτουργία με αυτόνομο χαρακτήρα

Από την άλλη πλευρά, διατυπώνεται η γνώμη ότι το ουσιαστικό δίκαιο καθορίζει την δικαϊκή αξιακή τάξη, η οποία, όμως, για να πραγματοποιηθεί από τη διοίκηση, χρειάζεται τη συγκεκριμένη, εμπειρική γνώση, που αποκτάται μόνο διά της οδού του διαδικαστικού δικαίου.¹² Έτσι, το ουσιαστικό δίκαιο εξαρτάται από τη διαδικασία, προσδιορίζεται το πρώτον «εντός και διά αυτής»¹³, ενώ, ταυτόχρονα, οι θεσμοί του διοικητικού δικαίου αλληλεξαρτώνται και δεν είναι μονοσήμαντοι, ώστε να δύνανται να ενταχθούν ευχερώς είτε στην κατηγορία του ουσιαστικού, είτε σε εκείνη του διαδικαστικού δικαίου.¹⁴ 2

B. Προσανατολισμός του Γ.Κ.Δ.Δ. ως προς τις διατάξεις της διοικητικής διαδικασίας

Όπως επισημαίνει ο *Schmidt – Aßmann*, στο επίκεντρο του Γ.Κ.Δ.Δ. βρίσκονται οι εξατομικευμένες αποφάσεις και δη οι μονομερώς δεσμευτικές, με κεντρικό θεσμό τη διοικητική πράξη.¹⁵ Στο πλαίσιο αυτού του νόμου, η διοίκηση νοείται ως οργάνωση για την εκπόνηση δεσμευτικών ουσιαστικών αποφάσεων, κατά τρόπο ώστε η (αμιγώς) βοηθητική λειτουργία του διαδικαστικού δικαίου να εκλαμβάνεται ως δεδομένη. Στον πυρήνα αυτής της παραδοχής συναντάται ένα ειδικό κριτήριο ορθότητας των διοικητικών πράξεων, το οποίο είναι εντονότερα προσανατολισμένο στην επανεξέταση, παρά στη διαμόρφωση, παραχωρώντας την κεντρική θέση στον δικαστικό έλεγχο.¹⁶ Το *de lege lata* αυτό κριτήριο επικρίνεται από μερίδα της θεωρίας

σκεπτικισμός από το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο στην απόφαση της Συλλογής Αποφάσεων του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου τόμος 105, σελ. 48 επ., σελ. 60 επ..

¹¹ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, σελ. 495, 496, επικριτικά Quabeck, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, σελ. 8, 9, 284, Obermayer, Klaus (Begr.), Fritz, Roland (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Auflage, 1999, *εφεξής*: Obermayer, σελ. 930, *πλαγιότιτλος* 5, Held, Jürgen, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, σελ. 72-73, κατά τον οποίο αυτή η βοηθητική λειτουργία συχνά παρανοείται και οδηγεί σε υποτίμηση του διαδικαστικού δικαίου έναντι του ουσιαστικού.

¹² Hill, Hermann, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, σελ. 222.

¹³ Ossenbühl, Fritz, Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, σε: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel (τιμητικός τόμος Kurt Eichenberger), 1982, σελ. 183 επ..

¹⁴ Quabeck, Christian, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, σελ. 12, Hill, Hermann, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, σελ. 220, 221, 225, 226.

¹⁵ Schmidt-Aßmann, Eberhardt, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2^η έκδοση, 2006, σελ. 356.

¹⁶ Βλ. σχετικώς Quabeck, Christian, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, σελ. 42, 43, όπου γίνεται λόγος για κατανομή λειτουργιών μεταξύ εκτελεστικής και δικαστικής, με σαφές επίκεντρο τη δικαιοσύνη, με επίκληση και Schmidt-Aßmann, Eberhardt, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2^η έκδοση, 2006, σελ. 221. Βλ. και τη διαπίστωση στην ελληνική θεωρία περί «διαρκώς επεκτεινόμενου πεδίου του δικαστικού ελέγχου (...) ως αποτελέσματος της αναγνώρισης και κατοχυρώσεως των ατομικών ελευθεριών και δικαιωμάτων του

- υποστηρικτές της προαναφερθείσας, αυτόνομης βοηθητικής λειτουργίας της διοικητικής διαδικασίας -, οι οποίοι σημειώνουν ότι ο φόβος σχετικά με την επάρκεια της διοίκησης προς έκδοση ορθών διοικητικών πράξεων πρέπει να αποβληθεί υπέρ της αξίας της διαδικασίας και της αυτονομίας της διοίκησης, υπό την έννοια ότι τα δικαστήρια πρέπει να πάντουν να βελτιώνουν τις αποφάσεις των διοικητικών αρχών, με τις αποφάσεις τους, εν είδει εποπτικής αρχής, συνεισφέροντας, δηλαδή, ελλείπουσες διαπιστώσεις ή εκτιμήσεις.¹⁷

III. Διαδικαστικές και τυπικές πλημμέλειες, καθώς και κύρωση αυτών βάσει του άρθρου 46 του Γ.Κ.Δ.Δ.

A. Το άρθρο 46 του Γ.Κ.Δ.Δ.

1) σκοπός της ρύθμισης

Η διάταξη του άρθρου 46 του Γ.Κ.Δ.Δ., η οποία ανήκει στις πιο πολυσυζητημένες διατάξεις του συγκεκριμένου νομοθετήματος,¹⁸ αποτελεί δε, ταυτόχρονα, την πιο έντονη έκφραση της αντίληψης περί (αμιγώς) βοηθητικής λειτουργίας του διαδικαστικού δικαίου,¹⁹ ρυθμίζει τις ουσιαστικές συνέπειες των διαδικαστικών και τυπικών ελαττωμάτων της εκδοθείσας διοικητικής πράξης. Με την εν λόγω ρύθμιση (τόσο στην παλαιά, όσο και στη νέα της μορφή), ο νομοθέτης θέλησε να αποτρέψει την ακύρωση μιας κατά το ουσιαστικό μέρος ορθής διοικητικής πράξης αποκλειστικά λόγω διαδικαστικού ή τυπικού ελαττώματος, λαμβανομένης υπόψη της πιθανότητας, μάλιστα, να εκδοθεί εν τέλει μια διοικητική πράξη ιδίου περιεχομένου.²⁰ Η λογική που διέπει τη διάταξη αυτή, όπως κι εκείνη του άρθρου 45 του Γ.Κ.Δ.Δ.,²¹ είναι ότι,

ατόμου, αλλά και ως αντιστάθμισμα προς την συνεχώς διευρυνόμενη κρατική δραστηριότητα. (...) Όσο περισσότερο νομικοποιείται (...) η διοικητική δραστηριότητα, τόσο εκτενέστερο είναι το πεδίο του δικαστικού ελέγχου· και όσο εκτενέστερος ο δικαστικός έλεγχος, τόσο περισσότερο συμβάλλει η νομολογία στην εξέλιξη του διοικητικού δικαίου, το οποίο δικαστικοποιείται όλο και περισσότερο (...).» Δαγτόγλου, Πρόδρομος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, 5^η έκδοση, 2011, σελ. 13, πλαγιότιτλος 17.

¹⁷ Kahl, Wolfgang, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, Verwaltungsarchiv 2004, σελ. 1 επ., σελ. 35, Kopp, Ferdinand (Begr.), Ramsauer, Ulrich (Fortführer), Verwaltungsverfahrensgesetz, 12. Auflage, 2011, εφεξής: Kopp, § 46, σελ. 985, πλαγιότιτλος 31, Hufen, Friedhelm, Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern – eine Bestandsaufnahme nach zehn Jahren VwVfG, DVBl. 1988, σελ. 69 επ., σελ. 77.

¹⁸ Schenke, Wolf-Rüdiger, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 46 VwVfG, Die Öffentliche Verwaltung, 1986, σελ. 305 επ., σελ. 305.

¹⁹ Quabeck, Christian, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, σελ. 62, 67, 73, Held, Jürgen, Wahrnehmung und Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts aus der Sicht der Rechtsanwender: Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven, σελ. 84.

²⁰ Ehlers, Dirk, Anhörung im Verwaltungsverfahren, Jura 1996, σελ. 617 επ., σελ. 623.

²¹ Το γράμμα του άρθρου 45 του Γ.Κ.Δ.Δ., μετά την τροποποίησή του από το νόμο Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz - GenBeschG της 12^{ης} Σεπτεμβρίου 1996 - BGBl. I σελ. 1354, έχει ως εξής: «Θεραπεία διαδικαστικών και τυπικών ελαττωμάτων. (1) Η παράβαση διαδικαστικών ή τυπικών διατάξεων, η οποία δεν καθιστά τη διοικητική πράξη άκυρη κατ' άρθρο 44, στερείται σημασίας, όταν: 1. Εκ των υστέρων υποβάλλεται η απαιτούμενη για την έκδοση της διοικητικής πράξης αίτηση, 2. Δίδεται εκ των υστέρων η απαραίτητη αιτιολογία (της διοικητικής πράξης), 3. Αναπληρώνεται εκ των υστέρων η απαραίτητη ακρόαση συμμετέχοντος, 4. Συντάσσεται εκ των υστέρων το πόρισμα συμβουλίου, του οποίου η σύμπραξη ήταν απαραίτητη για την έκδοση της διοικητικής πράξης, 5. Αναπληρώνεται εκ των υστέρων η απαραίτητη σύμπραξη μιας άλλης

προεχόντως για λόγους οικονομίας της διαδικασίας, η δυνατότητα δικαστικής προβολής της παράβασης διατάξεων που διέπουν τη διαδικασία και τον τύπο σχετικοποιείται - στο μέτρο που η εν λόγω σχετικοποίηση εξακολουθεί να τελεί σε αρμονία με τη συνταγματική αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας -,²² ώστε μονάχα σημαντικές διαδικαστικές ή τυπικές πλημμέλειες να δικαιολογούν την ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, δηλαδή τέτοιες παραβάσεις των σχετικών διατάξεων, που θα μπορούσαν να επηρεάσουν το ουσιαστικό περιεχόμενο της διοικητικής πράξης.²³ Έτσι, δίδεται έμφαση στη συγκεκριμένη επίδραση του διαδικαστικού ή τυπικού ελαττώματος επί της ουσιαστικής απόφασης,²⁴ ενώ στο κυβερνητικό σχέδιο υποστηρίχθηκε ότι το προφανές της αιτιότητας αποτελεί εγγύηση αρμόζουσας εξισορρόπησης μεταξύ οικονομίας της διαδικασίας και τυπικών και διαδικαστικών απαιτήσεων, οι οποίες (απαιτήσεις) αποσκοπούν τόσο στην προστασία ενδιαφερόμενων τρίτων, όσο και σε μια αποτελεσματική, εύρυθμη διοίκηση²⁵.

2) προΐσχύουσα και ισχύουσα μορφή

Σύμφωνα με την αρχική μορφή της επίμαχης διάταξης (άρθρο 46 του Γ.Κ.Δ.Δ.),²⁶ η αξίωση για ακύρωση εξέπιπτε μόνο στην περίπτωση όπου δεν θα ήταν δυνατή η έκδοση διαφορετικής κατά περιεχόμενο διοικητικής πράξης, ενώ γινόταν δεκτό ότι η ύπαρξη διακριτικής ευχέρειας ή περιθωρίου εκτίμησης καθιστούσε, κατ' αρχήν, δυνατή την έκδοση διοικητικής πράξης διαφορετικού περιεχομένου, αποκλείοντας την εφαρμογή της συγκεκριμένης διάταξης.²⁷ Αντιθέτως, η νέα ρύθμιση επικεντρώνει

διοικητικής αρχής. (2) Διοικητικές ενέργειες της πρώτης παραγράφου μπορούν να αναπληρωθούν έως το 8πέρασ της δικαστικής διαδικασίας ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων. (3) (...)»

²² Πρβλ. απόφαση του Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου της 3^{ης}-5-1982 – 6 C 60/79, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1982, σελ. 618 επ., σελ. 619.

²³ Βλ. κυβερνητική αιτιολογία στο έντυπο του Ομοσπονδιακού Κοινοβουλίου 7/910 σελ. 66., Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, σελ. 284, Kopp, σελ. 974, πλαγιότιτλος 2 a, Hatje, Armin, *Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozess als Mittel der Verfahrensbeschleunigung*, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, σελ. 477 επ., σελ. 477, Schnapp Friedrich E., Cordewener, Axel, *Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts?*, *JuS* 1999, σελ. 147 επ., σελ. 150, Obermayer, § 46, σελ. 930, πλαγιότιτλος 2, Stelkens / Bonk / Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, Kommentar, 7. Auflage, 2008, *εφεξής*: Stelkens / Bonk / Sachs, § 46, σελ. 1357, 1358, πλαγιότιτλος 1.

²⁴ Kopp, § 46, σελ. 974, πλαγιότιτλος 2 a.

²⁵ Έντυπο του Ομοσπονδιακού Κοινοβουλίου 13/3995, σελ. 8.

²⁶ Το γράμμα του άρθρου 46 του Γ.Κ.Δ.Δ. είχε ως εξής: «Συνέπειες διαδικαστικών και τυπικών ελαττωμάτων. Η ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, η οποία δεν είναι άκυρη κατά το άρθρο 44, δεν μπορεί να επιδιωχθεί με βάση μόνο το ότι εκδόθηκε κατά παράβαση διατάξεων για τη διαδικασία, τον τύπο ή την τοπική αρμοδιότητα, όταν δεν θα μπορούσε να εκδοθεί επί της ουσίας διοικητική απόφαση διαφορετικού περιεχομένου.»

²⁷ Kopp, § 46, σελ. 973, πλαγιότιτλος 2, Stelkens/Bonk/Sachs, § 46, σελ. 1368, πλαγιότιτλοι 52, 53, Sodan, Helge, *Unbeachtlichkeit von Verfahrens- und Formfehlern*, *DVBl.* 1999, σελ. 729 επ., σελ. 734. Η αλλαγή που επέρχεται με το νέο άρθρο 46 είναι ότι η έλλειψη σημασίας των διαδικαστικών και τυπικών πλημμελειών επεκτείνεται και σε όλες τις περιπτώσεις όπου η διοίκηση διαθέτει, τόσο από την πλευρά του πραγματικού του εφαρμοζόμενου κανόνα δικαίου, περιθώριο εκτίμησης, όσο και στο πλαίσιο της έννομης συνέπειας, περιθώριο στάθμισης, σαφώς δε σε όλες τις διοικητικές πράξεις που εκδίδονται βάσει διακριτικής ευχέρειας (όχι μόνο σε εκείνες που η διακριτική ευχέρεια περιορίζεται στο ελάχιστο από άλλους κανόνες δικαίου ή λόγω της συγκεκριμένης περίπτωσης, όπως συνέβαινε με την παλιά μορφή της διάταξης), βλ. σχετικώς Συλλογή αποφάσεων του Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου τόμος 62, σελ. 108 επ., σελ. 116.

στο αποτέλεσμα μιας ανακατασκευής της πορείας της διοικητικής απόφασης, υπό την ακόλουθη έννοια: μόνο όταν προκύπτει ότι το διαδικαστικό ελάττωμα δεν επηρέασε την απόφαση, αποκλείεται η αξίωση για την εξαφάνισή της εξαιτίας αυτού του ελαττώματος, οπότε και το ελάττωμα εκλαμβάνεται ως άνευ σημασίας.²⁸ Συγκεκριμένα, μετά την τροποποίησή του από το νόμο περί επιτάχυνσης της διαδικασίας χορήγησης εγκρίσεων (Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz) της 12^{ης}-9-1996 - BGBl. I σελ. 1354,²⁹ το άρθρο 46 του Γ.Κ.Δ.Δ. έχει ως εξής: «Συνέπειες διαδικαστικών και τυπικών ελαττωμάτων. Η ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, η οποία δεν είναι άκυρη κατά το άρθρο 44, δεν μπορεί να επιδιωχθεί αποκλειστικά με βάση το ότι εκδόθηκε κατά παράβαση διατάξεων για τη διαδικασία, τον τύπο ή την τοπική αρμοδιότητα, όταν είναι προφανές ότι η παράβαση δεν επηρέασε την ουσιαστική απόφαση»³⁰.

3) Προφανής έλλειψη επίδρασης του διαδικαστικού ή τυπικού ελαττώματος κατά τη θεωρία

Στη θεωρία επισημαίνεται ότι η έλλειψη επίδρασης του διαδικαστικού ή τυπικού ελαττώματος επί της ουσιαστικής απόφασης πρέπει να είναι πράγματι προφανής, καθώς έτσι μόνο ικανοποιείται η επιδίωξη του νομοθέτη προς επίτευξη ισορροπίας μεταξύ της αρχής του ανεπίτρεπτου της καταχρηστικής προσβολής διαδικαστικών παραλείψεων και της απαίτησης για τήρηση των τύπων και της διαδικασίας.³¹ Έτσι, χρειάζεται να υφίσταται αυστηρό μέτρο ως προς την αποδοχή τέτοιου «προφανούς», δηλαδή να αποκλείεται κάθε λογικός ενδοιασμός, ότι, αν είχε αποφευχθεί το σφάλμα, θα προέκυπτε άλλη απόφαση επί της ουσίας, ώστε, ακόμη και ασθενείς ενδοιασμοί να καταλείπονται, να μη συντρέχει περίπτωση εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 46 του Γ.Κ.Δ.Δ..³² Αυτό το προφανές πρέπει να είναι αντιληπτό όχι μόνο από τη

²⁸ Ως προς το βάρος απόδειξης, στη θεωρία έχει διατυπωθεί τόσο η άποψη ότι διαμορφώνεται ένα μαχητό τεκμήριο αιτιότητας, δηλαδή επίδρασης του διαδικαστικού ή τυπικού ελαττώματος “widerlegbare Kausalitätsvermutung”, - έτσι το VGH München, Urteil v. 31-3-2003 – 4 B 00.2823, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport 2003, σελ. 771, 772 -, όσο και η αντίθετη άποψη (Alleweldt, Ralf, Verbandsklage und gerichtliche Kontrolle von Verfahrensfehlern: Neue Entwicklungen im Umweltrecht – zum Einfluss der Aarhus – Konvention und der Richtlinie 2003/35/EG auf die deutsche Rechtsordnung, Die Öffentliche Verwaltung, 2006, σελ. 621 επ., σελ. 627), ενώ στη νομολογία του Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου κρίσιμο θεωρείται το βάρος επίκλησης από πλευράς του διοικουμένου, βλ. σχετικώς την απόφαση του Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου της 23^{ης}.2.1994, DVBl. 1994, σελ. 763 επ., σελ. 764.

²⁹ Kahl, Wolfgang, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, Verwaltungsarchiv 2004, σελ. 1 επ., σελ. 6-7, κατά τον οποίο έτσι ξεκίνησε το στάδιο της ευρείας περιθωριοποίησης της διαδικασίας στο διοικητικό δίκαιο, που διαρκεί ακόμη.

³⁰ “Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat”.

³¹ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, Knack, Hans – Joachim (Begr.), Henneke, Hans – Günter (Fortführer), 9. Auflage, 2010, επεξήγ: Knack, § 46, σελ. 1004, πλαγίοτιτλος 35.

³² Held, Jürgen, Wahrnehmung und Bedeutung des Verwaltungsverfahrenrechts aus der Sicht der Rechtsanwender: Verwaltungsgerichtsbarkeit σε: 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven, 2011, σελ. 69 επ., σελ. 87, Kopp, § 46, σελ. 987, πλαγίοτιτλος 37, Stelkens/Bonk/Sachs, § 46, σελ. 1363, πλαγίοτιτλος 26, σελ. 1374, πλαγίοτιτλοι 80, 83, όπου υποστηρίζεται ότι η μακρά

διοίκηση, αλλά κι από τον, όχι απαραίτητα ειδήμονα, αλλά επιμελή ενδιαφερόμενο και να έχει την έννοια ότι η επί της ουσίας απόφαση της διοίκησης θα είχε την ίδια πορεία, ακόμα και ελλείψει του διαδικαστικού, τυπικού ή περί της τοπικής αρμοδιότητας ελαττώματος.³³

Β. Δικαιοπολιτικοί και συνταγματικοί προβληματισμοί

1) η φερόμενη ως σχετικοποίηση της διαδικασίας

Ευρέως εκφράστηκε ο φόβος ότι, για να ελεγχθεί η διάρκεια της διαδικασίας, με την εν λόγω διάταξη προσφέρεται στις διοικητικές αρχές η δυνατότητα «χαλαρής αντιμετώπισης» των διαδικαστικών και τυπικών διατάξεων, ακόμη και υπερπήδησης διαδικαστικών σταδίων.³⁴ Από τη σκοπιά αυτή ασκείται στο νέο άρθρο 46 του Γ.Κ.Δ.Δ. η κριτική ότι αποτελεί έκφραση μιας υπερβολικά στενής αντίληψης της διοικητικής διαδικασίας, η οποία θεωρεί δεδομένο έναν μηχανιστικό τρόπο εφαρμογής του νόμου και έναν όσο το δυνατόν πιο εντατικό κατά περιεχόμενο δικαστικό έλεγχο των διοικητικών πράξεων, παρατηρείται δε η αντίφαση ανάμεσα στη συνταγματικής προέλευσης προστασία των ατομικών ελευθεριών διά της διαδικασίας από τη μια μεριά και την έλλειψη σημασίας του διαδικαστικού δικαίου σε επίπεδο απλού νόμου από την άλλη, η οποία σημειώνεται ότι δεν βοηθά στην καλλιέργεια της κουλτούρας της διοικητικής διαδικασίας σε βάθος χρόνου.³⁵ Με την προβληματική αυτή συνδέεται και ο σκεπτικισμός ως προς τη μείωση του φόρτου εργασίας των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, βάσει της σκέψης ότι η έρευνα της προφανούς έλλειψης επιρροής (του διαδικαστικού ελαττώματος επί της ουσιαστικής

διερεύνηση του ζητήματος αυτού από πλευράς του δικαστηρίου, σημαίνει, αφ' εαυτής, την έλλειψη του στοιχείου του προφανούς (και συνεπείφει τη μη – εφαρμογή του άρθρου 46).

³³ Obermayer, § 46, σελ. 935, πλαγιότιτλος 32, πρβλ. Stelkens/Bonk/Sachs § 46, σελ. 1373, πλαγιότιτλος 79, Knack, § 46, σελ. 1004, πλαγιότιτλος 35, κατά τον οποίο σε αυτό το πλαίσιο δεν ενδιαφέρει η διαμορφωθείσα εν τοις πράγμασι, αλλά η δυνατή συναίσθηση του ενδιαφερομένου. Η στηριζόμενη σε στοιχεία ή άλλα αποδεικτικά μέσα κατάδειξη έλλειψης επίδρασης τότε μόνο πληροί το «προφανές» του άρθρου 46, όταν κι ο ενδιαφερόμενος μπορούσε να έχει πρόσβαση στα στοιχεία αυτά. Ο Ramsauer προκρίνει ως πιο σωστό το να αποδεικνύεται με τη βοήθεια του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης κατά αναντίρρητο τρόπο, επισημαίνει δε ότι δεν αρκεί η δυνατότητα διαπίστωσης του προφανούς μέσω της εξέτασης ως μάρτυρα κάποιου μέλους του προσωπικού της διοικητικής αρχής, Kopp, § 46, σελ. 987, πλαγιότιτλος 36. Ως προς το περαιτέρω ερώτημα του αν η έλλειψη επίδρασης δύναται να θεμελιωθεί όχι στα προϊόντα της διαδικασίας που διεξήχθη, παρά να απαιτεί έρευνα και στάθμιση που δεν ήταν αντικείμενο αυτής, σημειώνεται ότι το προφανές πρέπει να προκύπτει από τα ήδη προσκομισθέντα στοιχεία, ενώ, σε κάθε περίπτωση, η επίκληση νέων στοιχείων δεν μπορεί να αλλάζει τον πυρήνα των διαδικαστικών πορισμάτων, βάσει των οποίων εκδόθηκε η επίμαχη διοικητική πράξη, βλ. Kopp σελ. 987, πλαγιότιτλος 39, 40, Stelkens/Bonk/Sachs § 46, σελ. 1374, πλαγιότιτλος 81.

³⁴ Sodan, Helge, Unbeachtlichkeit von Verfahrens- und Formfehlern, DVBl. 1999, σελ. 729 επ., σελ. 738, Obermayer, § 46, σελ. 930, πλαγιότιτλος 2, Bonk, Heinz Joachim, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsbeschleunigungsgesetz, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, εφεξής: NVwZ, 1997, σελ. 320 επ., σελ. 325, Knack, § 46, σελ. 995, πλαγιότιτλος 8, κατά τον οποίο, η αντίληψη ότι οι διαδικαστικές παραλείψεις αποτελούν «συγχωρητέες αμαρτίες» μπορεί να οδηγήσει σε παραμέληση της συλλογής πληροφοριών από τη διοικητική αρχή και εν κατακλείδι σε παράταση της διαδικασίας.

³⁵ Schmidt-Aßmann, Eberhardt, Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur, NVwZ 2007, σελ. 40 επ., σελ. 41, Knack, § 46, σελ. 995, πλαγιότιτλος 8, κατά τον οποίο με τα νέα άρθρα 45, 46 του Γ.Κ.Δ.Δ. εμπεδώνεται η άποψη πως η διοικητική διαδικασία – χωρίς να θίγεται η σημασία της ως εχεγγύου ορθότητας – δεν έχει αυταξία, παρά επέχει βοηθητική λειτουργία έναντι του ουσιαστικού δικαίου.

απόφασης) προϋποθέτει διεργασία από πλευράς των διοικητικών δικαστηρίων, η οποία καθιστά αμφίβολη την επιδιωκόμενη μείωση του φόρτου εργασίας των τελευταίων.³⁶ Εν κατακλείδι, στην ευαίσθητη περιοχή αλληλεξάρτησης μεταξύ διαδικαστικών διατάξεων και ουσιαστικών αποφάσεων, προκάλεσε σκέψεις η επέκταση του ρυθμιστικού πεδίου μιας διάταξης σαν το άρθρο 46 του Γ.Κ.Δ.Δ., που μπορούσε ήδη (στην παλιά της μορφή) να ιδωθεί ως εν λευκώ επιταγή προς τη διοίκηση για παραμέληση της διοικητικής διαδικασίας,³⁷ χωρίς οι προβληματισμοί αυτοί να έχουν βρει απήχηση στη νομολογία του Ομοσπονδιακού Διοικητικού Δικαστηρίου.³⁸

2) αποτίμηση των διαδικαστικών και τυπικών ελαττωμάτων υπό το πρίσμα του άρθρου 19 παράγραφος 4 του Θεμελιώδους Νόμου

Από το δικαίωμα αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας που θεμελιώνεται στο άρθρο 19 παράγραφος 4 του Θεμελιώδους Νόμου προκύπτει η κατ' αρχήν αξίωση ολοκληρωμένης δικαστικής εξέτασης της προσβληθείσας διοικητικής πράξης, χωρίς να προκύπτουν ευθέως εξειδικευμένες επιταγές ή απαγορεύσεις.³⁹ Βάσει αυτής της παραδοχής, το άρθρο 46 του Γ.Κ.Δ.Δ., στο μέτρο που με αυτό αποκλείεται η αξίωση για την εξαφάνιση της διοικητικής πράξης αποκλειστικά λόγω της συγκεκριμένης διαδικαστικής ή τυπικής παράβασης, δεν μπορεί να ιδωθεί ως αποκλεισμός της δικαστικής οδού, ήτοι ως έλλειμμα δικαστικής προστασίας, ώστε να τίθεται ζήτημα αντίθεσης της διάταξης προς το άρθρο 19 παράγραφος 4 του Θεμελιώδους Νόμου.⁴⁰ Προϋπόθεση για να θεωρηθεί ότι η εν λόγω ρύθμιση αντίκειται στο άρθρο 19 παράγραφος 4 του Θεμελιώδους Νόμου, θα ήταν να αποκλείεται γενικώς διά αυτής η δικαστική προστασία έναντι διοικητικής πράξης με διαδικαστικά ελαττώματα, άρα δεν πρέπει να συγχέεται η αξίωση για δικαστική προστασία με την αξίωση ακύρωσης διοικητικής πράξης λόγω συγκεκριμένης διαδικαστικής πλημμέλειας, διότι από την ως άνω εγγύηση δικαστικής προστασίας δεν πηγάζει υποχρέωση ύπαρξης κυρώσεων υπό τη μορφή αξίωσης για ουσιαστικές αντιδράσεις (π.χ. ακύρωση).⁴¹ Κατ' άλλη, ειδικότερη άποψη, εξάγεται το ίδιο συμπέρασμα, όμως με την αιτιολογία ότι ο αποκλεισμός της ακύρωσης δεν επηρεάζει την ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 113 παράγραφος 1 εδάφιο 4 του Γερμανικού Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO), ήτοι την έγερση αγωγής για αναγνώριση της

³⁶ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, σελ. 284.

³⁷ Schnapp, Friedrich E., Cordewener, Axel, Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts?, JuS 1999, σελ. 147 επ., σελ. 150-151, Knack, § 46, σελ. 996, πλαγιότιτλος 10, Kopp, Ferdinand, Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze - Anspruch und Wirklichkeit - eine Bilanz, Die Verwaltung, 1987, σελ. 1 επ., σελ. 23, κατά τον οποίο αποτέλεσμα της διάταξης είναι η ευρεία σχετικοποίηση της διοικητικής διαδικασίας.

³⁸ Stelkens/Bonk/Sachs, § 46, σελ. 1359, πλαγιότιτλος 5.

³⁹ Hatje, Armin, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozess als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, Die Öffentliche Verwaltung, 1997, σελ. 477 επ., σελ. 483, Schenke, Wolf-Rüdiger, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 46 VwVfG, Die Öffentliche Verwaltung, 1986, σελ. 305 επ., σελ. 312.

⁴⁰ Kopp, § 46, σελ. 974, πλαγιότιτλος 4, Schilling, Theodor, Die Anhörungsregelung des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Lichte des Grundgesetzes, VerwArch 1987, σελ. 45 επ., σελ. 52.

⁴¹ Schenke, Wolf-Rüdiger, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 46 VwVfG, Die Öffentliche Verwaltung, 1986, σελ. 305 επ., σελ. 312.

παρανομίας, με την οποία δεν είναι δυνατή η ακύρωση, αλλά η διαπίστωση της παρανομίας και της δικαιοκίνης βλάβης.⁴²

3) απαίτηση σύμφωνης με το Σύνταγμα ερμηνείας της διάταξης

Κατά μία άποψη, μόνη η προσβολή διαδικαστικών διατάξεων, οι οποίες επέχουν συσχετισμό προς τις ατομικές ελευθερίες, δεν δύναται να επηρεάσει την εφαρμογή του άρθρου 46 του Γ.Κ.Δ.Δ., άγοντας σε σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία, καθ' όσον: α) μικρή μερίδα τέτοιων διατάξεων επιβάλλονται πράγματι από τις ατομικές ελευθερίες και β) ως προς την αντιμετώπιση ακόμη και αυτών των παραβάσεων, ο νομοθέτης διαθέτει ευρύ περιθώριο επιλογών.⁴³ Ωστόσο, στη θεωρία κρατεί η θέση, σύμφωνα με την οποία επιβάλλεται η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία της διάταξης,⁴⁴ στην περίπτωση όπου το διαδικαστικό ελάττωμα, παρά το σωστό κατ' ουσίαν αποτέλεσμα, επιφέρει προσβολή δικαιοκίνης θέσης προστατευόμενης από τις ατομικές ελευθερίες, ενώ στην ίδια κατεύθυνση εκφράζεται και η ευρύτερη άποψη περί εν γένει στενής ερμηνείας της διάταξης⁴⁵.

IV. Αντί συμπεράσματος

Από την ως άνω ανάπτυξη προκύπτει ότι η αποτίμηση των διαδικαστικών και τυπικών διατάξεων του διοικητικού δικαίου έχει να κάνει με το ρόλο, τον οποίο εμπιστεύονται στη διοικητική διαδικασία οι διαμορφωτές και εφαρμοστές της κάθε έννομης τάξης.⁴⁶ Έτσι, στη γερμανική θεωρία αποδίδεται η αντίθεση ανάμεσα, αφ' ενός μεν στο γερμανικό σύστημα, το οποίο, με τη δικαστική κρίση στο επίκεντρο, προσανατολίζεται στη μοναδική ορθή και κατά το δυνατό προγραμματισμένη ουσιαστική απόφαση, με τη λειτουργία των διαδικαστικών διατάξεων σχετικοποιημένη, αφ' ετέρου δε στο ενωσιακό μοντέλο, επηρεασμένο από την αγγλοσαξονική και (προπάντων) από τη γαλλική παράδοση, με την έμφαση στα διαδικαστικά δικαιώματα και την εμπιστοσύνη στη λειτουργία της δίκαιης διοικητικής διαδικασίας για την εξασφάλιση της ορθότητας της προς έκδοση

⁴² Schenke, Wolf-Rüdiger, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 46 VwVfG, Die Öffentliche Verwaltung, 1986, σελ. 305 επ., σελ. 317, 320.

⁴³ Quabeck, Christian, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, σελ. 25.

⁴⁴ Knack, § 46, σελ. 997, πλαγιότιτλος 11, Kopp, § 46, σελ. 974, 975, πλαγιότιτλος 5, Obermayer, § 46, σελ. 930, πλαγιότιτλος 6, Bonk, Heinz Joachim, 25 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 2001, σελ. 636 επ., σελ. 641, του ίδιου, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsbeschleunigungsgesetz NVwZ 1997, σελ. 320 επ., σελ. 326, Schmidt-Abmann, Eberhardt, Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur, NVwZ 2007, σελ. 40 επ., σελ. 44. Με την ίδια επιχειρηματολογία αποκλείεται η ευθεία ή ανάλογη εφαρμογή της διάταξης σε συγγενείς κατηγορίες διαδικαστικών ελαττωμάτων (π.χ. στην καθ' ύλη ή στη λειτουργική αναρμοδιότητα), πέραν των τριών προβλεπόμενων από το γράμμα της διάταξης, βλ. Knack, § 46, σελ. 1000, πλαγιότιτλος 22, με παραπομπή σε πλούσια νομολογία, βλ. επίσης, ομοίως κατ' αποτέλεσμα, Stelkens/Bonk/Sachs, § 46, σελ. 1366, πλαγιότιτλοι 42, 43.

⁴⁵ Hufen, Friedhelm, Fehler im Verwaltungsverfahren, σελ. 357, 362.

⁴⁶ Καραγεώργου, Βασιλική, Η διοικητική διαδικασία υπό την επίδραση της ευρωπαϊκής ενοποίησης, 2005, σελ. 30, 31.

πράξης.⁴⁷ Παρατηρείται σχετικώς, προς υπεράσπιση και δικαιολόγηση της γερμανικής δογματικής προσέγγισης, ότι δεν είναι ευχερής, ούτε υιοθετείται, η μεγιστοποίηση του ελέγχου και στις δύο πλευρές, δηλαδή τόσο ως προς την τήρηση της προβλεπόμενης διοικητικής διαδικασίας, όσο και ως προς την επανεξέταση του αποτελέσματος από πλευράς ουσιαστικού δικαίου: από την επιθεώρηση εθνικών και υπερεθνικών έννομων τάξεων προκύπτει ότι ο εκάστοτε νομοθέτης επιλέγει, είτε να εντείνει τον έλεγχο των διαδικαστικών διατάξεων σε βάρος εκείνου των ουσιαστικών, είτε το αντίστροφο.⁴⁸ Όμως, μερίδα της θεωρίας – υποστηρικτές της προαναφερθείσας, αυτόνομης βοηθητικής λειτουργίας της διοικητικής διαδικασίας -, εξακολουθεί να παρατηρεί ότι, ναι μεν ο σκοπός της διοικητικής και της δικαστικής διαδικασίας είναι κοινός, συνιστάμενος στην πραγμάτωση του ουσιαστικού δικαίου, αλλά οι δυο διαδικασίες διαφέρουν μεταξύ τους ως προς τον τρόπο της επιδίωξης της πραγμάτωσης του ως άνω σκοπού, διότι η πρώτη εγκλείει συγκεκριμενοποίηση και διαμόρφωση της προς έκδοση διοικητικής πράξης, ενώ η δεύτερη προσανατολίζεται στο αποτέλεσμα και δρα με χαρακτήρα επιβολής αυτού, υπό το πρίσμα των εξ υποκειμένου δικαιωμάτων.⁴⁹

⁴⁷ Quabeck, Christian, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, σελ. 2, 3, 44, 45, Held, Jürgen, Wahrnehmung und Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts aus der Sicht der Rechtsanwender: Verwaltungsgerichtsbarkeit, σε: 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven, σελ. 69 επ., σελ. 90, Kahl, Wolfgang, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, Verwaltungsarchiv 2004, σελ. 1 επ., σελ. 19, 20, κατά τον οποίο, αυτή η αντίθεση μπορεί να αποδοθεί και ως διάσταση ανάμεσα σε δυο μοντέλα απονομής δικαιοσύνης, στο γερμανικό, που εστιάζει στην υποκειμενική προστασία δικαιωμάτων και στο ενωσιακό, που προσανατολίζεται κατ' αρχήν σε αντικειμενικό νομικό έλεγχο, αποσκοπώντας στην κινητοποίηση των συμφερόντων του ατόμου για την επίτευξη στόχων δημοσίου συμφέροντος, βλ. και Πρεβεδούρου, Ευγενία, Η σχέση διοικητικής διαδικασίας και δικαστικού ελέγχου στην κοινοτική έννομη τάξη, ΕφΔΔ 2006, σελ. 249 επ., σελ. 256, 257. Κατά τον *Ladenburger*, η αντιμετώπιση των διαδικαστικών ελαττωμάτων είναι κατά μέσο όρο αυστηρότερη στη Γαλλία, από ότι στη Γερμανία: *Ladenburger, Clemens, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht: Die Auswirkung von Fehlern des Verwaltungsverfahrens auf die Sachentscheidung*, 1999, σελ. 324.

⁴⁸ Pietzcker, Jost, Verfahrensrechte und Folgen von Verfahrensfehlern, σε: *Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, 2001, σελ. 695 επ., σελ. 706 – 707, κατόπιν παρουσίασης του τρόπου αντιμετώπισης των διαδικαστικών ελαττωμάτων σε Γαλλία, Αγγλία, Ελβετία, Αυστρία και Ευρωπαϊκή Ένωση. Ο ως άνω καταλήγει στο ότι είναι πιο ωφέλιμος, από την άποψη της ποιότητας και της πληρότητας της δικαστικής προστασίας, ο ενισχυμένος έλεγχος του ουσιαστικού (έναντι του διαδικαστικού) δικαίου.

⁴⁹ Hill, Hermann, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, σελ. 217, 218, Hufen, Friedhelm, Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern – eine Bestandsaufnahme nach zehn Jahren VwVfG, DVBl. 1988, σελ. 69 επ., σελ. 70, βλ. και Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, σελ. 142, 143. Για τη σχέση μεταξύ των δύο λειτουργιών βλ. και Ευστρατίου, Παύλος - Μιχαήλ, Το δίκαιο της διοικητικής διαδικασίας και των έννομων συνεπειών των διαδικαστικών ελαττωμάτων, ΕΔΔΔ, 2/2005, σελ. 245 επ., σελ. 252. Για την πρόσληψη ενός ανατροφοδοτούμενου συγκερασμού μεταξύ εννοιοκρατίας και εμπειρισμού με τα δικαστήρια ως εκπρόσωπο της πρώτης και τη διοίκηση του δεύτερου, επί τη βάση μιας Γενικής Θεωρίας του δικαίου, βλ. Ιντζεσίλογλου, Νικόλαος Γ., Κοινωνιολογία του δικαίου, 1990, τόμος 1^{ος}, σελ. 77-79.

ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΟΡΘΟΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ, ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΩΝ ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΡΥΘΜΙΣΕΩΝ ΤΟΥ Ν.3900/2010 - ΟΙ ΡΥΘΜΙΣΕΙΣ ΤΟΥ ΠΑΡΑΒΟΛΟΥ ΚΑΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΕΝΝΟΜΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Βαρβάρα Μπουκουβάλα, ΔΝ-Πρωτοδίκης ΔΔ

I. Το πρόβλημα της υπερσυγκέντρωσης των εκκρεμών δικαστικών υποθέσεων ενώπιον της διοικητικής δικαιοσύνης- Νομικές διαστάσεις, αιτίες και αντιμετώπιση

& Η διαπίστωση του συστημικού προβλήματος της ελληνικής διοικητικής δικαιοσύνης αναφορικά με τη χρονική καθυστέρηση της εκδίκασης των εκκρεμών δικαστικών υποθέσεων και οι εσωτερικές και εξωτερικές νομικές του διαστάσεις

Αποτελεί πλέον αδιαμφισβήτητο γεγονός και κοινά αποδεκτή διαπίστωση ότι ένα από τα μεγαλύτερα προβλήματα που αντιμετωπίζει σήμερα η ελληνική διοικητική δικαιοσύνη είναι ο μεγάλος αριθμός των εκκρεμών υποθέσεων, τις οποίες καλείται να διεκπεραιώσει¹. Ο μεγάλος όγκος των εκκρεμών δικαστικών υποθέσεων που καλούνται να εκδικάσουν τα διοικητικά δικαστήρια οδηγεί σε πολύ μεγάλη χρονική καθυστέρηση στην έκδοση πρωτόδικης, πολλώ δε μάλλον τελεσίδικης απόφασης, που να επιλύει με τη δύναμη του δεδικασμένου και τη δυνατότητα εκτέλεσης των κελευσμάτων της, τις εκκρεμείς διαφορές, με συνέπεια να δημιουργούνται προβλήματα, νομικά, κοινωνικά, πολιτικά και οικονομικά, καταρχήν, στο εσωτερικό της χώρας. Περιοριζόμενοι, στο πλαίσιο της μελέτης μας, στη νομική διάσταση του προβλήματος, έχουμε πρωταρχικώς να παρατηρήσουμε ότι η παρατεταμένη εκκρεμοδικία και ο μεγάλος χρόνος έκδοσης, ακόμη και πρωτόδικης απόφασης, που μπορεί να αγγίξει συνολικά τα τέσσερα με έξι έτη, κατά περίπτωση, προσβάλλει στον πυρήνα του, το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας του διοικουμένου, θεμελιώδες γνώρισμα και ουσιώδης πτυχή του οποίου είναι η έγκαιρη παροχή της

¹ Για μία αναλυτική, αριθμητική παρουσίαση των υποθέσεων που εκκρεμούν στη διοικητική δικαιοσύνη, βλ. Κ. ΦΩΤΟ, Η λειτουργία της Δικαιοσύνης και η Τρόικα, ΔΦΝ, 1482/2012, σ.86 επ.

δικαστικής προστασίας², που συνδέεται και εξαρτά την ίδια την αποτελεσματικότητά της³, καθώς η χρονική καθυστέρηση πολλές φορές καταλήγει και ισοδυναμεί με αρνησιδικία⁴. Εξάλλου, η αδυναμία έγκαιρης και σε εύλογο χρόνο έκδοσης δικαστικής απόφασης, στερεί από το κράτος, όταν πρόκειται για εκκρεμείς υποθέσεις που αφορούν τον καταλογισμό φόρων και συναφών οικονομικών δικαιωμάτων του Δημοσίου, από τη δυνατότητα άμεσης είσπραξης των φορολογικών και εν γένει δημοσίων εσόδων⁵, καθώς σε συνδυασμό με την προσωρινή έννομη προστασία που διεκδικεί και αποκτά ο ιδιώτης διάδικος⁶, μετατίθεται ο χρόνος είσπραξης των οικονομικών οφειλών των διοικουμένων, έως την οριστική δικαστική διευθέτηση της διαφοράς. Περαιτέρω, η παρατεταμένη εκκρεμοδικία, όταν οι υποθέσεις που εκκρεμούν αφορούν την χορήγηση συντάξεων, κοινωνικοασφαλιστικών παροχών και επιδομάτων ή άλλων εν γένει κοινωνικών παροχών, εμποδίζει την πραγμάτωση των κοινωνικών λειτουργιών του κράτους και κλονίζει την αρχή του κοινωνικού κράτους δικαίου⁷, στερεί δε τους διοικουμένους από την παροχή βασικών και στοιχειωδών κοινωνικών αγαθών, δημιουργώντας κοινωνικό αναβρασμό και αναταραχή, σε

² Θεωρούμε ότι το κανονιστικό περιεχόμενο του άρθρου 20 παρ.1 του Συντάγματος, περιλαμβάνει τρεις διακριτές και αυτόνομες αξιώσεις, τις αξιώσεις για παροχή πλήρους, έγκαιρης και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Με αυτή την έννοια, η παροχή έννομης προστασίας σε εύλογο χρόνο, έγκαιρα και ταχέως, δεν απορρέει από την αρχή της αποτελεσματικής ένδικης προστασίας, αλλά αποτελεί διακριτό και αυτόνομο γνώρισμα του άρθρου 20 παρ.1 του Συντάγματος, θεμελιώνοντας την αντίστοιχη αξίωση του διαδίκου για την ικανοποίηση αυτής της έκφρασης του δικαιώματος. Αυτό φαίνεται να υποστηρίζει και ο Παραράς, βλ.Π.ΠΑΡΑΡΑΣ, Σύμβαση και Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2001, σ.122. Ομοίως, Ν.ΣΟΛΙΑΝΤΑΚΗΣ, Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας στη διοικητική δικονομία, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1993, σ.92 επ.

³ Κατά τον Χρυσόγονο, η απαίτηση για τη δικαιοδοτική επίλυση της διαφοράς εντός εύλογου χρόνου, απορρέει από την αξίωση η έννομη προστασία να είναι αποτελεσματική και άρα επίκαιρη, βλ.Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σ.416. Σύμφωνα με τον Λαζαράτο αποτελεσματική είναι η έννομη προστασία όταν παρέχεται σε εύλογο χρόνο, θεωρώντας τον έγκαιρο χαρακτήρα της δικαστικής προστασίας, ως παρεπόμενο της αποτελεσματικότητάς της, βλ.Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟ, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα 2014, σ.9. Ομοίως, Π.ΔΑΓΓΟΓΛΟΥ, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ.61.

⁴ *Ι.ΣΥΜΕΩΝΙΔΗΣ*, Η μεταρρύθμιση στο χώρο της διοικητικής δικαιοσύνης, ΕφημΔΔ, 4/2010, σ.515 επ.(516). Το ΕΔΑΔ αποφάνθηκε, με την πιλοτική απόφασή του, Αθανασίου κατά Ελλάδας, 21.12.2010, (αριθμ.προς.50973/2008), ΕφημΔΔ, 2/2011, σ.227 επ.με παρατηρήσεις Στέλλας Θάνου (&52), ότι «η αδικαιολόγητη έλλειψη απόφασης από το δικαστήριο για ιδιαίτερα μακρύ χρονικό διάστημα μπορεί...να εξομοιωθεί με αρνησιδικία...».

⁵ Για το φαινόμενο της αδυναμίας είσπραξης των φορολογικών εσόδων του κράτους από την χρονίζουσα καθυστέρηση επίλυσης των διοικητικών διαφορών, βλ. Α.ΠΑΠΑΠΑΝΑΓΙΩΤΟΥ-ΛΕΖΑ, 50 χρόνια από την ίδρυση των Τακτικών Διοικητικών Δικαστηρίων - Μια προσπάθεια αναζήτησης των αιτίων συσσώρευσης σ'αυτά χιλιάδων εκκρεμών υποθέσεων, ΘΠΔΔ, 2/2013, σ.97 επ.(100-101). Επίσης, Γ.ΔΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας. Ανατρέποντας το μύθο της «ωραίας κοιμημένης», Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2013, σ.65 επ.

⁶ Τούτο αποτελεί παράπλευρη συνέπεια της καθυστέρησης εκδίκασης των υποθέσεων, καθώς η προσωρινή έννομη προστασία υποκαθιστά σε πολλές περιπτώσεις την οριστική, προκειμένου να αποκλειστεί η δημιουργία πραγματικών και τετελεσμένων καταστάσεων που δεν είναι δυνατόν να ανατραπούν μετά την έκδοση της οριστικής απόφασης, ύστερα από την πάροδο μακρού χρόνου. Βλ.Ι.ΣΥΜΕΩΝΙΔΗΣ, Οι πρόσφατες μεταρρυθμίσεις στη διοικητική δικαιοσύνη και ο διάλογος που έχει ανοίξει για μια νέα πορεία του κλάδου, ΕφημΔΔ, 3/2011, σ.384 επ.

⁷ Γ.ΔΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.66.

αντίθεση και αντίφαση με την ειρηνευτική λειτουργία που εγγενώς επιτελεί η δικαιοσύνη. Ταυτόχρονα, η διοικητική δικαιοσύνη απολλύει τα ποιοτικά χαρακτηριστικά της, στα οποία συμπεριλαμβάνεται και η ταχύτητα στον προσδιορισμό, την εκδίκαση και έκδοση των αποφάσεών της⁸, με συνέπεια μία διαρκή εσωτερική και εξωτερική κρίση νομιμοποίησής της⁹.

Η χρονική καθυστέρηση της εκδίκασης των εκκρεμών διαφορών από τα ελληνικά διοικητικά δικαστήρια έχει, όμως, και την δυσμενή, εξωτερική, νομική της διάσταση. Δεδομένου ότι, ουσιώδες χαρακτηριστικό και κριτήριο της δίκαιης δίκης, σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ.1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) αποτελεί ο εύλογος χρόνος διάρκειας της δίκης και η ταχεία εκδίκαση των υποθέσεων¹⁰, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (ΕΔΑΔ) έχει εκδώσει πληθώρα καταδικαστικών αποφάσεων σε βάρος της Ελλάδας, για παραβίαση του εύλογου χρόνου εκδίκασης των διαφορών στα διοικητικά δικαστήρια, με συνέπεια η ελληνική διοικητική δικαιοσύνη να υφίσταται βαρύ θεσμικό πλήγμα και να αμφισβητείται η αποτελεσματική εφαρμογή της αρχής του κράτους δικαίου στη χώρα μας, το δε κράτος να επιβαρύνεται δημοσιονομικά, λόγω του οικονομικού αντίκτυπου των αποφάσεων αυτών, καθώς η Ελλάδα καλείται να καταβάλλει αποζημιώσεις στους διαδίκους για την αποκατάσταση της βλάβης που υπέστησαν από την προσβολή του δικαιώματός τους σε ταχεία δίκη. Με την πιλοτική απόφαση του ΕΔΑΔ, Αθανασίου κατά Ελλάδα, το ευρωπαϊκό δικαστήριο διαπίστωσε ότι υπάρχει πλέον συστημικό πρόβλημα στην ελληνική διοικητική δικαιοσύνη, συνιστάμενο στην καθυστερημένη έκδοση των δικαστικών αποφάσεων των διοικητικών δικαστηρίων, «που μπορεί να υπονομεύσει την εμπιστοσύνη του κοινού στην αποτελεσματικότητα του δικαστικού συστήματος»¹¹, για το λόγο αυτό υποχρέωσε την Ελλάδα να λάβει κάθε επαρκές μέτρο με το οποίο να εκδηλώνεται η συμμόρφωσή της προς τις σχετικές οριστικές αποφάσεις του δικαστηρίου, σύμφωνα

⁸ *Ι.ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗΣ*, Η ποιοτική απονομή της ελληνικής διοικητικής δικαιοσύνης-Υπό το φως της πρόσφατης αναμόρφωσής της, ΕφημΔΔ, 3/2011, σ.440 επ.(447).

⁹ *Γ.ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΙΟΣ*, Η κρίση της δικαιοσύνης: Προβλήματα ανεξαρτησίας και νομιμοποίησης της δικαστικής εξουσίας, ΕΔΔΔ, 2008, σ.587 επ.

¹⁰ Βλ. *Γ.ΚΤΙΣΤΑΚΗ*, Το δικαίωμα σε ταχεία διοικητική δίκη κατά την ΕΣΔΑ, Τιμ.Τομ.ΣτΕ-75 χρόνια, Εκδόσεις Σάκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2004, σ.1293 επ., *Χ.ΧΡΥΣΑΝΘΑΚΗ*, Ο ελληνικός μηχανισμός παροχής δικαστικής προστασίας υπό το φως της ΕΣΔΑ, Δ, 1991, σ.809 επ., *Σ.ΚΑΡΑΤΖΑ*, Η σημασία της ταχείας και ορθής δίκης και τα κριτήρια του ευλόγου χρόνου αυτής με βάση την Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου - Το ελληνικό συστημικό πρόβλημα, ΘΠΔΔ, 3-4/2013, σ.331 επ., *Χ.ΜΟΥΚΙΟΥ*, Περί της ταχύτητας στην απονομή της δικαιοσύνης. Η «ταχεία» δίκη ως «δίκαιη» υπό το φως της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, ΕφημΔΔ, 5/2011, σ.716 επ.

¹¹ &52 της απόφασης.

με το άρθρο 46 της Σύμβασης, μεταξύ των οποίων, ενδείκνυνται τα προληπτικά μέτρα, ήτοι η οργάνωση του δικαστικού συστήματος κατά τρόπο που τα δικαστήρια της ελληνικής έννομης τάξης θα μπορούν να παράσχουν την δικαστική προστασία εντός εύλογου χρόνου αλλά, ενδεχομένως, και μέσω της θεσμοθέτησης αποζημιωτικής φύσεως αγωγών, οι οποίες θα επανορθώνουν τη βλάβη που υπέστησαν οι διάδικοι, εφόσον διαπιστώνεται η παραβίαση του εύλογου χρόνου εκδίκασης μίας υπόθεσης. Μετά την έκδοση της απόφασης αυτής, η Ελλάδα θεσμοθέτησε με τις διατάξεις των άρθρων 53 έως 58 του ν.4055/ 2012 (ΦΕΚ Α' 51) ένα νέο ένδικο βοήθημα, την αίτηση για δίκαιη ικανοποίηση λόγω υπερβάσεως της εύλογης διάρκειας της διοικητικής δίκης¹², η οποία ασκείται ανά βαθμό δικαιοδοσίας και από κάθε διάδικο, στρέφεται κατά του Ελληνικού Δημοσίου και έχει ως αντικείμενο τη δίκαιη ικανοποίηση των διαδίκων με την επιδίκαση ευλόγου χρηματικού ποσού για την αποκατάσταση της ηθικής, κατά κύριο λόγο, βλάβης που υπέστησαν, λόγω της προσβολής του δικαιώματός τους, σε ταχεία απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης¹³. Επιπλέον, με τις διατάξεις των άρθρων 59 και 60 του ίδιου νόμου 4055/2012, ο κοινός νομοθέτης εισήγαγε στην ελληνική διοικητική δικονομία την αίτηση επιτάχυνσης, η οποία συνυπάρχει κατά την ορθότερη άποψη με την ήδη υφιστάμενη στην δικαστηριακή πράξη αίτηση προτίμησης και πρόταξης εκδίκασης μίας υπόθεσης για σοβαρούς και ειδικούς λόγους¹⁴, με την οποία κάθε διάδικος μπορεί να καταθέσει αίτηση για προσδιορισμό σύντομης δικασίμου, ενώπιον του διοικητικού δικαστηρίου στο οποίο εκκρεμεί η διαφορά, εφόσον η υπόθεσή του δεν έχει συζητηθεί μετά την πάροδο είκοσι τεσσάρων μηνών από τον χρόνο κατάθεσης του οικείου ένδικου βοηθήματος. Οι δικαστικοί λειτουργοί που διευθύνουν το δικαστήριο, υποχρεούνται, εφόσον συντρέχει η ως άνω αντικειμενική προϋπόθεση της παρόδου του εύλογου νομοθετημένου χρόνου των είκοσι τεσσάρων μηνών από την επέλευση της εκκρεμοδικίας, να προσδιορίσουν την εκδίκαση της υποθέσεως με πράξη ορισμού δικασίμου, εντός εξαμήνου, που εκκινεί, κατά μία άποψη, καθώς ο νόμος δεν ορίζει ρητά, από την παρέλευση των είκοσι τεσσάρων μηνών της

¹² Στη συνέχεια, με τον ν.4239/2014 θεσμοθετήθηκε η αίτηση δίκαιης ικανοποίησης (εύλογης χρηματικής αποκατάστασης) των διαδίκων για υπέρβαση της εύλογης διάρκειας της πολιτικής και ποινικής δίκης, καθώς επίσης και της δίκης ενώπιον του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

¹³ Η υλική βλάβη αποκαθίσταται, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του νόμου, εφόσον αποδεικνύεται η αιτιώδης σχέση της με την καθυστέρηση της διοικητικής δίκης. Γενικότερα για την δίκαιη ικανοποίηση των διαδίκων, βλ. *Α.ΡΑΙΚΟ*, Δίκαιη ικανοποίηση των διαδίκων λόγω υπέρβασης της εύλογης διάρκειας της διοικητικής δίκης, ΘΠΔΔ, 8-9/2013, σ.693 επ. Αναφορικά με την αποτελεσματικότητα του νέου ένδικου βοηθήματος, που ήδη εκτιμήθηκε από το ΕΔΑΔ, βλ. ΕΔΑΔ, Τεχνική Ολυμπιακή ΑΕ κατά Ελλάδας, 01.10.2013, (αριθμ. προσ.40547/2010), ΘΠΔΔ, 1/2014, σ.81-90, με παρατηρήσεις Σ.Τρεκλή.

¹⁴ *Γ.ΔΕΛΛΗΣ*, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.228-299.

εκκρεμοδικίας¹⁵. Ο νομοθέτης, γνωρίζοντας ότι η άμεση εφαρμογή των διατάξεων αυτών θα δημιουργούσε προσκόμματα στην εύρυθμη λειτουργία των δικαστηρίων, ενόψει του δυσχερώς διαχειρίσιμου όγκου των εκκρεμών υποθέσεων, έθεσε, αφενός μεν την εξαίρεση ότι οι διατάξεις αυτές δεν εφαρμόζονται παρά μόνο για τα ένδικα βοηθήματα ή μέσα που ασκούνται μετά την 16^η Σεπτεμβρίου 2012, αφετέρου, ότι μεταβατικώς, κατά την πρώτη πενταετία εφαρμογής του νόμου, οι διευθύνοντες το δικαστήριο δεν είναι υποχρεωμένοι να ορίζουν δικάσιμο εντός εξαμήνου, για όλες τις αιτήσεις που θα κατατεθούν, παρά μόνο ως προς το 1/3 αυτών, λαμβάνοντας υπόψη τις προηγούμενες καθυστερήσεις, τις ανάγκες, το φόρτο του δικαστηρίου και το επείγον των σχετικών υποθέσεων.

Επιπλέον, η εύλογη διάρκεια της διαδικασίας της δίκης αποτελεί και ενωσιακή υποχρέωση της Ελλάδας, καθώς το δικαίωμα σε ταχεία δίκη κατοχυρώνεται σε ενωσιακό επίπεδο, όχι μόνο στο πλαίσιο μίας γενικής αρχής που απορρέει από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών και τα θεμελιώδη δικαιώματα που κατοχυρώνει η ΕΣΔΑ, αλλά μετά τη Συνθήκη της Λισαβόνας και την προσχώρηση της Ένωσης στην ΕΣΔΑ, καθώς και την προσθήκη στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, του Χάρτη Θεμελιωδών δικαιωμάτων¹⁶, μέσω ενός κεντρικού ενωσιακού δικαιώματος στην έγκαιρη και εντός εύλογου χρόνου παροχή έννομης προστασίας¹⁷, το οποίο κατοχυρώνεται στο άρθρο 47 του προαναφερόμενου Χάρτη¹⁸. Τέλος, στην εποχή των μνημονίων¹⁹ και στο πλαίσιο, αφενός μεν όλων

¹⁵ βλ. Γ.ΔΕΛΛΗ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.225, υποσ.18. Η θέση αυτή καταλήγει να είναι πρακτικά ανεφάρμοστη, μεταξύ άλλων, όταν η σχετική αίτηση υποβληθεί μετά την πάροδο εξαμήνου από την παρέλευση των είκοσι τεσσάρων μηνών της εκκρεμοδικίας. Κατά τη γνώμη μας, ορθότερο θα ήταν η προθεσμία του εξαμήνου να εκκινεί από το χρόνο υποβολής της σχετικής αίτησης, ώστε να δίνεται στον διευθύνοντα το δικαστήριο ο απαραίτητος χρόνος να διευθετήσει το σχετικό αίτημα, εκτιμώντας τις ανάγκες και το φόρτο του δικαστηρίου, με τον προσδιορισμό της ημερομηνίας εκδίκασης της σχετικής διαφοράς, σε σχέση με τον αριθμό των ήδη προσδιορισμένων προς εκδίκαση, εκκρεμών διαφορών, προκειμένου να μην επιβαρυνθούν υπέρμετρα και σε βάρος της ποιότητας απονομής της δικαιοσύνης, οι διοικητικοί δικαστές.

¹⁶ Ο χάρτης θεμελιωδών δικαιωμάτων εκπονήθηκε από συνέλευση που συγκροτήθηκε από εκπροσώπους όλων των κρατών-μελών της ΕΕ, της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, καθώς και από μέλη του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και των εθνικών κοινοβουλίων. Με τη Συνθήκη της Λισαβόνας το περιεχόμενο του χάρτη κατέστη κανόνας δικαίου, νομικά δεσμευτικός, με τυπική ισχύ ίση με αυτή των συνθηκών, σε http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133501_el.htm.

¹⁷ Για τις δύο κανονιστικές προσλήψεις του δικαιώματος δικαστικής προστασίας στο ενωσιακό δίκαιο και την σχέση που αναπτύσσεται μεταξύ τους, βλ. Χ.ΡΟΖΑΚΗ, Η ολοκλήρωση της Ευρωπαϊκής Προστασίας των Δικαιωμάτων: Η προσχώρηση της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, ΘΠΔΔ, 12/ 2013, σ.1041-1044.

¹⁸ Αναλυτικά, Γ.ΔΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.54-55.

¹⁹ Για την νομική φύση των μνημονίων, βλ. Α.ΜΑΝΙΤΑΚΗ, Τα συνταγματικά ζητήματα του Μνημονίου, ΔτΑ, 2011, σ.689 επ., Ε.ΜΑΡΙΑ, Η δανειακή σύμβαση Ελλάδας- κρατών Ευρωζώνης υπό το πρίσμα των θεσμών και του δικαίου της ΕΕ, ΝοΒ, 2010, σ.2204 επ., Κ.ΓΩΓΟΥ, Έγκλημα και τιμωρία: Η διαδικασία του υπερβολικού ελλείμματος στην Οικονομική και Νομισματική Ένωση μεταξύ δικαίου και πολιτικής, ΕφημΔΔ, 4/2010, σ.426 επ., Γ.ΔΡΟΣΟΥ, Το Μνημόνιο ως στροφή του πολιτεύματος, Books' Journal, 6/2011, σ.41 επ., του ίδιου, Συνταγματικός λόγος και οικονομική κρίση, ΕφημΔΔ, 6/2011, σ.764 επ. Για τις ενστάσεις αντισυνταγματικότητας που έχουν διατυπωθεί κατά του μνημονίου, βλ. Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, Η χαμένη τιμή της

αυτών των τυπικών και άτυπων νομικών πράξεων που έχουν εκδοθεί για την στήριξη της ελληνικής οικονομίας από την ΕΕ, την ΕΚΤ και το ΔΝΤ και την θεσμισμένη υποχρέωση δημοσιονομικής πειθαρχίας που έχει τεθεί στην Ελλάδα, αφετέρου δε των παρατηρήσεων σχετικά με τη δικαιοσύνη που έχουν συντάξει οι τεχνοκράτες ελεγκτές της Τρόικα, έχει γίνει ήδη κοινώς αντιληπτό ότι η χρονική καθυστέρηση εκδίκασης, ειδικά, των φορολογικών διαφορών, δημιουργεί χρονικά και νομικά προσκόμματα στην είσπραξη των δημοσίων εσόδων και στην επίτευξη της δημοσιονομικής εξυγίανσης και σταθερότητας, δυναμιτίζει την κεφαλαιακή πρωτοβουλία για τον σχεδιασμό νέων επενδύσεων στη χώρα και δυσχεραίνει τη λειτουργία των επιχειρήσεων²⁰, καθιστώντας επιτακτική την λήψη μέτρων επιτάχυνσης των δικών από τον κοινό νομοθέτη²¹.

Εξάλλου, η Επιτροπή της ΕΕ, ανέλαβε το έργο να συντάσσει κάθε έτος έναν «πίνακα αποτελεσμάτων της δικαιοσύνης» για κάθε κράτος μέλος, συνδέοντας άμεσα την εσωτερική λειτουργία της δικαιοσύνης με τα οικονομικά της ένωσης και καθιστώντας την εργαλείο των οικονομικών της στόχων, επιτάσσοντας, για την επίτευξη των στόχων αυτών, την λήψη σχετικών μέτρων επιτάχυνσης των δικών από τα κράτη μέλη²².

& Οι παρεμβάσεις του κοινού νομοθέτη για την αντιμετώπιση του προβλήματος

Ο κοινός νομοθέτης κλήθηκε, ως ο κατεξοχήν αρμόδιος, να αντιμετωπίσει το φαινόμενο της συσσώρευσης των χιλιάδων αυτών εκκρεμών υποθέσεων, ψηφίζοντας νομοθετικές διατάξεις²³, με τις οποίες, μέχρι την ψήφιση του νόμου 3900/2010, απλά ανακατένευμε αρμοδιότητες μεταξύ των υφιστάμενων διοικητικών δικαστηρίων, αύξησε τα ποσά του παραβόλου και των χρηματικών ορίων του παραδεκτού της έφεσης και της αναίρεσης, και, γενικότερα, θεσπίζοντας κοινά δικονομικά μέτρα για

Ελληνικής Δημοκρατίας. Ο μηχανισμός «στήριξης της ελληνικής οικονομίας» από την οπτική της χαμένης κυριαρχίας και της δημοκρατικής αρχής, ΝοΒ, 2010, σ.1353 επ., Γ.ΚΑΤΡΟΥΓΚΑΛΟ, *Memoranda sunt servanda? Η συνταγματικότητα του νόμου 3845/2010 και του μνημονίου για τα μέτρα εφαρμογής των συμφωνιών με ΔΝΤ, ΕΕ και ΕΚΤ*, σε <http://www.constitutionalism.gr/site/1653-memoranda-sunt-servanda-h-syntagmatikotita-toy-nomu/>, του ίδιου, Το «παρασύνταγμα» του Μνημονίου και ο άλλος δρόμος, ΝοΒ, 2011, σ.231 επ.

²⁰ Για τη σχέση της δικαιοσύνης με την οικονομική ανάπτυξη, βλ. Δ.ΠΑΙΚΟ, *Οικονομική ανάπτυξη και δικαστική ανεξαρτησία*, Διδικ.1/ 2013, σ.21-44.

²¹ Κ.ΦΩΤΟΥ, *Η λειτουργία της Δικαιοσύνης και η Τρόικα*, ό.π., σ.91.

²² Β.ΑΝΔΡΟΥΛΑΚΗΣ, *Η επίκαιρη παροχή δικαστικής προστασίας στη διοικητική δικαιοσύνη: Μία συνεχής αναζήτηση*, ΘΠΔΔ, 1/2015, σ.1 επ. (2).

²³ Βλ κατά χρονολογική σειρά, ν.1968/1991, 2161/1993, 2298/1995, 2479/1997, 2721/1999, 2944/2001, 3068/2002.

την αντιμετώπιση της εκκρεμότητας. Με τις τελευταίες νομοθετικές ρυθμίσεις για την επιτάχυνση στην απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης που λήφθηκαν από τον κοινό νομοθέτη με την ψήφιση του ν.3900/2010²⁴, θεσπίστηκαν, καταρχήν, ορισμένα μέτρα διαφορετικά και πρωτότυπα σε σχέση με τα κλασσικά μέτρα που είχαν υιοθετηθεί μέχρι τότε, διαρθρωτικού χαρακτήρα, τα οποία, ουσιαστικά, αποτελούν υλοποίηση των προτάσεων της διοικητικής ολομέλειας του ΣτΕ, τις οποίες η τελευταία εισηγήθηκε με το με αριθμό 4/2010 πρακτικό της²⁵. Παρά την διαφανόμενη πρωτοτυπία του νόμου αυτού, κυρίως αναφορικά με τη θεσμοποίηση της πιλοτικής δίκης, στο μεγαλύτερο μέρος των ρυθμίσεων του νόμου, ο νομοθέτης βάδισε την ήδη πεπατημένη οδό των προηγούμενων μεταρρυθμίσεων, εισήγαγε δηλαδή περιοριστικές ρυθμίσεις που αφορούν στην άσκηση και στην διαδικασία εκδίκασης των ένδικων βοηθημάτων και μέσων, τις οποίες κατά κύριο λόγο, περιόρισε στο πεδίο εκδίκασης των φορολογικών διαφορών.

Ο ν.3900/2010, ιδωμένος ως προς το περιεχόμενό του, εντάσσεται στην κατηγορία των νόμων, οι οποίοι ρυθμίζουν την οργάνωση και λειτουργία των δικαστηρίων, θέματα τα οποία εξουσιοδοτείται από το Σύνταγμα να ρυθμίσει ο κοινός νομοθέτης. Να σημειωθεί, ότι παρά τον διαδικαστικό χαρακτήρα, που στις περισσότερες περιπτώσεις έχουν οι νόμοι αυτοί, δεδομένου ότι ρυθμίζουν κατά βάση τη δικαιοδοσία, την αρμοδιότητα και την διαδικασία που ακολουθείται ενώπιον των δικαστηρίων, είναι ιδιαίτερα σημαντικός ο ρόλος και η κανονιστική σημασία τους, καθώς οι ρυθμίσεις που εισάγουν συνέχονται και καθορίζουν ουσιαστικά τον τρόπο άσκησης του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας²⁶.

& Τα αίτια της παρατεταμένης εκκρεμοδικίας των διοικητικών διαφορών και η ορθολογικότητα του ν.3900/2010 ιδωμένη υπό το πρίσμα της αντιμετώπισής τους

Για να κατανοήσουμε την εσωτερική λογική του ν.3900/2010 και να ασκήσουμε κριτική στις ρυθμίσεις του, θα πρέπει, πρώτα, να αναζητήσουμε τους λόγους της υπερσυγκέντρωσης και της, οφειλόμενης κατά ένα μέρος σ' αυτή,

²⁴ Για μία γενική καταρχήν παρουσίαση του νόμου αυτού, βλ.Κ.ΦΩΤΟ, Ο νόμος 3900/2010 και οι επιπτώσεις του, ΔΦΝ, 1468/2011, σ.867 επ.

²⁵ Το σώμα του πρακτικού αυτού, σε ΘΠΔΔ, 12/2010, σ.1344 επ.

²⁶ Μ.ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, Το Συμβούλιο της Επικρατείας μετά το ν.3900/2010. Ερμηνευτικά ζητήματα του νόμου και νέοι προσανατολισμοί του δικαστηρίου, in Συμβούλιο της Επικρατείας, Εφαρμογές Διοικητικού, Ουσιαστικού & Δικονομικού Δικαίου (7), Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012, σ.1097 επ.(1101).

καθυστερήσης, στην εκδίκαση των εκκρεμών υποθέσεων από τα διοικητικά δικαστήρια.

Καταρχάς, οι αιτίες του μεγάλου όγκου των διοικητικών διαφορών που έχουν συσσωρευτεί και λιμνάζουν στα διοικητικά δικαστήρια, πρέπει να αναζητηθούν στο πρότερο στάδιο του έργου της διοικήσεως. Η υπερσυγκέντρωση των υποθέσεων αυτών στα διοικητικά δικαστήρια οφείλεται καταρχήν στην ίδια τη διοίκηση, που αποτελεί τον βασικό παράγοντα γέννησης των προκαλούμενων διαφορών, καθώς τα διοικητικά όργανα δεν συμμορφώνονται, σε πολλές περιπτώσεις στο νομικό, πολλά δε μάλλον στο ερμηνευτικό δεδικασμένο²⁷ που παράγουν οι αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων και ιδίως του ΣτΕ, στην πάγια δηλαδή νομολογία της διοικητικής δικαιοσύνης, αλλά εμμένουν στην έκδοση παράνομων κατ' ουσίαν διοικητικών πράξεων ή στην έκδοση πράξεων, χωρίς να ακολουθούν τους κανόνες της διοικητικής διαδικασίας, κρυμμένα πίσω από την θεσμική ή πολιτική αδυναμία ελέγχου τους και της μη νομοθετημένης ρητής πρόβλεψης απόδοσης πειθαρχικής ευθύνης²⁸, για το λόγο αυτό, στις αρμόδιες διοικητικές αρχές. Παρατηρούμε ότι εκδίδονται κάθε έτος διοικητικές πράξεις και φθάνουν στα διοικητικά δικαστήρια αντίστοιχες διαφορές, με τις οποίες παραβιάζονται διαδικαστικοί τύποι, όπως το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ή η μη νομότυπη σύνταξη της έκθεσης κατάσχεσης ή με πλημμέλειες στην αιτιολογία, παρά την πάγια και γνωστή νομολογία του ΣτΕ επί των ζητημάτων αυτών, προφανώς, από ελλιπή ενημέρωση της κρατούσας νομολογίας, αμέλεια και κακή άσκηση των καθηκόντων, από τα αρμόδια διοικητικά όργανα. Επιπλέον, με άλλες διοικητικές πράξεις παραβιάζονται ουσιαστικές διατάξεις νόμων που έχουν ερμηνευθεί παγίως από τα διοικητικά δικαστήρια, εφαρμόζονται διατάξεις νόμων που έχουν κριθεί αντισυνταγματικές από το ΣτΕ²⁹, εμφορούμενα τα διοικητικά όργανα από μία διαστρεβλωμένη αντίληψη περί δημόσιου ή δημοσιονομικού συμφέροντος και χωρίς να έχουν κατανοήσει την βασική αποστολή τους, που είναι η προστασία των συμφερόντων και δικαιωμάτων του διοικουμένου. Επιπρόσθετα, στη συνέχεια, η ίδια η διοίκηση εμμένει και επιμένει να υπεραμύνεται τις πρόδηλα παράνομες πράξεις της, ασκώντας ένδικα μέσα κατά των δικαστικών

²⁷ Για το ερμηνευτικό δεδικασμένο, βλ. A.VIALA, De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée, RDP, 3/2001, σ.790, M.DISANT, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel, LGDJ, Paris 2010.

²⁸ Γ.ΣΥΜΕΩΝΙΔΗΣ, Η μεταρρύθμιση στο χώρο της διοικητικής δικαιοσύνης, ό.π., σ.520.

²⁹Βλ. Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, Έλλειμμα δικαιοσύνης, Δ, 2009, σε <http://www.kostasbeys.gr/articles.php?s=4&mid=1479&mnu=3&id=25173>

αποφάσεων που δικαιώνουν τον πολίτη εφαρμόζοντας πάγια νομολογία του ΣτΕ και επιδιώκει να φτάσει την αντιδικία μέχρι και τον τελευταίο βαθμό της αναίρεσης³⁰, προκειμένου να μην εκδώσει την νόμιμη πράξη, συμμορφούμενη στο περιεχόμενο της δικαστικής απόφασης, παρά το ότι γνωρίζει την αλυσιτέλεια του εγχειρήματός της και την αποτυχή έκβαση του ασκηθέντος ένδικου μέσου³¹, συσσωρεύοντας εκ νέου και πολλαπλασιαστικά εκκρεμείς διαφορές ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων³² (π.χ τις εφέσεις και αναιρέσεις που ασκεί το Ελληνικό Δημόσιο κατά δικαστικών αποφάσεων που ερείδονται σε πάγια νομολογία που αφορά την παροχή των οικογενειακών επιδομάτων, την απαλλαγή από το φόρο εισοδήματος ορισμένων επιδομάτων των δημοσίων υπαλλήλων ή την χορήγηση του επιδόματος πολύτεκνης μητέρας κ.τ.λ)³³.

Όπως, συναφώς, παρατηρήθηκε, η καθυστέρηση στην εκδίκαση των υποθέσεων, βόλευε και την εκτελεστική λειτουργία, καθώς μπορεί ανενόχλητη να εφαρμόζει και να εκτελεί τις αποφάσεις της, χωρίς να περιμένει την άμεση ανατροπή των επιλόγων της³⁴. Ακόμη κι αν η πρακτική και τακτική αυτή της διοικήσεως δεν είναι εσκεμμένη, προκειμένου η τελευταία να παραβιάζει εντέχνως την αρχή της νομιμότητας, προσπαθώντας να προστατεύσει το κράτος από την άμεση έκδοση διοικητικών πράξεων που έχουν επιβαρυντικό για το ίδιο οικονομικό περιεχόμενο ή από την έκδοση, άλλων δυσμενών προς τα συμφέροντά του πράξεων, κερδίζοντας χρόνο από την δικαστική εκκρεμοδικία, θα πρέπει ο νομοθέτης να θεσμοθετήσει λύσεις με τις οποίες θα παρέχεται ουσιαστική εκπαίδευση και επιμόρφωση στα στελέχη της δημόσιας διοίκησης, με διαρκή ενημέρωσή τους επί της κρατούσας νομολογίας, προκειμένου να αποφεύγεται η έκδοση διοικητικών πράξεων με τυπικά

³⁰ Γ.ΔΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.14.

³¹ Για τα προπετή και αστήρικτα ένδικα μέσα που ασκεί η Διοίκηση προκειμένου να καθυστερήσει τη συμμόρφωσή της προς τις αποφάσεις των ΤΔΔ, βλ. τη μειοψηφία στο πρακτικό 4/2010 της διοικητικής Ολομέλειας του ΣτΕ, η οποία υποστήριξε ότι επιτάχυνση της διαδικασίας του δικαστηρίου (ΣτΕ) δεν μπορεί να επιτευχθεί χωρίς να ληφθούν μέτρα μείωσης των υποθέσεων που άγονται προς εκδίκαση ενώπιον του, ούτε με παρεμβάσεις στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας του διοικουμένου, και για το λόγο αυτό το μόνο μέσο που διαθέτει ο νομοθέτης είναι να περιορίσει το δικαίωμα του Δημοσίου να ασκεί ένδικα μέσα ενώπιον του ΣτΕ, που δεν αποτελεί φορέα του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, εξαρτώντας το δικαίωμα αυτό από ειδική άδεια που θα χορηγείται από το δικαστήριο, δεδομένου ότι μεγάλο μέρος των εκκρεμών ένδικων μέσων ασκούνται εκ μέρους του Δημοσίου και δη κατά αποφάσεων που εφαρμόζουν πάγια νομολογία του ΣτΕ.

³² Κακόπιστο διάδικο χαρακτηρίζει εκ του λόγου αυτού τη διοίκηση ο Γεραρής, βλ.Χ.ΓΕΡΑΡΗΣ, Αποτελεσματική διοικητική δικαιοσύνη: βήματα ή άλματα, ΕφημΔΔ, 1/2015, σ.6 επ.

³³ Για μία συνολική οπτική του θέματος, βλ.Κ.ΦΩΤΟ, Η λειτουργία της δημόσιας διοίκησης και οι επιπτώσεις της στην απονομή της διοικητικής δικαιοσύνης, ΔΦΝ, 2004, σ.1411=Διδικ, 2004, σ.838.

³⁴ Ε.ΦΥΤΡΑΚΗΣ, Ο έλεγχος (νομιμότητας) ως παράμετρος ποιότητας της διοίκησης, ΕφημΔΔ, 4/2011, σ.592 επ.(593).

ελαττώματα³⁵ ή κατά παράβαση του νόμου ή του Συντάγματος, να λάβει χώρα μία εκ θεμελίου αναμόρφωση των διαδικασιών των ελεγκτικών μηχανισμών³⁶, με την πρόβλεψη γρήγορων, σαφών και ομοιόμορφων φορολογικών και διοικητικών διαδικασιών, με σκοπό την πάταξη της δαιδαλώδους και αντιφατικής φορολογικής και διοικητικής γραφειοκρατίας, περαιτέρω, δε ο νομοθέτης θα πρέπει να επιδιώξει τον διαρκή διάλογο του διοικητικού δικαστή με την νομοθετική και εκτελεστική λειτουργία, μέσα από την ενίσχυση των γνωμοδοτικών αρμοδιοτήτων των δικαστηρίων³⁷. Τέλος, ο ίδιος ο νομοθέτης θα πρέπει άμεσα να τροποποιεί ή να αντικαθιστά τις νομοθετικές ρυθμίσεις, προκειμένου να προσαρμόσει το περιεχόμενό τους στην πάγια νομολογία των δικαστηρίων και να καθοδηγεί και να επιβλέπει το έργο της διοικήσεως.

Για τον μεγάλο όγκο των εκκρεμών υποθέσεων ευθύνονται όμως και οι ιδιώτες διάδικοι, οι οποίοι, άλλοτε από την εγγενή δικομανία τους, άλλοτε με στόχο να αποφύγουν την εκπλήρωση των φορολογικών ή των εν γένει οικονομικών τους υποχρεώσεων προς το κράτος, ασκούν προπετή και παντελώς αβάσιμα ένδικα μέσα, διογκώνοντας το στοκ των εκκρεμών υποθέσεων και επιβαρύνοντας αδικαιολόγητα τα διοικητικά δικαστήρια. Ευθύνη για αυτή την κατάσταση, έχουν ισομερώς και οι νομικοί τους παραστάτες, που με μόνο στόχο την αύξηση της δικηγορικής τους ύλης, ασκούν εν γνώσει τους αστήρικτα ένδικα βοηθήματα.

Ευθύνη για την καθυστέρηση στη διοικητική δικαιοσύνη έχουν και οι δικαστές, όταν καθυστερούν την δημοσίευση και θεώρηση των αποφάσεών τους. Ομοίως, οι δικαστές συντελούν, χωρίς να ευθύνονται, στην επαναφορά των διαφορών στη διοικητική δικαιοσύνη, όταν στο πλαίσιο της δικαιοδοσίας και αρμοδιότητάς τους, ακυρώνουν για τυπικούς λόγους τις παράνομες, ωστόσο, διοικητικές πράξεις, αναπέμποντας στη διοίκηση για την τήρηση των τύπων, με αποτέλεσμα να

³⁵ Α.ΜΑΛΛΙΟΥ, Η αρχή της αποτελεσματικότητας και ο ελεγκτικός μηχανισμός, ΔΦΝ, 1472/2011, σ.1185-1186.

³⁶ Φ.ΚΑΤΣΙΓΙΑΝΝΗΣ, Παράγοντες οικοδόμησης επίκαιρης απονομής διοικητικής δικαιοσύνης, ΘΠΔΔ, 5/2013, σ.393 επ.(397).

³⁷ ΒΛ.Ι.ΣΥΜΕΩΝΙΔΗ, Η αναβάθμιση του ρόλου του διοικητικού δικαστή στη μεταμοντέρνα εποχή, η αδυναμία ανταπόκρισης της διοίκησης και η ανάγκη ενός άλλου διαλόγου με τον νομοθέτη, ΕφημΔΔ, 3/2010,σ.386 επ. και ιδίως, Α.ΚΑΙΔΑΤΖΗ, Προληπτικός έλεγχος των νόμων από το Συμβούλιο της Επικρατείας με πρωτοβουλία της βουλής. Μία ήπια πρόταση αναθεώρησης, ΕΔΔΔ, 2013, σ.856 επ. Για τη σύνδεση των γνωμοδοτικών αρμοδιοτήτων των δικαστηρίων, ιδίως του ΣτΕ, με την μείωση των καθυστερήσεων στη διοικητική δικαιοσύνη, βλ. Γ.ΑΕΛΛΗ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.321-325.

επανέρχεται με την εκ νέου έκδοση της διοικητικής πράξης, η διαφορά στη δικαιοσύνη για επανάκριση κατά το ουσιαστικό της μέρος³⁸.

Ο κοινός νομοθέτης, παρά το ότι γνώριζε τις ως άνω αιτίες της διόγκωσης των διοικητικών διαφορών που εκκρεμούν στη διοικητική δικαιοσύνη, δεν επεδίωξε με τον ν.3900/2010 ή με άλλο νόμο, να λάβει τα ενδεδειγμένα μέτρα αντιμετώπισης ή πάταξης αυτών των αιτιών στο σύνολό τους. Από το περιεχόμενο του νόμου προκύπτει εναργώς ότι οι ρυθμίσεις που υιοθετήθηκαν δεν θεσπίζουν μέτρα με τα οποία να αντιμετωπίζεται το πρόβλημα της γέννησης των διαφορών, το πρόβλημα της εισροής των υποθέσεων, αλλά τα μέτρα που λήφθηκαν σχετίζονται με το επόμενο στάδιο, μετά την δημιουργία των ένδικων διαφορών³⁹, αφορούν το στάδιο της εκδίκασης τους⁴⁰, αναζητώντας τον υπαίτιο της καθυστέρησης στον ιδιώτη διάδικο που εισάγει το ένδικο βοήθημα, επιβάλλοντάς του αυξημένα παράβολα και νέες προϋποθέσεις παραδεκτού, στο δικηγόρο που θέλει να αυξήσει τη δικηγορική του ύλη και ασκεί προπετή και αβάσιμα ένδικα μέσα ή στο δικαστή, που διαφυλάσσοντας την αρχή της νομιμότητας, ακύρωνε τις παράνομες διοικητικές πράξεις, περιορίζοντας την εξουσία ελέγχου του⁴¹.

Γεγονός, όμως, είναι ότι ο προσφεύγων φορολογούμενος δεν είναι πάντα ο φοροφυγάς που αρνούμενος να συμμορφωθεί στις φορολογικές του υποχρεώσεις ασκεί προπετή και αστήρικτα ένδικα μέσα⁴². Για το λόγο αυτό πλήττεται η ορθολογικότητα του νόμου, ακόμη κι αν δεχθούμε ότι αυτό είναι το συνήθως συμβαίνον -διαπίστωση που δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα⁴³- καθώς ο νόμος περιορίζει βασικές διαδικαστικές εγγυήσεις του προσφεύγοντος/φορολογουμένου με σκοπό την επιτάχυνση της δίκης στο πεδίο των

³⁸ Η προβληματική αυτή αποτελεί αντικείμενο ιδιαίτερης μελέτης μας, εξεταζόμενη στο πλαίσιο της νέας δικονομικής τροποποίησης του άρθρου 79 του ΚΔΔ, που πρόκειται να δημοσιευθεί.

³⁹ Οι μεθοδολογικές προσεγγίσεις της επιτάχυνσης είναι δύο: η αριθμητική μέθοδος που στοχεύει στη μείωση του αριθμού των νέων εισερχομένων υποθέσεων και η βελτιωτική που επιδιώκει τη γρήγορη εκδίκαση των υποθέσεων που εκκρεμούν στα δικαστήρια, Γ.ΔΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.24

⁴⁰ Ι.ΣΥΜΕΩΝΙΑΔΗΣ, Η μεταρρύθμιση στο χώρο της διοικητικής δικαιοσύνης, ό.π., σ.525.

⁴¹ Οι ρυθμίσεις αυτές έρχονται σε αντίφαση με την ίδια την αιτιολογική έκθεση του νόμου, στην οποία αναφέρεται ότι ο κύριος παράγοντας που συντέλεσε στην υπερσυσσώρευση των υποθέσεων στη διοικητική δικαιοσύνη είναι η διοίκηση, που αφενός αποτελεί μηχανισμό γέννησης διοικητικών διαφορών, αφετέρου ασκεί αλόγιστα ένδικα μέσα κατά δικαστικών αποφάσεων που εφαρμόζουν πάγια νομολογία.

⁴² Έτσι, Κ.ΦΙΝΟΚΑΛΙΩΤΗΣ, Η άσκηση φορολογικής πολιτικής σε περίοδο οικονομικής κρίσης και το κράτος Δικαίου, ΔιΔικ, 6/2014, σ.1441 επ.(1442).

⁴³ Όπως προσφώνως παρατηρήθηκε μία στατιστική καταμέτρηση και ανάλυση του περιεχομένου των αποφάσεων που εκδίδονται επί των φορολογικών διαφορών θα καταδείκνυε ότι ελάχιστες προσφυγές απορρίπτονται ως προφανώς αβάσιμες, και συνεπώς, τα ένδικα βοηθήματα και μέσα που ασκούν οι ιδιώτες διάδικοι δεν είναι στην πλειοψηφία τους, ούτε προπετή, ούτε αστήρικτα, βλ. Τ.ΝΑΣΟΠΟΥΛΟ, Οι τροποποιήσεις στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ΔιΔικ, 6/2010, σ.1352 επ.(1353).

φορολογικών διαφορών, λόγω των χρονικών καθυστερήσεων που έχουν παρατηρηθεί και οφείλονται σε καταχρηστικές συμπεριφορές των άλλων ή όλων των παραγόντων της δίκης.

Οι ρυθμίσεις του νόμου είναι μονόπλευρες, σκοπός του νόμου είναι ο περιορισμός και η γρήγορη εκδίκαση των ασκηθέντων ένδικων βοηθημάτων και μέσων, και όχι η αντιμετώπιση των γενεσιουργών λόγων της καθυστέρησης. Εξάλλου, ο νόμος στοχεύει μονομερώς στην επιτάχυνση της φορολογικής δίκης και την αποθάρρυνση άσκησης ένδικων μέσων επί των διαφορών αυτών, προκειμένου να αντιμετωπίσει την καθυστέρηση στην εκπλήρωση των δημοσιονομικών υποχρεώσεων.

Οι μονομερείς όμως αυτές ενέργειες, χωρίς ρυθμίσεις στο νόμο ή σε άλλα νομοθετήματα που να αντιμετωπίζουν τις εγγενείς παθογένειες της διοικήσεως, που συντελεί στην αύξηση και διαίωνιση των διαφορών, δεν μπορούν να έχουν αποτελέσματα στην αντιμετώπιση της υπερσυσσώρευσης των υποθέσεων στα ΤΔΔ⁴⁴.

Περαιτέρω, δεν μπορεί η ταχύτητα στην απονομή της φορολογικής δικαιοσύνης να επιτευχθεί με τη θέσπιση έντονων περιορισμών στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας του ιδιώτη διαδίκου⁴⁵, δημιουργώντας αμφισβητήσεις της συνταγματικότητας του εγχειρήματος σε σχέση με την αρχή της ισότητας των διαδίκων και το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας, περαιτέρω, δε να κρίνεται χωρίς προηγούμενη στάθμιση, παρά τις αντίθετες διαβεβαιώσεις της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου, άνευ ετέρου το γνώρισμα της ταχύτητας υπέρτερο των άλλων σκοπών της δίκης, όπως είναι η πλήρης, αποτελεσματική και ορθή απονομή της δικαιοσύνης⁴⁶, καθώς βασικός σκοπός του δικαιώματος παροχής έννομης

⁴⁴ Κ. ΦΩΤΟΥ, Κριτικές παρατηρήσεις πάνω στο νόμο 3659/2008 «Βελτίωση και επιτάχυνση των διαδικασιών της δίκης στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια και άλλες διατάξεις», ΔιΔικ 5/2008, σ.1097 επ.(1099), Γ.ΔΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.25, ο οποίος υποστηρίζει ότι ο μηχανισμός επιτάχυνσης πρέπει να συμπεριλαμβάνει τρόπους που περιορίζουν την ροή των νέων υποθέσεων, ενώ, μονομερείς παρεμβάσεις που δεν επιδιώκουν και τον στόχο αυτόν είναι εξαρχής καταδικασμένες σε αποτυχία.

⁴⁵ Ο Κατσίγιαννης θεωρεί ότι οι παρεμβάσεις για την επιτάχυνση πρέπει να αφορούν όχι τον ιδιώτη διάδικο, επιβάλλοντας περιορισμούς στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας, αλλά τη διοίκηση και τη μείωση των ένδικων βοηθημάτων και μέσων που ασκεί η τελευταία, βλ. Φ.ΚΑΤΣΙΓΙΑΝΝΗ, Η αντίληψη για μια άλλη Διοικητική Δικαιοσύνη, εναρμονισμένη με τις θεμελιώδεις απαιτήσεις της κοινωνίας των πολιτών, είναι ζήτημα δομικών αλλαγών ΕφημΔΔ, 4/2010, σ.510 επ.(512). Η άποψη αυτή διατυπώθηκε και στη μειοψηφία του υπ' αριθμόν 4/2010 πρακτικού της διοικητικής Ολομέλειας του ΣτΕ, ό.π. υποσ.32.

⁴⁶ Βλ.ΕΔΑΔ, Niderost-Huber κατά Ελβετίας, 18.2.1997, (αριθμ.προσ.18990/91), § 30, όπου το δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή της οικονομίας της δίκης και η επιτάχυνση της διαδικασίας εκδίκασης της υπόθεσης αποτελούν σκοπούς σύμφυτους με το άρθρο 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, αλλά η επίτευξη αυτών των σκοπών δεν μπορεί να λαμβάνει χώρα με την παραγνώριση άλλων αρχών της δίκης, όπως της αρχής της εκατέρωθεν ακρόασης των διαδίκων, καθώς κύριος σκοπός του άρθρου 6 παρ.1 είναι η προστασία των δικαιωμάτων των διαδίκων και η ορθή απονομή της δικαιοσύνης.

προστασίας είναι η προστασία των δικαιωμάτων των διαδίκων και η ορθή απονομή της δικαιοσύνης⁴⁷.

Εξάλλου, η αξίωση για ταχεία δίκη δεν μπορεί να αφορά ή να σχετίζεται μόνο με τις υποθέσεις που σχετίζονται με την επιβολή φορολογικών βαρών, καθώς με αυτό τον τρόπο δημιουργείται ένα έλλειμμα δικαστικής προστασίας προς άλλες κατηγορίες υποθέσεων, που ομοίως εκκρεμούν και καθυστερούν στη διοικητική δικαιοσύνη⁴⁸, πληττόμενη, και εκ του λόγου αυτού, η εσωτερική λογική του νόμου.

II. Προκαταρκτικές σκέψεις για τις ειδικές δικονομικές ρυθμίσεις που θέσπισε ο νομοθέτης επί των φορολογικών διαφορών: Οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος που επικαλείται ο νομοθέτης -Οι ιδιαιτερότητες της ουσιαστικής φορολογικής διαφοράς και η δικονομική αντανάκλασή τους

Οι ειδικές δικονομικές ρυθμίσεις επί των φορολογικών διαφορών που εισάγει
ο ν.3900/2010

Ο νόμος 3900/2010, εκτός από την θεσμοποίηση της πιλοτικής δίκης, προέβλεψε νέες ρυθμίσεις που θα εφαρμόζονται κατά την εκδίκαση των φορολογικών διαφορών. Πρόκειται για εισαγωγή, ιδιαίτερων ή ειδικών δικονομικών ρυθμίσεων που διέπουν πλέον την εκδίκαση των φορολογικών διαφορών, οι οποίες είναι λιγότερο ευνοϊκές για τον διάδικο πολίτη σε σχέση και αντίθεση με τις ισχύουσες γενικές διατάξεις του ΚΔΔ⁴⁹, που ίσχυαν προηγουμένως ενιαία και για τις

⁴⁷ Πρβλ. όμως την άποψη ότι η ταχεία απονομή της δικαιοσύνης και η ορθή και ουσιαστική απονομή της, αποτελούν δύο ισοβαρείς στόχους της δικαστικής διαδικασίας, Δ.ΠΑΙΚΟ, Δίκαιη ικανοποίηση των διαδίκων λόγω υπέρβασης της εύλογης διάρκειας της διοικητικής δίκης, ό.π.,σ.693, υποσ.2.

⁴⁸ Αντίθετα, σύμφωνα με το πρακτικό 15/2006 της διοικητικής Ολομέλειας του ΣτΕ η διαπίστωση της ανάγκης για την ταχεία εκδίκαση μίας υπόθεσης, αφενός αφορά όλα τα είδη και κατηγορίες των υποθέσεων που εκκρεμούν, αφετέρου αποτελεί κρίση που ανήκει στην αρμοδιότητα του δικαστή, καταλήγοντας ότι: «Η δυνατότητα του αρμόδιου δικαστή, στα πλαίσια της λειτουργικής του ανεξαρτησίας να αποφασίζει για την προτεραιότητα διεκπεραίωσης των ενώπιον του υποθέσεων με βάση τις συγκεκριμένες σε κάθε περίπτωση συνθήκες, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των εκκρεμών διαφορών, το ιδιαίτερο αντικείμενο κάθε υπόθεσης, το γενικότερο κοινωνικό συμφέρον, τη σημασία για τους συγκεκριμένους διαδίκους, τα σχετικά αιτήματα των τελευταίων και γενικά τους παράγοντες εκείνους, οι οποίοι, υπό καθεστώς ισότητας των διαδίκων, αναδεικνύουν την συγκριτικά επείγουσα ανάγκη για την κατά προτεραιότητα εκδίκαση της διαφοράς, ερείδεται στις διατάξεις του Συντάγματος, της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου που κυρώθηκε με το ΝΔ 53/1974 και το Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα που κυρώθηκε με το Ν 2462/1997, με τις οποίες κατοχυρώνεται αφενός το δικαίωμα σε αποτελεσματική προστασία και αφετέρου η προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των δικαστών».

⁴⁹ Α' Διεύθυνση Επιστημονικών Μελετών, Τμήμα νομοτεχνικής επεξεργασίας σχεδίων και προτάσεων νόμων, Έκθεση επί του νομοσχεδίου «Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και άλλες διατάξεις», σ.1 επ.(2), σε <http://www.logistis.gr/files/DIAFORA/Epistimoniki-Ekthesi-Exothrologismos.pdf> και ΕΔΚΑ, 2011, σ.110 επ.

φορολογικές διαφορές και συνεχίζουν να ισχύουν για τις όλες τις διοικητικές διαφορές ουσίας.

Η θέσπιση ειδικών δικονομικών κανόνων επί κατηγοριών υποθέσεων που εκδικάζουν τα διοικητικά δικαστήρια δεν αποτελεί ελληνική καινοτομία. Στη Γερμανία, παρατηρείται τα τελευταία έτη η επονομαζόμενη από τη θεωρία αποκωδικοποίηση των διαφορών, με τη θέσπιση ειδικών δικονομικών κανόνων σε διάφορες θεματικές του διοικητικού δικαίου, με αποτέλεσμα, όπως παρατηρείται, την διάσπαση της συνοχής του γενικού διοικητικού δικονομικού δικαίου⁵⁰.

Ποια είναι όμως η ανάγκη στην οποία θέλησε να ανταποκριθεί ο νομοθέτης για να εισάγει τέτοιες ειδικές ρυθμίσεις επί της κατηγορίας των φορολογικών διαφορών; Αφορά τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που συνάπτονται με την ουσιαστική ή δικονομική φύση αυτής της κατηγορίας διαφορών, σε σχέση με τις εν γένει διοικητικές διαφορές ουσίας ή ο νομοθέτης επιδιώκει άλλους σκοπούς που δεν σχετίζονται με την φύση των διαφορών αλλά με την πραγματοποίηση στόχων, που κείνται πέραν των ρυθμίσεων του κοινού δικονομικού δικαίου;

Οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος που επικαλείται ο νομοθέτης για τη θέσπιση των
σχετικών ειδικών δικονομικών ρυθμίσεων

Από την αιτιολογική έκθεση του νόμου 3900/2010 προκύπτει ότι ο σκοπός θέσπισης των σχολιαζόμενων ειδικών δικονομικών ρυθμίσεων που ισχύουν πλέον επί των φορολογικών διαφορών, πέρα από την επιτάχυνση της φορολογικής δίκης και επάλληλα μ' αυτή, είναι η αποθάρρυνση άσκησης ένδικων μέσων με μόνο σκοπό την καθυστέρηση στην εκπλήρωση των νομίμων υποχρεώσεων, η αποφυγή παρελκύσεων και άσκοπης παράτασης εκκρεμοτήτων σε διαφορές που από την φύση τους προσφέρονται σε τέτοιες καθυστερήσεις και η ανάγκη άμβλυνσης των δυσμενών για το Δημόσιο συνεπειών από τη διατήρηση επί μακρό χρονικό διάστημα εκκρεμοτήτων στις φορολογικές και τελωνειακές υποθέσεις. Επομένως, άμεσος σκοπός του νόμου είναι η έγκαιρη εκδίκαση και επίλυση των φορολογικών διαφορών, η επιτάχυνση στην απονομή της φορολογικής δικαιοσύνης, ενώ, απώτερος στόχος είναι η έγκαιρη

⁵⁰ Βλ. W.KAHL, Σύγχρονες εξελίξεις στο γερμανικό Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, (μετάφραση Ν.Αθανασιάδου), ΔιΔικ, 6/2014, σ.1454 επ.(1455-1456).

είσπραξη των φόρων, τελών, και συναφών οικονομικών δικαιωμάτων του Δημοσίου, ήτοι των δημοσιονομικών εσόδων του κράτους, προκειμένου να αντιμετωπιστεί η σύγχρονη δημοσιονομική κρίση. Ο κοινός νομοθέτης, προσπαθώντας να αντιμετωπίσει την κατάσταση έκτακτης οικονομικής ανάγκης που βρίσκεται το ελληνικό κράτος, εισήγαγε εξαιρετικές ρυθμίσεις, όχι μόνο στο ρυθμιστικό πεδίο που σχετίζεται με τις δημόσιες δαπάνες του κράτους, σε αντικείμενα δηλαδή που έχουν άμεσα χρηματικό χαρακτήρα, όπως, μισθοί, συντάξεις, επιδόματα, κοινωνικές παροχές, αλλά και σε πεδία που έχουν έμμεση σύνδεση με τα δημοσιονομικά έξοδα, όπως είναι το περιεχόμενο και η έκταση του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας, θεωρώντας ότι αυτή η έκτακτη οικονομική ανάγκη μετουσιωμένη σε λόγο δημοσίου συμφέροντος, νομιμοποιεί ποικίλες παρεμβάσεις στα θεμελιώδη δικαιώματα⁵¹.

Όπως τονίζει η νομολογία «η δημοσιονομική ισορροπία του ελληνικού Κράτους, όπως είναι γνωστό, έχει ήδη σοβαρότατα κλονισθεί. Το δημόσιο έλλειμμα και το δημόσιο χρέος είναι τεράστια, ανερχόμενα σε πρωτοφανή, στην ιστορία των δημόσιων οικονομικών της Χώρας, επίπεδα... Η μείωση, συνεπώς, του δημοσίου χρέους δεν συνιστά έναν απλώς δημοσιονομικό στόχο, αλλά αποτελεί εθνικό διακύβευμα. Και τούτο διότι η δημοσιονομική κρίση έχει, εξαιτίας της πρωτοφανούς διάστασής της, χαρακτήρα εθνικής κρίσης..»⁵².

Το ΣτΕ, ομοίως, ανταποκρινόμενο στις ανάγκες των καιρών, πέρασε από το απλό ταμειακό συμφέρον του Δημοσίου, το οποίο δεν αποτελεί λόγο δημοσίου συμφέροντος που μπορεί να δικαιολογήσει περιορισμούς στα θεμελιώδη δικαιώματα⁵³, στην έννοια του επιτακτικού δημοσιονομικού συμφέροντος που δύναται να θεμελιώσει ιδιαίτερες παρεμβάσεις στα συνταγματικά δικαιώματα, με στόχο την δημοσιονομική ισορροπία του κράτους και την επίτευξη της δημοσιονομικής εξυγίανσης. Και τούτο, διότι οι αντιλήψεις περί της έννοιας του δημοσίου συμφέροντος και, ιδίως, στο τι υπάγεται στο πλάτος της έννοιάς του, δεν είναι αμετακίνητες και στατικές, αλλά μπορούν να παραλλάσσουν από χρόνο σε

⁵¹ Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, Το δημόσιο συμφέρον υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις ΣτΕ Β'693/2011, ΣτΕ Στ'1620/2011 και ΣτΕ Α'2094/2011, ΕφημΔΔ, 1/2012, σ.100 επ.(102).

⁵² ΣτΕ 1620/2011, ΘΠΔΔ 2012, σ.15 επ., κατά το σκεπτικό της οποίας, η πρόβλεψη μειωμένου επιτοκίου για το Ελληνικό Δημόσιο, συνεπαγόμενη τον περιορισμό του κρατικού χρέους, εξυπηρετεί την επίτευξη «μειζονος εθνικού συμφέροντος, εκείνου της διασφάλισης της δημοσιονομικής ισορροπίας αρχικά, ήδη δε της αποτροπής της οικονομικής κατάρρευσης της χώρας». Όμοιες σκέψεις στην ΟλΣτΕ 668/2012.

⁵³ ΟλΣτΕ 1663/2009, ΣτΕ 3072/2009, ΣτΕ 6/2010, ΣτΕ 472/2011 κ.ά.

χρόνο και να επηρεάζονται ή να διαμορφώνονται από την αλλαγή των πολιτικών και οικονομικών συνθηκών του κράτους. Εξάλλου, η αποδοχή του δημοσιονομικού συμφέροντος, ως επαρκούς λόγου για την επιβολή περιορισμών στα θεμελιώδη δικαιώματα, αντιμετωπιζόμενου νομικά σαν έννοια-είδος της γενικής έννοιας του δημόσιου συμφέροντος, γινόταν αποδεκτή και στην προγενέστερη νομολογία του ανωτάτου δικαστηρίου⁵⁴.

Την ίδια διάκριση μεταξύ απλού ταμειακού συμφέροντος και δημοσιονομικού συμφέροντος ανευρίσκουμε στην νομολογία του ΕΔΑΔ, σε ανύποπτο χρόνο, πριν από την ραγδαία εξάπλωση της δημοσιονομικής κρίσης που ζούμε. Το ΕΔΑΔ, στην απόφαση Μειδάνης κατά Ελλάδα, έκρινε ότι το ταμειακό συμφέρον του Δημοσίου δεν εξομοιώνεται με το δημόσιο συμφέρον, και δεν μπορεί να δικαιολογήσει περιορισμούς στα θεμελιώδη δικαιώματα⁵⁵. Αντίθετα, στη συνέχεια, εκλεπτύνοντας το συλλογισμό του δέχθηκε ότι « ... Πράγματι, μόνο το δημοσιονομικό συμφέρον του Δημοσίου δεν μπορεί να αφομοιωθεί συλλήβδην σε ένα γενικότερο δημόσιο συμφέρον, το οποίο θα δικαιολογούσε σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση την παραβίαση των δικαιωμάτων του πολίτη. Εν προκειμένω η κυβέρνηση επικαλείται κατά τρόπο αφηρημένο και γενικό τα δημοσιονομικά συμφέροντα του κράτους, χωρίς ωστόσο να παρέχει σαφή επεξηγηματικά στοιχεία ως προς τον αντίκτυπο που θα είχε στη δημοσιονομική ισορροπία του κράτους μία απόφαση υπέρ των αξιώσεων ατόμων που θα βρίσκονταν στην ίδια θέση με τον προσφεύγοντα.⁵⁶».

Το ΕΔΑΔ διακρίνει το απλό ταμειακό συμφέρον από το δημοσιονομικό συμφέρον, το δεύτερο δυνάμενο να θεμελιώσει περιορισμούς στα θεμελιώδη δικαιώματα, εφόσον αποδεικνύεται από τις δημόσιες αρχές κατά συγκεκριμένο τρόπο σε κάθε περίπτωση ότι οι προτεινόμενοι περιορισμοί είναι αναγκαίοι για την επίτευξη της δημοσιονομικής ισορροπίας του κράτους⁵⁷.

⁵⁴ Έτσι, Δ.ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ-ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ/Ε.ΚΟΥΤΟΥΠΑ, Η ρήτρα του δημοσίου συμφέροντος (εξελίξεις στον δικαστικό έλεγχο), σε Εμβάθυνση Δημοσίου Δικαίου – Ειδικά Θέματα Διοικητικού Δικαίου, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σ.3-26(9) και τις εκεί αναφερόμενες νομολογιακές παραπομπές.

⁵⁵ ΕΔΑΔ, Μειδάνης κατά Ελλάδα, 22.05.2009, (αριθμ.προς.33977/06), ΔτΑ, 44/2009, σ.1321 επ., &17.

⁵⁶ ΕΔΑΔ, Ζουμπουλίδης κατά Ελλάδα, 25.06.2009, (αριθμ.προς.36963/06), &34.

⁵⁷ Το ΕΔΑΔ στις σύγχρονες αποφάσεις του, με τις οποίες κλήθηκε να ελέγξει την παραβίαση των θεμελιωδών δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στη Σύμβαση από τα περιοριστικά δημοσιονομικά μέτρα που λήφθηκαν από τα κράτη της Ευρώπης για την αντιμετώπιση της δημοσιονομικής κρίσης που υφίστανται, αφενός απένειμε στο κράτος ένα ευρύ περιθώριο εκτίμησης αναφορικά με τον καθορισμό της κοινωνικής του πολιτικής και αυτοπεριορίστηκε στον ασκούμενο έλεγχο της αναλογικότητας των υιοθετούμενων μέτρων- ενόψει της καλύτερης γνώσης του κράτους για την επίτευξη του σκοπού αυτού-μόνο στο αν τα μέτρα στερούνται μίας εύλογης αιτίας, αφετέρου έκρινε ότι στην έννοια της δημόσιας ωφέλειας, που μπορεί να δικαιολογήσει περιορισμούς στο δικαίωμα της περιουσίας, υπάγεται και η έκδοση νόμων που αφορούν την εξισορρόπηση μεταξύ των εσόδων και των δαπανών του κρατικού προϋπολογισμού. Βλ.ΕΔΑΔ, Ιωάννα ΚΟΥΦΑΚΗ κατά Ελλάδα και

Οι οικονομικές ανάγκες του κράτους ή αντικειμενικότερα η διαπιστούμενη οικονομική του αδυναμία και ο κίνδυνος κατάρρευσής του, με τη συνεχή απειλή της πτώχευσης, την έξοδο από το ευρώ και το οικονομικό, πολιτικό και κοινωνικό χάος που θα προκαλούνταν, επενεργεί ως πραγματικό γεγονός στις νομικές σχέσεις, μέσω της έννοιας του δημόσιου συμφέροντος⁵⁸ και επιτάσσει την επαναδιαπραγμάτευση και τροποποίηση διατάξεων, κρίσεων και νομολογιακών δεδομένων⁵⁹.

Παρατηρούμε ότι ψηφίζονται καθημερινά νέες νομοθετικές διατάξεις που περιορίζουν τα θεμελιώδη δικαιώματα και εισάγουν μία ασυνέχεια με το προγενέστερο δίκαιο, καθόσον οι ρυθμίσεις που εισάγουν είναι ιδιαίτερα περιοριστικές. Εμφανίζεται, επομένως, ένα δίκαιο που καλείται να αντιμετωπίσει την παρούσα οικονομική και δημοσιονομική συγκυρία. Μπορούμε να χαρακτηρίσουμε το σώμα αυτό του δικαίου, ως δίκαιο της ανάγκης, που αυτονομμοποιείται από την κατάσταση την οποία καλείται να ρυθμίσει ή το δίκαιο αυτό δεν διαφέρει από το κοινό δίκαιο του κράτους, αλλά, ταυτόχρονα, ενόψει του ότι καλείται να ρυθμίσει εξαιρετικές καταστάσεις, επιτάσσει την αλλαγή των ορίων του δικαστικού ελέγχου και των περιθωρίων ερμηνείας του δικαστή; Υφίστανται σήμερα οι προϋποθέσεις και οι συνθήκες για να χαρακτηρίσουμε τη σημερινή συγκυρία κατάσταση έκτακτης ανάγκης που απαιτεί από το δικαστή ιδιαίτερους νομολογιακούς χειρισμούς, μεθόδους και τεχνικές, κατ' απόκλιση από το συνήθη τρόπο επίλυσης των διαφορών⁶⁰;

Κατά την κρατούσα στη θεωρία και τη νομολογία άποψη, η οικονομική κρίση δεν μεταλλάσσεται σε έκτακτη ανάγκη, σε κατάσταση ανάγκης⁶¹, κατ' αναλογία μ' αυτή του άρθρου 48 του Συντάγματος, που μπορεί να παραμερίζει a priori τις υφιστάμενες συνταγματικές και νομοθετικές ρυθμίσεις και να δικαιολογεί

ΑΔΕΔΥ κατά Ελλάδας, 07.05.2013, (αριθμ.προς. 57665/12 και 57657/12), ΕΔΑΔ, António Augusto DA CONCEIÇÃO MATEUS κατά Πορτογαλίας και Lino Jesus SANTOS JANUÁRIO κατά Πορτογαλίας, 08.10.2013, (αριθμ.προσφ. 62235/12 και 57725/12).

⁵⁸ *Ι.ΧΑΡΧΑΛΑΚΗΣ*, Οι λέξεις και τα πράγματα. Ο νομικός χαρακτηρισμός της ταμειακής επάρκειας του Δημοσίου, (ΑΕΔ 25/2012, ΣτΕ 1620/2011, ΕλΣυνΟλ 2812/2011, ΑΠ Ολ 1127/1128/2010), ΕφημΔΔ, 5/2013, σ.649 επ., *Ε.ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ*, Εθνικό Σύνταγμα και εθνική κυριαρχία υπό συνθήκες διεθνούς οικονομικής κρίσης-Το πρόβλημα ήταν και παραμένει πολιτικό και όχι συνταγματικό, ΕφημΔΔ, 1/2011, σ.2 επ.(4).

⁵⁹ *Βλ.Δ.ΚΑΒΒΑΔΑ/Μ.ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ*, Οικονομική κρίση: μία νέα θεώρηση του ρόλου του κράτους και του οικονομικού Συντάγματος; ΘΠΔΔ, 10-11/2011, σ.918 επ.

⁶⁰ Για το ζήτημα αυτό, βλ. *Π.ΠΙΚΡΑΜΜΕΝΟ*, Δημόσιο Δίκαιο σε έκτακτες συνθήκες από την οπτική της ακυρωτικής διοικητικής διαδικασίας, ΘΠΔΔ, 2/2012, σ.97 επ.

⁶¹ Για το δίκαιο της ανάγκης βλ. την επίκαιρη πάντα διατριβή του Αριστόβουλου Μάνεση, *Περί αναγκαστικών νόμων. Αι εξαιρετικά νομοθετικά αρμοδιότητες της εκτελεστικής εξουσίας*, Διδακτορική διατριβή, Εκδοτικός Οίκος «Το Νομικόν», Νικ. Α. Σάκουλα, Αθήναι-Θεσσαλονίκη, 1953, ιδίως, σ.159 επ. Για μία πιο σύγχρονη προσέγγιση του φαινομένου, βλ. *Δ.ΜΠΕΛΑΝΤΗ*, Η κατάσταση εξαίρεσης και οι εφαρμογές της στο πρόγραμμα «στήριξης της ελληνικής οικονομίας», ΔτΑ, 48/2010, σ.1115-1135.

παρεκκλίσεις από την αρχή της συνταγματικότητας και νομιμότητας⁶², αλλά μεταλλασσόμενη η πραγματική και όχι νομική, αυτή εξαιρετική κατάσταση σε νομικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, μπορεί να οδηγήσει σε επανερμηνεία, σε αλλαγή της ερμηνείας των κρίσιμων συνταγματικών και νομοθετικών διατάξεων⁶³.

Όπως εύστοχα τονίζει ο Λαζαράτος, δίκαιο της ανάγκης, άλλο πέρα από αυτό που το Σύνταγμα καθορίζει ρητά στο άρθρο 48, δεν υπάρχει. Ο ερμηνευτής, το νομοθετημένο δίκαιο που θεσπίζεται ενόψει της εξαιρετικής αυτής κατάστασης, το εντάσσει στο πλαίσιο του ισχύοντος συστήματος κανόνων δικαίου και κρίνει τη συνταγματικότητα, τη νομιμότητα και προβαίνει στην ερμηνεία του, χρησιμοποιώντας τα παραδοσιακά του ερμηνευτικά και μεθοδολογικά εργαλεία, εφαρμόζοντας με το ίδιο ουσιαστικό περιεχόμενο τις γενικές συνταγματικές αρχές, όπως την αρχή της αναλογικότητας, η οποία παραμένει η ίδια, αλλά ταυτόχρονα ανανοηματοδοτείται διαφορετικά από την κατάσταση ανάγκης και τους λόγους δημοσίου συμφέροντος που αυτή επιτάσσει, δεδομένου ότι διαμορφώνεται ένα υπέρτερο δημόσιο συμφέρον που μπορεί να δικαιολογήσει βαθύτερες παρεμβάσεις στα θεμελιώδη δικαιώματα και να μετατοπίσει το μέτρο του ανάλογου κατά την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας⁶⁴.

Ταυτόχρονα, το καθ'ύλην έργο του δικαστή δεν περιορίζεται αλλά αντίθετα διευρύνεται. Δεν υπάρχουν ειδικοί *raison d'etat* που αποκλείουν τον έλεγχο του δικαστή, ο οποίος αναλαμβάνει το καθήκον να επιλύσει δυσχερή ζητήματα συνταγματικότητας και συμβατότητας των νέων έκτακτων ρυθμίσεων που

⁶² Π.ΤΣΙΡΗΣ, Παρατηρήσεις στην ΑΕΔ 25/2012, ΔιΔικ, 1/2013, σ.187 επ.(196). Βλ., όμως, την μειοψηφία στη ΣτΕ 693/2011, όπου διατυπώθηκε η άποψη ότι «...Το Σύνταγμα ρυθμίζει καταρχήν τα της λειτουργίας του Κράτους υπό ομαλές συνθήκες. Και έχει μεν προβλέψει ειδικές ρυθμίσεις για την περίπτωση που συμβούν ορισμένες συγκεκριμένες έκτακτες καταστάσεις, όπως στο άρθρο 48 για την περίπτωση πολέμου, ούτε, όμως, από το κείμενό του, ούτε από τις σχετικές συζητήσεις στην Αναθεωρητική Βουλή προκύπτει ότι υπήρξε οποιαδήποτε πρόβλεψη για την περίπτωση διαφαινόμενου πλήρους δημοσιονομικού εκτροχιασμού. Εν όψει αυτών, το άρθρο 78 παρ. 2 του Συντάγματος, που απαγορεύει την αναδρομική επιβολή «φόρου ή άλλου οποιουδήποτε οικονομικού βάρους», παρά την γενικόλογη αναφορά και σε «έκτακτες συνθήκες» που έγιναν κατά την ψήφισή του, δεν αντιμετώπισε και, συνεπώς, δεν αποκλείει, σε μια τέτοια περίπτωση, την αναδρομική επιβολή έκτακτης εισφοράς στους πλουσιότερους πολίτες». Η μειοψηφία του ΣτΕ θεώρησε δηλαδή ότι αυτή η κατάσταση έκτακτης οικονομικής ανάγκης, εξομοιούμενη ή συγκρινόμενη με την κατάσταση έκτακτης ανάγκης του άρθρου 48 του Συντάγματος, μπορεί να οδηγήσει στην μη εφαρμογή του άρθρου 78 παρ.2 του Συντάγματος. Για την απόφαση αυτή, βλ. *Ι.ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗ*, Μετασηματισμοί του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου σε περίοδο έντονης οικονομικής κρίσης – Με αφορμή τις πρόσφατες αποφάσεις 693/2011 (κατά μειοψ.) και 1620/2011 (κατά πλειοψ.) του ΣΤ' Τμ. του ΣτΕ, ΕφημΔΔ, 4/2011, σ.478-488.

⁶³ Γ.ΔΡΟΣΟΣ, Ζητήματα συνταγματικής οργάνωσης, δικαστικής προστασίας και δημοκρατίας στην εποχή της σημερινής κρίσης, ΘΠΔΔ, 6/2012, σ.465 επ.(469-470).

⁶⁴ Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ, Δημοσιονομικό συμφέρον και δίκαιο της ανάγκης, ΘΠΔΔ, 8-9/2013, σ.686 επ.(687).

θεσπίζονται για την αντιμετώπιση αυτής της κρίσεως ή της πραγματικής έκτακτης ανάγκης⁶⁵.

Επομένως, δεν μπορούμε να συμμεριστούμε την άποψη ότι μπορεί, ενόψει της οικονομικής κρίσης, να διαμορφωθεί μία έκτακτη δικονομία της ανάγκης για την επίτευξη των διοικητικών διαφορών που θα δικαιολογούσε «μία διαφοροποιημένη, περισσότερο χαλαρή προσέγγιση ως προς τα ποιοτικά και οργανωτικά όρια της ταχύτητας της διοικητικής δίκης⁶⁶». Κατάσταση ανάγκης που να απαιτεί και να δικαιολογεί *a priori* θεμελιώδεις περιορισμούς στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας, αυτονομιοποιούμενη, πέρα από τα εξαιρετικά όρια του άρθρου 48 του Συντάγματος, δεν μπορεί να υπάρξει σ' ένα κράτος δικαίου, όπως είναι η χώρα μας.

Επομένως, ο λόγος δημοσίου συμφέροντος που επικαλείται ο νομοθέτης, προκειμένου να επιβάλλει περιορισμούς στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας, πρέπει να εξειδικευθεί και να ελεγχθεί από το δικαστή, στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας, σε κάθε συγκεκριμένη ρύθμιση και περίπτωση, για να διαπιστωθεί αν τα μέτρα που λαμβάνονται από τον νομοθέτη δικαιολογούνται από έναν επαρκή λόγο δημοσίου συμφέροντος, κι αν είναι κατάλληλα και αναγκαία να επιτύχουν αυτό το σκοπό.

Το πρωταρχικό ζήτημα που θέτουν, κατά τη γνώμη μας, οι σχολιαζόμενες ρυθμίσεις είναι αν ο έμμεσα δεδηλωμένος σκοπός του νόμου, ήτοι η αντιμετώπιση της καθυστέρησης στην είσπραξη των φορολογικών εσόδων και η επίτευξη της έγκαιρης συλλογής τους, αποτελεί έναν επαρκή λόγο δημοσίου συμφέροντος που μπορεί να δικαιολογήσει, συνταγματικά, δικονομικές παρεμβάσεις που συνεπάγονται περιορισμούς στο δικαίωμα της δικαστικής προστασίας. Αν λάβουμε υπόψη μας ότι ο σκοπός απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης είναι η προστασία των δικαιωμάτων των πολιτών από τη δράση της δημόσιας διοίκησης και η διασφάλιση της τήρησης

⁶⁵ Το καυτό ζήτημα δεν είναι το εάν αλλά το πώς, του ελέγχου του δικαστή, δηλαδή τα όρια του ελέγχου του. Κατά μία ευρέως διατυπωμένη άποψη, ιδίως σε εποχές έντονης δημοσιονομικής κρίσης, όπου ο νομοθέτης καλείται να λάβει ποικίλα δημοσιονομικά και άλλα μέτρα αντιμετώπισής της, θα πρέπει ο δικαστής να αυτοπεριορίζεται στον έλεγχο της συνταγματικότητας και νομιμότητας, απονέμοντας στο νομοθέτη, ένα ευρύ περιθώριο εκτίμησης των αναγκαίων μέτρων που πρέπει να λάβει για την αντιμετώπισή της, βλ. *Α.ΚΑΙΛΑΤΖΗ*, «Μεγάλη πολιτική» και ασθενής δικαστικός έλεγχος. Συνταγματικά ζητήματα και ζητήματα συνταγματικότητας στο «Μνημόνιο», ΤοΣ, 2012, σ.259 επ.. Για μία συνολική οπτική του θέματος, βλ. *Σ.ΚΤΙΣΤΑΚΗ*, Όψεις δικαστικού ελέγχου της δημοσιονομικής πολιτικής σε εποχή κρίσης, ΘΠΔΔ, 7/2013, σ.577 επ.

⁶⁶ *Γ.ΔΕΛΛΗΣ*, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.108.

της νομιμότητας εκ μέρους της διοικήσεως⁶⁷, ο έμμεσα επιδιωκόμενος σκοπός δεν φαίνεται να συμβαδίζει με το αντικείμενο των εισαγόμενων ρυθμίσεων. Πράγματι, στηριζόμενοι στο ότι σκοπός της διοικητικής δίκης είναι η προστασία των δικαιωμάτων των διοικουμένων από την παράνομη δράση της δημόσιας διοίκησης, η οποία εξοπλίζεται ήδη με το προνόμιο της εκτελεστότητας, της άμεσης ισχύος των πράξεών της και της δυνατότητας άμεσης λήψης μέτρων διοικητικού καταναγκασμού, οι δικονομικές ρυθμίσεις πρέπει να διευρύνουν και όχι να περιορίζουν το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας⁶⁸, επιπλέον, δε, η διασφάλιση της τήρησης της αρχής της νομιμότητας ως σκοπός της διοικητικής δίκης, επιτάσσει την πλήρη εφαρμογή του εξεταστικού-ανακριτικού συστήματος οργάνωσης της διοικητικής δίκης και την αυτεπάγγελτη εξέταση, από το δικαστή, της νομιμότητας της καταλογιστικής του φόρου πράξης⁶⁹, παραδοχές που αναιρούνται με τις θεσπιζόμενες ρυθμίσεις.

Αμφισβητήθηκε σφόδρα στη θεωρία αν ο νομοθέτης μπορεί να συνδέσει και να επιβάλλει περιορισμούς στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας για σκοπούς που δεν συνεχονται με το δικαίωμα αυτό, αλλά για ευρύτερες επιδιώξεις του δημοσίου σε σχέση με την είσπραξη των φόρων⁷⁰. Όπως, χαρακτηριστικά αναφέρει ο Σουλεντάκης, το Σύνταγμα επιφυλάσσεται υπέρ του νόμου για τη ρύθμιση του τρόπου παροχής έννομης προστασίας, επομένως, ο σκοπός του δικαιώματος και η αρμοδιότητα που απονέμεται στον νομοθέτη δεν συνάδει με ρυθμίσεις που αποβλέπουν και στοχεύουν στη διασφάλιση των ταμειευτικών σκοπών του κράτους⁷¹. Ομοίως, ο Δετσαρίδης υποστήριξε ότι η έγκαιρη εκπλήρωση των φορολογικών υποχρεώσεων των πολιτών και η συλλογή των δημοσίων εσόδων δεν δικαιολογεί και δεν συνεχεται με παρεμβάσεις στο δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας, ενώ, τέτοιου είδους ρυθμίσεις καταλήγουν να καθιστούν το δικαστή θεματοφύλακα της εκπλήρωσης των

⁶⁷ Ν.ΣΟΙΛΕΝΤΑΚΗΣ, Ο σκοπός της διοικητικής δίκης, Διδικ, 1992, σ.244 επ., Δ.ΠΑΙΚΟΣ, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις φορολογικές διαφορές, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1993, σ.17, Β.ΣΚΟΥΡΗΣ, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1996, σ.32-35.

⁶⁸ Χ.ΔΕΤΣΑΡΙΔΗΣ, Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του ν.3900/2010 που ρυθμίζουν τις φορολογικές διαφορές (οι τροποποιήσεις των άρθρων 6,79 και 277 ΚΔΔ), ΕφημΔΔ, 3/2011, σ.407 επ.(408).

⁶⁹ Χ.ΧΡΥΣΑΝΘΑΚΗΣ, Το δεδικασμένο της ακυρωτικής αποφάσεως του Συμβουλίου της Επικρατείας, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1991, σ.98.

⁷⁰Βλ. Α' Διεύθυνση Επιστημονικών Μελετών, Τμήμα νομοτεχνικής επεξεργασίας σχεδίων και προτάσεων νόμων, Έκθεση επί του νομοσχεδίου « Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και άλλες διατάξεις», σ.1 επ.(12), σε <http://www.logistis.gr/files/DIAFORA/Epistimoniki-Ekthesi-Exothrologismos.pdf>, Μ.ΜΟΥΣΤΑΚΑ, Το δικαίωμα πρόσβασης στη διοικητική δικαιοσύνη: οι αμφιταλαντεύσεις της πιο πρόσφατης νομολογίας του ΣτΕ, καθώς και η σοβαρή συρρίκνωση ενός θεμελιώδους δικαιώματος. Υπό την οπτική των δαπανημάτων της διοικητικής δίκης, ΕφημΔΔ, 1/2013, σ.34 επ.(64-67).

⁷¹ Ν. ΣΟΙΛΕΝΤΑΚΗΣ, Προβληματισμοί από τον Ν. 3900/2010 , ΘΠΔΔ, 1/2012, forum, σ.92 επ.

φορολογικών υποχρεώσεων, ιδιότητα και σκοπό τον οποίο δεν έχει και δεν πρέπει να έχει⁷². Σε ανάλογη οπτική, ο ίδιος συγγραφέας υποστηρίζει ότι οι διατάξεις του ν.3900/2010 οδηγούν στην προστασία του κράτους από την έκδοση σε βάρος του δικαστικής απόφασης επί των φορολογικών διαφορών, με παρεμβάσεις στο δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας, λόγω του φορολογικού αντικειμένου της διαφοράς και με επίκληση άλλων λόγων δημοσίου συμφέροντος⁷³.

Πως όμως θα ελέγξει και θα κρίνει ο δικαστής ότι ο σκοπός αυτός που επιδιώκεται από τον νομοθέτη και είναι υπαρκτός λόγος δημοσίου συμφέροντος δεν μπορεί να επιτευχθεί με περιορισμούς στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας, χωρίς να κατηγορηθεί για υπέρμετρο δικαστικό ακτιβισμό, υποκατάσταση της κρίσης του στο έργο του νομοθέτη⁷⁴, ότι με τον έλεγχο αυτό υπεισέρχεται σε κρίσεις σκοπιμότητας και ελέγχει τα κίνητρα και ελατήρια που ώθησαν τον νομοθέτη στη θέσπιση αυτών των ρυθμίσεων, εκφεύγοντας από τα όρια του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας του νόμου⁷⁵; Περαιτέρω, η κρίση αυτή απαιτεί ιδιαίτερες σταθμίσεις και σκέψεις για το αν το άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος θεσπίζει μια γενική ή ειδική επιφύλαξη υπέρ του νόμου⁷⁶, αν δηλαδή το ίδιο το Σύνταγμα περιορίζει την ρυθμιστική αρμοδιότητα του νομοθέτη προσδιορίζοντας το περιεχόμενο της νομοθετικής παρέμβασης και τον συγκεκριμένο δημόσιο σκοπό στον οποίο πρέπει να προσβλέπουν οι περιορισμοί του⁷⁷ και δεν καταλείπει στη διακριτική του ευχέρεια απλώς τη σχετική αρμοδιότητα να νομοθετήσει, και αν ο νομοθέτης εντεύθεν υπερέβη τα όρια της αρμοδιότητάς του, δεδομένου και του ότι σύμφωνα με την πάγια νομολογία των δικαστηρίων της ελληνικής έννομης τάξης ο σκοπός που επιδιώκει ο νομοθέτης με τους περιορισμούς στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας πρέπει να συνάπτεται με την οργάνωση και λειτουργία των δικαστηρίων και την

⁷² Χ.ΑΕΤΣΑΡΙΑΔΗΣ, Η καταβολή ποσοστού 50% του ποσού εκκρεμοδικίας και το αναλογικό παράβολο ως όροι του παραδεκτού

για την εκδίκαση φορολογικών εφέσεων. Η αντισυνταγματικότητα των τροποποιημένων με τον Ν.3900/2010 άρθρων 93 παρ. 3 και 277 παρ 3 ΚΑΔ. ΣτΕ Ολ. 1619/2012:Μια απόφαση σταθμός που προκαλεί επιστημονικό αντίλογο και αμφισβήτηση, ΔΦΝ, 1494/2012, σ.1043 επ.(1049).

⁷³ Χ.ΑΕΤΣΑΡΙΑΔΗΣ, Η καταβολή ποσοστού 50% του ποσού εκκρεμοδικίας, ό.π., σ.1045.

⁷⁴ Όπως σημειώνει ο Βροντάκης, ο δικαστής κατά παράβαση της αρχής της διάκρισης των εξουσιών εκτείνεται ανεπίτρεπτα σε έλεγχο της ουσιαστικής κρίσης του νομοθέτη, όταν προβαίνει σε εκτιμήσεις ως προς τον βέλτιστο τρόπο πραγμάτωσης του δημόσιου συμφέροντος, Μ.ΒΡΟΝΤΑΚΗΣ, Ο δικαστής ως κριτής σταθμίσεων αξιών και επιλογών του νομοθέτη κατά την πρόκριση των προς θέσπιση ρυθμίσεων, Αρμ., 2011, σ.1628 επ.(1638).

⁷⁵ Βλ.Μειοψηφία ΟλΣτΕ 2152/1993, ΤοΣ, 1994, σ.117 και Δ.ΑΝΑΓΝΩΣΤΟΥ, Θεμελιώδεις αρχές και κατάχρηση εξουσίας στον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, ΤοΣ, 1995, σ.617 επ.

⁷⁶ Για την έννοια της ειδικής επιφύλαξης, βλ. Ι.ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, Η επιφύλαξη υπέρ του νόμου ως περιορισμός, εγγύηση και διάμεσος των ελευθεριών, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2001, σ.174 επ.

⁷⁷ Δ.ΣΑΤΣΟΣ, Συνταγματικό δίκαιο, Τόμος Γ', Θεμελιώδη δικαιώματα Ι, Γενικό μέρος, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1988, σ.246.

απονομή της δικαιοσύνης. Η αδυναμία του δικαστή να κρίνει ότι ο σκοπός που επιδιώκει ο νόμος δεν αποτελεί επαρκή ή συνάδοντα λόγο δημοσίου συμφέροντος για τις επελθούσες μεταρρυθμίσεις έγκειται και στο ότι ο σκοπός αυτός τίθεται επάλληλα ή σε ορισμένες περιπτώσεις κρύβεται πίσω από την επωδό της επιτάχυνσης στην φορολογική δίκη, με συνέπεια να καθιστά δύσκολα θεμελιώσιμη την σχετική κρίση του δικαστή.

Κατά τη γνώμη μας, αυτό που δικαιούται και πρέπει να πράξει ο δικαστής, όταν διαπιστώσει από την ερμηνεία του ότι άμεσος ή έμμεσος σκοπός των συγκεκριμένων ρυθμίσεων του νόμου δεν είναι η επιτάχυνση της φορολογικής δίκης και η ταχεία εκδίκαση των υποθέσεων αλλά η με κάθε μέσο έγκαιρη είσπραξη των δημοσίων εσόδων, είναι να ασκήσει έναν ιδιαίτερα εμβαθύ και εκτεταμένο έλεγχο τήρησης από τον νομοθέτη της αρχής της αναλογικότητας⁷⁸ του επιδιωκόμενου και δηλωθέντος σκοπού της επιτάχυνσης με τα προτεινόμενα μέτρα.

Η φορολογική διαφορά από ουσιαστική και δικονομική άποψη και η σχέση της με τη
διοικητική διαφορά ουσίας

Η αιτιολογική έκθεση του νόμου αναφέρει ότι οι ειδικές φορολογικές ρυθμίσεις θεσπίστηκαν, μεταξύ άλλων, με σκοπό την προσαρμογή «στις ιδιαιτερότητες των διαφορών αυτών της βασικής στάθμισης μεταξύ αποτελεσματικότητας της δικαστικής προστασίας και προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος».

Υπάρχουν πραγματικά ουσιώδεις διαφορές μεταξύ φορολογικής και διοικητικής διαφοράς από ουσιαστική και δικονομική άποψη, ώστε να απαιτείται η θέσπιση ειδικών δικονομικών ρυθμίσεων για την εκδίκαση των φορολογικών διαφορών;

⁷⁸ Για την αρχή της αναλογικότητας, βλ. *Σ.ΟΡΦΑΝΟΥΔΑΚΗ*, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη. Από τη νομολογιακή εφαρμογή της στη συνταγματική της καθιέρωση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2003, *Β.ΒΟΥΤΣΑΚΗ*, Η αρχή της αναλογικότητας : από την ερμηνεία στην διάπλαση δικαίου in *Όψεις του κράτους δικαίου*. Ιστορικές αναδρομές στην ελληνική θεωρία και σύγχρονες αναζητήσεις, (επιμ.Κ.ΣΤΑΜΑΤΗ), Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1990, σ.205-254, *Α.ΓΕΡΟΝΤΑ*, Η αρχή της αναλογικότητας στο Γερμανικό Δημόσιο Δίκαιο, ΤοΣ, 1/1983, σ.20 επ., *Θ.ΔΑΜΑΚΟΥΡΑ*, Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1993, *Δ.ΚΟΝΤΟΓΙΩΡΓΑ-ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ*, Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1989, *Β.ΣΚΟΥΡΗ*, Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας, ΕλλΔνη, 1987, σ.779, *Θ.ΦΟΡΤΣΑΚΗ*, Η προδήλως εσφαλμένη εκτίμηση και η στάθμιση κόστους οφέλους, ΝοΒ, 1987, σ.1315, *Γ.ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗ*, Στο δρόμο για την θεσμικά ισόρροπη παρέμβαση του δικαστή. Ο έλεγχος αναλογικότητας και αιτιολογίας με αφορμή την απόφαση 1129/2003 του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΔτΑ, 25/2005, σ.187-204.

Στη θεωρία, υποστηρίζεται, ότι η ατομική καταλογιστική του φόρου πράξη παρουσιάζει ιδιαιτερότητες έναντι της διοικητικής πράξης, οι οποίες συνίστανται στο ότι η φορολογική ενοχή αποτελεί ενοχή *ex lege*, γεννάται και προσδιορίζεται κατά τα ουσιαστικά στοιχεία της από το νόμο, με συνέπεια την έλλειψη διακριτικής ευχέρειας της φορολογικής αρχής και τον διαπιστωτικό χαρακτήρα της καταλογιστικής του φόρου πράξης, σε αντίθεση με την διοικητική πράξη, που έχει συστατικό-διαπλαστικό χαρακτήρα, διαπλάθοντας το πρώτον η ίδια την έννομη σχέση ή την κατάσταση ενός προσώπου⁷⁹. Περαιτέρω, στο γεγονός ότι η καταλογιστική του φόρου πράξη δεν ανακαλείται, ούτε υπόκειται σε ιεραρχικό έλεγχο, αποκτώντας αυξημένη *ουσιαστική* ισχύ ή οριστικότητα έναντι της τυπικής διοικητικής πράξης, ενώ, η καταλογιστική του φόρου πράξη διαθέτει μειωμένη *τυπική* ισχύ έναντι της εκτελεστικής ατομικής διοικητικής πράξης, δεδομένου ότι δεν εκτελείται άμεσα, καθώς αποτελεί επιλογή του νομοθέτη να αναστέλλεται η εκτέλεσή της κατά τη διάρκεια της προθεσμίας και άσκησης της προσφυγής, και έως την έκδοση οριστικής απόφασης, κατάργησης της δίκης ή επίτευξης φορολογικού συμβιβασμού⁸⁰. Οι ιδιαιτερότητες αυτές, οδηγούν, κατά την ίδια άποψη, σε ένα πλέγμα ιδιαίτερων δικονομικών διατάξεων που εφαρμόζονται κατά την εκδίκαση των φορολογικών διαφορών⁸¹, με σκοπό την διεύρυνση των εξουσιών του δικαστή. Οι δικονομικές αυτές ιδιαιτερότητες αφορούν στην έκταση της εξουσίας ελέγχου του δικαστηρίου, όπου ο δικαστής ελέγχει το νόμο βάσιμο της καταλογιστικής πράξης και πέραν των αιτηθέντων και στο σύνολο της πράξης, ανεξαρτήτως του μέρους το οποίο προσβάλλεται με την ένδικη προσφυγή, την απαγόρευση επανέκδοσης της πράξης σε περίπτωση που ακυρωθεί ως αναιτιολόγητη-αναπόδεικτη, και, τη μειωμένη δεσμευτικότητα του φορολογικού δεδικασμένου, με την δυνατότητα έκδοσης συμπληρωματικού φύλλου ελέγχου επί του ίδιου αντικειμένου για το οποίο εκδόθηκε η τελεσίδικη απόφαση του δικαστηρίου⁸².

Καταρχήν, οι ως άνω ιδιαιτερότητες της καταλογιστικής του φόρου πράξης, οι ιδιαιτερότητες δηλαδή στην ουσιαστική πτυχή της φορολογικής διαφοράς, οδηγούν,

⁷⁹ Ε.ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Ιδιαιτερότητες κατά την εφαρμογή των φορολογικών νόμων από τη Φορολογική Διοίκηση και τον Δικαστή σε σχέση προς την εφαρμογή των διοικητικών νόμων, ΔΦΝ, 2010, σ.531 επ.(542-543).

⁸⁰ Ε.ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Ιδιαιτερότητες κατά την εφαρμογή των φορολογικών νόμων από τη Φορολογική Διοίκηση, ό.π., σ.544.

⁸¹ Βλ.Α.ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Η νομική φύση της υπό στενήν έννοιαν φορολογικής διαφοράς και αι δικονομικαί αυτής συνέπειαι, ΕΔΔΔΔ, 1980, σ.233 επ.

⁸² Ε.ΘΕΟΧΑΡΟΠΟΥΛΟΥ, Ιδιαιτερότητες κατά την εφαρμογή των φορολογικών νόμων από τη Φορολογική Διοίκηση, ό.π., σ.555-556.

ενόψει, αφενός μεν, της νομικής αδυναμίας να διέλθει η φορολογική υπόθεση από περισσότερα διοικητικά στάδια μέσω του εσωτερικού διοικητικού ελέγχου, αφετέρου της έλλειψης αρμοδιότητας της φορολογικής αρχής να ανακαλέσει την καταλογιστική πράξη σε περίπτωση παρανομίας της, στην διεύρυνση των ελεγκτικών και κυρωτικών εξουσιών του δικαστή, ο οποίος υποστηρίχθηκε ότι δικαιούται να ελέγχει αυτεπαγγέλτως κάθε νομική πλημμέλεια της καταλογιστικής του φόρου πράξης και να ακυρώνει *ultra petita* την ένδικη πράξη. Παρά όμως τις σχετικές προτάσεις της θεωρίας, η νομολογία του ΣτΕ, δεν δέχθηκε αυτή την διευρυμένη εξουσία του φορολογικού δικαστή επί των φορολογικών διαφορών, αλλά αντίθετα περιορίζει τόσο την ελεγκτική, όσο και την κυρωτική εξουσία του, από τη διαθετική αρχή, την αρχή ότι δεν μπορεί να αποφανθεί πέραν των αιτηθέντων, μη δικαιούμενος, επομένως, κάνοντας χρήση της εξουσίας του αυτεπάγγελτου ελέγχου των νομικών πλημμελειών της ένδικης πράξης, να ακυρώνει κεφάλαιο της καταλογιστικής του φόρου πράξης, για το οποίο δεν έχει επιληφθεί, με την προσβολή της από το δικόγραφο του προσφεύγοντος.

Αντίθετα, ο νομοθέτης με τον ν.3900/2010, επικαλούμενος αορίστως τις όποιες ιδιαιτερότητες της φορολογικής διαφοράς, μειώνει τις εξουσίες του δικαστή και περιορίζει τα δικαιώματα του προσφεύγοντος φορολογουμένου, αποδεικνύοντας ότι στην οργάνωση της διαδικασίας της φορολογικής δίκης αντανακλάται μία νέα σχέση μεταξύ του πολίτη και του κράτους, όχι εγγυητική αλλά περιοριστική των δικαιωμάτων του⁸³.

Με αυτή την έννοια η επίδραση των όποιων ιδιαιτεροτήτων της ουσιαστικής φορολογικής διαφοράς επί της δικονομικής της αντιμετώπισης, μπορεί να καταστεί εργαλείο επιβολής περιορισμών στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας του φορολογουμένου και πρέπει να αποκλειστεί.

Κατά την δική μας άποψη, η φορολογική διαφορά, δεν διαφέρει από ουσιαστική άποψη, από την διοικητική διαφορά, εφόσον η καταλογιστική του φόρου πράξη προέρχεται από όργανο του Δημοσίου, εκδίδεται κατ' ενάσκηση δημόσιας εξουσίας και επιφέρει μονομερώς τις έννομες συνέπειες, προσδιορίζοντας

⁸³ Ό, τι οι οργανωτικές αρχές και οι κανόνες της διαδικασίας της δίκης αποτελούν αποτέλεσμα και συνέπεια των αντιλήψεων που επικρατούν σε σχέση με τη θέση του πολίτη στο κράτος και τη λειτουργία των δικαστηρίων, βλ. Π.ΜΟΥΖΟΥΡΑΚΗ, Όψεις του ανακριτικού και του συζητητικού συστήματος στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ΔιΔικ, 2005, σ.1146 επ.

κατ'έπιταγή του φορολογικού νόμου, το υπόχρεο πρόσωπο, το καταλογισθέν ποσό και τα όρια της υποχρέωσης⁸⁴. Η φορολογική διαφορά προσομοιάζει με τη χρηματική διαφορά που προκαλείται από πράξεις της διοικήσεως οι οποίες έχουν ως κύριο αντικείμενο χρηματική οφειλή, ήτοι υποχρέωση καταβολής χρημάτων προς το Δημόσιο⁸⁵.

Εξάλλου, η φορολογική διαφορά, από δικονομική άποψη, αποτελεί διοικητική διαφορά ουσίας⁸⁶, καθώς ο δικαστής έχει την εξουσία κατά την εκδίκασή της, να εκτιμήσει το πραγματικό υλικό της υπόθεσης και να προσδιορίσει τα όρια του δικαιώματος ή της φορολογικής υποχρέωσης, ακόμη και μεταρρυθμίζοντας την καταλογιστική του φόρου πράξη⁸⁷. Η φορολογική διαφορά περιλαμβάνεται στις διοικητικές διαφορές ουσίας, αποτελώντας την κυριότερη κατηγορία τους⁸⁸, καθώς εν γένει το φορολογικό δίκαιο αποτελεί τμήμα του δημοσίου δικαίου, αφορά την άσκηση δημόσιας εξουσίας⁸⁹, ενώ, οι ιδιαιτερότητές του, δεν συνεπάγονται τη διαφορετική δογματική θεμελίωσή του⁹⁰, ούτε απαιτούν την διαφορετική δικονομική αντιμετώπισή του και την παραβίαση των γενικών αρχών του διοικητικού δικονομικού δικαίου.

Περαιτέρω, υπέρ της άποψης αυτής συνηγορεί κι ένα δικονομικό επιχείρημα, που αναδεικνύει την εσωτερική συνάφεια της φορολογικής διαφοράς με την εν γένει διοικητική διαφορά ουσίας. Τα σημερινά ΤΔΔ είχαν ιδρυθεί αρχικώς ως φορολογικά δικαστήρια, που εκδίκαζαν τις σχετικές φορολογικές διαφορές. Με την θέσπιση του Συντάγματος 1975 και την επιταγή του νέου Συντάγματος για ίδρυση ΤΔΔ, τα φορολογικά δικαστήρια μετεξελίχθηκαν σε ΤΔΔ, που ανέλαβαν σταδιακά, δυνάμει

⁸⁴ Κατ'αναλογία για τη δικονομική έννοια της διοικητικής διαφοράς, βλ. *Ε.ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2002, σ.423. Κατά τα σχετικά νομολογιακά κρατούντα, φορολογική διαφορά, που υπάγεται στην αρμοδιότητα των ΤΔΔ, δημιουργείται από ατομικές διοικητικές πράξεις, με τις οποίες άμεσα επιβάλλεται φορολογικό βάρος ή κύρωση, είτε κρίνεται αντικείμενο ευθέως συναπτόμενο με φορολογική υποχρέωση, που συνδέεται με φορολογητέα ύλη αρκούντως ορισμένη, βλ. ΣτΕ 2061/1968, 236/1998/ 1625/2001, 988/2006. 1495/2011, 834/2010 2613/2009, 2972/2008, 988/2006.

⁸⁵ Για την έννοια αυτή, βλ. *Α.ΤΣΟΥΤΣΟ*, Αίτηση ακυρώσεως και χρηματικά διαφορά, Διοίκησης και δίκαιον, Αθήναι 1979, σ.253 επ.(254), *Α.ΠΑΠΑΛΑΜΠΡΟΥ*, Η ακυρωτική αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας και αι χρηματικά διαφορά, ΕΔΔΔΔ, 1966, σ.225 επ. Για μία νέα επικαιροποιημένη εκδοχή της έννοιας βλ. *Μ.ΠΙΚΡΑΜΕΝΟ*, Ο ακυρωτικός δικαστής ενώπιον των χρηματικών διαφορών. Με αφορμή τον κριτικό λόγο του Απόστολου Παπαλάμπρου, ΕφημΔΔ, 1/2008, σ.125-138.

⁸⁶ Και δη η πρώτη ιστορικά διαφορά ουσίας, *Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ*, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, ό.π., σ.53.

⁸⁷ *Γ.ΔΕΛΛΗΣ*, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.145.

⁸⁸ *Κ.ΦΙΝΟΚΑΛΙΩΤΗΣ*, Φορολογικό δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σ.425.

⁸⁹ *Θ.ΦΟΡΤΣΑΚΗΣ*, Φορολογικό δίκαιο, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2003, σ.580, *Ι.ΑΝΑΣΤΟΠΟΥΛΟΣ*, Φορολογικό δίκαιο. Βασικές έννοιες-γενικές αρχές, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1992, σ.246.

⁹⁰ *Ι.ΑΝΑΣΤΟΠΟΥΛΟΣ*, Φορολογικό δίκαιο, ό.π., σ.11. Βλ. διαφορετικές απόψεις, *Π.ΔΕΡΤΙΑΗ*, Περί το πρόβλημα της αυτονομίας του φορολογικού δικαίου ή πληρέστερον του δημοσιονομικού δικαίου, ΕΕΝ, 1956, σ.881 επ.

⁹⁰ *Ι.ΑΝΑΣΤΟΠΟΥΛΟΣ*, Φορολογικό δίκαιο, ό.π., σ.12.

της γενικής συνταγματικής ρήτρας, αρμοδιότητα επί όλων των διοικητικών διαφορών ουσίας⁹¹. Από την στιγμή της ενοποίησης όλων των διοικητικών διαφορών ουσίας, που εκδικάζονται πλέον από τον διοικητικό δικαστή, κατέστη επιτακτική η πρακτική και θεωρητική ανάγκη να καταρτιστεί ένας ενιαίος κώδικας διοικητικής δικονομίας, προκειμένου να αποφευχθεί η αναγωγή του δικαστή σε ποικίλα νομοθετήματα που διείπαν τις διαφορές που εκδίκαζε, που καθιστούσαν ιδιαίτερα πολύπλοκο και δυσχερές το έργο του.

Επομένως, με την θέσπιση του ΚΔΔ, δημιουργήθηκε ένα ενιαίο και ομοιόμορφο πλαίσιο δικονομικών ρυθμίσεων που εφαρμόζονται επί όλων των διοικητικών διαφορών, δεδομένου ότι όπως προκύπτει από την εισηγητική έκθεση της οικείας νομοπαρασκευαστικής επιτροπής, σκοπός της θέσπισης του νέου αυτού κώδικα είναι η εξάλειψη του «καθεστώτος πολυνομίας» κατά την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών, «η ενοποίηση των συγγενών δικονομικών ρυθμίσεων και η αποφυγή, κατά το δυνατόν, των εξαιρέσεων κατά τις ρυθμίσεις αυτές». Επομένως, με την εισαγωγή του νέου ΚΔΔ ρυθμίστηκε καταρχήν εξαντλητικά κάθε ζήτημα που αφορά στην άσκηση και στη διαδικασία εκδίκασης όλων των ένδικων βοηθημάτων που ασκούνται επί των διοικητικών διαφορών ουσίας, σκοπός που αποτυπώθηκε και στο άρθρο 285 του Κώδικα, σύμφωνα με το οποίο από την έναρξη ισχύος του ΚΔΔ καταργείται κάθε γενική ή ειδική δικονομική διάταξη που αφορά σε θέμα που ρυθμίζεται από αυτόν, εκτός από τις ειδικές περιπτώσεις που αναφέρονται ρητά στο άρθρο 285 παρ.2 αυτού⁹².

Συνεπώς, εφόσον η φορολογική διαφορά δεν διαφοροποιείται κατά τα ουσιώδη στοιχεία της από ουσιαστική και δικονομική άποψη από τη διοικητική διαφορά, ο κοινός νομοθέτης εισάγοντας παρεκκλίσεις στην διαδικασία εκδίκασης των διαφορών αυτών, που κείνται πέρα από το γενικό πνεύμα της ενιαίας και ομοιόμορφης δικονομικής αντιμετώπισης όλων των διοικητικών διαφορών ουσίας, όφειλε να αναλύσει, είτε τους νομικούς λόγους που επιτάσσουν αυτές τις διαφοροποιήσεις, συναπτόμενους με την νομική φύση των σχετικών διαφορών, είτε τους λόγους δημοσίου συμφέροντος που επιτάσσουν τις σχετικές διαφοροποιήσεις, καθώς ο γενικός σκοπός της επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης δεν επαρκεί, ενόψει

⁹¹ Για την ιστορική πορεία των διοικητικών δικαστηρίων, βλ. Π.ΑΖΑΠΑΤΟ, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, ό.π., σ.17-20.

⁹¹ Γ.ΑΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.145.

⁹² ΟλΣτΕ 1994/2005, ΣτΕ 1379/2006.

του ότι ο λόγος αυτός αφορά όλες τις διοικητικές διαφορές ουσίας, ενώ, το γεγονός ότι οι φορολογικές διαφορές σχετίζονται με τα δημόσια έσοδα και την επίτευξη της δημοσιονομικής ισορροπίας του κράτους, αποτελούν λόγους που κείνται εκτός του πεδίου εφαρμογής των δικονομικών ρυθμίσεων, διασπώντας, όπως προειπώθηκε, την ορθολογικότητα των σχετικών ρυθμίσεων.

III. Το ουσιαστικό περιεχόμενο των νέων φορολογικών δικονομικών ρυθμίσεων και η συνταγματικότητα και συμβατότητά τους, μέσα από το διάλογο της θεωρίας και της νομολογίας

& Το διαφοροποιημένο παράβολο για την παραδεκτή άσκηση της φορολογικής προσφυγής: ποσοστό 2% επί του αντικειμένου της διαφοράς

Με τη διάταξη του άρθρου 45 παρ.3 του ν.3900/2010, αντικαταστάθηκε η παρ.3 του άρθρου 277 του ΚΔΔ και προβλέφθηκε ότι το παράβολο επί προσφυγής, στις εν γένει φορολογικές και τελωνειακές διαφορές που έχουν χρηματικό περιεχόμενο, δεν είναι πλέον πάγιο, αλλά αναλογικό, ανερχόμενο σε ποσοστό 2% επί του αντικειμένου της διαφοράς και έως το ποσό των 10.000,00 ευρώ. Το ποσό του παραβόλου υπολογίζεται από τη διάδικο φορολογική αρχή, η οποία υποχρεούται να εκδώσει σημείωμα με το οποίο θα προσδιορίζει το ακριβές ποσό του οφειλόμενου παραβόλου, ύστερα από αίτηση του διαδίκου. Εάν το ποσό του παραβόλου είναι μεγαλύτερο των 3.000,00 ευρώ, καταβάλλεται το ποσό των 3.000,00 ευρώ, ως όρος της παραδεκτής άσκησης του ένδικου βοηθήματος, ενώ, το υπόλοιπο ποσό και έως τη συμπλήρωση της οροφής των 10.000,00 ευρώ, καταλογίζεται, αν δεν έχει καταβληθεί, με την απορριπτική δικαστική απόφαση (άρθρο 45 παρ.3 εδ.β). Εξάλλου, το ποσό του παραβόλου, σύμφωνα με το νέο άρθρο 277 παρ.4 του ΚΔΔ, καταβάλλεται ως εξής: το ποσό που εξικνείται έως το 1/3 θα πρέπει να καταβληθεί με την άσκηση του ένδικου βοηθήματος, ενώ, έως την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως, θα πρέπει να έχουν καταβληθεί τα υπόλοιπα 2/3 του υπολοίπου οφειλόμενου παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης και όχι απλώς της συζήτησης του ένδικου βοηθήματος.

Το πρώτο ζήτημα που τίθεται είναι ποιες διαφορές καλύπτει η πρόβλεψη του νέου αυτού αναλογικού παραβόλου αλλά και εν γένει οι ρυθμίσεις του ν.3900/2010. Το ΣτΕ έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι από την γραμματική ερμηνεία των διατάξεων του ν.3900/2010, που αναφέρονται σε όλες εν γένει τις φορολογικές και τελωνειακές

διαφορές, αλλά και από την τελολογική τους ερμηνεία, με δεδομένο ότι ο σκοπός του νόμου είναι η ταχεία εκκαθάριση των εν γένει φορολογικών διαφορών, συνάγεται ότι οι ρυθμίσεις αυτές συμπεριλαμβάνουν και τα ένδικα βοηθήματα ή μέσα που αφορούν την επιβολή δημοτικών τελών και συναφών προστίμων, τις οποίες ο κοινός νομοθέτης έχει χαρακτηρίσει ρητά ότι αποτελούν φορολογικές διαφορές (ν.505/1978), ανεξαρτήτως της νομικής φύσης του εκάστοτε καταλογιστικού βάρους, ως φόρου ή ανταποδοτικού τέλους, και του ανταποδοτικού ή αποζημιωτικού χαρακτήρα της καταλογιστικής πράξης⁹³.

Με τη διάταξη του άρθρου 45 παρ.3 του ν.3900/2010 εισάγεται ένας περιορισμός στο δικαίωμα άσκησης της φορολογικής προσφυγής, σχετιζόμενος με το υποχρεωτικό καταβλητέο παράβολο, το οποίο πλέον ορίζεται ως αναλογικό, σε αντίθεση με την προγενέστερη ρύθμιση που καθόριζε το παράβολο ως πάγιο, σύμφωνα με τους γενικούς κανόνες άσκησης του ένδικου βοηθήματος της προσφυγής επί των διοικητικών διαφορών.

Η θεωρία ομοφώνως δεν αμφισβήτησε ποτέ την δυνατότητα του κοινού νομοθέτη να επιβάλλει περιορισμούς στο δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας. Αντίθετα, η πρόβλεψη διαδικαστικών προϋποθέσεων άσκησης και εκδίκασης των ένδικων βοηθημάτων και μέσων, καθώς και η επιβολή δαπανημάτων⁹⁴, θεωρήθηκε

⁹³ ΣτΕ 761/2014, (σκ.6), ΘΠΔΔ, 2/2014, σ.164 επ. Στην ίδια απόφαση διατυπώθηκε και μειοψηφούσα άποψη, σύμφωνα με την οποία οι ρυθμίσεις, μεταξύ άλλων, του άρθρου 277 παρ.3 του ΚΔΔ, όπως ισχύουν, δεν εφαρμόζονται σε υποθέσεις καταλογισμού τελών αυθαίρετης χρήσης κοινοχρήστων χώρων (και συναφούς προστίμου), δηλαδή οικονομικού βάρους το οποίο, αφενός, έχει το χαρακτήρα όχι φόρου αλλά ανταλλάγματος ή αποζημίωσης για την ιδιαίτερη χρήση δημόσιου κοινόχρηστου πράγματος και, αφετέρου, επιβάλλεται όχι από το Δημόσιο αλλά από Οργανισμό Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΟΤΑ), λαμβανομένου, ιδίως, υπόψη ότι οι εν λόγω διατάξεις, θεσπίζουν όρους του παραδεκτού του ένδικου βοηθήματος, δηλαδή περιορισμούς του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, ειδικά για ορισμένη κατηγορία διοικητικών διαφορών και δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι ο νομοθέτης θέλησε την εφαρμογή των ειδικών αυτών ρυθμίσεων και επί διαφορών οι οποίες, το μεν, δεν έχουν γνήσιο φορολογικό χαρακτήρα, το δε, προκύπτουν μεταξύ ιδιωτών και ΟΤΑ, δεδομένου, άλλωστε, ότι όπου ο νομοθέτης θέλησε την εφαρμογή ορισμένης ειδικής ρύθμισης του ΚΔΔ και στις υποθέσεις φορολογίας των ΟΤΑ ή άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου το όρισε ρητά, όπως στο άρθρο 69 παρ. 2. Η μειοψηφία, δηλαδή, στηριζόμενη στον εξαιρετικό και περιοριστικό του δικαίωματος της δικαστικής προστασίας, χαρακτήρα της εν λόγω διάταξης, έκρινε ότι πρέπει να ερμηνευθεί στενά, μη επιδεχόμενη διασταλτικής ή καλύτερα ευρείας ερμηνείας, πέρα από το αυστηρό γραμματικό νόημα του νόμου.

⁹⁴ Οι προϋποθέσεις αυτές εξαρτούν το παραδεκτό του ένδικου βοηθήματος, με συνέπεια αν ο προσφεύγων δεν τηρήσει τις δικονομικές υποχρεώσεις που του τίθενται, το δικαστήριο να απορρίπτει το ένδικο βοήθημα τύποις, χωρίς να υπεισέλθει στην ουσία της διαφοράς. Παρόλα αυτά, δεδομένου ότι το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος, δεν εγγυάται την έκδοση αποφάσεως επί της ουσίας της διαφοράς, αλλά την πρόσβαση στο δικαστήριο, την αξίωση να κινηθεί ο μηχανισμός δικαστικής προστασίας, καταρχήν, οι προϋποθέσεις αυτές δεν θίγουν το συνταγματικό δικαίωμα. Για το ότι το δικαίωμα της παροχής έννομης προστασίας εγγυάται την πρόσβαση στο δικαστήριο, την διάγνωση της διαφοράς, βλ. *Κ.ΧΡΥΣΟΓΙΟΝΟ*, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, ό.π., σ.414, *Π.ΛΑΓΤΟΓΛΟΥ*, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, ό.π., σ.55, *Π.ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ*, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, ό.π., σ.9, *Θ.ΡΙΖΟΣ*, Η απόρριψη ένδικου βοηθήματος ή μέσου λόγω μη καταβολής παραβόλου. Δυσανάλογος περιορισμός του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, σε Το Δημόσιο δίκαιο σε εξέλιξη, Σύμμεικτα προς τιμήν του Καθηγητά Πέτρου Παραρά, Εκδ.Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 2012, σ.886 επ. Contra, *Ν.ΚΑΜΑΡΗΣ*, Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, Εκδόσεις Αντ.Ν.Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1989, σ.155.

ότι αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για την λειτουργία της δικαιοσύνης και την απονομή της σε εύλογο χρόνο, καθώς σε αντίθετη περίπτωση θα ασκούνταν παντελώς αστήρικτα και άσκοπα ένδικα βοηθήματα, με συνέπεια την υπερφόρτωση του δικαιοδοτικού μηχανισμού και την αδυναμία του να ανταπεξέλθει στο έργο του⁹⁵.

Εξάλλου, όπως παγίως κρίνεται από τη νομολογία του ΣτΕ, δεν αποκλείεται στον κοινό νομοθέτη να θέτει με νόμο, τυπικό ή ουσιαστικό, δικονομικές προϋποθέσεις και δαπανήματα για την παραδεκτή άσκηση των ένδικων βοηθημάτων και μέσων και γενικότερα διατυπώσεις για την πρόοδο της δίκης, αρκεί, όμως, οι προβλεπόμενες ρυθμίσεις να συνάπτονται προς την οργάνωση και λειτουργία των δικαστηρίων και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, και να μην υπερβαίνουν τα όρια εκείνα πέρα από οποία θα επερχόταν άμεση ή έμμεση κατάλυση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας⁹⁶.

Η Ολομέλεια του ΣτΕ, με την 761/2014 απόφασή της, με την διαδικασία της πιλοτικής δίκης, αποφάνθηκε ότι η ως άνω διάταξη είναι συνταγματική. Συντάσσοντας την απόφασή της έκρινε ότι η υποχρέωση καταβολής αναλογικού παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής στις χρηματικού αντικειμένου φορολογικές εν γένει διαφορές, συνιστά περιορισμό του κατά το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ δικαιώματος δικαστικής προστασίας. Ο περιορισμός αυτός τέθηκε, όμως, για την εκπλήρωση σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος συνίσταται στην αποτροπή της άσκησης απερίσκεπτων και αστήρικτων ενδίκων βοηθημάτων, προς χάρη της εύρυθμης λειτουργίας των δικαστηρίων και της αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης επί φορολογικών διαφορών, ενόψει δε του σκοπού αυτού, το παράβολο περιέρχεται στο Δημόσιο ή επιστρέφεται στον προσφεύγοντα, ανάλογα με την έκβαση και τις εν γένει περιστάσεις της δίκης.

Κατά την κρίση του δικαστηρίου το κανονιστικό περιεχόμενο του περιορισμού αυτού, δεν θίγει το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας στον πυρήνα του. Αποφαινόμενο, δε, για την αναλογικότητα του περιορισμού με τον σκοπό δημοσίου συμφέροντος που επιδιώκει να εκπληρώσει, δέχτηκε ότι το μέτρο είναι πρόσφορο για την επίτευξη του ως άνω επιδιωκόμενου σκοπού (αποφυγή

⁹⁵ Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, ό.π., σ.420.

⁹⁶ Βλ.ΣτΕ 1589/1991, ΟλΣτΕ 1375/2013, ΑΕΔ 33/1995.

άσκησης αστήρικτων ένδικων βοηθημάτων) και δεν τελεί σε προφανή δυσαναλογία με το σκοπό αυτό, διότι το ύψος του παραβόλου προσδιορίζεται με βάση ένα αντικειμενικό κριτήριο, που είναι το ποσό του αμφισβητούμενου (κύριου) φόρου ή τέλους, το προβλεπόμενο ποσοστό είναι εύλογο και καθορίζεται στο νόμο και ανώτατη οροφή, η οποία δεν είναι υπερβολικά υψηλή, ενώ, για το παραδεκτό της προσφυγής, όταν το παράβολο υπερβαίνει το ποσό των τριών χιλιάδων ευρώ, αρκεί η καταβολή του τελευταίου τούτου ποσού (3.000,00 ευρώ) και, μάλιστα, του 1/3 αυτού με την κατάθεση του ενδίκου βοηθήματος και των υπολοίπων 2/3 αυτού, έως την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης⁹⁷.

⁹⁷ Η τμηματική καταβολή του παραβόλου, δεν διασώζει την ενδεχόμενη αντίθεση της διάταξης στο Σύνταγμα, ούτε αποτελεί επιτακτικό επιχείρημα της συνταγματικότητάς της, καθώς και πάλι ο διάδικος καλείται να καταβάλει ολόκληρο το ποσό του παραβόλου, έστω και διαδοχικά, μέχρι την πρώτη συζήτηση του ενδίκου βοηθήματος, άλλως απορρίπτεται το σχετικό ένδικο βοήθημα, ως απαράδεκτο. Όπως κρίθηκε στην απόφαση ΕΑ ΟλΣτΕ 136/2013, επί αντίστοιχης διατάξεως αναλογικού παραβόλου, «κατά το μέρος που με την επίμαχη διάταξη του άρθρου 28 του ν. 4111/2013 επιβάλλεται η υποχρέωση καταβολής ολοκλήρου του ποσού του παραβόλου έως την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως, ως προϋπόθεση παραδεκτού της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, η ρύθμιση εμφανίζεται δυσαναλόγως αυστηρή σε σχέση με τους επιδιωκόμενους σκοπούς της. Τούτο δε διότι, αν και το ύψος, στο οποίο είναι δυνατόν να ανέλθει το παράβολο, παρά το ότι είναι πολλαπλασιώς αυξημένο σε σχέση με εκείνο που απαιτείτο για το παραδεκτό της αιτήσεως υπό την προϊσχύουσα νομοθετική ρύθμιση (άρθρο 36 παρ. 1 π.δ/τος 18/1989), δεν υπερβαίνει, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, το επιτρεπτό όριο, η υποχρέωση εφάπαξ καταβολής του έως την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως, που προϋποθέτει την ικανότητα άμεσης διάθεσης ολοκλήρου του ποσού, καθιστά υπερβολικά δυσχερή την επιδίωξη προσωρινής δικαστικής προστασίας και είναι δυνατόν να οδηγήσει σε έμμεση κατάλυση αυτής κατά το προσυμβατικό στάδιο των διαγωνισμών. Και να μην ήταν επιτρεπτό να αιτηθεί η καταβολή εκ των προτέρων είτε έως την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως είτε με την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, μέρους του ποσού του συνολικώς προβλεπόμενου, βάσει της επίμαχης διάταξης, παραβόλου, ικανού για να επιτελεί τον επιδιωκόμενο από το νομοθέτη αποτρεπτικό σκοπό υποβολής παρελκυστικών αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, η θεσπιζόμενη, όμως, υποχρέωση καταβολής του συνολικού ποσού του παραβόλου εξαρχής, ακόμη και όταν αυτό ανέρχεται στο ανώτατο όριο των 50.000 ευρώ, συνιστά υπέρμετρο περιορισμό του προστατευόμενου από τις ανωτέρω διατάξεις δικαιώματος παροχής έννομης δικαστικής προστασίας που υπερακοντίζει το σκοπό του νομοθέτη. Συνεπώς, η ανωτέρω διάταξη, κατά το μέρος που επιβάλλει την καταβολή ολόκληρου του ποσού του παραβόλου έως την πρώτη συζήτηση της υποθέσεως, ως προϋπόθεση παραδεκτού της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και είναι, κατά τούτο, ανίσχυρη και, επομένως, μη εφαρμοστέα, οι δε παρεμβάσεις που ασκήθηκαν σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 τρίτη υποπαρ. του ν. 3900/2010 πρέπει, κατά το αντίστοιχο μέρος, να γίνουν δεκτές. Σύμφωνα δε, με τα ανωτέρω εκτιθέμενα, πρέπει, εφαρμοζομένης της προϊσχύουσας νομοθετικής ρύθμισης του άρθρου 36 παρ. 1 π.δ/τος 18/1989, για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων να καταβάλλεται πριν από τη συζήτηση αυτής το προβλεπόμενο από τη διάταξη αυτή, ποσό των 100 ευρώ και το υπόλοιπο, νομίμως προβλεπόμενο από την επίμαχη διάταξη του άρθρου 28 του ν. 4111/2013 ποσό παραβόλου, ανερχόμενο σε ποσοστό 1% της προϋπολογισθείσας αξίας του διαγωνισμού και έως του ποσού, κατ' ανώτατο όριο, των 50.000 ευρώ, να επιβάλλεται σε περίπτωση απόρριψης της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων». Τελικώς, όμως, το ΣτΕ, με την απόφαση ΕΑ ΟλΣτΕ 475/2013, ενόψει της μεταγενέστερης ρυθμίσεως του νομοθέτη, και συγκεκριμένα του άρθρου 74 παρ. 1 του ν.4146/2013, με την οποία επιμερίστηκε η υποχρέωση του διαδίκου να καταβάλει το συνολικό ποσό του παραβόλου κατά μεν το ένα τρίτο του με την κατάθεση της αιτήσεως κατά δε τα δύο τρίτα του στην πρώτη συζήτηση της υποθέσεως, έκρινε ότι η διάταξη αυτή, δεν αντίκειται σε κάποια υπερτέρας κοινής ισχύος διάταξη. Κριτική στην απόφαση αυτή, ενόψει του ότι μεταβλήθηκε η νομολογία σε πολύ μικρό χρονικό διάστημα σε αντίθεση με την αρχή της ασφάλειας δικαίου και του δικαιώματος αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, βλ.Ε.ΠΙΡΕΒΕΛΟΥΡΟΥ/Σ.ΚΥΒΕΛΟ, Η μεταστροφή της νομολογίας της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας ως προς το παράβολο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του Ν 3886/2010 [από την ΣτΕ ΕΑ Ολ 136/2013 στην ΣτΕ ΕΑ Ολ 475/2013], ΘΠΔΔ, 10/2013, σ.47 επ. Με την απόφαση ΔΕφΠειρ.232/2014 κρίθηκε ότι ως οροφή, από την οποία πρέπει να εξαρτηθεί η συνταγματικότητα του ύψους του προβλεπόμενου παραβόλου, δεν μπορεί να θεωρηθεί το οριζόμενο ως καταβλητέο μέχρι την πρώτη συζήτηση ποσό παραβόλου ύψους 3.000 ευρώ, αφού το ύψος αυτού ως προς το αν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο δεν μπορεί παρά να κρίνεται από το συνολικώς προβλεπόμενο ποσό, ανεξαρτήτως του τρόπου καταβολής του, καθόσον ο καταλογισμός με την απόφαση του υπολοίπου χωρίς όριο ποσού παραβόλου συνεχίζει να λειτουργεί αποτρεπτικά για την πρόσβαση στο δικαστήριο, ενόψει και των συνεπειών που συνεπάγεται αυτός(βάρος στην περιουσία-κατάσχεση-ποινική ευθύνη από μη καταβολή χρεών κλπ).

Δεν είναι η πρώτη φορά που το δικαστήριο εξαρτά την κρίση περί συνταγματικότητας του ύψους του παραβόλου, μέσα από την εκτίμηση του μεγέθους του, με συγκριτικά κριτήρια, περισσότερο αφηρημένα, όπως, τα διδάγματα της κοινής πείρας⁹⁸, τις επικρατούσες οικονομικές συνθήκες⁹⁹ ή το αντικείμενο της διαφοράς¹⁰⁰. Παρόλα αυτά, ενώ, το δικαστήριο φαίνεται ότι θέλει να εκτιμήσει τη συνταγματικότητα του ύψους του παραβόλου συγκεκριμένα, ενόψει ενός αντικειμενικού κριτηρίου, όπως είναι το αντικείμενο της διαφοράς, με την ως άνω σκέψη του, ότι με την πρόβλεψη αναλογικού παραβόλου με προβλεπόμενο εύλογο ποσοστό επί αντικειμενικού κριτηρίου υπολογισμού του και ανώτατης οροφής αυτού, ποσού 10.000,00 ευρώ¹⁰¹, η οποία ενόψει του ότι δεν είναι υπερβολικά υψηλή, δεν πλήττεται η αρχή της αναλογικότητας, προστρέχει σ' έναν αφηρημένο έλεγχο της αναλογικότητας, ο οποίος παρουσιάζει μία ασυνέχεια με τις σκέψεις προηγούμενων αποφάσεων του δικαστηρίου, αφενός μεν διότι το δικαστήριο δεν αναφέρεται ρητά στην πτυχή και σύνδεση της καταβολής του προβλεπόμενου παραβόλου με το παραδεκτό του ένδικου βοηθήματος, αφετέρου διότι το βαρύνον κριτήριο για τη συνταγματικότητα της πρόβλεψης του παραβόλου ως προϋπόθεση του παραδεκτού του ένδικου βοηθήματος¹⁰², σε προηγούμενες αποφάσεις, ήταν το μικρό ποσό του ύψους του, ώστε να μην προκαλείται χρηματικό κώλυμα πρόσβασης του μέσου τυπικού διαδίκου στο δικαστήριο, από την πρόβλεψή του¹⁰³. Το δικαστήριο δηλαδή

⁹⁸ ΟλΣτΕ 601/2012, σκ.10.

⁹⁹ ΟλΣτΕ 647/2004, σκ.7.

¹⁰⁰ ΟλΣτΕ 3470/2007, σκ.6.

¹⁰¹ Για την αντισυνταγματικότητα του αναλογικού παραβόλου, εφόσον δεν προβλέπεται ανώτατη οροφή, βλ. ΣτΕ 1687/2012, 3738, 3359, 1595, 1579, 404, 276/2008, ΟλΣτΕ 3470/2007, ΟλΣτΕ 647/2004.

¹⁰² Το έτος 2009 εκδόθηκαν αποφάσεις τμημάτων του ΣτΕ, με τις οποίες κρίθηκε ότι η πρόβλεψη καταβολής παραβόλου ως προϋπόθεση του παραδεκτού της άσκησης του ένδικου βοηθήματος, αντίκειται προς τις διατάξεις περί παροχής «δίκαιης» δικαστικής προστασίας των άρθρων 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ.1 της Συμβάσεως της Ρώμης για την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών, καθώς και προς την αρχή της αναλογικότητας που πηγάζει από το Σύνταγμα (βλ. και άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος), διότι εισάγεται ένας περιορισμός δυσανάλογος σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι απορρίπτεται το ένδικο βοήθημα για την μη καταβολή ενός μικρού ποσού, ασήμαντου ύψους (1500 δραχμές) σε σχέση με τα έξοδα για τη σύνταξη του δικογράφου της προσφυγής, την παράσταση κατά τη συζήτηση του πληρεξουσίου δικηγόρου κλπ., ανερχόμενα, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, σε πολλαπλάσιο αυτού ποσού, με συνέπεια, ενόψει του ανίσχυρου της ρύθμισης, το Δικαστήριο (διοικητικό πρωτοδικείο) να μην απορρίπτει την ασκηθείσα ενώπιον του προσφυγή λόγω μη καταβολής του εν λόγω παραβόλου, αλλά να προχωρεί στην εκδίκασή της κατά τα λοιπά και, αν συντρέχει περίπτωση, καταλογίζει το ελλείπον παράβολο με την οριστική του απόφαση, βλ. ΣτΕ 1035/2009, 193/2009. Με την ΟλΣτΕ 1583/2010 απορρίφθηκε η σχετική ένσταση αντισυνταγματικότητας από την πλειοψηφία του δικαστηρίου, με το σκεπτικό ότι το ποσό του παραβόλου ήταν μικρό και δεν μπορούσε να παρεμποδίσει την αναιρεσιούσα, όπως και κάθε διάδικο, από το δικαίωμα άσκησης προσφυγής.

¹⁰³ ΣτΕ 1583/2010 Ολομ., ΕφημΔΔ, 4/2010, σελ. 457 επ. με παρατηρήσεις Ιάκωβου Μαθιουδάκη, σκ.7 της αποφάσεως, σύμφωνα με την οποία το μικρό ύψος του ποσού (4,40 ευρώ) δεν μπορούσε να παρεμποδίσει την αναιρεσιούσα αλλά και οποιονδήποτε διάδικο να ασκήσει το ένδικο μέσο. Βλ. ΟλΣτΕ 3088/2011, όπου το παράβολο των 29 ευρώ για την άσκηση της αιτήσεως αναίρεσεως ήταν χαμηλό και δεν παρεμποδίζει την αιτούσα από την υποβολή της αιτήσεως, ούτε ενόψει του μικρού αυτού ποσού δημιουργούταν ζήτημα αντισυνταγματικότητας από την δικονομική συνέπεια του απαραδέκτου σε περίπτωση μη καταβολής του. Ομοίως, ΟλΣτΕ 601/2012, σκ.10, ΔΦΝ, 1486/2012, σ.414 επ., με σχόλιο Ασπασίας Μάλλιου, σύμφωνα με την οποία το ανακαθορισθέν ποσό του παραβόλου, ύψους 100 ευρώ, δεν είναι κατά κοινή πείρα τέτοιου ύψους ώστε να

ελέγχει αφηρημένα τη συνταγματικότητα του τρόπου υπολογισμού του παραβόλου, ενώ, θα έπρεπε επιπλέον να ελέγξει και να αποφανθεί αν το ποσό που προβλέπεται και απαιτείται στη συγκεκριμένη περίπτωση, ως προϋπόθεση του παραδεκτού του κρινόμενου ένδικου βοηθήματος, κωλύει κατά τρόπο δυσανάλογο ή όχι το συγκεκριμένο διάδικο ή έστω τον μέσο τυπικό διάδικο, στην άσκησή του.

Ο κοινός νομοθέτης και αναλόγως ο δικαστής κινήθηκε στη λογική αρχικώς ενός μικρού ποσού παραβόλου, που ενόψει του χαμηλού ύψους του, δεν δημιουργεί προσκόμματα στην πρόσβαση στο δικαστήριο, και ενός αρκετά υψηλού παραβόλου, που δρα σε πολλές περιπτώσεις, ανάλογα με το ύψος του, όχι αποτρεπτικά προς την άσκηση προπετών ενδίκων βοηθημάτων αλλά, λόγω της ποινής του απαραδέκτου που θέτει, δυνάμενο να παρεμποδίσει το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας στους φτωχότερους και μη ενδεείς διαδίκους.

Το δικαστήριο έκρινε στη συνέχεια τη συνταγματικότητα του προβλεπόμενου αναλογικού παραβόλου με κανόνα αναφοράς την αρχή της δικονομικής ισότητας των διαδίκων. Το δικαστήριο ανέφερε στη μείζονα πρόταση του ειδικότερου δικανικού συλλογισμού συνταγματικότητας που συνέταξε ότι η ισότητα που κατοχυρώνεται στο άρθρο 4 παρ.1 του Συντάγματος είναι ισότητα αναλογική, η οποία επιτάσσει στον νομοθέτη να μεταχειρίζεται όμοια κατηγορίες προσώπων που τελούν υπό τις ίδιες ή ουσιαδώς παρόμοιες συνθήκες, εκτός εάν μία διαφορετική μεταχείριση, ερειδόμενη σε γενικά και αντικειμενικά κριτήρια που βρίσκονται σε συνάφεια προς το αντικείμενο της ρύθμισης, δικαιολογείται επαρκώς, ως σκοπούσα στην εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού και τελούσα σε εύλογη σχέση αναλογικότητας με τον επιδιωκόμενο σκοπό¹⁰⁴. Το δικαστήριο αντιμετωπίζει την ισότητα των διαδίκων, ως ειδική εκδήλωση της αρχής της ισότητας, απορρέουσα από το άρθρο 4 παρ.1 του

παρεμποδίζει το δικαίωμα της προσφεύγουσας και εν γένει του διοικουμένου να προσφύγει στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια.

¹⁰⁴ Όπως διατυπώθηκε πρόσφατα στη θεωρία, για να διαπιστώσει ο δικαστής, κατά τον έλεγχο τήρησης της αρχής της ισότητας, την ομοιότητα ή μη των πραγματικών καταστάσεων, και για να κρίνει αν υφίσταται, σε περίπτωση κατάφασης της ομοιότητας, μία διαφορετική μεταχείρισή τους από τις ρυθμίσεις του νόμου, προϋποτίθενται εκτιμήσεις σε σχέση όχι μόνο με το αντικείμενο, αλλά και τον σκοπό της ρύθμισης του νόμου που ελέγχεται ως προς την συνταγματικότητά της, κατά το πρώτο στάδιο του ελέγχου της αρχής της ισότητας. Στη συνέχεια, στο δεύτερο στάδιο του ελέγχου, ο δικαστής κρίνει αν μία ανισότιμη μεταχείριση δικαιολογείται επαρκώς από λόγους δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι μπορούν να θεμελιώσουν αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας, βλ.Σ.ΚΟΦΙΝΗ, Η απαγόρευση των διακρίσεων μεταξύ ισότητας και αξιοπρέπειας, δ.δ, Θεσσαλονίκη 2014, σ.107 επ. Κατά τη γνώμη μας τα δύο στάδια ελέγχου σε σχέση, ιδίως, με τον σκοπό της ρύθμισης, δεν είναι τόσο εύληπτα. Στην προκειμένη περίπτωση, το δικαστήριο πρώτα καταφάσκει την διαφορετική μεταχείριση των συγκρινόμενων μεγεθών σε σχέση με το αντικείμενο και τον σκοπό της ρύθμισης και μετά προσπαθεί να δικαιολογήσει την παρέκκλιση στην αρχή της ισότητας χρησιμοποιώντας πάλι τον σκοπό της ρύθμισης, τον οποίο και εμπλουτίζει στο δεύτερο στάδιο ελέγχου, και ταυτόχρονα τον ανανοσηματοδοτεί άρρητα σε σκοπό δημοσίου συμφέροντος που δικαιολογεί τις παρεκκλίσεις, περνώντας στο δεύτερο στάδιο του ελέγχου της αρχής της ισότητας.

Συντάγματος, η οποία, ως εκ τούτου, αποκτά τη μορφή της αναλογικής ισότητας, η οποία επιβάλλει, μεταξύ άλλων, την ίση μεταχείριση των διαδίκων¹⁰⁵, ακόμα και στο πλαίσιο διαφορετικών δικών που ανήκουν στην δικαιοδοσία και αρμοδιότητα του δικαστηρίου, με την άσκηση ένδικων βοηθημάτων που είναι ίδια ή έστω έχουν όμοια δικονομικά χαρακτηριστικά με το κρινόμενο στην ένδικη περίπτωση που προκύπτει το ζήτημα της συνταγματικότητας, και όχι μόνο σε σχέση και σύγκριση των υφιστάμενων διαδίκων στο πλαίσιο της συγκεκριμένης δίκης που εξετάζεται η συνταγματικότητα του νόμου.

Το δικαστήριο, διατυπώνει πανηγυρικά στην απόφασή του τα συγκρίσιμα πραγματικά μεγέθη, τα οποία, στον δικαστικό έλεγχο της αρχής της ισότητας, πρέπει αφενός μεν σ' ένα πρώτο στάδιο να διαπιστώσει ο δικαστής εάν είναι μεταξύ τους όμοια, αφετέρου δε, στη συνέχεια, καταφάσκοντας το πρώτο στάδιο, αν υφίστανται μία διαφορετική μεταχείριση από τις ρυθμίσεις του νόμου. Ο δικαστής κλήθηκε να κρίνει την ομοιότητα του διαδίκου της φορολογικής προσφυγής, με αυτή του διαδίκου μίας κοινής προσφυγής ουσίας που εκδικάζεται από τα ΤΔΔ, ιδίως επί χρηματικών διαφορών, ενόψει του αντικειμένου της ρύθμισης, ήτοι της πρόβλεψης παραβόλου, και του σκοπού της, που είναι η αποφυγή άσκησης προπετών ενδίκων μέσων, δεδομένου του ότι ο διάδικος μίας οιασδήποτε διοικητικής διαφοράς ουσίας καταβάλλει το πάγιο παράβολο των 100 ευρώ, ενώ, ο διάδικος της φορολογικής προσφυγής μπορεί να κληθεί να καταβάλλει πολύ υψηλότερο παράβολο, όπως στη συγκεκριμένη περίπτωση που εκδικάζει, όπου το παράβολο είναι ογδονταπλάσιο σε σχέση με το πάγιο παράβολο. Σ' αυτή την περίπτωση, διαπιστώνει το δικαστήριο, στοιχειοθετείται μία διαφορετική μεταχείριση μεταξύ των διαδίκων των συγκρινόμενων πλευρών. Το δικαστήριο δηλαδή φαίνεται να αποδέχεται την καταρχήν ομοιότητα του διαδίκου της φορολογικής δίκης με αυτή του διαδίκου μίας κοινής προσφυγής ουσίας και να καταφάσκει την διαφορετική μεταχείρισή τους, στο πλαίσιο του αντικειμένου της ρύθμισης και του σκοπού του νόμου, έχοντας περαιώσει τα δύο στάδια του δικαστικού ελέγχου της αρχής της ισότητας.

¹⁰⁵ Ο Χρυσόγονος υποστηρίζει ότι η αρχή της ισότητας των διαδίκων απορρέει από το άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος, με συνέπεια να είναι περισσότερο τυπική-αριθμητική ισότητα και όχι αναλογική, επιτάσσοντας, ως εκ τούτου, αυστηρά, την όμοια αντιμετώπιση όλων των διαδίκων από τις δικονομικές ρυθμίσεις του νόμου, βλ.Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, ό.π., σ.425. Για την θεμελίωση και στο άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος, της αρχής της ισότητας των διαδίκων, βλ. Α.ΚΑΙΛΑΤΖΗ, Και πάλι ενώπιον του ΑΕΔ: Το ζήτημα της διετούς παραγραφής των αξιώσεων υπαλλήλων του Δημοσίου και η αρχή της ισότητας, Σχόλιο στην ΟλΣτΕ 953/2011, ΕφημΔΔ, 2/2011, σ.190 επ.(193).

Το δικαστήριο, στη συνέχεια, κρίνει ότι η αρχή της ισότητας δεν απαγορεύει στον νομοθέτη να θέτει ειδικές ρυθμίσεις για την παροχή ένδικης προστασίας σε ορισμένες κατηγορίες διοικητικών διαφορών, εφόσον τούτο δικαιολογείται αντικειμενικά, ενόψει της φύσης, της σημασίας τους ή των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών τους και των συναφών αναγκών που ανακύπτουν από την άσκηση και εκδίκαση των οικείων ενδίκων βοηθημάτων ή μέσων. Συγκεκριμένα, συνεχίζει το δικαστήριο, όπως προκύπτει από τα στατιστικά στοιχεία που αναφέρονται στην εισηγητική έκθεση του ν. 3900/2010 (σελ.4) και είναι γνωστό στους λειτουργούς της διοικητικής δικαιοσύνης, οι φορολογικές και τελωνειακές εν γένει προσφυγές αποτελούν ιδιαίτερα σημαντική κατηγορία διοικητικών διαφορών ουσίας, τόσο σε απόλυτους αριθμούς, όσο και ως ποσοστό του συνόλου των υποθέσεων ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, το δε αντικείμενό τους συνήθως υπερβαίνει και, μάλιστα, κατά πολύ, τα 5.000 ευρώ, ενώ ο μέσος χρόνος εκδίκασής τους είναι μεγάλος. Παράλληλα, πρόκειται για κατηγορία υποθέσεων ιδιαίτερης σημασίας για την οικονομική και κοινωνική ζωή της χώρας και των πολιτών της, ιδίως σε μια κρίσιμη περίοδο όπως η παρούσα, κυρίως όσον αφορά τις υποθέσεις που έχουν αξιόλογο οικονομικό αντικείμενο, η δε αντιμετώπιση του προβλήματος της σώρευσης εκκρεμών φορολογικών διαφορών και η ταχεία εκκαθάρισή τους από τα διοικητικά δικαστήρια έχουν οδηγήσει τον νομοθέτη σε θέσπιση αλληπαλλήλων ρυθμίσεων. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, καταλήγει η απόφαση, η επίμαχη νομοθετική πρόβλεψη αναλογικού και, κατ' αποτέλεσμα, υψηλότερου, παραβόλου για τις φορολογικές προσφυγές, όπως η κρινόμενη, που ανταποκρίνεται στην ιδιαίτερη, αυξημένη ανάγκη αποτελεσματικής αποτροπής της άσκησης απερίσκεπτων και αστήρικτων ενδίκων βοηθημάτων επί φορολογικών και τελωνειακών υποθέσεων προς το συμφέρον τόσο της εύρυθμης λειτουργίας των διοικητικών δικαστηρίων και της αποτελεσματικής απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης, όσο και της δημοσιονομικής διαχείρισης και της εν γένει οικονομικής ζωής της χώρας, δεν συνιστά μέτρο προδήλως απρόσφορο για την επίτευξη του ως άνω σκοπού, ούτε τελεί σε προφανή δυσαναλογία προς αυτόν, ενόψει όσων προαναφέρθηκαν, δικαιολογείται αντικειμενικά και δεν αντίκειται στη συνταγματική αρχή της ισότητας, ενόψει και της ευρείας διακριτικής εξουσίας που διαθέτει συναφώς ο νομοθέτης¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Ομοίως, η Ολομέλεια του ΣτΕ έκρινε με την 1852/2009 απόφασή της, ότι το αυξημένο παράβολο που απαιτείται στις αιτήσεις αναίρεσεως που ασκούνται επί διαφορών ελεύθερου ανταγωνισμού, δεν αντίκειται στην

Πρέπει να διακρίνουμε αν το δικαστήριο διέκρινε τις διοικητικές από τις φορολογικές διαφορές ως διαφορετικά είδη και κατηγορίες, από την άποψη της ουσιαστικής ή δικονομικής τους φύσης, ώστε οι διάδικοι των δύο κατηγοριών προσφυγών να μην μπορούν να προβάλλουν λόγους ανισότητας στη δικονομική διαρρύθμιση της εκδίκασής τους ή αν χρησιμοποίησε τις ιδιαιτερότητες της φορολογικής διαφοράς για να θεμελιώσει τον λόγο δημοσίου συμφέροντος που δικαιολογεί την διαφορετική δικονομική μεταχείριση των διαδίκων, στο πλαίσιο των καταρχήν όμοιων ένδικων διαφορών.

Το δικαστήριο κατά τη γνώμη μας φαίνεται να αναγνωρίζει, αφενός μεν την ομοιότητα του διαδίκου της φορολογικής προσφυγής με αυτή του διαδίκου μίας οιαδήποτε προσφυγής ουσίας που εκδικάζουν τα ΤΔΔ, ενόψει του αντικειμένου και του σκοπού της ρύθμισης του παραβόλου, καταφάσκοντας ταυτόχρονα, ενόψει της διαπιστούμενης ομοιότητας των προσώπων και των δικονομικών καταστάσεων, την διαφορετική μεταχείριση που υφίσταται ο διάδικος των φορολογικών προσφυγών έναντι του διαδίκου των κοινών προσφυγών, λόγω του μεγάλου, κατά περίπτωση, ποσού που αντανακλά το αναλογικό παράβολο για τον πρώτο. Επομένως, το δικαστήριο αποδέχθηκε τις ουσιώδεις δικονομικές ομοιότητες που υφίστανται μεταξύ των διοικητικών εν γένει διαφορών και των φορολογικών διαφορών.

Στη συνέχεια, το δικαστήριο αναφέρεται στις ιδιαιτερότητες που παρουσιάζουν οι φορολογικές διαφορές, οι οποίες έγκεινται στο ότι αποτελούν ιδιαίτερα αριθμητικά σημαντική κατηγορία διοικητικών διαφορών ουσίας, με μεγάλο οικονομικό αντικείμενο και παρατεταμένη εκκρεμότητα, με ιδιαίτερα μεγάλη σημασία, για την οικονομική και κοινωνική ζωή της χώρας και των πολιτών της, ιδίως σε μια κρίσιμη περίοδο όπως η παρούσα. Καταλήγει δε το δικαστήριο ότι η αμφισβητούμενη διάταξη θεσπίστηκε με πρώτο σκοπό δημοσίου συμφέροντος την μη άσκηση προπετών και αστήρικτων ένδικων βοηθημάτων και μέσων. Αυτός όμως ο πρώτος σκοπός ισχύει και για τις άλλες διοικητικές διαφορές ουσίας και δεν θα μπορούσε να αιτιολογήσει παρεκκλίσεις από την γενική αρχή της ισότητας. Για το λόγο αυτό το δικαστήριο χρησιμοποιεί ένα δεύτερο σκοπό δημοσίου συμφέροντος, το γεγονός ότι θεσπίστηκε η διάταξη για διαφορές που αφορούν την δημοσιονομική διαχείριση και την προστασία της εν γένει οικονομικής ζωής της χώρας, με συνέπεια

αρχή της ισότητας, ιδωμένη η ισότητα υπό το πρίσμα του μειωμένου παραβόλου που απαιτείται για τις λοιπές αιτήσεις αναίρεσως, ενόψει της φύσεως των διαφορών, στις οποίες αναφέρεται.

οι ρυθμίσεις που θέτει να μην συνιστούν μέσα απρόσφορα για την επίτευξη των σκοπών αυτών, και να μην αντίκεινται στη συνταγματική αρχή της ισότητας, ενόψει και της ευρείας διακριτικής εξουσίας που διαθέτει συναφώς ο νομοθέτης.

Το δικαστήριο φαίνεται να χρησιμοποιήσει τους ως άνω λόγους δημοσίου συμφέροντος, χρησιμοποιώντας ως διαλεκτικό κριτήριο εντοπισμού τους και τις ιδιαιτερότητες των φορολογικών διαφορών, ως λόγους που έρχονται να δικαιολογήσουν τις αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας, ως τρίτους-εξωτερικούς όρους και όχι προκειμένου να αλλοιώσει την δικονομική ομοιότητα των προσώπων ή των καταστάσεων, η οποία συνεχίζει να υφίσταται¹⁰⁷. Με αυτή την έννοια ο λόγος δημοσίου συμφέροντος παρουσιάζεται ως περιορισμός των περιορισμών της γενικής αρχής της ισότητας¹⁰⁸. Έχει υποστηριχθεί, πάντως, και η αντίθετη άποψη, σύμφωνα με την οποία το δημόσιο συμφέρον, συνδεδεμένο με την αρχή της ισότητας δεν αποτελεί έναν εξωτερικό όρο, αλλά, αντίθετα, «...εννοιολογικό γνώρισμα του ίδιου του περιεχομένου της. Υπ' αυτή την έννοια, η συνδρομή λόγων δημοσίου συμφέροντος δύναται να καθιστά δύο συγκρινόμενες περιστάσεις ή καταστάσεις ανόμοιες, οπότε ακριβώς κατ' επιταγή της ίδιας της αρχής της ισότητας απαιτείται η ανόμοια αντιμετώπισή τους»¹⁰⁹. Την ίδια άποψη έχει διατυπώσει και ο Μάνεσης, ο οποίος ασκώντας κριτική στην κατεστημένη νομολογία των δικαστηρίων της ελληνικής έννομης τάξης που αντιμετωπίζουν τον λόγο δημοσίου συμφέροντος ως δικαιολογώντας παρεκκλίσεις ή εξαιρέσεις από την αρχή της ισότητας, έγραψε ότι για κανέναν λόγο δημοσίου συμφέροντος δεν μπορούμε να δεχθούμε παρεκκλίσεις από την αρχή της ισότητας, αλλά θα πρέπει σ αυτήν την περίπτωση να θεωρούμε ότι η συνδρομή λόγων δημοσίου συμφέροντος αλλοιώνει και διαφοροποιεί τις συγκεκριμένες πραγματικές καταστάσεις και τις καθιστά διαφορετικές σε σχέση με άλλες, παρά το ότι αυτές δεν θα διέφεραν μεταξύ τους αν δεν συνέτρεχαν οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος¹¹⁰.

Πάντως, αξιωματικόν είναι, επίσης, ότι το δικαστήριο στο εσωτερικό του ελέγχου της αρχής της ισότητας, άσκησε και έλεγχο αναλογικότητας του

¹⁰⁷ Βλ. επί αυτού και τις σκέψεις του *A.MANITAKH*, Η συνταγματική αρχή της ισότητας και η έννοια του γενικού συμφέροντος, ΤοΣ, 1978, σ.433 επ.(444).

¹⁰⁸ Σ.*ΚΟΦΙΝΗΣ*, Ο Δικαστικός Έλεγχος Τήρησης της Αρχής της Ισότητας. Με αφορμή την ΣτΕ 583/2008, ΘΠΔΔ, 7/2008, σ.782 επ. (787).

¹⁰⁹ Χ. *ΦΑΤΟΥΡΟΥ*, Παρατηρήσεις στην ΑΕΔ 25/2012 (περίλ.), ΘΠΔΔ, 1/2013, σ.46 επ.(49).

¹¹⁰ *A.MANEΣΗΣ*, Η συνταγματική αρχή της ισότητας και η εφαρμογή της υπό των δικαστηρίων, in *A.MANEΣΗΣ*, Συνταγματική θεωρία και πράξη, Εκδοτικός Οίκος Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1989, σ.316 επ.(324-325).

επιδιωκόμενου σκοπού με τα προτεινόμενα μέτρα, παρά το ότι στην προηγούμενη σκέψη του είχε κρίνει την αναλογικότητα του ίδιου περιορισμού σε σχέση με το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, θέλοντας προφανώς να υποδείξει ότι ο σκοπός δημοσίου συμφέροντος, έρχεται ως περιορισμός των περιορισμών στην γενική αρχή της ισότητας, ως εξωτερικός όρος που θεμελιώνει τις διαπιστούμενες παρεκκλίσεις στην αρχή της ισότητας.

Το ερώτημα όμως παραμένει επιτακτικό· ο λόγος της υπευσσώρευσης των εκκρεμών φορολογικών υποθέσεων στα ΤΔΔ και η σύνδεση των υποθέσεων αυτών με την οικονομική ζωή της χώρας και την δημοσιονομική ισορροπία του κράτους μπορεί να αποτελέσει έναν λόγο δημοσίου συμφέροντος, που αφενός μεν βρίσκει επαρκές έρεισμα στις ισχύουσες συνταγματικές διατάξεις, αφετέρου μπορεί να θεμελιώσει παρεμβάσεις στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας, και, ιδίως, στην αρχή της ισότητας των διαδίκων;

Το δικαστήριο, εξάλλου, προσέδωσε με την πανηγυρική διατύπωσή του, ευρεία διακριτική ευχέρεια στον νομοθέτη σχετικά με τη δικονομική διαρρύθμιση των φορολογικών διαφορών και την τήρηση μέσα σ' αυτές, της αρχής της ισότητας, προαναγγέλλοντας, τον περιορισμένο δικαστικό έλεγχο συνταγματικότητας που εν τοις πράγμασι άσκησε.

Η απόφαση, όμως, δεν ασχολήθηκε με το καίριο, κατά τη γνώμη μας, ζήτημα, εάν το ύψος του παραβόλου σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση μπορεί να συνιστά υπέρμετρο περιορισμό που πλήττει την αρχή της αναλογικότητας, αν η οικονομική κατάσταση του προσφεύγοντος, η οποία ακόμη κι αν δεν εξικνείται έως του σημείου της ένδειας, είναι τέτοια, που να τον οδηγεί σε αδυναμία καταβολής του αναλογικού παραβόλου, οδηγώντας σε υπέρμετρο περιορισμό ή ακόμη και σε κατάλυση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας. Τέτοιο μάλιστα ερώτημα, πιο γενικευμένο, είχε τεθεί με την προδικαστική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, βάσει της οποίας επιλήφθηκε το ΣτΕ να κρίνει τη συνταγματικότητα της διάταξης, και συγκεκριμένα το δικαστήριο έθεσε το προδικαστικό ερώτημα, αν η υποχρέωση καταβολής αναλογικού παραβόλου, χωρίς καμία σύνδεση με την οικονομική κατάσταση του αιτούντος, είναι αντίθετη με τις διατάξεις των άρθρων 4 παρ.1, 20 παρ.1 και 25 παρ.1 του Συντάγματος, καθώς και με το άρθρο 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ. Το ΣτΕ απέρριψε τον εν λόγω ισχυρισμό, ως απαράδεκτο, χωρίς να τον εξετάσει στην

ουσία, με την αιτιολογία ότι δεν αποτελούσε πρόκριμμα της κύριας διαφοράς, καθώς η προσφεύγουσα της κύριας δίκης δεν είχε επικαλεστεί οικονομική αδυναμία¹¹¹.

Η ιδιαίτερη σχέση του ύψους του παραβόλου και εν γένει των δικαστικών δαπανημάτων με την δεδομένη οικονομική κατάσταση του προσφεύγοντος, έχει απασχολήσει ιδιαίτερα το ΕΔΑΔ. Το ΕΔΑΔ, έχει νομολογήσει ότι το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο δεν είναι απόλυτο, αλλά υπόκειται σε δικονομικούς περιορισμούς, συμφυείς με την άσκηση του δικαιώματος, που στοχεύουν κυρίως στην ορθή απονομή της δικαιοσύνης, για την επιβολή και την ερμηνεία των οποίων τα όργανα κάθε κράτους διαθέτουν ένα ευρύ περιθώριο εκτίμησης, υπό την διασφάλιση, όμως, του ελέγχου και της κρίσης του δικαστηρίου, για τον σεβασμό και την τήρηση των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται από τη Σύμβαση. Εξάλλου, οι περιορισμοί αυτοί δεν μπορούν να περιορίζουν το δικαίωμα δικαστικής προστασίας στον πυρήνα του, περαιτέρω, συμβιβάζονται με το άρθρο 6 § 1 της Σύμβασης, μόνο εάν επιδιώκουν έναν νόμιμο σκοπό και αν υπάρχει εύλογη σχέση αναλογικότητας μεταξύ των χρησιμοποιούμενων μέσων και του επιδιωκόμενου σκοπού¹¹². Στην ελληνική υπόθεση Γρυπαίος κατά Ελλάδα το ευρωπαϊκό δικαστήριο έκρινε ότι η υποχρέωση καταβολής παράβολου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού του ένδικου βοηθήματος, εξυπηρετεί τα συμφέροντα της νομικής ασφάλειας και της ορθής απονομής της δικαιοσύνης, αφού αποσκοπεί στο να αποθαρρύνει την καταχρηστική άσκηση ενδίκων μέσων ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων. Το δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό των προσφευγόντων περί παραβίασης του άρθρου 6 παρ.1 της Σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη, αφενός μεν το ιδιαίτερα μικρό ποσό του απαιτούμενου παραβόλου (ύψους 9 ευρώ), το οποίο δεν μπορούσε από τη φύση του να παρεμποδίσει το δικαίωμα ενός διοικούμενου να προσφύγει στη δικαιοσύνη, αφετέρου δε τη μη ύπαρξη δυσαναλογίας μεταξύ του ποσού του πληρωτέου παραβόλου και της οικονομικής κατάστασης του συγκεκριμένου προσφεύγοντος, όπως προέκυπτε από τα στοιχεία του φακέλου της υποθέσεως, που είχε στην διάθεσή του¹¹³.

¹¹¹ ΟλΣτΕ 761/2014, σκ.13.

¹¹² ΕΔΑΔ, Brualla Gómez de la Torre c. Espagne, 19.01.1997, (αριθμ.προς.155/1996/774/975), § 33, ΕΔΑΔ, Rodríguez Valín c. Espagne, 11.10.2001, (αριθμ.προς.47792/99), § 22.

¹¹³ ΕΔΑΔ, Φ. Γρυπαίος κατά Ελλάδα, 12.01.2006, (αριθμ.προς. 13404/2003), ΕΔΑΔ, Αικ. Τσέλικα – Σκούρτη κατά Ελλάδα, 28.05.2009, (αριθμ.προς. 44685/2007), &29.

Το ΕΔΑΔ αποδίδει ιδιαίτερη βαρύτητα στο κριτήριο της οικονομικής κατάστασης του αιτούντος για να κρίνει αν στη συγκεκριμένη περίπτωση υφίσταται προσβολή του θεμελιώδους δικαιώματος στην παροχή έννομης προστασίας. Συναφώς, κρίθηκε από το ΕΔΑΔ ότι « το ύψος των δικαστικών δαπανημάτων, αν είναι εύλογο και αναλογικό, εξαρτάται από τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης, συμπεριλαμβανομένων της οικονομικής κατάστασης του αιτούντος και το στάδιο της διαδικασίας επί της οποίας τίθεται ο περιορισμός, ώστε να κριθεί αν ο αιτών στερήθηκε το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο»¹¹⁴, καταλήγοντας, στη συγκεκριμένη υπόθεση, ότι το ποσό των δικαστικών δαπανημάτων αποτελούσε δυσανάλογο περιορισμό του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, με κριτήριο την οικονομική κατάσταση ενός κοινού διαδίκου, διότι αυτά αντιστοιχούσαν στο μέσο ετήσιο μισθό στην Πολωνία¹¹⁵. Και, ναι, μεν, το ΕΔΑΔ χρησιμοποίησε ως κριτήριο του ελέγχου του, τον τυπικό μέσο διάδικο, αλλά προέβη σε αυτή τη σκέψη και σύγκριση με την έμμεση αιτιολογία ότι η πραγματική οικονομική κατάσταση του συγκεκριμένου διαδίκου, μπορεί να εκτιμηθεί πρωταρχικά από το εθνικό δικαστήριο, που συλλέγει τις αποδείξεις και έχει στη διάθεσή του το φάκελο της υποθέσεως, το οποίο πρέπει να κρίνει πάντα με βάση την πραγματική οικονομική κατάσταση του διαδίκου και όχι την υποθετική¹¹⁶.

Με βάση την ανωτέρω νομολογία του ΕΔΑΔ, το αναλογικό παράβολο, ιδίως εάν προσεγγίζει το ποσό των 3.000,00 έως 10.000,00 ευρώ, μπορεί, συνδεδεμένο με την οικονομική κατάσταση κάθε συγκεκριμένου διαδίκου, και ενόψει της σύγχρονης οικονομικής συγκυρίας, όπου το εισόδημα των πολιτών έχει συρρικνωθεί, να αποδειχθεί ότι καθιστά ιδιαίτερος δυσχερή την πρόσβαση του διαδίκου στο δικαστήριο.

Το δεύτερο κριτήριο που υιοθετεί το ΕΔΑΔ για να κρίνει τη συμβατότητα των δικονομικών περιορισμών είναι το στάδιο της διαδικασίας που τέθηκε ο περιορισμός, ήτοι σε ποιο βαθμό δικαιοδοσίας τίθεται ο περιορισμός, τι δίκες διεξήχθησαν στην εσωτερική έννομη τάξη και ποιον σκοπό επιτελεί το συγκεκριμένο ένδικο βοήθημα. Έτσι, έκρινε ότι οι προϋποθέσεις του παραδεκτού της αιτήσεως αναίρεσεως μπορούν να είναι πιο αυστηρές, από ότι αυτές της εφέσεως¹¹⁷. Επομένως, για την ταυτότητα

¹¹⁴ ΕΔΑΔ, Kreuz κατά Πολωνίας, 19.06.2001, (αριθμ.προς.28249/1995), & 60.

¹¹⁵ ΕΔΑΔ, Kreuz κατά Πολωνίας, ό.π., & 61.

¹¹⁶ ΕΔΑΔ, Kreuz κατά Πολωνίας, ό.π., & 63-64.

¹¹⁷ ΕΔΑΔ, Brualla Gómez de la Torre c. Espagne, ό.π., § 37.

του νομικού λόγου, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού επί του πρώτου βαθμού θα πρέπει να είναι λιγότερο αυστηρές από αυτές του δεύτερου, και, συνεπώς, ο έλεγχος του δικαστή, ειδικά ως προς την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας, πιο εμβαθύς και αυστηρός.

Η διάταξη του άρθρου 45 παρ.3 του ν.3900/2010 προβλέπει ένα ιδιαίτερα υψηλό παράβολο στον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας, που έχει συνταγματική κατοχύρωση, σε αντίθεση με το δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας, που πρέπει να προβλέπεται στο νόμο¹¹⁸. Για το λόγο αυτό, ο εφαρμοστής, συνδυάζοντας ερμηνευτικά το υψηλό αυτό αναλογικό παράβολο κατά περίπτωση, και το γεγονός ότι προβλέπεται για τον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας¹¹⁹, καθώς και την εισοδηματική κατάσταση του μέσου τυπικού διαδίκου σήμερα και της διαδικασίας που απαιτείται το δαπάνημα αυτό, μπορεί να καταλήξει ότι με την πρόβλεψη αναλογικού παραβόλου για την παραδεκτή άσκηση της φορολογικής προσφυγής, επέρχεται προσβολή του δικαιώματος της δίκαιης δίκης της ΕΣΔΑ¹²⁰. Όπως τονίζεται στη θεωρία, η πρωτοβάθμια δίκη, αποτελεί την πρώτη χρονικά και την αμεσότερη έκφραση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας και ακροάσεως και θα πρέπει οι δικονομικές προϋποθέσεις που τίθενται για το δικαίωμα πρόσβασης στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο να είναι ιδιαίτερα ελαστικές, απλές και λιγότερο αυστηρές¹²¹ σε σχέση με αυτές των ένδικων μέσων, με συνέπεια να απαιτείται το ποσό του παραβόλου να προσδιορίζεται σε χαμηλό ποσό, ώστε ο διάδικος να προσέρχεται ακώλυτα στο δικαστήριο.

Το ΣτΕ ασκεί μεν συγκεκριμένο έλεγχο συνταγματικότητας, χαρακτηριστικό του οποίου είναι ότι η κρίση περί συνταγματικότητας εξαρτάται και προσδιορίζεται από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, και, επομένως, από την οικονομική κατάσταση του συγκεκριμένου διαδίκου¹²², δεδομένου όμως ότι η κρίση του ανώτατου δικαστή περί αντισυνταγματικότητας αναφέρεται στην ισχύ του κανόνα

¹¹⁸ Ο Δελλής διακρίνει την κρίση περί συνταγματικότητας του αναλογικού παραβόλου στο δεύτερο βαθμό με αυτή στον πρώτο, ενόψει της συνταγματικής κατοχύρωσης του πρώτου βαθμού δικαιοδοσίας, και απαιτεί έναν ενδεδειγμένο έλεγχο με βάση την αρχή της αναλογικότητας της ρύθμισης περί αναλογικού παραβόλου στον πρώτο βαθμό, *Γ.ΔΕΛΛΗΣ*, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π., σ.77.

¹¹⁹ Έτσι, *Χ.ΧΡΥΣΑΝΘΑΚΗΣ*, Οι νέες ρυθμίσεις για τη διοικητική δίκη, ό.π., σ.1321 επ.

¹²⁰ ΕΔΑΔ, Kreuz κατά Πολωνίας, ό.π., &59-60.

¹²⁰ ΕΔΑΔ, Kreuz κατά Πολωνίας, ό.π., &66.

¹²¹ *Χ.ΧΡΥΣΑΝΘΑΚΗΣ*, Η πρόσφατη μεταρρύθμιση στο καθεστώς εκδίκασης των διοικητικών διαφορών (Ν 3659/2008) – Πρακτικός Οδηγός, ΘΠΔΔ, 2008, σ.910 επ., *Α.ΠΑΠΑΠΑΝΑΓΙΩΤΟΥ-ΛΕΖΑ*, Οι προϋποθέσεις του παραδεκτού των ενδίκων βοηθημάτων και μέσων στη διοικητική δίκη υπό το πρίσμα του άρθρου 20 του Συντάγματος περί παροχής δικαστικής προστασίας και της αρχής της αναλογικότητας, ΔιΔικ, 1992, σ.90 επ.

¹²² Για τον συγκεκριμένο έλεγχο της συνταγματικότητας, βλ. *Β.ΜΠΟΥΚΟΥΒΑΛΑ*, Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία και ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, δ.δ, Θεσσαλονίκη 2012, σ.60 επ.

δικαίου και επιφέρει, παρά τον δηλωτικό χαρακτήρα του ελέγχου, ιδιαίτερες έννομες συνέπειες στην έννομη τάξη, το ανώτατο ακυρωτικό προσπαθεί κατά το δυνατόν και στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, να γενικεύσει την κρίση του¹²³, προσδοκώντας αυτή να εφαρμοστεί σε κάθε όμοια κατά τα ουσιώδη στοιχεία, συγκεκριμένη περίπτωση που θα εμφανιστεί στην έννομη τάξη. Παρατηρούμε, λοιπόν, ότι στην ως άνω απόφαση το ΣτΕ έκρινε ότι η ανώτατη οροφή των 10.000,00 ευρώ δεν είναι ιδιαίτερα υψηλή, χωρίς να συνδέσει την κρίση αυτή με την οικονομική κατάσταση του διαδίκου της δίκης ή του μέσου τυπικού διαδίκου, περαιτέρω, με άλλες αποφάσεις, το ΣτΕ εξαρτά το συνταγματικό ύψος του παραβόλου από τις κρατούσες οικονομικές συνθήκες και τις οικονομικές δυνατότητες του μέσου μη ενδεούς διαδίκου και κρίνει αντισυνταγματική την μη πρόβλεψη ανώτατης οροφής αναλογικού παραβόλου, ανεξαρτήτως του ύψους του παραβόλου που θα προέκυπτε σε κάθε διαφορά. Ο έλεγχος και οι κρίσεις αυτές είναι περισσότερο αφηρημένες και όχι συγκεκριμένες¹²⁴, καθώς δεν εξαρτώνται από την οικονομική κατάσταση του συγκεκριμένου διαδίκου ή το προσδιοριζόμενο ύψος του παραβόλου σε κάθε περίπτωση, ώστε να κριθεί συγκεκριμένα εάν το ύψος του παραβόλου για κάθε συγκεκριμένο διάδικο μπορεί να αποβαίνει δυσανάλογο ή ανάλογο. Τούτο παρατηρήθηκε στη μειοψηφία της απόφασης της ΟλΣτΕ 3470/1997, η οποία έκρινε ότι για να κριθεί αν η πρόβλεψη και το ύψος του παραβόλου συνιστά δυσανάλογο περιορισμό στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η συγκεκριμένη οικονομική κατάσταση του διαδίκου.

Ο κοινός δικαστής, επομένως, δικαιούται να ασκήσει έναν αυστηρότερο έλεγχο συμβατότητας της διάταξης με το δικαίωμα της δίκαιης δίκης που κατοχυρώνεται στο άρθρο 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, με κριτήριο την οικονομική κατάσταση του συγκεκριμένου διαδίκου, που άγει το ένδικο βοήθημα ενώπιον του, από ότι έναν έλεγχο συνταγματικότητάς της, αφενός μεν διότι το ΣτΕ έχει ήδη αποφανθεί σε Ολομέλεια και ο κατώτερος δικαστής δεσμεύεται τουλάχιστον ηθικοδικαικά από την κρίση αυτή, αφετέρου διότι η κρίση του δεν θα αφορά την ισχύ του νόμου αλλά την παραβίαση ενός δικαιώματος ή μη της Σύμβασης, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Με αυτή την έννοια ο έλεγχος συμβατότητας εξυπηρετεί έναν ιδιαίτερο σκοπό, δεν αποτελεί έναν έλεγχο ισχύος της διάταξης του νόμου, αλλά έναν έλεγχο εφαρμογής ή

¹²³ Βλ. *A.KALITZHI*, Η συμβολή των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων στην εξέλιξη του δικαστικού ελέγχου των νόμων στην Ελλάδα, *ΕφημΔΔ*, 2/2014, σ.208.

¹²⁴ *A.KALITZHI*, *ibidem*, σ.218.

μη των θεμελιωδών δικαιωμάτων των διαδίκων που κατοχυρώνονται από τη Σύμβαση, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Με βάση τα ανωτέρω, ο κοινός δικαστής λαμβάνοντας υπόψη την οικονομική κατάσταση του διαδίκου, όπως αυτή επικαλείται και αποδεικνύεται από τον ίδιο, και τη διαδικασία στην οποία επιβάλλεται το δαπάνημα αυτό, μπορεί να καταλήξει σε κρίση περί της αντισυμβατότητας της διάταξης στο δικαίωμα της δίκαιης δίκης σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση και να άρει το απαράδεκτο της άσκησης του ένδικου βοηθήματος, διασφαλίζοντας την αποτελεσματική έννομη προστασία του διαδίκου.

Το δεύτερο ζήτημα που δημιουργεί προβληματισμούς αναφορικά με το περιεχόμενο της διάταξης έγκειται στο ότι το δικαστήριο καταλογίζει το παράβολο που δεν καταβλήθηκε μέχρι το ποσό των 10.000,00 ευρώ με την απορριπτική του απόφαση, χωρίς να συνδέεται ο καταλογισμός ή μη του παραβόλου με την ήδη υφιστάμενη αρμοδιότητα του δικαστηρίου να επιστρέψει το παράβολο, ακόμη κι αν απορριφθεί το ένδικο βοήθημα ή μέσο, εκτιμώντας τις περιστάσεις, ήτοι κυρίως αν εκτιμήσει ότι η άσκηση του ένδικου βοηθήματος δεν κρίνεται αδικαιολόγητη και καταχρηστική. Με τη ρύθμιση αυτή αποκλείεται στο δικαστή ένας τέτοιος δικονομικός χειρισμός, ήτοι να μην καταλογίσει τελικώς το παράβολο, εκτιμώντας τις περιστάσεις, δεδομένου και του ότι διατηρεί την αρμοδιότητα να επιστρέψει το ποσό του παραβόλου, αν αυτό είχε προκαταβληθεί, εκτιμώντας τις περιστάσεις, ακόμη κι αν απορρίψει το ένδικο βοήθημα;

Περαιτέρω, το κανονιστικό περιεχόμενο της ρύθμισης φαίνεται να αλλοιώνει τον σκοπό της πρόβλεψης του παραβόλου, ήτοι την αποφυγή άσκησης προπετών και αστήρικτων ένδικων βοηθημάτων και μέσων, και δίνει την εντύπωση ότι θέλει να τιμωρήσει τον διάδικο, επειδή δεν ήταν σίγουρος πριν από την άσκηση του ένδικου βοηθήματος ότι θα κερδίσει την διαφορά. Αυτό όμως αποτελεί πρόσκομμα στην πρόσβαση στην δικαιοσύνη, εφόσον οι διάδικοι θα φοβούνται να ασκήσουν ένδικα βοηθήματα, ειδικά όταν υπάρχει κατεστημένη ή κρατούσα νομολογία, ειδικά του ανωτάτου δικαστηρίου, καθώς θα γνωρίζουν ότι θα χάσουν το ποσό του παραβόλου και θα επιρριφθεί συνάμα σε βάρος τους η δικαστική δαπάνη¹²⁵. Τιμωρούμε τον διάδικο, όχι γιατί άσκησε ένα προπετές ένδικο βοήθημα, αλλά ένα μη βάσιμο. Με

¹²⁵ βλ. Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ, Έλλειμμα δικαιοσύνης, στο Χαριστήριο εις Λουκά Θεοχαρόπουλο και Δ. Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου, τ. Ι., Εκδόσεις Σάκουλα, Θεσσαλονίκη 2009, σ.745 επ.(748).

αυτόν τον τρόπο αντιστρέφουμε τη λογική της πρόβλεψης του παραβόλου και εισάγουμε ρυθμίσεις που δυσχεραίνουν το δικαίωμα άσκησης δικαστικής προστασίας.

Κατά τη γνώμη μας, θα πρέπει ο καταλογισμός ή μη του υψηλού αυτού παραβόλου, να εξαρτάται όχι από την απόρριψη ή την αποδοχή του ένδικου βοηθήματος αλλά από το δικαιολογημένο ή μη της ασκήσεώς του, όταν η άσκηση δηλαδή του ένδικου βοηθήματος δεν κρίνεται προπετής από το δικαστήριο ή μη δικαιολογημένη, συνεκτιμώντας ο δικαστής τις ιδιαίτερες περιστάσεις της υπόθεσης, ήτοι το αντικείμενο της υποθέσεως που ήχθη ενώπιον του, τους λόγους που επικαλέστηκε ο διάδικος, την ύπαρξη ή μη νομολογίας επί των λόγων αυτών. Την ίδια θέση, άλλωστε, διατύπωσε και το ΣτΕ, σε προγενέστερες αποφάσεις του, όταν, κατά τον έλεγχο που άσκησε επί της μη πρόβλεψης οροφής στο αναλογικό παράβολο επί εφέσεως από αντίστοιχες διατάξεις, κατέληξε ότι η αντισυνταγματικότητα έγκειται και στο γεγονός ότι δεν προβλέπεται από την σχετική διάταξη ότι το ποσό του αναλογικού παραβόλου επιστρέφεται με την απόφαση του δικαστηρίου, όταν η άσκηση του ένδικου βοηθήματος δεν κρίνεται προπετής αλλά αντίθετα δικαιολογημένη¹²⁶. Επομένως, η διαφαινόμενη δέσμευση του δικαστηρίου να καταλογίσει το σχετικό ελλείπον παράβολο, παρά τη γενική διάταξη που του δίνει τη δυνατότητα, εκτιμώντας τις περιστάσεις, να επιστρέψει και στον ηττηθέντα διάδικο το καταβληθέν παράβολο, έρχεται σε αντίθεση με προγενέστερες αποφάσεις του ΣτΕ, οι οποίες έκριναν ότι η καταβολή του παραβόλου συνέχεται με το σκοπό της αποφυγής άσκησης προπετών ένδικων μέσων, και για το λόγο αυτό δύναται το δικαστήριο να διατάξει την επιστροφή του παρά την απόρριψη του ένδικου βοηθήματος, εκτιμώντας τις περιστάσεις, ή να το διπλασιάσει, αν το ασκούμενο ένδικο βοήθημα είναι προδήλως αβάσιμο ή απαράδεκτο¹²⁷. Η δε μειοψηφία της ΟλΣτΕ 3470/1997 (σκ.6) έκρινε πιο αυστηρά και πανηγυρικά ότι η κατάπτωση του παραβόλου λόγω της απόρριψης του ένδικου μέσου, αποσυνδέει την πρόβλεψή του με το σκοπό της άσκησης προπετών ενδίκων μέσων και δεν εξυπηρετεί τον εν λόγω σκοπό, αφού δεν συνέχεται με παρόμοια κρίση του δικαστηρίου, με συνέπεια η διάταξη που προβλέπει το παράβολο ως όρο του παραδεκτού να είναι αντισυνταγματική και για το λόγο αυτό. Ομοίως στην πλειοψηφική άποψη της ΟλΣτΕ

¹²⁶ ΣτΕ 204/2009, 1410, 644, 24/2005, ΟλΣτΕ 647/2004, ΟΛΕΣ 2006/2008, 3110/2010.

¹²⁷ ΣτΕ 1579/2008 (σκ.5).

647/2004 το δικαστήριο τόνισε ότι όταν το ύψος του παραβόλου υπερβαίνει ένα ανώτατο όριο (οροφή), το οποίο θα έπρεπε να καθορίζεται από το νομοθέτη, βάσει των εκάστοτε κρατουσών οικονομικών συνθηκών, ο περιορισμός του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, τον οποίο συνεπάγεται η θέσπιση υποχρέωσης καταβολής παραβόλου για την άσκηση εφέσεως, καθίσταται δυσανάλογος σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου, μάλιστα, ότι προβλέπεται η απόδοση του παραβόλου μόνο σε περίπτωση αποδοχής της εφέσεως, και όχι σε κάθε περίπτωση κατά την οποία, σύμφωνα με σχετική δικαστική κρίση, η ασκηθείσα έφεση δεν υπήρξε προδήλως απερίσκεπτη ή αστήρικτη. Μια τέτοια ή ανάλογη ρύθμιση θα ήταν έλλογη εφόσον σκοπός της καταβολής του παραβόλου θα οριζόταν η συμμετοχή του διαδίκου στα δικαστικά έξοδα που απαιτούνται για την οργάνωση των σχετικών δικών¹²⁸ ή αν το παράβολο αντιμετωπιζόταν ως φόρος ή τέλος, εκδοχή που έχει απορριφθεί από την κρατούσα θεωρία και νομολογία.

Όπως χαρακτηριστικά τονίζει ο Γώγος, «οι υπέρτερης τυπικής ισχύος εγγυήσεις του δικαιώματος δικαστικής προστασίας επιβάλλουν στον διοικητικό δικαστή, σε περιπτώσεις μεγάλων παραβόλων, τη συστηματική χρήση της δυνατότητας του πρώτου εδαφίου της 10^{ης} παρ. του άρθρου 277 ΚΔΔ, σύμφωνα με την οποία «το δικαστήριο μπορεί, εκτιμώντας τις περιστάσεις, να διατάξει την απόδοση του παραβόλου ακόμη και όταν απορρίπτεται το ένδικο βοήθημα ή μέσο»¹²⁹. Επομένως, η διάταξη χρήζει βελτιώσεων, όπως την πρόβλεψη της ρητής δυνατότητας του δικαστηρίου να καταλογίζει με την απόφασή του το ελλιπές παράβολο, μετά από εκτίμηση όλων των παραμέτρων της υποθέσεως, ήτοι την οικονομική κατάσταση του αιτούντος, το αστήρικτο του ένδικου βοηθήματος ή την καταχρηστική άσκησή του¹³⁰.

Τέλος, πέρα από την αντισυνταγματικότητα που προτάθηκε και εξετάστηκε αναφορικά με την ισότιμη μεταχείριση των διαδίκων των κοινών προσφυγών και

¹²⁸ Μία τέτοια άποψη διατυπώθηκε στη μειοψηφία της ΟλΣτΕ 647/2004, σκ.6.

¹²⁹ Κ.ΓΩΓΟΣ, Μέτρα του ν.3900/2010 για την επιτάχυνση της διοικητικής δίκης, Αναπτυγμένη μορφή της εισήγησης του συγγραφέα στην ημερίδα που διοργάνωσαν στις 10.2.2011 στη Θεσσαλονίκη ο Τομέας Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης του Τμήματος Νομικής ΑΠΘ και το ΚΔΕΟΔ και ο ΔΣΘ, με θέμα Οι μεταρρυθμίσεις στη διοικητική δικονομία με τους νόμους 3900/2010 και 3886/2010, σ.1-13(4) σε https://www.academia.edu/11053994/%CE%9C%CE%AD%CF%84%CF%81%CE%B1_%CF%84%CE%BF%CF%85_%CE%BD_3900_2010_%CE%B3%CE%B9%CE%B1_%CF%84%CE%B7%CE%BD_%CE%B5%CF%80%CE%B9%CF%84%CE%AC%CF%87%CF%85%CE%BD%CF%83%CE%B7_%CF%84%CE%B7%CF%82_%CE%B4%CE%B9%CE%BF%CE%B9%CE%BA%CE%B7%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%AE%CF%82_%CE%B4%CE%AF%CE%BA%CE%B7%CF%82 .

¹³⁰ ΟλΣτΕ (μειοψ) 3470/2007.

αυτών της φορολογικής προσφυγής, στη θεωρία αμφισβητείται η συνταγματικότητα της πρόβλεψης καταβολής αναλογικού παραβόλου για τον ιδιώτη διάδικο, έναντι της οικονομικής ατέλειας του Δημοσίου και των άλλων νπδδ¹³¹. Σε παλαιότερες αποφάσεις του ΣτΕ ο σχετικός λόγος περί ανισότητας μεταξύ του ιδιώτη διαδίκου και του Δημοσίου στο πλαίσιο της δίκης που διεξάγεται, λόγω της μη πρόβλεψης παραβόλου για το Δημόσιο, είχε απορριφθεί για το λόγο ότι σε περίπτωση απόρριψης του ένδικου βοηθήματος ή μέσου που άσκησε το τελευταίο, αυτό θα κατάπιπτε υπέρ του Δημοσίου, με συνέπεια η πρόβλεψη παραβόλου να μην έχει την σημασία που έχει για τον ιδιώτη διάδικο¹³². Αυτή όμως η επιχειρηματολογία μπορεί να αποκρουστεί με την σκέψη ότι θα μπορούσε να προβλεφθεί από το νόμο πως το ποσό του παραβόλου μπορεί να καταπίπτει υπέρ των λειτουργικών αναγκών των δικαστηρίων και όχι υπέρ του Δημοσίου.

Αμφιλεγόμενο παραμένει αν ο ιδιώτης διάδικος και το Ελληνικό Δημόσιο προσέρχονται ενώπιον του δικαστηρίου ως ισότιμοι φορείς του δικαιώματος δικαστικής προστασίας¹³³ ή αντίθετα τελούν εξ ορισμού σε σχέση ανομοιότητας-ανισότητας, ενόψει των προνομίων της δημόσιας εξουσίας που το Δημόσιο απολαμβάνει. Το ζήτημα αυτό είχε απασχολήσει παλαιότερα την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας, η οποία δέχθηκε – κατά πλειοψηφία – με την υπ’ αριθμόν 647/2004 απόφασή της ότι η υποχρέωση μόνο του ιδιώτη διαδίκου σε καταβολή αναλογικού παραβόλου εφέσεως δεν παραβιάζει το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος, διότι η ιδιομορφία της διοικητικής δίκης συνίσταται στο ότι κινείται με πρωτοβουλία του ιδιώτη διαδίκου, στρέφεται όμως κατά διοικητικής πράξεως η οποία είναι εξοπλισμένη με το τεκμήριο της νομιμότητας. Εφόσον, λοιπόν κατά την άποψη αυτή, οι διάδικοι δε βρίσκονται στην ίδια ακριβώς δικονομική θέση, είναι δικαιολογημένη η επιβάρυνση του διαδίκου εκείνου, ο οποίος θέτει υπό αμφισβήτηση την καταρχήν υφιστάμενη νομιμότητα. Ουσιαστικά αυτή η άποψη εκκινεί από την προαποδοχή ότι το Δημόσιο και ως διάδικος εξοπλίζεται με το προνόμιο της δημόσιας εξουσίας, και, επομένως εξ ορισμού τίθεται σε θέση ανισότητας με τους

¹³¹ Γ.ΔΕΛΛΗΣ, Η διοικητική δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, ό.π.,σ.208-209, Κ.ΓΙΑΝΝΟΠΟΥΛΟΣ, Η αντισυνταγματικότητα της διάταξης για την εκ μέρους του ιδιώτη διαδίκου καταβολή του παραβόλου της έφεσης, ΔιΔικ, 2004, σ.878 επ.(886). Για πρόβλεψη παραβόλου και από την πλευρά του Δημοσίου θετικός ο Β.ΑΝΔΡΟΥΛΑΚΗΣ, Η επίκαιρη παροχή δικαστικής προστασίας ό.π., σ.24.

¹³² ΣτΕ 3653/1981.

¹³³ ΟλΣτΕ 2807/2002, ΟλΣτΕ 1476/2004.

ιδιώτες, με συνέπεια η διαφορετική δικονομική μεταχείριση του να μην συνιστά *a priori* προνομιακή μεταχείριση¹³⁴.

Θα πρέπει όμως να αναρωτηθούμε αν τα προνόμια της δημόσιας εξουσίας μπορούν να διαφοροποιούν το Δημόσιο ως διάδικο, στο πλέγμα των αμιγώς δικονομικών ρυθμίσεων και όχι στο πλαίσιο ουσιαστικών ρυθμίσεων που εφαρμόζονται στη δίκη. Άλλη επιρροή πρέπει να έχει η άσκηση δημόσιας εξουσίας εκ μέρους του Δημοσίου στη συνταγματικότητα μίας ουσιαστικής ρύθμισης, και άλλη σε μία αμιγώς δικονομική, όπου το Δημόσιο αντιμετωπίζεται ως διάδικος που ενάγει και ενάγεται, με σκοπό την παροχή δικαστικής προστασίας και την απονομή της δικαιοσύνης¹³⁵.

Εξάλλου, πρέπει να αναρωτηθούμε αν η ισότητα των διαδίκων πρέπει να εκληφθεί περισσότερο ως αριθμητική-τυπική, παρά ως αναλογική, και αν θα πρέπει να εξαρτάται η εφαρμογή της, από το ουσιαστικό δικαίωμα που πλήττεται ή από τη θέση και τα χαρακτηριστικά του διαδίκου στο πεδίο του ουσιαστικού δικαίου¹³⁶.

¹³⁴ *A. ΚΑΙΛΑΤΖΗΣ*, Και πάλι ενώπιον του ΑΕΔ: Το ζήτημα της διετούς παραγραφής των αξιώσεων υπαλλήλων του Δημοσίου και η αρχή της ισότητας, Σχόλιο στην ΟλΣτΕ 953/2011, ΕφημΔΔ, 2/2011, σ.190 επ.(194), του *ιδίου*, Απονομοποίηση του νόμου και δικαστικός έλεγχος. Περί τοκοφορίας και λοιπών «προνομίων» του Δημοσίου, με αφορμή την ΑΕΔ 7/2011, ΕφημΔΔ, 5/2011, σ.729 επ. (737-738). Για τον Καϊδατζή το κράτος ως φορέας δημόσιας εξουσίας βρίσκεται σε σχέση ανισότητας με τον ιδιώτη, ώστε να μην βρίσκει εφαρμογή η αρχή της αναλογικής ισότητας ακόμη και στις αμιγώς δικονομικές καταστάσεις, βλ.Σχόλιο στην ΑΕΔ 25/2012, Αρμ.2013, σ.346 επ.(348). Εντούτοις, πρέπει να κάνουμε τη διάκριση μεταξύ συνταγματικότητας δικονομικής και ουσιαστικής διάταξης που θεσπίζει προνομιακή μεταχείριση υπέρ του Δημοσίου, καθώς στη δίκη το Δημόσιο δεν προσέρχεται ως φορέας δημόσιας εξουσίας, αλλά ως διάδικος.

¹³⁵ Αυτή η διαφοροποίηση καθίσταται ιδιαίτερα αντιληπτή στο πλαίσιο της αποφάσεως ΟλΣτΕ 1663/2009, ΔιΔικ, 2010, σ.527, όπου, η πλειοψηφία έκρινε ότι «με το άρθρο 4 παρ.1 του Συντάγματος, δεν καθιερώνεται, κατ' αρχήν, ισότητα μεταξύ ιδιωτών και του Δημοσίου, όταν τα όργανα του τελευταίου εκδίδουν πράξεις κατ' ενάσκηση δημόσιας εξουσίας. Η διάταξη όμως αυτή έχει πεδίο εφαρμογής και σε σχέσεις δημοσίου δικαίου, αν το Δημόσιο εξοπλίζεται αδικαιολόγητα, έναντι των ιδιωτών, με προνόμια δικονομικού περιεχομένου ή αν, με συγκεκριμένη ουσιαστικού περιεχομένου ρύθμιση, που δεν ανάγεται στην άσκηση δημόσιας εξουσίας από τα όργανα του Δημοσίου, θεσπίζεται υπέρ αυτού έναντι των ιδιωτών αδικαιολόγητη προνομιακή μεταχείριση, χωρίς να συντρέχει προς τούτο λόγος δημοσίου συμφέροντος». Η πλειοψηφία του δικαστηρίου κατέληξε δηλαδή ότι στο πεδίο των δικονομικών ρυθμίσεων, όπου το Δημόσιο αντιμετωπίζεται ως διάδικος, έχει πεδίο εφαρμογής η αρχή της ισότητας, σε αντίθεση με τις ουσιαστικές ρυθμίσεις, όπου υπάρχει εγγενής ανισότητα, όταν και εάν ασκείται από το Δημόσιο, δημόσια εξουσία. Αντίθετα κατά την μειοψηφία της αποφάσεως, «δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης της κατοχυρούμενης από το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος αρχής της ισότητας, εξ αιτίας της διαφοροποίησης μεταξύ του επιτοκίου, νόμιμου και υπερημερίας, για τις οφειλές του Δημοσίου τις προκύπτουσες από την άσκηση της δημόσιας εξουσίας και του αντίστοιχου επιτοκίου για τις οφειλές των ιδιωτών, καθόσον δεν υπάρχει, στην περίπτωση αυτή, πεδίο εφαρμογής του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος. Και τούτο διότι, εν όψει του ότι η διάταξη αυτή κατοχυρώνει τη μεταξύ των Ελλήνων ισότητα ενώπιον του νόμου, το Δημόσιο και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, τα οποία, άλλωστε, ως φορείς δημόσιας εξουσίας και κατά την άσκηση της εξουσίας αυτής δεν τελούν σε σχέση ισότητας με τους ιδιώτες, όχι μόνο δεν είναι υποκείμενα του ατομικού δικαιώματος της ισότητας, αλλά, αντιθέτως, είναι οι αποδέκτες της συνταγματικής επιταγής για ίση μεταχείριση των Ελλήνων η δικονομική δε διάταξη, με την οποία, κατά παράβαση της αρχής της ισότητας των όπλων, θεσπίζεται προνομιακή υπέρ του Δημοσίου μεταχείριση, δεν προσκρούει στο άρθρο 4 παρ. 1, αλλά στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος». Η μειοψηφία δηλαδή ουσιαστικά αντιμετωπίζει το Δημόσιο ως φορέα δημόσιας εξουσίας και στο πεδίο της ιδιότητας του διαδίκου, και στο πλαίσιο αμιγώς δικονομικών ρυθμίσεων.

¹³⁶ *N. ΝΙΚΑΣ*, Η αρχή της ισότητας των όπλων και τα διαδικαστικά προνόμια του Δημοσίου στην πολιτική δίκη, σ.15 επ.(19). Πρακτικά του δημοσίου επιστημονικού διαλόγου που διοργάνωσε η «Κίνηση Πολιτών για μια Ανοικτή Κοινωνία», με τίτλο «Τα Προνόμια του Δημοσίου στο Κράτος Δικαίου», Εθνική Σχολή Δικαστών, Θεσσαλονίκη 20 Οκτωβρίου 2003, σελ. 15 επ., σε <http://www.kinisipoliton.gr/UserFiles/File/justice/justice2.pdf>.

Ειδικά στο πεδίο της άσκησης εφέσεως, η θεωρία επισημαίνει ότι το προαναφερόμενο επιχείρημα της 647/2004 αποφάσεως του ΣτΕ, παραβλέπει ότι στο δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας, το Δημόσιο είναι εκείνο που αμφισβητεί την ορθότητα της πρωτόδικης αποφάσεως την οποία εκκαλεί, το δε τεκμήριο της νομιμότητας της επίδικης διοικητικής πράξεως έχει ήδη καταρριφθεί, καθώς η εκκαλούμενη δικαστική απόφαση έχει ήδη κρίνει ότι η διοικητική πράξη είναι παράνομη¹³⁷. Το Δημόσιο όταν ασκεί έφεση, δεν διαφέρει από τον ιδιώτη, καθώς εκκινεί την παροχή έννομης προστασίας και ξεκινά το δικαστικό μηχανισμό, και συντρέχει και για αυτό ο δικαιολογητικός λόγος της πρόβλεψης του παραβόλου, προκειμένου να αποφευχθεί η άσκηση εκ μέρους του, προπετών ενδίκων μέσων¹³⁸. Τέλος, ακόμη κι όταν πρόκειται για την άσκηση του ένδικου βοηθήματος εκ μέρους του Δημοσίου, το τεκμήριο νομιμότητας και οι απορρέουσες από αυτό διευρυμένες εξουσίες του Δημοσίου να εκτελέσει άμεσα την πράξη χρησιμοποιώντας τα μέσα του διοικητικού καταναγκασμού δεν αποκλείουν αλλά αντίθετα επιτάσσουν την πρόβλεψη καταβολής παραβόλου και για το Δημόσιο.

Ποιες θα ήταν οι έννομες συνέπειες της κρίσης του δικαστηρίου περί αντισυνταγματικότητας της πρόβλεψης καταβολής παραβόλου μόνο για τον ιδιώτη διάδικο και όχι για το Δημόσιο; Θα εφαρμοζόταν οι σχετικές διατάξεις περί απαλλαγής του Δημοσίου από την υποχρέωση καταβολής του παραβόλου και υπέρ του ιδιώτη διαδίκου ή θα έκρινε το δικαστήριο ότι δεν δικαιούται να επεκτείνει την ευμενή ρύθμιση και σ' αυτόν, περιοριζόμενο να διατυπώσει με σκέψη *obiter dicta* στην απόφασή του, ότι υποχρεούται και το Δημόσιο στην καταβολή παραβόλου; Κατά την άποψή μας, σε περίπτωση αντισυνταγματικότητας με κανόνα αναφοράς την αρχή της δικονομικής ισότητας, ο δικαστής δικαιούται να επεκτείνει την ρύθμιση περί απαλλαγής του Δημοσίου από την καταβολή παραβόλου, σε όφελος και του ιδιώτη διαδίκου, με βάση τον κανόνα *in dubio pro libertate*, εν αμφιβολία υπέρ της ελευθερίας και της επέκτασης ενός δικαιώματος¹³⁹.

¹³⁷ Β.ΚΑΡΑΚΩΣΤΑΣ, Αντισυνταγματικότητα των περί αναλογικού παραβόλου διατάξεων– Με αφορμή την απόφαση Ολομέλειας ΣτΕ 647/2004, Δ, 2005, σ.108 επ, και σε <http://kostasbeys.gr/articles.php?s=5&mid=&mnu=0&id=20381&keyw=%CA%E1%F1%DC%EA%F9%F3%F4%E1%F2&sr=search&pg=>

¹³⁸ Χ.ΛΕΤΣΑΡΙΑΔΗΣ, Παρατηρήσεις στην ΔΕφΑθ 1891/2011, ΔιΔικ, 1/2013, σ.65 επ.(66).

¹³⁹ Κ.ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, Εκδόσεις Σάκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σ.321.

Παρά τις ανωτέρω επισημάνσεις, πρέπει να τονίσουμε ότι η διάταξη αυτή μπορεί να θεωρηθεί επιτυχής, υπό την έννοια ότι το ανώτατο όριο του παραβόλου δεν τίθεται ως προϋπόθεση του παραδεκτού, πριν από την συζήτηση, με συνέπεια αν ο διάδικος να αδυνατεί να το καταβάλλει να απολλύει το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστήριο κατά παράβαση του άρθρου 20 παρ.1 του Συντάγματος και 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, αλλά καταλογίζεται εκ των υστέρων σε περίπτωση που «χάσει τη δίκη»¹⁴⁰.

& Η πρόβλεψη της καταβολής του 50% του οφειλόμενου φόρου σύμφωνα με την πρωτόδικη απόφαση μέχρι την ημερομηνία της δικασίμου για την παραδεκτή άσκηση της εφέσεως, εκτός αν έχει χορηγηθεί αναστολή σύμφωνα με το άρθρο 209Α

Σύμφωνα με το άρθρο 22 του ν.3900/2010, με το οποίο προστέθηκε τρίτη παράγραφος στο άρθρο 93 του ΚΔΔ, για την παραδεκτή άσκηση της εφέσεως κατά αποφάσεως διοικητικού δικαστηρίου, σε υπόθεση φορολογική ή τελωνειακή, επιπλέον του παραβόλου, ο εκκαλών οφείλει να καταβάλλει το 50% του οφειλομένου φόρου, σύμφωνα με την πρωτόδικη απόφαση, έως το χρόνο της αρχικώς προσδιοριζόμενης ημερομηνίας δικασίμου της υπόθεσης, εφόσον δεν έχει λάβει αναστολή εκτέλεση της απόφασης¹⁴¹.

Η ως άνω διάταξη κρίθηκε συνταγματική με την υπ' αριθμόν 1612/2012 απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ. Το δικαστήριο, αφού διαπίστωσε, κατ'αναλογία με την νομολογία του ΕΔΑΔ¹⁴², ότι, ναι, μεν, στο άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος, δεν κατοχυρώνεται ο δεύτερος βαθμός δικαιοδοσίας, αλλά εφόσον θεσπίζεται ένδικο μέσο από τον νομοθέτη, ισχύουν κατά την άσκηση και εκδίκασή του, οι ίδιες

¹⁴⁰ Με αυτή την έννοια αλλά με την αντίστροφη λογική, *Α.ΠΡΕΖΑΣ*, Η αντισυνταγματικότητα των διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας για το αναλογικό παράβολο εφέσεως σε φορολογικές υποθέσεις, ΔΦΝ, 2006, σ.663 επ.(666).

¹⁴¹ Με την 1703/2014 απόφαση του Β' Τμήματος του ΣτΕ κρίθηκε, με σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των σχετικών διατάξεων, ότι το δικαστήριο, αν δεν έχει καταβληθεί το ποσό του 50% του οφειλόμενου φόρου ή το ποσό του αναλογικού παραβόλου, οφείλει να εφαρμόσει το άρθρο 139^Α του ΚΔΔ, ήτοι να καλέσει τον διάδικο να συμπληρώσει τις τυπικές παραλείψεις, μεταξύ των οποίων, συμπεριλαμβάνεται και η καταβολή των ανωτέρω ποσών, άλλως το ένδικο μέσο δεν απορρίπτεται άνευ ετέρου ως απαράδεκτο. Όμως, με την ΣτΕ 3832/2014 (σκ.12) κρίθηκε ότι όταν είναι προφανές ότι η υπόθεση εμπίπτει στις διαφορές αυτές, ο εκκαλών οφείλει να τηρήσει πλήρως τις σχετικές υποχρεώσεις του. Όταν, όμως, αυτό δεν είναι προφανές, όπως επί ατελούς διατυπώσεως του νόμου και ελλείψεως σχετικής νομολογίας, που έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία ευλόγων αμφιβολιών στον εκκαλούντα που δεν έχει τηρήσει τις σχετικές υποχρεώσεις, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο που επιλαμβάνεται της εφέσεως και καταλήγει ερμηνευτικά στο αντίθετο συμπέρασμα οφείλει, εν όψει των προαναφερθέντων άρθρων 20 παρ.1 και 25 παρ.1 του Συντάγματος και 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, να μην απορρίψει την έφεση ως απαράδεκτη, αλλά να τον καλέσει να τις τηρήσει μέσα σε εύλογη προθεσμία κατ' εφαρμογή του άρθρου 139Α του ΚΔΔ ή και με την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως. Η νομολογία αυτή επιβεβαιώθηκε με την ΣτΕ 201/2015 εν Συμβουλίω, όπου πανηγυρικά διατυπώθηκε ότι στις φορολογικές διαφορές δεν έχει εφαρμογή το άρθρο 139^Α του ΚΔΔ.

¹⁴² ΕΔΑΔ, Ευσταθίου κατά Ελλάδας, 27.07.2006, (αριθμ.προσ.36998/02), & 25, ΕΔΑΔ, Garcia Manibardo κατά Ισπανίας, 15.02.2000, (αριθμ.προσ.38695/1997), & 39.

διαδικαστικές εγγυήσεις, όπως και στον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας, παράθεσε την πάγια νομολογία του, σχετικά με την δυνατότητα και τις προϋποθέσεις επιβολής δικονομικών περιορισμών στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας από τον νομοθέτη.

Κατόπιν, στη μείζονα πρόταση του δικανικού του συλλογισμού, το δικαστήριο αναφέρθηκε αφηγηματικά στην εκτελεστότητα των οριστικών αποφάσεων των πρωτοβάθμιων διοικητικών δικαστηρίων σύμφωνα με το άρθρο 74 παρ. 1 του ΚΦΕ, οι οποίες αποτελούν τίτλο βεβαιώσεως για την άμεση είσπραξη του φόρου. Στη συνέχεια, αφού έλαβε υπόψη του, τον σκοπό δημοσίου συμφέροντος που επιδιώκει η επίμαχη ρύθμιση, δηλαδή την ανάγκη άμβλυνσης των δυσμενών για το Δημόσιο συνεπειών από τη διατήρηση επί μακρό χρονικό διάστημα δικαστικών εκκρεμοτήτων στις φορολογικές υποθέσεις, και την αποτροπή άσκησης προπετών ενδίκων μέσων με μόνο σκοπό την καθυστέρηση στην εκπλήρωση των φορολογικών υποχρεώσεων των πολιτών, με συνέπεια την υπερφόρτωση των Δικαστηρίων και την δυσχέρεια στην απονομή της Δικαιοσύνης, έκρινε κατά πλειοψηφία ότι η εν λόγω δικονομική ρύθμιση δεν παραβιάζει το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, δεδομένου ότι, αφενός μεν αφορά σε υποθέσεις για τις οποίες έχει ήδη εξενεχθεί πρωτοβάθμια δικαστική κρίση, αφετέρου παρέχεται η δυνατότητα αναστολής εκτελέσεως της πρωτόδικης απόφασης, εάν το ένδικο μέσο της εφέσεως κρίνεται προδήλως βάσιμο. Για τους ως άνω λόγους, η επίμαχη ρύθμιση κρίθηκε ότι δεν τελεί σε δυσαναλογία σε σχέση με τους επιδιωκόμενους από το νόμο σκοπούς δημοσίου συμφέροντος.

Το δικαστήριο ρητά αναφέρει ότι η επίμαχη διάταξη με την οποία προβλέφθηκε η καταβολή ποσοστού του οφειλόμενου φόρου, ως όρος του παραδεκτού της εφέσεως, θεσπίστηκε με σκοπό την αποφυγή άσκησης προπετών ενδίκων μέσων από τους φορολογουμένους. Καταρχήν, να σημειωθεί, ότι στην οικεία αιτιολογική έκθεση του νόμου, επί του σχετικού άρθρου, δεν αναφέρεται τέτοιος σκοπός, αλλά απλά ο νομοθέτης δικαιολογεί τον επίμαχο περιορισμό με μόνο σκοπό την ανάγκη άμβλυνσης των δυσμενών για το Δημόσιο συνεπειών από τη διατήρηση επί μακρό χρονικό διάστημα δικαστικών εκκρεμοτήτων στις φορολογικές υποθέσεις και την μη παράταση επί μακρόν στις φορολογικές υποθέσεις της είσπραξης των φορολογικών εσόδων. Περαιτέρω, προβάλλει εύλογο το ερώτημα αν μπορεί κανείς να υποστηρίξει βάσιμα ότι αυτή η προϋπόθεση του παραδεκτού τέθηκε με σκοπό την αποτροπή άσκησης προπετών ενδίκων μέσων, όταν στις διατάξεις του ν.3900/2010

δεν υπάρχει καμία ρύθμιση που να μεριμνά για την αποφυγή άσκησης εκ μέρους του Δημοσίου προπετών ενδίκων μέσων, το οποίο εκκαλεί παγίως τις αποφάσεις των πρωτοβάθμιων διοικητικών δικαστηρίων παρά το ότι εφαρμόζουν πάγια νομολογία; Ακόμη, κι αν δεχθούμε ότι ο κοινός νομοθέτης, αν και δεν το δήλωσε ρητά και απερίφραστα, με την επίμαχη ρύθμιση επιδιώκει αυτόν τον σκοπό δημοσίου συμφέροντος, γιατί άραγε αισθάνθηκε την ανάγκη να επιβάλλει έναν ακόμη οικονομικό περιορισμό στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας του ιδιώτη διαδίκου, εφόσον ο σκοπός της αποφυγής άσκησης των προπετών και αστήρικτων ένδικων μέσων επί των φορολογικών διαφορών, ήδη διασφαλίζεται με την πρόβλεψη του αναλογικού παραβόλου επί εφέσεως, και, τελικά, το δικαστήριο, μήπως έπρεπε να κρίνει την αναλογικότητα αυτού του περιορισμού, λαμβάνοντας υπόψη ότι ήδη προβλέπεται ένας πρώτος περιορισμός για την ικανοποίηση του ίδιου σκοπού δημοσίου συμφέροντος;

Περαιτέρω, ο κοινός νομοθέτης μπορεί να συνδέσει το παραδεκτό της έφεσης, όχι με αμιγώς δικονομικές προϋποθέσεις αλλά με ουσιαστικές, όπως είναι η υποχρέωση καταβολής ποσοστού επί του οφειλόμενου φόρου¹⁴³;

Στην ουσία, όπως διαφαίνεται από την ανάγνωση της αιτιολογικής έκθεσης του νόμου, επί του σχετικού άρθρου, σκοπός του νόμου δεν είναι η αποφυγή άσκησης αστήρικτων ένδικων μέσων αλλά η άμεση είσπραξη των φορολογικών εσόδων, μέσω της υποχρεωτικής και αυτόβουλης συμμόρφωσης του φορολογουμένου στην εκπλήρωση της φορολογικής υποχρέωσης, χωρίς να αναγκαστεί η διοίκηση να κινήσει τον βραδυκίνητο διοικητικό μηχανισμό της εκτέλεσης του χρέους.

Η μειωσιμότητα που διατυπώθηκε στην απόφαση παρέθεσε ιδιαίτερα και σημαντικά αντίθετα επιχειρήματα. Καταρχήν, η μειωσιμότητα εκδοχή τόνισε ότι ο όρος του παραδεκτού της εφέσεως, της καταβολής του 50% του οφειλόμενου φόρου, σύμφωνα με την πρωτόδικη απόφαση, χωρίς να υπάρχει στο νόμο ανώτατο όριο ποσού, έρχεται σε αντίθεση με το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, διότι σύμφωνα με την πάγια μέχρι την έκδοση της απόφασης νομολογία του δικαστηρίου, μπορεί να επιφέρει, αναλόγως του ύψους του ποσού, τέτοια οικονομική επιβάρυνση στο

¹⁴³ Ο Χρυσόγονος θεωρεί ότι οι περιορισμοί του νομοθέτη στο δικαίωμα δικαστικής προστασίας πρέπει να έχουν αμιγώς δικονομικό περιεχόμενο και να μην τίθενται με αυτές ουσιαστικές προϋποθέσεις, διότι οι τελευταίες θα συνιστούσαν αντισυνταγματική παρεμπόδιση στη δικαιοσύνη, βλ. *Κ.ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ*, Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα, ό.π., σ.421.

διάδικο, που να δυσχεραίνει δυσανάλογα την άσκηση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας στο δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας¹⁴⁴.

Η μειοψηφία επισήμανε ότι σκοπός του νόμου με την οικεία ρύθμιση είναι η άμεση εκπλήρωση των φορολογικών υποχρεώσεων των πολιτών, και, δη, ο νόμος αποσκοπεί στην εθελούσια συμμόρφωση του διοικουμένου, προκειμένου να μην ενεργοποιηθεί ο διοικητικός καταναγκασμός¹⁴⁵. Αυτός όμως ο σκοπός, κατά τη μειοψηφία, δεν μπορεί να συνδέεται με την παραδεκτή άσκηση ενός ένδικου μέσου, καθώς δεν συνάπτεται με την οργάνωση και λειτουργία των δικαστηρίων και την απονομή της δικαιοσύνης, όπως απαιτεί το άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος. Κατά τη μειοψηφία, δηλαδή, το άρθρο 20 παρ.1 του Συντάγματος θέτει μία ειδική επιφύλαξη υπέρ του νόμου¹⁴⁶, περιορίζοντας τον νομοθέτη, αφενός μεν να θεσπίζει μόνο δικονομικές και όχι ουσιαστικές προϋποθέσεις άσκησης και εκδίκασης των ένδικων βοηθημάτων και μέσων¹⁴⁷, αφετέρου οι προϋποθέσεις που θέτει πρέπει να επιβάλλονται με μόνο σκοπό δημοσίου συμφέροντος την οργάνωση και λειτουργία των δικαστηρίων και την απονομή της δικαιοσύνης¹⁴⁸.

Επιπλέον, η μειοψηφούσα άποψη τονίζει εύστοχα ότι δεν μπορεί ο νομοθέτης να συνδέσει την εκπλήρωση της φορολογικής υποχρέωσης με τις προϋποθέσεις του παραδεκτού της άσκησης ενός ένδικου μέσου, με το οποίο βάλλεται η ίδια η νομική και ουσιαστική βασιμότητα της υποχρέωσης που ζητά ο νόμος από το διάδικο να εκτελέσει αυτοβούλως. Διακρίνει επίσης το δικαστήριο το στάδιο της εκτέλεσης της πρωτόδικης απόφασης, η οποία, εφόσον κατά το νόμο, αποτελεί τίτλο βεβαίωσης του φόρου μπορεί να εκτελεστεί από τη διοίκηση, από την δικαστική αμφισβήτηση της ίδιας της φορολογικής υποχρέωσης που προκαλείται με την άσκηση του ένδικου μέσου. Περαιτέρω, κατά την άποψη της μειοψηφίας, η νομοθετική αυτή πρόβλεψη καθιστά το εν λόγω θεσπιζόμενο δικονομικό απαράδεκτο αντίθετο και με την αρχή της αναλογικότητας, αφού η ταμειακή αρχή έχει στη διάθεση της και άλλο, κατ'

¹⁴⁴ Έτσι, *Χ.ΔΕΤΣΑΡΙΑΗΣ*, Η καταβολή ποσοστού 50% του ποσού εκκρεμοδικίας, ό.π., σ.1052.

¹⁴⁵ *Γ.ΠΙΤΣΙΑΗΣ*, Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 1619/2012, ΔΕΕ, 2012, σ.510 επ.(511).

¹⁴⁶ *Ν.ΣΟΛΕΝΤΑΚΗΣ*, Προβληματισμοί από τον Ν. 3900/2010, ό.π., σ.92 επ., *Γ.ΠΙΤΣΙΑΗΣ*, Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 1619/2012, ΔΕΕ, 2012, σ.510 επ (511) επ., *Χ.ΧΡΥΣΑΝΘΑΚΗΣ*, Οι νέες ρυθμίσεις για τη διοικητική δίκη, ό.π., σ.1325.

¹⁴⁷ Βλ. Τις παρατηρήσεις του Π. Πανταζόπουλου στην ΟΛΣτΕ 1619/2012, ΘΠΔΔ, 4-5/2012, σ.342 επ.

¹⁴⁸ Στην μειοψηφία της αποφάσεως ΣτΕ 3407/1988, Διδικ, 1989, σ.200, το δικαστήριο έχοντας να ελέγξει τη συνταγματικότητα της πρόβλεψης για το παραδεκτό της αναστολής κατά πράξεως της διοικητικής εκτέλεσης, της προκαταβολής του 1/3 του οφειλομένου χρέους, έκρινε ότι η πρόβλεψη του νόμου δεν συνδέεται με την λειτουργία των δικαστηρίων, ούτε με την απονομή δικαιοσύνης, και είναι και εκ του λόγου αυτού, αντισυνταγματική.

εξοχήν κατάλληλο μέσο για την είσπραξη του φόρου, δηλαδή την αναγωγή της πρωτόδικης αποφάσεως σε τίτλο βεβαιώσεως και εισπράξεως του φόρου, χωρίς να παρίσταται ανάγκη προσφυγής σε περιορισμούς του δικαιώματος προσβάσεως σε δικαστήριο¹⁴⁹.

Ενόψει των ανωτέρω, ίσως θα έπρεπε ο νομοθέτης να επανεκτιμήσει τη συνταγματικότητα, ορθολογικότητα και συμβατότητα της επίμαχης διάταξης και να προβεί στην κατάργησή της.

Γενικές σκέψεις σχετικά με τις ειδικές ουσιαστικές προϋποθέσεις για τη χορήγηση προσωρινής έννομης προστασίας στις φορολογικές διαφορές

Με το άρθρο 34 του ν.3900/2010 τροποποιήθηκε το άρθρο 202 του ΚΔΔ και οι ουσιαστικές προϋποθέσεις χορήγησης προσωρινής έννομης προστασίας στις εν γένει φορολογικές διαφορές. Πλέον, μεταξύ άλλων, με τις νέες ρυθμίσεις δεν είναι δυνατή η αναστολή εκτέλεσης της καταλογιστικής του φόρου πράξης, ακόμη κι αν αποδεικνύεται ανεπανόρθωτη βλάβη του αιτούντος από την άμεση εκτέλεσή της. Αναστολή χωρεί μόνο κατά των κατ'ιδίαν μέτρων εκτέλεσης ή διοικητικού καταναγκασμού που λαμβάνονται από τη διοίκηση για την διασφάλιση της είσπραξης της οφειλής. Μόνο στην περίπτωση που η προσφυγή είναι προδήλως βάσιμη μπορεί να χορηγηθεί από το δικαστήριο αναστολή εκτέλεσης της ίδιας της προσβαλλόμενης πράξης¹⁵⁰. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 209^A που προστέθηκε με το άρθρο 38 του ν.3900/2010, αναστολή εκτέλεσης της πρωτόδικης δικαστικής απόφασης, σε περίπτωση ασκήσεως εφέσεως, χορηγείται μόνο εφόσον το ασκηθέν ένδικο μέσο κριθεί ως προδήλως βάσιμο.

Οι νέες ρυθμίσεις του ένδικου βοηθήματος της αναστολής επί των φορολογικών διαφορών, έρχονται σε αντίθεση με την παλαιά πάγια τακτική του νομοθέτη να προσδίδει αυτόματο ολικό ή μερικό ανασταλτικό αποτέλεσμα στις ασκηθείσες φορολογικές προσφυγές, επιλέγοντας την αυτόματη, μερική ή ολική

¹⁴⁹ Στην ουσία με τη θέσπιση του δικονομικού αυτού απαραδέκτου, δεν επιδιώκεται κανένας σκοπός δημοσίου συμφέροντος, καθώς ο σκοπός δημοσίου συμφέροντος της αποφυγής καθυστέρησης στην είσπραξη των δημοσίων εσόδων δεν ευσταθεί, εφόσον κάλλιστα η διοίκηση μπορεί να εκτελέσει άμα τη έκδοσή της, την πρωτόδικη απόφαση.

¹⁵⁰ ΕΑ ΟλΣτΕ 496/2011, ΘΠΔΔ, 8-9/2011, σ.836. Για σχολιασμό της απόφασης αυτής, βλ. Β.ΚΑΡΑΓΚΟΥΝΗ, Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 496/2011, ΘΠΔΔ 6/2012, σ.537 επ., Χ.ΛΕΤΣΑΡΙΑΗ, Σχόλιο στη ΣτΕ 496/2011, ΕφημΔΔ 2011, σ.498 επ.

αναστολή των καταλογιστικών του φόρου πράξεων, λόγω του επιβαρυντικού τους χαρακτήρα για τον ιδιώτη, η οποία έχει αποτυπωθεί και στο άρθρο 69 παρ.2 του ΚΔΔ, που επαναλαμβάνει τον γενικό κανόνα του άμεσου ανασταλτικού αποτελέσματος της ασκηθείσας φορολογικής προσφυγής, ενώ, σήμερα, ενόψει της παρούσας δημοσιονομικής συγκυρίας, ο νομοθέτης προβαίνει σε μία εκ διαμέτρου αντίθετη επιλογή και αναιρεί τη δυνατότητα χορήγησης αναστολής εκτέλεσης της καταλογιστικής του φόρου πράξης, ακόμη κι αν αποδεικνύεται ανεπανόρθωτη βλάβη του αιτούντος.

- Έννοια της πρόδηλης βασιμότητας

Τι σημαίνει όμως πρόδηλη βασιμότητα του κύριου ένδικου βοηθήματος, από την οποία εξαρτάται η χορήγηση αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης καταλογιστικής του φόρου πράξης; Σύμφωνα με την Ολομέλεια της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, που είχε την ευκαιρία να ερμηνεύσει τις σχετικές διατάξεις, πρόδηλη βασιμότητα του ένδικου βοηθήματος συντρέχει *ιδίως όταν η πρόδηλη βασιμότητα στηρίζεται σε πάγια νομολογία ή σε νομολογία της Ολομέλειας του ΣτΕ, και όχι όταν απλώς το δικαστήριο πιθανολογεί απλώς την ευδοκίμησή του*¹⁵¹.

Το ΣτΕ φαίνεται να περιορίζει την κατάφαση της πρόδηλης βασιμότητας, καταρχήν, μόνο όταν το δικαστήριο καλείται να επιλύσει ένα νομικό ζήτημα, για το οποίο έχουν αποφανθεί παγίως τα δικαστήρια ή έστω το ίδιο σε Ολομέλεια.

Είναι όμως αυτή η έννοια της πρόδηλης βασιμότητας που θέλησε ο νομοθέτης και η οποία απορρέει από την ερμηνεία της διατάξεως;

Καταρχήν, να διευκρινιστεί ότι η δυνατότητα χορήγησης αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης καταλογιστικής πράξης για λόγους πρόδηλης βασιμότητας, δεν αναφέρεται στην νέα διάταξη του άρθρου 202 παρ.2 του ΚΔΔ, αλλά προκύπτει από την γενική διάταξη του άρθρου 202 παρ.1 και από την εφαρμογή της κατά το μέρος αυτό και επί των φορολογικών διαφορών.

¹⁵¹ ΕΑ ΟλΣτΕ 496/2011.

- Υπάρχουν δικονομικές δεσμεύσεις του διοικητικού δικαστή κατά την εξέταση του προδήλως βασίμου;

Ποιες είναι όμως οι δικονομικές δεσμεύσεις που τίθενται στο δικαστή κατά τον έλεγχο του προδήλως βασίμου του κύριου ένδικου βοηθήματος στο πλαίσιο της αναστολής; Σύμφωνα με την νομολογία των δικαστηρίων της έννομης τάξης μας, τα όρια του ελέγχου της πρόδηλης βασιμότητας στο πλαίσιο της αναστολής, έγκεινται στο ότι το δικαστήριο δεν μπορεί να προβεί σε ενδελεχή έρευνα του ουσιαστικού και νομικού μέρους της διαφοράς, υποκαθιστώντας την αρμοδιότητα του δικαστηρίου που εκδικάζει το κύριο ένδικο βοήθημα¹⁵². Επομένως, στο πλαίσιο της αναστολής, σε πολλές περιπτώσεις, η πρόδηλη βασιμότητα δεν μπορεί να εξεταστεί, καθώς μπορεί να απαιτεί ενδελεχή έρευνα του αντικειμένου της διαφοράς, η οποία δεν γίνεται δεκτή από τα δικαστήρια ότι μπορεί να λάβει χώρα στο πλαίσιο της αναστολής, με την αιτιολογία ότι μόνο στο πλαίσιο του κύριου ένδικου βοηθήματος είναι δυνατή. Άλλες αποφάσεις κρίνουν ότι όταν απαιτείται ενδελεχή έρευνα των νομικών και πραγματικών δεδομένων της υπόθεσης για την κρίση της βασιμότητας ενός λόγου, τότε ο λόγος αυτός δεν καθίσταται προδήλως βάσιμος¹⁵³, εντάσσοντας την απαγόρευση αυτή όχι στα δικονομικά όρια του ελέγχου του δικαστή αλλά στην ίδια την έννοια της πρόδηλης βασιμότητας.

Άλλες αποφάσεις δεν επικαλούνται ιδιαίτερα δικονομικά όρια του δικαστή της αναστολής, για την οριοθέτηση των εξουσιών του αλλά το πραγματικό στοιχείο του χρόνου, τον οποίο διαθέτει το δικαστήριο, μόνο στο πλαίσιο του κύριου ένδικου βοηθήματος¹⁵⁴.

Η έκταση της εξουσίας ελέγχου του δικαστή της αναστολής είναι περιορισμένη και οριοθετημένη, καθώς δεν ελέγχει με αυτοτελή και αντικειμενική δικαιοδοτική κρίση την νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης¹⁵⁵, αλλά την

¹⁵² ΔΕφΑθ (Συμβ.) 6/2012, ΔιΔικ, 2012, σ.1503, ΔΕφΛάρισας (Συμβ.) 43/2012, ΔΕφΑθ (Συμβ.), 75/2011, 5-7/2010.

¹⁵³ ΔΕφΠειρ (Συμβ) 8/2014, σκ.7, ΔΕφΛάρισας (Συμβ.) 27/2013, σκ.6.

¹⁵⁴ ΔΕφΑθ (Συμβ.) 20/2009, (σκ.4), ΔΦΝ,2009, σ.736 επ.

¹⁵⁵ Αντίθετα στη δίκη των ασφαλιστικών μέτρων με αντικείμενο την αναστολή της εκτέλεσης πράξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίζεται η αποδοχή των οικονομικών προσφορών διαγωνιζομένων εταιριών, σύμφωνα με τον ν.3886/2010, ο δικαστής της αναστολής αναλαμβάνει να ελέγξει σφαιρικά και συνολικά την μη αντίθεση με το ενωσιακό ή εθνικό δίκαιο της προσβαλλόμενης πράξης κατά ρητή διάταξη του νόμου, με συνέπεια η έκταση της εξουσίας ελέγχου του να είναι ευρύτερη και συνολική, βλ.Ε.ΠΡΕΒΕΛΟΥΡΟΥ, Η έκταση του ελέγχου του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων κατά το ν.3886/2010 (γνωμ), ΘΠΔΔ, 11/2012, σ.1 επ.(4, υποσ.18).

πρόδηλη βασιμότητα του κύριου ένδικου βοηθήματος, με συνέπεια ο έλεγχος του να μην είναι σφαιρικός και συνολικός αλλά περιφερειακός και εξαρτώμενος.

Εντούτοις, κατά την άποψη μας, ο δικαστής της αναστολής, επί των φορολογικών διαφορών, όπου στο πλαίσιο της φορολογικής προσφυγής, μπορεί να αναστείλει καθεαυτήν την καταλογιστική του φόρου πράξη μόνο για την πρόδηλη βασιμότητα του κύριου ένδικου βοηθήματος, στο δε πλαίσιο της εφέσεως χορηγεί την αναστολή της πρωτόδικης απόφασης μόνο για το λόγο της πρόδηλης βασιμότητας του κύριου ένδικου μέσου που έχει ασκηθεί, αποκτά εξ ανάγκης και ενόψει του σκοπού της διάταξης, διευρυμένα δικονομικά όρια ελέγχου του προδήλως βασίμου, προκειμένου να παράσχει αποτελεσματική έννομη προσωρινή έννομη προστασία στο διάδικο, δεδομένου και του ότι ο κοινός νομοθέτης με τις διατάξεις αυτές αναίρεσε τον παρακολουθηματικό χαρακτήρα του ένδικου βοηθήματος της αναστολής, καθιστώντάς την προδιαγνωστικό στάδιο της κύριας δίκης¹⁵⁶.

- Η κατάργηση της ανεπανόρθωτης βλάβης ως λόγος χορηγήσεως αναστολής συνάδει με το σύστημα της προσωρινής δικαστικής προστασίας;

Είναι σαφές ότι ο αποκλεισμός της ανεπανόρθωτης βλάβης του αιτούντος, ως λόγος που επιτρέπει τη χορήγηση αναστολής της ίδιας της καταλογιστικής του φόρου πράξης στο πλαίσιο της προσφυγής, και ο συνολικός εξοβελισμός του λόγου αυτού για την χορήγηση αναστολής στο στάδιο της έφεσης, δυσχεραίνει ουσιωδώς το δικαίωμα προσωρινής δικαστικής προστασίας του φορολογούμενου, καθώς αποσυνδέει την τελευταία από την ίδια την ουσία της προβλέψεως και χορηγήσεώς της, ήτοι την αποφυγή της ανεπανόρθωτης βλάβης, λόγω της μη άμεσης εκδίκασης του κύριου ένδικου βοηθήματος ή μέσου.

Με αυτόν τον τρόπο δεν αναιρείται όμως η ίδια η ουσία και έννοια της προσωρινής έννομης προστασίας¹⁵⁷, η οποία συνίσταται στην αποφυγή ανεπανόρθωτης βλάβης στον αιτούντα από την εκτέλεση της διοικητικής πράξης, έως και την εκδίκαση του ένδικου βοηθήματος ή μέσου, και υποκαθίσταται η προσωρινή

¹⁵⁶ Α.ΤΣΙΠΩΝΑΣ, Η συνταγματικότητα του αποκλεισμού της βλάβης του αιτούντος ως λόγου αναστολής εκτέλεσης δικαστικής απόφασης, Παρατηρήσεις στην ΣτΕΕΑ 35/2013, ΔιΔικ, 3/2013, σ.825 επ.(828-829).

¹⁵⁷ Φ.ΚΑΤΣΙΠΙΑΝΝΗΣ, Η προσωρινή δικαστική προστασία στη διοικητική δίκη υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης, 1/2014, σ.1 επ.(10), Χ.ΔΕΤΣΑΡΙΑΗΣ, Παρατηρήσεις στην ΔΕφΑθ 6/2012, ΔιΔικ, 6/2012, σ.1505 επ. Με αυτή την έννοια το ΔΕφΑθ με τις με αριθμό 71-78/2011 αποφάσεις του έκρινε ότι με τις ρυθμίσεις αυτές προσβάλλεται το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας στον πυρήνα του.

έννομη προστασία στο σκοπό και τη λογική της οριστικής, ρύθμιση η οποία προσβάλλει το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας στον πυρήνα του και παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας¹⁵⁸;

Πράγματι με πρώτη την ΕΑ ΣτΕ 718/1993 το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο, αφενός μεν αναγνώρισε τη συνταγματική κατοχύρωση της προσωρινής έννομης προστασίας, αφετέρου δε προσδιόρισε ότι αυτή χορηγείται προκειμένου να αποσοβηθεί η επέλευση ανεπανόρθωτης βλάβης στο διάδικο από την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξεως. Η κατάργηση της πτυχής της ανεπανόρθωτης βλάβης δεν μεταλλάσσει το ίδιο το δικαίωμα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, εκβάλλοντας το δικαίωμα από το λογικό και νομικό του πλαίσιο και απομακρύνοντάς το, από τον σκοπό για τον οποίο θεσπίστηκε;

Εξάλλου, είναι διαφορετικός ο σκοπός θέσπισης και χορηγήσεως αναστολής εκτελέσεως για την βλάβη, από ότι για την πρόδηλη βασιμότητα του ένδικου βοηθήματος ή μέσου. Ο λόγος της βλάβης συνδέεται με το διάδικο, τον οποίο προσπαθεί να προστατεύσει από τη ζημία που θα υποστεί σε περίπτωση ευδοκιμήσεως του ασκηθέντος ένδικου βοηθήματος, ενώ, αντίθετα, η πρόδηλη βασιμότητα στοχεύει στην προστασία του δημόσιου συμφέροντος και της έννομης τάξης η οποία δεν μπορεί να ανέχεται την εκτέλεση μίας διοικητικής πράξης παρά την πρόδηλη παρανομία της¹⁵⁹.

- Ο βαθμός της δικανικής πεποίθησης του διοικητικού δικαστή για την κατάφαση της πρόδηλης βασιμότητας

Καταρχήν, πρέπει να προσδιορίσουμε ποιος είναι ο βαθμός δικανικής πεποίθησης που πρέπει να αναπτύξει ο δικαστής για να καταλήξει στην πρόδηλη βασιμότητα του ασκηθέντος ένδικου βοηθήματος. Βέβαιο είναι ότι η πρόδηλη βασιμότητα απαιτεί από πλευράς δικανικής κρίσης, έναν αυξημένο βαθμό δικανικής πεποίθησης περί της ουσιαστικής και νομικής βασιμότητας του ασκηθέντος ένδικου βοηθήματος. Ωστόσο, απαιτείται πλήρη δικανική πεποίθηση, σοβαρή πιθανολόγηση,

¹⁵⁸ Ε.ΠΑΠΑΔΗΜΗΤΡΙΟΥ, Παρατηρήσεις στην ΣτΕ ΕΑ 35/2013, ΘΠΔΔ, 2/2013, σ.142.

¹⁵⁹ Β.ΓΚΕΡΤΣΟΣ, Προσωρινή δικαστική προστασία-επιτροπή αναστολών, Εφαρμογές Διοικητικού, Ουσιαστικού & Δικονομικού Δικαίου (7), Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012, σ.827-881(862).

έστω και αν καταλείπονται αμφιβολίες στο δικαστή¹⁶⁰ ή αρκεί και η απλή πιθανολόγηση¹⁶¹;

Η απλή πιθανολόγηση ως βαθμός δικανικής πεποίθησης για την κατάφαση της πρόδηλης βασιμότητας, πρέπει μάλλον να αποκλειστεί, καθώς ο όρος πρόδηλη βασιμότητα υποδηλώνει μία αυξημένη μορφή δικανικής πεποίθησης του δικαστή, που υπερβαίνει τα όριά της. Ο δικαστής πρέπει να κινηθεί μεταξύ των ορίων της σοβαρής πιθανολόγησης και της πλήρους δικανικής πεποίθησης για να αποδεχτεί την πρόδηλη βασιμότητα του κύριου ένδικου βοηθήματος.

Για να απομακρύνουμε κάθε αμφισβήτηση της συνταγματικότητας της διάταξης, πρέπει να δεχθούμε ότι πρόδηλη βασιμότητα συντρέχει όχι μόνο όταν υπάρχει επί του τεθέντος νομικού ζητήματος που καλείται να επιλυθεί με το κύριο ένδικο βοήθημα, πάγια ή έστω παγιωμένη νομολογία του ΣτΕ, η οποία υπό τις σημερινές συνθήκες των διαρκών αλλαγών των φορολογικών νομοθετημάτων και των νέων ρυθμίσεων του μνημονίου είναι αδύνατο να υπάρξει, αλλά όταν ο δικαστής, ακόμη και κατά τη δική του, εξατομικευμένη, κρίση, χωρίς να έχει προηγηθεί κρίση άλλου δικαστηρίου, κρίνει ότι η προσφυγή είναι προδήλως βάσιμη, δεν καταλείπονται στον ίδιο εύλογες αμφιβολίες για την έκβαση της διαφοράς. Ο δικαστής θα κρίνει ότι το ένδικο βοήθημα είναι προδήλως βάσιμο, λαμβάνοντας υπόψη και εκτιμώντας την παρανομία της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης¹⁶². Εξάλλου, ο ίδιος ο νομοθέτης χρησιμοποιεί στην διάταξη τον όρο κρίνεται από τον δικαστή η πρόδηλη βασιμότητα, λεξιλογική επιλογή η οποία δεν πρέπει να θεωρείται τυχαία, αλλά αντίθετα θέλει να αναδείξει την ευχέρεια του δικαστηρίου να προσδιορίσει τον βαθμό πιθανολόγησης και τους όρους που πρέπει να συντρέχουν, για τη χορήγηση της αναστολής λόγω της πρόδηλης βασιμότητας¹⁶³. Η πρόδηλη βασιμότητα δεν υφίσταται απλά όταν η διοικητική πράξη είναι εξόφθαλμα παράνομη αλλά και όταν ο δικαστής μετά την υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στον κανόνα δικαίου καταλήγει ευχερώς και με αυξημένη δικανική πεποίθηση στην προφανή βασιμότητα των λόγων της προσφυγής¹⁶⁴. Την δυνατότητα αυτή δεν

¹⁶⁰ Η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ με την υπ' αριθμόν 791/2009 απόφασή της (σκ.8), έκρινε ότι δεν στοιχειοθετείται η πρόδηλη βασιμότητα του κύριου ένδικου βοηθήματος όταν καταλείπονται στο δικαστή αμφιβολίες για τη βασιμότητα των σχετικών λόγων. Όμοια, ΕΑ ΣτΕ 485/2012, ΔιΔικ, 3/2013, σ.819 επ.

¹⁶¹ Ν.ΣΟΛΙΕΝΤΑΚΗΣ, Η πιθανολόγηση στη διοικητική δικονομία, ΔιΔικ, 1993, σ.30 επ.

¹⁶² Χ.ΛΕΤΣΑΡΙΑΔΗΣ, Παρατηρήσεις στην ΔΕφΑθ 6/2012, ό.π., σ.1508.

¹⁶³ Ν. ΣΟΛΙΕΝΤΑΚΗΣ, Προβληματισμοί από τον Ν 3900/2010, ΘΠΔΔ, 1/2012, forum, σ.92 επ.

¹⁶⁴ Βλ. Μειψ.ΔΕφΤρ 47/2008 (Συμβ), ΕφημΔΔ, 1/2009, σ.21 με παρατηρήσεις Ηλία Κοκκίνη (σ.24).

απέκλεισε το ΣτΕ με την ως άνω απόφαση της Επιτροπής αναστολών, καθώς συνειδητά έκρινε ότι πρόδηλη βασιμότητα συντρέχει ιδίως όταν υπάρχει επί του θέματος κατεστημένη νομολογία, με συνέπεια η παράθεσή του να είναι ενδεικτική, μην αποκλείοντας άλλους τρόπους κατάφασης της πρόδηλης βασιμότητας.

- Ανεπανόρθωτη βλάβη και αναστολή των μέτρων διοικητικής εκτέλεσης ή διοικητικού καταναγκασμού στο πλαίσιο της προσφυγής: Ανατροπή των ξεχωριστών δικονομικών σταδίων της προσφυγής και της ανακοπής

Όπως προειπώθηκε, το δικαστήριο δικαιούται να ελέγξει την ανεπανόρθωτη βλάβη που θα υποστεί ο αιτών από τα μέτρα εκτέλεσης ή άλλα διοικητικά μέτρα για τον εξαναγκασμό ή τη διασφάλιση της είσπραξης της οφειλής που πρόκειται να λάβει η διοίκηση για την εκτέλεση της καταλογιστικής του φόρου πράξης, τα οποία μπορεί να αναστείλει ήδη από το στάδιο της προσφυγής.

Επομένως, αυτά που γνωρίζαμε μέχρι και σήμερα, ότι δηλαδή η αναστολή εκτέλεσης που χορηγούσε το δικαστήριο επί της καταλογιστικής πράξης αδρανοποιούσε την εκτελεστικότητα του τίτλου και τη δυνατότητα να προβεί η διοίκηση σε κάθε μέτρο διοικητικής εκτέλεσης¹⁶⁵, δεν υφίστανται, πια.

Η θεωρία και η νομολογία από τη διάκριση μεταξύ βεβαίωσης υπό ευρεία έννοια, που περιλαμβάνει τη διοικητική διαδικασία έκδοσης της καταλογιστικής του φόρου πράξης και τη σύνταξη του χρηματικού καταλόγου που αποστέλλεται στο δημόσιο ταμείο προς είσπραξη, και τη βεβαίωση υπό στενή έννοια, ήτοι την ταμειακή βεβαίωση της πράξης από την οποία εκκινεί η διαδικασία του ΚΕΔΕ, οδηγούνταν στη διάκριση, στο δικονομικό επίπεδο, μεταξύ φορολογικής διαφοράς και διαφοράς του ΚΕΔΕ, η οποία επιλύεται η μεν πρώτη με προσφυγή, η δεύτερη με την ανακοπή του ΚΕΔΕ. Στο πλαίσιο των διακρινόμενων ένδικων βοηθημάτων και αφού είχε προηγηθεί η άσκησή τους, ο διάδικος μπορούσε να ασκήσει το ένδικο βοήθημα της αναστολής, αιτούμενος την αναστολή της προσβαλλόμενης πράξης.

Μέχρι και την εισαγωγή του ν.3900/2010 τα δύο αυτά στάδια ήταν ξεχωριστά τόσο στο ουσιαστικό, όσο και στο δικονομικό επίπεδο, κυρίως, στο δικονομικό. Με

¹⁶⁵ Δ.ΡΑΙΚΟΣ, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις φορολογικές διαφορές, ό.π., σ. 90 επ., Α.ΜΑΛΛΙΟΥ, Η αναστολή στο σύστημα προσωρινής δικαστικής προστασίας - Οι τροποποιήσεις του Ν. 3659/2008 - Τέσσερα ειδικότερα ζητήματα, ΔΦΝ, 2009, σ.1418 επ.

την εισαγωγή του ν.3900/2010 ο προσφεύγων μπορεί να υποβάλλει την αίτηση παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο της προσφυγής, αιτούμενος την αναστολή εκτέλεσης μέτρων ή πράξεων εκτέλεσης που αναφέρονται στο δεύτερο στάδιο, που προσβάλλονται με το ένδικο βοήθημα της ανακοπής. Αυτή είναι η πρώτη ρήξη που επιφέρουν οι νέες ρυθμίσεις στο δικονομικό σύστημα οργάνωσης της δίκης της αναστολής και στις θεμελιώδεις μέχρι σήμερα παραδοχές του διοικητικού δικονομικού δικαίου και του δικαίου της διοικητικής εκτέλεσης.

- Αίτηση αναστολής για πράξη μη εκτελεστή, ανύπαρκτη, χωρίς ενεστώς έννομο συμφέρον του διαδίκου;

Οι ρυθμίσεις του νόμου δίνουν τη δυνατότητα στο διάδικο να αιτηθεί τη χορήγηση αναστολής εκτέλεσης των κατ' ιδίαν μέτρων εκτέλεσης ή διοικητικού καταναγκασμού που πρόκειται να λάβει η διοίκηση, για την διασφάλιση της είσπραξης της οφειλής. Επομένως ο δικαστής καλείται να αντιμετωπίσει δικονομικά αιτήσεις αναστολής μέτρων που δεν έχουν ήδη ληφθεί αλλά ίσως εκδοθούν στο μέλλον από τη διοίκηση.

Πρόκειται για ουσιώδη ανατροπή των κεκτημένων της νομολογίας επί αναστολής εκτελέσεως, καθώς μέχρι και σήμερα γνωρίζαμε ότι η δικαστική απόφαση διατάσσει την αναστολή της εκτέλεσης της προσβληθείσας με το κύριο ένδικο βοήθημα διοικητικής πράξης, η οποία συνεχίζει να ισχύει¹⁶⁶, ενώ η ανεπανόρθωτη βλάβη πρέπει να προκύπτει από την πράξη αυτή και όχι από μεταγενέστερες πράξεις, άλλως απορρίπτεται ως απαράδεκτη η ένδικη αίτηση λόγω του ότι η επικαλούμενη βλάβη είναι μελλοντική και ενδεχόμενη¹⁶⁷.

Καλείται, μάλιστα, ο ίδιος ο αιτών να φανταστεί και να αναγράψει στο δικόγραφο του, όλα τα μέτρα διοικητικής εκτέλεσης που θα λάβει η διοίκηση, καθώς η δυνατότητα αναστολής περιλαμβάνει κάθε μελλοντική πράξη της αρχής, που θα προκαλέσει βλάβη στο διοικούμενο¹⁶⁸. Εντούτοις, κρίθηκε ότι μεταξύ των μέτρων που μπορούν να ανασταλούν δεν μπορεί να συγκαταλεχθεί η εν στενή εννοία ταμειακή βεβαίωση του χρέους, διότι αυτή η εκδοχή θα ανέτρεπε την συρρίκνωση της προηγούμενης παρεχόμενης ευρείας προστασίας επί φορολογικών, τελωνειακών

¹⁶⁶ ΣτΕ 560/1998, 489/2008, 4287/2001.

¹⁶⁷ ΣτΕ 440/2010, 593/2009, 501/2009, 1204/2007.

¹⁶⁸ Χ.ΔΕΤΣΑΡΙΑΔΗΣ, Παρατηρήσεις στην ΔΕφΑθ. 104/2011 (Συμβ), ΔιΔικ, 2012, σ.806 επ.

και διαφορών με χρηματικό αντικείμενο, που επεδίωξε ο νομοθέτης¹⁶⁹. Κατά την άποψή μας, η διάταξη φαίνεται να επιτρέπει την αναστολή εκτέλεσης όλων των μέτρων, που είτε ανάγονται ως αναγκαστικά μέτρα είσπραξης στο δίκαιο της διοικητικής εκτέλεσης, είτε αποτελούν άλλα διασφαλιστικά μέτρα για την είσπραξη της οφειλής και αναφέρονται στη μη χορήγηση αποδεικτικού ασφαλιστικού ενημερότητας, στην εγγραφή υποθήκης σε ακίνητα του οφειλέτη κ.ά. Αυτό σημαίνει ότι ο φορολογούμενος θα πρέπει να συντάξει ένα δικόγραφο στο οποίο να αναφέρει ένα προς ένα τα μέτρα που θα λάβει η διοικητική αρχή και να αποδείξει τη βλάβη που θα υποστεί από αυτά, χωρίς, εντούτοις, να μπορέσει να προβλέψει όλα αυτά τα μέτρα, με συνέπεια, ακόμη κι αν κερδίσει την αναστολή να μην μπορεί να αποκλείσει τη διοίκηση να λάβει ένα άλλο μέτρο σε σχέση με αυτά που ζήτησε και έλαβε. Η δε διάταξη δεν αποκλείει κανένα μέτρο, ακόμη κι αν για αυτά προβλέπεται η δυνατότητα αναστολής εκτέλεσης, όπως η ταμειακή βεβαίωση ή η κατάσχεση ή ο αναγκαστικός πλειστηριασμός¹⁷⁰.

Περαιτέρω, δημιουργείται ευλόγως το ερώτημα αν η αναστολή εκτέλεσης ενός μέτρου διοικητικής εκτέλεσης ή διοικητικού καταναγκασμού εμποδίζει τη διοίκηση να λάβει ένα επόμενο μέτρο ή καταλύεται κάθε αρμοδιότητα επανεκκίνησης του διοικητικού καταναγκασμού. Η γραμματική διατύπωση του άρθρου 202, σύμφωνα με το οποίο ζητείται και χορηγείται η αναστολή των κατ'ιδίαν μέτρων εκτέλεσης που πρόκειται να ληφθούν αφήνει ερμηνευτικά περιθώρια να υποστηριχθεί η πρώτη άποψη¹⁷¹, με συνέπεια να δύναται η διοίκηση να λάβει ένα επόμενο μέτρο εκτέλεσης ή διοικητικού καταναγκασμού, παρά την αναστολή ενός προηγούμενου.

Περαιτέρω, μπορεί ο δικαστής να αναστείλει μία νομική πράξη που δεν υφίσταται στο νομικό κόσμο; Πρόκειται εξ ορισμού για μη εκτελεστές διοικητικές πράξεις, στην πραγματικότητα ανύπαρκτες, για τις οποίες δεν έχει κανένα έννομο συμφέρον ο προσφεύγων και αιτών, καθώς το έννομο συμφέρον του δεν είναι ενεστώσ και υπαρκτό¹⁷², αλλά μελλοντικό και ενδεχόμενο, εξαρτώμενο από την κατάστασή του κατά το χρόνο έκδοσής τους.

¹⁶⁹ ΔΕφαθ 281/2012, ΔιΔικ, 2/2013, σ.548 επ.

¹⁷⁰ Χ.ΔΕΤΣΑΡΙΔΗΣ, Παρατηρήσεις στην ΔΕφαθ281/2012, ΔιΔικ, 2/2013, σ.554 επ.(555-556), Α.ΓΕΡΟΝΤΑΣ, Η πρόσφατη μεταρρύθμιση της διοικητικής δικαιοσύνης, ό.π., σ.381.

¹⁷¹ ΔΕΤΣΑΡΙΔΗΣ, Παρατηρήσεις στην ΔΕφαθ281/2012, ό.π., σ.555.

¹⁷² Ν.ΠΑΠΑΣΠΥΡΟΥ, Περί της αυτοτέλειας του έννομου συμφέροντος σε αναστολή εκτελέσεως διοικητικής πράξεως, Δ, 2004, σ.735 επ.

Οι επισημάνσεις αυτές δεν είναι θεωρητικές αλλά ήδη έχουν καταγραφεί σε αποφάσεις των ΤΔΔ, και έχουν αποτελέσει, ήδη, αντικείμενο έριδας στη νομολογία των δικαστηρίων, προξενώντας διάσπαση της ενότητας της νομολογίας. Υπήρξαν αποφάσεις δικαστηρίων, που έκριναν, σε αντίθεση με την ευρύτητα της διάταξης του άρθρου 202 του ΚΔΔ, ότι η αίτηση αναστολής εκτέλεσης της μη χορήγησης αποδεικτικού φορολογικού ενημερότητας, δεν είναι παραδεκτή στο στάδιο της προσφυγής, καθώς η βλάβη του διαδικού είναι μέλλουσα, ενδεχόμενη και υποθετική, αφού συναρτάται με την υποβολή της σχετικής αιτήσεως και έκδοσης της οικείας πράξης¹⁷³ ή ότι θα οδηγούσε η τυχόν χορήγηση της αναστολής στην υπεισέλευση των δικαστηρίων στα έργα της διοικητικής λειτουργίας¹⁷⁴. Αν και αργότερα άλλο τμήμα του ίδιου δικαστηρίου έκρινε ότι είναι δυνατή η χορήγηση της αναστολής κατά της μελλοντικής άρνησης χορήγησης αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας¹⁷⁵.

Με βάση τα ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι με τις νέες ρυθμίσεις του ν.3900/2010, αναιρούμε βασικές παραδοχές του συστήματος χορήγησης προσωρινής έννομης προστασίας, ότι δηλαδή η προσωρινή έννομη προστασία ζητείται κατά εκτελεστής διοικητικής πράξης και ότι ο αιτών την αναστολή πρέπει να δικαιολογεί ενεστώς και πραγματικό έννομο συμφέρον για την χορήγηση της αναστολής.

- Σκοπός του νομοθέτη: Η άμεση εκτέλεση της καταλογιστικής του φόρου πράξης –Η σύνδεση με προηγούμενες απόπειρες «απενεργοποίησης» των εννόμων συνεπειών του ένδικου βοηθήματος της αναστολής

Οι ως άνω ρυθμίσεις τέθηκαν από τον νομοθέτη με σκοπό, την άμβλυνση των ευρύτατων εννόμων συνεπειών που συνεπάγεται η έκδοση της απόφασης με την οποία διατάσσεται η αναστολή εκτέλεσης των καταλογιστικών του φόρου πράξεων. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία, μετά την έκδοση της δικαστικής απόφασης, με την οποία χορηγούταν αναστολή εκτελέσεως της καταλογιστικής του φόρου πράξης, η διοίκηση δεν μπορούσε να προχωρήσει σε οιαδήποτε μορφή διοικητικής εκτέλεσης για να εισπράξει το φόρο¹⁷⁶. Η αναστολή εκτέλεσης της πράξης περιλαμβάνει την

¹⁷³ ΔΕφΑθ (Συμβ) 174/2013, σε *Ο.ΣΠΑΧΗΣ*, Η αίτηση αναστολής εκτέλεσης των καταλογιστικών πράξεων των φορολογικών αρχών σύμφωνα με τις νεότερες νομοθετικές διατάξεις, ΘΠΔΔ, 3-4/2014, σ.218 επ.(221). Βλ. ΔΠρΛαμ 5/2015, σκ.4.

¹⁷⁴ ΔΕφΑθ (Συμβ) 199/2012.

¹⁷⁵ ΔΕφΑθ (Συμβ) 290/2013, 191/2013.

¹⁷⁶ ΔΠρΠειρ 735/2001, ΕΔΚΑ, 2001, σ.943.

αναστολή της εκτελεστότητάς της υπό ευρεία και υπό στενή έννοια, δηλαδή την αναστολή της επέλευσης των εννόμων αποτελεσμάτων που αρμόζουν στο περιεχόμενό της, και την αναστολή όλων των μέσων πραγματώσεώς του περιεχομένου της με τα μέσα του διοικητικού καταναγκασμού¹⁷⁷.

Σύμφωνα με τη θεωρία η εκδιδόμενη θετική απόφαση επί της αναστολής, δεν ανέστειλε μεν την ισχύ της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης, αλλά την εκτελεστότητά της. Εκτελεστότητα είναι η άμεση ικανότητα της διοίκησης να εξαναγκάσει με τα μέσα του διοικητικού καταναγκασμού ή της διοικητικής εκτέλεσης το φορέα μιας συσταθείσης ή αλλοιωθείσης υποχρέωσης σε συγκεκριμένη πράξη, παράλειψη ή ανοχή¹⁷⁸. Η εκτελεστότητα, επομένως, περιελάμβανε ειδικά στην περίπτωση των καταλογιστικών πράξεων, την απαγόρευση λήψης κάθε αναγκαστικού μέτρου είσπραξης του ποσού¹⁷⁹, με συνέπεια να έχει μικρή νομική σημασία, από άποψη νομικών συνεπειών, η διάκριση μεταξύ αναστελλόμενης ισχύος ή εκτελεστότητας.

Δεν είναι η πρώτη φορά, που ο νομοθέτης προσπαθεί να «απενεργοποιήσει» τις έννομες συνέπειες του ένδικου βοηθήματος της αναστολής. Με την ψήφιση των διατάξεων των άρθρων 46 παρ.9 και 11 του ν.3220/2004, η φορολογική διοίκηση απέκτησε την αρμοδιότητα να προβαίνει στην ταμειακή βεβαίωση του χρέους ακόμη και σε περίπτωση που είχε χορηγηθεί με δικαστική απόφαση αναστολή εκτέλεσης της καταλογιστικής του φόρου πράξης, στην οποία αυτή ερείδεται. Η διάταξη αυτή προβλέφθηκε, προκειμένου η διοίκηση να προβαίνει άμεσα στην ταμειακή βεβαίωση του χρέους και αφού παρέλθει η προβλεπόμενη νόμιμη προθεσμία, η απαίτηση αυτή να μπορεί να εισπραχθεί με διοικητική εκτέλεση, αλλά και για να εκκινήσουν οι προσauξήσεις εκπρόθεσμης καταβολής, οι οποίες συνιστούν κύρωση λόγω μη εμπρόθεσμης εξοφλήσεως βεβαιωμένου χρέους προς το Δημόσιο, το οποίο έχει καταστεί ληξιπρόθεσμο και απαιτητό. Το ΣτΕ, αποφαινόμενο για την συνταγματικότητα των ως άνω διατάξεων, έκρινε, ότι εφόσον οι αποφάσεις προσωρινής δικαστικής προστασίας, στις οποίες συμπεριλαμβάνονται και οι

¹⁷⁷ Δ.ΡΑΙΚΟΣ, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις φορολογικές διαφορές, ό.π., σ.89-92.

¹⁷⁸ Κ.ΜΠΕΗΣ, Έκταση της δικαστικής αναστολής εκτέλεσης της διοικητικής πράξης, Δ, 1997, σε <http://www.kostasbeys.gr/articles.php?s=5&mid=1479&mnu=3&id=19334>

¹⁷⁹ Θ.ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ, Διοικητική εκτέλεση, εκτελεστότητα και αναστολή εκτελέσεως διοικητικής πράξεως Ανάδειξη της συμπλοκής μεγεθών επ' αφορμή ρυθμίσεων του άρθρου 46 ν. 3220/2004, Δ, 2004, σε <http://www.kostasbeys.gr/articles.php?s=5&mid=1479&mnu=3&id=20321>.

προσωρινές διαταγές του Προέδρου Πρωτοδικών, υποχρεώνουν τη διοίκηση σε συμμόρφωση, σύμφωνα με το άρθρο 95 παρ.5 του Συντάγματος, με την χορήγηση αναστολής της καταλογιστικής πράξης, αναστέλλεται και η ταμειακή βεβαίωση της οφειλής, και εφόσον ανενεργοποιείται ο νόμιμος τίτλος, κάθε μέτρο αναγκαστικής εκτέλεσης, με συνέπεια οι ως άνω διατάξεις να αντίκεινται στο δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας και στην υποχρέωση συμμόρφωσης της διοικήσεως¹⁸⁰.

- Οι αναστολές που χορηγούσαν τα ΤΔΔ μέχρι την έκδοση του ν.3900/2010

Είναι γεγονός ότι τα ΤΔΔ μέχρι και την έναρξη της υφιστάμενης δημοσιονομικής κρίσης χορηγούσαν αφειδώς αναστολή εκτέλεσης των καταλογιστικών του φόρου πράξεων, δεχόμενα την ανεπανόρθωτη βλάβη του αιτούντος από την άμεση εκτέλεσή τους. Αυτό συνέβαινε για δύο κύριους λόγους: ο πρώτος λόγος συνίστατο στο ότι το κύριο ένδικο βοήθημα προσδιοριζόταν, ενόψει της μεγάλης εκκρεμότητας επί των διοικητικών διαφορών, μετά την πάροδο μακρού χρόνου, και για το λόγο αυτό ο δικαστής μεριμνούσε να μην αφήσει απροστάτευτο το διάδικο από αυτή την παρατεταμένη εκκρεμοδικία, ώστε να αποτραπεί η συντέλεση πραγματικών καταστάσεων κατά τη διάρκεια της εκκρεμοδικίας που δεν θα μπορούσαν να ανατραπούν κατά το χρόνο εκδίκασης του κύριου ένδικου βοηθήματος. Κατά δεύτερο λόγο, στην μεγάλη πλειοψηφία των περιπτώσεων, ο δικαστής δεν παρείχε την αναστολή εκτέλεσης της καταλογιστικής του φόρου πράξης, χωρίς αυτή να είναι νομικά και ουσιαστικά βάσιμη, καθώς με μόνο αποδεικτικό στοιχείο τα εκκαθαριστικά σημειώματα φόρου εισοδήματος και τις υφιστάμενες ληξιπρόθεσμες και απαιτητές οικονομικές υποχρεώσεις του αιτούντος, βάσιμα στοιχειοθετούνταν ο λόγος της ανεπανόρθωτης οικονομικής βλάβης του, ενόψει του ότι, λόγω της αντικειμενικώς διαπιστούμενης εκτεταμένης φοροδιαφυγής το εισόδημα των φυσικών και νομικών προσώπων παρουσιάζεται στις οικείες δηλώσεις χαμηλό, επιπροσθέτως, δε, ο δικαστής δεν διέθετε άλλα οικονομικά στοιχεία για να συνεκτιμήσει την γενική οικονομική κατάσταση του αιτούντος¹⁸¹.

¹⁸⁰ ΣτΕ 4436/2013.

¹⁸¹ Βλ. ΔΕφΛάρισας (Συμβ.) 30/2012, όπου το δικαστήριο έκρινε ότι με μόνο οικονομικό στοιχείο τα εκκαθαριστικά σημειώματα φόρου εισοδήματος των αιτούντων την αναστολή δεν μπορεί να εκτιμήσει και να αποφανθεί για την ανεπανόρθωτη οικονομική βλάβη τους, δεδομένου ότι αυτά εκδόθηκαν μετά από υποβληθείσα δήλωσή τους και χωρίς μεταγενέστερο έλεγχο της ακριβειάς τους, από την φορολογική διοίκηση.

Με το άρθρο 12 παρ. 1 του ν.4051/2012 προστέθηκε νέο εδάφιο στην παράγραφο 2 του άρθρου 203 του ΚΔΔ, σύμφωνα με το οποίο πρέπει, με ποινή απαραδέκτου της ασκήσεως της αίτησης αναστολής, να περιλαμβάνεται σ' αυτήν κατάσταση στην οποία ο αιτών δηλώνει το παγκόσμιο εισόδημα του από κάθε πηγή, καθώς επίσης και την περιουσιακή του κατάσταση στην Ελλάδα και οπουδήποτε στην αλλοδαπή. Αν ο αιτών είναι φυσικό πρόσωπο, στην ανωτέρω κατάσταση συμπεριλαμβάνεται και το παγκόσμιο εισόδημα και η περιουσιακή κατάσταση του ή της συζύγου του και των ανήλικων τέκνων του, ενώ εάν ο αιτών είναι νομικό πρόσωπο, δηλώνεται και το παγκόσμιο εισόδημα από κάθε πηγή, καθώς και η περιουσιακή κατάσταση οπουδήποτε στην Ελλάδα και στην αλλοδαπή συνδεδεμένου νομικού προσώπου με τον αιτούντα, καθώς και των φυσικών προσώπων που σύμφωνα με τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις ευθύνονται ατομικά για τις φορολογικές και τελωνειακές υποχρεώσεις του νομικού προσώπου. Με τις νέες διατάξεις ο δικαστής μπορεί να συνεκτιμήσει σε βάθος πλήθος οικονομικών στοιχείων που αφορούν τον αιτούντα και να κρίνει αν υφίσταται ή όχι ανεπανόρθωτη βλάβη από την εκτέλεση της πράξης¹⁸².

Επομένως αρκούσαν για τον περιορισμό των χορηγούμενων αναστολών, οι νέες αυτές ρυθμίσεις που βοηθούν το έργο του δικαστή ή η θέσπιση σαφέστερων κριτηρίων και προϋποθέσεων για την χορήγηση αναστολής και δεν ήταν απαραίτητη η ανατροπή όλων των δικονομικών κεκτημένων της δίκης της αναστολής.

¹⁸² Για μία αναλυτική παρουσίαση των οικονομικών δεδομένων που συνεκτιμά ο δικαστής, καθώς και των επιστημονικών κριτηρίων που χρησιμοποιεί, προκειμένου να εκτιμήσει αν υφίσταται ανεπανόρθωτη βλάβη του αιτούντος από την εκτέλεση μίας καταλογιστικής πράξης, βλ. *Κ. ΦΩΤΟΥ*, Η εκτίμηση της υλικής βλάβης ως λόγου αναστολής στα πλαίσια της διοικητικής δίκης, *Διδικ*, 2010, σ. 1329 επ.

Η παράδοση τεχνική κατάρτισεως ορισμένων τυπικών νόμων κατά την ΙΕ' Κοινοβουλευτική Περίοδο και η αντίθεσή της στο Σύνταγμα

Νίκος Κ. Παπαδόπουλος , Δικηγόρος, ΔΝ

1. Η Βουλή της ΙΕ' Κοινοβουλευτικής Περιόδου

Σε περίοδο οικονομικής κρίσεως για τη χώρα, αναδείχθηκε από τις εκλογές της 17ης Ιουνίου 2012 η Βουλή της ΙΕ' Περιόδου, η οποία εκδήλωσε την εμπιστοσύνη της σε κυβέρνηση συνεργασίας τριών κομμάτων (δηλαδή της Νέας Δημοκρατίας, του ΠΑ.ΣΟ.Κ. και της Δημοκρατικής Αριστεράς) με πρωθυπουργό τον Αντώνιο Σαμαρά.

Η Βουλή αυτή διαλύθηκε πρόωρα τον Δεκέμβριο 2014 λόγω αδυναμίας εκλογής Προέδρου της Δημοκρατίας και συναφούς προκηρύξεως εκλογών για ανάδειξη νέας Βουλής.

Κατά τους τριάντα (30) περίπου μήνες λειτουργίας της, η Βουλή της ΙΕ' Κοινοβουλευτικής Περιόδου ψήφισε διακόσιους τριάντα τρεις (233) νόμους, συμπεριλαμβανομένων των νόμων που κυρώνουν διεθνείς συμβάσεις κατά το άρθρο 28 του Συντάγματος . Ο πρώτος νόμος που ψηφίσθηκε ήταν ο ν. 4082/2012 (ΦΕΚ Α 187/3.10.2012) και ο τελευταίος νόμος που ψηφίσθηκε ήταν ο ν. 4314/2014 (ΦΕΚ Α 256/23.12.2014).

Τρεις (τουλάχιστον) από τους διακόσιους τριάντα τρεις αυτούς νόμους χαρακτηρίζονται από την παράδοση τεχνική δομή τους , η οποία ανατρέπει τα ειωθότα. Πρόκειται για τους νόμους 4093/2012, 4152/2013 και 4254/2014.

Συγκεκριμένα, οι τρεις αυτοί τυπικοί νόμοι δεν διαιρούνται σε διακριτές δομικές μονάδες υπό την ονομασία **άρθρα**, τα οποία αφενός διαιρούνται σε **παραγράφους** και αφετέρου συγκροτούν **κεφάλαια**. Αντιθέτως, αν προσπαθήσουμε να ανεύρουμε τη δομική μονάδα των νομοθετημάτων αυτών θα την εντοπίσουμε υπό την ονομασία **“υποπαράγραφος”** , δηλαδή υποδιαίρεση της παραγράφου. Δηλαδή, ο ιστορικός νομοθέτης της ΙΕ' Κοινοβουλευτικής Περιόδου επέλεξε να ονομάσει τη δομική μονάδα αυτών των τυπικών νόμων “υποπαράγραφο” αντί άρθρου και συναφώς όρισε ότι οι υποπαράγραφοι συγκροτούν “παραγράφους”, οι οποίες με βάση τα ειωθότα είναι κεφάλαια του νομοθετήματος. Οι “παραγράφοι” του νομοθετήματος συγκροτούν άρθρα (δύο άρθρα ο ν. 4093/12, ένα άρθρο ο ν. 4152/2013, τρία άρθρα ο ν. 4254/2014) , τα οποία πλαισιώνονται από την ακροτελεύτια διάταξη του

νομοθετήματος που ως άρθρο- “άρθρο” (μη διαιρούμενο σε “παραγράφους” και “υποπαραγράφους”) ορίζει την ημερομηνία ενάρξεως του νόμου¹.

Καθιερωμένη τεχνική κατάρτισης νομοθετήματος	Η νεοτεριστική τεχνική κατάρτισης ορισμένων τυπικών νόμων κατά την ΙΕ' κοινοβουλευτική περίοδο
Μέρος	Κεφάλαιο
Τμήμα	Άρθρο
Κεφάλαιο	Παράγραφος
Άρθρο	Υποπαραγράφος
Παράγραφος	Αριθμημένο τμήμα που δεν κατονομάζεται η ονομάζεται άρθρο
εδάφιο	Εδάφιο ή παράγραφος κλπ

2. Ειδικότερα επί της δομής των εξεταζομένων τριών τυπικών νόμων

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” (ΦΕΚ Α' 222/2012) αποτελείται από τρία άρθρα. Το άρθρο πρώτο του νόμου αυτού καταλαμβάνει ενενήντα οκτώ (98) σελίδες στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (σελ. 5525-5623) . Το άρθρο αυτό διαιρείται σε δεκαπέντε παραγράφους (Α-ΙΕ)², καθεμία

1 Βλ. και Ν. Παπαδόπουλος: Στοιχεία Δημοσίου και Φορολογικού Δικαίου (2014) σελ. 10-11.

2 Κάθε “πάραγραφος” αριθμείται με κεφαλαία γράμματα του αλφαβήτου και έχει τίτλο με κεφαλαία γράμματα. Με την Παράγραφο Α' εγκρίνεται το Μεσοπρόθεσμο Πλαίσιο Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016. Με την Παράγραφο Β' ρυθμίζονται συνταξιοδοτικά θέματα του Δημοσίου. Με την Παράγραφο Γ' ρυθμίζονται θέματα Γενικής Γραμματείας Δημοσιονομικής Πολιτικής (μισθολογικά ζητήματα του δημοσίου τομέα, πληρωμή δαπανών ,αποπληρωμή δανείων Ο.Τ.Α. Με την Παράγραφο Δ' ρυθμίζονται θέματα του Ταμείου Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας και θέματα αποκρατικοποιήσεων. Με την Παράγραφο Ε' θεσπίζεται ο Κώδικα Φορολογικής Απεικόνισης Συναλλαγών (υποπαρ. Ε1) στη θέση του καταργούμενου Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων (π.δ. 186/1992) , ιδρύεται Γενική Γραμματεία Εσόδων στο Υπουργείο Οι κονομικών , αυξάνεται ο ειδικός φόρος κατανάλωσης ενεργειακών προϊόντων και τροποποιούνται οι διατάξεις του ειδικού φόρου κατανάλωσης των βιομηχανοποιημένων καπνών (Ε.3), τροποποιούνται ρυθμίσεις του Κώδικα Φόρου Προστιθέμενης Αξίας (Ε.4), τροποποιείται η νομοθεσία που αφορά τους εκτελωνιστές (Ε.5), τους ορκωτούς εκτιμητές (Ε.6), τα τέλη κυκλοφορίας αυτοκινήτων (Ε.7). Με την Παράγραφο ΣΤ' ρυθμίζονται θέματα αρμοδιότητας Υπουργείου Εσωτερικών (μείωση συμβούλων-συνεργατών των αιρετών ΟΤΑ, μείωση αντιμισθίας Προέδρων Δημοτικών και Περιφερειακών Συμβουλίων, αναστολή προσλήψεων και διορισμών στους ΟΤΑ, παραχώρηση δικαιώματος χρήσης των κοινόχρηστων χώρων και κτιρίων των ΟΤΑ και των θυγατρικών ν.π.δ.δ. ίδρυση Παρατηρητηρίου Οικονομικής Αυτοτέλειας των ΟΤΑ). Με την Παράγραφο Ζ' θεσπίζονται ρυθμίσεις αρμοδιότητας Υπουργείου Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης (υποχρεωτική μετάταξη -μεταφορά προσωπικού του ευρύτερου δημόσιου τομέα, τη διαθεσιμότητα υπαλλήλων των οποίων οι οργανικές θέσεις καταργούνται, αργία υπαλλήλου στο πλαίσιο πειθαρχικής και ποινικής διαδικασίας, κατάργηση οργανικών θέσεων , περιορισμοί προσλήψεων στο Δημόσιο και τον περιορισμό θέσεων μετακλητών υπαλλήλων κατά 20%, καθιέρωση τριετούς διάρκειας ισχύος των πινάκων διοριστέων του ΑΣΕΠ). Με την Παράγραφο Η' τροποποιείται η νομοθεσία περί Γενικού Εμπορικού Μητρώου (Η.1), εισάγονται

από τις οποίες διαιρείται σε υποπαραγράφους³. Από τις υποπαραγράφους άλλες διαιρούνται σε αριθμημένα με μικρά γράμματα αλφαβήτου τμήματα και άλλες σε αριθμημένες με (αραβικούς) αριθμούς τμήματα, ενώ υπάρχουν και υποπαραγράφοι βραχείας εκτάσεως⁴. Χαρακτηριστικό είναι ότι με την “παράγραφο” 1 της υποπαραγράφου Ε.1 θεσπίζεται ο Κώδικας Φορολογικής Απεικόνισης Συναλλαγών, εκτάσεως 15 σελίδων (σελ. 5544-5559). Το άρθρο δεύτερο περιέχει εννέα (9) αριθμημένες συνήθειες παραγράφους (χωρίς να καταγράφεται στο κείμενο του νόμου η ονομασία παράγραφος), συνολικής εκτάσεως περίπου δύο σελίδων (σελ. 5623-5624) και στη συνέχεια στο ίδιο άρθρο ενσωματώνεται ως Παράρτημα Ι το “Μεσοπρόθεσμο Πλαίσιο Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016” το οποίο περιέχει πίνακες (καταναμημένους σε κεφάλαια Α'-Γ'), για να ακολουθήσουν ως παραρτήματα ΙΙΙ, ΙV και V τοπογραφικά σχεδιαγράμματα. Το άρθρο τρίτο, ως ακροτελεύτια διάταξη, ορίζει την έναρξη ισχύος του νόμου. Το νομοσχέδιο αυτό ψηφίσθηκε με τη διαδικασία του κατεπείγοντος. Προβλήθηκε κατά την έναρξη της ψηφοφορίας ένσταση αντισυνταγματικότητας, η οποία απορρίφθηκε κατά πλειοψηφία (ΝΑΙ 47, ΟΧΙ 170)⁵. Η υποπαραγράφος Β1 του ν. 4093/2012 περιέχει συνταξιοδοτικές διατάξεις του δημοσίου και συνεπώς, σύμφωνα με το άρθρο 73§2 εδ. γ' του Συντάγματος, το οποίο ορίζει ότι “τα νομοσχέδια για συντάξεις πρέπει να είναι ειδικά· δεν επιτρέπεται με ποινή την ακυρότητα, να αναγράφονται διατάξεις για συντάξεις σε νόμους που αποσκοπούν στη ρύθμιση άλλων θεμάτων” δεν μπορούσε να συμπεριληφθεί σε ένα νομοσχέδιο που ρυθμίζει τόσα πολλά και τόσο διαφορετικά

ρυθμίσεις για την εκμίσθωση επιβατηγών Ι.Χ. με οδηγό (Η.2), για τη διάθεση παρασκευασμάτων βρεφικής ηλικίας (Η.3), τη διάθεση προϊόντων καπνού από υπεραγορές τροφίμων (Η.4), τροποποιείται η νομοθεσία που διέπει το επάγγελμα του λογιστή φοροτεχνικού (Η.5), και ρυθμίζονται άλλα θέματα αρμοδιότητας του Υπουργείου Ανάπτυξης (Η.6). Με την Παράγραφο Θ' ρυθμίζονται θέματα αρμοδιότητας Υπουργείου Παιδείας (ιδίως θέματα Ειδικού Λογαριασμού Κονδυλίων Έρευνας, διαγωνισμών Α.Σ.Ε.Π. εκπαιδευτικών διαγωνισμού κλπ). Με την Παράγραφο Ι' ρυθμίζονται θέματα του Υπουργείου Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής. Με την Παράγραφο ΙΑ' ρυθμίζονται θέματα αρμοδιότητας του Ο.Α.Ε.Δ. και θεσπίζονται ασφαλιστικές και συνταξιοδοτικές διατάξεις φορέων αρμοδιότητας του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας (μέτρα κοινωνικής πολιτικής μακροχρόνιων ανέργων, ενιαίο επίδομα στήριξης τέκνων, αύξηση ορίου ηλικίας συνταξιοδότησης, μείωση του ποσού εφάπαξ βοηθήματος, νέο σύστημα διαμόρφωσης νόμιμου κατώτατου μισθού-ημερομισθίου). Με την Παράγραφο ΙΒ' καταργούνται περιορισμοί που αφορούν ιατρικά και συναφή επαγγέλματα. Με την Παράγραφο ΙΓ' τροποποιείται το άρθρο 66 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (τριακονθήμερη προθεσμία προσφυγής στις φορολογικές και τελωνειακές διαφορές). Με την Παράγραφο ΙΔ' καταργούνται περιορισμοί στο επάγγελμα του ξεναγού, στην ίδρυση και λειτουργία Πρακτορείου Εφημερίδων και Περιοδικών, απελευθερώνονται οι δραστηριότητες πώλησης και διακίνησης εντύπων και επιβάλλεται η καταβολή «συνεισφοράς» στην ελληνική οικονομία, ύψους τουλάχιστον 140.000.000 €, από την «ελληνική ναυτιλιακή κοινότητα», με βάση «συνυποσχετικό» με την Κυβέρνηση. Με την Παράγραφο ΙΕ' εναρμονίζεται εκ νέου η εσωτερική νομοθεσία περί μισθωμένων οχημάτων στις οδικές εμπορευματικές μεταφορές προς τη σχετική ευρωπαϊκή Οδηγία 2006/1/ΕΚ.

3 Οι “υποπαραγράφοι” αριθμούνται με το γράμμα της “παραγράφου” στην οποία ανήκουν και την προσθήκη ενός (αραβικού αριθμού) π.χ. ΥΠΟΠΑΡΑΓΡΑΦΟΣ Β.2.

4 Λ.χ. Η υποπαραγράφος β.4 (και όχι Β.4) έχει έκταση τεσσάρων μόνο σειρών (κατάργηση επιδομάτων Χριστουγέννων, Πάσχα και αδειας για τους εργαζομένους στον δημόσιο τομέα), ενώ η υποπαραγράφος Γ1 που επιγράφεται “ΜΙΣΘΟΛΟΓΙΚΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΤΟΜΕΑ” καταλαμβάνει δέκα (10) σελίδες, βλ. σελ. 5528-5538.

5 Βλ. Πρακτικά Βουλής ΙΕ' Περιόδου, συνεδρίαση ΞΕ/7-11-2012, σελ. 4045-4056.

θέματα⁶. Για την ψήφιση του νόμου αυτού κατ' αρχήν , του άρθρου μόνου και μίας τροπολογίας διεξάχθηκε ονομαστική ψηφοφορία και ο νόμος έγινε δεκτός κατά πλειοψηφία (153ΝΑΙ, 128ΟΧΙ, 18 ΠΑΡΩΝ και στις τρεις ψηφοφορίες)⁷.

Ο ν. 4152/2013 “Επείγοντα μέτρα εφαρμογής των νόμων 4046/2012, 493/2012 και 4127/2913” (ΦΕΚ Α 107/9-5-2013) αποτελείται από δύο άρθρα, από τα οποία το πρώτο καταλαμβάνει πενήντα μία (51) σελίδες, ενώ το δεύτερο αποτελείται από τρεις σειρές (που ορίζουν την ημερομηνία ενάρξεως της ισχύος του νόμου). Το νομοσχέδιο εισήχθη στη Βουλή με τη διαδικασία του κατεπείγοντος. Υποβλήθηκε ένσταση αντισυνταγματικότητας από την αντιπολίτευση, η οποία απορρίφθηκε κατά πλειοψηφία, ύστερα από ψηφοφορία δι' εγέρσεως⁸. Για την ψήφιση του άρθρου πρώτου διεξάχθηκε ονομαστική ψηφοφορία και το άρθρο έγινε δεκτό κατά πλειοψηφία (168 ΝΑΙ, 123 ΟΧΙ, 1 ΠΑΡΩΝ)⁹. Η δομή του άρθρου θα ήταν η καθιερωμένη εάν κάθε παράγραφος οριζόταν ως κεφάλαιο διαιρούμενο σε αριθμούμενα άρθρα, αντί σε “υποπαραγράφους”, τα οποία άρθρα θα ήταν συνολικώς 156 . Δηλαδή η δομή του νόμου αυτού θα ήταν η παραδεδεγμένη , εφόσον καθεμία από τις κατονομαζόμενες ως “υποπαραγράφους” (ήτοι από τις συνολικώς 154 διαιρέσεις των παραγράφων) ήταν αριθμημένο άρθρο , όπως επίσης αριθμημένο άρθρο να ήταν η παράγραφος ΙΒ που δεν διαιρείται σε υποπαραγράφους, και φυσικά το άρθρο δεύτερο που θα λάμβανε τον αριθμό 156.

Ο ν. 4254/2014 “Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 4046/2012 και άλλες διατάξεις” (ΦΕΚ Α 85/7.4.2014) αποτελείται από τέσσερα άρθρα, εκ των οποίων το άρθρο πρώτο καταλαμβάνει 88 σελίδες και αποτελείται από 17 παραγράφους, το άρθρο δεύτερο καταλαμβάνει 11 σελίδες και αποτελείται από 3 παραγράφους, το άρθρο τρίτο αποτελείται από πέντε παραγράφους και καταλαμβάνει 9 σελίδες, ενώ το άρθρο τέταρτο (βραχύτατης εκτάσεως ορίζει απλώς την ημερομηνία ενάρξεως του νόμου). Η δομή του νόμου είναι άξια συν τοις άλλοις της μομφής της προχειρότητας, δεδομένου ότι ορισμένες παράγραφοι κατά τρόπο όχι πάντοτε εξηγήσιμο δεν διαιρούνται σε υποπαραγράφους (9 από τις συνολικώς 25 υποπαραγράφους) και τουλάχιστον δύο παράγραφοι δεν διαιρούνται σε κατονομαζόμενες υποπαραγράφους, αλλά σε αριθμημένα διαιρετά τμήματα . Ο ιστορικός νομοθέτης δεν τήρησε ούτε τη νεοτεριστική και παράδοξη τεχνική που κατ' εξαίρεση ο ίδιος εισήγαγε και ως προς τον ν. 4254/2014 όσο και ως προς τους ν. 4093/2012 και 4152/2013 .

6 Το θέμα αυτό έθεσε ενώπιον της Ολομέλειας της Βουλής η βουλευτής Χ. Γιαταγάνα αναπτύσσοντας την ένσταση αντισυνταγματικότητας του νομοσχεδίου που υπέβαλαν βουλευτές του κόμματος “Ανεξάρτητοι Έλληνες” βλ. Πρακτικά Βουλής ΙΕ' Περιόδου, συνεδρίαση ΞΕ/7-11-2012 σελ. 4032

7 Βλ. Πρακτικά Βουλής ΙΕ' Περιόδου, συνεδρίαση ΞΕ/7-11-2012, σελ. 4158-4168.

8 Βλ. Πρακτικά Βουλής, Συνεδρίαση ΡΟΕ/28-4-2013 (ημέρα Κυριακή) σελ. 11340,11342-11347.

9 Βλ. Πρακτικά Βουλής, Συνεδρίαση ΡΟΕ/28-4-2013 (ημέρα Κυριακή) σελ. 11446.

3. Κοινά χαρακτηριστικά της παρόδοξης τεχνικής

Και τα τρία νομοσχέδια εισήχθησαν με τη διαδικασία του κατεπείγοντος , σύμφωνα με το άρθρο 71§4 του Συντάγματος, το οποίο ορίζει ότι “*Νομοσχέδιο ή πρόταση νόμου που χαρακτηρίζεται από την Κυβέρνηση κατεπείγον εισάγεται για ψήφιση, ύστερα από περιορισμένη συζήτηση σε μια συνεδρίαση, από την Ολομέλεια ή το κατά το άρθρο 71 Τμήμα, όπως ορίζει ο Κανονισμός της Βουλής*”¹⁰ και το άρθρο 109 του Κανονισμού της Βουλής.

Η δομή νομοθετήματος που διαιρείται σε μικρό αριθμό άρθρων , τα οποία δηλώνονται όχι με αριθμό αλλά με τακτικό αριθμητικό επίθετο (πρώτο, δεύτερο, τρίτο κλπ) είναι συνήθης στους τυπικούς νόμους, με τους οποίους κυρώνονται κώδικες ή διεθνείς συμβάσεις ή πράξεις νομοθετικού περιεχομένου. Έτσι λ.χ. είναι συνήθης ολόκληρος ο κώδικας να καταλαμβάνει το άρθρο πρώτο ενός νόμου , ενώ στο άρθρο δεύτερο, που έχει θέση ακροτελεύτιας διατάξεως, να ορίζεται η έναρξη ισχύος του νόμου. Η τακτική αυτή είναι παγιωμένη και υπάρχει ειδική νομοθετική διαδικασία για την κύρωση των κωδίκων¹¹ , την κύρωση των διεθνών συνθηκών ή συμβάσεων¹² και την κύρωση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου¹³. Η μη ψήφιση των άρθρων των κωδίκων ξεχωριστά, αλλά η ψήφιση ολόκληρου του κώδικα ως άρθρου υπαγορεύεται από το ότι το κείμενα των κωδίκων τυγχάνουν πριν από την ψήφισή τους ενδελεχούς και μακροχρόνιας επεξεργασίας από ειδικές νομοπαρασκευαστικές επιτροπές συγκροτημένες από ειδήμονες¹⁴ και εξάλλου οι κανόνες που κωδικοποιούνται προϋπάρχουν της κωδικοποίησης. Αναφορικά με τις διεθνείς συμβάσεις, το περιεχόμενό τους διαμορφώνεται από πολιτικούς εκπροσώπους και διπλωμάτες των συμβαλλομένων κρατών , ενώ οι πράξεις νομοθετικού περιεχομένου εκδίδονται κατ' εξαίρεση (“σε περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης”, κατά τη διατύπωση του άρθρου 44§1Σ) από τον αρχηγό του Κράτους, ύστερα από πρόταση της Κυβερνήσεως.

Στην περίπτωση όμως της ψηφίσεως των προαναφερθέντων τυπικών νόμων, που δεν είναι ούτε κώδικες ούτε διεθνείς συμβάσεις ούτε πράξεις νομοθετικού περιεχομένου, η παράλειψη ψηφίσεώς τους κατ' άρθρον (δεδομένου ότι στην πραγματικότητα οι κατονομαζόμενες “υποπαράγραφοι” ήταν τα άρθρα του νομοθετήματος), πρακτική που τηρήθηκε κατά τη θέσπιση και των τριών προαναφερθέντων τυπικών νόμων, συνιστά παραβίαση της παραδεδεγμένης νομοπαραγωγικής διαδικασίας, όπως αυτή κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα.

Η επιλογή αυτή αντιβαίνει ευθέως στο άρθρο 76§1 του Συντάγματος, που ορίζει ότι “*Κάθε νομοσχέδιο και κάθε πρόταση νόμου συζητείται και ψηφίζεται μία μόνο φορά, καταρχήν, κατ' άρθρο και στο σύνολο με την εξαίρεση των περιπτώσεων που προβλέπονται στην παράγραφο 4 του άρθρου 72*”. Με τον όρο “άρθρο” , που είναι

10 Βλ. Π. Παραράς: Σύνταγμα 1975-Corpus II ,άρθρα 51-80 (1985) σελ. 417 επ.

11 Βλ. άρθρο 111 του Κανονισμού της Βουλής.

12 Βλ. άρθρο 112 του Κανονισμού της Βουλής.

13 Βλ. άρθρο 113 του Κανονισμού της Βουλής.

14 Βλ. Παραράς ο.π. σελ. 433επ.

νομικός τεχνικός όρος, δηλώνεται η γνωστή δομική μονάδα κάθε νομοθετήματος. Άρθρο είναι ένα τμήμα του γραπτού νομοθετήματος, περιορισμένης οπωσδήποτε εκτάσεως και αποτελούμενο από διατάξεις που περιέχουν κανόνες δικαίου, οι οποίοι έχουν μεταξύ τους λογική συνάφεια ώστε να συναποτελέσουν μία ενότητα υπό κοινή ονομασία (τον τίτλο του άρθρου). Το άρθρο ως τμήμα γραπτού λόγου-κειμένο μπορεί να διαιρείται σε παραγράφους, σύμφωνα με τους κανόνες της γραμματικής. Οι παράγραφοι αποτελούνται από μία ή περισσότερες περιόδους ή -κατ' άλλη ονομασία που επικράτησε στη νομική ορολογία- εδάφια, δηλαδή τμήματα του γραπτού λόγου που ξεκινούν με κεφαλαίο γράμμα (ύστερα από τελεία) και τελειώνουν σε τελεία ή έστω σε άνω τελεία. Πόσες παραγράφους μπορεί να έχει ένα άρθρο δεν μπορεί να ορισθεί, αλλά πάντως δεν μπορεί οι παράγραφοί του να μετριοούνται σε δεκάδες. Επίσης, δεν μπορεί να ορισθεί πόσες περιόδους-εδάφια μπορεί να έχει μία παράγραφος, αλλά και πάλι οι περίοδοι μιας παραγράφου δεν μπορεί να μετριοούνται σε δεκάδες. Θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε, με βάση τους κανόνες της γραμματικής και για το εύληπτο του κειμένου, ότι ο αριθμός των παραγράφων ενός άρθρου ή των περιόδων μιας παραγράφου είναι μονός αριθμός ή πάντως αριθμός που δεν υπερβαίνει κατά πολύ τη δεκάδα ή έστω κατά εσχάτη παραχώρηση τις δύο δεκάδες.

Όλα τα παραπάνω, η τεχνική κατάστρωση των προαναφερθέντων τυπικών νόμων εσκεμμένα τα παρέκαμψε.

Επίσης, κατά τη διαδικασία θεσπίσεως των προαναφερθέντων τυπικών νόμων παρακάμφθηκε το εδάφιο β' του άρθρου 74§5 του Συντάγματος που ορίζει *“Νομοσχέδιο ή πρόταση νόμου που περιέχει διατάξεις άσχετες με το κύριο αντικείμενό τους δεν εισάγεται για συζήτηση”*. Εν προκειμένω, στους τρεις προαναφερθέντες τυπικούς νόμους συμφύρονται διατάξεις τόσο διαφορετικής ύλης που τίθεται ανυπέρβλητο το πρόβλημα προσδιορισμού του κυρίου αντικείμενου του νομοσχεδίου, αλλά όποιο κι αν θεωρηθεί ως τέτοιο δεν μπορεί να συμπεριλάβει άπασες τις διατάξεις των τριών νομοσχεδίων. Πάντως, ο έλεγχος της τηρήσεως της απαγορευτικής αυτής διατάξεως ανατίθεται στην ίδια τη Βουλή, η οποία αποφαινεται σε περίπτωση αμφισβήτησης, σύμφωνα με το άρθρο 74§5 εδ. στ'Σ¹⁵.

4. Αναζήτηση του αρμοδίου να επιληφθεί για την αντισυνταγματικότητα

Δεν χωρεί αμφιβολίας ότι κατά τη διαδικασία θεσπίσεως του ν. 4093/2012, του ν. 4152/2013 και του ν. 4254/2014 παραβιάστηκαν διαδικαστικοί κανόνες του Συντάγματος, πρωτίστως το άρθρο 76§1Σ (που αποτελεί το κύριο αντικείμενο της παρούσας εργασίας), το άρθρο 73§5εδ. β' και αναφορικά με την υποπαράγραφο Β1 του ν. 4093/2012 παραβιάστηκε και το άρθρο 73§2εδ.γ' Σ.

Από την ελλιπή ψήφιση των παραπάνω νομοσχεδίων, κατά παράβαση του άρθρου 76§1Σ, επλήγη η ιδιότητα του νόμου ως εκφράσεως της γενικής βουλήσεως και προϊόντος του Ορθού Λόγου.

15 Βλ. Κ. Χρυσόγονος: Συνταγματικό Δίκαιο (2014) σελ. 479-480, όπου αναφορά (μόνο) στον ν. 4093/2012.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του Συντάγματος που καθιερώνουν τον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων (93§4, 87§2Σ), τα δικαστήρια κατά τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων περιορίζονται στην ουσιαστική συνταγματικότητα των νόμων και στη διαπίστωση της ύπαρξης των αναγκαίων εξωτερικών στοιχείων για το υποστατό του νόμου και δεν μπορούν να εισέλθουν σε ζητήματα εσωτερικής τυπικής συνταγματικότητας, τα οποία κατά την παγίως χρησιμοποιούμενη έκφραση είναι *interna corporis* (εσωτερικά του σώματος)¹⁶.

Ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας έχει την αρμοδιότητα, κατ' άρθρον 42§1Σ, να αναπέμψει στη Βουλή νομοσχέδιο που έχει ψηφισθεί από αυτή, εκθέτοντας και τους λόγους της αναπομπής. Η παράβαση του άρθρου 76§1Σ θα μπορούσε να αποτελέσει λόγο αναπομπής των παραπάνω νομοσχεδίων από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας στη Βουλή, πλην όμως ποτέ από τη θέσπιση του ισχύοντος Συντάγματος ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας δεν άσκησε την αρμοδιότητά του περί αναπομπής ψηφισμένου νομοσχεδίου στη Βουλή.

5. Οι λόγοι παρακάμψεως των διαδικαστικών κανόνων του Συντάγματος

Έχοντας την πεποίθηση η Κυβέρνηση και η κοινοβουλευτική πλειοψηφία ότι ούτε η Δικαιοσύνη ούτε ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας δεν πρόκειται να προβούν σε έλεγχο της συνταγματικότητας αυτής της αντισυνταγματικής δομής του κειμένου του νόμου, παρέκαμψε τον διαδικαστικό κανόνα του άρθρου 76§1 (αλλά όπως προαναφέρθηκε και αυτούς των 73§5εδ. β' και του 732εδ.γ' Σ) και μάλιστα κατ' επανάληψη (μία φορά κάθε ημερολογιακό έτος, από τα τρία που διάρκεσε η ΙΕ' Κοινοβουλευτική Περίοδος).

Η παράκαμψη αυτή οφείλεται σε λόγους πολιτικούς, οι οποίοι δέον να αναφερθούν.

Δεν υπάρχει καμία αμφιβολία, αλλά αντιθέτως προκύπτει από τις αιτιολογικές εκθέσεις των προαναφερθέντων νόμων και τα πρακτικά της Βουλής, ότι το περιεχόμενο των νομοθετημάτων αυτών υπαγορεύθηκε από τις διαπραγματεύσεις της Κυβέρνησης (η οποία άσκησε τη νομοθετική πρωτοβουλία, κατ' άρθρον 73§1Σ) με τους εκπροσώπους των δανειστών της χώρας, δηλαδή τις χώρες-μέλη της ζώνης του ευρώ, την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα και το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο, που συγκρότησαν τον μηχανισμό στήριξης της ελληνικής οικονομίας την άνοιξη (;) του 2010. Κατά την πολιτική εκτίμηση, λοιπόν της Κυβέρνησης έπρεπε να ψηφισθούν συνολικώς τα νομοθετήματα αυτά, οπότε η συζήτησή και ψήφισή τους κατ' άρθρον, δηλαδή κατά “υποπαράγραφο” θα είχε ενδεχομένως ως συνέπεια κάποια άρθρα (“υποπαράγραφοι”) να μην λάβουν κατά την επιβαλλομένη συνταγματικώς ψηφοφορία την απαιτούμενη πλειοψηφία.

16 Βλ. Γ. Γεραπετρίτης: Σύνταγμα και Βουλή-Αυτονομία και ανέλεγκτο των εσωτερικών του σώματος (2012) in globo και ιδίως σελ. 236-241 (όπου συμπεράσματα).

Το κοινωνικώς δυσμενές περιεχόμενο ορισμένων διατάξεων θα οδηγούσε ορισμένους βουλευτές της συμπολιτεύσεως να μην ψηφίσουν συγκεκριμένες διατάξεις, πράγμα που θα προκαλούσε τριγμούς στην κυβέρνηση, διότι εμμέσως πλην σαφώς θα έθετε ζήτημα εμπιστοσύνης της Βουλής προς την Κυβέρνηση αλλά και διατάραξη της συνεργασίας των τριών κομμάτων (αναφορικά με την ψήφιση του ν. 4093/12 και του ν. 4152/13) και των δύο κομμάτων έπειτα (αναφορικά με την ψήφιση του ν. 4254/2014).

6. Οι δυσμενείς συνέπειες

Είναι αναμφισβήτητο ότι η παράδοση τεχνική καταστρώσεως αυτών των τριών τυπικών νόμων δεν οφείλεται σε λόγους ... αισθητικής, αλλά είναι απότοκη πολιτικής πίεσεως σε συνθήκες κρίσεως.

Και βεβαίως, η παράδοση τεχνική καταστρώσεως αυτών των τριών τυπικών νόμων είναι δηλωτική της δικαιικής κρίσεως στην οποία περιήλθε η έννομη τάξη μας ως συνέπεια της οικονομικής κρίσεως.

Υποβαθμίσθηκε η συζήτηση στη Βουλή, λογικώς προηγούμενη της ψηφοφορίας, και υποβαθμίσθηκε ο ρόλος της Βουλής ως θεσμικού κέντρου διαλόγου.

Δεν πρέπει να υποτιμηθεί ότι σε επίπεδο εφαρμογής του νόμου, η παράδοση δομή των παραπάνω νομοθετημάτων είναι προβληματική. Η εύρεση και επίκληση από τον εφαρμοστή-ερμηνευτή του εφαρμοστέου κανόνα στις πραγματικές συνθήκες είναι άκρως δυσχερής. Η παράδοση αυτή δομή των προαναφερθέντων νομοθετημάτων δημιουργεί σύγχυση και αμφιβολίες.

7. Υπάρχει ευθύνη για αυτή την παραβίαση του Συντάγματος;

Παραδόξως στη χώρα μας τουλάχιστον τις τελευταίες δεκαετίες οι πολιτικοί μας ταυτίζουν την πολιτική ευθύνη με τη μη ευθύνη. Έχει επικρατήσει η αντίληψη ότι αυτός που ευθύνεται πολιτικώς, δεν ευθύνεται καθόλου. Ωστόσο, η πρωτίστως πολιτική ευθύνη για αυτήν την παραβίαση του Συντάγματος είναι υπαρκτή και καθίσταται ορατή τελικώς και συν τοις άλλοις από μία απλή ανάγνωση των αποτελεσμάτων των εκλογών της 25-1-2015¹⁷.

Μια νεότερη ανάγνωση των διατάξεων του Συντάγματος περί ευθύνης των υπουργών θα μπορούσε ενδεχομένως να αναδείξει ζήτημα ποινικής ευθύνης των προτεινόντων μελών της προηγούμενης Κυβερνήσεως, όχι βεβαίως a priori, αλλά εφόσον υπάρχουν ενδείξεις ότι συντρέχουν και τα άλλα στοιχεία της αντικειμενικής υποστάσεως ποινικών αδικημάτων. Φυσικά πλήθος λόγων άρσεως του αδικού ή του καταλογισμού θα μπορούσαν να προβληθούν.

Ποινική ευθύνη, οπωσδήποτε, δεν υπέχουν οι βουλευτές που ψηφισαν τα παραπάνω νομοσχέδια, δεδομένου ότι “ο βουλευτής δεν καταδιώκεται ούτε

17 Στις εκλογές της 25-1-2015 τα τρία κυβερνώντα κόμματα της ΙΕ' Κοινοβουλευτικής Περιόδου είδαν τα ποσοστά τους, αλλά και την κοινοβουλευτική δύναμή τους να συρρικνώνονται.

εξετάζεται με οποιονδήποτε τρόπο για γνώμη ή ψήφο που έδωσε κατά την άσκηση των βουλευτικών καθηκόντων”, σύμφωνα με το άρθρο 61§1Σ.

Τελικώς, όμως, υπάρχει κενό δικαίου. Ποιος θα επιβάλλει την τήρηση του Συντάγματος στις περιπτώσεις εισαγωγής νομοτεχνικών “εξαμβλωμάτων”, κατά καταστρατήγηση των διαδικαστικών διατάξεων θεσπίσεως τυπικών νόμων από τη Βουλή; Υπάρχουν διαφορετικές απαντήσεις ως προς το ερώτημα αυτό, όπως η ανάθεση της αρμοδιότητας αυτής σε νέα όργανα, όπως θα ήταν ένα Συνταγματικό Δικαστήριο¹⁸ ή η Γερουσία¹⁹, ή σε ήδη υφιστάμενα όργανα όπως λ.χ. η Ολομέλεια ενός Ανώτατου Δικαστηρίου²⁰. Τη λύση θα μπορούσε να δώσει η ενεργοποίηση της αρμοδιότητας αναπομπής από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας ψηφισμένου νομοσχεδίου στη Βουλή, αλλά η μακροχρόνια αχρησία της αρμοδιότητας αυτής σε συνδυασμό με την πολιτική και επιστημονική αμφισβήτηση του εύρους και της σκοπιμότητας της αρμοδιότητας αυτής θα προϋπέθετε την αναθεώρηση του άρθρου 42§1Σ προς την κατεύθυνση της πλαισιώσεως-επικουρίας του Προέδρου της Δημοκρατίας από ένα προτείνον συλλογικό όργανο π.χ. του ειδικού δικαστηρίου του άρθρου 99Σ. Σε μια μελλοντική αναθεώρηση του Συντάγματος το ειδικό αυτό ζήτημα πρέπει να αποτελέσει αντικείμενο ευρέος επιστημονικού, πολιτικού και κοινωνικού διαλόγου.

Σε κάθε περίπτωση, επιβάλλεται να εκφράσουμε την ευχή να μην εμφανισθούν ξανά στην ελληνική έννομη τάξη νομοθετήματα με αυτή την παράδοξη δομή.

18 Βλ. ενδ. Γ. Κασιμάτης: Συνταγματική Δικαιοσύνη (1999).

19 Βλ. Α. Δερβιτσιώτης: Η ίδρυση Γερουσίας, ΕΔΔΔ 2013 σελ. 291 επ.

20 Βλ. Γεραπετρίτης ο.π. σελ. 181.

Υπόθεση Essent: Αγορά Ενέργειας: μια υπόθεση ιδιωτική ή δημόσια;

Παζαρζή Ιωάννα, L.L.M. Νομικής Αθηνών, Δικηγόρος

I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Ο διάλογος για τον δημόσιο ή μη χαρακτήρα των ενεργειακών υποδομών έχει αποτελέσει μία διαρκή, συνεχή συζήτηση, με πολλές διαφορετικές και αντικρουόμενες απόψεις. Με βάση την ευρωπαϊκή νομοθεσία και νομολογία των τελευταίων ετών, και ειδικότερα με την πιο πρόσφατη Τρίτη¹ δέσμη μέτρων για την ενέργεια, με την οποία ολοκληρώθηκε η επίπονη και μακρά προσπάθεια για την απελευθέρωση της αγοράς ενέργειας, πολλά κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχουν αναδιαμορφώσει τη νομοθεσία τους όσον αφορά το δημόσιο ή ιδιωτικό χαρακτήρα της αγοράς ενέργειας, σε οποιαδήποτε έκφρασή της, είτε στην διαχείριση και την μεταφορά, στην παραγωγή, στην προμήθεια, στη διανομή κ.ο.κ. Φυσικά, ο προβληματισμός γύρω από τον δημόσιο ή τον ιδιωτικό έλεγχο των ενεργειακών υποδομών έχει κατακριθεί και από πολλές ευρωπαϊκές χώρες².

Στην Ελλάδα παρατηρούμε μια σταδιακή εξέλιξη σε αυτό το επίπεδο. Με το νόμο 4001/2011, η Ελλάδα υιοθέτησε το πακέτο της Τρίτης Δέσμης μέτρων, και στο πλαίσιο της απελευθέρωσης της αγοράς ενέργειας προέβη σε πολλές μεταρρυθμίσεις στον τομέα αυτό. Σε επίπεδο φορέα διαχείρισης, στη χώρα μας προϋπήρχε ο νόμος 3631/2008³, ο οποίος, μεταξύ άλλων, διατηρούσε υπό δημόσιο έλεγχο τις ενεργειακές υποδομές και απαγόρευε την απόκτηση από ιδιώτες ποσοστού άνω του 20%⁴. Ωστόσο, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή προσέφυγε κατά της χώρας μας θεωρώντας ότι παραβιαζόταν η ενωσιακή ελευθερία κίνησης κεφαλαίων που κατοχυρώνεται στο άρθρο 63 παρ.1 ΣΛΕΕ. Μετά την καταδίκη της χώρας μας⁵ επί της ως άνω προσφυγής, η παραπάνω διάταξη καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε με τον νόμο 4092/2012⁶, ο οποίος και κατέρριψε όλους τους περιορισμούς αυτούς.

¹ Οδηγίες 2009/73/EK και 2009/72/EK.

² Π.χ. Δημόσιο χαρακτήρα στο δίκτυο ηλεκτρισμού έχουν διατηρήσει αρκετές χώρες, όπως η Γαλλία, η Ολλανδία, η Δανία, η Φιλανδία κλπ.

³ Βλ. άρθρο 11 ν. 3631/2008 (ΦΕΚ 6/Α'/29): “ 1. Επί ανωνύμων εταιριών εθνικής στρατηγικής σημασίας, που έχουν ή είχαν μονοπωλιακό χαρακτήρα, και ιδίως όταν πρόκειται για εταιρίες που έχουν στην κυριότητά τους ή εκμεταλλεύονται ή διαχειρίζονται εθνικά δίκτυα υποδομών, η απόκτηση από άλλο μέτοχο, εκτός του Ελληνικού Δημοσίου, ή από συνδεδεμένες με αυτόν επιχειρήσεις κατά την έννοια του άρθρου 42 ε του κ.ν. 2190/1920, ή από μετόχους που δρουν από κοινού με εναρμονισμένο τρόπο, δικαιωμάτων ψήφου από 20% του συνολικού μετοχικού κεφαλαίου και άνω, προϋποθέτει την προγενέστερη έγκριση της Διυπουργικής Επιτροπής Αποκρατικοποιήσεων του ν. 3049/2002, κατά τη διαδικασία του νόμου αυτού....”

⁴ Βλ. Συνοδικός Χ. (2014), Δίκτυα ενεργειακών υποδομών – Πρόσφατες εξελίξεις, Ενέργεια και Δίκαιο 20/2013, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, σελ 76

⁵ ΔΕΕ C-244/11 Επιτροπή κατά Ελλάδος

⁶ Νόμος 4092/2012 (ΦΕΚ 220/8-11-2012)

Σε γενικές γραμμές, σε τέτοιες μεταρρυθμίσεις προέβησαν αρκετές χώρες της ΕΕ, με σκοπό να εναρμονιστούν με τις Οδηγίες και κατευθύνσεις της ΕΕ⁷. Ωστόσο, τον Οκτώβριο του 2013, μια νέα απόφαση – σταθμός του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) - η υπόθεση Essent - τάρaxε τα νερά της απελευθέρωσης της αγοράς ενέργειας, διαμορφώνοντας διαφορετικά δεδομένα, πολλά και νέα ερωτήματα, αλλά και καινούρια πλαίσια στις προϊσχύουσες κρατούσες απόψεις⁸.

Στην παρούσα παρουσίαση, θα προσπαθήσουμε να εμβαθύνουμε στην σημασία μιας τέτοιας σειράς αποφάσεων, στις αλλαγές που αυτές προμηνύουν, αναλύοντας βέβαια την υπάρχουσα κατάσταση της αγοράς ενέργειας στην Ευρωπαϊκή Ένωση.

II. Το τεθέν νομικό ζήτημα

Η ολλανδική νομοθεσία, προσπαθώντας να ακολουθήσει τις κοινοτικές διατάξεις, οι οποίες επιβάλλουν τον διαχωρισμό των διαχειριστών δικτύων διανομής της ηλεκτρικής ενέργειας και του φυσικού αερίου, με γνώμονα την προστασία του καταναλωτή και συγχρόνως την ενίσχυση του ελεύθερου ανταγωνισμού, εισήγαγε διατάξεις περί ανεξάρτητης διαχείρισης των δικτύων. Έτσι, η ολλανδική νομοθεσία⁹, απαγόρευσε την ιδιωτικοποίηση, τη συμμετοχή σε όμιλο και τη συμμετοχή σε δραστηριότητες που δύνανται να παραβιάσουν την διαχείριση των δικτύων. Η Essent, μια καθετοποιημένη επιχείρηση που δραστηριοποιείτο στην παραγωγή, προμήθεια και στην εμπορία της ηλεκτρικής ενέργειας και του φυσικού αερίου, αλλά και στην διαχείριση και εκμετάλλευση των δικτύων διανομής αυτών επί του ολλανδικού εδάφους, προέβη στον διαχωρισμό της σε δύο χωριστές εταιρείες¹⁰, ώστε να εναρμονίζεται με το νέο νόμο περί ανεξάρτητης διαχείρισης των δικτύων. Αυτές, μαζί με την Eneco Holding NV και την Delta NV, ζήτησαν, αρχικά ενώπιον του Rechtbank Den Haag, την διαπίστωση της μη συμβατότητας της ως άνω ολλανδικής νομοθεσίας σύμφωνα με το άρθρο 63 ΣΛΕΕ περί περιορισμού κίνησης κεφαλαίων. Η υπόθεση έφτασε στο ανώτατο ακυρωτικό Δικαστήριο των Κάτω Χωρών, το οποίο εισήγαγε την υπόθεση στο ΔΕΕ, στο πλαίσιο προδικαστικών ερωτημάτων¹¹.

⁷ Βλ. Συνοδικός Χ.(2000), Απελευθέρωση της Αγοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας βάσει του κοινοτικού δικαίου, ΕΕΕυρΔ, 1/2000, σελ. 33 επ.

⁸ Βλ. Sibony Anne – Lise (2014), Le semestre européen au service du marché intérieur, Revue Trimestrielle de Droit Europeen, janvier – mars 1/2014, ed. Dalloz Revues, p. 267

⁹ Συνδυασμένη ερμηνεία του άρθρου 93 του νόμου περί καθορισμού των κανόνων που διέπουν την παραγωγή, μεταφορά και προμήθεια της ηλεκτρικής ενέργειας της 2ας Ιουλίου του 1998 (Staatsblad 1998, αριθμ. 427 και Staatsblad 2008, αριθμ. 62) και στο άρθρο 85 του νόμου περί των κανόνων που διέπουν την μεταφορά και προμήθεια του φυσικού αερίου (Staatsblad 2000, αριθμ. 305), αλλά και στις τροποποιήσεις αυτών με το νόμο περί ανεξάρτητης διαχείρισης των δικτύων (Staatsblad 2006, αριθμ. 614) και το νόμο περί παρεμβάσεως και εφαρμογής (Staatsblad 2004, αριθμ. 318).

¹⁰ Διασπάστηκε το 2009 στην Enexis Holding NV και στην Essent NV, η οποία αγοράστηκε από την γερμανική RWE AG.

¹¹ Δ.Ε.Ε. (τμήμα μείζονος συνθέσεως) C-105/12 έως 107/12 της 22^{ας} Οκτωβρίου 2013, Staat der Nederlanden κατά Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco και Delta (εφεξής Essent).

Η Ολλανδική κυβέρνηση στηρίχθηκε στην αρχή της οικονομικής ουδετερότητας των συνθηκών, υπό την έννοια του άρθρου 345 ΣΛΕΕ¹², με βάση την οποία αποκλείεται η εφαρμογή του δικαίου εσωτερικής αγοράς και οι κανόνες της ελεύθερης διακίνησης σε θέματα ιδιοκτησίας των κρατών μελών, οπότε και ο εθνικός νομοθέτης διατηρεί τη ελευθερία να νομοθετήσει επί τέτοιων ζητημάτων κατά βουλήση. Από την άλλη, οι τρεις εταιρείες ισχυρίστηκαν ότι η ολλανδική νομοθεσία αντιτίθεται στην ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων, υπό την έννοια του άρθρου 63 ΣΛΕΕ¹³, μία θεμελιώδη ελευθερία της ΕΕ που δεν χωρεί καταστρατήγηση.

Έτσι, τα τρία προδικαστικά ερωτήματα τέθηκαν με τέτοιο τρόπο ώστε να εξετάζουν την συμβατότητα του δικαίου της Ένωσης με την ολλανδική νομοθεσία, και συγκεκριμένα: 1) τη συμβατότητα με το άρθρο 345 ΣΛΕΕ της απαγόρευσης της ανάθεσης σε ιδιώτες επενδυτές μετοχών του εταιρικού κεφαλαίου των διαχειριστών δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου, τη νομιμότητα δηλαδή της απαγόρευσης της ιδιωτικοποίησης των διαχειριστών δικτύων, 2) αν αυτή η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση δραστηριοτήτων ξένων προς τη διαχείριση δικτύου ενέργειας συνιστούν περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων και 3) αν μπορούν οι εξεταζόμενοι στόχοι της ολλανδικής νομοθεσίας να αποτελέσουν επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, οι οποίοι μπορούν υπό προϋποθέσεις να περιορίσουν την ελευθερία κίνησης των κεφαλαίων στην ΕΕ.

III. Η απόφαση Essent

Το ΔΕΕ προέβη σε μια αναλυτική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών και σε συνδυασμό με την πάγια νομολογία του εξέδωσε μια απόφαση - σταθμό. Το ΔΕΕ, ακολουθώντας της προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα¹⁴, έκρινε ότι τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να αποφασίσουν ως προς τη χορήγηση ορισμένων δραστηριοτήτων στον τομέα της ενέργειας, θεωρώντας συμβατή με το κοινοτικό δίκαιο την απόλυτη απαγόρευση μεταβίβασης των δικτύων διανομής σε ιδιώτες και αποκλείοντας, έτσι, ολικώς τη συμμετοχή των ιδιωτών επενδυτών, αλλά και με άλλους περιορισμούς, όπως την απαγόρευση μεταβίβασης μετοχών του εταιρικού κεφαλαίου του διαχειριστή δικτύου.

Στη συνέχεια, όμως, το ΔΕΕ, κρίνοντας το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, τόνισε ότι το άρθρο 345 ΣΛΕΕ, το οποίο διατυπώνει μεν την αρχή της ουδετερότητας των Συνθηκών έναντι του καθεστώτος ιδιοκτησίας των κρατών μελών, δεν έχει ως αποτέλεσμα να αποφέρει, βέβαια, μια απεριόριστη και ανεξέλεγκτη ελευθερία στα κράτη μέλη, τα οποία θα πρέπει να λαμβάνουν πάντα υπόψιν τους τις θεμελιώδεις

¹² Άρθρο 345 ΣΛΕΕ: “Οι Συνθήκες δεν προδικάζουν με κανένα τρόπο το καθεστώς της ιδιοκτησίας στα κράτη μέλη.”

¹³ Άρθρο 63 ΣΛΕΕ: “1.Στα πλαίσια των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, απαγορεύεται οποιοσδήποτε περιορισμός των κινήσεων κεφαλαίων μεταξύ κρατών μελών και μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών...”

¹⁴ Βλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Niilo Jaaskinen της 16^{ης} Απριλίου 2013

αρχές και ελευθερίες του δικαίου της ΕΕ και να παρακάμπτουν τους κανόνες της εσωτερικής αγοράς. Συνεπώς, δεν επιτρέπεται να παρακαμφθούν από ένα κράτος μέλος οι κανόνες που αφορούν την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων. Το ΔΕΕ, λοιπόν, έκρινε ότι οι ως άνω απαγορεύσεις της ολλανδικής νομοθεσίας συνιστούν εμπόδια υπό την έννοια του άρθρου 63 ΣΛΕΕ.

Το Δικαστήριο, ωστόσο, δεν σταμάτησε την ανάλυση του σε αυτό το σημείο και, προχώρησε τη σκέψη του λίγο παραπέρα, κρίνοντας ότι τέτοιοι περιορισμοί μπορεί να αιτιολογηθούν εφόσον αποτελούν *επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος*. Το ΔΕΕ έχει κρίνει πολλάκις ότι η ελεύθερη κυκλοφορία του κεφαλαίου μπορεί να περιοριστεί με εθνική ρύθμιση, είτε αν αυτή δικαιολογείται από το άρθρο 65 ΣΛΕΕ¹⁵ είτε από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος. Έτσι, με την απόφασή του, τονίζει ότι τέτοιοι περιορισμοί στην ελευθερία διακίνησης κεφαλαίων θα τίθενται πάντα σε περιπτώσεις επιτακτικών λόγων γενικού συμφέροντος, και πάντα υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας. Ένα από τα αμφιλεγόμενα ζητήματα της απόφασης αυτής, αποτελούν οι «επιτακτικοί σκοποί γενικού συμφέροντος». Το Δικαστήριο δεν απαρίθμησε τους σκοπούς αυτούς και άφησε ελεύθερη ερμηνείας την έννοια των επιτακτικών γενικών συμφερόντων, αν και η κρατούσα άποψη αναφέρεται στην ύπαρξη καθοδηγήσεων από προηγούμενες αποφάσεις¹⁶. Το ΔΕΕ, άλλωστε, έχει δεχθεί ότι εθνική ρύθμιση μπορεί να αποτελέσει δικαιολογημένο περιορισμό στην άσκηση θεμελιώδους ελευθερίας, όταν υπαγορεύεται από λόγους οικονομικής φύσεως με τους οποίους επιδιώκεται σκοπός γενικού συμφέροντος¹⁷. Μεταξύ αυτών των καθοδηγήσεων μπορούμε να διακρίνουμε την κατοχύρωση του ελεύθερου ανταγωνισμού, και κυρίως την προστασία των καταναλωτών, την κατοχύρωση της πρόσβασης τρίτων στα δίκτυα, την κατοχύρωση της ασφάλειας ανεφοδιασμού, αλλά και την διαφάνεια στην αγορά ενέργειας. Σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει οι περιορισμοί και οι επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος να κριθούν υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας και να επιτρέπονται μόνο σε περιπτώσεις ακραίας δυσαναλογίας.

Στην συγκεκριμένη περίπτωση το Δικαστήριο θεώρησε ότι οι συγκεκριμένοι περιορισμοί επεβλήθησαν από την ολλανδική νομοθεσία με σκοπό τη διασφάλιση μιας δίκαιης και αμερόληπτης πρόσβασης τρίτων και την αποτροπή της νόθευσης του

¹⁵ Άρθρο 65 ΣΛΕΕ: «1.Οι διατάξεις του άρθρου 63 ΣΛΕΕ δεν θίγουν το δικαίωμα των κρατών μελών: α)να εφαρμόζουν τις οικείες διατάξεις της φορολογικής τους νομοθεσίας οι οποίες διακρίνουν μεταξύ φορολογουμένων που δεν βρίσκονται στην ίδια κατάσταση όσον αφορά την κατοικία τους ή τον τόπο όπου είναι επενδεδυμένα τα κεφάλαια τους, β)να λαμβάνουν όλα τα απαραίτητα μέτρα για την αποφυγή παραβάσεων των εθνικών νομοθετικών και κανονιστικών διατάξεων, ιδίως στον τομέα της φορολογίας ή της προληπτικής εποπτείας των πιστωτικών ιδρυμάτων, ή να προβλέπουν διαδικασίες δήλωσης των κινήσεων κεφαλαίων για λόγους διοικητικής ή στατιστικής ενημέρωσης, ή να λαμβάνουν μέτρα υπαγορευμένα από λόγους δημόσιας τάξης ή δημόσιας ασφάλειας....3.Τα μέτρα και οι διαδικασίες που αναφέρονται στις παρ.1 και 2 δεν μπορούν να αποτελούν ούτε μέσο αυθαίρετων διακρίσεων ούτε συγκεκριμένο περιορισμό της ελεύθερης κίνησης των κεφαλαίων και των πληρωμών, όπως ορίζεται στο άρθρο 63.....»

¹⁶ Βλ. Επιτροπή κατά Ισπανίας (C-274/06) της 14^{ης} Φεβρουαρίου 2008, σκ. 35 και Επιτροπή κατά Πολωνίας (C-271/09) της 21^{ης} Δεκεμβρίου 2011,σκ. 55.

¹⁷ Βλ. Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-141/07) της 11^{ης} Σεπτεμβρίου 2008, σκ. 60

ελευθέρου ανταγωνισμού¹⁸. Άλλωστε, ο Γενικός Εισαγγελέας, με τις προτάσεις του, αναφέρει ότι περιορισμοί είναι επιτρεπτοί σε βαθμό που στοχεύουν στην απελευθέρωση της οικονομίας, ένας στόχος απαραίτητος για την εγκαθίδρυση της εσωτερικής αγοράς.

Τέλος, το Δικαστήριο αποσαφήνισε ότι η συγκεκριμένη περίπτωση δεν αποτελεί παραπλήσια με την πάγια νομολογία του σχετικά με την παράνομη διατήρηση προνομίων του δημοσίου σε αντίθεση με τις ιδιωτικοποιήσεις¹⁹, αφού στην παρούσα αναφέρεται η απαγόρευση της ιδιωτικοποίησης των δικτύων και όχι η μερική ιδιωτικοποίηση, η οποία έχει στόχο την αποτροπή δυσμενών συνεπειών και σύγκρουσης συμφερόντων, αλλά και την ενίσχυση της ανταγωνιστικότητας στην ολλανδική επικράτεια. Ωστόσο, δεν μπορούμε να παραβλέψουμε τις συνέπειες που προκαλεί μια τέτοια απόφαση, που ξεφεύγει από τις έως τώρα κατευθύνσεις που έχουν τεθεί από την ΕΕ για την αγορά ενέργειας.

IV. Έκταση και Συνέπειες απόφασης

Η συγκεκριμένη απόφαση αποτελεί εμφανώς ένα σημαντικό βήμα στην απελευθέρωση της αγοράς ενέργειας. Η απόφαση φαίνεται να απομακρύνεται από παλαιότερα σκεπτικά της ΕΕ, που οδηγούσαν με κάθε τρόπο τα κράτη μέλη σε απελευθέρωση των αγορών τους μέσω των ιδιωτικοποιήσεων²⁰. Άλλωστε, θα μπορούσαμε να πούμε ότι αυτή η πάγια τακτική της ΕΕ δεν είχε αποδώσει στο μέγιστο καρπούς, αφού πολλές χώρες διατήρησαν, εκμεταλλεζόμενες διάφορες μεθόδους, τον δημόσιο χαρακτήρα των επιχειρήσεων στον τομέα της ενέργειας.

Η εντύπωση ότι η επιβολή από την ΕΕ μιας «πλήρως λειτουργικής αγοράς» στην ενέργεια, υπό την έννοια μιας «εντελώς ανοικτής αγοράς», αφαιρεί ουσιαστικά από το κράτος μέλος το δικαίωμα ρύθμισης της ιδιοκτησίας στην επικράτειά του και κυρίως επιτρέπει σε νεοεισερχόμενους τρίτους να ωφελούνται από αυτό, με αυτή την απόφαση παίρνει μια νέα διάσταση.

Είναι εμφανές ότι το ΔΕΕ επιδιώκει την αποφυγή απόλυτων απαγορεύσεων από τα κράτη μέλη, στο πλαίσιο της ηλεκτρικής ενέργειας και του φυσικού αερίου. Ωστόσο, το Δικαστήριο, με την υπόθεση Essent, έκρινε ότι τα κράτη μέλη διατηρούν την δυνατότητα να διασφαλίσουν το δημόσιο συμφέρον τους και την ελευθερία για να κρίνουν για το ιδιοκτησιακό του καθεστώτος, εκτός αν οι αλλαγές που προτάσσουν διαταράσσουν τις θεμελιώδεις ελευθερίες που συγκρατούν την εσωτερική αγορά. Αυτές οι αλλαγές δικαιολογούν τον περιορισμό της διακίνησης κεφαλαίων, αν

¹⁸ Τέτοια νόθευση θα μπορούσε να επέλθει λόγω χάρη με διασταυρούμενες επιδοτήσεις ή με αθέμιτη ανταλλαγή πληροφοριών κλπ.

¹⁹ Βλ. Αποφάσεις του ΔΕΕ για “golden shares”, όπως Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (C-367/98), Επιτροπή κατά Βασιλείου του Βελγίου (C-503/99), Επιτροπή κατά Πολωνίας ως άνω κλπ. Βλ. απόφαση Essent (C-105/12), σκ.54

²⁰ Βλ. Φαραντούρης Ν. (επιμ.) (2014), Ενέργεια – Δίκτυα και Υποδομές, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2014

αποτελούν επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, μια εξαιρετική δηλαδή κατάσταση που επιτρέπει την υπέρβαση. Σε κάθε περίπτωση, οι περιορισμοί αυτοί θα πρέπει να συνάδουν και να συμβάλλουν στη επίτευξη ενός ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού²¹.

Θα πρέπει να κάνουμε μια ειδική μνεία στην προσπάθεια του ΔΕΕ να καταπιαστεί με την ερμηνεία ενός άκρως δυσερμήνευτου άρθρου, με αρκετές διαφορετικές ερμηνείες που έχουν διχάσει. Άλλωστε, το ίδιο το ΔΕΕ έχει υποστηρίξει σε άλλες αποφάσεις του και την μη απαγόρευση της ιδιωτικοποίησης δημόσιων επιχειρήσεων, με βάση το άρθρο 345 ΣΛΕΕ²². Στην *Essent* παρατηρούμε μια συσταλτική ερμηνεία του άρθρου, κατά την οποία οι συνθήκες τηρούν ουδέτερη στάση απέναντι στον ιδιωτικό ή δημόσιο χαρακτήρα και έτσι το άρθρο 345 ΣΛΕΕ φαίνεται να οριοθετεί την αρμοδιότητα των κρατών μελών, χωρίς να τα εξαιρεί από την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Έτσι, παρατηρούμε ότι το Δικαστήριο έκρινε ότι μπορεί να περιοριστεί και η αρχή της οικονομικής ουδετερότητας αλλά και η θεμελιώδης ελευθερία της κίνηση κεφαλαίων, όταν αυτοί οι περιορισμοί εξυπηρετούν τους οικονομικούς σκοπούς της Συνθήκης, αλλά και επειδή συμβαδίζουν με τους σκοπούς της εσωτερικής αγοράς ενέργειας, δηλαδή την αποτροπή της εκμετάλλευσης της δεσπύζουσας θέσης ενός διαχειριστή, την επί ίσοις όροις πρόσβαση των τρίτων στο δίκτυο, τη διαφάνεια της αγοράς και την προώθηση των επενδύσεων. Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, άλλωστε, αποτέλεσε βασικό στόχο των Συνθηκών, αλλά και της Τρίτης δέσμης²³ για την ενέργεια, οπότε θα πρέπει να αποτελέσει πρωταρχικό στόχο και του εθνικού νομοθέτη.

Με αυτή την απόφαση φαίνεται ότι το Δικαστήριο έκρινε ότι τα πρωταρχικά κριτήρια ερμηνείας θα πρέπει να αποτελούν η εγκαθίδρυση της κοινής αγοράς ενέργειας, όπως αυτή μπορεί να εναρμονιστεί με τις θεμελιώδεις διατάξεις των Συνθηκών και τους κανόνες ανταγωνισμού. Το ΔΕΕ δεν αμφισβητεί, λοιπόν, τις επιλογές του εθνικού νομοθέτη, αν αυτές φαίνεται να πληρούν τα ανωτέρω κριτήρια.

Μια σημαντική παρατήρηση πρέπει να δοθεί στο γεγονός ότι το Δικαστήριο δέχεται την επέμβαση στα περιουσιακά δικαιώματα και δεν θεωρεί ότι συνιστά υπέρμετρη ενέργεια, με την προϋπόθεση ότι αυτή ανταποκρίνεται στους επιδιωκόμενους σκοπούς γενικού οικονομικού συμφέροντος. Αυτή η ερμηνεία του Δικαστηρίου, δεν μπορεί παρά να δημιουργήσει νέες προοπτικές για το ευρωπαϊκό εμπράγματο δίκαιο²⁴.

Όσον αφορά την Ελλάδα, στο πλαίσιο των αρχών και των πρωτοβουλιών της ΕΕ, αυτή εφαρμόζει μια δυναμική, ισορροπημένη και εξωστρεφή ενεργειακή

²¹ Βλ. Cleynenbreugel Pieter Van (2014), No Privatisation in the Service of Fair Competition ? Article 345 TFEU and the EU Market – State Balance after *Essent*, *European Law Review* April 2014, ed. Thomson Reuters, p.264

²² Βλ. ως άνω Επιτροπή κατά Ελλάδας (C-244/11) της 8^{ης} Νοεμβρίου 2012, σκ. 15 επ.

²³ Βλ. Οδηγίες 2009/72 και 2009/73 αιτιολογικές σκέψεις 11

²⁴ Βλ. *Classification of Objects by the European Court of Justice: Movable, Immovables and Tangible, Intangibles*, *European Law Review*, April 2014, p.447

πολιτική. Οι κύριοι διαχειριστές των ενεργειακών δικτύων βρίσκονται ήδη σε διαδικασία ιδιωτικοποίησης, η οποία έχει εντατικοποιηθεί τα τελευταία χρόνια συνεπεία της δυσμενούς οικονομικής συγκυρίας και των μνημονιακών υποχρεώσεων της χώρας. Μια τέτοια πορεία, σε κάθε περίπτωση, ακολουθεί και δεν μπορεί να παρεκκλίνει από τη διασφάλιση της αδιάλειπτης παροχής καλής ποιότητας αγαθών και υπηρεσιών ενέργειας για το κοινωνικό σύνολο²⁵. Παρατηρούμε ότι η νομοθεσία της, αλλά και η νομολογία²⁶ της πλέον, ακολουθούν τα ευρωπαϊκά πρότυπα της πλήρους απελευθέρωσης με ιδιωτικοποιήσεις στην ενέργεια. Ωστόσο, η ενέργεια αποτελεί, όπως ήδη παρατηρήσαμε, ένας χώρος ατέρμονης αλλαγής, ο οποίος εμπλέκεται έντονα και με την πολιτική²⁷ κατεύθυνση μιας χώρας. Ως αποτέλεσμα, μένει να δούμε αν θα υπάρχουν συνέπειες της απόφασης αυτής και εντός ελληνικής επικράτειας²⁸.

Σε κάθε περίπτωση, η απόφαση Essent δημιούργησε το πρώτο σκαλοπάτι για μια νέα πιθανή αναδιανομή των αρμοδιοτήτων μεταξύ της ΕΕ και των κρατών μελών, αλλά, επίσης, φαίνεται να άνοιξε το δρόμο για αυστηρότερο έλεγχο των κανόνων ιδιοκτησίας στα κράτη μέλη. Ωστόσο, θα πρέπει να γίνει μια πιο ξεκάθαρη ερμηνεία και να δοθούν περαιτέρω διευκρινήσεις, αφού είναι ήδη εμφανές ότι σε περιπτώσεις όπου οι αιτιολογίες περί λόγων δημοσίου συμφέροντος για τους περιορισμούς θα είναι λιγότερο ξεκάθαρες, θα δημιουργηθούν αντιδράσεις, με σοβαρή πιθανότητα να οδηγηθεί σε ουσιαστικό περιορισμό των εθνικών κανόνων για την ιδιοκτησία.

V. Συμπερασματικές Παρατηρήσεις

Παρατηρούμε, λοιπόν, μια βασική εξέλιξη στη έως τότε πάγια νομολογία του ΔΕΕ, η οποία θα εξηγήσει εκ νέου τον τρόπο που συνδέεται η αγορά ενέργειας με τον ιδιωτικό ή δημόσιο τομέα, και περισσότερο τις έννοιες της ενωσιακής ελευθερίας κίνησης κεφαλαίων και του ανταγωνισμού στην αγορά ενέργειας (έννοια που ξεφεύγει από τα στενά της όρια της λόγω της άμεσης εμπλοκής του κράτους σε ενεργειακές δραστηριότητες). Φυσικά, όλα αυτά θα πρέπει να εξετάζονται με βάση

²⁵ Βλ. Σιδηρόπουλος Λ. – Ρούσος Α. (2014), Η σύμβαση μεταφοράς φυσικού αερίου: εννοιολογικά γνωρίσματα, υποχρεώσεις των μερών και συνέπειες ανώμαλης εξέλιξης της σύμβασης, Ενέργεια και Δίκαιο 20/2013, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη

²⁶ Βλ. απόφαση ΣτΕ 2323/2013 (Δ'), απόφαση για τη διαχείριση και την εκμετάλλευση των ενεργειακών πόρων στην οποία φαίνεται ο εναρμονισμός με τις ευρωπαϊκές κατευθύνσεις.

²⁷ Βλ. Καθημερινή (9 Μάιου 2015), παράρτημα Οικονομίας, σελ. 4, δηλώσεις υπουργού Οικονομικών: «Η κυβέρνηση θα εξετάσει το γαλλικό μοντέλο των διμερών συμβολαίων στη ρύθμιση του κλάδου παραγωγής και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, χωρίς, ωστόσο, να ιδιωτικοποιήσει την υπάρχουσα εταιρεία παραγωγής ηλεκτρισμού». Αυτές οι δηλώσεις φανερώνουν μια πιθανή εγκατάλειψη του σχεδίου της «μικρή ΔΕΗ», όπως είχαν προβλεφθεί από το Μνημόνιο. Θέμα συζήτησης σε ένα τέτοιο σχέδιο αποτελεί η τιμή εκκίνησης των δημοπρασιών, όπως επίσης, παρατηρώντας το παράδειγμα της Γαλλίας, αναγνωρίζουμε δυσλειτουργίες με μακροχρόνια συμβόλαια σε ιδιώτες, που προκάλεσαν δυσκινησία στην αγορά και έπληξαν τον ανταγωνισμό.

²⁸ Μια πιθανή διαφοροποίηση θα μπορούσε να υποστηριχθεί όσον αφορά την παγιωμένη νομολογία του ΣτΕ περί απολύτου ορίου στις διαδικασίες αποκρατικοποιήσεων (με βάση τον σκληρό πυρήνα της κρατικής εξουσίας) βλ. ενδεικτικά ΣτΕ (Ολομ.) 1934/1998, ΣτΕ (Δ') 3946/2002

την τεράστια βιοποικιλότητα της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής αγοράς αυτής, όπου παρατηρούμε κράτη μέλη να βρίσκονται σε διαδικασία ιδιωτικοποίησης των Ενεργειακών Δικτύων τους, κράτη μέλη που έχουν ήδη προβεί σε αυτή και έχουν ήδη διανύσει μια μακρόχρονη πορεία, αλλά και κράτη μέλη που αντιστέκονται σθεναρά σε ένα τέτοιο ενεργειακό μέλλον²⁹. Το θέμα, σίγουρα δεν είναι μόνο νομικό και οικονομικό, αλλά ανάγεται και στον πυρήνα της πολιτικής κατεύθυνσης και ιστορίας των διαφόρων κρατών μελών της ένωσης, αλλά και της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως σύνολο, όσον αφορά την απελευθέρωση του τομέα της ενέργειας.

Οι έως τώρα αναλύσεις και μελέτες για την ιδιωτικοποίηση ή μη της αγοράς ενέργειας, και γενικότερα για την διαδικασία με την οποία επιδιωκόταν η απελευθέρωση της αγοράς ενέργειας, φαίνεται να παίρνουν μια νέα τροπή, με αποτέλεσμα μια νέα σειρά ζητημάτων να εμφανίζονται στο προσκήνιο που είτε θα προκαλέσουν σύγχυση στις έως τώρα ισορροπίες των ενεργειακών δραστηριοτήτων των κρατών μελών, είτε θα θέσουν νέα θεμέλια για τον τρόπο αντιμετώπισης της αγοράς ενέργειας από τα κράτη μέλη της ΕΕ.

²⁹ Βλ. Αργαλιάς Π.Ι. (2014), Διαχειριστές δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας – Παρατηρήσεις, ΕΕΕυρΔ 2/2014, εκδ. ΚΕΟΔ –ΔΣΘ, σ. 205

Η δημόσια σύμβαση ως μέσο εξασφάλισης ανταγωνισμού και διαφάνειας στη χρηματοδότηση των υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος (ΥΓΟΣ)

Ευτυχία Κωνσταντάκου, Εισηγήτρια Ελ.Συν.

Οι υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος («ΥΓΟΣ» εφεξής), δηλαδή υπηρεσίες με στόχο την εκπλήρωση μίας ιδιαίτερης δημόσιας αποστολής προς όφελος του κοινωνικού συνόλου, αποτελούν ουσιαστική συνιστώσα του ευρωπαϊκού κοινωνικού προτύπου και υποχρέωση κάθε Κράτους-μέλους, λόγω της σημασίας που αυτές αντιπροσωπεύουν για τη στοιχειώδη ανθρώπινη διαβίωση και την οικονομική ανάπτυξη¹.

Παράλληλα, στο σημερινό περιβάλλον της ευρωπαϊκής απελευθερωμένης αγοράς, οι ΥΓΟΣ παρέχονται κατά κανόνα από επιχειρήσεις, με την έννοια του ευρωπαϊκού δικαίου και τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.), δηλαδή από νομικές οντότητες που ασκούν οικονομική δραστηριότητα ανεξάρτητα από το νομικό ή ιδιοκτησιακό καθεστώς που τις διέπει και τον τρόπο χρηματοδότησής τους², γεγονός που καταρχήν συνεπάγεται την υπαγωγή τους στις διατάξεις του δικαίου του ανταγωνισμού.

Ειδικά, όσον αφορά τη χρηματοδότησή τους, συχνά κρίνεται αναγκαία η χορήγηση οικονομικής ενίσχυσης από το Κράτος, η οποία προορίζεται να καλύψει το σύνολο ή μέρος των πρόσθετων δαπανών που απορρέουν από την εκπλήρωση της υποχρέωσης παροχής της εν λόγω υπηρεσίας. Τέτοιες δαπάνες ανακύπτουν για παράδειγμα από την υποχρέωση παροχής ταχυδρομικών ή τηλεπικοινωνιακών ή υπηρεσιών μαζικής μεταφοράς σε προσιτές τιμές και με υψηλές προδιαγραφές ποιότητας σε απομακρυσμένες και αραιοκατοικημένες περιοχές του κράτους μέλους, όπου η ζήτηση είναι χαμηλή και τα λειτουργικά έξοδα υψηλά. Δεδομένου ότι μία τέτοια κατά κανόνα ζημιόγono δραστηριότητα δεν θα αναλάμβανε ένας ιδιώτης επενδυτής που λειτουργεί σε συνθήκες ανταγωνισμού, το Κράτος οφείλει να αντισταθμίσει τις απώλειες της επιφορτισμένης με την εν λόγω υποχρέωση επιχείρησης.

Σε αυτό το πλαίσιο, τίθεται το ζήτημα του νομικού χαρακτηρισμού αυτών των αντισταθμίσεων σε σχέση με τους ευρωπαϊκούς κανόνες περί κρατικών ενισχύσεων. Σύμφωνα με τη λεγόμενη «αποζημιωτική προσέγγιση», που πλέον έχει παγιωθεί τόσο στη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης όσο και στην πρακτική της Ευρωπαϊκής

¹ Για αναλυτική επισκόπηση των ζητημάτων που ανακύπτουν σε σχέση με τις ΥΓΟΣ, βλ. Μενγκ-Παπαντώνη Μ., «Οι Υπηρεσίες Γενικού Οικονομικού Συμφέροντος, Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες, Ταχυδρομικές Υπηρεσίες, Ενέργεια και Δημόσιες Επιβατικές Μεταφορές», Νομική Βιβλιοθήκη, 2013.

² Δ.Ε.Ε., C-41/90, Hofner and Elser v. Macroton, απόφαση της 23^{ης} Απριλίου 1991, σκ. 21.

Επιτροπής, στον βαθμό που μία κρατική παρέμβαση αποτελεί αντιπαροχή έναντι υποχρεωτικά παρεχομένων υπηρεσιών κοινής ωφέλειας από τις δικαιούχους επιχειρήσεις, ώστε αυτές να μην επωφελούνται στην πραγματικότητα από ένα οικονομικό πλεονέκτημα, η εν λόγω παρέμβαση δεν εμπίπτει καν στην έννοια της κρατικής ενίσχυσης. Ωστόσο, το Δικαστήριο της Ένωσης με την απόφαση Altmark³, έθεσε τέσσερα αυστηρά κριτήρια που θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά προκειμένου ένα μέτρο αντιστάθμισης να μην συνιστά κρατική ενίσχυση.

Πρώτον, η δικαιούχος επιχείρηση πρέπει να είναι πράγματι επιφορτισμένη με την εκπλήρωση υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας και η υποχρέωση αυτή να είναι σαφώς καθορισμένη. Το δεύτερο κριτήριο απαιτεί οι βασικές παράμετροι βάσει των οποίων υπολογίζεται η αντιστάθμιση να έχουν προσδιοριστεί προηγουμένως αντικειμενικά και με διαφάνεια, ενώ το τρίτο κριτήριο, ότι η αντιστάθμιση δεν μπορεί να υπερβαίνει το μέτρο του αναγκαίου για την κάλυψη του συνόλου ή μέρους των δαπανών που πραγματοποιούνται για την εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εσόδων και ενός ευλόγου κέρδους. Τέλος, σύμφωνα με το τέταρτο κριτήριο, η επιλογή της επιχείρησης στην οποία πρόκειται να ανατεθεί η ΥΓΟΣ πρέπει να πραγματοποιείται στο πλαίσιο ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης με αντικείμενο την εν λόγω ανάθεση, άλλως το επίπεδο της επιτρεπόμενης αντιστάθμισης πρέπει να καθορίζεται με βάση την ανάλυση των δαπανών στις οποίες θα προέβαινε μία μέση επιχείρηση με χρηστή και αποτελεσματική διαχείριση.

Το τελευταίο κριτήριο αναδεικνύει τον προέχοντα ρόλο των δημοσίων συμβάσεων ως καταλληλότερου μέσου επιλογής της επιχείρησης, στην οποία πρόκειται να ανατεθεί η εκπλήρωση υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας. Με τον τρόπο αυτόν, εισάγονται απαιτήσεις αποτελεσματικότητας και αποδοτικότητας κατά την ανάθεση και χρηματοδότηση των ΥΓΟΣ που, κατά τεκμήριο εξυπηρετούνται μέσω προσφυγής στους μηχανισμούς της αγοράς, αφού, σύμφωνα με το Δικαστήριο της Ένωσης, «η δημόσια διαδικασία υποβολής προσφορών παρέχει τη δυνατότητα επιλογής του υποψηφίου που είναι σε θέση να παράσχει τις σχετικές υπηρεσίες με το μικρότερο, για το κοινωνικό σύνολο κόστος»⁴.

Εξάλλου, η Επιτροπή στο πλαίσιο παροχής κατευθυντήριων, αλλά πάντως μη δεσμευτικών, οδηγιών στα Κράτη-Μέλη για τον τρόπο επιλογής αναδόχου για την παροχή ΥΓΟΣ, εξέδωσε Ανακοίνωση⁵ στην οποία, αφενός μεν υπογραμμίζεται ότι τα Κράτη-Μέλη είναι ελεύθερα να οργανώνουν και να χρηματοδοτούν τις ΥΓΟΣ, σε περίπτωση όμως που δημόσια αρχή επιλέγει να αναθέσει σε τρίτο μέρος την παροχή υπηρεσίας, υποχρεούται να συμμορφωθεί προς την νομοθεσία της Ένωσης που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις και, εάν αυτή είναι ανεφάρμοστη, οφείλει να τηρήσει τις

³ Δ.Ε.Ε., C-280/00, Altmark Trans GmbH, απόφαση της 24.7.2003, σκ. 89-93.

⁴ όπ.π., Altmark Trans GmbH, σκ. 93.

⁵ Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή των κανόνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις κρατικές ενισχύσεις στην αντιστάθμιση για παροχή δημόσιας υπηρεσίας γενικού οικονομικού συμφέροντος, (2012/C 8/02), OJ C8/4, βλ. ιδίως παρ. 5 και 62-68.

προβλεπόμενες από τη Συνθήκη γενικές αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και της αμοιβαίας αναγνώρισης.

Σε αυτό το πλαίσιο η Ανακοίνωση επισημαίνει ότι, όσον αφορά τα χαρακτηριστικά της προσφοράς, μια ανοικτή διαδικασία σύμφωνη με όσα απαιτούν οι κανόνες των δημοσίων συμβάσεων είναι βεβαίως αποδεκτή, αλλά και μια κλειστή διαδικασία δύναται να ικανοποιεί το τέταρτο κριτήριο Altmark, εκτός εάν, χωρίς να υπάρχουν βάσιμοι λόγοι, δεν επιτραπεί σε ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά. Αφετέρου, ο ανταγωνιστικός διάλογος ή η διαδικασία με διαπραγμάτευση αφού προηγηθεί δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού παρέχουν ευρεία διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή και ενδέχεται να περιορίζουν τη συμμετοχή ενδιαφερομένων παραγόντων. Συνεπώς, μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορεί να θεωρηθεί ότι επαρκούν για την εκπλήρωση του τέταρτου κριτηρίου Altmark. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση σχετικής προκήρυξης δεν μπορεί να διασφαλίσει ότι η διαδικασία θα οδηγήσει στην επιλογή του υποψηφίου που είναι σε θέση να παράσχει την υπηρεσία με το μικρότερο κόστος για το κοινωνικό σύνολο.

Περαιτέρω, όσον αφορά τα κριτήρια ανάθεσης, το κριτήριο «αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή» ικανοποιεί εμφανώς το τέταρτο κριτήριο Altmark. Επίσης, μπορεί να κριθεί επαρκές το κριτήριο της «πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς» υπό την προϋπόθεση ότι, τα κριτήρια ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών ή των κοινωνικών κριτηρίων, αφορούν άμεσα το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας και επιτρέπουν στην πλέον συμφέρουσα οικονομικά προσφορά να είναι αντίστοιχη της αγοραίας αξίας.

Μετά τη νομολογία και τις κατευθυντήριες οδηγίες της Επιτροπής, ήρθε το παράγωγο δίκαιο της Ένωσης, προκειμένου να εδραιώσει περαιτέρω τη δημόσια σύμβαση ως το καταλληλότερο μέσο για την ανάθεση των ΥΓΟΣ και να αποσαφηνίσει το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο. Πρόκειται για την Οδηγία 2014/23⁶ που, για πρώτη φορά σε ενωσιακό επίπεδο, ρυθμίζει μεταξύ άλλων, τις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών, δηλαδή συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας στις οποίες το αντίτιμο συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης, είτε στο δικαίωμα αυτό μαζί με καταβολή πληρωμής και της οποίας η σύναψη συνεπάγεται τη μεταβίβαση στον παραχωρησιούχο του λειτουργικού κινδύνου που απορρέει από την εκμετάλλευση των υπηρεσιών. Η Οδηγία αυτή έχει ιδιαίτερη σημασία, καθώς οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών αποτελούν τον πλέον ενδεδειγμένο και πιο συχνά εφαρμοστέο τύπο για την ανάθεση των ΥΓΟΣ και, ως εκ τούτου, η θεσμοθέτηση δεσμευτικών κανόνων περιορίζει τη νομική αβεβαιότητα των αναθετουσών αρχών ως προς τη σύναψή τους.

Βέβαια, όπως ορίζεται στο άρθρο 4 και στο αιτιολογικό υπ. αρ. 7 της ως άνω Οδηγίας, αυτή δεν θίγει το δικαίωμα των κρατών μελών να ορίζουν, σύμφωνα με το

⁶ Οδηγία 2014/23/ΕΕ της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης, OJ L 94/1.

ενωσιακό δίκαιο, ποιες υπηρεσίες θεωρούν γενικού οικονομικού συμφέροντος, πώς θα πρέπει να οργανώνονται και να χρηματοδοτούνται οι υπηρεσίες αυτές, σύμφωνα πάντα με τους κανόνες περί κρατικών ενισχύσεων, και σε ποιες ειδικές υποχρεώσεις θα πρέπει να υπόκεινται. Δηλαδή, από την Οδηγία αυτή δεν απορρέει υποχρέωση των Κρατών-Μελών να προβούν στη σύναψη δημόσιας σύμβασης προκειμένου να αναθέσουν σε έναν οικονομικό φορέα την παροχή ΥΓΟΣ. Κάτι τέτοιο θα προϋπέθετε ένα ενιαίο ευρωπαϊκό κανονιστικό πλαίσιο που, στην παρούσα φάση εξέλιξης του ευρωπαϊκού δικαίου δεν υφίσταται, κυρίως λόγω των αντιδράσεων των Κρατών-Μελών που επιθυμούν να έχουν τον πρώτο λόγο στην οργάνωση και τη χρηματοδότησή τους.

Παρόλα αυτά, το διαμορφωθέν νομοθετικό και νομολογιακό πλαίσιο, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, είναι τέτοιο που παρακινεί τα Κράτη-Μέλη να επιλέξουν τη δημόσια σύμβαση για την ανάθεση των ΥΓΟΣ, καθώς με αυτό τον τρόπο θεσπίζεται ένα μαχητό τεκμήριο συμμόρφωσης με τους κανόνες περί κρατικών ενισχύσεων, που απαλλάσσει τις αναθέτουσες αρχές από τη χρονοβόρο γραφειοκρατική διαδικασία κοινοποίησης της ενίσχυσης στην Επιτροπή και από το ρίσκο επιστροφής της ενίσχυσης, εάν αυτή δεν κριθεί συμβιβάσιμη με την εσωτερική αγορά, γεγονός που θα έθετε σε κίνδυνο την αδιατάρακτη και αδιάκοπη παροχή της ΥΓΟΣ⁷.

Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι, για τα ευρωπαϊκά θεσμικά όργανα οι συμβάσεις αποτελούν πλέον το ενδεδειγμένο «όχημα» που θα οδηγήσει τις ΥΓΟΣ στο σημερινό ανταγωνιστικό περιβάλλον της απελευθερωμένης αγοράς και θα εξασφαλίσει την εκπλήρωση της αποστολής τους με τον πλέον αποδοτικό τρόπο⁸. Η απαίτηση αυτή προβάλλεται ακόμη περισσότερο στο σημερινό περιβάλλον της δημοσιονομικής και χρηματοπιστωτικής κρίσης, αφενός μεν διότι οι υπηρεσίες αυτές προσφέρουν ένα ουσιαστικό δίκτυ ασφαλείας για τους πολίτες, αφετέρου δε διότι οι δημοσιονομικοί περιορισμοί που επιβάλλονται στα κράτη-μέλη επιτάσσουν την παροχή υπηρεσιών ικανοποιητικής ποιότητας με το μικρότερο δυνατό κόστος. Συνεπώς, η δημόσια σύμβαση φαίνεται να αποτελεί το πεδίο όπου μπορούν να συναντηθούν οι εκ πρώτης όψεως αντιτιθέμενοι στόχοι της τήρησης των κανόνων του ανταγωνισμού από τη μία και των επιταγών γενικού συμφέροντος, από την άλλη, προκειμένου να επιτευχθεί αυτό που η θεωρία αποκαλεί ως «κοινωνική οικονομία της αγοράς»⁹ ή «κοινωνικό εξορθολογισμό της αγοράς»¹⁰.

⁷ Nicolaidis P., «Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law», EStAL, 2/2003, p. 183.

⁸ Bovis C., «Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids interact to Demarcate between Market Forces and Protection», ELJ, Vol. 11, No 1, p. 79.

⁹ Δελλής Γ., Κρατικός παρεμβατισμός, οικονομική ανάλυση του δικαίου και οργάνωση των υπηρεσιών γενικού συμφέροντος, ΤοΣ, 1/2009, σελ. 31.

¹⁰ Ροδόπουλος Μ., Κρατικές ενισχύσεις στις υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2011, σελ. 31 επ.

Η φορολογία ως έμμεση απαλλοτρίωση, πιθανές θεραπίες υπό το Δίκαιο των Επενδύσεων και το Δίκαιο των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων

Βενετία Αργυροπούλου, Δικηγόρος, Ειδ. Διδακτικό Προσωπικό
Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου, Υπ. Διδάκτωρ Οικονομικού
Δικαίου, TilburgUniversity

Εισαγωγή

Τα τελευταία χρόνια έχουμε γίνει μάρτυρες (στην κυριολεξία!) μιας σωρείας μέτρων με σκοπό την επίτευξη της μείωσης των δαπανών και την αύξηση των εσόδων¹. Τα μέτρα αυτά έχουν αυξήσει δραματικά τη φορολογική επιβάρυνση των επιχειρήσεων, απαιτώντας την προσαρμογή τους σε νέες πρακτικές.

Χωρίς αμφιβολία η εξουσία επιβολής φορολογίας είναι σύμφυτη με την έννοια της κρατικής κυριαρχίας και του κράτους.² Παρόλα αυτά, αυτή η εγγενής φορολογική εξουσία δεν είναι απεριόριστη, αλλά περιορίζεται τόσο από το ίδιο το Σύνταγμα, όσο και από το κοινοτικό και διεθνές δίκαιο. Στα πλαίσια της παρούσας εργασίας εξετάστηκε κατά πόσο η ραγδαία αύξηση της φορολογίας στις επιχειρήσεις στην Ελλάδα και η αλλαγή του φορολογικού καθεστώτος θα μπορούσε να θεωρηθεί ως παραβίαση των υποχρεώσεων της στα πλαίσια του Διεθνούς Δικαίου των Επενδύσεων ή/και στα πλαίσια του Δικαίου των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων.

1. Επενδυτικό Δίκαιο

A. Έννοια Απαλλοτρίωσης

Αποτελεί καλά εδραιωμένο κανόνα του διεθνούς δικαίου ότι ένα κράτος δεν μπορεί να εθνικοποιήσει/απαλλοτριώσει (taking) περιουσία ξένων επενδυτών³. Τι συνιστά όμως απαλλοτρίωση? Το ερώτημα παραμένει εξόχως επίκαιρο, έχοντας πλέον μεγαλύτερη πρακτική και θεωρητική σημασία, αφού ο προσδιορισμός της έννοιας θέτει τα όρια μεταξύ της νόμιμης άσκησης πολιτικής εξουσίας και των πρακτικών δήμευσης ή απαλλοτρίωσης.

Κατ' αρχήν η απαλλοτρίωση αποτελεί την ιδιοποίηση της περιουσίας των επενδυτών από το κράτος, και μπορεί να λάβει χώρα με διάφορους τρόπους. Ανάλογα με αυτούς διακρίνουμε την απαλλοτρίωση σε:

¹ Ενδεικτικά, επιβολή φόρου στην υπεραξία από την πώληση μετοχών στο χρηματιστήριο, επιβολή και αύξηση τέλους επιτηδεύματος, φόρος 20% στην υπεραξία από την πώληση ακινήτων, τέλος ακινήτων, αύξηση ΦΠΑ, πτώση δείκτη του οικονομικού κλίματος και αστάθεια οικονομικού κλίματος.

² “*The power to tax is the power to govern*”, Βλ. ενδεικτικά Elaine Abery, *The OECD and Harmful Tax Practices, Special Report, Tax Notes International, Μάιος 2007*

³ OECD, ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD, διαθέσιμο στο <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321> σελ.2

- **άμεση/γνήσια**, οπότε η περιουσία του ξένου επενδυτή μεταφέρεται ιδιοκτησιακά στο κράτος **δυνάμει εσωτερικού δικαίου** που κηρύττει την απαλλοτρίωση, ή
- **defacto**, όποτε η μεταβίβαση του ιδιοκτησιακού καθεστώτος της περιουσίας του επενδυτή συντελείται μέσω από **υλικές ενέργειες** με τις οποίες η περιουσία τίθεται υπό τον έλεγχο του κράτους, ή
- τέλος **λανθάνουσα ή έμμεση**, οπότε αν και δεν επέρχεται αλλαγή στο περιουσιακό καθεστώς την επένδυσης, εντούτοις το κράτος **μέσα από διάφορα μέτρα στερεί ή περιορίζει υπέρμετρα τον επενδυτή από την εκμετάλλευση, αξιοποίηση και ωφέλεια της επένδυσης του.**⁴

Ειδικότερα, η περίπτωση της λανθάνουσας απαλλοτρίωσης κρύβει τις μεγαλύτερες δυσκολίες στην αναγνώρισή της, καθώς αντιπαραβάλλει, αφενός την αξίωση του κράτους να ασκεί την ρυθμιστική/πολιτική του αρμοδιότητα και αφετέρου τα δικαιώματα των επενδυτών για ομαλότητα και σταθερότητα.⁵ Φυσικά, είναι σαφές ότι δεν ισοδυναμούν όλα τα μέτρα που υιοθετούνται από ένα κράτος στα πλαίσια άσκησης της δημοσιονομικής του πολιτικής με απαλλοτρίωση. Σχετικώς σύμφωνα με τον Brownlie, τα κρατικά μέτρα, αποτελούν κατ' αρχήν μια νόμιμη άσκηση των αρμοδιοτήτων της κυβέρνησης και, παρότι μπορεί να επηρεάζουν σημαντικά τα ξένα συμφέροντα, **η επιβολή φορολογίας ή εμπορικών περιορισμών ή μέτρων υποτίμησης σε ξένα περιουσιακά στοιχεία και στη χρήση τους, δεν είναι prima facie παράνομα και δεν ανέρχονται σε απαλλοτρίωση.**⁶ Περαιτέρω, και στην υπόθεση *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, το Διαιτητικό Δικαστήριο ανέφερε «Ένα κράτος δεν είναι υπεύθυνο για την απώλεια της περιουσίας ή για οποιοδήποτε άλλο οικονομικό μειονέκτημα το οποίο προκύπτει από την επιβολή μιας bona fide γενικής φορολογίας ή οποιασδήποτε άλλης πράξης, η οποία είναι γενικώς παραδεκτό ότι εμπίπτει μέσα στις αστυνομικές εξουσίες του κράτους, νοούμενου ότι δεν κάνει αθέμιτες διακρίσεις και δεν έχει σχεδιαστεί προκειμένου να οδηγήσει τον αλλοδαπό επενδυτή στην εγκατάλειψη της περιουσίας του στο κράτος ή στην πώληση της σε αυτό σε μειωμένη τιμή»⁷. Πράγματι, σε επίπεδο διεθνούς δικαίου είναι σαφές ότι τα κράτη δεν στερούνται την εξουσία να αποφασίζουν και να υλοποιούν, στα πλαίσια της εσωτερικής τους πολιτικής, τέτοια μέτρα και/ή πολιτικές, οι οποίες επηρεάζουν την περιουσία των ξένων επενδυτών και δύνανται να επιβάλλουν ακόμα και υψηλή φορολογία στους ξένους επενδυτές και στις επενδύσεις τους.⁸ Είναι, όμως, επίσης σαφές ότι μετά από κάποιο σημείο, όταν η επιβολή της φορολογίας συνιστά υπερβολικό βάρος για το φορολογούμενο και «στραγγαλίζει» την οικονομική του κατάσταση μπορεί να τεθεί ζήτημα λανθάνουσας απαλλοτρίωσης⁹.

Η γραμμή, όμως, μεταξύ της απαλλοτρίωσης και της νόμιμης άσκησης φορολογικής πολιτικής είναι λεπτή δεν είναι πάντα εύκολο να διακρίνουμε ποιές είναι αυτές οι περιπτώσεις όπου η φορολογία καθίσταται μέτρο απαλλοτρίωσης. Μάλιστα

⁴Παναγιώτης Γκλαβίνης, Διεθνές Οικονομικό δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2004, σελ 637

⁵ L. Y. Fortier and S. L. Drymer, 'Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor', 19 ICSID Rev, 2004, σελ. 293

⁶ Ian Brownlie, "Public International Law", Oxford University Press, 6^η Εκδ, 2003 σελ.509

⁷ Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America, απόφαση 29 Δεκεμβρίου, 1989, Iran-US CTR, τόμος 23, 1989-II, σελ. 378

⁸ Andrew Paul Newcombe, LluísParadell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Kluwer Law International, 2009, σελ.361

⁹Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford Publishing, 2008, σελ. 344

όπως παρατήρησε ο καθηγητής William Park στο έργο του *Arbitrability and Tax*,¹⁰ προσπάθεια καθορισμού ρητών κριτηρίων αναφορικά με το πότε ένα φορολογικό μέτρο συνιστά λανθάνουσα απαλλοτρίωση θυμίζει τη φράση του Αμερικάνου Δικαστή Potter Stewart, όταν προσπαθώντας να ορίσει την έννοια της σκληρής πορνογραφίας σε μια υπόθεση που αφορούσε πιθανή προσβολής της δημόσιας αιδούς από θεατρικό έργο, κατέληξε ότι δεν μπορούσε να ορίσει τι ακριβώς συνιστά σκληρή πορνογραφία, αλλά «την καταβαίνω όταν τη δω».¹¹

Αυτή η δυσκολία στον καθορισμό ρητών κριτηρίων έχει αποτρέψει πολλούς μελετητές από το να ασχοληθούν με αυτό το θέμα, αφήνοντας την επίλυση του ζητήματος στα διαιτητικά δικαστήρια, τα οποία αποφασίζουν περίπτωση κατά περίπτωση.¹² Σχετικώς λοιπόν θα προχωρήσουμε με την εξέταση των αποφάσεων των Διαιτητικών Δικαστηρίων.

Αρχικά, η πρώτη υπόθεση φορολογίας που ήρθε ενώπιον των επενδυτικών διαιτητικών δικαστηρίων είναι η *Kügele v. Πολωνικού Κράτους του 1932*¹³. Η εν λόγω υπόθεση αφορούσε την επιβολή από την Κυβέρνηση της Πολωνίας τελών χρήσης (*license fees*) στις ζυθοποιίες της Άνω Σιλεσίας και μεταξύ αυτών σε μια ζυθοποιία που ανήκε σε Γερμανό υπήκοο και που εξαιτίας της επιβολής των εν λόγω τελών, αναγκάστηκε να κλείσει. Το Διαιτητικό Δικαστήριο κλήθηκε να εξετάσει κατά πόσο η επιβολή αυτής της φορολογίας αποτελούσε παραβίαση της διμερούς επενδυτικής συνθήκης της Πολωνίας με τη Γερμανία. Το διαιτητικό δικαστήριο κατέληξε ότι η φορολογία δεν μπορεί, εξ ορισμού, να συνιστά απαλλοτρίωση, αναφέροντας πως ο «φόρος δεν εμπόδισε την Εταιρεία να συνεχίσει τη λειτουργία της, η Εταιρεία αναγκάστηκε να κλείσει επειδή δεν πλήρωσε το φόρο και αν είχε πληρώσει το φόρο θα μπορούσε να συνέχισε τη δραστηριότητα της».¹⁴ Τριάντα χρόνια, αργότερα, το 1961, οι συντάκτες του *Σχεδίου Συνθήκης για τη Διεθνή Ευθύνη των Κρατών από την πρόκληση Ζημιάς σε Τρίτους*, Sohn και Baxter, ανέφεραν πως προκειμένου να υπάρχει απαλλοτρίωση από την επιβολή ενός φορολογικού μέτρου έπρεπε να υπάρχει μια **αδικοιολόγητη παρέμβαση** στη χρήση, απόλαυση ή διάθεση της περιουσίας του επενδυτή **για ένα σημαντικό χρονικό διάστημα** μετά την επιβολή του μέτρου αυτού¹⁵. Λίγα χρόνια αργότερα, το 1967, στην υπόθεση *Revere Copper και Brass, Inc v OPIC*¹⁶ το Διαιτητικό Δικαστήριο επιβεβαίωσε τη δυνατότητα ενός φορολογικού μέτρου να συνιστά απαλλοτρίωση. Ειδικότερα, στην εν λόγω υπόθεση η Κυβέρνηση της Τζαμάικας συμφώνησε με τη θυγατρική εταιρεία Revere για την κατασκευή ενός μεταλλωρυχείου, προβλέποντας στη σχετική συμφωνία την ύπαρξη φορολογικής σταθερότητας για την επένδυση. Μετά από επτά χρόνια και με την αλλαγή της κυβέρνησης, η νέα κυβέρνηση ανακοίνωσε πως δε θα δεσμεύονταν από τις τότε υπάρχουσες συμφωνίες και προχώρησε στην υιοθέτηση νέων μέτρων αυξάνοντας τους φόρους και τα δικαιώματα (*royalties*), επικαλούμενη τις αλλαγές στις

¹⁰William Park, *Arbitrability and Tax* στο *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, επιμέλεια L. Mistelis & S. Brekoulakis, 2008 σελ. 179

¹¹«*I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description ["hard-core pornography"], and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it*» στην υπόθεση *Jacobellis v. Ohio* 378 U.S. 1964, σελ. 197

¹²G. Christie “What Constitutes a Taking of Property under International Law?” *British Yearbook of International Law*, 1962 pp. 307-338

¹³*Kügele v. Polish State*, υπόθεση Αριθ. 34, *Annual Digest of Public International Law Cases*, Hersch Lauterpacht, εκδ. 1931/1932

¹⁴*Ibid*, σελ. 69

¹⁵Άρθρο 10, παρ. 3 (α), 1961

¹⁶*Revere Copper & Brass, Inc. v. OPIC*, AAA Award 24 Αυγούστου 1978,

οικονομικές συνθήκες. Σαν αποτέλεσμα, μετά από ένα χρόνο από την εφαρμογή των νέων μέτρων, τα κέρδη της Revere μειώθηκαν σημαντικά και τέλος η Εταιρεία οδηγήθηκε στο κλείσιμο του μεταλλωρυχείου. Το διαιτητικό δικαστήριο κλήθηκε να αποφασίσει κατά πόσο η πρακτική της νέας Κυβέρνησης της Τζαμάικα να τερματίσει τη φορολογική σταθερότητα και να επιβάλλει νέους φόρους συνιστούσε απαλλοτρίωση. Σχετικώς το Δικαστήριο έκρινε ότι η απλή παραβίαση της συμφωνίας δεν συνιστά από μόνη της απαλλοτρίωση. Ανέφερε, όμως, ότι η ανάκληση του καθεστώτος φορολογικής σταθερότητας **στο βαθμό που ενεργούσε αποτρεπτικά στην άσκηση του ουσιαστικού ελέγχου επί της χρήσης και/ ή της διάθεσης της περιουσίας της Revere συνιστούσε απαλλοτρίωση.**¹⁷ Μεταγενέστερες αποφάσεις αναγνώρισαν πιο συγκεκριμένα τα στοιχεία που πρέπει να πληροί η φορολογία προκειμένου να ανάγεται σε μέτρο απαλλοτρίωσης. Ειδικότερα, στην υπόθεση Link-Trading Joint Stock Company v. Τμήμα Τελωνιακού Ελέγχου της Μολδαβίας¹⁸, το Διαιτητικό Δικαστήριο εξέτασε πότε οι αλλαγές στους τελωνιακούς δασμούς και την φορολογία αποτελούν απαλλοτρίωση και έκρινε ότι προκειμένου να τίθεται θέμα απαλλοτρίωσης απαιτείται η φορολογία να είναι «**καταχρηστική**» εξετάζοντας την φορολογία από τη σκοπιά της αρχής της αναλογικότητας. Περαιτέρω, αξίζει εδώ να αναφερθούν οι υποθέσεις *En Canav. Εκουαδόρ*¹⁹ και *Εκουαδόρ v. Occidental Exploration & Production Company*,²⁰ οι οποίες αν και αφορούν πανομοιότυπες περιστάσεις, εντούτοις κατέληξαν σε διαφορετικά αποτελέσματα. Ειδικότερα, και στις δυο περιπτώσεις το διαιτητικό Δικαστήριο κλήθηκε να εξετάσει κατά πόσο η άρνηση της κυβέρνησης του Εκουαδόρ να επιστρέψει καταβληθέν ΦΠΑ επί αγαθών και υπηρεσιών συνιστούσε παραβίαση της Διμερούς Επενδυτικής Συνθήκης. Στην πρώτη υπόθεση το Διαιτητικό Δικαστήριο αποφάνθηκε πως δεν είχε δικαιοδοσία να εξετάσει εάν η άρνηση επιστροφής του καταβληθέντος ΦΠΑ αποτελούσε παραβίαση της Διμερούς Επενδυτικής Συνθήκης μεταξύ του Εκουαδόρ και του Καναδά, εκτός και εάν αυτή η άρνηση συνιστούσε απαλλοτρίωση. Σχετικώς, έκρινε πως στην παρούσα υπόθεση δεν μπορούσε να τεθεί θέμα απαλλοτρίωσης, καθώς η Διμερής Επενδυτική Συμφωνία μεταξύ Εκουαδόρ και Καναδά δεν προέβλεπε τέτοια υποχρέωση επιστροφής του ΦΠΑ και σε κάθε περίπτωση η μη επιστροφή του καταβληθέντος ΦΠΑ δεν **επηρέαζε ουσιωδώς την επένδυση**. Συγκεκριμένα, το Διαιτητικό Δικαστήριο ανέφερε πως μόνο **αν η φορολογία είναι εξαιρετική, τιμωρητική σε σχέση με το ποσό ή αυθαίρετη θα μπορούσαν να τεθεί θέμα λανθάνουσας απαλλοτρίωσης**. Αντίθετα στην υπόθεση Occidental, η οποία αφορούσε τη Διμερή Επενδυτική Συνθήκη μεταξύ ΗΠΑ και Εκουαδόρ, το Διαιτητικό Δικαστήριο αντιμετώπισε το δικαίωμα της επιστροφής του ΦΠΑ ως επενδυτικό δικαίωμα, το οποίο μαζί με τα λοιπά επενδυτικά δικαιώματα απαρτίζουν την επένδυση. Εξέτασε λοιπόν πως επιδρούσε η μη επιστροφή του ΦΠΑ στο σύνολο της επένδυσης. Στα πλαίσια αυτά το Διαιτητικό Δικαστήριο έκρινε ότι υπήρχε παραβίαση

¹⁷Βλ. και την In Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. United Mexican States, 41 CEMSA, η οποία αφορούσε μια αλλοδαπή εταιρεία γενικού εμπορίου και εξαγωγών τσιγάρων από το Μεξικό στην οποία δεν χορηγήθηκαν από τις αρχές του Μεξικού προνόμια και φορολογικές επιστροφές που παρέχονταν σε εξαγωγείς. Η Εταιρεία υποστήριξε πως είχε συντελεστεί απαλλοτρίωση σύμφωνα με το Άρθρο 1110 της NAFTA. Το Διαιτητικό Δικαστήριο έκρινε πως δεν υπήρχε απαλλοτρίωση καθώς το ρυθμιστικό μέτρο δεν έχει στερήσει από τον ενάγοντα τον έλεγχο της Εταιρείας του, δεν έχει επέμβει απευθείας με τον εσωτερικό τρόπο λειτουργίας της Εταιρείας ή δεν έχει αφαιρέσει τον ενάγοντα από την κατά πλειοψηφία μέτοχο της Εταιρείας.

¹⁸Link-Trading Joint Stock Company v Moldova, Decision on Jurisdiction, IIC 153 (2001), 16th February 2001, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL)

¹⁹Encana v. Republic of Ecuador, UNCITRAL 6 Φεβρουαρίου 2006.

²⁰ Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, UNCITRAL, 1 Ιουλίου 2004.

της Διμερούς Επενδυτικής Συμφωνίας, όχι όμως γιατί συντελέστηκε απαλλοτρίωση, αλλά γιατί παραβιάστηκε η υποχρέωση αντιμετώπισης της επένδυσης με το τρόπο δίκαιο και ισόνομο (fair and equitable standard). Οι εν λόγω υποθέσεις καταδεικνύουν τη σημασία στον τρόπο σύνταξης των επενδυτικών συνθηκών καθώς στην πρώτη περίπτωση, η Διμερής Επενδυτική Συνθήκη μεταξύ Καναδά και Εκουαδόρ δεν προέβλεπε για τη δυνατότητα εξέτασης φορολογικών μέτρων υπό τη σκοπιά του προτύπου προστασίας της δικαίας και ισονομης μεταχείρισης.

Μελετώντας λοιπόν τη νομολογία των Διαιτητικών Δικαστηρίων, αν και όπως αναφέραμε υπάρχουν και αντικρουόμενες αποφάσεις, μπορούμε πια να αναγνωρίσουμε ορισμένα χαρακτηριστικά που συνηγορούν ότι μια φορολογία αποτελεί έμμεση απαλλοτρίωση. Αυτά είναι²¹:

- ο βαθμός που επηρεάζεται το δικαίωμα στην περιουσία από το φορολογικό μέτρο,
- ο χαρακτήρας του φορολογικού μέτρου συμπεριλαμβανομένου του σκοπού και του υποβάθρου της φορολογίας, και
- τέλος ο βαθμός στον οποίο επηρεάζονται οι εύλογες προσδοκίες των επενδυτών.

Στα πλαίσια λοιπόν αυτά προκειμένου να μπορέσουμε να απαντήσουμε κατά πόσο η Ελλάδα έχει, με την επιβολή φόρων, παραβιάσει κάποια υποχρέωση στα πλαίσια του δικαίου των επενδύσεων είναι κατ' αρχήν σημαντικό να εξετάσουμε τη διμερή επενδυτική συμφωνία που διέπει τη σχέση μεταξύ του επενδυτή και του κράτους. Σχετικώς η Ελλάδα έχει 39 Διμερείς Επενδυτικές Συνθήκες σε ισχύ²², ενώ είναι μέρος πολλών επενδυτικών Συνθηκών που έχουν υπογραφεί από την Ευρωπαϊκή Ένωση. Το πρότυπο Επενδυτικής Συνθήκης που χρησιμοποιείται από την Ελληνική Δημοκρατία προβλέπει στο άρθρο 3 και στο άρθρο 5 αντίστοιχα πως οι επενδύσεις θα απολαμβάνουν καθ' όλο το χρόνο δίκαιη και ισότιμη μεταχείριση και πως η απαλλοτρίωση ή εθνικοποίηση ή άλλο ισότιμο μέτρο απαγορεύεται εκτός αν συντελείται για λόγους δημοσίου συμφέροντος και κατόπιν καταβολής επαρκούς αποζημίωσης. Προκύπτει λοιπόν ότι το λεκτικό της πρότυπης επενδυτικής συνθήκης ομοιάζει με την Συνθήκη Αμερικής-Εκουαδόρ στην υπόθεση Occidental. Περαιτέρω είναι αδιαμφισβήτητο ότι οι συνεχείς φορολογικές επιβαρύνσεις, οι συνεχείς αλλαγές στο φορολογικό νόμο και η φορολογική και οικονομική αστάθεια έχουν επηρεάσει σε πολύ μεγάλο βαθμό τις επιχειρήσεις ξένων επενδυτών, ενώ χωρίς αμφιβολία έχουν διαψεύσει τις εύλογες προσδοκίες τους. Αν και τα φορολογικά μέτρα δεν κάνουν διάκριση και δεν στοχεύουν μόνο τους ξένους επενδυτές και παρα το γεγονός ότι έχουν παρθεί για τη οικονομική διάσωση της χώρας από την πρωτοφανή κρίση χρέους, εντούτοις αποτελεί άποψη της γραφουσας ότι διάφοροι ξένοι επενδυτές που αναγκάστηκαν να κλείσουν ή να συρρικνώσουν τις επενδύσεις του θα μπορούσαν να επικαλεστούν παραβίαση των υποχρεώσεων της Ελλάδας από τις επενδυτικές συμβάσεις με εύστοχα και σοβαρά επιχειρήματα.

²¹ OECD, International Investment Law: A Changing Landscape a Companion Volume to International Investment Perspectives, 2005 σελ. 59

²²<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryIris/81#iiaInnerMenu>

Ανθρώπινα Δικαιώματα και Φορολογία

Τα ανθρώπινα δικαιώματα που κατοχυρώνονται, μεταξύ άλλων, στο Σύνταγμα και στην Ευρωπαϊκή Συνθήκη Δικαιωμάτων του Ανθρώπου θέτουν τα όρια της δράσης της κρατικής εξουσίας και συνεπώς και της φορολογίας εξουσίας. Ειδικότερα, η σχέση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και πιο συγκεκριμένα του δικαιώματος της περιουσίας, με τη φορολογία μπορεί να είναι τόσο παράπλευρη όσο και αντίθετη. Πράγματι, ως αναφέρθηκε παραπάνω, η φορολογία αποτελεί ένα πολιτικό εργαλείο που επιτελεί διάφορες λειτουργίες, τόσο οικονομικές, συμβάλλοντας στην αντιμετώπιση των διαταραχών του οικονομικού συστήματος²³ μέσω της ενθάρρυνσης ή αποθάρρυνσης ορισμένων δραστηριοτήτων και πρακτικών, όσο και κοινωνικές, μέσω της ανακατανομής του εισοδήματος και του πλούτου στο εσωτερικό μια χώρας. Συνεπώς, με τη φορολογία επιτελούνται και κοινωνικοί σκοποί, προβιβάζοντας έτσι τα ανθρώπινα δικαιώματα, ενώ παράλληλα, η επιβολή φορολογίας αποτελεί από τη φύση της ένα περιορισμό των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Έχει ήδη γίνει εκτενής αναφορά από του προλαλήσαντες στο συνταγματικό πλαίσιο της φορολογίας και στα σαφή όρια που θέτει ο συνταγματικός νομοθέτης και επομένως δεν κρίνω σκόπιμο να αναφερθώ εκ νέου στο Ελληνικό Σύνταγμα και στη νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων²⁴, αλλά θα εξετάσω τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) που έχει ασχοληθεί με τη φορολογία των επενδυτών από τη σκοπιά της ΕΣΔΑ.

Στο επίπεδο της ΕΣΔΑ αξίζει κατ' αρχήν να αναφερθούμε στο δικαίωμα της περιουσίας, όπως αυτό κατοχυρώνεται στο Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ, το οποίο προνοεί στο άρθρο 1:

«Κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο δικαιούται να απολαμβάνει ειρηνικά την περιουσία του [Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions]. Ουδείς δύναται να στερηθεί της ιδιοκτησίας αυτού, ειμή διά λόγους δημοσίας ωφελείας και υπό τους προβλεπομένους, υπό του νόμου και των γενικών αρχών του διεθνούς δικαίου όρους»

Περαιτέρω, το ίδιο το άρθρο συνεχίζει πως το πάνω δεν πρέπει να ερμηνεύεται με τέτοιο τρόπο ώστε να εμποδίζει τα κράτη από το να θεσμοθετούν τέτοιους νόμους που θα καθιστούν δυνατή τη συλλογή φόρων. Φυσικά αυτό δεν σημαίνει ότι τα κράτη δύνανται να επιβάλλουν οιοσδήποτε φορολογικό καθεστώς επιθυμούν. Πράγματι, αν και η νομολογία του ΕΔΔΑ δεν έχει ασχοληθεί εκτενώς με το ζήτημα της φορολογίας, εντούτοις μπορούμε να διακρίνουμε κάποια κριτήρια που έχουν προκύψει αναφορικά με τη συμβατότητα της φορολογίας με τις διατάξεις του ΠΠΠ της ΕΣΔΑ. Αυτά είναι:

- 1) Η φορολογία να έχει επιβληθεί σύμφωνα με το νόμο
- 2) να επιδιώκει νόμιμο σκοπό
- 3) να εξυπηρετείται η αρχή της αναλογικότητας
- 4) να εξυπηρετεί το δημόσιο ή γενικό συμφέρον

²³Σάκης Καράγιωργας, Οι Δημοσιονομικοί Θεσμοί, Εκδ. Παπαζήση, Αθήνα, Χ.Χ.Ε. 1981, σελ. 239 επ

²⁴ Αρκεί εδώ να αναφερθεί ότι στα πλαίσια του Συντάγματος προστατεύεται το δικαίωμα στην περιουσία (άρθρο 17) και συνεπώς απαγορεύεται μεταξύ άλλων η δημοτική φορολογία, δηλαδή η υπερφορολόγηση, που ουσιαστικά έχει αποτελέσματα δήμευσης και στερεί με οποιοδήποτε τρόπο την ιδιοκτησία. Άλλωστε, η μέσω της υπέρμετρης φορολόγησης στέρηση της ιδιοκτησίας ισοδυναμεί με έμμεση γενική δήμευση, η οποία ρητά απαγορεύεται.

Αναφορικά με την πρώτη προϋπόθεση, ενδεικτική είναι η υπόθεση *Spacek sro v. Τσεχίας*, όπου η Επιτροπή έκρινε παραδεκτή (admissible) σχετική αξίωση για ακύρωση φορολογικού νόμου, ο οποίος δεν είχε δημοσιευθεί και συνεπώς μπορούσε να παραβιάζει τις εύλογες προσδοκίες των πολιτών. Συνεπώς, η ύπαρξη τυπικού νόμου, αν και δεν ακολουθείται τυπολατρικά, είναι απαραίτητη για την επιβολή οποιασδήποτε φορολογίας, καθώς μέσω αυτής προστατεύεται η αξίωση των πολιτών για ενημέρωση και ύπαρξη θεσμικών εγγυήσεων. Αναφορικά με τον επιδιωκόμενο σκοπό και τα μέσα για την επίτευξη του αξίζει να αναφερθεί η υπόθεση *WASA Omsesidigt, Forsakringsbolaget Valands Pensionsstiftelse* κατά της Σουηδίας, όπου το ΕΔΔΑ έκρινε ότι ο τομέας της φορολογίας αποτελεί έναν τομέα, όπου τα κράτη απολαμβάνουν μεγαλύτερης διακριτικής ευχέρειας αναφορικά με τον επιδιωκόμενο σκοπό και τα μέσα που θα χρησιμοποιηθούν για την επίτευξη του. Πιο συγκεκριμένα, ανέφερε ότι μια εθνική κυβέρνηση μπορεί συχνά να πρέπει να ισορροπήσει, αφενός την ανάγκη συγκεντρώσης εσόδων και αφετέρου την ικανοποίηση άλλων πολιτικών που επιδιώκονται με τη φορολογία, επισημαίνοντας πως σίγουρα μια εθνική κυβέρνηση είναι σε θέση να γνωρίζει και να αξιολογεί καλύτερα από την Επιτροπή τις ανάγκες και τις απαιτήσεις της κοινωνίας και της οικονομίας. Είναι λοιπόν προφανές ότι με εξαίρεση εκδήλως καταχρηστικών και προσωποπαγών νόμων το ΕΔΔΑ δεν θα εξετάσει τη σκοπιμότητα ενός φορολογικού μέτρου. Εν προκειμένω, λοιπόν είναι κρίσιμο κατά πόσο η φορολογική επιβάρυνση εξυπηρετεί συγκεκριμένο δημόσιο συμφέρον και η επιβολή της είναι αναλογική ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Σχετική εδώ είναι η υπόθεση *Travers v. Italy* (15117/1989), όπου το ΕΔΔΑ ανέφερε: *Η παρούσα επέμβαση θα πρέπει να επιτύχει μια "χρυσή τομή" μεταξύ των αναγκών του γενικού συμφέροντος της κοινωνίας και της ανάγκης προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων των ιδιωτών...Πρέπει να υπάρξει μια σχέση αναλογικότητας μεταξύ των μέσων που χρησιμοποιήθηκαν και τον σκοπό που επιδιώκεται... Συνεπώς η οικονομική υποχρέωση η οποία ανακύπτει από τη φορολογία ή τις εισφορές μπορεί να θίγει την εγγύηση (δικαίωμα) που προστατεύεται με την παρούσα διάταξη, εάν επιβαρύνει υπέρμετρα το πρόσωπο ή την επιχείρηση ή επηρεάζει ουσιωδώς την οικονομική του θέση. Επομένως, για τον έλεγχο της νομιμότητας ενός φορολογικού μέτρου σύμφωνα με την ΕΣΔΑ εξετάζεται ο βαθμός επιβάρυνσης της περιουσίας από το φορολογικό μέτρο.*

Σχετικώς λοιπόν για την εξέταση της συμβατότητας των επιβληθέντων φορολογικών μέτρων στην περίπτωση της Ελλάδας με το άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ θα πρέπει να εξετάσουμε κατά ποσό πληρούνται οι πιο πάνω προϋποθέσεις, ακολουθώντας τα εξής βήματα:

- Στο πρώτο στάδιο πρέπει να εξετάσουμε κατά πόσον η ακίνητη περιουσία, το τέλος επιτηδεύματος, τα επιχειρηματικά έσοδα, τα έσοδα από την υπεραξία από την πώληση μετοχών κλπ. συνιστά περιουσιακό αγαθό, προστατευόμενο στα πλαίσια του δικαιώματος στην περιουσία. Κατά πάγια νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, στην έννοια της περιουσίας εντάσσονται όχι μόνο τα εμπράγματα δικαιώματα, αλλά και όλα τα δικαιώματα «περιουσιακής φύσεως» και τα κεκτημένα «οικονομικά συμφέροντα δηλαδή και τα ενοχικής φύσης δικαιώματα και ειδικότερα οι απαιτήσεις που απορρέουν από έννομες σχέσεις του δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, είτε είναι αναγνωρισμένες με δικαστική ή διαιτητική απόφαση, είτε απλώς γεννημένες κατά το εθνικό δίκαιο.²⁵ Εν προκειμένω, τόσο τα

²⁵ Βλ. ΣτΕ Ολομ. 1286/12, ΣτΕ 668/12 Ολομ και Ολ. Α.Π. 40/98, Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου: *Pressos Compania Naviera S.A. κ.ά. κατά Βελγίου* (1995). *Pine Valley Development* κατά Ιρλανδίας 1995)

επιχειρηματικά εισοδήματα από την υπεραξία των μετοχών όσο και η ακίνητη περιουσία όσο και η αξίωση επιστροφής αχρεωστήτως καταβληθέντων φορών²⁶ αποτελούν περιουσία κατά την έννοια του άρθρου 1 Π.Π.Π. ΕΣΔΑ.

- Στο δεύτερο στάδιο, θα έπρεπε να εξεταστεί κατά πόσον η εξεταζόμενη φορολόγηση αποτέλεσε στέρηση της περιουσίας ή περιορισμό «προς ρύθμιση της χρήσεως αγαθών», κατά την έννοια της §2 του ίδιου άρθρου, κάτι που όπως δεν είναι καθοριστικής σημασίας, αφού η νομιμότητα της νομοθετικής επέμβασης θα κριθεί με τα ίδια κριτήρια.
- Στο τρίτο στάδιο, θα εξεταστεί η νομιμότητα της νομοθετικής επέμβασης εξετάζοντας κατά πόσο η φορολογία επιβλήθηκε μέσω νόμου και αν θίγεται το απαιτούμενο μέτρο προστασίας κατά της αυθαιρεσίας. Σχετικώς, η απάντηση είναι καταφατική δεδομένου ότι η επιβολή της φορολογίας έγινε με τη ψήφιση σχετικών νόμων και, όπως προαναφέρθηκε είναι η πάγια γνώμη του ΕΔΔΑ ότι σε θέματα γενικής κοινωνικής και οικονομικής πολιτικής, για την οποία οι γνώμες μέσα σε μια δημοκρατική κοινωνία μπορεί εύλογα να διαφέρουν σε μεγάλο βαθμό, θα πρέπει να παρέχεται στα κράτη ένα ιδιαίτερα ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως.²⁷
- Στο τέταρτο στάδιο θα έπρεπε να κριθεί, εάν το επίδικο μέτρο δικαιολογείται από λόγους δημοσίου συμφέροντος. Σχετικώς, το ενδιαφέρον για την προστασία των δημοσίων οικονομικών και την κατανομή των κοινών βαρών, έχει κριθεί ότι ικανοποιεί την απαίτηση της Σύμβασης για ένα νομοθετικό σκοπό, παρά την ευρύτητα του.²⁸
- Τέλος, είναι κρίσιμο κατά πόσον το υπό κρίση φορολογικό μέτρο είναι σύμφωνο προς την αρχή της αναλογικότητας. Αυτό είναι το πιο κρίσιμο κριτήριο στο οποίο οι περιστάσεις έχουν ιδιαίτερη βαρύτητα. Σχετική εδώ είναι η υπόθεση N.M.K. κατά Ουγγαρίας²⁹, η οποία αφορούσε την επιβολή αιφνίδιας φορολογικής επιβάρυνσης σε ποσοστό 52% επί της αποζημίωσης απόλυσης των εργαζομένων. Στην εν λόγω υπόθεση το Δικαστήριο κατέληξε ότι, μεταξύ άλλων, η απροσδόκητη και ταχεία φύση της αλλαγής του φορολογικού καθεστώτος, που έκανε οποιαδήποτε προετοιμασία σχεδόν αδύνατη για τους ενδιαφερόμενους, εξέθεσαν την αιτούσα σε σημαντικές προσωπικές δυσκολίες, με τρόπο υπερβολικό και δυσανάλογο. Επομένως, συμπέρανε ότι δεν τηρήθηκε η αρχή της αναλογικότητας και διέγνωσε παραβίαση του δικαιώματος στην ειρηνική απόλαυση της περιουσίας. Τα συμπεράσματα δικά σας.

²⁶ Τέτοιες ενοχικές αξιώσεις είναι κατά το ελληνικό δίκαιο και οι απαιτήσεις από αδικαιολόγητο πλουτισμό, ήτοι το δικαίωμα αναζήτησης των καταβληθέντων αχρεωστήτως, εφόσον η καταβολή δεν έγινε με βάση δικαστική απόφαση μη ανατραπείσα., βλ. ΟΛΑΠ 8 και 9/1998

²⁷ ΕΔΔΑ N.M.K. κατά Ουγγαρίας, Αρ. προσφυγής 66529/11, Απόφαση της 14ης Μαΐου 2013, σελ. 14

²⁸ Βλ. παραπάνω σελ. 12 και *σχόλιο Αναστάσιου Παυλόπουλου, Τριμηνιαία Επιθεώρηση Ελληνικής και Ευρωπαϊκής Συνταγματικής Θεωρίας και Πράξης «Το Σύνταγμα», τεύχος 3-4/2013, σελ. 696-713*

²⁹ Βλ. παραπάνω

Επίκαιρα ζητήματα προσωρινής δικαστικής προστασίας

Ευαγγελία Παυλίδου, Δ.Ν., Πάρεδρος ΔΔ

I. Εισαγωγή

Οι αλλαγές που επέφερε ο ν. 3900/2010 στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας – και όχι μόνον – υπήρξαν τόσο δραστικές που η αποτύπωσή τους δεν δύνατο να εξαντληθεί στην πρώτη, έστω κριτική, ανάλυση κατά την εισαγωγή τους και στον συσχετισμό με το υφιστάμενο νομοθετικό καθεστώς¹. Αντίθετα, πολυάριθμα επί μέρους ερμηνευτικά ζητήματα αναδύονται συν τω χρόνω, κατά την εφαρμογή των νέων διατάξεων στην πράξη. Τούτο ισχύει πολλώ δε μάλλον στο στάδιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, το οποίο, ούτως ή άλλως, δεν αποτελεί πεδίο πρόσφορο για δογματικές προσεγγίσεις αντίστοιχες της διαγνωστικής δίκης, αλλά διακρίνεται, κατ' εξοχήν, για τον πραγματισμό του². Εξ άλλου, η τροποποίηση των διατάξεων των άρθρων 200- 209Α ΚΔΔ δεν συνιστά μόνο μία ριζική νομοθετική μεταβολή των προϋποθέσεων για τη χορήγηση αναστολής εκτέλεσης διοικητικών πράξεων και δικαστικών αποφάσεων, αλλά επιχειρεί να εμφυσήσει και μία διαφορετική αντίληψη για την παροχή προσωρινής προστασίας. Έτσι, μετά και από

¹ Βλ. ιδίως *Γαλάνη Ε.*, Οι βασικότερες ρυθμίσεις του Ν. 3900/2010 για τον εξορθολογισμό των διαδικασιών και την επιτάχυνση της διοικητικής δίκης, *Συνήγορος* 2011, τ. 15, σελ. 12, *Γέροντα Α.*, Η πρόσφατη μεταρρύθμιση της διοικητικής δικαιοσύνης (ν. 3900/2010), *ΕφημΔΔ* 2011, τ. 3, σελ. 370 επ., *Γώγο Κ.*, Μέτρα του ν. 3900/2010 για την επιτάχυνση της δίκης στα τακτικά διοικητικά δικαστήρια, *Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου*, Ειδικό Τεύχος 2009, σελ. 1 επ., *Δετσαρίδη Χ.*, Ζητήματα συνταγματικότητας των διατάξεων του ν. 3900/2010 που ρυθμίζουν τις φορολογικές διαφορές (οι τροποποιήσεις των άρθρων 6, 79 και 277 ΚΔΔ), *ΕφημΔΔ* 2011, τ. 3, σελ. 407 επ., *Πετρόγλου Α.*, Νομολογιακές τομές στο δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας σε περιόδους οικονομικής κρίσης, *ΕΔΚΑ* 2013, τ. ΝΕ', σελ. 199- 202, *Συμεωνίδη Ι.*, Οι πρόσφατες μεταρρυθμίσεις στη διοικητική δικαιοσύνη και ο διάλογος που έχει ανοίξει για μια νέα πορεία του κλάδου, *ΕφημΔΔ* 2011, τ. 3, σελ. 384 επ., *Ταμιωλάκη Ν.*, Ο νόμος 3900/2010: Η διοικητική δικαιοσύνη in vitro, *ΕφημΔΔ* 2011, τ. 3, σελ. 394 επ. και *Τσιρώνά Α.*, Η δικονομική μεταρρύθμιση του ν. 3900/2010 και ο νέος ρόλος του Συμβουλίου της Επικρατείας, *ΕφημΔΔ* 2011, τ. 3, σελ. 424 επ.

² Έτσι και *Δελλής Γ.*, Η Διοικητική Δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας: Ανατρέποντας το μύθο της «ωραίας κοιμωμένης», 2013, σελ. 334.

την επίλυση των ζητημάτων συνταγματικότητας που ανέκυψαν³, μπορεί να ξεκινήσει μία πρώτη αποτίμηση των συνεπειών της αλλαγής αυτής μέσα από την ερμηνεία, αλλά και τη γενικότερη αντιμετώπιση των νέων διατάξεων από τη διαμορφωθείσα κατά την τελευταία τετραετία νομολογία.

II. Τα κατ' ιδίαν ζητήματα

Με τη διάταξη του άρθρου 202 παρ. 2 του ΚΔΔ, όπως αυτή αντικαταστάθηκε από το άρθρο 34 του ν. 3900/2010, διαφοροποιούνται οι προϋποθέσεις χορήγησης αναστολής εκτέλεσης επί φορολογικών, τελωνειακών, καθώς και χρηματικού αντικειμένου διαφορών, αφού δεν αρκεί η πρόκληση ανεπανόρθωτης βλάβης από την εκτέλεση της πράξης, αλλά απαιτείται η επίκληση και απόδειξη εκ μέρους του αιτούντος ανεπανόρθωτης βλάβης, προερχόμενης από τη λήψη ενός ή περισσοτέρων συγκεκριμένων αναγκαστικών μέτρων εκτέλεσης της πράξης ή διοικητικών μέτρων για τη διασφάλιση της οφειλής, ως προς τα οποία και μόνο μπορεί το δικαστήριο να παράσχει προσωρινή προστασία. Σκοπός της διάταξης, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν. 3900/2010, είναι να προσαρμοσθεί στις ιδιαιτερότητες των διαφορών αυτών η βασική στάθμιση μεταξύ αποτελεσματικότητας της δικαστικής προστασίας και προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο περιλαμβάνει και την καλή και ορθή εκτέλεση του προϋπολογισμού του κράτους⁴.

α. Το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ

Κατ' αρχάς και η εν λόγω διάταξη θέτει το ζήτημα της οριοθέτησης της έννοιας της φορολογικής διαφοράς. Κατά την πάγια ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 1 του Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας, η οποία εξακολουθεί να ισχύει και μετά από τη

³ Με τη ΣτΕ ΕΑ Ολομ. 496/2011 κρίθηκε ότι οι διατάξεις του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ, από το οποίο απαλείφθηκε η «δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη» από τους λόγους αναστολής δεν αντίκειται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, ενώ συνταγματικώς θεμιτός κρίθηκε και ο περιορισμός της εξουσίας του δικαστηρίου της αναστολής ως προς τον τρόπο με τον οποίο αυτό μπορεί να χορηγήσει προσωρινή προστασία σε φορολογικές, τελωνειακές και χρηματικού αντικειμένου διαφορές. Βλ. και σχόλια *Δετσαρίδη Χ.*, ΕφημΔΔ 2011, τ. 4, σελ. 498 επ., *Καραγκούνη Β.*, ΘΠΔΔ 2012, τ. 6, σελ. 537 επ., *Κοκκίνη Η.*, ΕφημΔΔ 2011, τ. 4, σελ. 506 επ. Επίσης, με τη ΣτΕ ΕΑ Ολομ. 35/2013 κρίθηκε σύμφωνη με τα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ η διάταξη του άρθρου 209Α ΚΔΔ που προβλέπει ως λόγο αναστολής εκτέλεσης της πρωτόδικης απόφασης μόνον την πρόδηλη βασιμότητα του ενδίκου μέσου, βλ. ΘΠΔΔ 2013, τ. 2, σελ. 142 επ. με παρατηρήσεις *Παπαδημητρίου Ε.*

⁴ Βλ. Αιτιολογική έκθεση στο σχέδιο νόμου «Εξορθολογισμός διαδικασιών και επιτάχυνση της διοικητικής δίκης και άλλες διατάξεις», σελ. 8-9.

θέση σε ισχύ του ΚΔΔ, φορολογική διαφορά υπαγόμενη στην αρμοδιότητα των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων γεννάται από ατομικές διοικητικές πράξεις, με τις οποίες είτε επιβάλλεται αμέσως φορολογικό βάρος ή φορολογική κύρωση είτε κρίνεται αντικείμενο ευθέως συναπτόμενο με συγκεκριμένη φορολογική ή συναφή υποχρέωση που συνδέεται με φορολογητέα ύλη ατομικώς ορισμένη⁵. Το ζήτημα, πάντως, βρίσκεται σε ζύμωση, αφού απασχολεί τη νομολογία επ' αφορμή και άλλων νέων διατάξεων, όπως το άρθρο 6 παρ. 2 περ. β' ΚΔΔ για την καθ' ύλην αρμοδιότητα⁶, το άρθρο 66 παρ. 2 περ. α' ΚΔΔ για την προθεσμία, το άρθρο 79 παρ. 5 περ. α' εδ. β' ΚΔΔ για την έκταση του αυτεπάγγελτου ελέγχου⁷, το άρθρο 126 παρ. 1 εδ. β' ΚΔΔ για την επίδοση αντιγράφου της προσφυγής στην καθ' ης αρχή, καθώς και το άρθρο 277 παρ. 3 ΚΔΔ για το αναλογικό παράβολο⁸. Μάλιστα, εξαιρουμένου του άρθρου 79 παρ. 5 ΚΔΔ που αναφέρεται σε «*πράξεις ή παραλείψεις φορολογικής ... αρχής*», οι λοιπές διατάξεις αναφέρονται σε φορολογικές [και τελωνειακές] εν γένει διαφορές, οι οποίες, όπως έχει κριθεί, καταλαμβάνουν και υποθέσεις δημοτικών τελών, «*ανεξαρτήτως του κατά πόσο το τέλος το οποίο αφορούν συνιστά φόρο, ανταποδοτικό τέλος ή οικονομικό βάρος με χαρακτήρα ανταλλάγματος ή αποζημίωσης*»⁹. Αντιθέτως, η φράση «εν γένει» απουσιάζει από τη διατύπωση του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ, με αποτέλεσμα να δημιουργείται το ερώτημα εάν η διάταξη αυτή δικαιολογεί μια συστατική ερμηνεία της έννοιας της φορολογικής διαφοράς, ή εάν είναι προτιμότερη η ενιαία προσέγγιση όλων των σχετικών δικονομικών διατάξεων. Στο ίδιο, πάντως, τμήμα περί προσωρινής δικαστικής προστασίας και συγκεκριμένα στα άρθρα 203 παρ. 2 ΚΔΔ για τη δήλωση περιουσιακής κατάστασης και στα άρθρα 205Α και 209Α ΚΔΔ γίνεται λόγος για φορολογικές και τελωνειακές «εν γένει» διαφορές. Σε κάθε περίπτωση, έστω και εάν η αρχή της δικονομικής

⁵ ΣτΕ 2613- 6/2009, 2972- 80/2008, 368/2007 κ.α. Βλ. επίσης τη ΣτΕ 4582/2005 που έκρινε ότι από την επιβολή προστίμου του ν. 703/1977 για ρύπανση του θαλάσσιου περιβάλλοντος δεν δημιουργείται φορολογική διαφορά και, ως εκ τούτου, δεν απαιτείται η καταβολή του, τότε ισχύοντος, αναλογικού παραβόλου έφεσης του άρθρου 171 ΚΦΔ, ανεξαρτήτως της συνταγματικότητάς του.

⁶ Βλ. ΣτΕ 761/2014 (επταμ.) για διαφορά από τον καταλογισμό τέλους αυθαίρετης χρήσης κοινόχρηστων χώρων.

⁷ Βλ. ΣτΕ 177-8/2015 (επταμ.) επί προδικαστικού ερωτήματος του Διοικητικού Πρωτοδικείου Ηρακλείου.

⁸ Βλ. ΣτΕ 3832/2014 (επταμ.) για διαφορά που ανέκυψε από την επιβολή ποσού για την κάλυψη της υπέρβασης του συντελεστή δόμησης, βλ. και την παραπεμπτική ΣτΕ 1703/2014.

⁹ Βλ. ΣτΕ 761/2014 (επταμ.).

ισότητας δεν απαγορεύει στον νομοθέτη να θεσπίζει ειδικές ρυθμίσεις για την παροχή έννομης προστασίας σε ορισμένες κατηγορίες διοικητικών διαφορών, εφόσον τούτο δικαιολογείται αντικειμενικά, εν όψει της φύσης, της σημασίας τους ή των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών τους¹⁰, αυτή η ολοένα επεκτεινόμενη «παραδικονομία» των φορολογικών διαφορών σίγουρα δεν συμβάλλει στην ενότητα της δικονομικής σκέψης¹¹.

Εξ άλλου, εντάσσοντας ο νομοθέτης στην εν λόγω παράγραφο και την ευρύτατη κατηγορία των χρηματικών διαφορών, καθιστά στην ουσία την εξαιρετική αυτή ρύθμιση τον συνηθέστερα εφαρμοστέο κανόνα στην προσωρινή δικαστική προστασία. Ομοίως, η έννοια των χρηματικών διαφορών ήγειρε από παλιά και συνεχίζει να εγείρει δυσχερή ερμηνευτικά ζητήματα¹². Πάντως, δεν αποκλείεται η ταυτόχρονη εφαρμογή του κανόνα του άρθρου 202 παρ. 1 ΚΔΔ και του ειδικού καθεστώτος της παρ. 2, όταν στην πράξη της οποίας ζητείται η αναστολή σωρεύεται τόσο διοικητικό πρόστιμο όσο και μη χρηματική κύρωση, με χαρακτηριστικό παράδειγμα την αφαίρεση της άδειας οδήγησης στις παραβάσεις του Κ.Ο.Κ., σκέλος ως προς το οποίο το δικαστήριο της αναστολής διατηρεί ευρύτερη ευχέρεια κατά την άσκηση της εξουσίας του¹³.

β. Προϋποθέσεις παραδεκτού της αίτησης αναστολής και των προβαλλόμενων λόγων

1) Έννομο συμφέρον προς άσκηση αίτησης αναστολής

Εκτός από το έννομο συμφέρον προς άσκηση του κύριου ενδίκου βοηθήματος, που εξετάζεται στο πλαίσιο του άρθρου 202 παρ. 3 περ. α' ΚΔΔ για το προδήλως απαράδεκτο της προσφυγής ως λόγο αποκλεισμού της αναστολής, το δικαστήριο της

¹⁰ Όπως, επίσης, κρίθηκε με τη ΣτΕ 761/2014 (επταμ.).

¹¹ Έτσι και Δελλής Γ., Η Διοικητική Δικαιοσύνη σε αναζήτηση ταχύτητας, σελ. 214, Δετσαρίδης Χ., ΕφημΔΔ 2011, τ. 4, σελ. 503, Λαζαράτος Π., Η προσωρινή δικαστική προστασία στην Διοικητική Δίκη μετά τον Ν. 3659/2008, ΘΠΔΔ 2008, τ. 8- 9, σελ. 918, Χρυσανθάκης Χ., Η ενιαία πρόσληψη των διοικητικών διαφορών- Στην αναζήτηση του θεωρητικού θεμελίου των κανόνων εκδίκασης των διοικητικών διαφορών: το παράδειγμα της προσωρινής δικαστικής προστασίας, Δ 2006, τ. 37, σελ. 696.

¹² Βλ. ιδίως Πικραμένο Μ., Ο ακυρωτικός δικαστής ενώπιον χρηματικών διαφορών: Με αφορμή τον κριτικό λόγο του Απόστολου Παπαλάμπρου, ΕφημΔΔ 2008, τ. 1, σελ. 126.

¹³ Βλ. λ.χ. τη ΔΠρΘεσ (εν συμβ.) 48/2014 που έκανε εν μέρει δεκτή την αίτηση αναστολής, υπό τον όρο της προσκόμισης κάθε ανανέωσης του ασφαλιστηρίου συμβολαίου, ελλείψει του οποίου είχε αφαιρεθεί η άδεια κυκλοφορίας του οχήματος (ταξί).

προσωρινής δικαστικής προστασίας πρέπει να ερευνηθεί εάν υφίσταται (και) αυτοτελές έννομο συμφέρον προς άσκηση της αίτησης αναστολής¹⁴. Μάλιστα και υπό το προϊσχύσαν καθεστώς είχε υπογραμμισθεί η υποχρέωση του αιτούντος να επικαλεσθεί και να αποδείξει ότι η εκτέλεση της πράξης προκαλεί σε αυτόν υλική ή ηθική βλάβη, χωρίς, πάντως, να αξιώνεται και το ανεπανόρθωτη αυτής, καθόσον εν προκειμένω η προβαλλόμενη βλάβη απαιτείται για το παραδεκτό της αίτησης από την άποψη του εννόμου συμφέροντος και όχι για το βάσιμο, το οποίο μπορεί να ανάγεται και στην πρόδηλη βασιμότητα της προσφυγής¹⁵. Έτσι, μπορεί υπό το καθεστώς του ν. 3900/2010 και για όσες διαφορές εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ, λόγο αναστολής να αποτελεί μόνον η πρόκληση ανεπανόρθωτης βλάβης από τη λήψη των αναφερόμενων μέτρων, τούτο, όμως, δεν απαλλάσσει πλήρως τον διάδικο από την υποχρέωση να τεκμηριώσει τη βλάβη που υφίσταται και από αυτή καθ' εαυτήν την εκτέλεση της πράξης. Κι αυτό γιατί η αλλαγή των προϋποθέσεων για το βάσιμο της αίτησης αναστολής δεν επηρεάζει τις κλασικές προϋποθέσεις παραδεκτού της προσωρινής δικαστικής προστασίας.

Από την πρόσφατη νομολογία σε σχέση με τη γενικότερη έννοια της βλάβης αξίζει να αναφερθεί ότι, όπως έχει κριθεί, εταιρεία που έχει την οικονομική δυνατότητα καταβολής του καταλογισθέντος ποσού δεν υφίσταται βλάβη από ενδεχόμενες συνέπειες του γεγονότος της μη εκπλήρωσης των φορολογικών και λοιπών υποχρεώσεών της στη χρηματιστηριακή αξία των εισηγμένων στο χρηματιστήριο μετοχών της¹⁶. Επίσης, η οικονομική αδυναμία του διάδικου Δήμου να επιστρέψει το ποσό σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής, κατά παράβαση της επιβαλλόμενης από το άρθρο 95 παρ. 5 του Συντ. και του εκτελεστικού αυτού ν. 3068/2002,

¹⁴ Για την αντίστοιχη προβληματική στις ακυρωτικές διαφορές πρβλ. Παπασπύρου Ν., Περί της αυτοτέλειας του εννόμου συμφέροντος σε αναστολή εκτελέσεως διοικητικής πράξης, Δ 2004, τ. 35, σελ. 735 επ.

¹⁵ Βλ. Ααζαράτο Π., Η προσωρινή δικαστική προστασία κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, β' έκδοση, 2005, σελ. 171- 173, 204- 205. Αντίθετα, ο Τσόγκας Π., σε: Γκέρτσος Β./ Τσόγκας Π., Η προσωρινή δικαστική προστασία στη διοικητική δίκη, 2013, σελ. 78- 79, υποστηρίζει ότι για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος θα αρκούσε η προστασία του εννόμου αγαθού της κοινωνικής ειρήνης. Από τη νομολογία βλ. ΔΠρΘες (αναστ.) 274/2010, κατά την οποία διαχειριστής και ομόρρυθμος εταίρος ασκεί άνευ εννόμου συμφέροντος αίτηση αναστολής κατά πράξης καταλογιστικής προστίμου Κ.Β.Σ., εφόσον δεν αποδεικνύει συγκεκριμένη βλάβη, δεδομένης, άλλωστε, και της αποστολής της ατομικής ειδοποίησης στην ομόρρυθμη εταιρεία και όχι στον ίδιο προσωπικά.

¹⁶ ΔΕφΠειρ (εν συμβ.) 86/2014.

υποχρέωσης συμμόρφωσης, δεν στοιχειοθετεί βλάβη της αιτούσας στο στάδιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας¹⁷. Εξ άλλου, επί προσβολής πλειόνων πράξεων επιβολής προστίμου του Κ.Β.Σ., έχει κριθεί ότι λαμβάνεται υπ' όψιν το σύνολο της βλάβης¹⁸. Κατά τα λοιπά, βεβαίως, κατά την εξέταση της βασιμότητας της αίτησης, οι ισχυρισμοί περί ανεπανόρθωτης βλάβης που δεν συνδέονται με τη λήψη συγκεκριμένων μέτρων, ως προς τα οποία και μόνο δύνανται να διαταχθεί αναστολή, απορρίπτονται άνευ άλλου τινός¹⁹. Περαιτέρω, ζήτημα ως προς τη συνδρομή εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του αιτούντος τίθεται και σε περίπτωση που έχει ήδη χορηγηθεί διοικητική αναστολή εκτέλεσης της πράξης²⁰.

2) Δήλωση περιουσιακής κατάστασης

Για τις φορολογικές και τελωνειακές εν γένει διαφορές με το άρθρο 203 παρ. 2 εδ. γ' ΚΔΔ και τη δυνάμει αυτού εκδοθείσα υπ' αριθ. ΠΟΛ 1182/25.7.2013 απόφαση των Υπουργών Οικονομικών- Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, ετέθη μία επιπλέον προϋπόθεση για την παραδεκτή άσκηση της αίτησης αναστολής, ήτοι η συμπερίληψη στο δικόγραφο αυτής δήλωσης για την περιουσιακή κατάσταση του αιτούντος. Ωστόσο, παρά τα οριζόμενα στο άρθρο 203 παρ. 6 ΚΔΔ για το απαράδεκτο της δεύτερης αίτησης αναστολής, η τυχόν απόρριψη της αίτησης για τον ως άνω τυπικό λόγο, δεν κωλύει την άσκηση νέας με την οποία θεραπεύεται η εν λόγω πλημμέλεια, εν όψει και της κατοχύρωσης του δικαιώματος παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας στα άρθρα 20 παρ. 1 Συντ. και 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ, αλλά και ελλείψει δικονομικής βλάβης του καθ' ου Ελληνικού Δημοσίου²¹. Η ερμηνεία επί του ζητήματος αυτού συνδυάζεται και με τα γενόμενα δεκτά για το άρθρο 70 ΚΔΔ, σχετικά με την άπαξ άσκηση προσφυγής, αλλά και με την αρχή της ασφάλειας του δικαίου, λαμβάνοντας υπ' όψιν τις συχνές τροποποιήσεις των διατάξεων για τις φορολογικές και τελωνειακές διαφορές και τις νεοεισαγόμενες προϋποθέσεις που καθιστούν απαράδεκτα τα ασκούμενα ένδικα βοηθήματα²².

¹⁷ ΔΕφΠειρ (εν συμβ.) 86/2014.

¹⁸ ΔΠρΑθ (αναστ.) 5018/2009.

¹⁹ ΔεφΠειρ (εν συμβ.) 78/2013.

²⁰ Τσόγκας Π., σε: Γκέρτσος Β./ Τσόγκας Π., Η προσωρινή δικαστική προστασία στη διοικητική δίκη, σελ. 15.

²¹ ΔΕφΠειρ (εν συμβ.) 45/2014.

²² Έτσι και Παναζόπουλος Π., Παρατηρήσεις στη ΔΕφΠειρ 45/2014, ΘΠΔΔ 2014, τ. 5, σελ. 450- 451.

Περαιτέρω, η υποβολή δήλωσης περιουσιακής κατάστασης που παρουσιάζει ουσιώδεις ελλείψεις ή ανακρίβειες αποτελεί λόγο αποκλεισμού της αιτούμενης αναστολής²³. Σημειωτέον ότι η υποχρέωση υποβολής της δήλωσης αφορά μόνον τις αιτήσεις αναστολής που υποβάλλονται επί φορολογικών και τελωνειακών διαφορών, μετά από την άσκηση προσφυγής κατά των καταλογιστικών πράξεων των φορολογικών και τελωνειακών αρχών, και όχι αυτές που υποβάλλονται μετά από την άσκηση ανακοπής επί διαφορών περί την εκτέλεση που γεννώνται μετά τη βεβαίωση των καταλογισθέντων ποσών²⁴.

Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και για τις χρηματικού αντικειμένου διαφορές, αν και δεν υφίσταται υποχρέωση υποβολής της, κατ' άρθρο 203 παρ. 2 ΚΔΔ, δήλωσης, η προσκόμιση στοιχείων από τα οποία προκύπτει η συνολική οικονομική κατάσταση του αιτούντος είναι κρίσιμη, ώστε το δικαστήριο να μπορεί να κρίνει ως προς τη συνδρομή ανεπανόρθωτης βλάβης από τη λήψη του εκάστοτε μέτρου²⁵. Τούτο διότι η αναφορά λ.χ. στην κατάσχεση ενός ακινήτου, χωρίς να προκύπτει εάν πρόκειται για το μοναδικό περιουσιακό στοιχείο του αιτούντος, δεν φαίνεται να αρκεί για τον σχηματισμό δικανικής πεποίθησης, συνεκτιμώντας, άλλωστε, και τον σκοπό της ρύθμισης του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ που προσπαθεί στην πραγματικότητα να «εκμαιεύσει» την ειλικρίνεια του αιτούντος ως προς την ακριβή περιουσιακή του κατάσταση²⁶.

3) Ως προς την παραδεκτή προβολή των λόγων αναστολής

Σε περίπτωση που ο αιτών με το δικόγραφο της αίτησης αναστολής αναφέρεται γενικά στην ανεπανόρθωτη βλάβη που υφίσταται από την εκτέλεση της πράξης, προβάλλοντας λ.χ. ισχυρισμούς σχετικά με την αδυναμία καταβολής των καταλογισθέντων ποσών, η αίτησή του είναι απορριπτέα. Η τύχη δε αυτής δεν δύναται να διασωθεί με την προβολή ισχυρισμών σχετικά με την πρόκληση ανεπανόρθωτης βλάβης από τη λήψη των αναφερόμενων στο άρθρο 202 παρ. 2 ΚΔΔ

²³ Βλ. Τσόγκα Π., σε: Γκέρτσος Β./ Τσόγκας Π., Η προσωρινή δικαστική προστασία στη διοικητική δίκη, σελ. 97, σύμφωνα με τον οποίο θα πρέπει το Δημόσιο να αποδεικνύει τις παραλείψεις ή ανακρίβειες της δήλωσης, θίγοντας και το θέμα της από πρόθεσης απόκρυψης περιουσιακών στοιχείων.

²⁴ Βλ. ΔΠρΘεσ (αναστ.) 212/2014.

²⁵ ΔΠρΘεσ (αναστ.) 688/2011.

²⁶ Έτσι και Κοκκίνης Η., ΕφημΔΔ 2011, τ. 4, σελ. 508- 509.

μέτρων το πρώτον με το υπόμνημα. Τούτο διότι οι ισχυρισμοί περί επικείμενης κατάσχεσης ή περί μη χορήγησης αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας στην ουσία αποτελούν τον έναν εκ των δύο προβλεπόμενων λόγων αναστολής, οι οποίοι, ως τέτοιοι, προβάλλονται παραδεκτώς με το εισαγωγικό δικόγραφο της αίτησης αναστολής, επιτρεπόμενης μόνον της εξειδίκευσής τους διά υπομνήματος²⁷.

γ. Προϋποθέσεις για τη χορήγηση αναστολής

1) Η συνδρομή ενεστώσας ανεπανόρθωτης βλάβης από την επικείμενη λήψη των μέτρων του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ

Δεδομένου ότι η λήψη αναγκαστικών μέτρων ή και διοικητικών μέτρων προς διασφάλιση της οφειλής αφορά, εξ ορισμού, σε γεγονότα μελλοντικά, εύλογα δημιουργείται η απορία πώς ο αιτών θα αποδείξει βλάβη εξ αυτών, υφιστάμενη ήδη κατά τον χρόνο άσκησης της αίτησής του, καθώς για τη χορήγηση αναστολής παγίως αξιώνεται βλάβη ενεστώσα²⁸. Η ανακολουθία μεταξύ του προβλεπόμενου στο άρθρο 202 παρ. 2 ΚΔΔ νέου λόγου αναστολής και της κλασικής προϋπόθεσης για τον χρόνο συνδρομής της βλάβης δεν είναι παρά φαινομενική, καθώς μπορεί να εκτιμηθεί η υλική και ηθική βλάβη που θα προκαλούσε σε παρόντα χρόνο η λήψη του εκάστοτε μέτρου, ανεξαρτήτως της μη κίνησης της σχετικής διαδικασίας. Εξ άλλου, και υπό το προϋσχύσαν καθεστώς είχε υποστηριχθεί η άποψη ότι ο επικείμενος πλειστηριασμός ακινήτου συνιστά βλάβη δικαιολογούσα τη χορήγηση αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης κατασχετήριας έκθεσης, η οποία, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και κατά πρόσφορη αιτιότητα, οδηγεί σε απώλεια της κυριότητας²⁹. Σε περίπτωση, πάντως, που η υφιστάμενη οικονομική κατάσταση του αιτούντος δεν αποδεικνύει την πρόκληση ανεπανόρθωτης βλάβης, τότε η τυχόν μελλοντική επιδείνωσή της δεν αρκεί, κατά κανόνα, για τη χορήγηση αναστολής³⁰. Περαιτέρω, σε

²⁷ Έτσι και ΔΠρΘεσ (αναστ.) 127/2014, 70/2014, 591/2011, πρβλ. και ΣτΕ ΕΑ 615/2012, 743/2001, 442/2001, 12/2000 κ.α.

²⁸ Για τον προβληματισμό αυτό βλ. *Ταμιωλάκη Ν.*, ΕφημΔΔ 2011, τ. 3, σελ. 403- 404. Για την κλασική προϋπόθεση της ενεστώσας βλάβης βλ. *Ράικο Δ.*, Η προσωρινή δικαστική προστασία στις φορολογικές διαφορές, 1993, σελ. 160.

²⁹ Έτσι και *Λαζαράτος Π.*, Η προσωρινή δικαστική προστασία στον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σελ. 414- 415.

³⁰ Η οικονομική κατάσταση, πάντως, εξαρτάται από αστάθμητους παράγοντες που πρέπει να συνεκτιμώνται κατά τον *Δετσαρίδη Χ.*, Το δικαίωμα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας στις φορολογικές διαφορές: Κριτική των διατάξεων του Ν. 3900/2010, ΔΦΝ 2011, τ. 1474, σελ. 1355.

περίπτωση που ο διάδικος είχε προβάλει με την αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης του νόμιμου τίτλου συγκεκριμένη βλάβη, δεν δύναται, κατ' αρχήν, να την επικαλεσθεί εκ νέου με την αίτηση αναστολής που τυχόν ασκεί κατά της κατ' ιδίαν πράξης αναγκαστικής εκτέλεσης, εφόσον δεν έχουν μεταβληθεί τα δεδομένα επί των οποίων στηρίχθηκε η απόρριψη κατά το προηγούμενο στάδιο³¹. Από τον πρόσφατο αυτό νομολογιακό κανόνα εξαιρούνται οι περιπτώσεις που η πράξη εκτέλεσης προκαλεί αυτοτελώς ιδιαίτερη βλάβη στον αιτούντα, οι κατ' ιδίαν προϋποθέσεις της οποίας μένει να εξειδικευθούν μελλοντικά από τα δικαστήρια.

2) Βλάβη από τη λήψη μέτρων εκτέλεσης και περιουσιακά στοιχεία ακατάσχετα κατά τον ΚΕΔΕ

Όταν ο αιτών ζητεί την αναστολή εκτέλεσης ως προς τη λήψη του αναγκαστικού μέτρου της κατάσχεσης κινητών εις χείρας του ιδίου ή και τρίτου τίθεται το ζήτημα της λυσιτελούς προβολής των σχετικών ισχυρισμών περί ανεπανόρθωτης βλάβης. Τούτο διότι δεν αποκλείεται τα επίμαχα κινητά πράγματα να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 17 του ΚΕΔΕ περί ακατάσχετων. Μάλιστα, η ερμηνευτική εκδοχή της παρ. 2 του ως άνω άρθρου που υιοθετείται από τη θεωρία, κατά την οποία το ακατάσχετο των απαραίτητων για την προσωπική εργασία υφίσταται μόνον όταν η αποστέρηση του πράγματος όχι απλώς θα έπληττε οικονομικά τον οφειλέτη, αλλά θα επέφερε τον πλήρη αφανισμό του³², εναρμονίζεται πλήρως με τη λογική της προσωρινής προστασίας. Επίσης, οι συχνά προβαλλόμενοι ισχυρισμοί περί ανεπανόρθωτης βλάβης από την κατάσχεση μισθών, συντάξεων ή τραπεζικών καταθέσεων φαίνεται να δημιουργούν μία, μάλλον απροσδόκητη, ευκαιρία για τη δημιουργική ερμηνεία και τον εμπλουτισμό της διάταξης του άρθρου 31 ΚΕΔΕ ως προς τα ακατάσχετα εις χείρας τρίτων, μετά και από τον πρόσφατο ανακαθορισμό του προστατευτέου ποσού στα 1.500 ευρώ³³.

Η προβληματική αυτή έχει αρχίσει να απασχολεί τη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας, από τις σχετικές δε, αν και ολιγάριθμες ακόμη αποφάσεις, διαφαίνονται δύο τρόποι αντιμετώπισης: Μια πρώτη κατηγορία αποφάσεων αντιμετωπίζει έμμεσα το

³¹ Βλ. ΣτΕ ΕΑ Ολομ. 321- 2/2013.

³² Βλ. *Γέροντα Α./ Ψάλτη Α.*, Ερμηνεία ΚΕΔΕ, β' έκδοση, 2013, σελ. 256, *Τομαρά Δ.*, Η Αναγκαστική Είσπραξη Δημοσίων Εσόδων κατά τον ΚΕΔΕ, 2^η έκδοση, 2014, σελ. 49, ΔΠρΑθ 193/1994, ΕΔΚΑ 1994, σελ. 502.

³³ Άρθρο τρίτο παρ. Α περ. 3 και 4 του ν. 4254/2014.

θέμα και χωρίς να απορρίπτεται, για τον λόγο αυτό, τους ισχυρισμούς σχετικά με την πρόκληση ανεπανόρθωτης βλάβης από την κατάσχεση λ.χ. της σύνταξης του αιτούντος, σε μία αποστροφή προσθέτει, πάντως, ότι αυτή, δεδομένου του ύψους της, είναι ακατάσχετη³⁴. Δεν ελλείπουν, όμως, και οι αποφάσεις εκείνες που ρητώς απορρίπτουν τον λόγο περί ανεπανόρθωτης βλάβης από τη λήψη του μέτρου της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, με το σκεπτικό ότι όταν η σύνταξη ή το ποσό των καταθέσεων σε πιστωτικό ίδρυμα υπολείπεται του ακατάσχετου και εκ του νόμου προστατευτέου ποσού, δεν υφίσταται αντικείμενο χορήγησης αναστολής από το δικαστήριο³⁵. Ιδιαίτερος ενδιαφέρουσα και η ΔΠρΑθ (αναστ.) 3475/2013, στην οποία το ακατάσχετο των χαμηλών εισοδημάτων του αιτούντος συνεκτιμάται κατά τη στάθμιση της βλάβης αυτού με το δημόσιο συμφέρον που επιτάσσει την εκτέλεση της πράξης ταμειακής βεβαίωσης φόρου, προκειμένου να διασφαλισθεί η είσπραξη εσόδων για τον κρατικό προϋπολογισμό³⁶.

3) Το διοικητικό μέτρο της μη χορήγησης αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας (ΑΦΕ)

Διαφοροποιήσεις παρουσιάζει η νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας και στην περίπτωση που ζητείται η χορήγηση αναστολής ως προς τη λήψη του διοικητικού μέτρου της μη χορήγησης αποδεικτικού φορολογικής ενημερότητας (ΑΦΕ). Κατά μία άποψη, το μέτρο της άρνησης χορήγησης ΑΦΕ δεν περιλαμβάνεται καν στα προβλεπόμενα από το άρθρο 202 παρ. 2 ΚΔΔ διοικητικά μέτρα προς διασφάλιση της οφειλής, ως προς τη λήψη των οποίων μπορεί να χορηγηθεί αναστολή. Αντιθέτως, τυχόν ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής στην περίπτωση αυτή θα ισοδυναμούσε, κατ' αποτέλεσμα, με τη χορήγηση του εν λόγω αποδεικτικού από το δικαστήριο, κατ' ανεπίτρεπτη υποκατάσταση αυτού στο έργο της αρμόδιας διοικητικής αρχής³⁷. Η ως άνω ερμηνεία των διοικητικών μέτρων του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ αποτελεί μία, αν μη τι άλλο, συνεπή προέκταση της κλασικής εκείνης

³⁴ Έτσι η ΔΠρΘεσ (αναστ.) 212/2014 σε αίτηση αναστολής εκτέλεσης επί ανακοπής, όπου επίσης εφαρμόζεται το άρθρο 202 παρ. 2 ΚΔΔ και η ΔΠρΑθ (αναστ.) 2727/2013 σε αίτηση αναστολής εκτέλεσης επί προσφυγής κατά πράξης προσδιορισμού φόρου κληρονομιάς αναφορικά με σύνταξη γήρατος του ΟΓΑ.

³⁵ Έτσι η ΔΠρΘεσ (αναστ.) 182/2014, 169- 71/2014.

³⁶ Πάντως, για την είσπραξη φόρων και λοιπών εσόδων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (ν. 4174/2013), πλέον εφαρμόζεται ο εν λόγω Κώδικας.

³⁷ Έτσι ΔΕφΑθ (εν συμβ.) 199/2012, με παρόμοιο σκεπτικό και η ΔΠρΘεσ (αναστ.) 57/2014.

μερίδας της νομολογίας που (ανέκαθεν) θεωρούσε τη μη χορήγηση φορολογικής ή ασφαλιστικής ενημερότητας ανεπίδεκτη αναστολής, ως γνήσια αρνητική πράξη³⁸.

Άλλη άποψη στηρίζει τον αποκλεισμό της μη χορήγησης ΑΦΕ από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 202 ΚΔΔ όχι στη φύση της πράξης που πρόκειται να εκδοθεί, αλλά στην αρμοδιότητα για την εκδίκαση των διαφορών που ανακύπτουν από αυτή. Έτσι, υποστηρίζεται ότι η άρνηση χορήγησης ενημερότητας αποτελεί, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 6 παρ. 2 εδ. δ' ΚΔΔ, αντικείμενο διακεκριμένης διαδικασίας ενώπιον του Προέδρου Πρωτοδικών του Διοικητικού Πρωτοδικείου και, ως εκ τούτου, μόνο στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής μπορεί να ζητηθεί παραδεκτώς η αναστολή της³⁹. Πάντως, η άποψη αυτή δημιουργεί ερωτηματικά και για άλλες περιπτώσεις, ιδίως επί διαφορών χρηματικού αντικειμένου, που το αρμόδιο για την εκδίκαση της αίτησης αναστολής δικαστήριο μπορεί να μην ταυτίζεται με τον, κατ' άρθρο 218 ΚΔΔ, δικαστή της εκτέλεσης.

Τρίτη άποψη εστιάζει στον χρόνο επέλευσης της βλάβης από τη μη χορήγηση ΑΦΕ, την οποία θεωρεί ενδεχόμενη και υποθετική, στον βαθμό που συναρτάται με την υποβολή σχετικού αιτήματος εν όψει συγκεκριμένων συναλλαγών ή ενεργειών του αιτούντος⁴⁰, καθώς και με την άρνηση του τελευταίου να συμμορφωθεί προς την προσβαλλόμενη⁴¹. Οι αποφάσεις αυτές απηχούν παλαιότερη νομολογία του ΣτΕ που εξέταζε εάν η άρνηση χορήγησης ΑΦΕ στοιχειοθετεί τον λόγο αναστολής της ανεπανόρθωτης βλάβης που προκαλείται από την εκτέλεση της πράξης⁴². Υπό το καθεστώς, ωστόσο, του νέου άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ είναι ζήτημα εάν εξακολουθεί να έχει θέση η απόρριψη των σχετικών ισχυρισμών με αυτό το αιτιολογικό έρεισμα. Τούτο διότι η ανεπανόρθωτη βλάβη δεν εξετάζεται πλέον με σημείο αναφοράς την εκτέλεση της πράξης, αλλά με άξονα τα κατ' ιδίαν επικείμενα μέτρα. Περαιτέρω, η θεώρηση της βλάβης από τη λήψη του διοικητικού μέτρου ως μέλλουσας αναιρεί την ίδια τη λογική του νέου συστήματος προσωρινής προστασίας.

³⁸ Βλ. *Λαζαράτο Π.*, Η προσωρινή δικαστική προστασία κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σελ. 107- 108, *Τσόγκα Π.*, σε: *Γκέρτσο Β./ Τσόγκα Π.*, Η προσωρινή δικαστική προστασία στη διοικητική δίκη, σελ. 24- 26, με αναφορά στη δυνατότητα διαταγής κατάλληλων μέτρων.

³⁹ ΔΠρΘεσ (αναστ.) 246/2014, 111/2014.

⁴⁰ ΔΠρΑθ (εν συμβ.) 3475/2013, ΔΠρΘεσ (εν συμβ.) 528/2013, ΔΠρΘεσ (αναστ.) 352/2014, 178/2014.

⁴¹ ΔΠρΘεσ (αναστ.) 190/2014.

⁴² ΣτΕ ΕΑ 211/2001, *Τσόγκας Π.*, σε: *Γκέρτσο Β./ Τσόγκα Π.*, Η προσωρινή δικαστική προστασία στη διοικητική δίκη, σελ. 67.

Έτσι, χωρεί μια νέα ανάγνωση των αποφάσεων εκείνων που, μάλλον δικαιολογημένα, υπεισέρχονται στην ουσία της εξέτασης του σχετικού ισχυρισμού, ερευνώντας εάν η στέρηση φορολογικής ενημερότητας προκαλεί στον αιτούντα ανεπανόρθωτη βλάβη. Για τη συνδρομή, πάντως, της βλάβης και την εν τέλει χορήγηση της αναστολής⁴³ απαιτείται εξειδίκευση των συνεπειών της μη χορήγησης ΑΦΕ στην επαγγελματική δραστηριότητα του αιτούντος, ο οποίος πρέπει να προσδιορίζει και να αποδεικνύει την αναγκαιότητα λήψης ενημερότητας και την εντεύθεν οικονομική βλάβη που θα του προκαλέσει η στέρησή της⁴⁴. Οι επαγγελματικές συναλλαγές για την ακώλυτη διενέργεια των οποίων απαιτείται το ΑΦΕ πρέπει να προσδιορίζονται και να είναι τουλάχιστον επικείμενες, αφού σε διαφορετική περίπτωση, πράγματι, δεν θα πρόκειται για ενεστώσα βλάβη⁴⁵.

4) Το δημόσιο συμφέρον ως λόγος αποκλεισμού της αιτούμενης αναστολής εκτέλεσης

Στη νομολογία, αν και επισημαίνεται ότι η άμεση εκτέλεση των πράξεων που αφορούν στον καταλογισμό φόρου είναι επιβεβλημένη χάριν της εύρυθμης δημοσιονομικής λειτουργίας του κράτους και της αποτροπής απώλειας εσόδων του κρατικού προϋπολογισμού⁴⁶, το πληττόμενο δημόσιο συμφέρον δεν ανάγεται αφ' εαυτού σε λόγο πλήρους αποκλεισμού της χορήγησης αναστολής εκτέλεσης, ανεξαρτήτως της προκαλούμενης στον αιτούντα βλάβης. Αντιθέτως, το δημόσιο συμφέρον καθορίζει την κρίση του δικαστηρίου κατά τη στάθμισή του με τη βλάβη του αιτούντος, όπως προβλέπεται στο άρθρο 202 παρ. 3 περ. β' ΚΔΔ. Η στάθμιση, πάντως, αυτή προϋποθέτει την ήδη συναχθείσα κρίση περί του ανεπανόρθωτου της βλάβης, ενώ είναι ενδιαφέρον ότι σε αυτή μπορούν να υπεισέλθουν διάφοροι παράγοντες, όπως το χαμηλό ύψος των περιουσιακών στοιχείων του αιτούντος, το οποίο μάλιστα, ανάλογα με τις περιστάσεις, μπορεί να εκληφθεί είτε ευνοϊκά είτε

⁴³ Έτσι ΔΕφΠειρ (αναστ.) 41/2012, ΔΠρΘεσ (αναστ.) 134/2014, 45/2014.

⁴⁴ ΔΕφΠειρ (αναστ.) 41/2014, ΔΕφΑθ (εν συμβ.) 4/2012, 27/2012.

⁴⁵ Βλ. ΔΠρΘεσ (αναστ.) 298/2014, στην οποία η αιτούσα δεν προσκόμισε κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει τυχόν επικείμενες συναλλαγές της με το εξωτερικό. Από την άλλη, στη ΔΠρΘεσ (αναστ.) 255/2014 συνεκτιμώντας το είδος της ασκούμενης επιχειρηματικής δραστηριότητας (κατασκευή ενδυμάτων) ανεστάλη η λήψη του μέτρου της μη χορήγησης ΑΦΕ όχι γενικώς, αλλά αποκλειστικά για τη συμμετοχή του αιτούντος σε διαγωνισμούς ανάληψης προμηθειών από τον δημόσιο τομέα και για τη σύναψη και ανανέωση δανειακών συμβάσεων με πιστωτικά ιδρύματα.

⁴⁶ ΔΠρΑθ (αναστ.) 1440/2014.

δυσμενώς για αυτόν. Έτσι στην προαναφερθείσα ΔΠρΑθ (αναστ.) 3475- 6/2013 για τα ακατάσχετα χαμηλά εισοδήματα, η εκ του νόμου προστασία τους κατέστησε τις αρνητικές συνέπειες από την αποδοχή της αίτησης σοβαρότερες από την, μάλλον ανύπαρκτη, ωφέλεια του αιτούντος. Αντίθετα, η ΔΕφΠειρ (εν συμβ.) 41/2014 έκανε δεκτή την αίτηση αναστολής, απαγορεύοντας τη λήψη του αναγκαστικού μέτρου της κατάσχεσης αυτοκινήτου, που αποτελούσε το μοναδικό περιουσιακό στοιχείο σωματείου και χρησιμοποιείτο για την εκπλήρωση των σκοπών του, λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι τα προσδοκώμενα έσοδα από το εν λόγω περιουσιακό στοιχείο ήταν πολύ μικρότερα της ένδικης οφειλής.

Αν και δεν πρέπει να παραγνωρίζεται ότι ειδικά για τις φορολογικές διαφορές η εκτέλεση των σχετικών καταλογιστικών πράξεων επιβάλλεται από τη συνταγματική διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5⁴⁷, στη θεωρία έχει επισημανθεί σε όλους τους τόνους ότι μόνον ο ταμειυτικός σκοπός της αύξησης των φορολογικών εσόδων δεν κωλύει τη χορήγηση αναστολής εκτέλεσης⁴⁸.

δ. Επιβολή προσαυξήσεων εκπροθέσμου καταβολής διαρκούσης της αναστολής και υποχρέωση συμμόρφωσης προς το προσωρινό δεδικασμένο της απόφασης

Το άρθρο 74 παρ. 6 εδ. γ' του προϊσχύσαντος Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (ν. 2238/1994), αναλογικώς εφαρμοστέο και σε άλλους φόρους και πρόστιμα, προέβλεπε ότι η χορηγούμενη δικαστική αναστολή εκτέλεσης της πράξης δεν αποκλείει την ολοκλήρωση της διαδικασίας ταμειακής βεβαίωσης εκείνου του ποσοστού φόρου που βεβαιώνεται αμέσως μετά από την άσκηση εμπρόθεσμης προσφυγής. Η εφαρμογή της διάταξης αυτής καθιστούσε το χρέος ληξιπρόθεσμο, κατά το άρθρο 5 του ΚΕΔΕ και δημιουργούσε νόμιμο τίτλο για την επιβολή προσαυξήσεων εκπρόθεσμης καταβολής, ακόμη και για το χρονικό διάστημα που καλυπτόταν από την απόφαση περί αναστολής εκτέλεσης. Δεδομένου, όμως, ότι στις δικαστικές αποφάσεις που δημιουργούν υποχρέωση συμμόρφωσης της Διοίκησης, κατά το άρθρο 95 παρ. 5 Συντ. και το άρθρο 1 του εκτελεστικού του νόμου 3068/2002, περιλαμβάνονται και εκείνες που εκδίδονται κατά τη διαδικασία προσωρινής δικαστικής προστασίας, ετέθη

⁴⁷ Έτσι και Ράικος Δ., Η προσωρινή δικαστική προστασία στις φορολογικές διαφορές, σελ. 94- 95.

⁴⁸ Βλ. Γέροντα Α., ΕφημΔΔ 2011, τ. 3, σελ. 380- 381, Δετσαρίδη Χ., ΕφημΔΔ 2011, τ. 4, σελ. 499, Κατσίγιαννη Φ., Η προσωρινή δικαστική προστασία στη διοικητική δίκη υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης, Διδικ 2014, τ. 1, σελ. 3, 11, 12, Λαζαράτο Π., Η προσωρινή δικαστική προστασία κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σελ. 197.

ζήτημα αντίθεσης της εν λόγω ρύθμισης προς τα άρθρα 20 παρ. 1 και 95 παρ. 5 Συντ., η επίλυση του οποίου παραπέμφθηκε στην επταμελή σύνθεση του Β΄ Τμήματος του ΣτΕ με την υπ' αριθ. 4436/2013 απόφαση.

Η επταμελής σύνθεση του Στ' τμήματος με την υπ' αριθ. 1538/2015 απόφασή της διαφοροποιήθηκε από την παραπεμπτική απόφαση. Αφού αρχικά υπογράμμισε την εξισορρόπηση των συμφερόντων Δημοσίου και διαδίκου, που επιχειρείται στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, και τη χορήγηση αναστολής σε εξαιρετικές μόνον περιστάσεις, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι η ταμειακή βεβαίωση του χρέους δεν συνεπάγεται *eo ipso* ζημία δυσχερώς επανορθώσιμη για τον ιδιώτη διάδικο⁴⁹. Και ναι μεν το χρέος καθίσταται ληξιπρόθεσμο, πλην, όμως, σε περίπτωση αναστολής του νόμιμου τίτλου, ο ιδιώτης ουδέν ποσό οφείλει μέχρι την περάτωση της πρωτοβάθμιας δίκης. Εξ άλλου, σε περίπτωση ευδοκίμησης του κύριου ένδικου βοηθήματος, οι επιβληθείσες προσαυξήσεις θα συνακρωθούν με τον νόμιμο τίτλο, ενώ σε περίπτωση απόρριψής του, το Δημόσιο δεν θα ζημιωθεί κατά το ποσό των προσαυξήσεων, τις οποίες θα απέφυγε ο οφειλέτης διά της μη ταμειακής βεβαίωσης του χρέους. Με αυτό το σκεπτικό κρίθηκε ότι η διάταξη δεν παραβιάζει το δικαίωμα παροχής δικαστικής προστασίας και την υποχρέωση συμμόρφωσης προς τις αποφάσεις της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Μάλιστα ενδιαφέρον έχει και το γεγονός ότι η μειωψήφουσα γνώμη δεν επιχειρηματολογεί επί τη βάση των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1 και 95 παρ. 5 που ερμήνευσε η πλειοψηφία, αλλά στηρίζει την αντισυνταγματικότητα της σχετικής διάταξης στην αρχή της διάκρισης των λειτουργιών, ως απόρροια της οποίας μία δικαστική απόφαση «αχρηστεύεται» μόνον με απόφαση ενός άλλου νόμιμου δικαστηρίου και όχι με πράξη της Διοίκησης.

Αντίστοιχα ζητήματα θέτει και η νυν ισχύουσα διάταξη του άρθρου 6 παρ. 5 του ΚΕΔΕ, αλλά και τα άρθρα 53 παρ. 1 και 63 παρ. 4 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (ν. 4174/2013), που τυγχάνει, πλέον, εφαρμογής για τις πράξεις της φορολογικής Διοίκησης. Η ερμηνεία των εκάστοτε εφαρμοστέων διατάξεων περιπλέκεται έτι περαιτέρω, εάν συνυπολογίσουμε την κατάργηση της αναστολής εκτέλεσης αυτής καθ' εαυτής της πράξης, πλην της περίπτωσης της πρόδηλης βασιμότητας του κύριου ένδικου βοηθήματος, και την αντ' αυτής χορήγηση αναστολής μόνον ως προς τη λήψη συγκεκριμένων μέτρων.

⁴⁹ Η απόφαση αναφέρεται στο προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς, πριν από την απόσυρση της «δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης» από το άρθρο 202 παρ. 1 ΚΔΔ.

Σε κάθε περίπτωση, εκτός από την, εκ του Συντάγματος, επιβαλλόμενη υποχρέωση συμμόρφωσης προς το προσωρινό δεδικασμένο της απόφασης επί αναστολής, τίθενται και ζητήματα συμφωνίας με το, κατ' άρθρο 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ, δικαίωμα παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, στο πεδίο εφαρμογής του οποίου εμπίπτει και η υποχρέωση συμμόρφωσης προς δικαστικές αποφάσεις, έστω κι αν αυτές έχουν εκδοθεί με τη διαδικασία της προσωρινής δικαστικής προστασίας⁵⁰. Μάλιστα, η μη συμμόρφωση προς το διαταχθέν προσωρινό μέτρο συνιστά, σε κάθε περίπτωση, παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ, ανεξαρτήτως εάν πράγματι επήλθε η βλάβη προς αποτροπή της οποίας αυτό χορηγήθηκε⁵¹.

Η αναφορά στην αστική όψη του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ δίνει την αφορμή να υπενθυμίσουμε ότι η, αναμφίβολα αξιοσημείωτη, στροφή που σημειώθηκε στη νομολογία του ΕΔΔΑ με την απόφαση *Micallef* κατά Μάλτας δεν συνεπάγεται και μία γενικευμένη, άνευ όρων, εφαρμογή όλων συλλήβδην των όψεων του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη στο σύνολο των υποθέσεων προσωρινής προστασίας⁵². Ειδικότερα, η εφαρμογή του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ στο πεδίο της προσωρινής προστασίας απαιτεί τη σωρευτική πλήρωση των δύο προϋποθέσεων που τέθηκαν ήδη με την απόφαση *Micallef*: Πρώτον, το δικαίωμα που διακυβεύεται τόσο στην προσωρινή όσο και στην κύρια διαδικασία θα πρέπει να αποτελεί «δικαίωμα αστικής φύσεως», κατά την αυτόνομη έννοια του όρου. Όπως, πάντως, έχει διευκρινισθεί σε μεταγενέστερη απόφαση, δεν απαιτείται και ταύτιση των διακυβευόμενων δικαιωμάτων, υπό την έννοια ότι το προσωρινό μέτρο πρέπει να είναι καθοριστικό για το ίδιο δικαίωμα που αποτελεί το αντικείμενο της κύριας διαδικασίας⁵³. Κατά τα λοιπά, δεδομένης της πλούσιας νομολογίας του δικαστηρίου του Στρασβούργου για τα «δικαιώματα και

⁵⁰ Βλ. απόφαση ΕΔΔΑ της 16.9.2010, Αναγνώστου- Δεδούλη κατά Ελλάδα, αριθ. προσφυγής 24779/08, §§ 44- 46, 61, Πρακτικά Τριμ. Συμβ. ΣτΕ 110/2010, 75/2009, *Κτιστάκη Σ.*, Η συμμόρφωση της Διοίκησης στις αποφάσεις των Διοικητικών Δικαστηρίων, σε: *Χρυσανθάκης Χ. (επιμ.)*, Συμβούλιο της Επικρατείας: Εφαρμογές Διοικητικού Ουσιαστικού & Δικονομικού Δικαίου, 2012, σελ. 712- 713.

⁵¹ Βλ. απόφαση ΕΔΔΑ της 13.1.2011, *Kübler* κατά Γερμανίας, αριθ. προσφυγής 32715/06, §63.

⁵² Η εφαρμογή της απορρέουσας από το άρθρο 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ εύλογης διάρκειας της διαδικασίας έχει γίνει δεκτή και στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Βλ. απόφαση ΕΔΔΑ της 3.7.2012, *Βεζυργιάννης κατά Ελλάδα*, αριθ. προσφυγής 37992/08 και 8571/09, §§14- 16 και 22- 24, *Μήτσιου Ε.*, Εφαρμογή του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ στην προσωρινή δικαστική προστασία, *ΕφημΔΔ* 2012, τ. 5, σελ. 624.

⁵³ Βλ. απόφαση ΕΔΔΑ της 12.1.2012, *Pekárny a cukrárny Klatovy, a.s.* κατά Τσεχίας, αριθ. προσφυγών 12266/07, 40059/07, 36038/09 και 47155/09, § 65.

υποχρεώσεις αστικής φύσεως», η έρευνα για την πλήρωση της προϋπόθεσης αυτής δεν παρουσιάζει ιδιαίτερες δυσκολίες. Τούτο ανεξαρτήτως της εύλογης απορίας που δημιουργείται για την απουσία αναφοράς στην έτερη ομάδα υποθέσεων του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ, ήτοι στις «κατηγορίες ποινικής φύσεως», παρότι στην αυτόνομη διάστασή τους θα μπορούσαν κάλλιστα να περιλαμβάνουν και προσωρινά μέτρα, όπως λ.χ. θα μπορούσε να συμβεί σε φορολογικές διαφορές. Σε κάθε περίπτωση, η αναγκαιότητα της διερεύνησης της φύσης του δικαιώματος που διακυβεύεται στην κύρια δίκη είχε ήδη αμφισβητηθεί από συγκλίνουσα άποψη τριών δικαστών, ενώ και στη θεωρία τίθεται το ερώτημα αν δικαιολογείται ο αποκλεισμός από το άρθρο 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ ενός προσωρινού μέτρου που συνιστά «δικαίωμα αστικής φύσεως», για μόνο τον λόγο ότι τέτοιο δικαίωμα δεν διακυβεύεται στην κύρια διαδικασία⁵⁴. Δεδομένου, άλλωστε, ότι, όπως προαναφέρθηκε, δεν απαιτείται ταύτιση των δικαιωμάτων που διακυβεύονται στις δύο διαδικασίες, η προϋπόθεση αυτή δεν φαίνεται να συνδέεται με τον παρακολουθηματικό χαρακτήρα της προσωρινής προστασίας.

Σε κάθε περίπτωση, περισσότερο ερμηνευτικά ζητήματα δημιουργεί η δεύτερη προϋπόθεση, η οποία επιβάλλει την ενδελεχή εξέταση της φύσης, του αντικειμένου και του σκοπού του προσωρινού μέτρου, ώστε να διακριβωθεί εάν αυτό είναι καθοριστικό για το δικαίωμα που διακυβεύεται στην κύρια διαδικασία. Με εξαίρεση προσωρινά μέτρα που σχετίζονται λ.χ. με την άδεια λειτουργίας μίας επιχείρησης, στις περισσότερες των περιπτώσεων ο βαθμός της επίδρασης του προσωρινού μέτρου στο δικαίωμα που διακυβεύεται χρήζει περαιτέρω εξειδίκευσης. Έτσι, με τη μεταγενέστερη απόφαση Kübler κατά Γερμανίας, το ΕΔΔΑ εισήγαγε το κριτήριο του άμεσου αποτελέσματος (“direct effect”), προκειμένου να κρίνει κατά πόσο ένα προσωρινό μέτρο είναι πράγματι καθοριστικό για το επίμαχο δικαίωμα. Σε αυτό το πλαίσιο έχει κριθεί ότι δεν είναι καθοριστικά προσωρινά μέτρα προληπτικού ή συντηρητικού χαρακτήρα, που αποσκοπούν απλώς στη διαφύλαξη της μελλοντικής ικανοποίησης της απαίτησης του αιτούντος, χωρίς να οδηγούν *in rem* σε πλήρη ή έστω μερική ικανοποίηση της εν λόγω απαίτησης⁵⁵. Υπ’ αυτό το πρίσμα, η αναστολή

⁵⁴ Βλ. συγκλίνουσα γνώμη των δικαστών Rozakis, Tulkens και Kalaydjieva στην απόφαση Micallef κατά Μάλτας και *Krenc F.*, L’ assujettissement du référé aux garanties du procès équitable: Cour européenne des droits de l’homme (Gde Ch.), Micallef c. Malte, 15 Octobre 2009, RTDH 2011, vol. 86, σελ. 308.

⁵⁵ Αποφάσεις ΕΔΔΑ επί του παραδεκτού, της 3.5.2011, Štokalo και λοιποί κατά Κροατίας, αριθ. προσφυγής 22632/07 και Imobilije Marketing d.o.o κατά Κροατίας, αριθ. προσφυγής 23060/07.

ως προς τη λήψη των αναγκαστικών μέτρων και των διοικητικών μέτρων προς διασφάλιση της οφειλής του άρθρου 202 παρ. 2 ΚΔΔ φαίνεται, κατ' αρχήν, να θέτει εκ ποδών το άρθρο 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ από το στάδιο της προσωρινής προστασίας, ακόμη και σε όσες διαφορές χρηματικού αντικειμένου θα μπορούσαν να πληρούν την πρώτη προϋπόθεση του αστικού δικαιώματος. Ωστόσο, το θέμα είναι ανοιχτό προς συζήτηση, ελλείπει και ad hoc νομολογιακών κρίσεων, αφού η εφαρμογή του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ μπορεί να βρει έρεισμα σε άλλες αποφάσεις του ΕΔΔΑ, που ανοίγουν τον δρόμο για την πλήρωση της επίμαχης προϋπόθεσης και από συντηρητικά μέτρα, εφόσον αυτά εξυπηρετούν και άλλους, ευρύτερους της πρόληψης, σκοπούς⁵⁶. _

⁵⁶ Απόφαση ΕΔΔΑ της 12.1.2012, Pekárny a cukrárny Klatovy, a.s. κατά Τσεχίας, αριθ. προσφυγών 12266/07, 40059/07, 36038/09 και 47155/09, § 69.

Η ευθύνη για την δράση αποκατάστασης σύμφωνα με τον Ομοσπονδιακό Νόμο για την Προστασία του Εδάφους της Γερμανίας (Bundes-Bodenschutzgesetz)

Ναταλία Χαραλαμπίδου, LL.M. (Heidelberg), Δικηγόρος

Το έδαφος δύναται να μολυνθεί μέσω διαφόρων δραστηριοτήτων και συμβάντων, όπως η διαρροή καυσίμων από υπόγειες δεξαμενές αποθήκευσης καυσίμων ή βυτιοφόρου κατόπιν αυτοκινητιστικού ατυχήματος, η διεξαγωγή σκοποβολής και η λειτουργία βυρσοδεψιών και καθαριστηρίων. Η δράση αποκατάστασης σε τέτοια συμβάντα λαμβάνει χώρα επί ελληνικού εδάφους βάσει του Π.Δ. 148/2009¹, το οποίο ενσωματώνει την Οδηγία 2004/35/EK². Αντίθετα, στην Γερμανία, πέραν του USchadG³ που ενσωματώνει την αυτή οδηγία, έχει εκδοθεί ειδικός νόμος για την προστασία του εδάφους, ο BBodSchG⁴. Το παρόν πόνημα εξετάζει το ειδικότερο μέρος του BBodSchG, που σχετίζεται με την ευθύνη αποκατάστασης, με επίκεντρο τους φέροντες την ευθύνη, και καταλήγει προσφέροντας μία σύντομη σύγκριση των φερόντων την ευθύνη κατά τον BBodSchG και το Π.Δ. 148/2009.

I. Σκοπός του BBodSchG

Σκοπός του BBodSchG είναι η αειφόρος διασφάλιση των λειτουργιών του εδάφους ή η αποκατάσταση αυτών (§ 1 εδ. 1 BBodSchG)⁵. Γίνεται εύκολα αντιληπτό ότι ο νομοθέτης επικεντρώνεται στις λειτουργίες που επιτελεί το έδαφος και όχι στο έδαφος αυτό καθ' εαυτό. Μάλιστα ως έδαφος („Boden“) νοείται η ανώτερη στοιβάδα

¹ Προεδρικό Διάταγμα υπ' αριθμ. 148, Περιβαλλοντική ευθύνη για την πρόληψη και την αποκατάσταση των ζημιών στο περιβάλλον – Εναρμόνιση με την οδηγία 2004/35/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 21ης Απριλίου 2004, όπως ισχύει, ΦΕΚ Α' 190/29.9.2009 σελ. 6527.

² Οδηγία 2004/35/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 21ης Απριλίου 2004, σχετικά με την περιβαλλοντική ευθύνη όσον αφορά την πρόληψη και την αποκατάσταση περιβαλλοντικής ζημίας, ΕΕ L 143/30.4.2004, σελ. 56.

³ Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadensgesetz - USchadG), ημ. 10.5.2007, BGBl. I σελ. 666.

⁴ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG), ημ. 17.3.1998, BGBl. I σελ. 502

⁵ BT-Drs. 13/6701, σελ. 19.

του γήινου φλοιού στον βαθμό που είναι φορέας των λειτουργιών του εδάφους, συμπεριλαμβανομένων των υγρών και αέριων συστατικών στοιχείων του, χωρίς όμως τα υπόγεια ύδατα και τις κοίτες των υδάτων (§ 2 παρ. 1 BBodSchG). Εξίσου σημαντική είναι η έννοια των λειτουργιών του εδάφους („*Bodenfunktionen*“), η οποία συνίσταται στην φυσική λειτουργία, στην λειτουργία του εδάφους ως αρχείο φυσικής και πολιτιστικής ιστορίας και στην χρηστική λειτουργία του ως κοίτασμα πρώτων υλών⁶.

II. Προϋποθέσεις για την έγερση της ευθύνης αποκατάστασης

Η γέννηση της ευθύνης αποκατάστασης προϋποθέτει την ύπαρξη επιβλαβούς μεταβολής του εδάφους („*schädliche Bodenveränderungen*“), παλαιών βαρών („*Altlasten*“) ή την μόλυνση υδάτων μέσω επιβλαβούς μεταβολής του εδάφους ή των εν λόγω βαρών („*Verunreinigungen von Gewässern*“). Εν όψει της καίριας θέσης των όρων αυτών στην ευθύνη αποκατάστασης κρίνεται αναγκαία η ακριβής αποσαφήνισή τους, η οποία ακολουθεί.

α. Η επιβλαβής μεταβολή του εδάφους

Με τον όρο επιβλαβής μεταβολή του εδάφους νοείται η προσβολή των λειτουργιών του εδάφους, η οποία είναι πρόσφορη να προκαλέσει κίνδυνο, ουσιώδες μειονέκτημα ή ουσιώδη ενόχληση („*Gefahr, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigung*“) για το άτομο ή την ολόκληρη τη φύση (§ 2 παρ. 3 BBodSchG). Ο όρος αυτός είναι δομημένος σε δύο επίπεδα. Εν πρώτοις εξετάζεται αν υπάρχει προσβολή των λειτουργιών του εδάφους⁷, όπως η εναπόθεση ουσιών και η μεταβολή της φυσικής του εδάφους ή η στεγανοποίηση της επιφάνειας του εδάφους. Σημειώνεται ότι είναι

⁶ Η φυσική λειτουργία („*natürliche Funktion*“) αναφέρεται στο έδαφος ως θεμέλιο και χώρο ζωής για τον άνθρωπο, την χλωρίδα, την πανίδα και τους οργανισμούς του εδάφους (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 1 (α) BBodSchG), ως μέρος της ισορροπίας της φύσης (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 1 (β) BBodSchG) και ως μέσο αποσύνθεσης, αντιστάθμισης και ανάπτυξης για επιδράσεις ουσιών λόγω των ιδιοτήτων φιλτραρίσματος, των ρυθμιστικών ιδιοτήτων και των ιδιοτήτων μετατροπής ουσιών (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 1 (γ) BBodSchG). Η λειτουργία του εδάφους ως αρχείο φυσικής και πολιτιστικής ιστορίας (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 2 BBodSchG) δεν περιέχει περαιτέρω προσδιορισμό. Η χρηστική λειτουργία του εδάφους („*Nutzungsfunktion*“) ορίζεται ως κοίτασμα πρώτων υλών (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 3 (α) BBodSchG), ως επιφάνεια για κατασκευή οικισμών και επιφάνεια αναψυχής (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 3 (β) BBodSchG), ως μέρος γεωργικής και δασονομικής χρήσης (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 3 (γ) BBodSchG) και ως μέρος για λοιπές οικονομικές και δημόσιες χρήσεις, για κυκλοφορία, για συντήρηση και διάθεση (§ 2 παρ. 2 υποπαρ. 3 (δ) BBodSchG).

⁷ *Schwartmann*, DStR 1999, 324 (324).

αδιάφοροι οι παράγοντες που την προκάλεσαν, αν δηλαδή είναι ανθρωπογενείς ή φυσικοί⁸, όπως και ο προσωρινός ή μόνιμος χαρακτήρας της προσβολής⁹. Ακολούθως και μόνο σε περίπτωση που η προσβολή βεβαιωθεί, ερευνάται η δυνατότητα πρόκλησης κινδύνου, σημαντικού μειονεκτήματος ή σημαντικής επιβάρυνσης¹⁰. Ως κίνδυνος νοείται μια πραγματική κατάσταση, κατά την οποία η ανεμπόδιστη εξέλιξη των αναμενόμενων συμβάντων εντός λογικού χρονικού διαστήματος θα οδηγήσει με επαρκή πιθανότητα σε βλάβη κάποιου έννομου αγαθού, ιδίως της δημόσιας ασφάλειας („*öffentliche Sicherheit*“)¹¹, σύμφωνα με τη πάγια αντίληψη¹². Επιπλέον, μειονέκτημα είναι η προσβολή συμφερόντων, η οποία όμως δεν συνδέεται με παραβίαση ενός έννομου αγαθού¹³, ενώ ενόχληση σημαίνει την προσβολή της σωματικής ή ψυχικής ευεξίας του ανθρώπου, χωρίς όμως να έχει ήδη προκληθεί βλάβη της ανθρώπινης υγείας.¹⁴ Τονίζεται όμως ότι τα μειονεκτήματα και οι ενοχλήσεις οδηγούν σε επιβλαβή μεταβολή του εδάφους μόνο εφόσον είναι ουσιώδη. Αυτό το ποιοτικό και συγχρόνως ποσοτικό χαρακτηριστικό της *ουσιαστικότητας* προσδιορίζει ο,τιδήποτε είναι πλέον αδύνατο να νοηθεί ως ανεκτό (“*zumutbar*”)¹⁵.

β. Παλαιά βάρη

Ο όρος *παλαιά βάρη* αποδίδει χώρους μέσω των οποίων προκαλείται επιβλαβής μεταβολή του εδάφους ή άλλοι κίνδυνοι για τον άνθρωπο ή την ανθρωπότητα (§ 2 παρ. 5 BBodSchG). Οι χώροι αυτοί δύναται να είναι εγκαταστάσεις επεξεργασίας αποβλήτων όπως και άλλα ακίνητα, επί των οποίων πραγματοποιούνταν κατεργασία, αποθηκεύονταν ή εναποτίθεντο απόβλητα, μόνο όμως εφόσον η λειτουργία τους έχει παύσει („*Altablagerungen*“, § 2 παρ. 5 υποπαρ. 1 BBodSchG). Ακόμη, τέτοιοι χώροι είναι ακίνητα εγκαταστάσεων και άλλα ακίνητα, επί των οποίων είχαν χρησιμοποιηθεί ουσίες επικίνδυνες για το περιβάλλον („*Altstandort*”). Η έννοια όμως

⁸ *Kloepfer*, Umweltrecht, § 12, παρ. 97.

⁹ *Kothe*, Altlasten und schädliche Bodenveränderungen, 2000, παρ. 51.

¹⁰ *Schwartmann*, DStR 1999, 324 (324).

¹¹ Η δημόσια ασφάλεια περικλείει το απαραβίαστο της έννομης τάξης, των υποκειμενικών δικαιωμάτων και εννόμων αγαθών του ατόμου όπως και των οργάνων και οργανώσεων του κράτους ή των λοιπών φορέων δημόσιας εξουσίας. *Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens*, Gefahrenabwehr, 1986, σελ. 232.

¹² *Schoch*, Jura 2003,472 (472); *Mostl*, Jura 2005, 48 (51); *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2008, σελ. 35; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2009, σελ. 36 επ.

¹³ *Kothe*, (υποσημ. 9) παρ. 63; *Sondermann/ Hejma*, σε: *Versteyl/ Sondermann*, Bundes-Bodenschutzgesetz, 2005, § 2 παρ. 48.

¹⁴ *Kothe*, (υποσημ. 9) παρ. 62; *Sondermann/ Hejma*, σε: *Versteyl/ Sondermann*, (υποσημ. 13) § 2 παρ. 49.

¹⁵ *Kothe*, (υποσημ. 9) παρ. 65; *Sondermann/ Hejma*, σε: *Versteyl/ Sondermann*, (υποσημ. 13) § 2 παρ. 50.

των παλαιών τόπων εγκατάστασης δεν περιλαμβάνει εγκαταστάσεις, οι οποίες χρειάζονταν άδεια κατά τον νόμο για την ατομική ενέργεια προκειμένου να παύσουν την λειτουργία τους (§ 2 παρ. 5 υποπαρ. 2 BBodSchG). Κοινό χαρακτηριστικό των δύο αυτών χώρων, που αποτελούν παλαιά βάρη, είναι ο παρελθών χρόνος. Έτσι λοιπόν δεν υπάγεται σε αυτούς μόλυνση επικίνδυνη για το περιβάλλον, που πηγάζει από εργοστάσιο εν λειτουργία ή ενεστώσα δραστηριότητα.

γ. Μόλυνση υδάτων μέσω επιβλαβούς μεταβολής του εδάφους ή παλαιών βαρών

Δεν είναι ασυνήθιστο επιβλαβείς μεταβολές του εδάφους και παλαιές βλάβες να προκαλούν μόλυνση σε ύδατα. Σε αυτές τις περιπτώσεις, ο BBodSchG ρυθμίζει την θεμελιώδη ευθύνη της αποκατάστασης των υδάτων και την αρμοδιότητα έκδοσης διοικητικών πράξεων για την λήψη μέτρων αποκατάστασης, όχι όμως και τον τρόπο που θα γίνει η αποκατάσταση.¹⁶

III. Περιεχόμενο της ευθύνης αποκατάστασης

Η ευθύνη αποκατάστασης περικλείει την ανάληψη δράσης αποκατάστασης („*Sanierung*“) και όχι απλά την οικονομική ευθύνη για την περιβαλλοντική βλάβη, όπως είναι το περιεχόμενο της αρχής *ο ρυπαίνων πληρώνει* σε εθνικό και ενωσιακό επίπεδο¹⁷. Πιο συγκεκριμένα, η δράση αποκατάστασης συνίσταται σε μέτρα απολύμανσης¹⁸, διασφάλισης¹⁹ και απομάκρυνσης ή μείωσης των επιβλαβών μεταβολών²⁰ (§ 2 παρ. 7 αρ. 1, 2 και 3 BBodSchG), ενώ πρέπει να διευκρινιστεί ότι ο περιορισμός χρήσης δεν αποτελεί αποκατάσταση²¹. Παράλληλα, τα μέτρα οφείλουν

¹⁶ Riedel, UPR 1999, 92 (93 επ.); Körner, DNotZ 2000, 344 (348).

¹⁷ Βλ. σχετικά Hughes/ Jewell/ Lowther/ Parpworth/ de Prez, Environmental Law, 2002, σελ. 26 επ.; Τάχου, Δίκαιο Προστασίας του Περιβάλλοντος, 2006, σελ. 102, 269; Κουτούπα-Ρεγκάκου, Δίκαιο του Περιβάλλοντος, 2008, σελ. 63; Καράκωστας, Περιβάλλον και Δίκαιο, Δίκαιο διαχείρισης και προστασίας των περιβαλλοντικών αγαθών, 2011, σελ. 32 επ.; Χαραλαμπίδου, Δίκαιο Περιβάλλοντος, Η εναρμόνιση της κυπριακής νομοθεσίας με τις Οδηγίες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2013, σελ. 12 επ.

¹⁸ Απολύμανση („*Dekontamination*“) είναι η απομάκρυνση βλαβερών ουσιών από το έδαφος ή η απομείωση αυτών. Kloepfer, (υποσημ. 8) § 12 παρ. 105.

¹⁹ Η εφαρμογή μέτρων διασφάλισης („*Sicherung*“) συνίσταται στην παραμονή των βλαβερών ουσιών στο έδαφος και στην σταθεροποίηση αυτών έτσι ώστε στα πλαίσια του τεχνικώς εφικτού να αποτραπεί η εξάπλωσή τους ή τουλάχιστον να ελαχιστοποιηθεί. Kloepfer, (υποσημ. 8) § 12 παρ. 105.

²⁰ Τα μέτρα απομάκρυνσης ή μείωσης των επιβλαβών μεταβολών („*Maßnahmen zur Beseitigung oder Verminderung schädlicher Bodenveränderungen*“) περιλαμβάνουν μέτρα για την απομάκρυνση επιβλαβών μεταβολών που δεν σχετίζονται με βλαβερές ουσίες. Kloepfer, (υποσημ. 8) § 12 παρ. 105.

²¹ BT-Drs. 13/6701, σελ. 30.

να είναι τέτοια ώστε μόνιμα να μην προκαλούνται κίνδυνοι, ουσιώδη μειονεκτήματα ή ουσιώδεις ενοχλήσεις για τον άνθρωπο ή την ολόκληρη τη φύση (§ 4 παρ. 3 εδ. 1 BBodSchG).

IV. Οι φέροντες την ευθύνη αποκατάστασης

Στον BBodSchG υιοθετήθηκε η κλασική απόδοση ευθύνης για τον παραμερισμό κινδύνου για την δημόσια τάξη και ασφάλεια.²² Σύμφωνα με αυτήν, ο κίνδυνος παραμερίζεται είτε από όποιο πρόσωπο προκάλεσε τον κίνδυνο („*Verhaltensverantwortlichkeit*“) είτε από όποιο πρόσωπο κατέχει τον κίνδυνο („*Zustandsverantwortlichkeit*“). Στην τελευταία περίπτωση η ευθύνη πηγάζει από την νομική και φυσική εξουσία επί του πράγματος και θεμελιώνεται όταν κίνδυνος εξέρχεται ενός πράγματος²³. Συνήθη πρόσωπα που κατέχουν τον κίνδυνο είναι οι κατέχοντες το πράγμα από το οποίο εξέρχεται ο κίνδυνος, ήτοι ο κύριος („*der Eigentümer*“) και ο κάτοχος („*der Inhaber der tatsächlichen Gewalt*“). Παράλληλα όμως ο BBodSchG θεμελίωσε την ευθύνη του καθολικού διαδόχου του προκαλούντος, του πρώην κυρίου και του φέροντος ευθύνη κατόπιν άρσης εταιρικού πέπλου²⁴. Με την θέσπιση ευθύνης στις τελευταίες δύο περιπτώσεις, επιχειρείται υψηλή προστασία ενάντια σε καταστρατήγηση του νόμου και κατάχρηση δικαιωμάτων²⁵.

α. Ο προκαλών („*der Verursacher*“)

Πρώτος ως φέρων την ευθύνη της αποκατάστασης αναφέρεται στον νόμο ο προκαλών επιβλαβή μεταβολή του εδάφους ή παλαιά βάρη (§ 4 παρ. 3 εδ. 1 BBodSchG). Πρόκειται για φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο με την συμπεριφορά του προκαλεί άμεσα²⁶ κίνδυνο. Σημειώνεται ότι η συμπεριφορά περιλαμβάνει πράξεις και παραλείψεις, ενώ είναι πλήρως αδιάφορη η τυχόν πρόθεση του προσώπου, καθώς η ευθύνη του προκαλούντος είναι καθαρά αντικειμενική.²⁷ Ως νομολογιακό παράδειγμα προκαλούντος επιβλαβούς μεταβολής του εδάφους παρατίθεται

²² Kobes, NVwZ 1998, 786 (790); Kloepfer, (υποσημ. 8) § 12 παρ. 150.

²³ Götz, (υποσημ. 12) § 9 παρ. 1; Schenke, (υποσημ.) παρ. 239, 268.

²⁴ Kobes, NVwZ 1998, 786 (790).

²⁵ Frenz, Bundes-Bodenschutzgesetz – Kommentar, 2000, § 4 Abs. 3, παρ. 71.

²⁶ Σύμφωνα με την κρατούσα θεωρία άμεσης πρόκλησης, λογίζεται ως προκαλών όποιος με την συμπεριφορά του υπερβαίνει το κατάφλο κίνδυνο. Erbuth/Stollmann, DVBl 2001, 601 (601).

²⁷ Kothe, (υποσημ. 9) παρ. 163; Trurnit, VBIBW 2000, 261 (262); Götz, (υποσημ. 12) § 9 παρ. 39; Versteyl, σε: Versteyl/Sondermann, (υποσημ. 13) § 4 παρ. 39.

δικαιούχος εμπράγματος δικαιώματος σε βάρος ξένου ακινήτου για οικοδόμηση, διατήρηση και εκμετάλλευση κτίσματος επί του ακινήτου („*Erbbauberechtigte*“), η οποία είχε την κυριότητα της εγκατάστασης κεντρικής θέρμανσης του σχετικού κτιρίου. Το φθινόπωρο 2000 παραδόθηκε στην δικαιούχο πετρέλαιο και τοποθετήθηκε στην δεξαμενή από μία εταιρεία. Στις 8.1.2001 διαπιστώθηκε από έναν τεχνικό ότι η δεξαμενή ήταν άδεια και ότι έσταζε πετρέλαιο από έναν σωλήνα. Η αρμόδια αρχή εξέδωσε διοικητικές πράξεις για την άρση της βλάβης από την ανωτέρω δικαιούχο ως προκαλούσα την βλάβη. Το Δικαστήριο επιβεβαίωσε την ευθύνη της ως προκαλούσα την βλάβη καθώς παραβίασε την υποχρέωση διαρκούς επίβλεψης σε επαρκή βαθμό της εγκατάστασης κεντρικής θέρμανσης και των σωλήνων (§ 163 παρ. 2 εδ. 1 NRG).²⁸

β. Ο καθολικός διάδοχος („*der Gesamtrechtsnachfolger*“) του προκαλούντος

Ο καθολικός διάδοχος του προκαλούντος δύναται ακόμη να φέρει την ευθύνη της αποκατάστασης (§ 4 παρ. 3 εδ. 1 BBodSchG). Ως καθολικός διάδοχος νοείται το φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο δυνάμει νόμου υπεισέρχεται σε όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις ενός άλλου προσώπου²⁹. Επί παραδείγματι αυτό συμβαίνει σε περίπτωση αποκλειστικής κληρονομιάς κατά το § 1922 BGB, ως επίσης και σε συγχώνευση εταιρειών κατά το § 20 παρ. 1 UmwG και το § 339 AktG σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 – 122 UmwG³⁰. Επισημαίνεται ότι ο ειδικός διάδοχος του προκαλούντος δεν φέρει ευθύνη αποκατάστασης βάσει της ιδιότητάς του αυτής, καθώς ουδεμία σχετική αναφορά δεν γίνεται στον νόμο³¹.

γ. Ο κύριος („*der Eigentümer*“) του ακινήτου

Ο κύριος του ακινήτου υπό την αστική έννοια της λέξης, ήτοι ο έχων την κυριότητα του εκάστοτε ακινήτου σύμφωνα με το βιβλίο μεταγραφών („*Grundbuch*“), ενδέχεται να κληθεί να φέρει την ευθύνη αποκατάστασης (§ 4 παρ. 3 εδ. 1 BBodSchG)³². Η ευθύνη αυτή, όπως γενικότερα η ευθύνη λόγω κατοχής, είναι

²⁸ OVG Niedersachsen Urt. v. 19.4.2007 – 7 LC 67/05, JurionRS 2007, 35220.

²⁹ *Erbguth/Stollmann*, DVBl 2001, 601 (602).

³⁰ *Kothe*, (υποσημ. 9) παρ. 167; *Versteyl*, σε: *Versteyl/Sondermann*, (υποσημ. 13) § 4 παρ. 49.

³¹ *Versteyl*, σε: *Versteyl/Sondermann*, (υποσημ. 13) § 4 παρ. 52.

³² *Versteyl*, σε: *Versteyl/Sondermann*, (υποσημ. 13) § 4 παρ. 55; OVG Nordrhein-Westfalen Beschl. v. 21.12.2011 – 16 A 1489/10, JurionRS 2011, 37179. Αναφορικά με την απόκτηση κυριότητας και την μεταβίβαση αυτής σημαντικές είναι οι διατάξεις §§ 873 έως 902, 925 έως 928 BGB σε συνδυασμό με τις διατάξεις του GBO.

απεριόριστη³³ και είναι αδιάφορη η ύπαρξη ή η απουσία πρόθεσης πρόκλησης βλάβης. Επομένως η αυστηρή αυτή ευθύνη μπορεί να οδηγήσει σε ιδιαίτερη σκληρότητα³⁴.

Όρια στην ευθύνη τέθηκαν από το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο κατόπιν των συνταγματικών προσφυγών („*Verfassungsbeschwerde*“), που κατατέθηκαν ενώπιον του, λόγω παράβασης του άρθρου 14 παρ. 1, του άρθρου 2 παρ. 1 και του άρθρου 103 παρ. 1 GG στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 1BvR 242/91 και 1BvR 315/99³⁵. Τα πραγματικά περιστατικά της προσφυγής 1BvR 242/91 είχαν ως εξής. Η προσφεύγουσα απέκτησε τον Οκτώβριο 1982 ένα γειτονικό ακίνητο μέσω αναγκαστικού πλειστηριασμού, επί του οποίου μία επιχείρηση κατασκεύαζε υλικά για καπέλα από δέρμα κουνελιών έως το 1981, οπότε και κηρύχθηκε πτώχευση. Για την απολίπανση του δέρματος χρησιμοποιούνταν χλωριωμένοι υδρογονάνθρακες. Από τον Σεπτέμβριο 1983 διαπιστώθηκε βαριά μόλυνση του εδάφους και του υπεδάφους με χλωριωμένους υδρογονάνθρακες, η οποία πήγαζε από την ανωτέρω παραγωγή. Εκδόθηκαν διοικητικές πράξεις τον Απρίλιο 1985 και τον Αύγουστο 1986 προς την προσφεύγουσα ως κύρια του ακινήτου για την άρση της μόλυνσης με ποικίλα μέτρα. Σύμφωνα με την προσφεύγουσα τα μέτρα αυτά κόστισαν 1.000.000 DM έως το 1998 ενώ η αξία του οικοπέδου κυμαίνονταν στα 350.000 DM.

Τα πραγματικά περιστατικά της συνεκδικασθείσας υπόθεσης 1BvR 315/99 περιελάμβαναν τα ακόλουθα. Οι προσφεύγοντες ήταν κύριοι εκτενούς δασικής έκτασης. Εκμίσθωσαν μία έκταση 16 εκατρίων τον Οκτώβριο 1970 σε έναν σύλλογο για την ίδρυση και λειτουργία ενός σκοπευτηρίου („*Tontaubenschießanlage*“). Το αγρομίσθωμα που συμφωνήθηκε ανέρχονταν ετησίως στα 12.792 DM. Ο σύλλογος ανέλαβε σύμφωνα με το συμβόλαιο την ίδρυση και νομότυπη λειτουργία του σκοπευτηρίου και έφερε την υποχρέωση να αποκτήσει όλες τις απαιτούμενες άδειες και τις αναγκαίες ασφάλειες, όπως και έγινε το 1971. Το 1972 οριοθετήθηκε περιοχή προστασίας υδατικών πόρων, στην οποία βρίσκονταν τα εκμισθωμένα ακίνητα. Το σκοπευτήριο διεύρυνε την λειτουργία του τα επόμενα χρόνια χωρίς να αποκτήσει τις αναγκαίες άδειες. Λόγω ανησυχιών ενός δήμου πραγματοποιήθηκε γενική επιθεώρηση των εγκαταστάσεων το 1983 και τον Ιανουάριο 1985 ανακλήθηκαν οι

³³ *Kloepfer*, (υποσημ. 8) § 12 παρ. 176.

³⁴ *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, (υποσημ. 11) σελ. 320.

³⁵ BVerfGE 102, 1.

χορηγηθείσες άδειες. Τα ασκηθέντα ένδικα μέσα απερρίφθησαν το 1987. Συνεπεία τούτων καταγγέλθηκε η εκμίσθωση ανάμεσα στους προσφεύγοντες και στον σύλλογο. Η επιθεώρηση των υδατικών πόρων αποκάλυψε ότι στην περιοχή του σκοπευτηρίου 200 με 300 τόνοι μολύβδου απορρίφθηκαν στο έδαφος μέσω της σκοποβολής. Έρευνες στο έδαφος έφεραν στο φως ότι ο ανώτερος εδαφικός ορίζων ήταν έντονα μολυσμένος με σκάγια και διαλυμένο μόλυβδο. Η μόλυνση αυτή έφτανε μέχρι και τα 80 εκατοστά βάθος. Ο σύλλογος κλήθηκε να απομακρύνει την μόλυνση με την σχετική διοικητική πράξη της αρμόδιας αρχής τον Ιούλιο 1988. Τον Ιανουάριο 1989 ο σύλλογος κήρυξε πτώχευση. Ακολούθως κλήθηκαν οι κύριοι του ακινήτου ως φέροντες ευθύνη λόγω κατοχής του ακινήτου να άρουν την περιβαλλοντική βλάβη. Οι προσφεύγοντες κατέβαλαν 5.900.000 DM για την άρση της βλάβης και ισχυρίστηκαν ότι η περιουσία τους υποτιμήθηκε πλήρως καθώς το ύψος των εκμισθωμάτων ανερχόταν συνολικά σε 160.000 DM.

Το Δικαστήριο εξετάζοντας την ουσία της υπόθεσης σημείωσε ότι το δικαίωμα της περιουσίας χαρακτηρίζεται από την ιδιωτική χρήση και την εξουσία διάθεσης του κυρίου επί του πράγματος. Εν συνεχεία ανέφερε ότι οι διατάξεις για την εν λόγω ευθύνη όπως και οι εκδιδόμενες διοικητικές πράξεις βάσει αυτών δεν αποτελούν απαλλοτρίωση („*Enteignung*“), καθώς οι αναφερθείσες διατάξεις θεμελιώνουν με γενικό και αφηρημένο τρόπο την ευθύνη του κυρίου να απομακρύνει κινδύνους για την ολότητα που εξέρχονται από το ακίνητο. Επιπλέον, το κράτος δεν επενέβη στο ακίνητο προκειμένου να ικανοποιήσει συγκεκριμένους στόχους δημοσίου συμφέροντος. Τέλος το Δικαστήριο τόνισε ότι το αντισυνταγματικό περιεχόμενο μιας διάταξης δεν αποτελεί συγχρόνως απαλλοτρίωση υπό συνταγματική έννοια, ούτε μπορεί να μεθερμηνευτεί σε τέτοια λόγω του διαφορετικού χαρακτήρα τους.³⁶ Το αυτό ισχύει ακόμη και σε περιπτώσεις που η εφαρμογή ενός νόμου πλήρως υποτιμά την αξία της περιουσίας.³⁷

Το Δικαστήριο απεφάνθη ότι γενικά η ευθύνη λόγω κατοχής του κινδύνου είναι συμβατή με το περιεχόμενο και τα όρια της περιουσίας κατά το άρθρο 14 παρ. 1 εδ. 2 GG, καθώς οι δικαιολογητικοί λόγοι της ευθύνης αυτής είναι αφενός η δυνατότητα επέμβασης του κυρίου στο πράγμα που προκαλεί κινδύνους και αφετέρου στην

³⁶ Το Δικαστήριο παρέπεμψε στην BVerfGE 52, 1 (27 επ.); 58, 300 (320); 79, 174 (192); 100, 226 (240).

³⁷ Το Δικαστήριο παρέπεμψε στην BVerfGE 83, 201 (212 επ.).

δυνατότητα άντλησης οικονομικών οφελών από αυτό. Η ερμηνεία όμως και η εφαρμογή της ευθύνης αυτής από τα δικαστήρια και την διοίκηση πρέπει να είναι συμβατή με τα άρθρα 14 παρ. 1 και 2 GG και ιδιαίτερα με την αρχή της αναλογικότητας³⁸. Στη συνέχεια το Δικαστήριο έκρινε ότι είναι συνταγματικά συμβατή η ερμηνεία της ευθύνης λόγω κατοχής του κινδύνου ώστε μόνο ο κύριος του ακινήτου να κληθεί να απομακρύνει κινδύνους που πηγάζουν από αυτό λόγω της έννομης σχέσης του με το πράγμα, ακόμη και εάν ούτε προκάλεσε ούτε είναι υπαίτιος για αυτούς. Υπό περιστάσεις όμως η ευθύνη αυτή περιορίζεται κυρίως εν όψει της αρχής της αναλογικότητας. Τα όρια της ανεκτής επιβάρυνσης του κυρίου χαράζονται αρχικά από την σχέση της οικονομικής επιβάρυνσης με την αξία του ακινήτου μετά την διενέργεια της αποκατάστασης του εδάφους. Ακόμη, η επιβάρυνση δεν είναι ανεκτή, όταν ο κίνδυνος που εξέρχεται του ακινήτου προέρχεται από δυνάμεις της φύσης ή από τρίτους που δεν δικαιούνται να προβούν σε χρήση αυτού. Επιπλέον, η επιβάρυνση του κυρίου με έξοδα αποκατάστασης έως την αξία του ακινήτου κρίθηκε μη ανεκτή σε περιπτώσεις που το εν λόγω ακίνητο αποτελεί τα θεμέλια της ιδιωτικής ζωής αυτού και της οικογένειάς του. Αντιθέτως, επιβάρυνση που ξεπερνά την αξία του ακινήτου είναι ανεκτή, εφόσον ο κύριος εν γνώσει του υπέμεινε την διακινδύνευση πρόκλησης κινδύνου. Σε αυτές τις περιπτώσεις όμως η επιβάρυνση συνδέεται μόνο με την περιουσία του, η οποία αποτελεί λειτουργική ενότητα με το ακίνητο που χρήζει αποκατάστασης.

δ. Ο κάτοχος („*der Inhaber der tatsächlichen Gewalt*“) του ακινήτου

Ο κάτοχος του ακινήτου δύναται περαιτέρω να κληθεί από τις αρμόδιες αρχές να φέρει την ευθύνη αποκατάστασης (§ 4 παρ. 3 εδ. 1 BBodSchG). Σημειώνεται ότι ο όρος *Inhaber der tatsächlichen Gewalt* είναι του δημοσίου δικαίου και μάλιστα διαφορετικός από τον όρο *Besitzer* του αστικού δικαίου, ενώ για σκοπούς εφαρμογής του παρόντος νόμου γίνεται εφαρμογή των αστικών διατάξεων περί κατοχής („*Besitz*“) μέσω απόκτησης της φυσικής εξουσίας επί του πράγματος κατά το § 854 παρ. 1 BGB³⁹. Σε κάθε περίπτωση θεμελιώδες στοιχείο είναι η ευθύνη του κατόχου

³⁸ Η αρχή της αναλογικότητας („*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*“ ή „*Übermaßverbot*“) επιτάσσει την επιδίωξη ενός νόμιμου σκοπού από τον νομοθέτη και την χρήση κατάλληλων („*Geeignetheit*“), αναγκαίων („*Erforderlichkeit*“) και αναλογικών („*Verhältnismäßigkeit*“, „*Angemessenheit*“, „*Proportionalität*“) μέσων για την επίτευξη του σκοπού αυτού (Βλ. σχετικά *Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, 2008, σελ. 43 επ. ως επίσης BVerfGE 67, 157 (173); *Ipsen*, JuS 1990, 636).

³⁹ *Dombert*, σε: Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 2013, BBodSchG, § 4, παρ. 23. Σημειώνεται ότι το ελληνικό εμπράγματο δίκαιο αποδίδει προϊσχύον δίκαιο, με επιρροές από την γαλλική και ιταλική

για την παράνομη κατάσταση του πράγματος να προέρχεται από την νομική και φυσική κυριαρχία επί του πράγματος, η οποία διευκόλυνε την χρήση αυτού με επακόλουθα οικονομικά πλεονεκτήματα⁴⁰. Ενδεικτικό νομολογιακό παράδειγμα κατόχου ακινήτου που φέρει την ευθύνη αποκατάστασης είναι ο σύνδικος πτώχευσης⁴¹.

ε. Ο φέρων την ευθύνη κατόπιν άρσης εταιρικού πέπλου

Ο φέρων ευθύνη κατόπιν άρσης εταιρικού πέπλου δύναται να επιφορτισθεί με την ευθύνη αποκατάστασης, μόνο εφόσον ανήκει στην εταιρία το εκάστοτε ακίνητο, το οποίο επιβαρύνεται με επιβλαβή μεταβολή ή παλαιά βάρη (§ 4 παρ. 3 εδ. 4 BBodSchG). Αυτή η πρόνοια αφορά σε νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, ενώ δεν αποκλείεται η εφαρμογή της σε νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου ελλείψει ρητού αποκλεισμού τους. Σε κάθε περίπτωση είναι αδιαμφισβήτητο ότι εφαρμόζεται σε εταιρείες περιορισμένης ευθύνης, ανώνυμες εταιρείες, κατά μετοχές ετερόρρυθμες εταιρείες (§ 161 επ. HGB), εγγεγραμμένους συνεταιρισμούς, ασφαλιστικά σωματεία και μεταλλευτικές συντεχνίες (§ 28 EGAktG)⁴². Παράλληλα, εν όψει της απόδοσης της σχέσης του νομικού προσώπου με το ακίνητο με την μη-νομική έννοια «ανήκει» („gehört“), αυτό το πρόσωπο θα πρέπει να είναι κύριος ή κάτοχος του ακινήτου σύμφωνα με μία άποψη⁴³, η οποία όμως δεν είναι πάγια⁴⁴. Όσον αφορά στις αναγκαίες προϋποθέσεις για την άρση του εταιρικού πέπλου, αυτές ρυθμίζονται από το εκάστοτε ισχύον αστικό δίκαιο.

στ. Χρονική επέκταση της ευθύνης λόγω κατοχής του κινδύνου

Η ευθύνη λόγω κατοχής του κινδύνου χαρακτηρίζεται από την άρρηκτη σύνδεση του φέροντος την ευθύνη με την φυσική και νομική κατοχή. Επομένως η διακοπή της κατοχής οδηγεί σε λήξη της ευθύνης, και ενδεχομένως αποποίηση αυτής, εφόσον η διακοπή έλαβε χώρα αποσκοπώντας σε αυτό το αποτέλεσμα. Επί παραδείγματι, μία εταιρεία είχε αποκτήσει την 15.3.1989 την κυριότητα ενός

αστική νομοθεσία (*Geib*, Darstellung des Rechtszustandes in Griechenland während der türkischen Herrschaft und bis zur Ankunft des Königs Otto I, 1835, σελ. 38 επ.; *Κρητική Πολιτεία*, Δικαστικοί Νόμοι, Αστικός Κώδιξ, 1904, σελ. μ' επ.). Συνεπώς η κατοχή υπό τον BGB ούτε ταυτίζεται, ούτε αποδίδει την κατοχή υπό τον AK.

⁴⁰ BVerwG, NVwZ 1991, 475.

⁴¹ OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 19.09.2013 - 2 M 114/13, AbfallR 2014, 56.

⁴² *Frenz*, (υποσημ. 25) § 4 Abs. 3 παρ. 73.

⁴³ *Erbguth/Stollmann*, DVBl 2001, 601 (604).

⁴⁴ *Kothe*, (υποσημ. 9) παρ. 204.

ακινήτου με παλαιά βάρη, επομένως και κλήθηκε να αποκαταστήσει την βλάβη ως φέρουσα ευθύνη λόγω κατοχής του κινδύνου. Το ακίνητο μεταβιβάστηκε στις 16.8.1991 σε μία ελβετική εταιρεία. Το Δικαστήριο απεφάνθη ότι η μεταβίβαση αυτή δεν επηρέαζε την ευθύνη της (αρχικής) εταιρείας, καθώς το συμβόλαιο και η μεταγραφή ήταν άκυρα κατά το άρθρο 138 BGB ως ενάντια στα χρηστά ήθη⁴⁵. Η απόφαση αυτή δεν ήταν μεμονωμένη.⁴⁶ Προκειμένου λοιπόν να αποτραπούν γεγονότα τέτοιου είδους, επεκτάθηκε η εφαρμογή της κλασικής ευθύνης λόγω κατοχής του κινδύνου, καθώς πλέον ευθύνεται ο εγκαταλείψας την κυριότητα („*der Eigentumsaufgeber*“) και ο πρώην κύριος του ακινήτου („*der frühere Eigentümer*“).

Η εγκατάλειψη της κυριότητας προβλέπεται στον αστικό κώδικα και συγκεκριμένα στο § 928 παρ. 1 BGB. Ειδικότερα, η άρση της κυριότητας ακινήτου πραγματοποιείται μέσω κοινοποίησης αποποίησης από τον κύριο ενώπιον του υποθηκοφυλακείου („*Grundbuchamt*“) και την καταχώρηση της αποποίησης στο βιβλίο μεταγραφών („*Grundbuch*“).⁴⁷ Η δήλωση αποποίησης δεν επιδέχεται όρων και προθεσμιών και πρόκειται για μονομερή και ληψιδεή δήλωση βούλησης.⁴⁸ Αποτέλεσμα της εγκατάλειψης είναι ότι το σχετικό ακίνητο μαζί με τα παραρτήματά του γίνεται αδέσποτο. Τυχόν ενοχικές και εμπράγματα απαιτήσεις αποσβήνονται και εξακολουθούν να υφίστανται μόνο οι αναληφθείσες προσωπικές υποχρεώσεις.⁴⁹

Όποιος προβαίνει λοιπόν σε εγκατάλειψη της κυριότητας κατά τα ανωτέρω φέρει ευθύνη αποκατάστασης του εδάφους σύμφωνα με το § 4 παρ. 3 εδ. 4 BBodSchG. Στόχος αυτής της διάταξης είναι η αποτροπή της μετακύλησης του κόστους αποκατάστασης στο κράτος, αποσκοπώντας σε μια δικαιότερη κατανομή της ευθύνης μεταξύ του κυρίου και της ολότητας. Παράλληλα η διάταξη αυτή έδωσε τέλος στην συζήτηση σχετικά με το τέλος της ευθύνης του κυρίου με την αποποίηση της κυριότητας,⁵⁰ αν και νομολογιακά παραδείγματα υπέρ της ευθύνης του εγκαταλείψαντος την κυριότητα υπήρχαν και προ της θέσπισης του BBodSchG.⁵¹

⁴⁵ VGH Bad.-Württ. Ur. v. 20.1.1998 – 10 S 233/97, VBIBW 1998, 312.

⁴⁶ Βλ. ακόμη BVerfG Beschl. v. 24.8.2000 – 1 BvR 83/97, NVwZ 2001, 65; OVG Schleswig -Holstein Ur. v. 1.8.1996 – 2 L 366/95, RdL 1997, 187.

⁴⁷ *Dombert*, σε: Landmann/ Rohmer, (υποσημ.) § 4, παρ. 38.

⁴⁸ *Huhn*, σε: Prütting / Wegen / Weinreich: BGB Kommentar, 2014, § 928, παρ. 3.

⁴⁹ *Huhn*, (υποσημ. 48) παρ. 5.

⁵⁰ *Frenz*, (υποσημ. 25) παρ. 114.

⁵¹ Βλέπε σχετικά VGH Bad.-Württ., UPR 1998, 397; OVG Bremen, NVwZ-RR 1989, 16; BVerwG, NJW 1999, 231, ως η αναφορά στο *Verstelyl*, in: *Verstelyl/ Sondermann*, (υποσημ. 13) § 4 παρ. 76.

Ο πρώην κύριος του ακινήτου υποχρεούται σε δράση αποκατάστασης εφόσον μεταβίβασε την κυριότητα μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, ήτοι 1.3.1999, και είχε γνώση ή έπρεπε να έχει γνώση της επιβλαβούς μεταβολής του εδάφους ή των παλαιών βαρών κατά την χρονική στιγμή αυτής της μεταβίβασης (§ 4 παρ. 6 εδ. 1 BBodSchG). Η γνώση ως στοιχείο του πραγματικού πληρείται, όταν ο κύριος γνώριζε ότι ο ίδιος ή τρίτοι επενέργησαν στο έδαφος, επί παραδείγματι μέσω εναπόθεσης ουσιών κατά την λειτουργία εργοστασίου ή μέσω ατυχημάτων⁵². Σημειώνεται όμως ότι γενικά η γνώση είναι ασύμβατη προς την παραδοσιακή απόδοση ευθύνης⁵³. Εξαίρεση, η οποία οδηγεί στον αποκλεισμό ευθύνης, προβλέπεται σε περιπτώσεις που η πίστη του πρώην κύριου στην απουσία επιβλαβών μεταβολών ή παλαιών βλαβών είναι άξια προστασίας (§ 4 παρ. 6 εδ. 2 BBodSchG). Με αυτήν την πρόνοια παρέχεται ευρεία προστασία στην καλοπιστία του κυρίου⁵⁴.

V. Επιλογή του φέροντος την ευθύνη

Η αιτιολογική έκθεση του νόμου ανέφερε ότι οι φέροντες την ευθύνη θα κληθούν να φέρουν την ευθύνη κατά την σειρά παράθεσής τους στον νόμο, και επομένως ο προκαλών θα προηγείτο του κατέχοντος⁵⁵. Αυτό όμως δεν ήταν σύμφωνο με το προϊσχύσαν δίκαιο και νομολογία⁵⁶, σύμφωνα με τα οποία η αρμόδια αρχή επέλεγε τον φέροντα την ευθύνη βάσει της διακριτικής της ευχέρειας („*Auswahlmessen*“) αποσκοπώντας στην ταχεία και αποτελεσματική άρση του κινδύνου⁵⁷. Η θεωρία⁵⁸ και η νομολογία⁵⁹ αρνήθηκαν την δεσμευτικότητα της σειράς παράθεσης των εν δυνάμει φερόντων ευθύνη και δεν απέκλιναν από τα προϊσχύσαντα. Το τυχόν αίσθημα αδικίας αμβλύνεται με την αξίωση αποζημίωσης του κυρίου που πραγματοποίησε την δράση αποκατάστασης προς τον προκαλούντα, όπως και του συγκυρίου προς τον έτερο συγκύριο με αναλογική εφαρμογή του § 426

⁵² *Hellriegel*, NVwZ 2012, 541 (543).

⁵³ *Versteyl*, σε: *Versteyl/ Sondermann*, (υποσημ. 13) § 4, παρ. 125 a.

⁵⁴ *Droese*, UPR 1999, 86 (91).

⁵⁵ BT-Drs. 13/6701, σελ. 35.

⁵⁶ Βλ. σχετικά *v. Mutius*, Jura 1983, 298 (299); *Schink*, DVBl. 1986, 161 (168); BVerwG, *Beschl. v. 24.08.1989 - 4 B 59.89*, NVwZ 1990, 474; VGH Bad.-Württ. *Urt. V. 19.10.1993 - 10 S 2045/91*, NVwZ-RR 1994, 565; OVG Schleswig-Holstein, *Urt. v. 21.07.1994 - 2 L 313/91*, JurionRS 1994, 23581; VGH München, *Beschl. v. 3.7.1996 - 22 CS 96.1305*, NVwZ-RR 1997, 617.

⁵⁷ *Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens*, (υποσημ. 11) σελ. 304 επ.

⁵⁸ *Kahl*, DV 2000, 29 (75); *Schink*, DÖV 1999, 797 (801); *Versteyl*, σε: *Versteyl/ Sondermann*, (υποσημ. 13) § 4 παρ. 88; *Finger*, NVwZ 2011, 1288 (1289).

⁵⁹ OVG Rheinland-Pfalz, *Urt. 18.02.2010 - 1 A 10973/09.OVG*, DÖV 2010, 620; OVG Rheinland-Pfalz, *Urt. 26.01.2012 - 8 A 11081/11.OVG*, DÖV 2012, 445.

παρ. 1 εδ. 2 BGB, η οποία υπόκειται σε τριετή παραγραφή (§ 24 παρ. 2 BBodSchG).⁶⁰

VI. Συμπεράσματα

Αν και το Π.Δ. 148/2009 δεν μπορεί να συγκριθεί με τον BBodSchG, καθώς την εναρμόνιση με την οδηγία πραγμάτωσε ο USchadG, είναι ενδιαφέρον να αντιπαραθέσουμε τους φέροντες την ευθύνη αποκατάστασης, καθώς αυτοί οι νόμοι θα εφαρμοστούν στα ίδια συμβάντα. Όπως ήδη ελέγχθη ανωτέρω, κατά τον BBodSchG την ευθύνη φέρουν πλείονες του ενός, ήτοι ο προκαλών, ο καθολικός διάδοχος αυτού, ο κύριος του ακινήτου, ο κάτοχος του ακινήτου, ο φέρων ευθύνη κατόπιν άρσης εταιρικού πέπλου, ο εγκαταλείψας την κυριότητα και ο πρώην κύριος. Αντιθέτως κατά το Π.Δ. 148/2009 την ευθύνη φέρει μόνο ο φορέας εκμετάλλευσης⁶¹. Κατά συνέπεια, ο BBodSchG προβλέποντας τους αναφερθέντες ελαχιστοποιεί τις πιθανότητες να αναλάβει το κράτος το σχετικό οικονομικό κόστος, ενώ οι αντίστοιχες πιθανότητες για το ελληνικό κράτος είναι αυξημένες ενόψει των προνοιών του Π.Δ. 148/2009. Επιπλέον, η ουσιώδης διαφορά μεταξύ του προκαλούντος και του φορέα εκμετάλλευσης συνίσταται στην επαγγελματική δραστηριότητα που χαρακτηρίζει τον δεύτερο. Επομένως, σύμφωνα με το Π.Δ. 148/2009 ένα πρόσωπο μόνο στα πλαίσια της επαγγελματικής του δραστηριότητας μπορεί να κληθεί να φέρει την ευθύνη. Αντίθετα, κατά τον BBodSchG την ευθύνη φέρει όποιο πρόσωπο προκάλεσε με την συμπεριφορά του τον κίνδυνο, ανεξαρτήτως των πλαισίων εντός των οποίων εκδηλώνεται η συμπεριφορά. Εξίσου σημαντική διαφοροποίηση αποτελεί η δυνατότητα απαλλαγής του φορέα εκμετάλλευσης από την ευθύνη (άρθρα 11 παρ. 4 και 5 Π.Δ. 148/2009), ενώ κατά τον BBodSchG ο προκαλών δεν απεκδύεται της ευθύνης του.

⁶⁰ *Schwartzmann*, DStR 1999, 324 (329); *Kloepfer*, (υποσημ. 8) §12 παρ. 252.

⁶¹ Φορέας εκμετάλλευσης είναι οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, το οποίο εκμεταλλεύεται ή ελέγχει την επαγγελματική δραστηριότητα ή στο οποίο έχει μεταβιβασθεί αποφασιστική οικονομική αρμοδιότητα όσον αφορά στην τεχνική λειτουργία τέτοιας δραστηριότητας, συμπεριλαμβανομένου και του κατόχου σχετικής αδείας ή εξουσιοδότησης ή του νόμιμου εκπροσώπου της επαγγελματικής δραστηριότητας, ή οποιουδήποτε προσώπου καταχωρεί ή κοινοποιεί τέτοια δραστηριότητα (άρθρο 2 παρ. 6 Π.Δ. 148/2009).

Η θεσμική θωράκιση του δικαιώματος προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στην έννομα τάξη της Ε.Ε. Το παράδειγμα της δράσης του Ευρωπαϊού Επόπτη Προστασίας Δεδομένων

Ελένη Φωτιάδου, Υποψήφια Διδάκτωρ Νομικής Σχολής ΑΠΘ, ΜΔΕ Νομικής Σχολής ΑΠΘ, ΜΔΕ Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ

I. Εισαγωγή

Αντικείμενο της παρούσας εισήγησης αποτελεί ο Ευρωπαίος Επόπτης Προστασίας Δεδομένων ως θεσμική εγγύηση του δικαιώματος προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στην ενωσιακή έννομη τάξη. Αφού παρουσιαστούν τα βασικά χαρακτηριστικά του ΕΕΠΔ, έμφαση θα δοθεί στις αρμοδιότητές του (εποπτείας, διαβούλευσης και συνεργασίας), όπως γίνονται αντιληπτές και κατηγοριοποιούνται από τον ίδιο. Ταυτόχρονα θα προσεγγίζεται η διαδικασία που ακολουθείται ενώπιον του ΕΕΠΔ κατά την ενεργοποίηση των σημαντικότερων και πιο συχνά απαντώμενων αρμοδιοτήτων του είτε κατόπιν πρωτοβουλίας των ενωσιακών οργάνων (προκαταρκτικοί έλεγχοι, διαβούλευση επί νομοθετικών προτάσεων), είτε κατόπιν πρωτοβουλίας των υποκειμένων των δεδομένων (ενστάσεις), ενώ θα συστηματοποιηθούν τα αποτελέσματα της δράσης του ΕΕΠΔ και οι συνέπειες που αυτή επιφέρει τόσο για τα υποκείμενα των δεδομένων όσο και για τα εμπλεκόμενα όργανα και οργανισμούς της Ένωσης.

Κατά τις τελευταίες δεκαετίες με την ανάπτυξη των νέων τεχνολογιών και την είσοδο στην ψηφιακή εποχή τόσο σε διεθνές όσο και σε ευρωπαϊκό επίπεδο διαφάνηκε ο κίνδυνος προσβολής των θεμελιωδών δικαιωμάτων που συνδέονται με την πληροφορική αυτοδιάθεση του ατόμου και συνακόλουθα κατέστη αντιληπτή η εντεινόμενη ανάγκη θέσπισης κανόνων για την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Ειδικά σε επίπεδο Ένωσης η ανάγκη πραγμάτωσης της εσωτερικής αγοράς ανέδειξε εμφατικά ότι η ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, υπηρεσιών, προσώπων και κεφαλαίων σε διασυνοριακό πλαίσιο προϋποθέτει την ελεύθερη κίνηση και των πληροφοριών που εξατομικεύουν, ταυτοποιούν και συνδέονται άρρηκτα με τα υπό διασυνοριακή κυκλοφορία μεγέθη. Προκειμένου να αποφευχθούν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού λόγω του διαφορετικού προστατευτικού πλαισίου, αλλά και με στόχο την προστασία των ατόμων από την παράνομη επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων τους, ο ενωσιακός νομοθέτης ανέλαβε την πρωτοβουλία υιοθέτησης σχετικών κανόνων.

Συγκεκριμένα η αναληφθείσα σε επίπεδο Ε.Ε. πρωτοβουλία προσέλαβε τη μορφή της οδηγίας 95/46/ΕΚ¹, η οποία βασίζεται στις αρχές της Σύμβασης 108 του Συμβουλίου της Ευρώπης, αλλά τις εμπλουτίζει, τις εξειδικεύει και τις προσαρμόζει στις ανάγκες της ενοποίησης. Δεδομένου ότι η οδηγία 95/46 απευθύνεται μόνο στα κράτη μέλη της Ε.Ε., αναδείχθηκε η ανάγκη θέσπισης ενός πρόσθετου νομικού μέσου το οποίο θα μπορούσε να εξασφαλίσει την προστασία των προσώπων έναντι της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων από τα όργανα και τους οργανισμούς της Ε.Ε. Με τη ΣτΑ προστέθηκε το άρθρο 286 με το οποίο τίθεται η νομική βάση αυτοδέσμευσης των ενωσιακών οργάνων όσον αφορά στο σεβασμό των ενωσιακών διατάξεων προστασίας των προσωπικών δεδομένων². Προς εφαρμογή και υλοποίηση των προβλέψεων του άρθρου 286 ΣΕΚ υιοθετήθηκε ο κανονισμός 45/2001³, ο οποίος κατ' ουσία μεταφέρει την οδηγία 95/46 στην ενωσιακή έννομη τάξη και ιδρύει τον ΕΕΠΔ ως ανεξάρτητη εποπτική αρχή ελέγχου της εφαρμογής των διατάξεών του, καθώς και κάθε άλλης πράξης στον τομέα της προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

Η πρόβλεψη ίδρυσης του ΕΕΠΔ αποτέλεσε ζητούμενο, καθώς η ανεξάρτητη εποπτεία συνιστά την πεμπουσία της ίδιας της προστασίας των προσωπικών δεδομένων. Ελλείψει τέτοιου ελέγχου, το εν γένει προστατευτικό πλαίσιο θα στερούνταν αποτελεσματικότητας και θα κατέληγε κενό περιεχομένου. Άλλωστε η προστασία των δεδομένων κατοχυρώνεται ως θεμελιώδες δικαίωμα, το οποίο χαρακτηρίζεται από ιδιαιτερότητες, καθώς οι εστίες διακινδύνευσής του είναι πολλές, συχνά άγνωστες και με τεχνικές πολυπλοκότητες που τις καθιστούν απροσπέλαστες⁴. Προκειμένου να επιτευχθεί η αποτελεσματική προστασία του θεμελιώδους αυτού δικαιώματος των υποκειμένων, προϋποτίθεται η λειτουργία ενός ανεξάρτητου οργάνου που χάρη στην εξειδίκευση και την κατάρτισή του θα ενεργοποιεί τους κατάλληλους μηχανισμούς επιβολής των προστατευτικών κανόνων σε προληπτικό αλλά και κατασταλτικό επίπεδο και θα αποκαθιστά τυχόν παραβίασή τους από τα ενωσιακά όργανα ή οργανισμούς. Παράλληλα η ανάγκη εναρμόνισης και ομοιόμορφης ερμηνείας των διατάξεων που καλούνται να εφαρμόσουν οι εθνικές αρχές όσον αφορά στην προστασία των δεδομένων επιβάλλουν τη διαμόρφωση ενός ανεξάρτητου φορέα σε ενωσιακό επίπεδο, ο οποίος θα συντονίζει και θα κατευθύνει.

Σήμερα η λειτουργία ανεξάρτητης αρχής προβλέπεται στην παρ. 2 του άρθρου 16 ΣΛΕΕ⁵, το οποίο αντικατέστησε το άρθρο 286 ΣΕΚ και αποτελεί τη νομική βάση του

¹ Οδηγία 95/46/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 1995 για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών, ΕΕ L 281, 23.11.1995, σελ. 31.

² βλ. Β. Σωτηρόπουλο, Ο Ευρωπαίος Επόπτης Προστασίας Δεδομένων, ΔτΑ 36/2007, σελ. 1175.

³ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 45/2001 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 18.12.2000, σχετικά με την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα από τα όργανα και τους οργανισμούς της Κοινότητας και σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών, ΕΕ L 008, 12.01.2001, σελ. 1.

⁴ βλ. Η. Hijmans, The European Data Protection Supervisor: The Institutions of the EC controlled by an Independent Authority, CMLRev. 43/2006, σελ. 1333.

⁵ βλ. Τ. Kingreen, Art. 16 AEUV σε C. Calliess-M. Ruffert, EUV-AEUV Kommentar, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2011, σελ. 568. Το άρθρο 16 ΣΛΕΕ πρέπει να διαβαστεί σε συνδυασμό με το άρθρο 39ΣΕΕ/Α. Βλ. Ν.Ε. Φαραντούρη, Άρθρο 16 σε Β. Χριστιανό (επιμ.), Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ,

ΕΕΠΔ. Και το άρθρο 16 ΧΘΔΕΕ προβλέπει ότι η τήρηση των σχετικών κανόνων υπόκειται στον έλεγχο ανεξάρτητης αρχής. Σε επίπεδο Ε.Ε. η ανεξάρτητη αρχή που επιφορτίζεται με αυτόν τον έλεγχο είναι ο ΕΕΠΔ.

II. Βασικά χαρακτηριστικά του ΕΕΠΔ

A. Μονοπρόσωπη αρχή. Διορισμός, παύση.

Ο ΕΕΠΔ είναι μονοπρόσωπη αρχή σε αντίθεση με αρκετές εθνικές εποπτικές αρχές που λειτουργούν ως συλλογικά όργανα. Διορίζεται με κοινή συμφωνία από το ΕυρΚοινβ και το Συμβούλιο για θητεία πέντε χρόνων, βάσει καταλόγου που καταρτίζεται από την Επιτροπή μετά από δημόσια πρόσκληση υποβολής υποψηφιοτήτων. Επιλέγεται μεταξύ προσώπων τα οποία παρέχουν εχέγγυα ανεξαρτησίας και διαθέτουν αξιόλογη εμπειρία και ικανότητες για την εκπλήρωση των σχετικών καθηκόντων. Ο τρόπος διορισμού του ΕΕΠΔ αντανακλά τη μέριμνα για εξασφάλιση της ανεξαρτησίας του.⁶

Η θητεία του ΕΕΠΔ λήγει, εκτός από την κανονική ανανέωση και τον θάνατο, σε περίπτωση απαλλαγής από τα καθήκοντά του, κατόπιν απόφασης του ΔΕΕ ύστερα από πρόταση του ΕυρΚοινβ, του Συμβουλίου ή της Επιτροπής. Η απαλλαγή αυτή συντελείται αν ο ΕΕΠΔ παύσει να πληροί τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την άσκηση των καθηκόντων του⁷ ή εάν διαπράξει βαρύ παράπτωμα.

Πρώτος ΕΕΠΔ ορίστηκε τον Ιανουάριο του 2004 ο P. Hustinx, η θητεία του οποίου ανανεώθηκε για δεύτερη περίοδο τον Ιανουάριο του 2009. Σήμερα ΕΕΠΔ είναι ο G. Buttarelli, ο οποίος υπήρξε αναπληρωτής ΕΕΠΔ από το 2009.

B. Ανεξαρτησία

Η ανεξαρτησία του ΕΕΠΔ από εξωτερικές παρεμβάσεις και πιέσεις κατά την άσκηση των καθηκόντων του διαφυλάσσεται με αυστηρότητα κατά το πρότυπο τόσο του ΕΔ όσο και των εθνικών αρχών προστασίας⁸. Η εγγύηση της ανεξαρτησίας του σκοπεί στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας και της αξιοπιστίας του ελέγχου της τήρησης των διατάξεων περί προστασίας των φυσικών προσώπων από την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα⁹. Σύμφωνα με το άρθρο 44 παρ.

Κατ' άρθρο ερμηνεία, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012, σελ. 217. Για την ενδεχόμενη επίδραση της Συνθήκης της Λισαβόνας στα εριζόμενα ζητήματα προστασίας δεδομένων, βλ. S. Leutheusser-Schnarrenberger, Grundrechtsschutz im Europa des Lissaboner Vertrags, DuD 8/2010, σελ. 522.

⁶ Δικαστήριο 16.10.2012, C-614/10 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας, ψηφ. Συλλ., σκ. 55επ.

⁷ βλ. A. Biselli, Der Europäische Datenschutzbeauftragte: State of play, 24.1.2014, διαθέσιμο στο netzpolitik.org, σελ. 3.

⁸ βλ. M. Gürtler-Bayer, Der behördliche Datenschutzbeauftragte: eine Analyse rechtlicher Probleme in der Konzeption des behördlichen Datenschutzbeauftragten unter Berücksichtigung der EU-Datenschutz-Grundverordnung, Verlag Dr Kovac, Auflage 1., Hamburg 2014, σελ. 40.

⁹ Δικαστήριο 9.3.2010, c-518/07 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, Συλλ. 2010, σελ. I-01885, σκ. 28, Δικαστήριο 16.10.2012, C-614/10 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας, ψηφ. Συλλ., σκ. 58. Βλ. H.P. Bull, Die völlig unabhängige Aufsichtsbehörde, EuZW 13/2010, σελ. 489' H.-H. Schild, Die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus europarechtlicher Sicht, DuD 8/2010, σελ. 549.

2 του κανονισμού 45/2001, ο ΕΕΠΔ κατά την εκτέλεση της αποστολής του δεν ζητά ούτε δέχεται εντολές από οποιονδήποτε.

Γ. Εξειδίκευση

Τόσο για την αρχική επιλογή του ΕΕΠΔ όσο και για την εκπλήρωση των αρμοδιοτήτων του προϋποτίθεται εξειδίκευση υπό την έννοια των ειδικών, τεχνικών γνώσεων και της κατάρτισης στον τομέα της προστασίας των δεδομένων. Η παραχώρηση προτεραιότητας στην εξειδίκευση φαντάζει εύλογη, δεδομένου ότι τα σχετικά ζητήματα χαρακτηρίζονται από εγγενή πολυπλοκότητα, την οποία δεν θα μπορούσε να διαχειριστεί και να αντιμετωπίσει επαρκώς κάποιος μη ειδικός.

III. Οι αρμοδιότητες του ΕΕΠΔ

Οι αρμοδιότητες και τα μέσα πραγμάτωσης της αποστολής του ΕΕΠΔ ορίζονται στα άρθρα 41, 46 και 47 του κανονισμού 45/2001 τόσο στη γενική τους έκταση όσο και σε ειδικότερες πτυχές τους, ακολουθώντας *grosso modo* την περιγραφή και κατανομή αρμοδιοτήτων και καθηκόντων που απαντάται συνήθως στις αντίστοιχες εθνικές εποπτικές αρχές. Η προσέγγιση αυτή κρίνεται μάλλον δικαιολογημένη, αν ληφθεί υπόψη ότι η ίδρυση τέτοιων ανεξάρτητων αρχών προηγήθηκε σε επίπεδο κρατών μελών, είτε αυτοβούλως είτε κατ' επιταγή των προβλέψεων της οδηγίας 95/46, και στη συνέχεια ακολούθησε και σε επίπεδο Ένωσης¹⁰.

A. Εποπτεία

1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Ακρογωνιαίο λίθο των αρμοδιοτήτων του ΕΕΠΔ αποτελεί η εποπτεία, κατά ανεξάρτητο τρόπο, των εργασιών επεξεργασίας δεδομένων που πραγματοποιούν τα όργανα και οι οργανισμοί της Ε.Ε., πράγμα που υποδηλώνεται ήδη από την ονομασία του θεσμού. Τα εποπτικά καθήκοντα του ΕΕΠΔ καλύπτουν ευρύ φάσμα ενεργειών και δραστηριοτήτων τόσο προληπτικής όσο και κατασταλτικής υφής, οι οποίες εκκινούν από ηπιότερα μέσα και ενδέχεται να φτάσουν σε δραστικότερα.

Σημαντικό ρόλο επιτελούν οι Υπεύθυνοι Προστασίας Δεδομένων (ΥΠΔ) οι οποίοι επιφορτίζονται με τη διεξαγωγή του αποκεντρωμένου ελέγχου των οργάνων και οργανισμών της Ε.Ε. κατά την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Ο θεσμός των ΥΠΔ εισήχθη με το άρθρο 24 του κανονισμού¹¹. Ο ρόλος τους αποκτά κομβική σημασία, στο μέτρο που συνδυάζουν το πλεονέκτημα της εγγύτητας προς το εποπτευόμενο όργανο (επομένως γνωρίζουν εκ των έσω τις διαδικασίες) με αυτό της προσωπικής και λειτουργικής τους ανεξαρτησίας (επομένως δεν λαμβάνουν εντολές κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους, άρθρο 24 παρ. 7 κανονισμού). Μεταξύ των

¹⁰βλ. P. Hustinx, *The European Data Protection Supervisor after two years*, DANA 1/2006, σελ. 5' H.P. Folz, Art. 16 σε C. Vedder- W. Heintschel von Heinegg, *Europäisches Unionsrecht*, Nomos Baden Baden 2012.

¹¹Πρωτοπόρος στην ίδρυση ΥΠΔ υπήρξε ο Ευρωπαίος Διαμεσολαβητής, βλ. P.-A. Feral, *Un pas supplémentaire vers la reconnaissance et la protection d' un droit fundamental dans l' Union Européenne*, Le Règlement No 45/2001, *Revue du Marché commun et de l' Union européenne*, 450/2001, σελ. 480.

αρμοδιοτήτων των ΥΠΔ συγκαταλέγονται η συνεργασία με τον ΕΕΠΔ, η διασφάλιση της εσωτερικής εφαρμογής του κανονισμού στο όργανο όπου θητεύουν, κá.

2. Προκαταρκτικοί έλεγχοι

Πτυχή της εποπτικής αρμοδιότητας του ΕΕΠΔ αποτελούν οι προκαταρκτικοί έλεγχοι. Σύμφωνα με το άρθρο 27 του κανονισμού 45/2001, όλες οι επεξεργασίες, που ενδέχεται να παρουσιάσουν ιδιαίτερους κινδύνους για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των υποκειμένων των δεδομένων λόγω της φύσης, της εμβέλειας ή των σκοπών τους, υποβάλλονται σε προκαταρκτικό έλεγχο εκ μέρους του ΕΕΠΔ.

Τέτοιες επεξεργασίες που ενδέχεται να παρουσιάσουν ιδιαίτερους κινδύνους αναφέρονται στο άρθρο 27 παρ. 2, όπου παρατίθεται σχετικός κατάλογος. Γίνεται δεκτό ότι η απαρίθμηση των επεξεργασιών στον κατάλογο είναι ενδεικτική¹². Πρόκειται κατ' αρχήν για τις επεξεργασίες δεδομένων σχετικά με την υγεία, την υποψία τέλεσης αδικήματος, καθώς και τις επεξεργασίες σχετικά με αδίκημα, ποινική καταδίκη ή μέτρα ασφαλείας. Ακολούθως, σε προκαταρκτικό έλεγχο υπόκεινται οι επεξεργασίες που αποσκοπούν στην αξιολόγηση της προσωπικότητας των υποκειμένων των δεδομένων, όπως οι ικανότητές τους, η απόδοση και η συμπεριφορά τους¹³. Ως δυνάμενες να θέσουν κινδύνους για τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των υποκειμένων των δεδομένων εκλαμβάνονται και οι επεξεργασίες που επιτρέπουν διασυνδέσεις μεταξύ δεδομένων. Τέλος η τέταρτη περίπτωση του άρθρου 27 παρ. 2 του κανονισμού αφορά στις επεξεργασίες που έχουν ως σκοπό τον αποκλεισμό ενός ατόμου από κάποιο δικαίωμα, παροχή ή σύμβαση.

Σταχυολογώντας χαρακτηριστικές υποθέσεις επεξεργασίας δεδομένων που τέθηκαν υπόψη του ΕΕΠΔ και κρίθηκαν ως χρήζουσες προκαταρκτικού ελέγχου, αξίζει να αναφερθεί η επεξεργασία δεδομένων κίνησης από τη Διεύθυνση τεχνολογίας των πληροφοριών του ΕυρΚοινβ, προκειμένου να διερευνηθούν υπόνοιες ανάρμοστης χρήσης του διαδικτύου και του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου¹⁴. Σε αντίστοιχο μοτίβο κινείται και η επεξεργασία εκ μέρους του ίδιου οργάνου που συνίσταται στην παρακολούθηση τηλεφωνικών λογαριασμών. Και στις δύο περιπτώσεις κρίθηκε ότι τέτοιου είδους επεξεργασίες μπορεί να οδηγήσουν στην κίνηση πειθαρχικών διαδικασιών και ως εκ τούτου υπόκεινται σε προκαταρκτικό έλεγχο¹⁵.

Όσον αφορά στην ακολουθούμενη διαδικασία, προηγείται η γνωστοποίηση στον ΥΠΔ του οργάνου ή οργανισμού κάθε νέας διενέργειας επεξεργασίας (άρθρο 25 παρ. 1), ο οποίος οφείλει πρώτα να την ερευνήσει μόνος του¹⁶. Σε περίπτωση που αντιλαμβάνεται ότι η επικείμενη επεξεργασία θέτει ιδιαίτερους κινδύνους, λόγω της φύσης, της εμβέλειας ή των σκοπών της, για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των υποκειμένων των δεδομένων, είναι υποχρεωμένος να προβεί σε κοινοποίησή της στον

¹² βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2007, σελ. 14, C. Sobotta, Art. 286 σε E. Grabitz-M. Hilf,-M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck München 2009, σελ. 12-13.

¹³ βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2004, σελ. 23' ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2005, σελ. 23.

¹⁴Υπόθεση 2004-0113, βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2004, σελ. 27.

¹⁵Υπόθεση 2004-0126, βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2004, σελ. 27.

¹⁶ βλ. Role of Data Protection Officers (DPO) in ensuring effective compliance with Regulation (EC) No 45/2001, EDPS Position paper 2005, σελ. 10-11.

ΕΕΠΔ. Σε περίπτωση αμφιβολίας σχετικά με την ανάγκη πραγματοποίησης προκαταρκτικού ελέγχου, ο ΥΠΔ ενθαρρύνεται να πληροφορεί τον ΕΕΠΔ και να αποστέλλει τα σημεία αμφιβολίας και ενδιασμού του.

Σύμφωνα με το άρθρο 27 παρ. 4 του κανονισμού 45/2001 και το άρθρο 21 του εσωτερικού κανονισμού, ο ΕΕΠΔ οφείλει να γνωμοδοτήσει επί του προκαταρκτικού ελέγχου εντός προθεσμίας δύο μηνών από τη λήψη της κοινοποίησης. Κατά το διάστημα αυτό η επεξεργασία αναστέλλεται. Εφόσον το απαιτεί η πολυπλοκότητα της υπόθεσης, η αρχική δίμηνη προθεσμία μπορεί να παραταθεί άπαξ για νέα περίοδο δύο μηνών κατόπιν απόφασης του ΕΕΠΔ. Σε περίπτωση που στο πέρας της δίμηνης προθεσμίας (η οποία ενδεχομένως έχει παραταθεί), δεν υπάρχει γνωμοδότηση του ΕΕΠΔ, τότε η γνώμη τεκμαίρεται θετική.

Η διαδικασία του προκαταρκτικού ελέγχου καταλήγει στη διατύπωση σχετική γνώμης, όπου ανευρίσκεται η τελική θέση του ΕΕΠΔ περί της συμβατότητας της επιχειρούμενης διαδικασίας επεξεργασίας προς την προστασία των προσωπικών δεδομένων και αποτυπώνονται τα πορίσματα της έρευνάς του (άρθρο 27 παρ. 4 κανονισμού 45/2001).

Οι γνώμες του ΕΕΠΔ επί προκαταρκτικών ελέγχων διαρθρώνονται σε τέσσερα μέρη, περιλαμβάνοντας συγκεκριμένα α) περιγραφή της διαδικασίας, β) συνόπηση των πραγματικών περιστατικών, γ) νομική ανάλυση περί του κατά πόσο η διαδικασία επεξεργασίας συνάδει προς τις αντίστοιχες προβλέψεις του κανονισμού 45/2001 και δ) διατύπωση συμπερασμάτων. Ο ΕΕΠΔ ακολουθεί κλασική και στερεότυπη διατύπωση, αναφέροντας ότι η υπό κρίση επεξεργασία δεν φαίνεται να συνεπάγεται παράβαση διατάξεων του κανονισμού 45/2001, υπό τον όρο να ληφθούν υπόψη και να τεθούν σε εφαρμογή οι υποβληθείσες συστάσεις¹⁷. Στις περιπτώσεις που περισσότερες διαδικασίες επεξεργασίας διαφορετικών οργάνων ή οργανισμών εμφανίζουν κοινά χαρακτηριστικά και εγείρουν τα ίδια ζητήματα σχετικά με την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, ο ΕΕΠΔ μπορεί να αποφασίσει την έκδοση κοινής γνώμης προς αποφυγή περιττών επαναλήψεων και προς εξοικονόμηση χρόνου και πόρων¹⁸. Επιπρόσθετα ο ΕΕΠΔ δύναται να εκδώσει συνοπτική, σύντομη γνώμη σε περίπτωση που μεσολάβησαν τροποποιήσεις σε διαδικασίες επεξεργασίας που κατά το παρελθόν είχαν κοινοποιηθεί και αποτελέσει αντικείμενο προκαταρκτικού ελέγχου.¹⁹ Η γνώμη του ΕΕΠΔ κοινοποιείται στον υπεύθυνο επεξεργασίας και στον ΥΠΔ, ενώ στη συνέχεια δημοσιεύεται και αναρτάται στην ηλεκτρονική σελίδα του ΕΕΠΔ, οπότε και καθίσταται διαθέσιμη στο κοινό.

Προκειμένου να ελεγχθεί η πλήρης εφαρμογή της γνώμης του ΕΕΠΔ μέσω της τήρησης των συστάσεων, σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 2 εσωτερικού κανονισμού, ο ΕΕΠΔ τάσσει στο όργανο προθεσμία τριών μηνών από την ημερομηνία έκδοσης της γνωμοδότησης, ώστε αυτό να υποβάλει πληροφορίες σχετικά με τα μέτρα που έχουν ληφθεί για την εφαρμογή των συστάσεων, ενώ η συνέχεια των εν λόγω πληροφοριών παρακολουθείται από τον ΕΕΠΔ. Σε περίπτωση που ο υπεύθυνος επεξεργασίας δεν συμμορφωθεί και δεν προβεί σε τήρηση και εφαρμογή των συστάσεων που υπέβαλε ο

¹⁷βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2006, σελ. 18.

¹⁸ βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2013, σελ. 24

¹⁹ βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2007, σελ. 15

ΕΕΠΔ στη γνώμη του, ο τελευταίος μπορεί να ασκήσει τις εξουσίες που του απονέμει το άρθρο 47 του κανονισμού²⁰. Ο ΕΕΠΔ κατά την άσκηση των αναγνωριζόμενων από το άρθρο 47 εξουσιών του διαθέτει διακριτική ευχέρεια και ευρύ περιθώριο εκτίμησης, στο μέτρο που εξοπλίζεται με πληθώρα δυνατοτήτων εκκινούμενων από μία απλή προειδοποίηση ως την οριστική απαγόρευση της επεξεργασίας²¹. Η επιλογή άσκησης κάποιας από τις εξουσίες του δεν θα πρέπει να συντελείται αυθαίρετα και τυχαία, αλλά θα πρέπει να συνυπολογίζει τη βαρύτητα της παράβασης και το βαθμό της μη συμμόρφωσης σε συνδυασμό με το μέγεθος του κινδύνου και την έκταση της ενδεχόμενης βλάβης για τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα των υποκειμένων²². Μέχρι σήμερα²³, τα όργανα και οι οργανισμοί της Ε.Ε. έχουν ακολουθήσει με συνέπεια τις διατυπωθείσες συστάσεις του ΕΕΠΔ και έτσι δεν παρέστη ανάγκη για κίνηση διαδικασιών επιβολής σύμφωνα με το άρθρο 47 του κανονισμού 45/2001.

3. Ενστάσεις

-Εννοια και νομική βάση

Η εποπτική αρμοδιότητα του ΕΕΠΔ περιλαμβάνει και το χειρισμό ενστάσεων. Η δυνατότητα κατάθεσης ένστασης ενώπιον του ΕΕΠΔ συγκαταλέγεται στα προβλεπόμενα από τον κανονισμό 45/2001 δικαιώματα του υποκειμένου²⁴ και ρυθμίζεται στο άρθρο 32 παρ. 2 του κανονισμού. Πρόκειται για διαδικαστικό δικαίωμα που αναγνωρίζεται παράλληλα με τη δυνατότητα προσφυγής ενώπιον του ενωσιακού δικαστή. Η προστιθέμενη αξία του έγκειται στη διαμόρφωση μιας εναλλακτικής επιλογής σε σχέση με τη δικαστική οδό, η οποία διακρίνεται από ευελιξία και ταχύτητα, ενώ ταυτόχρονα δεν στερείται τα εχέγγυα αμερόληπτης και αντικειμενικής κρίσης στο μέτρο που υπάγεται στην εποπτική αρμοδιότητα μιας ανεξάρτητης αρχής²⁵.

-Διαδικασία. Προϋποθέσεις παραδεκτού

Η διαδικασία που ακολουθείται στην περίπτωση των ενστάσεων καταστρώνεται σε μεγάλο βαθμό κατά το πρότυπο των καταγγελιών ενώπιον του ΕΔ²⁶, αλλά κυρίως κατά τον εσωτερικό κανονισμό²⁷ του ΕΕΠΔ και κατά τη διαμορφωμένη πρακτική

²⁰ Ο ΕΕΠΔ δύναται να εντέλλεται τον αρμόδιο υπεύθυνο επεξεργασίας να επιληφθεί και να διατυπώνει προτάσεις για την επανόρθωση της παραβίασης ή τη βελτίωση της προστασίας των υποκειμένων των δεδομένων, να διατάσσει τον υπεύθυνο επεξεργασίας να συμμορφωθεί προς αιτήματα άσκησης ορισμένων δικαιωμάτων του υποκειμένου που του αναγνωρίζονται βάσει του κανονισμού (πρόσβαση, διόρθωση, διαγραφή, κλπ), να προειδοποιεί ή να επιπλήττει τον εκάστοτε υπεύθυνο επεξεργασίας, να διατάσσει τη διόρθωση, το κλείδωμα, τη διαγραφή ή την καταστροφή των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, να επιβάλει απαγόρευση της επεξεργασίας, να προσφεύγει στο ενδιαφερόμενο ενωσιακό όργανο ή οργανισμό ή στο ΕυρΚοινβ, το Συμβούλιο και την Επιτροπή και τέλος να προσφύγει ενώπιον του ΔΕΕ για το συγκεκριμένο ζήτημα υπό τους προβλεπόμενους στη Συνθήκη όρους.

²¹ βλ. C. Sobotta, ο.π., σελ. 18.

²² βλ. Monitoring and ensuring compliance with Regulation 45/2001, EDPS Policy paper 2010, σελ. 13.

²³ βλ. τα στοιχεία που παρατίθενται στην ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2013, σελ. 28.

²⁴ Guidelines on the Rights of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, σελ. 9επ., διαθέσιμο στο www.edps.europa.eu.

²⁵ βλ. A. Di Martino, Datenschutz im europäischen Recht, Nomos Baden-Baden 2005, σελ. 91.

²⁶ βλ. Α. Τσαδήρα, Ο Ευρωπαϊός Διαμεσολαβητής: Ιστορική εξέλιξη του θεσμού, όροι παραδεκτής καταγγελίας και προϋποθέσεις δικαιολογημένων ερευνών, ΕΕΕυρΔ 2/2003, σελ. 340.

²⁷ άρθρα 31επ.

του. Κάθε φυσικό πρόσωπο, ανεξαρτήτου ιθαγένειας και τόπου διαμονής, μπορεί να καταθέτει ένσταση στον ΕΕΠΔ, εφόσον θεωρεί ότι τα δικαιώματά του που απορρέουν από την προστασία των προσωπικών του δεδομένων παραβιάστηκαν εξαιτίας της επεξεργασίας τους από όργανο ή οργανισμό της Ένωσης. Ειδικά οι ενωσιακοί υπάλληλοι δύνανται να καταθέτουν ένσταση στον ΕΕΠΔ, σύμφωνα με το άρθρο 33 του κανονισμού 45/2001 και το άρθρο 90β ΚΥΚ, για οποιαδήποτε παράβαση των κανόνων προστασίας προσωπικών δεδομένων υποπίπτει στην αντίληψή τους, ανεξάρτητα από το αν η καταγγελλόμενη επεξεργασία τους θίγει άμεσα²⁸. Σύμφωνα με τον κανονισμό 45/2001, ο ΕΕΠΔ μπορεί να ερευνά μόνο ενστάσεις που κατατίθενται από φυσικά πρόσωπα ως υποκείμενα των δεδομένων. Ενστάσεις από νομικά πρόσωπα, ιδίως εταιρίες αλλά και ενώσεις-οργανώσεις, απορρίπτονται ως απαράδεκτες²⁹.

Η ένσταση θα πρέπει να στρέφεται κατά θεσμικού οργάνου ή οργανισμού της Ε.Ε. Ο προσδιορισμός της έννοιας «ενωσιακά θεσμικά όργανα» δεν παρουσιάζει ερμηνευτική δυσχέρεια, καθώς αυτά απαριθμούνται στο άρθρο 13 ΣΕΕ (ΕυρΚοινβ, ΕΣ, Συμβούλιο, Επιτροπή, ΔΕΕ, ΕΚΤ, ΕΣ). Αντίθετα ο όρος «ενωσιακοί οργανισμοί» χρήζει εννοιολογικής αποσαφήνισης, καθώς δεν υπάρχει ενωσιακή διάταξη που να τον προσδιορίζει εγγύτερα. Κατ' ουσία πρόκειται για νομικές οντότητες, ανεξάρτητες από τα θεσμικά όργανα, που έχουν συσταθεί είτε βάσει του πρωτογενούς δικαίου είτε βάσει του παραγώγου και επιφορτίζονται με την εκτέλεση συγκεκριμένων καθηκόντων συνηθέστερα τεχνικού, επιστημονικού, διοικητικού ή εκτελεστικού χαρακτήρα³⁰. Οργανισμοί που θεσπίστηκαν από το διεθνές δίκαιο δεν θεωρούνται ενωσιακοί και συνεπώς εκφεύγουν του ελέγχου του ΕΕΠΔ³¹. Εξυπακούεται ότι απαράδεκτως εισάγεται ένσταση ενώπιον του ΕΕΠΔ κατά του Συμβουλίου της Ευρώπης και των οργανισμών που αποτελούν μέρος του³². Επιπρόσθετα, κρίνονται απαράδεκτες οι ενστάσεις κατά των αρχών των κρατών μελών, εθνικών, περιφερειακών ή τοπικών, και ιδίως κατά των εθνικών αρχών προστασίας δεδομένων, δεδομένου ότι ο ΕΕΠΔ δεν αποτελεί δευτεροβάθμιο όργανο ελέγχου των αποφάσεων των ανεξάρτητων αρχών εντός των κρατών μελών³³. Καθίσταται αντιληπτό ότι ο ΕΕΠΔ οριοθετεί τον όρο ενωσιακό όργανο ή οργανισμός αξιοποιώντας μάλλον οργανικά-τυπικά κριτήρια και όχι λειτουργικά με αποτέλεσμα να εξαιρούνται από την αρμοδιότητά του οι εθνικές αρχές, σε κάθε περίπτωση, ακόμη κι όταν δρουν και εφαρμόζουν ενωσιακό δίκαιο. Απαράδεκτες κρίνονται και ενστάσεις που στρέφονται κατά του ΔΕΕ και αφορούν στην άσκηση δικαιοδοτικών καθηκόντων εκ μέρους του, καθώς αυτό ρητά εξαιρείται από την εποπτική αρμοδιότητα του ΕΕΠΔ, όταν ασκεί τα δικαιοδοτικά του καθήκοντα³⁴. Αναντίλεκτα δεν συνιστά άσκηση δικαιοδοτικών καθηκόντων δραστηριότητα που άπτεται της καθημερινής διοικητικής λειτουργίας

²⁸Άρθρο 90β και κατά παραπομπή άρθρο 90 Κώδικα Υπηρεσιακής Κατάστασης υπαλλήλων Ε.Ε.

²⁹βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2013, σελ. 29.

³⁰ europa.eu/about-eu/agencies

³¹Εξαιρούνται από τον έλεγχο του ΕΕΠΔ όσοι θεσπίστηκαν με διεθνή συμφωνία των κρατών μελών ή με διακρατική σύμβαση.

³²βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2005, σελ. 31.

³³βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2012, σελ. 31 και ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2013, σελ. 30.

³⁴βλ. άρθρο 46 περ. γ κανονισμού 45/2001.

του ΔΕΕ και της ικανοποίησης διαδικαστικών ζητημάτων. Είναι γεγονός ότι η έλλειψη παθητικής νομιμοποίησης της ένστασης ενώπιον του ΕΕΠΔ αποτελεί τον συχνότερα απαντώμενο λόγο απαραδέκτου των ενστάσεων.

Στο στάδιο κρίσης περί παραδεκτού της ένστασης ο ΕΕΠΔ εξετάζει κατά πόσο αυτή αφορά σε επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Ο ΕΕΠΔ δεν είναι αρμόδιος να εξετάσει υποθέσεις γενικότερης κακοδιοίκησης, να τροποποιήσει το περιεχόμενο εγγράφων, τα οποία ο ενιστάμενος επιδιώκει να προσβάλει ή να χορηγήσει χρηματική αποζημίωση προς αποκατάσταση της τυχόν βλάβης του υποκειμένου των δεδομένων. Οι αρμοδιότητες αυτές ανήκουν είτε σε άλλα όργανα της Ένωσης (όπως ο ΕΔ) είτε στο ΔΕΕ. Η ένσταση πρέπει να αφορά επεξεργασία προσωπικών δεδομένων αυτή καθαυτή και δεν αρκεί να προσβάλει απόφαση οργάνου που απλώς και μόνο περιέχει προσωπικά δεδομένα ή προβαίνει σε ερμηνεία τους στο πλαίσιο άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του οργάνου³⁵.

Προκειμένου να κριθεί παραδεκτή η ένσταση ενώπιον του ΕΕΠΔ, ο καταγγέλλων οφείλει κατ' αρχήν να στραφεί πρώτα στο όργανο ή οργανισμό που προέβη σε παράβαση των κανόνων περί προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στο πλαίσιο επεξεργασίας. Πάντως ο ΕΕΠΔ δύναται να κρίνει παραδεκτή την ένσταση, ακόμα κι αν δεν προηγήθηκε επαφή με το όργανο ή οργανισμό, εφόσον ο καταγγέλλων αιτιολογήσει επαρκώς τους λόγους που τον ώθησαν σε παράλειψη αυτής της προηγούμενης επικοινωνίας. Αντίθετα ο ΕΕΠΔ απορρίπτει ως απαράδεκτη ένσταση σε περίπτωση περατωθείσας ή εκκρεμούς δικαστικής διαδικασίας που αφορά στα ίδια πραγματικά περιστατικά με αυτά της ένστασης.

Μολονότι στον κανονισμό 45/2001 δεν περιέχεται καμία πρόβλεψη σχετικά με την προθεσμία εντός της οποίας πρέπει να υποβληθεί ένσταση στον ΕΕΠΔ από το υποκείμενο των δεδομένων, στο άρθρο 32 του εσωτερικού κανονισμού ορίζεται ότι η ένσταση κατατίθεται κατά κανόνα εντός προθεσμίας δύο μηνών από την ημερομηνία κατά την οποία ο υποβάλλων έλαβε γνώση των γεγονότων στα οποία βασίζεται η ένσταση. Αφετηρία της διετούς προθεσμίας αποτελεί το χρονικό σημείο κατά το οποίο τα γεγονότα που στηρίζουν την ένσταση υπέπεσαν στην αντίληψη του καταγγέλλοντος.

-Εξέταση επί της ουσίας της υπόθεσης

Κατά την εξέταση των ενστάσεων, ο ΕΕΠΔ λαμβάνει υπόψη του το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο σχετικά με την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, τον εσωτερικό κανονισμό του, τις γενικές αρχές του δικαίου της Ένωσης, ιδίως αυτές που άπτονται διαδικαστικών δικαιωμάτων, και τη διοικητική πρακτική που είναι κοινή εντός των κόλπων των οργάνων και οργανισμών της Ε.Ε. και αποτελεί απαύγασμα καλής διακυβέρνησης και βέλτιστων πρακτικών. Ακρογωνιαίο λίθο της δράσης του κατά το χειρισμό των ενστάσεων συνιστούν οι αρχές της αναλογικότητας, υπό την ειδικότερη έκφανση κυρίως της αναγκαιότητας, και της διαφάνειας³⁶, οι οποίες διέπουν τη διαδικασία από την έναρξη έως τη λήξη της.

³⁵βλ. ετήσια έκθεση 2008, σελ. 43.

³⁶βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2013, σελ. 30.

Σύμφωνα με το άρθρο 33 του εσωτερικού του κανονισμού, ο ΕΕΠΔ αποφασίζει σχετικά με τον καταλληλότερο τρόπο και μέσο χειρισμού μιας ένστασης λαμβάνοντας υπόψη τη φύση και τη σοβαρότητα της εικαζόμενης παραβίασης των κανόνων προστασίας δεδομένων, τη σπουδαιότητα της ζημίας που έχουν ενδεχομένως υποστεί ένα ή περισσότερα υποκείμενα δεδομένων ως αποτέλεσμα της παραβίασης, τη δυνητική συνολική σπουδαιότητα της υπόθεσης, σε σχέση και με άλλα δημόσια και ιδιωτικά συμφέροντα, τη δυνατότητα διαπίστωσης της παραβίασης, την ακριβή ημερομηνία κατά την οποία έλαβαν χώρα τα γεγονότα, τυχόν συμπεριφορά η οποία δεν έχει πλέον επιπτώσεις και την άρση των εν λόγω επιπτώσεων ή την κατάλληλη εγγύηση μιας τέτοιας άρσης³⁷.

-Απόφαση- Περιεχόμενο

Εφόσον διαπιστωθεί ότι συντρέχει περίπτωση παράβασης του κανονισμού 45/2001, το περιεχόμενο της σχετικής απόφασης του ΕΕΠΔ διαφοροποιείται ανάλογα με το είδος και τη βαρύτητα της διαπιστωθείσας παράβασης, σε συνάρτηση πάντοτε με τα αιτήματα που προέβαλε μέσω της ένστασής του το υποκείμενο. Έτσι στον ΕΕΠΔ αναγνωρίζεται η δυνατότητα να κάνει χρήση των απονεμόμενων από το άρθρο 47 του κανονισμού 45/2001 εξουσιών³⁸, όπως ακριβώς ισχύει και στην περίπτωση μη συμμόρφωσης με τη γνώμη του ΕΕΠΔ κατόπιν προκαταρκτικού ελέγχου. Εφόσον δεν συντρέχει παράβαση του κανονισμού 45/2001, η απόφαση του ΕΕΠΔ απορρίπτει την ένσταση ως αβάσιμη. Σε κάθε περίπτωση η απόφαση του ΕΕΠΔ είναι δεσμευτική και παράγει έννομα αποτελέσματα, ενώ κοινοποιείται τόσο στον καταγγέλλοντα όσο και στον αρμόδιο υπεύθυνο επεξεργασίας του καταγγελλόμενου οργάνου ή οργανισμού.

Η έλλειψη απάντησης του ΕΕΠΔ επί ενστάσεως εντός προθεσμίας έξι μηνών ισοδυναμεί με απόφαση απόρριψής της, η οποία δύναται να προσβληθεί, καθώς με τον τρόπο αυτό ενισχύονται τα δικαιώματα του καταγγέλλοντος, ιδίως το δικαίωμά του για αποτελεσματική δικαστική προστασία³⁹.

-Ένδικα μέσα

Δεδομένου ότι οι αποφάσεις του ΕΕΠΔ επί ενστάσεων των υποκειμένων παράγουν έννομα αποτελέσματα και χαρακτηρίζονται από νομική δεσμευτικότητα, τόσο ο υποβάλλων την ένσταση όσο και το εμπλεκόμενο όργανο μπορούν να στραφούν εναντίον τους, εφόσον τηρούνται βέβαια οι σχετικές προϋποθέσεις.

Κατ' αρχήν προβλέπεται η δυνατότητα επανεξέτασης της απόφασης του ΕΕΠΔ που εκδόθηκε επί ενστάσεως του υποκειμένου των δεδομένων. Το ένδικο μέσο της επανεξέτασης δεν έχει μεταβιβαστικό αποτέλεσμα⁴⁰, καθόσον απευθύνεται στον ΕΕΠΔ, δηλαδή στο ίδιο το όργανο που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση. Σύμφωνα με το άρθρο 35 του εσωτερικού κανονισμού του ΕΕΠΔ, κατατίθεται εγγράφως εντός προθεσμίας ενός μηνός από την ημερομηνία κοινοποίησης της

³⁷βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2013, σελ. 31.

³⁸Για τη διαφορά μεταξύ αρμοδιοτήτων και εξουσιών, βλ. P.-A. Feral, Un pas supplémentaire vers la reconnaissance et la protection d' un droit fundamental dans l' Union Européenne, Le Règlement No 45/2001, Revue du Marché commun et de l' Union européenne, 45/2001, σελ. 484.

³⁹βλ. C. Sobotta, ο.π., σελ. 14 με παραπομπή στις Προτάσεις ΓΕ J. Kokott, 27.01.2005, c-186/04 Housieaux, σκ. 34.

⁴⁰Για την έννοια βλ. Ν. Νίκα, Πολιτική Δικονομία ΙΙΙ, Ένδικα μέσα, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2007, σελ. 14.

απόφασης. Το αίτημα επανεξέτασης πρέπει να περιορίζεται μόνο σε νέα πραγματικά στοιχεία που προέκυψαν μετά την έκδοση της απόφασης του ΕΕΠΑ και σε νομικούς ισχυρισμούς, οι οποίοι, μολονότι προτάθηκαν, δεν ελήφθησαν υπόψη προηγουμένως από τον ΕΕΠΑ (άρθρο 35 παρ. 2 εσωτερικού κανονισμού).

Το γεγονός ότι ο ΕΕΠΑ αποτελεί ανεξάρτητη αρχή δεν αποκλείει την υπαγωγή του σε δικαστικό έλεγχο εκ μέρους του ΔΕΕ, στο μέτρο που ασκεί εξουσίες καταναγκασμού και λαμβάνει δεσμευτικές αποφάσεις παράγουσες νομικά αποτελέσματα έναντι τρίτων. Πέρα από τα ουσιαστικά επιχειρήματα για κατάφαση του δικαστικού ελέγχου των αποφάσεων του ΕΕΠΑ⁴¹, η λύση αυτή δίδεται με σαφήνεια από τον ίδιο τον κανονισμό 45/2001, ο οποίος στο άρθρο 32 παρ. 3 ορίζει ρητά ότι οι αποφάσεις του ΕΕΠΑ δύνανται να προσβάλλονται ενώπιον του ΔΕΕ, διευρύνοντας με τον τρόπο αυτό τον κύκλο των παθητικά νομιμοποιούμενων προσώπων μέσω πρόβλεψης του δευτερογενούς δικαίου.

Η δυνατότητα προσφυγής ενώπιον του ΔΕΕ υφίσταται τόσο για τον καταγγέλλοντα όσο και για το καταγγελλόμενο όργανο ή οργανισμό και υπόκειται στις προβλεπόμενες από το άρθρο 263 ΣΛΕΕ προϋποθέσεις που ισχύουν για την προσφυγή ακύρωσης. Είναι γεγονός ότι μέχρι σήμερα ελάχιστες αποφάσεις του ΕΕΠΑ έχουν αχθεί ενώπιον των ενωσιακών δικαστηρίων κατόπιν προσφυγής ακύρωσης είτε του καταγγέλλοντος υποκειμένου είτε του αρμοδίου οργάνου ή οργανισμού⁴². Δεν αποκλείεται και η άσκηση αγωγής αποζημίωσης κατά του ΕΕΠΑ σε περίπτωση που πληρούνται οι σχετικές προϋποθέσεις. Και εν προκειμένω ο δικαστικός έλεγχος της δραστηριότητας του ΕΕΠΑ δεν θέτει υπό αμφισβήτηση την ανεξαρτησία του, καθόσον η αναγνώριση ευθύνης λόγω ζημίας που προκλήθηκε από τη δραστηριότητα του δεν αφορά στην ατομική ευθύνη του αλλά σε αυτήν της Ένωσης⁴³.

B. Διαβούλευση

1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Έτερο άξονα της αποστολής του ΕΕΠΑ ως ανεξάρτητης και εξειδικευμένης αρχής ικανής να συνεισφέρει στην ορθή διακυβέρνηση⁴⁴ εντός της Ένωσης σχετικά με ζητήματα προστασίας των δεδομένων αποτελεί η συμβουλευτική του αρμοδιότητα. Συγκεκριμένα ο ΕΕΠΑ παρέχει συμβουλές στα θεσμικά όργανα και οργανισμούς της Ένωσης για θέματα προστασίας των δεδομένων σύμφωνα με τα άρθρα 28, 41 και 46

⁴¹βλ. H. Hijmans, ο.π., σελ. 1340, E. Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σελ. 566, D. Geradin-V. Mitrias-N. Petit, Regulatory agencies in the European Union: A critical review σε Φ. Κοζύρη-Σ. Μεγγλίδου (επιμ.), Η ανεξαρτησία των ανεξάρτητων αρχών, Πρακτικά ημερίδας 20.10.2002, εκδ. Αντ. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 2003, σελ. 221.

⁴²ΠΕΚ 20.7.2009 (διάταξη), T-193/09 Δασκαλοπούλου κατά Επιτροπής και ΕΕΠΑ' ΓΔ 11.3.2010 (διάταξη), T-510/09 P- AJ V κατά Επιτροπής και ΕΕΠΑ ΓΔ 15.12.2010(διάταξη), T-164/09 E. Κίτου κατά ΕΕΠΑ' ΓΔ 29.11.2011(διάταξη), T-345/11 ENISA κατά ΕΕΠΑ' ΓΔ 20.04.2012 (διάταξη), T-374/07 Παχτίτης κατά Επιτροπής' Υπόθεση T-791/14 (εκκρεμής) Bensarsa κατά Επιτροπής και ΕΕΠΑ.

⁴³Αντίστοιχα για τον ΕΔ, ΔΕΚ 23.3.2004, C-234/02P Ευρωπαϊός Διαμεσολαβητής κατά Frank Lamberts, Συλλ. 2004, σελ. I-02803.

⁴⁴Υπό την ευρεία έννοια του όρου ώστε να καλύπτονται τόσο η νομοθεσία όσο και τα διοικητικά μέτρα. βλ. B. Σωτηρόπουλο, ο.π., σελ. 1196.

του κανονισμού 45/2001 τόσο όσον αφορά σε κάθε νομοθετική πρόταση σχετικά με την προστασία έναντι της επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων όσο και σε ποικίλα διοικητικά μέτρα που αυτά εκπονούν⁴⁵.

2. Διαβούλευση επί νομοθετικών προτάσεων

- Έκταση της διαβούλευσης

Η διαβούλευση επί νομοθετικών προτάσεων προσλαμβάνει ιδιαίτερα ευρύ χαρακτήρα⁴⁶. Η υποχρέωση διαβούλευσης με τον ΕΕΠΔ δεν ισχύει μόνο για προτάσεις που αφορούν κατά κύριο λόγο την προστασία προσωπικών δεδομένων, αλλά και για προτάσεις που αναπτύσσουν περαιτέρω, συμπληρώνουν ή τροποποιούν το υπάρχον νομικό πλαίσιο προστασίας δεδομένων, καθώς και για προτάσεις που, ενώ έχουν σημαντικό αντίκτυπο στην προστασία δεδομένων, παραβλέπουν και δεν λαμβάνουν υπόψη το ισχύον προστατευτικό πλαίσιο.⁴⁷ Με άλλα λόγια, η εκάστοτε νομοθετική πρόταση δεν απαιτείται να έχει άμεση επίδραση σε αυτούς καθαυτούς τους κανόνες προστασίας δεδομένων, αλλά αρκεί να περιέχει προβλέψεις σχετικά με την επεξεργασία δεδομένων εν γένει ή προβλέψεις δυνάμενες να επιφέρουν, έστω και έμμεσα ή υποθετικά, συνέπειες στην επεξεργασία δεδομένων. Η ευρεία ερμηνεία του συμβουλευτικού ρόλου του ΕΕΠΔ επιβεβαιώθηκε και από το ΔΕΚ (νυν ΔΕΕ)⁴⁸. Δηλωτικό του ευρύτατου χαρακτήρα του συμβουλευτικού ρόλου του ΕΕΠΔ είναι το γεγονός ότι μπορεί να ενεργοποιείται σε κάθε στάδιο της νομοθετικής διαδικασίας όχι μόνο κατόπιν αιτήματος της Επιτροπής δυνάμει της υποχρέωσης του άρθρου 28 παρ. 2 κανονισμού 45/2001, αλλά και κατόπιν αιτήματος οποιουδήποτε άλλου οργάνου ή και με δική του πρωτοβουλία⁴⁹, ιδίως σε βαρύνουσας σημασίας για την προστασία δεδομένων ζητήματα.

- Αντικείμενο και περιεχόμενο

Εκτός από την παροχή συμβουλών επί νομοθετικών προτάσεων που αποτελεί το βασικό πεδίο ανάπτυξης του συμβουλευτικού ρόλου του ΕΕΠΔ, αντικείμενο της συμβουλευτικής αρμοδιότητας του ΕΕΠΔ μπορεί να αποτελούν και άλλες πράξεις που σχετίζονται με τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα. Ήδη υπό την προηγούμενη διάρθρωση της Ένωσης σε πυλώνες είχε γίνει δεκτή η συμβουλευτική αρμοδιότητα του ΕΕΠΔ και σε θέματα του πρώην τρίτου πυλώνα⁵⁰. Ο ΕΕΠΔ συμβουλεύει επί εφαρμοστικών πράξεων και πράξεων κατ' εξουσιοδότηση, επί αποφάσεων στο

⁴⁵βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2009, σελ. 65

⁴⁶βλ. The EDPS as an advisor to the Community Institutions on proposals for legislation and related documents, Policy paper 2005, σελ. 4.

⁴⁷Γνώμη ΕΕΠΔ σχετικά με την πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την αμοιβαία διοικητική συνδρομή για την προστασία των οικονομικών συμφερόντων της Κοινότητας κατά της απάτης και οποιασδήποτε άλλης παράνομης δραστηριότητας, 22.10.2004, 2004/c 301/03.

⁴⁸ΔΕΚ 17.3.2005 (διάταξη), c-317/04 και 318/04 Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως και Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συλλ. 2005, σελ. I-02457.

⁴⁹Άρθρο 26 εσωτερικού κανονισμού ΕΕΠΔ. Θετική αξιολόγηση της δυνατότητας αυτής σε C. Sobotta, ο.π., σελ. 13

⁵⁰βλ. P. Hustinx, Introductory speech at press conference: Building a new institution, 31.3.2005, σελ. 3, διαθέσιμο στο www.edps.europa.eu P. Hustinx, Data protection-Are current standards for police cooperation satisfactory, 12.12.2006, διαθέσιμο στο www.edps.europa.eu Ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2004, σελ. 35.

πλαίσιο της κοινής εξωτερικής πολιτικής και της πολιτικής ασφάλειας, καθώς και επί εγγράφων που αφορούν συμφωνίες με τρίτες χώρες και διεθνείς οργανισμούς⁵¹. Ταυτόχρονα στο πεδίο εφαρμογής της διαβούλευσης εκ μέρους του ΕΕΠΔ εμπíπτουν και νομοθετικές πρωτοβουλίες των κρατών μελών δυνάμει των συνθηκών, καθώς και πρωτοβουλίες για ενισχυμένη συνεργασία, ενώ ο ΕΕΠΔ ασκεί το συμβουλευτικό του καθήκον και επί μη δεσμευτικών πράξεων.⁵²

-Διαδικασία

Πρωταρχικός φορέας-όχι όμως αποκλειστικός- κίνησης της διαδικασίας διαβούλευσης καθίσταται η Επιτροπή κατά τα οριζόμενα στον κανονισμό 45/2001. Προκειμένου η Επιτροπή να εκπληρώσει την υποχρέωση διαβούλευσης με τον ΕΕΠΔ, όπως αυτή προβλέπεται στον κανονισμό 45/2001, οφείλει να εκτιμήσει και να αξιολογήσει την επίδραση της εκάστοτε νομοθετικής πρότασης στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και εν γένει στην ιδιωτικότητα των προσώπων. Για το λόγο αυτό, η υπαγωγή νομοθετικών προτάσεων σε διαβούλευση με τον ΕΕΠΔ θα πρέπει να θεωρείται ο κανόνας, ιδίως σε περίπτωση αμφιβολιών ή αμφίσημων στοιχείων.

Κρίσιμο ρόλο επιτελεί η χρονική στιγμή της εμπλοκής του ΕΕΠΔ στην όλη διαδικασία. Η ανάγκη αποτελεσματικότητας της συμβουλευτικής του δράσης επιτάσσει την συμμετοχή του σε πρώιμο στάδιο της διαδικασίας, ήδη κατά τη διαμόρφωση δηλαδή μιας νομοθετικής πρότασης, υπό τη μορφή άτυπης διαβούλευσης με τα όργανα και ιδίως με την Επιτροπή. Η συμμετοχή του κατά το χρονικό σημείο που προηγείται της υιοθέτησης της πρότασης εκ μέρους της Επιτροπής, παρέχει τη δυνατότητα στον ΕΕΠΔ να επιστήσει την προσοχή απέναντι στα ζητήματα που ενδεχομένως εγείρονται αναφορικά με την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

Σημείο εκκίνησης αποτελεί η εξέταση του κατά πόσο η προτεινόμενη πράξη αφορά σε επεξεργασία προσωπικών δεδομένων⁵³. Στη συνέχεια, ο ΕΕΠΔ περιγράφει την επίδραση της πρότασης στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, εντοπίζοντας πού έγκεινται οι επιπτώσεις της. Ταυτόχρονα εκτιμάται η συμβατότητά της με το εν γένει πλαίσιο προστασίας των προσωπικών δεδομένων εντός της ενωσιακής έννομης τάξης, όπως διαρθρώνεται στους άξονες του πρωτογενούς δικαίου της Ένωσης (Συνθήκες και ΧΘΔΕΕ) αλλά και του παραγώγου (οδηγία 95/46, κλπ)⁵⁴. Ακολουθεί η αξιολόγηση της ποιότητας της προτεινόμενης πράξης στη βάση της αποτελεσματικής προστασίας των δεδομένων χωρίς βέβαια να γίνεται οποιαδήποτε κρίση περί σκοπιμότητας υιοθέτησής της. Στο τέλος ο ΕΕΠΔ εξετάζει την αναγκαιότητα και αναλογικότητα τυχόν προβλεπόμενων εξαιρέσεων στην

⁵¹βλ. The EDPS as an advisor to the Community Institutions on proposals for legislation and related documents, Policy paper 2005, ο.π., σελ.7.

⁵²βλ. εκτενώς Ε.-Ρ. Παπαδοπούλου, Το ήπιο δίκαιο στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2012.

⁵³βλ. The EDPS as an advisor to EU institutions on policy and legislation: building on ten years of experience, 2014, σελ. 8

⁵⁴Εξυπακούεται ότι συνυπολογίζεται ο τρόπος ερμηνευτικής προσέγγισης του ανωτέρω πλαισίου από το ΔΕΕ. ΔΕΚ 16.12.2008, c-73/07 Satakunnan Markkinapörssi και Satamedia, Συλλ. 2008, σελ. I-09831' Δικαστήριο 9.11.2010, c-92/09 και c-93/09 Volker und Markus Schecke και Eifert, Συλλ. 2010, σελ. I-11063.

προστασία των προσωπικών δεδομένων, αν δηλαδή αυτές δικαιολογούνται από κάποιο θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος.

-Γνωμοδοτήσεις

Κατά κανόνα η θέση του ΕΕΠΔ επί των τιθέμενων ζητημάτων κατά τις ανωτέρω διαδικασίες διατυπώνεται με τη μορφή γνώμης στην οποία ανευρίσκονται τα αποτελέσματα της διαδικασίας διαβούλευσης. Η συνεισφορά του ΕΕΠΔ επί νομοθετικής πρότασης ή άλλου σχετικού εγγράφου (ανακοίνωση, λευκή βίβλος, έγγραφο στρατηγικής, εν γένει soft law) μπορεί να παρέχεται υπό τη μορφή σχολίων ή τυπικής δημόσιας γνώμης.

Όσον αφορά στα βασικά χαρακτηριστικά και τη διάρθρωση της γνώμης του ΕΕΠΔ επί νομοθετικής πρότασης ή άλλου σχετικού εγγράφου, αρχικά παρουσιάζονται τα διαδικαστικά βήματα της διαβούλευσης με συγκεκριμένη μνεία των χρονικών σημείων των παρεμβάσεων, ενώ αναφέρονται το βασικό πλαίσιο, τα χαρακτηριστικά και οι στόχοι της υπό εξέταση πρότασης⁵⁵. Στη συνέχεια, ο ΕΕΠΔ μέσω της γνώμης του εκθέτει τη γενικότερη κατάσταση όσον αφορά στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα στον εκάστοτε τομέα δράσης (πχ ΧΕΑΔ, εσωτερική αγορά, σχέσεις με τρίτες χώρες, κλπ), ενώ παράλληλα γίνεται μνεία στο υφιστάμενο νομικό πλαίσιο σε συνάρτηση με τις εξελίξεις και τις τάσεις σε διεθνές επίπεδο, ιδίως όσον αφορά στο Συμβούλιο της Ευρώπης⁵⁶. Ο ΕΕΠΔ φροντίζει να επισημάνει εμφατικά την αναγκαιότητα παρέμβασης του ίδιου ως αρμόδιου φορέα για τη διασφάλιση των προσωπικών δεδομένων⁵⁷.

Είναι χαρακτηριστικό ότι ο ΕΕΠΔ προβαίνει σε συγκεκριμένες και στοχευμένες προτάσεις με ιδιαίτερα αναλυτικό και εμπειριστατωμένο τρόπο. Λαμβάνει σαφή θέση για το τμήμα όπου θα περιέχεται κάποια πρόβλεψη, συγκεκριμένα για το αν αρκεί απλή αναφορά της στις αιτιολογικές σκέψεις ή αντιθέτως αν απαιτείται θέσπισή της με ουσιαστική διάταξη⁵⁸. Δεν αποκλείεται ο ΕΕΠΔ να τοποθετηθεί και για το είδος της πράξης δευτερογενούς δικαίου που απαιτείται να εκδοθεί, αν δηλαδή είναι καταλληλότερη η έκδοση κανονισμού ή οδηγίας⁵⁹.

⁵⁵Γνωμοδότηση του ΕΕΠΔ σχετικά με τη μελλοντική διαμόρφωση του χώρου ελευθερίας, ασφάλειας και δικαιοσύνης, 4.6.2014, σκ. 2επ. (2014/C 224/04).

⁵⁶Γνωμοδότηση του ΕΕΠΔ επί της ανακοίνωσης της Επιτροπής «Πολιτική και διακυβέρνηση του διαδικτύου — Ο ρόλος της Ευρώπης στη διαμόρφωση του μέλλοντος της διακυβέρνησης του διαδικτύου», 23.6.2014 (2014/C 246/04).

⁵⁷Γνωμοδότηση του ΕΕΠΔ επί της πρότασης κανονισμού του ΕυρΚοινβ και του Συμβουλίου για τη θέσπιση μέτρων σχετικά με την ενιαία ευρωπαϊκή αγορά ηλεκτρονικών επικοινωνιών και την επίτευξη μιας συνδεδεμένης ηπείρου και για την τροποποίηση των οδηγιών 2002/20/ΕΚ, 2002/21/ΕΚ και 2002/22/ΕΚ και των κανονισμών (ΕΚ) αριθ. 1211/2009 και (ΕΕ) αριθ. 531/2012, 14.11.2013, σκ. 2 (2014/C 38/06).

⁵⁸Γνωμοδότηση του ΕΕΠΔ επί της πρότασης οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την πρόληψη της χρησιμοποίησης του χρηματοπιστωτικού συστήματος για τη νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες και τη χρηματοδότηση της τρομοκρατίας και επί της πρότασης κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τις πληροφορίες σχετικά με τον πληρωτή που συνοδεύουν τις μεταφορές χρηματικών ποσών, 4.7.2013, σκ. 101 (2014/C 32/06).

⁵⁹βλ. N. Vandelle, *Le Contrôleur Européen de la protection des données et la protection des données personnelles dans l'administration européenne*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 554/2012, σελ. 50.

Οι έννομες συνέπειες που συνεπάγεται η έλλειψη της διαδικασίας διαβούλευσης με τον ΕΕΠΔ δεν ρυθμίζονται στον κανονισμό 45/2001, ενώ καμία αναφορά σε αυτές δεν γίνεται ούτε από τον εσωτερικό κανονισμό του ΕΕΠΔ. Παρά την έλλειψη ρητής αναφοράς ως προς τις συνέπειες παράβασης της διαβούλευσης με τον ΕΕΠΔ, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προηγούμενη γνώμη του ΕΕΠΔ αποτελεί ουσιώδη τύπο⁶⁰ για τη θεσμοθέτηση εκ μέρους της Ένωσης μιας ρύθμισης που επηρεάζει το επίπεδο προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Η τήρηση της γνώμης του ΕΕΠΔ δεν είναι υποχρεωτική στο μέτρο που πρόκειται για παροχή συμβουλευτικού και όχι δεσμευτικού χαρακτήρα συστάσεων. Βέβαια εν τοις πράγμασι οι προτάσεις του ΕΕΠΔ λαμβάνονται σοβαρά υπόψη και καταβάλλεται προσπάθεια να εισακούονται και να εφαρμόζονται, όπως προκύπτει από τη χαρακτηριστική αναφορά της γνώμης του ΕΕΠΔ στο προοίμιο και συγκεκριμένα σε κάποια αιτιολογική σκέψη της εκδοθείσας πράξης ή και πριν από αυτές.

Ο συμβουλευτικός ρόλος του ΕΕΠΔ επί νομοθετικών προτάσεων δεν παύει με την έκδοση της τυπικής γνώμης του, αλλά συνεχίζει μέσω της ενεργούς παρακολούθησης των εξελίξεων της νομοθετικής διαδικασίας στο ΕυρΚοινβ, το Συμβούλιο και την Επιτροπή. Ο βαθμός και η ένταση παρέμβασης του ΕΕΠΔ επί νομοθετικών προτάσεων σε μεταγενέστερο στάδιο εξαρτάται από τη σημασία της πρότασης και από την προτεραιότητα που της αποδίδεται σύμφωνα με τους στόχους του ΕΕΠΔ⁶¹.

3. Παρέμβαση ενώπιον του ΔΕΕ

Έκφανση της συμβουλευτικής αρμοδιότητας του ΕΕΠΔ αποτελεί η αναγνωριζόμενη από το άρθρο 47 παρ. 1 στ. θ του κανονισμού 45/2001 δυνατότητα παρέμβασης σε υποθέσεις που άγονται ενώπιον του ΔΕΕ. Χάρη στην ευχέρεια αυτή ο ΕΕΠΔ είναι σε θέση να διαφωτίσει σχετικά με εκκρεμή ζητήματα που συναρτώνται με τη γενικότερη αποστολή του όσον αφορά στην προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, καθώς και να παράσχει χρήσιμη και εξειδικευμένη καθοδήγηση σε περιπτώσεις που διακυβεύονται δικαιώματα των προσώπων λόγω της επεξεργασίας δεδομένων⁶².

Αίτηση παρέμβασης μπορεί να υποβάλει ο ΕΕΠΔ οικεία πρωτοβουλία. Εάν δεν υπάρχουν σοβαροί λόγοι παρέμβασης, ο ΕΕΠΔ υποβάλλει αίτηση παρεμβάσεως μόνο εφόσον έχει κληθεί επίσημα από το Δικαστήριο να το πράξει⁶³.

Γ. Συνεργασία

1. Όργανα ΕΕ

Στο πλαίσιο προώθησης της συνοχής και αλληλεπίδρασης των κανονιστικών πλαισίων της προστασίας δεδομένων και με στόχο την αποτελεσματική εφαρμογή

⁶⁰βλ. Β. Σωτηρόπουλο, ο.π., σελ. 1183

⁶¹βλ. The EDPS as an advisor to EU institutions on policy and legislation: building on ten years of experience, 2014, σελ. 17

⁶²βλ. ετήσια έκθεση ΕΕΠΔ 2007, σελ. 37

⁶³βλ. Β. Χριστιανό, Εισαγωγή στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2010, σελ. 77.

τους, ο ΕΕΠΔ ως κεντρική εποπτική αρχή σε ευρωπαϊκό επίπεδο μεριμνά και επιδιώκει τη συνεργασία με τα όργανα και οργανισμούς της ΕΕ (ιδίως τους ΥΠΔ), ενώ καίριας σημασίας είναι η συνεργασία του με τον ΕΔ.

2. Ομάδα εργασίας άρθρου 29 οδηγίας 95/46

Σύμφωνα με το άρθρο 46 στ. στ' σημ. i ο ΕΕΠΔ συνεργάζεται με τις εθνικές αρχές προστασίας δεδομένων και άλλους εποπτικούς φορείς στον βαθμό που τούτο είναι αναγκαίο για την εκτέλεση των αντίστοιχων καθηκόντων τους. Στο πλαίσιο αυτής της συνεργασίας καίριας σημασίας αναδεικνύεται ο ρόλος της ομάδας εργασίας του άρθρου 29 της οδηγίας 95/46/ΕΚ. Πρόκειται για ένα ανεξάρτητο συμβουλευτικό όργανο για την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα εντός του πεδίου εφαρμογής αυτής της οδηγίας⁶⁴. Η ομάδα απαρτίζεται από αντιπροσώπους των εθνικών εποπτικών αρχών κάθε κράτους μέλους, έναν αντιπρόσωπο της αρχής που έχει συσταθεί για τα όργανα και τους οργανισμούς της Κοινότητας (π.χ. ο ΕΕΠΔ), και έναν αντιπρόσωπο της Επιτροπής.

Τέλος η άμεση συνεργασία με τις εθνικές εποπτικές αρχές σε ευρωπαϊκό επίπεδο αποκτά ιδιαίτερη σημασία σε σχέση με τις διεθνείς βάσεις δεδομένων μεγάλης κλίμακας.

IV. Συμπεράσματα

Ο ΕΕΠΔ ως ανεξάρτητη αρχή ελέγχου της τήρησης του πλαισίου προστασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα εκ μέρους των ενωσιακών οργάνων και οργανισμών επιτελεί ποικίλες λειτουργίες που εμφανίζουν διαφορετικά μεταξύ τους χαρακτηριστικά. Έτσι εκτός από την εποπτική αρμοδιότητα που προεξάρχει μεταξύ των καθηκόντων του, ο ΕΕΠΔ αναλαμβάνει και συμβουλευτικό-γνωμοδοτικό ρόλο, ενώ ταυτόχρονα συνεργάζεται με αντίστοιχους φορείς σε εθνικό, ενωσιακό και διεθνές επίπεδο. Ναι μεν οι ανωτέρω ρόλοι του ΕΕΠΔ είναι διακριτοί μεταξύ τους, ωστόσο τελούν σε στενή σχέση αλληλεξάρτησης, καθώς επιδιώκουν τον ίδιο σκοπό με διαφοροποιημένα όμως μέσα.

Η προστασία των προσώπων από κάθε αθέμιτη και παράνομη επεξεργασία προσωπικών τους δεδομένων ως πρωταρχικός στόχος του ΕΕΠΔ θα παρέμενε γράμμα κενό, αν δεν συνοδευόταν από την πρόβλεψη κατάλληλων διαδικασιών. Ταυτόχρονα χωρίς τη διαμόρφωση του κατάλληλου διαδικαστικού πλαισίου θα ήταν αδύνατο για τον ΕΕΠΔ να εκπληρώσει τις αρμοδιότητές του και να αναπτύξει τη λειτουργία του κατά τρόπο συνεκτικό και προκαθορισμένο. Επομένως η κατοχύρωση των αναγκαίων διαδικασιών ενώπιον του ΕΕΠΔ λειτουργεί ως αναγκαία διάμεσος τόσο για την πραγμάτωση των αρμοδιοτήτων του όσο και για την προστασία των προσώπων.

Όπως ισχύει για κάθε φορέα δημόσιας δράσης τόσο σε εθνικό όσο και σε ενωσιακό επίπεδο, η προστιθέμενη αξία του ΕΕΠΔ και η σημασία της καθιέρωσής του ως θεσμού κρίνεται εν τέλει από τα αποτελέσματα της δράσης του και από τις υιοθετούμενες εκ μέρους του μεθόδους επιβολής αυτών των αποτελεσμάτων.

⁶⁴βλ. T. Kingreen,ο.π., σελ. 2407.

Μολονότι τα αποτελέσματα της δράσης του ΕΕΠΔ ποικίλουν, αποκτώντας άλλοτε δεσμευτικό και άλλοτε απλώς γνωμοδοτικό χαρακτήρα, αναντίλεκτα αποτελούν παράγοντα επιτυχίας του και στη βάση αυτών αξιολογείται η συνεισφορά του ΕΕΠΔ στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα εντός της ενωσιακής έννομης τάξης.

Η ενδελεχής προσέγγιση της λειτουργίας και των αρμοδιοτήτων του ΕΕΠΔ, αποδεικνύει ότι κατά τη δράση του ο τελευταίος εξισορροπεί ανάμεσα σε διαφορετικά ζεύγη αντιθέσεων. Έτσι ο ΕΕΠΔ εποπτεύει αλλά ταυτόχρονα συμβουλεύει και συνεργάζεται, αξιοποιεί μηχανισμούς προληπτικού ελέγχου αλλά παρεμβαίνει και κατασταλτικά όταν ανακύπτει ανάγκη, επιδιώκει την εξεύρεση συναινετικών λύσεων, αλλά ενδέχεται να επιστρατεύσει και μέσα καταναγκασμού, εκδίδει αποφάσεις που παράγουν δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα, αλλά ταυτόχρονα αναλαμβάνει και πρωτοβουλίες γνωμοδοτικής υφής, μεριμνά για την προστασία των προσωπικών δεδομένων των υποκειμένων, αλλά δεν παραβλέπει τη σημασία και τη βαρύτητα και άλλων θεμελιωδών δικαιωμάτων, όπως είναι το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα των διοικητικών οργάνων. Σε αυτή την εναρμόνιση αντιτιθέμενων τάσεων και την επιτυχή εξισορρόπησή τους έγκειται η πρωτοτυπία του θεσμού όπως λειτουργεί σε ενωσιακό επίπεδο και η συνεχής ανοδική του πορεία και παγίωση στο θεσμικό οικοδόμημα της Ένωσης.

Ο λαβύρινθος της νομοθεσίας για την εγκατάσταση και λειτουργία των κεραιών κινητής τηλεφωνίας

Ευγενία Παπαδοπούλου, Ειδ. Επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη, Δικηγόρος

Α. Ο λαβύρινθος της νομοθεσίας για τους σταθμούς βάσης της κινητής τηλεφωνίας. Ο Συνήγορος του Πολίτη σε αναζήτηση του “μίτου της Αριάδνης”.

Η διάδοση της χρήσης της κινητής τηλεφωνίας είχε, ως συνέπεια, την εγκατάσταση μεγάλου αριθμού σταθμών βάσης κινητής τηλεφωνίας (κεραιών), σε όλες της περιοχές της Ελλάδας. Ωστόσο, η τοποθέτηση κεραιών, συνήθως καλυμμένων από άλλες κατασκευές (ηλιακούς θερμοσίφωνες, διαφημιστικές πινακίδες, σε πλαστικά βαρέλια κοκ) πάνω σε δώματα και ταράτσες πολυκατοικιών, αλλά και σε περιοχές που γεινιάζουν με σχολεία, νοσοκομεία, πάρκα και άλλους χώρους συνάθροισης του κοινού, εγείρει σοβαρά ερωτήματα, σχετικά με τη νομιμότητα εγκατάστασης και λειτουργίας τους. Το γεγονός αυτό προκαλεί έντονες αντιδράσεις από τους πολίτες και έχει οδηγήσει στην κατάθεση σημαντικού αριθμού αναφορών στον Συνήγορο του Πολίτη (ΣτΠ), καθώς και στην προσφυγή τους στις αρμόδιες διοικητικές αρχές αλλά και στα δικαστήρια. Μέσω των καταγγελιών αυτών, εκφράζεται η ανησυχία των πολιτών για τις επιπτώσεις που προκαλεί η έκθεση στην ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία.

Είναι προφανές ότι, όσοι χειρίζονται υποθέσεις αυτού του περιεχομένου, θα πρέπει να αντιμετωπίσουν, εκτός των σοβαρών νομικών ζητημάτων που δημιουργούνται από την παράνομη διαδικασία εγκατάστασης και λειτουργίας μίας κεραιάς, επιπρόσθετα και την επιστημονική αβεβαιότητα, ως προς τους ενδεχόμενους κινδύνους από την ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία, καθώς και ως προς την ανεκτή ποσότητα έκθεσης και τις αναγκαίες αποστάσεις από τις πηγές ακτινοβολίας. Ενόψει της επιστημονικής αβεβαιότητας, ο Συνήγορος του Πολίτη θεώρησε απαραίτητο να επικεντρώσει τη διαμεσολαβητική του παρέμβαση στη μελέτη και υπόδειξη των μέτρων προφύλαξης που μπορούν να περιορίσουν ή να αποτρέψουν την πιθανολογούμενη διακινδύνευση, χωρίς να οδηγήσουν παράλληλα στην αναίρεση της απόλαυσης ενός «κοινού αγαθού», όπως η κινητή τηλεφωνία. Για το λόγο αυτό, το 2003 δημοσιεύθηκε Ειδική Έκθεση του ΣτΠ για το συγκεκριμένο ζήτημα.¹

¹ <http://www.synigoros.gr/resources/docs/202054.pdf>.

Αρκετές αναφορές προς τον ΣτΠ συνοδεύονται από μελέτες ανεξάρτητων εμπειρογνομόνων, σχετικά με τις εκπομπές ηλεκτρομαγνητικής ακτινοβολίας, αλλά από το θεσμικό πλαίσιο που διέπει τη λειτουργία του, δεν προβλέπεται η δυνατότητα αξιολόγησης του περιεχομένου των μελετών αυτών.

Ο ΣτΠ, κατά τη διερεύνηση των αναφορών, συγκεντρώνει την ισχύουσα νομοθεσία για την εγκατάσταση και λειτουργία κεραιών κινητής τηλεφωνίας και αξιολογεί τη συστηματική πληρότητά της, καθώς και τον τρόπο εφαρμογής της από τη διοίκηση. Για το λόγο αυτό, ζητά τη συνεργασία της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ), ενώ παράλληλα επικοινωνεί με τις αρμόδιες τοπικές αρχές και υπηρεσίες για την επίλυση των διοικητικών ζητημάτων που σχετίζονται με κεραιές κινητής τηλεφωνίας, οι οποίες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις νόμιμης λειτουργίας, καθώς προκύπτει σειρά ζητημάτων που σχετίζονται με την έκδοση ατομικών διοικητικών πράξεων, τη δυνατότητα ανάκλησης και τα ειδικότερα θέματα της περιβαλλοντικής αδειοδότησης.

Ο εθνικός νομοθέτης προσπάθησε να ρυθμίσει τα θέματα νομιμότητας της τοποθέτησης και λειτουργίας των κεραιών κινητής τηλεφωνίας περιπλέκοντας, δυστυχώς περισσότερο, το ατελές νομοθετικό πλαίσιο που καθόριζε τη διαδικασία αδειοδότησης.

Η εφαρμογή των διατάξεων του νόμου 3431/2006 αφορούσε τις κεραιές εκείνες που διέπονταν από προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς, δηλ. του ν. 1650/1986 και της ΚΥΑ 69269/5387/1990 και στη συνέχεια, του ν.3010/2002 και της ΚΥΑ ΗΠ 15393/2332/2002 . Ωστόσο, εισήχθη μία βασική εξαίρεση: Η ευνοϊκή δυνατότητα που προσέφερε η παράγραφος 19 του άρθρου 31 του ν.3431/2006 για τη δυνατότητα περιβαλλοντικής αδειοδότησης, εκ των υστέρων.

Με τον τρόπο αυτό, δημιουργήθηκαν τρεις κατηγορίες σταθμών βάσης κινητής τηλεφωνίας:

α) σταθμοί που εγκαθίστανται μετά την ισχύ του ν.3431/2006 και πρέπει να τηρούν τη διαδικασία της προηγούμενης έγκρισης περιβαλλοντικών όρων, στην οποία να ενσωματώνεται και η γνωμάτευση της Ελληνικής Επιτροπής Ατομικής Ενέργειας (ΕΕΑΕ) που θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη τα μειωμένα όρια ακτινοβολίας, σύμφωνα με τα δεδομένα εκείνης της εποχής,

β) σταθμοί που είχαν εγκατασταθεί πριν από την ισχύ του ανωτέρω νόμου, διέθεταν άδεια κατασκευής από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ) και έγκριση δομικών κατασκευών από την αρμόδια πολεοδομία και θα έπρεπε, εντός χρονικού διαστήματος 12 μηνών, να λάβουν έγκριση περιβαλλοντικών όρων με ενσωμάτωση της γνωμάτευσης της ΕΕΑΕ και

γ) σταθμοί που είχαν εγκατασταθεί πριν από την ισχύ του ανωτέρω νόμου, διέθεταν άδεια κατασκευής από την ΕΕΤΤ, έγκριση δομικών κατασκευών και έγκριση περιβαλλοντικών όρων και θα έπρεπε, εντός 12 μηνών, να λάβουν γνωμάτευση από την ΕΕΑΕ με τα μειωμένα όρια ακτινοβολίας.

Δυστυχώς, η παράλειψη του νόμου για την καταγραφή των υφιστάμενων σταθμών βάσης επέφερε σύγχυση και καταστρατήγηση των διατάξεων, με την τοποθέτηση κεραιών κινητής τηλεφωνίας που δεν πληρούσαν τις προϋποθέσεις. Επίσης, διαπιστώθηκαν σοβαρές παραλείψεις της διοίκησης, όπως :

■ Πλημμελής τήρηση των πολεοδομικών προϋποθέσεων για την τοποθέτηση των κεραιών. Ειδικότερα, σε πολλές περιπτώσεις, διαπιστώθηκε ότι οι κεραιές είχαν τοποθετηθεί χωρίς την απαραίτητη έγκριση της αρμόδιας πολεοδομικής υπηρεσίας ή καθ' υπέρβαση της χορηγηθείσας έγκρισης. Πρόσθετο πρόβλημα αποτελούσε το γεγονός ότι οι σχετικές άδειες χορηγούνταν συχνά από την αρμόδια πολεοδομική υπηρεσία, χωρίς να ελέγχεται προηγουμένως η νομιμότητα του κτιρίου στο οποίο γινόταν η εγκατάσταση. Παρατηρήθηκε και συνεχίζεται να απασχολεί το γεγονός ότι η ΔΕΗ εξακολουθεί να παρέχει ηλεκτρικό ρεύμα, ακόμη και σε εγκαταστάσεις κεραιών που έχουν χαρακτηριστεί αυθαίρετες.

■ Ελλιπής συντονισμός και πλημμελής συνεργασία μεταξύ των αρμοδίων υπηρεσιών της διοίκησης, φαινόμενο που επιτείνεται από την πολυπλοκότητα του νομικού πλαισίου, αλλά και από την ύπαρξη αντιφατικών και αντικρουόμενων διατάξεων. Ιδιαίτερο πρόβλημα αποτελούσε η έλλειψη σαφούς αλληλουχίας μεταξύ των επιμέρους αδειών και εγκρίσεων που απαιτούνταν για την εγκατάσταση των κεραιών κινητής τηλεφωνίας, γεγονός που οδηγούσε συχνά στη χορήγηση άδειας εγκατάστασης και λειτουργίας από την ΕΕΤΤ, χωρίς να συντρέχουν οι νόμιμες πολεοδομικές και λοιπές προϋποθέσεις εγκατάστασης (π.χ. αυθαίρετη κατασκευή, γειτνίαση με μνημεία και αρχαιολογικούς χώρους που καθιστούν απαγορευτική την εγκατάσταση κλπ).

■ Μη υπαγωγή των κεραιών κινητής τηλεφωνίας σε προηγούμενη εκτίμηση επιπτώσεων στο ανθρωπογενές και φυσικό περιβάλλον και σε υποχρέωση έγκρισης περιβαλλοντικών όρων. Το ζήτημα της έγκρισης περιβαλλοντικών όρων για τις κεραιές κινητής τηλεφωνίας εξακολουθεί να δημιουργεί διχογνωμία, τόσο σε διοικητικό επίπεδο, όσο και στη νομολογία των αρμοδίων δικαστηρίων. Η εισαγωγή κανονιστικού πλαισίου για την έγκριση περιβαλλοντικών όρων (ΚΥΑ ΗΠ 15393/2332/2002, ΦΕΚ 1022 Β') και η ευθεία υπαγωγή σε αυτό και των κεραιών κινητής τηλεφωνίας φάνηκε, εκ πρώτης όψεως, να αντιμετωπίζει το ζήτημα, αλλά δεν το επέλυσε.

Η δυνατότητα που προσέφερε η παράγραφος 19 του άρθρου 31 του ν. 3431/2006, προκειμένου οι προϋφιστάμενες του νόμου αυτού κεραιές να εφοδιαστούν με έγκριση περιβαλλοντικών όρων, τελούσε υπό τη 12μηνη προθεσμία έκδοσης σχετικής κανονιστικής απόφασης, η οποία προθεσμία στη συνέχεια, παρατάθηκε, διαδοχικά μέχρι το έτος 2011 και στη συνέχεια, μέχρι την 31-03-2012.

Η χορήγηση της άδειας κατασκευής κεραιάς από την ΕΕΤΤ απαιτούσε την εμπλοκή πολλών διαφορετικών υπηρεσιών για τη συλλογή επιμέρους εγκρίσεων από τον ενδιαφερόμενο ιδιοκτήτη κεραιάς, χωρίς να προβλέπεται καθεστώς ενιαίας αδειοδότησης, το οποίο θα εξασφάλιζε, τουλάχιστον, τη συντονισμένη δράση της διοίκησης. Κατά συνέπεια, η πολυπλοκότητα του νομικού πλαισίου και η αρμοδιότητα διαφορετικών υπηρεσιών για τη χορήγηση της άδειας είχε ως αποτέλεσμα, αφενός, να θίγεται η αρχή της ασφάλειας δικαίου και, αφετέρου, να παραβιάζεται, σε πολλές περιπτώσεις, η αρχή της ενιαίας δράσης της διοίκησης

Ο ν.3431/2006 καταργήθηκε τελικά, με το άρθρο 80 παρ.2^α του ν.4070/2012, στη δε παρ.17 του άρθρου 30 αυτού, καθορίζεται πλέον η διαδικασία για την εγκατάσταση σταθμού ξηράς κεραιάς κινητής τηλεφωνίας. Για την αδειοδότηση κατασκευών κεραιών ακολουθούνται τα εξής:

Πριν την εγκατάσταση κατασκευής κεραίας ή τροποποίηση υφιστάμενης κατασκευής κεραίας, ο ενδιαφερόμενος υποβάλλει ολοκληρωμένο φάκελο, μέσω Συστήματος Ηλεκτρονικής Υποβολής Αιτήσεων (ΣΗΛΥΑ). Ο ολοκληρωμένος φάκελος χαρακτηρίζεται ως πλήρης, εφόσον περιλαμβάνει τις προβλεπόμενες μελέτες.

Η ΕΕΤΤ, μετά την πάροδο τεσσάρων μηνών από την ηλεκτρονική υποβολή του ολοκληρωμένου φακέλου: α) Εκδίδει Άδεια Κατασκευής Κεραίας, εφόσον έχουν εκδοθεί όλες οι απαιτούμενες εγκρίσεις από τις αρμόδιες υπηρεσίες και προβαίνει στη δημοσιοποίηση στον οικείο δικτυακό τόπο του περιεχομένου του ολοκληρωμένου φακέλου. Μεταβατικά, εκδίδει Πιστοποιητικό Πληρότητας του υποβληθέντος φακέλου και προβαίνει στη δημοσιοποίηση στον οικείο δικτυακό τόπο του περιεχομένου του ολοκληρωμένου φακέλου, κατόπιν ελέγχου πληρότητας και με την προϋπόθεση σύμφωνης γνώμης της ΕΕΑΕ και της ΥΠΑ, καθώς και χορήγησης δικαιωμάτων χρήσης συχνοτήτων από την ΕΕΤΤ. Το εν λόγω Πιστοποιητικό καταργείται όταν εκδοθεί η Άδεια Κατασκευής Κεραίας. Η ΕΕΤΤ απορρίπτει την αίτηση σε περίπτωση που υπάρχει τουλάχιστον μία οριστική αιτιολογημένη απόρριψη από τις αρμόδιες υπηρεσίες και με τη βοήθεια γεωγραφικού πληροφοριακού συστήματος (GIS), δημοσιοποιεί τις κατασκευές κεραίων, για τις οποίες έχει εκδοθεί Άδεια Κατασκευής Κεραίας ή Πιστοποιητικό Πληρότητας, καθώς και όλες τις σχετικές εγκρίσεις με τα σχετικά συμπεράσματα των μελετών.

Ο κάτοχος, μετά την έκδοση της Αδείας Κατασκευής Κεραίας ή του Πιστοποιητικού Πληρότητας, δύναται να προβεί στην εγκατάσταση και λειτουργία της κατασκευής κεραίας και οφείλει παράλληλα: α) Να κοινοποιεί την Άδεια Κατασκευής Κεραίας ή το Πιστοποιητικό Πληρότητας στον αρμόδιο Δήμο της θέσης εγκατάστασης της κατασκευής κεραίας, β) Να έχει αναρτημένη κοντά στη βάση της κεραίας ευανάγνωστη πινακίδα ανεξίτηλης γραφής, στην οποία θα αναγράφονται η επωνυμία ή το ονοματεπώνυμο του κατόχου και ο μοναδικός αριθμός, είτε της Αδείας, είτε του Πιστοποιητικού Πληρότητας. Η σύνδεση της κατασκευής κεραίας με τα δίκτυα κοινής ωφέλειας επιτρέπεται, εφόσον η συγκεκριμένη κατασκευή κεραίας διαθέτει Άδεια Κατασκευής Κεραίας ή Πιστοποιητικό Πληρότητας.

Με απόφαση της ΕΕΤΤ το Πιστοποιητικό Πληρότητας ανακαλείται, εάν απορριφθεί τουλάχιστον μία εκ των αιτήσεων / μελετών από τις αρμόδιες υπηρεσίες. Η απόφαση αυτή κοινοποιείται στον κάτοχο, ο οποίος οφείλει να προβεί σε άμεση αποξήλωση της συγκεκριμένης κατασκευής κεραίας.

Καθιερώθηκε, συνεπώς, η μονοαπευθυντική διαδικασία αδειοδότησης (one stop shop), ενώπιον της ΕΕΤΤ, πλην όμως τα κενά της νομοθεσίας και η εμβλασματική προσπάθεια επίλυσης, κυρίως του ζητήματος της περιβαλλοντικής αδειοδότησης, δυστυχώς συντηρεί το καθόλα προβληματικό πλαίσιο λειτουργίας πολλών σταθμών.

B. Η νομολογία του ΣτΕ και των πολιτικών δικαστηρίων, ως βασική αφετηρία του διαμεσολαβητικού ρόλου του Συνηγόρου του Πολίτη.

Ο Συνήγορος του Πολίτη έχει εκφράσει επανειλημμένα, την επιφύλαξή του για τη λήψη έγκρισης περιβαλλοντικών όρων για τις κεραίες που εγκαταστάθηκαν και τέθηκαν σε λειτουργία, εκ των υστέρων, χωρίς να ακολουθηθεί η σχετική διαδικασία,

καθώς οι συγκεκριμένες ρυθμίσεις αναιρούν τον σκοπό για την πρόληψη και την αποτροπή της ρύπανσης και της υποβάθμισης του περιβάλλοντος και αντιβαίνουν στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σύμφωνα με την οποία, η έγκριση περιβαλλοντικών όρων θα πρέπει να προηγείται, όχι μόνον της εγκατάστασης και λειτουργίας ενός έργου ή μιας δραστηριότητας, αλλά και κάθε άλλης διοικητικής πράξης.

Η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας, με την υπ' αριθ.1264/2005 απόφαση, έκρινε ότι η λήψη των απαιτούμενων αδειών προϋποθέτει την προηγούμενη εκτίμηση των περιβαλλοντικών επιπτώσεων, υπό το πρίσμα των αρχών της προφύλαξης και της προληπτικής δράσης. Περαιτέρω, η ΚΥΑ 53571/3839/6.9.2000 κρίθηκε ελλιπής, καθώς, αφενός δεν προέβλεπε ελάχιστες αποστάσεις από χώρους συνάθροισης ευπαθών ομάδων πληθυσμού και, αφετέρου, είχε λάβει υπόψη της, μόνο τις αποδεδειγμένες επιδράσεις της ηλεκτρομαγνητικής ακτινοβολίας στον ανθρώπινο οργανισμό, κατά παράβαση της αρχής της προφύλαξης.

Με την υπ' αριθ. 1056/2012 απόφαση, το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχθηκε ότι η δυνατότητα της εκ των υστέρων περιβαλλοντικής αδειοδότησης για τις κεραιές κινητής τηλεφωνίας μπορεί να εφαρμοστεί μόνον υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, δηλαδή της ύπαρξης των απαραίτητων αδειών και εγκρίσεων (έγκριση δομικών κατασκευών και άδεια κατασκευής ΕΕΤΤ).

Με την υπ' αριθ.1718/2012 απόφαση, το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο επανέλαβε τη σχετική θέση του για την ανάγκη εκτίμησης των επιπτώσεων των κεραιών στο περιβάλλον. Βέβαια, στις αποφάσεις του, το ΣτΕ κάνει μνεία, μεταξύ των προηγούμενων αδειών και στις γνωματεύσεις που παρέχει η ΕΕΑΕ, ωστόσο, δεν πρέπει να λησμονείται ότι, με αποφάσεις της Επιτροπής Αναστολών (740,741/2008 κ.α.), κρίθηκε ότι η έλλειψη της μελέτης περιβαλλοντικών επιπτώσεων, όπως προβλέπεται από το ν.3431/2006, δεν αναπληρώνεται από τις γνωματεύσεις που εκδίδει η Ελληνική Επιτροπή Ατομικής Ενέργειας, με τις οποίες βεβαιώνεται η τήρηση των γενικών θεσπιζομένων ορίων ασφαλείας, «*δεδομένου ότι για την ειδικότερη αξιολόγηση των επιπτώσεων από τη λειτουργία συγκεκριμένης κεραιάς υπό τις συνθήκες και την πραγματική κατάσταση του περιβάλλοντος χώρου της, επιβάλλεται η σύνταξη πλήρους μελέτης περιβαλλοντικών επιπτώσεων, ενόψει της οποίας ορίζονται οι αναγκαίοι περιβαλλοντικοί όροι ως προϋπόθεση της άδειας εγκατάστασης κεραιάς*».

Στη συνέχεια, το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την υπ' αριθ. 2004/2013 απόφασή του, ακύρωσε τους συγκεκριμένους περιβαλλοντικούς όρους σταθμού βάσης κινητής τηλεφωνίας, κρίνοντας ότι : *«Στην Περιβαλλοντική Έκθεση που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα προς έγκριση, δεν περιλαμβάνεται, έστω και συνοπτική, παρουσίαση των τυχόν εναλλακτικών λύσεων που εξετάστηκαν, βάσει περιβαλλοντικών κριτηρίων, ως προς τη θέση εγκατάστασης του επίδικου σταθμού. Εφόσον στην Περιβαλλοντική Έκθεση γίνεται περιγραφή μίας και μοναδικής θέσης τοποθέτησης της κεραιάς και δεν προκύπτει ότι εξετάστηκαν, βάσει περιβαλλοντικών κριτηρίων, εναλλακτικές λύσεις και θέσεις, η προσβαλλόμενη πράξη έγκρισης περιβαλλοντικών όρων του επίδικου σταθμού βάσης κινητής τηλεφωνίας δεν έχει εκδοθεί νομίμως και για το λόγο αυτό πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση αίτηση, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη νομαρχιακή απόφαση έγκρισης περιβαλλοντικών όρων και η ερειδομένη σε αυτήν, έστω και εάν η έκδοσή της προηγήθηκε χρονικά, άδεια της Ε.Ε.Τ.Τ.»*

Δυστυχώς, παρά τη νομολογία των δικαστηρίων και τις απόψεις του Συνηγούρου του Πολίτη, η ψήφιση των νόμων 4053/2012 και 4146/2013 διατήρησε τη δυνατότητα της, εκ των υστέρων, νομιμοποίησης των αυθαίρετα τοποθετημένων κεραιών. Ειδικότερα, με το άρθρο 31 του ν.4053/12, υπό τον τίτλο: «*Μεταβατικές διατάξεις για την αδειοδότηση κατασκευών κεραιών*», παρασχέθηκε η δυνατότητα σε εταιρείες που είχαν εγκαταστήσει αυθαίρετα κεραιές κινητής τηλεφωνίας, να αδειοδοτηθούν μέσα σε χρονικό διάστημα 24 μηνών, θεωρώντας μάλιστα αυτές, για το κρίσιμο χρονικό διάστημα, ως «*νομίμως λειτουργούσες*».

Στο σημείο αυτό, εκφράζεται η απορία πώς γίνεται ανεκτό οι φαινομενικά νομίμως λειτουργούσες κεραιές να ηλεκτροδοτούνται μέσω επεκτάσεων εσωτερικών ηλεκτρικών εγκαταστάσεων από γειτονικές, συνήθως, ιδιοκτησίες και συνεπώς, οι υπεύθυνες δηλώσεις ηλεκτρολόγων που έχουν κατατεθεί να μην ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα, με αποτέλεσμα να τίθεται ζήτημα προστασίας των πολιτών, εξαιτίας της παράνομης ηλεκτροδότησης. Η 'αναζήτηση' του φορέα της αρμοδιότητας ελέγχου των εσωτερικών ηλεκτρικών εγκαταστάσεων, που εν προκειμένω, ασκείται από τις Δ/νσεις Ανάπτυξης των Περιφερειών, καταδεικνύει μία ακόμη πτυχή του νομοθετικού λαβύρινθου, καθώς, σε πολλές περιπτώσεις, αγνοούσαν την αρμοδιότητά τους, μέχρι την παρέμβαση του ΣτΠ στο πλαίσιο διερεύνησης αναφορών. Τέλος, η ίδια η ΕΕΤΤ έχει απαντήσει ότι «*η άδεια που χορηγείται, βάσει του άρθρου 31 του ν.4053/2012 για Νομίμως Λειτουργούσες κατασκευές κεραιών σε καμιά περίπτωση δεν αφορά την ηλεκτροδότηση της κατασκευής κεραιάς*».

Παράλληλα, μεταξύ των προϋποθέσεων για την περιβαλλοντική αδειοδότηση, εισάγεται η έννοια της αίτησης υπαγωγής στις Πρότυπες Περιβαλλοντικές Δεσμεύσεις (Π.Π.Δ.), η οποία εξειδικεύεται με την ΚΥΑ 198015/ΕΥΠΕ-ΠΕΚΑ/2012. Στο άρθρο 1 της Κ.Υ.Α. αναφέρεται ότι σκοπός αυτής είναι η προστασία του περιβάλλοντος και η διασφάλιση της ανθρώπινης υγείας με τη λήψη όλων των αναγκαίων προληπτικών μέτρων από την εγκατάσταση έργων και δραστηριοτήτων του πεδίου εφαρμογής της

Η αρχή της προφύλαξης αποτελεί το νομικό έρεισμα, στο οποίο στηρίζονται οι προτάσεις του Συνηγούρου του Πολίτη. Με τις προτάσεις αυτές επιδιώκεται η βελτίωση του κανονιστικού πλαισίου που διέπει την εγκατάσταση και λειτουργία των κεραιών κινητής τηλεφωνίας στην Ελλάδα, ώστε αφενός, να περιορισθούν ή και να αποκλεισθούν οι πιθανολογούμενοι κίνδυνοι για την υγεία και το περιβάλλον από την έκθεση στην ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία και αφετέρου, να οικοδομηθεί μια σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ της διοίκησης και των πολιτών, σε έναν τομέα κρίσιμο για την ποιότητα ζωής και την επιχειρηματική πρωτοβουλία και οικονομική ελευθερία. Κατά την άποψη του Συνηγούρου του Πολίτη, οι διατάξεις των προαναφερθέντων νόμων θέτουν σοβαρό ζήτημα, δεδομένου ότι το Κράτος έχει υποχρέωση να εγγυάται υπέρ των πολιτών την πιστή εφαρμογή του νόμου και να προασπίζει το γενικότερο δημόσιο συμφέρον, στην έννοια του οποίου εμπίπτουν η προστασία της υγείας και του περιβάλλοντος.

Στη διάρκεια αυτής της διαδρομής της νομοθεσίας, τα πολιτικά δικαστήρια στο πλαίσιο της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (ασφαλιστικά μέτρα), δεν θεωρούσαν αξιόπιστες τις επιτόπιες μετρήσεις που διεξήγε η Ελληνική Επιτροπή Ατομικής Ενέργειας (ΕΕΑΕ), εκφράζοντας την άποψη ότι ακόμη και αν και δεν παρατηρείται υπέρβαση των ορίων ασφαλείας που έχουν τεθεί με την ΚΥΑ 53571/3839/2000 και το ν. 3431/2006 για τις ηλεκτρονικές επικοινωνίες, δεν τεκμαίρεται ότι δεν υφίσταται κίνδυνος υπέρβασης των ορίων, ανά πάσα στιγμή, καθώς ο έλεγχος που διεξάγεται από την ΕΕΑΕ είναι μόνο περιοδικός.

Επίσης, η σχετική νομολογία παραμένει κυμαινόμενη, αποτυπώνοντας προδήλως την επιστημονική αμφιβολία, ως προς το ζήτημα αυτό. Σε μία πρόσφατη απόφαση, την υπ' αριθ.19510/2014 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης, στο πλαίσιο της διαδικασίας ασφαλιστικών μέτρων, απαγορεύθηκε προσωρινά η λειτουργία σταθμού βάσης και κεραιών κινητής τηλεφωνίας σε δώμα οικοδομής στην Πυλαία Θεσσαλονίκης, καθώς κρίθηκε ότι δεν υφίστανται όλες οι προϋποθέσεις που απαιτεί ο νόμος για να διασφαλίζεται, στο μέτρο που κρίνεται επαρκές, από το νομοθέτη, η δημόσια υγεία και το περιβάλλον και ως εκ τούτου, υπάρχει κίνδυνος προσβολής τους από τη λειτουργία της .

Το σκεπτικό της απόφασης ήταν ότι από το νομοθετικό πλαίσιο συνάγεται ότι η εγκατάσταση και η λειτουργία σταθμού κινητής τηλεφωνίας αντιμετωπίζεται από το νομοθέτη, ως δραστηριότητα που μπορεί να προκαλέσει δυσμενείς επιπτώσεις στο περιβάλλον και στην υγεία των ανθρώπων και για το λόγο αυτό, την επιτρέπει μόνον κατόπιν αδείας, που εκδίδεται μετά από συγκεκριμένους ελέγχους, ενώ προβλέπεται και σύστημα περαιτέρω ελέγχου, μετά την έκδοση της άδειας και την έναρξη λειτουργίας, της τήρησης των ορίων ασφαλούς έκθεσης του κοινού σε ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία από κάθε κεραία. Η προστασία της υγείας (σωματικής και ψυχικής) του ανθρώπου συνιστά έκφανση της προσωπικότητάς του και προστατεύεται από κάθε προσβολή στο πλαίσιο των διατάξεων των άρθρων 57 και 59 ΑΚ. Επιπλέον, αποστολή της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι η προαγωγή αρμονικής, ισόρροπης και αειφόρου ανάπτυξης των οικονομικών δραστηριοτήτων, στις οποίες υπάγεται και η ανάπτυξη των δικτύων κινητής τηλεφωνίας, παράλληλα δε, η πολιτική της Ένωσης σε επίπεδο περιβάλλοντος, αποβλέπει σε υψηλό επίπεδο προστασίας και στηρίζεται, μεταξύ άλλων, στις αρχές της προφύλαξης και της προληπτικής δράσης (άρθρα 2 και 174 ΣΕΚ).

Επίσης, στη διάταξη του άρθρου 24 &1 Σ « *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*». Η συνταγματική αυτή διάταξη έχει αναγάγει το φυσικό «<περιβάλλον>» σε αυτοτελώς προστατευόμενο αγαθό (ΟλΣτΕ 1672/2005). Η αναγωγή του φυσικού «περιβάλλοντος», σε αυτοτελώς προστατευόμενο κοινόχρηστο αγαθό, καθιερώνει κοινωνικό δικαίωμα επί του «<περιβάλλοντος>» και η παράνομη παραβίαση του δικαιώματος απόλαυσης των «<περιβαλλοντικών>» αγαθών συνιστά παράνομη προσβολή της προσωπικότητας του παρεμποδιζομένου, η οποία παρέχει σε αυτόν τις προβλεπόμενες από τα άρθρα 57 και 59 του ΑΚ αξιώσεις για άρση της προσβολής και πάυσης αυτής στο μέλλον (ΑΠ 1731/2006 ΝοΒ 2007.353). Η προσβολή δε της προσωπικότητας, δημιουργεί πάντοτε επείγουσα περίπτωση προστασίας της² , η οποία στο πλαίσιο των ασφαλιστικών μέτρων επιτυγχάνεται με προσωρινή ρύθμιση της κατάστασης (731 ΚΠολΔ).

² {Χαμηλοθώρας, Ασφαλιστικά μέτρα, 2010, σελ. 13, παρ. 21),

Το γεγονός ότι υπάρχει η δυνατότητα της προσφυγής στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων δεν αναιρεί την υποχρέωση που έχουν οι αδειοδοτούσες αρχές για την τήρηση των αρχών της νομιμότητας, της χρηστής διοίκησης και της προστατευομένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, ιδίως, όταν διαπιστώνεται ότι δεν υφίσταται ορισμένη άδεια ή ότι χρήζει ανάκλησης, ως παράνομη ατομική διοικητική πράξη, μία άδεια της ΕΕΤΤ που δε συγκεντρώνει τις νόμιμες προϋποθέσεις για τη λήψη της.

Τέλος, πέραν των υποχρεώσεων ελέγχου που έχουν οι πολεοδομικές αρχές, οι γνωστές πλέον, ως Υπηρεσίες Δόμησης των Δήμων, τα δικαστήρια ελέγχουν και τις αρμοδιότητες των Δήμων, ως προς το ζήτημα της νόμιμης λειτουργίας των κεραιών κινητής τηλεφωνίας. Οι αρμοδιότητες των Δήμων (102 Σ και Ευρωπαϊκός Χάρτης Τοπικής Αυτονομίας που κυρώθηκε με τον ν. 1850/1989) και οι δραστηριότητες που αναπτύσσονται εντός αυτών, αφορούν, σύμφωνα με το ν.3463/06 που αναφέρεται ενδεικτικά στις αρμοδιότητες των ΟΤΑ και στις δραστηριότητες που τούτες περιλαμβάνουν και τους τομείς του περιβάλλοντος και της ποιότητας ζωής και εύρυθμης λειτουργίας των πόλεων και των οικισμών (75&1 ν, 3463/06), στις οποίες σαφώς εμπίπτει και βάσει της αρχής της εγγύτητας, η μέριμνα περί της λειτουργίας εντός των ορίων του Δήμου και στο οικιστικό συγκρότημα, κεραιών κινητής τηλεφωνίας, που έχουν εγκατασταθεί και λειτουργούν νόμιμα και μετά την έκδοση των απαραίτητων αδειών από τις αρμόδιες αρχές.

Γ. Η απροθυμία της διοίκησης για την απομάκρυνση αυθαίρετα τοποθετημένων κεραιών κινητής τηλεφωνίας και οι διακυμάνσεις της νομολογίας.

Στο πλαίσιο της διαμεσολάβησης του ΣτΠ, αρκετές φορές η ΕΕΤΤ οδηγήθηκε στην ανάκληση μίας άδειας, αλλά η συνέχεια της διοικητικής διαδικασίας δεν ήταν καθόλου αυτονόητη. Ως εκ τούτου, δημιουργήθηκαν σοβαρά προβλήματα στη δυνατότητά παρέμβασης του Συνηγόρου προς την κατεύθυνση αποξήλωσης των παράνομα τοποθετημένων κεραιών.

Το πρόβλημα αναδείχθηκε κυρίως, στην έναρξη εφαρμογής του ΚΑΛΛΙΚΡΑΤΗ (ν.3852/2010), καθώς οι Υπηρεσίες Δόμησης διατηρούν μεν, την αρμοδιότητα της διαπίστωσης των αυθαίρετων κατασκευών, αλλά οι Αποκεντρωμένες Διοικήσεις αποκτούν την αρμοδιότητα της εκτέλεσης των κατεδαφίσεων. Ωστόσο, επειδή πρόκειται για ελαφρές συνήθως κατασκευές και επειδή οι υπηρεσίες των Αποκεντρωμένων Διοικήσεων δε διέθεταν – και εν πολλοίς δε διαθέτουν ακόμα- την απαραίτητη υλικοτεχνική υποδομή και το προσωπικό για την εκτέλεση των κατεδαφίσεων, ερμηνεύθηκε, μέσω εγκυκλίου, η δυνατότητα συνεργασίας με τους Δήμους, για την απομάκρυνση των κεραιών.

Επίσης, γεννήθηκαν νέα νομικά ζητήματα, ιδίως, για το είδος των αποφάσεων που έπρεπε να σταλούν στις Αποκεντρωμένες Διοικήσεις για την εκτέλεση των κατεδαφίσεων. Για παράδειγμα, αρκετές Υπηρεσίες Δόμησης, κατόπιν της τελεσιδικώς κριθείσας έκθεσης αυτοψίας, εισηγούνται την έκδοση απόφασης Δημάρχου, σύμφωνα με την οποία, οι αυθαίρετες κατασκευές είναι κατεδαφιστέες, με κίνδυνο να εισάγουν άλλο ένα στάδιο στην ήδη περατωθείσα διοικητική διαδικασία της κρίσης αυθαιρέτων και προσφέροντας τη δυνατότητα άσκησης προσφυγών και ένδικης προστασίας από τους παρανομούντες ιδιοκτήτες.

Η Ανεξάρτητη Αρχή, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της, έχει εκφράσει τις ακόλουθες απόψεις:

- Η τελεσιδικώς κριθείσα έκθεση αυτοψίας αυθαιρέτων κατασκευών (είτε σε διοικητικό στάδιο, είτε με την εξάντληση των προβλεπομένων ενδίκων βοηθημάτων και μέσων), αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη – απόφαση, τόσο επιβολής των διοικητικών προστίμων, όσο και της εκτέλεσης της κατεδάφισης αυτών. Καθίσταται ταυτόχρονα σαφές ότι, κατόπιν της ως άνω τελεσιδικίας, δεν απαιτείται και δεν προβλέπεται η έκδοση οποιασδήποτε νέας απόφασης κατεδάφισης για την ίδια κατασκευή. Ταυτόχρονα, η απόφαση κατεδάφισης που τυχόν εκδίδεται από τις υπηρεσίες δόμησης έχει βεβαιωτικό χαρακτήρα και στερείται εκτελεστότητας, ενώ δεν αποτελεί προϋπόθεση για την εκτέλεση της κατεδάφισης.³
- Αρμόδια για την εκτέλεση της κατεδάφισης των τελεσιδικώς κριθεισών αυθαιρέτων κατασκευών, κατά τα ανωτέρω, είναι η οικεία Αποκεντρωμένη Διοίκηση συνεπικουρούμενη όποτε, όπως και όπου αυτό προβλέπεται από την Ειδική Υπηρεσία Κατεδαφίσεων (ΕΥΕΚΑ) και από τους εκ των ισχυουσών διατάξεις αρμοδίου φορέας⁴.

Παρά τις ανωτέρω επισημάνσεις, η διοίκηση φάνηκε απρόθυμη να εκτελέσει τις κατεδαφίσεις, για μεγάλο χρονικό διάστημα, επικαλούμενη τις δικές της αδυναμίες και ελλείψεις ή προσδοκώντας στην απομάκρυνση των κεραιών από τις ίδιες τις εταιρείες κινητής τηλεφωνίας, οι οποίες, στη συνέχεια, εγκαθιστούσαν τον εξοπλισμό σε άλλες γειτονικές περιοχές. Η Δ/ση ΠΕΧΩΣΧ Δυτ.Ελλάδος της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Πελ/σου, Δυτ.Ελλάδας και Ιονίου, όταν κλήθηκε να προβεί στην εκτέλεση της κατεδάφισης κεραιάς κοντά στο κάστρο της Ναυπάκτου, καθώς δεν υπήρχαν οι απαραίτητες άδειες και είχε κριθεί από την αρμόδια Υπηρεσία Δόμησης, ως κατεδαφιστέα, επιφυλάχθηκε των ενεργειών της, μετά την εκπνοή της αποκλειστικής προθεσμίας των 24 μηνών, από την έναρξη ισχύος του ν.4053/12, σύμφωνα με τον οποίο θεωρούνταν “ως νομίμως λειτουργούσες” όλες οι κεραιές, αναπέμποντας το θέμα στην Υπηρεσία Δόμησης και στην αδειοδοτούσα αρχή (ΕΕΤΤ) για την επιβολή των “διοικητικών προστίμων”!

Περαιτέρω, επικαλέσθηκε ότι, στην έκθεση της Επιστημονικής Επιτροπής της Βουλής για το συγκεκριμένο νόμο, αναφέρεται « η διάταξη είναι διευκρινιστική και επιτρέπει την ταχύτερη και αδιάλειπτη άσκηση της αντίστοιχης επιχειρηματικής δραστηριότητας...», προβάλλοντας με τον τρόπο αυτό, την προστασία ενός “ειδικού” δημόσιου συμφέροντος, που αφορά στους φορείς συγκεκριμένης επιχειρηματικής δραστηριότητας. Εκτός της ανασκόπησης των ενεργειών της διοίκησης, που οδηγούσαν στην εκκρεμότητα της εκτέλεσης της κατεδάφισης της κεραιάς, έστω και σε μεταβαλλόμενο νομοθετικό πλαίσιο, ο ΣτΠ προέβαλε ότι το ειδικό αυτό δημόσιο συμφέρον προσκρούει στην προστασία του ευρύτερου δημοσίου συμφέροντος των μελών της συγκεκριμένης τοπικής κοινωνίας, το οποίο μάλιστα είναι θεσμοθετημένο,

³ Επαμ.Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμος 2, 13^η έκδοση, 2010, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ.107, « Δεν προσβάλλονται παραδεκτός με αίτηση ακυρώσεως πράξεις των διοικητικών οργάνων που στερούνται εκτελεστότητας...Οι κυριότερες είναι...πράξεις εκτέλεσης που ενεργούνται μετά την έκδοση της διοικητικής πράξης και έχουν ως σκοπό την εκτέλεσή της (ΣΕ 2937, 4571, 5215/1987)...».

⁴<http://www.synigoros.gr/resources/eggrafo-toy-synhgoroy-toy-polith-pros-ton-geniko-epi8ewrthth-dhmosias-dioikhshs--2.pdf>.

σύμφωνα με το ν.3038/2002 για την προστασία των αρχαιοτήτων και εν γένει της πολιτιστικής κληρονομιάς και σύμφωνα με το σχετικό προεδρικό διάταγμα « *περί τροποποιήσεως όρων και περιορισμών δομήσεως των οικοπέδων του ρυμοτομικού σχεδίου...*» της συγκεκριμένης περιοχής.

Ένα άλλο ζήτημα που δημιουργήθηκε για τις Υπηρεσίες Δόμησης, ήταν η υποβολή δηλώσεων υπαγωγής στο ν.4014/2011 και στη συνέχεια, στο ν.4178/2013, εκ μέρους των ιδιοκτητών των ακινήτων, επί των οποίων γίνεται η εγκατάσταση των κεραιών. Είναι προφανές ότι, η δήλωση υπαγωγής αφορά την τακτοποίηση των αυθαιρέτων κατασκευών στο δομικό τμήμα των κτιρίων και όχι των ιστών και του τεχνολογικού εξοπλισμού των κεραιών. Ωστόσο, η διεκυστίνδα της διαδικασίας κρίσης αυθαιρέτου παρατείνεται, καθώς οι υποθέσεις αυτές συνήθως παραπέμπονται στα αρμόδια Συμβούλια Πολεοδομικών Θεμάτων.⁵

Επιπρόσθετα, η νομολογία παρουσίασε διακυμάνσεις, μετά την έναρξη ισχύος του ν.4053/2012, καθώς τα δικαστήρια έκριναν ότι η χορήγηση της πολεοδομικής έγκρισης προϋποθέτει, αφενός τη χορήγηση άδειας από την ΕΕΤΤ και, αφετέρου, την έκδοση απόφασης έγκρισης περιβαλλοντικών όρων. Οι διατάξεις του άρθρου 31 §5 ν. 4053/12, οι οποίες προβλέπουν ότι, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της §2 του ίδιου άρθρου, οι κατασκευές κεραιάς κινητής τηλεφωνίας, που στερούνται άδειας από την ΕΕΤΤ, θεωρούνται ως νομίμως λειτουργούσες για χρονικό διάστημα 24 μηνών από την έναρξη ισχύος του ν. 4053/12, εφαρμόζονται και στις αυθαίρετες, λόγω έλλειψης της απαιτούμενης πολεοδομικής έγκρισης, δομικές εγκαταστάσεις κεραιών. Σύμφωνα μάλιστα, με μειοψηφούντα μέλη, τίθεται ζήτημα ως προς την εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων στις εκκρεμείς κατά τη δημοσίευση του ν.4053/2012, αιτήσεις ακυρώσεως, που αφορούν στις ένδικες κυρώσεις λόγω έλλειψης πολεοδομικής έγκρισης. Τα δικαστήρια δέχθηκαν την αναστολή εκτέλεσης των αποφάσεων κατεδάφισης, ανεξαρτήτως αν είναι ανεκτή από πλευράς συνταγματικού και κοινοτικού δικαίου η εκ των υστέρων περιβαλλοντική αδειοδότηση, μέχρι τη λήξη της προθεσμίας των 24 μηνών από την έναρξη ισχύος του ν. 4053/2012 (7.3.2012), με την επιφύλαξη ότι δεν έχει εκδοθεί μέχρι τότε απορριπτική πράξη επί της υποβληθείσας αιτήσεως για αδειοδότηση ή δεν έχει εκδοθεί απορριπτική απόφαση επί της εκκρεμούς αιτήσεως ακυρώσεως⁶.

Ωστόσο, με το ν.4249/2014, άρθρο 126 παρατείνεται η δυνατότητα νομιμοποίησης, μέχρι τις 30-10-2015.

⁵ Στο άρθρο 25 παρ. 16 του ν.4178/2013 προβλέπεται: «...Κατά των προβλεπόμενων, στις διατάξεις του κεφαλαίου Α' του παρόντος νόμου υπαγωγών δύναται να ασκηθεί προσφυγή, η οποία κατατίθεται στην αρμόδια Υ.ΔΟΜ και εξετάζεται από το αρμόδιο ΣΥ.ΠΟ.ΘΑ...».

⁶ ΔΕΦ Αθηνών 13/2013,264/2013,2737/2013 και 2738/2013.

Δ. Τα ειδικότερα ζητήματα των Πρότυπων Περιβαλλοντικών Δεσμεύσεων και των κεραιών νέας τεχνολογίας (ΕΚΚΧΟ).

Ένα από τα ιδιαίτερα ζητήματα που απασχολούν τον ΣτΠ και τα δικαστήρια είναι η λεγόμενη Δήλωση Υπαγωγής στις Πρότυπες Περιβαλλοντικές Δεσμεύσεις (ΠΠΔ) της εταιρείας κινητής τηλεφωνίας που εγκατέστησε την κεραιά. Ο ΣτΠ έχει ήδη λάβει υπόψη την υπ' αριθ.277/2014 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ. Το ζήτημα αιχμής που αναμένεται πλέον, να κριθεί από το ανώτατο δικαστήριο, έχει, ως αφετηρία, την άποψη, ότι στη συγκεκριμένη υπόθεση, έπρεπε να ανασταλεί η εκτέλεση τόσο της απόφασης του Προέδρου της ΕΕΤΤ, όσο και της Δήλωσης Υπαγωγής σε ΠΠΔ, *‘‘ενόψει της υφιστάμενης επιστημονικής αβεβαιότητας, τόσο ως προς το βαθμό του κινδύνου από την έκθεση στην ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία που εκπέμπουν οι κεραιές κινητής τηλεφωνίας, όσο και ως προς τις συνέπειες που αυτή ενδέχεται να προκαλέσει στον ανθρώπινο οργανισμό και σύμφωνα με την αρχή της προφύλαξης, η οποία είναι ερευνητέο, εάν τηρείται πλέον με το νέο καθεστώς υπαγωγής των κεραιών κινητής τηλεφωνίας σε πρότυπες περιβαλλοντικές δεσμεύσεις, χωρίς την έκδοση προηγούμενης ρητής πράξης έγκρισης περιβαλλοντικών όρων.’’*⁷

⁷ Το εκτενές σκεπτικό της συγκεκριμένης απόφασης καταλήγει, ως εξής:

« Επειδή, με την υπό κρίση αίτηση προβάλλεται, ότι η θέση της κεραιάς, στην οποία αφορούν οι προσβαλλόμενες πράξεις, ευρίσκεται σε πολύ μικρή απόσταση, τουλάχιστον, από τις κατοικίες των τριών πρώτων αιτούντων και, ειδικότερα, 30 μέτρων από την κατοικία τους (...). Προβάλλεται ακόμη, ότι η λειτουργία της εν λόγω κεραιάς εκθέτει τους ίδιους και κυρίως τα ανήλικα τέκνα τους, στην ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία, που η εν λόγω κεραιά εκπέμπει, προκαλώντας κινδύνους ανεπανόρθωτης βλάβης της υγείας τους. Από τα στοιχεία, εξάλλου, του φακέλου προκύπτει ότι η Διοίκηση δεν προέβη σε αξιολόγηση των κινδύνων και, γενικότερα, των επιπτώσεων από τη λειτουργία της συγκεκριμένης κεραιάς στην ανωτέρω θέση, ενόψει των συνθηκών και της υφιστάμενης κατάστασης στον περιβάλλοντα ευρύτερο χώρο, αλλά, αντιθέτως, αρκέσθηκε στη διαπίστωση ότι δεν παραβιάζονται τα όρια ασφαλούς έκθεσης του πληθυσμού σε ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία, τα οποία έχουν θεσπισθεί γενικώς με την ΚΥΑ 53571/3839/31.10/6.9.2000 (ΦΕΚ 1105 Β') και δεν συναρτώνται με τις ειδικές συνθήκες της συγκεκριμένης θέσης εγκατάστασης. Πράγματι, τόσο η προαναφερόμενη Μ.1./411/ 696/15.4.2013 γνωμάτευση της Ελληνικής Επιτροπής Ατομικής Ενέργειας, όσο και η δήλωση υπαγωγής της επίδικης κεραιάς σε πρότυπες περιβαλλοντικές δεσμεύσεις περιέχουν τη γενική διαπίστωση ότι η λειτουργία της κεραιάς αυτής δεν συνεπάγεται υπέρβαση των ισχυουσών κανονιστικών ρυθμίσεων και δεν αναφέρονται, κατά βάση, στη συγκεκριμένη θέση εγκατάστασης της επίμαχης κεραιάς και στους κινδύνους που αυτή ειδικώς μπορεί να συνεπάγεται για την ασφάλεια όσων εκτίθενται στην ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία της, ενώ, εξάλλου, σύμφωνα πλέον με τις προαναφερόμενες ισχύουσες διατάξεις, δεν εκπονείται από τη δικαιούχο εταιρεία ειδικότερη «Μελέτη Έγκρισης Περιβαλλοντικών Όρων» για την εγκατάσταση κεραιάς κινητής τηλεφωνίας. Περαιτέρω, δεν προκύπτει από το φάκελο ούτε προβάλλεται από την Ε.Ε.Τ.Τ. ότι έχει, εν προκειμένω, καταρτισθεί περιβαλλοντική έκθεση ή μελέτη, έστω και μετά την έκδοση των προσβαλλόμενων πράξεων, η οποία να αξιολογεί τα προαναφερόμενα στοιχεία (πρβλ. Ε.Α. [744/2008](#)). Κατόπιν τούτων, η Επιτροπή, ενόψει των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, δηλαδή του σχετικά χαμηλού ύψους του κτιρίου επί του οποίου βρίσκεται η επίδικη κεραιά και της μικρής απόστασής της από τις κατοικίες αρκετών εκ των αιτούντων, των ως άνω ισχυρισμών αυτών και, κατά συνεκτίμηση της βλάβης της αδειούχου εταιρείας από την αναστολή των προσβαλλόμενων πράξεων, η οποία, όμως, έχει προεχόντως οικονομικό χαρακτήρα (πρβλ. ΕΑ [741/2008](#)), κρίνει ότι, ενόψει της υφιστάμενης επιστημονικής αβεβαιότητας, τόσο ως προς το βαθμό του κινδύνου από την έκθεση στην ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία που εκπέμπουν οι κεραιές κινητής τηλεφωνίας, όσο και ως προς τις συνέπειες που αυτή ενδέχεται να προκαλέσει στον ανθρώπινο οργανισμό (πρβλ. ΕΑ [912/2008](#), [741/2008](#)), και σύμφωνα με την αρχή της προφύλαξης, η οποία είναι ερευνητέο εάν

Τα τελευταία δύο χρόνια, παρατηρείται η αντικατάσταση αρκετών κεραιών από τη νέα γενιά κεραιών, τις λεγόμενες ΕΚΚΧΟ. Με την Κοινή Υπουργική Απόφαση (ΚΥΑ), υπ' αριθ. 27217/505/4-6-2013, «[Εγκαταστάσεις Κατασκευών Κεραιών Χαμηλής Ηλεκτρομαγνητικής Περιβαλλοντικής Όχλησης, εξαιρούμενες από την αδειοδότηση σύμφωνα με την παρ. 23 του άρθρου 30 του Ν. 4070/2012.](#)» (ΦΕΚ 1442/Β/14-6-2013), εξαιρούνται από τη διαδικασία αδειοδότησης του άρθρου 1 του Ν. 2801/2000 και του άρθρου 30 του Ν. 4070/2012, ορισμένες κατηγορίες Εγκαταστάσεων Κατασκευών Κεραιών Χαμηλής Ηλεκτρομαγνητικής Περιβαλλοντικής Όχλησης (ΕΚΚΧΟ)⁸. Τα ακριβή χαρακτηριστικά των παραπάνω κατηγοριών ΕΚΚΧΟ (ως προς την ακτινοβολούμενη ισχύ, τις ζώνες συχνοτήτων λειτουργίας, τις κατασκευές στήριξης των κεραιών, τον εξοπλισμό, κτλ.) καθορίζονται στο άρθρο 3 της εν λόγω ΚΥΑ, ενώ στο άρθρο 4 καθορίζονται γενικοί όροι που πρέπει να τηρούνται για τις ΕΚΚΧΟ όλων των κατηγοριών. Οι εν λόγω κατασκευές κεραιών εγκαθίστανται χωρίς να απαιτείται προηγουμένως περιβαλλοντική αδειοδότηση ή η λήψη οποιασδήποτε έγκρισης ή άδειας από τις αρμόδιες πολεοδομικές υπηρεσίες, με την επιφύλαξη της ισχύουσας νομοθεσίας που ισχύει για προστατευόμενες περιοχές, αεροδρόμια και αεροπορικές εγκαταστάσεις, παραδοσιακούς οικισμούς, αρχαιολογικούς χώρους, ιστορικούς τόπους και ακίνητα μνημεία. Πριν την εγκατάσταση και λειτουργία ή την τροποποίηση κεραιών που υπάγονται στην εν λόγω ΚΥΑ, εξαιρουμένων των ΕΚΚΧΟ κατηγορίας Ε', απαιτείται η υποβολή ηλεκτρονικής δήλωσης της ΕΚΚΧΟ στην ΕΕΤΤ. Ο κάτοχος υποβάλλει την ηλεκτρονική δήλωση τουλάχιστον δέκα (10) ημέρες πριν την εγκατάσταση και λειτουργία της ΕΚΚΧΟ και λαμβάνει από την ΕΕΤΤ τον αριθμό εγγραφής με την υποβολή της ηλεκτρονικής δήλωσης. Μέχρι τη δημιουργία της κατάλληλης πληροφοριακής υποδομής από την ΕΕΤΤ, οι πάροχοι τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών δημοσιεύουν σε ειδική ιστοσελίδα του ιστοχώρου τους, η οποία είναι προσβάσιμη από το κοινό, τις σχετικές ηλεκτρονικές δηλώσεις τους και ενημερώνουν σχετικά την ΕΕΤΤ, η οποία διατηρεί στον ιστοχώρο της κατάλογο με τους σχετικούς συνδέσμους προς όλες τις ανωτέρω ιστοσελίδες των παρόχων.

*τηρείται πλέον με το νέο καθεστώς παραγωγής των κεραιών κινητής τηλεφωνίας σε πρότυπες περιβαλλοντικές δεσμεύσεις χωρίς την έκδοση προηγούμενης ρητής πράξης έγκρισης περιβαλλοντικών όρων (πρβλ. ΣτΕ [1264/2005](#) Ολ.) και ύστερα από την αντικατάσταση των διατάξεων των άρθρων 3 και 4 του ν.1650/1986, **πρέπει να ανασταλεί η εκτέλεση τόσο της/ 25.4.2013 απόφασης του Προέδρου της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων όσο και της από 5.3.2013 Δήλωσης της δικαιούχου εταιρείας Υπαγωγής σε Πρότυπες Περιβαλλοντικές Δεσμεύσεις.**»*

⁸Α. Εγκαταστάσεις κατασκευών κεραιών Μικροκυψελών ή Αναμεταδοτών μικροκυψελοειδών δικτύων παροχής δημόσιων ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Β. ΕΚΚΧΟ για διασύνδεση σημείο προς σημείο (point-to-point). Γ. ΕΚΚΧΟ για την παροχή υπηρεσιών Σταθερής Ασύρματης Πρόσβασης στο χώρο του πελάτη. Δ. ΕΚΚΧΟ για την κάλυψη αναγκών παροχής Καθολικής Υπηρεσίας. Ε. ΕΚΚΧΟ μικρής εμβέλειας στις ζώνες 2400–2483,5 MHz και 5470 – 5725 MHz. ΣΤ.ΕΚΚΧΟ για πειραματικούς σκοπούς. Ζ. ΕΚΚΧΟ ραδιοερασιτεχνικών επαναληπτών, αναμεταδοτών, ραδιοφάρων. Η. Κατασκευές κεραιών για σταθμούς τύπου VSAT που καλύπτουν αποκλειστικά παροχή υπηρεσιών Σταθερής Δορυφορική ςΥπηρεσίας. Θ. Εγκαταστάσεις Κατασκευών Κεραιών Σταθμών Συμπληρωματικής Ραδιοκάλυψης. Ι. Ε.Κ.Κ.Χ.Ο. μικρής εμβέλειας στη ζώνη 5725-5795 MHz.

Οι τελευταίες αναφορές προς τον ΣτΠ έχουν ως αντικείμενο κεραίες αυτού του τύπου, αλλά κι εδώ εγείρονται ζητήματα νομιμότητας, καθώς το γεγονός της εξαίρεσης από κάθε είδους αδειοδότηση αντίκειται στην στοιχειώδη υποχρέωση ελέγχου εάν η εγκατάσταση πληροί ορισμένες προϋποθέσεις, π.χ. στον τρόπο της τοποθέτησης (επί τοίχων, ύπαρξη καλωδίων εντός σωλήνων) και στους τρόπους ελέγχου αυτής, που πρέπει να γίνεται, κατά την άποψή μας, από τις Υπηρεσίες Δόμησης. Τέλος και στις περιπτώσεις αυτές, διαπιστώνεται η παράνομη ηλεκτροδότηση, μέσω παροχών γειτονικών ιδιοκτησιών, γεγονός που καθεαυτό συντηρεί τις αμφιβολίες σχετικά με τη νομιμότητα λειτουργίας ενός συστήματος.

Προσχώρηση της Ευρωπαϊκής Ένωσης στην ΕΣΔΑ: η Γνωμοδότηση 2/13 του ΔΕΕ

Κωνσταντίνος Μαργαρίτης, ΔΝ, LL.M, Δικηγόρος

Εισαγωγή

Η συζήτηση για την ενίσχυση της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων εντός της (τότε) Κοινοτικής έννομης τάξης ξεκίνησε εκτενώς να εξελίσσεται από τα μέσα της δεκαετίας του 1970. Εντός του πλαισίου της ΕΟΚ, αναφορές σε ζητήματα προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων λάμβαναν χώρα με τη μορφή πολιτικών διακηρύξεων, αναφορών ή γενικότερων πολιτικών αναλύσεων είτε από όργανα της Κοινότητας, είτε από κράτη μέλη. Παρότι πρόκειται για οιονεί νομικά εργαλεία, αποκαλούμενα με τον όρο “ήπιο δίκαιο” (soft law),¹ χωρίς να απορρέει εξ’ αυτών νομική δεσμευτικότητα, επηρέασαν έως ένα σημαντικό βαθμό το σχετικό διάλογο.

Ειδικότερα και η πιθανή προσχώρηση της Ένωσης στην ΕΣΔΑ δεν αποτελεί πρόσφατη ιδέα. Το ζήτημα της προσχώρησης της τότε Κοινότητας στην ΕΣΔΑ απασχόλησε τα θεσμικά της όργανα το 1979 οπότε και δημοσιεύθηκε το σχετικό Μνημόνιο της Επιτροπής.² Εκεί τονιζόταν ο σκοπός μια τέτοιας προσέγγισης που ουσιαστικά θα αποτελούσε σημείο συνάντησης των δύο ευρωπαϊκών έννομων τάξεων και θα ενίσχυε τον χαρακτήρα της Ένωσης ως οργανισμού, αναφορικά με την προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων, οριοθετώντας τα εν πολλοίς στον ευρύτερα ευρωπαϊκό χώρο.

Παρά την εν γένει θετική προδιάθεση, σε κοινοτικό/ενωσιακό θεσμικό επίπεδο, απαιτούνταν αναθεώρηση των Συνθηκών προκειμένου να ολοκληρωθεί ένα τέτοιο εγχείρημα.³ Παρά το γεγονός ότι η ΕΣΔΑ αποτέλεσε πηγή έμπνευσης για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Κοινότητα ήδη από τις αποφάσεις του

¹ Για μια σύγχρονη προσέγγιση του όρου βλ. H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, *European Journal of International Law*, 10 (3), 2009, σελ. 499-515, M. Goldmann, “We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present and Future Approaches to International Soft Law”, *Leiden Journal of International Law*, 25 (2), 2012, σελ. 335-368, Ρ.-Ε. Παπαδοπούλου, «Το Ήπιο Δίκαιο στην Ένωση τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης», Νομική Βιβλιοθήκη, 2012.

² Μνημόνιο της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για την προσχώρηση της Κοινότητας στην ΕΣΔΑ, Δελτίο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συμπλήρωμα 2/79.

³ Βλ. Γνωμοδότηση 2/94 [1996] τόμος I-1759.

ΔΕΚ της δεκαετίας του 1970 και εισήχθη ως τέτοια στο Προοίμιο της Ενιαίας Ευρωπαϊκής Πράξης, αλλά και στο κείμενο της Συνθήκης του Μάαστριχτ, η πλήρης θεσμική αναγνώριση της προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ εν τέλει επήλθε με την αναθεώρηση της Λισαβόνας. Εκεί το άρθρο 6, παρ. 2, εδ. 1 ΣΕΕ ρητά αναφέρει και μάλιστα ως υποχρέωση ότι η Ένωση προσχωρεί στην ΕΣΔΑ.

Ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 218, παρ. 11 ΣΛΕΕ, κάθε επίσημο όργανο της Ένωσης που συμμετέχει στη διαδικασία ολοκλήρωσης της συμφωνίας (Συμβούλιο, Επιτροπή, Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο) καθώς και κάθε κράτος μέλος μπορούν να ζητήσουν γνωμοδότηση από το ΔΕΕ αναφορικά με τη συμβατότητα της εν λόγω συμφωνίας με τις Συνθήκες· σε αυτό το πλαίσιο, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπέβαλε στο ΔΕΕ αίτηση για την έκδοση γνωμοδότησης επί του σχεδίου συμφωνίας προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ στις 4 Ιουλίου 2013, θέτοντας ερώτημα περί συμβατότητας του τελευταίου με τις Ευρωπαϊκές Συνθήκες.

Στις 18 Δεκεμβρίου 2014, το Δικαστήριο εξέδωσε την Γνωμοδότηση 2/13 επί της αίτησης που κατέθεσε η Επιτροπή, αποφαινόμενο ότι η συμφωνία προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ ως έχει, δεν είναι συμβατή ούτε με το άρθρο 6, παρ. 2 ΣΕΕ, ούτε με το Πρωτόκολλο 8 της Συνθήκης που αφορά στην προσχώρηση της Ένωσης στην ΕΣΔΑ. Με την πολυαναμενόμενη αυτή γνωμοδότηση, το Δικαστήριο διατυπώνει σοβαρές ενστάσεις, τονίζοντας ρυθμίσεις και παραλείψεις σε πολλές διατάξεις της συμφωνίας προσχώρησης που την καθιστούν εν τέλει μη συμβατή με το ευρωπαϊκό δίκαιο.

Σκοπός της παρούσας μελέτης είναι η ανάλυση των σημείων της σχεδιαζόμενης συμφωνίας που κρίθηκαν κατά το ΔΕΕ ως ασύμβατα με το ενωσιακό δίκαιο. Η υπό εξέταση γνωμοδότηση δημιουργεί σημαντικές παραμέτρους τόσο στο ενωσιακό θεσμικό δίκαιο *stricto sensu*, αφού έτσι καθυστερείται η υλοποίηση μιας υποχρέωσης της Ένωσης σε βαθμό τέτοιο που ίσως οδηγήσει στην ακύρωσή της, όσο και σε ευρύτερο ευρωπαϊκό πλαίσιο προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων. Έτσι θα αποκρυσταλλωθούν οι λόγοι που οδήγησαν το Δικαστήριο να υιοθετήσει μια τέτοια θέση στοιχείο που αναδεικνύει μια γενικότερη προσέγγισή του σε θέματα προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων στην Ένωση.

Το θεσμικό πλαίσιο προσχώρησης

Σύμφωνα με το αναθεωρημένο με τη Συνθήκη της Λισαβόνας άρθρο 6, παρ. 2 «η Ένωση προσχωρεί στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών». Ομοίως και στην έννομη τάξη της ΕΣΔΑ, σχετική διάταξη εισήλθε με το Πρωτόκολλο 14 ώστε να παρέχεται η δυνατότητα στην Ένωση να προσχωρήσει στην ΕΣΔΑ, συγκεκριμένα στο άρθρο 59, παρ. 2 ορίζεται ότι «η Ευρωπαϊκή Ένωση μπορεί να προσχωρήσει στη Σύμβαση».

Ένα πρώτο συμπέρασμα συνάγεται από τη διατύπωση της ανωτέρω ενωσιακής διάταξης: η προσχώρηση στην ΕΣΔΑ δεν παρουσιάζεται σαν μια γενική αρχή ή ιδέα, αλλά περισσότερο ως καθήκον της Ένωσης.⁴ Η χρήση του ενεστώτα οριστικής *προσχωρεί* αντανακλά αυτήν ακριβώς την πρόθεση υπό την έννοια ότι εμπεριέχει μια υποχρέωση που λαμβάνει χώρα στο παρόν αντί του όρου (*δύναται*) να προσχωρήσει που παρέχει μεγαλύτερη ελευθερία δράσης.⁵ Η γραμματική αυτή διαφοροποίηση στη διατύπωση διατάξεων είναι έντονη στο πρωτογενές Ευρωπαϊκό δίκαιο προκειμένου να δηλωθεί ακριβέστερα ο υποχρεωτικός ή δυνητικός χαρακτήρας των διατάξεων αυτών.

Η νομική βάση που συμπεριλαμβάνεται στη νέα ΣΕΕ για την προσχώρηση της Ένωσης στην ΕΣΔΑ δεν θέτει απλά, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, μια υποχρέωση: θεσπίζει επιπλέον τις κάθετες επιπτώσεις αυτής της προσχώρησης, όπως αναφέρεται στο δεύτερο εδάφιο του άρθρου 6, παρ. 2 ΣΕΕ: «η προσχώρηση στην εν λόγω Σύμβαση δεν μεταβάλλει τις αρμοδιότητες της Ένωσης όπως ορίζονται στις Συνθήκες». Καθώς η διαδικασία προσχώρησης αποτελεί ένα εξαιρετικά πολύπλοκο εγχείρημα που δύναται να επηρεάσει τόσο τη σχέση της Ένωσης με την ΕΣΔΑ και τα κράτη μέλη της, όσο και των κρατών μελών με την ΕΣΔΑ ως Υψηλών Συμβαλλόμενων Μερών, θα έπρεπε να διασφαλισθεί σε θεσμικό επίπεδο μια ισορροπία αρμοδιοτήτων των εμπλεκόμενων στην προσχώρηση παραγόντων. Έτσι, στο επισυναπτόμενο στη Συνθήκη της Λισαβόνας Πρωτόκολλο 8 τονίζονται κάποιες

⁴ Συνεισφορά του F. Jacobs στην Αναφορά της Επιτροπής Νομικών Θεμάτων και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αναφορικά με την προσχώρηση της ΕΚ/ΕΕ στην ΕΣΔΑ, Κοινοβουλευτική Συνέλευση, Κείμενο 11533, 18 Μαρτίου 2008.

⁵ Ο διαχωρισμός γίνεται ευκολότερα κατανοητός με τη χρήση των αντίστοιχων όρων στην Αγγλική. Ο όρος *shall* χρησιμοποιείται για να τονίσει τον υποχρεωτικό χαρακτήρα ενώ αντίθετα η χρήση του όρου *may* υποδηλώνει μεγαλύτερη ελευθερία δράσης. Για πιο λεπτομερή ανάλυση, βλ. N. R. Tillman, S. B. Tillman, “A Fragment on *Shall* and *May*”, *American Journal of Legal History*, 50, 2010, σελ. 453-458.

παράμετροι για την επίτευξη της ισορροπίας αυτής· οι παράμετροι αυτές αφορούν στη διαφύλαξη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της Ένωσης και αρμοδιοτήτων των θεσμικών της οργάνων, καθώς και των σχέσεων των κρατών μελών με την ΕΣΔΑ, ειδικότερα αναφορικά με τις εκεί βασιζόμενες επιφυλάξεις. Επιπλέον το κεφαλαιώδες για την εύρυθμη λειτουργία της Ένωσης άρθρο 344 ΣΛΕΕ⁶ θα πρέπει να μην επηρεαστεί από την ολοκλήρωση της προσχώρησης.

Με βάση το ως άνω πλαίσιο, η Επιτροπή και το Συμβούλιο της Ευρώπης ξεκίνησαν επίσημες διαπραγματεύσεις την 7^η Ιουλίου 2010 με την τότε Αντιπρόεδρο της Επιτροπής Viviane Reding και το Γενικό Γραμματέα του Συμβουλίου της Ευρώπης Thorbjorn Jagland να εκπροσωπούν τα δύο όργανα.⁷ Το τελικό πόρισμα των διαπραγματεύσεων μεταξύ της ad hoc διαπραγματικής ομάδας της Οργανωτικής Επιτροπής και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κατατέθηκε στην Οργανωτική Επιτροπή και δημοσιεύθηκε στις 10 Ιουνίου 2013, τονίζοντας την ιδιαίτερη σημασία προσχώρησης της Ένωσης στην ΕΣΔΑ για τη συνοχή της προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων στον ευρωπαϊκό χώρο.⁸

Η Γνωμοδότηση 2/13 του ΔΕΕ

Μετά την ολοκλήρωση του σχεδίου συμφωνίας προσχώρησης και παρουσίασή του, η Επιτροπή ζήτησε από το ΔΕΕ γνωμοδότηση επί της συμβατότητας του τελευταίου με τις Συνθήκες. Ως αποτέλεσμα, το ΔΕΕ διατύπωσε τη Γνωμοδότηση 2/13, όπου δόθηκε η δυνατότητα στο Δικαστήριο να εξετάσει μια σειρά ζητημάτων που αφορούν στη σχεδιαζόμενη συμφωνία προσχώρησης ειδικότερα, αλλά και εν τέλει να εκφράσει μια εν γένει αντίληψη περί προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ, καταλήγοντας στη μη συμβατότητα της υπό κρίσεως συμφωνίας με το άρθρο 6, παρ. 2 ΣΕΕ, αλλά και με το Πρωτόκολλο 8. Μεθοδολογικά, το Δικαστήριο προβαίνει σε μια θεματική κατηγοριοποίηση των υπό εξέταση ζητημάτων που τίγονται από την ως έχει ολοκλήρωση της διαδικασίας προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ.

⁶ Ορίζει: «τα κράτη μέλη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να μη ρυθμίζουν διαφορές σχετικές με την ερμηνεία ή την εφαρμογή των Συνθηκών κατά τρόπο διάφορο από εκείνον που προβλέπουν οι Συνθήκες».

⁷ Συμβούλιο της Ευρώπης, Δελτίο τύπου 545 (2010), 7 Ιουλίου 2010.

⁸ Τελευταία αναφορά που κατατέθηκε στην Οργανωτικής Επιτροπή, διαθέσιμη στο [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf) (τελευταία πρόσβαση 9-4-2015).

1. Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του δικαίου της Ένωσης

Η πρώτη κατηγορία αφορά στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του δικαίου της Ένωσης. Αρχικά, το ίδιο το Δικαστήριο οριοθετεί την έννοια των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών, τα οποία σχετίζονται με τη συνταγματική δομή της Ένωσης, με ιδιαίτερη έμφαση στην προστασία θεμελιωδών δικαιωμάτων όπως αναγνωρίζονται στο Χάρτη και τη θεσμική διάρθρωσή της όπως αποτυπώνεται στα οικεία άρθρα των Συνθηκών. Επιπλέον ιδιαίτερο χαρακτηριστικό αποτελεί και η ίδια η φύση του ευρωπαϊκού δικαίου το οποίο διέπεται από τις αρχές της αυτονομίας, της υπεροχής έναντι του δικαίου των κρατών μελών και του άμεσου αποτελέσματος διατάξεών του τόσο ως προς τους πολίτες, όσο και ως προς τα κράτη μέλη.

Ο πρώτος λόγος μη διασφάλισης των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της ΕΕ σχετίζεται με την διάταξη του άρθρου 53 ΕΣΔΑ. Εκεί αναγνωρίζεται ότι η ΕΣΔΑ δεν περιορίζει επίπεδο προστασίας δικαιωμάτων υψηλότερο από αυτό που κατοχυρώνει η ίδια, στα Συμβαλλόμενα μέρη· η διάταξη αυτή αποτελεί τη νομική βάση αναγνώρισης της ΕΣΔΑ ως θεμέλιο στην γενικότερη διακύμανση προστασίας δικαιωμάτων. Ομοίως και στο άρθρο 53 του Χάρτη αναφέρεται ρητά ότι τα δικαιώματα που αναγνωρίζονται στα Συντάγματα των κρατών μελών δεν περιορίζονται αρκεί να μην διακυβεύεται το επίπεδο προστασίας που προβλέπεται στο Χάρτη καθώς και η υπεροχή, η ενότητα και η αποτελεσματικότητα του δικαίου της ΕΕ,⁹ όπως έχει ήδη κριθεί από το ίδιο το Δικαστήριο.¹⁰ Έτσι, θα έπρεπε κατά το ΔΕΕ να είχε ρητά προβλεφθεί συντονισμός των δύο διατάξεων ώστε να αποφευχθεί πιθανή σύγχυσή τους που θα οδηγούσε σε διακινδύνευση των αρχών της Ένωσης.

Περαιτέρω, στη βάση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της Ένωσης έχει αναπτυχθεί η αρχή της αμοιβαίας εμπιστοσύνης μεταξύ των κρατών μελών που επιβάλλει σε καθένα από τα κράτη μέλη να δέχονται ως δεδομένο ότι τα λοιπά κράτη μέλη τηρούν το δίκαιο της ΕΕ και σέβονται τα θεμελιώδη δικαιώματα που είναι αναγνωρισμένα από το δίκαιο αυτό, σε τομείς αρμοδιότητας της Ένωσης. Καθώς υπό το πρίσμα της ΕΣΔΑ η Ένωση και τα κράτη μέλη θεωρούνται ως Συμβαλλόμενα μέρη όχι μόνο στις σχέσεις τους με Συμβαλλόμενα μέρη που δεν είναι κράτη μέλη της Ένωσης, αλλά και στις μεταξύ τους σχέσεις, συμπεριλαμβανομένης της περίπτωσης κατά την οποία οι σχέσεις αυτές διέπονται από το δίκαιο της Ένωσης και δεν

⁹ Γνωμοδότηση 2/13 [2014] αδημ., παρ. 188-189.

¹⁰ Υπόθεση C-399/11 Melloni [2013] αδημ., παρ. 60.

προβλέπεται σχετικός διαχωρισμός στη σχεδιαζόμενη συμφωνία προσχώρησης, μπορεί να προσβληθεί η αρχή της αμοιβαίας εμπιστοσύνης που διέπει τα κράτη μέλη.¹¹

Ο τρίτος λόγος αφορά στην επικύρωση εκ μέρους κρατών μελών της Ένωσης του Πρωτοκόλλου 16 της ΕΣΔΑ. Το εν λόγω Πρωτόκολλο παρέχει στα ανώτατα δικαστήρια των κρατών μελών τη δυνατότητα να υποβάλλουν στο ΕΔΔΑ αιτήσεις γνωμοδοτήσεως επί βασικών ζητημάτων σχετικά με την ερμηνεία ή με την εφαρμογή των δικαιωμάτων που κατοχυρώνει η ΕΣΔΑ. Δεδομένου ότι αντίστοιχος μηχανισμός παρέχεται στο άρθρο 267 ΣΛΕΕ, υπάρχει η πιθανότητα, κατά το Δικαστήριο, μια αίτηση γνωμοδοτήσεως υποβληθείσα από δικαστήριο κράτους μέλους δυνάμει του Πρωτοκόλλου 16 να ενεργοποιήσει τη διαδικασία προηγούμενης εξέτασης του ζητήματος εκ μέρους του ΕΔΔΑ, προκαλώντας κατά τον τρόπο αυτό τον κίνδυνο παράκαμψης της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, θεμελιώδους διαδικασίας στο δικαιοδοτικό σύστημα της ΕΕ.¹²

Παρά το γεγονός ότι στο πλαίσιο της ανάγνωσης από ενωσιακή σκοπιά, οι παρατηρήσεις του ΔΕΕ επί των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της Ένωσης είναι μάλλον αναμενόμενες, θα μπορούσε να διακριθεί μια ανακολουθία στην προσέγγιση των αρχών αυτών. Ο πρώτος λόγος κατ' ουσία αφορά στη δυνατότητα των κρατών μελών να εφαρμόσουν υψηλότερο βαθμό προστασίας δικαιώματος στη βάση του άρθρου 53 ΕΣΔΑ, δεσμεύοντας την ΕΕ να αποδεχθεί μια τέτοια κατάσταση έχοντας βάσει της προσχώρησής της αποδεχθεί τη νομική ισχύ της εν λόγω διάταξης. Ωστόσο, η απάντηση στην ανησυχία αυτή θα μπορούσε να προέλθει ακριβώς από την αρχή της αμοιβαίας εμπιστοσύνης. Τα κράτη μέλη έχουν ήδη ενστερνιστεί τις αρχές που διέπουν την ενωσιακή έννομη τάξη ως βάση για τη μεταφορά αρμοδιοτήτων και άρα κανονιστικής ισχύος στην Ένωση· η προσχώρηση της τελευταίας στην ΕΣΔΑ δεν φαίνεται να μεταβάλλει τη θεμελιώδη αυτή κατάσταση. Αναζητώντας θεσμική κατοχύρωση για περιπτώσεις που αφορούν τις σχέσεις ΕΕ-κρατών μελών ή κρατών μελών μεταξύ τους, το Δικαστήριο φαίνεται να μην αρκείται τουλάχιστον όχι πλήρως στην αρχή της αμοιβαίας εμπιστοσύνης. Με αυτόν τον τρόπο υποβαθμίζεται κάπως το βαθύτερο νόημα της αρχής αυτής που προϋποθέτει την ύπαρξη θετικής προαίρεσης και όχι θεσμικής υποστήριξης στο πλαίσιο των σχέσεων της Ένωσης με μια διάφορη

¹¹ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 191-194.

¹² Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 196-198.

έννομη τάξη.¹³ Σε κάθε περίπτωση, αφού το θέμα εντάσσεται στις σχέσεις μεταξύ ΕΕ-κρατών μελών, θα μπορούσε να επιλυθεί εσωτερικά, χωρίς να παρεμποδίζεται η διαδικασία προσχώρησης.¹⁴

Ειδικότερα, αναφορικά με την εφαρμογή του Πρωτοκόλλου 16, πέραν της αρχής της αμοιβαίας εμπιστοσύνης, θα πρέπει να επισημανθεί ότι αφορά μόνο στην ερμηνεία των δικαιωμάτων της ΕΣΔΑ, όπως αποτυπώνεται στο άρθρο 1, παρ. 1 του Πρωτοκόλλου. Σκοπός της αίτησης γνωμοδότησης του Πρωτοκόλλου 16 είναι περισσότερο να κατευθύνει τα ανώτατα δικαστήρια ως προς την ερμηνεία της ΕΣΔΑ προς ταχύτερη επίλυση των υποθέσεων εντός του πλαισίου της εσωτερικής έννομης τάξης και να προάγει τον διάλογο σε ανώτατο δικαστικό επίπεδο, γι' αυτό το λόγο η γνωμοδότηση του ΕΔΔΑ δεν είναι νομικά δεσμευτική (άρθρο 5 του Πρωτοκόλλου 16). Επομένως, αίτηση γνωμοδότησης που δεν αφορά αυστηρά σε ερμηνεία δικαιώματος κατοχυρωμένο από την ΕΣΔΑ θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

Σε περίπτωση που η αίτηση εμπεριέχει ευρωπαϊκή νομοθεσία και η διαδικασία του άρθρου 267 ΣΛΕΕ έχει παρακαμφθεί, θα μπορούσε να εφαρμοσθεί ο μηχανισμός παραπομπής της υπόθεσης από το ΕΔΔΑ στο ΔΕΕ προκειμένου να αποφευχθούν πιθανές συγκρούσεις αρμοδιοτήτων των δύο Δικαστηρίων. Η δημιουργία και εφαρμογή ενός τέτοιου μηχανισμού είναι συμβατή τόσο με την ερμηνεία του άρθρου 35, παρ. 2, περ. β ότι η διαδικασία ενώπιον του ΔΕΕ δεν θα πρέπει να θεωρηθεί άλλη διεθνής διαδικασία που διερευνά ή επιλύει διαφορές (άρθρο 5 του σχεδίου συμφωνίας), όσο και με την έννοια του αυτόνομου δικαιοδοτικού συστήματος της Ένωσης ως έκφραση της συνταγματικής της δομής. Υπό αυτήν την έννοια, ο μηχανισμός αυτός επιβάλλεται και από το άρθρο 35, παρ. 1 ΕΣΔΑ που επιτάσσει την εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων.

¹³ Αρκετά δυσεπίλυτο θεωρούν το ζήτημα οι A. Lazowski και R. A. Wessel, “When Caveats Turn Into Locks: *Opinion 2/13* on Accession of the European Union to the ECHR”, *German Law Journal*, 16 (1), 2015, σελ. 190-191. Κατά μία άλλη προσέγγιση το ζήτημα αυτό δεν έχει καν ουσιαστικό νομικό έρεισμα καθώς η δυνατότητα του καθορισμού επιπέδου προστασίας δικαιωμάτων αποτελεί θεμελιώδη εξουσία κάθε κράτους και ασφαλώς προϋπήρχε της ΕΣΔΑ, δεν καθιερώθηκε με την εκεί προσχώρηση. Επομένως το άρθρο 53 ΕΣΔΑ δεν μπορεί να αναστήσει ένα δικαίωμα που το ενωσιακό δίκαιο έχει στερήσει στα κράτη μέλη. Αν κράτος μέλος επιχειρήσει να εφαρμόσει ανώτερο επίπεδο προστασίας δυνάμει του άρθρου 53 ΕΣΔΑ, αυτό το επίπεδο θα κριθεί σε κάθε περίπτωση από το ΔΕΕ. Βλ. D. Halberstam, ““It’s the Autonomy, Stupid!” A Modest Defense of *Opinion 2/13* on EU Accession to the ECHR and the Way Forward”, *German Law Journal*, 16 (1), 2015, σελ. 125.

¹⁴ Μέσω π.χ. υπογραφής μιας σχετικής συμφωνίας, βλ. και P. J. Kuijper, “Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog”, *ACELG Blog*, 6 January 2015, διαθέσιμο στο <http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks%E2%80%99s-acelg-blog> (τελευταία πρόσβαση 9-4-2015).

2. Το άρθρο 344 ΣΛΕΕ

Επιπλέον λόγος για το Δικαστήριο να γνωμοδοτήσει εναντίον της προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ υπό αυτήν την συμφωνία αποτελεί η ενδεχόμενη παραβίαση του άρθρου 344 ΣΛΕΕ, καθώς μπορεί να ενεργοποιηθεί η διαδικασία διακρατικής προσφυγής του άρθρου 33 ΕΣΔΑ μεταξύ κρατών μελών ή/και Ένωσης-κράτους μέλους.¹⁵ Σε κάθε περίπτωση, ερμηνεύοντας τη διάταξη του άρθρου 55, τα Υψηλά Συμβαλλόμενα Μέρη υποχρεούνται να παραιτηθούν από την επίκληση συμβάσεων, με εξαίρεση αν υφίσταται ειδική συμφωνία.¹⁶ Επομένως το ζήτημα που θέτει το ΔΕΕ, πέραν του αυστηρά ενωσιακού χαρακτήρα, θα μπορούσε να επιλυθεί με τη σύναψη συμφωνίας παραίτησης των κρατών μελών και της ΕΕ από τη διαδικασία διακρατικής προσφυγής εναντίον έτερου κράτους μέλους ή της ίδιας της Ένωσης, μια διαδικασία απολύτως σύμφωνη με το γράμμα της ΕΣΔΑ.

3. Ο μηχανισμός παθητικής ομοδικίας

Εν συνεχεία το Δικαστήριο εξέτασε τον μηχανισμό παθητικής ομοδικίας σε υποθέσεις ενώπιον του ΕΔΔΑ υπό το πρίσμα του ενωσιακού δικαίου εντοπίζοντας ζητήματα που θα ανέκυπταν από την προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ. Το πρώτο ζήτημα αφορά στην απόφαση εκ μέρους του ΕΔΔΑ επί αίτησης Συμβαλλόμενου μέρους (κράτους μέλους) ή της Ένωσης για συμμετοχή του/της ως καθ' ου/ης η προσφυγή. Παρά το γεγονός ότι η απόφαση του ΕΔΔΑ στηρίζεται αποκλειστικά και μόνο στα επιχειρήματα των αιτούντων, οι προϋποθέσεις εφαρμογής του μηχανισμού παθητικής ομοδικίας, όταν διάταξη ενωσιακού δικαίου βρίσκεται υπό κρίση, σχετίζονται αναπόφευκτα με την κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ ΕΕ και κρατών μελών.¹⁷ Επομένως, έστω και σε αυστηρό πλαίσιο, το ΕΔΔΑ κατ' ουσία θα προβεί σε εκτίμηση επί ζητημάτων που άπτονται των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της Ένωσης.

Καθώς η κατανομή αρμοδιοτήτων είναι ζήτημα ιδιαίτερης σημασίας στην ενωσιακή έννομη τάξη, η προσέγγιση του Δικαστηρίου δεν εκπλήσσει. Στο συγκεκριμένο θέμα η λύση δεν φαντάζει ιδιαίτερα δύσκολη. Στην παράγραφο 53 του σχεδίου επεξηγηματικής έκθεσης διευκρινίζεται ότι η πρόσκληση εκ μέρους του

¹⁵ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 205.

¹⁶ Βλ. και Y. Shany, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, σελ. 190.

¹⁷ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 221.

ΕΔΔΑ προς Συμβαλλόμενο μέρος να μετάσχει στην διαδικασία ως καθ' ου η προσφυγή δεν είναι δεσμευτική. Το ΔΕΕ φαίνεται να αποδέχεται μια τέτοια πρακτική καθώς με αυτόν τον τρόπο η ΕΕ και τα κράτη μέλη διατηρούν την ελευθερία να εκτιμούν και σε τελική ανάλυση να αποφασίζουν αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις ενεργοποίησης του μηχανισμού παθητικής ομοδικίας.¹⁸ Με αυτόν τον τρόπο παρέχεται η ελευθερία δράσης στον υποψήφιο διάδικο.

Ομοίως και στην περίπτωση που η αίτηση γίνεται από το ίδιο το κράτος μέλος ή την Ένωση. Σε αυτήν την περίπτωση ο υποψήφιος διάδικος έχει ήδη εκτιμήσει την συνδρομή των προϋποθέσεων για τον μηχανισμό παθητικής ομοδικίας, στοιχείο που θα μπορούσε να ανατραπεί από μια πιθανή απόφαση του ΕΔΔΑ περί μη συμμετοχής. Σε μια τέτοια κατάσταση, το ΕΔΔΑ υπεισέρχεται σε ζητήματα κατανομής αρμοδιοτήτων a priori, μην παρέχοντας καν την δυνατότητα στον αιτούντα καθ' ου να εκφράσει τις απόψεις του επί του αντικειμένου της κύριας δίκης. Εξ' άλλου από μια πιο πρακτική σκοπιά, δύσκολα το ΕΔΔΑ θα απέκλειε την συμμετοχή άλλου κράτους μέλους ή της Ένωσης αν οι ίδιοι το ζητούσαν, καθώς έτσι αναδεικνύονται όλες οι πτυχές του υπό κρίση θέματος ενωσιακού δικαίου ώστε να καθίσταται πληρέστερα κατανοητό από το ένα μη εξειδικευμένο σε ζητήματα ενωσιακού δικαίου Δικαστήριο.

Μια άλλη προβληματική κατά το ΔΕΕ παράμετρος που συνδέεται με τον μηχανισμό παθητικής ομοδικίας αφορά στον καταμερισμό της ευθύνης κατά την κρίση του ΕΔΔΑ. Κατ' αρχήν, στο άρθρο 3, παρ. 7 του σχεδίου συμφωνίας προβλέπεται η από κοινού ευθύνη των καθ' ων η προσφυγή σε περίπτωση διαπίστωσης παραβίασης κάποιου δικαιώματος. Ο προβληματισμός του ΔΕΕ τίθεται στην περίπτωση αυτή, αν κάποιο κράτος μέλος έχει διατυπώσει επιφύλαξη βάσει του άρθρου 57 ΕΣΔΑ, η από κοινού ευθύνη οδηγεί σε παραβίαση του άρθρου 2 του Πρωτοκόλλου 8 της ΕΕ κατά το οποίο καμία διάταξη της συμφωνίας προσχώρησης δεν επηρεάζει τις επιφυλάξεις που έχουν διατυπωθεί από κράτη μέλη προς την ΕΣΔΑ.¹⁹

Στη συνέχεια του άρθρου 3, παρ. 7 του σχεδίου συμφωνίας προβλέπεται η δυνατότητα του ΕΔΔΑ καταλογισμού ευθύνης μόνο σε έναν εκ των καθ' ου η προσφυγή στη βάση των επιχειρημάτων όλων των μερών που συμμετέχουν στη δίκη, παρεκκλίνοντας από τον βασικό κανόνα της από κοινού ευθύνης. Ο σχετικός

¹⁸ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 220.

¹⁹ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 227-228.

προβληματισμός του ΔΕΕ συνδέεται με τη δυνατότητα που παρέχεται εκ του ανωτέρω τρόπου καταλογισμού ευθύνης στο ΕΔΔΑ να εκτιμήσει κανόνες κατανομής αρμοδιοτήτων ΕΕ-κρατών μελών, δηλαδή να υπεισέλθει στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του δικαίου της ΕΕ.²⁰ Ωστόσο ο συλλογισμός δεν σταματά εδώ· κατά το Δικαστήριο ακόμη και αυτή η ίδια η κατανομή της ευθύνης σε περιπτώσεις παθητικής ομοδικίας εκ μέρους του ΕΔΔΑ αποτελεί παραβίαση θεμελιωδών αρχών της Ένωσης.²¹

Αναφορικά με τον αρχικό προβληματισμό, ως προτεινόμενη λύση θα μπορούσε να προβληθεί το δεύτερο σκέλος του άρθρου 3, παρ. 7 του σχεδίου συμφωνίας. Σε περίπτωση που κράτος μέλος έχει διατυπώσει επιφύλαξη κατ' άρθρο 57 ΕΣΔΑ και παρά ταύτα δεχθεί να συμμετέχει στη δίκη ως παθητικά ομόδικο, θα εξαιρείται από την κατανομή ευθύνης ακριβώς στη βάση των επιφυλάξεων του άρθρου 57 ΕΣΔΑ το οποίο ισχύει *erga omnes*. Το ΕΔΔΑ δεν έχει λόγο να αμφισβητήσει δικαίωμα το οποίο παρέχει η ίδια η ΕΣΔΑ στα κράτη μέλη και το οποίο αποτυπώνεται και στο άρθρο 2 του Πρωτοκόλλου 8 της ΕΕ· επομένως μάλλον το ζήτημα αυτό θα χαρακτηριζόταν δευτερεύουσας σημασίας.

Αντίθετα το θεμελιώδες θέμα που ανακύπτει από την προσέγγιση του ΔΕΕ έγκειται στην αντίληψη ότι η κατανομή ευθυνών μεταξύ ΕΕ-κρατών μελών έστω και αν γίνεται με συμφωνία των τελευταίων σε υπόθεση ενώπιον του ΕΔΔΑ αποτελεί παραβίαση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της Ένωσης. Ανεξάρτητα από το υπό κρίση σχέδιο συμφωνίας, η προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ αφ' ενός (θεωρητικά τουλάχιστον) αναδεικνύει τη βούληση της πρώτης να υποστεί εξωτερικό έλεγχο στο πλαίσιο της προστασία που ορίζεται από τη δεύτερη και αφ' ετέρου να υπαχθεί στην έννομη τάξη της. Ο συγκεκριμένος εντούτοις προβληματισμός που αναδεικνύεται από την θέση του ΔΕΕ αμφισβητεί τόσο το πνεύμα της ΕΣΔΑ, ως μηχανισμού εξωτερικού ελέγχου που λειτουργεί επικουρικά, όσο και τη δικαιοδοσία του ΕΔΔΑ. Ο μηχανισμός της παθητικής ομοδικίας συμφωνήθηκε ακριβώς στη βάση της αρχής της ιδιαιτερότητας του ενωσιακού δικαίου που σε πολλές περιπτώσεις απαιτεί εθνικό νομοθέτημα για να εφαρμοστεί με αποτέλεσμα να μην παρεχόταν πάντα η δυνατότητα στην Ένωση να υπερασπιστεί τις θέσεις της, σε προσφυγή κατά κράτους μέλους που εφαρμόζει ενωσιακό δίκαιο. Η όλη διεργασία ωστόσο λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο της έννομης τάξης της ΕΣΔΑ όπου η Ένωση επιθυμεί να εισέλθει και όπου,

²⁰ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 230.

²¹ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 234.

όπως ρητά αναφέρεται στο άρθρο 19 ΕΣΔΑ, το αρμόδιο δικαστήριο που θα διασφαλίζει το σεβασμό των υποχρεώσεων που απορρέουν από την ΕΣΔΑ είναι το ΕΔΔΑ. Επομένως, τελικός κριτής και για την κατανομή ευθύνης σε μια δίκη με αντικείμενο παραβίαση δικαιώματος της ΕΣΔΑ δεν μπορεί να είναι άλλος από το ΕΔΔΑ· σε διαφορετική περίπτωση το Δικαστήριο στο Στρασβούργο παρακάμπτεται εντός της ίδιας της έννομης τάξης την οποία διαφυλάττει με αποτέλεσμα την *de facto* κατάργηση της έννοιας του εξωτερικού ελέγχου.²²

4. Η διαδικασία προηγούμενης εξέτασης

Η επόμενη κατηγορία σχετίζεται με θέματα που ανακύπτουν από τη διαδικασία προηγούμενης εξέτασης εκ μέρους του ΔΕΕ. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η δημιουργία μηχανισμού παραπομπής από το ΕΔΔΑ στο ΔΕΕ σε περίπτωση που το τελευταίο δεν έχει αποφανθεί επί ζητήματος ευρωπαϊκού δικαίου είναι αναγκαία τόσο βάσει της αρχής των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της Ένωσης, όσο και του επικουρικού χαρακτήρα της ΕΣΔΑ. Το αναδειχθέν από το Δικαστήριο πρόβλημα αφορά στο *modus operandi* της διαδικασίας παραπομπής η οποία θα πρέπει να ξεκινά με διαπίστωση αρμόδιου θεσμικού οργάνου της Ένωσης του οποίου η απόφαση πρέπει να δεσμεύει το ΕΔΔΑ και όχι από το ίδιο το ΕΔΔΑ,²³ γεγονός που δεν διευκρινίζεται στη σχεδιαζόμενη συμφωνία.

Το πρόβλημα όπως αναδεικνύεται θα μπορούσε να ειπωθεί ότι επιλύεται από την ίδια την πρακτική ενώπιον του ΕΔΔΑ. Η διαδικασία παραπομπής προς απόφαση στο ΔΕΕ είναι αδιάσπαστα συνδεδεμένη με την ιδιότητα του καθ' ου η προσφυγή, με συνέπεια η προηγούμενη εξέταση από το Δικαστήριο να είναι εκ προοιμίου δυνατή μόνον όταν η Ένωση έχει την ιδιότητα της καθ' ης ενώπιον του ΕΔΔΑ.²⁴ Σε αυτήν την περίπτωση, το θεσμικό όργανο που θα εκπροσωπεί την Ένωση στη διαδικασία θα διαπιστώσει αν το ΔΕΕ, ως δικαστική αρχή της ΕΕ, έχει αποφανθεί επί του υπό κρίση ζητήματος. Σε αρνητική περίπτωση, το ΕΔΔΑ θα δεσμευόταν να

²² Δριμεία κριτική δέχθηκε το ΔΕΕ ειδικά για την προσέγγισή του σε αυτό το σημείο. Βλ. αντί πολλών A. Lazowski, R. A. Wessel, "When Caveats Turn Into Locks: *Opinion 2/13* on Accession of the European Union to the ECHR", ό. π., σελ. 199.

²³ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 238-239. Έχει υποστηριχθεί και στη θεωρία ότι η παροχή τέτοιας αρμοδιότητας στο ΕΔΔΑ θα μπορούσε να οδηγήσει σε μια διευρυμένη αντίληψη εκ μέρους του τελευταίου σχετικά με την προηγούμενη εξέταση του θέματος από το ΔΕΕ, οπότε θα έπρεπε να αποφευχθεί, βλ. C. Krenn, "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After *Opinion 2/13*", *German Law Journal*, 16 (1), 2015, σελ. 154.

²⁴ Γνώμη της Γενικής Εισαγγελέως J. Kokott [2014] αδημ., παρ. 126.

παραπέμπει στη βάση του άρθρου 35, παρ. 1 ΕΣΔΑ, καθώς αφορά σε μη εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων και επομένως δεν μπορεί να επιληφθεί της προσφυγής.

Ο δεύτερος λόγος που προβάλλει το ΔΕΕ συνδέεται με την ουσία της ανωτέρω διαδικασίας. Όπως αναφέρεται στο σημείο 66 της επεξηγηματικής αναφοράς της σχεδιαζόμενης συμφωνίας, το ΔΕΕ θα μπορεί να κρίνει επί ερμηνευτικών θεμάτων δικαίου Συνθήκης, αλλά μόνο επί της εγκυρότητας διάταξης σε περίπτωση παραγώγου ενωσιακού δικαίου, χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα στο Δικαστήριο να κρίνει επί ζητήματος ερμηνείας διάταξης παραγώγου δικαίου μέσω της διαδικασίας προηγούμενης εξέτασης.²⁵ Η διαμορφωμένη κατάσταση περιορίζει σημαντικά της αρμοδιότητες του ΔΕΕ επί του παραγώγου δικαίου γεγονός που καταφανώς παραβιάζει την αρχή της αποκλειστικής αρμοδιότητας του Δικαστηρίου ως προς την οριστική ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης. Παρά ταύτα, δεδομένου ότι κανένας εμπλεκόμενος με τη διαδικασία προσχώρησης παράγοντας δεν θα αμφισβητούσε τις αρμοδιότητες του ΔΕΕ σε αυτό το επίπεδο, το ζήτημα θα μπορούσε εύκολα να επιλυθεί με την τροποποίηση του σημείου 66 της επεξηγηματικής αναφοράς ή την υιοθέτηση μιας σχετικής διευκρίνισης.²⁶

5. Ο δικαστικός έλεγχος στον τομέα της ΚΕΠΠΑ

Τελευταία, αλλά σημαντικότερη παρατήρηση στη Γνωμοδότηση του ΔΕΕ αποτελεί ο περιορισμένος ρόλος του στον τομέα της ΚΕΠΠΑ. Σύμφωνα με το άρθρο 24, παρ. 1 ΣΕΕ, το Δικαστήριο δεν έχει δικαιοδοσία επί των διατάξεων που αφορούν στην ΚΕΠΠΑ εκτός από την διασφάλιση της τήρησης του άρθρου 40 ΣΕΕ καθώς και τον έλεγχο νομιμότητας αποφάσεων στο πλαίσιο του άρθρου 275, παρ. 2 ΣΛΕΕ. Ωστόσο, δυνάμει της προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ, το ΕΔΔΑ θα μπορεί να αποφαινεται επί του αν είναι συμβατές με την ΕΣΔΑ πράξεις, ενέργειες ή παραλείψεις που συντελούνται στο πλαίσιο της ΚΕΠΠΑ των οποίων το Δικαστήριο δεν έχει αρμοδιότητα να ελέγχει τη νομιμότητα υπό το πρίσμα πιθανής παραβίασης θεμελιωδών δικαιωμάτων.²⁷ Έτσι ανατίθεται δικαστικός έλεγχος πράξεων της Ένωσης αποκλειστικά σε δικαιοδοτικό όργανο έξω από την έννομη τάξη της γεγονός

²⁵ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 242-243.

²⁶ Γνώμη της Γενικής Εισαγγελέως J. Kokott [2014] αδημ., παρ. 135.

²⁷ Γνωμοδότηση 2/13, ό. π., παρ. 254.

που, όπως έχει ήδη διαπιστωθεί από το ΔΕΕ,²⁸ παραβιάζει την αρχή της αυτονομίας του δικαίου της Ένωσης.

Ωστόσο, το θεμελιώδες ερώτημα που τίθεται είναι αν η ως άνω περιγραφόμενη κατάσταση παραβιάζει όντως την αρχή της αυτονομίας του δικαίου της Ένωσης. Κατά άλλη οπτική,²⁹ η έννοια της αυτονομίας του ενωσιακού δικαίου κατά τη σύναψη διεθνών συμφωνιών εφαρμόζεται στη λογική περιφρούρησης των αρμοδιοτήτων της Ένωσης ώστε να μη θίγονται από την εκάστοτε συμφωνία. Στην προκειμένη περίπτωση, τέτοιο ζήτημα δεν υφίσταται αφού δεν έχει καν προβλεφθεί σχετική αρμοδιότητα των οργάνων της Ένωσης στο συγκεκριμένο πεδίο, οπότε μια πιθανή αναγνώριση δικαιοδοσίας σε εξωτερικό δικαιοδοτικό όργανο δεν θίγει την αρχή της αυτονομίας.

Σε κάθε περίπτωση, η αποτελεσματική δικαστική προστασία στο πλαίσιο της ΚΕΠΠΑ διασφαλίζεται κυρίως από τα δικαστήρια των κρατών μελών, σύμφωνα με το άρθρο 274 ΣΛΕΕ. Ο λεπτός αυτός διαχωρισμός διαμορφώνει την έκταση της αρμοδιότητας κάθε δικαιοδοτικού συστήματος, των εθνικών ή του ενωσιακού. Στην πρώτη περίπτωση, μια σχετική υπόθεση θα μπορούσε ούτως ή άλλως να οδηγηθεί ενώπιον του ΕΔΔΑ μετά την εξάντληση των εσωτερικών ενδίκων μέσων. Στη δεύτερη περίπτωση όλες οι προβλεπόμενες διαδικασίες συμμετοχής της ενωσιακής έννομης τάξης και του δικαιοδοτικού της συστήματος ενώπιον του ΕΔΔΑ οφείλουν να εφαρμοστούν. Εν τέλει το ζήτημα ανάγεται στην υιοθέτηση μιας συγκεκριμένης οπτικής· εδώ αποτυπώνεται πληρέστερα η ουσία της λογικής του Δικαστηρίου. Η βαθύτερη ανησυχία του εντοπίζεται περισσότερο στη διατήρηση ή πιθανή αναβάθμιση του ρόλου του.³⁰ Κατά την ερμηνεία του ΔΕΕ, η περίπτωση που κατά τις Συνθήκες δεν προβλέπεται αρμοδιότητα στο ίδιο το Δικαστήριο, ταυτόχρονα αποκλείει και αρμοδιότητα κάθε εξωτερικού δικαιοδοτικού οργάνου στη βάση της καίριας σημασίας για την ΕΕ αρχή της αυτονομίας του δικαίου της Ένωσης. Έτσι το ζήτημα μετατρέπεται σε ένα powergame δικαστηρίων,³¹ όπου το ΔΕΕ φαίνεται να διεκδικεί για τον εαυτό του κυρίαρχο ρόλο.

²⁸ Γνωμοδότηση 1/09 [2011] τόμος I-01137, παρ. 89.

²⁹ Γνώμη της Γενικής Εισαγγελέως J. Kokott [2014] αδημ., παρ. 189-193.

³⁰ Έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι η προσέγγιση του ΔΕΕ αποσκοπεί σε μια έμμεση αναβάθμιση των αρμοδιοτήτων του ώστε να περιλαμβάνουν όλες τις πτυχές της ΚΕΠΠΑ, βλ. “Editorial Comments”, *Common Market Law Review*, 52 (1), 2015, σελ. 14.

³¹ Ο S. Peers το χαρακτηρίζει “judicial politics of the playground”, βλ. S. Peers, “The CJEU and the EU’s Accession to ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection”, *EU Law Analysis*, 18 December 2014, διαθέσιμο στο <http://eulawanalysis.blogspot.nl/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (τελευταία πρόσβαση 15-4-2015).

Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Σε γενικότερο πλαίσιο, σκοπός του Δικαστηρίου δεν φαίνεται να είναι αποκλειστικά η υπόδειξη κάποιων θεσμικών παρατυπιών που ενδεχομένως δεν σπουδαιολογήθηκαν κατά τις διαπραγματεύσεις για τη συμφωνία προσχώρησης. Παρά το γεγονός ότι επισημαίνονται ζητήματα προς επανεξέταση, περισσότερο αποτυπώνεται μια επιβεβαίωση του θεσμικού ρόλου του ΔΕΕ που οδηγεί σε μια περιχαράκωση εντός των τειχών της προστασίας που δημιουργούν οι αρχές της αυτονομίας και της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου. Η Γνωμοδότηση αυτή δεν καθοδηγήθηκε από την αρχή της πληρέστερης θεσμικής κατοχύρωσης των θεμελιωδών δικαιωμάτων που αποτελεί στόχο, αλλά και υποχρέωση της ΕΕ, αλλά κυρίως έγινε με γνώμονα τη διατήρηση μιας κατάστασης παντοδυναμίας, ώστε κατ' ουσία η Ένωση να δέχεται εξωτερικό έλεγχο μόνο υπό τις προϋποθέσεις που εκείνη επιβάλλει.

Εκεί ακριβώς ανευρίσκεται ο πυρήνας του προβλήματος. Αν και τα περισσότερα ζητήματα που ανακύπτουν θα μπορούσαν δυνητικά να επιλυθούν κατά τους ως άνω προτεινόμενους τρόπους, η αντίληψη που διέπει το Δικαστήριο για τις πιθανές επιπτώσεις από την ολοκλήρωση της προσχώρησης σε κάποιες περιπτώσεις αναιρεί ουσιαστικά τον ίδιο το ρόλο της ΕΣΔΑ ως μηχανισμό εξωτερικού ελέγχου για θέματα προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων.

Για αυτόν ακριβώς το λόγο οι προτάσεις για τη συνέχεια της διαδικασίας προσχώρησης που έχουν διατυπωθεί δεν αντανακλούν ευσίωνες προβλέψεις. Κατά μία άποψη πέραν της υποχρέωσης που απορρέει από τις Συνθήκες για την Ένωση, η προσχώρηση στην ΕΣΔΑ δεν αποκτά ουσιαστικό περιεχόμενο καθώς μια πιθανή προσχώρηση υπό τους όρους του ΔΕΕ παραγκωνίζει ουσιαστικά το ρόλο της ΕΣΔΑ με αντίκτυπο στο επίπεδο προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων.³² Κατά άλλη αντίληψη, η Γνωμοδότηση του Δικαστηρίου θα μπορούσε να παραγκωνιστεί με την υπογραφή σχετικού πρωτοκόλλου από τα κράτη μέλη με ακριβώς αυτό το περιεχόμενο.³³ Ωστόσο, πέραν του γεγονότος ότι αρκετά κράτη μέλη ενδεχομένως να

³² S. Peers, “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare”, *German Law Journal*, 16 (1), 2015, σελ. 222.

³³ L. Besselink, “Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13”, *ACELG Blog*, 24 December 2014, διαθέσιμο στο <http://acelg.blogactiv.eu/2014/12/24/acceding-to-the-echr-notwithstanding-the-court-of-justice-opinion-213/> (τελευταία πρόσβαση 15-4-2015).

διαφωνούσαν με την ολοκλήρωση ενός τέτοιου πρωτοκόλλου,³⁴ η υιοθέτησή του θα αντανάκλούσε μια κάπως άγαρμπη κίνηση υποβάθμισης του Δικαστηρίου με ταυτόχρονη έμμεση καταστρατήγηση του άρθρου 218, παρ. 11 ΣΛΕΕ αφού θα δημιουργούσε προηγούμενο αποφυγής γνωμοδοτήσεων του ΔΕΕ.

Δεδομένα, η Γνωμοδότηση του ΔΕΕ αναστέλλει τη διαδικασία προσχώρησης της ΕΕ στην ΕΣΔΑ, προσχώρηση η οποία δεν μπορεί να ολοκληρωθεί στη βάση της υπό κρίση συμφωνίας. Στο πλαίσιο των θεμάτων που ανέδειξε το Δικαστήριο θα πρέπει να επαναρχίσει η διαπραγματευτική διαδικασία που αφορά όχι μόνο τα όργανα της Ένωσης, αλλά και τα 47 Συμβαλλόμενα μέρη της ΕΣΔΑ, όπου μπορούν να εξευρεθούν λύσεις στα διαδικαστικά ζητήματα. Με αυτόν τον τρόπο ίσως δημιουργηθεί μια δυναμική που θα μπορούσε να επηρεάσει κατά ένα τρόπο μια πιο συνθετική προσέγγιση σε θέματα ουσιαστικού χαρακτήρα. Λαμβάνοντας ωστόσο υπόψη τη δυσκολία στη σύναψη της συμφωνίας προσχώρησης, οι αλλαγές αυτές θα αποτελέσουν πιθανότατα μια εξαιρετικά χρονοβόρα διαδικασία, με αβέβαιο και πάλι τελικό αποτέλεσμα. Σε κάθε περίπτωση πάντως η προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ αποτελεί υποχρέωση της πρώτης βάσει του άρθρου 6 ΣΕΕ γεγονός που δεν μπορεί να αμφισβητηθεί.

³⁴ S. Douglas-Scott, “Opinion 2/13 on EU Accession to ECHR: a Christmas Bombshell from the European Court of Justice”, *UK Constitutional Law Blog*, 24 December 2014, διαθέσιμο στο <http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/> (τελευταία πρόσβαση 15-4-2015).

Οι πρώτες εφαρμογές του άρθρου 22 του Ν.4274/2014: Πεδίο λαμπρής δικαιοπλασίας και αναπόφευκτων επιπλοκών

Ηλίας Κουβαράς, Πάρεδρος Δ.Δ., Δ.Ν.

Ως γνωστόν, με το άρθρο 22 του Ν.4274/2014¹, εισήχθησαν ριζοσπαστικές για τα δεδομένα της εγχώριας έννομης τάξης καινοτομίες, όσον αφορά τις εξουσίες του ακυρωτικού δικαστή, με σκοπό τον συγκερασμό της αρχής της νομιμότητας με αυτήν της ασφάλειας δικαίου², δεδομένων των επιπλοκών που δημιουργούνται από ένα πλήρως αναδρομικό ακυρωτικό αποτέλεσμα σε προστατευτές νομικές καταστάσεις καλόπιστων τρίτων και στο δημόσιο συμφέρον.

Α. Με την νέα παρ.3α του άρθρου 50 του Π.Δ. 18/1989, το δικαστήριο δύναται να μην ακυρώσει την πράξη, η νομιμότητα της οποίας εκκρεμεί ενώπιόν του, μολονότι άγεται σε ακυρωτική κρίση, αλλά να εκδώσει προδικαστική απόφαση,

¹ ΦΕΚ: 147 Α'/14.07.2014. Με το νόμο αυτό ψηφίστηκε το εκκρεμές ήδη από τον Απρίλιο του 2013 σχέδιο νόμου με τίτλο «Ρυθμίσεις Ποινικού και Σωφρονιστικού Δικαίου και άλλες διατάξεις». Βλ. για ένα πρώτο σχολιασμό βλ. Π. Παυλόπουλο, Μια ουσιαδής ενδυνάμωση του πλαισίου της ακυρωτικής δικαιοδοσίας των Διοικητικών Δικαστηρίων. Οι ρυθμίσεις των διατάξεων του άρθρου 22 του Ν.4274/2014, ΝοΒ 2014, σελ.1553, ο οποίος χαιρετίζει τον νόμο αυτό ως θετικό παράδειγμα δικαιοδοτικού ακτιβισμού, στο μέτρο που αποτέλεσε προϊόν πρότασης του ίδιου του ΣτΕ, Ν. Παπασπύρου, Η προδικαστική απόφαση συμμορφώσεως και η πλαστικότητα του θεσμού της αίτησης ακυρώσεως, ΕφημΔΔ 6/2014, σελ. 762, Ε. Πρεβεδούρου, Νομοθετικές εξελίξεις για την ενίσχυση του ακυρωτικού ελέγχου: άρθρο 22 του Νόμου 4274/2014 (ΦΕΚ Α' 147) «Ρυθμίσεις Ποινικού και Σωφρονιστικού Δικαίου και άλλες διατάξεις», <http://www.prevepourou.gr>, Η. Κουβαράς, Ν.4274/2014- Οι νέες διατάξεις για την ακυρωτική δίκη: Η θετικοποίηση σε δικονομικό επίπεδο της αρχής της ασφάλειας δικαίου, ΘΠΔΔ 8-9/2014, σελ.718.

² Βλ. αιτιολογική έκθεση (σελ.6) «Τα τελευταία χρόνια, ωστόσο, έχουν αναδειχθεί, και ευρίσκουν όλο και μεγαλύτερο πεδίο εφαρμογής, και άλλες[πλην της αρχής της νομιμότητας] αρχές, τόσο σε εθνικό όσο και σε υπερεθνικό επίπεδο, στις οποίες αναγνωρίζεται, επίσης, συνταγματική ή πάντως, υπερνομοθετική τυπική ισχύς. Τέτοιες είναι η αρχή της προστασίας της εμπιστοσύνης του πολίτη/διοικουμένου, η προστασία των διοικητικών καταστάσεων που έχουν καλόπιστα δημιουργηθεί, όπως και αυτή της ασφάλειας δικαίου (βλ. ενδεικτικώς Σ.τΕ. 2035/2011 Ολομ.). Και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου αναγνωρίζει ως αρχές που διατρέχουν την ΕΣΔΑ, μεταξύ άλλων, τόσο τη γενική αρχή της ασφάλειας του δικαίου (Baranowski κατά Πολωνίας, 28.3.2000), όσο και αυτή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης (Adamsons κατά Λεττονίας, 24.6.2008)». Βλ. επίσης Πρακτικό 20/2013 διοικητικής Ολομέλεια του ΣτΕ και Κ. Μενουδάκο, Νομιμότητα, δημόσιο συμφέρον και αποτελεσματικός δικαστικός έλεγχος (θεσμικά όρια της εξουσίας του διοικητικού δικαστή μεταξύ φορμαλισμού και δικαστικού ακτιβισμού), ΘΠΔΔ 7/2014 σελ. 673, κατά τον οποίο το αίσθημα δικαιοσύνης αλλά και «το νομικό σύστημα δικαίου, όπως σκιαγραφείται στο συνταγματικό χάρτη, δεν είναι συμβατό με βίαιες ανατροπές της ασφαλείας δικαίου και παραβιάσεις της αρχής της εμπιστοσύνης, όπως είναι η ανατροπή καταστάσεων, οι οποίες έχουν δημιουργηθεί και διατηρηθεί για μεγάλο χρονικό διάστημα και στις οποίες έχουν στηριχθεί δικαιώματα καλόπιστως αποκτηθέντα.»

κοινοποιούμενη σε όλους τους διαδίκους, με την οποία ζητά από την αρμόδια αρχή να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια ώστε να αρθεί η πλημμέλεια. Αντίστοιχα, σε περίπτωση παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, το Δικαστήριο δύναται να διατάξει την εκπλήρωση της³. Προϋποθέσεις της δυνατότητας αυτής είναι α) η εν λόγω πλημμέλεια να μπορεί καλυφθεί εκ των υστέρων και β) η ακύρωση της πράξης να μην είναι αναγκαία για την αποκατάσταση της νομιμότητας και τη διασφάλιση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας. Περαιτέρω, υποδεικνύονται ως κριτήρια η φύση της πλημμέλειας και η επίδραση αυτής στο περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης. Πώς όμως θα πρέπει να γίνουν αντιληπτοί αυτοί οι όροι και τα κριτήρια που θέτει η ρύθμιση; Ήδη εκδόθηκαν οι δύο πρώτες αποφάσεις στις οποίες το ΣτΕ, προέβη σε εφαρμογή της παρ.3^α, η πρώτη με σκοπό την κάλυψη των πλημμελειών των προσβαλλόμενων πράξεων από τη Διοίκηση και η δεύτερη αντίστοιχα την εκπλήρωση της οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας.

1. Κάλυψη των πλημμέλειας της προσβαλλόμενης

Η ΣτΕ 3937/2014(Δ') είχε ως αντικείμενο τη νομιμότητα α) απόφασης Δημοτικού Συμβουλίου με την οποία εγκρίθηκε μελέτη της Τεχνικής Υπηρεσίας του Δήμου για την εκτέλεση έργου (ανάπλαση παραλιακής ζώνης), η οποία περιείχε κυκλοφοριακές ρυθμίσεις και β) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ίδιου Δήμου, με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού που διενεργήθηκε για την ανάθεση της εκτελέσεως του έργου αυτού. Η πλημμέλεια, της οποίας υποδείχθηκε η κάλυψη, συνίστατο στην μη έγκριση, κατόπιν άσκησης ουσιαστικού ελέγχου από τον Γενικό Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης, των κυκλοφοριακών ρυθμίσεων που περιέχονταν στην προσβαλλόμενη απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου και περαιτέρω στη μη δημοσίευση της εγκριτικής πράξης

³ Σημειωτέον ότι από την εγχώρια θεωρία είχε προταθεί ένα συναφές βήμα, πριν σχεδόν μια δεκαετία, βλ. *N. Παπασπύρου*, Ο δικαστικός έλεγχος των κανονιστικών πράξεων: η κλασική θεώρηση και η αμφισβήτησή της, ΕφημΔΔ 4/2006, σελ.526 (538) σύμφωνα με τον οποίο θα έπρεπε να παρέχεται στη Διοίκηση η δυνατότητα μετά τη διάγνωση της τυπικής πλημμέλειας της προσβαλλόμενης πράξης να αποφαίνεται για τον τρόπο αποκατάστασης της πλημμέλειας, πριν την έκδοση οριστικής δικαστικής απόφασης επί της όλης διαφοράς. Ο Παπασπύρου (*ibid*, σελ.529, υποσ. 15 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία), μας ενημέρωνε ότι τα αμερικάνικα δικαστήρια αναστέλλουν το ακυρωτικό αποτέλεσμα για 120 μέρες ενώ τα αγγλικά δικαστήρια προβαίνουν σε αναστολή της επέλευσης του ακυρωτικού αποτελέσματος, ακόμα και για μη τακτό χρονικό διάστημα έως τη σύννομη έκδοση νέου κανονισμού. Πιο πρόσφατα ο *K. Μενουδάκος*, Νομιμότητα, δημόσιο συμφέρον και αποτελεσματικός δικαστικός έλεγχος (θεσμικά όρια της εξουσίας του διοικητικού δικαστή μεταξύ formalισμού και δικαστικού ακτιβισμού), ό.π., σελ.674 επέκρινε τους όποιους ενδοιασμούς σε ένα τέτοιο βήμα: «Πρόκειται για δικονομικό formalισμό, ο οποίος δημιουργεί γραφειοκρατικές αγκυλώσεις στη δράση της Διοίκησης χωρίς να αποδίδει ουσιαστική δικαιοσύνη».

στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως. Από την απόφαση αυτή εξάγονται ήδη κάποια πρώτα συμπεράσματα:

-Αποσαφηνίζεται ο όρος της ρύθμισης να μην προσβάλλεται το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του αιτούντος

Στην συγκεκριμένη υπόθεση, οι λόγοι στους οποίους παραδεκτώς στήριξαν το έννομο συμφέρον τους οι αιτούντες, ιδιοκτήτες και μισθωτές διαμερισμάτων καθώς και καταστημάτων υγειονομικού ενδιαφέροντος που φέρονταν να θίγονται από την υλοποίηση των έργων που αφορούσαν οι προσβαλλόμενες πράξεις σε συνδυασμό με το ότι επικαλέστηκαν αντισυνταγματικότητα του άρθρου 22 του Ν. 4274/2014, δημιουργούν εύλογα την εντύπωση ότι σκοπός της προσφυγής τους στην δικαιοσύνη ήταν η ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων και η διατήρηση του υφιστάμενου κυκλοφοριακού καθεστώτος και όχι η νομότυπη ολοκλήρωση της διαδικασίας θέσπισης της ρύθμισης. Η μη προσβολή όμως του δικαιώματος δικαστικής προστασίας του αιτούντος την ακύρωση, ως όρος της νέας ρύθμισης, δεν αφορά τα απώτερα συμφέροντα ή επιδιώξεις του, αλλά ταυτίζεται με το καταρχήν έννομο συμφέρον αμφισβήτησης της νομιμότητας της διοικητικής πράξης. Πράγματι, η άσκηση της νέας αυτής εξουσίας από το δικαστή, δεν θα μπορούσε και να υπερβαίνει τα εγγενή όρια της ακυρωτικής δικαιοδοσίας και δικαστικής προστασίας, τα οποία εκτείνονται μέχρι την ακύρωση της πράξης και την αναπομπή της υπόθεσης στη Διοίκηση, όχι όμως μέχρι του σημείου απαγόρευσης στην τελευταία να προβεί εξ αρχής, με σύννομο τρόπο στην επιδιωκόμενη ρύθμιση.

-Ο αποδέκτης της (κεκαλυμμένης) διαταγής

Αξιοσημείωτο περαιτέρω είναι ότι αποδέκτης της σχετικής (κεκαλυμμένης) διαταγής είναι όχι το διάδικο νομικό πρόσωπο, αλλά τρίτη αρχή, η Αποκεντρωμένη Διοίκηση, αρμόδια να ασκήσει τον ουσιαστικό έλεγχο. Τα υποκειμενικά όρια της νέας διάταξης, φαίνεται λοιπόν ότι υπερβαίνουν αυτά του δεδικασμένου, ταυτιζόμενα ενδεχομένως σε έκταση με αυτά της υποχρέωσης συμμόρφωσης της Διοίκησης.

-Ενδεχόμενα και επιπλοκές

Στην περίπτωση που η Διοίκηση προβεί στις υποδεικνυόμενες ενέργειες τα στάδια για τη χορήγηση τελικής δικαστικής προστασίας στους αιτούντες συντέμνονται από δύο σε ένα, ενώ αν ο Γενικός Γραμματέας παραλείψει να

ασκήσει έλεγχο, ο εκκρεμής λόγος ακύρωσης θα γίνει δεκτός και θα ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις. Αντίστοιχα οι θεσπιζόμενες πράξεις καθίστανται καταρχήν μη σύννομες, εφόσον ο Γενικός Γραμματέας εκδώσει αρνητική πράξη. Θα μπορούσε πάντως να υποστηριχθεί, κατ'εφαρμογή της αρχής της οικονομίας της δίκης, η εξέταση της νομιμότητας μιας τέτοιας, αρνητικής πράξης, η οποία εκδίδεται στα πλαίσια της ένδικης διαφοράς, μέσω της διεύρυνσης του αντικειμένου της αρχικής δίκης. Σε μια τέτοια πάντως περίπτωση, οι διαδικαστικοί ρόλοι των διαδίκων θα αντιστρέφονταν(!), καθόσον αυτός που θα είχε έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της αρνητικής πράξης θα ήταν πλέον ο παρεμβαίνων Δήμος, ο οποίος και επιδιώκει τη θέσπιση των επίμαχων κυκλοφοριακών ρυθμίσεων. Αυτονόητη προϋπόθεση για κάτι τέτοιο θα ήταν βεβαίως η υποβολή δικογράφου προσθέτων λόγων και υπομνήματος εκ μέρους των διαδίκων. Δυνατότητα ουσιώδους διεύρυνσης κατ' αντικείμενο της αρχικής δίκης, παρέχεται αντίστοιχα με την παρ. 3 του άρθρου 32 του ΠΔ/τος 18/1989, όπως προστέθηκε με το άρθρο 31 παρ. 1 του Ν 3772/2009, προκειμένου να αποσοβείται η ανάγκη έγερσης από τον αιτούντα νέας ακυρωτικής δίκης κατά της νεότερης πράξεως⁴.

2. Εκπλήρωση της οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας

Με τη δεύτερη εκδοθείσα, 4003/2014 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, διαπιστώθηκε η παράλειψη του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών να προβεί στην έκδοση απόφασης αναπροσαρμογής

⁴ Με τη διάταξη αυτή θεσπίζεται ειδική περίπτωση συνέχισης της ακυρωτικής δίκης, πέραν αυτής της παρ. 2 του άρθρου 32 του ΠΔ/τος 18/1989, η οποία έχει ανοιχθεί με την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά διοικητικής πράξεως, της οποίας η ισχύς έπαυσε για τους λόγους που αναφέρονται στην ως άνω παρ. 3 του άρθρου 32 του ΠΔ/τος 18/1989 (παύση της ισχύος της προσβαλλομένης πράξεως οφειλόμενη στο ότι αυτή ήταν περιορισμένης χρονικής ισχύος και μετά τη λήξη της εκδόθηκε νεότερη πράξη ομοίου περιεχομένου ή στο ότι τροποποιήθηκε αυτή ή αντικαταστάθηκε με πράξη που εξακολουθεί να είναι δυσμενής για τον αιτούντα). «Στην ειδική αυτή περίπτωση δεν διατηρείται απλώς, μετά τη σύννομη άσκηση του σχετικού δικαιώματος προς παροχή δικαστικής προστασίας από τον αιτούντα, το αρχικό αντικείμενο της δίκης, αλλά η δίκη συνεχίζεται με ουσιωδώς διευρυμένο αντικείμενο, το οποίο προσδιορίζεται από την προσβολή όχι μόνο της αρχικής, αλλά και της νεότερης διοικητικής πράξεως, η οποία εκδόθηκε μετά την παύση της ισχύος της αρχικώς προσβληθείσης». ΣτΕ Ολ 3175/2014 με Παρατηρήσεις Ε. Πρεβεδούρου, ΘΠΔΔ 10-11/2014, σελ.923.

των αντικειμενικών αξιών των ακινήτων της Χώρας, όπως επιβάλλει η κείμενη νομοθεσία και διατάχθηκε αυτός να εκπληρώσει την οφειλόμενη νόμιμη ενέργεια⁵. Ένα πλήρες αναδρομικό αποτέλεσμα θα είχε ως συνέπεια, τα ποσά των καταβληθέντων φόρων, κατά το μέρος που υπερέβαιναν τα εκ των υστέρων προσδιορισθέντα, με βάση την αποκαταστατική πράξη που θα εκδιδόταν σε συμμόρφωση προς τη δικαστική απόφαση, να καταστούν τελικά αχρεωστήτως καταβληθέντα.

-Θεώρηση των εξουσιών ως σύστημα

Στην απόφαση αυτή οι εξουσίες του άρθρου 22 του Ν. 4274/2014 γίνονται αντιληπτές ως ένα σύστημα, καθόσον η εφαρμογή της παρ.3α του άρθρου 50 του π.δ. 18/1989, συνδέεται με τους όρους που θέτει η παρ.3β αυτού, την εκτίμηση δηλαδή των συνθηκών της υπόθεσης και τη στάθμιση αφενός των εννόμων συμφερόντων των λοιπών πλην της Διοίκησης διαδίκων και αφετέρου του δημοσίου συμφέροντος⁶. Περαιτέρω το Δικαστήριο καθιστά ήδη σαφές ότι η εκδοθησόμενη Υπουργική Απόφαση δεν χρειάζεται να έχει αναδρομικό αποτέλεσμα⁷.

-«Αποκάλυψη» του συνταγματικού ερείσματος των νέων εξουσιών

⁵ Ειδικότερα, το άρθρο 41 παρ. 1 του Ν. 1249/1982 προβλέπει αντικειμενικό τρόπο προσδιορισμού της φορολογητέας αξίας των ακινήτων έτσι ώστε, βάσει προκαθορισμένων, ειδικών και πρόσφορων κριτηρίων, να προκύπτει για κάθε ακίνητο μιας περιοχής ορισμένη αντικειμενική αξία, που να ανταποκρίνεται κατά προσέγγιση, προς την αγοραία αξία αυτού και η οποία θα πρέπει να αναπροσαρμόζεται ανά διετία. Με την ως άνω απόφαση διαπιστώθηκε η παράλειψη της Διοίκησης, δεδομένου ότι η τελευταία αναθεώρηση των αντικειμενικών αξιών έλαβε χώρα με την 1020564/487/ΟΟΤΥ/Δ/27.2.2007 απόφαση του Υπουργού Οικονομίας και Οικονομικών, είχε δηλαδή παρέλθει από μακρόν η προβλεπόμενη διετία για την έκδοση νέας. Σημειωτέον ότι η παράλειψη στην άσκηση κανονιστικής αρμοδιότητας, όλως εξαιρετικά γίνεται δεκτή από τη νομολογία μας, με συνηθέστερη πάντως ίσως περίπτωση, όταν η νομοθετική εξουσιοδότηση επιβάλλει στη Διοίκηση την έκδοση νέας κανονιστικής πράξης με σκοπό την αντικατάσταση παλαιότερης, ύστερα από ουσιώδη μεταβολή των πραγματικών και νομικών περιστατικών, στα οποία βασίστηκε η προγενέστερη κανονιστική ρύθμιση, βλ. *Κ. Γώγο*, Δικαστική προσβολή παραλείψεων της Διοίκησης, Αθήνα-Θεσ/κη 2005, εκδ. Σάκκουλα ΑΕ, σελ. 121 και ιδίως 123, *Γ. Δεληγιάννη*, Σκέψεις για την έννοια και τον δικαστικό έλεγχο των κανονιστικών πράξεων, in: ΤΤ ΣτΕ Ι, Αθήνα-Κομοτηνή, 1979, σελ.583επ.(594).

⁶ Η σύνδεση αυτή, καταδεικνύει ότι στην ίδια την εκπλήρωση της οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας της παρ.3α εμπεριέχεται σιωπηρώς ο περιορισμός της αναδρομικότητας του ακυρωτικού αποτελέσματος. Εξάλλου, η συστηματική αυτή θεώρηση των επίμαχων διατάξεων ως «συγκοινωνούντων δοχείων», προοιωνίζει αντίστοιχα τη δυνατότητα εφαρμογής των διαδικαστικών προϋποθέσεων που προβλέπονται στην παρ.3α και σε περιπτώσεις αμιγούς εφαρμογής των παρ. 3β και 3γ, οι οποίες δεν περιλαμβάνουν αντίστοιχες προβλέψεις.

⁷ Στην περίπτωση αυτή, η συμμόρφωση της Διοίκησης μέσα στην ταχθείσα προθεσμία δεν απαιτείται, σύμφωνα πάντα με ειδική κρίση του Δικαστηρίου, να αναδράμει στο χρόνο συντέλεσης της παράλειψης, αλλά μπορεί να αφορά μόνο το μέλλον.

Περαιτέρω, το Δικαστήριο διακήρυξε ότι οι ρυθμίσεις αυτές αποδίδουν, σε επίπεδο νόμου, δυνατότητες που αυτό διαθέτει απευθείας από το άρθρο 95 παρ.1 του Συντάγματος. Κατόπιν τούτου έθεσε προθεσμία στη Διοίκηση έξι μηνών, παραμερίζοντας το πλαίσιο της προβλεπόμενης στο νόμο συγκεκριμένης προθεσμίας, μεταξύ ενός και τριών μηνών, για την εκπλήρωση της οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας. Η συνταγματική αναφορά των νέων εξουσιών του ακυρωτικού δικαστή αποτελεί έρεισμα και συνάμα προαναγγελία των αυξημένων περιθωρίων δικαιοπλασίας που διαθέτει το Δικαστήριο, προμηνύοντας ενδεχομένως στο μέλλον ελαστική και προσαρμοστική εφαρμογή των σχετικών διατάξεων με βάση τον σκοπό τους.

-Η τύχη των αποζημιωτικών αξιώσεων

Προβληματισμός γεννάται όσον αφορά το εδάφιο δ' της παρ.3 του άρθρου 50, σύμφωνα με το οποίο η εφαρμογή των νέων διατάξεων «δεν θίγει τις αποζημιωτικές αξιώσεις». Δεδομένης της διαπίστωσης, ήδη με την ως άνω απόφαση, της παρανομίας του Δημοσίου⁸, γεννάται το ερώτημα αν δημιουργείται δεδικασμένο για αξιώσεις επιστροφής της αχρεωστήτως καταβληθείσας διαφοράς φόρου. Κάτι τέτοιο θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι προσκρούει στην απαγόρευση άσκησης αγωγής για φορολογικές εν γένει αξιώσεις σύμφωνα με το άρθρο 71 παρ.4 ΚΔΔικ⁹. Ωστόσο, δεν προκύπτει λόγος που να δικαιολογεί μια τέτοια διαφοροποίηση, τον περιορισμό δηλαδή του αποκαταστατικού (για τον αιτούντα) σκέλους της όλης ρύθμισης αποκλειστικά στις αξιώσεις επί αγωγών, αποκλεισμένων των φορολογικών. Από την άλλη πλευρά στην προκειμένη

⁸ Βλ. το διατακτικό «Διαπιστώνει ότι η Διοίκηση έχει παραλείψει παρανόμως να προβεί στην επιβαλλόμενη από το άρθρο 41 παρ. 1 του Ν. 1249/1982 έκδοση απόφασης αναπροσαρμογής των αντικειμενικών αξιών των ακινήτων της Χώρας.» καθώς και σκ. 13.

⁹ «για την επίλυση των διαφορών που αναφέρονται μεταξύ φορολογούσης αρχής και φορολογούμενου και αφορούν την επιστροφή φόρων, τελών, εισφορών κ.λπ., ο φορολογούμενος δύναται να ασκήσει ενώπιον του αρμοδίου τακτικού διοικητικού δικαστηρίου αποκλειστικώς και μόνον το ένδικο βοήθημα της προσφυγής, υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις των άρθρων 73 και επ. του Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας, όχι δε και το ένδικο βοήθημα της αγωγής, το οποίο προβλέπεται από το Ν. 702/1977 και το Ν. 1406/1983 για άλλες κατηγορίες διοικητικών διαφορών και ασκείται κατά τα οριζόμενα ειδικότερα στο Π.Δ. 341/1978 (Σ.τ.Ε. 2950/2003, Σ.τ.Ε. 1764/1994, 7μελ.). [...] Στον επακολουθήσαντα Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α' 97) ορίσθηκε ότι «η αγωγή είναι απαράδεκτη αν πρόκειται για αξίωση φορολογικού εν γένει περιεχομένου». Έτσι αποσαφηνίσθηκε ότι για την αποκατάσταση ζημίας από την καταβολή φόρου κ.λπ., χωρίς κατά νόμον σχετική υποχρέωση, επιτρέπεται η επιδίωξη επιστροφής καταβληθέντος ποσού μόνον με προσφυγή και όχι με αγωγή αποζημιώσεως (Σ.τ.Ε. 2950/2003)» ΣτΕ 1062/2006.

τουλάχιστον περίπτωση, κάτι τέτοιο θα σήμαινε στην πράξη κατ'ουσίαν ακύρωση της λειτουργίας της όλης ρύθμισης. Εξάλλου, δεν θα πρέπει να αξιολογηθεί ως τυχαία η έκδοση μιας τέτοιας απόφασης, στο πλαίσιο των συγκεκριμένων ρυθμίσεων, η οποία, υπό το προγενέστερο διπολικό σχήμα ακύρωση-απόρριψη όσον αφορά τις εξουσίες του ακυρωτικού δικαστή, θα γεννούσε στο Δικαστήριο έντονους ενδοιασμούς λόγω των δραματικών συνεπειών που θα συνεπαγόταν η παραδοχή της αίτησης ακύρωσης.

B. Περαιτέρω, με το άρθρο 22 παρ.β δόθηκε, η δυνατότητα στον ακυρωτικό δικαστή, σύμφωνα με τα διδάγματα ξένων εννόμων τάξεων, να αποκλίνει, σε εξαιρετικές πάντως περιπτώσεις, από τον κανόνα της αναδρομικής ακυρώσεως και να καθορίζει μεταγενέστερο χρόνο επελεύσεως των συνεπειών της ακυρώσεως.

Η διάταξη εφαρμόστηκε για πρώτη φορά στην ΣτΕΟΛ 4741/2014, όπου έγινε δεκτό ότι η μείωση για πολλοστή φορά στις αποδοχές των μελών του Διδακτικού και Ερευνητικού Προσωπικού (Δ.Ε.Π.) των Α.Ε.Ι. αντίκειται σε σειρά συνταγματικών αρχών¹⁰. Στην υπόθεση αυτή, η οποία ήχθη ενώπιον του Δικαστηρίου, δυνάμει του άρθρου 1 του Ν. 3900/2010, στα πλαίσια «πιλοτικής» δίκης, ως ζήτημα γενικότερου ενδιαφέροντος, κρίθηκε ότι το Ελληνικό Δημόσιο ευθύνεται σε αποζημίωση των εναγόντων, από την εκ μέρους της πολιτείας αντισυνταγματική νομοθέτηση. Εν συνεχεία, το Δικαστήριο όρισε ότι οι συνέπειες της αντισυνταγματικότητας των επίμαχων διατάξεων θα επέλθουν μετά τη δημοσίευση της απόφασης, με εξαίρεση τους ενάγοντες, και όσους άλλους έχουν ασκήσει ένδικα μέσα ή βοηθήματα μέχρι το χρόνο δημοσίευσης της απόφασης, για τους οποίους η διαγνωσθείσα αντισυνταγματικότητα θα έχει αναδρομικό χαρακτήρα.

Η απόφαση θέλησε να προλάβει την έγερση αποζημιωτικών αξιώσεων, οι οποίες σημειωτέον στο μεγαλύτερο τουλάχιστον μέρος τους δεν είχαν παραγραφεί¹¹. Ωστόσο παραγνωρίζει την παρ. 3 δ' του άρθρου 50 παρ. του Π.Δ. 18/1989, που προβλέπει ρητώς ότι δεν θίγονται τυχόν αποζημιωτικές αξιώσεις.

¹⁰ Ειδικότερα στο άρθρο 16 του Συντάγματος και την απορρέουσα από αυτό αρχή της «ιδιαιτερής μισθολογικής μεταχείρισής» τους, καθώς και προς τις αρχές της αναλογικότητας και της ισότητας στα δημόσια βάρη.

¹¹ Βλ. άρθρο 48 παρ.3 του Ν.δ/τος 496/1974, ΑΕΔ 9/2009 ενώ με την απόφαση του ΕΔΔΑ της 3.10.2013, στην υπόθεση Γιαβή κατά Ελλάδας (αριθμ. προσφ. 25816/2009) έγινε δεκτό ότι δεν αντίκειται στο άρθρο 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

Αντίστοιχες ρυθμίσεις στις ξένες έννομες τάξεις εξυπηρετούν πρωτίστως την μη ανατροπή παγιωμένων καταστάσεων για τις οποίες υφίσταται αντικειμενική αδυναμία μεταβολής της διαμορφωθείσας κατάστασης, όπως ιδίως σε επίπεδο πολεοδομικού σχεδιασμού και όχι τον περιορισμό της έκτασης αμιγώς δημοσιονομικών συνεπειών για το Δημόσιο. Η επιλογή αυτή δημιουργεί μια πρώτη εντύπωση στρέβλωσής της φιλοσοφίας των νέων διατάξεων, μολοντί βεβαίως η διατύπωση οποιασδήποτε κρίσης παρίσταται σίγουρα πρώιμη.

Γ. Τέλος με τη νέα παράγραφο 3γ του άρθρου 50 του ΠΔ 18/1989 «Η διαπίστωση παρανομίας της κανονιστικής πράξης κατά τον παρεμπύπτοντα έλεγχο της, για λόγους αναγόμενους στην αρμοδιότητα του εκδόντος την απόφαση οργάνου και σε παράβαση ουσιώδους τύπου είναι δυνατόν να μην οδηγήσει σε ακύρωση ατομικής πράξης, εφόσον, κατά την κρίση του δικαστηρίου, έχει παρέλθει μακρό, ανάλογα με τις περιστάσεις, χρονικό διάστημα από την έναρξη ισχύος της κανονιστικής πράξης που ελέγχεται παρεμπιπτόντως και οι συνέπειες της παρανομίας της σε βάρος της ατομικής πράξης μπορεί να κλονίσουν την ασφάλεια του δικαίου»

Η εν λόγω διάταξη δεν έχει τύχει μέχρι στιγμής εφαρμογής, αξίζει ωστόσο να μνημονευθεί ότι μολοντί στο παρελθόν ο παρεμπύπτων έλεγχος κανονιστικής πράξης είχε αμφισβητηθεί τόσο ως προς την έκταση των λόγων παρανομίας που μπορεί να εξετάζει όσο και ως προς το χρονικά απεριόριστό του, με την ΣτΕΟΛ 3839/2009, το δικαστήριο ενέμεινε κατά πλειοψηφία στην θέση ότι ο παρεμπύπτων έλεγχος τόσο της ουσιαστικής όσο και της τυπικής νομιμότητας των κανονιστικών πράξεων δεν είναι δεκτικός χρονικού περιορισμού¹². Η μέση οδός που είχε υποστηρίξει η πλειοψηφούσα γνώμη στην ΣτΕ(Ε')764/2006 θέτοντας ως όριο την πενταετία, φαίνεται ότι επιστρέφει στην εισαγόμενη ρύθμιση με την απονομή ευρέος πεδίου σταθμίσεων για τον ακυρωτικό δικαστή.

Η εκτίμηση του μακρού διαδραμόντος χρόνου, των πραγματικών καταστάσεων που έχουν δημιουργηθεί, του μέτρου προστασίας που αυτές χρήζουν και τελικά του

¹² Βλ. σχετ. Κ. Γιαννακόπουλο, Απεριόριστος ο παρεμπύπτων έλεγχος των κανονιστικών πράξεων (ΣτΕ Ολ. 3839/2009), ΕφημΔΔ 6/2009, σελ.756, κατά τον οποίο «αποφεύχθηκαν αδόκητες αλυσιδωτές επιπτώσεις στο καθεστώς δικαστικού ελέγχου των διοικητικών πράξεων. Κυρίως αποφεύχθηκε η ανατροπή του κανόνα ότι από κανονιστικές πράξεις δεν δημιουργούνται άμεσα κεκτημένα δικαιώματα...» και Παρατηρήσεις Χ.Διβάνη/Γ. Πατρίκιου στην ΣτΕ Ολ. 3839/2009, ΘΠΔΔ 1/2010, σελ.60.

μέτρου της ασφάλειας δικαίου, λαμβάνει χώρα με βάση το πραγματικό πλαίσιο κάθε υπόθεσης, αλλά και πέραν αυτού και εισάγει στην ακυρωτική δίκη, πεδία ευρύτατων ουσιαστικών εκτιμήσεων.

Η κατάσταση εξαίρεσης στην ελληνική συνταγματική πρακτική και νομολογία (2010-2014)

Ακρίτας Καϊδατζής, Λέκτορας Νομικής Α.Π.Θ.

I.

‘Μεγάλες’ και ‘μικρές’ καταστάσεις ανάγκης στο ελληνικό σύνταγμα

Το σύνταγμά μας γνωρίζει, δηλαδή ανα-γνωρίζει και ρυθμίζει, δύο κατηγορίες καταστάσεων ανάγκης. Ας τις ονομάσουμε ‘μεγάλες’ και ‘μικρές’ καταστάσεις ανάγκης¹.

Μεγάλες καταστάσεις ανάγκης είναι αυτές που περιγράφει το άρθρο 48 του Συντάγματος². Τέτοια κατάσταση μπορεί να υπάρξει «σε περίπτωση πολέμου, επιστράτευσης εξαιτίας εξωτερικών κινδύνων ή άμεσης απειλής της εθνικής ασφάλειας, καθώς και αν εκδηλωθεί ένοπλο κίνημα για την ανατροπή του δημοκρατικού πολιτεύματος». [Αν συμβεί κάτι από αυτά, η βουλή, με πρόταση της κυβέρνησης, μπορεί να θέσει σε εφαρμογή το νόμο για την κατάσταση πολιορκίας και να αναστείλει την ισχύ ορισμένων συνταγματικών δικαιωμάτων και εγγυήσεων. Τα μέτρα αυτά ισχύουν για διάρκεια όχι μεγαλύτερη από 15 ημέρες· για την παράτασή τους απαιτείται ανά δεκαπενθήμερο νέα απόφαση της βουλής.]

Υπάρχουν όμως κι άλλα σημεία στο σύνταγμα όπου γίνεται λόγος για καταστάσεις ανάγκης. Αυτές δεν περιγράφονται πιο συγκεκριμένα. Γνωρίζουμε όμως ότι πρόκειται για καταστάσεις –βεβαίως, λιγότερο ακραίες και λιγότερο επιτακτικές απ’ όσο ένας πόλεμος, επιστράτευση κλπ., αλλά πάντως– περισσότερο έκτακτες, ασυνήθιστες και εξαιρετικές απ’ όσο οι συνήθεις περιστάσεις της κανονικότητας. Αυτές είναι οι μικρές καταστάσεις ανάγκης. Χωρίς κατά κανόνα να τις περιγράφει, χωρίς δηλαδή να μας λέει *πότε* συντρέχει τέτοια κατάσταση, το σύνταγμα εξοπλίζει τα όργανα της εκτελεστικής λειτουργίας με *έκτακτες* εξουσίες για την αντιμετώπισή της. Έκτακτες, όχι απλώς με την έννοια ότι διαφέρουν από τις συνήθεις εξουσίες που τα όργανα αυτά, βασικά η κυβέρνηση, έχουν και ασκούν. Αλλά κυρίως με την έννοια

¹ Για τη διάκριση αυτή βλ. *K. L. Scheppele*, Small emergencies, *Georgia L. Rev.* 40 (2003), σ. 835 επ.

² Βλ. *Π. Φουντεδάκη*, Οι ανατροπές της κανονικότητας και το καθεστώς έκτακτης ανάγκης, *ΤοΣ* 2007, σ. 1149 επ., επίσης *P. Foundethakis*, State of emergency in democracy: The case of Greece, *RHDI* 57 (2004), σ. 85 επ.

ότι, αν δεν συνέτρεχε η κατάσταση ανάγκης, η άσκηση αυτών των εξουσιών θα ήταν συνταγματικά ανεπίτρεπτη, δηλαδή αντισυνταγματική.

Η πιο σημαντική από τις διατάξεις όπου το σύνταγμα, χωρίς να τις περιγράφει, αναγνωρίζει και ρυθμίζει μικρές καταστάσεις ανάγκης είναι αυτή του άρθρου 44 παρ. 1. Η διάταξη προβλέπει ότι «σε έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης» –οι οποίες πάντως δεν προσδιορίζονται ειδικότερα– ο πρόεδρος της δημοκρατίας μπορεί, με πρόταση της κυβέρνησης, να εκδίδει πράξεις νομοθετικού περιεχομένου. [Αυτές ισχύουν άμεσα, αλλά οφείλουν να υποβληθούν στη βουλή προς κύρωση. Αν δεν υποβληθούν ή δεν κυρωθούν εντός των συνταγματικών προθεσμιών (40 ημέρες από την έκδοση ή τρεις μήνες από την υποβολή τους, αντιστοίχως), παύουν να ισχύουν *ex nunc* –επομένως ισχύουν και παράγουν πλήρη αποτελέσματα για το μεσοδιάστημα. Με τον τρόπο αυτόν η εκτελεστική εξουσία μπορεί να νομοθετεί αυτόνομα, χωρίς εξουσιοδότηση νόμου, παρακάμπτοντας τη γενική νομοθετική αρμοδιότητα της βουλής].

Μια άλλη διάταξη όπου το σύνταγμα αναγνωρίζει μικρές καταστάσεις ανάγκης είναι αυτή του άρθρου 22 παρ. 4 για την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών. Στην πραγματικότητα ούτε αυτή η διάταξη περιγράφει τις καταστάσεις που δικαιολογούν την επιβολή της, αφού λέει ότι «ειδικοί νόμοι ρυθμίζουν τα σχετικά με την επίταξη». Παρόλα αυτά, εδώ το σύνταγμα κάνει πάντως μίαν οριοθέτηση, αφού λέει ότι οι σχετικοί ειδικοί νόμοι μπορούν να προβλέπουν την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών μόνο «σε περίπτωση πολέμου ή επιστράτευσης» (δηλαδή όταν συντρέχει μια μεγάλη κατάσταση ανάγκης), καθώς επίσης «για την αντιμετώπιση αναγκών της άμυνας της Χώρας ή επείγουσας κοινωνικής ανάγκης από θεομηνία ή ανάγκης που μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τη δημόσια υγεία» (εδώ πια πρόκειται για μικρή κατάσταση ανάγκης).

Αυτές οι δύο ρυθμίσεις είναι τα σημαντικότερα, αλλά όχι τα μοναδικά σημεία στο σύνταγμα όπου απονέμονται έκτακτες εξουσίες για την αντιμετώπιση μικρών καταστάσεων ανάγκης. Υπάρχουν επίσης οι ρυθμίσεις του άρθρου 18 παρ. 3, που επιτρέπει την επίταξη περιουσιακών στοιχείων υπό τους ίδιους κατά βάση όρους όπως και την επίταξη προσωπικών υπηρεσιών· του άρθρου 5 παρ. 4, που επιτρέπει περιορισμούς στην ελεύθερη κίνηση ή εγκατάσταση στη χώρα «σε εξαιρετικές περιπτώσεις ανάγκης»· του άρθρου 103 παρ. 2 επιτρέπει την πρόσληψη προσωπικού «για να καλυφθούν απρόβλεπτες και επείγουσες ανάγκες».

II.

Έκτακτες εξουσίες στα χρόνια της κρίσης (2010-2014)

Από το 1975 που θεσπίστηκε το σύνταγμα μέχρι σήμερα ουδέποτε τέθηκε σε εφαρμογή το άρθρο 48 για την κατάσταση πολιορκίας. Αντιθέτως, εφαρμόστηκαν άλλα συνταγματικά μέτρα για την αντιμετώπιση μικρών καταστάσεων ανάγκης. Μέχρι πριν λίγα χρόνια, όμως, αυτά παρέμεναν κάτι έκτακτο και ασύνηθες. Μεταξύ 1975 και 2010 εκδόθηκαν λιγότερες από 90 π.ν.π., δηλαδή κατά μέσον όρο όχι παραπάνω από δυόμισι ετησίως. Οι περισσότερες ήταν μικρής έκτασης, με ένα μόνο ή λίγα άρθρα, και κατά κανόνα έθεταν έκτακτα μέτρα προσωρινής ισχύος.

Από το 2010 η Ελλάδα βρίσκεται σε μια κατάσταση που μπορεί να χαρακτηριστεί ως οικονομική κατάσταση ανάγκης³. Όπως είναι προφανές, για την αντιμετώπισή της λήφθηκαν μια σειρά από μέτρα. Τα μέτρα αυτά παρουσιάζουν συνταγματικό ενδιαφέρον τόσο ως προς το περιεχόμενό τους όσο και ως προς τη μορφή τους.

Ως προς τη *μορφή* επιβολής των μέτρων, μπορούμε να διακρίνουμε δύο βασικές επιλογές. Καταρχάς, παρά την ακραία ρητορική που χρησιμοποίησε για να δικαιολογήσει τα μέτρα, η κυβέρνηση ουδέποτε επιχείρησε να εφαρμόσει την κατάσταση πολιορκίας του άρθρου 48 Συντ. Ταυτόχρονα όμως αξιοποίησε στον υπερθετικό βαθμό τις λοιπές εξουσίες που το σύνταγμα παρέχει για την αντιμετώπιση καταστάσεων ανάγκης. Έτσι, η πληθωρική έκδοση π.ν.π. του άρθρου 44 παρ. 1 Συντ. επέτρεψε στην κυβέρνηση να νομοθετεί σε ευρύτατα πεδία παρακάμπτοντας τη βουλή. Ενώ, όπως είδαμε, μέχρι το 2010 εκδίδονταν κατά μέσον όρο περίπου δυόμισι τέτοιες πράξεις ετησίως, μόνο το έτος 2012 εκδόθηκαν 28⁴. Στην πραγματικότητα η σύγκριση είναι ακόμη πιο συντριπτική, διότι ορισμένες απ' αυτές δεν έθεσαν μόνον ένα, αλλά μian ολόκληρη δέσμη μέτρων.⁵ Πολλές, ίσως οι περισσότερες, θέσπισαν πάγιες ρυθμίσεις σε σημαντικούς κλάδους του δικαίου. Σε αρκετές περιπτώσεις είναι πρόδηλο ότι η έκδοσή τους δεν εξυπηρετούσε κάποια πραγματική ανάγκη.⁶ Αυτό λοιπόν που μέχρι τότε ήταν ασύνηθες και παρέμενε εξαίρεση αρχίζει πια να γίνεται

³ Για την κατηγορία αυτή βλ. *B. Meyler*, Economic emergency and the rule of law, *DePaul Law Rev.* 56 (2007), σ. 539 επ., *W. Scheuerman*, The economic state of emergency, *Cardozo Law Rev.* 21 (2000), σ. 1869 επ.

⁴ Το ίδιο έτος (2012) εκδόθηκαν 67 τυπικοί (κοινοβουλευτικοί) νόμοι, εκ των οποίων οι 32 ήταν απλώς κυρωτικοί. Για πρώτη φορά στη Γ' Ελληνική Δημοκρατία, η ουσιαστική νομοθέτηση μοιράστηκε περίπου ισότιμα μεταξύ του κοινού (35 νόμοι) και του έκτακτου νομοθέτη (28 π.ν.π.). Για να έχουμε ένα, πρόχειρο, μέτρο σύγκρισης το 2008 εκδόθηκαν 103 νόμοι και μόλις μία π.ν.π.

⁵ Ακραία παραδείγματα είναι οι π.ν.π. της 4 και της 31 Δεκεμβρίου 2012, με 21 και 23 άρθρα αντιστοίχως.

⁶ Για ένα κραυγαλέο παράδειγμα βλ. το άρθρο 10 της π.ν.π. της 4 Δεκεμβρίου 2012, για την ίδρυση Φιλοτελικού και Ταχυδρομικού Μουσείου (!).

σύνηθες, γίνεται ο κανόνας. [Ο πραγματικός (αν και βεβαίως όχι δεδηλωμένος) λόγος γι' αυτό είναι ότι πολλά αντιδημοφιλή μέτρα πιθανότατα δεν θα υπερψηφίζονταν, αν εισάγονταν στη βουλή με την τακτική νομοθετική διαδικασία. Η συγκεκριμένη μεθόδευση θέτει επομένως ένα ζήτημα δημοκρατικής νομιμοποίησης των μέτρων.]

Ως προς το περιεχόμενο των μέτρων μπορούμε επίσης να διακρίνουμε δύο κατηγορίες. Από τη μια, είναι τα μέτρα που ζητούν οι δανειστές με τα 'μνημόνια' (ως conditionalities για την καταβολή των δόσεων του δανεισμού). Πρόκειται κυρίως για μέτρα λιτότητας (αύξηση φόρων, μείωση μισθών και συντάξεων), εκποίησης της δημόσιας περιουσίας και απορρύθμισης των επαγγελματιών και της εργασίας. Ας τα αποκαλέσουμε 'μέτρα διαχείρισης της κρίσης'. Από συνταγματική άποψη, εδώ τίθενται κυρίως ζητήματα κράτους δικαίου, όπως η προστασία οικονομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων ή η τήρηση της αρχής της ισότητας. Από την άλλη, έχουμε αυτό που θα μπορούσαμε να αποκαλέσουμε 'μέτρα διαχείρισης των αντιδράσεων που προκαλεί η διαχείριση της κρίσης'. Πρόκειται για διάφορα μέτρα πειθάρχησης της κοινωνίας, είτε νομοθετικού χαρακτήρα (όπως η εντατικοποίηση του πειθαρχικού δικαίου) είτε ατομικά. Το πιο χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η επιβολή επίταξης του άρθρου 22 παρ. 4 Συντ., προκειμένου να αποτραπούν απεργίες σε διάφορους κλάδους. Εδώ πια, πέραν από δικαιοκρατικά, τίθενται ζητήματα σε σχέση και με τη δημοκρατική αρχή.

III.

Οι έκτακτες εξουσίες ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας

Η πρώτη φορά που το ελληνικό Συμβούλιο της Επικρατείας αναφέρθηκε σε 'έκτακτες καταστάσεις' ως λόγο ενδεχόμενης εξαίρεσης από συνταγματικές επιταγές ήταν με την απόφαση 693/2011. Το ζήτημα ήταν η συνταγματικότητα μιας έκτακτης εισφοράς που επιβλήθηκε σε φορολογούμενους με υψηλό εισόδημα. Τέσσερις από τους επτά δικαστές του τμήματος είχαν την άποψη ότι η εισφορά είναι αντισυνταγματική, διότι επιβλήθηκε με αναδρομική ισχύ κατά παράβαση του άρθρου 78 παρ. 2 Συντ. Τρεις δικαστές είχαν αντίθετη γνώμη. Είπαν, επιλέγοντας μια κάπως περίεργη διατύπωση, ότι «το Σύνταγμα ρυθμίζει καταρχήν τα της λειτουργίας του Κράτους υπό ομαλές συνθήκες», καθώς επίσης ότι «έχει προβλέψει ειδικές ρυθμίσεις για την περίπτωση που συμβούν ορισμένες συγκεκριμένες έκτακτες καταστάσεις, όπως στο άρθρο 48 για την περίπτωση πολέμου»· όμως, στο σύνταγμα «δεν υπήρξε οποιαδήποτε πρόβλεψη για την περίπτωση διαφαινόμενου πλήρους δημοσιονομικού εκτροχιασμού». Εν όψει αυτών, καταλήγουν, το άρθρο 78 παρ. 2, που απαγορεύει την αναδρομική φορολόγηση, «δεν αντιμετώπισε και, συνεπώς, δεν αποκλείει, σε μια τέτοια περίπτωση, την αναδρομική επιβολή έκτακτης εισφοράς στους πλουσιότερους

πολίτες».⁷ Ούτε λίγο ούτε πολύ, κατά τη γνώμη αυτή, μια οικονομική κατάσταση ανάγκης μπορεί να παραμερίσει μια συνταγματική απαγόρευση.

Η απόφαση 693/2011 δεν κατέληξε σε κρίση, αλλά παρέπεμψε το ζήτημα στην ολομέλεια, όπου τελικά επιλύθηκε σε διαφορετική βάση. Η γνώμη της μειοψηφίας παρέμεινε μοναδική· αντίστοιχη ουδέποτε διατυπώθηκε έκτοτε. Αντιθέτως, το Συμβούλιο πολλές φορές διακήρυξε ότι τα μέτρα για την αντιμετώπιση της κρίσης δεν εξαιρούνται του δικαστικού ελέγχου, έστω κι αν λόγω των συνθηκών αναγνώρισε ευρύτατο περιθώριο εκτίμησης στο νομοθέτη.⁸

Με τις επιμέρους κρίσεις του Συμβουλίου μπορεί κανείς να συμφωνεί ή να διαφωνεί. Σε όλες άλλωστε τις αποφάσεις του διατυπώθηκαν αντίθετες μειοψηφίες. Συνολικά όμως είναι σαφές ότι, κατά το Συμβούλιο, τα μέτρα αυτά, ασχέτως του περιεχομένου τους και του σκοπού για τον οποίο επιβάλλονται, πάντως δεν εξαιρούνται του ελέγχου. Υπάρχει, αντιθέτως, μια κατηγορία κρατικών αποφάσεων η οποία, είτε επί της αρχής είτε κατ' αποτέλεσμα, εξαιρείται του δικαστικού ελέγχου. Πρόκειται για την απόφαση της εκτελεστικής εξουσίας να κάνει χρήση κάποιου συνταγματικού μέτρου για την αντιμετώπιση 'μικρών' καταστάσεων ανάγκης, όπως να εκδώσει μια π.ν.π. ή να επιβάλει επίταξη. Στην περίπτωση αυτή δεν είναι το περιεχόμενο, αλλά η νομική μορφή, δηλαδή ο τρόπος που επιλέγεται για την επιβολή των μέτρων, που παραμένει πρακτικά και κατ' αποτέλεσμα ανέλεγκτος.

(α) Κατάχρηση της εξουσίας έκδοσης πράξεων νομοθετικού περιεχομένου

Το Συμβούλιο της Επικρατείας από παλιά αρνείται να ελέγξει αν συντρέχουν οι «έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης» που το σύνταγμα απαιτεί για την έκδοση πράξης νομοθετικού περιεχομένου⁹. Όταν διαμορφώθηκε αυτή η νομολογία, ήδη από τη δεκαετία του 1980, οι πράξεις αυτές, πρώτον, παρέμεναν κάτι ασύνηθες και εξαιρετικό και, δεύτερον, κατά κανόνα εκδίδονταν για την αντιμετώπιση μιας υπαρκτής ανάγκης. Οι συνθήκες αυτές έπαψαν να συντρέχουν στα χρόνια της κρίσης. Οι π.ν.π. από εξαίρεση έγιναν κανόνας, ενώ συχνά καμία πραγματική ανάγκη δεν εξυπηρετούν, παρά μόνο τη σκοπιμότητα να νομοθετηθούν μέτρα για τα οποία είναι αμφίβολη η κοινοβουλευτική πλειοψηφία.

Παρά τη μεταβολή των συνθηκών, το Συμβούλιο δεν μετέβαλε τη νομολογία του. Εξακολουθεί να επαναλαμβάνει μονότονα, όπως στις αποφάσεις 737/2012 και

⁷ ΣτΕ 693/2011 Τμ. Β' (σκέψη 7, γνώμη της μειοψηφίας).

⁸ Βλ. ιδίως την απόφαση αρχής ΣτΕ 668/2012 Ολομ., όπου κρίθηκαν «κατ' αρχήν» συνταγματικά ανεκτές οι πρώτες μισθολογικές περικοπές του έτους 2010 (σκέψη 34).

⁹ Βλ. την απόφαση ΣτΕ 2289/1987 Ολομ. Η νομολογία αυτή επιβεβαιώθηκε και από μεταγενέστερες αποφάσεις.

136/2013 ασφαλιστικών μέτρων, ότι «η συνδρομή ή μη των έκτακτων περιπτώσεων εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, κατά το άρθρο 44 παρ. 1 του Συντάγματος, δεν υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο, ως αναγομένη στην σφαίρα της πολιτικής ευθύνης των ασκούντων στην περίπτωση αυτή νομοθετική εξουσία πολιτειακών οργάνων»¹⁰.

Αρνούμενο όμως να ελέγξει καταχρηστικές εφαρμογές του άρθρου 44 παρ. 1, το Συμβούλιο επέτρεψε κατ' αποτέλεσμα στην εκτελεστική εξουσία να νομοθετεί κατά βούληση και, έστω για περιορισμένο χρονικό διάστημα, απαλλαγμένη από οποιοδήποτε κοινοβουλευτική έγνοια. Το Συμβούλιο έτσι ανέχεται, χωρίς να την αναγνωρίζει ρητά, τη διαμόρφωση μιας περιορισμένης *κατάστασης εξαίρεσης*. Οι 'συνήθειες' συνταγματικοί κανόνες για τη διάκριση των λειτουργιών και την άσκηση κανονιστικής αρμοδιότητας από τη διοίκηση –σημειωτέον, κανόνες που συνδέονται στενά με το δημοκρατικό χαρακτήρα του πολιτεύματος– παύουν να ισχύουν όσο η εκτελεστική εξουσία επικαλείται, χωρίς να ελέγχεται γι' αυτό, την έκτακτη εξουσία του άρθρου 44 παρ. 1 Συντ.

Το Συμβούλιο μάλιστα, με την απόφαση 1901/2014 της Ολομέλειας, θεώρησε ότι δεν χρειάζεται να ελέγξει ούτε καν μιαν εμφανέστατα καταχρηστική, όπως εκ των υστέρων αποδείχθηκε, πράξη νομοθετικού περιεχομένου. Την πράξη της 11^{ης} Ιουνίου 2013 που τροποποίησε τη νομοθεσία περί δημοσίων επιχειρήσεων¹¹, επιτρέποντας στην κυβέρνηση να κλείσει εν μιά νυκτί την ΕΡΤ¹². Η καταχρηστικότητα της εφαρμογής του άρθρου 44 παρ. 1 προκύπτει εδώ όχι μόνο –και όχι τόσο– από το γεγονός ότι καμία πραγματική ανάγκη δεν συνέτρεχε για έκδοση πράξης νομοθετικού περιεχομένου, αφού η βουλή βρισκόταν σε σύνοδο και μπορούσε (εάν διασφαλιζόταν η πλειοψηφία) να νομοθετήσει. Αλλά, κυρίως, από το γεγονός ότι η επίμαχη πράξη ουδέποτε κυρώθηκε από τη βουλή και έπαψε να ισχύει μετά την παρέλευση του συνταγματικά προβλεπόμενου χρόνου, χωρίς να εφαρμοστεί σε καμία άλλη περίπτωση. Επρόκειτο δηλαδή για μια 'φωτογραφική' ρύθμιση που προοριζόταν να εφαρμοστεί μία και μόνη φορά.

¹⁰ ΣτΕ 737-8/2012 (ασφ. μ.) (σκέψη 7). Ωστόσο, κατά τη γνώμη μειοψηφίας ενός δικαστή, η έκτακτη νομοθετική διαδικασία του άρθρου 44 παρ. 1 Συντ. «συνιστά εξαίρεση από τους θεμελιώδεις κανόνες» της διάκρισης των λειτουργιών και, επομένως, η εκτίμηση ότι συντρέχει τέτοια περίπτωση πρέπει να «ελέγχεται από το δικαστή για πρόδηλο σφάλμα εκτίμησης». Και, καταλήγει η γνώμη, η επίμαχη ρύθμιση (αύξηση του δικαστικού παραβόλου σε υποθέσεις δημοσίων συμβάσεων) δεν δικαιολογείται από τέτοια ανάγκη (σκέψη 7, γνώμη μειοψηφίας). Ομοίως έκρινε, χωρίς μειοψηφία αυτή τη φορά, και με την απόφαση ΣτΕ 136/2013 (ασφ. μ.).

¹¹ Πράξη νομοθετικού περιεχομένου της 11 Ιουνίου 2013 (ΦΕΚ Α' 139).

¹² Βλ. την απόφαση ΣτΕ 1901/2014 Ολομ. (σκέψεις 13 και 14).

(β) Κατάχρηση της εξουσίας επιβολής επίταξης προσωπικών υπηρεσιών

Μια δεύτερη κατηγορία πράξεων για τις οποίες η κυβέρνηση –κατ’ αποτέλεσμα, αν και όχι επί της αρχής– φαίνεται να απολαμβάνει σχεδόν απόλυτη διακριτική ευχέρεια είναι η επίταξη προσωπικών υπηρεσιών του άρθρου 22 παρ. 4 Συντ. Εδώ το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει δεχθεί όλες τις αιτιολογίες που κατά καιρούς επικαλέστηκε η κυβέρνηση για να επιβάλλει επίταξη. Και, ίσως το σημαντικότερο, απέτυχε, δηλαδή απέφυγε, να ελέγξει την εύλογη διάρκειά της.

Η επίταξη προβλέπεται στο σύνταγμα ως ένα έκτακτο μέτρο, που όμως έχει μιαν ‘ενδιαφέρουσα’ παράπλευρη διάσταση: όσο διαρκεί, οι εργαζόμενοι στους οποίους επιβλήθηκε δεν έχουν τη δυνατότητα να απεργήσουν. Αυτό είχε ως συνέπεια, η επίταξη να μετατραπεί στην πράξη από μέτρο διαχείρισης μιας κατάστασης ανάγκης σε μέτρο αποτροπής απεργιακών κινητοποιήσεων. [Η πρακτική που διαμορφώθηκε είναι, από την άποψη αυτή, πολλαπλά προβληματική. Η επίταξη, πρώτον, δεν περιορίζεται σε συγκεκριμένους εργαζομένους, αλλά επιβάλλεται μαζικά σε ολόκληρους κλάδους· δεύτερον, δεν επιβάλλεται για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, αλλά επ’ αόριστον, μέχρι ότου ανακληθεί· και, τρίτον, δεν επιβάλλεται για συγκεκριμένη παρούσα ανάγκη, αλλά ενόψει κινδύνων που θα προκύψουν από ορισμένη εξαγγελθείσα απεργία. Ήδη η μαζικότητα και η αόριστη διάρκειά της καθιστά την επίταξη εξαιρετικά προβληματική, ενόψει του συνταγματικού χαρακτήρα της ως έκτακτου μέτρου. Το πρόβλημα γίνεται ακόμη μεγαλύτερο, αν σκεφτούμε ότι με την επιβολή, κατ’ αποτέλεσμα, ένας ολόκληρος κλάδος στερείται επ’ αόριστον το κατοχυρωμένο στο άρθρο 23 παρ. 2 Συντ. δικαίωμα απεργίας.]

Τρεις φορές τα τελευταία χρόνια η κυβέρνηση επέβαλε επίταξη –όχι τυχαία, σε κλάδους με ισχυρά συνδικάτα–, προκειμένου να αποτρέψει απεργίες που είχαν εξαγγελθεί ενάντια στα μέτρα λιτότητας. Το Νοέμβριο 2011 στους ναυτεργάτες.¹³ τον Ιανουάριο 2013 στους εργαζομένους στο μετρό και το τραμ της Αθήνας.¹⁴ και το Μάιο 2013 στους εκπαιδευτικούς της δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης.¹⁵ Και στις τρεις περιπτώσεις η κυβέρνηση επικαλέστηκε κινδύνους για τη δημόσια υγεία. Τα συνδικάτα αμφισβήτησαν την κρίση αυτή ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Όλες οι προσφυγές απορρίφθηκαν.

Το Συμβούλιο δεν θεώρησε κρίσιμο το ότι, όταν συζήτησε τις υποθέσεις, η επίταξη ίσχυε ήδη για αρκετούς μήνες (που, μέχρι την έκδοση των αποφάσεων, είχαν γίνει πολύ περισσότεροι). Και αποδέχθηκε σχεδόν άκριτα ο,τιδήποτε επικαλέστηκε η κυβέρνηση ως κίνδυνο για τη δημόσια υγεία. Θα μπορούσε πράγματι να θεωρηθεί ότι

¹³ Απόφαση του πρωθυπουργού της 29 Νοεμβρίου 2010 (ΦΕΚ Β’ 1868).

¹⁴ Απόφαση του υπουργού ανάπτυξης της 24 Ιανουαρίου 2013 (ΦΕΚ Β’ 106).

¹⁵ Απόφαση του υπουργού παιδείας της 11 Μαΐου 2013 (ΦΕΚ Β’ 1140).

συνιστά τέτοιο κίνδυνο για την υγεία των κατοίκων των νησιών η διακοπή των θαλάσσιων επικοινωνιών, όπως δέχθηκε η απόφαση 1623/2012 της Ολομέλειας¹⁶. Πολύ λιγότερο πειστική είναι η επίκληση του ίδιου κινδύνου για τους κατοίκους της Αττικής από τη διακοπή των συγκοινωνιών σταθερής τροχιάς (δεδομένου μάλιστα ότι παρέμεναν σε λειτουργία οι οδικές συγκοινωνίες) –κάτι όμως που παρόλα αυτά έγινε δεκτό με την απόφαση 1764/2014 της Ολομέλειας¹⁷. Και καθόλου πειστική δεν είναι η κραυγαλέα –και εμφανώς καταχρηστική– αιτιολογία ότι η αναβολή των εξετάσεων για την εισαγωγή στην τριτοβάθμια εκπαίδευση λόγω της εξαγγελθείσας απεργίας «μπορεί να έχει πολύ σοβαρές επιπτώσεις στην ψυχική υγεία των μαθητών που συμμετέχουν στις εξετάσεις αυτές, σε έκταση και ένταση τέτοιες, ώστε να δημιουργείται κίνδυνος για την δημόσια υγεία» –μια αιτιολογία που, δυστυχώς, επίσης έγινε δεκτή με την απόφαση 1766/2014 της Ολομέλειας¹⁸.

Και εδώ λοιπόν, μη ελέγχοντας καταχρηστικές εφαρμογές της εξουσίας επίταξης, το Συμβούλιο επέτρεψε κατ' αποτέλεσμα στην κυβέρνηση να αναστέλλει κατά βούληση και επ' αόριστον το δικαίωμα της απεργίας, επικαλούμενη ή 'κατασκευάζοντας' πραγματικούς ή φανταστικούς κινδύνους. Και εδώ το Συμβούλιο, χωρίς να την αναγνωρίζει ρητά, πάντως ανέχεται τη διαμόρφωση μιας, έστω περιορισμένης, κατάστασης εξαίρεσης. Οι 'συνήθεις' συνταγματικοί κανόνες για το δικαίωμα της απεργίας παύουν να ισχύουν όσο η κυβέρνηση επικαλείται καταχρηστικά, και χωρίς να ελέγχεται γι' αυτό, την εξουσία επίταξης.

IV.

Συμπερασματικές σκέψεις

Από τα παραπάνω μπορούμε να συνάγουμε κάποια συμπεράσματα για τη στάση της εκτελεστικής και της δικαστικής εξουσίας στα χρόνια της κρίσης στην Ελλάδα και, κατ' επέκταση, για τη λειτουργία του δημοκρατικού πολιτεύματος.

Από τη μια, η εκτελεστική εξουσία εφάρμοσε σε υπερθετικό βαθμό –και, ενίοτε, εμφανώς καταχρηστικά– τις εξουσίες που το σύνταγμα απονέμει για την

¹⁶ ΣτΕ 1623/2012 Ολομ. (σκέψη 17). Μειοψηφία οκτώ δικαστών διατύπωσε τη γνώμη ότι το σύνταγμα «δεν ανέχεται τη λήψη αυτού του μέτρου για αόριστο χρόνο», διότι τότε «θα έπαινε να είναι εξαιρετικό και θα ισοδυναμούσε με συνταγματικώς απαγορευμένη αναγκαστική εργασία» (σκέψη 6, γνώμη μειοψηφίας).

¹⁷ ΣτΕ 1764-1765/2014 Ολομ. (σκέψη 15). Μειοψηφία τεσσάρων δικαστών είχε τη γνώμη ότι ο λόγος αυτός δεν μπορεί να δικαιολογήσει την επιβολή του μέτρου για αόριστη χρονική διάρκεια (ό.π.).

¹⁸ ΣτΕ 1766/2014 Ολομ. (σκέψη 11). Μειοψηφία τριών δικαστών είχε τη γνώμη ότι δεν προκύπτει για ποιο λόγο τα προβλήματα που τυχόν θα προκαλέσει στην ψυχική υγεία των μαθητών η αναβολή των εξετάσεων συνιστούν πράγματι «κίνδυνο για τη δημόσια υγεία» κατά την έννοια του άρθρου 22 παρ. 4 Συντ.

αντιμετώπιση ‘μικρών’ καταστάσεων ανάγκης. Με τον τρόπο αυτόν, εξουσίες που προβλέπονται ως *εξαίρεση*, όπως η έκδοση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου ή η επιβολή επίταξης, τείνουν να γίνουν *κανόνας*. Από την άλλη, και το Συμβούλιο της Επικρατείας αποφεύγει συστηματικά να ελέγξει την εκτελεστική εξουσία, όταν αποφασίζει να κάνει χρήση των εξουσιών για την αντιμετώπιση ‘μικρών’ καταστάσεων ανάγκης, είτε διότι επί της αρχής τη θεωρεί ανέλεγκτη (η περίπτωση των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου) είτε διότι κατ’ αποτέλεσμα ο έλεγχος που ασκεί είναι τόσο οριακός, ώστε καταλήγει ανύπαρκτος (η περίπτωση των επιτάξεων). Το γεγονός ότι παραμένουν ανέλεγκτες ακόμη και εμφανώς καταχρηστικές περιπτώσεις σημαίνει όμως ότι οι εξουσίες αυτές τελικά εξαιρούνται από το δίκαιο: για να τις εφαρμόσει, η κυβέρνηση αρκεί απλώς και μόνο να τις επικαλεστεί, είτε συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής τους είτε όχι.

Η κατάχρηση και το πρακτικά ανέλεγκτο των ‘μικρών’ έκτακτων εξουσιών, πέραν του δικαιοκρατικού ελλείμματος που συνεπάγεται, θίγει πρωτίστως τη δημοκρατική λειτουργία του πολιτεύματος. Η πληθωρική έκδοση π.ν.π. συνεπάγεται ότι πολλά και σημαντικά μέτρα επιβάλλονται εκτός της κοινοβουλευτικής δημοσιότητας και χωρίς επαρκή δημοκρατική νομιμοποίηση. Η επιβολή επίταξης για την αποτροπή απεργιών συνεπάγεται περιορισμό των κοινωνικών και λαϊκών αντιδράσεων για τα μέτρα αυτά. Ενώ λοιπόν καθαυτά τα μέτρα για τη διαχείριση της κρίσης δεν εξαιρούνται του δικαίου, ωστόσο μοιάζει σαν να εξαιρούνται του δικαίου κάποια μέτρα για τη διαχείριση των αντιδράσεων που προκαλεί η διαχείριση της κρίσης. Αυτή η ιδιότυπη και ‘μερική’ κατάσταση εξαίρεσης που επιδιώκει να επιβάλλει η εκτελεστική εξουσία, και μέχρι στιγμής φαίνεται να αποδέχεται η δικαστική, δεν στοχεύει τόσο στα ατομικά, οικονομικά και κοινωνικά δικαιώματα, όσο μάλλον στις συλλογικές και δημοκρατικές ελευθερίες. Στην περίοδο της κρίσης, η δημοκρατία μοιάζει τελικά να απειλείται περισσότερο απ’ όσο το κράτος δικαίου.

Ο ρυθμιστικός ρόλος της Δημόσιας Διαβούλευσης στο Ελληνικό Δημόσιο Δίκαιο¹

Χριστίνα Μήτση, Master 2 droit public Aix-Marseille3

Ένα από τα κύρια χαρακτηριστικά μιας δημοκρατικής κοινωνίας είναι η δυνατότητα αυτορρύθμισης της, δηλαδή, η δυνατότητα εσωτερικής εναλλαγής των δομικών ρυθμίσεων και διαδικασιών, μέσω των οποίων λαμβάνονται και αναμορφώνονται οι αποφάσεις στην κοινωνία αυτή.

Οι διαδικασίες αυτές έχουν κατά βάση χαρακτήρα σταθεροποιητικό. Με άλλα λόγια, στοχεύουν στην εξισορρόπηση των δηλώσεων βουλήσεως των θεσμικών οργάνων και των πολιτών. Στοχεύουν δηλαδή στην νομιμοποίηση των υπό διαβούλευση αποφάσεων.

Μάλιστα όταν μια κοινωνία διανύει περίοδο κρίσης, η ανάγκη για νομιμοποίηση και άρα για αυτορρύθμιση διαφαίνεται και μέσω του ακτιβισμού, είτε πρόκειται για κοινωνικό ακτιβισμό είτε για θεσμικό (λ.χ. δικαστικό) ακτιβισμό. Θα μπορούσε δηλαδή να υποθέσει κάποιος ότι η απεικονιστική ανάλυση της πολιτειακής αυτορρύθμισης είναι ανάλογη ενός σεισμογραφήματος.

Γι' αυτό το λόγο, η αυτορρύθμιση μέσω της ανάδειξης νέων θεσμικών εργαλείων, της αναγνώρισης νέων φορέων συμμετοχής² ή μέσω της αλλαγής των δομών μιας κοινωνίας με τα ήδη υπάρχοντα, αποτελεί ένα σημαντικό πεδίο προς διερεύνηση, ιδίως σε θέματα συνταγματικής μεθοδολογίας και προσδιορισμού της πολιτειολογικής ταυτότητας ενός Κράτους.

Άλλωστε, σε μια φιλελεύθερη δημοκρατία, η σύγκρουση ανταγωνιστικών συλλογικών δικαιωμάτων³, όπως λ.χ. το δικαίωμα για προστασία του περιβάλλοντος με το δικαίωμα στην συλλογική οικονομική ανάπτυξη, βρίσκει πρακτικά δίοδο επίλυσης και μέσω της διαβουλευτικής-διαπραγματευτικής διαδικασίας.

Γι' αυτό το λόγο, αφού αρχικά σκιαγραφήσουμε το πώς η δημόσια διαβούλευση έχει μέχρι τώρα διευρύνει τη νομιμοποίηση των αποφάσεων στην Ελλάδα (I), θα εξετάσουμε ακολούθως τα εμπειρικά αποτελέσματα αυτής της διεύρυνσης (II)

¹ Ευχαριστώ τον Καθηγητή, κ. Σ. Βλαχόπουλο, για την επίβλεψη και τις επισημάνσεις του στη μελέτη αυτή.

² Αναγνωρίζονται λ.χ. επιπρόσθετοι φορείς, ως «Δέκτες των αντιδράσεων και αντιλήψεων του δημοσίου χώρου», όπως οι Δικηγορικοί Σύλλογοι, σύμφωνα με την παρ. 6 του Προοιμίου του Κώδικα περί Δικηγόρων, που αποκτούν πλέον έναν πιο έντονα επιφορτισμένο ρόλο.

³ Van Lang Agathe, «Le principe de participation : un succès inattendu», Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 01 avril 2014, T. 43, σελ. 25

D) Διεύρυνση Δημοκρατικής Νομιμοποίησης

Ως προς το Εσωτερικό Νομοθετικό Πλαίσιο οφείλουμε να υπογραμμίσουμε τα εξής: Το δικαίωμα στη συμμετοχή στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της Χώρας, όπως και το δικαίωμα στη δημόσια επικοινωνία κατοχυρώνονται στα άρθρα 5 και 5Α του Συντάγματος αντιστοίχως.

Η εφαρμογή, ιδίως, του δικαιώματος της δημόσιας επικοινωνίας σε αντιπαράβολή με το συγγενές προς αυτό, συνταγματικά κατοχυρωμένο στο άρθρο 20 παρ. 2 Σ, δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, δεν έχει συσταλτικό χαρακτήρα.

Η ρύθμιση που υποβάλλεται σε διαβούλευση είναι κάθε νομοσχέδιο, προσθήκη ή τροπολογία και κάθε κείμενο που περιέχει γενικό και απρόσωπο κανόνα δικαίου⁴.

Επίσης δεν απαιτείται ως όρος η ύπαρξη θετικής βλάβης ή αυτεπάγγελτης ενέργειας της Διοικήσεως με την οποία να προκαλείται βλάβη στα έννομα συμφέροντα του διοικούμενου που συμμετέχει στη διαδικασία της διαβούλευσης. Αρκεί για παράδειγμα, στη διαβούλευση, και η έκθεση απόψεων των ενδιαφερόμενων φορέων με στόχο «τη δημιουργία μιας νέας νομικής κατάστασης»⁵.

Σε νομοθετικό επίπεδο ο ν.4048/2012 («Ρυθμιστική Διακυβέρνηση: Αρχές, Διαδικασίες και Μέσα Καλής Νομοθέτησης») ορίζει ρητά τη διαβούλευση ως ένα μέσο καλής νομοθέτησης, το οποίο στοχεύει στη βελτίωση της ρυθμιστικής διακυβέρνησης. Το άρθρο 6 περιγράφει αναλυτικά τη διαδικασία δημόσιας διαβούλευσης, προβλέποντας ότι η διαδικασία της διαβούλευσης ολοκληρώνεται σε δύο φάσεις που μπορούν να ολοκληρωθούν ταυτόχρονα⁶.

Για να κατανοήσουμε όμως αν το ισχύον εσωτερικό νομοθετικό πλαίσιο θέτει πραγματικά τα θεμέλια για ευρύτερη δημοκρατική νομιμοποίηση, είναι σκόπιμο σε πρώτο στάδιο να εξετάσουμε αν ιστορικά έχει σημειωθεί πράγματι νομοθετική εξέλιξη στο πεδίο της δημόσιας διαβούλευσης.

Στην Ελλάδα, ειδικότερα, η πρώτη μορφή διαβούλευσης εμφανίστηκε με το άρθρο 3 παρ.1 του ν.δ. της 17/07/1923, το οποίο προέβλεπε αρχικά, σαν μορφή μετεξέλιξης της αρχής της προηγούμενης ακρόασης, την μαζική ειδοποίηση του κοινού και τη

⁴ Όπως υπογραμμίζεται στην αιτιολογική έκθεση του νόμου 4048/2012: «οι κανονιστικές πράξεις μείζονος σημασίας είναι αυτές που επηρεάζουν ή εκτιμάται ότι επηρεάζουν πάνω από το 40% του πληθυσμού της χώρας ή εικάζεται ότι θα έχουν οικονομικές επιπτώσεις σε πεδία σημαντικά για την οικονομική ανάπτυξη (π.χ. τουρισμός, ναυτιλία, μικρομεσαίες επιχειρήσεις κλπ).»

⁵ Σιούτη Γλυκερία, Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Σάκκουλα 2004, σελ. 239-242

⁶ « α) Η πρώτη φάση της διαβούλευσης διαρκεί τουλάχιστον δύο (2) εβδομάδες. Αντικείμενο της διαβούλευσης εν προκειμένω είναι η ενημέρωση και η παροχή δυνατότητας σχολιασμού σχετικά με το στόχο και το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα της σχεδιαζόμενης ρύθμισης, οι εναλλακτικές επιλογές, το κόστος, τα οφέλη και οι διακινδυνεύσεις που ενδέχεται να προκύψουν από αυτήν και β) η δεύτερη φάση διαρκεί τουλάχιστον τρεις (3) εβδομάδες. Κατά τη δεύτερη φάση της διαβούλευσης αναρτάται στο δικτυακό τόπο προσχέδιο των διατάξεων του νομοσχεδίου και παρέχεται η δυνατότητα κατ' άρθρον σχολιασμού»

δυνατότητα υποβολής ενστάσεων των πολιτών στη διαδικασία προ της έγκρισης του πολεοδομικού σχεδίου. Η διάταξη, αν και πρωτότυπη για την εποχή της, χαρακτηρίστηκε ανεπαρκής⁷. «Ελάχιστοι ήταν πολίτες που λάμβαναν γνώση της σχεδιαζόμενης ρύθμισης, με αποτέλεσμα η συμμετοχή των πολιτών, που θεωρείται ουσιαστική προϋπόθεση, να εμφανίζεται περιορισμένη»⁸.

Πάρα ταύτα, μεταγενέστερα νομοθετήματα εντόπισαν το πρόβλημα αυτό και προσπάθησαν να ενισχύσουν τη συμμετοχή των πολιτών με διάφορους τρόπους. Για παράδειγμα, ο ν. 947/1979 προέβλεπε προθεσμία έκθεσης της γενικής μελέτης μιας οικιστικής περιοχής επί ένα μήνα και προθεσμία δύο μηνών από τη δημοσίευσή της προς υποβολή ενστάσεων κατά της μελέτης.

Επίσης ο ν. 1337/1983 επεξέτεινε τα μέσα ενημέρωσης του κοινού ορίζοντας ότι «πρέπει να επιδιώκεται η συμμετοχή των ενδιαφερόμενων πολιτών στη σύνταξη του γενικού πολεοδομικού σχεδίου με κάθε πρόσφορο τρόπο, όπως π.χ. ανοιχτές συγκεντρώσεις ή ενημέρωση με τον τύπο», ενώ έθετε ως μέσο συμμετοχής στη διαδικασία εκπόνησης και έγκρισης του γενικού πολεοδομικού σχεδίου πέραν της υποβολής ενστάσεων και **την έκφραση των απόψεων των πολιτών**.

Ωστόσο, όπως υπογραμμίζεται από τη θεωρία, «η πρόβλεψη άμεσων συμμετοχικών διαδικασιών... πρέπει μάλλον να θεωρείται εξαιρετικό φαινόμενο στην ιστορία του ελληνικού διοικητικού δικαίου»⁹.

Τάση μάλιστα προς θεσπισμένη αξιοποίηση του κοινωνικού διαλόγου, εμφανίζεται ξανά πολύ αργότερα το 1994 με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή (ΟΚΕ), η οποία ιδρύθηκε με βάση το αντίστοιχο ευρωπαϊκό πρότυπο της ΕΟΚΕ και της οποίας τελικά όμως τα πρακτικά αποτελέσματά χαρακτηρίστηκαν πενιχρά¹⁰.

Αλλά η επιρροή του κοινοτικού δικαίου στο πεδίο της δημόσιας διαβούλευσης έγινε εμφανέστερη πιο δυναμικά μέσω του πεδίου δράσης των ρυθμιστικών αρχών, εξαιτίας κυρίως της νέας ύλης προς ρύθμιση που εισήγαγε.

Αν αναλογιστεί μάλιστα κάποιος σήμερα ότι στο άρθρο 11 της ΣΕΕ κατοχυρώνεται ρητά η συμμετοχή της Κοινωνίας των Πολιτών σε έναν τακτικό και διαφανή διάλογο με τα θεσμικά όργανα της Ε.Ε., αντιλαμβάνεται τη ζύμωση που έχει γίνει στον τομέα αυτό, από την οποία δεν θα μπορούσε παρά να επηρεαστεί και η ελληνική πρακτική.

Για παράδειγμα, Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές, όπως η Ε.Ε.Τ.Τ.¹¹ είχαν θεσπίσει ειδικό Κανονισμό Δημόσιας Διαβούλευσης πριν την υιοθέτηση ακόμη του ν.4048/2012. Ειδικότερα στο πλαίσιο του Κανονισμού αυτού αξίζει να

⁷ Ψύγκας Αθανάσιος-Ευστράτιος, «Η συμμετοχή της κοινωνίας των πολιτών στην παραγωγή κανόνων δικαίου από τη Διοίκηση, Εκδ. Σάκκουλα 2009, σελ.51

⁸ Σκουρής Βασίλειος, Χωροταξικό και πολεοδομικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα 1991, σελ 140

⁹ Ψύγκας Αθ., όπ.π., σελ 51

¹⁰ Χριστοπούλου Σωτηρία, «Δημόσια διαβούλευση μέσω του Διαδικτύου. Η περίπτωση της δικτυακής πλατφόρμας opengov.gr», ΕΚΠΑ 2010-2011, σελ.61

¹¹ η Ε.Ε.Τ.Τ. με την υπ' αριθμ. 375/10 απόφαση της 14/2/2006 θέσπισε τον «Κανονισμό Διαδικασίας Δημόσιας Διαβούλευσης»

υπογραμμίσουμε ορισμένα σημεία: **την δυνατότητα των εμπλεκόμενων μερών να ζητήσουν από την ρυθμιστική αρχή να αποφασίσει την διεξαγωγή ή μη μιας διαβούλευσης**¹², όπως και τη **δυνατότητα δημοσίευσης των πληροφοριών που εμπειρεύονται στην Ε.Ε.Τ.Τ. για λόγους διαφάνειας**, εφόσον δεν έχουν χαρακτηριστεί ως εμπιστευτικές από το εμπλεκόμενο μέρος που τις παρείχε¹³.

Επίσης, ειδικό πλαίσιο διαβούλευσης στο πεδίο δράσης των ΟΤΑ έχει ήδη θέσει και ο Ν.3463/2006 («Ρυθμίσεις για τα νομικά πρόσωπα των δήμων και των Κοινοτήτων»), στο άρθρο 79 του οποίου τίθεται εκ νέου επιταγή για διεύρυνση των μέσων δημοσιοποίησης των αποφάσεων¹⁴. Ωστόσο, σύμφωνα με την νομολογία¹⁵ το εύρος των θεμάτων που αφορούσαν αυτό το είδος διαβούλευσης περιοριζόταν αυστηρά σε αυτά που απαριθμούσε ο νόμος. Αλλά και στο άρθρο 76 του «Καλλικράτη» υπάρχει επίσης ειδική μνεία για τη σύσταση Δημοτικής Επιτροπής Διαβούλευσης.

Η διεύρυνση εξάλλου των διαδικασιών διαβούλευσης σε επίπεδο Τοπικής Αυτοδιοίκησης είναι μια πρόταση που προάγεται πολύ σήμερα ενόψει και του επικείμενου Αναθεωρητικού διαλόγου¹⁶.

II) Εμπειρικά αποτελέσματα διεύρυνσης

Ποια είναι όμως τα πρακτικά αποτελέσματα που έχουν επέλθει από την εισαγωγή της διαβούλευσης ως θεσμικό εργαλείο στην ελληνική έννομη τάξη;

Συγκριτικά με τα άλλα μέσα καλής νομοθέτησης, η δημόσια διαβούλευση φαίνεται σήμερα να κατέχει τον κομβικό ρόλο τόσο σε θέματα εκτίμησης περιβαλλοντικών επιπτώσεων όσο όμως στην ενσωμάτωση του ευρωπαϊκού δικαίου στην εθνική έννομη τάξη. Οι λόγοι της συχνής χρήσης αυτού του εργαλείου φαίνεται να ερίζονται

¹² Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ.5 του Κανονισμού Δημόσιας Διαβούλευσης της Ε.Ε.Τ.Τ.: «η διαδικασία των διαβουλεύσεων αρχίζει... κατόπιν αιτήματος των ενδιαφερόμενων μερών, το οποίο εξετάζει η Ε.Ε.Τ.Τ. υπό το πρίσμα ειδικών συνθηκών... και δύναται να αποφασίσει τη διεξαγωγή ή όχι διαβούλευσης». Η δυνατότητα αυτή δεν υπερβαίνει την νομοθετική εξουσιοδότηση Βλ. Ψύγκας Αθ., όπ.π., σελ. 55

¹³ Η δυνατότητα αυτή δεν είναι δεσμευτική για την Ε.Ε.Τ.Τ. εφόσον δεν απαιτείται να αιτιολογήσει ειδικά γιατί έλαβε υπόψη ή απέρριψε μια πληροφορία. Ωστόσο, η μη δημοσίευση ορισμένων σχολίων, επειδή το εμπλεκόμενο μέρος τα έχει χαρακτηρίσει ως εμπιστευτικά, χωρίς τη συνδρομή άλλων προϋποθέσεων (λ.χ. επαγγελματικό απόρρητο) εμπειρικλίνει κίνδυνο κατάχρησης.

¹⁴ Βλ. Άρθρο 79 παρ. 4 εδ. β': «το δημοτικό και κοινοτικό συμβούλιο λαμβάνει μέτρα για την όσο το δυνατόν ευρύτερη δημοσιοποίηση των αποφάσεων αυτών, μέσω των τοπικών μέσων μαζικής ενημέρωσης, εκδίδοντας ειδικούς οδηγούς ενημέρωσης των κατοίκων και των οικείων επαγγελματικών τάξεων και χρησιμοποιεί, για τον ίδιο σκοπό, οποιοδήποτε άλλο πρόσφορο μέσο.»

¹⁵ Βλ. ΣτΕ 2214/2003 «οι διατάξεις αυτές αφορούν μόνο τις τοπικές κανονιστικές αποφάσεις των δημοτικών ή κοινοτικών συμβουλίων της παραγράφου 1 του αυτού άρθρου και όχι τις κανονιστικές αποφάσεις των δημοτικών και κοινοτικών συμβουλίων για την επιβολή φόρων, τελών, δικαιωμάτων κ.λ.π.»

¹⁶ Σωτηρέλης Γεώργιος, «Προτάσεις αναθεώρησης συνταγματικών διατάξεων για την αναβάθμιση της Τοπικής Αυτοδιοίκησης», ΕφημΔΔ, Τ. 6/2013, σελ 790-810

σε δύο κυρίως κίνητρα: α) στην ανάγκη για «τεχνοκρατική νομιμοποίηση»¹⁷ και β) στην ανάγκη για «συνδεσιμότητα».

Η «τεχνοκρατική νομιμοποίηση» επέρχεται ως συνέπεια των σχολίων που εναποθέτουν οι ειδικοί επί του θέματος. Άλλωστε, η ανάγκη για «αλληλεξάρτηση των πόρων», εν προκειμένω των τεχνικών και επιστημονικών γνώσεων, δεν εμφανίζεται μόνο στον τομέα της δημόσιας διαβούλευσης¹⁸. Το πρόβλημα όμως που παρουσιάζεται συχνά στην πράξη είναι η περιορισμένη εξατομικευμένη συμμετοχή των πολιτών, αφού το μεγαλύτερο μέρος και τα καλλίτερης μάλιστα ποιότητας σχόλια επί ειδικών θεμάτων προέρχονται συνήθως από η βιομηχανία, που διαθέτει εξειδικευμένο νομικό προσωπικό.

Η «συνδεσιμότητα», από την άλλη, αντικατοπτρίζει την ανάγκη για αξιοποίηση της συμπεριφοράς εκείνων που φτιάχνουν τη δημόσια πολιτική («policy makers»), εκείνων που την αποδέχονται («stakeholders»), αλλά και των «ενδιάμεσων δρώντων» («policy brokers»)¹⁹. Η αξιοποίηση των μηχανισμών έκφρασης όλων αυτών των παραγόντων είναι σημαντική ενόψει μάλιστα και της ευελιξίας που απαιτείται στη διαχείριση των δημοσίων επιλογών μετά την οικονομική κρίση.

Επιπλέον το ισχύον μοντέλο ψηφιοαθροιστικής δημοκρατίας βασίζεται στην ανανέωση της λαϊκής εντολής ανά τετραετία, ενώ οι συνταγματικοί κανόνες εκτάκτου νομοθέτησης φαίνεται να έχουν χρησιμοποιηθεί και κατά κατάχρηση. Συνεπώς, η μετάβαση σε ένα πιο συμμετοχικό-διαβουλευτικό μοντέλο διακυβέρνησης που θα λειτουργεί ίσως παραπληρωματικά ως προς το ήδη υπάρχον αντιπροσωπευτικό είναι κάτι που πρέπει να εξεταστεί ενδεχομένως περισσότερο.

Εντούτοις ένα σύστημα με πιο περίπλοκους κανόνες συμμετοχής κινδυνεύει πολλές φορές να χάσει σε χρόνο και αποτελεσματικότητα.

Στην Ελλάδα όμως ο έλεγχος των σχεδίων νόμων, από την κατάθεση τους, αποτελεί ύλη των interna corporis της Βουλής.

Στην ελληνική νομολογία επίσης η «δημόσια διαβούλευση» δεν έχει τύχει ακόμα ιδιαίτερης επεξεργασίας. Θεωρείται βέβαια πλημμέλεια η μη διεξαγωγή «διαβούλευσης», όταν ο ίδιος ο νομοθέτης την επιβάλλει ως προϋπόθεση έκδοσης μιας κανονιστικής πράξης²⁰.

¹⁷ Βαρεία Μαρίκα, «Η Σχέση της Προκοινοβουλευτικής Νομοθετικής Διαδικασίας με την Κοινοβουλευτική ως πρόβλημα του Συνταγματικού Δικαίου», ΕΚΠΑ 2011

¹⁸ Σε περιπτώσεις σύμπραξης του Δημοσίου με τον Ιδιωτικό τομέα, για παράδειγμα, τα οφέλη που απορρέουν από τη διαδραστική αυτή σχέση, πέραν των οικονομικών, ανάγονται και στο επίπεδο της ευρύτερης «τεχνοκρατικής νομιμοποίησης».

¹⁹ Με τον όρο αυτό εννοούμε τους «δρώντες που ανήκουν σε περισσότερα δίκτυα πολιτικής (policy networks) και σπάζουν τα μεταξύ τους όρια». Για την έννοια και τους μηχανισμούς δράσης των «ενδιάμεσων δρώντων» βλ. Duane Bratt, «Clarifying the Policy Broker in the Advocacy Coalition Framework», International Conference on Public Policy Grenoble, France June 26-28, 2013

²⁰ ΣτΕ 3261/ 2010: «...δεν προβλέπεται από διατάξεις της νομοθεσίας η υποχρεωτική διαβούλευση με κατοίκους της περιοχής πριν από την λήψη αποφάσεως για την εγκατάσταση συστημάτων μηχανικής

Γι' αυτό, για να κατανοήσουμε περισσότερο τα προβλήματα που άπτονται αυτής της μεθόδου, είναι σκόπιμο να εκθέσουμε μια σύντομη άποψη της συμμετοχής των πολιτών στην παραγωγή κανόνων δικαίου σε ένα άλλο πιο πλουραλιστικό μοντέλο διακυβέρνησης, όπου αυτή έχει τύχει μεγαλύτερης επεξεργασίας.

Στο Αμερικάνικο μοντέλο, για παράδειγμα, έχει ισχύ από το 1946 η Πράξη Διοικητικής Διαδικασίας («Administrative Procedure Act») ως μέθοδος θέσπισης γενικών κανόνων («rulemaking»). Το «rulemaking» διακρίνεται σε τυπικό («formal»)²¹ και άτυπο («informal»). Κατά το άτυπο «rulemaking», ακολουθείται συνήθως η διαδικασία «δημοσιοποίησης και σχολιασμού» («notice and comment»), όπου μετά τη δημοσιοποίηση της προτεινόμενης διαδικασίας στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, στην οποία προσδιορίζονται και οι όροι αυτής, τα ενδιαφερόμενα πρόσωπα έχουν τη δυνατότητα να υποβάλλουν σχόλια.

Η λήψη όμως των υποβληθέντων σχολίων δεν έχει πάντα δεσμευτικό χαρακτήρα. Αρχικά η διοικητική αρχή που ήταν επιφορτισμένη με τη θέσπιση του γενικού κανόνα είχε ευρεία διακριτική ευχέρεια και μπορούσε να στηριχθεί μόνο και στις ειδικές της γνώσεις επί του θέματος.

Το κριτήριο δικαστικού ελέγχου που προτάθηκε αρχικά έναντι αυτής της πρακτικής είναι ο κανόνας «arbitrary and capricious standard», δηλαδή η μη υιοθέτηση ενός κανόνα με τρόπο αυθαίρετο και από ιδιοτροπία ή κατά κατάχρηση της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης²². Ο έλεγχος αυτός όμως στην πράξη αποδείχθηκε περιορισμένος.

Γι' αυτό σε ένα post facto στάδιο ελέγχου, τα δικαστήρια επέβαλαν στη διοίκηση να συλλέγει και να δημοσιεύει όλο το κρίσιμο υλικό που στοιχειοθετούσε την αποδεικτική βάση των κανονισμών.

Αλλά αυτό είχε ως απόρροια να δημιουργείται ένας ογκώδης φάκελος και να επιβαρύνεται σταδιακά η διοίκηση με ένα πλέγμα διαδικαστικών υποχρεώσεων, οι οποίες χαρακτηρίστηκαν στη συνέχεια και από αυστηρή τυπικότητα και μεγάλη χρονική έκταση.

Ωστόσο, αν και έγινε προσπάθεια αντιμετώπισης αυτών των δυσχερειών, με την υιοθέτηση ορισμένων κυρίως προσταδίων, όπως το στάδιο της «ρυθμιστικής διαπραγματεύσεως»²³, το πρόβλημα δε φάνηκε όμως να λύνεται αποτελεσματικά. Σε

αποκομιδής απορριμμάτων. Συνεπώς, οι περί του αντιθέτου λόγοι ακυρώσεως πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.»

²¹ Πρόκειται για μια ιδιαίτερη διαδικασία, όπου ειδικοί υπάλληλοι, που τυγχάνουν εγγυήσεων ανεξαρτησίας, οι administrative law judges, συλλέγουν τα στοιχεία-αποδείξεις (evidence), όπως στη δικαστική διαδικασία, ώστε να δημιουργηθεί φάκελος (record). Αν οι αποδείξεις δεν είναι σημαντικές (substantial evidence), οι πράξεις που προκύπτουν από τη διαδικασία μπορεί να ακυρωθούν με δικαστικό έλεγχο. Για τη διαδικασία αναλυτικά βλ. Ψύγκας Αθ, όπ.π., σελ 27-28

²² Ψύγκας Αθ., όπ.π., σελ. 29

²³ Κατά τη διαδικασία αυτή τα εμπλεκόμενα μέρη έρχονται απευθείας σε διαπραγματεύσεις υπό την επίβλεψη και καθοδήγηση εκπροσώπου της διοικητικής αρχής, προκειμένου να υιοθετηθεί το κείμενο του υπό διαβούλευση κανονισμού.

τελική μάλιστα ανάλυση δεν φάνηκε επίσης να εμπλέκεται περισσότερο ο πολίτης ατομικά στη διαδικασία.

Ο προβληματισμός που προκύπτει συνεπώς από τις τελευταίες αυτές παρατηρήσεις είναι το πώς η χρήση της «δημόσιας διαβούλευσης» θα μπορούσε να οδηγήσει στην ουσιαστικότερη ενημέρωση και συμμετοχή του πολίτη, αφού και εντός των πολιτικών δικτύων αυτή δεν μοιάζει πάντα επαρκώς αποδοτική²⁴.

Το ερώτημα που ανακύπτει, ως εκ τούτου, είναι αν κρίνεται θεμιτός και εν τοις πράγμασι εφικτός ένας πιο αυστηρός ίσως προσδιορισμός των διατάξεων που αφορούν στα πολιτικά δίκτυα; Αν μπορούν, από την άλλη, να περιοριστούν οι κίνδυνοι, που ενυπάρχουν σ' ένα σύστημα ενισχυμένης παρέμβασης των πολιτικών δικτύων και ποια, σε τελική ανάλυση, είναι τα ευλόγα όρια παρέμβασης του νομοθέτη σε ένα σύστημα διαβούλευσης;

²⁴ Για παράδειγμα στην πράξη η συμμετοχή σε ένα σωματείο π.χ. οικολογικό, επιστημονικό κλπ ή σε ένα πολιτικό κόμμα, αν και αποτελεί ένδειξη, δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ότι γίνεται και κατ' ουσία δουλειά ως προς την ενημέρωση και ενεργοποίηση των μελών του στη λήψη αποφάσεων ξεχωριστά.

Η διαπραγμάτευση ως εξαιρετική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης.

Αλέξανδρος Πασιατάς, LL.M. Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος

Εισαγωγή

Η εξέλιξη της σύγχρονης διοίκησης έχει οδηγήσει την κρατική μηχανή στην ανάληψη πρωτοβουλιών και επεμβατικών ενεργειών σε τομείς που κατά παράδοση ανήκαν στον ιδιωτικό τομέα. Πέρα λοιπόν από το συνήθη ρόλο της διοίκησης στην υποχρέωση τήρησης της τάξης και της ασφάλειας των πολιτών, παρατηρείται και η υποχρέωση του κράτους για εκπλήρωση καθηκόντων παροχής αγαθών και υπηρεσιών που άπτονται του οικονομικού όσο και του κοινωνικού και πολιτιστικού πεδίου¹.

Η διοίκηση λοιπόν, πέρα από τον παραδοσιακό της ρόλο, αναλαμβάνει και μία σειρά λειτουργιών και εξυπηρέτησης δημοσίων υπηρεσιών εμπορικού, βιομηχανικού ή κοινωνικού χαρακτήρα², παρεμβαίνοντας έτσι στον ιδιωτικό τομέα, προκειμένου να ικανοποιήσει τις νέες ανάγκες που γεννώνται³. Παρατηρείται, με αυτόν τον τρόπο, μία έντονη συμμετοχή της σύγχρονης διοίκησης στις συναλλαγές και γενικότερα στην ιδιωτική οικονομία, άλλοτε κρατώντας το εξουσιαστικό της προνόμιο και άλλοτε ενεργώντας αμιγώς ως ιδιώτης, με αποτέλεσμα η διοίκηση να συνάπτει είτε δημόσιες (διοικητικές) συμβάσεις είτε ιδιωτικές συμβάσεις.

Το αποτέλεσμα της σύναψης μίας δημόσιας σύμβασης, είναι η επιλογή από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής της καλύτερης δυνατής προσφοράς ανάμεσα σε περισσότερες, μέσα από μία διαδικασία σύνθετη και καθόλου απλή. Η διοίκηση δηλαδή κατά τη διαδικασία σχηματισμού της βούλησης της ακολουθεί συγκεκριμένες αρχές και κανόνες, που υπαγορεύονται τόσο από το εθνικό όσο και

¹ Βλ. Δ. Ράκου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 3

² Τέτοιες υπηρεσίες αφορούν την ηλεκτροδότηση, την παροχή ύδατος την παιδεία, την υγειονομική περίθαλψη, και διάφορες άλλες υπηρεσίες κυρίως πολιτιστικού ενδιαφέροντος, όπως ίδρυση κολυμβητηρίων, θεάτρων, μουσείων, γυμναστηρίων κλπ.

³ Βλ. Δ. Κοντογιώργα – Θεοχαροπούλου, Η διοικητική οργάνωση του Κράτους, 2002, σελ. 25.

από το ενωσιακό δίκαιο, περιλαμβάνοντας και τρόπο επιλογής, τον καθορισμό των όρων της σύμβασης μέχρι την επιλογή του εκάστοτε αντισυμβαλλόμενου⁴.

Στην παρούσα μελέτη θα εξετάσουμε τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης ως μία εξαιρετική περίπτωση κατά τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης, μία διαδικασία που δεν είναι η συνήθως εφαρμοζόμενη στη διοικητική πρακτική, υπόκειται ωστόσο σε συγκεκριμένες αρχές και κανόνες, ακριβώς λόγω και του ειδικού και σπάνιου χαρακτήρα της.

Κατ' αρχήν όμως κρίνεται απαραίτητη η οριοθέτηση της έννοιας της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης στην ανάθεση μίας δημόσιας σύμβασης. Διαπραγμάτευση είναι η διαδικασία εκείνη, κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή διαβουλεύεται με τους οικονομικούς φορείς της επιλογής της και διαπραγματεύεται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς. Προσομοιάζει δηλαδή με τη δημοπρασία με απευθείας ανάθεση που προβλέπει η εθνική νομοθεσία⁵, αποτελώντας τόσο έναν ευέλικτο τρόπο ως προς την ανάθεση της σύμβασης όσο και μία πιθανή περίπτωση να ελλοχεύει κινδύνους που απειλούν την ανταγωνιστικότητα και την αρχή της ισότιμης συμμετοχής κατά τη διαδικασία κατάρτισης μίας δημόσιας σύμβασης⁶.

I. Η έννοια της διαπραγμάτευσης ειδικότερα και η εφαρμογή της.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, κύριο χαρακτηριστικό της διαδικασίας διαπραγμάτευσης είναι ότι οι Αναθέτουσες Αρχές διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες τους όρους της σύμβασης. Αυτό σημαίνει ότι οι Αναθέτουσες Αρχές όταν προσφεύγουν στη διαδικασία αυτή μπορούν να προσκαλούν του υποψηφίους με σκοπό την ανάθεση σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσιών και ταυτόχρονα να συζητούν και να διαπραγματεύονται με τους υποψήφιους που ανταποκρίθηκαν στην πρόκληση τους όρους της σχετικής σύμβασης που περιλαμβάνονται στη συγκεκριμένη πρόσκληση.

Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης αποτελεί τόσο κατά το εθνικό όσο και κατά το ενωσιακό δίκαιο μία εξαιρετική διαδικασία, η προσφυγή στην οποία

⁴ Βλ. *Ε. Σπηλιωτόπουλος*, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, 1996, σελ. 189 επ.

⁵ Βλ. *Α. Γέροντα*, *Δίκαιο Δημοσίων Έργων*, 2009, σελ. 279.

⁶ Βλ. *Δ. Ράικου*, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2014, σελ. 301

επιτρέπεται σε συγκεκριμένες περιπτώσεις που αναφέρονται περιοριστικά στο νόμο. Αξίζει μάλιστα να σημειωθεί ότι η απόφαση της αναθέτουσα αρχής περί της προσφυγής στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, ενώ όταν η αναθέτουσα αρχή προσφεύγει για δεύτερη φορά στη σχετική διαδικασία διαπραγμάτευσης, τότε δεν αρκεί η αναφορά στους λόγους που την οδήγησαν να προσφύγει για πρώτη φορά στη διαδικασία, αλλά πρέπει να βεβαιώνεται αιτιολογημένα ότι οι αρχικοί λόγοι(ή και νέοι) συντρέχουν για την εκ δευτέρου προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία⁷.

Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2004/18/EK και 2004/17/EK, η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία θα πρέπει να πληροί τις προϋποθέσεις των διατάξεων των άρθρων 24 του π.δ. 60/2007 και 25 του π.δ. 60/2007. Όταν όμως πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις, οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω αναφερόμενων οδηγιών, τότε θα πρέπει να πληρούνται οι εκάστοτε προϋποθέσεις που προβλέπουν οι αντίστοιχες διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας⁸.

Κατά τη διαδικασία διαπραγμάτευσης η Αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να εφαρμόζει, πέρα από τις διατάξεις της κείμενης εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας, και όλες τις αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, όπως την αρχή της καλής και χρηστής διοίκησης, την αρχή της διαφάνειας και την αρχή της ίσης μεταχείρισης (και με τους οικονομικούς φορείς που διαπραγματεύεται) και ιδιαίτερα όταν προσδιορίζει συμβατικούς όρους αλλά και όταν αξιολογεί τις προσφορές και τα συγκριτικά τους πλεονεκτήματα και διαπραγματεύεται αυτές τις προσφορές⁹.

Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης περιλαμβάνει τη διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης και τη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, περιπτώσεις στις οποίες η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει μόνο σε συγκεκριμένες περιπτώσεις που αναφέρονται περιοριστικά τόσο στην Κοινοτική Οδηγία όσο και στην εθνική νομοθεσία και οι οποίες αναλύονται παρακάτω.

⁷ Βλ. ΣτΕ 1747/2011

⁸ Όπως για παράδειγμα το άρθρο 28 του ν.3669/2008 για τα δημόσια έργα ή το άρθρο 2 του ν. 2286/1995 για τις προμήθειες.

⁹ Βλ. Δ. Ράικον, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 302 επ.

II. Η διαδικασία και τα στάδια της διαπραγμάτευσης

Αν και επαφίεται στην αναθέτουσα αρχή να προσδιορίσει κατά περίπτωση τα στάδια της διαδικασίας, συνήθως αυτή διεξάγεται σε δύο στάδια. (διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης). Το πρώτο στάδιο αφορά την εκδήλωση ενδιαφέροντος για διαπραγμάτευση. Έτσι λοιπόν η αναθέτουσα αρχή προβαίνει στη δημοσίευση προκήρυξης σύμβασης και ακολούθως διαθέτει στους ενδιαφερόμενους τα έγγραφα της εκδήλωσης ενδιαφέροντος για διαπραγμάτευση με βάση τα οποία αυτοί υποβάλλουν τις αιτιάσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης. Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε μία προεπιλογή των υποψηφίων με βάση τα προκαθορισμένα κριτήρια επιλογής.

Το επόμενο στάδιο ξεκινά με την αποστολή πρόσκλησης στους προεπιλεγέντες οικονομικούς φορείς για υποβολή προτάσεων προς διαπραγμάτευση, καθώς ήδη στα έγγραφα της εκδήλωσης ενδιαφέροντος προς διαπραγμάτευση η αναθέτουσα αρχή περιλαμβάνει και τους όρους που προτίθεται να διαπραγματευτεί. Οι προεπιλεγέντες υποψήφιοι υποβάλλουν τις προτάσεις τους για διαπραγμάτευση και η αναθέτουσα αρχή μετέπειτα, αφού επεξεργαστεί και τις προτάσεις τους, καλεί με έγγραφη πρόσκληση τους οικονομικούς αυτούς φορείς για διαπραγμάτευση.

Η διαπραγμάτευση ξεκινά με τη διατύπωση διευκρινιστικών ερωτημάτων επί του περιεχομένου των εγγράφων καθώς και με σχόλια επί του σχεδίου της σύμβασης και ακολουθεί η διαπραγμάτευση της αναθέτουσας αρχής με τους οικονομικούς φορείς επί των προτάσεων τους. Μετά το πέρας της διαπραγμάτευσης, η αναθέτουσα αρχή, εξετάζει και αξιολογεί τα σχόλια που έχουν υποβληθεί και αξιολογεί τις υποβληθείσες προτάσεις, οπότε και μπορεί, ανάλογα και με τα αποτελέσματα της διαπραγμάτευσης, να μπορεί σε τροποποίηση των εγγράφων που αρχικά έθεσε. Ανάλογα με την έκταση των τροποποιήσεων που θα απαιτηθεί να γίνουν, η αναθέτουσα αρχή δύναται να εκδώσει «Τεύχος Μεταβολών» των εγγράφων του διαγωνισμού ώστε να καλυφθούν οι απαιτήσεις της, χωρίς βέβαια να μπορεί να είναι δυνατή κάποια ουσιώδης μεταβολή των εγγράφων αυτών.

Μετά την ολοκλήρωση αυτής της διαδικασίας ακολουθεί το στάδιο των δεσμευτικών προσφορών από τους συμμετέχοντες στη διαπραγμάτευση, που γίνεται με τα έγγραφα του διαγωνισμού όπως τελικά διαμορφώθηκαν, αξιολογούνται οι προσφορές αυτές και τελικά η σύμβαση ανατίθεται στην καλύτερη προσφορά.

Στη διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης η διαδικασία είναι περίπου ίδια με κάποιες διαφοροποιήσεις. Κατ' αρχήν η πρόσκληση προς τους οικονομικούς φορείς δε δημοσιεύεται αλλά αποστέλλεται σε συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς που κατά την κρίση της αναθέτουσα αρχής μπορούν να εκτελέσουν ένα έργο, ή να προσφέρουν μία προμήθεια ή να παρέχουν μία υπηρεσία. Το στάδιο της εκδήλωσης ενδιαφέροντος συνήθως παραλείπεται και η αναθέτουσα αρχή καλεί τους υποψηφίους, που κατά την κρίση της επέλεξε, να υποβάλλουν απευθείας πρόταση για διαπραγμάτευση. Το δεύτερο στάδιο της πρόσκλησης για διαπραγμάτευση διεξάγεται ακριβώς όπως και στην περίπτωση της διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης, με την μόνη διαφορά (εφόσον έχει παραληφθεί το πρώτο στάδιο) ότι ο προσωρινός ανάδοχος, πριν την υπογραφή της σύμβασης, ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή αν ικανοποιεί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των εγγράφων του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας ή διευκρινίζοντας τα πιστοποιητικά και τα έγγραφα που ζητούνται από την πρόσκληση.

III. Η διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 24 του π.δ. 60/2007, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να προσφύγει στη διαδικασία με διαπραγμάτευση μετά την προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού σε τέσσερις περιπτώσεις: α) στην περίπτωση υποβολής μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών, β) στην περίπτωση αδυναμίας συνολικού προκαθορισμού των τιμών, γ) στην περίπτωση που οι προδιαγραφές της σύμβασης δεν είναι δυνατόν να καθορίζονται με επαρκή ακρίβεια και δ) στην περίπτωση των έργων, που εκτελούνται αποκλειστικά για σκοπούς έρευνας, δοκιμής ή τελειοποίησης.

Στις κάτωθι περιπτώσεις η αναθέτουσα αρχή διαπραγματεύεται με τους υποψηφίους προκειμένου οι τελευταίοι να προσαρμόζουν τις προσφορές τους

στους όρους της διακήρυξης, ώστε να επιτευχθεί η καλύτερη προσφορά, εξασφαλίζοντας παράλληλα ίση μεταχείριση στους προσφέροντες. Επιπλέον, δύναται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να προβλέπει στη διακήρυξη ή στη συγγραφή υποχρεώσεων ότι η διαδικασία της διαπραγμάτευσης θα πραγματοποιείται σε διαδοχικά στάδια ώστε να ελαττώνεται ο αριθμός των προσφορών που τίθενται προς διαπραγμάτευση.

α) Η περίπτωση υποβολής μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών

Η περίπτωση αυτή συνδέεται με την υποβολή μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών σε ένα διαγωνισμό που έγινε με ανοιχτή ή κλειστή διαδικασία ή με ανταγωνιστικό διάλογο και εφαρμόζεται μόνο με την προϋπόθεση ότι δε θα τροποποιηθούν ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης¹⁰.

Και στις δύο περιπτώσεις η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να μη δημοσιεύσει προκήρυξη, εάν συμπεριλάβει στις διαπραγματεύσεις όλους του οικονομικούς φορείς που πληρούν τα κριτήρια της ποιοτικής επιλογής και οι οποίοι, κατά την ανοιχτή ή κλειστή διαδικασία ή τον προηγούμενο ανταγωνιστικό διάλογο υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης¹¹. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ακυρώσει και το διαγωνισμό και να τον επαναλάβει με διαδικασία διαπραγμάτευσης με δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, εφόσον δεν επιθυμεί να διαπραγματευθεί με όλους εκείνους που υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές¹².

Ως μη κανονική προσφορά θεωρείται εκείνη που δε συνάδει με τις προδιαγραφές της σύμβασης, καθώς και εκείνη που δεν ανταποκρίνεται στις τυπικές προϋποθέσεις της σύμβασης, όπως προσφορές που δε συμμορφώνονται με τους όρους των εγγράφων του διαγωνισμού. Απαράδεκτη¹³, από την άλλη πλευρά, είναι μία προσφορά που δεν είναι παραδεκτή κατά τις εθνικές διατάξεις, δηλαδή

¹⁰ Βλ. σχετικά άρθρα 28, 39 έως 52 και 55 του π.δ. 60/2007

¹¹ Όπως για παράδειγμα αν υπήρχε υποβολή εγγύηση συμμετοχής, εμπρόθεσμη υποβολή προσφοράς, πληρότητα του φακέλου της προσφοράς κλπ.

¹² Βλ. άρθρο 30 παρ. 1 α' της οδηγίας 2004/18

¹³ Παραδείγματα απαράδεκτης προσφοράς (unacceptable tender), θεωρούνται προσφορές που έχουν υποβληθεί εκπρόθεσμα καθώς και οικονομικές προσφορές που ξεπερνούν τον εκτιμώμενο προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όταν ο προϋπολογισμός αυτός τίθεται ως ανώτατο όριο στα έγγραφα του διαγωνισμού, δηλαδή όταν δε γίνονται αποδεκτές αρνητικές εκπτώσεις.

προσφορά που δεν πληροί τις απαιτήσεις των διατάξεων των άρθρων 4 (μορφή οικονομικών φορέων), 24 (εναλλακτικές προσφορές), 25 (υπεργολαβία), 27 (παροχή πληροφοριών για την οφειλή πόρων κλπ.), καθώς και του κεφαλαίου VII (άρθρα 44-52 για την καταλληλότητα) της οδηγίας 2004/18, όπως είναι λ.χ. η έλλειψη τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου να εκτελέσει τη σύμβαση¹⁴.

Ουσιώδης προϋπόθεση για την προσφυγή στη διαδικασία αυτή, για την περίπτωση δηλαδή μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών, είναι, όπως αναφέρθηκε, η μη τροποποίηση ουσιωδώς των αρχικών όρων της σύμβασης. Στην έννοια των αρχικών όρων της σύμβασης περιλαμβάνονται όλοι οι τεχνικοί, διοικητικοί, χρηματοοικονομικοί όροι που περιέχονται στα έγγραφα του διαγωνισμού. Οι εν λόγω όροι του αρχικού διαγωνισμού, λοιπόν, πρέπει να μην τροποποιούνται ουσιωδώς κατά τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, προκειμένου να αποδεικνύεται ότι η δεύτερη αυτή διαγωνιστική διαδικασία αποτελεί ουσιαστικά συνέχιση της προηγούμενης ανοιχτής ή κλειστής διαδικασίας και ότι δεν πρόκειται για ένα νέο διαγωνισμό¹⁵.

Είναι βέβαια σημαντικό να επισημανθεί πως η έννοια της ουσιώδους τροποποίησης είναι αφηρημένη νομική έννοια και χρησιμοποιείται ευρέως από το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Θεωρείται δε ουσιώδης κάθε τροποποίηση που ενδέχεται να παραβιάσει ορισμένη αρχή του κοινοτικού δικαίου, ιδίως δε την αρχή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, την αρχή της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων αναδόχων ή κυρίως την αρχή της πρακτικής αποτελεσματικότητας των κοινοτικών διατάξεων. Με αυτό το σκεπτικό τροποποιήσεις που σχετίζονται με τεχνικές προδιαγραφές, τον τρόπο χρηματοδότησης της σύμβασης ή της πληρωμής του αναδόχου, τις προθεσμίες εκτέλεσης καθώς και τις προϋποθέσεις παραλαβής των παραδοτέων ή και ζητήματα σχετικά με τις τεχνικές κατασκευής ενός έργου, συγκαταλέγονται μεταξύ των ουσιωδών τροποποιήσεων, που επηρεάζουν και μετασχηματίζουν την αρχική σύμβαση¹⁶.

¹⁴ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 304 – 305.

¹⁵ Βλ. ΣτΕ 1747/2011 και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

¹⁶ Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Οδηγός για τις Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, 1997, σελ. 25.

Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων είχε κρίνει ότι μεταξύ των αρχικών όρων γης σύμβασης των οποίων απαγορεύεται η ουσιώδης τροποποίηση κατά την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης περιλαμβάνεται και η τιμή. Έτσι, υπέρβαση, για παράδειγμα, της προεκτιμώμενης αξίας της αρχικής σύμβασης, ακόμα και αν δεν υπερβαίνει το 10% του αρχικού προϋπολογισμού, συνιστά κατά το ΔΕΚ ουσιώδη τροποποίηση, η οποία δεν επιτρέπει την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση¹⁷.

Πάντως το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων τόνισε πως η έννοια της μη ουσιώδους τροποποίησης πρέπει να ερμηνεύεται στενά, διαφορετικά υπάρχει ο κίνδυνος οι κοινοτικές οδηγίες να στερούνται της πρακτικής αποτελεσματικότητάς τους¹⁸. Ουσιώδης λοιπόν θεωρείται κάθε τροποποίηση του αρχικού διαγωνισμού που αποδυναμώνει το περιεχόμενο και τον εξαιρετικό χαρακτήρα¹⁹ των άρθρων 30 και 31 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ²⁰.

β) Η αδυναμία προκαθορισμού των τιμών

Η περίπτωση αυτή συνδέεται με εξαιρετικές περιστάσεις, όταν πρόκειται για έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες των οποίων η φύση ή διάφοροι αστάθμητοι παράγοντες δεν επιτρέπουν τον προκαθορισμό των τιμών ώστε η αναθέτουσα αρχή να δύναται να προσδιορίσει στα έγγραφα του διαγωνισμού τον προϋπολογισμό του έργου ή της υπηρεσίας ή της προμήθειας²¹. Στην περίπτωση αυτή οι υποψήφιοι ανάδοχοι δε δύνανται με την προσφορά τους να τιμολογήσουν εκ των προτέρων το έργο, προσφέροντας κατ' αυτό τον τρόπο ένα προκαθορισμένο τίμημα, αλλά είναι αναγκασμένοι να συνοδεύσουν την προσφορά τους με προϋποθέσεις που

¹⁷ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 13.01.2005, υπόθεση C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκέψη 47 επ.

¹⁸ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 13.01.2005, υπόθεση C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκέψη 48.

¹⁹ Βλ. ΔΕΚ απόφαση της 13.01.2005, υπόθεση C-84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκέψη 49.

²⁰ Το ΔΕΚ οδηγήθηκε σε αυτή τη σκέψη εξαιτίας ακριβώς και του γεγονότος ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση είναι μία εξαιρετική διαδικασία που πρέπει να χρησιμοποιείται μόνο στις περιοριστικά αναφερόμενες περιπτώσεις. Λόγω λοιπόν του εξαιρετικού χαρακτήρα της εν λόγω διαδικασίας, οι σχετικές κοινοτικές διατάξεις θα πρέπει να ερμηνεύονται στενά. Για αυτό το λόγο λοιπόν και η έννοια της μη ουσιώδους τροποποίησης πρέπει να αποτελεί αντικείμενο στενής ερμηνείας. Για περισσότερα βλ. ΔΕΚ υπόθεση C-385/02, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 19 και ΔΕΚ υπόθεση C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 23.

²¹ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 308. Βλ. και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

αντανακλούν τους κινδύνους που αναλαμβάνουν όπως αυτοί προκύπτουν από τη φύση του έργου ή από διάφορους αστάθμητους παράγοντες που η αναθέτουσα αρχή δεν αναλαμβάνει να καλύψει²².

Στην περίπτωση αυτή ανήκουν για παράδειγμα και έργα στα οποία δεν είναι δυνατόν να προσδιοριστούν γεωλογικές και γεωτεχνικές συνθήκες με τόπο που να είναι δυνατόν να προκοστολογηθεί το έργο ή σε περιπτώσεις αρχαιολογίας των οποίων η έκταση και η σοβαρότητα δεν είναι δυνατόν να εκτιμηθούν εκ των προτέρων. Υπάρχουν επίσης περιπτώσεις που είναι πραγματικά αδύνατο να προσδιορισθούν εξ αρχής και χωρίς διαπραγματεύσεις με τους υποψήφιους αναδόχους στοιχεία, όπως ποιος θα αναλάβει τον κίνδυνο της ανωτέρας βίας²³, τον κίνδυνο των επιτοκίων, τον κίνδυνο του πληθωρισμού που μεταβάλλουν το κόστος λειτουργίας ενός έργου ή μίας προμήθειας²⁴.

Πάντως για την εφαρμογή της διάταξης αυτής απαιτείται να συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις, εξαιτίας των οποίων να δημιουργείται εκ των προτέρων μίας αβεβαιότητα για την φύση και την έκταση των προς εκτέλεσε εργασιών, και με αυτή την έννοια δεν μπορεί να εμπίπτει εδώ μία οποιαδήποτε δυσκολία προκαθορισμού τιμών από την αναθέτουσα αρχή που να οφείλεται σε νομική ή οικονομική πολυπλοκότητα της σύμβασης²⁵.

²² Βλ. και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

²³ Παράδειγμα κινδύνων μπορούν να αποτελέσουν και οι διάφορες αναπροσαρμογές στην εθνική και στις κλαδικές συλλογικές συμβάσεις εργασίας, που αν τους αναλάβει η αναθέτουσα αρχή, είναι τότε πιθανό να παραμείνει το συνολικό ύψος του τιμήματος αβέβαιο ακόμα και κατά την υπογραφή της σύμβασης. Αυτό θα συμβεί για παράδειγμα εάν συμφωνηθεί η αμοιβή του αναδόχου για τη συντήρηση και τη λειτουργία ενός κτιρίου να αναπροσαρμόζεται τιμαριθμικά με βάση τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας. Βλ. και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

²⁴ Χαρακτηριστικό παράδειγμα της εν λόγω περίπτωσης είναι αυτό όπου η μακροπρόθεσμη χρηματοδότηση ενός έργου, μίας προμήθειας, ή μιας υπηρεσίας από τον ανάδοχο και η ανάληψη από αυτόν για παράδειγμα της λειτουργίας και στην συντήρησης ενός έργου, ή μιας προμήθειας επίσης σε μακροπρόθεσμη βάση, καθιστούν αδύνατο το συνολικό προκαθορισμό των τιμών, αφού στοιχεία που αφορούν στον οικονομικό και νομικό σχεδιασμό και στην κατανομή των κινδύνων σε σχέση με τη χρηματοδότηση και τη λειτουργία και τα οποία είναι κρίσιμα για το τελικό κόστος μπορούν να προσδιορισθούν μόνο κατόπιν διαπραγμάτευσης με τους υποψήφιους αναδόχους. Βλ. και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

²⁵ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 308.

γ) Η αδυναμία καθορισμού με ακρίβεια των προδιαγραφών της σύμβασης

Η επιλογή αυτή επίσης, στον τομέα των υπηρεσιών κυρίως, συνδέεται με περιπτώσεις, όπου η φύση τους, ιδίως στην περίπτωση διανοητικών υπηρεσιών²⁶, είναι τέτοια, που οι προδιαγραφές της σύμβασης δεν είναι δυνατόν να διατυπωθούν με ακρίβεια, ικανή να επιτρέψει τη σύναψη της σύμβασης αυτής με επιλογή της καλύτερης προσφοράς σύμφωνα με τους κανόνες που διέπουν την ανοιχτή ή την κλειστή διαδικασία²⁷.

Σε τέτοιες υπηρεσίες, που συνήθως εμπεριέχουν δημιουργικά στοιχεία του παρέχοντος αυτές, είναι δύσκολος εκ των προτέρων ο καθορισμός των προδιαγραφών, όπως λ.χ. συμβαίνει όταν ο δημόσιος φορέας αναζητεί με τη σύμβαση σύμβουλο για τη βελτίωση των συστημάτων διαχείρισης των υποθέσεων του²⁸.

δ) Η περίπτωση έργων που αφορούν σκοπούς έρευνας, δοκιμής και τελειοποίησης

Η περίπτωση αυτή, όπως ορίζει και η διάταξη του άρθρου 24 παρ. 1 δ' του π.δ. 60/2007, αφορά δημόσιες συμβάσεις έργων, που εκτελούνται αποκλειστικά για σκοπούς έρευνας, δοκιμής ή τελειοποίησης και όχι για να εξασφαλίζουν τη λειτουργία και συντήρηση του ή την κάλυψη των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης. Για παράδειγμα, στην περίπτωση αυτή μπορεί να θεωρηθεί ότι ανήκει η κατασκευή ή επέκταση ενός ερευνητικού κέντρου όπου οι προδιαγραφές κατασκευής και λειτουργίας του συνδέονται ευθέως, επηρεάζουν ή επηρεάζονται, από εμπιστευτικά στοιχεία που αφορούν στην έρευνα που πραγματοποιείται ή θα πραγματοποιηθεί στο κέντρο αυτό²⁹.

²⁶ Η έννοια των διανοητικών εργασιών δεν παρέχεται από την ίδια την οδηγία, αλλά προφανώς ως τέτοιες νοούνται όσες δεν παρέχονται με σωματικές δεξιότητες, αλλά κατά βάση με πνευματικές. Εδώ ανήκουν υπηρεσίες όπως είναι η σύνταξη ειδικών εκθέσεων και γνωμοδοτήσεων αλλά και διάφορες χρηματοπιστωτικές υπηρεσίες και συγκεκριμένα ασφαλιστικές, τραπεζικές και επενδυτικές. Χαρακτηριστικό παράδειγμα μάλιστα τέτοιων περιπτώσεων αποτελούν οι συμβάσεις τραπεζικών δανείων που προτίθενται να συνάψουν Δήμοι για την υλοποίηση έργων ή αγορά εξοπλισμού, όπου εκμεταλλεζόμενοι τις πρόνοιες του νόμου, μπορούν να απευθύνονται στην τραπεζική αγορά και να διαπραγματεύονται τους όρους των δανείων αυτών.

²⁷ Βλ. άρθρο 30 παρ. 1 γ' της οδηγίας 2004/18 και άρθρο 24 παρ. 1 γ' του π.δ. 60/2007.

²⁸ Βλ. Δ. Ράκου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 308 – 309.

²⁹ Ως παράδειγμα μπορεί να θεωρηθεί επίσης και η κατασκευή έργου με τη χρήση από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής μίας πειραματικής μεθόδου, λ.χ. χρήση νέων οικολογικών υλικών ανέγερσης

Πρέπει να σημειωθεί ότι η περίπτωση αυτή αφορά αποκλειστικά τις δημόσιες συμβάσεις έργων και όχι τις συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών και ότι υπάρχει αντίστοιχη διάταξη για τις συμβάσεις προμηθειών, που επιτρέπει την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, υπό την τήρηση βέβαια των παραπάνω προϋποθέσεων.

IV. Η διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης

Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 28 και 31της οδηγίας 2004/18/EK προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνάπτει δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης ,σε συγκεκριμένες περιπτώσεις που οριοθετούνται από τις παραπάνω διατάξεις. Ο βασικός κανόνας που ισχύει στις περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης δίχως προκήρυξη είναι ότι δεν απαιτείται η τήρηση των διατάξεων των οδηγιών για τη δημοσιότητα και τον ανταγωνισμό, με εξαίρεση την περίπτωση που προβλέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 30 παρ. 1 α' της οδηγίας³⁰, δηλαδή εκείνη κατά την οποία έχει αποτύχει ο προηγούμενος ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός ή ο ανταγωνιστικός διάλογος, και η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί σε διαπραγμάτευση όλους όσους είχαν υποβάλει παραδεκτές προσφορές, ακολουθώντας τους κανόνες του ανταγωνισμού, χωρίς όμως να προβαίνει και σε δημοσίευση νέας προκήρυξης.

Πρέπει να σημειωθεί πως η διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης εγκυμονεί κινδύνους για την αναθέτουσα αρχή, καθώς η τελευταία μπορεί να υποστεί κυρώσεις για πιθανή μη σύννομη χρήση της εν λόγω διαδικασίας, Για το λόγο αυτό, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή δύναται να δημοσιεύσει στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης γνωστοποίηση της πρόθεσης της να προσφύγει στη διαδικασία αυτή και να αναμείνει έτσι για 10 ημέρες³¹.

οικοδομών, προκειμένου να δοκιμασθεί η αξιοπιστία της τεχνική αυτής και για μελλοντικές εργασίες. Βλ. σχετικά και Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 309.

³⁰ Βλ. άρθρο 24 παρ. 1 του π.δ. 60/2007.

³¹ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 308 – 309.

Παρακάτω αναφέρονται οι προβλεπόμενες περιπτώσεις από την κοινοτική νομοθεσία, όπου είναι επιτρεπτή η εξαιρετική περίπτωση προσφυγής της αναθέτουσας αρχής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προκήρυξη.

α) Η περίπτωση της μη ύπαρξης προσφοράς κλπ.

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 1 α' της οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 25 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 60/2007) η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβεί στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, όταν πληρούνται τρεις προϋποθέσεις σωρευτικά: α) όταν έχει προηγηθεί προκήρυξη διαγωνισμού, β) όταν δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή όταν καμία από τις προσφορές που υποβλήθηκαν δεν ήταν κατάλληλη ή δεν υπήρχε κανένας υποψήφιος, γ) όταν δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιαστικά οι αρχικοί όροι της σύμβασης³². Στις περιπτώσεις αυτές η αναθέτουσα αρχή μπορεί ελεύθερα να χρησιμοποιήσει κάθε μέθοδο για την ανεύρεση αναδόχου της σύμβασης χωρίς να υποχρεωθεί σε επανάληψη των διατυπώσεων δημοσιότητας³³.

Και οι τρεις περιπτώσεις, δηλαδή η μη υποβολή προσφοράς, η υποβολή με κατάλληλης προσφοράς αλλά και όταν δεν υπάρχει κανέναν υποψήφιος, εξομοιώνονται με απουσία προσφοράς³⁴. Ο προσφορές θεωρούνται μη κατάλληλες όταν το περιεχόμενο τους δε συνάδει με τους όρους και το αντικείμενο των εγγράφων του διαγωνισμού και ως εκ τούτου δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως αυτές διατυπώνονται στα έγγραφα αυτά. Για το λόγο

³² Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 314 επ. Βλ. και ΕΣ πράξη 29/2012 VI Τμήματος, όπου αναφέρεται πως μία τροποποίηση είναι ουσιώδης, όταν προστίθενται όροι, οι οποίοι αν είχαν γνωστοποιηθεί στο πλαίσιο της αρχικής διαδικασία του διαγωνισμού, θα είχαν ενδεχομένως ως αποτέλεσμα την εκδήλωση ενδιαφέροντος εκ μέρους υποψηφίων. Πρβλ. και ΔΕΚ υπόθεση C-337/05 Επιτροπή κατά Ιταλίας, απόφαση της 8.4.2008.

³³ Βέβαια πρέπει να τονιστεί ότι ακόμα και αν συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ακολουθήσει σε κάθε περίπτωση τους κανόνες δημοσιότητας των δημοσίων συμβάσεων που προβλέπεται και από την ενωσιακή νομοθεσία. Παράλληλα, υπάρχει πάντα και ο κίνδυνος επιβολής κυρώσεων για παράβαση της ενωσιακής νομοθεσίας, αν δεν συντρέχουν οι όροι της προσφυγής στη διαδικασία αυτή. Βλ. σχετικά και Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 315.

³⁴ Βλ. ΕΣ 3558/2009 Τμήμα VI

αυτό κιόλας η υποβολή τέτοιων προσφορών θεωρείται ως περίπτωση απουσίας προσφορών³⁵.

Δεν μπορούν να υπαχθούν στην περίπτωση αυτή περιπτώσεις μη κανονικών ή απαράδεκτων προσφορών, όπως προκύπτει και από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 25 παρ. 1 α΄ του π.δ. 60/2007³⁶. Η αναθέτουσα αρχή, μετά από προηγηθείσα ανοικτή η κλειστή διαδικασία και με την προϋπόθεση υποβολής παραδεκτών προσφορών, δεν μπορεί να προβεί στην πρόσκληση νέων υποψηφίων για να συμμετέχουν στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης³⁷. Με δεδομένο λοιπόν το παραδεκτό των προσφορών, ακολουθεί το στάδιο των διαπραγματεύσεων κατά το οποίο οι υποψήφιοι μπορούν να προσαρμόσουν τις προσφορές τους στους όρους της διακήρυξης, της συγγραφής υποχρεώσεων κλπ³⁸.

β) Η περίπτωση ύπαρξης ενός μόνο υποψηφίου αναδόχου

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 1 β΄ της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (άρθρο 25 παρ. 1 β΄ του π.δ. 60/2007) η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης όταν για λόγους τεχνικούς, καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα³⁹. Ο φορέας αυτός μάλιστα δεν αρκεί να είναι απλώς ένα πρόσωπο που να μπορεί να παράσχει αποτελεσματικά τις ζητούμενες υπηρεσίες, αλλά θα πρέπει να είναι και ο μοναδικός φορέας έναντι οποιουδήποτε άλλου που παρέχει αντίστοιχες υπηρεσίες⁴⁰, ενώ η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει και να εξηγεί ειδικά και αιτιολογημένα και τους λόγους που δικαιολογούν αυτή την επιλογή και συνεπώς και την προσφυγή στη σχετική διαδικασία⁴¹.

³⁵ Στην κατηγορία των προσφορών που εμπίπτουν στην διαδικασία αυτή (ως ακατάλληλες προσφορές) δεν εμπίπτουν οι οικονομικά μη συμφέρουσες προσφορές για την αναθέτουσα αρχή. Βλ. και ΕΣ 3558/2009 Τμήμα VI.

³⁶ Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ απόφαση 62/2013, Συνεδρίαση της 12-2-2013, σκέψη 10.

³⁷ Βλ. ΣτΕ 515/2008

³⁸ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 317 – 318. Βλ. και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

³⁹ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 318.

⁴⁰ Βλ. ΔΕΚ 199/1985, Επιτροπή κατά Ιταλίας και ΔΕΚ 57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας.

⁴¹ Βλ. ΕΣ 125/2005, Πράξη VI Τμήματος. Εφόσον δηλαδή συντρέχουν οι απαιτούμενες προϋποθέσεις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβεί, ύστερα από διαπραγματεύσεις, σε απευθείας ανάθεση

Ως τεχνικοί λόγοι, προκειμένου να συναφθεί η σύμβαση με έναν μόνο οικονομικό φορέα, νοούνται η ύπαρξη μόνο μίας επιχείρησης που διαθέτει όλη της τεχνογνωσία για την κατασκευή ενός έργου ή παράγει ένα προϊόν ή όταν υπάρχει μόνο μία επιχείρηση που πληροί τα διατυπωμένα και απαιτούμενα κριτήρια ανάθεσης. Ως λόγοι που σχετίζονται με την προστασία των αποκλειστικών δικαιωμάτων νοούνται αυτοί που σχετίζονται με τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, δηλαδή με δικαιώματα που δεν αποτελούν απλώς ιδέα, αλλά δημιούργημα λόγου, τέχνης ή επιστήμης, με δικαιώματα δηλαδή που σχετίζονται με οποιαδήποτε ανθρώπινη αίσθηση και παρουσιάζουν πρωτοτυπία, με την έννοια ότι κανένας άλλος δημιουργός δε θα ήταν σε θέση να δημιουργήσει ένα έργο όμοιο και το οποίο να , αν όχι απόλυτη μοναδικότητα, τουλάχιστον ένα ελάχιστο όριο δημιουργικού ύφους⁴².

Οι πιο ασφαλείς περιπτώσεις όπου η εξαίρεση αυτή μπορεί να εφαρμοστεί είναι οι περιπτώσεις όπου ένας οικονομικός φορέας έχει το αποκλειστικό δικαίωμα να εκτελεί, προμηθεύει ή παρέχει ένα συγκεκριμένο έργο, ένα συγκεκριμένο προϊόν ή μία συγκεκριμένη υπηρεσία. Παρόλο αυτά, η εξαίρεση αυτή δεν εφαρμόζεται στις περιπτώσεις όπου το συγκεκριμένο δικαίωμα έχει εκχωρηθεί και σε άλλους οικονομικούς φορείς ή μπορεί λογικά να αποκτηθεί μέσω αδειών. Για παράδειγμα, ένας γλύπτης μπορεί να έχει το αποκλειστικό δικαίωμα να επισκευάσει ή ανακατασκευάσει ένα δικό του έργο τέχνης, αλλά μπορεί να μην έχει το αποκλειστικό δικαίωμα να το φωτογραφίζει και να αναπαραγάγει τις φωτογραφίες αυτές, ένα έχει ήδη εκχωρήσει αυτό το δικαίωμα και σε άλλους φορείς ή άτομα⁴³.

υπηρεσιών για λόγους τεχνικούς ή προστασία δικαιωμάτων αποκλειστικότητας, χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης, έχοντας όμως προηγουμένως σταθμίσει όλες τις οικονομικές, που καθιστούν συμφερότερη την προσφυγή σε αυτή την όλως εξαιρετική διαδικασία, με πλήρη και ειδική αιτιολογία, που να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, για τους λόγους που επέβαλαν την απόφαση της αυτή, διαφορετικά η διαδικασία της απευθείας ανάθεσης δεν είναι νόμιμη. Βλ. και ΕΣ πράξη 156/2008 VI Τμήματος, όπου έγινε δεκτή αίτηση ανάκλησης, επειδή ακριβώς από τα στοιχεία του φακέλου προέκυπταν οι ειδικοί τεχνικοί λόγοι που δικαιολογούσαν την προσφυγή στη διαδικασία αυτή. Βλ. για περισσότερα και ΕΣ πράξεις 77/2008, 263/2007, 191/2006, 61/2004 VI Τμήματος.

⁴² Βλ. *Δ. Ράικου*, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 320 και ΕφΑθ 80/2008. Βλ. και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

⁴³ Στην κατεύθυνση αυτή είναι χαρακτηριστική η περίπτωση καταγγελία στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο για παραβίαση των κοινοτικών οδηγιών που αφορά στην προμήθεια φαρμακευτικών προϊόντων και ειδικών παρασκευασμάτων. Ο καταγγελλόμενος έκανε επίκληση του αποκλειστικού δικαιώματος που έχει από την εθνική νομοθεσία για την αγορά φαρμακευτικών προϊόντων και ιδιοσκευασμάτων από τα δημόσια νοσοκομεία που είναι συμβεβλημένα με τους φορείς της κοινωνικής ασφάλισης, ως

γ) Η περίπτωση της κατεπείγουσας ανάγκης.

Η περίπτωση αυτή αναφέρεται σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, όταν η επιτακτικά επείγουσα ανάγκη που προκύπτει από γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν επιτρέπει την τήρηση προθεσμιών που προβλέπονται από τις άλλες διαδικασίες⁴⁴, ενώ οι λόγοι τους οποίους η αναθέτουσα αρχή επικαλείται για την κατεπείγουσα ανάγκη, θα πρέπει να μην εδράζονται σε δική της ευθύνη⁴⁵.

Απαραίτητη για την εφαρμογή της εν λόγω διάταξης είναι η συνδρομή τριών σωρευτικών προϋποθέσεων: α) η ύπαρξη απρόβλεπτου γεγονότος, β) η ύπαρξη κατεπείγουσας περίπτωσης που δε συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που προβλέπονται για άλλες διαδικασίες και γ) αιτιώδης σχέση ανάμεσα στο απρόβλεπτο γεγονός και στην κατεπείγουσα ανάγκη, διαφορετικά αν εκλείπει μία από τις παραπάνω προϋποθέσεις, τότε δεν επιτρέπεται η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία.

Ως απρόβλεπτα γεγονότα θεωρούνται τα γεγονότα που ξεφεύγουν από το πεδίο της συνήθους οικονομικής και κοινωνικής δραστηριότητας, που δεν μπορούν να προβλεφθούν δηλαδή από τα διδάγματα της κοινής λογικής και της ανθρώπινης πείρας⁴⁶, όπως για παράδειγμα οι περιπτώσεις πλημμύρων και σεισμών, που

αιτιολογία για την απευθείας ανάθεση σύμβασης προμήθειας των προϊόντων αυτών στον εθνικό σύνδεσμο φαρμακοβιομηχανιών Farmaindustria. Το Δικαστήριο υπογράμμισε ότι δεν ήταν επαρκής η αιτιολογία ότι τα εν λόγω προϊόντα μπορούν να καλυφθούν από αποκλειστικότητα δικαιώματος, με το σκεπτικό ότι δεν αρκεί τα επίμαχα φαρμακευτικά προϊόντα και ιδιοσκευάσματα να προστατεύονται από δικαιώματα αποκλειστικότητας, αλλά θα πρέπει επιπλέον η Παρασκευή ή η παράδοση τους να είναι δυνατή μόνο από συγκεκριμένο προμηθευτή. Δεδομένου, λοιπόν, ότι η προϋπόθεση αυτή πληρούται μόνο για προϊόντα και ιδιοσκευάσματα, τα οποία δεν υπόκεινται σε ανταγωνισμό στην αγορά, η επίκληση αυτή δεν μπορεί να δικαιολογήσει τη γενική και άνευ διακρίσεων προσφυγή στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για όλες τις προμήθειες όλων των φαρμακευτικών προϊόντων και ιδιοσκευασμάτων. Βλ. αναλυτικά Επιτροπή κατά Ισπανίας, υπόθεση C-328/92, συνεδρίαση της 3-5-1994, σκέψη 17.

⁴⁴ Δηλαδή ότι προβλέπεται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού που αναφέρονται στο άρθρο 24 π.δ. 60/2007.

⁴⁵ Βλ. ΣτΕ 1747/2011.

⁴⁶ Πρέπει να σημειωθεί πως η επίκληση της περίπτωσης αυτής επιτρέπεται για την προκήρυξη μόνο εκείνων των έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, που είναι πραγματικά αναγκαίες για την άμεση εξυπηρέτηση ή ανακούφιση των αναγκών που προέκυψαν από απρόβλεπτα γεγονότα και όχι να υπάρχει διάθεση κάλυψης πρόσθετων αναγκών. Παρατηρείται αρκετές φορές, λοιπόν, πως η επίκληση της περίπτωσης απροβλέπτων γεγονότων χρησιμοποιείται από τις αναθέτουσες αρχές για να εξυπηρετήσουν με απευθείας αναθέσεις διάφορες ανάγκες τους, ξεπερνώντας τις κλασσικές διαδικασίες και τους περιορισμούς που επιβάλλουν την τήρηση συγκεκριμένων περιοριστικών όρων επιλογής και ανάθεσης.

απαιτούν άμεσες παρεμβατικές ενέργειες αποκατάστασης και βοήθειας των θιγομένων.

Η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη ότι οι ελάχιστες προθεσμίες που θέτουν οι κοινοτικές οδηγίες και το εθνικό δίκαιο μεταγραφής για τέτοιες επείγουσες περιπτώσεις, ενδέχεται να καλύπτουν της απαιτήσεις της χωρίς να απαιτείται η προσφυγή στην περίπτωση της κατεπείγουσας ανάγκης⁴⁷. Παρατηρείται λοιπόν ότι οι εν λόγω διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά. Με το ίδιο σκεπτικό η αναθέτουσα αρχή δε δύναται να προσφύγει στην εξαιρετική αυτή διαδικασία αν μπορούσε να προβλέψει τις προς κάλυψη ανάγκες της σε αγαθά και υπηρεσίες και να ενεργήσει αναλόγως καθώς και όταν ο διεθνής ανοιχτός διαγωνισμός στο οποίο συμπεριλαμβάνονται τα προς προμήθεια είδη δεν έχει ακόμα ολοκληρωθεί⁴⁸.

δ) Η περίπτωση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση στις συμβάσεις προμηθειών.

Στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, σύμφωνα και με τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 2 β' της οδηγίας (άρθρο 25 παρ. 2 του π.δ. 60/2007), οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προσφεύγουν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης:

α) όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν προϊόντα που κατασκευάζονται αποκλειστικά για σκοπούς έρευνας, πειραματισμού, μελέτης ή ανάπτυξης, υπό την προϋπόθεση ότι η αποκλειστικότητα αυτή δεν καλύπτει την παραγωγή ποσοτήτων ικανών να εξασφαλίζουν την εμπορική βιωσιμότητα του προϊόντος ή την απόσβεση των δαπανών έρευνας και ανάπτυξης.

β) για συμβάσεις προμηθειών που αφορούν συμπληρωματικές παραδόσεις που πραγματοποιούνται από τον αρχικό προμηθευτή και προορίζονται είτε για τη

⁴⁷ Βλ. την υπ' αριθμ. 76061/7-9-2012 απόφαση της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών – Διοικητικών Υπηρεσιών και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης του Υπουργείου Δικαιοσύνης Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, όπου κρίθηκε το κατεπείγον της προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης για την απευθείας ανάθεση παροχής υπηρεσιών υποβοήθησης στην τήρηση των πρακτικών των συνεδριάσεων των Πολυμελών Πρωτοδικείων της Χώρας και των τακτικών διαδικασιών αρμοδιοτήτων των Μονομελών Πρωτοδικείων Αθηνών, Θεσσαλονίκης και Πειραιά με το σύστημα ηχογράφησης – αποηχογράφησης.

⁴⁸ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 322 επ.

μερική ανανέωση προμηθειών ή εγκαταστάσεων τρέχουσας χρήσης είτε για επέκταση υφιστάμενων προμηθειών ή εγκαταστάσεων, εφόσον η αλλαγή προμηθευτή θα υποχρέωνε την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί με υλικό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία είναι ασυμβίβαστα ή προκαλούν δυσανάλογες τεχνικές δυσχέρειες ως προς τη χρήση και τη συντήρηση.

γ) όταν οι συμβάσεις προμηθειών είναι εισηγμένες και αγοράζονται σε χρηματιστήριο βασικών προϊόντων, όπως για παράδειγμα το αργό πετρέλαιο, το βαμβάκι, τα σιτηρά κλπ.

δ) όταν οι σχετικές συμβάσεις αφορούν προμήθεια ειδών, υπό ιδιαίτερα ευνοϊκούς όρους, είτε από έναν προμηθευτή που έπαυσε οριστικά τις εμπορικές του δραστηριότητες, είτε από συνδίκους ή εκκαθαριστές μίας πτώχευσης, ενός δικαστικού συμβιβασμού ή ανάλογης διαδικασίας που προβλέπεται στις εθνικές, νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις⁴⁹.

ε) Η περίπτωση της διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση στις συμβάσεις υπηρεσιών και έργων.

Στην περίπτωση των δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών, κατά τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 της οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 25 παρ. 3 του π.δ. 60/2007) η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προβλέπεται όταν η σύμβαση ακολουθεί κάποιο διαγωνισμό μελετών και πρέπει σύμφωνα με τους εφαρμοστέους κανόνες, να ανατεθεί στο νικητή ή σε έναν από τους νικητές του διαγωνισμού αυτού. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, μάλιστα, όλοι οι νικητές του διαγωνισμού πρέπει να καλούνται να συμμετάσχουν στη διαπραγμάτευση, Η πρόβλεψη αυτή πρέπει να περιλαμβάνεται και στα έγγραφα του αρχικού διαγωνισμού.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 4 της οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 25 παρ. 4 του π.δ. 60/2007) στις δημόσιες συμβάσεις έργων και υπηρεσιών, η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία επιτρέπεται: α) όταν οι συμβάσεις αυτές αφορούν συμπληρωματικά έργα και υπηρεσίες που δεν περιλαμβάνονται στην εγκριθείσα μελέτη ούτε στην αρχική σύμβαση και τα οποία, λόγω μη προβλέψιμων καταστάσεων, κατέστησαν αναγκαία για την εκτέλεση των εργασιών ή της

⁴⁹ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 326 επ.

υπηρεσίας, όπως περιγράφεται στην αρχική σύμβαση, υπό την προϋπόθεση ότι η ανάθεση γίνεται με συμπληρωματική σύμβαση στον ίδιο οικονομικό φορέα που εκτελεί το έργο ή την υπηρεσία αυτή. β) όταν οι εν λόγω συμβάσεις έχουν ως αντικείμενο έργα ή υπηρεσίες που συνίστανται στην επανάληψη παρόμοιων έργων ή υπηρεσιών που ανατέθηκαν στον οικονομικό φορέα ανάδοχο της αρχικής σύμβασης από την ίδια πάντα αναθέτουσα αρχή, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά τα έργα ή υπηρεσίες συμφωνούν με μία βασική μελέτη που αποτέλεσε αντικείμενο αρχικής σύμβασης και η οποία έχει συναφθεί σύμφωνα με την ανοικτή ή την κλειστή διαδικασία⁵⁰.

V. Η επέλευση της νέας οδηγίας 2014/24/ΕΕ στη διαδικασία με διαπραγμάτευση

Από 18-4-2016 θα έχει εφαρμογή η νέα οδηγία 2014/24/ΕΕ που καταργεί την προηγούμενη οδηγία 2004/18/ΕΚ και που οι διατάξεις της προβλέπουν την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση που αντικαθιστά τη διαδικασία διαπραγμάτευσης με δημοσίευση προκήρυξης της οδηγίας 2004/14/ΕΚ και με την οποία επέρχονται διαφοροποιήσεις σε σχέση με την οδηγία 2004/14/ΕΚ.

Αυτό που κυρίως τροποποιείται με τη νέα οδηγία είναι ότι πλέον υπάρχει ένα *minimum* μη διαπραγμάτευσης. Πιο συγκεκριμένα, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να κάνουν αναφορά εκ των προτέρων των ελάχιστων απαιτήσεων που χαρακτηρίζουν τη φύση της προμήθειας και που δε θα πρέπει να τροποποιηθούν κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων. Επίσης τα κριτήρια ανάθεσης και η στάθμισή τους θα πρέπει να παραμένουν σταθερά καθ' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας και να μην υπόκεινται σε διαπραγμάτευση, ώστε να εξασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των υποψήφιων οικονομικών φορέων. Οι ελάχιστες απαιτήσεις που θέτει η αναθέτουσα αρχή είναι οι όροι και τα χαρακτηριστικά στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ή τα οποία πρέπει να διαθέτει μία προσφορά ώστε να μπορεί να αναθέτουσα αρχή να αναθέσει τη σύμβαση σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης που έχει επιλέξει. Οι ελάχιστες αυτές απαιτήσεις και τα κριτήρια ανάθεσης με τη νέα οδηγία δεν μπορούν να είναι αντικείμενο διαπραγμάτευσης, σε

⁵⁰ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 328 επ. Βλ. και Γενικό Λογιστήριο Κυπριακής Δημοκρατίας, Διεύθυνση Δημοσίων Συμβάσεων, Οδηγός Βέλτιστων Πρακτικών για τη Σύναψη και Εκτέλεση Δημοσίων Συμβάσεων, ηλεκτρονική έκδοση της 01.01.2008.

αντίθεση με όλα τα άλλα ζητήματα, όπως λ.χ. η ποιότητα, η ποσότητα ή άλλοι κοινωνικές ή περιβαλλοντικές παράμετροι⁵¹.

Στο πεδίο της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης, η νέα οδηγία επαναλαμβάνει το ίδιο καθεστώς με πριν, προβαίνει όμως σε εξειδικεύσεις ενώ και από την αιτιολογική έκθεση της νέας οδηγίας γίνεται επιτακτικός λόγος για τη χρήση αυτής της διαδικασία σε εξαιρετικές περιπτώσεις και πάντα με ειδική και ακριβή αιτιολογία των λόγων που τη δικαιολογούν. Η νέα οδηγία περιλαμβάνει όμως ορισμό της ακατάλληλης προσφοράς, όπου ορίζει πως δε θεωρείται κατάλληλη μία προσφορά που είναι άσχετη με τη σύμβαση και προδήλως ανίκανη, χωρίς ουσιαστικές αλλαγές, να ικανοποιήσει τις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της προμήθειας⁵².

Συμπέρασμα

Η διαδικασία της διαπραγμάτευσης είναι μία εξαιρετική διαδικασία που εφαρμόζεται στις περιοριστικά καθορισμένες στο νόμο περιπτώσεις. Η σύγχρονη διοίκηση και οι ανάγκες ταχείας διεκπεραίωσης και ολοκλήρωσης πολλών και διαφορετικών αναγκών σε συνδυασμό με τις υπερβολικά αυστηρές διαγωνιστικές διαδικασίες οδηγούν, όμως, στη συνεχόμενα αυξανόμενη προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία. Είναι γεγονός, λοιπόν, ότι η εφαρμογή και η επιλογή της διαδικασίας αυτής, παρά την ταχύτητα και την ευελιξία, που αναμφισβήτητα προσφέρει, περιέχει και κινδύνους, πιθανούς να πλήξουν κυρίως τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

Οι προηγούμενες οδηγίες προσπάθησαν να οριοθετήσουν και να παρέχουν ένα συγκεκριμένο πλαίσιο όρων και προϋποθέσεων για την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, τόσο με τη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, όσο και χωρίς αυτήν. Η νέα οδηγία που θα εφαρμοστεί από τον Απρίλιο του έτους 2016 προβαίνει σε μία ακόμα μεγαλύτερη προσπάθεια τήρησης των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης και της διαφάνειας μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων, προσπαθώντας έτσι να πλαισιώσει καλύτερα το στοιχείο της «εξαιρετικής»

⁵¹ Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 310 επ.

⁵² Βλ. Δ. Ράικου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 335.

περίπτωσης για την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία. Μένει λοιπόν να παρακολουθήσουμε ποια θα είναι η εφαρμογή της.

Οι ενδικοφανείς προσφυγές: κριτική αξιολόγηση και προοπτικές

Ανδρέας Αμπάτης, Π.Μ.Σ. Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)

Περιεχόμενα:

I. Οι ενδικοφανείς προσφυγές

- I. 1. Γενικά περί διοικητικών προσφυγών και ειδικά περί ενδικοφανών προσφυγών
- I. 2. Περιπτώσιολογία ενδικοφανών προσφυγών
- I. 3. Η ενδικοφανής προσφυγή ως μέσο επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης

II. Ειδικότερα: πρακτική εφαρμογή και αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας δύο περιπτώσεων ενδικοφανών προσφυγών

- II. 1. Η (πολεοδομική) προσφυγή κατά εκθέσεων αυτοψίας και η σύσταση των Συ.Πο.Θ.Α.
- II. 2. Η (φορολογική) προσφυγή του άρ. 63 ν. 4174/2013

III. Συνολική κριτική του μηχανισμού των ενδικοφανών προσφυγών

- III. 1. Η εξέλιξη του μηχανισμού της ενδικοφανούς προσφυγής (η λειτουργία της ενδικοφανούς προσφυγής στο παρόν κοινωνικό, οικονομικό και νομικό περιβάλλον)
- III. 2. Το προταθέν και απορριφθέν σύστημα υποχρεωτικής ενδικοφανούς προσφυγής

IV. Προτάσεις για τη μελλοντική χρήση των ενδικοφανών προσφυγών

I. Οι ενδικοφανείς προσφυγές

I. 1. Γενικά περί διοικητικών προσφυγών και ειδικά περί ενδικοφανών προσφυγών¹

Γίνεται δεκτό ότι η δυνατότητα άσκησης διοικητικών προσφυγών βρίσκεται έρεισμα στο συνταγματικώς κατοχυρωμένο δικαίωμα των διοικουμένων να αναφέρονται προς τις Αρχές², όπως αυτό εξειδικεύεται (και εμπλουτίζεται, με τον προσδιορισμό των αντιστοίχων – κατά περίπτωση – υποχρεώσεων των αρμοδίων διοικητικών οργάνων) στις διατάξεις του άρθρου 25 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας³ και σε άλλα, ειδικότερα, νομοθετήματα.

Ουσιώδη χαρακτηριστικά γνωρίσματα των ενδικοφανών προσφυγών (τα οποία θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά, βλ. ΣτΕ 5021/2012) είναι ότι ασκούνται κατά ατομικών (και κατά κανονιστικών: όταν προδικαστική προσφυγή ασκείται κατά της διακήρυξης δημοσίου διαγωνισμού) εκτελεστών διοικητικών πράξεων (ΣτΕ 577/2004, 3785/2006, 3693/2008, 835/2010, 3502/2011), αλλά και κατά παραλείψεων (άρθρο 76 του Ν. 3669/2008, άρθρο 227 του Ν. 3852/2010, ΣτΕ

¹ Για την εξέλιξη και διαμόρφωση του μηχανισμού της ενδικοφανούς προσφυγής, μέχρι την παγίωση των χαρακτηριστικών της, βλ. Χ. Πολίτης, Η ενδικοφανής προσφυγή. Έννοια της πρόσφατης τροποποίησης του άρθρου 45 παρ. 2 του ΝΔ 170/73, ΤοΣ 1978, σελ. 42 επόμε., Δ. Κοντόγιωργα – Θεοχαροπούλου, Η άσκησης της ενδικοφανούς προσφυγής ως προϋπόθεσις του παραδεκτού της αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του Σ.τ.Ε., ΕΔΔΔ 1977, σελ. 126 επόμε., και Λ. Δ. Κεράνη, Συμβολή εις την Μελέτη της Ενδικοφανούς Προσφυγής, ΕΔΔΔ 1977, σελ. 156 επόμε.

² Άρθρο 10 του Συντάγματος: «1. Καθένας ή πολλοί μαζί έχουν το δικαίωμα, τηρώντας τους νόμους του Κράτους, να αναφέρονται εγγράφως στις αρχές, οι οποίες είναι υποχρεωμένες να ενεργούν σύντομα κατά τις κείμενες διατάξεις και να απαντούν αιτιολογημένα σε εκείνον, που υπέβαλε την αναφορά, σύμφωνα με το νόμο. ... 3. Η αρμόδια υπηρεσία ή αρχή υποχρεούται να απαντά στα αιτήματα για παροχή πληροφοριών και χορήγηση εγγράφων, ιδίως πιστοποιητικών, δικαιολογητικών και βεβαιώσεων μέσα σε ορισμένη προθεσμία, όχι μεγαλύτερη των 60 ημερών, όπως νόμος ορίζει. Σε περίπτωση παρόδου άπρακτης της προθεσμίας αυτής ή παράνομης άρνησης, πέραν των άλλων τυχόν κυρώσεων και έννομων συνεπειών, καταβάλλεται και ειδική χρηματική ικανοποίηση στον αιτούντα, όπως νόμος ορίζει».

³ Επί της ενδικοφανούς προσφυγής, βλ. άρθρο 25 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999, ΦΕΚ Α' 45/1999): «Ειδική διοικητική προσφυγή - Ενδικοφανής προσφυγή 1. Όπου προβλέπεται από ειδικές διατάξεις, ο ενδιαφερόμενος, για την αποκατάσταση υλικής ή ηθικής βλάβης των έννομων συμφερόντων του που προκαλείται από διοικητική πράξη, μπορεί, με προσφυγή του, η οποία ασκείται ενώπιον του προβλεπόμενου από τις διατάξεις αυτές διοικητικού οργάνου και μέσα στην οριζόμενη από τις ίδιες προθεσμία, να ζητήσει, κατά περίπτωση, την ακύρωση ή την τροποποίηση της πράξης. 2. Το διοικητικό όργανο, ανάλογα με την πρόβλεψη των σχετικών διατάξεων, είτε εξετάζει μόνο τη νομιμότητα της πράξης, οπότε και μπορεί να την ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει ή να απορρίψει την προσφυγή (ειδική διοικητική προσφυγή), είτε εξετάζει τόσο τη νομιμότητα της πράξης όσο και την ουσία της υπόθεσης, οπότε και μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει ή να τροποποιήσει την πράξη ή να απορρίψει την προσφυγή (ενδικοφανής προσφυγή). Το αρμόδιο όργανο οφείλει να γνωστοποιήσει στον προσφεύγοντα την απόφασή του μέσα στην προθεσμία που τυχόν τάσσουν οι σχετικές διατάξεις, αλλιώς, στην περίπτωση μεν της ειδικής προσφυγής, το αργότερο μέσα σε τριάντα (30) ημέρες, στην περίπτωση δε της ενδικοφανούς προσφυγής, το αργότερο μέσα σε τρεις (3) μήνες. 3. Αν αρμόδιο να αποφανθεί για την ειδική διοικητική, ή την ενδικοφανή, προσφυγή είναι άλλο διοικητικό όργανο, εκείνο στο οποίο αυτή κατατέθηκε οφείλει να τη διαβιβάσει στο αρμόδιο όργανο το αργότερο μέσα σε πέντε (5) ημέρες. Και στην περίπτωση αυτή, η γνωστοποίηση της απόφασης του αρμόδιου διοικητικού οργάνου, στον ενδιαφερόμενο, πρέπει να γίνεται μέσα στις κατά την παρ. 2 προθεσμίες».

1316/2001, 1551/2006),^{4,5} προβλέπονται από ειδικές διατάξεις, οι οποίες καθορίζουν το όργανο, ενώπιον του οποίου ασκούνται (βλ. ΣτΕ 3388/2009), ορισμένη προθεσμία (βλ. ΣτΕ 287/1993) και, ενδεχομένως, άλλες προϋποθέσεις. Αντίθετα από τις λεγόμενες 'ειδικές', οι ενδικοφανείς διοικητικές προσφυγές επιτρέπουν όχι μόνο τον έλεγχο νομιμότητας της προσβαλλόμενης με αυτές ατομικής διοικητικής πράξης, αλλά και την κατ' ουσία επανεξέταση της υπόθεσης (με νέα έρευνα και εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, βλ. ΣτΕ 4571/1987, 3834/1999), το δε αρμόδιο για την κρίση επί της ενδικοφανούς όργανο μπορεί, όχι μόνο να ακυρώσει (εν όλω ή εν μέρει), αλλά και να τροποποιήσει, την προσβαλλόμενη πράξη. Εξάλλου,⁶ όπου προβλέπεται ενδικοφανής προσφυγή, και υπό την προϋπόθεση, ότι η προσβλητή με αυτήν πράξη αναφέρει τη δυνατότητα άσκησής της (της ενδικοφανούς), το αρμόδιο όργανο, την προθεσμία και τις συνέπειες της παράλειψης άσκησής της, η άσκησή της συνιστά αναγκαία προϋπόθεση για το παραδεκτό του ενδίκου βοηθήματος (αίτηση ακύρωσης ή προσφυγή) κατά της δυσμενούς για το διοικούμενο πράξης που θα εκδοθεί⁷ επί της ενδικοφανούς προσφυγής του.⁸

Τέλος, υποστηρίζεται, ότι οι βασικές λειτουργίες (και επιχειρήματα υπέρ της χρήσης) της ενδικοφανούς προσφυγής είναι: 1) ο αυτοέλεγχος («έλεγχος δευτέρου βαθμού») της Διοίκησης και η διόρθωση των σφαλμάτων των πράξεών της από την ίδια, 2) η πλήρης και αποτελεσματικότερη προστασία του διοικουμένου (από την ίδια τη Διοίκηση, η οποία κατά τεκμήριο διαθέτει μεγαλύτερες δυνατότητες ελέγχου και επέμβασης στις διοικητικές πράξεις, σε σύγκριση με τον δικαστή), 3) η μείωση του φόρτου εργασίας των δικαστηρίων, καθώς, είτε η διαφορά «επιλύεται» προδικαστικά είτε πάντως η υπόθεση φθάνει ενώπιον του αρμόδιου δικαστή «εκκαθαρισμένη» κατά το νομικό και πραγματικό της μέρος (βλ. κατωτέρω υπό I.3). Οι πρώτες δύο λειτουργίες, μπορούν να επιδιωχθούν και με την 'απλή' διοικητική προσφυγή, ενώ ειδικά ως προς τη δεύτερη υπάρχουν σοβαρά επιχειρήματα κατά της άποψης ότι η Διοίκηση μπορεί να προστατεύσει το διοικούμενο πληρέστερα και αποτελεσματικότερα σε σύγκριση με το αρμόδιο δικαστήριο. Σε κάθε περίπτωση, η

⁴ Ευγ. Πρεβεδούρου, Διοικητικές προσφυγές (Γενικό Διοικητικό Δίκαιο-Διάγραμμα), σε ιστότοπο www.prevedourou.gr

⁵ Π. Λαζαράτος, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2013, σελ. 587.

⁶ Πρβλ. ΠΔ 18/1989 άρθρο 45 παρ. 2 και ν. 2717/1999 άρθρο 63 παρ. 3.

⁷ Η αρχική πράξη ενσωματώνεται στην απόφαση που εκδίδεται επί της προσφυγής ή στην τεκμαίρομένη ως εκδοθείσα (ΣτΕ 1365,1402, 2712/2010 και 3366/2011).

⁸ Κατά της ρητής πράξης περί απόρριψης της ενδικοφανούς ή κατά της απόρριψης, η οποία τεκμαίρεται από την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας που τάσσει ο νόμος για την έκδοση απόφασης επί της ενδικοφανούς, άλλως, αν ο νόμος δεν τάσσει προθεσμία, από την άπρακτη παρέλευση τριμήνου από την άσκησή της (ΣτΕ 3324/1998, 837/1999, 1636/1999, 1269/2004). Αντίθετα, αν η πράξη δεν αναφέρει τα ως άνω απαραίτητα στοιχεία, η άσκηση της ενδικοφανούς παύει να συνιστά προϋπόθεση παραδεκτού του ενδίκου βοηθήματος. Υποστηρίζεται, εντούτοις, ότι η ενημέρωση δεν είναι απαραίτητη στην περίπτωση της «προδικαστικής» προσφυγής, στο πλαίσιο δημοσίων διαγωνισμών, και, επομένως, σε περίπτωση παράλειψης ενημέρωσης από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής και παράλειψης άσκησής της «προδικαστικής», δεν θεραπεύεται το απαράδεκτο του απευθείας ασκηθέντος ενδίκου βοηθήματος, δεδομένου ότι οι διατάξεις που προβλέπουν την ενδικοφανή προσφυγή, αφενός μεν χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών, που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου (ΣτΕ Ολ 876/2013).

κριτική που ακολουθεί θα εστιάσει στην τρίτη λειτουργία, η οποία σχετίζεται με την ιδιαιτερότητα της προηγούμενης άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής ως απαραίτητης προϋπόθεσης για την παραδεκτή άσκηση ενδίκων βοηθημάτων.⁹

1. 2. Περιπτώσιολογία ενδικοφανών προσφυγών

Στην έννομη τάξη μας απαντούν ενδικοφανείς προσφυγές, οι οποίες επινοήθηκαν σε διάφορες ιστορικές περιόδους και για πληθώρα αντικειμένων, με αποτέλεσμα να καλύπτουν σήμερα ένα ευρύτατο πεδίο διοικητικών διαφορών. Οι συνηθέστερες, και πιο γνωστές, περιπτώσεις ενδικοφανών προσφυγών είναι: 1) η ενώπιον της αρμόδιας Τοπικής Διοικητικής Επιτροπής 'ένσταση' κατά πράξεων που εκδίδονται κατ' εφαρμογή της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας¹⁰, 2) η (δυνητικώς διπλή) ενδικοφανής προσφυγή του άρθρου 12 του ν. 1418/1984 περί δημοσίων έργων,¹¹ 3) η «προδικαστική» προσφυγή του άρθρου 4 του ν. 3886/2010 (και προηγουμένως του ν. 2522/1997),¹² στο πλαίσιο των δημοσίων διαγωνισμών για έργα, προμήθειες και υπηρεσίες,¹³ 4) η «δημοσιοϋπαλληλική» του άρθρου 141 του Υπαλληλικού Κώδικα (με την οποία εισάγεται διπλή ενδικοφανής διαδικασία, κατά πράξεων επιβολής πειθαρχικών κυρώσεων), 5) οι «αντιρρήσεις» του άρθρου 14 του ν. 998/1979 κατά απόφασης Δασάρχη για το χαρακτηρισμό μιας έκτασης ως «δάσους» ή «δασικής»,¹⁴ 6) η ένσταση (άρθρα 4 του π.δ. 267/1998 και 391 του Κώδικα Βασικής Πολεοδομικής Νομοθεσίας) κατά έκθεσης αυτοψίας, με την οποία κτίσμα χαρακτηρίζεται ως αυθαίρετο (και κατεδαφιστέο) και επιβάλλονται κυρώσεις (πρόστιμα ανέγερσης και διατήρησης), 7) οι ενδικοφανείς που προβλέπονται στη νομοθεσία περί αλλοδαπών (η προσφυγή του άρθρου 77 ν. 3386/2005, κατά των πράξεων απέλασης, η προσφυγή κατά απόφασης απόρριψης αιτήματος για παροχή ασύλου του π.δ. 114/2010 κλπ.), και, 8) η καθιερωθείσα (με την προσθήκη των άρθρων 70Α και 70Β του ν. 2238/1994

⁹ Με την επιφύλαξη της προσφυγής του άρθρου 227 του ν. 3852/2010.

¹⁰ Διαφορές που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 7 περ. α του ν. 702/1977, βλ. άρ. 7 παρ. 2 του ν.δ. 3710/1957.

¹¹ Βλ. και άρ. 76 του ν. 3669/2008, με την επιφύλαξη των άρθρων 199 παρ.2.γ. και 201 παρ.1 Ν.4281/2014, ως προς τη διατήρηση της διάταξης σε ισχύ.

¹² Πρόκειται για τη μόνη περίπτωση ενδικοφανούς, η άσκηση της οποίας συνιστά προϋπόθεση παραδεκτού για την άσκηση ενδίκου βοηθήματος, που αποσκοπεί στην παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας.

¹³ Και η αντίστοιχη του άρθρου 90 του ν. 3978/2011, όταν πρόκειται για διαγωνιστική διαδικασία για έργα, προμήθειες και υπηρεσίες στους τομείς της άμυνας και της ασφάλειας. Θα πρέπει να σημειωθεί, ότι η ενδικοφανής προσφυγή στο πλαίσιο των δημοσίων διαγωνισμών προβλέπεται πλέον στις διατάξεις του άρθρου 182 του αμφιβόλου (κατά τη γνώμη του γράφοντος) σκοπιμότητας, εφαρμοσιμότητας και βιωσιμότητας νόμου 4281/2014, οι οποίες αναμένεται να τεθούν σε ισχύ προσεχώς.

¹⁴ Με την οποία και πάλι εισάγεται διπλή ενδικοφανής διαδικασία ενώπιον 1βάθμιας και 2βάθμιας Επιτροπής Επίλυσης Δασικών Αμφισβητήσεων, πριν από την προσφυγή στα δικαστήρια.

- Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος –και στη συνέχεια με το άρθρο 63 του ν. 4174/2013) ενδικοφανής προσφυγή στο πεδίο των φορολογικών διαφορών.¹⁵

1. 3. Η ενδικοφανής προσφυγή ως μέσο επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης

Κατά τη θεωρία, η ενδικοφανής προσφυγή επιτελεί λειτουργία «διήθησης» των διοικητικών διαφορών, πριν αυτές αχθούν ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, και ως εκ τούτου θεωρήθηκε και θεωρείται ως πρόσφορο μέσο για την επίλυση του μείζονος και χρονίζοντος προβλήματος των καθυστερήσεων στην απονομή της δικαιοσύνης από τα διοικητικά δικαστήρια. Με τη διοικητική προδικασία που προηγείται, δίδεται στους ιδιώτες η δυνατότητα να επιδιώξουν τη σχετικώς ταχεία και ανέξοδη προστασία των δικαιωμάτων τους, ενώ επιτυγχάνεται η ελάφρυνση των δικαστηρίων από σημαντικό όγκο διαφορών, στις περιπτώσεις που είτε ικανοποιούνται τα παράπονα των ιδιωτών, είτε αυτοί πείθονται από τα επιχειρήματα της διοίκησης και εγκαταλείπουν τον περαιτέρω αγώνα, θεωρώντας εν πάση περιπτώσει ότι είναι μειωμένες οι πιθανότητες ευδοκίμησης τυχόν ενδίκου βοηθήματος εκ μέρους τους. Η παραπάνω παραδοχή (καθώς και η ανάγκη επιτάχυνσης της απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης) οδήγησε στην ενίσχυση και διεύρυνση του μηχανισμού της ενδικοφανούς προσφυγής ως μέσου για τη διαχείριση του όγκου των διοικητικών διαφορών, πριν αυτές οδηγηθούν στα διοικητικά δικαστήρια.¹⁶ Με τον τρόπο αυτό, αλλά και με την παράλληλη πρόβλεψη νέων δικαστικών δαπανημάτων (ή με την αύξηση των ήδη προβλεπομένων), επετεύχθη, χωρίς αμφιβολία, ο σκοπός της αποτροπής άσκησης προπετών ενδίκων βοηθημάτων και μέσων, μειώθηκε αισθητά ο φόρτος εργασίας των διοικητικών δικαστηρίων και επιταχύνθηκε η διαδικασία απονομής της διοικητικής δικαιοσύνης. Πλέον, δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις, που, για παράδειγμα στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, το ένδικο

¹⁵ Και βέβαια, εκτός από τις προαναφερθείσες, προβλέπεται και πληθώρα άλλων, όπως – ενδεικτικά και πάλι – οι προβλεπόμενες κατά πράξεων επιβολής πειθαρχικών κυρώσεων σε βάρος στελεχών των ενόπλων δυνάμεων και των σωματίων ασφαλείας, δικηγόρων, ιατρών και μηχανικών μελών του ΤΕΕ, βλ. Ευγενία Β. Πρεβεδούρου, Οι ενδικοφανείς προσφυγές ως μέσον επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης, σε Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου (ΘΠΔΔ), 2013, σελ. 193 επόμε. και Σ. Κ. Κυβέλος, Η ενδικοφανής προσφυγή, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ. 73 επόμε.

¹⁶ Η τάση, εξάλλου, αυτή, της ενίσχυσης διαδικασιών διοικητικού ελέγχου των πράξεων της διοίκησης με την πρόβλεψη νέων διοικητικών προσφυγών, η άσκηση των οποίων συνιστά προϋπόθεση παραδεκτής άσκησης ενδίκων βοηθημάτων, οδήγησε και στην πρωτοφανή κατασκευή της προσφυγής του άρθρου 227 του ν. 3852/2010 (Καλλικράτης). Η προσφυγή, ρητά χαρακτηρίζεται ως «ειδική» και ρητά ορίζεται ότι αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων. Μετά την πάροδο τετραετίας από τη θέση του νόμου σε ισχύ και την εφαρμογή του, υπορούμε να εκτιμήσουμε με σχετική ασφάλεια, ότι οι σχετικές ρυθμίσεις (άρθρα 227 και 238) υπήρξαν ατυχείς, καθώς οι προβλεπόμενες ειδικές «Αυτοτελείς Υπηρεσίες Εποπτείας Ο.Τ.Α.», με επικεφαλής όργανο με την ονομασία «Ελεγκτής Νομιμότητας», δεν έχουν ακόμη συσταθεί, αιτήματα «αναστολής/προσωρινής ρύθμισης» δεν εξετάζονται, οι σχετικές προσφυγές νομιμότητας (πολύ μικρό τμήμα του συνόλου των ασκουμένων) κρίνονται από τον Γ.Γ. της Αποκεντρωμένης Διοίκησης και τελικά παραμένει αδρανής η διάταξη (πρβλ. άρθρο 227 παρ. 3 σε συνδυασμό με άρθρο 238 παρ. 4), με την οποία η εν λόγω προσφυγή κατέστη προϋπόθεση παραδεκτού των ενδίκων βοηθημάτων.

βοήθημα ή μέσο κατατίθεται, η υπόθεση συζητείται και η απόφαση δημοσιεύεται μέσα στο ίδιο ημερολογιακό έτος.¹⁷

II. Ειδικότερα: πρακτική εφαρμογή και αξιολόγηση της αποτελεσματικότητας δύο περιπτώσεων ενδικοφανών προσφυγών

Ας επιχειρήσουμε όμως στο σημείο αυτό, ενδεικτικά, μία αναλυτική παρουσίαση δύο περιπτώσεων ενδικοφανών προσφυγών, με σκοπό να αξιολογήσουμε την αποτελεσματικότητά τους,¹⁸ ενόψει των δεδηλωμένων λόγων θέσπισής τους, πριν θέσουμε στη συνέχεια υπό αμφισβήτηση ακριβώς τούτο, δηλαδή τους λόγους που οδηγούν στην ενίσχυση (σε έκταση και ένταση), του μηχανισμού των ενδικοφανών προσφυγών.

II. 1. Η (πολεοδομική) προσφυγή κατά εκθέσεων αυτοψίας και η σύσταση των Συ.Πο.Θ.Α.

Με τη διάταξη του άρθρου 4 του π.δ. 267/1998 προβλέφθηκε η δυνατότητα των ενδιαφερομένων να ασκήσουν ένσταση (ενδικοφανής προσφυγή) κατά των εκθέσεων αυτοψίας των πολεοδομικών αρχών, εντός 30 ημερών, από την τοιχοκόλληση της ένστασης στο αυθαίρετο κτίσμα. Η ένσταση εξεταζόταν από τετραμελή επιτροπή υπαλλήλων της πολεοδομικής υπηρεσίας, η οποία μπορούσε να τη δεχθεί ή να την απορρίψει με αιτιολογημένη απόφαση, αναγραφόμενη πάνω στο σώμα της ένστασης και υπογραφόμενη από όλα τα μέλη της επιτροπής. Η ρύθμιση έπασχε, καθόσον η νομιμότητα της προσβαλλόμενης έκθεσης αυτοψίας ελεγχόταν και κρινόταν από υπαλλήλους της αρχής που την εξέδωσε. Στη συνέχεια, με τις διατάξεις των άρθρων 30 και 31 του ν. 4030/2011, η αρμοδιότητα κρίσης επί των ενστάσεων περιήλθε στα Συμβούλια Πολεοδομικών Θεμάτων και Αμφισβητήσεων (ΣΥΠΟΘΑ), τα οποία συγκροτούνται με απόφαση του αρμόδιου Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης στην έδρα κάθε περιφερειακής ενότητας, με τη συγκρότηση δε κάθε ΣΥΠΟΘΑ, καταργήθηκαν οι (γεωγραφικώς / διοικητικώς) αντίστοιχες επιτροπές κρίσεως ενστάσεων αυθαιρέτων του άρθρου 4 του π.δ. 267/1998 και οι εκκρεμείς

¹⁷ Αγγ. Λαϊνιώτη, εφέτης Δ.Δ. «Ενδικοφανείς προσφυγές: Επιστημάνσεις-Παρατηρήσεις-Προτάσεις», , στην ιστοσελίδα της Ένωσης Διοικητικών Δικαστών www.edd.gr

¹⁸ 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 εχέγνα ανεξαρτησίας και επεκτείνοντας χρονικά την εκκρεμοδικία».

ενστάσεις παραπέμφθηκαν προς ‘εκδίκαση’ στο αρμόδιο ΣΥΠΟΘΑ, κατά ρητή εφαρμογή της παρ. β του άρθρου 31 του ν. 4030/2011.¹⁹

Αν και θεωρητικώς, η νομοθετική πρωτοβουλία ήταν θετική, ως αποβλέπουσα στη δικαιότερη μεταχείριση των ενστάσεων (από όργανα ανεξάρτητα και μη σχετιζόμενα με το εκδόν την προσβαλλόμενη έκθεση αυτοψίας), στην πράξη οι ρυθμίσεις δεν είχαν το επιθυμητό αποτέλεσμα, καθώς:

(α) Δεν ήταν λίγες οι περιπτώσεις, όπου, παρά τη συγκρότηση του αρμοδίου ΣΥΠΟΘΑ, η (εκ του νόμου καταργηθείσα) επιτροπή κρίσεως ενστάσεων αυθαιρέτων συνήλθε και απεφάνθη επί εκκρεμούσης ενστάσεως. Δυστυχώς μόνο υποθέσεις μπορούν να γίνουν, για το αν τέτοια περιστατικά οφείλονταν σε αμελή ή εν επιγνώσει συμπεριφορά των μελών των επιτροπών.

(β) Ο χρόνος παραπομπής των υποθέσεων που εκκρεμούσαν στις πολεοδομίες (όργανα των οποίων εξέδωσαν τις εκθέσεις αυτοψίας και όπου έδρευαν οι 4μελείς επιτροπές) από αυτές στα αρμόδια ΣΥΠΟΘΑ υπερέβη κατά κανόνα το έτος. Σε πολλές περιπτώσεις, ενστάσεις που εκκρεμούσαν πριν τη νομοθετική αλλαγή δεν έχουν ακόμα κριθεί από τα ΣΥΠΟΘΑ. Συναφώς, η διάταξη του άρθρου 32 του ν. 4030/2011, με την οποία ρυθμίζονται τα θέματα περί σύνθεσης των ΣΥΠΟΘΑ, υπέστη διαδοχικές μεταβολές (με το άρθρο 49 παρ. 4 του ν. 4042/2012, το άρθρο 49 παρ. 13 και 14 του ν. 4178/2013 και το άρθρο 21 παρ. 6 του ν. 4258/2014). Οι διαδοχικές νομοθετικές αλλαγές, που αναμφισβήτητα συνέβαλαν στις σοβαρές καθυστερήσεις, οφείλονται σε ατυχείς νομοθετικές επιλογές και σε «συντεχνιακού» χαρακτήρα παρεμβάσεις.

(γ) Αλλά και οι ενστάσεις κατά εκθέσεων αυτοψίας, οι οποίες συντάχθηκαν υπό το νέο καθεστώς (απευθύνονται προς το αρμόδιο ΣΥΠΟΘΑ, αλλά κατατίθενται στην πολεοδομική αρχή που εξέδωσε την προσβαλλόμενη έκθεση αυτοψίας) παραμένουν στην πλειοψηφία τους ανέλεγκτες και δη ενώ υπάρχει σημαντική μείωση του αριθμού των διενεργουμένων αυτοψιών (κάτι το οποίο οφείλεται κατ’ εξοχήν στην υποστελέχωση των πολεοδομικών υπηρεσιών, που απώλεσαν κατά την τελευταία τριετία μεγάλο μέρος του προσωπικού τους, δεν αποκλείεται όμως να σχετίζεται και με το ότι οι κατά τόπο πολεοδομίες απώλεσαν την αρμοδιότητα της κρίσης επί των εκθέσεων αυτοψίας – δια των 4μελών επιτροπών του άρθρου 4, που συγκροτούνταν από το προσωπικό των ίδιων πολεοδομιών).

¹⁹ Βλ. και εγκυκλίους 7/2012 και 17/2012 του ΥΠΕΚΑ (ΔΟΚΚ).

II. 2. Η (φορολογική) προσφυγή του άρθρου 63 ν. 4174/2013

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η καθιέρωση ενδικοφανούς προσφυγής στο πεδίο των φορολογικών υποθέσεων, με τις διατάξεις των άρθρων 70Α και 70Β του ν. 2238/1994 (Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος) και στη συνέχεια με το άρθρο 63 του ν. 4174/2013.²⁰

²⁰ Κατά το χρόνο σύνταξης του παρόντος, το άρθρο 63 του ν. 4174/2013 έχει ως εξής: «1. Ο υπόχρεος, εφόσον αμφισβητεί οποιαδήποτε πράξη που έχει εκδοθεί σε βάρος του από τη Φορολογική Διοίκηση, « ή σε περίπτωση σιωπηρής άρνησης» οφείλει να υποβάλει ενδικοφανή προσφυγή με αίτημα την επανεξέταση της πράξης στο πλαίσιο διοικητικής διαδικασίας από την Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης της Φορολογικής Διοίκησης. Η αίτηση υποβάλλεται στη φορολογική αρχή που εξέδωσε την πράξη ή παρέλειψε την έκδοση της και πρέπει να αναφέρει τους λόγους και τα έγγραφα στα οποία ο υπόχρεος βασίζει το αίτημα του. Η αίτηση πρέπει να υποβάλλεται από τον υπόχρεο εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πράξης σε αυτόν ή από τη συντέλεση της παράλειψης. Η προθεσμία του προηγούμενου εδαφίου αναστέλλεται κατά το χρονικό διάστημα από 1 έως 31 Αυγούστου.

2. Η Φορολογική Διοίκηση αποστέλλει την ενδικοφανή προσφυγή του υπόχρεου, συνοδευόμενη από σχετικά έγγραφα και τις απόψεις αυτής, εντός επτά (7) ημερών από την υποβολή, στην Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης της Φορολογικής Διοίκησης, προκειμένου η τελευταία να αποφανθεί.

3. Με την άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής αναστέλλεται η καταβολή ποσοστού πενήντα τοις εκατό (50%) του αμφισβητούμενου ποσού, υπό την προϋπόθεση ότι έχει καταβληθεί το υπόλοιπο πενήντα τοις εκατό (50%). Η αναστολή, σύμφωνα με το προηγούμενο εδάφιο, δεν ισχύει επί του άμεσου προσδιορισμού του φόρου, καθώς και επί πράξης διοικητικού προσδιορισμού του φόρου, που εκδίδεται με βάση στοιχεία που έχουν παρασχεθεί από τον φορολογούμενο σε φορολογική του δήλωση.

4. Ο υπόχρεος έχει δικαίωμα να υποβάλει, ταυτόχρονα με την ενδικοφανή προσφυγή και αίτημα αναστολής της καταβολής που προβλέπεται στην παράγραφο 3. Η Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης δύναται να αναστείλει την εν λόγω πληρωμή, μέχρι την έκδοση της απόφασης της στον υπόχρεο, μόνο στην περίπτωση κατά την οποία η πληρωμή θα είχε ως συνέπεια ανεπανόρθωτη βλάβη για τον υπόχρεο. Εάν δεν εκδοθεί απόφαση εντός τριάντα (30) ημερών, από την υποβολή της αίτησης στη Φορολογική Διοίκηση, η αίτηση αναστολής θεωρείται ότι έχει απορριφθεί. Τυχόν αναστολή της πληρωμής δεν απαλλάσσει τον υπόχρεο από την υποχρέωση καταβολής των τόκων λόγω εκπρόθεσμης καταβολής του φόρου.

5. Εντός ενενήντα (90) ημερών από την υποβολή της ενδικοφανούς προσφυγής στη Φορολογική Διοίκηση, η Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης εκδίδει απόφαση, την οποία κοινοποιεί στον υπόχρεο, λαμβάνοντας υπόψη την προσφυγή, τις πληροφορίες που έλαβε από τον υπόχρεο και τις απόψεις της αρμόδιας φορολογικής αρχής, καθώς και κάθε άλλη πληροφορία που είναι σχετική με την υπόθεση. Η προθεσμία του προηγούμενου εδαφίου αναστέλλεται κατά το χρονικό διάστημα από 1 έως 31 Αυγούστου. Αν η Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης το κρίνει απαραίτητο, δύναται να καλέσει τον υπόχρεο σε ακρόαση. Σε περίπτωση που προσκομισθούν νέα στοιχεία στην Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης ή γίνει επίκληση νέων πραγματικών περιστατικών, ο υπόχρεος πρέπει να καλείται σε ακρόαση. Αν, εντός της ανωτέρω προθεσμίας, δεν εκδοθεί απόφαση τότε θεωρείται ότι η ενδικοφανής προσφυγή έχει απορριφθεί από την Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης και ο υπόχρεος έχει λάβει γνώση αυτής της απόρριψης κατά την εκπνοή της προθεσμίας αυτής. Στην περίπτωση των ενδικοφανών προσφυγών που υποβάλλονται στην αρμόδια φορολογική αρχή μέχρι τις 28.2.2014 η προθεσμία του πρώτου εδαφίου επεκτείνεται σε εκατόν είκοσι (120) ημέρες. Ο Προϊστάμενος της Υπηρεσίας Εσωτερικής Επανεξέτασης μπορεί, με απόφαση του, να εξουσιοδοτεί άλλους υπαλλήλους της ίδιας υπηρεσίας, να υπογράφουν, με εντολή του, αποφάσεις επί ενδικοφανών προσφυγών και αιτήσεων αναστολής.

6. Αν με την απόφαση ακυρώνεται, μερικά ή ολικά, ή τροποποιείται η πράξη της φορολογικής αρχής, η Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης οφείλει να αιτιολογεί την απόφαση αυτή επαρκώς με νομικούς ή και πραγματικούς ισχυρισμούς. Σε περίπτωση απόρριψης της ενδικοφανούς προσφυγής, η αιτιολογία μπορεί να συνίσταται στην αποδοχή των διαπιστώσεων της οικείας πράξης προσδιορισμού φόρου. Σε κάθε περίπτωση η απόφαση πρέπει να περιέχει τουλάχιστον την οριστική φορολογική υποχρέωση του υπόχρεου, το καταλογιζόμενο ποσό και την προθεσμία καταβολής αυτού. Η φορολογική αρχή, της οποίας η πράξη ακυρώνεται για τυπικές πλημμέλειες, εκδίδει νέα πράξη σύμφωνα με τα οριζόμενα στην απόφαση της Υπηρεσίας Εσωτερικής Επανεξέτασης.

Πολλά βεβαίως έχουν γραφεί,²¹ σχετικά με τη συμβατότητα των ρυθμίσεων του άρθρου 63 με διατάξεις του Συντάγματος, και συγκεκριμένα (και ενδεικτικά), σχετικά με (α) την αναστολή καταβολής του πενήντα τοις εκατό (50%) του αμφισβητούμενου ποσού, υπό την προϋπόθεση ότι έχει καταβληθεί το υπόλοιπο πενήντα τοις εκατό (50%), (β) την ανάθεση σε όργανο της φορολογικής διοίκησης, της αρμοδιότητας να κρίνει επί της συνδρομής των προϋποθέσεων αναστολής είσπραξης του μη αυτομάτως αναστελλόμενου πενήντα τοις εκατό, αλλά και της αρμοδιότητας να κρίνει τη νομιμότητα πράξης του ίδιου νομικού προσώπου - υπηρεσίας, (γ) την αιτιολογία των πράξεων που εκδίδονται επί των ενδικοφανών (όπως προκύπτει σαφώς από τη διάταξη της παρ. 6, η υποχρέωση επαρκούς αιτιολογίας επιτείνεται σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, όχι όμως και σε περίπτωση απόρριψής της), (δ) την άσκηση του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης (η αποστέρηση του οποίου, λόγω παράλειψης της διοίκησης, συνιστά παραβίαση ουσιώδους διαδικαστικού τύπου, που δεν καλύπτεται με την άσκηση εκ μέρους του διοικουμένου ενδικοφανούς προσφυγής κατά της εκδοθείσας σχετικής διοικητικής πράξης), (ε) την αποδυνάμωση του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, με την προσφυγή και ιδιαίτερα με τον πολύπλοκο χαρακτήρα αυτής.²²

Πρακτικά, κατά τη γνώμη του γράφοντος, το σημαντικότερο ελάττωμα της ενδικοφανούς φορολογικής προσφυγής έγκειται στο ότι, όπως επιβεβαιώνεται από στοιχεία που δημοσιοποίησε η Γενική Γραμματεία Δημοσίων Εσόδων, οι μισές περίπου από τις προσφυγές που ασκήθηκαν στο διάστημα Ιανουάριος – Νοέμβριος 2014 απορρίφθηκαν σιωπηρώς – χωρίς να εξετασθούν από την αρμόδια Διεύθυνση

7. Η Φορολογική Διοίκηση δεν έχει δικαίωμα προσφυγής κατά της απόφασης της Υπηρεσίας Εσωτερικής Επανεξέτασης.

8. Κατά της απόφασης της Υπηρεσίας Εσωτερικής Επανεξέτασης ή της σιωπηρής απόρριψης της ενδικοφανούς προσφυγής λόγω παρόδου της προθεσμίας προς έκδοση της απόφασης, ο υπόχρεος δύναται να ασκήσει προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου Διοικητικού Δικαστηρίου σύμφωνα με τις διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας. Για την αναστολή, λόγω άσκησης προσφυγής, ισχύουν ανάλογα οι διατάξεις της παραγράφου 3 του παρόντος άρθρου. Προσφυγή στα διοικητικά δικαστήρια απευθείας κατά οποιασδήποτε πράξης που εξέδωσε η Φορολογική Διοίκηση είναι απαράδεκτη.

9. Ο Γενικός Γραμματέας δύναται να εκδίδει τις αναγκαίες κανονιστικές πράξεις για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου και ιδίως να καθορίζει τις λεπτομέρειες για τη λειτουργία της Υπηρεσίας Εσωτερικής Επανεξέτασης, την εφαρμοστέα διαδικασία και τον τρόπο έκδοσης των αποφάσεων της».

²¹ Βλ. ενδεικτικά: Χ. Δετσαρίδη, Ζητήματα συνταγματικότητας από την εισαγωγή της ενδικοφανούς προσφυγής στις φορολογικές διαφορές, σε Δελτίο Φορολογίας Νομοθεσίας Τ. 68, σελ. 1548 επόμενα.

²² Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2180/2013, 2283/2012, 3489/2011, 2521/2011, 3114/2010, 2159/2009. Εντούτοις με τις ΟλΣτΕ 4447/2012 και 4918/2012 το Δικαστήριο (πλειοψηφ.) δέχθηκε, ότι η παράλειψη της προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου «καλύπτεται», όταν βάσει της συγκεκριμένης ειδικής νομοθεσίας που διέπει την έκδοση της δυσμενούς διοικητικής πράξης προβλέπονται, πέραν της αρχικής (δηλ. πριν την έκδοση της δυσμενούς πράξεως) προηγούμενης ακρόασης, και ένα ή περισσότερα στάδια ενδικοφανούς διαδικασίας ενώπιον ανωτέρων οργάνων και εφόσον ο ενδιαφερόμενος ασκήσει την ή τις ενδικοφανείς προσφυγές και προβάλει τους κρίσιμους, κατ' αυτόν, ισχυρισμούς που δεν προέβαλε πριν την έκδοση της αρχικής πράξης.

Επίλυσης Διαφορών της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Εσόδων.²³ Βλέποντας, παράλληλα, το σύνολο των ρυθμίσεων του άρθρου 63 του ν. 4174/2013, με τις οποίες τα δικαιώματα του φορολογούμενου υφίστανται σοβαρούς περιορισμούς και περιέρχεται αυτός σε εξαιρετικά δυσμενή θέση, επιβεβαιώνεται ευχερώς, ότι η ενδικοφανής προσφυγή του άρθρου 63 του ν. 4174/2013 δεν επινοήθηκε χάριν του φορολογούμενου.²⁴ Αυτό που ισχύει είναι το ακριβώς αντίθετο και μία γενικότερη θεώρηση του μηχανισμού των ενδικοφανών προσφυγών, όπως έχει διαμορφωθεί μέσα σε ένα περιβάλλον ιδιαίτερα οξείας κοινωνικής και οικονομικής κρίσης, το αποδεικνύει.

III. Συνολική κριτική του μηχανισμού των ενδικοφανών προσφυγών

Τα δύο παραπάνω παραδείγματα, αποτυπώνουν την πραγματικότητα ως προς τη χρησιμότητα και την αποτελεσματικότητα των ενδικοφανών προσφυγών. Κατά τη θεωρία, με τις ενδικοφανείς προσφυγές «φιλτράρονται» οι υποθέσεις και έτσι στα δικαστήρια φθάνουν λιγότερες και αυτές «εκκαθαρισμένες». Στην πράξη, ο διοικούμενος ασκεί την ενδικοφανή προσφυγή του, επειδή αυτό προβλέπεται από κάποια διάταξη, ως προϋπόθεση για να προσφύγει στη συνέχεια στο αρμόδιο δικαστήριο, ή επειδή αυτό του συνέστησε να κάνει κάποιος υπάλληλος της αρμόδιας υπηρεσίας.

Και βέβαια, οι παρούσες συνθήκες πολύ απέχουν από άλλες εποχές, όταν για την άσκηση των ενδικοφανών προσφυγών προβλέπονταν πολύ σύντομες προθεσμίες ή όταν το αρμόδιο όργανο για την κρίση επί της ενδικοφανούς τελούσε σε τέτοια υπηρεσιακή σχέση με το όργανο που εξέδωσε την ελεγχόμενη πράξη, ώστε οι πιθανότητες ευδοκίμησής της ήταν μηδαμινές. Ή, ακόμα χειρότερα, τότε (χωρίς αυτά τα φαινόμενα να έχουν εκλείψει βέβαια) που ο φιλικός υπάλληλος προσφερόταν (με το αζημίωτο) να γράψει ένα «ενίσταμαι» πάνω από την υπογραφή του

²³ Βλ. «Στον κάδο των «αχρήστων» καταλήγει το 46% των ενδικοφανών προσφυγών», σε: www.e-forologia.gr

²⁴ Γενικότερα, το ότι η ενδικοφανής προσφυγή δεν επινοήθηκε για χάρι του διοικουμένου, θα μπορούσε να παρατηρηθεί για σχεδόν όλες τις περιπτώσεις ενδικοφανών προσφυγών: ο διοικούμενος δεν ασκεί την ενδικοφανή προσφυγή επειδή προσδοκά (όταν έχει δίκιο) ότι η διοίκηση θα δει το λάθος της και θα τον δικαιώσει, αλλά διότι, καταρχήν, είναι υποχρεωμένος να την ασκήσει. Πόσες από αυτές τις προσφυγές θα ασκούνταν, αν η άσκησή τους δεν ήταν προϋπόθεση παραδεκτού για το ένδικο βοήθημα που ακολουθεί; Πάντως, ως προς το ζήτημα της σκοπιμότητας της ενδικοφανούς, υπαρχούσης της απλής («κοινής», «ατύπου») προσφυγής («ιεραρχικής» ή «αίτησης θεραπείας»), η θέση της θεωρίας φαίνεται να είναι ότι αυτή (η ενδικοφανής) προορίζεται για θέματα ιδιαίτερης σπουδαιότητας για τον διοικούμενο: πρβλ. Μιχ. Στασινόπουλου Δίκαιον Διοικητικών Διαφορών σελ. 125, 181, Λ. Δ. Κεράνη, ό.π. σελ. 161: «... προβλέπονται συνήθως εις θέματα ιδιαίτερας σπουδαιότητας για τον διοικούμενον. Εξ ετέρου, ο νομοθέτης ... συνιστά περί τούτου ειδικόν όργανον κυρίως συλλογικόν, τουθ' όπερ παρέχει μείζονας εγγυήσεις δια την αμερόληπτον και αντικειμενικήν κρίσιν επί της προσβαλλομένης πράξεως».

προσφεύγοντος, ή και να κάνει το κάτι παραπάνω, για παράδειγμα, να κρατήσει την ένσταση σε ένα συρτάρι για μερικούς μήνες ή και χρόνια (για να κερδηθεί χρόνος, μέχρι τυχόν να γίνει ευνοϊκότερο το νομοθετικό καθεστώς ή να αλλάξει η σύνθεση της αρμόδιας επιτροπής, ή προκειμένου η δυσμενής πράξη – κατά της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή – τυπικώς μόνο να οριστικοποιηθεί, ουσιαστικά όμως να παραμείνει ανεφάρμοστη), η πρακτική όμως των ενδικοφανών παραμένει προβληματική και τα πράγματα δεν λειτουργούν, στις περισσότερες περιπτώσεις, όπως ηθέλησε ο νομοθέτης. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις δηλαδή, που ο νομοθέτης, επαφίεμενος στο αρμόδιο διοικητικό όργανο, θεώρησε, ότι με την επεξεργασία που θα υποστεί η υπόθεση, κατόπιν ενδικοφανούς προσφυγής, αν δεν λυθεί η διαφορά, πάντως θα φτάσει «εκκαθαρισμένη» και απλουστευμένη στο δικαστήριο, ενώ, και το διοικητικό όργανο, αρμόδιο για την κρίση επί της ενδικοφανούς, επαφίεται στον αρμόδιο δικαστή, ο οποίος θα κληθεί στη συνέχεια, κατόπιν άσκησης ενδίκου βοηθήματος, να εκκαθαρίσει την υπόθεση και να λύσει τη διαφορά.²⁵

Έτσι, παρά τις κάποιες βελτιώσεις, με την ενδικοφανή προσφυγή να λειτουργεί ως εργαλείο στα χέρια μιας κακής διοίκησης, μικρό μόνο μέρος από τις ενδικοφανείς προσφυγές που ασκούνται εξετάζεται εμπρόθεσμα από τα αρμόδια όργανα (ενώ και για όσες εξετάζονται εμπρόθεσμα, συνήθως, τα αρμόδια όργανα εξαντλούν την αρμοδιότητά τους απορρίπτοντας την ενδικοφανή προσφυγή, επαναλαμβάνοντας την αιτιολογία της απόφασης κατά της οποίας ασκήθηκε αυτή). Κατά συνέπεια, δεν είναι σπάνιο φαινόμενο, το να συζητείται τελικά μία υπόθεση ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου (σε περιπτώσεις άσκησης ενδίκου βοηθήματος κατά της τεκμαιρόμενης απόρριψης της ενδικοφανούς προσφυγής) πριν τη συζήτηση (της ενδικοφανούς) ενώπιον του αρμοδίου διοικητικού οργάνου. Ενόψει αυτών, μπορούμε να αμφιβάλλουμε σοβαρά ως προς το αν οι ενδικοφανείς προσφυγές εξυπηρετούν το σκοπό για τον οποίο γνωρίζαμε - και υποστηρίζαμε ως τώρα - ότι χρησιμοποιούνται.

²⁵ Διότι το τεκμήριο περί απόρριψης της ενδικοφανούς (Πρβλ., χάριν παραδείγματος τη διάταξη του άρ. 63 του ν. 4174/2013: « ... αν, εντός της ανωτέρω προθεσμίας, δεν εκδοθεί απόφαση τότε θεωρείται ότι η ενδικοφανής προσφυγή έχει απορριφθεί από την Υπηρεσία Εσωτερικής Επανεξέτασης και ο υπόχρεος έχει λάβει γνώση ...»), που συνδέεται με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας για την έκδοση απόφασης επί αυτής, παρέχει στα αρμόδια όργανα την ευχέρεια να μεταχειρίζονται την αρμοδιότητά τους περί κρίσης επί των ενδικοφανών ωσάν να επρόκειτο για διακριτική ευχέρεια. Έτσι, τα μέλη των (κατά κανόνα συλλογικών) οργάνων, τα οποία είναι αρμόδια να κρίνουν επί των ενδικοφανών προσφυγών, γνωρίζουν, ότι η εκ μέρους τους αδράνεια, η μη εξέταση των προσφυγών και η μη έκδοση απόφασης, μεταθέτει απλώς (υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι θα μεριμνήσει σχετικά ο διοικούμενος) το βάρος της έκδοσης απόφασης στο αρμόδιο δικαστήριο, χωρίς βεβαίως να επέρχεται οιαδήποτε δυσμενής συνέπεια σε βάρος αυτών (των αδρανούντων οργάνων). Πρβλ. και Β. Ανδρουλάκη 'Η επίκαιρη παροχή δικαστικής προστασίας στη διοικητική δικαιοσύνη: Μια συνεχής αναζήτηση' σε ΘΠΔΔ 1/2015 σελ. 1επ. « ... Το σύστημα αυτό, που απαντάται σε πλήθος επί μέρους νομοθεσιών, δυστυχώς απέτυχε έως σήμερα να αποτελέσει φίλτρο ικανό να απορροφήσει τον μεγάλο όγκο των διοικητικών διαφορών. Αποτελεί μάλλον ένα απαραίτητο διαδικαστικό στάδιο πριν η διαφορά αχθεί έτσι κι αλλιώς στα δικαστήρια, παρά διαδικασία πραγματικής επίλυσης μιας διαφοράς στο επίπεδο της διοίκησης».

III. 1. Η εξέλιξη του μηχανισμού της ενδικοφανούς προσφυγής (η λειτουργία της ενδικοφανούς προσφυγής στο παρόν κοινωνικό, οικονομικό και νομικό περιβάλλον)

Στο σημείο αυτό, θα πρέπει να προηγηθούν ορισμένες παραδοχές. Απαραίτητο (αλλά όχι μοναδικό) στοιχείο ενός Κράτους Δικαίου είναι η παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας και απαραίτητο (αλλά όχι μοναδικό και πάλι) στοιχείο για την αποτελεσματικότητα της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας είναι η ταχύτητα στην απονομή της δικαιοσύνης. Έτσι, η ενδικοφανής προσφυγή, ως εργαλείο στη διάθεση του έλληνα νομοθέτη, εξυπηρετεί κατά τη θεωρία έναν «εγγύτερο / αμεσότερο» σκοπό (την επιτάχυνση στην απονομή της δικαιοσύνης) και όχι το πραγματικά (απώτερο) ζητούμενο, δηλαδή την επίτευξη (ή διατήρηση) του Κράτους Δικαίου (για το οποίο υπάρχουν βεβαίως πολλά προαπαιτούμενα) και την αποτελεσματική προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Πλέον όμως, αφού, λόγω των συντρεχουσών – οικονομικών και κοινωνικών – περιστάσεων, ο απώτερος αυτός σκοπός απομακρύνεται, καθώς ο νομοθέτης, αναγκαστικά ή μη, προέβη επανειλημμένα σε επιλογές περιορισμού (ενίοτε αμφιβόλου συνταγματικότητας) των δικαιωμάτων, και αφού ο άμεσος σκοπός, που προοριζόταν να εξυπηρετήσει, επιτεύχθηκε (με άλλα μέσα),²⁶ η ενδικοφανής προσφυγή επιστρατεύεται για να εξυπηρετήσει την επιδίωξη άλλων σκοπών:

(α) Εισπρακτικών – ταμειευτικών: Αντίθετα με την ένσταση του άρθρου 4 του π.δ. 267/1998, για την άσκηση της οποίας δεν απαιτείτο κάποια δαπάνη, πλέον, για την άσκηση της ένστασης ενώπιον των ΣΥΠΟΘΑ απαιτείται, ως προϋπόθεση παραδεκτού, η καταβολή παραβόλου ύψους πενήντα Ευρώ.²⁷ Αλλά και στην περίπτωση της φορολογικής ενδικοφανούς προσφυγής, (προ)βεβαιώνεται το 50% της φορολογικής οφειλής (αναστέλλεται η καταβολή ποσοστού 50% του αμφισβητούμενου ποσού, υπό την προϋπόθεση ότι έχει καταβληθεί το υπόλοιπο πενήντα τοις εκατό 50%).

(β) ‘Ψυχολογικών’: για τον διοικούμενο, με δεδομένο το κόστος πρόσβασης στη δικαιοσύνη, η ενδικοφανής προσφυγή είναι το φθηνότερο υποκατάστατο, με το οποίο αφενός μεν διατηρεί την αίσθηση ότι δεν παραδίδεται αμαχητί στην επίθεση του νομοθέτη στα δικαιώματά του (στην τσέπη του) και αφετέρου διατηρεί την (κατά κανόνα μάταιη) ελπίδα να δικαιωθεί. Παράλληλα όμως, διατρέχει τον κίνδυνο, αν επιλέξει να χειριστεί την υπόθεσή του χωρίς τη συνδρομή δικηγόρου, να αποδυναμώσει ανεπανόρθωτα τη θέση του, υποβάλλοντας μια αυτοσχέδια προσφυγή, η οποία θα θέτει σοβαρούς περιορισμούς και δεσμεύσεις στην μελλοντική

²⁶ Γνωρίζουμε – και αποδεικνύεται και από τα στατιστικά που δημοσιοποιούν τα δικαστήρια – ότι (πιθανότατα χάρη στην αύξηση των δικαστικών δαπανημάτων, αλλά και για άλλους λόγους, η ανάλυση των οποίων δεν είναι της παρούσης) ο αριθμός των ασκούμενων ενδίκων βοηθημάτων και μέσων έχει μειωθεί σημαντικά, όπως ομοίως και ο φόρτος εργασίας των δικαστηρίων και τελικά ο μέσος απαιτούμενος χρόνος από την άσκηση του ενδίκου βοηθήματος ή μέσου μέχρι τη δημοσίευση της δικαστικής απόφασης.

²⁷ Πρβλ. άρ. 33 παρ. 2 εδ. 2 του ν. 4030/2011.

υποστήριξη της υπόθεσης ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων, όπως επίσης και τον κίνδυνο, αφού βιώσει μία ‘καφκική’ εμπειρία από την ελληνική διοίκηση και γραφειοκρατία, παραδομένος στη μοίρα του, να μην αναζητήσει τελικά δικαστική προστασία των δικαιωμάτων και συμφερόντων του. Αλλά και αν η έμμεση αποτροπή δεν αρκεί, ο νομοθέτης διαθέτει τα κατάλληλα μέσα, για να επιδιώξει, εφόσον το επιθυμεί, τον άμεσο περιορισμό της πρόσβασης στα διοικητικά δικαστήρια.

III. 2. Το προταθέν και απορριφθέν σύστημα υποχρεωτικής ενδικοφανούς προσφυγής

Το Υπουργείο Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων έθεσε σε δημόσια διαβούλευση νομοσχέδιο, που ακολούθως ψηφίστηκε και έγινε ο ν. 4055/2012 (ΦΕΚ 51 Α') «*Δίκαιη δίκη και εύλογη διάρκεια αυτής*», το οποίο προέβλεπε την καθιέρωση ενός υποχρεωτικού μηχανισμού ενδικοφανούς διαδικασίας για τις διοικητικές διαφορές, και μάλιστα, με αντίστοιχη κατάργηση ενός βαθμού δικαιοδοσίας των δικαστηρίων.²⁸ Σύμφωνα με το συντάκτη της, η προταθείσα

²⁸ Το περιεχόμενο του άρθρου στο σχέδιο νόμου είχε ως εξής: «*Άρθρο 68. Επιτροπές Επιλύσεως Διοικητικών Αμφισβητήσεων. 1. Συνιστάται «Σώμα Μελών Επιτροπών Διοικητικών Αμφισβητήσεων», τα μέλη του οποίου στελεχώνουν τις κατά τα κατωτέρω Επιτροπές Επιλύσεως Διοικητικών Αμφισβητήσεων. Τα μέλη του σώματος, το οποίο υπάρχει στον Υπουργό Διοικητικής Μεταρρύθμισης, υπηρετούν σ' αυτό αποσπώμενα από την υπηρεσία τους για τετραετή θητεία, η οποία μπορεί να ανανεωθεί μία μόνο, συνεχόμενη ή μη, φορά. Οι θέσεις του σώματος καθορίζονται με το προεδρικό διάταγμα της παραγράφου 4 του παρόντος άρθρου. ...2. ...3. ... 4. ... 5. Στην έδρα κάθε Αποκεντρωμένης Διοίκησης ιδρύεται «Επιτροπή Επιλύσεως Διοικητικών Αμφισβητήσεων» με σκοπό την εξέταση διοικητικών προσφυγών ενδικοφανούς χαρακτήρα κατά εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών, καθώς και την εξέταση αιτημάτων προς αποζημίωση σε βάρος του Ελληνικού Δημοσίου ή νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου. Η Επιτροπή λειτουργεί κατά κλιμάκια, που διαφοροποιούνται σε σχέση με το αντικείμενο της διαφοράς. Αναλόγως του πληθυσμού μιας Αποκεντρωμένης Διοίκησης και του όγκου των υποθέσεων, μπορεί να προβλέπεται η λειτουργία περισσότερων κλιμακίων ανά αντικείμενο. Κλιμάκια των κατά τύπους Επιτροπών μπορεί, επίσης, να λειτουργούν στις έδρες των νομών και σε μεγάλες πόλεις. Κριτήριο για τη λειτουργία κλιμακίου εκτός της έδρας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης είναι η γεωγραφική διαμόρφωση της περιοχής και το ειδικότερο αντικείμενο των ενδικοφανών προσφυγών. ...6. Κάθε κλιμάκιο αποτελείται από τρία μέλη. Πρόεδρος ορίζεται με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών, συνταξιούχος ανώτερος ή ανώτατος δικαστικός λειτουργός ή εν ενεργεία ή συνταξιούχος Σύμβουλος ή Πάρεδρος του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους. Ως μέλη ορίζονται, με την ίδια απόφαση, ένα μέλος του Σώματος Μελών Επιτροπών Επιλύσεως Διοικητικών Αμφισβητήσεων και ένα μέλος των Επαγγελματικών Επιμελητηρίων ή Συλλόγων που έχουν μορφή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου ή μέλος Ανεξάρτητης Αρχής. Με την ίδια απόφαση ορίζονται πλην των τακτικών και τα αναπληρωματικά μέλη. Η θητεία των μελών κάθε κλιμακίου είναι διετής, δυναμένη να ανανεωθεί. Η συνολική υπηρεσία, πάντως, δεν μπορεί να υπερβεί την οκταετία. Με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών ορίζεται ποιος από τους δικαστικούς λειτουργούς έχει την ευθύνη της εύρυθμης λειτουργίας και του συντονισμού των εργασιών των κλιμακίων που λειτουργούν σε κάθε Αποκεντρωμένη Διοίκηση. Οι κατά τα ανωτέρω Σύλλογοι ή Επιμελητήρια ή Ανεξάρτητες Αρχές υποδεικνύουν, όταν τους ζητηθεί από τον Υπουργό Εσωτερικών, ποια εκ των μελών τους μπορεί να αποτελέσουν μέλη των κατά το παρόν Επιτροπών. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής*

Διακυβέρνησης, Εσωτερικών και Οικονομικών, ορίζεται η αμοιβή των συνταξιούχων μελών των Επιτροπών καθώς και όσων υποδεικνύονται από τους Επαγγελματικούς Συλλόγους ή Επιμελητήρια. Με την επιφύλαξη των οριζόμενων στην παρ. 3 του άρθρου 2, τα μέλη των Επιτροπών μπορούν να παυθούν με απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών μόνον εάν παραιτηθούν ή αν τελέσουν βαρύ παράπτωμα σχετικό με την εκτέλεση των καθηκόντων τους ή καταδικαστούν για πλημμέλημα ή κακούργημα. 7. Οι συνεδριάσεις των κλιμακίων της Επιτροπής είναι δημόσιες. Το δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 37 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας εφαρμόζεται αναλόγως. Η Επιτροπή αποφαινεται με αιτιολογημένη απόφασή της, υποχρεούται δε να επιλύσει τη διαφορά που άγεται ενώπιόν της, μη δικαιούμενη να αναπέμψει την υπόθεση στη διοίκηση. Καθήκοντα εισηγητή εκτελεί πάντοτε το μέλος του Σώματος Μελών Επιτροπών Επιλύσεως Διοικητικών Αμφισβητήσεων. Κατά την άσκηση των καθηκόντων τους τα μέλη της Επιτροπής απολαύουν πλήρους ανεξαρτησίας. Κανείς δεν μπορεί να διωχθεί πειθαρχικά ή άλλως πως για γνώμη που εξέφρασε κατά την εκδίκαση της ενδικοφανούς προσφυγής. Οι διατάξεις των άρθρων 14 έως 22 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας εφαρμόζονται αναλόγως. 8. Οι Επιτροπές ερευνούν ελεύθερα τα πραγματικά και νομικά ζητήματα των υποθέσεων. Μπορούν να καλέσουν οποιονδήποτε για να τους παράσχει πληροφορίες, να ενεργήσουν αυτοψία, να ζητήσουν τη διενέργεια πραγματογνωμοσύνης, να ζητήσουν οποιοδήποτε έγγραφο και να προκαλέσουν γνωματεύσεις από τις αρμόδιες αρχές. Σε περίπτωση ασκήσεως ενδικοφανούς προσφυγής η διοίκηση είναι υποχρεωμένη να αποστείλει το ταχύτερο δυνατόν τις απόψεις της και τον πλήρη φάκελο της υποθέσεως στην αρμόδια Επιτροπή. 9. Μετά την έκδοση της αποφάσεως ο φάκελος επιστρέφει στην αρχή που εξέδωσε την προσβληθείσα με την ενδικοφανή προσφυγή πράξη, η οποία μεριμνά για την κοινοποίησή της σε εκείνον που προσέφυγε, καθώς και για την άμεση εκτέλεση της αποφάσεως της Επιτροπής. Σε περίπτωση ασκήσεως ενδίκου βοηθήματος διάδικος ενώπιον των δικαστηρίων είναι η Αρχή η οποία εξέδωσε την προσβληθείσα με ενδικοφανή προσφυγή πράξη. 10. Με προεδρικό διάταγμα που εκδίδεται με πρόταση του Υπουργού Εσωτερικών και του εκάστοτε αρμοδίου καθ' ύλην Υπουργού, ορίζεται ότι, όπου στην κείμενη νομοθεσία προβλέπεται άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής κατά πράξεων διοικητικών αρχών, αποκλειστικώς αρμόδια για την εκδίκασή της καθίσταται η Επιτροπή Επιλύσεως Διοικητικών Αμφισβητήσεων, καθορίζεται δε η τηρητέα ενώπιόν της διαδικασία, η οποία μπορεί να διαφοροποιείται ανάλογα με το είδος της διαφοράς. Με το παραπάνω διάταγμα καταργούνται οι σχετικές με την ενδικοφανή προσφυγή διατάξεις της οικείας νομοθεσίας. Με το αυτό διάταγμα είναι δυνατόν να καθιερωθεί σύστημα ενδικοφανών προσφυγών και σε περιπτώσεις όπου η κείμενη νομοθεσία δεν τις προβλέπει. Η εκδίκαση της κατά τα ανωτέρω ενδικοφανούς προσφυγής γίνεται από τις Επιτροπές σε πρώτο και τελευταίο βαθμό. Είναι δυνατή η δοκιμαστική, σε επίπεδο Αποκεντρωμένης Διοικήσεως και για ορισμένες κατηγορίες υποθέσεων, λειτουργία των Επιτροπών και των κλιμακίων τους, ώστε σταδιακά η λειτουργία τους να επεκταθεί σε όλη την επικράτεια. Είναι, επίσης, δυνατόν να προβλεφθεί η λειτουργία των Επιτροπών σε όλες ή σε ορισμένες μόνο Αποκεντρωμένες Διοικήσεις για ορισμένη κατηγορία υποθέσεων. 11. Σε περίπτωση κατά την οποία προβλεφθεί, με το προεδρικό διάταγμα του προηγούμενου άρθρου (προφανώς εννοείται της προηγούμενης παραγράφου), ότι αρμόδια για την εκδίκαση ενδικοφανών προσφυγών που προβλέπονται από συγκεκριμένη νομοθεσία καθίσταται η Επιτροπή, είναι απαράδεκτη ή άσκηση οποιασδήποτε διοικητικής προσφυγής κατά των υποκειμένων σε ενδικοφανή προσφυγή πράξεων. 12. Οι αποφάσεις της Επιτροπής δεν υπόκεινται σε οποιαδήποτε διοικητική προσφυγή ασκούμενη από οποιονδήποτε, είτε αυτός είναι άμεσα ενδιαφερόμενος είτε τρίτος. Οι αποφάσεις της επιτροπής υπόκεινται στα κατά τον νόμο ένδικα βοηθήματα. Οι λόγοι που περιέχονται στο ένδικο βοήθημα που ασκείται κατά των πράξεων της Επιτροπής δεν επιτρέπεται, επί ποινή απαραδέκτου, να είναι διαφορετικοί από τις αιτιάσεις της ενδικοφανούς προσφυγής, εκτός αν αναφέρονται σε αυτοτελείς πλημμέλειες της απόφασης της Επιτροπής. Το επιλαμβανόμενο του ενδίκου βοηθήματος δικαστήριο αποφαινεται ανεκκλήτως. Σε περίπτωση κατά την οποία η διοίκηση δεν έχει τηρήσει την κατά το εδ. β' της παραγράφου 1 του άρθρου 16 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας υποχρέωση ενημερώσεως, το δικαστήριο ενώπιον του οποίου ασκηθεί το προβλεπόμενο εκάστοτε ένδικο βοήθημα έχει την ευχέρεια να αναβάλλει την εκδίκαση της υποθέσεως και να την αναπέμψει στην αρμόδια Επιτροπή».

ρύθμιση αποσκοπούσε (σε τι άλλο;) στην αντιμετώπιση του προβλήματος της καθυστέρησης απονομής δικαιοσύνης από τα διοικητικά δικαστήρια. Η ιδέα, αν και περιείχε θετικά στοιχεία, δεν είχε θετική ανταπόκριση από τη Διοίκηση και προκάλεσε σοβαρότατες αντιδράσεις στο χώρο της Δικαιοσύνης, με αποτέλεσμα η σχετική ρύθμιση να μην συμπεριληφθεί τελικά στο νόμο. Οι αρνητικές αντιδράσεις κατά της συγκεκριμένης πρότασης αφορούσαν κυρίως στη συμβατότητα των προτεινομένων ρυθμίσεων με τις διατάξεις των άρθρων 87 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος (με την 'υποκατάσταση' ενός βαθμού δικαιοδοσίας και τον περιορισμό της πρόσβασης στη διοικητική δικαιοσύνη) και στην (εικαζόμενη) αποτελεσματικότητα της νέας ρύθμισης.²⁹ Αν και η παραπάνω σκέψη δεν υλοποιήθηκε, η δηλωθείσα πρόθεση του νομοθέτη δείχνει, ότι το ζήτημα του προσδιορισμού της έκτασης, της έντασης και των χαρακτηριστικών, που θα πρέπει να έχουν οι ενδικοφανείς προσφυγές, μεμονωμένα ή ως σύνολο μέσα στην εθνική έννομη τάξη, ώστε να εξυπηρετούνται καλύτερα το δημόσιο συμφέρον και τα δικαιώματα των πολιτών, παραμένει ενδιαφέρον και επίκαιρο.

IV. Προτάσεις για τη μελλοντική χρήση των ενδικοφανών προσφυγών

Καταρχάς, σε ό, τι αφορά το ευρύτερο νομικό πλαίσιο, αλλά και ειδικότερα ως προς τις ενδικοφανείς προσφυγές, προτείνεται η αυτοσυγκράτηση του νομοθέτη, με την αποφυγή προπετών και ριζικών αλλαγών, καθώς το αντίθετο, η παρατηρηθείσα δηλαδή τάση για την ενίσχυση σε έκταση και ένταση του μηχανισμού των ενδικοφανών, δεν φαίνεται να ωφέλησε. Παράλληλα, η βελτίωση της ποιότητας του νομοθετικού έργου (αλλά και του διοικητικού) και η αυτοσυγκράτηση του νομοθέτη (και πάλι), αναφορικά με πρωτοβουλίες που συνεπάγονται περιορισμούς δικαιωμάτων, θα μειώσει το αίσθημα αδικίας, τη διάσταση μεταξύ Κράτους και πολιτών/κοινωνίας, και κατ' επέκταση θα περιορίσει την τάση προσφυγής στη δικαιοσύνη και το φόρτο εργασίας των δικαστηρίων. Σε ένα τέτοιο βελτιωμένο πλαίσιο, η ενδικοφανής προσφυγή θα παύσει να λειτουργεί ως μέσο περαιτέρω περιορισμού των δικαιωμάτων και θα συμβάλει στην επιτάχυνση απονομής της δικαιοσύνης, χωρίς ταυτόχρονα, μέσω αυτής, να προκαλείται έλλειμμα δικαιοσύνης.

Εξειδικεύοντας τα παραπάνω, οι προτάσεις που θα μπορούσαν να διατυπωθούν για την μελλοντική χρήση των ενδικοφανών προσφυγών είναι κατά μείζονα λόγο αποτρεπτικές: Προτείνεται η αποφυγή της γενίκευσης των ενδικοφανών προσφυγών.

²⁹ Βλ. Αγγ. Λαϊνιώτη, Εφέτης Δ.Δ. «*Ενδικοφανείς προσφυγές: Επισημάνσεις-Παρατηρήσεις-Προτάσεις*», Β. Φαϊτάς, Πρωτοδίκης Δ.Δ. «*Μερικές σκέψεις για την αιτία της καθυστέρησης της απονομής της Δικαιοσύνης και το προτεινόμενο 'σύστημα υποχρεωτικής ενδικοφανούς προσφυγής'*», Λ. Φακίτσα, Πρωτοδίκης Δ.Δ. «*Κριτική ανάλυση του προσχεδίου νόμου περί γενίκευσης των ενδικοφανών διαδικασιών στις διοικητικές διαφορές ουσίας*», στην ιστοσελίδα της Ένωσης Διοικητικών Δικαστών www.edd.gr

Η καθιέρωση ενός (προφανώς υποχρεωτικού) μηχανισμού ενδικοφανών προσφυγών, που θα καταλαμβάνει ενιαία ένα ευρύτερο φάσμα διοικητικών διαφορών, όπως ο προταθείς με το άρθρο 68 του προαναφερθέντος σχεδίου νόμου, θα προκαλέσει περισσότερα προβλήματα από όσα αναμένεται να επιλύσει. Συναφώς, οι ιδιαιτερότητες κάθε κατηγορίας διοικητικών διαφορών, καταδεικνύουν την ακαταλληλότητα ενός μέτρου ενοποίησης του νομικού καθεστώτος των ενδικοφανών προσφυγών,³⁰ ή της ανάθεσης σε μία αρχή / όργανο της κρίσης επί διαφορών ξένων προς το έργο της. Αντίθετα, η ανάθεση, για παράδειγμα, σε μία Ανεξάρτητη Αρχή του έργου της κρίσης επί του συνόλου των ενδικοφανών προσφυγών, που θα αφορούν σε μία συγκεκριμένη κατηγορία υποθέσεων, θα μπορούσε να βελτιώσει την ταχύτητα και την ποιότητα των εκδιδόμενων αποφάσεων, υπό την προϋπόθεση, ότι τα μέλη αυτής της Αρχής ή οργάνου, θα διέθεταν την κατάλληλη τεχνογνωσία και τα απαιτούμενα μέσα, για ένα ταχύτερο και ποιοτικότερο αποτέλεσμα, αλλά και την απαραίτητη ανεξαρτησία (σε σχέση με το όργανο, πράξη του οποίου θα κρίνεται), ώστε να παρέχονται τα απαιτούμενα εγγύα αντικειμενικής κρίσης. Τέλος, σε συνέπεια με τα προαναφερθέντα, σχετικά με το πώς στην πράξη το τεκμήριο περί απόρριψης της ενδικοφανούς ενθαρρύνει την διοικητική αδράνεια, χρήσιμη θα ήταν η νομοθετική καθιέρωση υποχρέωσης για εξέταση της ενδικοφανούς και για έκδοση ρητής πράξης επί αυτής εντός οριζόμενης προθεσμίας.³¹ Η καθιέρωση, εντούτοις, μιας τέτοιας υποχρέωσης θα πρέπει να συνοδευτεί με την καθιέρωση και συγκεκριμένων υποχρεώσεων ως προς την αιτιολογία των αποφάσεων που θα εκδίδονται επί των ενδικοφανών προσφυγών (να είναι πλήρης, να μην συνιστά απλή επανάληψη της αιτιολογίας της πράξης κατά της οποίας ασκήθηκε η ενδικοφανής, η δε μη τήρηση της ως άνω υποχρέωσης να συνεπάγεται την επιβολή πειθαρχικής κύρωσης σε βάρος του αρμοδίου οργάνου), ώστε η υποχρέωση εξέτασης και έκδοσης ρητής απόφασης να έχει τελικά ωφέλιμο αποτέλεσμα για την ποιότητα του προδικαστικού ελέγχου.

³⁰ Ευγ. Πρεβεδούρου, Οι ενδικοφανείς προσφυγές ως μέσον επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης, σε Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου (ΘΠΔΔ), 2013, σελ. 193 επόμ.

³¹ Βλ. Σ. Κ. Κυβέλος, Η ενδικοφανής προσφυγή, Εκδόσεις Σάκκουλα 2013, σελ. 327.

ΟΙ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΕΣ UNEP – ΕΕ ΓΙΑ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ, ΒΙΩΣΙΜΗ ΚΑΙ ΓΑΛΑΖΙΑ ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΤΗΣ ΜΕΣΟΓΕΙΟΥ ΚΑΙ Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗΣ ΤΩΝ ΧΗΜΙΚΩΝ ΟΠΛΩΝ ΤΗΣ ΣΥΡΙΑΣ: ΕΛΛΕΙΜΜΑ ΘΕΣΜΙΚΟΥ ΠΛΑΙΣΙΟΥ Ή ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΒΟΥΛΗΣΗΣ ΤΩΝ ΠΑΡΑΚΤΙΩΝ ΚΡΑΤΩΝ;

**Γ. Σαμιώτης, Επίκουρος Καθηγητής Τμήματος Ναυτιλιακών
Σπουδών Πανεπιστημίου Πειραιώς.**

Τηλ. 2104142594 email: samiotis@unipi.gr;

**Δ. Γρεκός, Υποψ.Διδάκτορας Τμήματος Ναυτιλιακών Σπουδών
Πανεπιστημίου Πειραιώς.**

***Περίληψη:** Οι πρόσφατες εξελίξεις σχετικά με την καταστροφή των χημικών όπλων της Συρίας, σύμφωνα με το Ψήφισμα 2118/27.09.2013 του Συμβουλίου Ασφαλείας του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών και η επεξεργασία εν πλω επί του πλοίου Cape Ray της Ναυτιλιακής Διοίκησης των ΗΠΑ (MARAD) στην περιοχή της Νοτιοανατολικής Μεσογείου ανέδειξαν σημαντικά θέματα που ανάγονται κυρίως στην απροθυμία των παράκτιων κρατών της Μεσογείου για την εφαρμογή του Διεθνούς Ναυτιλιακού και του γενικότερου Περιβαλλοντικού Θεσμικού Πλαισίου και λιγότερο στην έλλειψη παρόμοιων θεσμών. Η συγκεκριμένη επιχείρηση ολοκληρώθηκε αφού μεταφέρθηκαν εν πλω φορτία των Συριακών χημικών με εμπορικά πλοία, μεταφορτώθηκαν στο πλοίο Cape Ray και «αδρανοποιήθηκαν» εν πλω με το αμφιλεγόμενο σύστημα της υδρόλυσης και με άγνωστο, από επιστημονική και αντικειμενική άποψη, πιστοποιημένο αποτέλεσμα. Η κριτική ανάλυση του εθιμικού και συμβατικού θεσμικού πλαισίου σε σχέση με τις ανωτέρω εξελίξεις αλλά και η ενδεχόμενη ατυχηματική ρύπανση εγείρουν ερωτήματα ως προς τις κοινωνικές, οικονομικές και περιβαλλοντικές επιπτώσεις του εγχειρήματος αλλά δημιουργούν και άκρως επικίνδυνο προηγούμενο το οποίο αφορά στην συστηματική μελλοντική καταστρατήγηση των θεσμών για την βιωσιμότητα της γαλάζιας ανάπτυξης στην περιοχή αλλά και γενικότερα.*

ΕΙΣΑΓΩΓΗ: Η ΜΕΣΟΓΕΙΟΣ ΩΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΘΑΛΑΣΣΑ ΜΕ ΓΕΩΠΟΛΙΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΕΣ ΙΔΙΑΙΤΕΡΟΤΗΤΕΣ

Η Μεσόγειος, η οποία βρέχει συνολικά είκοσι οκτώ κράτη της νότιας Ευρώπης, βόρειας Αφρικής και δυτικής Ασίας, είναι κλειστή θάλασσα με πλούσια βιοποικιλότητα. Η ακτογραμμή της Μεσογείου Θάλασσας που ανήκει στα κράτη μέλη (ΚΜ) της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) εκτείνεται στα σαράντα χιλιάδες χιλιόμετρα. Γνωστό είναι ότι περιλαμβάνει περιοχές παγκοσμίου κάλλους και αποτελεί σημαντικό δίαυλο ναυσιπλοΐας δια του οποίου διέρχεται περί το ένα τρίτο του συνόλου των παγκόσμιων εμπορευματικών μεταφορών. Η αλιεία παίζει σημαντικό ρόλο στην οικονομία των ΚΜ και η ιχθυοκαλλιέργεια αναπτύσσεται με σημαντικούς ρυθμούς.¹ Η Μεσόγειος ως κλειστή θάλασσα είναι μακράν ευαίσθητη στην ρύπανση λόγω του πολυετούς ρυθμού ανανέωσης των υδάτων της. Συνεπώς, απαιτείται τα κράτη που έχουν συμφέροντα στην Μεσόγειο Θάλασσα να συνεργάζονται για την εφαρμογή μιας πολιτικής γαλάζιας ανάπτυξης, προστασίας του θαλάσσιου περιβάλλοντος, πρόληψης και καταπολέμησης της ρύπανσης, βελτίωση της ασφάλειας (safety) και της αστυνόμευσης (security) στο θαλάσσιο χώρο.

Στο πλαίσιο μιας Ολοκληρωμένης Θαλάσσιας Πολιτικής (ΟΘΠ) για την συνεργασία των κρατών της Μεσογείου έχουν συσταθεί ομάδες εργασίας για την ΟΘΠ, την ανάπτυξη θαλάσσιων συνεργατικών σχηματισμών, το εικονικό κέντρο γνώσεων για τη θάλασσα και ναυτιλιακή πολιτική στη Μεσόγειο ενώ κάθε χρόνο συνεδριάζει το Μεσογειακό Forum για τις Υπηρεσίες Ακτοφυλακής. Το θέμα της προστασίας του θαλάσσιου περιβάλλοντος κατέχει σημαντική θέση στο θεματολόγιο κάθε συνεδρίασης των συγκεκριμένων ομάδων στο πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Επίσης, πρόσφατα και σύμφωνα με μελέτη του Προγράμματος των Ηνωμένων Εθνών για την Προστασία της Μεσογείου (UNEP-MAP) προτάθηκε ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με την καταπολέμηση του φαινομένου της υφιστάμενης υπερβολικής ποσότητας πετρελαίου στη Μεσόγειο (Ψήφισμα Β8-0335/2014). Στο κείμενο της μελέτης γίνεται λόγος για ποσότητα υδρογονανθράκων που υπάρχει εντός των νερών της Μεσογείου Θάλασσας, η οποία ποσότητα ανέρχεται στην τιμή των τριάντα οκτώ χιλιοστόγραμμα ανά κυβικό μέτρο με κίνδυνο επιδείνωσης της κατάστασης λόγω της μεγάλης κυκλοφορίας των πλοίων. Στην Μεσόγειο αποδίδεται το 17% περίπου της παγκόσμιας πετρελαϊκής ρύπανσης των θαλασσών, ενώ τα ύδατα της Μεσογείου ανακυκλώνονται στον Ατλαντικό Ωκεανό ανά εβδομήντα έτη. Τα συμπεράσματα αυτά καταδεικνύουν την Μεσόγειο ως την θάλασσα με το σημαντικότερο βαθμό ρύπανσης και δυσοίωνα μέλλον για τα δεδομένα της ΕΕ.

¹ Θαλάσσιο Forum, 2014. Μεσόγειος Θάλασσα Διαθέσιμο <https://webgate.ec.europa.eu/maritimeforum/en/node/3539>, [Πρόσβαση 20.03.2015]

Επιπλέον, με την πρόταση ψηφίσματος του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου Β8-0078/2015 σχετικά με τον αγώνα κατά των περιβαλλοντικών εγκλημάτων η Ευρωπαϊκή Επιτροπή (ΕΕπ) καλείται, μεταξύ άλλων, να ανακοινώσει τις πολιτικές που εφαρμόζονται για την εξάλειψη του εμπορίου των τοξικών αποβλήτων. Ζητείται από την ΕΕπ να ενημερώσει το κοινό για τα αδικήματα αυτά αλλά και να συντονίσει τις δυνάμεις καταστολής των ΚΜ της ΕΕ. Το γεγονός αυτό σημαίνει ότι έχει γίνει κατανοητό ότι τα περιβαλλοντικά εγκλήματα, όπως το εμπόριο και η απόρριψη τοξικών αποβλήτων, πρέπει να αντιμετωπιστούν προτού οι επιπτώσεις από τη ρύπανση του περιβάλλοντος καταστούν ανεπανόρθωτες. Άρα το θαλάσσιο περιβάλλον της Μεσογείου υποβαθμίζεται πολλαπλά με την πάροδο των ετών με αποτέλεσμα να απειλείται η βιοποικιλότητα του.

Στη βάση αυτή, συμπεραίνεται ότι ενώ η κλειστή θάλασσα της Μεσογείου είναι ήδη μακράν ρυπασμένη παρόλα αυτά επετράπη η διεξαγωγή του «πρότυπου» εγχειρήματος καταστροφής των χημικών της Συρίας επί του πλοίου Cape Ray με συνέπειες ανυπολόγιστες σε ατυχηματική περίπτωση αλλά και άγνωστες στο ευρύ κοινό, αφού η υπόθεση αυτή έληξε μόνο με την διαβεβαίωση των ΗΠΑ περί του αίσιου πέρατος της επιχείρησης.² Πάντως, ενώ με αυτά τα δεδομένα φαίνεται ότι οι στρατηγικές UNEP-ΕΕ περί περιφερειακής προστασίας, βιώσιμης και γαλάζιας ανάπτυξης τίθενται υπό αμφισβήτηση, παρακάτω αναλύεται και το κατά πόσο η προστασία της Μεσόγειου Θάλασσας μπορεί, ακόμα, να βασιστεί στο υπάρχον θεσμικό πλαίσιο αλλά κυρίως και στο μάλλον προβληματικό επίπεδο εφαρμογής του.

1. ΟΗΕ, UNEP – ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΙ ΒΙΩΣΙΜΗ ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΣΤΗ ΛΕΚΑΝΗ ΤΗΣ ΜΕΣΟΓΕΙΟΥ

Σύμφωνα με την επικρατέστερη διεθνώς εκδοχή ως Βιώσιμη ανάπτυξη ορίζεται η «ανάπτυξη που ικανοποιεί τις ανάγκες των σύγχρονων γενεών χωρίς να θέτει σε κίνδυνο την ικανότητα των επόμενων γενεών να ικανοποιήσουν τις δικές τους ανάγκες».³ Οι αρχές της βιώσιμης ανάπτυξης, όπως και ο ανωτέρω ορισμός, διατυπώθηκαν νομικά στη Διεθνή Συνδιάσκεψη του Rio de Janeiro (1992), για το Περιβάλλον και την Ανάπτυξη, όπου η βιώσιμη ανάπτυξη αναφέρεται ως η ανάπτυξη που παρέχει μακροπρόθεσμα οικονομικά, κοινωνικά και περιβαλλοντικά οφέλη φροντίζοντας τις ανάγκες της παρούσας και των μελλοντικών γενεών (Agenda 21 Διακήρυξη για το Περιβάλλον και την Ανάπτυξη κτλ).

² MARAD, 2014. Portsmouth Vessel and Crew Receive Awards for Syrian Weapons Neutralization Mission, Διαθέσιμο: <http://www.defense.gov/news/newsarticle.aspx?id=122898>, [Πρόσβαση 25.03.2015]

³ Brundtland, H.G., 1987. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. United Nations

Η βιώσιμη ανάπτυξη του θαλασσίου περιβάλλοντος αποτελεί επίσης σημαντικό στόχο της Γαλάζιας ανάπτυξης της ΕΕ και μπορεί να θεωρηθεί ως η διαδικασία με την οποία βελτιστοποιείται αφενός η προστασία του περιβάλλοντος και αφετέρου η ποιότητα ζωής σε βραχυπρόθεσμο και μακροπρόθεσμο ορίζοντα. Όμως η καθημερινή ρύπανση της θάλασσας, οποιαδήποτε και αν είναι η αιτία, μοιραία αντιτίθεται στην βιώσιμη ανάπτυξη. Η ρύπανση επιφέρει και κοινωνική ρήξη αφού καταστρέφει χρήσιμους πόρους πολλές φορές μόνιμα. Επιπροσθέτως, η βιώσιμη ανάπτυξη εισάγει και δύο αντικειμενικά στοιχεία, ήτοι την περιβαλλοντική προστασία και την οικονομική ανάπτυξη. Τα στοιχεία αυτά θεωρούνται ισότιμα μεταξύ τους.⁴

Η προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος της Μεσογείου Θάλασσας εξασφαλίζεται ειδικότερα από τη Σύμβαση της Βαρκελώνης η οποία υιοθετήθηκε το 1976 και τροποποιήθηκε το 1995. Πρόκειται για συντονισμένες δράσεις με σκοπό την εξάλειψη της ρύπανσης στην Μεσόγειο και τη βιώσιμη ανάπτυξη της περιοχής. Μέσω των πρωτοκόλλων της Σύμβασης επιχειρείται η αντιμετώπιση της ρύπανσης που προέρχεται από συγκεκριμένες πηγές ήτοι (i) το Πρωτόκολλο για την πρόληψη και την εξάλειψη της ρύπανσης της Μεσογείου από Απορρίψεις πλοίων και αεροσκαφών και από την καύση στη θάλασσα (Dumping Protocol) (ii) Πρωτόκολλο για τη συνεργασία για την Πρόληψη της ρύπανσης από πλοία και, σε περιπτώσεις Έκτακτης Ανάγκης, την καταπολέμηση της ρύπανσης στη Μεσόγειο Θάλασσα (Prevention and Emergency Protocol) (iii) Πρωτόκολλο για την προστασία της Μεσογείου από τη ρύπανση που προέρχεται από Χερσαίες Πηγές και δραστηριότητες (LBS Protocol) (iv) Πρωτόκολλο για τις Ειδικά Προστατευόμενες Περιοχές και τη Βιοποικιλότητα στη Μεσόγειο (SPA & Biodiversity Protocol) (v) Πρωτόκολλο για την προστασία της Μεσογείου από ρύπανση που προέρχεται από την εξερεύνηση και εκμετάλλευση της υφαλοκρηπίδας και του βυθού και του υπεδάφους του (Offshore Protocol) (vi) Πρωτόκολλο για την πρόληψη της ρύπανσης της Μεσογείου από διασυνοριακές μεταφορές επικινδύνων αποβλήτων και την απόρριψή τους (Hazardous Wastes Protocol) (vii) Πρωτόκολλο για την Ολοκληρωμένη Διαχείριση των Παράκτιων Ζωνών της Μεσογείου (ICZM Protocol).

Η Συνθήκη της Βαρκελώνης στοχεύει στην βιώσιμη ανάπτυξη μέσω: (α) των αρχών της προφύλαξης και πρόληψης, (β) της εκτίμησης των περιβαλλοντικών επιπτώσεων, (γ) της συνεργασίας των παράκτιων κρατών, (δ) της ολοκληρωμένης διαχείρισης των παρακτίων ζωνών και (ε) της χρήσης κατάλληλων μέτρων, τεχνικών και καλύτερων πρακτικών. Επίσης, η Σύμβαση της Βαρκελώνης παρέχει το μηχανισμό για τη

⁴ Alhaji., M. B.M., 2003. From Rio to Johannesburg: Reflections on the Role of International Legal Norms in Sustainable development, 16 Georgetown International Environmental Law Review Fall, 31

λειτουργία του Μεσογειακού Σχεδίου Δράσης του Προγράμματος Περιβάλλοντος του ΟΗΕ (UNEP).⁵

Το Μεσογειακό Σχέδιο Δράσης (UNEP-MAP) φιλοδοξεί να συνδράμει τα κράτη της περιοχής ώστε να διαμορφώσουν πρακτικές αντιμετώπισης της θαλάσσιας ρύπανσης και της υποβάθμισης γενικότερα. Το MAP πέρασε στη δεύτερη φάση του αφού έλαβε υπόψη τις αδυναμίες του προηγούμενου εγχειρήματος αλλά και τα αποτελέσματα της Συνδιάσκεψης του ΟΗΕ για το Περιβάλλον και την Ανάπτυξη (Rio, 1992), ειδικότερα στο ζήτημα της βιώσιμης ανάπτυξης. Σήμερα θεωρείται ότι είναι σε θέση να αντιμετωπίσει μαζί με τα κράτη μέλη τις προκλήσεις σε θέματα θαλάσσιας ρύπανσης που ταλανίζουν την Μεσόγειο Θάλασσα. Δράσεις και πρωτοβουλίες για την προσέγγιση της βιώσιμης ανάπτυξης της περιοχής με την κινητοποίηση όλων των κρατών τελούν υπό το γενικότερο σχεδιασμό του MAP, όμως παρόλα αυτά το θαλάσσιο περιβάλλον της περιοχής εξακολουθεί να θεωρείται υποβαθμισμένο και απειλούμενο.

2. ΕΕ ΚΑΙ ΓΑΛΑΖΙΑ ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΣΤΗ ΜΕΣΟΓΕΙΟ

Τα τελευταία χρόνια επίσης συζητείται και δρομολογείται από τα θεσμικά όργανα της ΕΕ και ειδικότερα την Ευρωπαϊκή Επιτροπή (ΕΕπ), αλλά και από την επιστημονική κοινότητα, ότι η Ευρωπαϊκή Ένωση (ΕΕ) θα πρέπει να αντιμετωπίσει το θαλάσσιο περιβάλλον ως αναπόσπαστο τμήμα μίας συνολικής και ολοκληρωμένης ανάπτυξης (Blue Growth), αξιοποιώντας τους ωκεάνιους και θαλάσσιους πόρους για την βιώσιμη ανάπτυξη και την απασχόληση, προφανώς με παράλληλη προστασία του περιβάλλοντος. Ως Γαλάζια Ανάπτυξη, στο πλαίσιο της Ολοκληρωμένης Θαλάσσιας Πολιτικής, ορίζεται «η μακροπρόθεσμη στρατηγική για τη στήριξη της βιώσιμης ανάπτυξης του θαλάσσιου και ναυτιλιακού τομέα». ⁶ Η συγκεκριμένη πολιτική βασίζεται στο ότι οι θάλασσες αποτελούν μοχλούς για την ανάπτυξη στη βάση των στόχων της στρατηγικής «Ευρώπη 2020».

Σύμφωνα με εκτιμήσεις της ΕΕ «η γαλάζια οικονομία αντιπροσωπεύει 5,4 εκατομμύρια θέσεις εργασίας και ακαθάριστη προστιθέμενη αξία σχεδόν 500 δις. ετησίως», ενώ οι επιμέρους τομείς από τους οποίους αποτελείται χρήζουν

⁵ UNEP-MAP, 2015. Mediterranean Action Plan for the Barcelona Convention. Διαθέσιμο: <http://www.unepmap.org/index.php?module=library&mode=pub&action=view&id=14648>. [Πρόσβαση 03.02.2015]

⁶ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, 2014. Γαλάζια Ανάπτυξη, Διαθέσιμο http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/bluegrowth/index_el.htm, [Πρόσβαση 20.03.2015]

μεγαλύτερης ανάπτυξης.⁷ Ειδικότερα και σε σχέση με τα ανωτέρω, στο σχήμα 1 εμφανίζονται οι θαλάσσιες οικονομικές δραστηριότητες ως προς την προστιθέμενη οικονομική αξία και την απασχόληση. Παράλληλα προωθούνται στρατηγικές προκειμένου να υλοποιηθούν μέτρα βιώσιμης ανάπτυξης λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερες κάθε φορά συνθήκες των εκάστοτε περιοχών. Η θάλασσα και το παράκτιο περιβάλλον θεωρούνται ως παράγοντες τόνωσης της οικονομίας με την εφαρμογή της δέουσας πολιτικής ανάπτυξης⁸ ή εκμετάλλευσης, παράλληλα με την προστασία.

Εκ των ανωτέρω, η ΕΕ και τα κράτη μέλη της οφείλουν να δημιουργήσουν εκείνες τις συνθήκες ώστε να αξιοποιηθούν οι πόροι των ωκεανών, θαλασσών και ακτών της ΕΕ, με τον συνδυασμό κατάλληλων επενδύσεων και έρευνας. Στη ίδια λογική αναμένεται η τόνωση της ανταγωνιστικότητας της ΕΕ, χωρίς να υποβαθμίζεται η προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος. Η Ολοκληρωμένη Θαλάσσια Πολιτική και η Γαλάζια Ανάπτυξη εντάσσονται περαιτέρω στις προτεραιότητες και το θεματολόγιο των Κρατών-Μελών (ΚΜ) της ΕΕ, ώστε να υποστηριχθούν και να υλοποιηθούν σε εθνικό επίπεδο.

2.1. ΘΑΛΑΣΣΙΟΣ ΧΩΡΟΤΑΞΙΚΟΣ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΣ

Η Οδηγία πλαίσιο 2014/89/ΕΕ [Άρθρο 3(2)] αναφέρει ότι: «ως θαλάσσιος χωροταξικός σχεδιασμός (ΘΧΣ) νοείται η διαδικασία με την οποία οι αρχές του οικείου κράτους μέλους αναλύουν και οργανώνουν τις ανθρώπινες δραστηριότητες στις θαλάσσιες περιοχές για την επίτευξη οικολογικών, οικονομικών και κοινωνικών στόχων». Ο ΘΧΣ αποτελεί διατομεακό μέσο πολιτικής της Ολοκληρωμένης Θαλάσσιας Πολιτικής (ΟΘΠ). Με την εφαρμογή του ΘΧΣ οι δημόσιες αρχές διασφαλίζουν και την ολοκληρωμένη διασυννοριακή προσέγγιση των θαλασσιών δραστηριοτήτων, με απώτερο στόχο την βιώσιμη ανάπτυξη των τοπικών οικονομικών. Η αποτελεσματική διαχείριση του θαλασσίου χώρου μέσω του χωροταξικού σχεδιασμού θα επιτρέψει τη σύγκλιση των διαφορών μεταξύ κρατών, την προσέλκυση των επενδύσεων και την βελτιστοποίηση της προστασίας του θαλασσίου περιβάλλοντος.

Ο ΘΧΣ στηρίζει και την εφαρμογή της στρατηγικής «ΕΥΡΩΠΗ 2020» και παρέχει σημαντικές δυνατότητες οικονομικά βιώσιμης ανάπτυξης, αφού λαμβάνει υπόψη τις αλληλεπιδράσεις ξηράς - θάλασσας. Στη λογική αυτή αναδεικνύεται περισσότερο και η πολιτική περί προστασίας του θαλασσίου περιβάλλοντος ως συνιστώσα

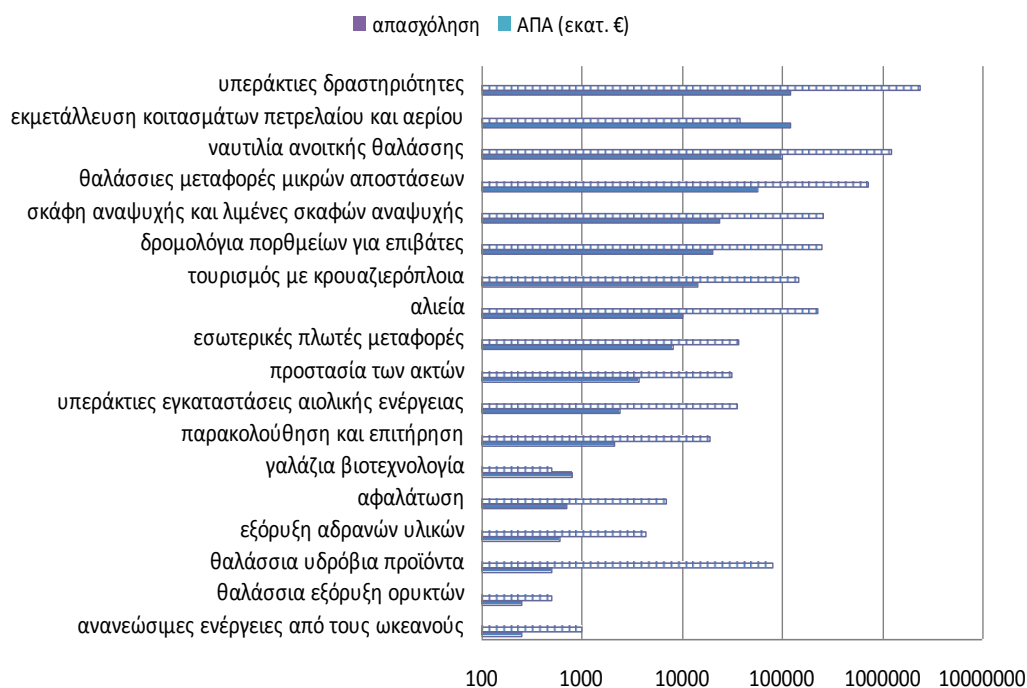
⁷ ibid

⁸ COM (2012) 494 Final

προσέλκυσης των επενδύσεων σε ένα καθαρό χωροταξικά σχεδιασμένο θαλάσσιο χώρο προορισμένο για συγκεκριμένη χρήση. Ο ΘΧΣ συντονίζει τις ανθρώπινες δραστηριότητες σε σχέση με τις επιπτώσεις στο θαλάσσιο περιβάλλον. Η ρύθμιση του θαλασσιού χώρου σύμφωνα με τις αρχές και τους στόχους του ΘΧΣ φαίνεται ότι θα μπορούσε να αποτρέψει την επιχείρηση του πλοίου Cape Ray και την επεξεργασία των χημικών όπλων της Συρίας εντός της Μεσογείου ως δραστηριότητας η οποία ευθέως αντιστρατεύεται στην πολιτική αυτή.

Σχήμα 1

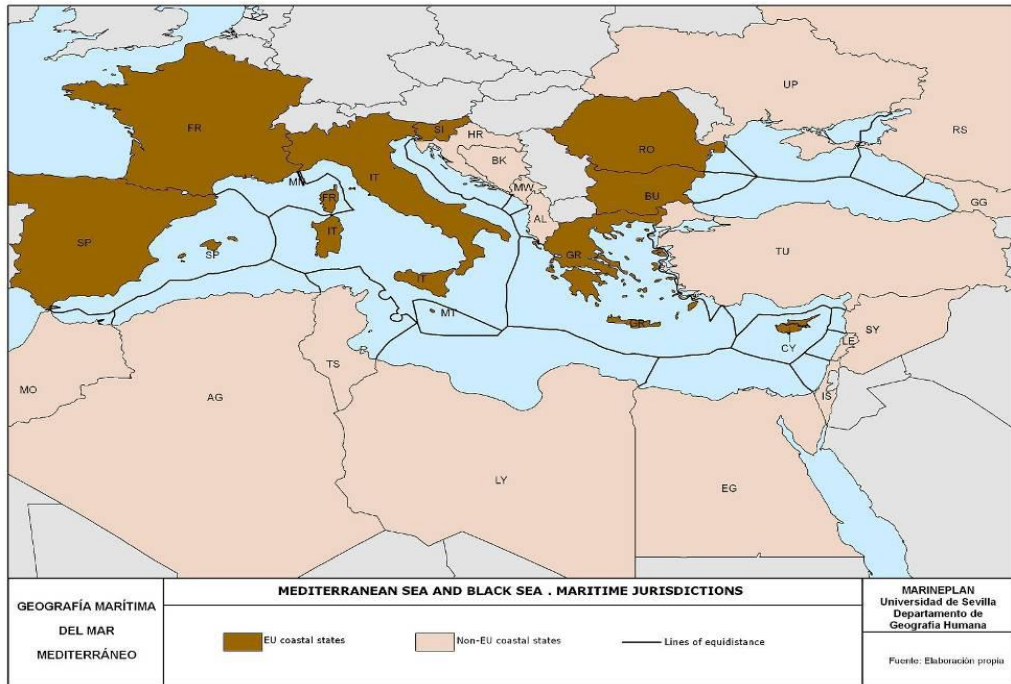
Γαλάζια οικονομία ως προς την προστιθέμενη ακαθάριστη αξία και την απασχόληση



Πηγή: COM (2012) 494 Final

Σχήμα 2

Η Ενδεχόμενη Οριοθέτηση ΑΟΖ (200 NM) στην Μεσόγειο Θάλασσα



Πηγή: University of Seville

Όσον αφορά στη Μεσόγειο θάλασσα ο ΘΧΣ θα οριοθετήσει εκείνες τις περιοχές οι οποίες θα αναπτυχθούν βιώσιμα και βάσει συγκεκριμένου σχεδίου. Πρόκειται για ένα εργαλείο που θα συνδράμει τα κράτη στον ορθολογικό προγραμματισμό χρήσεως των θαλασσών. Στο πλαίσιο αυτό θα πρέπει να ληφθεί υπόψη και η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας (UNCLOS, 1982) στην οποία ρυθμίζονται από το διεθνές δίκαιο τα περί των θαλασσίων ζωνών. Ο ΘΧΣ δύναται να εφαρμοστεί στις ζώνες εθνικής δικαιοδοσίας, δηλαδή μέχρι τα όρια της Αποκλειστικής Οικονομικής Ζώνης (ΑΟΖ), ενώ υπάρχει ήδη συζήτηση για τις δυνατότητες ανάλογου σχεδιασμού και σε άλλες ζώνες. Στην περίπτωση ανακήρυξης ΑΟΖ στα 200 ΝΜ (Σχήμα 2) φαίνεται ότι δεν υφίσταται πρακτικά ανοικτή θάλασσα στην Μεσόγειο. Συνεπώς, το διεθνές δίκαιο και ειδικότερα η UNCLOS 1982 αποτελούν τη βάση επί της οποίας θα καθοριστούν τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των κρατών επί των ανάλογων θαλασσίων ζωνών και αυτό σημαίνει ότι τα κράτη της περιοχής, πριν προχωρήσουν στην εφαρμογή του ΘΧΣ, θα πρέπει να κυρώσουν την προαναφερόμενη Σύμβαση για την πρόληψη ενδεχομένων γεωπολιτικών ζητημάτων και αμφισβητήσεως που ήδη υφίστανται.

3.Η ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΩΝ ΧΗΜΙΚΩΝ ΟΠΛΩΝ ΤΗΣ ΣΥΡΙΑΣ ΩΣ ΠΡΑΞΗ ΑΚΥΡΩΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΑΚΙΝΔΥΝΕΥΣΗΣ ΤΩΝ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΩΝ ΒΙΩΣΙΜΟΤΗΤΑΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΜΕΣΟΓΕΙΟ

3.1. ΙΣΤΟΡΙΚΟ ΤΗΣ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΚΑΙ Η ΕΞΕΛΙΞΗ ΤΗΣ ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗΣ ΤΩΝ ΧΗΜΙΚΩΝ ΟΠΛΩΝ

Σύμφωνα με έκθεση του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών (ΟΗΕ), κατά τη διάρκεια του εμφυλίου πολέμου της Συρίας χρησιμοποιήθηκαν χημικά όπλα⁹, χωρίς να έχει μέχρι σήμερα προσδιοριστεί επισήμως ποιος έκανε χρήση. Αναφέρεται ότι, κατά τα τελευταία τρία χρόνια, λόγω του Συριακού εμφυλίου, έχασαν τη ζωή τους περίπου 136.000 πολίτες,¹⁰ ενώ παράλληλα η Συρία δέχτηκε διεθνείς πιέσεις ώστε να προχωρήσει στον αποπλισμό του χημικού οπλοστασίου της. Κατόπιν συμφωνίας μεταξύ ΗΠΑ-Ρωσίας στις 14.03.2013 τέθηκε το χρονοδιάγραμμα παράδοσης του

⁹ UN, 2014. United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic, Διαθέσιμο http://www.un.org/disarmament/content/slideshow/Secretary_General_Report_of_CW_Investigation.pdf [Πρόσβαση 14.03.2015]

¹⁰ GMA News, 2014. Syria death toll tops 136,000, future talks uncertain, Διαθέσιμο <http://www.gmanetwork.com/news/story/346603/news/world/syria-death-toll-tops-136-000-future-talks-uncertain> [Πρόσβαση 14.03.2015]

συγκεκριμένου χημικού οπλοστασίου υπό την εποπτεία του ΟΗΕ και ειδικότερα του Οργανισμού για την Απαγόρευση των Χημικών Όπλων (OPCW). Μετά την εξέλιξη αυτή, η Συρία προσχώρησε στην «προσωρινή εφαρμογή της Σύμβασης για την Απαγόρευση των Χημικών Όπλων (OPCW)» και η Σύμβαση τέθηκε σε ισχύ στις 14.10.2013 για τη συγκεκριμένη χώρα.¹¹ Παράλληλα την 27.09.2013 το Συμβούλιο Ασφαλείας του ΟΗΕ υιοθέτησε το ψήφισμα 2118, (S/RES/2118/27.09.2013) σύμφωνα με το οποίο, αρχής γενομένης το 2014, η Συρία θα πρέπει να εντείνει τις προσπάθειες της για την απομάκρυνση του χημικού οπλοστασίου της. Πράγματι αφού η Συρία υπέγραψε τη Σύμβαση για τα χημικά όπλα, η οργάνωση για την πρόληψη των χημικών όπλων (OPCW) διεξήγαγε σχετικούς ελέγχους στη χώρα.

Αφού ελήφθη η συγκατάθεση της Συρίας, ξεκίνησε η προσπάθεια μέσω του OPCW για την εξεύρεση του τόπου καταστροφής των χημικών όπλων. Η Νορβηγία ήταν η πρώτη επιλογή. Κατά την προσέγγιση της από τις ΗΠΑ τον Οκτώβριο του 2013, ο υπουργός εξωτερικών της Νορβηγίας δήλωσε ότι η χώρα του δεν έχει εμπειρία στην καταστροφή των χημικών όπλων και δεν αποτελεί την πιο κατάλληλη τοποθεσία για το σκοπό αυτό.¹² Η Αλβανία απέρριψε, τον Νοέμβριο του 2013, το αίτημα των ΗΠΑ να επιτρέψει την καταστροφή των χημικών όπλων της Συρίας στο έδαφός της. Η άρνηση της Αλβανίας θεωρήθηκε ως μη αναμενόμενη συμπεριφορά λόγω του ότι η Αλβανία θεωρείται παραδοσιακά συνδεδεμένη χώρα με τις ΗΠΑ και το ΝΑΤΟ.¹³ Επίσης, το Βέλγιο και η Γαλλία αρνήθηκαν την καταστροφή των χημικών της Συρίας στο έδαφός τους.¹⁴ Τελικά η Ιταλία υπέκυψε, επιτρέποντας να μεταφερθούν περίπου εξήντα εμπορευματοκιβώτια από το υπό σημαίας Δανίας πλοίο Ark Futura στο πλοίο Cape Ray των ΗΠΑ στο λιμένα Giola Tauro, της Καλαβρίας.¹⁵

Επί του πλοίου Cape Ray ανακοινώθηκε ότι «αδρανοποιήθηκαν» κάποιες από τις πιο επικίνδυνες χημικές ουσίες όπως το αέριο μουστάρδας και το μεθυλφωσφορικό διφλοορίδιο (methylphosphonyl difluoride - DF), πρόδρομος του αερίου sarin.

¹¹ OPCW, 2014. Syria Submits Revised Proposal to OPCW for Removal of Chemicals and Accelerates Pace of Deliveries to Latakia. Διαθέσιμο <http://www.opcw.org/news/article/syria-submits-revised-proposal-to-opcw-for-removal-of-chemicals-and-accelerates-pace-of-deliveries-t/> [Πρόσβαση 15.03.2015]

¹² Brende, B., 2013. Syrian chemical weapons will not be destroyed in Norway. Διαθέσιμο <http://www.norwaypost.no/index.php/news/latest-news/29117-syrian-chemical-weapons-willnot-be-destroyed-in-norway> [Πρόσβαση 24.03.2015]

¹³ Deutsch, A. and Koleka, B., 2013. Albanian 'No' deals blow to Syria chemical weapons plan. Διαθέσιμο <http://www.reuters.com/article/2013/11/15/us-syria-crisis-chemical-idUSBRE9AE01620131115> [Πρόσβαση 24.03.2015]

¹⁴ Blair, D., and Hopkins, D., 2013. Belgium becomes fourth country to refuse to destroy Syria's chemical arsenal. Διαθέσιμο <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/syria/10458469/Belgium-becomes-fourth-country-to-refuse-to-destroy-Syrias-chemical-arsenal.html>. [Πρόσβαση 24.03.2015]

¹⁵ Arbuthnot, F., 2014. Syria's Chemical Weapons Stockpiles to be Transferred to the Italian Mafia. Διαθέσιμο <http://www.globalresearch.ca/syrias-chemical-weapons-stockpiles-to-be-transferred-to-the-italian-mafia/5369399> [Πρόσβαση 14.03.2015]

Σύμφωνα με τα δημοσιεύματα του τύπου φαίνεται ότι, υπό το συντονισμό του OPCW και του Συμβουλίου Ασφαλείας του ΟΗΕ, η επεξεργασία των χημικών με την μέθοδο της υδρόλυσης έλαβε χώρα στον ευρύτερο θαλάσσιο χώρο μεταξύ Ιταλίας, Ελλάδος, Λιβύης και Μάλτας (Εικόνα 1). Το σύστημα υδρόλυσης (Field-Deployable Hydrolysis System - FDHS), που διαθέτει το πλοίο Cape Ray, αποτελείται από δύο μονάδες και σχεδιάστηκε με σκοπό να μεταβάλει αμετάκλητα τη μοριακή σύνθεση των συγκεκριμένων χημικών ουσιών ώστε μετά την επεξεργασία με την προσθήκη ζεστού νερού, χλωρίνης και υδροξειδίου του νατρίου να καθιστά τα θανατηφόρα χημικά ουσιαστικά αβλαβή. Κάθε μονάδα, δύναται να επεξεργαστεί από 5 έως 25 τόνους την ημέρα (Εικόνα 2).

Ειδικότερα, το πλοίο Cape Ray ναυπηγήθηκε το 1977 και αγοράστηκε από την κυβέρνηση των ΗΠΑ το 1993 όπου και μετασκευάστηκε. Το 2013 τοποθετήθηκε επί του πλοίου το σύστημα υδρόλυσης ώστε να επεξεργαστούν ειδικά οι χημικές ουσίες της Συρίας.¹⁶ Πρόκειται για πλοίο μονού τοιχώματος (single hull), όπως π.χ. το δεξαμενόπλοιο Prestige. Παρόλα αυτά, αποφασίστηκε η καταστροφή των χημικών όπλων της Συρίας επί του συγκεκριμένου πλοίου μονού κύτους σύμφωνα με εντολή του εκτελεστικού συμβουλίου του OPCW.¹⁷

Η μέθοδος της υδρόλυσης αν και αποτελεί την περισσότερο ήπια τεχνολογία επεξεργασίας χημικών ουσιών δεν σημαίνει ότι γενικά και σε περίπτωση ατυχήματος δεν θα μπορούσε να προκαλέσει σοβαρές συνέπειες για την δημόσια υγεία και το περιβάλλον. Επίσης, τίθεται υπό αμφισβήτηση το αν το πλοίο διαθέτει τα χαρακτηριστικά βάσει των διεθνών κανονισμών ώστε να εκτελέσει μια τέτοια επιχείρηση και αν η μέθοδος της υδρόλυσης είναι επαρκής για την αδρανοποίηση των χημικών ουσιών όπως το αέριο μουστάρδας και νευροτοξικά αέρια (μείγμα υψηλών εκρηκτικών ουσιών). Περαιτέρω, θεωρείται ως πιθανή η μερική απόρριψη των προϊόντων αδρανοποίησης στην θάλασσα και της καταστροφής των υπολοίπων σε χώρες που διαθέτουν κατάλληλες εγκαταστάσεις.

Είναι προφανές λοιπόν ότι το ευαίσθητο οικοσύστημα αλλά και η τοπική οικονομία της Μεσογείου θάλασσας τίθενται σε σοβαρή διακινδύνευση, (Medsos, 2014).¹⁸

¹⁶ The Trench, 2013. Sea-based destruction of Syria's CW proposed. Διαθέσιμο <http://www.the-trench.org/sea-based-destruction-of-syrias-cw-proposed/> [Πρόσβαση 14.03.2015]

¹⁷ OPCW, 2014. Syria Submits Revised Proposal to OPCW for Removal of Chemicals and Accelerates Pace of Deliveries to Latakia. Διαθέσιμο <http://www.opcw.org/news/article/syria-submits-revised-proposal-to-opcw-for-removal-of-chemicals-and-accelerates-pace-of-deliveries-t/> [Πρόσβαση 15.03.2015]

¹⁸ Medsos, 2014. Περί των χημικών όπλων της Συρίας. Διαθέσιμο <http://www.medsos.gr/medsos/2008-08-12-07-14-43/2008-08-28-11-24-40/2008-08-28-11-29-33/1618-2014-03-12-11-10-34.html> [Πρόσβαση 14.03.2015]

Σημειώνεται ότι η προσπάθεια καταστροφής των χημικών όπλων φέρεται ως στρατιωτική επιχείρηση υπό το Συμβούλιο Ασφαλείας του ΟΗΕ και την εποπτεία του εκτελεστικού συμβουλίου του OPCW και δεν προσδιορίζεται σαφώς αν τα χημικά είναι προϊόντα ή απόβλητα ώστε να εφαρμοστεί το συγκεκριμένο θεσμικό πλαίσιο για την αντιμετώπιση της κατάστασης.

Προκειμένου να εφαρμοστεί αποτελεσματικά το ευρωπαϊκό και διεθνές θεσμικό πλαίσιο η χώρα μας, η οποία κατείχε την προεδρία του Συμβουλίου της ΕΕ (01.01.2014-30.06.2014), αλλά και η διάδοχος Ιταλία θα έπρεπε να είχαν θέσει το θέμα ενώπιον των αρμοδίων οργάνων της ΕΕ, ενημερώνοντας διεξοδικά την διεθνή κοινότητα (ΟΗΕ-OPCW-IMO) για τις επιπτώσεις μιας ενδεχόμενης περιβαλλοντικής καταστροφής αλλά και να είχε τονιστεί ότι τα χημικά που δύναται να επεξεργαστούν στον τόπο παρασκευής (αρχή εγγύτητας) δεν πρέπει να μεταφερθούν στο έδαφος άλλων κρατών. Εκτιμάται επίσης ότι θα έπρεπε να είχε γίνει επίκληση των αρχών της προφύλαξης και πρόληψης. Επιπλέον, προκειμένου να διακριβωθεί η μεγαλύτερη δυνατή ασφάλεια για τον άνθρωπο και το περιβάλλον, σχετικά με την καταστροφή των χημικών της Συρίας, θα ήταν σκόπιμο να εφαρμοστούν τα προβλεπόμενα από την αρχή της διαφάνειας και της πλήρους ενημέρωσης της κοινωνίας των κρατών που επηρεάζονται αλλά και της διεθνούς κοινότητας.

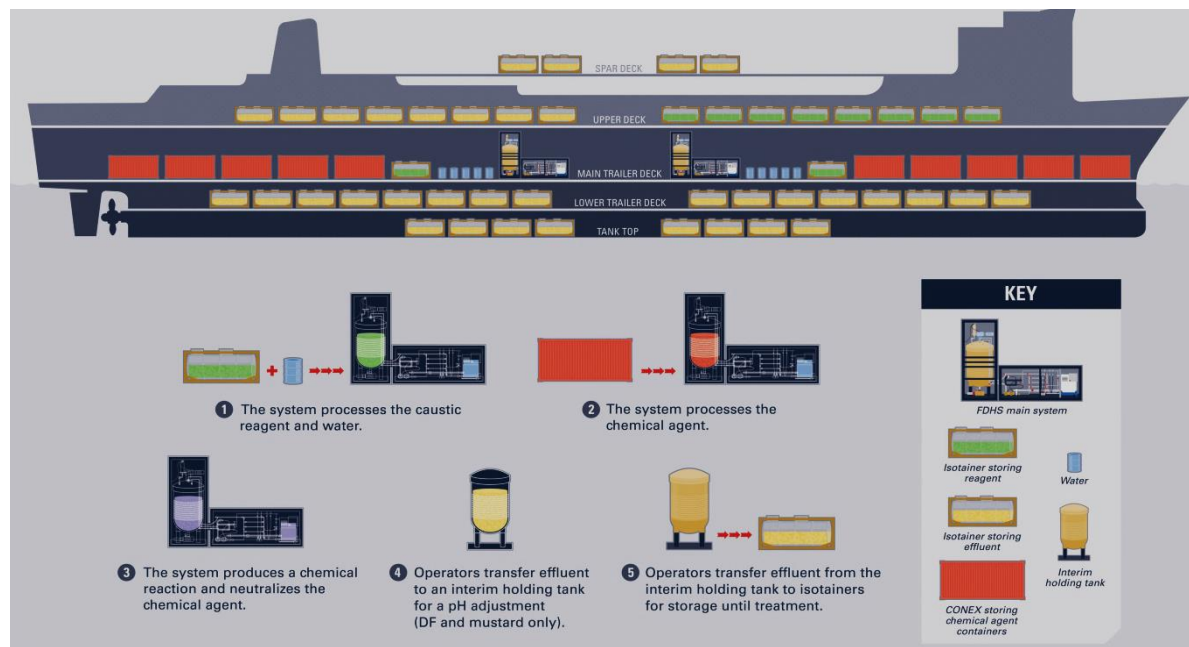
ΕΙΚΟΝΑ 1



ΠΗΓΗ: BBC (2014)¹⁹

ΕΙΚΟΝΑ 2

ΧΡΗΣΗ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΥΔΡΟΛΥΣΗΣ ΕΠΙ ΤΟΥ CAPE RAY



ΠΗΓΗ: US Department of Defense (2014)²⁰

2. Η ΚΑΤΑΣΤΡΟΦΗ ΤΩΝ ΧΗΜΙΚΩΝ ΟΠΛΩΝ ΩΣ ΠΡΑΞΗ ΔΙΑΚΙΝΔΥΝΕΥΣΗΣ ΤΩΝ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΩΝ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗΣ ΒΙΩΣΙΜΟΤΗΤΑΣ ΣΤΗΝ ΜΕΣΟΓΕΙΟ

Πράγματι, η διεθνής κοινότητα έγινε αποδέκτης ενός σύνθετου προβλήματος το οποίο αφορά στη μεταφορά και καταστροφή εν πλω των χημικών όπλων της Συρίας εντός της Μεσογείου Θάλασσας. Το ζήτημα που αναφέρεται προκύπτει εκ της ενδεχόμενης ρυπάνσεως του θαλασσιού περιβάλλοντος από τον άνθρωπο, ενώ για την επίλυση του απαιτείται η επανεκτίμηση του διεθνούς δικαίου και της πολιτικής. Από θεσμική άποψη υφίσταται ένα σύνολο κανόνων που εμφανίζονται σε ένα πλήθος συμβατικών κειμένων τα οποία εφαρμόζονται σήμερα στο πλαίσιο της γενικότερης πολιτικής της προστασίας του περιβάλλοντος, τα οποία χρήζουν αναθεώρησης και

¹⁹ BBC, 2014c. Syria chemical weapons: First consignment leaves Latakia. Διαθέσιμο <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-25642463> [Πρόσβαση 24.03.2015]

²⁰ US Department of Defense, 2014. M/V Cape Ray. Διαθέσιμο: http://www.defense.gov/home/features/2014/0114_caperay/ [Πρόσβαση 27.03.2015]

επαναπροσδιορισμού. Οι απαιτήσεις της διεθνούς κοινωνίας σχετικά με το περιβάλλον είναι τέτοιες ώστε τα σχετικά συμβατικά κείμενα πρέπει να εξελιχθούν με σκοπό να υπάρξει μια θετικότερη απάντηση σε αυτά τα προβλήματα.

Επ' αυτού, ως βασικό εργαλείο στην υπηρεσία της ανθρωπότητας θεωρείται η επιλογή της βιώσιμης ανάπτυξης, η οποία ενσωματώνει την απαίτηση για τον συνδυασμό της ολοκληρωμένης θαλάσσιας πολιτικής και της γαλάζιας ανάπτυξης με την οικονομική ανάπτυξη, την κοινωνική δικαιοσύνη (συμπεριλαμβανομένων των ανθρωπίνων δικαιωμάτων) και τους στόχους της προστασίας του περιβάλλοντος, με κατεύθυνση στην βελτίωση της συλλογικής ποιότητας ζωής προς όφελος τόσο των σημερινών όσο και των μελλοντικών γενεών. Άρα πρόκειται για την ενσωμάτωση των τριών πυλώνων που αφορούν τα κοινωνικά, οικονομικά και περιβαλλοντικά συμφέροντα. Σύμφωνα με τα ανωτέρω δεδομένα η εφαρμογή του δικαίου θα πρέπει να στοχεύει στην πρόληψη, ώστε να συνδυάσει η περιβαλλοντική προστασία με την ανθρώπινη ασφάλεια.

Η περιβαλλοντική βλάβη σε σχεδόν οποιαδήποτε μορφή είναι επιζήμια για την ανθρώπινη ζωή, όταν ανέρχεται πάνω από επιστημονικά προσδιορισμένα επίπεδα. Στο μέτρο αυτό, η υποβάθμιση του περιβάλλοντος έχει πάντα συνέπειες για την ανθρωπότητα, είτε αυτές είναι οικονομικές, κοινωνικές, πολιτιστικές ή πολιτικές. Αυτό που έχει γίνει εμφανές είναι ότι υπάρχει επίσης συχνά μια περαιτέρω διάσταση που αφορά και ζητήματα ασφάλειας. Ο κίνδυνος περιβαλλοντικής ζημίας αναγνωρίζεται ολοένα και περισσότερο ως σημαντικός παράγοντας διενέξεως μεταξύ των κρατών. Η περιβαλλοντική ασφάλεια είναι ένα βασικό ζήτημα για την διεθνή κοινότητα, η οποία με βάση την υπόθεση της μεταφοράς των χημικών της Συρίας και την καταστροφή τους εν πλω επί του πλοίου Cape Ray, δεν φαίνεται να το έχει αντιληφθεί επαρκώς. Υπογραμμίζεται ότι ο ρόλος του διεθνούς δικαίου και των διεθνών οργανισμών δεν είναι πανάκεια και οι σχετικές εξελίξεις δείχνουν ότι δεν μπορούν να θεραπεύσουν επαρκώς το συγκεκριμένο ζήτημα, άρα απαιτείται και πολιτική λύση. Σημειώνεται ότι για την επίλυση των παραπάνω ζητημάτων, έννοιες όπως η περιβαλλοντική ασφάλεια και η βιώσιμη ανάπτυξη πρέπει να θεωρηθούν ως αλληλοσυμπληρούμενες.

Για την περαιτέρω διερεύνηση του προβλήματος πρέπει να αποσαφηνιστεί ότι στο παρόν άρθρο όπως και στο διεθνές δίκαιο, η κυριαρχία του κράτους στην επικράτεια του θεωρείται ως δεδομένη. Όμως δεν είναι πλέον εύκολο να γίνει αποδεκτό ότι τα κράτη δύνανται εντός της επικράτειας τους ή στην ανοικτή θάλασσα να εκτελούν δραστηριότητες οι οποίες επηρεάζουν και τα υπόλοιπα κράτη. Στις δραστηριότητες αυτές συγκαταλέγονται εκείνες που προκαλούν βλάβη των παγκόσμιων

περιβαλλοντικών αγαθών, όπως η απελευθέρωση χημικών ουσιών που καταστρέφουν την στοιβάδα του όζοντος αλλά και η ρύπανση του θαλασσίου περιβάλλοντος.

Άρα τα κυριαρχικά δικαιώματα των κρατών, υπό την ανωτέρω θεώρηση, δεν είναι πλέον απόλυτα και το σκεπτικό αυτό δικαιολογείται από τα τρία παρακάτω στοιχεία. Τα κράτη, ενώ διαθέτουν κυριαρχία στην επικράτεια τους, παραλλήλως πρέπει να επαγρυπνούν ώστε να διαφυλάττουν και να προστατεύουν το περιβάλλον από απρόκλητες και αδικαιολόγητες δραστηριότητες οι οποίες ενδεχομένως ρυπαίνουν την επικράτεια των γειτονικών κρατών. Δεύτερον, τα κράτη πρέπει να διαχειρίζονται τους φυσικούς πόρους που τους ανήκουν με βιώσιμο τρόπο ώστε να αφήσουν παρακαταθήκη για τις επόμενες γενεές. Τρίτον η προστασία, διατήρηση και αναβάθμιση του περιβάλλοντος είναι υποχρέωση της ανθρωπότητας (New Delhi Declaration, 2002). Σε συνδυασμό με τα ανωτέρω, τα άρθρα 192-195 της Διεθνούς Σύμβασης για το Δίκαιο της Θάλασσας (UNCLOS, 1982) τα οποία κάνουν λόγο για την κυριαρχία των κρατών επί της επικράτειας τους αλλά και για το δικαίωμα της προστασίας του περιβάλλοντος, τα μέτρα αποτροπής και την υποχρέωση μη μεταφοράς ζημίας ή κινδύνων από μια περιοχή στη άλλη, αποτελεί σημαντικό ερώτημα γιατί τα Μεσογειακά κράτη, η διεθνής κοινωνία αλλά και ειδικότερα η Ευρωπαϊκή Ένωση επέτρεψαν την διεξαγωγή του εγχειρήματος της μεταφοράς και καταστροφής εν πλω των χημικών της Συρίας με την μέθοδο της υδρόλυσης επί του μετασκευασμένου πλοίου Cape Ray εντός της Μεσογείου Θάλασσας. Το συγκεκριμένο εγχείρημα εγείρει μία σειρά από σοβαρά τεχνικά, περιβαλλοντικά και τεχνικά ζητήματα.

4. ΤΟ ΘΕΣΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ, Η ΚΑΤΑΣΤΡΑΤΗΓΗΣΗ ΚΑΙ ΤΟ ΠΟΛΙΤΙΚΟ ΕΛΛΕΙΜΜΑ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΟΥ

Σε μια συνολική προσέγγιση του ανωτέρω ζητήματος εφαρμόζεται το διεθνές και Κοινοτικό δίκαιο το οποίο ρυθμίζει, κυρίως, τις συμπεριφορές των κρατών με στόχο την εξασφάλιση της συνεργασίας για την επίλυση των διαφορών σε διεθνές επίπεδο. Με δεδομένο ότι το κράτος είναι κυρίαρχο στην επικράτεια του, τηρεί τη διεθνή νομοθεσία και δεν επεμβαίνει στις εσωτερικές υποθέσεις άλλων κρατών. Όμως, στην εποχή που διανύουμε, τα κράτη που εξαρτώνται δια ποικίλους λόγους από τα λεγόμενα «ισχυρά» κράτη, αδυνατούν να ασκήσουν την κυριαρχία τους όταν οι υποθέσεις τους εμπλέκονται με εκείνες των «ισχυρών». Αναφέρεται και θα συνδυαστεί παρακάτω ότι το άρθρο 2§7 του χάρτη του ΟΗΕ κάνει λόγο για την αρχή της μη επεμβάσεως τρίτων στις υποθέσεις που ανήκουν ουσιαστικώς στην εσωτερική αρμοδιότητα των κρατών.

Συνεπώς, η εφαρμογή της σχετικής διεθνούς και ευρωπαϊκής νομοθεσίας οδήγησε και στην πολιτική αντιμετώπιση του ζητήματος, παρά τις προσπάθειες που καταβλήθηκαν για την υιοθέτηση νομικής λύσης, η οποία δεν κατέστη εφικτή σε

αποτελεσματικό βαθμό. Αυτό συνέβη διότι το Φ/Γ Cape Ray αποτελεί πλοίο της Ναυτιλιακής Διοίκησης των ΗΠΑ και ως εκ τούτου υπάγεται στα ιδιαίτερα προνόμια που απολαμβάνουν τα κρατικά πλοία και άρα δεν υπάγεται στην γενική διεθνή νομοθεσία περί εμπορικών πλοίων. Παρά ταύτα, το θεσμικό πλαίσιο που θα μπορούσε να εφαρμοστεί και ισχύει για τα όπλα μαζικής καταστροφής και ειδικά για τα βιολογικά/χημικά όπλα εμφανίζεται στον πίνακα 1. Επιπροσθέτως, η διεθνής κοινότητα διαθέτει σχετικό πλαίσιο συμβάσεων για τη μεταφορά δια θαλάσσης των επικίνδυνων φορτίων, οι κυριότερες των οποίων περιλαμβάνονται στον πίνακα 2 καθώς και το πλαίσιο της ΕΕ (όχι περιοριστικά) στον πίνακα 3.

Πίνακας 1: Το διεθνές θεσμικό πλαίσιο για τα όπλα μαζικής καταστροφής (Χημικά/Βιολογικά)

Conventions	Remarks
Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification Techniques, (ENMOD) Geneva, 18 May 1977	With the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) Geneva, 8 June 1977), Member States are obliged not to engage in military or any other hostile use of techniques that modify the environment and have widespread, long-lasting and severe effects.
Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction	Signed in Paris on 01.13.1993 (in force 1997) The Organization for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW) based in The Hague is the depositary of the Convention with the responsibility to oversee compliance of 190 Member States and achieve their cooperation.
Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare.	Signed in Geneva on 17.06.1925 (in force 1928). Prohibits the use of chemical and biological weapons.
Convention on the Prohibition of the Development, Production & Stockpiling of Bacteriological (Biological) & Toxin Weapons and on their Destruction (Biological Weapons Convention)	Signed in London on 10.04.1972 (in force 1975). Prohibits the development, production and storage of many weapons of mass destruction categories.

Πηγή: Samiotis et.al (2014)²¹

Πίνακας 2: Το διεθνές θεσμικό πλαίσιο για τη δια θαλάσσης μεταφορά επικίνδυνων φορτίων

Conventions	Remarks
United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS, 1982)	Signed in Montego Bay on 10.12.1982 (in force 1994). Provides specific rules for ships carrying dangerous goods (products) and also regulates the right of safe passage. In articles 216 and 218 the convention enables Port States to enforce international anti-dumping and anti-pollution measures. The right of innocent passage has become a serious and controversial issue, especially when dangerous cargoes are involved (see conclusions).
International Convention for the Safety of Life at Sea, (SOLAS, 1974)	Signed in London on 01.11.1974 (in force 1980). Safety of merchant ships. Regulates the construction requirements and equipment of ships carrying dangerous cargoes, as well as packaging, labeling, placarding, marking, stowage, segregation on board. SOLAS Regulation II-2/19, describes additional special requirements for ships carrying dangerous cargoes.
International Maritime Dangerous Goods Code (IMDG)	Includes mandatory provisions relating to the carriage of dangerous cargoes in bulk or packaged form. Since January 2004, the IMDG Code is mandatory under SOLAS. In the Syrian chemical weapons case this Code is especially topical as explained later (see conclusions).
International Safety Management Code (ISM)	Obligatory since 1998, ensures safety, prevents personal injury or loss of life and avoids damage to property and to the marine environment. Port State Control inspects the Safety Management System (SMS) of the company, the Document of Compliance-DOC and the Safety Management Certificate – SMC of the ship.

²¹ Samiotis, G., Tselentis, B.S., Grekos, D., 2014. Maritime transport and waste management (Dumping) at sea – The Destruction of Syria's Chemical Weapons. A new way to circumvent international institutions? 14th International Conference "Research and Development in Mechanical Industry" RaDMI 2014, 18-21 September, Topola, Serbia

<p>International Code for the Construction and Equipment of Ships Carrying Dangerous Chemicals in Bulk Code (IBC)</p>	<p>The IBC Code is an international standard for the safe carriage of hazardous and noxious liquid substances in bulk. The Code sets standards of design and construction of ships and equipment to be fitted, taking into account the nature of products.</p>
<p>International Convention for the Prevention of Pollution From Ships, 1973 as modified by the Protocol of 1978 (MARPOL 73/78).</p>	<p>MARPOL 73/78 is one of the most important international conventions on marine environment. It was designed to minimize pollution of the seas, including dumping, oil and gas pollutants. Its purpose is to protect the marine environment reducing or eliminating pollution by oil and other harmful substances from accidental and operational discharge. The Convention specifies several certificates including the International Pollution Prevention Certificate for the Carriage of Noxious Liquid Substance in Bulk</p>
<p>London Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter. Known as London Dumping Convention, 1972</p>	<p>Restricts the discharge into the sea of waste generated on land and establishes the responsibilities of the polluter. Also covers the deliberate disposal at sea of wastes or other matter from vessels, aircraft, and platforms. Annexes to the Treaty contain lists of wastes that are prohibited and types of waste requiring special permit for disposal. Recent (1995) amendments to the Treaty prohibit the discharge of processed industrial waste (e.g. hydrolysis) and incineration at sea.</p>
<p>Basel Convention on the Control of Trans boundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal</p>	<p>Signed in Basel on 22.03.1989 (in force 1992) aims at controlling the movement of hazardous wastes and their disposal procedures. The Convention requires that Coastal States are informed by the flag state and relevant licenses issued when transportation of dangerous goods occurs in their territorial waters.</p>
<p>International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances (HNS) by Sea 1996.</p>	<p>The HNS Convention covers liabilities and compensations for damage resulting from the carriage of hazardous and noxious substances carried by sea. The substances are listed and divided into five main categories which also indicate the type of merchant ships used for each category. Based on International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC, 1992), provides compensations over 375 million US \$ for accidents involving ships carrying gases or other harmful chemicals and substances other than oil.</p>

Πηγή: Samiotis et.al (2014)

Πίνακας 3: Σχετικό θεσμικό πλαίσιο ΕΕ

EU Law	Remarks
Κανονισμός (ΕΚ) 1013/2006	Για τις μεταφορές απόβλητων, όπως τροποποιήθηκε με το Κανονισμό (ΕΕ) 660/2014
Κανονισμός (ΕΚ)1907/2006	REACH
Κανονισμός (ΕΚ) 336/2006	Εφαρμογή του διεθνούς κώδικα διαχείρισης της ασφάλειας εντός της Κοινότητας
Κανονισμός (ΕΚ) 2172/2004	Τροποποίηση του Κανονισμού 417/2002 περί εσπευσμένης σταδιακής καθιέρωσης απαιτήσεων διπλού κύτους
Οδηγία 2014/89/ΕΕ	Περί θεσπίσεως του πλαισίου για τον θαλάσσιο χωροταξικό σχεδιασμό
Οδηγία Πλαίσιο 2008/56/ΕΚ	Ευρωπαϊκή θαλάσσια στρατηγική
Οδηγία Πλαίσιο 2006/12/ΕΚ	Περί των στερεών απόβλητων
Οδηγία 2004/35/ΕΚ	Σχετικά με την περιβαλλοντική ευθύνη όσον αφορά στην πρόληψη και την αποκατάσταση της περιβαλλοντικής ζημίας
Οδηγία 2000/59/ΕΚ	Σχετικά με τις λιμενικές εγκαταστάσεις παραλαβής απόβλητων πλοίου και καταλοίπων φορτίου
Οδηγία 95/21/ΕΚ	Έλεγχος των πλοίων από το κράτος λιμένα

5. ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΚΑΙ ΧΕΙΡΙΣΜΟΣ ΤΟΥ ΖΗΤΗΜΑΤΟΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ ΣΕ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΟ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΟ ΕΠΙΠΕΔΟ

Όπως φαίνεται και στην εικόνα 1 η επιχείρηση καταστροφής των χημικών της Συρίας διεξήχθη πλησίον των νοτίων ακτών της Ελλάδας. Η Ελλάδα πάγια τάσσεται κατά της χρήσης των όπλων μαζικής καταστροφής, η οποία αντιτίθεται στις προβλέψεις του διεθνούς δικαίου, ενώ αποτελεί σοβαρή απειλή για τη διεθνή ειρήνη και ασφάλεια. Επίσης υποστηρίζει τις επίσημες θέσεις της ΕΕ που αφορούν την απαγόρευση των όπλων μαζικής καταστροφής και έχει κυρώσει όλες τις Συνθήκες για

τη Μη Διασπορά των Όπλων Μαζικής Καταστροφής (Non Proliferation Treaty, Comprehensive Test Ban Treaty, CWC/Chemicals Weapons Convention και BTWC/Biological & Toxin Weapons Convention).²²

Όμως, η ελληνική κυβέρνηση κατηγορήθηκε από ομάδα πολιτών για σοβαρή αμέλεια, διότι δεν έλαβε τα αναγκαία μέτρα κατά τη μεταφοράς των χημικών όπλων της Συρίας. Επιπλέον, οι κατηγορίες περιλαμβάνουν στοιχεία σύμφωνα τα οποία οι Έλληνες αξιωματούχοι έχουν προβεί σε μια σειρά παραλείψεων της περιβαλλοντικής προστασίας και επίσης ότι η Ελλάδα υπήρξε σιωπηλή από τον Νοέμβριο 2013 σχετικά με το αμφιλεγόμενο θέμα της καταστροφής των χημικών όπλων της Συρίας στη Μεσόγειο θάλασσα.²³ Ο τότε υπουργός Εξωτερικών της Ελλάδας εμφανίστηκε καθησυχαστικός επί του ζητήματος λέγοντας ότι για την επιχείρηση υπάρχουν διεθνείς διαβεβαιώσεις περί του εγχειρήματος.²⁴ Ακόμη, η πρώην επίτροπος Εξωτερικής Πολιτικής και Άμυνας της ΕΕ είχε αναφέρει ότι «δεν υπάρχει πρόθεση απόρριψης των χημικών ή των υπολειμμάτων τους μετά την υδρόλυση στη θάλασσα».²⁵

Σύμφωνα όμως με αντιτιθέμενες απόψεις, «η περιοχή που έχει οριστεί για την διεξαγωγή της επιχείρησης υποτίθεται ότι θα είναι περίπου 250 ναυτικά μίλια από την ακτή της Κρήτης ώστε να είναι εγγυημένα εκτός της δικαιοδοσίας εθνικών νομοθεσιών. Σε κάθε περίπτωση οι απαντήσεις που παίρνουμε από τις αρμόδιες αρχές είναι αόριστες, ενώ δεν υπήρξε καμία διαφάνεια όσον αφορά την αξιολόγηση της ασφάλειας της μεθόδου που θα χρησιμοποιηθεί». Περαιτέρω, επισημάνθηκε ότι: «τα πολλαπλάσια μορφής επεξεργασμένα απόβλητα είναι ικανά και ενδέχεται να προκαλέσουν διαβρώσεις στον αντιδραστήρα, διαρροές μονώσεων και ακόμη φραξίματα αγωγών στην πιλοτική μονάδα της υδρόλυσης» που έχει τοποθετηθεί επί του πλοίου Cape Ray.²⁶ Τελικά, η διαδικασία της εν πλω καταστροφής του χημικού οπλοστασίου της Συρίας, περί της λεγόμενης «Αβυσσαλέας Πεδιάδας του Ιονίου»

²² MFA, 2013. Αφοπλισμός - Όπλα Μαζικής Καταστροφής. Διαθέσιμο <http://www.mfa.gr/exoteriki-politiki/pagkosmia-zitimata/aphoplismos-opla-mazikes-katastrophes.html> [Πρόσβαση 16.03.2015]

²³ Alloush, A., 2014. Greek Judges Send Prosecutors Case on Syrian Chemical Weapons in Med. Διαθέσιμο <http://greece.greekreporter.com/2014/04/18/greek-judges-send-prosecutors-case-on-syrian-chemical-weapons-in-med/> [Πρόσβαση 18.03.2015]

²⁴ Βενιζέλος, Ε., 2014. Παρέμβαση Αντιπροέδρου της Κυβέρνησης. Διαθέσιμο <http://www.mfa.gr/epikairothta/prototema/parembase-antiproedrou-tes-kuberneses-kai-upeks-eu-beniz-elou-sten-koine-sunedriase-tes-diarkous-epitropes-ethnikes-amunas-kai-exoterikon-upotheseon-kai-tes-eidikes-monimes-epitropes-periballontos.html> [Πρόσβαση 04.03.2015]

²⁵ Ashton, C., 2014. Answer given by High-Representative/Vice-President Ashton on behalf of the Commission. Διαθέσιμο <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?Reference=E-2014-000443&language=EN> [Πρόσβαση 14.03.2015]

²⁶ Παλαιολόγος, 2014. Αλήθειες και ψέματα για τα χημικά της Συρίας. Διαθέσιμο <http://www.kathimerini.gr/764632/article/epikairothta/kosmos/alhtheies-kai-yemata-gia-ta-xhmi-ka-ths-syrias> [Πρόσβαση 24.03.2015]

ολοκληρώθηκε χωρίς τα Μεσογειακά κράτη και η διεθνής κοινωνία να είναι πλήρως και επιστημονικά ενημερωμένοι για το αποτέλεσμα.

Οι Μεσογειακές χώρες, εκ του τρόπου αντιμετώπισης της κατάστασης, δίδουν την εντύπωση ότι δεν αντελήφθησαν πλήρως: (α) τα αποτελέσματα της καταστροφής των χημικών όπλων της Συρίας, εν πλω επί του πλοίου Cape Ray και (β) ότι σε περίπτωση ατυχήματος ή αστοχίας του επικίνδυνου πλοϊκού εγχειρήματος οι ζημιές θα ήταν υπερπολλαπλάσιες εκείνων που προκλήθηκαν π.χ. από το ναυάγιο του δεξαμενοπλοίου Prestige. Το εγχείρημα της εν πλω καταστροφής των χημικών όπλων της Συρίας ίσως είναι το έναυσμα για την συνέχιση της ίδιας διαδικασίας για τα χημικά όπλα που κατέχουν η Αίγυπτος και το Ισραήλ τα οποία, σημειωθήτω, βρίσκονται σε πρώτη προτεραιότητα στην agenda των διεθνών οργανισμών. Αν η καταστροφή του χημικού οπλοστασίου της Συρίας με τη μέθοδο της υδρόλυσης στα ύδατα της Μεσογείου χαρακτηριστεί ως επιτυχημένη συνάγεται ότι θα αποτελέσει προηγούμενο για την επανάληψη της επιχείρησης, με τους ίδιους όρους, όπου κριθεί σκόπιμο και ενδεχόμενα θα γενικευθεί. Ειδικότερα και όσον αφορά τον χειρισμό του θέματος εκ μέρους των Ελληνικών αρχών, πρέπει να τονιστεί η επιεικώς ήπια και αναποτελεσματική αντιμετώπιση των σοβαρών περιβαλλοντικών ζητημάτων που ταλανίζουν τον τόπο.

5.1. ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΦΑΛΟΚΡΗΠΙΔΑ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΘΑΛΑΣΣΑΣ (UNCLOS, 1982)

Όσον αφορά την επίσημη πολιτική της Ελλάδος για τον θαλάσσιο χώρο της Μεσογείου, η χώρα μας στις 04.08.2014 με ανακοίνωση του ΥΠΕΚΑ ανακήρυξε de facto υφαλοκρηπίδα νοτίως της Κρήτης ασκώντας το δικαίωμα που πηγάζει από την Σύμβαση του ΟΗΕ για το Δίκαιο της θάλασσας (UNCLOS, 1982), ακολουθώντας τον κανόνα της μέσης γραμμής. Απέναντι σε αυτή τη μονομερή κίνηση της Ελλάδος δεν έχει σημειωθεί μέχρι σήμερα σοβαρή καμία ένσταση των γειτονικών κρατών.²⁷ Ωστόσο, ο ακριβής καθορισμός των εξωτερικών ορίων της υφαλοκρηπίδας είναι απαραίτητος για να οριοθετηθεί πλήρως η περιοχή εκείνη που ανήκει στο κράτος. Με τον Ν.4001/2011 (ΦΕΚ 179Α), που τροποποίησε τον Ν.2289/1995 (ΦΕΚ 27Α) για «Αναζήτηση, έρευνα και εκμετάλλευση υδρογονανθράκων και άλλες διατάξεις», και βάσει του άρθρου 156(1), ελλείπει συμφωνίας οριοθέτησης με γειτονικά κράτη των οποίων οι ακτές είναι παρακείμενες ή αντικείμενες με τις ελληνικές ακτές, το εξωτερικό όριο της υφαλοκρηπίδας ή της Αποκλειστικής Οικονομικής Ζώνης (αφ' ης

²⁷ Energeia.Gr, 2014. De Facto Ανακήρυξη Υφαλοκρηπίδας και ΑΟΖ για την Περιοχή Νοτίως της Κρήτης. Διαθέσιμο http://www.energeia.gr/article.asp?art_id=84337 [Πρόσβαση 26.03.2015]

κηρυχθεί) είναι η μέση γραμμή, κάθε σημείο της οποίας απέχει ίση απόσταση από τα εγγύτερα σημεία των γραμμών βάσης από τις οποίες μετρείται το εύρος της αιγιαλίτιδας ζώνης, δηλαδή των χωρικών υδάτων.

Σύμφωνα με τα ανωτέρω και επικαλούμενη τις διατάξεις της UNCLOS 1982, η Ελλάδα ως παράκτιο κράτος θα μπορούσε πιθανόν υιοθετώντας την γενική υποχρέωση περί προστασίας του θαλασσίου περιβάλλοντος από δραστηριότητες στην υφαλοκρηπίδα, να ελέγξει ενέργειες στο θαλάσσιο χώρο της Μεσογείου σε σχέση με την μεταφορά και πιθανόν την «αδρανοποίηση» των χημικών του Συριακού οπλοστασίου.

6. ΣΧΟΛΙΑ ΕΚΤΙΜΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

6.1. ΣΧΟΛΙΑ ΕΚΤΙΜΗΣΕΙΣ

Το θαλάσσιο περιβάλλον θεωρείται συλλογικό αγαθό το οποίο συχνά επηρεάζεται από τις ανθρώπινες δραστηριότητες. Η χρήση, ωφέλεια και απόλαυση των αγαθών του θαλασσίου περιβάλλοντος είναι κατοχυρωμένο δικαίωμα και η προστασία του συνίσταται στην επίκληση των αρχών της προφύλαξης, πρόληψης και αποκατάστασης. Επιπροσθέτως, η αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης δεν επιτρέπει την άσκηση δικαιώματος πέραν της κοινής ωφέλειας των περιβαλλοντικών αγαθών. Ζήτημα φαίνεται ότι αποτελεί ο τρόπος με τον οποίο, μελλοντικά, τα κράτη θα διαχειριστούν τις παρεμβάσεις που υποβαθμίζουν το περιβάλλον ώστε να προληφθούν ανεπανόρθωτες ζημιές σε αυτό. Ο στόχος πρέπει να εστιάζεται στην διατήρηση της περιβαλλοντικής σταθερότητας ήτοι στα επίπεδα ανοχής των θαλασσίων οικοσυστημάτων.

Η περίπτωση του πλοίου Cape Ray συνηγορεί στη μεταφορά δράσεων από το παγκόσμιο σε περιφερειακό επίπεδο, αφού η επιχείρηση διεξήχθη στην Μεσόγειο Θάλασσα. Τα μέτρα προστασίας εναπόκειται στα κράτη τα οποία έχουν υποχρέωση να εφαρμόσουν την διεθνή και εθνική νομοθεσία. Προκειμένου να επιλυθεί το ζήτημα της επιχείρησης του Cape Ray, η περίπτωση θα πρέπει να αναδειχθεί ως διεθνές πρόβλημα σε επίπεδο ΟΗΕ και κατόπιν να εξεταστεί περιφερειακά. Για τον σκοπό αυτό, γίνεται παραδεκτό, ότι οι διεθνείς δεσμεύσεις και οι εθνικές δράσεις δημιουργούν δυναμικές για την διαχείριση του ζητήματος. Τα κράτη έχουν δεσμευτεί επί της εφαρμογής της διεθνούς νομοθεσίας. Αυτό σημαίνει ότι έχουν συμφωνήσει να ενσωματώνουν το διεθνές δίκαιο στην εθνική τους νομοθεσία και όταν διαπιστώνεται ότι υπάρχει σχετική παράβαση να επιβάλλονται οι ανάλογες κυρώσεις. Στην περίπτωση του πλοίου Cape Ray αντιμετωπίστηκε ένα κενό στην νομοθεσία αφού το

πλοίο ανήκε στην Ναυτιλιακή Διοίκηση των ΗΠΑ και άρα ως εφεδρικό πλοίο του πολεμικού ναυτικού που επιχειρούσε στην ανοικτή θάλασσα δεν τύγχανε εφαρμογής το συγκεκριμένο νομοθετικό πλαίσιο για την αποτροπή της επιχείρησης την οποία εκτέλεσε.

Όμως, τα κράτη και οι πολίτες είχαν υποχρέωση να λάβουν τα κατάλληλα μέτρα σε τοπικό επίπεδο για την αντιμετώπιση παρόμοιων αντιπεριβαλλοντικών δράσεων. Η απειλή ενός αγαθού, όπως το θαλάσσιου περιβάλλον, αποτελεί πεδίο για σημαντικές δράσεις οι οποίες τελικά συνεισφέρουν στην προστασία του. Οι κυβερνήσεις των κρατών της Μεσογείου, συμπεριλαμβανομένης της Ελληνικής καθώς και της ΕΕ, επέλεξαν να μην επέμβουν. Μεμονωμένοι πολίτες δημοσιοποίησαν το θέμα και έδρασαν σε τοπικό επίπεδο χωρίς αποτέλεσμα. Ως προς τον καθορισμό της περιβαλλοντικής ζημίας σαφώς υπήρξε ανθρώπινη πράξη για την έγκριση της έναρξης της επιχείρησης επί του Cape Ray, για την οποία θα ήταν σκόπιμο να εξεταστεί ο νόμιμος ή όχι χαρακτήρας της καθώς και αν προβλέφθηκαν επιστημονικά τα αποτελέσματα της επιχείρησης. Η διεθνής κοινωνία οφείλει να απαιτήσει από τις ΗΠΑ να ανακοινώσουν με λεπτομέρειες τις συνθήκες αδρανοποίησης των χημικών της Συρίας και αν απερίφθησαν υπολείμματα των χημικών στη θάλασσα προκειμένου να καθοριστεί η περιβαλλοντική ζημία. Την αξίωση αυτή πρέπει να την έχουν τα κράτη της Μεσογείου και η ΕΕ.

Επίσης, είναι προφανές ότι αν ήταν ευρύτερα γνωστή η ζημία που θα υποστεί η περιοχή από την συγκεκριμένη επιχείρηση, τότε οι πολίτες αλλά και οι επιχειρήσεις που έχουν συμφέροντα στην περιοχή θα ασκούσαν περισσότερη πίεση στα διεθνή και εθνικά κέντρα αποφάσεων. Η εθνική στρατηγική των κρατών για την αντιμετώπιση του ζητήματος θα πρέπει να ασκείται οργανωμένα και συλλογικά ώστε ενδεχόμενο νέο τέτοιου είδους πείραμα να αποτραπεί νόμιμα και αποτελεσματικά. Προϋπόθεση για την αποτροπή παρόμοιων περιστατικών αποτελεί η θεραπεία της: (α) έλλειψης δημοσιότητας σχετικά με το ακριβές αντικείμενο της επιχείρησης και τα αποτελέσματα του, (β) έλλειψης συλλογικής κινητοποίησης για περαιτέρω επηρεασμό των διεθνών, περιφερειακών και εθνικών κέντρων αποφάσεων και (γ) έλλειψης επαρκούς δομικής οργάνωσης και νομικής βοήθειας προς τους πολίτες που προσπαθούν να προστατέψουν το περιβάλλον, ως αγαθό, από ενδεχόμενη προσβολή του.

6.2. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Παρότι η διατομεακή πολιτική περί γαλάζιας ανάπτυξης πρεσβεύει την προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος, η ΕΕ αλλά και τα κράτη της Μεσογείου, τα οποία πλήττονται από την μεταφορά και επεξεργασία εν πλω των χημικών της Συρίας δεν αντέδρασαν αποτελεσματικά και δη όταν η επιχείρηση διεξήχθη στην ήδη βεβαρυσμένη περιβαλλοντικά κλειστή θάλασσα της Μεσογείου. Ποια θα ήταν τα

αποτελέσματα του εγχειρήματος σε περίπτωση ατυχήματος και ποια η πορεία της γαλάζιας ανάπτυξης για τις παράκτιες περιοχές της Μεσογείου θάλασσας είναι προφανές.

Ειδικότερα, διαπιστώθηκε ότι στην περίπτωση της καταστροφής των χημικών της Συρίας εν πλω επί του πλοίου Cape Ray η σχετική διεθνής και ευρωπαϊκή νομοθεσία αντιμετωπίζει ένα κενό ώστε να καλύψει πλήρως και αποτελεσματικά το περιστατικό που προέκυψε από το συγκεκριμένο κρατικό πλοίο. Ένας πιθανός τρόπος επίλυσης του θέματος, κατόπιν διαβούλευσης μεταξύ των ενδιαφερομένων μερών, είναι να εισαχθεί στη διεθνή και ευρωπαϊκή νομοθεσία διάταξη περιορισμών της ασυλίας των κρατικών πλοίων με βάση το «λειτουργικό κριτήριο» (είδος δραστηριότητας του πλοίου).

Μια τέτοια εξέλιξη δεν θα μπορούσε να δικαιολογήσει την επιχείρηση μεταφοράς και επεξεργασίας των χημικών της Συρίας ως στρατιωτική. Αντίθετα, θα έπρεπε να τηρηθούν τα περί «ειδικής αδείας», όπως ορίζεται στην London Convention 1972 «για την πρόληψη της ρύπανσης της θάλασσας από την απόρριψη...». Όσον αφορά στην Ελλάδα θα πρέπει να αποσαφηνιστεί τελικά αν η κυβέρνηση χορήγησε ή όχι σχετική άδεια για την μεταφορά και επεξεργασία των χημικών της Συρίας σε περιοχές με κυριαρχικά και περιβαλλοντικά δικαιώματα και υποχρεώσεις.

Η επιχείρηση μεταφοράς και επεξεργασίας εν πλω, από πλοίο της Ναυτιλιακής Διοίκησης των ΗΠΑ, των χημικών της Συρίας εντός της Μεσογείου Θάλασσας συνιστά μια «καινοτόμο» αποστολή, δεδομένου ότι δεν είναι καν γνωστή η ακριβής σύσταση και ο χαρακτήρας των χημικών. Η δραστηριοποίηση των παρακτίων κρατών της Μεσογείου Θάλασσας για τον έλεγχο και την παρακολούθηση του θέματος ήταν επιβεβλημένη ώστε να ληφθούν τα αναγκαία μέτρα αποτροπής μιας ενδεχόμενης περιβαλλοντικής καταστροφής με ανυπολόγιστο περιβαλλοντικό και κοινωνικό κόστος. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να επισημανθεί, σύμφωνα με τη Σύμβαση του Aarhus για το δικαίωμα της πρόσβασης σε περιβαλλοντικές πληροφορίες θα έπρεπε να δημοσιοποιηθεί η ακριβής σύσταση και ποσότητα των χημικών που επεξεργάστηκαν επί του πλοίου Cape Ray καθώς και η μελέτη περιβαλλοντικών επιπτώσεων σε περίπτωση ατυχήματος κτλ. Σημειωτέον ότι το Cape Ray δεν διαθέτει διπλά τοιχώματα και διπλό πυθμένα (Double Skin – Double Bottom) γεγονός που επιτείνει τις ανησυχίες σε περίπτωση ατυχήματος. Είναι επίσης ανάγκη να συνειδητοποιηθεί η ευθύνη που προκύπτει από την προστασία του θαλασσιού περιβάλλοντος ως παρακαταθήκη για τις μελλοντικές γενεές (κοινή κληρονομιά της ανθρωπότητας – tragedy of commons) ενώ το εθνικό και περιβαλλοντικό συμφέρον πρέπει να ακυρώνει το «οιονεί πείραμα» όπως αυτό εκτελέστηκε επί του πλοίου Cape Ray.

Επιπλέον, η γαλάζια ανάπτυξη έχει αναγνωριστεί ως η βασική κινητήρια δύναμη των πρωτοβουλιών που σχετίζονται με τις περισσότερες ευρωπαϊκές ρυθμίσεις στην θάλασσα. Η κύρια πρόκληση σήμερα είναι ο καθορισμός του *modus vivendi* της οικονομικής ανάπτυξης με ηθικό κριτήριο και σε συνδυασμό με την προστασία του περιβάλλοντος, ώστε να δρομολογηθεί η βιώσιμη ανάπτυξη του πλανήτη. Η πολιτική που πρέπει να καθοριστεί για το περιβάλλον είναι υπόθεση και της κοινωνίας. Το περιβάλλον δεν αποτελεί παράγοντα που περιορίζει την ανάπτυξη αλλά ενθαρρύνει την αειφόρο ανάπτυξη. Με βάση αυτή την αρχή πρέπει να υπάρξουν ανάλογες παρεμβάσεις ώστε να μην υπάρξει περαιτέρω επιβάρυνση του περιβάλλοντος και αντίθετα να προαχθεί η βελτίωση και ποιοτική αναβάθμιση των παράκτιων περιοχών, διασφαλίζοντας τα δημόσια περιβαλλοντικά αγαθά.

Παρά ταύτα στην συγκεκριμένη περίπτωση, της μεταφοράς-επεξεργασίας των χημικών της Συρίας, τίθεται εν αμφιβόλω η αποτελεσματική λειτουργία των διεθνών και ευρωπαϊκών θεσμών, ώστε να αντιληφθούν την σοβαρότητα της κατάστασης και να αποτρέψουν μια πιθανή περιβαλλοντική και οικονομική καταστροφή. Κατά της επιχειρήσεως μεταφοράς-επεξεργασίας των χημικών της Συρίας, τα κράτη της περιοχής έπρεπε να αποταθούν και στην διεθνή δικαιοσύνη με επίκληση σειράς διεθνών περιβαλλοντικών κανόνων, αλλά πιθανόν και με την επίκληση της αρχής της ειρηνικής διευθετήσεως των διεθνών διαφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις του Χάρτη του ΟΗΕ άρθρα 1(1), 2(3) και 33(1) χαρακτηρίζοντας την επιχείρηση ως επικίνδυνη για τη διεθνή ειρήνη και κυρίως την (περιβαλλοντική) ασφάλεια.

Είναι προφανές εκ των προαναφερθέντων ότι η επίλυση παρόμοιων περιβαλλοντικών προβλημάτων είναι εξαιρετικά δύσκολη και πολύπλοκη. Θα πρέπει, παρόλα αυτά, όταν υπάρχει κίνδυνος μη αναστρέψιμης ζημίας στο περιβάλλον από τις οικονομικοκοινωνικές επιλογές των κρατών, τότε και η κοινωνία να συμβάλει καθοριστικά στις διαδικασίες λήψης μέτρων και αποφάσεων που να αποσκοπούν στην αποφυγή της υποβάθμισης του περιβάλλοντος και της νομικής επίλυσης των αντιπαραθέσεων. Τελικά η πρόκληση που διαφαίνεται επί του θέματος είναι η εναρμόνιση της κοινωνίας και των πολιτικών αποφάσεων στο κατάλληλο πλαίσιο πρόληψης της υποβάθμισης του θαλάσσιου περιβάλλοντος και της ανάδειξης των ωφελειών του. Αν αυτό συμβεί τότε θα είναι ένα σημαντικό βήμα στην εποχή της βιώσιμης ανάπτυξης και ειδικότερα στο ζήτημα της μεταφοράς των επικίνδυνων φορτίων δια θαλάσσης, το οποίο μπορεί να αναβαθμίσει θετικά τους στόχους των κρατών της διεθνούς κοινότητας, των διεθνών οργανισμών (UNEP, EE, IMO) καθώς και της διεθνούς κοινωνίας για το περιβάλλον.

Προς μία διεθνή συνταγματική δικαιοταξία. Ζητήματα ιεραρχίας και ενδυνάμωσης της διεθνούς κοινωνίας.

Δρ. Ιωάννης Π. Τζιβάρας, Διδάσκων Δημοσίου και Ευρωπαϊκού Δικαίου, Τμήμα Οικονομίας και Διοίκησης, Ανοικτό Πανεπιστήμιο Κύπρου, Υπότροφος ΙΚΥ, Επιστημονικός Συνεργάτης ΕΚΕΜΕ

1. Εισαγωγικά στοιχεία.

Η παρούσα μελέτη πραγματεύεται την αποτύπωση της διεθνούς συνταγματικής δικαιοταξίας στα πλαίσια της οργάνωσης της διεθνούς κοινωνίας όπως και εκείνες τις στοιχειώδεις δομές που ενδυναμώνουν την οργάνωσή της. Η μελέτη αποκλίνει από την αντίληψη του Διεθνούς Συνταγματισμού¹, από την άποψη της θεμελίωσης της σε βασικούς διαρθρωτικούς και κωδικοποιημένους κανόνες, τόσο σε περιπτώσεις γραπτού όσο και άγραφου Συντάγματος ως θεμελιώδους στεγανού οργάνωσης της Πολιτείας², και ταυτίζεται με την συνταγματική δικαιοταξία που επιφέρει η ίδια η οργάνωση της διεθνούς κοινωνίας μέσω της παράθεσης του συστήματος ενδυνάμωσής της καθώς και του συστήματος αξιών της³.

Η εκάστοτε εθνική συνταγματική έννομη τάξη, παρέχει όλα εκείνα τα εχέγγυα ενσωμάτωσης και ενδυνάμωσης του Διεθνούς Δικαίου, παρά την πρωτογενή ετερογένεια και την διαφορά προέλευσής τους. Είναι προφανές ότι, στο σημείο αυτό,

¹ Walker, N., "Post-national Constitutionalism and the Problem of Translation," in *European Constitutionalism and beyond the State*, edit. Weiler, H. J., Wind, M. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 53-54, Cottier, T., Hertig, M., "The Prospects of 21st Century Constitutionalism," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7(1) (2003): 261-322.

² Τζιβάρας, Π. Ι., *Συγκριτική επισκόπηση ελληνικού και κυπριακού Συνταγματικού Δικαίου*. (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2010), xi.

³ Verdross, A., Simma, B., *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*. 3rd Edition. (Berlin: Duncker und Humblot, 1984), 78-81.

η εφαρμογή της μονιστικής θεωρίας του Kelsen κρίνεται άκρως λειτουργική, μιας και, πλέον, μιλούμε για μία παγκόσμια έννομη τάξη, πυραμδικά ιεραρχούμενη, με το Διεθνές Δίκαιο να κατέχει θέση άμεσης και ευθείας ισχύος έναντι οποιουδήποτε ενδοπολιτειακού χώρου⁴.

Πλέον, το Διεθνές Δίκαιο, υπέχει θέση νόμου του εκάστοτε κράτους, και δε θεμελιώδη και λειτουργική πηγή του Συνταγματικού Δικαίου. Δεδομένου ότι κάθε κράτος ανάγει το Σύνταγμά του, ως τον υπέρτατο νόμο της Πολιτείας, η θέση του εκάστοτε συνταγματικού κειμένου συμπλέει με βάση τις διεθνείς υποχρεώσεις που δεσμεύουν, ανάλογα, το συνεργασιακό, προσανατολισμένο στη διεθνή συνεργασία, συνταγματικό κράτος⁵, στα πλαίσια της συνύπαρξης των εθνικών συνταγματικών ορίων με την υπερεθνική συνταγματική δικαιοταξία⁶.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα απόπειρας συγκλίσεως της εθνικής δημοσίας δικαιοταξίας με μία υπερεθνική συνταγματική τάξη, ήταν εκείνο της Συνθήκης για τη Θέσπιση Συντάγματος της Ευρώπης⁷. Το εγχείρημα αυτό, αποτελώντας μία ταυτόχρονη απόπειρα συγκλίσεως όλων εκείνων των εθνικών συνταγματικών διατάξεων, επεδίωξε την δημιουργία μιας ενδυναμωμένης συνταγματικής αρχιτεκτονικής της ΕΕ⁸.

Λαμβάνοντας υπόψιν τις νεοκαντιανές θεωρήσεις περί της ισχυροποίησης της δημοκρατικής διαδικασίας, της ισότητας και την διακριτή διάκριση των εξουσιών, το εγχείρημα του ευρωπαϊκού συνταγματισμού, μπορεί να αποπειράθηκε να ενσωματώσει τις εθνικές πολιτικές στα πλαίσια των ευρωπαϊκών αξιών, αλλά δεν

⁴ Τσάτσος, Θ. Δ., *Συνταγματικό Δίκαιο. Τόμος Α΄. Θεωρητικό Θεμέλιο*. Έκδοση Δ΄. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1994), 366-367.

⁵ Στην παρούσα, ισχύει, κατά την γερμανική θεωρία, ο όρος «Kooperativer Verfassungstät». Αναλυτικότερα, βλ. Haberle, P., *Der Kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur: Vorstudien zu einer Universalen Verfassungslehre*. (Berlin: Duncker und Humblot, 1978), 407-412. Περαιτέρω, βλ. και Χρυσόγονος, Χ. Κ., *Συνταγματικό Δίκαιο*. (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2003), 180.

⁶ Franck, T., "The Emerging Right to Democratic Governance," *American Journal of International Law* 85 (1992): 46-48, Weiler, H. J., "In Defence of the Statues Quo: Europe's Constitutional Sonderweg," in *European Constitutionalism beyond the State*, edit. Weiler, H. J., Wind, M. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 9-11.

⁷ Maduro, P. M., "Europe and the Constitution: What if this is Good as it Gets?" in *European Constitutionalism beyond the State*, edit. Weiler, H. J., Wind, M. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 82-85, Closa, C., "Constitution and Democracy in the Treaty Establishing a Constitution for Europe," *European Public Law* 11 (2005): 145-147.

⁸ Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Band 4: Europäische Grundrechte*. (Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009), 43-55, Lebeck, C., "Consensus not Constitutionalism: Fundamental Rights in EU Law after Kadi," *Baltic Yearbook of International Law* 10(1) (2010): 139-153.

πέτυχε να δημιουργήσει ένα ολοκληρωμένο συνταγματικό σύστημα εθνικών, υπερεθνικών και διεθνών μεθόδων υλοποιήσιμης και πρακτικά λειτουργικής διακυβέρνησης.

Πέραν όμως της ευρωπαϊκής απόπειρας, η συνταγματική σύγκλιση εφαρμόστηκε και σε διεθνές επίπεδο, με την δημιουργία διεθνών συνθηκών ως κειμένων-πλαισίων για την λειτουργία Διεθνών Οργανισμών, όπως χαρακτηριστικά συνέβη, ιδίως, με τον Οργανισμό Ηνωμένων Εθνών και τις ειδικευμένες οργανώσεις του⁹. Στην περίπτωση αυτή, τα διεθνή κείμενα λειτουργούν ως διεθνείς συνθήκες, αναλόγως ερμηνευόμενες στα όρια της συνταγματικής δεσμευτικότητας, τελώντας, κατ' αυτόν τον τρόπο, υπό όρους διεθνούς συνταγματικής αυτονομίας¹⁰.

Έτσι, το διεθνές συμβατικό κείμενο ιδρύσεως και λειτουργίας του εκάστοτε Διεθνή Οργανισμού, συνάδει με όρους συνταγματισμού, από την άποψη ότι το συγκεκριμένο είναι ένα δεσμευτικό κείμενο, με ισχύ διεθνούς συνθήκης, για όλα τα κράτη μέλη που εντάσσονται στην λειτουργία του και επιδιώκουν ένα κοινό στόχο και λειτουργούν υπό συγκεκριμένους σκοπούς. Η συνταγματική, δε, σύγκλιση στη μελέτη των Διεθνών Οργανισμών έγκειται στο γεγονός ότι, η λειτουργία τους βασίζεται στην άσκηση συγκεκριμένων αρμοδιοτήτων, καταστατικά προβλεπόμενων, και σε ισχύ συνταγματικού κειμένου, ως προς την δεσμευτικότητά τους, με αποτέλεσμα να υφίσταται αναλογική και συγκεντρωτική προστασία του εκάστοτε προστατευόμενου αγαθού στα πλαίσια της διεθνούς ειρήνης και ασφαλείας¹¹.

Σκοπός της παρούσας μελέτης είναι να καταδείξει πως η έννοια του συντάγματος, ως νομικά δεσμευτικού κειμένου, έρχεται να εξισωθεί στα πλαίσια ενός διεθνούς συστήματος αξιών και λειτουργιών όπου τα διάφορα εθνικά και υπερεθνικά, νομικώς δεσμευτικά, κείμενα μπορούν να συλλειτουργήσουν υπό τον όρο εγκαθίδρυσης ενός υπερεθνικού συστήματος για όλα τα κράτη μέλη, στα πλαίσια της οργανώσεως της διεθνούς κοινωνίας. Η άποψη, λοιπόν, ενός διεθνούς συνταγματικού μοντέλου συντελείται από την μετουσίωση του εθνικών και των περιφερειακών συστημάτων σε

⁹ Cot, J., Pellet, A., *La Charte des Nations Unies*. (Paris: Economica, 1985), 902-907.

¹⁰ De Wet, E., "The International Constitutional Order," *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006): 53, Fassbender, B., "The United Nations Charter as Constitution of the International Community," *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998): 573-575.

¹¹ Kleinlein, T., "Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law," *Nordic Journal of International Law* 81(2) (2012): 79-87.

ένα δεσμευτικό σύστημα διεθνών δρώντων στα πλαίσια της διεθνούς δικαιοταξίας και της εφαρμογής ενός κοινού συστήματος λειτουργιών και αξιών¹².

2. Συνταγματισμός και Διεθνής Κοινωνία.

Τα κράτη, ως βασικά στελέχη της διεθνούς κοινωνίας, δεν επέτυχαν μέχρι στιγμής την δημιουργία ενός κοινού συνταγματικού κειμένου που θα συνιστούσε την ορθολογική εγκαθίδρυση της διεθνούς δικαιοταξίας και την παράλληλη θεμελίωση των όρων εκείνων που συνάδουν με την διεθνή διακυβέρνηση και τον δημοκρατικό συνταγματισμό¹³. Η μόνη ιδιαίτερη εξαίρεση, στα πλαίσια της σύγκλισης της διεθνούς κοινωνίας, ήταν η υιοθέτηση του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών ο οποίος τέθηκε σε ισχύ στις 24 Οκτωβρίου του 1945, αναπόσπαστο μέρος του οποίου αποτελεί και το Καταστατικό του Διεθνούς Δικαστηρίου¹⁴.

Έτσι, η καθολική συμμετοχή των κρατών μέσω του Χάρτη, εγκαθιδρύει αφενός την θεμελίωση του συνταγματικού καθεστώτος των κρατών μελών για την διασφάλιση της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας και αφετέρου την σύνδεση των εθνικών κρατών σε μία διεθνή κοινότητα υπό ένα κοινό καταστατικό κείμενο υπερεθνικής εμβέλειας¹⁵, αποτελώντας έτσι, κατά μία έννοια, το «Σύνταγμα» της διεθνούς κοινωνίας.

Περαιτέρω, όπως αναφέρθη ως άνω, η κατοχύρωση του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών, επέφερε και την κατοχύρωση του Διεθνούς Δικαστηρίου, ως μόνιμου θεσμού επίλυσης των διεθνών διαφορών και συνδεδετικού κρίκου ενδυνάμωσης της διεθνούς κοινωνίας, το οποίο, συγκεντρωτικά, επικαλύπτει την διεθνή κοινότητα στο σύνολό

¹² Walter, C., "Constitutionalising (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law," *German Yearbook of International Law* 44 (2001): 190-193.

¹³ Blokker, P., "Dilemmas of Democratization: From Legal Revolutions to Democratic Constitutionalism?" *Nordic Journal of International Law* 81(4) (2012): 437-445.

¹⁴ Νάσκου-Περράκη, Π., *Το Δίκαιο των Διεθνών Οργανισμών. Η θεσμική διάσταση*. Τέταρτη Έκδοση. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2005), 102-103, Δίπλα, Χ., *Το Διεθνές Δικαστήριο των Ηνωμένων Εθνών. Τόμος Α΄. Η θέση του στο διεθνές δικαιοδοτικό στερέωμα και η συμβολή του στο σύγχρονο Δίκαιο της Θάλασσας*. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003), 23-192.

¹⁵ Franck, T., "The Political and the Judicial Empires: Must there be a Conflict over Conflict Resolution?" in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, edit. Al-Naumi, N., Meese, R. (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 622-629.

της. Μεταξύ πολλών, το Δικαστήριο τόσο στην *Υπόθεση Barcelona Traction*¹⁶ όσο και στην Γνώμη του για τις *Έννομες Συνέπειες της Ανέγερσης Τείχους στην Κατεχόμενη Παλαιστινιακή Περιοχή*¹⁷, ανέφερε ότι η δικαιοδοσία του αφορά τις υποχρεώσεις των κρατών που ισχύουν *erga omnes* ενώπιον της διεθνούς κοινότητας.

Μία άλλη μορφή που άπτεται της συγκεντροποίησης της διεθνούς κοινότητας είναι η διεθνής ευθύνη κρατών, με την έννοια της πράξης ή της παράλειψης ενός κανόνα Διεθνούς Δικαίου, που συνίστανται στην ανόρθωση της βλάβης που προκαλεί μία αντιδιεθνής ενέργεια, υποχρεώσεις οι οποίες ισχύουν *erga omnes* για το σύνολο της διεθνούς κοινότητας¹⁸. Η θέση αυτή διαφάνηκε ξεκάθαρα μέσα από την σχετική διάταξη του άρ. 1 των Άρθρων για την *Διεθνή Ευθύνη Κρατών* της Επιτροπής Διεθνούς Δικαίου του ΟΗΕ. Σύμφωνα με αυτό:

“Οποιαδήποτε διεθνής παράνομη πράξη ενός Κράτους συνεπάγεται την διεθνή ευθύνη αυτού του Κράτους.”

Εφαρμοστικά της παραπάνω διάταξης, το Διαρκές Δικαστήριο Διεθνούς Δικαιοσύνης, στην Απόφασή του για το *Εργοστάσιο Chorzow-Αζίωση Αποζημιώσεως (Προδικαστικές Ενστάσεις)* (1927) διαπίστωσε ότι:

“Αποτελεί αρχή του Διεθνούς Δικαίου ότι η παραβίαση μιας υποχρέωσης δημιουργεί την υποχρέωση επανόρθωσης με τρόπο αποτελεσματικό. Η επανόρθωση αποτελεί συνεπώς το αναγκαίο συμπλήρωμα της εφαρμογής μιας συμβάσεως, χωρίς να είναι απαραίτητο να μνημονεύεται στη σύμβαση.”¹⁹

Περαιτέρω, στο Σχέδιο Άρθρων, και ειδικότερα στις διατάξεις των άρ. 1-2, σχετικά με τη *Διεθνή Ευθύνη των Κρατών που Προέρχονται από Διεθνείς Αδικοπραξίες* του 2001, η Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου ανέδειξε περαιτέρω το ζήτημα της διεθνούς ευθύνης των κρατών, η οποία συνεπάγεται την υποχρέωση ανόρθωσης της βλάβης

¹⁶ *Υπόθεση Barcelona Traction* (Βέλγιο κατά Ισπανίας), Προδικαστικές Ενστάσεις (Αρμοδιότητα-Παραδεκτό), ICJ Rep. 1964, 6-8.

¹⁷ *Έννομες Συνέπειες της Ανέγερσης Τείχους στην Κατεχόμενη Παλαιστινιακή Περιοχή*, Advisory Opinion, ICJ 2004 General List No. 131, 09/07/2007, para. 153-158. Για τους λόγους άσκησης της γνωμοδοτικής αρμοδιότητας του Διεθνούς Δικαστηρίου, στην συγκεκριμένη περίπτωση, βλ. αναλυτικότερα, Αντωνόπουλος, Κ., *Η επίλυση των διεθνών διαφορών από το Διεθνές Δικαστήριο των Ηνωμένων Εθνών. Νομολογία και πρακτική*. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2005), 196-198.

¹⁸ Αντωνόπουλος, Κ., *Η ατομική ποινική ευθύνη στο Διεθνές Δίκαιο*. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003), 35.

¹⁹ Για την συγκεκριμένη Απόφαση και την θέση του ΔΔΔΔ, αναλυτικότερα βλ. Ιωάννου, Κ., *Δίκαιο της Διεθνούς Ευθύνης*. (Κομοτηνή: Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, 2003), 1-3.

που προκλήθηκε σε ένα κράτος εξαιτίας μιας αντίδικης ενέργειας άλλου κράτους²⁰.

Όμως, στα πλαίσια της διεθνούς δικαιοταξίας, η αναγνώριση της ύπαρξης ατομικής ποινικής ευθύνης για άτομα σε διεθνές επίπεδο αποτέλεσε μία ιδιαίτερα σημαντική καινοτομία του Διεθνούς Δικαίου, στα πλαίσια της παράλληλης ισχύος της με την ευθύνη κρατών. Η αρχή της ατομικής ποινικής ευθύνης στο Διεθνές Δίκαιο, αναγνωρίστηκε για πρώτη φορά από το Διεθνές Στρατιωτικό Δικαστήριο της Νυρεμβέργης, το οποίο έκρινε ότι το Διεθνές Δίκαιο επιβάλλει υποχρεώσεις τόσο στα κράτη όσο και, ειδικά, στα άτομα, αντιστρέφοντας την μέχρι πρότινος δικανική πρακτική περί ποινικής διώξεως των ατόμων σε εθνικό επίπεδο και της αποκλειστικής κρατικής ευθύνης σε διεθνές επίπεδο, μέσω της άρσης της ασυλίας των κρατικών λειτουργιών για πράξεις σε εκτέλεση κρατικής πολιτικής.²¹ Με βάση αυτά, κατά την κρίση του Διεθνούς Στρατιωτικού Δικαστηρίου της Νυρεμβέργης²²:

“... αναγνωρίζονταν επί μακρόν ότι το Διεθνές Δίκαιο επιβάλλει υποχρεώσεις και ευθύνη σε άτομα. Τα εγκλήματα κατά του Διεθνούς Δικαίου διαπράττονται από άτομα, όχι από αφηρημένες οντότητες, και μόνο τιμωρώντας άτομα τα οποία διαπράττουν τέτοια εγκλήματα είναι δυνατό να εφαρμοσθούν οι κανόνες του Διεθνούς Δικαίου...”

Έτσι, κατ' αυτόν τον τρόπο, μετά την δίκη της Νυρεμβέργης, η ατομική ποινική ευθύνη κρατικού λειτουργού ή στελέχους των ενόπλων δυνάμεων ή απλού πολίτη για την τέλεση σοβαρών παραβιάσεων οικουμενικού ενδιαφέροντος, καθιερώθηκε ως βασική αρχή του Διεθνούς Δικαίου, παράλληλα με τη διεθνή ευθύνη των κρατών. Στην περίπτωση της ατομικής ποινικής ευθύνης, η συνέπεια είναι ο ποινικός

²⁰ Αναλυτικότερα, βλ. Quigley, J., “The International Criminal Law Crime-Delict Distinction. A Toothless Tiger?” *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques* 66 (1988): 117-160, Crawford, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), 255-259, Παζαρτζή, Φ., “Η κωδικοποίηση του δικαίου της διεθνούς ευθύνης από την Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών,” στο *Η διεθνής ευθύνη των κρατών στα Άρθρα της Επιτροπής Διεθνούς Δικαίου στη διεθνή νομολογία και βιβλιογραφία*, επιμ. Γιόκαρης, Α., Παζαρτζή, Φ. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004), Ζάικος, Ν., *Η Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου των Ηνωμένων Εθνών. Συμβολή στη μελέτη της κωδικοποίησης και της προοδευτικής ανάπτυξης του Διεθνούς Δικαίου*. (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2002), Οικονομίδης, Π. Κ., Δούση, Ε., *Το δίκαιο της ευθύνης των κρατών για διεθνείς αδικοπραξίες*. (Αθήνα: Εκδόσεις Ι. Σιδέρη, 2007).

²¹ Van Sliedregt, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*. (The Hague: TMC Asser Press, 2003), 41, Neubacher, F., *Kriminologische Grundlagen einer Internationalen Strafgerichtsbarkeit. Politische Ideen und Dogmengeschichte, Kriminalwissenschaftliche Legitimation, Strafrechtliche Perspektiven*. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2005), 18-31.

²² *International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences*, 1 October 1946, *American Journal of International Law* 41 (1947): 221.

κολασμός ενός φυσικού προσώπου για πράξεις οι οποίες συνιστούν παραβιάσεις κανόνων του Διεθνούς Δικαίου²³. Βέβαια, μία πράξη ενός προσώπου που συνιστά παράβαση του Διεθνούς Δικαίου, εγείρει ταυτόχρονα τόσο την ατομική ποινική ευθύνη όσο και τη διεθνή ευθύνη ενός κράτους, στην περίπτωση που η πράξη του κατηγορούμενου μπορεί να αποδοθεί σε ένα κράτος²⁴, με τις δύο περιπτώσεις ευθύνης να υπάρχουν κατά τρόπο παράλληλο.

Η μεταψυχροπολεμική περίοδος που ακολούθησε, ταυτίστηκε με την αξιοσημείωτη πρόοδο των προσπαθειών για την απονομή της διεθνούς ποινικής δικαιοσύνης, με την θέσπιση των *ad hoc* Διεθνών Ποινικών Δικαστηρίων για την πρώτην Γιουγκοσλαβία (ΔΠΔΓ)²⁵ την Ρουάντα (ΔΠΔΡ)²⁶, του Ειδικού Δικαστηρίου για την Σιέρα Λεόνε (ΕΔΣΛ)²⁷ καθώς και άλλων μεικτών ή υβριδικών Δικαστηρίων, όπως για παράδειγμα στη Βοσνία, στη Καμπότζη και το Ανατολικό Τιμόρ. Η σταδιακή καθιέρωση της ατομικής ποινικής ευθύνης θεμελιώθηκε, ριζικά, με την ίδρυση του μόνιμου Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, με την δικαιοδοσία του να εκτείνεται σε εγκλήματα που συνιστούν γενοκτονία, εγκλήματα πολέμου και εγκλήματα κατά της ανθρωπότητας²⁸.

Σύμφωνα με το άρ. 25 ΚατΔΠΔ, αναγνωρίζεται η δικαιοδοσία του Δικαστηρίου επί φυσικών προσώπων στα πλαίσια της ύπαρξης της ατομικής ποινικής ευθύνης και της παρεπόμενης τιμωρίας για εγκληματικές πράξεις που εμπίπτουν στην δικαιοδοσία αυτού. Με βάση αυτό, ατομική ποινική ευθύνη, υπέχει όποιος:

«1. Το Δικαστήριο έχει δικαιοδοσία επί φυσικών προσώπων κατά το παρόν Καταστατικό. 2.... 3. Κατά το παρόν Καταστατικό ευθύνεται ποινικά και τιμωρείται για έγκλημα που εμπίπτει στη δικαιοδοσία του Δικαστηρίου, όποιος (α) διαπράττει τέτοιο έγκλημα, είτε

²³ Ambos, K., "Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis from Nuremberg to Hague," in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. Volume I. Commentary*, edit. McDonald, G. K., Swaak-Goldman, O. (Hague, London, Boston: Kluwer International, 2000), 7-11.

²⁴ Keller, A. N., "Punishment for Violations of International Criminal Law: An Analysis of Sentencing at the ICTY and ICTR," *Indiana International and Comparative Law Review* 12 (2001): 53-74.

²⁵ Oellers-Frahm, K., "Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im Ehemaligen Jugoslawien," *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 54 (1994): 416-422.

²⁶ Jones, W. D., *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. (Ardley, New York: Transnational Publishers, 2003), Χορτάτος, Π. Κ., *Το νέο Διεθνές Ανθρωπιστικό Δίκαιο των Ενόπλων Συγκρούσεων και τα εγκλήματα πολέμου. Παγκόσμιος δικαιοδοσία υπό το Διεθνές Δίκαιο*. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2003), 233-240.

²⁷ Αναλυτικότερα, βλ. Schabas, A. W., *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

²⁸ Tomuschat, C., "Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof," *Die Friedens Warte* 73 (1998): 335-341, Zimmermann, A., "Die Schaffung eines Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes, Perspektiven und Probleme vor der Staatenkonferenz in Rom," *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998): 47-52.

ατομικά είτε μαζί με κάποιον άλλον ή μέσω κάποιου άλλου, ανεξαρτήτως αν το άλλο πρόσωπο υπέχει ποινική ευθύνη, (β) προστάζει, παραγγέλλει ή παρακινεί προς διάπραξη τέτοιου εγκλήματος, το οποίο τελέσθηκε ή έγινε απόπειρά του, (γ) με σκοπό την διευκόλυνση διαπράξεως τέτοιου εγκλήματος, παρέχει βοήθεια, ενθαρρύνει ή καθ' οιονδήποτε τρόπο παρέχει συνδρομή στην τέλεσή του ή στην απόπειρα τέλεσής του, συμπεριλαμβανομένης και της παροχής των μέσων για την διάπραξή του, (δ) καθ' οιονδήποτε τρόπο συμβάλλει στην διάπραξη τέτοιου εγκλήματος τετελεσμένου ή σε απόπειρα, από μία ομάδα προσώπων που ενεργούν με κοινό σκοπό. Η συμβολή αυτή πρέπει να είναι με πρόθεση και είτε: (i) να παρέχεται προς τον σκοπό πραγματοποίησης της αξιοποιήσιμης δραστηριότητας ή του αξιοποιήσιμου σκοπού της ομάδας, όπου αυτή δραστηριότητα ή πρόθεση περιλαμβάνει τη διάπραξη εγκλήματος που εμπίπτει στην δικαιοδοσία του Δικαστηρίου, είτε (ii) να παρέχεται εν γνώσει της προθέσεως της ομάδας να διαπράξει το έγκλημα, (ε) σχετικώς με το έγκλημα της γενοκτονίας, άμεσα και δημόσια παρακινεί άλλους να διαπράξει γενοκτονία, (στ) αποπειράται να διαπράξει τέτοιο έγκλημα προβαίνοντας σε σημαντική ενέργεια που αποτελεί αρχή εκτελέσεως αλλά το έγκλημα δεν ολοκληρώνεται λόγω περιστάσεων ανεξαρτήτων των προθέσεων του δράστη. Εντούτοις, ο εγκαταλείπων την προσπάθεια να διαπράξει το έγκλημα ή ο με άλλον τρόπο εμποδίζων την ολοκλήρωση του εγκλήματος δεν τιμωρείται κατά το παρόν Καταστατικό για την απόπειρα διαπράξεως αυτού, αν πλήρως και εκουσίως εγκατέλειψε τον εγκληματικό σκοπό. 4...»

Συμπληρωματικά δε, στα πλαίσια της ενιαίας διεθνούς δικαιοδοσίας, το Διεθνές Δίκαιο, συγκεντρωτικά, κάνει αποδεκτές ως βάσεις της ατομικής ποινικής ευθύνης, τις διατάξεις εκείνες που ανευρίσκονται στα εθνικά συστήματα απονομής ποινικής δικαιοσύνης, και που αφορούν την φυσική αυτουργία, την συναυτουργία, διάφορες άλλες μορφές συμμετοχής όπως την ηθική αυτουργία, την συνέργια και την υποκίνηση τέλεσης εγκλήματος όπως επίσης και την απόπειρα τέλεσης εγκλήματος²⁹.

Έτσι, γίνεται αντιληπτό ότι, πέραν των κρατών ως διεθνών δρώντων στα πλαίσια της διεθνούς κοινωνίας, σημαίνων ρόλο διαδραματίζουν, πλέον, και τα άτομα τα οποία και διαδραματίζουν ρόλο προαγωγού της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας, συμπληρωματικά του ιδιότυπου ρόλου των κρατών στην διεθνή δικαιοπαραγωγικότητα και στην διασφάλιση της διεθνούς δικαιοταξίας³⁰.

Με βάση αυτά, μέσω της διεθνούς κοινωνίας, αναπτύσσεται, και γίνεται σεβαστή, η διαφορετικότητα των κρατών μελών της, και των αντίστοιχων συστημάτων αξιών και

²⁹ Για τη στοιχειοθέτηση των εν λόγω εγκληματικών και των παρεμφερών αυτών, πράξεων, βλ. ενδεικτικά μεταξύ πολλών, Ανδρουλάκης, Ν., *Ποινικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος Ι. Θεωρία για το έγκλημα*. 2^η Έκδοση. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2005), Δημητράτος, Ν., *Έννομο αγαθό και διδασκαλία περί εγκλήματος στο Ποινικό Δίκαιο*. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1998), Κωστάρας, Α., *Ποινικό Δίκαιο. Επιλογές Ειδικού Μέρους*. (Αθήνα-Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006), Anagnostopoulos, I., Magliveras, K., *Criminal Law in Greece*. (Athens-Komotini: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2000).

³⁰ Kritsiotis, D., "Imagining the International Community," *European Journal of International Law* 13 (2002): 967-970.

θεσμών προστασίας τους, εναντιώνοντας, στα πλαίσια της συγκλίσεως των εθνικών συστημάτων, τον κρατισμό έναντι της υπερεθνικότητας³¹ και στα πλαίσια ενός κοινού παρανομαστή απονομής και ελέγχου της ποινικής δικαιοσύνης. Στα πλαίσια αυτά μπορούμε να μιλούμε για μία *ex officio* συμμετοχή των κρατών στη διεθνή κοινωνία, σε αντιδιαστολή της έννοιας της διεθνούς κοινωνίας των κρατών (International Community of States)³².

3. Ζητήματα εγκαθίδρυσης και ενδυνάμωσης της Διεθνούς Κοινωνίας. Μία αποτίμηση.

Η εγκαθίδρυση της διεθνούς κοινωνίας, απαιτεί την ταυτόχρονη θέση σε ισχύ ενός ιεραρχημένου συστήματος αξιών που συμβάλλει στην αποτελεσματικότερη λειτουργικότητα των κρατών³³ και ένα θεμελιώδες κριτήριο στην υπερεθνική διαδικασία λήψης των αποφάσεων. Αρχικά, το διεθνές σύστημα βρίσκει, όπως αναφέρθηκε, τον θεσμικό εκφραστή του στον Χάρτη των ΗΕ, ο οποίος παρέχει ένα δομικό και ουσιαστικό καταστατικό ρόλο στην διάρθρωση της διεθνούς κοινωνίας³⁴, μέσω τόσο *ius cogens* νόρμες όσο και *erga omnes* υποχρεώσεις³⁵.

Δεν αμφισβητείται λοιπόν το ότι ο Χάρτης των Ηνωμένων Εθνών ενέχει θεμελιώδη χαρακτήρα, στα πλαίσια της λειτουργίας της διεθνούς εννόμου τάξεως, πέραν από την παρωχημένη διακυβερνητική λειτουργία η οποία ανάγει στο κράτος στην δικαιοθετική διαχείριση των διεθνών σχέσεων³⁶. Έτσι, το εκάστοτε Σύνταγμα κάθε

³¹ Slaughter, A. M., *A New World Order*. (Princeton: Princeton University Press, 2004), 129-141.

³² Fischer-Lescano, A., Teubner, G., "Regime Collision: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law," *Michigan Journal of International Law* 25 (2004): 997-999.

³³ Dupuy, P. M., "Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martte Koskeniemi," *European Journal of International Law* 16 (2005): 130-135, Thurer, D., "Internationales Rule of Law Innerstaatliche Demokratie," *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* 5 (1995): 452-459.

³⁴ Nowak, M., *Introduction to the International Human Rights Regime*. (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), 72-74, Lorinser, B., *Bindende Resolutionen des Sicherheitsrates*. (Berlin: Nomos, 1996), 87-89.

³⁵ Dupuy, P. M., "The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited," *Max Planck Yearbook of International Law* 10(1) (1997): 31-33, Byers, M., "Conceptualizing the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules," *Nordic Journal of International Law* 66 (1997): 210-213, Kornicker, E., *Ius Cogens und Umweltvölkerrecht*. (Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1997), 104-107.

³⁶ Petersmann, E. U., "Time for a United Nations Global Impact for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration," *European Journal of*

κυρίαρχου κράτους και η απόπειρα συνταγματοποίησης κανόνων και αρχών σε διεθνές επίπεδο, αντιπαραβάλλονται στα πλαίσια της ισχύος του Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών, με αποτέλεσμα, το κάθε κράτος δικαίου να συνδέεται με άμεσο τρόπο με το «Διεθνές Κράτος Δικαίου»³⁷.

Περαιτέρω, το Συμβούλιο Ασφαλείας του ΟΗΕ ως γνήσιος ρυθμιστής των διεθνών εννόμων σχέσεων και κύριος ιθύνων για την διατήρηση της διεθνούς ειρήνης και ασφάλειας σύμφωνα με τους σκοπούς και τις αρχές του ΟΗΕ, ενέχει νομιμότητα *ultra vires* έναντι των διεθνών σχέσεων που αναπτύσσονται μεταξύ των κρατών σε διεθνές επίπεδο ή παρέχοντας γνωμοδοτική αρμοδιότητα για κρίσιμα διεθνή ζητήματα³⁸.

Στο ευρωπαϊκό επίπεδο, η ΕΕ, έχοντας πλήρως αποδεχθεί τις διατάξεις του Χάρτη, υιοθετεί μέσω της ΕΣΔΑ και του παραγώγου, ιδίως, δικαίου, την προστασία και την διασφάλιση τόσο των κρατών μελών της όσο και των ευρωπαϊών πολιτών. Ειδικώς δε, τα κράτη μέλη οφείλουν να σέβονται πέραν των διεθνών συμβατικών πράξεων και τα διεθνή κείμενα που διασφαλίζουν την διεθνή ειρήνη και ασφάλεια, δεδομένης της αποδοχής όλων εκείνων των, ιεραρχικά κατώτερων στη διεθνή έννομη τάξη, ευρωπαϊκών συμβατικών ή μη υποχρεώσεων³⁹.

Βέβαια, καθοριστικής σημασίας για την διασφάλιση και την προαγωγή της διεθνούς δικαιοταξίας, είναι σημαίνων ρόλος των διεθνών και ευρωπαϊκών μηχανισμών απονομής δικαιοσύνης⁴⁰. Μέσα από μία σειρά αποφάσεων τόσο το Διεθνές Δικαστήριο, τα Διεθνή Ποινικά Δικαστήρια, όσο και το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προχώρησαν στην εγκαθίδρυση της διεθνούς κοινωνίας και στην ιεράρχηση

International Law 13 (2002): 633-638, Hertig, M., "The Prospects of 21st Century Constitutionalism," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003): 272-275, Kumm, M., "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework Analysis," *European Journal of International Law* 15 (2004): 915-917.

³⁷ Αναλυτικότερα, βλ. Σαρηγιαννίδης, Χ. Μ., *Ο Χάρτης των Ηνωμένων Εθνών ως νομικό θεμέλιο*. (Αθήνα-Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2009), 233-250.

³⁸ Osterdahl, I., "The Continued Relevance of Collective Security under the UN: The Security Council, Regional Organizations and the General Assembly," *Finnish Yearbook of International Law* 10 (1999): 131-135, Bowett, D., "The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures," *European Journal of International Law* 5 (1994): 98-99.

³⁹ Von Bogdandy, A., "Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law," *European Journal of International Law* 15 (2005): 884-887, Walter, C., "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierung Prozess," *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999): 978-981.

⁴⁰ Frowein, A. J., "Collective Enforcement of International Obligations," *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 47 (1987): 70-72.

όλων εκείνων των διεθνοποιημένων δημοκρατικών αξιών που χρήζουν προστασίας από τα κράτη μέλη της⁴¹ ισχυόντων, αντιστοίχως, ως *erga omnes*.

Αυτό το οποίο πρέπει να ληφθεί υπόψιν είναι ότι η αποτελεσματική ανάπτυξη της διεθνούς κοινωνίας, προϋποθέτει την ορθολογική συμμετοχή και δράση των κρατικών δρώντων. Η συνταγματοποίηση της διεθνούς κοινωνίας αποτελεί ζήτημα το οποίο είναι ακόμη υπό κρίση, συνδέεται όμως με την συνύπαρξη των εκάστοτε εθνικών δικαίων με τις αρχές του Διεθνούς Δικαίου. Έτσι, η ανάπτυξη της διεθνούς κοινωνίας, στα πλαίσια της συγκεντροποίησης των διεθνών συστημάτων αξιών, απαιτεί την αποτελεσματική συμμετοχή των εθνικών και των υπερεθνικών δρώντων σε ένα κοινό σύστημα συμμετοχικής διακυβέρνησης, στα πλαίσια της ενότητας της παγκοσμίου εννόμου τάξεως και του δικαστικού ελέγχου των παραβιάσεών τους, στη βάση μιας ενιαίας και μοναδικής ιεράρχησης της διεθνούς κοινωνίας.

⁴¹ Cottier, M., “Die Anwendbarkeit von Völkerrechtlichen Normen im Innerstaatlichen Bereich als Ausprägung der Konstitutionalisierung des Völkerrechts,” *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* 9 (1999): 432-434, Zemanek, K., “New Trends in the Enforcement of *Erga Omnes* Obligations,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 4 (2000): 6-8.

Η ενσωμάτωση των θεσμών της «Κοινωνίας των Πολιτών» στην Τοπική Αυτοδιοίκηση: Ένα νομικό «πείραμα» σε εξέλιξη

Μαρία Ι. Γερογιάννη, Δικηγόρος, ΠΜΣ Νομική Σχολή ΝΟΠΕ, Diploma in International and Commercial Law, University of Buckingham, U.K.

Θα μου επιτρέψετε να αφιερώσω στη σημερινή παρουσίαση στη μνήμη του αγαπητού μου καθηγητή Θανάση Παπαχρίστου. Η είδηση του θανάτου του ήρθε πριν από λίγες ώρες και είναι τιμή μου να τον αποχαιρετήσω από το βήμα αυτού του Συνεδρίου, παρουσιάζοντας την εργασία που εκπόνησα υπό το άγρυπνο βλέμμα του, για το μεταπτυχιακό μου στη Νομική Αθηνών. Ο αγαπητός μου καθηγητής τη βαθμολόγησε με «άριστα» και την πρότεινε στην επιστημονική επιτροπή της σειράς «Κοινωνία και Δίκαιο στον 21^ο αιώνα» του οίκου «Σάκκουλας, Αθήνα – Θεσσαλονίκη». Ενεκρίθη και εκδόθηκε το 2011. Έκτοτε παρακολουθώ την εξέλιξή του νόμου, όπως αυτός εφαρμόζεται, όχι τόσο για να εξετάσω εάν ένας ακόμη νόμος τυγχάνει καλής ή κακής εφαρμογής, αλλά κυρίως για να δω εάν το νομικό αυτό «πείραμα» πέτυχε.

Γιατί νομικό «πείραμα»;

Ο «Καλλικράτης» είναι ίσως το πρώτο νομικό κείμενο όπου η «Κοινωνία των Πολιτών» ανάγεται σε νομικό υποκείμενο και ιδρύεται νομική υποχρέωση αναγνώρισής της (των φορέων της).

Αυτό γίνεται με τρεις κυρίως θεσμούς:

Την «Επιτροπή Διαβούλευσης»

Τον «Συμπαραστάτη του Δημότη και της Επιχείρησης»

Τα «Συμβούλια Μεταναστών»

Δηλαδή, η μέχρι τώρα «αιρετοκρατούμενη» (εάν μου επιτρέπεται ο όρος) Τοπική Αυτοδιοίκηση, αποκτά ακόμη μία συνισταμένη εξουσίας, που είναι η «Κοινωνία των Πολιτών». Το πώς αντέδρασε το δημαρχοκεντρικό πολιτικό σύστημα σε αυτούς τους θεσμούς, το πώς επέδρασαν οι αντίξοες οικονομικές και πολιτικές συνθήκες στην εφαρμογή τους και ποιο είναι το μέλλον τους είναι θέματα που νομίζω πως πρέπει να τύχουν μεγαλύτερης επιστημονικής διερεύνησης, καθώς πιστεύω ότι η «Κοινωνία

των Πολιτών» ήρθε για να μείνει στο πολιτικό σκηνικό και θα πρέπει να βρεθεί το σωστό νομικό πλαίσιο για να γίνει επιτυχώς αυτό.

Γιατί όμως «ήρθε για να μείνει»; Πολλοί ίσως θα έλεγαν ότι είναι μια «μόδα» που θα περάσει και ως εκ τούτου δεν χρειάζεται να προβληματιστούμε περαιτέρω και κυρίως δεν χρειάζεται να ρυθμίσουμε νομικά τη λειτουργία της και τη συμμετοχή στην πολιτική και κοινωνική ζωή. Όμως δεν είναι έτσι!

Ο κύριος λόγος είναι το ότι η εμπλοκή της «Κοινωνίας των Πολιτών» στη διοίκηση και την άσκηση πολιτικής αποτελεί –έστω και εάν εμείς σε μεγάλο βαθμό το αγνοούσαμε- βασική επιλογή όχι μόνο σε ευρωπαϊκό αλλά και σε διεθνές επίπεδο. Στο ερώτημα «Τι είναι η Κοινωνία των Πολιτών», έχει διατυπωθεί η άποψη ότι είναι το «επόμενο βήμα» στην εξέλιξη του ανθρωπίνου είδους και όπως δεν μπορούμε να γυρίσουμε πίσω στις αγροτικές κοινωνίες, έτσι δεν μπορούμε να γυρίσουμε στα πολιτικά συστήματα στα οποία η εξουσία και η άσκηση πολιτικής είναι συγκεντρωμένη στα χέρια των πολιτικών. Πλέον η συμμετοχή της «Κοινωνίας των Πολιτών» είναι εμφανής και ο Νόμος καλό θα είναι να μην την αγνοήσει, αλλά αντίθετα, να τη ρυθμίσει εγκαίρως.

Όπως φαίνεται από τα διεθνή κείμενα¹ που αναφέρονται στην Τοπική αυτοδιοίκηση και στο ρόλο που αυτή πρέπει να παίζει, διεθνώς απορρίπτεται το μοντέλο του συγκεντρωτικού και αυταρχικού κεντρικού κράτους και αναγνωρίζονται τα οφέλη της ενεργοποίησης του τοπικού πληθυσμού και της συμμετοχής τους στη διαδικασία λήψης αποφάσεων που τους αφορούν. Αντίθετα με τις προβλέψεις ότι η Παγκοσμιοποίηση θα εξαφάνιζε την «τοπικότητα» και τις τοπικές «Κοινωνίες Πολιτών», η τάση είναι ακριβώς αντίθετη: σε ένα παγκοσμιοποιημένο περιβάλλον, οι τοπικές οντότητες μπορούν να αυτοοργανωθούν και να αναζητήσουν υπερεθνική συνεργασία και αλληλόδραση με παρόμοιες μονάδες, ενεργοποιώντας τις τοπικές «Κοινωνίες των Πολιτών».

Στο άρθρο 10, του Προσχέδιου για ένα Διεθνές Σύμφωνο για την Τοπική Αυτοδιοίκηση “Towards a world charter of Local Self-Government”, το οποίο εκπόνησε το κέντρο Habitat (United Nations Centre for Human Settlements) του Ο.Η.Ε σε συνεργασία με την WACLAC (World Associations of Cities and Local Authorities), τονίζεται ακριβώς η επιταγή συνεργασίας μεταξύ των τοπικών αρχών (παγκοσμίως) με τους φορείς της κοινωνίας των πολιτών, έτσι ώστε να προωθείται η συμμετοχή των πολιτών.²

¹ Report of the Secretary General “In Larger Freedom”. Local Government International Bureau comments. May 2005.

² Προσχέδιο για ένα Διεθνές Σύμφωνο για την Τοπική Αυτοδιοίκηση. “Towards a world charter of Local Self-Government”.

Ακόμη πιο κατηγορηματική είναι η διατύπωση της σχετικής επιταγής στην «Local Agenda 21», στην οποία συμφωνήσανε περισσότερα από εκατό κράτη. Ολόκληρο το κεφάλαιο 23 είναι αφιερωμένο σε αυτό.³

Η σύνδεση Τοπικής Αυτοδιοίκησης με την τοπική «Κοινωνία των Πολιτών» έχει κυριαρχήσει ως επιλογή στην Περιφερειακή Πολιτική της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Στη «Λευκή Βίβλο για την Ευρωπαϊκή Διακυβέρνηση» (27-07-2001) είναι κεντρική η πρόθεση για προώθηση της συνεργασίας των ευρωπαϊκών και εθνικών οργάνων με τους φορείς της «Κοινωνίας των Πολιτών». ⁴ Στην αιτιολογική έκθεση του Καλλικράτη γίνεται αναφορά στον προσανατολισμό προς της επιταγές⁵ της Λευκής Βίβλου: «Με το συνολικό επανασχεδιασμό των επιπέδων διοίκησης της χώρας, το παρόν σχέδιο νόμου διασφαλίζει πλέον την ισότιμη συμμετοχή των δήμων και των νέων αυτοδιοικούμενων Περιφερειών, ως πραγματικών εταίρων στη χάραξη και στο συντονισμό της ευρωπαϊκής πολιτικής στο πολυεπίπεδο μοντέλο διακυβέρνησης της ΕΕ, όπως αυτό αποτυπώθηκε στη «Λευκή Βίβλο για την Πολυεπίπεδη Διακυβέρνηση», η οποία υιοθετήθηκε από την Ολομέλεια της Επιτροπής των Περιφερειών στις 17 Ιουνίου του 2009»⁶.

Σαφής όμως είναι και ο προσανατολισμός της Ευρώπης προς μία πιο ανεπτυγμένη «Κοινωνία των Πολιτών» και στη Συνθήκη της Λισσαβόνας⁷⁸ και συγκεκριμένα στο άρθρο 8B.⁹

Ο «Καλλικράτης» φιλοδοξούσε να ικανοποιήσει το αίτημα για μεταρρύθμιση μιας απαρχαιωμένης και αναποτελεσματικής Τοπικής Αυτοδιοίκησης. Βασική καινοτομία είναι η «είσοδος» της «Κοινωνίας των Πολιτών» ως «εταίρος» και «συνομιλητής» των διοικητικών θεσμών.

Στην Ελλάδα, σαφώς και δεν υπήρξε ανάπτυξη της «Κοινωνίας των Πολιτών» ανάλογη εκείνης που γνώρισε το φαινόμενο στην κεντρική και βόρεια Ευρώπη. Μέχρι σήμερα υπάρχει πρόβλημα ακόμη και στην καταγραφή και καταχώρηση των φορέων της (κυρίως Μ.Κ.Ο.) σε ένα επίσημο μητρώο. Πολύ περισσότερο να είναι βασικοί παράγοντες διαμόρφωσης πολιτικών σε καίρια κοινωνικά θέματα.

Το γεγονός αυτό μα κάνει να διαβλέπουμε μία ακόμη περίπτωση διαμόρφωσης Δικαίου υπό την επήρεια παραγόντων που βρίσκονται εκτός της συγκεκριμένης ελληνικής κοινωνίας, εξωγενών δηλαδή παραγόντων. Όπως επισημαίνει και ο καθηγητής Θανάσης Παπαχρίστου: «Χαρακτηριστικό παράδειγμα του φαινομένου αυτού είναι η σημασία των διεθνών νομοθετικών προτύπων στη διαμόρφωση εθνικών

³ Local Agenda 21, chapter 21.

⁴ «Λευκή Βίβλος» για την Ευρωπαϊκή Διακυβέρνηση, 2001, σελ. 14

⁵ Αιτιολογική Έκθεση: Γενικό Μέρος, σελ. 12

⁶ Αιτιολογική Έκθεση: Γενικό Μέρος, σελ. 11

⁷ Συνθήκη της Λισσαβόνας. Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. C 306/15

⁸ «The Lisbon Treaty-Ten easy –to-read fact sheets», The Schuman Foundation. Pg. 19.

⁹ Αιτιολογική Έκθεση: Γενικό Μέρος, σελ. 10

νομοθεσιών. Ιδιαίτερα στις σημερινές κοινωνίες, που καθίστανται ολοένα και πλέον εξωστρεφείς, κινούμενες στο διευρυμένο χώρο μιας «παγκόσμιας κοινωνίας», σημαντικό μέρος του εγχώριου δικαίου σχηματίζεται με βάση τα πρότυπα, που επιβάλλονται ή προτείνονται στο πλαίσιο λειτουργίας υπερεθνικών μορφωμάτων (π.χ. Ευρωπαϊκή Ένωση), είτε από Διεθνείς Οργανισμούς (π.χ. Συμβούλιο της Ευρώπης, ΟΗΕ κλπ). Η συμμόρφωση προς τα πρότυπα αυτά οδηγεί σε αρκετές περιπτώσεις στη διαμόρφωση κανόνων δικαίου που μπορεί να μην ανταποκρίνονται στις συνθήκες της συγκεκριμένης κοινωνίας. Το δίκαιο εμφανίζεται έτσι να υπερκαθορίζεται από εξωγενείς παράγοντες, με αποτέλεσμα τη δημιουργία τριβών και εντάσεων στο εσωτερικό των σημερινών κοινωνιών». ¹⁰

ΟΙ ΝΕΟΙ ΘΕΣΜΟΙ ΤΟΥ «ΚΑΛΛΙΚΡΑΤΗ»

Για εξοικονόμηση χρόνου, θα παρακάμψω την επιστημονική συζήτηση που γίνεται σε φιλοσοφικό, κοινωνιολογικό και νομικό επίπεδο για το ακριβές περιεχόμενο του όρου «Κοινωνία των Πολιτών» και θα υιοθετήσω έναν σχετικά απλουστευμένο ορισμό που καταγράφηκε στα συμπεράσματα ενός σχετικού επιστημονικού εργαστηρίου με τίτλο: «Ορισμός και νομική μορφή των Μ.Κ.Ο.», σύμφωνα με τον οποίο: «Η Κοινωνία των Πολιτών καλύπτει τον ευρύτερο χώρο μεταξύ της Οικογένειας και του Κράτους, ενώ δεν περιλαμβάνει την Αγορά». ¹¹ Έχοντας αυτό κατά νου θα εξετάσουμε τους τρεις νέους θεσμούς που καλύπτουν το κριτήριο αυτό και εισάγονται μέσω του «Καλλικράτη» στη λειτουργία της Τοπικής Αυτοδιοίκησης.

1. Η Επιτροπή Διαβούλευσης

Η διαδικασία της Διαβούλευσης είναι μια πολύ διαδεδομένη και οικεία πρακτική σε όλο το φάσμα των διαδικασιών για τη διαμόρφωση της Ευρωπαϊκής Πολιτικής, αλλά και πολλών άλλων χωρών διεθνώς. Στην Ελλάδα όμως η εικόνα του κεντρικού κράτους που «αποφασίζει και διατάσει», ακόμη και για αμιγώς τοπικού ενδιαφέροντος θέματα ήταν η συνήθης. Αυτό αλλάζει με την θεσμοθέτηση των Επιτροπών Διαβούλευσης.

Συγκεκριμένα, σε τοπικό επίπεδο, με το άρθρο 76 θεσπίζεται ένα νέο γνωμοδοτικό όργανο, η Δημοτική Επιτροπή Διαβούλευσης, στην οποία συμμετέχουν φορείς που συνάδουν πλήρως με τον ορισμό της «Κοινωνίας των Πολιτών» και συγκεκριμένα από εκπροσώπους:

- α) των τοπικών εμπορικών και επαγγελματικών συλλόγων και οργανώσεων
- β) των επιστημονικών συλλόγων και φορέων
- γ) των τοπικών οργανώσεων εργαζομένων και εργοδοτών
- δ) των εργαζομένων στο δήμο και τα νομικά του πρόσωπα

¹⁰ Παπαχρίστου Θ., «Κοινωνιολογία του Δικαίου», σελ. 115.

¹¹ 1^η Πανελλήνια Διαβούλευση: «Σύγχρονο Θεσμικό Πλαίσιο για τον Εθελοντισμό και τις Μ.Κ.Ο.», 13/03/2007.

- ε) των ενώσεων και συλλόγων γονέων
- στ) των αθλητικών και πολιτιστικών συλλόγων και φορέων
- ζ) των εθελοντικών οργανώσεων και κινήσεων πολιτών
- η) άλλων οργανώσεων και φορέων της κοινωνίας των πολιτών
- θ) εκπρόσωποι των τοπικών συμβουλίων νέων και
- ι) δημότες.

Τα ανάλογα ισχύουν και για την Περιφερειακή Επιτροπή Διαβούλευσης, που θεσμοθετείται με το άρθρο 178.

Κατά την εφαρμογή του Νόμου όμως εντοπίστηκαν και οι πρώτες σοβαρές αδυναμίες του θεσμού. Εκτός από το πρόβλημα της «χαρτογράφησης» των φορέων που νομιμοποιούνται να συμμετέχουν στις Επιτροπές, σοβαρός προβληματισμός υπάρχει και για την αποτελεσματικότητά τους λόγω του συμβουλευτικού χαρακτήρα τους, καθώς ο νόμος δεν επιβάλλει καμία υποχρέωση στην εκτελεστική εξουσία να «ακούσει» τις εισηγήσεις τους.

Είναι δε εμφανές ότι σε πολλές περιπτώσεις οι Επιτροπές Διαβούλευσης έχουν υποβαθμιστεί σε απλά «φόρουμ» κατάθεσης γενικών απόψεων και προτάσεων, χωρίς ουσιαστική δύναμη πολιτικής και κοινωνικής παρέμβασης. Η Δημοτική Αρχή δεν ενημερώνει σωστά και λεπτομερώς για τα θέματα, δεν δίνει τα απαραίτητα στοιχεία προς επεξεργασία από τους συμμετέχοντες και οι συνεδριάσεις βασίζονται σε μία γενικόλογη και αόριστη λίστα θεμάτων, με αποτέλεσμα να αποφεύγεται η λεπτομερής εξέταση των προβλημάτων.

Η προβληματική όμως λειτουργία των Επιτροπών δεν προδικάζει την αποτυχία εν συνόλω του θεσμού. Η τοποθέτηση ενός πόλου άσκησης πίεσης στο προσκοποκεντρικό σύστημα της Τοπικής Αυτοδιοίκησης μόνο θετικά μπορεί να αντιμετωπιστεί. Μπορεί η αυτοδιοικητική αρχή να έχει εκ του νόμου την ευχέρια να αγνοήσει πλήρως τη τοπική «Κοινωνία των Πολιτών», αλλά αυτό για έναν αιρετό έχει αναμφίβολα πολιτικό κόστος. Συγκεκριμένες οργανωτικές και λειτουργικές βελτιώσεις σε συνδυασμό με μια πιο μαχητική και διεκδικητική στάση των φορέων της τοπικής «Κοινωνίας των Πολιτών» θα μπορούσαν μακροπρόθεσμα να οδηγήσουν σε επιτυχή εφαρμογή του θεσμού και καταξίωσή τους ακόμη και ως απλού συμβουλευτικού θεσμού, ο οποίος όμως δεν θα μπορεί για «πολιτικούς λόγους» να αγνοηθεί από τη Διοίκηση».

2. Το «Συμβούλιο Ένταξης Μεταναστών – Σ.Ε.Μ.»

Το Συμβούλιο Μεταναστών είναι κι αυτό ένας θεσμός που έλκει την καταγωγή του από τους ανάλογους της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Κατ' επιταγή της «Λευκής Βίβλου για τον Διαπολιτισμικό Διάλογο» ο «Καλλικράτης» εισάγει το θεσμό του «Συμβουλίου Ένταξης των Μεταναστών», με το άρθρο 78. Από το άρθρο προκύπτει εμφανώς ότι

το περιθώριο δράστης του Συμβουλίου είναι εξαιρετικά περιορισμένο και κυρίως ότι «ελέγχεται» από το Δημοτικό Συμβούλιο.

Είναι γενικά αναγνωρισμένο ότι το πρόβλημα της μετανάστευσης είναι ένα θέμα που μπορεί να αντιμετωπιστεί μόνο συνολικά, σε εθνικό εάν όχι σε πανευρωπαϊκό ή και διεθνές επίπεδο.¹² Ο θεσμός των Σ.Ε.Μ. μόνον επικουρικά μπορεί να λειτουργήσει και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να αντιμετωπίσει το πρόβλημα σε περιοχές που έχει λάβει εκρηκτικές διαστάσεις. Ο δε «συμβουλευτικός» χαρακτήρας του σημαίνει ότι σε ένα δημαρχοκεντρικό σύστημα όπως εξακολουθεί να είναι η αυτοδιοίκηση στην Ελλάδα, η δράση του δεν μπορεί να αναπτυχθεί σωστά, εκτός και εάν το επιθυμεί ο Δήμαρχος. Χαρακτηριστικό είναι το γεγονός ότι σε πολλές περιοχές δεν συγκροτήθηκαν καν τα Συμβούλια. Όπως τονίζεται σε έρευνα που διενεργήθηκε για τα Σ.Ε.Μ.: «ο ρόλος της Πολιτείας δεν μπορεί να εξαντλείται στη θέσπιση του πλαισίου λειτουργίας, αλλά αντιθέτως οφείλει να εκδηλώνει με ενεργό τρόπο τη στήριξή της μέσω αρχικά της άσκησης πίεσης για την συγκρότηση των Σ.Ε.Μ. στο σύνολο των δήμων της χώρας και εν συνεχεία μέσω της ουσιαστικής στήριξης των δράσεών τους».¹³

Σοβαρός προβληματισμός υπάρχει και για την αντιπροσωπευτικότητα του Συμβουλίου σε σχέση με τις κοινωνικές ομάδες που καλείται να «υπερασπιστεί», καθώς μεγάλο μέρος των μεταναστών παραμένουν σε «ημι-παράνομο» ή παράνομο καθεστώς.

3. Ο «Συμπαραστάτης του Δημότη και της Επιχείρησης»

Ο θεσμός του «Συμπαραστάτη» προσομοιάζει σε μεγάλο βαθμό με τον θεσμό του «Συνηγόρου του Πολίτη», για τον οποίο έχουν διατυπωθεί διάφορες απόψεις σχετικά με το εάν είναι θεσμός της «Κοινωνίας των Πολιτών». Εάν λάβουμε υπόψη έναν από τους δημοφιλέστερους ορισμούς της «ΚΠ» που την ορίζει ως «τον ενδιάμεσο χώρο μεταξύ κράτους και αγοράς», τότε ο Συνήγορος του Πολίτη (και κατ' επέκταση παρόμοιοι θεσμοί) ανήκουν στην «ΚΠ». Οι όποιες αμφισβητήσεις εδράζονται στον τρόπο επιλογής των προσώπων που τον υπηρετούν, ο οποίος δεν εξασφαλίζει την απόλυτη ανεξαρτησία του. Είναι ουσιαστικά το ίδιο πρόβλημα που αντιμετωπίζουν και όλες οι άλλες «ανεξάρτητες αρχές». Παρόλα αυτά, ο θεσμός του συμπαραστάτη (ή διαμεσολαβητή ή του συνηγόρου) δύσκολα μπορεί να χαρακτηριστεί ως ένας ακόμη κλάδος της διοίκησης και μάλλον εντάσσεται στους θεσμούς της «ΚΠ».

Ο θεσμός του «Δημοτικού Συνηγόρου», είναι διαδεδομένος σε αρκετές ευρωπαϊκές χώρες (Αγγλία, Βουλγαρία, Ολλανδία, Ιταλία κ.α.), όπου συνήθως απαντάται ως «civil ombudsman».¹⁴

¹² «Διαπιστώσεις και απόψεις του Περιφερειακού Συμβουλίου για τους μετανάστες. Κρούει τον κώδων του κινδύνου η Περιφερειακή Αρχή». 09/02/2011. <http://www.ioannina24.gr>

¹³ «Συμβούλια Ένταξης Μεταναστών»: Διστακτικός βηματισμός ή ένα «ακόμα» μετέωρο άλμα». Αγγελάκη Μαρίαννα, www.sem-ete.gr/wp-content/uploads/2014/07/file_4.Angelaki.pdf

¹⁴ «Ο Συμπαραστάτης σε άλλες ευρωπαϊκές χώρες». <http://elawyer.blogspot.com/2010/12/o.html>

Στον «Καλλικράτη» προβλέπεται ότι ο συμπαραστάτης θα έχει ως αποστολή, πέραν από την έγκαιρη καταπολέμηση της κακοδιοίκησης, τη διασφάλιση της αμεροληψίας των δημοτικών αρχών, τη βελτίωση της εξυπηρέτησης των πολιτών και των επιχειρήσεων, καθώς και την αποσυμφόρηση του δημάρχου και άλλων αιρετών οργάνων του δήμου από τη συσσώρευση αιτημάτων και παραπόνων των πολιτών». ¹⁵ Αρμοδιότητα του Συμπαραστάτη είναι η εξέταση καταγγελιών των άμεσα θιγόμενων πολιτών και των επιχειρήσεων, για κακοδιοίκηση των υπηρεσιών του Δήμου ή αντιστοίχως της Περιφέρειας.

Ειδικότερα, σε δημοτικό επίπεδο με το άρθρο 77 καθιερώνεται ο θεσμός του συμπαραστάτη του δημότη και της επιχείρησης σε δήμους πληθυσμού άνω των 20.000 κατοίκων. Με το άρθρο 179 εισάγεται ο θεσμός «Συμπαραστάτη του Πολίτη και της Επιχείρησης» σε επίπεδο Περιφέρειας.

Ως δημοτικός συμπαραστάτης θα επιλέγεται πρόσωπο κύρους και εμπειρίας, με ευρεία αποδοχή, αφού η επιλογή του θα πρέπει να συγκεντρώνει ισχυρή πλειοψηφία των 2/3 στο δημοτικό συμβούλιο. Με την ίδια πλειοψηφία παρέχεται δυνατότητα ανάκλησης της επιλογής του, για πλημμελή εκτέλεση των καθηκόντων του, με ειδική αιτιολογία. Παράλληλα, αποφεύγεται το ενδεχόμενο πρόκλησης πολιτικών και προσωπικών ανταγωνισμών, μέσω της καθιέρωσης κωλύματος εκλογής του δημοτικού συμπαραστάτη σε αιρετό αξίωμα. ¹⁶

Ωστόσο και αυτός ο θεσμός παρουσιάζει αρκετές δυσλειτουργίες:

Η εκλογή είναι μυστική, ώστε να διασφαλιστεί η πραγματική γνώμη των εκλεκτόρων. Ωστόσο, είναι εμφανές ότι σε ένα σώμα που είναι συγκροτημένο από μέλη παρατάξεων είναι σχετικά εύκολο (αναλόγως των περιστάσεων βέβαια) να «διαγνωστεί» ποιος ψήφισε τι. ¹⁷ Από την στιγμή όμως που η «μυστικότητα» της διαδικασίας είναι επισφαλής, δημιουργείται το εύλογο ερώτημα: ο άνθρωπος που γνωρίζει σε ποιους χρωστάει την εκλογή του, ή ακόμη χειρότερα έχει ζητήσει και διαπραγματευτεί την υπερψήφισή του από συγκεκριμένες παρατάξεις, μπορεί μετά την εκλογή του να είναι «αντικειμενικός» και «ανεξάρτητος», όπως ο νόμος ορίζει;

Ο προβληματισμός για την διασφάλιση της ανεξαρτησίας του Συμπαραστάτη είναι βέβαιο πως θα συνεχιστεί κατά την εφαρμογή του θεσμού και κανείς δεν μπορεί να προβλέψει εάν θα καταλήξει σε έναν «ανενεργό» και «διακοσμητικό» ρόλο ή εάν θα ενεργοποιήσει την «Κοινωνία των Πολιτών» ώστε να τον παρακολουθήσει στενά, να τον αποσπάσει από τον κομματικό μηχανισμό και να τον «απαιτήσει» από την κρατική εξουσία, ως αμοιγώς «δικό της» θεσμό.

¹⁵ Αιτιολογική Έκθεση, ΓΕΝΙΚΟ ΜΕΡΟΣ, σελ. 22

¹⁶ Αιτιολογική Έκθεση, ΕΙΔΙΚΟ ΜΕΡΟΣ, σελ. 76

¹⁷ «Ζεμπίλης και Παγώνης συμφώνησαν στο πρόσωπο του γιατρού». Ευβοϊκή Γνώμη. 04/03/2011. Σελ. 40.

Ένας τελευταίος προβληματισμός αφορά στα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα που θα πρέπει να έχει ο Συμπαραστάτης. Ο νόμος πολύ γενικά κάνει λόγο για προσωπικότητα «εγνωσμένου κύρους και κοινής αποδοχής», στοιχεία που δεν είναι δυνατόν να ελεγχθούν καθώς είναι θέμα προσωπικής εκτίμησης του καθενός. Ωστόσο, από την περιγραφή των καθηκόντων του προκύπτει ότι θα πρέπει να έχει νομική κατάρτιση υψηλού επιπέδου και εμπειρία στα θέματα της διοίκησης. Αυτό όμως δεν εξασφαλίζεται αφού δεν υπάρχει περιορισμός ως προς την επιστημονική κατάρτιση και την επαγγελματική εμπειρία των υποψηφίων. Έτσι στην πρώτη εφαρμογή του θεσμού βρέθηκαν να εκλέγονται στη θέση συνταξιούχοι γιατροί, συνταξιούχοι ναυτικοί ή χαμηλόβαθμοι υπάλληλοι και τεχνικής εκπαίδευσης επαγγελματίες που προφανώς δεν διαθέτουν τις απαραίτητες γνώσεις για τη διαχείριση των υποθέσεων των πολιτών.

Ένα ακόμη σοβαρό πρόβλημα που προέκυψε κατά την εφαρμογή του νόμου και το οποίο δεν είχε προβλέψει ο Νομοθέτης είναι τα προσκόμματα που εμφάνισαν αρκετοί Δήμαρχοι στη λειτουργία του θεσμού μη προκηρύσσοντας καν τη θέση. Ενώ ο νόμος προέβλεπε εξάμηνη προθεσμία, η «απροθυμία» πολλών νέων δημάρχων αν προωθήσουν άμεσα την εκλογή Συμπαραστάτη οδήγησε το Υπουργείο Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, με την υπ. αριθμ. 8526/10.3.2015 εγκύκλιο, να διευκρινίσει ότι πρόκειται για «ενδεικτική» προθεσμία, ώστε να δώσει μία ακόμη ευκαιρία στο θεσμό. Ο Νομοθέτης προφανώς δεν μπόρεσε να προβλέψει ότι οι δήμαρχοι που δεν «καλοβλέπουν» το θεσμό, θα προχωρήσουν στην *de facto* κατάργησή του στην περιοχή τους, «αμελώντας» την προκήρυξη¹⁸. Πρόκειται για μια ακραία αναβίωση του δημαρχοκεντρικού συστήματος, που θα πρέπει ο νόμος να αντιμετωπίσει άμεσα, ώστε να εκλείψουν τα περιθώρια μονομερούς και αυθαίρετης κατάργησης ολόκληρης νομοθετικής ρύθμισης από μεμονωμένους δήμαρχους ή περιφερειάρχες.

Πάντως, δεν θα πρέπει κανείς να σπεύσει να προδικάσει την «αποτυχία» του θεσμού. Οι στρεβλώσεις και οι αποτυχίες που παρατηρήθηκαν στην πρώτη εφαρμογή, είναι πιθανόν να αποτελούν απλώς μια δύσκολη περίοδο προσαρμογής στον εντελώς καινούργιο θεσμό και απλά να απαιτείται ένα χρονικό διάστημα για να εμπεδωθεί το «πνεύμα» και ο σκοπός του συγκεκριμένου θεσμού. Το «χαρακτήρα» και το περιεχόμενο του θεσμού δεν θα το καθορίσουν οι αποτυχημένοι Συμπαραστάτες, ανεξάρτητα από τον αριθμό τους, αλλά οι λίγοι που πέτυχαν να δημιουργήσουν εκ του μηδενός έναν φορέα που ανταποκρίθηκε άμεσα στα αιτήματα των των πολιτών και προήγαγε τον νομικό πολιτισμό μας. Υπήρξαν περιπτώσεις που ο θεσμός λειτούργησε άψογα και αυτές θα πρέπει να μελετηθούν και να αποτελέσουν παράδειγμα για όλους τους υπόλοιπους.

¹⁸ <http://elawyer.blogspot.gr/2015/03>

Αν οι τοπικές κοινωνίες αποδέχονται τον θεσμό, τότε θα τον διαφυλάξουν, αποδοκιμάζοντας τις πρακτικές που τον διαστρεβλώνουν, απαιτώντας εντιμότητα από τις παρατάξεις κατά τις διαδικασίες εκλογής του Συμπαραστάτη, απαξιώνοντας τους Συμπαραστάτες που δεν στέκονται στο ύψος των περιστάσεων και επιδοκιμάζοντας με την εμπιστοσύνη τους όσους «υπηρετούν» ευσυνειδήτητα το θεσμό. Άλλωστε, όπως έχει δείξει η πράξη, ο συγκεκριμένος θεσμός εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από την προσωπικότητα και το ήθος του ανθρώπου που τον υπηρετεί. Ο νόμος θέτει το γενικότερο πλαίσιο για την ύπαρξη του θεσμού, αλλά «σάρκα και οστά» θα δώσουν οι πολίτες και εν προκειμένω οι τοπικές κοινωνίες και δεν αποκλείεται να φτάσουμε κάποια στιγμή στο αποτέλεσμα: «κάθε τοπική κοινωνία να έχει τον Συμπαραστάτη που της αξίζει».

ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ – ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Ο νόμος του «Καλλικράτη» είναι ίσως ο πρώτος νόμος που «βλέπει» έναν θεσμοθετημένο ρόλο για την «Κοινωνία των Πολιτών» και με ρηξικέλευθες μεταρρυθμίσεις θεσπίζει νέους φορείς (Επιτροπή Διαβούλευσης, Συμβούλιο Μεταναστών, Συμπαραστάτη του Πολίτη) στους οποίους συμμετέχουν εκπρόσωποι της «Κοινωνίας των Πολιτών» αλλά και απλοί πολίτες. Είναι ίσως η μεγαλύτερη καινοτομία του νόμου. Αλλά παράλληλα και το πλέον ευάλωτο σημείο του, καθώς η επιτυχία ή όχι εξαρτάται από πολλούς παράγοντες που δεν έχουν εκτιμηθεί ούτε και είναι εύκολο να «προϋπολογιστούν», όπως είναι η «υποδοχή» που θα έχουν οι νέοι θεσμοί από τις τοπικές κοινωνίες, αφού αυτοί οι θεσμοί δεν ήταν ποτέ βασικό και ένθερμο αίτημά τους. Επίσης, δεν είναι εύκολο να εκτιμηθεί η «αντίσταση» των νέων θεσμών στις πάγιες παθογένειες της ελληνικής διοίκησης, όπως η διαφθορά, η κομματοκρατία και το πελατειακό σύστημα.

Ουσιαστικά, είναι ένα μεγάλο «νομικό» πείραμα, καθώς εισαγάγει στο διοικητικό σύστημα την συμμετοχή και τον «διάλογο» με την τοπική κοινωνία αλλά και γενικότερα με τους φορείς της «Κοινωνίας των Πολιτών», εντός και εκτός συνόρων και τα συμπεράσματα που θα προκύψουν θα είναι σίγουρα «οδηγός» και για την περαιτέρω επέκταση της συμμετοχικής δημοκρατία σε άλλες μεταρρυθμίσεις ή αντίθετα, την προσεκτικότερη εισαγωγή παρόμοιων θεσμών, τουλάχιστον μέχρι να εξασφαλιστούν ωριμότερες συνθήκες όσον αφορά στο ρόλο της «ΚΠ» στη λειτουργία της διοίκησης και της παραγωγής πολιτικής.

Σε κάθε περίπτωση, ο «Καλλικράτης» και ειδικότερα η επιτυχής ή όχι εφαρμογή των νέων θεσμών που εισαγάγουν την «Κοινωνία των Πολιτών» στο «νομικό κάδρο» της τοπικής αυτοδιοίκησης, θα απαντήσουν στα δύο βασικά ερωτήματα που «γεννήθηκαν» με την πρώτη ανάγνωση ακόμη του νόμου:

(α) η προώθηση του ρόλου της «ΚΠ» ήταν απόρροια της επίδρασης μίας κοινωνικής μεταβολής (η οποία συνίσταται στην ενδυνάμωση της «ΚΠ»)

ή

(β) η πολιτική επιλογή για την προώθηση της «ΚΠ» θα οδηγήσει σε μία κοινωνική μεταβολή που θα συνίσταται στην ενδυνάμωση του ρόλου της «ΚΠ»; Πρόκειται δηλαδή για «το κρίσιμο ερώτημα που ανακύπτει για την Κοινωνιολογία του Δικαίου και το οποίο συνίσταται στο αν το δίκαιο απλώς υφίσταται την κοινωνική μεταβολή και υπό τις δύο μορφές της (δομική και εξισορροπητική) ή μπορεί και να την προκαλεί».¹⁹

Η ισχύει μία τρίτη εκδοχή: οι νέοι θεσμοί απαντούν τις επιταγές της κοινωνικής μεταβολής της ενδυνάμωσης του ρόλου της «ΚΠ» και με την εφαρμογή τους δίνουν ακόμη μεγαλύτερη ώθηση –δρώντας ως καταλύτης- στην ανάπτυξη της «ΚΠ»;

Εάν όμως η εφαρμογή αποτύχει παταγωδώς, τότε το πιθανότερο είναι να βρισκόμαστε μπροστά σε μία ακόμη περίπτωση «απόρριψης» ενός νομικού «μοσχεύματος» είτε επειδή ήταν «ασύμβατο» με την ελληνική κοινωνική πραγματικότητα είτε επειδή ο λήπτης –η ελληνική κοινωνία- δεν είχε προετοιμαστεί κατάλληλα να «ενσωματώσει» το «νομικό μόσχευμα» του ενεργού ρόλου της «ΚΠ» στην τοπική αυτοδιοίκηση.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΠΗΓΕΣ

Βιβλιογραφία:

- Γκλέλνερ Ε., *«Η Κοινωνία των Πολιτών και οι Αντίπαλοί της. Συνθήκες Ελευθερίας»*, Εκδόσεις ΠΑΠΑΖΗΣΗ, Αθήνα 1996.
- Γιοκαχίμ Χιρς, *«Τα καινούργια ρούχα του Κράτους»*, Συλλογικός Τόμος: *«Μη Κυβερνητικές Οργανώσεις και Κυρίαρχη Πολιτική»*, Επιμέλεια: Παπαμιχαήλ Γ., Εκδόσεις THE MONTHLY REVIEW IMPRINT, Αθήνα 2005.
- Κοντιάδης Ξ., Τσέκος Θ., *«Η Αναδιάρθρωση της Κοινωνικής Διοίκησης σε Τοπικό Επίπεδο»*, ΙΝΣΤΙΤΟΥΤΟ ΤΟΠΙΚΗΣ ΑΥΤΟΔΙΟΙΚΗΣΗΣ – ΜΕΛΕΤΕΣ, Εκδόσεις ΠΑΠΑΖΗΣΗ, Αθήνα 2008.
- Κωστόπουλος Τ., *«Προβλήματα Διαχείρισης στην Τοπική Αυτοδιοίκηση»*, ΣΥΛΛΟΓΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ: *«ΔΙΑΦΘΟΡΑ ΚΑΙ ΣΚΑΝΔΑΛΑ ΣΤΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΟΛΙΤΙΚΗ»*, Επιμέλεια: Κουστσούκης Κλ.-Σκλιάς. Εκδόσεις Ι.ΣΙΔΕΡΗΣ, Αθήνα 2005
- Μακρυδημήτρης Α., *«Κράτος και Κοινωνία των Πολιτών»*, ΜΕΤΑΜΕΣΟΝΥΚΤΙΕΣ ΕΚΔΟΣΕΙΣ., Αθήνα 2006.
- Μουζέλης Ν., Καζάκος Π., Καζαμιάς Α., Τσούκας Χ., Πεαγίδης Θ., *«Η εμπλοκή των μεταρρυθμίσεων στην Ελλάδα»*. Εκδόσεις ΠΑΠΑΖΗΣΗ, Αθήνα 2005.
- Παπαχρίστου Θ., *«Κοινωνιολογία του Δικαίου»*, Εκδόσεις ΑΝΤ.Ν.ΣΑΚΚΟΥΛΑ, Αθήνα –Κομοτηνή 1999.
- Παπαμιχαήλ Γ., *«Μη Κυβερνητικές Οργανώσεις και κυρίαρχη πολιτική»*, Εκδόσεις THE MONTHLY REVIEW IMPRINT, Αθήνα 2005.

¹⁹ Παπαχρίστου Θ., «Κοινωνιολογία του Δικαίου», σελ. 125.

- Συρακούλης Κλ., Αφουξενίδης Α., (Επιστημονική επιμέλεια), *«Η Δυναμική και τα Όρια της Κοινωνίας των Πολιτών»*, Εκδόσεις ΠΡΟΠΟΜΠΟΣ, Αθήνα 2008
- Στραβοσκούφης Α., «Η άλλη όψη του Τρίτου Τομέα: Αμφίρροπες τάσεις και ζητήματα διαφθοράς στις Μ.Κ.Ο.», ΣΥΛΛΟΓΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ: *«ΔΙΑΦΘΟΡΑ ΚΑΙ ΣΚΑΝΔΑΛΑ ΣΤΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΟΛΙΤΙΚΗ»*, Επιμέλεια: Κουστσούκης Κλ.-Σκλιάς. Εκδόσεις Ι.ΣΙΔΕΡΗΣ, Αθήνα 2005
- Σωτηρέλης Γ., Ξηρός Θ., *«Από τη Νομαρχιακή στην Περιφερειακή Αυτοδιοίκηση»*, ΙΝΣΤΙΤΟΥΤΟ ΤΟΠΙΚΗΣ ΑΥΤΟΔΙΟΙΚΗΣΗΣ – ΜΕΛΕΤΕΣ, Εκδόσεις ΠΑΠΑΖΗΣΗ, Αθήνα 2010.
- Σωτηρόπουλος Δ., *«Η Άγνωστη Κοινωνία των Πολιτών»*, Εκδόσεις ΠΟΤΑΜΟΣ, Αθήνα 2004.
- Φότεφ Γκ., *«Κοινωνία των Πολιτών»*, Δοκίμιο, Εκδόσεις ΦΙΛΙΣΤΩΡ, Αθήνα 1996.
- Χτούρης Σ., *«Μεταβιομηχανική Κοινωνία και η Κοινωνία της Πληροφορίας»*, Εκδόσεις ΕΛΛΗΝΙΚΑ ΓΡΑΜΜΑΤΑ, Αθήνα 2008.
- Johnston M., «Πολεμώντας τη Διαφθορά: Ευθύνη, Δημοκρατία και Δικαιοσύνη», ΣΥΛΛΟΓΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ: *«ΔΙΑΦΘΟΡΑ ΚΑΙ ΣΚΑΝΔΑΛΑ ΣΤΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΟΛΙΤΙΚΗ»*, Επιμέλεια: Κουστσούκης Κλ.-Σκλιάς. Εκδόσεις Ι.ΣΙΔΕΡΗΣ, Αθήνα 2005
- Popper K., *“The Open Society and Its Enemies”*, Vol. I: The Spell of Plato, Routledge Classics, London and New York, 2009 (First published:1945)
- Popper K., *“The Open Society and Its Enemies”*, Vol. II: Hegel and Marx, Routledge Classics, London and New York, 2009 (First published:1945)

Κείμενο και ανάλυση βασικού νόμου:

- Καραναστάσης Μ., *«Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης – Πρόγραμμα ΚΑΛΛΙΚΡΑΤΗΣ» (ν. 3852/2010, ΦΕΚ Α’/87/7.6.2010)*, Εκδόσεις Γ.Μ.Καραναστάσης, Αθήνα 2010
- Χρυσανθάκης Χ., *«ΚΑΛΛΙΚΡΑΤΗΣ-Ο νέος νόμος για την αυτοδιοίκηση και την αποκεντρωμένη διοίκηση»*, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, Αθήνα 2010.
- Πρακτικά Βουλής
http://www.ypes.gr/el/Regions/programma/praktika_voulis/
- Αιτιολογική Έκθεση
http://www.ypes.gr/el/Regions/programma/aitiologiki_ekthesi/
- Επίσημη ιστοσελίδα Δημόσιας Ηλεκτρονικής Διαβούλευσης:
www.opengov.gr/ypes/?p=440

Ευρωπαϊκή νομοθεσία:

- «Συνθήκη της Λισσαβόνας» Συνθήκη της Λισσαβόνας. Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/el_GR/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC07306
- «Λευκή Βίβλος» για την Ευρωπαϊκή Διακυβέρνηση, 2001. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/el/com/2001/com2001_0428el01.pdf
- «Λευκή Βίβλος για τον Διαπολιτισμικό Διάλογο» - (White Paper on Intercultural Dialogue: “Living Together As Equals in Dignity”),

Στρασβούργο

07/05/2008,

http://www.coe.int/t/intercultural/source/white%20paper_final_revised_en.pdf

- «Πράσινη Βίβλος» σχετικά με την Πρωτοβουλία Ευρωπαίων Πολιτών. http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/com_2009_622_el.pdf
- ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΣ (ΕΚ) αριθ. 1083/2006 ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ περί καθορισμού γενικών διατάξεων για το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο και το Ταμείο Συνοχής. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006R1083:20090409:EL:PDF>

ΔΙΕΘΝΗ ΕΓΓΡΑΦΑ

- “Civil Society Guide to the Law-Making Process in SADC Countries. Thematic Area: Institutional reforms, Good Governance and Civil Society Participation”, July 2002.

Internet:

- “*Local Agenda 21*”. UN Department of Economic and Social Affairs. http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/res_agenda21_00.shtml?utm_source=OldRedirect&utm_medium=redirect&utm_content=dsd&utm_campaign=OldRedirect
 - 1^η Πανελλήνια Διαβούλευση «Σύγχρονο Θεσμικό Πλαίσιο για τον Εθελοντισμό & τις Μ.Κ.Ο.». 13-03/2007. <http://sybedrio2007.bee.gr/speeches.asp>
 - «Συμβούλια Ένταξης Μεταναστών»: Διστακτικός βηματισμός ή ένα «ακόμα» μετέωρο άλμα». Αγγελάκη Μαρίανα, www.sem-ete.gr/wp-content/uploads/2014/07/file_4.Angelaki.pdf
- «The Lisbon Treaty-Ten easy –to-read fact sheets», The Schuman Foundation. December 2007, updated December 2009. www.robert-shuman.eu

Μεταρρυθμιστικό Μοντέλο Δημόσιας Διοίκησης: Εκθέσεις ΟΟΣΑ 2005-2015

Γεωργία Χρονοπούλου, MPA in Management of Public
Administration, Υπόψηφια Διδάκτωρ Παντείου Πανεπιστημίου

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η στρατηγική της Ευρώπης_2020 προωθεί μεταρρυθμιστικά προγράμματα για σταθερότητα /σύγκλιση, των κρατών μελών εφαρμόζοντας νέες στρατηγικές διασφάλισης και πρόληψης από δημοσιονομικούς κινδύνους με εναρμόνιση της πολιτικής των διαφορών που ενσκήπτουν μεταξύ βορρά και νότου. Η ΕΕ_27 προσπαθεί να συντονίσει, να διαχειριστεί τα προβλήματα της οικονομικής κρίσης του 2009, με την ύφεση να κυμαίνεται στα ίδια επίπεδα έως και σήμερα (2013) για την Ελλάδα. Στην πρόκληση της αντιμετώπισης της κρίσης η ιδέα της ομοσπονδιακής ΕΕ_27 επανέρχεται να συνδράμει αλληλέγγυα τα κράτη –μέλη που βρίσκονται σε οικονομικό κίνδυνο. Η Ελλάδα ευάλωτη λόγω των παθογενών της προβλημάτων, που εμφανίστηκαν με ένταση λόγω κρίσης και εμφανή αδυναμία διαχείρισης του χρέους της τέθηκε σε καθεστώς επιτήρησης κατόπιν αιτήματός της στην τριμερή (ΔΝΤ, ΕΕ & ΕΚΤ).

Στα πλαίσια του δημοσιονομικού εξορθολογισμού, το σύνολο των μεταρρυθμιστικών προγραμμάτων που υπέγραψε η Ελλάδα με την Τρόικα ήταν η χρηματοδότησή της από τα ΕΤΧΣ¹ & ΔΝΤ και μέρος αυτού από το PSI². Τα μνημόνια και τα μεσοπρόθεσμα είναι εφαρμογή εκθέσεων του ΟΟΣΑ και του map road της Ατζέντας της ΕΕ_2020. Στόχος των προγραμμάτων η αποκατάσταση της αξιοπιστίας της Ελλάδας για να αποκτήσει μια βιώσιμη χρηματοπιστωτική σταθερότητα και προαπαιτούμενο της εκταμίευσης η υπογραφή θεσμικών δεσμεύσεων της Ελλάδας. Οι δεσμεύσεις αυτές εκπονήθηκαν σε θεσμοθετημένα μνημόνια και μεσοπρόθεσμα. Η δέσμευση του κράτους για άμεση εφαρμογή τους προκάλεσε κυκλώνα διεργασιών και διάρθρωσης της δημόσιας διοίκησης. Οι δεσμεύσεις εξελίχθηκαν κατά σειρά σε εφεδρεία και διαθεσιμότητα προσωπικού κατηγορίας ΙΔΑΧ (άρθρο35 Ν.4024/2011) ακολουθεί η αξιολόγηση δομών και υπηρεσιών έπεται η κινητικότητα των δημοσίων υπαλλήλων για κάλυψη κενών θέσεων και αναγκών των υπηρεσιών. Στόχος η σμίκρυνση του μεγέθους του κράτους και των διοικητικών βαρών και απαλοιφή παθογενών προβλημάτων από το δημόσιο τομέα.

¹ ΕΤΧΣ: Ελληνικού Ταμείου Χρηματοπιστωτικής Σταθερότητας

² PSI: Private Sector Involvement - Συμμετοχή του Ιδιωτικού Τομέα)

Οι αναφορές από τα reports της Task Force καταγράφουν χαμηλό ρυθμό διάρθρωσης λόγω έλλειψης υποδομών. Η υλοποίηση των προγραμμάτων προσκρούει σε παθογενή μορφώματα του στενού και ευρύτερου δημόσιου τομέα. Η κεντρική διοίκηση εμφανίζεται φτωχή και ανεπαρκή σε πρακτικές πολιτικές και βέλτιστα εργαλεία, αδύναμη στην παρακολούθηση και εφαρμογή συνεκτικών πολιτικών στην συνέργεια των δράσεων σε επίπεδο υπουργείων. Η ύπαρξη ενός σαφούς και πλήρους στρατηγικού διακυβερνητικού οράματος θα ενίσχυε την κεντρική διοίκηση να προχωρήσει στην υλοποίηση των μεταρρυθμίσεων στην Ελλάδα. Πολλές οι φιλόδοξες μεταρρυθμίσεις όμως αναποτελεσματικά τα μέτρα της διοίκησης λόγω της υπερβολικής νομικής τυπολατρίας. Έλλειψη της συνέχειας του κράτους παρατηρείται στις δομές των υπουργείων, στην τήρηση αρχείων, στην ταξινόμηση και ανάλυση στατιστικών δεδομένων. Ο νομικός formalismός οριοθετεί αρνητικά το γενικό όραμα, τις προσδοκίες και τις επιθυμίες της κοινωνίας. Η έλλειψη τεκμηριωμένης χάραξης στρατηγικού οράματος έχει δημιουργήσει ένα περιβάλλον ευνοϊκό για rent seeking που χαρακτηρίζει το ελληνικό δημόσιο τομέα.

Ο εκσυγχρονισμός της Δημόσιας Διοίκησης θα συντελέσει στην εύρυθμη λειτουργία της για χάριν του δημόσιου συμφέροντος αλλά και στην καινοτόμο παροχή υπηρεσιών προς τον ιδιωτικό τομέα. Η ριζική αναμόρφωση της δημόσιας διοίκησης ενισχύει την διαφάνεια των διοικητικών διαδικασιών, την ανταγωνιστική αγορά με την ορθολογική διαχείριση πόρων (ΕΣΠΑ) και τον εξορθολογισμό του κοινωνικού κράτους. Γίνεται προσπάθεια χαρτογράφησης της δημόσιας διοίκησης ώστε οι δομές των υπουργείων να αποκτήσουν βιωσιμότητα, με δημοσιονομική τεκμηρίωση σχετικά με την ανόρθωση της χώρας. Συνεπώς, για «το πέρασμα από μια διακυβευμένη κρίση στη μετάβαση μιας ανοικτής οικονομίας της αγοράς» απαιτείται αρχικά αξιολόγηση δομών του δημοσίου και προσωπικού για την «σύγκλιση» του Προγράμματος Διοικητικής Μεταρρύθμισης. Η ΕΕ οφείλει να ενσκήψει και να παρακολουθήσει τις ιδιαιτερότητες των προβλημάτων των μελών κρατών της ώστε να αντιμετωπίσει την οικονομική κρίση με ανάλογες και όχι ενιαίες πολιτικές πρακτικές. Στην εργασία αυτή γίνεται προσπάθεια προσέγγισης των πλευρών αυτών ώστε να δοθούν απαντήσεις- σενάρια που ενδεχόμενα δώσουν λύσεις στην παρούσα κατάσταση της χώρας και στα εύλογα ερωτήματα που η ελληνική καθημερινότητα θέτει.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1^ο:

ΣΥΝΤΟΜΗ ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΔΙΑΔΡΟΜΗ

1.1.ΔΗΜΟΣΙΟΣ ΤΟΜΕΑΣ

Μηχανισμός άσκησης εξουσίας η διοίκηση συμμετέχει στη διαδικασία παραγωγής των κανόνων δικαίου κατά τον Chevalier Jacques (Διοικητική επιστήμη, 1993:σ.IX³).

³ Στον Πρόλογο του Βιβλίου από τον Αριστόβουλο Μάνεση σ,ΙΧ

Η διοίκηση ως σύγχρονος Ιανός⁴ που προσπαθεί να συγκεραστεί και τις δύο μορφές, της μέριμνας για τον πολίτη αφενός και της επιβολής εξουσίας στη διευθέτηση των σχέσεων πολίτη-κράτους(Σπανού,2000:σ.16). Η καλή νομοθέτηση διαφέρει από την γραφειοκρατική διοίκηση ως προς το πολιτικό μοντέλο. Ο Πουλαντζάς (1978: 252) έγραφε «...η γραφειοκρατία ενσαρκώνει κατ' εξοχή την απόσταση μεταξύ κυβερνώντων και κυβερνωμένων, τη στεγανοποίηση της εξουσίας από το δημοκρατικό έλεγχο[...].Ο διοικητικός μηχανισμός είναι καλά οργανωμένος με τρόπο που αποκλείει από το πεδίο αντίληψής του τις ανάγκες του λαού». Η βεμπεριανή γραφειοκρατία, ο επαγγελματισμός των δημοσίων υπαλλήλων, νομιμοποιείται από τον ρόλο του δημόσιου ή κρατικού λειτουργού, που δεν ακολουθεί την έννοια του «μάνατζερ» ή του «διευκολυντή» αλλά του διαχειριστή του δημόσιου συμφέροντος (Barth, 1996:281). Η συναλλαγή του πολίτη με το δημόσιο παράγει δημοκρατική ταυτότητα, μία διαδικασία συναλλαγής και νομιμοποίησης της διοίκησης. Κατά τον Weber⁵, «η γραφειοκρατία είναι μορφή κοινωνικής και πολιτικής οργάνωσης που ανταποκρίνεται στις ανάγκες διοίκησης μαζικών κοινωνιών» και ταυτίζεται η άποψή του με τον Schumpeter⁶ (Σπανού, 2000:62). Ο δε «δημόσιος τομέας» ενισχύεται θεσμικά ως εκφραστής της κρατικής εξουσίας, μιας και μοναδικής εξουσίας στο σύγχρονο και ενιαίο «Διοικητικό Κράτος» (Τάχος, 2005 ΣτΕ). Η οντολογική της υπεροχή απέναντι στα ιδιωτικά συμφέροντα είναι επειδή επιδιώκει το «δημόσιο συμφέρον (Jacques Chevalier1993:σ.15)

Η δομή της Δημόσιας Διοίκησης λειτουργεί ως στρατηγείο ανάπτυξης. Τα υποκείμενα οι «administrators»-η ελίτ⁷- της Διοίκησης διαχειρίζονται διοικητικές και νομοθετικές αποφάσεις καθώς το σώμα των αιρετών παρουσιάζεται αδιάφορο και συχνά απληροφόρητο για τα τεκταινόμενα. Το πέρασμα από την ιδεώδη στην υπαρκτή δημοκρατία στηρίζεται στην εγρήγορση και συμμετοχή του ενεργού πολίτη,

⁴ Σπανού, Εισαγωγή , «Το κράτος , ως εργαλείο κυριαρχίας αλλά και εξασφάλισης της κοινωνικής τάξης και ολοκλήρωσης ... Που σημειώνονται οι δύο όψεις του Ιανού .. θεμελιώνονται οι σιωπηρές κανονιστικές προσδοκίες των πολιτών έναντι της διοίκησης»

⁵ Ο Max Weber υπήρξε ο σημαντικότερος θεωρητικός , που έδειξε τα πλεονεκτήματα της γραφειοκρατίας εναντίον του πατριμονιαλισμού , όπου οι κυβερνήσεις χαρακτηρίζονται από αδυναμία. Με την εμφάνιση του καπιταλισμού αναπτύσσεται η έννοια της διοίκησης που προστατεύει τα δημόσια συμφέροντα και την οδηγεί στην σύγχρονη γραφειοκρατία.

⁶ Ο Schumpeter επισημαίνει ότι : «δημοκρατία δεν σημαίνει περισσότερη ελευθερία. Την ελευθερία εγγυάται η αγορά και όχι η δημοκρατία, αφού στο πλαίσιο της αγοράς καθένας μπορεί να επιδιώκει τους δικούς του στόχους με βάση τα μέσα που διαθέτει (Σπανού, 2000:72).

στην αλλαγή του ρόλου και την υποβολή της Διοίκησης υπό τον έλεγχο των αιρετών (Σπανού, 2000:220). Στη σύγχρονη δημοκρατία η ελευθερία του πολίτη κινείται στα θεσμικά ή μη πλαίσια της καταναλωτικής αγοράς, για εύρεση εργασίας, διεκδίκηση κοινωνικών και οικονομικών δικαιωμάτων. Στις μέρες μας, η δημόσια διοίκηση υπερασπίζεται την αποστολή της και γίνεται πιο ανταγωνιστική.

Η πορεία της δημόσιας διοίκησης, (publicadministration⁸)(Jacques Chevalier1993:15) , τομέας «εξουσιαστικής αντίληψης» των δημοσίων υπαλλήλων, κυριαρχούσε με ένα γραφειοκρατικό –τυπολατρικό μηχανισμό με τη χρήση του πελατειακού συστήματος υπέρ του δημοσίου συμφέροντος και κατά του ατομικού όπου ταυτίζεται με την άποψη «Μόνο οι γραφειοκράτες γνωρίζουν τα μυστικά της διοίκησης του κράτους» (Keller,1994:σ.Α1). Η εισροή μεγάλου αριθμού δημοσίων υπαλλήλων τη δεκαετία του '80 με σκοπό τη μείωση του πελατοκεντρικού συστήματος και εκδημοκρατισμό της δημόσιας διοίκησης προκάλεσε αύξηση των δημοσιονομικών προβλημάτων λόγω του μεγάλου μεγέθους του κράτους⁹. Οι δημόσιοι λειτουργοί κατακρίνονται για *διαφθορά* στο δημόσιο τομέα με την έννοια του χρηματισμού όπου οι «Διοικούντες διοικούν ως ηγεσία και ως διαδικασία», μετατρέποντας το “rent seeking” (προσοδοθηρία) σε «ομηρία δουλείας» (Geffray Edouard, Πρόεδρος του ΣτΕ, Γαλλία). Σύμφωνα με την «οικονομική θεωρία της πολιτικής, η δημοκρατία και η «αγορά» είναι οι μηχανισμοί μέσω των οποίων τα άτομα ως πελάτες/καταναλωτές ή ως ψηφοφόροι, επιχειρούν να πραγματοποιήσουν τους στόχους τους (Σπανού, 2000:72). Οι «Administrators» είναι επικεφαλής των μεγάλων δημοσίων οργανισμών ενώ ο «manager» ασκεί καθήκοντα προϊσταμένου. Μεταβάλλεται ανάλογα με τις κοινωνικές, οικονομικές, περιβαλλοντικές και τεχνολογικές πιέσεις. Μορφοποιείται σε σύστημα που εξυπηρετεί τους σκοπούς του Κράτους, έχει συγκεκριμένες αρμοδιότητες, κανόνες, διαδικασίες οργάνωσης και λειτουργίας του Δημόσιου τομέα.

Κατά τον Παναγιώτη Καρκατσούλη το “new public management” είναι μία νέα κουλτούρα δεοντολογίας με στόχο τη μείωση της διαφθοράς και της πολιτικής επιρροής. Το δημόσιο σύγχρονο Management οργανώνει, αξιολογεί και κατανέμει εργασιακούς ρόλους, εξειδικεύει και ιεραρχεί τις δομές της εξουσίας, επιβάλλει

⁸ Ο όρος προήλθε από τις ΗΠΑ και στόχευε στη δημιουργία μιας δομημένης , πραγματικής διοίκησης.

⁹ «Η δημόσια διοίκηση παρέμεινε ένας κλειστός χώρος που συντηρούσε την ανισότητα των πολιτών απέναντί της , με κυρίαρχο χαρακτηριστικό γνώρισμα το πελατειακό σύστημα, ως προς τη λειτουργία και τη στελέχωσή της (Καρκατσούλης, Εκπαιδευτικό Εγχειρίδιο: σ31).

σύγχρονους όρους διοίκησης, εφαρμόζει νέες ηγετικές αντιλήψεις, και τέλος ικανοποιεί τις ανάγκες των πελατών-πολιτών. Οι κάθε είδους διαρθρωτικές αλλαγές κινούνται σε θεσμικά πλαίσια, παρέχουν οργανωτική ευελιξία, επιβάλλουν διαφάνεια στην τυποποιημένη τους λειτουργία που στηρίζεται στην παρεχόμενη φύση των υπηρεσιών (εγκρίσεις στη διαδικασία προσλήψεων, άδειες, Δημόσια έργα, προμήθειες, πόροι διαρθρωτικών ταμείων¹⁰, δικαστικές υπηρεσίες). Ο εκσυγχρονισμός της διοίκησης απαιτεί την εφαρμογή νέων μοντέλων και βέλτιστων πρακτικών.

1.2.Γραφειοκρατία και διαφθορά

Στο δημόσιο η διαφθορά συντρέχει όταν ο δημόσιος λειτουργός συμπεριφέρεται με ιδιοτέλεια. Το φαινόμενο της «απόκτησης της πληροφόρησης είναι η επιδίωξη του κέρδους»¹¹(Schumpeter1994:282) παρατηρείται κυρίως στα δημόσια έργα στις πολυεθνικές εταιρείες με την «εκτροπή δημοσίων αγαθών/πόρων για ιδιωτική χρήση». Παράνομες δραστηριότητες που υποκρύπτουν κατάχρηση, υπερτιμολογήσεις με είσπραξη φόρων κατά την παράνομη αποτίμησή τους, κατοχύρωση ανύπαρκτων εγγράφων, «φούσκωμα» μισθοδοσίας. Η κρατική παρέμβαση στη παραγωγή και ο έλεγχος των υπηρεσιών στηρίζεται σε πολιτικά και όχι οικονομικά κριτήρια αφού εξαρτάται από τη «φιλοσοφία» της εκάστοτε κυβέρνησης.

Η διαφθορά, φαινόμενο διάρθρωσης του ελληνικού δημοσίου, εκμεταλλεύεται την πολυνομία των νόμων, την κάθε μορφή εξουσίας της κυβέρνησης (εκτελεστική, νομοθετική, δικαστική) την έλλειψη συνεργασίας, την συνέχεια και ασυνέχεια των διοικητών πράξεων. Μερικά δείγματα είναι: η καθυστέρηση υπογραφής συμφωνιών μεταξύ των εμπλεκόμενων αρχών, η αποφυγή έκδοσης εντάλματος και σύλληψη υπαιτίων, επίορκοι που αθώνονται και αθώοι που συλλαμβάνονται, κατασπατάληση δημόσιου χρήματος, όπως: Siemens, χρηματιστήριο, αγορά ελαττωματικού υλικού για τα νοσοκομεία ή άχρηστο εξοπλισμό-ανταλλακτικά- για την Εθνική Άμυνα. Παρατηρείται ότι η διαφθορά επικρατεί εκεί όπου δεν εφαρμόζονται πιστά οι νόμοι ή όπου υπάρχουν πιστά στον νόμο.

¹⁰ Κατά τους Παναγιώτη Λιαργκόβα –Αστέρη Χουλιάρα οι λειτουργικές σχέσεις που διαμορφώνονται από την κατεύθυνση της ροής των πόρων(Επανεκτιμώντας τις Επιπτώσεις των Διαρθρωτικών Ταμείων στην Ελλάδα: Μία Διαφορετική Προσέγγιση).

Οι δημόσιοι υπάλληλοι καθίστανται ευάλωτοι, επιρρεπείς ανάλογα με την δωροδοκία και η μαθηματική αναλογία εκφράζεται με το ύψος της προσόδου (πολυνομία, κανονισμοί, διοικητικές εντολές, εγκύκλιοι που διέπουν τη δημόσια υπηρεσία) και των «σύνθετων και ασαφών» αποφάσεων. (Δηλ. το ύψος της μονοπωλιακής προσόδου (M) με το εύρος της δικαιοδοσίας του δημοσίου υπαλλήλου (D) ως προς τον έλεγχο των πράξεων της δικαιοδοσίας των υπαλλήλων (A) (Ράπανος,2009:244). Ο αναγκαίος διαρθρωτικός έλεγχος σε θεσμικά πλαίσια του ανταγωνισμού του δημοσίου τομέα ορίζει τους κοινωνικό-πολιτικούς και οικονομικούς παράγοντες ,τις πιέσεις από το εσωτερικό και εξωτερικό περιβάλλον(διαγωνισμοί του δημοσίου για προμήθειες κοκ.. Η κρίση του κράτους πρόνοιας, λόγω της επέκτασης του κράτους, οι κοινωνικό πολιτικές αλλαγές προκαλούν αύξηση των δημοσιονομικών προβλημάτων.

1.3. Θεσμική κατοχύρωση της διαφάνειας

Οι κατωτέρω νόμοι ενισχύουν τον ρόλο της διαφάνειας στο δημόσιο τομέα όπως αναλυτικά σημειώνεται κατωτέρω: Με τον Ν. **3812/2009** αναμορφώνεται το σύστημα προσλήψεων στο στενό και ευρύτερο δημόσιο τομέα», ο Ν.**3839/2010** προχωρεί στην διαδικασία αξιολόγησης προϊσταμένων, ο Ν. **3849/2010** επιβάλλει το πειθαρχικό (παθητική δωροδοκία, η απιστία, η παράβαση καθήκοντος)με την συμπλήρωση στον ΠΚ(263B) για θέμα προστασίας μαρτύρων σε θέσεις διαφθοράς όπως «Πόθεν έσχες», δηλ. προσπορισμό υπαλλήλων για παράνομα περιουσιακά στοιχεία άνω των 73000 ευρώ, έλεγχος τραπεζικών λογαριασμών, την ευνοϊκή μεταχείριση υπαλλήλων που αποκαλύπτουν πράξεις διαφθοράς προϊσταμένων κ.α..

Ο Ν.**3852/2010** εισάγει «Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης διοίκησης – Πρόγραμμα Καλλικράτης», ο Ν.**3861/2010** την «Διαύγεια». Με τον Ν.**3882/2010** ενισχύεται η ελεύθερη πρόσβαση σε ιστοχώρους για ενημέρωση προσωπικών υποθέσεων με το δημόσιο, ο Ν.**3900/2010** στον «Εξορθολογισμό των διαδικασιών, επιτάχυνση ης διοικητικής δίκης και άλλων διατάξεων», ο Ν. **3943/2011** ενισχύει τον θεσμό του Εισαγγελέα Οικονομικού Εγκλήματος, ο Ν.**3961/2011** τροποποιεί τον Ν.**3126/2011** «περί ποινικής ευθύνης υπουργών», ο Ν.**3979/2011** αφορά στις «περί Δημοσίων Συμβάσεων στους τομείς Άμυνας και Ασφάλειας» και ενισχύει την **διαφάνεια** στον τομέα των εξοπλισμών, το λειτουργικό κόστος με ηλεκτρονική ρύθμιση της επικοινωνίας και την ολοκλήρωση της διαδικασίας. Ο Ν.**4013/2011** υποχρεώνει τις διεθνείς και δημόσιες συμβάσεις να

περιέλθουν στην αρμοδιότητα της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων αφού η χώρα έχει δικαστικό προηγούμενο στο Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ο Ν. 4057/ΦΕΚ 54/Α΄/14-3-2012 τροποποιεί το «Πειθαρχικό Δίκαιο των υπαλλήλων του Δημοσίου», συμπληρώνει και αναμορφώνει τον Υπαλληλικό Κώδικα (Ν.3528/2007 «Κύρωση Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ.) και τέλος θεσμοθετείται η «Χάρτα Αυτοδέσμευση, Κοινωνικής Ευθύνης και Λογοδοσίας των Διεθνών Μη Κυβερνητικών Οργανώσεων» (2006).

Αντί επιλόγου, ο δημόσιος υπάλληλος οφείλει να ενεργεί βάσει των παραπάνω για το δημόσιο συμφέρον και να αξιολογεί συνεκτικά τις εντολές της πολιτικής ηγεσίας να συνάδουν με τις ανάγκες του πολίτη.

1.4.Δημόσιοι υπάλληλοι

Αναγκαία κρίνεται η «ριζική αλλαγή/αναμόρφωση της Δημόσιας Διοίκησης » κατά αμφίδρομη ροπή, αξιολογώντας την ανώτατη ιεραρχία αλλά ταυτόχρονα και την κατώτατη με βάση την απόδοση και την αποτελεσματικότητα του έργου του προσωπικού¹² κατά τον ετήσιο προγραμματισμό. Η επιμόρφωση του προσωπικού του δημοσίου οφείλει να είναι συνεχής για να καταρρίπτονται τα στεγανά της παραδοσιακής γραφειοκρατίας. Από τα στατιστικά στοιχεία προκύπτει ότι η ελληνική δημόσια διοίκηση αποτελείται από προσωπικό ηλικιακά μεγάλο και απουσία αναμόχλευσης του προσωπικού αυτού με βελτιωμένες καλές πρακτικές για μια διοίκηση πιο ευέλικτη, τεχνοκρατική, ικανή να διαχειρίζεται βιώσιμα δημοσιονομικά κριτήρια με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον και όχι το πελατειακό. Η κινητικότητα¹³ (βλ. κατωτέρω) και η ευελιξία¹⁴ εξειδικευμένου προσωπικού επιτρέπεται για τη μεταφορά γνώσεων και εμπειρίας και ενδυνάμωση των άλλων δομών της διοίκησης. Η εφεδρεία, η διαθεσιμότητα, η κινητικότητα¹⁵ των δημοσίων υπαλλήλων όροι που

¹² οι προβλέψεις του Ν3230/2004 (στοχοθεσία, αποδοτικότητα) εξακολουθούν να παραμένουν προαιρετικές δέκα χρόνια μετά την ψήφισή του;

¹³ Κινητικότητα: η εφαρμογή της ΕΣΑ αναφέρεται στη φυσική κινητικότητα σε άλλη χώρα, για σπουδές, άλλη δραστηριότητα μάθησης ή διδασκαλίας ή σχετική διοικητική δραστηριότητα, υποστηριζόμενη κατάλληλα με προετοιμασία ή επανεκπαίδευση όσον αφορά τη γλώσσα της χώρας ποδοχής.

¹⁴ Οι όροι αναφέρονται στην Ευρωπαϊκή Στρατηγική και Απασχόληση (ΕΣΑ) μίγμα πολιτικών μονεταριστών και νέο-κεύνσιανών που ενισχύουν την ευελιξία της αγοράς εργασίας

¹⁵ Ν.4093/2012 παραγ.Ζ.4 αναφέρεται στη διαδικασία και στα κριτήρια της μετάταξης των υπαλλήλων ΙΔΑΧ ΔΕ, Διοικητικών καθηκόντων, που τέθηκαν σε διαθεσιμότητα, λόγω κατάργησης της θέσης τους κατόπιν εφαρμογής της ανωτέρω παραγράφου.

μνημονεύονται καθημερινά διακυβεύουν την ριζική μεταμόρφωση και τον περιορισμό του δημοσίου τομέα. Η κινητικότητα του εργατικού δυναμικού στους διαφορετικούς τομείς και κλάδους ενθαρρύνεται για την ενίσχυση της δημοσιονομικής σταθερότητας. Η εξάλειψη της διαφθοράς στη διαχείριση του κρατικού πλούτου, απαιτεί ριζικές παρεμβάσεις, μεταρρυθμίσεις, στο νομοθετικό πλαίσιο όπου ενδεχομένως υπάρχουν στρεβλώσεις του κράτους. Τα μεταρρυθμιστικά μέτρα προκαλούν δυσπιστία, φόβο στους εργαζόμενους για απολύσεις, μείωση κοινωνικών παροχών, έλλειψη εμπιστοσύνης στην κυβέρνηση, αύξηση της ανεργίας, απώλειες κοινωνικές, συρρίκνωση του δημοσίου τομέα, αλλαγές στο εργασιακό περιβάλλον. Στον αντίποδα η μείωση του αριθμού των δημοσίων υπαλλήλων επηρεάζει αρνητικά τον ιδιωτικό τομέα αφού αυξάνονται τουλάχιστον κατά 20 μονάδες οι κενές θέσεις στον ιδιωτικό τομέα λόγω της μειωμένης ζήτησης αγαθών. Οι αλλαγές αυτές απαιτούν ρυθμίσεις στις σχέσεις των γραφειοκρατών με τα κόμματα και την ισχύ των συνδικαλιστών(Λιαργκόβας,2010:σ.117).

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 2^ο

2.1.ΠΑΓΚΟΣΜΙΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ

Οι νέες παγκόσμιες εξελίξεις δημιουργούν καινούρια δεδομένα για την λειτουργία, αρμοδιότητα και τον ρόλο του κράτους, ως βασική οικονομική μονάδα παραγωγής και εργασίας με το εξωτερικό περιβάλλον. Το διακύβευμα της κρίσης του 1930 διαμόρφωσε οικονομικούς θεσμούς όπως το Fed, την σύγχρονη οικονομική θεωρία, την αντικυκλική δημοσιονομική πολιτική που πρότεινε ο Keynes - θεραπεία για την ύφεση, τον μονεταρισμό με τον υπερτονισμό του ρόλου της νομισματικής πολιτικής που προσδιορίζει την συμπεριφορά του προϊόντος και των τιμών κατά τον Milton Friedman, στη συμφωνία του Μπρέτον Γουντς (1944) όπου θεσμοθετείται το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο(ΔΝΤ)¹⁶. Η Ελλάδα έχει ενταχθεί στην ΕΕ_27 και στην ευρωζώνη. Η παγκοσμιοποίηση δημιούργησε παγκόσμιες χρηματοδοτικές αγορές, οικονομική αλληλεξάρτηση των αποταμιεύσεων και των επενδύσεων (Λιαργκόβας Παναγιώτης,2010:σ.210). Η κινητικότητα των κεφαλαίων περιορίζει την ανεξάρτητη πολιτική των κρατών στα πλαίσια της μακροοικονομικής πολιτικής τους. Η Ελλάδα προχώρησε σε σύγκλιση των δημοσιονομικών μεγεθών της με τα κριτήρια της συνθήκης του Μάαστριχτ το 2000 (πληθωρισμός, το έλλειμμα της γενικής κυβέρνησης, το δημόσιο χρέος, με τον μηχανισμό συναλλαγματικών ισοτιμιών και μακροπρόθεσμο επιτόκιο δανεισμού). Το ΑΕΠ καλπάζει με ρυθμούς άνω του ευρωπαϊκού ΜΟ λόγω της χρηματοδότησης υποδομών για τους Ολυμπιακούς Αγώνες το 2004

¹⁶ ΔΝΤ: Ο ρόλος του είναι η διαφύλαξη της πλήρους απασχόλησης, της σταθερότητας των τιμών, της ισορροπίας στο εξωτερικό τομέα της οικονομίας και σε συνεργασία με την Παγκόσμια Τράπεζα στοχεύει στην ανοικοδόμηση των κατεστραμμένων από τον πόλεμο οικονομιών

και με την παροχή δανείων από τα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα. Η παραβίαση των κριτήριων του ελλείμματος κάτω από το 3% του Συμφώνου Σταθερότητας έγινε τα έτη 2001-2005. Στις αρχές του 2010, η ελληνική οικονομία επηρεάστηκε άμεσα από την παγκόσμια κρίση και εμφάνισε το μεγαλύτερο έλλειμμα στον ετήσιο κρατικό προϋπολογισμό και το δεύτερο μεγαλύτερο δημόσιο χρέος στην Ευρωπαϊκή Ένωση (Eurostat 2010 και Ε.Ε.). Βλ. Πίνακα 1 κατωτέρω:

Παρατηρείται ότι η μεγέθυνση του χρέους, η έκταση της διαφθοράς και η γραφειοκρατία επηρεάζει τον ρυθμό μεγέθυνσης του ΑΕΠ, προκαλεί ύφεση, στάσιμο πληρωμών, αύξηση του μεγέθους του δημοσίου τομέα ενώ δημιουργεί αρνητικό επενδυτικό κλίμα, κατασπατάληση διαθέσιμων πόρων, δυσλειτουργία του δημοσίου τομέα σύμφωνα με τις εκθέσεις των ΟΟΣΑ, ΔΝΤ, Παγκόσμιας Τράπεζας κοκ.

Σύμφωνα με την Έκθεση του ΟΟΣΑ(2011)¹⁷ Δημόσια Διοίκηση Ελλάδα(2012) η απασχόληση των δημοσίων υπαλλήλων στην κεντρική κυβέρνηση ανέρχεται στους 392.000 συνολικά για το 2008, ΟΤΑ α' & β' βαθμού και ασφαλιστικούς φορείς. Κατά 7,9% η απασχόληση στο δημόσιο σημειώνεται χαμηλότερη σε σχέση με άλλα κράτη του ΟΟΣΑ. Ο αριθμός όμως απασχολούμενων σε δημόσιες υπηρεσίες κοινής ωφέλειας είναι στους 692.000 και σε σύνολο οι εργαζόμενοι ανέρχονται στο 1.000.000 δηλ. μεγαλύτερο από το ΜΟ του ΟΟΣΑ.

Η απογραφή του δημοσίων υπαλλήλων το 2010 και η καταγραφή των φορέων έδειξε γύρω στους 54.000 υπαλλήλους ενώ σύμφωνα με το ΜΠΔΣ¹⁸ έδειξε ότι στο δημόσιο απασχολούνται γύρω στους 727.000 υπάλληλοι αλλά υπάρχει απόκλιση και στις δημόσιες επιχειρήσεις 300.000 χιλιάδες βάσει του μητρώου μισθοδοτούμενων του ελληνικού δημοσίου και όπως προκύπτει από το Εθνικό Πρόγραμμα Μεταρρυθμίσεων 2011-2012 Ελλάδα. Η ύπαρξη διαφορετικών ταχυτήτων συμβάσεων προκάλεσε την αύξηση μισθών και συντάξεων. Η διαφορετικότητα μεταξύ στενού δημοσίου τομέα και επιχειρήσεων ενισχύει την αύξηση δαπανών και εισροών, μείωση του πρωτογενή τομέα, αποδέσμευση των εισοδημάτων από την παραγωγικότητα και αύξηση του γραφειοκρατικού κόστους. Διαφορετικές ταχύτητες και η διαδικασία πρόσληψης: μόνιμοι υπάλληλοι του στενού δημοσίου τομέα, δημόσιοι υπάλληλοι ΙΔΑΧ, η διαφορετικότητα μεταξύ των ανωτέρω ήταν η ασφάλιση δημοσίου και η άλλη του ΙΚΑ. Εποχικά εργαζόμενοι ΙΔΟΧ στο στενό και ευρύτερο δημόσιο τομέα ,μη τακτικοί υπάλληλοι με απασχόληση στα υπουργικά γραφεία , ή αριθμός μετακλητών υπαλλήλων από άλλες υπηρεσίες. Το τελευταίο έχει περιοριστεί λόγω των επιπλέον επιδομάτων των υπαλλήλων αυτών που καταστρατηγούσε το ενιαίο μισθολόγιο και τις πελατοκεντρικές σχέσεις των υπουργών.

2.2. Δημόσια Διοίκηση και Παγκοσμιοποίηση

Η παγκοσμιοποίηση συναντά την ελληνική διοίκηση στον παραδοσιακό τρόπο οργάνωσης του *service public*, του *δημόσιου συμφέροντος*, της παροχής υπηρεσιών στα πλαίσια του κοινωνικού

¹⁷ ΟΟΣΑ(2011) για την Δημόσια Διοίκηση της Ελλάδας το 2012

¹⁸ ΜΠΔΣ: Μεσοπρόθεσμης Δημοσιονομικής Στρατηγικής

κράτους με αρνητική επίδραση στα δημοσιονομικά (Καρκατσούλης Παναγιώτης, 2012:σ.9). Η ελληνική δημόσια διοίκηση απαιτεί εξορθολογισμό της δημοσιονομικής της λειτουργίας και της κουλτούρας που προκύπτει από την γεωγραφική της κατάταξη, χώρα του ευρωπαϊκού νότου (Sapir, 2005:σ. 459). Οι μεσογειακές χώρες διαφέρουν από τις βόρειες στον χειρισμό των δημοσιονομικών τους δαπανών στο μεγάλο μέγεθος του δημόσιου τομέα τους, που επηρεάζει τα διοικητικά βάρη και το ΑΕΠ (Rosen, και Gayer, 2009). Η κακή διαχείριση των πόρων, η άμεση και έμμεση φορολογία και η μη ορθή χρήση των δημοσίων δαπανών απορρυθμίζει την κοινωνική ευημερία της Ελλάδας, που την κατατάσσει στις τελευταίες θέσεις της Ε.Ε. (Ράπανος, 2007). Συνεπώς, ο πληθωρισμός προκαλείται από τις στρεβλώσεις των αγορών, τα μεγάλα ελλείμματα και την γραφειοκρατία των κυβερνητικών πολιτικών και το εύρος του κοινωνικού κράτος πρόνοιας.

2.3.ΜΝΗΜΟΝΙΑ

Η κρίση χρέους συνδέεται με την χαώδη στάση πληρωμών που προκαλεί οικονομικά και κοινωνικά προβλήματα και την αύξηση του ρυθμού ανεργίας (Καζάκος Πάνος,2010:σ.206). Η Ελλάδα προχώρησε σε συνεργασία με την Τρόικα (ΔΝΤ, ΕΕ & ΕΚΤ), η οποία την υποχρέωσε θεσμικά να προβεί σε δραστικές προσαρμογές για την δημοσιονομική εξυγίανση της χώρας. Ο προϋπολογισμός του 2010 έδειξε απόκλιση από το προγράμμα. Η υποβάθμιση της χώρας την οδήγησε να αιτηθεί από τον «Μηχανισμό Στήριξης» 80 δις ευρώ από την ΕΕ και 30 δις ευρώ από το ΔΝΤ. Η παροχή και έγκριση των δανείων προαπαιτούσε την σύναψη 3 μνημονίων, το "Μνημόνιο Οικονομικής και Χρηματοπιστωτικής Πολιτικής" (ΜΟΧΠ), το "Τεχνικό Μνημόνιο Συνεννόησης" (ΤΜΣ) και το "Μνημόνιο Συνεννόησης στις Συγκεκριμένες Προϋποθέσεις Οικονομικής Πολιτικής" (ΣΠΟΠ) που αποτελούν το Μνημόνιο Ι.

Η παροχή του 2^{ου} πακέτου¹⁹ προαπαιτούσε σκληρά μέτρα. Η προσφυγή στον μηχανισμό στήριξης ενεργοποιήθηκε από την τριμερή (2-5-2010) με προϋπόθεση για το δημόσιο τομέα την αντικατάσταση του 13ου και 14ου μισθού των δημοσίων υπαλλήλων με επίδομα 500 Ευρώ σε όλους όσους έχουν αποδοχές μέχρι 3.000 Ευρώ και πλήρης κατάργησή των δύο μισθών για μεγαλύτερες αποδοχές, την αντικατάσταση 13ης και 14ης σύνταξης με επίδομα 800 Ευρώ για συντάξεις ως 2500 Ευρώ και περαιτέρω περικοπή επιδομάτων 8% στα επιδόματα των δημοσίων υπαλλήλων και 3% στους υπαλλήλους των ΔΕΚΟ όπου δεν υπάρχουν επιδόματα.

¹⁹ Η κρίσιμη κατάσταση της χώρας σε θέση χρεοκοπίας30% μείωση στα δώρα Χριστουγέννων, Πάσχα, 12% μείωση σε όλα τα επιδόματα του Δημοσίου, 7% μείωση στις αποδοχές υπαλλήλων ΔΕΚΟ, ΟΤΑ, ΝΠΙΔ κα.. Παρά ταύτα η οικονομική κατάσταση δεν βελτιωνόταν.

Το Μεσοπρόθεσμο Πλαίσιο Δημοσιονομικής Στρατηγικής (2012-2015) (29-6-2011)N.4024/2011 προαπαιτεί την κατάργηση των κλειστών επαγγελματών, αλλαγή εργασιακών σχέσεων, μείωση αποδοχών, για μισθούς άνω των 1800 ευρώ και ιδιωτικοποιήσεις για λήψη ποσού 50 δις ευρώ. Παρά τις αλλαγές το χρέος άγγιζε το 142,8% του ΑΕΠ το 2010 με έλλειμμα στο 10,5%. Η απειλητική αύξηση του ελληνικού χρέους έπεισε την ΕΕ να λάβει μέτρα θωράκισης του Ευρώ από τις κερδοσκοπικές επιθέσεις και χορήγησε την Ελλάδα με δάνειο 158 δις ευρώ, 109 από την ΕΕ και 49 από το ΔΝΤ, 37 δις ευρώ από τον ιδιωτικό τομέα και 12 από την επαναγορά ομολόγων. Ο όλος δανεισμός επιδείνωσε την οικονομική κατάσταση της χώρας. Προαπαιτούμενο των δανείων η επιβολή δραστικών μέτρων όπως η εργασιακή εφεδρεία σε ή μη καταργούμενους οργανισμούς, νέος φόρος για τις κατοικίες μέσω της ΔΕΗ-χαράτσι-, νέες περικοπές μισθών και συντάξεων, άνοιγμα κλειστών επαγγελματών και μείωση αφορολόγητου στις 5000 ευρώ(ΔΜΠΣ).

Τέσσερις μήνες (23-10-2011)μετά η ΕΕ_27 προχώρησε σε κούρεμα χρέους κατά 50% και πακέτο βοήθειας 130 δις ευρώ και μείωση ελληνικών ομολόγων κατά 50% και απαίτησε τη δημιουργία μόνιμου μηχανισμού εποπτείας της δημόσιας διοίκησης και ανακεφαλαίωση τραπεζών με 30 δις ευρώ. Παρά τα μέτρα εξυγίανσης η επιδείνωση της ελληνικής με την ανεργία να προσεγγίζει το 20,9% και την αποδόμηση των κοινωνικών παροχών²⁰ Το ΜνημόνιοII(N.10-2-2012) περιλαμβάνει νέα μέτρα μείωσης μισθών και το (Μεσοπρόθεσμο Πλαίσιο Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016) προβλέπει μέτρα ύψους 18,9 δις ευρώ μείον τα 9,4 δις αφορούν το 2013. Η αλλαγή του πολιτικού τοπίου επιτάχυνε τις αλλαγές όπως είναι η αύξηση στην συνταξιοδότηση των ορίων ηλικίας κατά (2) έτη, μείωση του ποσού των συντάξεων και του εφάπαξ, κατάργηση της Εθνικής Συλλογικής Σύμβασης Εργασίας, των επιδομάτων αδείας, τα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα, η εφαρμογή της διαθεσιμότητας για ένα έτος μονίμων υπαλλήλων ΙΔΑΧ, κατάργηση πολυάριθμων επιδομάτων και αντικατάσταση με το ενιαίο επίδομα στήριξης τέκνων καθώς και επιβολή εισιτηρίου 25 ευρώ για εισαγωγή νοσοκομεία. Γεγονός είναι ότι τα ανωτέρω προκάλεσαν κοινωνική αντίδραση και φαινόμενα όπως «οι ανεξάρτητοι έλληνες» με συγκεντρώσεις πχ στην Πλατεία Συντάγματος με διαμαρτυρίες, άνοδο των κοινωνικών ανισοτήτων, φτώχεια, κοινωνικό αποκλεισμό, βία ενώ ο αριθμός των

²⁰ Η μείωση των κοινωνικών παροχών για τις τρίτεκνες οικογένειες, η μείωση επιδόματος ανεργίας προκάλεσε επεισόδια υποσιτισμού σε σχολεία Α/θμιας Εκπαίδευσης.

αυτοκτονιών αυξάνεται ανησυχητικά. Τα έξοδα για τόκους του χρέους της κεντρικής κυβέρνησης αυξήθηκαν από το 2007-2011 για να προσεγγίσει το 7,5 % του ΑΕΠ σε σύγκριση με το 2012 που φτάνουν το 6% .

Η διαφορά μεταξύ δημόσιου χρέους και δανεισμού στηρίζεται στην προέλευση των πόρων δηλ. στον εσωτερικό και εξωτερικό δημόσιο δανεισμό με τον πρώτο να μειώνει την αγοραστική δύναμη και την ενεργό ζήτηση και τον δεύτερο να βελτιώνει το ισοζύγιο πληρωμών κατά την περίοδο σύναψης του δανείου και να αυξάνει το χρέος της χώρας στην ΕΕ_27. Η μείωση του εισοδήματος (περικοπές στους μισθούς και στις συντάξεις των εργαζομένων στο δημόσιο και ιδιωτικό τομέα) είναι έμμεσα μέρος του εσωτερικού δανεισμού.

Σκοπός του δανεισμού η επανεκκίνηση των επενδύσεων, η ανεπάρκεια κάλυψης δαπανών των φορέων και των ασφαλιστικών ταμείων και η ενίσχυση της τοπικής αυτοδιοίκησης για να μην γίνει αύξηση στους φόρους μέσω των τιμολόγιων των ΔΕΚΟ (τέλη ανταποδοτικού χαρακτήρα μέσω ΔΕΗ ή αύξηση ασφαλιστικών εισφορών). Η αύξηση της ανεργίας εμποδίζει τον δημόσιο τομέα να προχωρήσει σε αυξήσεις στις τιμές των υπηρεσιών, και προχωρεί σε δανεισμό από ιδιωτικές αποταμιεύσεις για αύξηση της απασχόλησης.

Η Ελλάδα μειονεκτεί σε δημοσιονομικές μεταρρυθμίσεις σε όλους τους τομείς της γενικής κυβέρνησης. Από τον Καλλικράτη (ν.3852/2010), εξορθολογισμός των περιφερειακών και τοπικών διοικήσεων στην εξοικονόμηση πόρων με μείωση του κράτους και του κόστους των δημοσίων υπηρεσιών, στον έλεγχο των δαπανών και του προϋπολογισμού των ΟΤΑ. Η άμεση απορρόφηση πόρων (ΕΣΠΑ) δημιουργεί νέες θέσεις εργασίας ή προγράμματα βελτίωσης ποιότητας της ζωής των κατοίκων στις περιφέρειες σύμφωνα με την ΕΕ_2020.

2.4 . Ευρωπαϊκή και παγκόσμια διακυβέρνηση.

Η παγκόσμια οικονομική διακυβέρνηση πρέπει να είναι δημοκρατική, εξειδικευμένη και ολιστική να αποσκοπεί σε κοινούς στόχους με αποτελεσματικότητα και να διαπερνά εθνικά και κλαδικά όρια και ενδιαφέροντα (Λιαργκόβας Παναγιώτης , 2010:σ.207). Στο σύστημα σταθερών ισοτιμιών το δολάριο είναι το νόμισμα ισοτιμίας σε σύγκριση με τα άλλα νομίσματα με το ΔΝΤ να παρέχει οικονομική βοήθεια σε φτωχές οικονομίες κρατών και την Παγκόσμια Τράπεζα να χρηματοδοτεί υποδομές στις υποαναπτυσσόμενες χώρες. Κοινό σημείο οικονομικής πολιτικής στην

αντιμετώπιση των οικονομικών κρίσεων είναι ο εξορθολογισμός των παγκόσμιων δεδομένων με μετακύλυση ευθυνών και αξιών.

Η ΕΕ_27 αντιμετώπισε την κρίση με σκοπό την διατήρηση και σταθερότητα της Οικονομικής και Νομισματικής Ένωσης. Με δέσμες στήριξης προς χώρες με οικονομικά προβλήματα, η περίπτωση της Ελλάδας, προχώρησε στην θέσπιση ενός ευρωπαϊκού μηχανισμού στήριξης σε συνεργασία με το ΔΝΤ, με σκοπό μια ισχυρότερη οικονομική διακυβέρνηση, ομοσπονδιακού τύπου. Η νέα στρατηγική «Ευρώπη _2020(17-06-2010)»ενδιαφέρεται για μια έξυπνη, βιώσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη. Η δημοσιονομική διατηρησιμότητα απαιτεί δημοσιονομική εξυγίανση και μακροοικονομική επιτήρηση κατά το Σύμφωνο Σταθερότητας και Ανάπτυξης.

Το Πλαίσιο της οικονομικής διακυβέρνησης στηρίζεται στη δημοσιονομική εξυγίανση των κρατών μελών της ΕΕ_27 για την υλοποίηση των πέντε πρωταρχικών στόχων, η απασχόληση, καινοτομία, έρευνα και ανάπτυξη, την προώθηση της κοινωνικής ένταξης με έμφαση στην μείωση της φτώχειας (Λιαργκόβας Παναγιώτης, 2010:σ.114). Η εφαρμογή του πλαισίου απαιτεί την οριστικοποίηση των εθνικών στόχων, την άρση των εμποδίων για την λειτουργία της εσωτερικής αγοράς των κρατών-μελών. Η ενίσχυση της οικονομικής διακυβέρνησης της ΕΕ_27 κρίνεται αναγκαία λόγω της κρίσης που εμφάνισε αδυναμίες στην δημοσιονομική και στην μακροοικονομική εποπτεία των κρατών-μελών, η οποία εφαρμόζεται από το 1^ο «Ευρωπαϊκό εξάμηνο» του 2011. Το πρόγραμμα σύγκλισης ταυτίζεται με τις διαδικασίες ψήφισης των εθνικών προϋπολογισμών. Η περάτωση των μεταρρυθμίσεων στοχεύει στην εξυγίανση και αποκατάσταση της οικονομικής σταθερότητας, θεσπίζεται από το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο για τη διασφάλιση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Συστημικών Κινδύνων και την νομοθέτηση για τη λειτουργία των Διαχειριστών Οργανισμών Εναλλακτικών Επενδύσεων.

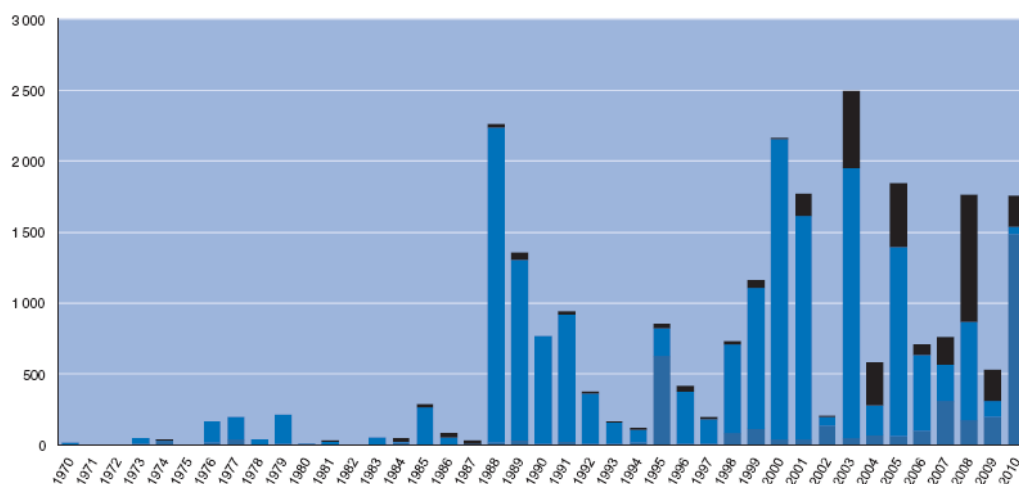
Η εφαρμογή των δράσεων στις εθνικές πολιτικές, η περίπτωση της Ελλάδας, απαιτεί επιθετική πολιτική, μεταρρυθμίσεις, αλλαγή δομών στο διοικητικό τομέα, απελευθέρωση αγορών, σμίκρυνση του κράτους με αποκρατικοποιήσεις. Δραστηριότητες που μειώνουν το φορολογικό βάρος των πολιτών, ενισχύουν την αποτελεσματικότητα των αγορών, την δημιουργία νέων θέσεων εργασίας, την

κερδοφορία, τη διαφάνεια ενώ το κράτος επωφελείται (Λιαργκόβας Παναγιώτης, 2010:σ.113).

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 3^ο

3.1. Δημόσιος Τομέας Ελλάδας την εποχή των Μνημονίων(πριν και μετά)

Γράφημα: 0.1



Πηγή: Υπουργείο Εσωτερικών Δημόσιας Διοίκησης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης(ΟΟΣΑ Έκθεση ,2011)

Η Έκθεση του 2011 «Κριτικές για τη Δημόσια Διοίκηση: Ελλάδα 2012», επισημαίνει ότι τα διαρθρωτικά μέτρα διοικητικής μεταρρύθμισης την τελευταία δεκαετία δεν εφαρμόστηκαν ικανοποιητικά. Η δημοσιονομική στρατηγική αποκλίνει των στόχων της Συνθήκης της Λισαβόνας για ευρωπαϊκή ολοκλήρωση λόγω της απουσίας κατάλληλου φοροεισπρακτικού μηχανισμού και η κατάρτιση προϋπολογισμού του κράτους. Απουσιάζει ένα σαφές στρατηγικό όραμα της κεντρικής διοίκησης να υλοποιήσει τις μεταρρυθμίσεις στην Ελλάδα. Η κεντρική διοίκηση εμφανίζεται φτωχή σε πρακτικές πολιτικές και βέλτιστα εργαλεία, αδύναμη να εφαρμόσει συνεκτικές πολιτικές λόγω στην ανεπαρκή συνέργεια των δράσεων σε επίπεδο υπουργείων. Αφθονες οι φιλόδοξες μεταρρυθμίσεις όμως αναποτελεσματικά τα μέτρα της διοίκησης εξαιτίας του υπερβολικού formalισμού. Έλλειψη της συνέχειας του κράτους παρατηρείται στις δομές των υπουργείων με την απουσία τήρησης αρχείων και ταξινόμησης.

- Στόχος: η ύπαρξη ισχυρού Κέντρου διακυβέρνησης, η επιτυχία των συνεκτικών πρακτικών μεταρρυθμίσεων στην Ελλάδα

Γράφημα 0.2. Εποπτεία των υπουργείων πάνω σε άλλους φορείς του δημόσιου τομέα.



Πηγή: Υπουργείο Εσωτερικών Δημόσιας Διοίκησης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης

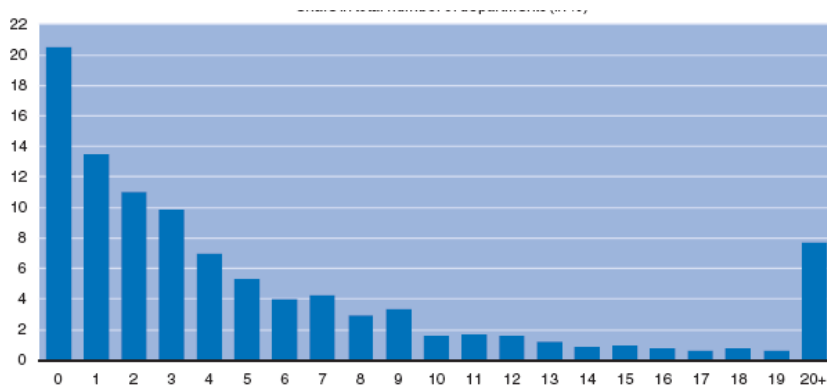
Ο ρόλος της κεντρικής διοίκησης είναι να εποπτεύει, να καθοδηγεί και να διαχειρίζεται τον δημόσιο τομέα στο σύνολό του. Το σχεδιάγραμμα δείχνει το σημαντικό ρόλο των υπουργείων που τυπικά εποπτεύουν τους φορείς όλου του δημόσιου τομέα.

- Παρατηρείται: Απουσία στρατηγικών κατευθύνσεων, έλλειψη συντονισμού και ασύμμετρης πληροφόρησης της Κεντρικής Κυβέρνησης με τα επιτελεία των άλλων υπουργείων.

Η αποστολή και η μόχλευση του σημερινού Κέντρου Διακυβέρνησης παραμένει ασαφής, περιορισμένη και αποσπασματική. Το Κέντρο αδυνατεί να καθορίσει στρατηγικές κατευθύνσεις και προτεραιότητες πολιτικής και απουσιάζει η αποτελεσματική διαχείριση σε δημοσιονομικά θέματα. Ο προγραμματισμός του είναι ασαφής και απαιτείται άμεσα η σύνταξη ενός συνεκτικού πλαισίου για την εφαρμογή των μεταρρυθμίσεων. Αναγκαία κρίνεται η συνεργασία όλων των υπουργείων υπό την καθοδήγηση μιας ηγεσίας μεταρρυθμιστικής με στρατηγικό όραμα, υπευθυνότητα, στρατηγικό σχεδιασμό, πολιτική και επικοινωνιακή συνοχή και συλλογική δέσμευση. Συνεπώς:

- Παρατηρείται απουσία βέλτιστων πολιτικών πρακτικών και εργαλείων
- Η κεντρική διοίκηση διακρίνεται για απουσία στρατηγικής, δομές εποπτείας και συντονισμού για να υποστηρίξει αποτελεσματικές και μακροπρόθεσμες εφαρμογές επαρκούς ενημέρωσης για μια βιώσιμη οικονομική ανάπτυξη.

- Η έλλειψη διοικητικής κουλτούρας αποκλείει την συνεργασία των υπηρεσιών που εμφανίζουν αδυναμία διαχείρισης και οργάνωσης. Οι δομές των υπηρεσιών στο μεγαλύτερο μέρος τους εμφανίζουν πολλά τμήματα χωρίς προϊστάμενη αρχή ή πολλοί προϊστάμενοι χωρίς υφισταμένους. Η αναλογία είναι, (1) στα (5) τμήματα είναι χωρίς υπάλληλο ενώ (1) στα (10) τμήματα έχουν περισσότερο από (20) υπαλλήλους.
- Γράφημα 0.3. Καταγραφή τμημάτων σύμφωνα με τους υπαλλήλους τους.



Πηγή : Υπουργείο Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης.

Το ανωτέρω γράφημα δείχνει τον εσωτερικό κατακερματισμό των τμημάτων στα υπουργεία. Υπουργεία που αδυνατούν να ιεραρχήσουν τις προτεραιότητές τους λόγω συντονισμού και προγραμματισμού που βασίζεται σε αδυναμία προσωπικής πρωτοβουλίας και εμπειρίας. Απουσία πάλι πολιτικών πρακτικών και μεταρρυθμίσεων και αδυναμία χειρισμού των υπηρεσιών να προχωρήσουν σε διαρθρωτικές αλλαγές ακόμη και σε πιλοτικό στάδιο. Η μεταρρύθμιση του συστήματος υγείας στην Ελλάδα, το ΕΣΥ (1983), ομόφωνα έγινε αποδεκτό ως εκσυγχρονισμός του συστήματος υγείας, χωρίς όμως να υλοποιηθούν τα πιο σημαντικά στοιχεία του. Το 2003 σημαντικός νόμος για την πολιτική προστασία ψηφίστηκε χωρίς να εφαρμοστεί ποτέ. Η αδυναμία της στρατηγικής και του συντονισμού της κεντρικής διοίκησης να ψηφίζονται και να παραμένουν ανεφάρμοστοι οι νόμοι σημειώθηκε και το 2004 και το 2006 αντίστοιχα. Προκαλεί έκπληξη η οργάνωση και υλοποίηση των Ολυμπιακών Αγώνων του 2004, όπως και το²¹ Εθνικό Στρατηγικό Πλαίσιο Αναφοράς 2007-2013.

Διαπίστωση της έκθεσης: νομική τυπολατρία

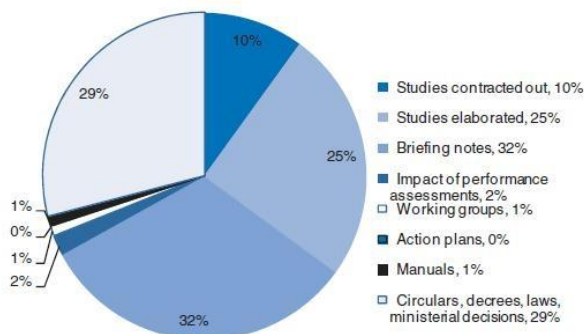
- αναποτελεσματική διακυβέρνηση και μεταρρυθμιστικές αποτυχίες λόγω υπερβολικής νομικής τυπολατρίας, ο οποίος εμποδίζει την σύσταση μιας αποτελεσματικής και αποδοτικής διακυβέρνησης.

²¹ Στα πλαίσια της συγχρηματοδότησης εκπονούνται μελέτες, π.χ. Εθνικό Πρόγραμμα Μεταρρυθμίσεων 2011-2012 Ελλάδα

- Ο νομικός formalισμός υπονομεύει την παραγωγικότητα και αποτελεσματικότητα της διοίκησης για την άμεση εξυπηρέτηση του πολίτη και του επιχειρηματία.
- Ο νομικός formalισμός είναι υποπροϊόν του θεσμικού συστήματος, στηρίζεται στον αστικό κώδικα και ενισχύει μια συγκεντρωτική δομή λειτουργιών.
- Η νομική τυπολατρία δεν παρέχει κίνητρα στους δημόσιους υπαλλήλους, η τήρηση των προνομίων και των διοικητικών διαδικασιών δεν εμβαθύνει τους αστικούς νόμους αλλά επιβραδύνει το έργο της δικαιοσύνης.
- Καλύπτει τις πολιτικές του ανθρώπινου δυναμικού και τα στάδια εξέλιξης των δημοσίων υπαλλήλων.

Προτείνεται η *κινητικότητα* των υπαλλήλων από την μία υπηρεσία στην άλλη ώστε να καλυφθούν οι ανάγκες των υπουργείων και τα δημιουργηθέντα κενά από τις *αποχωρήσεις*.

Γράφημα:0.4. Εγχειρίδια, 1%,Εγκύκλιοι, διατάγματα, νόμοι, υπουργικές αποφάσεις, 29%



Note: This figure covers the output of the general directorates with executive competencies, and thus excludes the output of general directorates with support competencies.

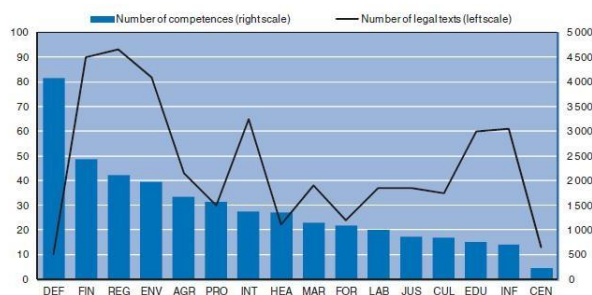
Source: Ministry of Administrative Reform and E-Governance.

Πηγή : Υπουργείο Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης

- Θεσμικές και οργανωτικές επικαλύψεις

Ο συντονισμός μεταξύ των υπουργείων είναι σχεδόν αδύνατος. Υπουργεία που καθλώνονται λόγω των πολυπληθών δομών. Κάθε ένα μπορεί να έχει και 439 εσωτερικές δομές. Ο όγκος των τμημάτων δεν έχουν το απαραίτητο μέγεθος για να λειτουργούν αποτελεσματικά. Ο αριθμός προϊσταμένων είναι αναποτελεσματικά μεγάλος . Μπορεί να υπάρχει ένας προϊστάμενος και κανείς υφιστάμενος.

Γράφημα:0.5. Κατανομή του αριθμού των υφισταμένων τμημάτων με το προσωπικό τους



Note: The complete names of the ministries are provided in Annex B.

Source: Ministry of Administrative Reform and E-Governance.

Αριθμός υφισταμένων ανά τμήμα

Πηγή : Υπουργείο Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης

Η κατανομή, ο αριθμός των τμημάτων και του προσωπικού ορίζεται από τα οργανογράμματα των δομών βάσει των οποίων λειτουργούν οι Δ/νσεις και τα τμήματα των φορέων του Δημοσίου Τομέα. Τα οργανογράμματα έχουν εγκριθεί και δημοσιευθεί σε ΦΕΚ συνεπώς είναι δύσκολο για το κυβερνητικό επιτελείο να προχωρήσει σε συρρίκνωση αν προηγουμένως δεν έχει προβεί σε κατάργηση και συγχώνευση των δομών.

Παρατηρείται:

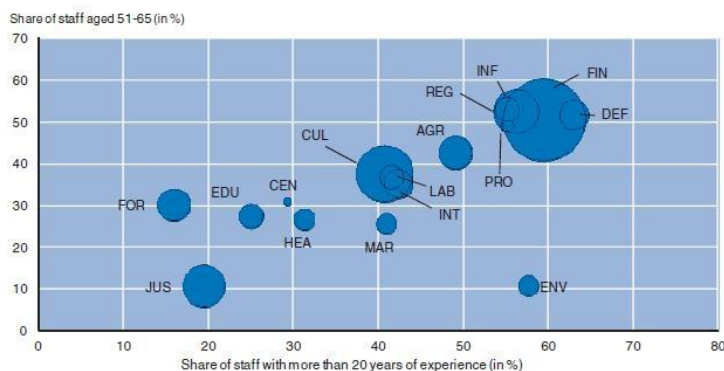
- απουσία διαχείρισης δεδομένων, καταγραφής στοιχείων τεκμηρίωσης πράξεων απαραίτητα για τη συνέχεια του κράτους.
- καθυστέρηση λόγω της αδυναμίας διαχείρισης δεδομένων από τα αρμόδια τμήματα. Υπάρχουν περιπτώσεις υπαλλήλων που αρνούνται να δεχθούν την ψηφιακή επιμόρφωση λόγω το ότι «καταστρατηγούν» την περιγραφή του καθηκοντολογίου τους.
- Απαιτείται άμεσα εξορθολογισμός για την ανάγκη επίτευξης ισορροπίας μεταξύ κεντρικής κυβέρνησης και δ/νσεις υπηρεσιών, για τη ψηφιακή «σύγκλιση» με την κατάλληλη ενδυνάμωση του προσωπικού.

Στόχος : Απαιτείται σχεδιασμός τεκμηρίωσης δεδομένων και απαλοιφή της νομικής τυπολατρίας από την δημόσια διοίκηση, ενδυνάμωση προσωπικού για λειτουργική απόδοση της υπηρεσίας, ενίσχυση της συνεκτικότητας των δράσεων μέσω των σύγχρονων τεχνολογιών και της ψηφιακής «σύγκλισης». Το Υπουργείο Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης έχει εκπονήσει μεγάλο αριθμό ex ante, ex itinere και ex post μελετών για την άμεση ηλεκτρονική εκπαίδευση των υπαλλήλων ώστε η λειτουργία των υπηρεσιών να είναι συνεκτική και όχι συστημική χωρίς εφαρμογή.

Στόχος: πλήρης και συνεκτική στρατηγική ενδυνάμωσης του HR του δημόσιου τομέα και εξάρτησής του από τον κρατικό Προϋπολογισμό.

Παρατηρείται: ο δημόσιος τομέας εμφανίζει ένα γερασμένο πρόσωπο να ταλαιπωρείται λόγω του νομικού formalισμού, να παγιοποιείται και να εξιδανικεύεται στα «στεγανά των υπηρεσιών». Ο περιορισμός των προσλήψεων λόγω της δημοσιονομικής κρίσης συρρίκνωσε τον γερασμένο πληθυσμό των φορέων και πρόκειται να τον μετατοπίσει από ή προς σε φορείς ή υπηρεσίες με κενές οργανικές θέσεις.

Γράφημα:0.5. Ηλικιακές τάσεις και εμπειρία στα



Note: The size of the bubbles is proportionate to each ministry's staff numbers (central and decentralised services).

Υπουργεία *Source: Ministry of Administrative Reform and E-Governance.*

Τα μεγέθη των κύκλων απεικονίζουν τον λόγο των υπαλλήλων ανά Υπουργείο

Πηγή : Υπουργείο Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης

Συνοπτικά οι απαριθμημένες λειτουργικές ελλείψεις, ο κύκλος των συστημάτων δημιουργούν συνθήκες ανάπτυξης της διαφθοράς και διευκολύνουν την εκδήλωση ανάρμοστων ατομικών συμπεριφορών, προσοδοθηρικών διεκδικήσεων και πελατειακών σχέσεων και έλλειψη διαφάνειας. Τα μεταρρυθμιστικά προγράμματα προσκρούουν στις αδυναμίες αυτές και απαιτείται άμεση ενέργεια για λήψη κύριων μεταρρυθμίσεων. Οι μέχρι τώρα μεταρρυθμίσεις εμφάνισαν αδυναμία υλοποίησης λόγω έλλειψης αξιοκρατικών κριτηρίων, η παγιοποίηση ίδιου προσωπικού στην ίδια θέση, το πολυδαίδαλο πρόσωπο της δημόσιας διοίκησης. οι άτυποι κανόνες αυτού του παιχνιδιού, ενισχύουν τις πελατοκεντρικές σχέσεις. Αυτό διότι η διοίκηση συνεχίζει να υπακούει στην «άρχουσα τάξη» την ελίτ της διοίκησης, για την προώθηση θεμελιωδών μεταρρυθμίσεων, οι προσπάθειές τους όμως υπονομεύονται ή αχρηστεύονται από τις συμπεριφορές και τις ενέργειες άλλων, οι οποίοι δεν έχουν τα ίδια πρότυπα και αξίες. Προτείνεται να εφαρμοστεί ο map road της Ατζέντας ΕΕ-2020 για την διοικητική μεταρρύθμιση στην Ελλάδα.

Καταγραφή των νόμων για την κατανόηση των πράξεων

- Ο Ν.3852/2010 *Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης – Πρόγραμμα Καλλικράτης. για την ανασυγκρότηση των δήμων και των περιφερειών.*

- Ο Ν.3871/2010 αναφέρεται στην αρχή της χρηστής διοίκησης δημοσιονομικής διαχείρισης με τον οποίον η διαχείριση της περιουσίας και των υποχρεώσεων των φορέων της Γενικής Κυβέρνησης, περιλαμβανομένων των φυσικών πόρων και των δημοσιονομικών κινδύνων της χώρας, πρέπει να διενεργείται με σφραγισμένη και με γνώμονα την εξασφάλιση της δημοσιονομικής βιωσιμότητας.
- Ο Ν.3833/2010 άρθρο 1 καθορίζει την ετήσια πρόσληψη με σχέση εργασίας ΙΔΑΧ στους φορείς του άρθρου 1 του ν.3812/2009 ένα προς πέντε, και όπως ορίζεται με τις διατάξεις του άρθρου 3 του Ν.3899/2010. Στον ανωτέρω νόμο ορίζεται η διαδικασία πρόσληψης προσωπικού ΙΔΟΧ, ΙΔΑΧ και Συμβάσεις Μίσθωσης Έργου όπου απαγορεύεται η πρόσληψη προσωπικού από φορείς κατηγορίας ΔΕ διοικητικών αναγκών ή γραμματειακής υποστήριξης . Το αυτό ισχύει και για τις ΔΕΚΟ.
- Ο Ν.4024/2011(Α' 226) αφορά την αναδιοργάνωση δημοσίων υπηρεσιών και ανακατανομή οργανικών θέσεων, σύμφωνα με το άρθρο 35 του ανωτέρω νόμου. Στόχος του νόμου η ριζική αλλαγή της οργάνωσης και της λειτουργίας του Κράτους και της Δημόσιας Διοίκησης , ώστε να αποκτήσει η χώρα ένα αποτελεσματικό και αποδοτικό διοικητικό σύστημα που να εξυπηρετεί τον πολίτη, να συμβάλλει στην ανάπτυξη και να κοστίζει όσο δυνατόν λιγότερο.
- Ο Ν.3986/2011 είναι γνωστός ως μεσοπρόθεσμο πλαίσιο δημοσιονομικής στρατηγικής 2012/2015 , το 1ο μεσοπρόθεσμο.
- Ο Ν.4093/2012 αναφέρεται στην συγχώνευση και κατάργηση σειρά οργανισμών και φορέων του δημοσίου και ευρύτερου δημόσιου τομέα καθώς και Σύσταση Γενικής Γραμματείας για το συντονισμό του κυβερνητικού έργου.
- Η Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου (ΠΝΠ²²) ΦΕΚ 256/2012 που αφορά ρυθμίσεις προσλήψεων στο ΥΔΜΗΔ και στους ΟΤΑ α' & β' βαθμού.
- Η Εγκύκλιος ΔΙΔΑΔ-ΔΙΠΙΔ/οικ.560/8-1-2013 με θέμα : «Κινητικότητα υπαλλήλων σε διαθεσιμότητα»
- Η Εγκύκλιος Α.Π.: οικ. 34600/6-7-2005 με θέμα: Θέματα προσωπικού των ΟΤΑ που ρυθμίζονται με τον ν.3320/2005 και σύμφωνα με τις διατάξεις της Οδηγίας 1999/70/ΕΚ του Συμβουλίου.

3.1.1.Αξιολόγηση δομών της δημόσιας διοίκησης

²² Οι Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου (ΠΝΠ) πράξεις ρυθμιστικού περιεχομένου που εκδίδονται από το αρμόδιο Υπουργικό Συμβούλιο, υπογράφονται από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας και υποβάλλονται στη Βουλή για κύρωση(άρθρο 44 του Συντάγματος)

Η αναδιοργάνωση της δημόσιας διοίκησης επιδιώκει να γίνει πιο λειτουργική και αποτελεσματική για τον πολίτη. Ο σχεδιασμός επιπέδου στελέχωσης των υπηρεσιών και της αξιοποίησης του ανθρώπινου δυναμικού θα στηριχθεί σε σαφή οργανογράμματα και εργασιακό αντικείμενο για την ριζική αλλαγή της οργάνωσης και της λειτουργίας του Κράτους και της Δημόσιας Διοίκησης και μείωσης των διοικητικών βαρών. Η αλλαγή αυτή αφορά την Γενική Κυβέρνηση και τους ΟΤΑ α΄ & β΄ βαθμού. Η αξιολόγηση ακολουθεί τις επιταγές του Ν.3871/2010 που καθιέρωσε την εφαρμογή του «Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής (ΜΠΔΣ)», δεσμεύσεις για τα έτη (2013-2016) με Ν. 4024/2011 άρθρο 35 . Το (ΜΠΔΣ) είναι το μέσο εφαρμογής διαρθρωτικών πολιτικών, θεσμικών εργασιακών αλλαγών, αποδιάρθρωση του μοντέλου απασχόλησης και μείωση των εργασιακών κεκτημένων. Οι μεταρρυθμίσεις αυτές μειώνουν το μισθολογικό κόστος, το δημόσιο τομέα, τις ευκαιρίες συγκέντρωσης κεφαλαίου στις υπηρεσίες με αυτοαπασχόληση.

3.1.2. Αναδιοργάνωση Δημοσίων Υπηρεσιών

Η εφαρμογή του τριετούς σταθεροποιητικού προγράμματος απαιτεί την συνεργασία της επιστημονικής κοινότητας και του ΟΟΣΑ για την επίτευξη του στόχου. Ο Ν. 4024/2011 άρθρο 35 «Συνταξιοδοτικές ρυθμίσεις, ενιαίο μισθολόγιο-βαθμολόγιο, εργασιακή εφεδρεία και άλλες διατάξεις εφαρμογής του μεσοπρόθεσμου πλαισίου δημοσιονομικής στρατηγικής 2012-2015» αφορά την αναδιοργάνωση υπηρεσιών καθώς και την ανακατανομή θέσεων σε τρεις φάσεις.

Α΄ Φάση:

Η συγκρότηση της επιτροπής απαρτίζεται από τον Γενικό Γραμματέα του Υπουργείου και τους Ειδικούς Γραμματείς των υπηρεσιών του ΥΔΜΗΔ με έργο τον έλεγχο της υφιστάμενης οργανωτικής διάρθρωσης του οικείου υπουργείου και των υπηρεσιών του. Υπηρεσιακές μονάδες με περιορισμένο εργασιακό αντικείμενο π.χ. τμήμα δακτυλογραφών και πλεονάζων προσωπικό μεταφέρονται σε φορείς ανάλογα με τις υπηρεσιακές τους ανάγκες αφού προηγουμένως έχουν καταγραφεί έως και την 30-11-2011, οι πλεονάζουσες θέσεις σύμφωνα με την εισήγηση της Επιτροπής.

Β΄ Φάση:

Οι πλεονάζουσες θέσεις κατά κατηγορία και κλάδο μεταφέρονται σε άλλα υπουργεία ή νπδδ που έχουν κενά με κua (παρ.3 άρθρο 35 του ν.4024/2011/Α΄226). Οι υπηρεσίες του ΥΔΜΗΔ αφού επεξεργάστηκαν και αξιολόγησαν τις εισηγήσεις των Επιτροπών και των κua προχωρούν στη μεταφορά του προσωπικού σε υπηρεσίες που έχουν κενά έως και την 31-12-2011. Στην περίπτωση που δεν υπάρχουν κενά οι θέσεις αυτές καταργούνται.

Γ΄ Φάση :

Σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 35 ορίζεται έκδοση κυα των υπουργών Οικονομικών και Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης στην οποία προσδιορίζονται οι φορείς του δημοσίου όπου μεταφέρονται οι κενές θέσεις. Η αξιολόγηση του προσωπικού ορίζεται για το έτος 2012 να έχει ολοκληρωθεί κατά τρόπο αξιοκρατικό και αντικειμενικό από τις επιτροπές του υπουργείου και της Task force. Η παράλειψη της αποστολής και καταγραφής συνιστά **πειθαρχικό** παράπτωμα(περίπτωση 5 της υποπαρ. Ζ.4. της ανωτέρω παράγρ. του σχετικού νόμου. Η υποχρέωση αυτή της υποβολής των στοιχείων εκ μέρους των φορέων ορίζεται και στις διατάξεις της παρ.1β του 2^{ου} άρθρου του ν.3845/2010 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 20 του ν .3870/2010 και την ερμηνευτική αυτού με την οποία όλες οι Διευθύνσεις Διοικητικού- Προσωπικού οφείλουν να συμπληρώνουν τα στοιχεία των υπαλλήλων στο Μητρώο Μισθοδοτούμενων Ελληνικού Δημοσίου και να επικαιροποιούν κάθε τυχόν μεταβολή. Η τοποθέτηση του προσωπικού έπεται της ενημέρωσης για τα κενά των υπηρεσιών.

Οι βουλευτικές εκλογές και οι συνεχείς απεργίες του προσωπικού των ΟΤΑ καθυστέρησαν στην αποστολή των στοιχείων. Εποπτεύον όργανο για τη τήρηση της διαδικασίας στα πλαίσια της αντικειμενικότητας και αξιοκρατίας είναι το ΑΣΕΠ. Η όλη διαδικασία αξιολόγησης αφορά την αναδιάρθρωση δημοσίων υπηρεσιών του στενού και ευρύτερου δημόσιου τομέα με νέα οργανογράμματα, κατάργηση υπηρεσιακών μονάδων με περιορισμένο αντικείμενο, του οποίου το προσωπικό μετατίθεται σε υπηρεσίες με κενά θέσεων.

3.1.3. Κινητικότητα Υπαλλήλων

Σύμφωνα με τα στοιχεία της Έκθεσης ο τυπικός formalismός συνδέεται με την λειτουργία των διευθύνσεων και των θέσεων των δημοσίων υπαλλήλων που πλαισιώνονται θεσμικά από τον Υπαλληλικός Κώδικας(Ν.3528/2007) και είναι άρρηκτα συνδεδεμένοι με το οργανόγραμμα των φορέων γεγονός που εμποδίζει την κινητικότητα των υπαλλήλων. Στόχος του «Προγράμματος Κινητικότητας» είναι η άμεση ένταξη περιορισμένου αριθμού υπαλλήλων, ορισμένων κατηγοριών σε κενές θέσεις υπηρεσιών για την καλύτερη εξυπηρέτηση του πολίτη και η ενίσχυση του πειθαρχικού πλαισίου παραπτωμάτων και ποινικών αδικημάτων για τη προστασία του κύρους του Δημοσίου. Η κινητικότητα των υπαλλήλων έρχεται να αντιμετωπίσει τις ελλείψεις του στενού και ευρύτερου δημόσιου τομέα που προκαλούνται από την ανορθολογική κατανομή του προσωπικού αλλά και λόγω συνταξιοδοτήσεων και κενών με τον περιορισμό των προσλήψεων (1πρόσληψη 5 αποχωρήσεις), καθώς και στην αξιοποίηση του δυναμικού υπερστελεχωμένων υπηρεσιών.

Η κινητικότητα αναφέρεται σε υπαλλήλους κατηγορίας ΙΔΑΧ, δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης, Διοικητικού, Διοικητικού-Λογιστικού, Διοικητικού-Οικονομικού και Διοικητικών Γραμματέων, που προσελήφθησαν χωρίς διαδικασία επιλογής του ΑΣΕΠ, κριτήρια ορθολογικής κατανομής και ιεράρχησης των αναγκών των υπηρεσιών. Η μετακίνηση γίνεται σε υπηρεσίες που έχουν διαπιστωμένες ανάγκες σε προσωπικό, ΚΕΠ, δ/νσεις συντάξεων στο δημόσιο, ασφαλιστικά ταμεία ή

στην παιδεία και στους ΟΤΑ, με εξαίρεση τις υπηρεσίες του τομέα υγείας, ΟΑΕΔ, αρχαιολογικοί χώροι και μουσεία. Εξαιρούνται επίσης και άτομα κοινωνικών κατηγοριών – πολύτεκνοι, ΑΜΕΑ κα.. Το ΥΔΜΗΔ είχε τη δυνατότητα από τις λίστες αυτές των υπαλλήλων που εστάλησαν στο Μητρώο Μισθοδοτούμενων Ελληνικού Δημοσίου να προχωρήσει στην σύνταξη λίστας σε διάθεση υπαλλήλων όμως προαπαιτούνται στοιχεία των υπαλλήλων κοινωνικής καταγραφής πριν την τελική τοποθέτησή τους που οι φορείς ή ο υπάλληλος οφείλει να αποστείλει.

Η εφαρμογή του νόμου ισχύει από την ημερομηνία δημοσίευσής του και οι υπάλληλοι τίθενται σε καθεστώς διαθεσιμότητας με μισθολογική περικοπή. Υπάλληλοι που μεταφέρονται σε κενές θέσεις και αναλαμβάνουν υπηρεσία παύουν να είναι σε καθεστώς διαθεσιμότητας και πληρώνονται κανονικά. Η καθυστέρηση των στοιχείων από τις υπηρεσίες δεν έχει χαρακτήρα ανασταλτικό αφού με τη δημοσίευση του παρόντος νόμου το προσωπικό έχει τεθεί σε διαθεσιμότητα. Η όλη διαδικασία οφείλει να ολοκληρωθεί εντός του 2013. Η διαδικασία μετακίνησης των υπαλλήλων ακολουθεί τον αντικειμενικό έλεγχο του ΑΣΕΠ και της τριμερούς που αποτελείται από ένα αντιπρόεδρο του ΑΣΕΠ, ένα εκπρόσωπο του ΥΔΜΗΔ και ένα εκπρόσωπο του Υπουργείου Οικονομικών.

Η διαδικασία αυτή δεν διακρίνεται για το καινοτόμο του χαρακτήρα της αλλά ενισχύει και διευρύνει τα ήδη υπάρχοντα άρθρα του Υπαλληλικού Κώδικα. Η νεοτερισμός της κινητικότητας είναι ότι ο δημόσιος υπάλληλος μετακινείται όπου η υπηρεσία έχει ανάγκη. Με τον τρόπο αυτόν κόβεται ο γόρδιος δεσμός του υπαλλήλου με την «θέση», με στόχο την μείωση της γραφειοκρατίας και των διοικητικών βαρών.

3.1.4. Πειθαρχικό δίκαιο

Το πειθαρχικό δίκαιο των υπαλλήλων δεν καινοτομεί αλλά ενισχύει το ήδη υπάρχον θεσμικό πλαίσιο με τον Ν.4057/2012. Στόχος η διασφάλιση του κύρους των δημοσίων υπηρεσιών και των δημοσίων υπαλλήλων. Η ενίσχυση του πειθαρχικού δικαίου πλήττει τη διαφθορά των υπαλλήλων και τους αποτρέπει να πράττουν έκνομες πράξεις (απόκτηση οικονομικού οφέλους, ανάρμοστη και αναξιοπρεπή συμπεριφορά σοβαρή απείθεια κα). Αξιοσημείωτο είναι ότι η υπαλληλική αργία είναι διοικητική και όχι ποινική πράξη.

Με τον τρόπο αυτό θα ελέγχονται οι αξιόποινες πράξεις των δημοσίων υπαλλήλων που αλληλεπικαλύπτονταν λόγω :

- Αλληλοεπικάλυψη αρμοδιοτήτων ελεγκτικών σωμάτων και έλλειψη συντονισμού
- Γραφειοκρατικά εμπόδια
- Λειτουργία των ελεγκτικών μηχανισμών με βραδύτητα που προκαλείται παραγραφή των πειθαρχικών αδικημάτων

- Διακριτική ευχέρεια των ελεγκτικών μηχανισμών που κρίνουν ανάλογα των επιταγών της εκτελεστικής εξουσίας
- Απουσία θεσμικής προστασίας των επιθεωρητών
- Βραδύτητα της απονομής δικαιοσύνης και παραγραφής των αδικημάτων

3.1.5. Καινοτομία η Αξιολόγηση Υπαλλήλων

Το ελληνικό δημόσιο δεν τήρησε τα χρονικά πλαίσια του έως τον Οκτώβριο του 2012 το χρονοδιάγραμμα υλοποίησης των διατάξεων παρ.1 έως και 4 του άρθ.35 που ορίζεται με τη δημοσίευση των ΚΥΑ για την κατάργηση οργανικών θέσεων. Το σύστημα βαθμολογικής εξέλιξης οφείλει να είναι αντικειμενικό με βάση τα πραγματικά στοιχεία αφού θα προσδίδει το 15% του βασικού μισθού στους υπαλλήλους, στόχος υλοποίησης τουλάχιστον του 90% (άρθρο 36 ν. 4024/2011). Η έλλειψη τεχνογνωσίας όμως των κατάλληλων υπαλλήλων στις κατάλληλες υπηρεσιακές δομές του κράτους ενίσχυσε την ανάπτυξη 23.000 αρμοδιοτήτων μίας ελπίστηκης εικόνας του δημόσιου που κινείται σε ένα νομοθετικό πληθωρισμό που απαιτεί 15 δις ευρώ για να κινηθεί. Προτείνεται η αξιολόγηση προσωπικού με σύστημα «multiple choice test» των υποψηφίων με διαδικασία ΑΣΕΠ, συνεχή επιμόρφωση σύμφωνα με τις επιταγές της ΕΕ_2020. Η όλη διαδικασία επιδιώκει την ομαλή λειτουργία του δημόσιου τομέα, τη μείωση βαρών που προκαλούσαν άνιση κατανομή των φόρων. Η αντικυκλική πολιτική επιδιώκει νέα πολιτική τακτική, διαφάνεια και έλεγχο των δημοσίων υπηρεσιών.

3.1.7. Παραχώρηση μέρη του δημοσίου στον Ιδιωτικό τομέα

Η Αιτιολογική Έκθεση του Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016 βασική μεταρρύθμιση του νόμου 3871/2010 αναφέρεται σε αποκρατικοποιήσεις νομικών προσώπων των ΕΟΤ ή ΕΛΤΑ όπως σημειώνεται στην υποπαράγραφο ΣΤ.2. «Αναστολή προσλήψεων και διορισμών λόγω μεγάλου αριθμού προσωπικού ΥΕ & ΔΕ με την παραχώρηση δικαιώματος χρήσης των κοινοχρήστων χώρων των ΟΤΑ, την ύπαρξη του Παρατηρητηρίου Οικονομικής Αυτοτέλειας των ΟΤΑ, η μετάταξη –μεταφορά προσωπικού για το συμφέρον της δημόσιας υπηρεσίας, τη διαθεσιμότητα, την αργία στα πλαίσια της πειθαρχικής και ποινικής διαδικασίας κοκ.» δηλ. αναδιοργάνωση των δομών και έλεγχο αυτών από το δημόσιο» .

Η ίδια η Εγκύκλιος δεν θέτει πειθαρχικά παραπτώματα σε φορείς που δεν ανταποκρίνονται στις υπαγορεύσεις. Ο ν.2738/1999 (ΦΕΚ 180/τ'Β'/09-09-1999) ΚΕΦ.Β' άρθρο 14 (Διορισμός σε μόνιμες θέσεις προσωπικού με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου του δημοσίου, των ΝΠΔΔ και ΟΤΑ) αναφέρεται στην παρελθοντική διαδικασία των προσλήψεων προσωπικού ΙΔΑΧ με τον διορισμό δημοσιευμένο σε ΦΕΚ και η πρόσληψη γίνεται κατά το άρθρο 40 του Υπαλληλικού Κώδικα

Το Μεσοπρόθεσμο περιλαμβάνει απολύσεις στο δημόσιο, κατάργηση του 40% των δομών των υπηρεσιών, συγχωνεύσεις. Το μεταρρυθμιστικό αυτό πλαίσιο για την αναδιάρθρωση υπηρεσιών υλοποιείται βάσει της προγραμματικής συμφωνίας της τρικομματικής με την κινητικότητα των υπαλλήλων εν μέρει. Η δε αξιολόγηση των δομών της δημόσιας διοίκησης στοχεύει στη συγκρότηση του αποτελεσματικού κράτους με το ελάχιστο λειτουργικό κόστος στα πλαίσια των δημοσιονομικών στόχων.

Συμπερασματικά η αξιολόγηση δομών και υπηρεσιών αποσκοπεί στη μείωση του μεγέθους του κράτους, στην αποδοτικότερη λειτουργία του – ικανός αριθμός υπαλλήλων ανά δομή με περιγραφή αντικειμένου- απουσία γραφειοκρατικών εμποδίων που θα επιφέρουν περικοπή δημοσίων βαρών. Η Δημόσια Διοίκηση εκσυγχρονίζεται στα πλαίσια της Ατζέντας ΕΕ_2020 για μία βιώσιμη ανταγωνιστικότητα.

Κεφάλαιο 4ο .

Ο δημόσιος τομέας του μέλλοντος

Η εφαρμογή του Μεσοπρόθεσμου ανέδειξε χρόνια προβλήματα τα οποία η δημόσια διοίκηση οφείλει να επιλύσει με συντονισμό και παρακολούθηση των δημόσιων πολιτικών για την αποτελεσματικότητα του κυβερνητικού προγράμματος. Η απουσία όμως μηχανισμών και κουλτούρας οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ των Υπουργείων, η πληθώρα αρμοδιοτήτων και οι πολυάριθμες ρυθμίσεις εμφανίζουν τη δυσλειτουργία του κρατικού μηχανισμού. Η καλή λειτουργία προαπαιτεί ένα ισχυρό και διοικητικά επαρκή κυβερνητικό κέντρο, το οποίο απουσιάζει. Η έκθεση του ΟΟΣΑ για το 2012 παρατηρεί ότι στη κεντρική κυβέρνηση όπου απουσιάζει η στρατηγική δράση συνεκτικής διαχείρισης και επικοινωνίας των Υπουργείων. Προτρέπει τη σύσταση ενός «μικρού συνόλου που θα αποτελείται από θεσμοθετημένα όργανα, τον πυρήνα της εκτελεστικής λειτουργίας. Ο πυρήνας θα παρέχει εξουσιοδότηση, ευθύνη, ικανότητα για βέλτιστες πρακτικές που θα αποσκοπούν στην ανάπτυξη ενός αποτελεσματικού κυβερνητικού οράματος που η δημόσια διοίκηση για το δημόσιο συμφέρον θα διαχειρίζεται και θα υλοποιεί τους μακροχρόνιους στόχους.

Η καθυστέρηση των διαρθρωτικών μεταρρυθμίσεων οφείλονται στην έλλειψη κεντρικής διεύθυνσης και στρατηγικής δράσης, συντονισμού και οράματος η οποία θα εξουσιοδοτεί, θα προγραμματίζει και θα κατευθύνει τις άλλες διοικητικές υπηρεσίες. Η σημερινή Διοίκηση διακρίνεται για την έλλειψη αποτελεσματικότητας, σπατάλη στη διαχείριση πόρων, ήσσονος προσπάθειας συμπεριφορών, έλλειψη ανταγωνιστικών συνθηκών, μη ορθολογικό σχεδιασμό, έλλειψη στο σύστημα μέτρησης και απόδοσης των στόχων που έχουν σαν αποτέλεσμα την μη άμεση μη άμεση παροχή υπηρεσιών προς το πολίτη που πρέπει να είναι και το ζητούμενο. Η απουσία εξορθολογισμού της Δημόσιας Διοίκησης είναι λόγω της θεσμικής της περιφρούρησης που εμποδίζει την εύρυθμη λειτουργία της και δημιουργεί

προσκόμματα στη εφαρμογή των διορθωτικών προγραμμάτων. Με τον τρόπο αυτό υπάρχουν πολλά Τμήματα ή Δ/σεις με αλληλεπικαλυπτόμενες αρμοδιότητες.

Προτείνεται :

Η εφαρμογή του ν. 4093/2012 ελαφρύνει το δημόσιο από φορείς και οργανισμούς που δεν εξυπηρετούν ή είναι ανεπαρκείς για το δημόσιο. Ο στόχος της ορθολογικής αναδιάρθρωσης και συρρίκνωσης του δημοσίου γίνεται με κατάργηση οκτώ (8) φορέων και συγχώνευση εκατόν πενήντα (150) νομικών προσώπων καθώς οι 23.000 αρμοδιότητες του ελληνικού κράτους παρέχουν αρνητική εικόνα για επενδύσεις και οξύνουν το δημοσιονομικό πρόβλημα της χώρας. Η περιστολή των δαπανών συνδέεται με την κατάργηση δομών και απολύσεις προσωπικού.

Η εικόνα του γενικού κράτους περιλαμβάνει: α) 15 υπουργεία, 75 γενικές και ειδικές γραμματείες, 4.000 τμήματα με 0-3 υπαλλήλους, 23.000 αρμοδιότητες, 23.000 νομικά πρόσωπα και 700.000 προσωπικό . β) Η πολυνομία, η συσσώρευση νομικών υποθέσεων, 20 μέρες για να κινηθεί ένα έγγραφο από το πρωτόκολλο στο αντίστοιχο τμήμα, παρά τις ρυθμιστικές παρεμβάσεις του κράτους, το οδηγεί να παραχωρεί κυριαρχικά του δικαιώματα σε ιδιωτικές εταιρείες. Καινοτομία: Η διεύθυνση του ιδιωτικού τομέα σε δραστηριότητες που ασκούσε το δημόσιο, θεωρείται καινοτομία, που θα λειτουργήσει ανταγωνιστικά και θα αναβαθμίσει τις παρεχόμενες υπηρεσίες προς τον πολίτη.

Κατάργηση ή συγχώνευση: Το ΝΠΔΔ «Ελληνική Θαλάσσια Ένωση με μεταφορά αρμοδιοτήτων στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας, το «Ινστιτούτο Οικονομίας Κατασκευών(ΙΟΚ) στη Γενική Γραμματεία Δημοσίων Έργων. Το Ταμείο Διαχείρισης Πιστώσεων για την Εκτέλεση Αρχαιολογικών Έργων και κυρίως συγχρηματοδοτούμενα έργα από το Ε.Σ.Π.Α.. Οι εκπαιδευτικές δομές (ΟΤΕΚ, ΑΣΤΕ, ΕΠΑΣ, ΙΕΚ, οι Σχολές Ξεναγών- αρμοδιότητες του Ο.Τ.Ε.Κ.) γίνονται περιφερειακές υπηρεσίες του Υπουργείου Τουρισμού (άρθρο 4). Στα άρθρα 5 έως 14 του ν. 4093 /2012 αναφέρεται η οριζόντια συγχώνευση και κατάργηση των φορέων με την αυτοδίκαιη λήξη της θητείας των Προέδρων, των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου, όπως και η μεταφορά του προσωπικού τους σε φορείς του ευρύτερου δημόσιου τομέα χωρίς σύσταση νέων θέσεων, η σύσταση νέων θέσεων καταστρατηγεί τον νόμο 3812/2009 σύμφωνα με τον οποίο για κάθε νέα θέση απαιτούνται πέντε (5) αποχωρήσεις, στους Οργανισμούς Εσωτερικής Υπηρεσίας (ΟΕΥ) των φορέων υποδοχής.

4.1.Περιγραφή της μελλοντικής διοίκησης

Η αναγκαιότητα θεμελίωσης διορθωτικής αλλαγής της δημόσιας διοίκησης, δημιουργεί οικοδόμημα με **τρεις** πυλώνες.

1ος Πυλώνας: Προσλήψεις-κινητικότητα υπαλλήλων –δομές

Προτείνεται περικοπή δομών έως και 60% αντί 30% (όριο περιορισμού του Δημοσίου). Ο Χάρτης (map road) της ΕΕ_2020 αναφέρεται σε περικοπή δεκάδων υπηρεσιών, διευθύνσεων, τμημάτων και οργανισμών με ομογενοποίηση των επιτελικών λειτουργιών τους. Απλούστευση διαδικασιών και περιστολή των γραφειοκρατικών διαδικασιών, με μείωση του πολυδαίδαλου κράτους κατά 25% εντός του 2012. Μη υλοποιήσιμος **στόχος** μέχρι σήμερα. Το κόστος της ελληνικής γραφειοκρατίας αποτιμάται στο 6,7% του ΑΕΠ, την ώρα που στις άλλες χώρες της ΕΕ ο ίδιος δείκτης είναι στο 3%. Το 50% του ανθρώπινου δυναμικού στο ελληνικό δημόσιο, που εργάζεται σε αυτόν τον μηχανισμό υποστήριξης, ενδέχεται να απολυθεί. *Διοικητικοί υπάλληλοι που ασχολούνται με τη μισθοδοσία, υπάλληλοι πρωτοκόλλου, κλητήρες, τεχνικοί υπολογιστών, υπάλληλοι Προμηθειών, Καθαριστές των κτιρίων και άλλοι, χάνουν τις θέσεις τους.* Το 60% της μείωσης του δημοσίου τομέα (υπουργεία, οργανισμοί, νπδδ, ανεξάρτητες αρχές) θα οδηγήσει σε μείωση του προσωπικού τους κατά 50%.

Η κάλυψη των αναγκών του Δημόσιου Τομέα θα γίνεται από προσωπικό –μικρό στον αριθμό– με συμβάσεις ορισμένου ή αορίστου ή με συμβάσεις μίσθωσης έργου (μπλοκάκι) ή ελεύθεροι επαγγελματίες, που θα παρέχουν υποστηρικτικές υπηρεσίες. Ο ιδιωτικός τομέας θα διεισδύσει στον δημόσιο με ανάληψη των υποστηρικτικών μηχανισμών των υπουργείων.

4.1.2. Αναστολή προσλήψεων - αρχή παραχωρήσεων

Με το πολυνομοσχέδιο (ΜΠΔΣ 2013-2016) καθορίζεται η αναστολή των προσλήψεων (παραγρ.ΣΤ.2) με εξαίρεση τους νησιωτικούς δήμους (άρθρο 11 του ν.3833/2010), παραχώρηση κοινόχρηστων χώρων (ΟΤΑ)έναντι ανταλλάγματος ΣΤ.3 Η παράγραφος Ζ.1 εισάγει την υποχρεωτική μετάταξη ή μεταφορά ή κινητικότητα προσωπικού για ενίσχυση του *δημόσιου συμφέροντος*, η Ζ.2 ευρύνει την *κινητικότητα* των δημοσίων υπαλλήλων μέσα στον δημόσιο τομέα για πρώτη φορά (άρθρο 5 του ν.4024/2011), τον περιορισμό των προσλήψεων και τις δεσμεύσεις που προκύπτουν από το Κώδικα Δημοσίων Υπαλλήλων(Κ/Δ.Υ). Στην Ζ.3 αναφέρεται στην *κατάργηση* των θέσεων και στην *αυτοδίκαιη διαθεσιμότητα* των υπαλλήλων σύμφωνα με το άρθρο 154 παρ.2 Υ.Κ. και άρθρο 158 παρ.2 του Κώδικα Κατάστασης Δημοτικών και Κοινοτικών Υπαλλήλων –ΚΚΔΚΥ σύμφωνα με το άρθρο 5 του ν.4024/2011 που προκύπτει από τη κατάργηση των θέσεων ΙΔΑΧ.

Εφαρμόζεται ο θεσμός της *αυτοδίκαιης αργίας*(Ζ.3) γίνεται πιο ευέλικτος ώστε να αξιολογήσει τους υπαλλήλους ανάλογα με τα καθήκοντά τους ή σύμφωνα με το συμφέρον της υπηρεσίας και συγκεκριμένα για τις κατηγορίες ΔΕ & ΥΕ . Το

συνολικό έργο της κινητικότητας ολοκληρώνεται στην παράγραφο Ζ, για 2.000 υπαλλήλους σύμφωνα με το άρθρο 101 του (Κ/Δ.Υ). Με τον τρόπο αυτόν θα γίνει αποχώρηση 15.000 υπαλλήλων το 2012 που μέχρι στιγμής δεν έχει «υλοποιηθεί». Οι προσλήψεις ΙΔΟΧ²³ θα είναι περιορισμένες όπως και ο αριθμός των μετακλητών υπαλλήλων θα υλοποιείται σύμφωνα με το Π.Δ. 63/2005²⁴. Οι πίνακες διορισμού του ΑΣΕΠ ισχύουν και επιδιώκεται να μην μεσολαβούν μεγάλα χρονικά διαστήματα για την υλοποίησή τους (παρ. Ζ.6. του ανωτέρω νόμου).

Ο δημόσιος τομέας υποχρεούται ετήσια να ψηφίζει τον προϋπολογισμό – προγράμματος για υλοποίηση συγκεκριμένων στόχων και κοινοποίηση του στην Κεντρική Κυβέρνηση όπως και των υπουργείων. Η μη ψήφιση και έγκριση του προϋπολογισμού θα έχει αρνητικές επιπτώσεις (Έκθεση του ΟΟΣΑ).

Οι ανωτέρω διαδικασίες έχουν πιλοτικά εφαρμοστεί σε δύο Υπουργεία (ΥΔΜΗΔ & ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ). Από την εφαρμογή αυτή αναμένεται εξοικονόμηση πόρων ύψους 2.447.963 ευρώ έως και τα 7 εκατ. ευρώ. Η ανάληψη εκτυπωτικών εργασιών του Δημοσίου θα γίνεται από το Εθνικό Τυπογραφείο που θα μεταφερθεί στη Γενική Γραμματεία της κυβέρνησης. Στις κύριες και υποστηρικτικές μονάδες του υπουργείου ΥΔΜΗΔ απασχολούνται τώρα 483 άτομα που θα μειωθούν σε 86 εργαζομένων (-18%). Το προσωπικό θα ανέλθει στα 397 άτομα και το όφελος σε 8 εκατ. ευρώ. Το υπουργείο θα αποτελείται από την κεντρική υπηρεσία και τρεις δομές επιπέδου Γενικής Διεύθυνσης. 1) διοικητική υποστήριξη που θα συγχωνευθεί στη Γενική Διεύθυνση Οικονομικών και Διοικητικών Υπηρεσιών. Σε αυτή θα συσταθούν τρεις νέες διευθύνσεις. Η Διεύθυνση Προϋπολογισμού και Δημοσιονομικών Αναφορών, η Διεύθυνση Προμηθειών Υποδομών και Διαχείρισης Υλικού και η Διεύθυνση Διοικητικών Υπηρεσιών 2) διοικητική μεταρρύθμιση και ηλεκτρονική διακυβέρνηση & 3) Διαχείριση του ανθρώπινου δυναμικού. Οι μονάδες που θα υπάγονται στην πολιτική ηγεσία του υπουργείου από οκτώ θα γίνουν 13 (αύξηση 63%).

Το Υπουργείο Περιβάλλοντος μειώνεται κατά 55% με το νέο οργανόγραμμα, οι οργανικές μονάδες του από 299 μειώνονται σε 134. Το δημοσιονομικό όφελος από τις

²³ Η ΠΝΠ ΦΕΚ256/31-12-2012 αναφέρεται στον αριθμό επιτρεπόμενο αριθμό ατόμων με πρόσληψη ΙΔΟΧ

²⁴ Π.Δ. ΑΡΙΘΜ. 63/2005 «Κωδικοποίηση της νομοθεσίας για την Κυβέρνηση και τα κυβερνητικά όργανα»

παρεμβάσεις και τη νέα δομή του υπουργείου θα είναι στα 8.083.989 ευρώ. Το προσωπικό που σήμερα απασχολείται στο υπουργείο φτάνει τα 1.137 άτομα. Με βάση το νέο οργανόγραμμα, οι υπάλληλοι μειώνονται από 23% στο 13%. Το προσωπικό αναμένεται ότι θα μεταταγεί, έπειτα από αξιολόγηση, σε άλλες θέσεις του Δημοσίου, όπου υπάρχει ανάγκη. Κατάργηση και συγχώνευση τεσσάρων νομικών προσώπων του (ΟΡΣΑ, ΟΡΘΕ, ΟΡΘΙ, ΕΑΧΑ Α.Ε.) στην Κεντρική Υπηρεσία του υπουργείου. Η μετεγκατάσταση των υπηρεσιών του υπουργείου σε ένα ενιαίο κτίριο (από τα 26 υφιστάμενα σήμερα κτίρια).

- Ο γενικός επιθεωρητής Δημόσιας Διοίκησης και το Σώμα Επιθεωρητών Δημόσιας Διοίκησης σε μία νέα δομή η οποία διατηρεί όλες τις αρμοδιότητες των δύο θεσμών και τη λειτουργική ανεξαρτησία του ΣΕΔΔ. Οι διευθύνσεις από πέντε που είναι σήμερα θα περιορισθούν σε δύο (μείωση 60%). Τα τμήματα και τα γραφεία από δέκα που είναι σήμερα θα περιορισθούν σε τρία (μείωση 70%). Οι διευθύνσεις από 5 που είναι σήμερα θα περιορισθούν σε 2 (μείωση 60%).* Τα τμήματα και τα γραφεία από 10 σε 3 (μείωση 70%). Οι μονάδες που υπάγονται στο γενικό επιθεωρητή από 32 σε 12 (μείωση-63%).
- Εθνικό Κέντρο Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης: Οι διευθύνσεις από 6 που είναι σε 4 (μείωση 33,33%). Τμήματα και τα γραφεία από 25 σε 13 (μείωση 48%). Συνολικά, οι γενικές διευθύνσεις μειώνονται σε ποσοστό 50%, οι διευθύνσεις σε ποσοστό 62,79% και τα τμήματα και τα γραφεία σε ποσοστό 67,06%. Τα τμήματα και τα γραφεία από 70 θα περιορισθούν σε 37 (μείωση 47,14%).
- Η συγχώνευση του ΟΚΧΕ και της Κτηματολόγιο Α.Ε. σε νέο Οργανισμό με βασικό στόχο τη συγκέντρωση των αρμοδιοτήτων χαρτογράφησης και κτηματογράφησης σε ενιαίο φορέα.
- Στη Γ.Δ. Χωροταξίας και Αστικού Περιβάλλοντος από 37 θα παραμείνουν 20 (μείωση 46%).
- Στη Γ.Δ. Ανάπτυξης και Προστασίας Δασών και Φυσικού Περιβάλλοντος από 43 , 23 (μείωση 47%).
- Στη Γ.Δ. Περιβαλλοντικής Πολιτικής από 42 σε 21 (μείωση 50%).

- Στη Γ.Δ. Ενέργειας και Ορυκτών Πόρων από 55 σε 17 (μείωση 69%).
- Στη Γ.Δ. Οικονομικών, Διοικητικών Υπηρεσιών και Ψηφιακής Διακυβέρνησης από 66 θα παραμείνουν 19 (μείωση 71%).
- Οι μονάδες για τα συγχρηματοδοτούμενα προγράμματα από 16 περιορίζονται σε εννέα (μείωση 44%).

2^{ος} Πυλώνας:

ΚΕΝΤΡΟ ΔΙΑΚΥΒΕΡΝΗΣΗΣ

Προτείνεται βάσει του ΜΠΔΣ :

- Σύσταση Κέντρου Διακυβέρνησης: Το κέντρο αυτό θα αποτελεί τον «δυναμικό βραχίονα» των αρμοδιοτήτων του Πρωθυπουργού. Η συγκρότηση του ελληνικού Κέντρου Διακυβέρνησης θα βασίζεται στις καλές πρακτικές των άλλων Κέντρων Διακυβέρνησης των Κ_Μ της Ε.Ε. σε συνεργασία με τη γαλλική ομάδα δράσης στην παροχή τεχνογνωσίας.
- Η έκθεση του ΟΟΣΑ για το 2012 καθορίζει «μικρό σύνολο θεσμοθετημένων οργάνων, που θα είναι ο πυρήνας της εκτελεστικής εξουσίας με αρμοδιότητα την υλοποίηση δημόσιων πολιτικών για τον εξορθολογισμό της διακυβέρνησης της χώρας». Στόχος του «Κέντρου Διακυβέρνησης» για ορθολογική διοίκηση είναι ο σχεδιασμός, η οργάνωση, η ηγεσία και ο έλεγχος. Μακροχρόνιοι και σημαντικοί στόχοι δημοσιονομικού περιεχομένου θα είναι η κινητήριος δύναμις των δημοσίων υπηρεσιών.
- Η δομή της Γενικής Γραμματείας Συντονισμού είναι το κέντρο βάρους για την πάγια κυβερνητική λειτουργία, με ετήσιο προγραμματισμό, εφαρμογή και συντονισμό των δράσεων των Υπουργείων και άμεση εκτέλεση διαδικασιών απορρόφηση πόρων (ΕΣΠΑ) ή άλλων συγχρηματοδοτούμενων πράξεων με βάση τις αρμοδιότητες της. Ο ετήσιος προγραμματισμός θεωρείται καινοτομία(άρθρο 18 του ανωτέρω νόμου) ενώ τα Σχέδια Δράσης των Υπουργείων μετά την οριστικοποίησή τους θα αποτελούν το ενιαίο Πρόγραμμα εκτέλεσης του κυβερνητικού έργου.

Το υπάρχον Κέντρο Διακυβέρνησης έχει περιορισμένη δυνατότητα να θέτει στρατηγικές κατευθύνσεις και προτεραιότητες. Ο ρόλος του εμφανίζεται κατακερματισμένος. Απουσιάζει ο «κύριος-ηγέτης», η στρατηγική δράση που είναι ο συντονιστής των κυβερνητικών αποφάσεων. Αδυναμία εφαρμογής των μεταρρυθμίσεων και ενίσχυση της νομικής τυπολατρίας δεσπάζει στο χώρο της διοίκησης. Από παράδειγμα η μέχρι τώρα θεσμοθέτηση των μνημονίων – μεσοπρόθεσμου, όπου για κάθε πράξη θεσπίζεται και νόμος.

Η σύσταση του Κέντρου θα εξορθολογίζει τον δημόσιο τομέα προς το συμφέρον του Κράτους και των πολιτών. Η νέα δομή θα συνδράμει το συντονιστικό ρόλο του πρωθυπουργού με παροχή επαρκούς ενημέρωσης και τεχνογνωσίας για μια νέα και σύγχρονη Δημόσια Διοίκηση.

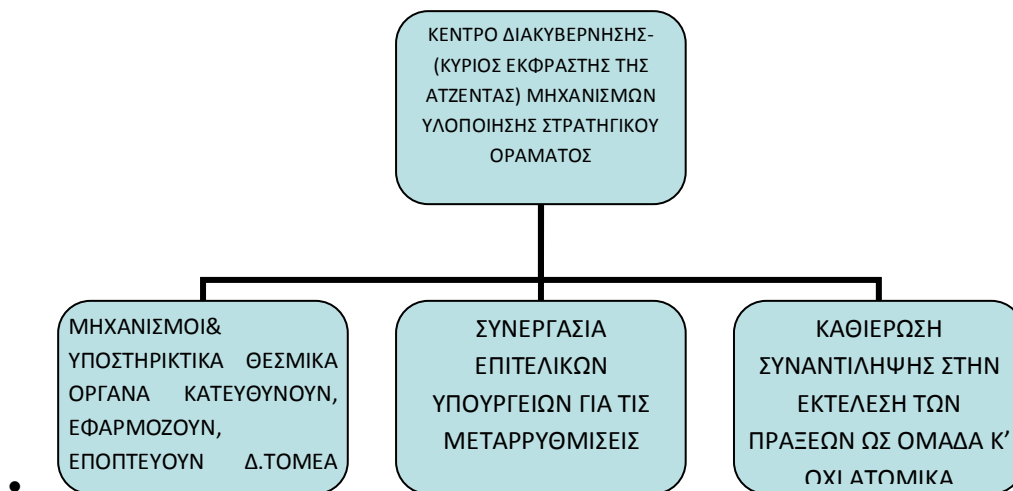
4.1.3. Σύσταση νέας δομής:

- Η Γενική Γραμματεία Συντονισμού θα συντονίζει δράσεις και ενέργειες που απαιτούνται για τον προγραμματισμό της εκτέλεσης του κυβερνητικού έργου από τα Υπουργεία. Καινοτομία χαρακτηρίζεται η *ετήσια* κατάρτιση προγράμματος εκτέλεσης του κυβερνητικού έργου από την υπηρεσία Προγραμματισμού της Γενικής Γραμματείας Συντονισμού σε συνεργασία με τα Υπουργεία .
- Το Γραφείο Τεκμηρίωσης και Αρχείων θα υποστηρίζει τη *συνέχεια* του κράτους με τήρηση στοιχείων και αρχείων τεκμηρίωσης . Η θητεία του Γενικού Γραμματέα Συντονισμού θα είναι πενταετής, ανώτατο διοικητικό στέλεχος και θα υπάγεται στον Πρωθυπουργό, (άρθρο 19 του ανωτέρω νόμου). Η στελέχωση της υπηρεσίας θα αποτελείται από 63 θέσεις προσωπικού με βάση τις λειτουργίες της Γενικής Γραμματείας και το υφιστάμενο πλαίσιο δημοσιονομικών συνθηκών (άρθρα 20 & 21).
- Η Γενική Γραμματεία, Υπηρεσιακού και Πειθαρχικού Συμβουλίου με δικαίωμα εκχώρησης υπογραφής πράξεων και εγγράφων θέματα διοικητικά και οικονομικά στον προϊστάμενο του Γραφείου Διοίκησης της Γενικής Γραμματείας.

- Η Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης για κωδικοποίηση του συνόλου των διατάξεων για την Κυβέρνηση και τα Κυβερνητικά όργανα.

Η δομή της Γενικής Γραμματείας Συντονισμού θα είναι το κέντρο βάρους με αρμοδιότητα την πάγια κυβερνητική λειτουργία. Η εκτελεστικότητα του ετήσιου προγραμματισμού, η εφαρμογή και ο συντονισμός των δράσεων των Υπουργείων γίνεται άμεσα για την εκτέλεση πράξεων του ΕΣΠΑ ή άλλων συγχρηματοδοτούμενων πράξεων με βάση τις αρμοδιότητες της. Ο ετήσιος προγραμματισμός θεωρείται καινοτομία (άρθρο 18 του ανωτέρω νόμου) ενώ τα Σχέδια Δράσης των Υπουργείων μετά την οριστικοποίησή τους θα αποτελούν το ενιαίο Πρόγραμμα εκτέλεσης του κυβερνητικού έργου²⁵

ΑΝΑΛΥΤΙΚΑ:



Θετικά και αρνητικά στοιχεία

- Η κυβερνητική πολιτική εμφανίζει απουσία στρατηγικής δράσης, επαρκής ενημέρωσης των κυβερνητικών στελεχών. Η έλλειψη, δομών, ανταγωνιστικών συνθηκών, ορθολογικού σχεδιασμού, θεσμικής διαφάνειας, η ύπαρξη οργανωτικών επικαλύψεων, ο υψηλός χρόνος διεκπεραίωσης των αιτημάτων είναι η κοστοβόρος παθογένεια του δημόσιου τομέα.
- Προτείνονται βέλτιστες πρακτικές με συγκεντρωτική εφαρμογή που θα βοηθούσαν τον εξορθολογισμό της Δημόσιας Διοίκησης και ενίσχυσή της με καινοτόμους δράσεις που θα εξυπηρετούν το δημόσιο συμφέρον.

²⁵ Από την Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Κατάργηση και συγχώνευση νομικών προσώπων του δημοσίου και ευρύτερου δημόσιου τομέα –Σύσταση Γενικής Γραμματείας για το συντονισμό του κυβερνητικού έργου και άλλες διατάξεις.

- Ισχυροποίηση του Πυλώνα με ομάδες – ειδικοί σύμβουλοι ή μετακλητούς υπάλληλους – δεμένοι ανάλογα με το job description τους με τη στρατηγική δράση και απασχόληση όσο διαρκεί η εφαρμογή και υλοποίηση του σχεδιασμού.
- Η σημερινή αδυναμία υλοποίησης των πολιτικών μεταρρυθμίσεων και εκλογικών δεσμεύσεων είναι εμφανής στην τήρηση του χρονοδιαγράμματος των διαρθρωτικών αλλαγών. Η ετήσια δέσμευση προγραμματισμού είναι απαραίτητη.
- Έλλειψη καλής νομοθεσίας & ανεπάρκεια ελέγχου εφαρμογής της.

3^{ος} Πυλώνας : Ελλάδα και ΕΕ ΔΝΤ ΕΚΤ – Παγκόσμια Διακυβέρνηση

Η εφαρμογή του ίδιου μοντέλου διοίκησης προσκρούει στις διαφορές που διακρίνει τις ευρωπαϊκές χώρες του βορρά και του νότου. Η γεωγραφική κατανομή των χωρών, η πολιτισμική τους κουλτούρα, ο τρόπος σκέψης, η ιδιοσυγκρασία τους και ο τρόπος διαχείρισης των δημοσιονομικών θεμάτων διαφέρει στην πολιτική που ακολουθείται από τις χώρες του νότου. Παραδείγματα η Ελλάδα και η Γερμανία, χώρες με διαφορετικό τρόπο χειρισμού πολιτικών διακυβέρνησης και δημόσιας πρακτικής. Το μοντέλο της διοίκησης πχ στην Γερμανία διαφοροποιείται ως προς την κατανομή των πόρων, την απασχόληση, την ασφάλιση, την ανεργία με αναντιστοιχία ποσόστωσης λόγω της κουλτούρας των χωρών Βορρά –Νότου. Στο σύνολο 100%, ο 1^{ος} Πυλώνας είναι 20%, ο 2^{ος} Πυλώνας 70% και ο 3^{ος} 10% όπου ο οικονομικός εργάτης απασχολείται πολλαπλά για την Γερμανία. Στην Ελλάδα η ποσόστωση κατανομής της διοίκησης είναι 40% για τον 1^ο Πυλώνα , 55% για τον 2^ο και 5% για τον 3^ο Πυλώνα . Το νέο μοντέλο κρατικής διοίκησης ακολουθεί τις επιταγές των συνθηκών (Μάαστριχτ και Λισαβόνα), οδηγεί σε ένα ενιαίο ευρωπαϊκό μοντέλο στο οποίο θα υπάρχουν μεν αποκλίσεις (κυρίως μεταξύ του ευρωπαϊκού βορρά και του ευρωπαϊκού Νότου) αλλά δεν θα είναι ουσιαστικές επειδή οι αποκλίσεις αυτές οφείλονται στην διαφορετική κουλτούρα. Εάν τα χαρακτηριστικά του επερχόμενου γραφειοκρατικού μοντέλου είναι οι προαναφερόμενοι πυλώνες τότε οι επιμέρους διαφοροποιήσεις μεταξύ των εθνικών κρατών που αποτελούν την Ε.Ε. , όπως περιγράφεται στους πυλώνες θα στηρίζουν το νέο μοντέλο διοίκησης . Δηλ. ο ευρωπαϊκός βορράς θα τονίζει τον 2^ο πυλώνα και ο ευρωπαϊκός νότος τον πυλώνα των προσλήψεων στο δημόσιο τομέα λόγω της κουλτούρας της διαβίου εργασίας. Σίγουρα οι αποκλίσεις δεν θα είναι εμφαντικές.



ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ:

Δημιουργείται διακυβερνητικό πλαίσιο όπου η κυβέρνηση θα περιχαρακώνεται από μια άλλη, τη Γενική Κυβέρνηση και τις συναφείς Υπηρεσίες της, που θα έχει θεσμικό χαρακτήρα, θα εκτελεί και θα διασφαλίζει το πλαίσιο της «κινητικότητας» των πράξεων και αποφάσεων. Οι υπάλληλοι ΙΔΑΧ «μετακλητοί» θα απασχολούνται όσο χρόνο κρίνεται απαραίτητος για την εκτέλεση του έργου και όσο χρόνο διαρκεί το «πρόσωπο». Προσωπικό ΙΔΟΧ απασχολείται το αυτό μέχρι την ολοκλήρωση του έργου και σε περίπτωση παράτασης συνεχίζεται η σύμβασής του.

Η δημόσια διοίκηση εκσυγχρονίζεται με τη διείσδυση του ιδιωτικού τομέα στις υποστηρικτικές δομές των υπηρεσιών της γενικής κυβέρνησης. Ο δημόσιος τομέας εξέρχεται από την κρίση με ενίσχυση της ανταγωνιστικότητας, παραγωγικότητας, ενδυνάμωση του προσωπικού και των κοινωνικών δομών. Οι μεσοπρόθεσμες και μακροπρόθεσμες μεταρρυθμίσεις των μνημονίων σκοπεύουν να εξορθολογίσουν τη δημοσιονομική κατάσταση της χώρας στη βάση του Συμφώνου Σταθερότητας και Ανάπτυξης. Η εποπτεία των υπουργείων γίνεται υποχρεωτική ώστε η Ελλάδα να

αποκτήσει μία ανοικτή και ανταγωνιστική οικονομία με τον εξορθολογισμό του δημοσίου τομέα και την ορθή διαχείριση του φορολογικού της συστήματος²⁶ .

Στην εφαρμογή του Μεσοπρόθεσμου οι εμπειρογνώμονες του ΟΟΣΑ ρητά αναφέρουν «Εάν αυτό δεν αλλάξει, -η διοίκηση-δεν θα αποδώσει κανένα μέτρο δημοσιονομικής πολιτικής» όπως προκύπτει και από τις ανωτέρω αναφορές υπάρχει συνέχεια ασυνέπειας εκ μέρους του κράτους και κατατάσσει την Ελλάδα χαμηλά στον δείκτη της Παγκόσμιας Τράπεζας που μετρά τις ανταγωνιστικές οικονομίες του κόσμου (doing business) στη θέση 141^η σε σύνολο 180 χωρών που συμμετέχουν στη μέτρηση. Η ελληνική κουλτούρα στον τομέα της απασχόλησης διαφέρει της ΕΕ_27

Η Ελλάδα στη σημερινή εποχή παρουσιάζει εξαγωγές σε ανθρώπινο δυναμικό με την καλύτερη τεχνογνωσία. Παλαιά το μεταναστευτικό φαινόμενο συνετέλεσε στην Οικονομική άνοδο και κοινωνική ανασυγκρότηση-στα μικρομεσαία κοινωνικά στρώματα- λόγω εμβασμάτων από την ναυτιλία, μετανάστευση(Αμερική, Αυστραλία, χώρες της Δυτ.Ευρώπης κλπ). Η σημερινή παγκόσμια κρίση, κυρίως η χρηματιστηριακή προσανατολίζει την αναζήτηση εργασίας των νέων στο παγκόσμιο περιβάλλον της εργασίας. Η Ελλάδα στερείται νέου ανθρώπινου δυναμικού λόγω της αναστολής των προσλήψεων και μετατρέπεται αυξητικά σε μια χώρα συνταξιούχων και μεγάλης ηλικίας δημοσίων υπαλλήλων .

Προτείνεται:

- Εφαρμογή του Νόμου για την Καλή Νομοθέτηση (N4048/2012) ο οποίος προέβλεπε: Ανάλυση επιπτώσεων (ex ante και ex post) της Οργάνωσης Κοινωνικής Διαβούλευσης & μείωση διοικητικών επιβαρύνσεων .
- Ενίσχυση επενδύσεων και άνοιγμα των «κλειστών επαγγελματών».
- Αναδιάρθρωση του κρατικού μηχανισμού και είσοδος των ιδιωτών στις υποστηρικτικές δομές με έλεγχο του δημοσίου.
- Άμεση απορρόφηση κονδυλίων του ΕΣΠΑ και όχι καθυστέρηση από τους ελεγκτικούς μηχανισμούς του κράτους πχ Ελεγκτικό συνέδριο (όπως δέσμη προγραμματικών για την αγορά εργασίας, προγράμματα απασχόλησης νέων, ευκολότερη απορρόφηση κοινοτικών πόρων από τους ιδιώτες , προγράμματα περιφερειακής ανάπτυξης κυρίως με συνέργια των τριών ταμείων).

²⁶ ΠΗΓΗ:EUCO 13/10 Ευρωπαϊκό Συμβούλιο , Βρυξέλλες ,17-06-2010 .

- Αναθεώρηση του Συντάγματος καθώς και του (Κ/Δ.Υ²⁷) του στενού και ευρύτερου δημόσιο τομέα.
- Η εφαρμογή της κινητικότητας στα πλαίσια αξιοκρατίας και διαφάνειας
- Αντίληψη ότι οι ΙΔΑΧ θα μετατραπούν σε «προσωπικό μύθο» που θα εκπέσει όπως ο Λαοκόων που παραφράζει τον δημόσιο τομέα – στενό και ευρύτερο -με τα παιδιά του (τακτικοί υπάλληλοι, δημόσιοι υπάλληλοι, ΙΔΑΧ, ΙΔΟΧ(ΣΟΧ, ΣΜΕ, ΚΟΧ) απέναντι στην Αθηνά – Ευρώπη (ΕΕ_27) .
- Απασχολησιμότητα με βάση των επιταγών της ΕΣΑ & ΑΜΣ²⁸ για την αντιμετώπιση της διαρθρωτικής ανεργίας
- Απαιτείται συμμετοχική διαβούλευση όλων των εμπλεκόμενων μερών για τη λύση προβλημάτων.

NOMOI:

- Ν.4024/2011, νέο βαθμολόγιο και σύνδεσή του με το μισθολόγιο
- Ν.4048/2012, ρυθμιστική διακυβέρνηση
- Ν.4057/2012, τροποποίηση πειθαρχικού δικαίου
- Ν.4093/2012, τροποποίηση ΥΚ, διαθεσιμότητες, απολύσεις, πειθαρχικά
- Ν.4178/2013, πλαίσιο για νέους οργανισμούς υπηρεσιών
- Ν.4250/2014, καταργήσεις δημόσιων φορέων, αξιολόγηση μέσα από προκαθορισμένες ποσοστώσεις
- Ν.4275/2014, νέο σύστημα επιλογής προϊσταμένων ,
- Ν. 4336/2015 Φεκ 94/τ. Α΄ Eurosummit
- Π.Δ.318/1992(Α΄161) με τον ν.4250/2014
- Ν.3852/2010, *Νέα Αρχιτεκτονική της Αυτοδιοίκησης και της Αποκεντρωμένης Διοίκησης «Πρόγραμμα Καλλικράτης» ΦΕΚ 87/Β/7.6.2010.*
- ν. 4093/2012«Έγκρισης Μεσοπρόθεσμου Πλαισίου Δημοσιονομικής Στρατηγικής 2013-2016-Επείγοντα Μέτρα Εφαρμογής Ν. 3200/1955 “περί διοικητικής αποκεντρώσεως”
- Ν. 3925/1959 “περί Υπουργείων και Οργανισμών των Δημοσίων Πολιτικών Υπηρεσιών”,
- ο Ν. 3983/1959 “περί μέτρων τινών προς βελτίωσιν της λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών”,
- ο Ν. 3980/1959 “περί κωδικοποιήσεως της Διοικητικής Νομοθεσίας”,
- το Ν.Δ. 4193/1961 “περί τακτοποιήσεως του εκτάκτου προσωπικού των δημοσίων υπηρεσιών” για την μείωση επικαλύψεων, απλοποίηση διαδικασιών και κωδικοποίηση.

ΣΥΝΔΕΣΜΟΙ:

http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/index_el.htm

ΕΚΘΕΣΕΙΣ

²⁷ Κώδικας Δημοσίων Υπαλλήλων (Κ/Δ.Υ)

²⁸ ΕΣΑ & ΑΜΣ: Ευελιξία με ασφάλεια σημαίνει η δυνατότητα επιλογής του είδους της εργασίας και υποχρέωση του εργαζόμενου στις απαιτήσεις της αγοράς εργασίας.

1. Euro Summit [SN 4070/15, Brussels, 12 July 2015]
2. Livre Blanc of the futur of Public Administration in Europe by SILICANI
3. OECD (2002), *OECD Economic Surveys: Greece 2002*, OECD Publishing, Paris,
4. http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-grc-2002-en.
5. OECD (2005), *OECD Economic Surveys: Greece 2005*, OECD Publishing, Paris,
6. http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-grc-2005-en.
7. OECD (2007), *OECD Economic Surveys: Greece 2007*, OECD Publishing, Paris,
8. http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-grc-2007-en.
9. OECD (2009), *OECD Economic Surveys: Greece 2009*, OECD Publishing, Paris,
10. http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-grc-2009-en.

Οι αρμοδιότητες της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας. Οριοθέτηση αρμοδιοτήτων μεταξύ της ΡΑΕ και της Επιτροπής Ανταγωνισμού

Παναγιώτα Ξυλάκη, ΔΝ (Hannover), Δικηγόρος

Το ζήτημα των αρμοδιοτήτων της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (εφεξής ΡΑΕ) είναι εκτενές και πολυεπίπεδο. Στα πλαίσια της παρούσας εισήγησης¹ θα επιχειρηθεί η ανάλυση ενός σημαντικού σχετικού ζητήματος. Πρόκειται για την οριοθέτηση μεταξύ των αρμοδιοτήτων της ΡΑΕ και της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Με το λεγόμενο Τρίτο Ενεργειακό Πακέτο² ο ρόλος των εθνικών ρυθμιστικών αρχών, και συνακόλουθα της ελληνικής Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας, της ΡΑΕ³, αναβαθμίστηκε. Ειδικότερα σύμφωνα με την Οδηγία 2009/72/ΕΚ⁴, η οποία προώθησε το σύστημα του διαχωρισμού των δραστηριοτήτων δικτύου και των δραστηριοτήτων προμήθειας και παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, οι ρυθμιστικοί φορείς ενέργειας θα πρέπει εφεξής να έχουν τη δυνατότητα να λαμβάνουν αποφάσεις σε κάθε συναφές ρυθμιστικό θέμα προκειμένου να λειτουργεί ορθώς η εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας⁵. Επίσης θα πρέπει να ανατεθεί στους ρυθμιστικούς φορείς ενέργειας η εξουσία να αποφασίζουν, ανεξάρτητα από την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού, τη λήψη κατάλληλων μέτρων ώστε να εξασφαλίζονται οφέλη για τους καταναλωτές μέσα από την προώθηση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού που είναι αναγκαίος για την εύρυθμη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας⁶.

A. Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας και Επιτροπή Ανταγωνισμού

¹ Στο μεγαλύτερο μέρος του κειμένου έχουν διατηρηθεί στοιχεία του προφορικού λόγου.

² Πρόκειται για την Οδηγία 2009/73/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά φυσικού αερίου και την κατάργηση της οδηγίας 2003/55/ΕΚ και την Οδηγία 2009/72/ΕΚ του Ευρωπαϊκού κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 13ης Ιουλίου 2009 σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και για την κατάργηση της οδηγίας 2003/54/ΕΚ.

³ Όπως είναι γνωστό, η Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας συστάθηκε με το ν. 2773/1999.

⁴ Η σύσταση ρυθμιστικών φορέων με συγκεκριμένες αρμοδιότητες είχε ήδη επιβληθεί στα κράτη μέλη με την Οδηγία 2003/54/ΕΚ.

⁵ Βλ. σκέψη 34 της Οδηγίας 2009/73/ΕΚ.

⁶ Βλ. σκέψη 37 της Οδηγίας 2009/73/ΕΚ.

Κατά την ανάγνωση τόσο της Οδηγίας όσο και του νόμου 4001/2011⁷, με τον οποίο ενσωματώθηκε η Οδηγία στην ελληνική έννομη τάξη, η λέξη «ανταγωνισμός» εμφανίζεται πολλές φορές. Εύλογα γεννάται το ερώτημα, μέσα στα πλαίσια της σκοπούμενης αναβάθμισης του ρόλου των ρυθμιστικών αρχών, ποιος είναι ο ρόλος και η θέση της ΡΑΕ σε ζητήματα προστασίας του ανταγωνισμού, εφόσον το τεκμήριο της αρμοδιότητας θα λέγαμε ότι το έχει η Επιτροπή Ανταγωνισμού⁸. Στο πλαίσιο αυτό λοιπόν, ένα από τα ζητήματα που ανακύπτουν και δεν έχουν ακόμα απόλυτα αποσαφηνιστεί κατά την μελέτη των αρμοδιοτήτων της ΡΑΕ, είναι η οριοθέτηση των αρμοδιοτήτων της σε σχέση με αυτές της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Το εν λόγω δε ερώτημα δεν είναι έχει μόνο θεωρητική σημασία. Αντίθετα απασχολεί έντονα και την πράξη, καθώς έχει παρατηρηθεί το φαινόμενο, για την ίδια συμπεριφορά μιας εταιρείας να επιληφθούν και οι δύο αρχές⁹. Από την πλευρά δε του δικαίου ανταγωνισμού θα μπορούσε η ερώτηση να αντιστραφεί και να διατυπωθεί ως εξής: έχει την αρμοδιότητα η Επιτροπή Ανταγωνισμού να ασκεί έλεγχο τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού στο σύνολο της αγοράς ενέργειας; Ή υπάρχουν κάποια τμήματα της τελευταίας, ο έλεγχος των οποίων εκφεύγει της Επιτροπής Ανταγωνισμού;

Η προσπάθεια οριοθέτησης των αρμοδιοτήτων των δύο Αρχών ξεκινάει φυσικά από το οικείο κανονιστικό πλαίσιο. Ο νόμος 4001/2011, στο Κεφάλαιο Γ' υπό τον τίτλο «παρακολούθηση και εποπτεία της αγοράς ενέργειας», όπου ορίζονται οι αρμοδιότητες της ΡΑΕ, προβλέπει ότι η τελευταία στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της *«παρακολουθεί και εποπτεύει την λειτουργία της αγοράς ενέργειας... προβαίνει σε συστάσεις, αποφασίζει ή εισηγείται στα αρμόδια όργανα τη λήψη αναγκαίων μέτρων, συμπεριλαμβανομένης της έκδοσης κανονιστικών και ατομικών πράξεων, ιδίως για την τήρηση των κανόνων ανταγωνισμού και των ρυθμιστικών υποχρεώσεων που τίθενται*

⁷ ΦΕΚ Α 179/22.08.2011.

⁸ Για την Επιτροπή Ανταγωνισμού, βλ. μεταξύ άλλων, Γ. Δελλής, §18 Η Επιτροπή Ανταγωνισμού: οργάνωση, διαδικασία, δικαστικός έλεγχος, σε Δ. Τζουγανάτος (επιμ.), Δίκαιο του ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2013.

⁹ Βλ. αφενός της απόφαση υπ' αριθμ. 58/2013 απόφαση ΡΑΕ, όπου η Αρχή αναφορικά με τη ΔΕΗ Α.Ε. παραπέμπει την υπόθεση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού και αποφαίνεται μόνο για τις δραστηριότητες δικτύου και αφετέρου την υπ' αριθμ. 555/VII/2012 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, (απόφαση η οποία λαμβάνεται επί τη βάσει ισχύος του δεύτερου ενεργειακού πακέτου και ειδικότερα του νομοθετικού πλαισίου του νόμου 3428/2005, οπότε βρισκόμαστε ακόμη στην περίοδο ωρίμανσης του ελληνικού ρυθμιστικού δικαίου), με την οποία η Επιτροπή Ανταγωνισμού επιλαμβάνεται του αμιγώς πια ρυθμιστικού ερωτήματος της πρόσβασης στα δίκτυα μεταφοράς και της σχετικής συμπεριφοράς του Διαχειριστή ΔΕΣΦΑ Α.Ε.

με τον παρόντα νόμο»¹⁰. Παρακάτω ορίζεται ότι «με την επιφύλαξη των αρμοδιοτήτων των άλλων αρχών που ορίζονται με σχετική διάταξη νόμου, η ΡΑΕ δύναται να επιβάλλει σε επιχειρήσεις που ασκούν ενεργειακές δραστηριότητες μέτρα και όρους, ανάλογους με το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, οι οποίοι κρίνονται αναγκαίοι προκειμένου να διασφαλίζονται η εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος νόμου και η ύπαρξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού και εύρυθμης λειτουργίας της αγοράς. Στο πλαίσιο αυτό η ΡΑΕ ασκεί τις εξουσίες διεξαγωγής ερευνών του άρθρου 28 και συνεργάζεται ιδίως με την Επιτροπή Ανταγωνισμού, κατά τα ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 26, και τις αρχές που είναι αρμόδιες για την άσκηση εποπτείας στο χρηματοπιστωτικό τομέα»¹¹.

Εν συνεχεία, ο ίδιος νομοθέτης, έχοντας αναφερθεί στις αρμοδιότητες της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας κάνει μία προσπάθεια οριοθέτησης των αρμοδιοτήτων μεταξύ των δύο αρχών. Έτσι το άρθρο 26 του ν. 4001/2011, το οποίο άλλωστε φέρει τον τίτλο «Σχέσεις ΡΑΕ με την Επιτροπή Ανταγωνισμού», ορίζει στην πρώτη παράγραφο ότι «Η ΡΑΕ συνεργάζεται με την Επιτροπή Ανταγωνισμού για την αντιμετώπιση παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού, οι οποίες εμπίπτουν στις αρμοδιότητες της τελευταίας». Εν συνεχεία ορίζεται ότι «Στο πλαίσιο αυτό η ΡΑΕ δύναται να εισηγείται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού την κίνηση, κατά προτεραιότητα, σχετικής έρευνας προκειμένου να διαπιστωθεί εάν υφίσταται παράβαση του γενικού δικαίου του ανταγωνισμού, εφόσον κατά τη διεξαγωγή ερευνών από τη ΡΑΕ, δυνάμει του άρθρου 28, προέκυψαν ενδείξεις ότι τίθεται ζήτημα εφαρμογής των διατάξεων του γενικού δικαίου ανταγωνισμού».

Από το εν λόγω άρθρο βγαίνουν δύο συμπεράσματα. Πρώτον, ότι με την πρώτη παράγραφο ο νομοθέτης δεν μας μιλάει για τις αρμοδιότητες της ΡΑΕ, αλλά για την δυνατότητα της τελευταίας να συνδράμει την Επιτροπή Ανταγωνισμού εκεί που αυτή έχει αρμοδιότητα. Άρα αυτή η διατύπωση, πέρα από την συνεργασία των δύο αρχών, δεν μας προσφέρει κάτι ουσιαστικό ως προς την χάραξη του ορίου των αρμοδιοτήτων τους. Εντούτοις η δεύτερη παράγραφος μας δίνει ένα στοιχείο, από το οποίο μπορεί να ξεκινήσει μία σειρά σκέψεων. Συγκεκριμένα στην δεύτερη παράγραφο του εν λόγω άρθρου γίνεται λόγος για «γενικό δίκαιο ανταγωνισμού».

Η θέση της παρούσας εισήγησης είναι ότι η έννοια του «γενικού δικαίου ανταγωνισμού», και η σε αντιδιαστολή αυτής έννοια του «κλαδικού δικαίου

¹⁰ Άρθρο 22 παρ. 1 ν. 4001/2011.

¹¹ Άρθρο 23 παρ. 1 ν. 4001/2011.

ανταγωνισμού» όπως αυτή αναλύεται από τον Καθηγητή Μαρίνο¹², συνιστά μεν αφετηρία για μία σειρά σκέψεων, εντούτοις δεν επαρκεί για να δώσει σαφή προσανατολισμό στο ερώτημα της οριοθέτησης των αρμοδιοτήτων. Και τούτο διότι ελλείπει τόσο στον ν. 4001/2011 όσο και στον 3959/2011 μία σαφής οριοθέτηση του γενικού από το κλαδικό δίκαιο ανταγωνισμού. Θα μπορούσε βέβαια σχηματικά να ισχυριστεί κανείς, πως ό,τι ρυθμίζεται στον ν. 4001/2011 είναι κλαδικό δίκαιο ανταγωνισμού και ό,τι μένει έξω από αυτό είναι γενικό δίκαιο ανταγωνισμού. Ακόμα όμως και έτσι να είναι, παραμένει το ερώτημα, γιατί; Ποιες αρχές βρίσκονται πίσω από την απόφαση του νομοθέτη να εναποθέσει κάποιες αρμοδιότητες στην ΡΑΕ και όχι στην Επιτροπή Ανταγωνισμού; Αυτό το ερώτημα πρέπει να απαντήσει η δογματική ανάλυση του δικαίου, ώστε πίσω από τη δομή του οικείου κανονιστικού πλαισίου, να προκύψει ένα σύστημα δικαίου, από το οποίο θα είναι δυνατή η ερμηνεία¹³. Γι' αυτό καθίσταται αναγκαίο να προσφύγουμε στην έννοια του ρυθμιστικού δικαίου.

B. Το Ρυθμιστικό Δίκαιο

Ο σκοπός του ρυθμιστικού δικαίου είναι διττός: Από την μία πλευρά πρόκειται για τον στόχο δημιουργίας συνθηκών ανταγωνισμού σε αγορές, στις οποίες δεν μπορεί να υπάρξουν συνθήκες ανταγωνισμού. Τέτοιες είναι οι αγορές, των οποίων η λειτουργία είναι απόλυτα εξαρτημένη από την ύπαρξη δικτύου¹⁴. Ενδεικτικά για τον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας αναφέρεται το δίκτυο μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας, το οποίο σήμερα βρίσκεται στην κυριότητα της ΑΔΜΗΕ Α.Ε. (Ανεξάρτητος Διαχειριστής Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας)¹⁵, ο οποίος και το διαχειρίζεται. Για την δραστηριοποίηση των ενδιαφερόμενων επιχειρήσεων στην αγορά της ενέργειας είναι απαραίτητη η χρήση του δικτύου. Η δημιουργία ενός νέου δικτύου θα ήταν ασύμφορη από οικονομικής απόψεως αλλά ενδεχομένως και περιβαλλοντικά επιβλαβής¹⁶. Για το λόγο το δίκτυο παραμένει ένα και σε αυτή την περίπτωση μιλάμε για «φυσικό» μονοπώλιο. Σε αυτό λοιπόν το πλαίσιο σκοπός του ρυθμιστικού δικαίου

¹² Μιχ. – Θεοδ. Μαρίνος, Οριοθέτηση αρμοδιοτήτων της ΡΑΕ και Επιτροπής Ανταγωνισμού – συγχρόνως παρατηρήσεις στην σχέση του Δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού προς το Δίκαιο της Ενέργειας, Ενέργεια & Δίκαιο, 19/2013, σελ. 31.

¹³ Σχετ. βλ. Klaus Röhl, Allgemeine Rechtslehre, §52.

¹⁴ Σχετ. βλ. Γ. Δελλής, Κοινή Ωφέλεια και Αγορά, Τόμος Β, παρ. 684 επ., Μιχ. -Θεοδ. Μαρίνος, Θεσμικοί μηχανισμοί απελευθέρωσης δικτυακών αγορών, ΕΕμπΔ, 2007, 511.

¹⁵ Για την θέση του ΑΔΜΗΕ στην αγορά ενέργειας βλ. άρθρα 97 επ. του ν. 4001/2011.

¹⁶ Johannes Masing, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Die Verwaltung 2003, σελ. 6.

είναι η ισότιμη, χωρίς διακρίσεις πρόσβαση στο δίκτυο, ώστε να λειτουργήσει ο ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων που επιθυμούν να δραστηριοποιηθούν στον τομέα της ενέργειας¹⁷.

Ωστόσο ο ρόλος του ρυθμιστικού δικαίου δεν εξαντλείται μόνο στην δημιουργία συνθηκών ανταγωνισμού¹⁸. Η ελάχιστη εγγυημένη τιμή για την ενέργεια που παράγεται από ανανεώσιμες πηγές, οι διατάξεις για το λογιστικό, νομικό και ιδιοκτησιακό διαχωρισμό των διαχειριστών των δικτύων από τις μεγάλες καθετοποιημένες επιχειρήσεις, όπως η ΔΕΗ και η ΔΕΠΑ στη χώρα μας, ή τέλος ειδικότερες διατάξεις που επιβάλουν στους διαχειριστές των δικτύων να καταρτίζουν συγκεκριμένες στρατηγικές επενδύσεων αποτελούν έκφραση ενός δεύτερου πυλώνα του ρυθμιστικού δικαίου. Όλες αυτές οι υποχρεώσεις δεν μπορούν να ερμηνευτούν πια ως εξισορρόπηση αντικρουόμενων συμφερόντων, όπως αυτή εξασφαλίζεται από το δίκαιο ανταγωνισμού, αλλά πρόκειται για την εκπλήρωση κοινωφελούς υπηρεσίας και της διαφύλαξης μέσω αυτής του δημοσίου συμφέροντος, η οποία επιβάλλεται από την πολιτεία.

Καταλήγουμε λοιπόν σε ένα πρώτο συμπέρασμα ότι οι αρμοδιότητες της ΡΑΕεδράζονται στο ότι ο νομοθέτης θέλει να δημιουργήσει συνθήκες ανταγωνισμού εκεί που υπάρχουν συνθήκες φυσικού μονοπωλίου, δηλαδή στα δίκτυα της ενέργειας. Αυτό δε το κριτήριο, δηλαδή η αδυναμία ύπαρξης και όχι η απλή ανυπαρξία ανταγωνισμού ως λόγος επέμβασης του νομοθέτη, μας οδηγεί σε ένα δεύτερο συμπέρασμα, με το οποίο θα κλείσουμε, σχετικά με το πεδίο εκείνο του δικαίου της ενέργειας, το οποίο στις αρμοδιότητες της Επιτροπής Ανταγωνισμού και εκτός πεδίου αρμοδιοτήτων της ΡΑΕ. Εφόσον υφίσταται αγορά, στην οποία δύναται να λειτουργήσει ανταγωνισμός, ακόμα κι όταν αυτός δεν υπάρχει στην πράξη, στην περίπτωση για παράδειγμα που η αγορά διακρίνεται από την «παντοδυναμία» μια (συνήθως κρατικής) καθετοποιημένης επιχείρησης, τότε αρμόδια παραμένει η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Σε μια τέτοια κατάσταση το ρυθμιστικό δίκαιο δεν έχει να προσφέρει κάτι. Ή αλλιώς ειπωμένο, δεν έχει κανένα νόημα να εντάξουμε στην έννοια του ρυθμιστικού δικαίου τις περιπτώσεις που μέχρι σήμερα αντιμετώπισε το γενικό δίκαιο ανταγωνισμού. Το μόνο που θα καταφέρναμε θα ήταν να ήταν να

¹⁷ Άλλο πεδίο ρύθμισης που εκδηλώνεται η ίδια στόχευση του νομοθέτη, δηλαδή η δημιουργία συνθηκών ανταγωνισμού, είναι το κόστος χρήσης των δικτύων.

¹⁸ Και γι' αυτό το λόγο δεν είναι απόλυτα ορθή η θέση σύμφωνα με την οποία το ρυθμιστικό δίκαιο έχει προσωρινό χαρακτήρα και σκοπεύει αποκλειστικά στην μετάβαση σε μία πλήρως απελευθερωμένη αγορά, στην οποία πλέον θα έχουν εφαρμογή οι γενικοί κανόνες ανταγωνισμού. Säcker, σε: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Band 1, Einl. A, αρ. 57 επ.

θολώσουμε την έννοια του ρυθμιστικού δικαίου. Αντιθέτως αν παραμείνουμε στην έννοια του ρυθμιστικού δικαίου όπως την ορίσαμε παραπάνω, προκύπτουν με σαφήνεια τόσο οι αρμοδιότητες της ΡΑΕ, όσο και ο θεμέλιος λόγος αυτών στο σημείο επαφής των δύο Αρχών: Η ύπαρξη αγορών όπου η λειτουργία του ανταγωνισμού είναι αδύνατη.

Η ΕΠΙΚΛΗΣΗ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΟΔΗΓΙΩΝ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΚΑΙ ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗ ΣΤΙΣ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΔΙΑΦΟΡΕΣ

Σταματίνα Ξεφτέρη, Υπ. Δρ.

Ευρωπαϊκού Δικαίου Πανεπιστημίων Paris II Panthéon-Assas και Γενεύης, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)

1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ: Η ΙΔΙΑΙΤΕΡΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ ΩΣ ΚΑΝΟΝΑ ΔΙΚΑΙΟΥ

Ο Λατίνος κωμικός ποιητής Τερέντιος έγραψε κάποτε στην κωμωδία του «Ο Εαυτοντιμωρούμενος» τη φράση «aliis si licet, tibi non licet», που αποδίδεται σήμερα με το νόημα «το γεγονός ότι οι άλλοι έχουν ένα δικαίωμα, δε σημαίνει πως το έχεις και συ». Η φράση αυτή περιγράφει επαρκώς την ουσία του εξεταζόμενου ζητήματος. Στο ζήτημα της επίκλησης των ευρωπαϊκών οδηγιών στις διοικητικές διαφορές, οφείλουμε να εξετάσουμε εάν και με ποιό τρόπο η Διοίκηση και ο Δικαστής (και κυρίως η πρώτη εκ των δυο) μπορούν να επικαλεστούν μία ευρωπαϊκή οδηγία και αν η μέθοδος τους συμπίπτει με τον τρόπο που την επικαλείται ένας διοικούμενος.

Το αρ. 288 παρ. 3 της ΣυνθΛΕΕ δίνει τον ακόλουθο ορισμό των ευρωπαϊκών οδηγιών: «η Οδηγία δεσμεύει κάθε Κράτος Μέλος στο οποίο απευθύνεται όσον αφορά το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, αλλά αφήνει την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών». Σύμφωνα με τον καθηγητή Κοναρ, ο ορισμός αυτός επιδέχεται δυο αναγνώσεις¹: μπορεί να ιδωθεί από την τεχνική-διαδικαστική σκοπιά της εφαρμογής των οδηγιών και παράλληλα από την πολιτική σκοπιά, που αναφέρεται στο συγκεκριμένο ρόλο της οδηγίας μέσα στο σύστημα κατανομής των αρμοδιοτήτων εντός ΕΕ, που είναι αυτός της προσέγγισης των νομοθεσιών.

Ιδωμένη από την πολιτική σκοπιά, η οδηγία αποτελεί ένα ιδιαίτερα ευέλικτο νομικό μέσο στα χέρια των ευρωπαϊκών θεσμών, που έχει ως στόχο, όχι την ενοποίηση των νομοθεσιών, αλλά την απλή προσέγγιση τους σε πεδία όπου η νομοθετική παρέμβαση της ΕΕ δεν είναι πλήρης. Εύστοχα παρατηρείται πως η οδηγία αποτελεί ένα μέσο «καλά προσαρμοσμένο στη συμπληρωματικότητα μεταξύ του επιπέδου ΕΕ και των Κρατών Μελών [...], που βασίζεται στον καταμερισμό των καθηκόντων και σε μια συνεργασία μεταξύ του εθνικού και ευρωπαϊκού επιπέδου (δράσης), άρα πιο ευέλικτου

¹ KOVAR Robert, « Observation sur l'intensité normative des directives », in *Du droit international au droit de l'intégration Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, σελ.359. Πρόκειται για μια «διεθνή-πολιτική» ανάγνωση και μια «τεχνική-ευρωπαϊκή» ανάγνωση.

και πιο κατάλληλου να διαφυλάξει τις εθνικές ιδιαιτερότητες²», επομένως η προσέγγιση των νομοθεσιών αποτελεί ουσιαστικό μέσο περιφρούρησης των νομοθετικών αρμοδιοτήτων των Κρατών Μελών³ και των Κοινοβουλίων τους, προωθώντας ταυτόχρονα κοινές ρυθμίσεις με συγκεκριμένους στόχους σε όλα τα Κράτη Μέλη.

Ιδωμένη από την τεχνική σκοπιά, η ευρωπαϊκή οδηγία αποτελείται από δυο ετερόκλητα στοιχεία⁴ που δε μπορούν παρά να συνηγορούν υπέρ της μεικτής νομικής τους φύσης⁵ : από τη μια πλευρά, περιέχει ένα αμετάβλητο στοιχείο, δηλαδή το δεσμευτικό αποτέλεσμα που επιδιώκει κάθε μεμονωμένη οδηγία και απευθύνεται με το ίδιο περιεχόμενο και ένταση προς όλα τα Κράτη Μέλη και από την άλλη, ένα «μεταβλητό» στοιχείο, που έγκειται στην αρμοδιότητα των Κρατών Μελών για ενσωμάτωση των Οδηγιών στο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο τους, σύμφωνα με τη μέθοδο που αυτά επιλέγουν⁶. Έτσι, διακρίνουμε μεταξύ του σκοπού, που είναι υποχρεωτικός για όλα τα Κράτη Μέλη και προσδίδει κανονιστικότητα στην Οδηγία και των νομοθετικών, κανονιστικών ή άλλων μέσων που επιστρατεύουν τα Κράτη Μέλη λόγω της διακριτικής ευχέρειας που τους αναγνωρίζεται κατά τη μεταφορά των οδηγιών και συμπεραίνουμε πως οι ευρωπαϊκές Οδηγίες κατατάσσονται στην κατηγορία των «κανόνων αποτελέσματος⁷», δηλαδή εκείνων που επιφέρουν αλλαγή της νομικής πραγματικότητας μέσω ανάθεσης στα Κράτη ενός σκοπού. Αντιλαμβανόμαστε λοιπόν με ευκολία γιατί οι οδηγίες ονομάστηκαν «ατελείς κανόνες δικαίου⁸», ενώ το ΔΕΕ τις χαρακτήρισε ως «έμμεση νομοθεσία⁹». Από τα ανωτέρω, συνάγουμε τα εξής ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της οδηγίας, σε σχέση με τις υπόλοιπους ευρωπαϊκούς κανόνες. Κατ'αρχάς, η Οδηγία απευθύνεται ως κανόνας δικαίου μόνο στα Κράτη Μέλη, τα οποία δεσμεύει λόγω των υποχρεώσεων που ιδρύει εις βάρος αυτών. Το χαρακτηριστικό αυτό παραπέμπει στις σχέσεις μεταξύ της

² ISAAC Guy, BLANQUET Marc, *Droit Général de l'Union Européenne*, 9^{ème} édition, Sirey, 2006, σελ. 307.

³ LEONARD Axel, *Die Rechtsfolgen des Nichtumsetzung von EG-Richtlinien*, Frankfurt am Mein, Peter Lang, 1997, σελ. 27, ο οποίος αναφέρεται στην περιφρούρηση της κυριαρχίας των Κρατών Μελών κατά την ενάσκηση των νομοθετικών τους αρμοδιοτήτων.

⁴ PESCATORE Pierre, «L'effet des directives communautaires : une tentative de démythification», *Dalloz Recueil*, 1980, *Chronique*, σελ.170.

⁵ VANDAMME T.A.J.A, *The Invalid Directive*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005, σελ. 4 : « on the one hand it is a norm whereas on the other hand it assigns the adoption of a norm ».

⁶ JARASS D. Hans, *Grundfragen des innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1994, σελ. 52, σύμφωνα με τον οποίο η επιλογή των κατάλληλων μέσων ενσωμάτωσης των Οδηγιών αποτελεί «δικαίωμα και αρμοδιότητα» υπέρ των Κρατών Μελών.

⁷ CHEVALLIER François, *Contribution à l'étude des actes directifs*, Université Panthéon-Assas, 1975, σελ. 324.

⁸ PERTEK Jacques, *Droit des institutions de l'Union Européenne*, Paris, PUF, Thémis-droit, 4^{ème} édition, 2013, σελ. 460 ; Le BAIL Françoise, *Contribution à l'étude de la directive communautaire et de son évolution*, Université Bordeaux I, 1975, σελ. 15. Επισημαίνεται από τον τελευταίο πως οι οδηγίες διαφέρουν από τους κανονισμούς γιατί δεν έχουν άμεσο αποτέλεσμα. Οι κανονισμοί έχουν άμεση ισχύ και άμεσο αποτέλεσμα, με την έννοια ότι ακόμα και αν είναι κανονιστικά ατελείς και απαιτούν εφαρμοστικά μέτρα σε εθνικό επίπεδο, εφαρμόζονται αμέσως.

⁹ ΔΕΚ, 29 Ιουνίου 1993, *Gouvernement de Gibraltar/Conseil*, C-298/89, *Συλλογή*, σελ. I-3605, σκ. 16, 19.

ΕΕ και των Κρατών Μελών και όχι στις σχέσεις αυτών με τους διοικουμένους¹⁰. Οι διοικούμενοι δεν είναι παρά οι τελικοί η «έμμεσοι αποδέκτες¹¹» του κανόνα δικαίου που αυτές εισάγουν. Δεύτερον, σε αντίθεση με τους ευρωπαϊκούς κανονισμούς, δεν έχει άμεση ισχύ¹², παρά εφαρμόζεται μόνο εφόσον μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη. Ωστόσο, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει παρακάμψει τη γραμματική αυτή ερμηνεία του αρ. 288 παρ. 3 ΣυνθΛΕΕ και έχει αποδώσει στις Οδηγίες ενα κατ'εξάίρεσιν άμεσο αποτέλεσμα έναντι των ιδιωτών εφόσον η προθεσμία για τη μεταφορά της Οδηγίας έχει εκπνεύσει και το Κράτος Μέλος έχει παραλείψει να τη μεταφέρει ή την έχει μεταφέρει πλημμελώς. Τρίτον, αποτελεί έναν κανόνα δικαίου που ακροβατεί μεταξύ του χαρακτήρα μιας κανονιστικής πράξης με γενική εφαρμογή και της ατομικής πράξης, με την έννοια ότι το περιεχόμενο της αφορά συγκεκριμένους αποδέκτες και όχι το σύνολο των υποκειμένων δικαίου, ενώ ταυτόχρονα περιέχει κανόνες γενικούς και αφηρημένους. Για το λόγο αυτό, θα ήταν προτιμητέο να διαχωρίσουμε τα επίπεδα εφαρμογής του κανόνα και να θεωρήσουμε ότι στο επίπεδο των σχέσεων μεταξύ ΕΕ-Κρατών Μελών προσεγγίζει το χαρακτήρα ατομικής πράξης, αφού η κύρια υποχρέωση απευθύνεται μόνο σε σαφώς προσδιορισμένους αποδέκτες, ενώ στο επίπεδο των σχέσεων μεταξύ Κρατών Μελών και ιδιωτών ότι έχει γενικό κανονιστικό περιεχόμενο. Στο πνεύμα αυτό, στη θεωρία τείνει να επικρατήσει ένας ενδιάμεσος χαρακτηρισμός, αυτός της «γενικής έμμεσης εφαρμογής¹³».

Λαμβάνοντας υπ'όψιν τις ιδιαιτερότητες αυτές των ευρωπαϊκών οδηγιών, μπορούμε να εξετάσουμε τις αρχές και τους κανόνες επίκλησης τους από τη Διοίκηση και τον Δικαστή, όπως αυτά οριοθετούνται από τα εγγενή τους χαρακτηριστικά και τις γενικές αρχές του δικαίου.

¹⁰ DE BECHILLON Denys, «L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat», *RDP*, 1991, σελ. 759.

¹¹ Για τη διάκριση μεταξύ άμεσων και έμμεσων αποδεκτών ενός κανόνα δικαίου, βλ. αναλυτικότερα DE BECHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?* Paris, Editions Odile Jacob, 1997, σελ. 178-179.

¹² PRECHAL Sacha, *Directives in EC law*, Oxford, Second Revised Edition, Oxford University Press, 2005, σελ. 16, “[...] directives require further national legislation in order to realize entirely their normative content. Directives, therefore, unlike regulations, are not immediately generally applicable”. BRENT Richard, *Directives : rights and remedies in English and Community law*, London-LLP, 1st edition, 2001, σελ. 186. Για τη διάκριση μεταξύ άμεσης ισχύος και άμεσου αποτελέσματος, βλ. ιδίως, WINTER J. A., «Direct applicability and direct effect, two distinct and different concepts in Community law», *CMLR*, 1972, σελ. 425-438. EDWARD David, « Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, vol. II, Diritto dell'Unione europea*, Doot. A. Giuffrè editore, σχετικά με την έννοια της άμεσης ισχύος, βλ. σελ. 429: “direct applicability is a passive concept, implying that a text is susceptible of being applied. By virtue of the form of the instrument, it is automatically integrated, as a source of law, into the legal orders both of the Community and the Member States. It does not require any further step of incorporation, transposition or reception to render it applicable by a judge”.

¹³ CAPOTORTI Francesco, « La problématique juridique des directives et règlements et de leur mise en œuvre », in *L'Europe des administrations ? La mise en œuvre de la législation communautaire dans les Etats membres*, vol. I, (Επιμ. H. Siedentopf et J. Ziller) Institut européen d'administration publique, Bruxelles, Bruylant, 1998, σελ. 235.

2. Η ΕΠΙΚΛΗΣΗ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΟΔΗΓΙΩΝ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΟΙΚΗΣΗ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΟΥ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗ

A. Η κατ'αρχήν απαγόρευση επίκλησης οδηγιών που δεν έχουν μεταφερθεί στο εθνικό δίκαιο

Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν είχε δώσει ευθέως απάντηση για το αν η Διοίκηση δικαιούται να επικαλεστεί μια οδηγία που δεν έχει μεταφέρει στο εθνικό της δίκαιο, αλλά μια πρόιμη απάντηση ήταν δυνατόν να δοθεί σε αντίστροφη υπόθεση, δηλαδή τα πρώτα στοιχεία που διαθέτουμε εντοπίζονται στη θεωρία επίκλησης των οδηγιών από τους ιδιώτες και εξάγονται εμμέσως ή a contrario. Τα επιχειρήματα που αντλούνται από την παλιότερη νομολογία αφορούν αφενός στον σύνδεσμο μεταξύ επίκλησης και της δεσμευτικότητας της οδηγίας και αφετέρου στο άμεσο αποτέλεσμα των οδηγιών, όπως αυτο λειτουργεί προς όφελος των ιδιωτών. Σε μεταγενέστερη νομολογία, ο αποκλεισμός του κάθετου αποτελέσματος προς όφελος του κράτους ενισχύεται με επιχειρήματα βασισμένα σε αρχές όπως το estoppel και η δέσμευση της Διοίκησης από το θετικό δίκαιο.

Πιο συγκεκριμένα, στις αρχές του 1970, η υπόθεση Van Duyn καταλήγει στην παραδοχή του άμεσου αποτελέσματος των οδηγιών υπό την προϋπόθεση της απονομής δικαιωμάτων στους ιδιώτες και εφόσον η διάταξη είναι ανεπιφύλακτη και ακριβής. Η επίκληση της οδηγίας από έναν ιδιώτη συνδέεται με την ανάγκη προάσπισης των δικαιωμάτων που πηγάζουν από την οδηγία τη στιγμή που το Κράτος Μέλος έχει παραλείψει να μεταφέρει ορθά την οδηγία στο δίκαιο του. Όπως είναι λογικό, η υποχρέωση που βαρύνει το κράτος για αποτελεσματική μεταφορά και εφαρμογή της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο αντιστοιχεί στο δικαίωμα του εμμέσου αποδέκτη της να απαιτήσει το σεβασμό αυτής της υποχρέωσης¹⁴. Διαφορετικά, η υποχρέωση του αρ. 288 ΣυνθΛΕΕ θα παρέμενε κενό γράμμα. Η ερμηνεία αυτή και η θεώρηση του άμεσου αποτελέσματος ως αντισταθμίσιματος της έλλειψης μεταφοράς στο εθνικό δίκαιο επιτρέπει να συμπεράνουμε πως η άμεση επίκληση από τη Διοίκηση μιας οδηγίας, στο μέτρο που η ίδια είναι επιφορτισμένη με τη μεταφορά και την εφαρμογή της, δε συμβαδίζει με τη ratio του άμεσου αποτελέσματος και το υποκείμενο των υποχρεώσεων. Εξάλλου, το Δικαστήριο έχει τονίσει σε πολλές υποθέσεις πως η υποχρέωση μεταφοράς της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο παραμένει ως υποχρέωση ανεξαρτήτως του αν μια διάταξη είναι ικανή να παράγει άμεσα αποτελέσματα υπέρ των ιδιωτών λόγω της ακριβούς και ανεπιφύλακτης διατύπωσης της. Με άλλα λόγια, η ratio του άμεσου αποτελέσματος δεν έγκειται στην απαλλαγή των Κρατών Μελών από την υποχρέωση εφαρμογής της Οδηγίας, όπως αυτή προκύπτει από τη Συνθήκη¹⁵.

¹⁴ ΔΕΚ, 4 Δεκεμβρίου 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Συλλογή, σελ. 1337, σκ. 12.

¹⁵ ΔΕΚ, 2 Μάη 1996, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, aff. C-253/95, Συλλογή, σελ. 2430, σκ. 13 και 11 Αυγούστου 1995, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, C-433/93, Συλλογή, σελ. 1-2303, σκέψη 24 : «*Η ελαχίστη αυτή εγγύηση, που απορρέει από τον δεσμευτικό χαρακτήρα της υποχρέωσης που, δυνάμει του άρθρου 189, τρίτο εδάφιο, επιβάλλεται στα Κράτη Μέλη από το αποτέλεσμα των οδηγιών, δε μπορεί να χρη-*

Ενα άλλο επιχείρημα πηγάζει από την εξασφάλιση του χρήσιμου αποτελέσματος της οδηγίας. Το *effet utile* της οδηγίας αποτέλεσε δικαιολογητική βάση του άμεσου αποτελέσματος, αλλά είναι εξίσου σημαντικό για να αντιληφθούμε ότι η αποδοχή επίκλησης μιας οδηγίας συνδέθηκε με την εξασφάλιση της αποτελεσματικότητας της οδηγίας και της υπερπήδησης του εμποδίου που θέτει στην εφαρμογή της η παράλειψη μεταφοράς ή η λανθασμένη μεταφορά της και σε κάθε περίπτωση το αντίθετο σε αυτήν εθνικό δίκαιο¹⁶. Εκ του αντιθέτου συνάγεται ότι ούτε αυτός ο λόγος θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί από τη Διοίκηση, καθώς, στην περίπτωση της, το χρήσιμο αποτέλεσμα δεν εξαρτάται από κάποιον εξωτερικό παράγοντα, αλλά από τη δική της επέμβαση στο κανονιστικό πλαίσιο. Επομένως μοιάζει καταχρηστική η επίκληση του χρήσιμου αποτελέσματος, καθώς αν η Διοίκηση επιθυμούσε την κατοχύρωση αυτού θα μπορούσε να προβεί σε μεταφορά της οδηγίας και όχι σε μια εκ των υστέρων προσπάθεια αυτόματης εφαρμογής και αιφνιδιασμού των ιδιωτών χωρίς προηγούμενη μεταφορά. Επομένως, γίνεται αντιληπτό πως τα δυο χαρακτηριστικά, του άμεσου αποτελέσματος και του χρήσιμου αποτελέσματος, ενεργοποιούνται κατ'εξάίρεση με σκοπό την εφαρμογή της οδηγίας, όταν αυτή δεν εξασφαλίζεται μέσω της εκπλήρωσης της υποχρέωσης της Διοίκησης¹⁷.

Πριν διατυπωθεί από το Δικαστήριο ότι η Διοίκηση δε μπορεί να επικαλείται εναντίον του ιδιώτη μια οδηγία που δεν έχει μεταφερθεί εμπροθέσμως ή ορθώς, αποφάνθηκε επί ενός γενικότερου ζητήματος που σχετίζεται όμως άμεσα με το εξεταζόμενο ερώτημα. Συγκεκριμένα, τέθηκε ενώπιόν του το ερώτημα αν μια οδηγία παράγει οριζόντιο αποτέλεσμα, δηλαδή αν πριν ληφθούν τα κατάλληλα μέτρα στο εθνικό δίκαιο, μπορεί να γίνει αντικείμενο επίκλησης στις διαφορές μεταξύ ιδιωτών. Παρά τις εσωτερικές διαμάχες για το ζήτημα, το Δικαστήριο αρνήθηκε να αναγνωρίσει το οριζόντιο αποτέλεσμα των οδηγιών αναφέροντας ότι «η οδηγία δεν μπορεί, αυτή καθαυτή, να δημιουργήσει υποχρέωση για τους ιδιώτες και ότι, επομένως, δεν μπορεί να γίνει επίκληση αυτών καθαυτών των διατάξεων οδηγίας κατά των προσώπων αυτών¹⁸». Η άποψη αυτή συνέχεται άλλωστε απόλυτα με την αρχή πως «σε όλες τις περιπτώσεις προσηκούσης εκτελέσεως οδηγιών τα αποτελέσματα των οδηγιών επηρεάζουν τους ιδιώτες μόνο μέσω των εκτελεστικών

σιμεύσει ως δικαιολογία σε ένα Κράτος Μέλος προκειμένου αυτό να απαλλαγεί από την υποχρέωση του να λάβει, εγκαίρως, τα κατάλληλα σε σχέση με το αντικείμενο κάθε οδηγίας μέτρα».

¹⁶ ΔΕΚ, 4 Δεκεμβρίου 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Συλλογή*, σελ. 1337, σκ. 12 ; ΔΕΚ, 6 Οκτωβρίου 1970, *Franz Grad*, aff. 9/70, *Συλλογή*, σελ. 825, σκ. 5 ; ΔΕΚ, 23 Νοεμβρίου 1977, *Enka BV*, aff. 38/77, *Συλλογή*, σελ. 2204, σκ. 9. ΔΕΚ, 5 Απριλίου 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Συλλογή*, σελ. 1629, σκ. 20 et 21.

¹⁷ ΔΕΚ, 5 Απριλίου 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Συλλογή*, σελ. 877: «*Η ουσία αυτού του αποτελέσματος συνίσταται σε ορισμένες περιπτώσεις, οι οποίες ωστόσο αποτελούν μάλλον την εξαίρεση, στο ότι τα κράτη μέλη που δεν εκπληρώνουν τις υποχρεώσεις, τις οποίες τους επιβάλλει η οδηγία, δεν έχουν τη δυνατότητα να επικαλεστούν την εθνική έννομη κατάσταση που εμφανίζεται ως παράνομη ενόψει του κοινοτικού δικαίου, δηλαδή στο ότι οι ιδιώτες αποκτούν το δικαίωμα να επικαλεστούν την οδηγία έναντι του μη συμμορφωθέντος κράτους και να αντλήσουν δικαιώματα που τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τους».*

¹⁸ ΔΕΚ, 26 Φεβρουαρίου 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Συλλογή*, σελ. 723, σκ. 48, ΔΕΚ, 22 Φεβρουαρίου 1990, *Busseni*, aff. 221/88, *Συλλογή*, σελ. I-495, σκ. 23, ΔΕΚ, 13 Νοεμβρίου 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Συλλογή*, σελ. I-4135, σκ. 6, ΔΕΚ, 14 Ιουλίου 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Συλλογή*, σελ. I-3325, σκ. 20.

μέτρων που λαμβάνει το σχετικό Κράτος μέλος¹⁹». Αυτό σημαίνει πως καμία υποχρέωση δεν ισχύει εις βάρος του ιδιώτη με μόνη άμεση νομική βάση την οδηγία, αλλά μόνο τα εκτελεστικά μέτρα αυτής τον δεσμεύουν σε όλες τις νομικές σχέσεις. Το αντίθετο θα σήμαινε πως η Ένωση έχει την αρμοδιότητα να εκδίδει νομοθετικές διατάξεις που θα επέβαλαν στους ιδιώτες ευθέως υποχρεώσεις χωρίς να παρεμβάλλεται η αρμοδιότητα των Κρατών Μελών, όπως συμβαίνει με το πεδίο όπου εκδίδονται οι κανονισμοί²⁰. Αυτή η άρνηση αναγνώρισης οποιασδήποτε υποχρέωσης έναντι των ιδιωτών που να πηγάζει ευθέως από την οδηγία αποτέλεσε μια ισχυρή βάση για την άρνηση του κάθετου αποτελεσματος από το Κράτος προς τον ιδιώτη, με βασικό επιχείρημα ότι το αρ. 288 παρ. 3 ΣυνθΛΕΕ ουδόλως απευθύνεται στους ιδιώτες.

Κατόπιν των ανωτέρω, δεν εξέπληξε καθόλου το Δικαστήριο όταν έχοντας θύσει πλέον αυτές τις βάσεις κατέληξε στο συμπέρασμα πως, με ανάλογο τρόπο, ούτε η Διοίκηση μπορεί να αντιτάξει μια υποχρέωση που δεν υφίσταται στο εσωτερικό δίκαιο στους ιδιώτες. Πρόκειται για την αρχή του estoppel, σύμφωνα με τον λατινικό όρο «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*²¹», που στην εν λόγω περίπτωση, δεν επιτρέπει σε ένα Κράτος Μέλος να επικαλεστεί τη δική του παράλειψη προς όφελος του και εις βάρος του ιδιώτη²². Η αρχή του estoppel που υπάρχει κυρίως στα συστήματα common law έχει την έννοια ότι κανείς δε μπορεί να χρησιμοποιήσει ένα επιχείρημα που έρχεται σε αντίθεση με προηγούμενη πράξη του, δηλαδή πρόκειται για δικονομική απαγόρευση αντιφατικότητας ενώπιον του δικαστή. Στο ευρωπαϊκό δίκαιο, οι Γενικοί Εισαγγελείς του ΔΕΕ θεώρησαν ότι αποτελεί ειδική έκφραση της υποχρέωσης που πηγάζει από το αρ. 4 παρ. 3 ΣυνθΕΕ σχετικώς με την αρχή της συνεργασίας²³. Συγκεκριμένα, επειδή η παράλειψη εμπρόθεσμης ή ορθής λήψης εκτελεστικών μέτρων της Οδηγίας παραβιάζει ευθέως το αρ. 288 παρ. 3 της Συνθήκης, το να επιτραπεί στις εθνικές κυβερνήσεις και διοικήσεις να επικαλεστούν μια τέτοια οδηγία στις διαφορές τους με ιδιώτες θα σήμαινε όχι απλώς ότι ομολογούν την παραβίαση της Συνθήκης, αλλά ότι ωφελούνται από αυτήν την αντίθεση προς το δίκαιο της Ένωσης²⁴. Η στάση αυτή της Διοίκησης αντίκειται στα χρηστά ήθη, είναι

¹⁹ ΔΕΚ, 15 Ιουλίου 1982, *Felicitas Rickmers-Linie KG & Co*, aff. 270/81, *Συλλογή*, σελ. 2771, σκ. 24-26.

²⁰ ΔΕΚ, 14 Ιουλίου 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Συλλογή*, σελ. I-3325, σκ. 24.

²¹ Βλ. και BOYER Laurent, ROLAND Henri, *Adages du droit français*, 4ème édition, Litec, 1999, σελ. 483, no 246, σύμφωνα με τους οποίους αρχικώς η εν λόγω αρχή χρησιμοποιήθηκε με σκοπό να αποκλειστεί η επίκληση ενός γεγονότος αντίθετου με τα χρηστά ήθη ως μέσου υπεράσπισης κάποιου ενώπιον της δικαιοσύνης.

²² ΔΕΚ, 5 Απριλίου 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Συλλογή*, σελ. 1650, σκ. 22: «το Κράτος Μέλος που δεν έλαβε, εντός των προθεσμιών, τα επιβαλλόμενα με την οδηγία εκτελεστικά μέτρα, δε μπορεί να αντιτάξει στα υποκείμενα δικαίωτά της μη εκπλήρωση, από το ίδιο, των υποχρεώσεων που η εν λόγω οδηγία συνεπάγεται». Βλ. επίσης, ΔΕΚ, 19 Ιανουαρίου 1982, *Becker*, aff. 8/81, *Συλλογή*, σελ. 53, σκ. 24, ΔΕΚ, 4 Δεκεμβρίου 1986, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, aff. 71/85, *Συλλογή*, σελ. 3874, σκ. 14 και ΔΕΚ, 24 Μαρτίου 1987, *Mc Dermott et Cotter*, aff. 286/85, *Συλλογή*, σελ. 1466, σκ. 12.

²³ Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέως Darmon επί της υπόθεσης ΔΕΚ, 20 Σεπτεμβρίου 1988, *Moormann*, aff. 190/87, *Συλλογή*, σελ. 4711, σκ. 22 και 27. Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέως Lenz επί της υπόθεσης ΔΕΚ, 14 Ιουλίου 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Συλλογή*, σελ. I-3325, σκ. 55.

²⁴ Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέως Warner επί της υπόθεσης ΔΕΚ, 23 Νοεμβρίου 1977, *Enka BV*, aff. 38/77, *Συλλογή*, σελ. 2227, ΔΕΚ, 26 Φεβρουαρίου 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Συλλογή*, σελ. 749,

αντιφατική και αποτελεί αθέμιτο μέσο²⁵, διότι «κράτος μέλος το οποίο υποχρεούται να θεσπίσει τα μέτρα εφαρμογής που επιβάλλει η οδηγία δεν μπορεί να βαρύνεται με την υποχρέωση αυτή και συγχρόνως να αρνείται να την εκπληρώσει έναντι των ιδιωτών²⁶». Εξάλλου, τούτο θα είχε ως συνέπεια να μπορούν οι εθνικές αρχές να επικαλούνται και να εφαρμόζουν οποτεδήποτε μια οδηγία ανεξαρτήτως του αν έχουν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις τους που πηγάζουν από τη Συνθήκη, δηλαδή η μεταφορά της Οδηγίας και το υποχρεωτικό αποτέλεσμα των οδηγιών θα καθίσταντο κενά περιεχομένου.

Μια δεύτερη νομική βάση που προτάθηκε για τη μη επίκληση οδηγιών από τη Διοίκηση αποτελεί η αρχή «tu patere legem quam ipse fecisti», που σχετίζεται με το σεβασμό της ιεραρχίας κανόνων που έχει θεσπίσει η Διοίκηση. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, ένα διοικητικό όργανο που είναι αρμόδιο για την έκδοση κανονιστικών και ατομικών διοικητικών πράξεων, δεσμεύεται από τους γενικούς και αφηρημένους κανόνες που έχει ήδη θεσπίσει²⁷. Μια οδηγία που δεν έχει ενσωματωθεί στο κανονιστικό πλαίσιο ενός Κράτους Μέλους δε μπορεί να δεσμεύει τους διοικουμένους, διότι η Διοίκηση δεσμεύεται καταρχήν από τους κανόνες που ήδη έχει θέσει, σύμφωνα ή όχι με την Οδηγία. Με άλλα λόγια, η διοίκηση «δεσμεύεται κατ'αρχήν από την ισχύουσα νομοθεσία όταν εκδίδει ατομικές διοικητικές πράξεις²⁸». Είτε η γενική, νομοθετική ή κανονιστική, διάταξη έχει τεθεί από το νομοθέτη είτε από την ίδια τη διοίκηση, η τελευταία υπόκειται στην ισχύουσα νομοθεσία και δε μπορεί να εφαρμόσει ευθέως και να αντιτάξει στους ιδιώτες τις διατάξεις μιας οδηγίας που δεν υφίσταται νομικά στο εθνικό δίκαιο, ακόμα και αν έχει πρόθεση συμμόρφωσης προς το ευρωπαϊκό δίκαιο. Έτσι ενδέχεται να βρεθεί ενώπιον αδιεξόδου, καθώς δε μπορεί να εφαρμόσει ευθέως μια Οδηγία, αλλά ούτε και να εφαρμόσει έναν αντίθετο με αυτήν εθνικό κανόνα²⁹. Συνεπώς, περιορίζεται στο να απόσχει από τη λήψη μέτρων και ενδέχεται να δημιουργηθεί κενό στη διοικητική δράση. Ωστόσο, η αξία της εν λόγω αρχής σχετικοποιείται εν όψει της αυτοτελούς ευθύνης κάθε εθνικής αρχής να τηρεί τις επιταγές του ευρωπαϊκού δικαίου. Πριν την εκπνοή της προθεσμίας για συμμόρφωση προς την οδηγία, οι εθνικές αρχές δεσμεύονται από το τεθειμένο δίκαιο, αλλά πρέπει ταυτόχρονα να απέχουν από τη λήψη μέτρων που θα υπονόμειαν το δεσμευτικό αποτέλεσμα της Οδηγίας. Μετά τη λήξη της όμως, κάθε όργανο υποχρεούται να αφήνει ανεφάρμοστο η να καταργεί

σκ. 49, ΔΕΚ, 14 Ιουλίου 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Συλλογή*, σελ. I-3325, σκ. 22, ΔΕΚ, 7 Ιανουαρίου 2004, *Delena Wells* aff. C-201/02, *Συλλογή*, σελ. I-723, σκ. 69.

²⁵ Σχόλιο Edouard Dirrig, *RTDE*, 2005, σελ. 947 επί της υπόθεσης ΔΕΚ, 3 Μάη 2005, *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi κ.α.*, aff. C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Συλλογή*, σελ. I-3565.

²⁶ Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέως Darmon επί της υπόθεσης ΔΕΚ, 20 Σεπτεμβρίου 1988, *Moormann*, aff. 190/87, *Συλλογή*, σελ. 4711, σκ. 27.

²⁷ STUART Mackenzie Lord, «Legitimate expectations and estoppel in community law and in english administrative law», in Special Issue dedicated to Professor Henry Schermers, “*Legal Issues of the European Integration*”, 1983/1, σελ. 62.

²⁸ STAHL Jacques Henri, CHAUVAUX Didier, σχολιο σε: CE, Sect., 23 juin 1995, SA Lilly France, *AJDA*, 1995, σελ. 498.

²⁹ MAUGÛE Christine, «L'Etat ne peut se prévaloir d'une directive qu'il n'a pas transposée», Προτάσεις στην υπόθεση CE, Sect., 23 juin 1995, SA Lilly France, *RFDA*, t. 11(5), 1995, σελ. 1047.

κάθε εθνικό κανόνα αντίθετο με την οδηγία³⁰. Βάσει της ανωτέρω υποχρέωσης, μια διοικητική αρχή μπορεί παραδεκτά να χρησιμοποιήσει εμμέσως την Οδηγία ώστε να προσαρμόσει το περιεχόμενο του εσωτερικού κανόνα δικαίου προς αυτήν.

Τέλος, μέχρι τη Συνθήκη του Μάαστριχτ, ισχυρό επιχείρημα αποτελούσε η απουσία δημοσίευσης των Οδηγιών, γεγονός που απέκλειε την επιβολή υποχρεώσεων στους ιδιώτες βάσει κανόνων που δεν δημοσιεύονταν στο εθνικό δίκαιο, και μόνο λόγω της κοινοποίησης τους στα Κράτη Μέλη. Το έλλειμμα δημοσίευσης και η συνακολούθως μειωμένη ασφάλεια δικαίου αποτελούσαν έτσι ισχυρό επιχείρημα κατά της επίκλησης μη ενσωματωμένης οδηγίας³¹.

Εξαιρετική εφαρμογή της απαγόρευσης επίκλησης οδηγίας που δεν έχει μεταφερθεί ορθώς στο εθνικό δίκαιο αποτελεί μια γνωστή απόφαση του γαλλικού Συμβουλίου της Επικρατείας Lilly France³². Στο παράδειγμα αυτο αποτυπώνεται πως η προσφυγή της Διοίκησης στην επίκληση για απευθείας εφαρμογή μη ενσωματωμένης Οδηγίας αποσκοπεί συνήθως στην –εκ των υστέρων- υπεράσπιση της νομιμότητας μιας διοικητικής πράξης βάσει της οδηγίας, παρακάμπτοντας το γεγονός ότι η ίδια δεν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της για ορθή και εμπρόθεσμη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο. Συγκεκριμένα, η Γαλλία είχε μεταφέρει την οδηγία στο εθνικό της δίκαιο, επιλέγοντας να μην εισαγάγει στο δίκαιο της μια διάταξη προαιρετικού χαρακτήρα. Τη διάταξη αυτή όμως επικαλέστηκε εναντίον μιας φαρμακευτικής εταιρίας ενώπιον του διοικητικού δικαστή, όμως το επιχείρημα απορρίφθηκε από τον διοικητικό δικαστή ο οποίος βασίστηκε στην προαναφερθείσα νομολογία του ΔΕΕ συνολικά.

B. Αποκλίσεις εν όψει του σεβασμού της αρχής της υπεροχής του ευρωπαϊκού δικαίου

Σταδιακά, συνδυάζοντας την ευρωπαϊκή νομολογία με τη στάση εθνικών δικαστών, έγινε αντιληπτό πως η αρχή της υπεροχής του ευρωπαϊκού δικαίου, οι ειδικές υποχρεώσεις που ιδρύει η Συνθήκη για τα Κράτη Μέλη και τις διοικήσεις τους και η ανάγκη αποτελεσματικότητας και εμπρόθεσμης εναρμόνισης των νομοθεσιών των Κρατών Μελών, καθιστούν τη θέση της Διοίκησης ιδιαίτερος λεπτή κατά την εφαρμογή των ευρωπαϊκών οδηγιών. Συγκεκριμένα, νομολογιακά παραδείγματα εθνικών δικαστηρίων κατέδειξαν πως η Διοίκηση δύναται υπό προϋποθέσεις να επικαλεστεί ενώπιον του διοικητικού δικαστή μη ενσωματωμένες ή εσφαλμένως ενσωματωμένες οδηγίες έναντι των ιδιωτών αλλά και έναντι άλλων διοικητικών οργάνων. Η περιπτώσιολογία αυτή προβλημάτισε αρκετά ως προς το αν αποτελεί

³⁰ Βλ. *inter alia* TIMMERMANS Christiaan, *Community Directives Revisited*, Yearbook of European Law, 1997, σελ. 10 επ., DE BECHILLON Denys, , *L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat*, RDP, 1991, σελ. 767 σχετικά με την *rationae temporis* εφαρμογή των οδηγιών.

³¹ MAUGÛE Christine, « L'Etat ne peut se prévaloir d'une directive qu'il n'a pas transposée », Προτάσεις στην υπόθεση CE, Sect., 23 juin 1995, SA Lilly France, RFDA, t. 11(5), 1995, σελ. 1048.

³² CE, Sect., 23 juin 1995, SA Lilly France, RFDA, t. 11(5), 1995, σελ. 1037-1049. (<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007879572&fastReqId=284662682&fastPos=1>)

στροφή της νομολογίας με υποχώρηση του ανωτέρω κανόνα ή απόκλιση που δεν υπερβαίνει τα όρια του κανόνα.

Για να κατανοήσουμε τις λεπτές αποχρώσεις της νομολογίας αυτής, είναι απαραίτητο να αναφερθούμε στις διαφορετικούς σκοπούς επίκλησης ενός ευρωπαϊκού κανόνα δικαίου. Η επίκληση μιας οδηγίας δε στοχεύει πάντα στην άμεση και απευθείας εφαρμογή του κανόνα που αυτή περιέχει, αλλά μπορεί μέσω αυτής να επιδιωχθεί είτε η σύμφωνη ερμηνεία του εθνικού δικαίου προς αυτή, είτε ο αποκλεισμός του αντιθέτου εθνικού δικαίου, είτε η αποκατάσταση της ζημίας που υφίσταται κάποιος από παραβίαση της³³. Έτσι, ένα από τα μέρη μιας διοικητικής διαφοράς ενδέχεται να ενδιαφέρεται περισσότερο στο να μείνει ανεφάρμοστη μία εθνική διάταξη ή να καταδειχθεί η ζημία που υπέστη από παραβίαση του ευρωπαϊκού δικαίου ή και να ζητηθεί η προσαρμογή του κανόνα δικαίου προς την οδηγία. Η κατηγοριοποίηση αυτή δεν χρησιμοποιήθηκε μόνο προς όφελος των ιδιωτών και της αποτελεσματικής δικαστικής τους προστασίας, αλλά και για την ενίσχυση της αποτελεσματικής και έγκαιρης εφαρμογής των οδηγιών από τη Διοίκηση. Με άλλα λόγια, η Διοίκηση θεωρείται ικανή να αντιτάξει όχι ευθέως τις διατάξεις μιας μη ενσωματωμένης οδηγίας έναντι του ιδιώτη, αλλά να προσαρμόσει τη δράση της σύμφωνα με το αποτέλεσμα που επιδιώκει η Οδηγία, ώστε να μην προκαλέσει παραβίαση των διατάξεων της κι ακολούθως να επισύρει την ευθύνη του κράτους για παραβίαση των υποχρεώσεων της που πηγάζουν από το ευρωπαϊκό δίκαιο.

Η Διοίκηση, έχοντας αυτοτελή υποχρέωση να σέβεται τις ευρωπαϊκές οδηγίες, όπως ο νομοθέτης και ο δικαστής, δύναται να επικαλεστεί το σκοπό που επιδιώκει η οδηγία για να προσαρμόσει κατά το μέτρο του δυνατού το περιεχόμενο της εθνικής διάταξης, συμμορφούμενη έτσι προς αυτήν, είτε να αφήσει ανεφάρμοστη την αντίθετη εθνική διάταξη επικαλούμενη την ύπαρξη της οδηγίας. Οι μέθοδοι αυτές μπορούν να τύχουν εφαρμογής στις διοικητικές διαφορές που ανακύπτουν μεταξύ ιδιωτών και Διοίκησης, αλλά και μεταξύ διοικητικών οργάνων.

Ως προς την σύμφωνη ερμηνεία του εθνικού δικαίου προς την οδηγία, η Διοίκηση επικαλείται τον υποχρεωτικό χαρακτήρα του αποτελέσματος που επιδιώκει η Οδηγία, ώστε, μέχρι την πλήρη και οριστική ενσωμάτωση της απο το αρμόδιο όργανο, να επιτευχθεί μια *minimum* συμμόρφωση προς τις επιταγές της. Παράδειγμα της μεθόδου αυτής αποτελεί η υπόθεση *Commune de Breil-sur-Roya*, όπου ένας περιφερειάρχης επικαλείται το σκοπό της Οδηγίας για να ακυρώσει την απόφαση ενός δημοτικού συμβουλίου, η οποία εμφανιζόταν ως αντίθετη με το πνεύμα της Οδηγίας³⁴ και μάλιστα χωρίς να υπάρχει ωστόσο αντίθεση της εθνικής νομοθετική διάταξης με αυτήν. Με άλλα λόγια, εναπόκειται στη διοίκηση και υπό τον έλεγχο

³³ Για τις μεθόδους επίκλησης μιας οδηγίας, βλ. αναλυτικά SIMON Denys, *L'invocabilité du droit communautaire et stratégies juridictionnelles*, Lamy Procédures Communautaires, sous la direction de Laurence IDOT, Guy CANIVOT, Denys SIMON, Etude no 210, §90.

³⁴CE, Sect., 8 Δεκεμβρίου 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, req. N° 204756 (<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008070995&fastReqId=1014129120&fastPos=1>). Βλ. και σχόλιο του Jean-Marc Février, *AJDA*, 2001, σελ. 778.

νομιμότητας που ασκεί ο διοικητικός δικαστής να δρά σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από το νόμο αλλά υπό το φως του σκοπού της οδηγίας³⁵. Επειδή κάθε εθνική αρχή υποχρεούται να μην εφαρμόζει ή να καταργεί εθνικούς κανόνες δικαίου αντίθετους με την οδηγία μετά το πέρας της προθεσμίας ενσωμάτωσης της και επειδή ο δικαστής έχει αυτοτελή υποχρέωση να ερμηνεύει το εθνικό δίκαιο κατά το μέτρο του δυνατού «υπό το φως των διατάξεων και του στόχου της Οδηγίας³⁶», η επίκληση της σύμφωνης ερμηνείας εμφανίζεται ως ένας ήπιος μηχανισμός προσαρμογής του περιεχομένου των εθνικών μέτρων που αρχικώς αντιβαίνουν στο πνεύμα της Οδηγίας. Επομένως, η Διοίκηση μπορεί να επικαλεστεί το δεσμευτικό σκοπό της Οδηγίας με στόχο την καλύτερη συμμόρφωση της διοικητικής δράσης προς το νόημα της Οδηγίας³⁷. Ζήτημα τέθηκε αρχικώς ως προς τη συμφωνία της εν λόγω πρακτικής με την απαγόρευση επίκλησης μιας μη ενσωματωμένης οδηγίας από τη διοίκηση, όμως σύντομα η αντίθεση ξεπεράστηκε αφού δεν πρόκειται για ευθεία επίκληση της Οδηγίας και το εφαρμοστέο από το δικαστή δίκαιο είναι το εθνικό δίκαιο, έστω και προσαρμοσμένο, και όχι μια διάταξη που στερείται παντός ερείσματος στο εσωτερικό δίκαιο³⁸. Παράλληλα, διαφοροποιείται ως προς το σχήμα Διοίκηση-Ιδιώτης, στο μέτρο που ανέκυψε σε μια διοικητική διάφορα μεταξύ διοικητικών οργάνων. Ωστόσο, προβληματικές παραμένουν περιπτώσεις, όπου τα αποτελέσματα της άμεσης και ευθείας εφαρμογής της Οδηγίας συμπίπτουν με τα αποτελέσματα της ερμηνείας του δικαστή, καταλήγοντας ίσως στην επιβολή ορισμένων υποχρεώσεων εις βάρος των διοικούμενων³⁹.

Ως προς τον αποκλεισμό και τη μη εφαρμογή μιας εθνικής διάταξης αντίθετης στην Οδηγία, σημαντικό παράδειγμα αποτελεί η αίτηση ακυρώσεως ενός σωματείου στην υπόθεση *Association de Patients de la médecine d'orientation anthroposophique*⁴⁰, στην οποία εξετάζεται το νόμιμο της αποχής της κανονιστικής διοίκησης από τη λήψη μέτρων βάσει νομοθετικής διάταξης η οποία αντιβαίνει σε οδηγία. Μετά τη διαπίστωση του δικαστή πως η νομοθετική διάταξη διευρύνει το πεδίο εφαρμογής των κανόνων αντιβαίνοντας έτσι προς την οδηγία, θεωρεί πως η Διοίκηση λαμβάνοντας υπ'όψιν τις απαιτήσεις της ιεραρχίας των κανόνων δικαίου νομίμως απείχε από τη λήψη κανονιστικών μέτρων. Συνεπώς, η Διοίκηση επικαλείται την

³⁵ CE, Sect., 8 Δεκεμβρίου 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, σχόλιο P. Cassia και E. Saulnier, *Europe*, 2001, no 145, σελ. 21-22.

³⁶ ΔΕΚ, 10 Απριλίου 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Συλλογή*, σελ. 1892, σκ. 26.

³⁷ Στο ίδιο πνεύμα και οι αποφάσεις CE, Ass., 22 Δεκεμβρίου 1989, *Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, *AJDA*, 1990, ιδίως σελ. 330 επ., αλλά και CE, Sect., 9 Ιανουαρίου 1991, *Sté coopérative Banque Populaire de la Côté d'Or*, *Droit Fiscal*, 1991, no 508, σελ. 463 επ. Στις υποθέσεις αυτές ο Υπουργός Οικονομικών ζητά την ερμηνεία των εθνικών φορολογικών διατάξεων υπό το φως του σκοπού της 6^{ης} Οδηγίας για τον ΦΠΑ.

³⁸ CASSIA Paul, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA*, 2002, σελ. 28.

³⁹ CRAIG Paul, « Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation », *ELRev*, 1997, 22, σελ. 519.

⁴⁰ CE, 24 Φεβρουαρίου 1999, *Association de Patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, *Συλλογή Leb.*, σελ. 29 (<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007992639&fastReqId=794459556&fastPos=1>).

οδηγία, όχι προκειμένου να επιδιώξει την υποκατάσταση των κανόνων της στη θέση των εθνικών κανόνων, αλλά για να θέσει εκ ποδών το εθνικό δίκαιο και να ανταποκριθεί στην υποχρέωση σεβασμού του ευρωπαϊκού δικαίου σύμφωνα με την αρχή της υπεροχής του⁴¹. Η νομολογία αυτή δεν ενισχύει απλώς την αποτελεσματική εφαρμογή του ευρωπαϊκού δικαίου, αλλά κυρίως την αυτόνομη στάση που μπορεί να υιοθετεί η Διοίκηση απέναντι στο Νομοθέτη, δικαιούμενη να αρνηθεί την εκτέλεση του νόμου ως υπαγόμενη στους κανόνες της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η αυτονομία τούτη μπορεί να αποβεί θετική καθώς έχει διορθωτικό χαρακτήρα ως προς την παραβίαση των Οδηγιών, στην οποία ενδέχεται να υποπέσει ο νομοθέτης, μειώνοντας έτσι τον κίνδυνο ευθύνης του Δημοσίου έναντι του ιδιώτη. Προκύπτει όμως αδιαμφισβήτητα ένα όριο στη δράση της: δικαιούται να απόσχει, όχι όμως και να προβεί, με θετικό τρόπο, σε λήψη νέων μέτρων εκτέλεσης της οδηγίας επί τη βάση επίκλησης του σκοπού της μη ενσωματωμένης οδηγίας⁴².

Όλα τα ανωτέρω θέτουν σαφώς κάποια όρια στη δυνατότητα επίκλησης στοιχείων της οδηγίας ενώπιον του διοικητικού δικαστή. Για παράδειγμα, σύμφωνα με τον διατυπωθέντα κανόνα, η Διοίκηση δεν μπορεί να επικαλεστεί μια υποχρέωση που έχει ως έρεισμα μια μη ενσωματωμένη οδηγία εις βάρος του διοικούμενου. Προκύπτει το εύλογο ερώτημα: θα ήταν ίδια η απαγόρευση αν το αντικείμενο της επίκλησης απέβαινε υπέρ των δικαιωμάτων και της εν γένει νομικής κατάστασης του διοικουμένου; Στην απορία αυτή απάντησε πρόσφατα το ΔΕΕ, στην γνωστή υπόθεση *Fratelli Costanzo*, αντικείμενο της οποίας είναι το άμεσο αποτέλεσμα μιας οδηγίας έναντι της Διοίκησης. Ερωτήθηκε συγκεκριμένα «αν η διοίκηση, συμπεριλαμβανομένων των δημοτικών αρχών, έχει την υποχρέωση όπως ακριβώς και κάθε εθνικό δικαστήριο να εφαρμόζει τις διατάξεις του άρθρου 29, παράγραφος 5, της οδηγίας 71/305 του Συμβουλίου και να μην εφαρμόζει τις διατάξεις του εθνικού δικαίου που δεν συμβιβάζονται με αυτές⁴³». Εξετάζοντας αντιστρόφως το δικαίωμα των ιδιωτών να επικαλούνται μια διάταξη ακριβή και ανεπιφύλακτη, το ΔΕΕ διαπιστώνει πως όλες οι διοικητικές αρχές, και εν προκειμένω η δημοτική αρχή, υποχρεούται να εφαρμόζει τις διατάξεις της Οδηγίας, που είχε λανθασμένα μεταφερθεί στο εθνικό δίκαιο, ταυτόχρονα δε να μην εφαρμόζουν τις αντίθετες με την Οδηγία εθνικές διατάξεις που προσβάλλουν δικαιώματα των ιδιωτών. Παρατηρούμε λοιπόν ότι στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, το ΔΕΕ απονέμει όχι απλώς την εξουσία αλλά δημιουργεί κατ'εξαιρέσιν υποχρέωση της Διοίκησης να εφαρμόζει μη ενσωματωμένη οδηγία, όταν δεν υπάρχει αμφιβολία σχετικά με το άμεσο αποτέλεσμα αυτής⁴⁴. Παρατηρούμε ότι η εξουσία αυτή για απευθείας εφαρμογή αποβαίνει προς όφελος του διοικούμενου που αντλεί δικαίωμα από τη σχετική Οδηγία.

⁴¹ BLUMANN Claude, DUBOUIS Louis, *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Editions Litec, Lexis-Nexis 2010, σελ. 707, 721.

⁴² CASSIA Paul, *οπ.π.*, *RFDA*, 2002, σελ. 29.

⁴³ ΔΕΚ, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA*, aff. 103/88, *Συλλογή*, σελ. 1861, σκ. 28.

⁴⁴ Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέα Lenz, ΔΕΚ, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA*, aff. 103/88, *Συλλογή*, σελ. 1851, σκ. 43.

3. Η ΕΠΙΚΛΗΣΗ ΤΩΝ ΟΔΗΓΙΩΝ ΑΠΟ ΤΟΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗ ΚΑΙ Η ΑΥΤΕΠΑΓΓΕΛΤΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥΣ

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ήδη από τις πρώτες σημαντικές αποφάσεις του, κατέστησε το δικαστή, όπως και τους ιδιώτες, σύμμαχο στην αποτελεσματική εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης υποχρεώνοντάς τον να αναγνωρίζει το άμεσο αποτέλεσμα των διατάξεων ευρωπαϊκού δικαίου και να αφήνει ανεφάρμοστη οποιαδήποτε αντίθετη εθνική διάταξη⁴⁵. Ειδικότερα ως προς την ερμηνεία και εφαρμογή των Οδηγιών, ο ρόλος των δικαστών είναι σημαντικός καθώς καλούνται να αντισταθμίσουν τα προβλήματα που ανακύπτουν από την μη εφαρμογή ή τη λανθασμένη εφαρμογή των οδηγιών από τις υπόλοιπες αρχές του κάθε Κράτους Μέλους και κυρίως να διαφυλάξουν τα δικαιώματα που απονέμει μια ευρωπαϊκή οδηγία στους διοικουμένους.

Ο διοικητικός δικαστής, κατά την κρίση υποθέσεων που σχετίζονται με τις ευρωπαϊκές οδηγίες, είτε ερμηνεύει, είτε εφαρμόζει ευθέως τις διατάξεις της μετά από επίκληση της οδηγίας είτε από τους διοικουμένους είτε από τη Διοίκηση. Ο διοικητικός δικαστής οφείλει σαφώς λόγω της αρχής της υπεροχής του δικαίου της Ένωσης επί του εθνικού δικαίου και της άμεσης εφαρμογής του στην εθνική έννομη τάξη να ερμηνεύει το εθνικό δίκαιο υπό το φως της σημασίας και του σκοπού των ευρωπαϊκών οδηγιών, να αφήνει ανεφάρμοστο το εθνικό δίκαιο που αντιβαίνει σε αυτές, να εφαρμόζει αντί για την αντίθετη εθνική διάταξη την οδηγία ευθέως εφόσον αυτή περιέχει μια επαρκώς σαφή και ανεπιφύλακτη υποχρέωση και τέλος να αποκαθιστά τη ζημία που υφίσταται ένας διοικουόμενος από την παραβίαση δικαιώματος που πηγάζει από Οδηγία.

Όμως, ένα ιδιαίτερο και αμφισβητούμενο ζήτημα που αφορά στην επίκληση της Οδηγίας είναι η αυτεπάγγελτη εφαρμογή της Οδηγίας, όταν κανείς από τους διαδίκους δεν την έχει επικαλεστεί. Θα μπορούσαμε ίσως να εντοπίσουμε δυο σημαντικά στοιχεία, που μας στρέφουν προς μια θετική ή αρνητική απάντηση και συγκεκριμένα στην αρχή ότι το ευρωπαϊκό δίκαιο συνολικά καθίσταται και δίκαιο των Κρατών Μελών⁴⁶ και στη δικονομική αυτονομία που αναγνωρίζεται στα Κράτη Μέλη. Ωστόσο, τα δυο αυτά στοιχεία μας ωθούν σε αντίθετες κατευθύνσεις. Ας αναλογιστούμε ότι η δημιουργία μιας ανάλογης υποχρέωσης θα σήμαινε για τους δικαστές την υποχρέωση να εξετάζουν αυτεπαγγέλτως τις εφαρμοζόμενες διατάξεις ευρωπαϊκού δικαίου πάσης φύσεως που ενδεχομένως επηρεάζουν την κρίση μιας

⁴⁵ ΔΕΚ, 5 Φεβρουαρίου 1962, *Van Gend an Loos*, aff. 26/62, *Συλλογή*, σελ. 15, ΔΕΚ, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Συλλογή*, σελ. 630, σκ. 21, ΔΕΚ, 19 Νοεμβρίου 1991, *Frankovits et Bonifaci*, aff. C-6/90 et C-9/90, *Συλλογή*, σελ. I-5357, σκ. 32

⁴⁶ PRINSSEN J.M, SCHRAUWEN A., *Direct effect - Rethinking a classic of EC legal doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, The Hogendorp Papers, 2004, σελ. 259; TEITGEN H., *Droit institutionnel communautaire*, Paris, Les cours de droit, 1977-1978, σελ. 181. SIMON Denys, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997, σελ. 35. Ωστόσο, αν και η πλειοψηφία των ακαδημαϊκών θεωρεί ότι όπως όλες οι πράξεις της Ένωσης καθίστανται αυτομάτως law of the land, η υποχρέωση για ενσωμάτωση της Οδηγίας από τα Κράτη Μέλη δεν επιτρέπει την άνευ όρων εξομοίωση της με τις υπόλοιπες πράξεις.

υπόθεσης. Ωστόσο, η νομολογία του ΔΕΕ έχει κατά κύριο λόγο αναφερθεί στις υποχρεώσεις των πολιτικών δικαστηρίων.

Το ζήτημα τέθηκε για πρώτη φορά στην υπόθεση *Verholen*, όπου το Δικαστήριο ρωτήθηκε αρχικώς για το αν το δίκαιο της Ένωσης αποκλείει την αυτεπάγγελτη εφαρμογή εκ μέρους του δικαστή μιας διάταξης με σκοπό τον έλεγχο νομιμότητας του εθνικού δικαίου. Στηριζόμενος στις αδιαπραγμάτευτες υποχρεώσεις του εθνικού δικαστή να εφαρμόζει ευθέως τους ευρωπαϊκούς κανόνες που έχουν άμεση ισχύ, αλλά και να δίνει προτεραιότητα στη σύμφωνη με το ευρωπαϊκό δίκαιο ερμηνεία του εθνικού δικαίου, ο Γενικός Εισαγγελέας Darmon απάντησε πως «η υπεροχή του δικαίου της Ένωσης δε μπορεί να αφήνεται απλώς στη διακριτική ευχέρεια των εθνικών δικαστηρίων⁴⁷», καθώς διακυβεύεται ένας σημαντικός σκοπός του νομικού συστήματος της Ένωσης, που είναι η ομοιόμορφη εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης. Ωστόσο, μόνον οι ανωτέρω υποχρεώσεις του δικαστή αποτελούν μια εύθραυστη νομική βάση⁴⁸ για την αυτεπάγγελτη εφαρμογή των Οδηγιών και κάθε άλλης διάταξης ευρωπαϊκού δικαίου.

Το ερώτημα τέθηκε σε διαφορετικές βάσεις στην υπόθεση *Van Schijndel*⁴⁹, όπου το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί για το αν ο εθνικός πολιτικός δικαστής, ο οποίος λόγω του συζητητικού συστήματος δεσμεύεται από τα αιτήματα των διαδίκων, υποχρεούται να εφαρμόσει αυτεπαγγέλτως τους ευρωπαϊκούς κανόνες ανταγωνισμού σε μια περίπτωση που τα μέρη δεν είχαν συμφέρον στην επίκληση της. Η απάντηση συνδέεται άρρηκτα με την διαδικαστική αυτονομία που απολαμβάνουν τα Κράτη Μέλη και ταυτόχρονα με την ανάγκη παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Το ΔΕΕ άφησε ουσιαστικά στην κρίση του δικαστή την ύπαρξη υποχρέωσης, θέτοντας ωστόσο τους γνωστούς περιορισμούς της αρχής της αποτελεσματικότητας και της αρχής της ισοτιμίας⁵⁰. Στην ως άνω υπόθεση, σύμφωνα με το ΔΕΕ, η αρχή της αποτελεσματικότητας, που περιορίζει την δικονομική αυτονομία, δεν φτάνει μέχρι το σημείο να επιβάλει στα εθνικά δικαστήρια μια τέτοια υποχρέωση, ειδικά εν όψει και του συζητητικού δικονομικού συστήματος των πολιτικών δικαστηρίων, αλλά έκανε νύξη στους κανόνες δημοσίας τάξεως που ενδέχεται να επιζητούν εξέταση. Πάντως, αν διάταξη του ευρωπαϊκού δικαίου είναι η εφαρμοστέα σε μια διαφορά, τότε αν ο δικαστής έχει τη διακριτική ευχέρεια ή

⁴⁷ Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέως Darmon επί της υπόθεσης ΔΕΚ, 11 Ιουλίου 1991, *Verholen*, aff. C-87 à 89/90, *Συλλογή*, σελ. I-3757, σκ. 19.

⁴⁸ PRECHAL Sacha, *Directives in EC law*, Oxford, Second Revised Edition, Oxford University Press, 2005, σελ. 160.

⁴⁹ ΔΕΚ, 14 Δεκεμβρίου 1995, *Peterbroeck et Jeroen Van Schijndel*, aff. C-312/93 et C-430-431/93, *Συλλογή*, σελ. I-4599. Prechal, *CMLR*, 1998, σελ. 681. Βλ. Σχετικώς και : CANIVET Guy et HUGLO Jean-Guy, «L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck», chronique no 4, *Europe*, Απριλίου 1996, σελ. 1-4.

⁵⁰ ΔΕΚ, 16 Δεκεμβρίου 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG*, aff. 33/76, *Συλλογή*, σελ. 748, σκ. 5, σύμφωνα με τις αρχές που θέτει το Δικαστήριο, η δικονομική αντιμετώπιση του κοινοτικού δικαίου πρέπει να μην είναι λιγότερη ευνοϊκή σε σχέση με την αντίστοιχη αντιμετώπιση διατάξεων του εθνικού δικαίου, αλλά ούτε να καθιστά αδύνατη ή πολύ δυσχερή την ενάσκηση των δικαιωμάτων που έλκουν τα άτομα από το κοινοτικό δίκαιο.

επιβάλλεται να καταφύγει σε μια εθνική διάταξη δεσμευτικού χαρακτήρα, τότε η ευχέρεια αυτή μετατρέπεται σε υποχρέωση. Παράλληλα, στην συνεκδικαζόμενη υπόθεση *Peterbroeck*, κρίθηκε αντιθέτως πως εθνική διάταξη που περιορίζει τον εθνικό δικαστή να επικαλεστεί ένα νέο μέσο, εν όψει της απουσίας δευτέρου βαθμού δικαιοδοσίας, αντιβαίνει στο ευρωπαϊκό δίκαιο.

Αυτό που πρέπει να επισημανθεί είναι ότι στις αποφάσεις αυτές και σε άλλες που επακολογήσαν αναφορά γίνεται στην πολιτική δίκη και στη διαιτησία⁵¹. Αν υποθέσουμε ότι μπαίνουμε περισσότερο στη λογική μιας διοικητικής δίκης, τότε το ανακριτικό σύστημα που ισχύει σε συνδυασμό με την αρχή ότι οι διαδικαστικοί κανόνες δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκοί απ' ό,τι όταν στο πεδίο επεμβαίνει και κανόνας ευρωπαϊκού δικαίου, τότε η ζυγαριά κλίνει περισσότερο προς την αυτεπάγγελτη εφαρμογή. Η γαλλική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας προσφέρει αρκετά παραδείγματα σχετικά με τη στάση του διοικητικού δικαστή. Το 1970, το Δικαστήριο είπε στην υπόθεση *Synacomex* πως εναπόκειται σε αυτό να επικαλεστεί και να εφαρμόσει αυτεπαγγέλτως έναν κοινοτικό κανονισμό⁵², γεγονός που δεν αφήνει εύκολα περιθώρια να ισχύσει κάτι διαφορετικό για τις εξίσου δεσμευτικές οδηγίες⁵³. Κι ενώ οι ευρωπαϊκοί κανόνες, λόγω της υπεροχής τους έναντι των εθνικών διατάξεων, έχουν τα χαρακτηριστικά των κανόνων αναγκαστικού δικαίου, το γαλλικό Συμβούλιο της Επικρατείας στην υπόθεση *SA Morgane* δεν δέχθηκε να αναφέρει μεταξύ των εφαρμοστέων κανόνων δικαίου ευρωπαϊκή οδηγία σε υπόθεση, ούτε να εξετάσει αυτεπαγγέλτως την αντίθεση του γαλλικού Κώδικα περί Φορολογίας με την οδηγία και τον σκοπό της⁵⁴.

Παρά το γεγονός ότι η στάση του δικαστηρίου είναι συγκρατημένη μέχρι τη δεκαετία του 1990, με αποφάσεις που αρκούνται στην εξέταση διατάξεων που έχουν επικαλεστεί τα μέρη, υπάρχει μια τάση αυτεπάγγελτης εξέτασης εφαρμοστέων διατάξεων οδηγιών διαφορετικών από εκείνων που επικαλεστήκαν τα μέρη αλλά και του εν γένει σκοπού της Οδηγίας⁵⁵, οπότε διευρύνεται σαφώς το εύρος του έλεγχου νομιμότητας. Παράλληλα, φαίνεται πως και τα πρωτοβάθμια και δευτεροβάθμια διοικητικά δικαστήρια εξετάζουν αυτεπαγγέλτως τη συμφωνία εθνικών διατάξεων με τις οδηγίες⁵⁶. Αυτή η στάση μπορεί να αποβεί εξαιρετικά σημαντική ειδικά σε περιπτώσεις όπου ο ιδιώτης δεν έχει συμφέρον στην επίκληση μιας Οδηγίας ή επικαλείται μια μεμονωμένη διάταξη της και η Διοίκηση δεν επιτρέπεται να επικαλεστεί την Οδηγία εν όψει της παράλειψής της για ορθή μεταφορά. Έτσι ο

⁵¹ ΔΕΚ, 1 juin 1999, aff. C-126/97, *Eco-Swiss Συλλογή*, σελ. I-3055

⁵² QUESTIAUX, Προτάσεις στην υπόθεση Conseil d'Etat, 10 Ιουλίου 1970, *Synacomex, RTDE*, 1970, σελ. 742 επ.

⁵³ CASSIA Paul, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA*, 2002, σελ. 28.

⁵⁴ CE, 11 Ιανουαρίου 1991, *SA Morgane*, Rec. CE 1991, σελ. 9 και προτάσεις M.-D. Hagelsteen, *RFDA* 1991, p. 655.

⁵⁵ TOUTEE Henri, Προτάσεις επί της υπόθεσης CE, 10 Ιουλίου 1995, *Sté Télévision française 1(TF1)*, req. n° 141726, *AJDA*, 1995, σελ. 637 επ. και CE, 27 mars 2000, *Fédération nationale de l'industrie hôtelière et autres*, req. n° 204227, *Συλλογή Leb.* σελ. 133; σχόλιο E. Saulnier, *Europe*, 2000, n°225.

⁵⁶ MEHDI Rostane, «Ordre juridique de l'Union: primauté du droit de l'Union européenne», *JCL. Europe Traité*, 2013, Fasc. 196, σκ. 122.

διοικητικός δικαστής είναι σε θέση να διασφαλίσει τη συμφωνία μια εθνικής ρύθμισης με το ευρωπαϊκό δίκαιο, είτε πρόκειται για πρωτογενές είτε για παράγωγο δίκαιο, εγγυώμενος την υπεροχή των κανόνων αυτών. Τέλος, αν αναλογιστούμε ότι ο δικαστής και η Διοίκηση υπόκεινται αμφότεροι στην αρχή της υπεροχής του ευρωπαϊκού δικαίου και καλούνται να ερμηνεύουν το εθνικό δίκαιο υπό το φως του σκοπού των Οδηγιών, έχει τονιστεί πως είναι άκρως αντιφατικό να υποχρεώνεται η Διοίκηση από το δικαστή σε διαρκή έλεγχο συμβατότητας του εθνικού δικαίου προς τις Οδηγίες και ο ίδιος ο δικαστής να αρνείται να προβεί σε τέτοιο έλεγχο⁵⁷. Τούτο μπορεί να ενέχει πρακτικές δυσκολίες, μα συνάδει με την ανακριτική αρχή της διοικητικής δίκης, καθώς οι ισχυρισμοί των διαδίκων δεν περιορίζουν το δικαστήριο κατά τη διαμόρφωση της κρίσης του και ο διοικητικός δικαστής θεωρείται πως γνωρίζει τόσο τους κανόνες ελληνικού δικαίου, όσο και του διεθνούς και ευρωπαϊκού δικαίου⁵⁸.

⁵⁷ CASSIA Paul, όπ.π., *RFDA*, 2002, σελ. 28.

⁵⁸ Π.Δ. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, Τρίτη έκδοση, σελ. 273.

Η ΔΙΑΦΗΜΙΣΗ ΤΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΜΕΣΑ ΣΤΙΣ ΣΥΜΠΛΗΓΑΔΕΣ ΤΩΝ ΠΕΙΘΑΡΧΙΚΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ. ΟΙ ΠΡΟΣΦΑΤΕΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΣΗ ΤΟΥ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΟΣ ΤΩΝ ΟΔΟΝΤΙΑΤΡΩΝ ΜΕ ΑΝΑΦΟΡΑ ΣΕ ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΣτΕ ΤΟΥ ΔΕΚ ΚΑΙ ΤΟΥ ΕΔΑΔ.

**Δημήτριος Σπυρόπουλος, Δικηγόρος Αθηνών, LL.M Δίκαιο
Ευρωπαϊκής Ένωσης Essex**

1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ¹

Σύμφωνα με τον ορισμό του νόμου, το νομοθετικώς κατοχυρωμένο επάγγελμα είναι «η επαγγελματική δραστηριότητα ή ομάδα επαγγελματικών δραστηριοτήτων, η πρόσβαση στις οποίες ή η άσκηση των οποίων ή ένας από τους τρόπους άσκησης των οποίων προϋποθέτει, άμεσα ή έμμεσα, ειδικά επαγγελματικά προσόντα, κατ'εφαρμογή νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων».²

Ο ορισμός δεν είναι απολύτως δόκιμος και κατάλληλος να αποδώσει την έννοια και τον χαρακτήρα αυτών των επαγγελμάτων, αφού ειδικά επαγγελματικά προσόντα, για παράδειγμα, απαιτούνται για όλα τα επαγγέλματα.³

Τα νομοθετικώς κατοχυρωμένα ή ρυθμισμένα επαγγέλματα, διατηρούν, λόγω της φύσεώς τους, ως οιονεί λειτουργημάτων και επειδή υπηρετούν το δημόσιο συμφέρον, ένα αυστηρό ρυθμιστικό πλαίσιο στην άσκησή τους. Το πλαίσιο αυτό περιλαμβάνει πολλούς περιορισμούς τόσο στην πρόσβαση, όσο και στην άσκησή τους. Εδώ θα πρέπει να επισημάνουμε ότι η ελληνική πολιτεία ενώ από τη μία πλευρά επιφυλάσσει ένα ασφυκτικό καθεστώς στους επαγγελματίες αυτής της κατηγορίας επαγγελμάτων, από την άλλη πλευρά, από απόψεως φορολογικής

¹ Ευχαριστώ θερμώς τον κο Χαράλαμπο Ανθόπουλο Αναπληρωτή Καθηγητή Δικαίου και Διοίκησης του Ε.Α.Π. για τις χρήσιμες και ωφέλιμες παρατηρήσεις του πριν τη δημοσίευση της παρούσας μελέτης.

² Άρθρο 12 του Ν. 3587/2007 [ΦΕΚ Α. 152/10-7-2007] με τίτλο : «Τροποποίηση και συμπλήρωση του ν. 2251/1994 «Προστασία των καταναλωτών», όπως ισχύει – Ενσωμάτωση της οδηγίας 2005/29 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ L 149)», με το οποίο προστέθηκε μετά το άρθρο 9 του Ν. 2251/1994, μεταξύ άλλων, το άρθρο 9 α, στοιχ ιβ'.

³ Βλ. Βασιλείου Κονδύλη «Ελευθέρια Επαγγέλματα και Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού» εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα – Κομοτηνή 2000, σελ. 40 – 46.

μεταχείρισης, τους κατατάσσει στην ίδια κατηγορία με αυτή των εμπόρων - επιχειρηματιών.

Οι επαγγελματικοί σύλλογοι αποτελούν τα κυρίαρχα θεσμικά όργανα των ελευθέρων επαγγελματιών, έχουν κανονιστική αρμοδιότητα και ασκούν έλεγχο στον τρόπο άσκησης του επαγγέλματός τους. Η εγγραφή στους συλλόγους είναι υποχρεωτική⁴, ενώ τα μέλη οφείλουν να συμμορφώνονται με εκείνους τους κανόνες δεοντολογίας, οι οποίοι έχουν άμεση σχέση με την προσήκουσα άσκηση του εκάστοτε επαγγέλματος. Σε πρόσφατες αποφάσεις του το ΣτΕ, πάντως, έκρινε ότι ο καθορισμός των αμοιβών των οδοντιάτρων δεν ανάγεται στην προσήκουσα άσκηση του επαγγέλματός τους και δε μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο ρύθμισης από τους οδοντιατρικούς συλλόγους, ή την Ελληνική Οδοντιατρική Ομοσπονδία.⁵

Μεταξύ εκείνων των κανόνων, που καθορίζουν τον τρόπο άσκησης των επαγγελμάτων αυτών, περιλαμβάνονται και οι κανόνες για τη διαφήμιση. Κύριο χαρακτηριστικό των δεοντολογικών κανονισμών των νομοθετικώς κατοχυρωμένων επαγγελμάτων, αποτελεί η απόλυτη απαγόρευση της διαφήμισης, σύμφωνα με τη διατύπωση των κανόνων αυτών,⁶ τουλάχιστον μέχρι την ψήφιση του Ν. 3919/2011. Ωστόσο, σε ό,τι αφορά στους δικηγόρους και στους συμβολαιογράφους, οι σχετικοί περιορισμοί έχουν αρθεί ρητώς.⁷

Τα τελευταία πέντε χρόνια, από το ξέσπασμα της οικονομικής κρίσης και έπειτα, παρατηρείται μια κατακόρυφη αύξηση της διαφήμισης σε όλους τους τομείς των υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των οδοντιατρικών. Ανάλογη κατακόρυφη αύξηση παρατηρείται και στην παραπομπή οδοντιάτρων στα πειθαρχικά συμβούλια, αλλά και στην επιβολή πειθαρχικών ποινών για παράνομη διαφήμιση. Είναι, μάλιστα, χαρακτηριστικό ότι οι οδοντίατροι, οι οποίοι προσπαθούν να επιβιώσουν

⁴ Βλ. Βασιλικής Κόκοτα Επαγγελματική Ελευθερία, εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη 2014, σελ. 87.

⁵ Βλ. ΟΛΣτΕ 148/2015, ΝοΒ 63, 2015 σελ. 1079, 150/2015 σκέψη 14 σε ΕΔΔΔΔ 2/2015 σελ. 470 και 149/2015 σκέψη 12 αδημοσίευτη.

⁶ Βλ άρθρο 73 του ν. 3659/2008 Κώδικας Δικαστικών Επιμελητών (ΦΕΚ Α΄. 77), σε συνδυασμό με π.δ. υπ' αριθμ. 68 [ΦΕΚ Α΄. 153/1-7-2011], άρθρο 17 Ν. 3418/2005 «Κώδικας Ιατρικής Δεοντολογίας» [ΦΕΚ Α΄. 287/28-11-2005], άρθρο 21 π.δ. 39/2009 «Κώδικας Οδοντιατρικής Δεοντολογίας» [ΦΕΚ Α΄. 55/1-4-2009]. Πρβλ όμως και άρθρο 11 Υπουργ. Απόφ. Υφυπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας υπ' αριθμ. 57088/ΔΙΟΕ-1033 «Κώδικας Δεοντολογίας Λογιστών Φοροτεχνικών» [ΦΕΚ Β΄. 3314/24-12-2013], Ο.π. Βασιλική Κόκοτα σελ. 258 – 261.

⁷ Βλ. άρθρο 6 παρ. 1 του Ν. 4038/2012 [ΦΕΚ Α΄. 14/2-2-2012] άρθρο 40 Ν 4194/2013 «Κώδικας Δικηγόρων» [ΦΕΚ Α΄. 208/27-9-2013]. και π.δ. 95/2011 [ΦΕΚ Α΄. 227]

της χειρότερης οικονομικής κρίσης στη μεταπολεμική ιστορία της χώρας μας, παραπέμπονται στα πειθαρχικά συμβούλια και, για να μη διαταράξουν μια κακώς εννοούμενη ισορροπία και να διατηρήσουν μια «αρμονική σχέση» με τους επαγγελματικούς συλλόγους τους, αποφεύγουν ακόμα και τον διορισμό συνηγόρου και ακολουθούν την τακτική της μεταμέλειας.

Η βασική «υπερασπιστική γραμμή» τους συνίσταται στην ομολογία της ενοχής τους για την «παράνομη διαφήμιση», στην οποία προέβησαν.

Παραβλέπουν, όμως, ότι η επιβολή πειθαρχικής ποινής ουσιαστικά είναι απαγορευτική για την προβολή των υπηρεσιών τους στο μέλλον, αφού, μια εκ νέου άσκηση πειθαρχικής δίωξης, θα εκλάβει την επανάληψη της διαφήμισης ως υποτροπή και επιβαρυντική περίπτωση, κατά την επιμέτρηση της ποινής .

Από την άλλη πλευρά, οι οδοντιατρικοί σύλλογοι υποστηρίζουν και ανακοινώνουν πανηγυρικά σε όλους τους τόνους και προς κάθε κατεύθυνση, ότι η διαφήμιση των υπηρεσιών απαγορεύεται δια ροπάλου,⁸ παραβιάζοντας, μάλιστα, το τεκμήριο της αθωότητας, αφού θεωρείται καθένας εκ προοιμίου ένοχος! Προκειμένου, μάλιστα, να καταπείσουν τα μέλη τους για την απόλυτη απαγόρευση της διαφήμισης, επικαλούνται παρωχημένη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων και όχι τις πρόσφατες δικαστικές αποφάσεις.⁹ Αρωγός μάλιστα, στην προσπάθειά τους να θέσουν τροχοπέδη στην προβολή των υπηρεσιών των μελών τους, αποτελεί

⁸ Βλ. Λάμπρου Αντωνίου δικηγόρου – Νομικού Συμβούλου Οδοντιατρικού Συλλόγου Αττικής «Διαφήμιση Οδοντιάτρων : Μύθοι και Πραγματικότητα» Περιοδικό του ΟΣΑ τεύχος 110, σελ. 14, 15]. Βλ στην ιστοσελίδα του Ο.Σ.Α. www.osanet.gr δημοσιευμένη την από 9-5-2011 «ΕΠΕΙΓΟΥΣΑ ΕΝΗΜΕΡΩΤΙΚΗ ΕΓΚΥΚΛΙΟΣ – ΠΕΙΘΑΡΧΙΚΗ ΔΙΩΞΗ ΟΔΟΝΤΙΑΤΡΩΝ». Στην εγκύκλιο αυτή αναφέρονται μεταξύ άλλων : «Πρέπει να γίνει κατανοητό ότι αντιδεοντολογικές συμπεριφορές δεν μπορούν να γίνονται ανεκτές», «Σας γνωρίζουμε ότι ο Σύλλογος θα αντιμετωπίζει με μεγάλη αυστηρότητα όποια περιστατικά καταχωρήσεων εκπαιδευτικών προσφορών για οδοντιατρικές υπηρεσίες υποπέσουν στην αντίληψή του είτε αυτεπάγγελτα είτε κατόπιν παραγγελίας», «Θα τηρείται η νόμιμη διαδικασία του πειθαρχικού ελέγχου». Βλ. Τεύχος 100, Μάρτιος – Απρίλιος 2011, σελ. 11 την υπ' αριθμ. Πρωτ. 2089 επείγουσα ενημερωτική εγκύκλιο , τεύχος 101, Μάιος – Ιούνιος 2011 σελ. 7, τεύχος 105, Ιανουάριος - Φεβρουάριος 2012, σελ. 14 και 15.

⁹ Βλ. την από 15-1-2014 ανακοίνωση της Ε.Ο.Ο. με θέμα «Κάρτες Υγείας – Διαφήμιση» με συνημμένη την αναφορά της Νομικής Συμβούλου της Ε.Ο.Ο. σε http://www.eoo.gr/files/pdfs/enimerosi/enimerotiki_egkyklios_gia_kartes_ygeias_kai_diafimiseis.pdf [τελευταία ενημέρωση 26-12-2015]. βλ. επίσης απόφαση του ΔΣ του Ο.Σ.Α. συνεδρίαση της 18-4-2011, θέμα 5^ο στο οποίο ο Νομικός Σύμβουλος του Ο.Σ.Α., κατά την εισήγησή του, κάνει λόγο για τις διαφορές μεταξύ ενημέρωσης και διαφήμισης.

η ίδια η πολιτεία, η οποία υπονομεύει τους κανόνες, τους οποίους η ίδια έχει θεσπίσει.¹⁰ Είναι όμως τα πράγματα ακριβώς έτσι;

2. Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΔΙΑΦΗΜΙΣΗΣ¹¹

Κατ' αρχάς, θα δώσουμε τον ορισμό της διαφήμισης, όπως ορίζεται στο νόμο. Με τον όρο «Διαφήμιση» ο νόμος προσδιορίζει «κάθε ανακοίνωση που γίνεται με κάθε μέσο στα πλαίσια εμπορικής, βιομηχανικής, βιοτεχνικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας με στόχο την προώθηση της διάθεσης αγαθών ή υπηρεσιών, συμπεριλαμβανομένων των ακινήτων και των συναφών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων».¹²

Η διαφήμιση προϊόντων, αγαθών, υπηρεσιών κλπ αποτελεί προέκταση της ελευθερίας της έκφρασης, η οποία θεμελιώνεται στα άρθρα 14 παρ. 1 του Συντάγματος και 10 της Ε.Σ.Δ.Α., καθώς και στο άρθρο 11 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης [για λόγους συντομίας Χ.Θ.Δ.Ε.Ε, επίσημη εφημερίδα 2012/C 326/02], στο δικαίωμα του πληροφωρείν και του πληροφωρείσθαι [άρθρο 5 Α παρ. 1 του Συντάγματος], αλλά και της οικονομικής και επαγγελματικής ελευθερίας¹³ [άρθρα 5 παρ. 1 του Συντάγματος, 15 παρ. 1 του Χ.Θ.Δ.Ε.Ε.] και της επιχειρηματικής ελευθερίας [άρθρο 16 Χ.Θ.Δ.Ε.Ε.].

¹⁰ Βλ το με αριθμ. Πρωτ. Υ3β/Γ. Π/οικ./8-11-2012 του Υπουργείου Υγείας σε www.osanet.gr τελευταία ενημέρωση 18-4-2015, το οποίο σπεύδει να ερμηνεύσει το νόμο και να προκαταβάλλει ακόμα και το ίδιο το ΣτΕ, αναφέροντας ότι «η απαγόρευση της διαφήμισης των φορέων ΠΦΥ., δεν εμπίπτει στην κατηγορία των διοικητικών περιορισμών που αίρονται με το Ν. 3919/2011». Το έγγραφο αυτό υπογράφεται από γραφειοκράτη υπάλληλο της Διεύθυνσης Πρωτοβάθμιας Φροντίδας Υγείας, και δεν επάγεται καμία έννομη συνέπεια, αλλά έχει χρησιμοποιηθεί κατά κόρον από τον Ο.Σ.Α και την Ελληνική οδοντιατρική Ομοσπονδία για να πεισθούν τα μέλη τους για την απόλυτη απαγόρευση της διαφήμισης. Βλ. στην ιστοσελίδα της Ε.Ο.Ο.

http://www.eoo.gr/files/pdfs/enimerosi/Apantisi_ypourgeiou_ygeias_gia_iatriki_diafimisi.pdf [τελευταία ενημέρωση στις 26-12-2015].

¹¹ Βλ. το κλασικό σύγγραμμα των Βασιλείου Σκουρή – Κρατερού Ιωάννου «Η ελευθερία της διαφήμισης», Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1996.

¹² άρθρο 11 παρ. 1 α Ν 3587/2007 [ΦΕΚ Α'. 152/10-7-2007], με τον οποίο έχει ενσωματωθεί στο ελληνικό δίκαιο η οδηγία 2005/29 Του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και τού Συμβουλίου «για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά» [ΕΕ L 149].

¹³ Βλ. Β'. Τμήμα ΣτΕ 475/1989, 3084 και 3088/1994, 569,570/1995. Αναφορικά με την θεμελίωση της επαγγελματικής ελευθερίας βλ. ενδεικτικά Αθανασίου Γ. Ράϊκου Συνταγματικό Δίκαιο Τόμος II Θεμελιώδη Δικαιώματα, 2^η έκδοση, Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή 2002, σελ. 355, υποσημ. 123.βλ και Βασιλείου Σκουρή, Κρατερού Ιωάννη «Η ελευθερία της διαφήμισης», εκδόσεις Σάκκουλα Θεσσαλονίκη 1996 σελ. 19 κ.ε.

3. Η ΑΣΚΗΣΗ ΤΗΣ ΟΔΟΝΤΙΑΤΡΙΚΗΣ ΩΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑ

Από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αλλά και των ελληνικών δικαστηρίων προκύπτει ότι οι οδοντίατροι ασκούν οικονομική δραστηριότητα¹⁴.

Μάλιστα, οι οδοντίατροι θεωρούνται ανεξάρτητες οικονομικές μονάδες, υπό την έννοια ότι λαμβάνουν αμοιβή από τους ασθενείς τους και αναλαμβάνουν τους οικονομικούς κινδύνους από την άσκηση της δραστηριότητάς τους¹⁵. Σε πρόσφατες αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας επισημαίνεται ότι οι οδοντίατροι αποτελούν «επιχειρήσεις»,¹⁶ κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 703/1977, δηλαδή του νόμου που ρυθμίζει τον Ανταγωνισμό,¹⁷ ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι ρυθμίζεται η άσκηση του επαγγέλματός τους.¹⁸ Σε ό,τι αφορά στους οδοντιατρικούς συλλόγους, χαρακτηρίζονται, στις ίδιες αποφάσεις, ως «ενώσεις επιχειρήσεων».¹⁹

Η οικονομική δραστηριότητα συνίσταται σε κάθε δραστηριότητα προσφοράς αγαθών ή υπηρεσιών σε δεδομένη αγορά.²⁰

¹⁴ [βλ. υπόθεση C-309/1999 της 19-2-2002, σκέψη 46. επίσης, για το θέμα αυτό βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 23-4-1991, C-41/1990 Hofner Elser, συλλογή 1991, σελ. 1-1979, σκέψη 21, απόφαση της 16-11-1995 υπόθ C-244/1994, Federation francaise des societes d'assurances, συλλογή 1995, σελ. 1-4013, σκέψη 14, απόφαση της 11-12-1997 υπόθ. C-55/1996 Job Centre αποκαλούμενη «Job Centre II», σελ. I-7119, σκέψη 21 βλ και από την ελληνική νομολογία ΣτΕ 125/2009 Τμ Β'. σκέψη 8 και ομοίως 127/2009 σκέψη 8 και Επιτρ. Ανταγωνισμού Απόφαση υπ' αριθμ. 292/IV/2005 σκέψη 2.2.1]

¹⁵ βλ. ΟΛΣΤΕ 148/2015 και 150/2015 σκέψεις 12 και ΟΛΣΤΕ 149/2015 σκέψη 10.

¹⁶ βλ και Σχόλιο με αφορμή την υπ' αριθμ. ΟΛΣΤΕ 3516/2013 απόφαση Κατερίνας Τσιροβασίλη, Δικηγόρου, Υπ. Διδάκτορας Νομικής με θέμα «Η απελευθέρωση του επαγγέλματος του δικηγόρου», ΝοΒ 61, 2013, σελ. 2738.

¹⁷ Ο νόμος έχει ήδη καταργηθεί από τον ψηφισθέντα Ν. 3959/2011 και συγκεκριμένα από το άρθρο 51 αυτού [ΦΕΚ Α'. 93/20-4-2011].

¹⁸ ο.π. βλ. ΟΛ.ΣΤΕ 148,150/2015, σκέψεις 12, 149/2015 σκέψη 10. Αναφορικά με το θέμα αυτό βλ. αντί άλλων Μιχαήλ – Θεοδώρου Μαρίνου : «η εφαρμογή του Ν. 146/1914 κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού στα ελεύθερα επαγγέλματα σε ΔΕΕ 3/1999, σελ. 267, ιδίως σελ. 268.

¹⁹ Ο.π. ΟΛΣΤΕ 148,150/2015 σκέψη 12, 149/2015 σκέψη 10, ΔΕΦΑΘ 2/2014 σελ. 607.

²⁰ [βλ. μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 16-6-1987 υπόθ. C-118/1985 Επιτροπή κατά Ιταλίας, συλλογή 1987, σελ. 2599, σκέψη 7 και της 18-6-1998, C-35/1996 Επιτροπή κατά Ιταλίας, συλλογή 1998, σελ. I-3851, σκέψη 36, αποφάσεις της 23ης Απριλίου 1991, C-41/90, Hofner και Elser, Συλλογή 1991, I-1979, σκέψη 21 της 16ης Νοεμβρίου 1995, C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances κ.λπ., Συλλογή 1995, σ. I-4013, σκέψη 14, και της 11ης Δεκεμβρίου 1997, C-55/96, Job Centre, Συλλογή 1997, I-7119, σκέψη 21). Βλ και τη διάκριση μεταξύ επιχειρηματικής και επαγγελματικής ελευθερίας σε Βασιλική Κόκοτα σελ. 43-46.

4. ΔΕΝ ΙΣΧΥΕΙ Η ΠΛΗΡΗΣ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΗ ΤΗΣ ΔΙΑΦΗΜΙΣΗΣ, ΜΕ ΒΑΣΗ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΤΗΣ Ε.Ε.

Στην υπόθεση «Κωνσταντινίδης»²¹ ασκήθηκε πειθαρχική δίωξη από τον ιατρικό σύλλογο του Ομόσπονδου Κράτους της Έσσης εναντίον του κ. Κωνσταντινίδη, ο οποίος παρείχε τις υπηρεσίες του ως χειρουργός με την ειδικότητα του ανδρολόγου, στο κράτος αυτό και συγκεκριμένα στο ιατρικό κέντρο «Elizabethenstift» στο Darmstadt της Γερμανίας (Γερμανία). Η πειθαρχική δίωξη βασίστηκε σε καταγγελία ασθενούς για παράβαση του κώδικα ιατρικών πράξεων, επειδή είχε «χρεώσει μια πράξη στο πλαίσιο συμφωνητικού αμοιβής εφαρμόζοντας έναν κωδικό χρεώσεως που δεν είχε συμφωνηθεί ελευθέρως μεταξύ των μερών» και είχε, επομένως, υποπέσει σε επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα με τις διατάξεις του κώδικα ιατρικής δεοντολογίας του ομόσπονδου κράτους της Έσσης, σε συνδυασμό με τον κώδικα κατατάξεως των ιατρικών πράξεων. Ο ιατρικός σύλλογος του ομόσπονδου κράτους της Έσσης έκρινε ότι η ζητηθείσα αμοιβή ήταν υπερβολική και δικαιολογούσε την επιβολή πειθαρχικής κυρώσεως.²² Επίσης, ο ίδιος ιατρός κατηγορήθηκε ότι διαφήμιζε στην ιστοσελίδα του τη δραστηριότητα, που ασκούσε στο ιατρικό κέντρο Elizabethenstift στο Darmstadt, χρησιμοποιώντας τους όρους «ευρωπαϊκό ινστιτούτο» και «γερμανικό ινστιτούτο», ενώ παρείχε υπηρεσίες στο ιατρικό αυτό κέντρο κατ' αποκλειστικώς «προσωρινό» και «περιστασιακό» τρόπο, χωρίς να διαθέτει, το κέντρο αυτό, πραγματική νοσοκομειακή υποδομή, και ενώ οι υπηρεσίες αυτές δεν παρέχονταν στο πλαίσιο ενός δημοσίου οργανισμού ή ενός οργανισμού επιστημονικού χαρακτήρα υποκειμένου σε δημόσιο έλεγχο, σύμφωνα με το σκεπτικό της πειθαρχικής απόφασης.²³

Το Δικαστήριο της Ε.Ε. στην απόφασή του, μετά την υποβολή προδικαστικού ερωτήματος από το Πειθαρχικό Δικαστήριο της Έσσης, απεφάνθη ότι ο κώδικας ιατρικής δεοντολογίας του Ομόσπονδου Κράτους της Έσσης δεν απαγορεύει τις διαφημίσεις αυτές καθ' αυτές, αλλά απαιτεί να μην αντιβαίνει το περιεχόμενο μιας τέτοιας διαφήμισης στην ιατρική δεοντολογία [σκέψη 55 της απόφασης],²⁴ ενώ στη

²¹ Βλ. Υπόθεση C-475/11 Κώστας Κωνσταντινίδης της 12-9-2013 σε www.curia.eu

²² Ο.π. σκέψη 23.

²³ Σκέψη 25.

²⁴ Σκέψη 55 της απόφασης, η οποία αναφέρει χαρακτηριστικά : «Στη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν πρόκειται περί πλήρους απαγορεύσεως κάθε διαφήμισεως ή μιας ειδικής μορφής διαφήμισεως».

συνέχεια διευκρινίζει ότι η διάταξη για την απαγόρευση της διαφήμισης, η οποία αντιβαίνει στην ιατρική δεοντολογία, σύμφωνα με τον προαναφερθέντα κώδικα, η οποία δίνει λαβή για παρερμηνεία, ενδέχεται να συνιστά εμπόδιο στην ελεύθερη παροχή ιατρικών υπηρεσιών.²⁵

Δυστυχώς, βλέπουμε ότι δεν είναι απόλυτα ξεκαθαρισμένο το σκεπτικό της απόφασης και προσομοιάζει μάλλον με χρησμό της Πυθίας, παρά με ξεκάθαρη κρίση δικαστηρίου. Περισσότερο σαφείς και ξεκάθαρες είναι, στην ίδια υπόθεση, οι προτάσεις του Εισαγγελέα PEDRO CRUZ VILLALON, ο οποίος καταλήγει στο συμπέρασμα ότι, με βάση το άρθρο 56 της Συνθήκης ένα εθνικό μέτρο δυνάμει του οποίου απαιτείται από τους επαγγελματίες ιατρούς, οι οποίοι διαφημίζονται, να συμμορφώνονται με υπερβολικά ασαφείς προδιαγραφές, οι οποίες συνοδεύονται από αυστηρές πειθαρχικές κυρώσεις, συνιστά περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.²⁶

Επομένως, στην υπόθεση που εξετάστηκε, ο μιν Εισαγγελέας επισημαίνει τον κίνδυνο της ασάφειας των πειθαρχικών διατάξεων, η οποία συνιστά περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, ενώ το δικαστήριο διασαφηνίζει ότι δεν υφίσταται απόλυτη απαγόρευση στην διαφήμιση των υπηρεσιών, αρκεί η διαφήμιση να μην αντιβαίνει στην ιατρική δεοντολογία. Εδώ θα πρέπει να παρατηρήσουμε ότι οι πειθαρχικές διατάξεις επιβάλλεται να είναι συγκεκριμένες και σαφείς, τόσο σύμφωνα με τη γενική συνταγματική αρχή, που ισχύει στο σύνολο των ευρωπαϊκών κρατών και όχι μόνο, και ορίζει : «κανένα αδίκημα, καμία ποινή χωρίς νόμο», όσο και σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 1 τής Ε.Σ.Δ.Α., το οποίο αποτυπώνει την ίδια αρχή.²⁷

²⁵ Σκέψη 56 : «Καίτοι δεν απαγορεύει πλήρως τη διαφήμιση ή μια ειδική μορφή διαφήμισης η οποία, κατά πάγια νομολογία, μπορεί να συνιστά αυτή καθ'αυτήν περιορισμό της ελεύθερης παροχής των υπηρεσιών (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 17ης Ιουλίου 2008, C-500/06, Corporación Dermoes-tética, Συλλογή 2008, σ. I-5785, σκέψη 33 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), μια κανονιστική ρύθμιση που απαγορεύει τη διαφήμιση το περιεχόμενο της οποίας αντιβαίνει στην ιατρική δεοντολογία, όπως το άρθρο 27, παράγραφος 3, του κώδικα ιατρικής δεοντολογίας του ομόσπονδου κράτους της Έσσης, το οποίο δίνει λαβή για παρερμηνεία, ενδέχεται να συνιστά εμπόδιο στην ελεύθερη παροχή ιατρικών υπηρεσιών [σκέψη 56].

²⁶ Βλ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα PEDRO CRUZ VILLALON, σκέψη 71.2.

²⁷ Βλ. μεταξύ άλλων Αγγελικής Καίσαρη, δικηγόρου : «Το νέο πειθαρχικό δίκαιο των δημοσίων υπαλλήλων, σελ. 3, 2013 σε <http://nomorama-nt.gr/data/documents/EISEGESE-Kas-Kaisare-LAMIA-28-5-2014.docx>, τελευταία ενημέρωση 14-5-2015.

Για ασαφή διατύπωση πειθαρχικών διατάξεων κάνει λόγο και το ΕΔΑΔ στην υπόθεση Barthold [Μπάρτχολντ] εναντίον της Γερμανίας, στην οποία θα αναφερθούμε στη συνέχεια.²⁸

5. Η ΑΠΟΦΑΣΗ 1905/2014 ΤΟΥ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΕΦΕΤΕΙΟΥ ΑΘΗΝΩΝ

Παρόμοια ερμηνευτική προσέγγιση με το Δικαστήριο της Ε.Ε, η οποία εκπλήσσει ευχάριστα την ελληνική νομική επιστήμη και συνιστά μεταστροφή της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων, πραγματοποιεί και το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών στην πρόσφατη με αριθμό 1905/2014 απόφασή του²⁹, ενώ δεν θα πρέπει να παραλείψουμε ν' αναφέρουμε και την πρωτόδικη απόφαση 9009/2012 του Διοικητικού Πρωτοδικείου Αθηνών, η οποία εξαφανίστηκε με την εφετειακή,³⁰ αλλά διατήρησε στο σκεπτικό της πολλά από τα σημεία του εμπειριστατωμένου σκεπτικού της πρωτόδικης απόφασης. Η υπόθεση, την οποία κλήθηκαν να κρίνουν τα ελληνικά δικαστήρια, αφορούσε έναν οδοντίατρο, ο οποίος προέβη σε επανειλημμένες καταχωρίσεις στον τύπο, στις οποίες παρουσίαζε μια καινοτόμο μέθοδο ορθοδοντικής θεραπείας, η οποία ίσωνε τα δόντια σε πολύ σύντομο χρόνο, χωρίς εξαγωγές, με χαμηλό κόστος και λιγότερες επισκέψεις στο οδοντιατρείο.

Το Διοικητικό Εφετείο έκρινε ότι, υπό το πρίσμα των διατάξεων του Συντάγματος, της ΕΣΔΑ και της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, δεν απαγορεύεται κατά τρόπο απόλυτο η διαφήμιση των οδοντιάτρων, αλλά προβλέπεται η απαγόρευση συγκεκριμένων μορφών διαφημίσεων και ειδικότερα αυτών, που χρησιμοποιούν απατηλά μέσα, καθώς και αυτών, που σκοπεύουν κατά τρόπο επιδεικτικό και κραυγαλέο, να καταδείξουν την επιστημονική υπεροχή του οδοντιάτρου έναντι των συναδέλφων του.³¹

Επομένως, η πρώτη σημαντική παράμετρος της απόφασης είναι ότι δεν απαγορεύεται κατά τρόπο απόλυτο η διαφήμιση των οδοντιάτρων.

Η δεύτερη παράμετρος επικεντρώνεται στην παραδοχή ότι οι επιστημονικές ανακοινώσεις του οδοντιάτρου σε εφημερίδες και περιοδικά ποικίλης ύλης, οι οποίες στηρίζονται σε επιστημονικά δεδομένα και αποβλέπουν στην πληροφόρηση του

²⁸ Βλ υπόθ. Barthold v. Germany No 8734/79, σκέψη 47.

²⁹ Δημοσιεύτηκε σε www.lawnet.gr και σε www.vivanews.gr.

³⁰ Βλ. ΜΔΠρΑθ 9009/2012 σε ΔιΔικ 25 [2013], σελ. 1564.

³¹ Βλ. ΔιοικΕφΑθ 1905/2014 σκέψη 4. Βλ και Μον.Διοικ.Πρωτ.Αθ 9009/2012 σκέψη 6 σελ. 1566,1567.

κοινού, σχετικά με την εξέλιξη της επιστήμης και τις νέες θεραπευτικές δυνατότητες, που παρέχονται στους ασθενείς, δεν απαγορεύονται από τις διατάξεις του κανονισμού οδοντιάτρων, ακόμη και εάν, λόγω του περιεχομένου τους, οι ανακοινώσεις αυτές έχουν ως παρεπόμενο αποτέλεσμα την ανάδειξη των εν λόγω θεραπευτικών δυνατοτήτων ως πλεονεκτικότερων, σε σχέση με τις έως τότε εφαρμοζόμενες και την συνακόλουθη προβολή του ασκούντος αυτές οδοντίατρου.³²

Η απόφαση, επομένως, εστιάζει σε δύο άξονες : στο επιτρεπτό της διαφήμισης των οδοντιάτρων και στην πληροφόρηση του κοινού σε νέες θεραπευτικές μεθόδους.³³ Αναγνωρίζει επίσης, ότι ο αριθμός τηλεφώνου αποτελεί στοιχείο που επιτρέπεται στον οδοντίατρο να δημοσιεύει,³⁴ σε αντίθεση με το σκεπτικό της προσβαλλόμενης πειθαρχικής απόφασης. Αξιοσημείωτη είναι η παραδοχή του Δικαστηρίου στην συγκεκριμένη περίπτωση, ότι η συστηματική και κατ' επανάληψη δημοσίευση παρεμφερών κειμένων σε διάφορες εφημερίδες και περιοδικά ποικίλης ύλης δεν προσδίδει στα άρθρα επιδεικτικό διαφημιστικό χαρακτήρα, ενώ η παράθεση σε αυτά των κλινικών πλεονεκτημάτων της μεθόδου είναι αναγκαία για την ολοκληρωμένη παρουσίαση της μεθόδου και δεν συνιστά απαγορευόμενη επιδεικτική συγκριτική διαφήμιση.

Ενώ το Δικαστήριο ομιλεί για ανακοινώσεις προς το κοινό, επανέρχεται στο θέμα της διαφήμισης και δέχεται ότι δεν τίθεται θέμα απαγορευόμενης επιδεικτικής συγκριτικής διαφήμισης.³⁵ Από τα παραπάνω προκύπτει η σαφής θέση του Δικαστηρίου ότι ο οδοντίατρος έχει δικαίωμα να διαφημίζει τις υπηρεσίες του.

Στη συνέχεια, δέχεται ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση του Πειθαρχικού Συμβουλίου δεν αμφισβητήθηκαν τα επιστημονικά δεδομένα της μεθόδου, ενώ αναγνωρίζει ότι δεν είχε υποχρέωση ο οδοντίατρος να φέρει εις γνώσιν του κοινού τα επιστημονικά συγγράμματα, που αναφέρονταν στην προσβαλλόμενη μέθοδο, επειδή τα άρθρα απευθύνονταν στο κοινό και όχι στην κοινότητα των οδοντιάτρων.³⁶

Εντούτοις, παρά τα θετικά της στοιχεία, η απόφαση θεωρεί, ατυχώς κατά την άποψή μας, ότι η ένδειξη «οδοντίατρος αποκλειστικής άσκησης ορθοδοντικής», που χρησιμοποίησε ο διωκόμενος κατά την προβολή της μεθόδου, επειδή αναφέρεται σε

³² Ο.π. σκέψη 4.

³³ Βλ και ΣτΕ 4212/2013 σε ΔιΔικ 3/2015, σελ. 377 σκέψη 6 σελ. 377.

³⁴ Ο.π. σκέψη 7.

³⁵ Ο.π. σκέψη 7.

³⁶ Ο.π. σκέψη 7.

τίτλο, τον οποίο δεν κατείχε και επειδή αποτελεί συνοδευτική έκφραση στη λέξη «οδοντίατρος», θα μπορούσε να δημιουργήσει στο κοινό την απατηλή εντύπωση ότι επρόκειτο περί ειδικού και επομένως, οι καταχωρήσεις του στις εφημερίδες αποσκοπούσαν, με την ερμηνεία αυτή, στο να προκαλέσει την προσοχή του κοινού στο σύστημα, που εφαρμόζει, με σκοπό να καταδειχθεί η επιστημονική θεραπευτική και προσθετική υπεροχή του έναντι των άλλων συναδέλφων του.³⁷

Η ερμηνεία αυτή είναι πλήρως αντιφατική με το προηγούμενο σκεπτικό της απόφασης και στο σημείο αυτό αυτοαναιρείται πλήρως, διότι, ενώ δέχεται αρχικά και πολύ ορθώς, ότι το δημοσίευμα παρουσίαζε τα χαρακτηριστικά ενός ορθοδοντικού συστήματος, το οποίο η ίδια η απόφαση κρίνει ως πλεονεκτικότερο, σε σχέση με τα μέχρι τότε εφαρμοζόμενα και τονίζει, εμφαντικά, ότι το πειθαρχικό συμβούλιο δεν αμφισβήτησε τα επιστημονικά δεδομένα του συστήματος αυτού, καταλήγει στο εσφαλμένο συμπέρασμα ότι, επειδή χρησιμοποίησε τίτλο, που δεν κατείχε, αποσκοπούσε στο να προκαλέσει την προσοχή του κοινού και να καταδείξει την θεραπευτική υπεροχή του έναντι των συναδέλφων του, την οποία υπεροχή η ίδια η απόφαση ομολογεί έμμεσα στο προηγούμενο σκεπτικό της. Επιπλέον, ενόσω δεν απαγορεύεται η άσκηση της ειδικότητας της ορθοδοντικής από οδοντιάτρους μη κατόχους του αντιστοίχου μεταπτυχιακού τίτλου, η σχετική παραδοχή παραβιάζει καταφανώς την επιλογή του οδοντιάτρου να ασκεί την συγκεκριμένη ειδικότητα και συνιστά παραβίαση της επαγγελματικής ελευθερίας, διότι θέτει φραγμό στο δικαίωμα επίκλησης και προβολής στο κοινό, της εν λόγω ειδικότητας, πολύ δε περισσότερο στην περίπτωση, κατά την οποία ασκείται κατ' αποκλειστικότητα. Από την άλλη πλευρά, υποβαθμίζει τον οδοντίατρο και εισάγει μια διακριτική μεταχείριση σε βάρος του, έναντι των συναδέλφων του, οι οποίοι είναι κάτοχοι του οικείου μεταπτυχιακού τίτλου.

Αξιοσημείωτο είναι ότι, ως προς το τεκμηριωμένο σκεπτικό της για τη διαφήμιση του εν λόγω οδοντιάτρου, η απόφαση εναρμονίζεται πλήρως με το σκεπτικό της απόφασης του πρωτοβαθμίου Δικαστηρίου.

³⁷ Σκέψη 7.

6. ΟΙ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. 3426, 3427, 3428/2014 ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ³⁸

Οι υποθέσεις, που εξετάζουμε, αφορούσαν οδοντίατρο, η οποία διαφημίστηκε το έτος 2000 στο περιοδικό «MAX» με άρθρο, που είχε τίτλο «HOLLYWOOD SMILE – το οδοντιατρείο του μέλλοντος» - «λευκά δόντια σε δύο ώρες» με φωτογραφία της. Σε άλλη διαφήμιση στο περιοδικό «Αθηνόραμα» το ίδιο έτος, υπήρξε καταχώριση της ίδιας οδοντιάτρου με τίτλο : «X.I. – Η ΟΔΟΝΤΙΑΤΡΟΣ ΜΟΥ ΕΙΝΑΙ STAR». Τέλος, στο περιοδικό «Down Town» του ίδιου χρόνου υπήρξε ένα ακόμα δημοσίευμα με τίτλο «Doctor – dr Love», στο οποίο αναφέρονταν, μεταξύ άλλων τα εξής : «Εισβάλλοντας στο πολύχρωμο οδοντιατρείο της X.I. με το όνομα «Hollywood Smile» νιώσαμε προχωρημένοι...και άκρως συντηρητικοί» κλπ.

Στις σχετικές αιτήσεις αναιρέσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, στο οποίο προσέφυγε η οδοντίατρος, μετά από πολυετή δικαστικό αγώνα, προέβαλλε μεταξύ άλλων, τον ισχυρισμό ότι η απαγόρευση της διαφήμισης των οδοντιάτρων αντίκειται στο άρθρο 59 της ΣυνθΕΕ και συνιστά εμπόδιο στην ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών, αναφέροντας ότι σε άλλες χώρες, όπως η Δανία, δεν υφίσταται σχετική απαγόρευση. Στον ισχυρισμό αυτό το ΣτΕ απάντησε ότι δεν υφίσταται λόγω ιθαγένειας, συνδεδετικό στοιχείο προς το κοινοτικό δίκαιο και δεν τίθεται ζήτημα σχετικής παράβασης του άρθρου.

Αν και κάθε κράτος μέλος καθορίζει το ίδιο, το πλαίσιο άσκησης των ρυθμισμένων επαγγελματιών και, υπό την έννοια αυτή, δεν μπορούσε να προβληθεί από την αναιρεσείουσα, ο σχετικός ισχυρισμός για το καθεστώς της Δανίας, παρά ταύτα, η ερμηνεία του ΣτΕ έρχεται σε σαφέστατη αντίθεση και αντίφαση τόσο με αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όσο και με αποφάσεις του ίδιου του ΣτΕ, διότι η επίκληση της αντίθεσης μιας εθνικής διάταξης με τις διατάξεις της ΣΛΕΕ, στις οποίες κατοχυρώνονται οι θεμελιώδεις ελευθερίες, μπορεί να γίνει σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ο θιγόμενος έχει την ιθαγένεια του κράτους, στο οποίο προσφεύγει και ο περιορισμός αφορά σε εθνικό μέτρο του κράτους καταγωγής του [στην υπό εξέταση περίπτωση ο περιορισμός αφορούσε την ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών,].³⁹ Ο έλεγχος, δηλαδή, της συμβατότητας των εθνικών μέτρων με το

³⁸ Αδημοσίευτες μέχρι τη σύνταξη της παρούσης.

³⁹ Βλ ΟλΣτΕ 2770/2011 ΝοΒ 59 2011, σελ 2209 ιδίως σελ. 2211 και ΟλΣτΕ 2771/2011 ο.π. σελ. 2216, ιδίως σελ. 2219. από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης βλ. C-577/10

νον άρθρο 56 της ΣΛΕΕ είναι υποχρεωτικός από το εθνικό δικαστήριο. Μάλιστα, το εθνικό δικαστήριο θα πρέπει να ερευνά αυτεπαγγέλτως τη συμβατότητα της εθνικής διάταξης με τις θεμελιώδεις διατάξεις της Σ.Λ.Ε.Ε.

Επιπλέον, για να είναι δικαιολογημένο ένα εθνικό μέτρο, που θέτει φραγμό σε μια θεμελιώδη ελευθερία, και να μπορεί, κατά παρέκκλιση, να διατηρηθεί σε ισχύ, θα πρέπει να τηρεί την αρχή της αναλογικότητας και συγκεκριμένα : α]. να επιδιώκει σκοπό γενικού συμφέροντος, β]. να είναι κατάλληλο για τη διασφάλιση της υλοποίησης του σκοπού αυτού και γ]. να μην βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού μέτρου.⁴⁰ Το ΣτΕ δεν εξέτασε αν ο εν λόγω περιορισμός της απόλυτης απαγόρευσης τής διαφήμισης των υπηρεσιών ήταν δικαιολογημένος η όχι. Αυτή τη διάκριση, εξάλλου, την εισάγει ο Ν. 3919/2011 στο άρθρο 2 παρ. 4, όπου αναφέρεται σε ποιες περιπτώσεις θα εξαιρείται από την απελευθέρωση ένα νομοθετικώς κατοχυρωμένο επάγγελμα.⁴¹

Στις αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας με αριθμούς 3426, 3427, 3428/2014, οι οποίες εκδόθηκαν κατόπιν των προαναφερθεισών αιτήσεων αναιρέσεως της εν λόγω οδοντιάτρου, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η παρ 2 της ΕΣΔΑ επιτρέπει τη θέσπιση περιορισμών και κυρώσεων, με σκοπό την προστασία της υγείας ή των δικαιωμάτων τρίτων, σκοπούς που εξυπηρετεί ο Δεοντολογικός Κανονισμός Οδοντιάτρων, κατά την κρίση του δικαστηρίου. Η αληθινή, όμως,

Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου του Βελγίου και Βασιλείου της Δανίας, σκέψη 38, C-369/96 και C-376/96 *Arblade* κλπ σκέψη 33, 25ης Ιουλίου 1991, C-76/90, *Säger*, Συλλογή 1991, σ. I-4221, σκέψη 12· της 9ης Αυγούστου 1994, C-43/93, *Vander Elst*, Συλλογή 1994, σ. I-3803, σκέψη 14· της 28ης Μαρτίου 1996, C-272/94, *Guiot*, Συλλογή 1996, σ. I-1905, σκέψη 10· της 12ης Δεκεμβρίου 1996, C-3/95, *Reisebüro Broede*, Συλλογή 1996, σ. I-6511, σκέψη 25, και της 9ης Ιουλίου 1997, C-222/95, *Parodi*, Συλλογή 1997, σ. I-3899, σκέψη 18. Βλ. αντίθετη άποψη σε Βασιλική Κόκοτα Επαγγελματική ελευθερία, ο.π. σελ. 188 κ.ε με εκτενή αναφορά σε σχετική βιβλιογραφία και αρθρογραφία, υποσημ. 10, 11 σελ 188.

⁴⁰ βλέπε υπόθ. C-202/11 της 16-4-2013 *Anton Las* κατά *PSA Antwerp NV*, σκέψεις 19, 20, 23, υπόθ. C-475/11 της 12-9-2013, *Κώστα Κωνσταντινίδη*, σκέψεις 44, 45, 50, 56, υπόθ. C-577/10 της 19-12-2012 Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου του Βελγίου, σκέψεις 38, 44, *Las* C-202/11 σκέψη 23, C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française* και *Gouvernement Wallon*, σκέψη 55. Για μια εμπειριστατωμένη ανάλυση της αρχής της αναλογικότητας, βλ. Βασιλική Κόκοτα ο.π. σελ. 81 – 103.

⁴¹ Ο νόμος προβλέπει ότι θα εξαιρούνται από την απελευθέρωση επαγγέλματα με προεδρικά διατάγματα εφόσον : «I. Με τον περιορισμό αυτόν επιδιώκεται η εξυπηρέτηση επιτακτικού λόγου δημοσίου συμφέροντος, II. Ο περιορισμός αυτός είναι πρόσφορο και αναγκαίο μέσο για την εξυπηρέτησή του και, από απόψεως εντάσεως της επεμβάσεως στη σφαίρα της οικονομικής ελευθερίας, τελεί σε εύλογη αναλογία προς τη σπουδαιότητα του επιδιωκόμενου να εξυπηρετηθεί επιτακτικού λόγου δημοσίου συμφέροντος, και III. Ο περιορισμός αυτός δεν εισάγει άμεσα ή έμμεσα διακρίσεις ανάλογα με την ιθαγένεια ή όσον αφορά τις επιχειρήσεις ανάλογα με την έδρα τους».

ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 10 παρ. 1 και 2 της ΕΣΔΑ είναι ότι οι περιορισμοί είναι κατ' εξαίρεση, θεμιτοί και δικαιολογημένοι, μόνον εφόσον πληρούν συγκεκριμένες προϋποθέσεις, που ορίζονται στην παρ. 2. Το Στε, όμως, αντί να σταθμίσει τα κριτήρια του επιτρεπτού των περιορισμών, όπως τίθενται στην παρ. 2 του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ, παραθέτει μόνο τη διάταξη και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι ο Δ.Κ.Ο. είναι πλήρως εναρμονισμένος με την διάταξη της ΕΣΔΑ και αποσκοπεί στη προστασία της υγείας, χωρίς να υπεισέλθει όμως στην επιμέρους ανάλυση των προϋποθέσεων εφαρμογής της παρ. 2 του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ, σε σχέση με την απόλυτη απαγόρευση της διαφήμισης και στην δικαιολόγηση των περιορισμών αυτών στη συγκεκριμένη υπόθεση.

Υπάρχει δηλαδή, στις αποφάσεις αυτές, μια επιδερμική και όχι ουσιαστική και σε βάθος, αντιμετώπιση των νομικών λόγων των αναιρέσεων από το Στε, διότι δεν λαμβάνει υπόψη του αν τα διερευνόμενα πειθαρχικά παραπτώματα, σε συνδυασμό με τις πειθαρχικές διατάξεις, που επιβάλλουν απόλυτους περιορισμούς, τελούσαν υπό τον έλεγχο της συμβατότητάς τους με την εν λόγω διάταξη της ΕΣΔΑ.

7. ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ Στε ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΞΑΙΡΕΣΗ ΤΟΥ ΟΔΟΝΤΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΟΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΣΗ

Τελευταίες αποφάσεις, οι οποίες κρίνουν το θέμα της απελευθέρωσης του επαγγέλματος του οδοντιάτρου, είναι οι υπ' αριθμ. 3747, 3748, 3749/2013⁴² της Ολομελείας του Στε. Οι αποφάσεις εκδόθηκαν κατόπιν ασκήσεως αιτήσεων ακυρώσεως από την Ελληνική Οδοντιατρική Ομοσπονδία, τον Οδοντιατρικό Σύλλογο Θεσσαλονίκης και οδοντιάτρων. Με τις αιτήσεις αυτές οι αιτούντες ζήτησαν να ακυρωθεί η τεκμαιρόμενη άρνηση των Υπουργών Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης και Οικονομικών να προβούν στην έκδοση Προεδρικού Διατάγματος για την εξαίρεση του οδοντιατρικού επαγγέλματος από το πεδίο εφαρμογής του ν. 3919/2011 και τη διατήρηση σε ισχύ των περιορισμών, που ισχύουν για την άσκησή του.

Το Δικαστήριο βασίζεται, στο σκεπτικό του, στη βούληση του νομοθέτη, για τον οποίο, αναφέρει, ότι έχει διαφορετική αντίληψη, σε σχέση με το παρελθόν, για

⁴² Δεν έχουν δημοσιευθεί μέχρι τη σύνταξη της παρούσας μελέτης.

την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και εν προκειμένω της δημόσιας υγείας.⁴³ Η αντίληψη αυτή επιτρέπει την άρση απαγορεύσεων και περιορισμών, οι οποίοι ανάγονται σε αντικειμενικά δεδομένα, που συνάπτονται με την άσκηση του επαγγέλματος του οδοντίατρου. Το Συμβούλιο της Επικρατείας κρίνει ότι, οι μέχρι την ψήφιση του νόμου απαγορεύσεις, επέφεραν σοβαρούς περιορισμούς στην επαγγελματική ελευθερία και δεν εξυπηρετούσαν, πλέον, το γενικότερο συμφέρον των πολιτών.

Εξάλλου, στην υπ' αριθμ. 3749/2013 απόφασή του το ΣτΕ υπογραμμίζει ότι ο εθνικός νομοθέτης δεν περιορίζεται από το πρωτογενές και παράγωγο δίκαιο της ΕΕ να θεσπίζει διατάξεις για την οργάνωση και την παροχή υγειονομικών υπηρεσιών και ιατρικής περιθάλψεως. Ο μόνος περιορισμός, που μπορεί να τεθεί, αφορά στην τήρηση του πρωτογενούς δικαίου και ειδικότερα στο σεβασμό των θεμελιωδών ελευθεριών, όπως είναι η ελεύθερη κυκλοφορία και η ελευθερία εγκαταστάσεως, όπως αυτές κατοχυρώνονται στα οικεία άρθρα της ΣΛΕΕ.⁴⁴ Εδώ, επομένως, η απόφαση δέχεται ότι το δικαστήριο πρέπει να εξετάζει αυτεπαγγέλτως αν, τυχόν περιορισμοί, είναι συμβατοί με τις θεμελιώδεις ελευθερίες, που κατοχυρώνονται στη Σ.Λ.Ε.Ε.

Με τις παραπάνω σκέψεις, μεταξύ άλλων, το Ανώτατο Ακυρωτικό απέρριψε τις αιτήσεις ακυρώσεως.

8. ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΑΝΘΡΩΠΙΝΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΑΦΗΜΙΣΗ

Στην υπόθεση **Stambuk v. Germany** [αριθμ. Προσφ. 37928/1997], που αφορούσε στην προβολή, μέσω του τύπου και της τηλεόρασης, ενός Γερμανού χειρουργού οφθαλμιάτρου, ο οποίος γνωστοποίησε στο κοινό μια θεραπευτική μέθοδο χειρουργικής επέμβασης στους οφθαλμούς με λέιζερ, το ΕΔΑΔ έκρινε, μεταξύ άλλων, ότι **η διαφήμιση για τον πολίτη αποτελεί έναν τρόπο ανακάλυψης των χαρακτηριστικών των υπηρεσιών και των αγαθών, που του προσφέρονται** [σ.σ. : η υπογράμμιση και η έντονη γραμματοσειρά δική μας - σκέψη 39 της απόφασης : “The Court recalls that, for the citizen, advertising is a means of discovering the characteristics of services and goods offered to him.....”]., ενώ το ίδιο Δικαστήριο

⁴³ Βλ και Wolf Sauter : “The Impact of EU Competition Law on National Healthcare Systems” σε E.L.Rev. August 2013 σελ. 457.

⁴⁴ Σκέψη 5.

έχει κρίνει ότι το άρθρο 10 της Ε.Σ.Δ.Α. εφαρμόζεται σε όλα τα είδη των πληροφοριών ή ιδεών ή μορφές έκφρασης, ακόμη και όταν ο τύπος των πληροφοριών είναι κερδοσκοπικός ή σχετίζεται με την εμπορική δραστηριότητα του αιτούντος [βλ. Προσφυγή 53025/99 FRANKOWICZ v. POLAND, σκέψη 39 : “The Court has held on many occasions that Article 10 applies to all kinds of information or ideas or forms of expression including when the type of aim pursued is profit-making or relates to a commercial activity of an applicant”].

Στην υπόθεση Barthold [Προσφυγή 8734/79] εναντίον Γερμανίας ασκήθηκε πειθαρχική δίωξη σε Γερμανό κτηνίατρο με έδρα το Αμβούργο, επειδή διανυκτέρευε εθελοντικά στην κλινική του για την αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών, χωρίς κάτι τέτοιο να επιτρέπεται από τον Κώδικα Δεοντολογίας και επειδή προέβαλλε την υπηρεσία του αυτή μέσω συνέντευξης σε τοπική εφημερίδα, στην οποία εξέφρασε την άποψη ότι έπρεπε να θεσμοθετηθεί η εναλλακτική εφημερία κτηνιάτρων για την αντιμετώπιση των επειγόντων περιστατικών.⁴⁵

Το Δικαστήριο Ανθρωπίνων δικαιωμάτων έκρινε ότι η ελευθερία της έκφρασης διατηρεί μια περίοπτη θέση σε μια δημοκρατική κοινωνία και συνιστά ένα από τα ουσιώδη θεμέλια μιας δημοκρατικής κοινωνίας και έναν από τους βασικούς όρους για την πρόοδό της και για την ανάπτυξη κάθε άνδρα και κάθε γυναίκας.

Η αναγκαιότητα για τον περιορισμό αυτής της ελευθερίας για κάποιον από τους σκοπούς που αναφέρονται στο άρθρο 10 παρ. 2 πρέπει να θεμελιώνεται πειστικά.⁴⁶ [σ.σ.: η έμφαση του συντάκτη της μελέτης].

Το Δικαστήριο υποστήριξε ότι ένα κριτήριο τόσο αυστηρό, όσο αυτό στην προσέγγιση του θέματος της διαφήμισης και της δημοσιότητας των ελευθέρων επαγγελμάτων, δεν ήταν σύμφωνο με την ελευθερία της έκφρασης. Η εφαρμογή της κινδυνεύει να αποθαρρύνει τα μέλη των ελευθέρων επαγγελμάτων από το να συμβάλλουν στο δημόσιο διάλογο σε θέματα, που αφορούν τη ζωή της κοινότητας,

⁴⁵ Ο.π. Σκουρή – Ιωάννου σελ. 66-68.

⁴⁶ Σκέψη 58 παρ 2 : «As the Court has already had the occasion to point out, freedom of expression holds a prominent place in a democratic society. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for the development of every man and woman (see, in particular, the Handyside judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, para. 49). The necessity for restricting that freedom for one of the purposes listed in Article 10 para. 2 (art. 10-2) must be convincingly established».

αν υπάρχει ποτέ η παραμικρή πιθανότητα οι δηλώσεις τους να αντιμετωπιστούν σα να συνεπάγονται σε κάποιο βαθμό επίδραση στη διαφήμιση.⁴⁷

9. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ - ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Από τις σύντομες και κατά το μέτρο του δυνατού, περιεκτικές αναφορές στις παραπάνω αποφάσεις, προκύπτουν τα ακόλουθα συμπεράσματα :

1]. Δεν υφίσταται απόλυτη απαγόρευση της διαφήμισης των υπηρεσιών, αλλά μόνο απαγόρευση της συγκριτικής και παραπλανητικής διαφήμισης, με βάση την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, το οποίο, πάντως, δεν διευκρινίζει περισσότερο τι εννοεί με την έννοια «συγκριτική διαφήμιση». Αυτό το επισημαίνουμε διότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού έχει επανειλημμένως διατυπώσει την άποψη ότι η συγκριτική διαφήμιση αποτελεί «ένα σημαντικό εργαλείο για νέες επιχειρήσεις που εισέρχονται στην αγορά.⁴⁸ Επομένως, θα πρέπει να γίνει ένας διαχωρισμός ανάμεσα στην επιτρεπτή συγκριτική διαφήμιση και την παράνομη συγκριτική διαφήμιση.⁴⁹ Η συγκεκριμένη απόφαση έκρινε με το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο και όχι με το νόμο για την απελευθέρωση των επαγγελματιών. Είναι προφανές ότι το σκεπτικό της απόφασης θέτει σε ευθεία αμφισβήτηση τη συμβατότητα των σχετικών διατάξεων του Κώδικα Οδοντιατρικής Δεοντολογίας, που απαγορεύουν απόλυτα τη διαφήμιση, με την ελευθερία της έκφρασης και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, όπως κατοχυρώνεται στον σχετικό κανόνα του δικαίου της Ε.Ε. [άρθρο 56 ΣΛΕΕ], αν και αποφεύγει να κηρύξει ανίσχυρη την σχετική διάταξη.

2] Η διαφήμιση των υπηρεσιών αποτελεί αναγκαία συνθήκη για την πληροφόρηση του κοινού. Τα δύο θέματα, που αναφέρονται στο σκεπτικό της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, είναι αλληλένδετα μεταξύ τους και θα πρέπει να ειπωθούν υπό το ίδιο πρίσμα. Ως εκ τούτου, μπορεί να υποστηριχθεί ότι η

⁴⁷ Σκέψη 58, παρ. 6

⁴⁸ υπ' αριθμ. 11/VI/2011 Γνωμοδότηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σε www.epant.gr, σκέψη 35.

⁴⁹ Ο.π. άρθρο 11 παρ. 3 του Ν. 3587/2007 ΦΕΚ Α' 152/10-7-2007 στο οποίο δίδεται ο ορισμός της συγκριτικής διαφήμισης [« Συγκριτική διαφήμιση είναι κάθε διαφήμιση που προσδιορίζει άμεσα ή έμμεσα ή υπονοεί την ταυτότητα συγκεκριμένου ανταγωνιστή ή τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που αυτός προσφέρει. Η διαφήμιση αυτή, όσον αφορά τη σύγκριση, επιτρέπεται εφόσον :.....]. Στη συνέχεια, τίθενται περαιτέρω οι προϋποθέσεις της επιτρεπτής συγκριτικής διαφήμισης.

διαφήμιση αποβλέπει στην πληροφόρηση του κοινού και η ελευθερία της έκφρασης πραγματώνει αυτό το διττό σκοπό, με την έννοια της διάδοσης και λήψης εκείνων των πληροφοριών, οι οποίες είναι απαραίτητες για την ανακάλυψη των χαρακτηριστικών μιας υπηρεσίας. Εξάλλου, το δικαίωμα της λήψης και διάδοσης των πληροφοριών απορρέει ευθέως και από το άρθρο 5 Α του Συντάγματος, όπως προαναφέρθηκε.⁵⁰

Συνεπώς, κάθε ελεύθερος επαγγελματίας έχει δικαίωμα, αλλά και υποχρέωση, να προβάλλει τις υπηρεσίες του. Σε ό,τι αφορά στην ασύμμετρη πληροφόρηση, η καλύτερη ενημέρωση των πολιτών, στον τομέα των υπηρεσιών, από τους ίδιους τους επαγγελματικούς συλλόγους, μπορεί να βοηθήσει τους καταναλωτές να έχουν καλύτερη επίγνωση των επιλογών, ως προς τις παρεχόμενες υπηρεσίες και να λαμβάνουν συνειδητές αποφάσεις.⁵¹

3]. Το ΣτΕ έκρινε εσφαλμένα, κατά την άποψή μας, στις αποφάσεις 3426, 3427 και 3428/2014 ότι δεν υπάρχει συνδετικό στοιχείο ιθαγένειας προς σχέση ρυθμιζόμενη από το κοινοτικό δίκαιο, παραβλέποντας την πλούσια νομολογία του Δικαστηρίου της Ε.Ε., η οποία ελέγχει πάντα αν υφίσταται παραβίαση των θεμελιωδών ελευθεριών της Συνθήκης από εθνικό κανόνα, ανεξάρτητα από το αν το θιγόμενο πρόσωπο είναι υπήκοος του κράτους, στο οποίο προσφεύγει, ή είναι υπήκοος άλλου κράτους - μέλους. Επιπλέον, το ΣτΕ δεν ασχολήθηκε καθόλου με το αν η απόλυτη απαγόρευση της διαφήμισης των υπηρεσιών είναι συμβατή ή όχι με το κοινοτικό δίκαιο, ούτε αν οι απαγορευτικές διατάξεις πληρούν την αρχή της αναλογικότητας, ενώ σε άλλες αποφάσεις του τονίζει ότι οι εθνικές διατάξεις, που επιβάλλουν περιορισμούς, θα πρέπει να είναι συμβατές με τις θεμελιώδεις ελευθερίες της Σ.Λ.Ε.Ε., οι οποίες, μάλιστα, «είναι δεκτικές άμεσου επικλήσεως από ιδιώτες ενώπιον των εθνικών αρχών»,⁵² όπως το ίδιο το ανώτατο ακυρωτικό έχει δεχθεί.

4]. Η απόρριψη των αιτήσεων ακυρώσεως των οδοντιατρικών συλλόγων με αίτημα την εξαίρεση του οδοντιατρικού επαγγέλματος από το νόμο για την απελευθέρωση, συνιστά μια ακόμη ανατροπή των ισχυρισμών των συλλόγων αυτών, για απόλυτη απαγόρευση της διαφήμισης των οδοντιατρικών υπηρεσιών. Στις υποθέσεις αυτές το ΣτΕ δέχεται ότι, πλέον, ο υπερπροστατευτισμός του επαγγέλματος

⁵⁰ Ο.π. ΣτΕ 4212/2013 βλ. υποσημ. 30.

⁵¹ Βλ. Επιτροπή Ανταγωνισμού Γνωμοδότηση αριθμ. 11/VI/2011 σκέψη 15.

⁵² Ο.π. ΟΛΣτΕ 2770/2011 ΝοΒ 59 σελ. 2211 και ΟΛΣτΕ 2771/2011 ΝοΒ 59 σελ. 2218.

του οδοντιάτρου δεν είναι απαραίτητος σε τόσο μεγάλο βαθμό, όσο στο παρελθόν, γι' αυτό και ο νομοθέτης έκρινε ότι δεν έπρεπε να εξαιρεθεί από την απελευθέρωση. Κατ' ορθή ερμηνεία και κατά την άποψή μας, η «άσκηση του επαγγέλματος»⁵³ περιλαμβάνει και τη διαφήμιση, διότι ο οδοντίατρος, αλλά και κάθε ελεύθερος επαγγελματίας, δεν γίνεται γνωστός μόνο «με τη φήμη του, την επιστημονική του κατάρτιση και την επαγγελματική του συνέπεια και εντιμότητα»,⁵⁴ έννοιες, που συναντώνται στους δεοντολογικούς κανονισμούς και συνιστούν απλά ευχολόγια!

5]. Το ΣτΕ πρέπει να ξεκαθαρίσει στη νομολογία του τι επιτέλους ισχύει, όχι μόνο στο θέμα της διαφήμισης των οδοντιατρικών υπηρεσιών, αλλά και των υπηρεσιών γενικότερα. Οι συνεχείς παλινωδίες και η αποφυγή διατύπωσης μιας ξεκάθαρης θέσης συντηρεί την ανασφάλεια, που επικρατεί στον συγκεκριμένο κλάδο των ελευθέρων επαγγελματιών.

Επιπλέον, συντελεί στην καλλιέργεια μιας συνειδητής ανακριβούς «πληροφόρησης» και μιας ανίερης και μονότονης ρητορικής από συγκεκριμένους επαγγελματικούς συλλόγους ότι όλα απαγορεύονται.⁵⁵

Μάλιστα, η επιμονή των οδοντιατρικών συλλόγων σε μία στείρα και μονόπλευρη θέση περί πλήρους απαγόρευσης της διαφήμισης, η οποία δεν ενισχύεται από τη νομολογία, αλλά, έχει καταρριφθεί, με βάση τις προαναφερθείσες δικαστικές αποφάσεις, έχει ως αποτέλεσμα να κατευθύνει τους οδοντιάτρους σε μια ελεγχόμενη συμπεριφορά, με αποτέλεσμα τη στρέβλωση και τη νόθευση του ανταγωνισμού, η οποία μπορεί και θα πρέπει να γίνει αντικείμενο ελέγχου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού.⁵⁶

⁵³ Το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 3919/2011 ορίζει τα εξής : «Αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας 1. Για την πρόσβαση σε επαγγέλματα και την άσκησή τους ισχύει η αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας (άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος)».

⁵⁴ Όπως ορίζει το άρθρο 21 του Κ.Ο.Δ π.δ. 39/2009 [ΦΕΚ Α' . 55].

⁵⁵ Παράδειγμα από αποτελεί η πρόσφατη ανακοίνωση στην ιστοσελίδα του ΟΣΑ, η οποία αναφερόμενη στην υπ' αριθμ. 1905/2014 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, την οποία αναλύσαμε στην παρούσα εισήγηση, κάνει λόγο για δήθεν επικύρωση πειθαρχικής ποινής, χωρίς όμως να εξηγεί περισσότερο ποιο είναι το περιεχόμενο της εφετειακής απόφασης.

⁵⁶ Βλ. Οδηγό για Ενώσεις Επιχειρήσεων από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, Αθήνα 2013. Ο.π. ΔΕΦΑΘ 2/2014 σελ. 607.

6]. Τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια μπορούν, επιτέλους, να αναλάβουν έναν πιο ενεργό και αποφασιστικό ρόλο, όπως πολύ σωστά έχει υποστηριχθεί από τη θεωρία, να παρακάμψουν την, πολλές φορές εσφαλμένη, αλλά και αντιφατική νομολογία του ΣτΕ, το οποίο αποφαινεται σε υποθέσεις, που άπτονται της εφαρμογής του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, χωρίς την διαδικασία προδικαστικής παραπομπής, απευθύνοντας τα ίδια προδικαστικά ερωτήματα στο Δικαστήριο της ΕΕ, εφόσον οι κατώτεροι δικαστές έχουν πραγματική θέληση και διάθεση να ερμηνεύσουν τον εθνικό νόμο, υπό το πρίσμα της εφαρμογής των κανόνων του ενωσιακού δικαίου.⁵⁷

Στη υπόθεση «Αλφαντάκης κατά Ελλάδας» το Δικαστήριο διατύπωσε την άποψη ότι : «Ως εγγυητές της δικαιοσύνης, η δράση των δικαστών και των εισαγγελέων έχει ανάγκη της εμπιστοσύνης των πολιτών για να ευδοκιμήσει».⁵⁸

Δυστυχώς, η εμπιστοσύνη αυτή δεν μπορούμε να πούμε ότι έχει εδραιωθεί, θα λέγαμε, μάλιστα, ότι έχει διαταραχθεί τα τελευταία χρόνια, μετά το ξέσπασμα της οικονομικής κρίσης και εξακολουθεί να είναι το ζητούμενο, παρά το ότι υπάρχουν ορισμένες φωτεινές εξαιρέσεις δικαστικών αποφάσεων, οι οποίες, πάντως, παραμένουν εξαιρέσεις.

7]. Τα πειθαρχικά συμβούλια οφείλουν στις αποφάσεις τους να ακολουθούν την προαναφερθείσα νομολογία, στην ερμηνεία των διατάξεων του δεοντολογικού κανονισμού για την απαγόρευση της διαφήμισης, ενισχύοντας τη δραστηριότητά τους κυρίως σε θέματα ελέγχου πλημμελούς εκτέλεσης των υπηρεσιών των οδοντιάτρων προς τους ασθενείς τους [ιατρική ευθύνη], ο οποίος είναι σχεδόν ανύπαρκτος.

Έως ότου τα πειθαρχικά συμβούλια συμμορφωθούν με τις αποφάσεις των δικαστηρίων και εξετάζουν τη συμβατότητα των πειθαρχικών διατάξεων με το

⁵⁷ Βλ. Κωνσταντίνου Θ. Γιαννακόπουλου : «Το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και η χειραφέτηση των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων από το Συμβούλιο της Επικρατείας» σε ΕφημΔΔ – 1/2014 σελ. 10 κ.ε., Χρήστου Θ. Παπαδημητρίου : «Η δικαστική προστασία στο κοινοτικό δίκαιο και η σημασία της ενιαίας και ομοιόμορφης εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου σε όλα τα κράτη – μέλη», ΝοΒ 58, 2010 σελ. 2233, Δέσποινας Αναγνωστοπούλου – Γιαννάκου : «Ο Εθνικός Δικαστής ως παράγων της κοινοτικής δίκης», ΝοΒ 51, 2003 σελ. 1800.

⁵⁸ Υπόθεση Αλφαντάκης κατά Ελλάδας Προσφυγή υπ' αριθμ. 49330/07 σκέψη 27.

Σύνταγμα, την Σ.Λ.Ε.Ε. και την Ε.Σ.Δ.Α, θα εξακολουθήσει η συστηματική παραβίαση της ελευθερίας της έκφρασης, της επαγγελματικής ελευθερίας και της ελευθερίας της πληροφόρησης και η «Οδύσσεια» της διαφήμισης των υπηρεσιών θα συνεχίζεται.

«Η υπόνοια απάτης (fraud suspicion) στην ανάθεση Δημοσίων Συμβάσεων που εντάσσονται σε Συγχρηματοδοτούμενα Προγράμματα»¹

Ηλίας Δ. Πολλάλης, Δικηγόρος

Master 2 – Εξειδικευμένου Δημοσίου Δικαίου, Νομική Σχολή Αθηνών & Bordeaux IV

Master 2 – Droit Européen Compare, Πανεπιστήμιο Paris 2 – Panthéon Assas

I. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Γενικός στόχος της στρατηγικής καταπολέμησης της απάτης για την Ευρωπαϊκή Επιτροπή είναι η βελτίωση της πρόληψης, της ανίχνευσης και των όρων διεξαγωγής των ερευνών για υποθέσεις απάτης, καθώς και η εξασφάλιση επαρκούς επανόρθωσης και αποτροπής χάρη σε αναλογικές και αποτρεπτικές κυρώσεις, και η εφαρμογή δίκαιων διαδικασιών, ιδίως με την καθιέρωση στρατηγικών κατά της απάτης σε επίπεδο Υπηρεσιών της Επιτροπής και Κρατών-Μελών, οι οποίες να σέβονται και να αποσαφηνίζουν τις διαφορετικές ευθύνες των διαφόρων εμπλεκομένων. Οι ελεγκτές πρέπει, κατ' αρχήν, να εξετάζουν την απάτη, με την πολύ ευρεία έννοια του όρου, συμπεριλαμβανομένων περιπτώσεων διαφθοράς, νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, απιστίας και εκ προθέσεως παράβασης κανόνων περί δημόσιων προμηθειών.²

Σύμφωνα με την ετήσια έκθεση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο, για το έτος 2006, ο αριθμός των παρατυπιών που καταγράφησαν στους Διαρθρωτικούς πόρους και στους Πόρους Συνοχής ανήλθε στις

¹ Η παρούσα εισήγηση πραγματοποιήθηκε στο πλαίσιο του 2^{ου} Ετησίου Επιστημονικού Συνεδρίου της Ένωσης Δημοσιολόγων, Θεσσαλονίκη, 15-16 Μαΐου 2015. Δεν είναι νομικά δεσμευτικό κείμενο για τα κράτη μέλη ή για τα φυσικά πρόσωπα, αλλά εμπεριέχει γενικές κατευθυντήριες γραμμές, συνοδευόμενες από συστάσεις και περιλαμβάνει τις μέχρι σήμερα υιοθετημένες βέλτιστες πρακτικές. Οι παρούσες γενικές κατευθυντήριες γραμμές ισχύουν με την επιφύλαξη των εθνικών νομοθεσιών και πρέπει να ερμηνευθούν και ενδεχομένως να προσαρμοστούν λαμβανομένων υπόψη τυχόν αλλαγών του εθνικού νομικού πλαισίου. Ισχύουν δε με την επιφύλαξη της ερμηνείας του Δικαστηρίου και του Γενικού Δικαστηρίου ή των αποφάσεων ή των θέσεων της Επιτροπής.

² Η «Σύμβαση PIF» για την προστασία των οικονομικών συμφερόντων της Ένωσης, της 26ης Ιουλίου 1995, αναφέρει έναν ορισμό της απάτης. Δεδομένου ότι το νομικό πλαίσιο έχει αλλάξει από την ψήφισή της, η Σύμβαση PIF βρίσκεται σήμερα σε στάδιο αναθεώρησης. Η Επιτροπή έχει εκδώσει πρόταση οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την καταπολέμηση, μέσω του ποινικού δικαίου, της απάτης εις βάρος των οικονομικών συμφερόντων της Ένωσης (COM(2012) 363 final της 11ης Ιουλίου 2012).

3.216 ενώ ο αντίστοιχος αριθμός για το έτος 2007 ήταν 3.832.³ Από τα παραπάνω μεγέθη, προκύπτει ότι οι αρχές ελέγχου των κρατών μελών έχουν θεσμοθετημένη υποχρέωση να διενεργούν δύο βασικές κατηγορίες λογιστικών ελέγχων: ελέγχους του συστήματος και ελέγχους των πράξεων. Αυτές οι δύο κατηγορίες λογιστικών ελέγχων έχουν διαφορετικό αντικείμενο και, επομένως, η δυνητική συμβολή τους στην πρόληψη και τον εντοπισμό περιπτώσεων απάτης θα πρέπει να εξετάζεται χωριστά.

A. Ευρωπαϊκό Πλαίσιο

Το άρθρο 317 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) απαιτεί ορθή διαχείριση κατά τη χρήση του προϋπολογισμού της Ε.Ε. από τα κράτη μέλη σε συνεργασία με την Επιτροπή. Προβλέπει επίσης «*τις υποχρεώσεις ελέγχου των κρατών μελών κατά την εκτέλεση του προϋπολογισμού καθώς και τις απορρέουσες ευθύνες*». Τα άρθρα 310 και 325 της ΣΛΕΕ ορίζουν ότι η Επιτροπή και τα κράτη μέλη υποχρεούνται να καταπολεμούν την απάτη και οποιαδήποτε άλλη παράνομη δραστηριότητα κατά των οικονομικών συμφερόντων της Ε.Ε. Για να καταπολεμήσουν την απάτη εις βάρος των οικονομικών συμφερόντων της Ε.Ε, τα κράτη μέλη πρέπει να θεσπίζουν τα ίδια μέτρα με εκείνα που θεσπίζουν για την καταπολέμηση της απάτης εις βάρος των δικών τους εθνικών οικονομικών συμφερόντων (επιμερισμένη διαχείριση).

Στο πλαίσιο αυτής της επιμερισμένης διαχείρισης, το άρθρο 59 παράγραφος 2 στοιχείο β) του Δημοσιονομικού Κανονισμού⁴ αναθέτει στα κράτη μέλη την κύρια ευθύνη για την πρόληψη, τον εντοπισμό και τη διόρθωση περιπτώσεων παρατυπιών και απάτης. Επομένως, τα ίδια τα κράτη μέλη υποχρεούνται να αναπτύξουν ισχυρά συστήματα διαχείρισης και ελέγχου ώστε να εξασφαλίζουν χρηστή δημοσιονομική διαχείριση, τη διαφάνεια και τη μη εφαρμογή διακρίσεων.

Αξίζει δε να σημειωθεί ότι για τη νέα περίοδο προγραμματισμού 2014-20, το άρθρο 125 παράγραφος 4 στοιχείο γ) του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1303/2013⁵

³ COMMISSION REPORT TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND TO THE COUNCIL Protection of the Communities' financial interests – Fight against fraud – Annual report 2007 (σελ. 7)

⁴ Κανονισμός (ΕΕ, Ευρατόμ) αριθ. 966/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Οκτωβρίου 2012, σχετικά με τους δημοσιονομικούς κανόνες που εφαρμόζονται στον γενικό προϋπολογισμό της Ένωσης, ΕΕ L 298 της 26.10.2012, σ. 1.

⁵ Ο κανονισμός αυτός καθορίζει κοινές διατάξεις για το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο, το Ταμείο Συνοχής, το Ευρωπαϊκό Γεωργικό Ταμείο Αγροτικής Ανάπτυξης και το Ευρωπαϊκό Ταμείο Θάλασσας και Αλιείας και καθορίζει γενικές διατάξεις για το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο, το

(Κανονισμός περί Κοινών Διατάξεων, Κ.Κ.Δ.) καλεί τις Διαχειριστικές Αρχές να θέσουν σε εφαρμογή αποτελεσματικά και αναλογικά μέτρα καταπολέμησης της απάτης, λαμβάνοντας υπόψη τους εντοπισθέντες κινδύνους. Το άρθρο 124 παράγραφος 2 του Κανονισμού αυτού προβλέπει τον ορισμό των διαχειριστικών αρχών βάσει έκθεσης και γνώμης⁶ ανεξάρτητου ελεγκτικού φορέα που αξιολογεί τον ορισμό βάσει των κριτηρίων του παραρτήματος XIII του ΚΚΔ, ενώ η Επιτροπή έχει εκδώσει καθοδήγηση για τη διαδικασία ορισμού⁷ ώστε να υποστηρίξει τις αρχές ελέγχου στην εκτέλεση του συγκεκριμένου καθήκοντός τους.

Εξάλλου, στον πίνακα 1 του παραρτήματος IV του κατ' εξουσιοδότηση κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 480/2014 της Επιτροπής⁸ παρατίθεται κατάλογος των βασικών απαιτήσεων των συστημάτων διαχείρισης και ελέγχου των διαχειριστικών αρχών που πρέπει να αξιολογηθούν κατά την προγραμματική περίοδο 2014-20. Ο κατάλογος αυτός περιλαμβάνει πλέον για πρώτη φορά μια βασική απαίτηση που καλύπτει μέτρα καταπολέμησης της απάτης για τις διαχειριστικές αρχές και τους ενδιάμεσους φορείς, οι οποίοι θα πρέπει να αξιολογούν πλέον εάν τηρείται η βασική απαίτηση 7 («Αποτελεσματική εφαρμογή αναλογικών μέτρων για την καταπολέμηση της απάτης»). Αυτό σημαίνει ότι απαιτείται ιδιαίτερη προσοχή και αναφορά σχετικά με τα συστήματα ελέγχου που εφαρμόζονται για την πρόληψη και τον εντοπισμό περιπτώσεων απάτης σε μεγαλύτερο βαθμό από ότι στην προηγούμενη περίοδο προγραμματισμού. Ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 30 παράγραφος 2 του προαναφερθέντος κατ' εξουσιοδότηση κανονισμού, μια σοβαρή έλλειψη στη βασική απαίτηση που αφορά τα μέτρα καταπολέμησης της απάτης δεν επαρκεί ώστε να

Ταμείο Συνοχής και το Ευρωπαϊκό Ταμείο Θάλασσας και Αλιείας και καταργεί τον κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 1083/2006 του Συμβουλίου.

⁶ Υποδείγματα της έκθεσης και της γνώμης του ανεξάρτητου ελεγκτικού οργάνου παρέχονται στον εκτελεστικό κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 1011/2014 της Επιτροπής της 22ας Σεπτεμβρίου 2014 (παραρτήματα III και IV) για τη θέσπιση λεπτομερών κανόνων εφαρμογής του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1303/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα υποδείγματα που πρέπει να χρησιμοποιούνται κατά την υποβολή ορισμένων πληροφοριών στην Επιτροπή και λεπτομερών κανόνων που διέπουν τις ανταλλαγές πληροφοριών μεταξύ δικαιούχων και διαχειριστικών αρχών, αρχών πιστοποίησης, αρχών ελέγχου και ενδιάμεσων φορέων. ΕΕ L 286 της 30.09.2014, σ. 1.

⁷ EGESIF-XXXYY-EN

⁸ Κατ' εξουσιοδότηση κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 480/2014 της Επιτροπής, της 3ης Μαρτίου 2014, για τη συμπλήρωση του κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1303/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου περί καθορισμού κοινών διατάξεων για το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο, το Ταμείο Συνοχής, το Ευρωπαϊκό Γεωργικό Ταμείο Αγροτικής Ανάπτυξης και το Ευρωπαϊκό Ταμείο Θάλασσας και Αλιείας και περί καθορισμού γενικών διατάξεων για το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο, το Ταμείο Συνοχής και το Ευρωπαϊκό Ταμείο Θάλασσας και Αλιείας, ΕΕ L 138 της 13.05.2014, σ.5-44

προσδιοριστεί σοβαρή έλλειψη στην αποτελεσματική λειτουργία του συστήματος διαχείρισης και ελέγχου, αλλά θα πρέπει να συνδυάζεται με ικανά αποδεικτικά στοιχεία αδυναμιών σε οποιαδήποτε άλλη βασική απαίτηση αναφερόμενη στον πίνακα 1 του παραρτήματος IV του κανονισμού αυτού.

Με τη σειρά της η Επιτροπή εξέδωσε πρόσφατα το καθοδηγητικό σημείωμα με τίτλο **«Εκτίμηση κινδύνου απάτης και αποτελεσματικά και αναλογικά μέτρα καταπολέμησης της απάτης»**⁹ για τα κράτη μέλη και τις αρχές που είναι αρμόδιες για τα προγράμματα των ΕΔΕΤ. Το σημείωμα αυτό παρέχει περαιτέρω οδηγίες προς τις αρχές ελέγχου για την επαλήθευση της συμμόρφωσης των διαχειριστικών αρχών με το άρθρο 125 παράγραφος 4 στοιχείο γ). Το παράρτημα 4 αυτού του καθοδηγητικού σημειώματος παρουσιάζει στις αρχές ελέγχου ένα σχέδιο καταλόγου ελέγχου για την αξιολόγηση της συμμόρφωσης των διαχειριστικών αρχών και των ενδιάμεσων φορέων με το άρθρο 125 παράγραφος 4 στοιχείο γ).

Υπενθυμίζεται επίσης το άρθρο 148 παράγραφος 4 του ΚΚΔ που προβλέπει ότι, παρά την αρχή του αναλογικού ελέγχου των επιχειρησιακών προγραμμάτων, η αρχή ελέγχου μπορεί να διενεργεί λογιστικούς ελέγχους των πράξεων σε περίπτωση που, έπειτα από εκτίμηση του κινδύνου ή έλεγχο από το Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο, διαπιστωθεί συγκεκριμένος κίνδυνος παρατυπίας ή απάτης. Αυτό συμβαίνει εάν υπάρχουν στοιχεία για σοβαρές ανεπάρκειες στην αποτελεσματική λειτουργία του συστήματος διαχείρισης και ελέγχου του οικείου επιχειρησιακού προγράμματος.

Η αντιμετώπιση της απάτης, όπως και των αιτιών και των συνεπειών της, αποτελεί σημαντική πρόκληση για κάθε διαχείριση, καθώς η απάτη είναι σχεδιασμένη για να αποφεύγει τον εντοπισμό. Επίσης, οι Δ. Αρχές ενθαρρύνονται να λαμβάνουν υπόψη τον *Δείκτη Αντίληψης της Διαφθοράς* της Διεθνούς Διαφάνειας¹⁰, όπως και την έκθεση για την καταπολέμηση της διαφθοράς που καταρτίστηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή¹¹, όταν υπολογίζουν σε ποια έκταση θεωρούν ότι το συνολικό περιβάλλον τους λειτουργίας είναι εκτεθειμένο σε δυνητικούς κινδύνους και διαφθορά. Τέλος, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει δεχθεί ότι τα

⁹ EGESIF- 14-00021-00 της 16ης Ιουνίου 2014

¹⁰ <http://cpi.transparency.org/cpi2012>

¹¹ Κοινοποίηση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο της Ευρώπης και την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή της 6ης Ιουνίου 2011 – Fighting corruption in the EU (COM(2011)308 final).

κράτη μέλη, κατά την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους, δεν διαθέτουν διακριτική ευχέρεια προκειμένου να αποφασίσουν αν θα ήταν σκόπιμο να απαιτήσουν την επιστροφή αχρεωστήτως ή παρατύπως καταβληθέντων κοινοτικών κονδυλίων¹².

B. Εθνικό Πλαίσιο

Στην Ελλάδα, στην πρόληψη και καταπολέμηση της απάτης στις συγχρηματοδοτούμενες δράσεις συμβάλλουν ελεγκτικοί μηχανισμοί, όπως:

1) η Επιτροπή Δημοσιονομικού Ελέγχου (ΕΔΕΛ), που έχει οριστεί ως η Αρχή Ελέγχου των Επιχειρησιακών Προγραμμάτων του ΕΣΠΑ 2007-2013. Η ΕΔΕΛ πραγματοποιεί προγραμματισμένους και έκτακτους ελέγχους τόσο στο έργο των Φορέων Διαχείρισης όσο και στο έργο των Δικαιούχων.

2) ο Εξειδικευμένος Σύμβουλος Ποιοτικού Ελέγχου (ΕΣΠΕΛ), που πραγματοποιεί ειδικούς ποιοτικούς ελέγχους στα τεχνικά έργα.

3) το Ελεγκτικό Συνέδριο και οι Υπηρεσίες Δημοσιονομικού Ελέγχου, που διενεργούν ελέγχους στο στάδιο των πληρωμών από τους δημόσιους Υπολόγους.

4) το Σώμα Δίωξης Οικονομικού Εγκλήματος (ΣΔΟΕ) στο Υπουργείο Οικονομικών. Το ΣΔΟΕ προβαίνει σε επιτόπιους τακτικούς ή έκτακτους ελέγχους που αφορούν και σε συγχρηματοδοτούμενα επενδυτικά έργα.

5) ο Γενικός Επιθεωρητής Δημόσιας Διοίκησης. Είναι Αρχή που συστήθηκε με το Ν. 3074 /2002 (ΦΕΚ Α' 296) σε συμμόρφωση με τις διεθνείς δεσμεύσεις της χώρας για τη θέσπιση επιτελικού συντονιστικού οργάνου της δράσης των Σωμάτων και των Υπηρεσιών Επιθεώρησης και Ελέγχου.

6) ο Εθνικός Συντονιστής για την Καταπολέμηση της Διαφθοράς, που δημιουργήθηκε το 2013 με το Ν. 4152/2013 (ΦΕΚ Α' 107). Αποστολή του ανεξάρτητου αυτού φορέα είναι η διαμόρφωση Εθνικής Στρατηγικής για την καταπολέμηση της διαφθοράς σε όλα τα επίπεδα του δημόσιου βίου (πολιτικό, κυβερνητικό, δικαστικό, διοικητικό), η παρακολούθηση και η αξιολόγηση της πολιτικής των Υπουργείων και των φορέων καθώς και ο συντονισμός αυτών.

7) η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), που συστάθηκε στο Υπουργείο Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας με τον Νόμο 4013/2011. Έχει ως σκοπό την ανάπτυξη και προαγωγή της εθνικής στρατηγικής, πολιτικής και δράσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, τη διασφάλιση της

¹² ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ ELEANOR SHARPSTON της 15ης Σεπτεμβρίου 2011 Υπόθεση C-465/10.

διαφάνειας, αποτελεσματικότητας, συνοχής και εναρμόνισης των διαδικασιών ανάθεσης και εκτέλεσης των δημοσίων συμβάσεων προς το εθνικό και ευρωπαϊκό δίκαιο καθώς και τη διαρκή βελτίωση του σχετικού νομικού πλαισίου

8) Συνεργασία με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή

i) Η Γενική Γραμματεία Δημοσίων Επενδύσεων-ΕΣΠΑ συνεργάζεται στενά με την Ευρωπαϊκή Υπηρεσία Καταπολέμησης της Απάτης (OLAF) στην ανάπτυξη της στρατηγικής κατά της απάτης στα Διαρθρωτικά Ταμεία και το Ταμείο Συνοχής. Στο πλαίσιο αυτό πραγματοποιούνται συναντήσεις υψηλού επιπέδου, τεχνικές συναντήσεις και σεμινάρια κατάρτισης των στελεχών των Διαχειριστικών Αρχών στην Ελλάδα και το εξωτερικό. Επιπλέον, σε συνεργασία με την DG REGIO, εξετάζεται η χρήση πληροφορικών εργαλείων, όπως το εργαλείο εκτίμησης κινδύνου ARACHNE.¹³

ii) Ειδικοί Εμπειρογνώμονες (experts). Σημείο αναφοράς στη συνεργασία της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Επενδύσεων-ΕΣΠΑ με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή (Task Force Greece) αποτελεί η συνδρομή εμπειρογνομόνων, με συμβουλευτικό ρόλο στην οριστικοποίηση του σχεδιασμού και στη βέλτιστη εφαρμογή της σχεδιαζόμενης στρατηγικής κατά της απάτης.

Γ) Ευρωπαϊκή Υπηρεσία Καταπολέμησης της Απάτης (OLAF)

Όπως συμβαίνει και με άλλα δημόσια ταμεία, ο προϋπολογισμός της Ευρωπαϊκής Ένωσης κινδυνεύει να κατασπαταληθεί από πρακτικές και πρόσωπα που εκτρέπουν ποσά, τα οποία θα έπρεπε κανονικά να καταβληθούν στην Ένωση. Επομένως, **η διαχείριση του προϋπολογισμού της Ένωσης υπόκειται σε πολλούς ελέγχους**. Η κακή χρήση των κεφαλαίων που χορηγεί ο προϋπολογισμός της Ένωσης ή η αποφυγή της καταβολής φόρων, δασμών και εισφορών που τον χρηματοδοτούν πλήττουν άμεσα τους Ευρωπαίους πολίτες και θέτουν σε κίνδυνο το ευρωπαϊκό οικοδόμημα. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει αναπτύξει ένα πληροφορικό σύστημα με βάση την κεντρική τράπεζα δεδομένων IRENE, που συγκεντρώνει όλες τις ύποπτες

¹³ Το ARACHNE είναι ένα εργαλείο βαθμονόμησης κινδύνων το οποίο μπορεί να βελτιώσει την αποτελεσματικότητα της επιλογής έργων, των διαχειριστικών και άλλων ελέγχων, αλλά και να ενδυναμώσει περαιτέρω τον εντοπισμό των κινδύνων απάτης, την πρόληψη και την ανίχνευσή τους. Αναπτύχθηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και είναι ιδιαιτέρως χρήσιμο για την αναγνώριση και την αξιολόγηση των κινδύνων απάτης στα Ταμεία, περιλαμβανομένων, μεταξύ άλλων τομέων, των δημοσίων διαγωνισμών – τομέας που ρέπει ιδιαίτερα προς τις απάτες και τις παρατυπίες, όπως είναι οι προσυμφωνημένες προσφορές.

περιπτώσεις που κοινοποιούν τα κράτη μέλη για όλους τους τομείς του προϋπολογισμού. Θέσπισε μια στρατηγική για την καταπολέμηση της απάτης και ένα ετήσιο πρόγραμμα εργασίας σ' αυτόν τον τομέα¹⁴. Επίσης, εγκατέστησε μια συμβουλευτική επιτροπή για τον συντονισμό στον τομέα της καταπολέμησης της απάτης, που αποτελεί ένα φόρουμ για την παρακολούθηση των σημαντικότερων περιπτώσεων απάτης και τη συζήτηση οριζόντιων θεμάτων πρόληψης και καταστολής¹⁵ και την Ευρωπαϊκή Υπηρεσία Καταπολέμησης της Απάτης (OLAF), ένα ανεξάρτητο σώμα, του οποίου τα μέλη ορίζονται με απόφαση του Κοινοβουλίου, του Συμβουλίου και της Επιτροπής, προκειμένου να διεξάγουν έρευνες σχετικά με τα χρηματοοικονομικά συμφέροντα της Ένωσης¹⁶¹⁷.

Η OLAF δημιουργήθηκε με την υπ'αρ. 1999/352 Απόφαση του Συμβουλίου¹⁸ και έχει ανεξάρτητο καθεστώς όσον αφορά τη διενέργεια των ερευνών, έχει δε τριπλή αποστολή:

- να προστατεύει τα οικονομικά συμφέροντα της Ευρωπαϊκής Ένωσης διερευνώντας περιπτώσεις απάτης και διαφθοράς, καθώς και κάθε άλλη παράνομη δραστηριότητα
- να εντοπίζει και να διερευνά σημαντικά θέματα που αφορούν την άσκηση επαγγελματικών καθηκόντων από τα μέλη και το προσωπικό των θεσμικών οργάνων και οργανισμών της ΕΕ, τα οποία ενδέχεται να επισύρουν πειθαρχική ή ποινική ευθύνη
- να στηρίζει τα θεσμικά όργανα της ΕΕ, και ιδιαίτερα την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, στην ανάπτυξη και την εφαρμογή νομοθεσίας και πολιτικών για την καταπολέμηση της απάτης.

Η OLAF διαθέτει δημοσιονομική και διοικητική αυτονομία η οποία αποσκοπεί στην ανεξάρτητη λειτουργία της, συνεπώς μπορεί να διεξάγει με πλήρη ανεξαρτησία:

- εσωτερικές έρευνες: έρευνες στο εσωτερικό κάθε ευρωπαϊκού θεσμικού οργάνου ή οργανισμού που χρηματοδοτείται από τον προϋπολογισμό της ΕΕ.
- εξωτερικές έρευνες: έρευνες σε εθνικό επίπεδο κάθε φορά που ανακύπτει ζήτημα σχετικά με τον προϋπολογισμό της ΕΕ. Για τον σκοπό αυτό, η OLAF

¹⁴ COM/94/92 και COM/95/23.

¹⁵ Απόφαση 94/140.

¹⁶ Κανονισμός 883/2013.

¹⁷http://www.europedia.moussis.eu/books/Book_2/2/3/4/index.tkl?lang=gr&pos=1&term=perspectives%20financi%C3%A8res&s=1&e=20.

¹⁸ OJ L 136/20, τροπ. από απόφαση 2015/512.

μπορεί να διενεργεί επιτόπιους ελέγχους και επιθεωρήσεις στις εγκαταστάσεις επιχειρήσεων, σε στενή συνεργασία με τις αρμόδιες αρχές του εκάστοτε κράτους μέλους ή τρίτων χωρών.

Η OLAF δέχεται επίσης από ποικίλες πηγές μεγάλο αριθμό πληροφοριών σχετικά με πιθανές περιπτώσεις απάτης και παρατυπιών. Οι πληροφορίες αυτές προκύπτουν κυρίως από ελέγχους που διενεργούν οι υπεύθυνοι της διαχείρισης ευρωπαϊκών κεφαλαίων στο εσωτερικό των θεσμικών οργάνων ή των κρατών μελών.

II. ΟΡΙΣΜΟΙ

Θα πρέπει πάντοτε να λαμβάνεται υπόψη ότι το στοιχείο της πρόθεσης είναι αυτό που διακρίνει την απάτη από την παρατυπία.¹⁹

A) Ορισμός της παρατυπίας

Σε ό,τι αφορά τον Κανονισμό του Συμβουλίου (ΕΚ) υπ'αρ. 2988/95 της 18^{ης} Δεκεμβρίου 1995²⁰ περί προστασίας των οικονομικών συμφερόντων της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, ο όρος παρατυπία προσεγγίζεται ως μια ευρεία έννοια και καλύπτει τόσο τις εκούσιες, όσο και τις ακούσιες παρατυπίες που διαπράττονται από οικονομικούς τελεστές.

Το Άρθρο 1(2) του Κανονισμού (ΕΚ) υπ'αρ. 2988/95 ορίζει την «**παρατυπία**» ως: *«κάθε παραβίαση διάταξης του κοινοτικού δικαίου, που προκύπτει από μια πράξη ή παράλειψη εκ μέρους ενός οικονομικού λειτουργού, η οποία έχει, ή θα μπορούσε να έχει, επίσημο αποτέλεσμα στον γενικό προϋπολογισμό των Κοινοτήτων, ή σε προϋπολογισμούς που εκείνες διαχειρίζονται, είτε μέσω μείωσης, είτε μέσω απώλειας εσόδων που απορρέει από ίδιους πόρους που συλλέγονται απ'ευθείας εκ μέρους των Κοινοτήτων, ή από κάποια αδικαιολόγητη δαπάνη».*

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει κάνει δεκτό ότι: *«το γεγονός ότι η αρμόδια εθνική αρχή δεν ήταν δυνατό να αγνοεί την παρατυπία δεν είναι δυνατό να μεταβάλει τον χαρακτηρισμό της εν λόγω συμπεριφοράς ως παρατυπίας, υπό την έννοια*

19 Οι λόγοι της παραβατικής συμπεριφοράς έχουν αναλυθεί στο COCOF 09/0003/00 της 18.2.2009 - Information Note on Fraud Indicators for ERDF, ESF and CF.

20 OJ L 312, 23.12.1995, σελ. I.

του άρθρου 23, παράγραφος 1, του κανονισμού 4253/88 του Συμβουλίου, της 19ης Δεκεμβρίου 1988, για τις διατάξεις εφαρμογής του κανονισμού (ΕΟΚ) 2052/88 όσον αφορά τον συντονισμό των παρεμβάσεων των διαφόρων διαρθρωτικών ταμείων μεταξύ τους καθώς και με τις παρεμβάσεις της Ευρωπαϊκής Τράπεζας Επενδύσεων και των λοιπών υφιστάμενων χρηματοδοτικών οργάνων (ΕΕ 1988, L 374, σ. 1, όπως τροποποιήθηκε με τον κανονισμό 2082/93 του Συμβουλίου, της 20ής Ιουλίου 1993, ΕΕ 1993, L 193, σ. 20)²¹.»

Β) Ορισμός της απάτης

Η Συνθήκη που καταρτίστηκε στη βάση του Άρθρου Κ.3 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης περί της προστασίας των οικονομικών συμφερόντων της Ευρωπαϊκής Κοινότητας²² ορίζει την «**απάτη**», σε σχέση με τις δαπάνες, ως κάθε εκούσια πράξη ή παράλειψη που σχετίζεται με: « *τη χρήση ή την παρουσίαση ψευδών, ανακριβών ή ελλιπών δηλώσεων ή εγγράφων, η οποία έχει ως αποτέλεσμα την κατάχρηση ή την υπεξαίρεση πόρων του γενικού προϋπολογισμού των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή προϋπολογισμών που διαχειρίζονται από ή εξ ονόματος των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων - την αποσιώπηση πληροφοριών περί της παραβίασης συγκεκριμένης υποχρέωσης, με το ίδιο αποτέλεσμα - τη χρήση αυτών των πόρων για σκοπούς πέραν αυτών για τους οποίους αρχικά χορηγήθηκαν.*»

Γ) Ορισμός της διαφθοράς

Ένας ευρύς ορισμός της διαφθοράς που χρησιμοποιήθηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή είναι «*η κατάχρηση (δημόσιου) αξιώματος προς ίδιον όφελος*». Οι πληρωμές που συνδέονται με διαφθορά (δηλ. ο χρηματισμός) διευκολύνουν πολλών άλλων ειδών απάτες, όπως η έκδοση ψευδών τιμολογίων, οι εικονικές δαπάνες ή η αποτυχία κάλυψης των προδιαγραφών μιας σύμβασης, Η πλέον κοινή μορφή διαφθοράς είναι ο χρηματισμός ή η απόκτηση άλλων πλεονεκτημάτων: ένας αποδέκτης (παθητική διαφθορά) δωροδοκείται από κάποιον ενδιαφερόμενο

²¹ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ ELEANOR SHARPSTON της 15ης Σεπτεμβρίου 2011 Υπόθεση C-465/10 (σκ. 105)

²² OJ C 316, 27.11.1995, σελ. 49.

(ενεργητική διαφθορά) σε αντάλλαγμα κάποιου είδους υπηρεσίας. Η διαφθορά θεωρείται ότι συνιστά υποκατηγορία της απάτης²³.

Δ) Ορισμός της υπόνοιας απάτης

Ο ορισμός της «υπόνοια απάτης» απαντάται στο άρθρο 27 στοιχείο γ) του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1828/2006 ως *«κάθε παρατυπία που οδηγεί στην κίνηση διοικητικής ή δικαστικής διαδικασίας σε εθνικό επίπεδο, ώστε να καθοριστεί η ύπαρξη προθέσεως, και ιδίως απάτης»*. Η απάτη διακρίνεται από το γενικότερο όρο «παρατυπία» από τη συνιστώσα της πρόθεσης δόλου.

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 1 και στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 28 του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1828/2006, πρέπει να δηλώνεται από τα κράτη μέλη, εντός των προθεσμιών που ορίζει ο Κανονισμός 1083/2006, η περίπτωση υπόνοιας απάτης, ως ειδική περίπτωση παρατυπίας καθώς και η ημερομηνία και η πηγή της πρώτης πληροφορίας που δημιουργεί υπόνοια παρατυπίας και κατά περίπτωση, το κατά πόσον οι μέθοδοι που χρησιμοποιούνται εγείρουν υπόνοια απάτης. Η ιδιαίζουσα φύση της υπόνοιας απάτης επιφορτίζει τις διαδικασίες επαλήθευσης (διοικητικής ή επιτόπιας) των αρμοδίων αρχών διαχείρισης των πράξεων με αυξημένη επιμέλεια. Εντός τους ισχύοντος Συστήματος Διαχείρισης και Ελέγχου (ΣΔΕ), οι επαληθεύσεις αποτελούν εργαλείο αποτροπής και εντοπισμού της απάτης.

Τα σημεία ελέγχου καλύπτουν μέρος της μέχρι σήμερα γνωστής περιπτώσιολογίας υπονοιών απάτης, όπως αυτές έχουν κατηγοριοποιηθεί και περιγραφεί στο «Ενημερωτικό σημείωμα σχετικά με τους δείκτες απάτης για το ΕΤΠΑ, το ΕΚΤ και το ΤΣ (COCOF 09/003/00-EL)». Μέχρι στιγμής, οι γενικώς αναγνωρισμένες, κοινές και επανειλημμένα εμφανιζόμενες μορφές απάτης στις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών αποτυπώνονται στο έγγραφο COCOF 09/003/00-EL. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι νέες μορφές απάτης μπορούν να εμφανισθούν.

Ένα από τα σημαντικότερα μέσα για την πρόληψη της απάτης είναι η αναγνώριση και αξιολόγηση των κινδύνων που σχετίζονται με αυτήν, δηλαδή των καταστάσεων που δύναται να ευνοήσουν την εμφάνιση απάτης σε διάφορες δραστηριότητες. Από την άλλη πλευρά, οι πρόσθετοι έλεγχοι των οποίων τη θέσπιση

²³ European Court of Auditors, CEAD-A Directorate, Guideline on Fraud Audit, December 2014, (σελ.4)

προτείνει κάθε η Επιτροπή θα πρέπει να είναι αναλογικοί, αποτελεσματικοί και αποδοτικοί σε σχέση με το κόστος τους. Επειδή για τη διάπραξη απάτης συχνά χρησιμοποιούνται περίπλοκες και προσεκτικά οργανωμένες μεθοδεύσεις απόκρυψης, ο κίνδυνος μη ανίχνευσης είναι μεγαλύτερος από αυτόν που ισχύει για άλλου είδους παρατυπίες και, κατά συνέπεια, τα συστήματα κατά της απάτης, για να είναι αποτελεσματικά, πρέπει να είναι πιο «έξυπνα» και πιο περίπλοκα και είναι πιθανό να απαιτούν μεγαλύτερο κόστος²⁴

E) Τεχνική των «Κόκκινων Σημαιών» (Red Flags)

Κόκκινες σημαίες - Τι είναι οι «κόκκινες σημαίες» και πώς χρησιμοποιούνται;

Ως «κόκκινη σημαία» νοείται η **ένδειξη πιθανής απάτης ή διαφθοράς** και αφορά ένα στοιχείο ή ένα σύνολο στοιχείων τα οποία δεν είναι συνήθη από τη φύση τους ή αποκλίνουν από τη συνήθη δραστηριότητα. **Πρόκειται για ένδειξη παρέκκλισης από το σύνηθες και απαιτείται περαιτέρω εξέταση.**

Η καθημερινή πρακτική από τους ελέγχους έχει καταδείξει ότι, στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων υπάρχει ευρύ φάσμα «κόκκινων σημαιών», οι οποίες μπορεί να είναι ενδεικτικές ανωμαλιών και να στοιχειοθετούν την υπόνοια απάτης όπως λ.χ:

- α)** στα έγγραφα των προσφορών, π.χ. προσφορές από υποτιθέμενους διαφορετικούς υποψηφίους που αποστέλλονται μέσω φαξ από τον ίδιο αριθμό τηλεφώνου·
- β)** στα λογιστικά βιβλία χρηματοοικονομικής διαχείρισης, π.χ. ποσά εξοφλημένων τιμολογίων που υπερβαίνουν την αξία της σύμβασης·
- γ)** στη συμπεριφορά του αρμόδιου για το έργο προσωπικού, π.χ. άσκηση πιέσεων στην επιτροπή αξιολόγησης για την επιλογή συγκεκριμένου εργολάβου.
- δ)** Για την ανάθεση της σύμβασης, επιλέγεται διαδικασία με διαπραγμάτευση, παρά το γεγονός ότι είναι δυνατή η εφαρμογή ανοικτής διαδικασίας.
- ε)** Διαπιστώνεται αδικαιολόγητη επιλογή ή χρήση κριτηρίων ανάθεσης που ευνοούν συγκεκριμένη εταιρεία ή προσφορά.

²⁴ Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή και Κοινωνική Επιτροπή των Περιφερειών και το Ελεγκτικό Συνέδριο σχετικά με την στρατηγική της Επιτροπής για την καταπολέμηση της απάτης, Βρυξέλλες, 24/6/2011, σελ. 7

στ) Οι κανόνες παροχής προϊόντων ή υπηρεσιών είναι υπερβολικά αυστηροί, με αποτέλεσμα να παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς μόνο σε μία εταιρεία.

ε) Υπάλληλος της αναθέτουσας αρχής έχει συγγενείς οι οποίοι εργάζονται για εταιρεία που ενδέχεται να υποβάλει προσφορά.

ζ) Μεγάλος αριθμός επανεξετάσεων από τη διοίκηση και ακυρωμένων διαδικασιών σύναψης σύμβασης.

η) Άλλες περιπτώσεις: Διαρροή στοιχείων προκηρύξεων, Προσυνεννοημένη υποβολή προσφορών, Μη κοινοποιηθείσα σύγκρουση συμφερόντων, Δωροδοκίες και ανταλλάγματα, Ψευδείς δηλώσεις των υποψηφίων, Διπλή χρηματοδότηση, Υπερεκτίμηση της ποιότητας ή των δραστηριοτήτων του προσωπικού κ.α..

Η παρουσία των «κόκκινων σημαιών» απαιτεί από το προσωπικό των Ελεγκτικών Μηχανισμών να είναι σε μεγαλύτερη ετοιμότητα και να προβαίνουν στις απαραίτητες ενέργειες για την επιβεβαίωση ή τη διάψευση ενδεχόμενου κινδύνου απάτης. Και βέβαια, η άμεση και ορθή ανταπόκριση στην προκειμένη περίπτωση είναι υψίστης σημασίας: **η εξάλειψη τυχόν αμφιβολιών που εγείρει η κόκκινη σημαία αποτελεί ευθύνη πρωτίστως των αναθετουσών αρχών και δευτερευόντως των διαχειριστικών αρχών.**

Η παρουσία κόκκινης σημαίας δεν σημαίνει απαραίτητα ότι έχει διαπραχθεί ή ενδέχεται να διαπραχθεί απάτη, αλλά ότι η κατάσταση πρέπει να ελεγχθεί και να τεθεί υπό παρακολούθηση με τη δέουσα επιμέλεια. Ορισμένες από τις εν λόγω «κόκκινες σημαίες» μπορεί να φαίνονται κοινότοπες. Ωστόσο, είναι σημαντικό να τηρείται κατά νου ότι οι «κόκκινες σημαίες» αποτελούν **ενδείξεις** που αποσκοπούν στη διενέργεια ελέγχων πρώτου επιπέδου για τη διάψευση των αμφιβολιών ή την επιβεβαίωση της πιθανότητας απάτης ή παρατυπίας.

III) ΑΝΑΛΥΣΗ ΕΙΔΙΚΩΝ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΩΝ:

A) Νοθευμένες προδιαγραφές - Φωτογραφικές προδιαγραφές προς όφελος συγκεκριμένων υποψηφίων.

Οι προσκλήσεις για υποβολή προσφορών ή οι διακηρύξεις ενδέχεται να περιέχουν προδιαγραφές που να έχουν καταρτιστεί κατά τέτοιο τρόπο ώστε να ανταποκρίνονται στα προσόντα ενός συγκεκριμένου προσφέροντος ή τις οποίες

μπορεί να ικανοποιήσει μόνο ένας προσφέρων, ειδικά στον τομέα της τεχνολογίας των πληροφοριών (ΤΠ) και σε άλλες τεχνικές συμβάσεις. Ο έλεγχος της σαφήνειας και νομιμότητας των τεχνικών προδιαγραφών αποτελεί μέσο διασφάλισης των κοινοτικών αρχών της διαφάνειας και της ίσης συμμετοχής των οικονομικών φορέων στις αναθέσεις δημοσίων συμβάσεων. Η Διαχειριστική Αρχή υποχρεούται να εξετάζει κατά την προέγκριση των διακηρύξεων για την ύπαρξη τεχνικών προδιαγραφών σύμφωνες με το κοινοτικό δίκαιο καθώς και για την ύπαρξη τυχόν όρων που συνιστούν διάκριση υπέρ κάποιων συγκεκριμένων υποψηφίων (λχ. βάσει ιθαγενείας ή οιασδήποτε άλλης συγκαλυμμένης μορφής διάκρισης).

Πιο αναλυτικά, η περιγραφή του τεχνικού αντικειμένου της διακήρυξης οφείλει να ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις που έχει θέσει η ισχύουσα νομοθεσία και νομολογία για την ουδετερότητα των τεχνικών προδιαγραφών, την συμφωνία τους με διεθνή ή ευρωπαϊκά ή κοινώς παραδεδεγμένα πρότυπα, την παραπομπή τους σε λειτουργικές απαιτήσεις ή επιδόσεις και την χρήση ισοδύναμων λύσεων. Σε περίπτωση ύπαρξης περισσότερων τευχών στην ίδια διακήρυξη, είναι απαραίτητο να εξαλείφονται ασάφειες, δυσνόητες αναφορές, μη νόμιμες παραπομπές σε συγκεκριμένες κατασκευές ή προέλευση ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής, σημάτων, ή διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας ή τύπων, και οποιαδήποτε άλλη ένδειξη που στερεί από τις περιγραφές του τεχνικού αντικειμένου τεχνολογική ουδετερότητα.

Σύμφωνα με το σχετικό νομοθετικό πλαίσιο και κατά πάγια νομολογία των ελληνικών και ευρωπαϊκών δικαστηρίων, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν πρέπει να είναι διατυπωμένες με τρόπο ο οποίος εμποδίζει την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, εμποδίζοντας με τον τρόπο αυτό την κατάθεση προσφορών από υποψηφίους που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά από την οποία προέρχονται τα προκηρυχθέντα υλικά. Γι αυτό το λόγο, οι αναθέτουσες αρχές είναι υποχρεωμένες να αποδέχονται προσφορές οι οποίες επιβεβαιωμένα παρουσιάζουν ίδια ή ισοδύναμα τεχνικά χαρακτηριστικά. Ωστόσο, κατ' εξαίρεση, οι Αναθέτουσες Αρχές μπορούν να παρεκκλίνουν από τον παραπάνω κανόνα και να ζητήσουν, δηλαδή, συγκεκριμένο είδος, μόνο όταν το είδος-υλικό είναι απολύτως συμβατό με την προϋπάρχουσα δομή ή εγκατάσταση που υφίσταται. Στην περίπτωση λοιπόν κατά την οποία υπάρχει υπόνοια στρέβλωσης του ανταγωνισμού, ο υποψήφιος πρέπει να απευθύνει διευκρινιστικό ερώτημα ή ένσταση κατά των όρων της προκήρυξης και στην περίπτωση δε κατά την οποία δεν ικανοποιηθεί από τις διευκρινίσεις που θα λάβει ή από την απάντηση κατά της ενστάσεώς του, μπορεί να υποβάλλει την προσφορά του

αναφέροντας ρητά τα σημεία εκείνα της Διακήρυξης τα οποία τυχόν δεν δέχεται. Στην περίπτωση αυτή πρέπει ο προσφέρων να αναφέρει στην προσφορά του τους όρους της προσφοράς που είναι διαφορετικοί από τους όρους της διακήρυξης, προκειμένου να αξιολογηθούν.

Στο πλαίσιο αυτό σημειώνεται ότι η Διακήρυξη του διαγωνισμού, ως κανονιστική πράξη, η οποία ρυθμίζει με γενικές και απρόσωπες διατάξεις τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, πρέπει να είναι σύμφωνη με τις νομικές διατάξεις που ισχύουν κατά την έκδοσή της και διέπουν το Διαγωνισμό, καθώς και με τις γενικές αρχές του Ενωσιακού Δικαίου αναφορικά με την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. Η θεμελιώδης αρχή της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής διακρίσεων έχει ερμηνευθεί ότι απαγορεύει κάθε μορφή συγκεκαλυμμένης διακρίσεως, η οποία μέσω της εφαρμογής άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στην πράξη στο ίδιο αποτέλεσμα²⁵. Υπό το πρίσμα δε της αρχής της ίσης μεταχείρισης επιβάλλεται να λαμβάνεται μέριμνα από την Αναθέτουσα Αρχή, ώστε όλοι οι υποβάλλοντες προσφορά να διαθέτουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά το στάδιο της ανάθεσης μίας σύμβασης²⁶. Περαιτέρω, η εν λόγω αρχή έχει ερμηνευθεί από τα Δικαστήρια της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ότι σημαίνει για τους διαγωνιζομένους, ιδίως ότι πρέπει να επιφυλάσσεται ίση μεταχείριση τόσο κατά το χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους όσο και κατά το χρόνο ελέγχου των δικαιολογητικών και αποτίμησης των προσφορών από την Αναθέτουσα Αρχή²⁷. Υπό την έννοια αυτή, η Αναθέτουσα Αρχή δεν δύναται να «εφεύρει» εκ των υστέρων, κατά την διατύπωση διευκρινίσεων η κατά την εξέταση των προσφορών των διαγωνιζομένων, λόγους αποκλεισμού ή διαδικασίες διενέργειας του διαγωνισμού, οι οποίοι δεν προβλέπονται ρητώς στην Προκήρυξη ή στις σχετικές νομικές διατάξεις, και να της αποδώσει περιεχόμενο που δεν προκύπτει από τη διατύπωση των διατάξεων.

Σε μεταγενέστερο στάδιο, κατά την προέγκριση της σύμβασης, η αρχή διαχείρισης επισημαίνει τυχόν προβλήματα νόθευσης προδιαγραφών, ειδικά στις

²⁵ ΔΕΚ Απόφαση της 14ης Ιουνίου 2007, C-6/05 Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ, ΔΕΚ Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telausrtria και Telefonadress, ΔΕΚ Απόφαση της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen και ΔΕΚ Απόφαση της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname

²⁶ ΔΕΚ Απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-21 και C-34/2003, Fabricom SA, σκ. 29, ΔΕΚ Απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/1994, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκ. 54

²⁷ βλ., υπό το πνεύμα αυτό, Αποφάσεις της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-12/00, SIAC Construction, Συλλογή 2001, σ.Ι-7725, σκέψη 34, και της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ.Ι-14527, σκέψη 47.

συμβάσεις ειδικού τεχνικού ενδιαφέροντος, στηριζόμενη στα πρακτικά των επιτροπών αξιολόγησης και στις προσφυγές που ασκήθηκαν επιτυχώς.

Β) Αδικαιολόγητες αναθέσεις σε μία μόνο πηγή - Επέκταση/ παράταση υπαρχουσών συμβάσεων για την αποφυγή εκ νέου προκήρυξης διαγωνιστικής διαδικασίας

Αφορούν αδικαιολόγητες αναθέσεις που γίνονται στον ίδιο ανάδοχο με την παράταση προηγούμενων συμβάσεων αντί για την προκήρυξη νέας πρόσκλησης υποβολής προσφορών. Οι αρχές διαχείρισης εξετάζουν σε αναθέσεις κατόπιν διαπραγμάτευσης ή παράτασης της σύμβασης ή ενεργοποίησης των δικαιωμάτων προαίρεσης την τεκμηρίωση της επιλογής της διαδικασίας και τρόπου εκτέλεσης αυτής, μέσα από αντίστοιχα πεδία των Λιστών Ελέγχου. Ειδικά για περιπτώσεις ανάθεσης κατόπιν διαπραγμάτευσης και δικαιωμάτων προαίρεσης απαιτείται να προσκομίζεται συμπληρωμένο το εκάστοτε ισχύον ειδικό έντυπο ανακοίνωσης στην Ε.Ε.Ε.Ε. για διαγωνισμούς άνω των κοινοτικών ορίων.

Γ) Προγραμματικές Συμβάσεις²⁸

Η σύναψη προγραμματικών συμβάσεων²⁹ έχει κριθεί από τη νομολογία ότι αποτελεί «*ultimum refugium*», συνιστά δε μια εξαιρετική διαδικασία η οποία υπόκειται σε αυστηρά κριτήρια και τα οποία εξειδικεύονται αναλυτικά και περιοριστικά στις αποφάσεις των Δικαστηρίων καθώς και στις σχετικές Γνωμοδοτήσεις ή Εγκυκλίους που έχουν εκδοθεί έως σήμερα³⁰. Εφόσον η προγραμματική σύμβαση ακολουθεί τα απαιτούμενα από τον νόμο και τη νομολογία κριτήρια και τους κανόνες επιλεξιμότητας, η προσφυγή στη χρήση της θα πρέπει να κρίνεται, από τις Δ.Α., ανά περίπτωση, ενώ για λόγους νομικής ασφάλειας, χρήσιμο είναι να προσκομίζεται πάντοτε και σχετική νομική γνωμοδότηση των κάθε φορά συμβαλλομένων μερών, η οποία θα δικαιολογεί τόσο την σκοπιμότητα σύναψης της προγραμματικής σύμβασης όσο και την τυπική και ουσιαστική τήρηση του σχετικού θεσμικού πλαισίου νομιμότητας και επιλεξιμότητας.

²⁸ βλ. ενδεικτικώς Αποφάσεις C-84/03, C-29/04, C-340/04, C-295/05, C-573/07

²⁹ βλ. ιδίως το αρ. 100 Ν. 3852/2010.

³⁰ βλ. ενδεικτικώς Ελ. Συν. VI Τμ. 289/2012, Ελ. Συν. Τμήμα VII 205/2007, Γνωμ. 445/2003 Γ' Τμ. ΝΣΚ, υπ'αρ. πρωτ. 32206/3038/21-7-2011 Εγκύκλιος του Υπουρ. Ανάπτυξης/ Ε.Υ. Αρχή Πληρώμης κ.α.

Δ) Διαχωρισμός (κατάτμηση) αγορών

Σύμφωνα με τους ενωσιακούς και εθνικούς κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (έργων, προμηθειών, υπηρεσιών, μελετών), δεν είναι νόμιμος ο κατακερματισμός μιας σύμβασης σε υποκατηγορίες όμοιων ή ομοειδών, με βάση το αντικείμενο, συμβάσεων, η κατάτμηση δηλαδή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου ενός ενιαίου έργου σε επιμέρους τμήματα και η συνεπακόλουθη τμηματική ανάθεση επιμέρους συμβάσεων, που πραγματοποιείται με σκοπό την αποφυγή διενέργειας διαγωνιστικής διαδικασίας.

Οι Διαχειριστικές Αρχές ελέγχουν την ύπαρξη τεχνητής κατάτμησης για την ανάθεση των συμβάσεων σύμφωνα με τα ισχύοντα νομοθετικά και νομολογιακά δεδομένα.

Σχετικά, η έννοια του ενιαίου λειτουργικού συνόλου έχει υιοθετηθεί από την ισχύουσα μέχρι σήμερα εθνική και κοινοτική νομολογία³¹, η οποία εκτιμά την ύπαρξη ενός έργου βάσει της οικονομικής και τεχνικής λειτουργίας του αποτελέσματος των οικείων εργασιών του. Η νομολογία αυτή συμπληρωματικά έχει περιγράψει στοιχεία ικανά προς διαπίστωσης ύπαρξης κατάτμησης, όπως η ταυτόχρονη έναρξη διαδικασίας, η ομοιότητα φυσικού αντικειμένου, η ενότητα γεωγραφικού πλαισίου, η ανάθεση από την ίδια αναθέτουσα αρχή ή από τον ίδιο φορέα που συντονίζει τις διαδικασίες ανάθεσης. Η σώρευση των στοιχείων αυτών δημιουργεί ισχυρές ενδείξεις κατατμήσεως. Επίσης, κατά την κείμενη νομοθεσία δημοσίων συμβάσεων προβλέπονται διατάξεις για τη δυνατότητα ανάθεσης συμβάσεων σε τμήματα (lots). Στην περίπτωση αυτή για τη επιλογή της διαδικασίας ανάθεσης λαμβάνεται υπόψη ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου, αυτός δηλαδή που προκύπτει από το άθροισμα της αξίας όλων των επιμέρους τμημάτων.

Ωστόσο, το ισχύον ενωσιακό και εθνικό δίκαιο έχει θεσπίσει επίσης την εξαιρετική, δυνατότητα νόμιμης κατάτμησης με διατάξεις όπως το άρθρο 9 παρ. 5 α) για υπηρεσίες και 9 παρ. 5 β) για αγαθά της Οδηγίας 2004/18/EK (αντίστοιχα άρθρο 8 π.δ. 60/2007) για τμήματα έως 80.000 € για αναθέσεις συμβάσεων άνω των κοινοτικών ορίων³².

Ε) Πλαστό έγγραφο

³¹ ΕΚ C-16/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας.

³² Βλ. Εγκύκλιο 26655/ΕΥΣ 4252/25.6.2004, σελ 12

Ως πλαστό έγγραφο νοείται το έγγραφο στο οποίο έχουν αλλοιωθεί τα αληθή στοιχεία. Αυτό σημαίνει ότι το έγγραφο δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα. Η αλλοίωση μπορεί να είναι:

Είτε υλική: ένα έγγραφο μπορεί να τροποποιηθεί με φυσικό τρόπο, για παράδειγμα με διαγραφή στοιχείων ή αναφορών, χειρόγραφη προσθήκη πληροφοριών που αλλοιώνουν το έγγραφο κ.ο.κ.

Είτε διανοητική: το περιεχόμενο του εγγράφου δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα, για παράδειγμα ψευδής περιγραφή παρεχόμενων υπηρεσιών, ψευδές περιεχόμενο έκθεσης, ψευδείς υπογραφές σε κατάλογο συμμετεχόντων κ.ο.κ.

Αντικείμενο πλαστογραφίας μπορεί να αποτελέσουν όλα τα είδη των εγγράφων που υποβάλλονται από δικαιούχους για τη χορήγηση επιδοτήσεων, για τη συμμετοχή σε διαδικασία δημόσιων συμβάσεων ή για την επιστροφή δαπανών:

Συμβάσεις, έγγραφα ταυτότητας, βιογραφικά σημειώματα, τραπεζικές εγγυήσεις, ισολογισμοί, τιμολόγια (σε έντυπη ή ηλεκτρονική μορφή), εκθέσεις, φύλλα χρόνου εργασίας, κατάλογοι συμμετεχόντων, ιστότοποι κ.α.

Όσον αφορά τη συμμόρφωση προς τα κριτήρια συγχρηματοδότησης, είναι πιθανό ορισμένοι υποψήφιοι να σκεφθούν το ενδεχόμενο προσκόμισης πλαστού εγγράφου εάν δεν είναι σε θέση να εκπληρώσουν τις απαιτήσεις. Για τον λόγο αυτό, πρέπει να δίδεται ιδιαίτερη προσοχή σε λογότυπα, υπογραφές, ημερομηνίες και σφραγίδες που τίθενται κυρίως στα έγγραφα «υψηλού κινδύνου», όπως: **i)** Βεβαιώσεις φορολογικών και κοινωνικών εισφορών, **ii)** Αποσπάσματα τραπεζικών λογαριασμών και **iii)** Ισολογισμοί.

IV. ΕΛΕΓΧΟΣ / ΕΝΕΡΓΕΙΕΣ ΑΠΟ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ

Σύμφωνα με το άρθρο 12 του κανονισμού 1260/1999, κάθε έργο που χρηματοδοτείται από τα διαρθρωτικά ταμεία, και κατά συνέπεια κάθε συναφής δαπάνη, πρέπει να είναι σύμφωνο προς τη νομοθεσία της Ένωσης, καθώς και προς τις πολιτικές και τις δράσεις που αναλαμβάνει ο νομοθέτης της Ένωσης. Αυτή η αρχή της συμβατότητας σκοπεί να αποτρέψει τη χρηματοδότηση από την Ένωση έργων που αντίκεινται στις διατάξεις των Συνθηκών και στις πολιτικές τις οποίες προάγει ο νομοθέτης της Ένωσης³³.

³³ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ YVES BOT της 5ης Σεπτεμβρίου 2013 -Υπόθεση C-388/12, Comune di Ancona κατά Regione Marche (σκ. 71)

Η εκτίμηση των αρχών γίνεται μέσα από μια σειρά από ενέργειες οι οποίες έχουν καθαρά προληπτικό χαρακτήρα για την αντιμετώπιση ενδεχόμενης απάτης κατά την υλοποίηση των έργων και αφορούν ιδίως στον προληπτικό έλεγχο των διακηρύξεων δημοσίων συμβάσεων, στον προληπτικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στα κατώφλια των Κοινοτικών Οδηγιών και τη συμπλήρωση της λίστας ελέγχου των λοιπών συμβάσεων πριν την καταχώρηση δαπανών στο ΟΠΣ και στη διοικητική επαλήθευση κάθε δήλωσης δαπάνης του κάθε δικαιούχου με τα κατάλληλα υποστηρικτικά έγγραφα ώστε να βεβαιωθεί ότι η δαπάνη έχει πράγματι πραγματοποιηθεί και είναι σύμφωνη με τους εθνικούς και κοινοτικούς κανόνες.

Σημαντικό μέσο για την αξιολόγηση κινδύνων απάτης στις Διαρθρωτικές Δράσεις για την Προγραμματική Περίοδο 2014-2020 πρόκειται να είναι **το εργαλείο Αυτο-αξιολόγησης Κινδύνων Απάτης που προτείνει η Επιτροπή [Guidance Note on fraud risk assessment and effective and proportionate anti-fraud measures for PP 2014-2020, Annexes 1 και 2]**. Το εργαλείο αυτό επισημαίνει τους συνήθεις κινδύνους ανά κρίσιμη διεργασία, και δίνει τη δυνατότητα αξιολόγησής τους. Το τελικό αποτέλεσμα είναι ο προσδιορισμός των κινδύνων για τους οποίους κρίνεται ότι δεν έχουν γίνει ακόμη αρκετά για να περιοριστεί η πιθανότητα εκδήλωσης ή η επίπτωσή τους σε ένα αποδεκτό/ ανεκτό επίπεδο. Αυτό αποτελεί και τη βάση για την απόκριση σε κάθε κίνδυνο, με την επιλογή αποτελεσματικών και αναλογικών μέτρων κατά της απάτης από μία λίστα προτεινόμενων μέτρων ελέγχου (που έχει ήδη προετοιμαστεί και εισαχθεί στο εργαλείο). Η χρήση του εργαλείου Αυτο-αξιολόγησης Κινδύνων Απάτης αποτελεί μία δυναμική διαδικασία. Στην παρούσα φάση, αξιοποιείται ως εργαλείο επισκόπησης των διαδικασιών του ΣΔΕ που θα αναδείξει τους σοβαρούς κινδύνους και την ανάγκη λήψης μέτρων για την αντιμετώπισή τους. Αυτό θα οδηγήσει σε συγκεκριμένες παρεμβάσεις/ προσαρμογές που θα αποτυπωθούν στις διαδικασίες του ΣΔΕ της νέας Προγραμματικής Περιόδου. Επιπλέον, το εργαλείο θα χρησιμοποιείται από τις Διαχειριστικές Αρχές σε περιοδική βάση, προκειμένου να εξασφαλίζεται η επαναξιολόγηση των κινδύνων απάτης και των μέτρων που έχουν ληφθεί.

Την πρωταρχική ευθύνη για την πρόληψη και τον εντοπισμό της απάτης φέρουν οι Διαχειριστικές Αρχές.³⁴ Ωστόσο, η επιτυχία στην καταπολέμηση της απάτης εξαρτάται από τον συνδυασμό των προσπαθειών των αρχών διαχείρισης και

³⁴ Βλέπε άρθρο 72 στοιχείο η) και άρθρο 125 παράγραφος 4 στοιχείο γ) του ΚΚΔ.

πιστοποίησης, των ελεγκτών και άλλων ενδιαφερόμενων μερών, διότι κάθε κρίκος της αλυσίδας διαδραματίζει συγκεκριμένο ρόλο στην προστασία των οικονομικών συμφερόντων της ΕΕ. Με δεδομένα τα παραπάνω, πρέπει να διευκρινισθεί ότι ρόλος των ελεγκτών στον εντοπισμό μιας πιθανής υπόθεσης απάτης περιορίζεται στον εντοπισμό και την καταγραφή ύποπτων περιστάσεων βάσει των γεγονότων που έχουν διαπιστωθεί κατά τον λογιστικό έλεγχο, συμπεριλαμβανομένων των επιτόπιων ελέγχων. Οι ελεγκτές πρέπει να ενεργούν πάντοτε εντός των παραμέτρων της οικείας νομοθεσίας και των διεθνώς αποδεκτών προτύπων και οδηγιών. Θα πρέπει επίσης να έχουν υπόψη τους τα όρια των αρμοδιοτήτων τους και τις υποχρεώσεις τους έναντι του ελεγχόμενου φορέα, ιδίως όσον αφορά τα δικαιώματα του φορέα. Ο ελεγκτής θα πρέπει να μπορεί να τραβήξει μια διαχωριστική γραμμή μεταξύ του ελέγχου και της έρευνας και να προσδιορίζει με σαφήνεια τη χρονική στιγμή κατά την οποία εδραιώνεται η υπόνοια απάτης, καθώς στο σημείο αυτό, η υπόθεση πρέπει να παραπεμφθεί αρμοδίως στις κατάλληλες εθνικές αρχές, σύμφωνα με τους εθνικούς κανόνες και τις διαδικασίες, ενώ η Επιτροπή θα πρέπει να ενημερώνεται επίσης, σύμφωνα με τους τομεακούς κανονισμούς για την αναφορά παρατυπιών.

Πηγές:

- 1) «Η ΕΘΝΙΚΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΗ ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΑΠΑΤΗΣ ΣΤΙΣ ΔΙΑΡΘΡΩΤΙΚΕΣ ΔΡΑΣΕΙΣ ΓΕΝΙΚΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ-ΕΣΠΑ», Υπουργείο Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, Απρίλιος 2014.
- 2) «Ενημερωτικό σημείωμα σχετικά με τους δείκτες απάτης για το ΕΤΠΑ, το ΕΚΤ και το ΤΣ», COCOF 09/0003/00-EL.
- 3) «Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή και Κοινωνική Επιτροπή των Περιφερειών και το Ελεγκτικό Συνέδριο σχετικά με την στρατηγική της Επιτροπής για την καταπολέμηση της απάτης», Βρυξέλλες, 24/6/2011.
- 4) «Guideline on Fraud Audit», European Court of Auditors, CEAD-A Directorate, December 2014.
- 5) Εγχειρίδιο «Ο ρόλος των ελεγκτών των κρατών μελών στην πρόληψη και τον εντοπισμό περιπτώσεων απάτης για τα Διαρθρωτικά και Επενδυτικά Ταμεία της ΕΕ Εμπειρία και πρακτική στα κράτη μέλη», Ευρωπαϊκή Επιτροπή, OLAF.

6) «Οδηγός Συστήματος Διαχείρισης και Ελέγχου Συγχρηματοδοτούμενων Πράξεων», Υπουργείο Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας, 3^η έκδοση, Ιούνιος 2011.

7) Εγχειρίδιο «Εντοπισμός πλαστών εγγράφων στον τομέα των διαρθρωτικών ενεργειών Πρακτικός οδηγός για τις διαχειριστικές αρχές που εκπονήθηκε από ομάδα εμπειρογνομόνων των κρατών μελών υπό τον συντονισμό της Μονάδας Δ.2 «Πρόληψη της απάτης» της OLAF», Ευρωπαϊκή Επιτροπή, OLAF.

Δικαίωμα σε ένα καθαρό περιβάλλον: μόνο μία ηθική επιταγή ή κάτι περισσότερο;¹

Βασιλική Κ. Βρετού, ΜΔΕ Φιλοσοφίας και Κοινωνιολογίας του Δικαίου, ΜΔΕ Δίκαιο Περιβάλλοντος, Υποψήφια Διδάκτωρ Παντείου Πανεπιστημίου, Ειδική Επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη

Εισαγωγή

Στην έναρξη της χιλιετίας τα ανθρώπινα δικαιώματα δοκιμάζονται ποικιλοτρόπως. Οι νέες τεχνολογικές εξελίξεις και η μαζική παραγωγή βιομηχανοποιημένων προϊόντων αλλάζει γεωγραφικό χάρτη και δημιουργεί νέα ζητήματα στα εργασιακά δικαιώματα, στην αξιοπρέπεια του ανθρώπου αλλά και στα περιβαλλοντικά ζητήματα, που ανακύπτουν από την συνεχιζόμενη υπερπαραγωγή και κατανάλωση προϊόντων. Ειδικότερα, τα σύγχρονα περιβαλλοντικά ζητήματα εγείρουν την ανάγκη της άμεσης προσοχής της διεθνούς κοινότητας και εγκαθίστανται στο κέντρο των μεγαλύτερων θεμάτων που αφορούν την επανατοποθέτησή μας για την προστασία και προαγωγή των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, τώρα και για το μέλλον.

Επίσης, πρέπει να αναγνωρισθεί ότι μία από τις πιο εντυπωσιακές εξελίξεις του διεθνούς δικαίου κατά το δεύτερο μισό του εικοστού αιώνα, ήταν η ανάπτυξη νομικών εργαλείων με σκοπό την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Το ίδιο εντυπωσιακή εξέλιξη στο διεθνές δίκαιο είχε και η αναγνώριση της ανάγκης προστασίας του φυσικού περιβάλλοντος από τις αρνητικές ανθρώπινες επεμβάσεις και η ανάγκη δόμησης ενός ξεχωριστού νομικού πεδίου, του διεθνούς περιβαλλοντικού δικαίου.

Παρά τις διαφορές στους στόχους και στο αντικείμενο κάλυψης, οι δύο αυτοί τομείς του διεθνούς δικαίου τα τελευταία τουλάχιστον είκοσι χρόνια, παρουσιάζουν μία αύξηση της έλξης και όσμωσης μεταξύ τους. Ειδικότερα, η

¹ Το παρόν κείμενο, αποτελεί απόσπασμα της ευρύτερης επιστημονικής έρευνας και προβληματισμού της συγγραφέως, στο πλαίσιο εκπόνησης της διδακτορικής της διατριβής.

έλξη και ο σύνδεσμος αυτός, εκδηλώνεται μεταξύ ανθρωπίνων δικαιωμάτων και περιβαλλοντικής προστασίας.

Θα μπορούσε να διατυπωθεί η ερώτηση για πιο λόγο η περιβαλλοντική προστασία να θεωρείται ως θέμα των ανθρωπίνων δικαιωμάτων² και γιατί να το θεωρούμε ως κυρίαρχο θέμα προβληματισμού, συζήτησης και πολιτικής. Μία πρώτη απάντηση θα ήταν ότι η σύνδεση μεταξύ ανθρωπίνων δικαιωμάτων και περιβαλλοντικών θεμάτων είναι πλέον ορατή, περισσότερο από ποτέ στο παρελθόν. Οι συνέπειες ενός ποιοτικού ή υποβαθμισμένου περιβάλλοντος έχει άμεσο ή/και έμμεσο αντίκτυπο στη ζωή, στην υγεία, στην ιδιωτική περιουσία, στην αυτοδιάθεση και στον αυτοπροσδιορισμό των ατόμων³.

Το ατομικό δικαίωμα σε ένα υγιές και καθαρό περιβάλλον βαθμιαία αναγνωρίζεται σταδιακά ως μία έννοια αυτόνομη, που διεκδικεί τον δικό του ρόλο στον καμβά των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Επίσης, οι διεθνείς οργανισμοί και φορείς το εντάσσουν ως θέμα προβληματικής και διακύβευμα στην επίσημη ατζέντα τους, ενώ καταγράφεται και αναγνωρίζεται πλέον ρητά σε αρκετά εθνικά συντάγματα⁴ και χρησιμοποιείται ως κύριο εργαλείο νέας ερμηνείας και προσέγγισης παραδοσιακών ζητημάτων στην σύγχρονη νομολογία των δικαστηρίων⁵. Κύριο διακύβευμα είναι η διατήρηση ενός υγιούς και ποιοτικού

² Σύμφωνα με τον Καθηγητή Στέλιο Περράκη «*Τα δικαιώματα του ανθρώπου, ως αναφορά δικαίου, πολιτικής και δράσης, αποτελούν βασικό στοιχείο της μεταπολεμικής διεθνούς έννομης τάξης. Τα δικαιώματα του ανθρώπου εκφράζουν μια προσπάθεια ν'άρθει το δημόσιο δίκαιο των εθνών σ'ένα επίπεδο κοινών θεμελιωδών κανόνων (Φ. Βεγλερής)...Για το εννοιολογικό περιεχόμενο του όρου, ωστόσο, δεν υπάρχει σύμπτωση απόψεων, εξ ου και η ανάγκη οριοθετήσεων*», απόσπασμα από το Εισαγωγικό Κεφάλαιο του βιβλίου του Διαστάσεις της Διεθνούς Προστασίας των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, εκδόσεις Ι. Σιδέρης, 2013, σελ. 27.

³ «*Οι περιβαλλοντικές συνθήκες βοηθούν στο να προσδιορισθεί εάν οι άνθρωποι είναι υγιείς ή όχι, αλλά και πόσο πολύ θα ζήσουν. Μπορεί να επηρεάσουν την αναπαραγωγική υγεία..., αλλά μπορεί να επιδράσουν και στις προοπτικές για κοινωνική συνοχή και οικονομική ανάπτυξη, με περαιτέρω επιρροή στην υγεία. Αλλαγές στο περιβάλλον – ρύπανση και υποβάθμιση, κλιματική αλλαγή, ακραία καιρικά φαινόμενα- μπορούν να επιδράσουν και να αλλάξουν τα θέματα υγείας και ανάπτυξης*», Report State of World Population 2001: Footprints and Milestones: Populations and Environmental Change, United Nations Population Fund – UNFPA, 2001, διαθέσιμο και από την ιστοσελίδα www.unfpa.org.

⁴ Μία αναλυτική καταγραφή των εθνικών Συνταγμάτων που έχουν προβλέψει διάταξη για την περιβαλλοντική προστασία (μέχρι το έτος 2005) είναι διαθέσιμη στο *Environmental Rights Report: Human Rights and the Environment*, Materials for the 61st Session of the UN Commission on Human Rights, Geneva, March 14 – April 22, 2005, EarthJustice, Appendix, p 86-109. Επίσης, αντίστοιχη εργασία με έμφαση κυρίως στις συνταγματικές αναφορές στις μελλοντικές γενιές και στο δικαίωμα σε ένα υγιές περιβάλλον υπάρχει στο κείμενο Έκθεσης με τίτλο *Taking the longer view: UK governance options for a finite planet*, Peter Roderick, Foundation for Democracy and Sustainable Development & WWF UK, December 2010, p 17-23.

⁵ Ενδεικτικά, Dr M. Farooque v. Secretary, Ministry of Communication, Government of the People's Republic of Bangladesh and 12 Others. Η προσφυγή στρεφόταν εναντίον πολλών και διαφορετικών

περιβάλλοντος, όχι μόνο για την τωρινή γενιά αλλά κυρίως για τις μελλοντικές γενιές.

Σύντομη ιστορική αναφορά

Για πρώτη φορά, ο Χάρτης των ΗΕ (UN Charter⁶) προέβλεπε ότι η προστασία του ανθρώπινου είδους ήταν το κυρίαρχο αντικείμενο προστασίας και μέσω του Χάρτη η διεθνής κοινότητα έψαχνε «να σώσει τις επόμενες γενιές από την μάστιγα του πολέμου....και να επιβεβαιώσουν εκ νέου την πίστη τους στα θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα, στην τιμή/υπόληψη και την αξία του ανθρώπου⁷».

Οι περισσότερες Συνθήκες που προβλέπουν την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, οι σχετικές Διακηρύξεις και άλλα διεθνή συμβατικά κείμενα και «εργαλεία» δεν αναφέρονται ρητά στο φυσικό περιβάλλον. Όπως είναι γνωστό, στο χρονικό σημείο που υπογράφηκαν και συμφωνήθηκαν τα ανωτέρω συμβατικά κείμενα, δεν υπήρχε ιδιαίτερη μέριμνα ή αγωνία για την προστασία του περιβάλλοντος. Δεν είχε αναγνωριστεί ακόμα ότι υπήρχε ανάγκη ειδικής προστασίας του περιβάλλοντος.

Από την 1^η Παγκόσμια Συνδιάσκεψη για το Περιβάλλον και την Διακήρυξη της Στοκχόλμης (1972) μέχρι και σήμερα έχει γίνει κατανοητό ότι η περιβαλλοντική προστασία αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την απόλαυση αρκετών διεθνώς αναγνωρισμένων και θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων (ατομικών, κοινωνικών, οικονομικών) και κυρίως των θεμελιωδών δικαιωμάτων στη ζωή και την υγεία. Ειδικότερα, στο άρθρο 1 της Διακήρυξης της Στοκχόλμης αναφέρεται ότι τόσο το φυσικό όσο και το ανθρωπογενές οικοσύστημα «...είναι απαραίτητα για την ευζωία και την απόλαυση των βασικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων-συμπεριλαμβανομένης και της ίδιας της ζωής⁸». Μέσα από αυτήν την φράση, αλλά και άλλες παρόμοιες που δομούν το βασικό κείμενο της Διακήρυξης, εισάγεται για πρώτη φορά η έννοια του

Υπουργείων του Bangladesh, λόγω μη εκπλήρωσης των συνταγματικών δικαιωμάτων για έλεγχο της ατμοσφαιρικής ρύπανσης και της ηχορύπανσης που προκαλούνταν από τα αυτοκίνητα στην πόλη Dhaka. Το Ανώτατο Δικαστήριο δέχθηκε ότι το συνταγματικό «δικαίωμα στη ζωή» εκτείνεται και στο δικαίωμα για ένα ασφαλές και υγιές περιβάλλον.

⁶ https://www.unric.org/el/index.php?option=com_content&view=article&id=14&Itemid=10.

⁷ Βλ. Εισαγωγή/Προοίμιο του Χάρτη των ΗΕ, παρ. 1 & 2..

⁸ “Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations”, Principle 1 of the Stockholm Declaration on the Human Environment.

περιβάλλοντος ως ανθρώπινου δικαιώματος στο διεθνές δίκαιο⁹ και τέθηκε η βάση για την έναρξη συζήτησης για το δικαίωμα σε ένα υγιές περιβάλλον.

Ωστόσο, είκοσι χρόνια μετά, στην Παγκόσμια Συνδιάσκεψη για το Περιβάλλον και την Ανάπτυξη στο Ρίο (1992), δεν δόθηκε η ίδια ή και μεγαλύτερη έμφαση στο ρόλο και την αξία των δικαιωμάτων σε σχέση με το περιβάλλον- όπως προσδοκούσε η «πράσινη» διεθνής κοινότητα. Επιπλέον, αρκετοί χαρακτηρίζουν ως αποτυχία της Διακήρυξης του Ρίο να επιτύχει να αναγνωρίσει ρητά ένα δικαίωμα σε ένα υγιές, βιώσιμο και καθαρό περιβάλλον¹⁰. Από την αποτυχία αυτή, λαμβάνουν έναυσμα κάποιοι χαρακτηρίζοντας το δικαίωμα σε ένα καθαρό περιβάλλον ως περιττό ή ακόμα και μη επιθυμητό¹¹. Ειδικότερα, στην Αρχή 1 (Principle 1) διατυπώνεται η αξίωση του ανθρώπου να αναδειχθεί «ως το κέντρο» για τα θέματα που αφορούν την βιώσιμη ανάπτυξη και συνεχίζει αναφέροντας ότι «(Οι άνθρωποι) έχουν δικαίωμα σε μία υγιή και παραγωγική ζωή, σε αρμονία με την φύση¹²».

Ο Παγκόσμιος Χάρτης της Φύσης¹³ υιοθετήθηκε από την Γενική Συνέλευση των ΗΕ τον Οκτώβριο 1982 (Resolution 37/7), δέκα χρόνια μετά την Συνδιάσκεψη στην Στοκχόλμη. Ο Παγκόσμιος αυτός Χάρτης έθετε συγκεκριμένες υποχρεώσεις στα κράτη και στα άτομα, με κύριο στόχο την ενδυνάμωση των αρχών που θέσπισε¹⁴. Είναι γενικώς αναγνωρισμένο, ότι η Παγκόσμια Χάρτα της Φύσης αποτέλεσε ένα

⁹ Βλ. ενδεικτικά, “*Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law*” Collins, L., 3 McGill Int’l J. Sust. Dev. L. & Pol’ y, p. 124, 2007.

¹⁰ Βλ. Alan Boyle, “The Role of International Human Rights Law in the Protection of the Environment”, *in Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Alan Boyle & Michael Anderson (Eds), Clarendon Press-Oxford University Press, 1998, p. 60. Σύμφωνα με τον Boyle η Διακήρυξη του Ρίο μπορεί να μην περιέχει ρητή αναφορά και κατοχύρωση σε ένα ανθρώπινο δικαίωμα στο καθαρό περιβάλλον, αλλά στην Αρχή 10 (Principle 10) κατοχυρώνεται το δικαίωμα συμμετοχής των πολιτών για τα περιβαλλοντικά θέματα : “*Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities,*”.

¹¹ Ο.π. p. 49.

¹² “*Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature*”, Declaration on Environment and Development, Principle 1, *Report of the UN Conference on Environment and Development*, (New York, 1992), UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1.

¹³ World Charter for Nature (Hague Declaration), 1982. Η Διεθνής Κοινότητα είχε ομολογήσει/παραδεχθεί ότι «*Η Ανθρωπότητα είναι κομμάτι της φύσης και η ζωή εξαρτάται από μία συνεχή λειτουργία των φυσικών συστημάτων, τα οποία εξασφαλίζουν την αναπλήρωση της ενέργειας και την προσφορά των απαραίτητων συστατικών*». Επίσης, στο ανωτέρω κείμενο έχει αναγνωρισθεί «*το δικαίωμα να ζει κάποιος με αξιοπρέπεια μέσα σε ένα βιώσιμο παγκόσμιο περιβάλλον*». Η αναφορά σε μία αξιοπρεπή διαβίωση μας οδηγεί στο συμπέρασμα ότι στην ανωτέρω διάταξη γίνεται επίκληση όχι μόνο ενός επιπέδου ζωής σκέτης επιβίωσης, αλλά η απόκτηση ενός επιπέδου ζωής στο οποίο θα μπορούν να ικανοποιούνται οι βασικές ανθρώπινες ανάγκες.

¹⁴ Ωστόσο, ήταν ένα κείμενο χωρίς νομική δεσμευτικότητα.

«οικολογικό εργαλείο», υπό την έννοια ότι απομακρύνεται από την ανθρωποκεντρική θεώρηση της προστασίας της φύσης και επικεντρώνεται στην προστασία της φύσης για το καλό της ίδιας της φύσης και όχι κατ'ανάγκην και πρωταρχικά του ανθρώπινου είδους. Θα μπορούσε να ειπωθεί ότι έθεσε επίσημα την συζήτηση για την ύπαρξη ενός κώδικα ηθικής συμπεριφοράς της ανθρωπότητας προς τα υπόλοιπα όντα και στοιχεία της γης και για πρώτη φορά υπήρξε η αναγνώριση ότι χρήζει προστασίας αφ'εαυτής η ίδια η γη, ως οντότητα. Μέσα από αυτήν την λογική, μπορεί να βασισθεί και η ιδέα της κατ'αρχήν ηθικής υποχρέωσης των τωρινών γενιών να προστατεύσουν και να παραδώσουν ένα υγιές και βιώσιμο περιβάλλον και για τις επόμενες γενιές.

Το έτος 1987 η Παγκόσμια Επιτροπή για το Περιβάλλον και την Ανάπτυξη (WCED) - περισσότερο γνωστή ως Επιτροπή "Brundtland" (Brundtland Commission¹⁵) - δημοσιοποίησε την τελική έκθεσή της με τα συμπεράσματα της, με τον γνωστό πλέον τίτλο "Our Common Future"¹⁶. Η φιλοδοξία του εγχειρήματος σκόπευε στην δημιουργία μιας «παγκόσμιας αντιζέντας για αλλαγή¹⁷». Ουσιαστικά ενέταξε την συζήτηση για το περιβάλλον και την ανάπτυξη σε ένα ενιαίο πλαίσιο, με πολιτική αλλά και νομική βάση¹⁸. Ειδικότερα, πρότεινε την υιοθέτηση 22 νομικών αρχών, οι οποίες χωρίζονταν σε τέσσερις κατηγορίες. Η πρώτη κατηγορία, που αναφέρθηκε ως «Γενικές Αρχές, Δικαιώματα και Υποχρεώσεις» περιελάμβανε την αναγνώριση του δικαιώματος σε ένα καθαρό περιβάλλον ("healthy environment") ως ανθρώπινο δικαίωμα¹⁹.

Ο Klaus Toepfer²⁰, ήδη το έτος 2001 στο πλαίσιο ομιλίας του στην 57η Σύνοδο της Επιτροπής για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα ανέφερε χαρακτηριστικά ότι : «Τα

¹⁵ Η Έκθεση είναι γνωστή και ως "Brundtland Report" προς τιμή και αναγνώριση της συμβολής της πρώην Πρωθυπουργού της Νορβηγίας, Gro Harlem Brundtland, η οποία διετέλεσε Πρόεδρος της WCED.

¹⁶ World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future* (Oxford University Press, 1987), UN Doc. A/42/47 (1987), γνωστή με την ονομασία "The Brundtland Report".

¹⁷ "A global agenda for change".

¹⁸ «Όμως το "περιβάλλον" είναι εκεί όπου όλοι ζούμε και η ανάπτυξη είναι αυτό που όλοι προσπαθούμε προκειμένου να βελτιώσουμε τον χώρο διαβίωσής μας. Και οι δύο έννοιες είναι αδιαχώριστες», ο.π. π. 7, διαθέσιμο και από την ιστοσελίδα <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

¹⁹ Το δικαίωμα σε ένα καθαρό περιβάλλον αναγνωρίστηκε αργότερα ως δικαίωμα από την Αμερική ως βασικό ανθρώπινο δικαίωμα και κατοχυρώθηκε στο Πρωτόκολλο της Αμερικάνικης Σύμβασης/Συνθήκης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα (Protocol of San Salvador), το οποίο υιοθετήθηκε στις 17 Νοεμβρίου 1998 και τέθηκε σε ισχύ στις 16 Νοεμβρίου 1999.

²⁰ Former Executive Director of the United Nations Environment Programme (UNEP).

Ανθρώπινα Δικαιώματα δεν μπορούν να εξασφαλισθούν σε ένα υποβαθμισμένο ή μολυσμένο περιβάλλον. Το θεμελιώδες δικαίωμα στη ζωή βρίσκεται σε κίνδυνο από την υποβάθμιση του εδάφους και την αποψίλωση των δασών, όπως επίσης και από έκθεση σε τοξικά χημικά, επικίνδυνα απόβλητα και μολυσμένο πόσιμο νερό. Οι Περιβαλλοντικές συνθήκες ξεκάθαρα βοηθούν να προσδιορισθεί μέχρι ποιου βαθμού οι άνθρωποι απολαμβάνουν τα βασικά τους δικαιώματα, όπως το δικαίωμα στη ζωή, στην υγεία, σε επαρκή τροφή και κατάλληλη οικία, καθώς και στους παραδοσιακούς τρόπους ζωής και πολιτισμού. Έχει έρθει η ώρα να αναγνωρισθεί ότι αυτοί που μολύνουν ή καταστρέφουν το φυσικό περιβάλλον δεν διαπράττουν μόνο ένα έγκλημα εναντίον της φύσης, αλλά παραβιάζουν και τα ανθρώπινα δικαιώματα συγχρόνως.»

Συνεπώς, η ανωτέρω θεώρηση προϋποθέτει ότι τα κράτη έχουν υποχρέωση να εξασφαλίζουν το επίπεδο εκείνο της περιβαλλοντικής προστασίας που επιτρέπει στους πολίτες να απολαμβάνουν πλήρως τα αναγνωρισμένα και προστατευμένα ανθρώπινα δικαιώματα εν γένει. Η ακαδημαϊκή κοινότητα έχει εντυφλήσει επαρκώς στην ανωτέρω «περιβαλλοντική διάσταση» των υπάρχοντων ανθρωπίνων δικαιωμάτων²¹ και ήδη πολλά εθνικά αλλά και περιφερειακά δικαστήρια²² έχουν αναγνωρίσει και ενσωματώσει την «περιβαλλοντική διάσταση» στη νομολογία τους.

Πώς λειτουργεί η σχέση μεταξύ ανθρωπίνων δικαιωμάτων και περιβαλλοντικής προστασίας.

Η κατηγοριοποίηση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων γίνεται με διάφορα κριτήρια. Μία βασική παραδοσιακή κατηγοριοποίησή τους, που χρησιμοποιείται σε διεθνές και εθνικό επίπεδο, είναι σε ανθρώπινα δικαιώματα «πρώτης», «δεύτερης» και «τρίτης» γενιάς²³. Η «πρώτη» γενιά περιλαμβάνει τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα, κυρίως το δικαίωμα στη ζωή, στην προσωπική ελευθερία και ασφάλεια, ελευθερία της σκέψης, το δικαίωμα σεβασμού του ιδιωτικού και οικογενειακού περιβάλλοντος (π.χ.). Τα εν λόγω δικαιώματα απαιτούν παραδοσιακά αποχή του Κράτους από

²¹ Βλ. ενδεικτικά, Dinah Shelton, “Human Rights and the Environment: What specific environmental rights have been recognized?”, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 35, 2006, pp 130-132.

²² Ιδίως, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων έχει δημιουργήσει σχετική νομολογία, δίνοντας περιβαλλοντική διάσταση στα ήδη υπάρχοντα ανθρώπινα δικαιώματα.

²³ Δικαιώματα «πρώτης» γενιάς ή «ιδιωτικά και πολιτικά δικαιώματα», που ενσωματώνονται στη λέξη «Ελευθερία» (Liberte). Τα δικαιώματα «δεύτερης» γενιάς ή «κοινωνικο-οικονομικά» δικαιώματα, που ενσωματώνονται στη λέξη «Ισότητα» (Egalite). Τέλος, τα δικαιώματα «τρίτης» γενιάς ή «συλλογικά» δικαιώματα, που ενσωματώνονται στη λέξη «Αλληλεγγύη» (Solidarity-Fraternite).

ενέργειες που θα μπορούσαν να τα προσβάλλουν ή να τα περιορίσουν. Η «δεύτερη» γενιά περιλαμβάνει τα οικονομικά, κοινωνικά και πολιτισμικά δικαιώματα όπως το δικαίωμα στην προστασία της υγείας και για την ορθή άσκησή τους θεωρούσαν ότι απαιτούνται θετικές ενέργειες από πλευράς του Κράτους²⁴. Τέλος, τα τρίτης γενιάς δικαιώματα συγκροτούν τα νεότερα δικαιώματα αλληλεγγύης²⁵. Το δικαίωμα σε ένα καθαρό και υγιές περιβάλλον ανήκει στην «Τρίτη» γενιά δικαιωμάτων, τα οποία ακόμα μέχρι και σήμερα αντιμετωπίζουν ζητήματα ουσιαστικής αναγνώρισης ή τυπικής νομικής κατοχύρωσής τους, με εξαίρεση το ανερχόμενο δικαίωμα στο περιβάλλον²⁶.

Επίσης, το δικαίωμα σε ένα καθαρό περιβάλλον σχετίζεται άμεσα και αλληλοσυμπληρώνεται με άλλα προϋπάρχοντα και θεμελιώδη δικαιώματα. Το δικαίωμα στη ζωή είναι ίσως το πιο βασικό ανθρώπινο δικαίωμα που έχει ισχυρό σύνδεσμο με το περιβάλλον. Από τα πιο χαρακτηριστικά παραδείγματα, που καταδεικνύουν με τον πλέον αρνητικό τρόπο την ανωτέρω σύνδεση και ανοίγουν συγχρόνως τον διάλογο και για το δικαίωμα των μελλοντικών γενεών, είναι το πυρηνικό ατύχημα στο Chernobil.

Επιπλέον, το δικαίωμα στην υγεία συνδέεται στενά με το δικαίωμα στη ζωή και αναφύεται όταν επισυμβαίνει σοβαρή περιβαλλοντική υποβάθμιση στον αέρα, στη γη και στο νερό. Υπάρχουν δυστυχώς πληθώρα παραδειγμάτων, ένα εκ των οποίων ήταν η μόλυνση από διαρροή μολύβδου στο Μεξικό, από την οποία κινδύνευσε η ζωή του ντόπιου πληθυσμού αλλά και αγέννητων παιδιών. Το δικαίωμα στο νερό συνδέεται με το δικαίωμα στη ζωή και την υγεία. Εάν δεν υπάρχει πρόσβαση σε καθαρό πόσιμο νερό, οι άνθρωποι υποφέρουν από σοβαρές ασθένειες αλλά και αποστερούνται των δυνατοτήτων για την βασική τους ανάπτυξη και εξασφάλιση ενός *minimum* επιπέδου

²⁴ Σήμερα, αυτή η διχοτομική θεώρηση μεταξύ θετικών / αρνητικών υποχρεώσεων, έχει υποχωρήσει. Τα δικαιώματα θεωρούνται ως αδιαίρετα και αλληλοεξαρτώμενα μεταξύ τους και ότι επιβάλλουν προς το Κράτος μία σειρά από υποχρεώσεις : σεβασμός, προστασία, προαγωγή, υλοποίηση.

²⁵ «Σύμφωνα με τον εμπνευστή τους Κ. Vasak (1979), τα δικαιώματα αλληλεγγύης *έκφραζουν μια ορισμένη αντίληψη της συλλογικής ζωής και δεν μπορούν να πραγματοποιηθούν παρά με τη συνένωση των προσπαθειών όλων των κοινωνικών εταίρων ατόμων, Κρατών, άλλων δημόσιων ή ιδιωτικών φορέων και οργάνων*». Τα δικαιώματα αλληλεγγύης, έχουν μια ατομική και μια συλλογική διάσταση. Στην κατηγορία τους εντάσσονται το δικαίωμα στην ανάπτυξη, το δικαίωμα στην ειρήνη, το δικαίωμα στην απόλαυση της κοινής κληρονομιάς της ανθρωπότητας, το δικαίωμα σε ένα υγιές και ικανοποιητικό περιβάλλον κλπ.» ο.π. Στέλιος Περράκης «Διαστάσεις της Διεθνούς Προστασίας των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου», σελ. 37 επ.

²⁶ Π.χ. στην Γαλλία έχει θεσπισθεί ο (Συνταγματικός) Χάρτης Περιβάλλοντος (2004), το οποίο αποτελεί δεσμευτικό κείμενο συνταγματικής τάξης.

ποιότητας ζωής. Για το λόγο αυτό θεωρείται ως απαραίτητο στοιχείο για την βιώσιμη ανάπτυξη, την οικονομική πρόοδο, την πολιτική και κοινωνική σταθερότητα, την υγεία και την εξάλειψη της φτώχειας και ανάγεται σε παγκόσμιο βασικό ζήτημα του 21^{ου} αιώνα²⁷.

Το δικαίωμα στην ανάπτυξη συνδέεται άμεσα με το δικαίωμα σε ένα υγιές περιβάλλον. Πολλές φορές η μονομερής οικονομική ανάπτυξη π.χ. άντληση πετρελαίου, επιφέρει μία μικρή και σύντομη αύξηση του τυπικού κατά κεφαλήν εισοδήματος, αλλά δεν αποτελεί εγγύηση για την γενικότερη οικονομική ανάκαμψη της χώρας. Τέλος, το δικαίωμα στην πληροφορία και στη συμμετοχή, που μπορεί να καλύπτει περιπτώσεις όπου αιτούνται πληροφορίες για το εάν τα διαθέσιμα τρόφιμα προκύπτουν από ΓΤΟ, για την ισχύ της ηλεκτρομαγνητικής ακτινοβολίας μέχρι το δικαίωμα συμμετοχής σε συμβούλια και συνδιασκέψεις που αφορούν την διάθεση κοινόχρηστων χώρων προς εκμετάλλευση, την ανέγερση μεγάλου εμπορικού κέντρου σε περιοχή που είχε άλλες χρήσεις γης κλπ.

Διεθνείς εξελίξεις που συνδέουν τα ανθρώπινα δικαιώματα με το περιβάλλον.

Τα τελευταία 30 χρόνια υπάρχει ένα ανερχόμενο ρεύμα που δημιουργεί ζυμώσεις και γόνιμο διάλογο μεταξύ κυρίως επιφανών νομικών, πανεπιστημιακών, επαγγελματιών αλλά και εκπροσώπων σημαντικών διεθνών οργανισμών και ΜΚΟ που ασχολούνται σε διεθνές επίπεδο με τα ανθρώπινα δικαιώματα και το δίκαιο περιβάλλοντος. Οι ζυμώσεις αυτές έχουν ως αποτέλεσμα την δόμηση μίας ισχυρής και πειστικής επιχειρηματολογίας σχετικά με την επέκταση του δικαιώματος στο περιβάλλον, ως μέσο βελτίωσης και αποτελεσματικότερης προστασίας του περιβάλλοντος²⁸. Ήδη, σε αρκετές πλέον εθνικές συνταγματικές διατάξεις συναντάμε την συγκρότηση και αναγνώριση ενός δικαιώματος σε ένα ισορροπημένο, ασφαλές, καλά διατηρημένο περιβάλλον και την άμεση ή έμμεση αναφορά στις μελλοντικές γενιές και στην

²⁷ Επιπλέον πληροφόρηση για το πιο πρόσφατο (7^ο) Παγκόσμιο Forum για το νερό, που έλαβε χώρα στις 12 – 17 Απριλίου 2015 (Daegu – Korea), βλ. στην ιστοσελίδα <http://eng.worldwaterforum7.org/introduce/intro.asp>.

²⁸ Βλ. Ενδεικτική βιβλιογραφία Rodriguez-Rivera, L., “Is the Human Right to Environment Recognized Under International Law? It Depends on the Source”, 12 *Colo. J. Int’l Env’tl L. & Pol’y* 1, 17 (2001), Boyle, Alan, & Anderson, Michael, *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, OUP, 1998, Picolotti, R., & Taillant, J. (eds), *Linking Human Rights and the Environment*, The University of Arizona Press, 2003,

διατήρηση της βιωσιμότητας²⁹. Ωστόσο, από την άλλη πλευρά υπάρχει ισχυρός αντίλογος ή έμμεση αντίσταση στην προώθηση ενός δικαιώματος σε ένα βιώσιμο και υγιές περιβάλλον, με κύρια επιχειρήματα ότι δεν υπάρχει λόγος ύπαρξης ή αναγνώρισής του, εφόσον υπάρχει τρόπος το περιβάλλον να προστατευτεί με την ενεργοποίηση άλλων ήδη υφιστάμενων δικαιωμάτων και εργαλείων. Σε πρώτο επίπεδο, μπορεί κάποιος να συμφωνήσει με τον σκεπτικισμό και την ατομία ανάληψης πρωτοβουλίας. Ωστόσο, οι νέες περιβαλλοντικές απειλές, όπως η πυρηνική απειλή, τα επικίνδυνα απόβλητα, η συνεχόμενη απώλεια της βιολογικής ποικιλίας, η καταστροφή της στοιβάδας του όζοντος, η έκταση που μπορεί αυτές να λάβουν – τόσο ποσοτικά όσο και χωρικά – αλλά και η φροντίδα και η έγνοια για το μέλλον του πλανήτη, τη διασφάλιση της διαγενεακής ισότητας³⁰ και κατ'έκταση των συμφερόντων των μελλοντικών γενιών, θέτουν επίμονα την ανάγκη το συγκεκριμένο ζήτημα να τεθεί επίσημα στην ατζέντα της διεθνούς κοινότητας και να την απασχολήσει σοβαρά.

Μέχρι και σήμερα έχουν δημιουργηθεί περίπου 400 Πολυμερείς Περιβαλλοντικές Συμβάσεις, πάνω από 1000 διμερείς συμβάσεις και εκατοντάδες διακυβερνητικές πρωτοβουλίες, οι οποίες με τη σειρά έχουν προκαλέσει την διατύπωση Διακηρύξεων, Συστάσεων, Αποφάσεων και Προγραμμάτων Δράσης. Επίσης, ηγετικό ρόλο διαδραματίζουν κυρίως οι οργανισμοί και οι Επιτροπές που ανήκουν στα ΗΕ αλλά και ΜΚΟ, όπως και άλλοι μη κυβερνητικοί φορείς και οργανισμοί, που έχουν απήχηση, κυρίως μέσα από την δύναμη των ηλεκτρονικών μέσων επικοινωνίας.

Από τις ανωτέρω δράσεις, μπορεί κάποιος να ισχυρισθεί χωρίς σφάλμα, ότι ήδη υπάρχει διεθνώς μία ευρέως διαδεδομένη αποδοχή – κυρίως μεταξύ των λιγότερο αναπτυγμένων χωρών – ενός δικαιώματος σε ένα καθαρό περιβάλλον. Επίσης, μπορούμε να ισχυρισθούμε με ασφάλεια ότι υπάρχει μία διεθνή αφύπνιση σχετικά με την αναγκαία σύνδεση μεταξύ των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και του περιβάλλοντος, ιδωμένα ως αξίες που ενδυναμώνονται αμοιβαία και αναδεικνύονται ως πρωταρχικά

²⁹ Η συνταγματική αυτή αναγνώριση μπορεί να αποτελέσει πιθανή ισχυρή αγωγή βάση για όποιον/όποιους θέλουν να προσφύγουν δικαστικά, ισχυριζόμενοι ότι υπάρχει παραβίαση ενός συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος.

³⁰ Βλ. το κλασικό κείμενο του Edith Weiss Brown, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, (Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1988).

ζητήματα στην διεθνή κοινότητα. Τέλος, αναγνωρίζεται σχεδόν από όλους τους άμεσα και έμμεσα ενδιαφερόμενους, ότι η συνεργασία για τα σημαντικά και σοβαρά περιβαλλοντικά θέματα είναι απαραίτητη³¹, τόσο για την προστασία του ίδιου του περιβάλλοντος όσο και για την προστασία των θεμελιωδών ανθρωπίνων δικαιωμάτων και κυρίως των περισσότερο ευάλωτων ομάδων (γυναίκες, ιθαγενείς, μελλοντικές γενιές). Βάσει των ανωτέρω εξελίξεων και διεργασιών³², μπορούμε να ισχυρισθούμε ότι ο σύνδεσμος ανθρωπίνων δικαιωμάτων και περιβαλλοντικής προστασίας είναι και ορατός αλλά και νομικά επιβεβλημένος³³. Ήδη υπάρχουν οι σχετικές διεργασίες και πρωτοβουλίες, αλλά και οι αρμόδιοι Οργανισμοί. Όλα τα ανωτέρω πρέπει να ειπωθούν και μέσα από το πρίσμα της βιώσιμης ανάπτυξης και των σχετικών στόχων που έχουν τεθεί για την επόμενη Χιλιετία (Millennium Goals). Δυστυχώς, μέχρι και σήμερα φαίνεται ότι ισχυρή δύναμη αντίστασης στην ανωτέρω δυναμική, αποτελεί η πολιτική διεθνής ελίτ, η οποία δεν επιτρέπει ακόμα την επίσημη αναγνώριση ενός τέτοιου δικαιώματος.

Οι νεότερες τάσεις που αναπτύσσονται στη σχέση μεταξύ ανθρωπίνων δικαιωμάτων και περιβάλλοντος

Η πρώτη σχετικά σύγχρονη τάση αφορά την αλληλοσύνδεση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων με το περιβάλλον, όπως όμως αυτή διαμορφώνεται μέσα από την έννοια της βιώσιμης ανάπτυξης³⁴ και της περιβαλλοντικής ή διαγενεακής ισότητας. Ένα από

³¹ Βλ. Chapter 4 “Community or Solidarity Rights-Group Rights” in *Human Rights in the World Community : Issues and Action*, Richard P. Claude & Burns H. Weston (eds), The Human Right to a Sustainably Healthful Environment, P.238, ο.π. Rodriguez-Rivera, L., “Is the Human Right to Environment Recognized Under International Law?”

³² Λαμβάνοντας κυρίως υπόψη τα υπάρχοντα και διαθέσιμα νομικά εργαλεία, τις δικαστικές αποφάσεις που τείνουν να δημιουργήσουν κάποιας μορφής νομολογιακού προηγούμενου αλλά και τις Συντάξεις ή εξαγγελίες των Διεθνών Οργανισμών.

³³ Βλ. ενδεικτικά την ιστορική απόφαση του Διεθνούς Δικαστηρίου (υπόθεση Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary v. Slovakia). Στο σκεπτικό της ως άνω απόφασης αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι «...η προστασία του περιβάλλοντος είναι...ζωτικό κομμάτι της σύγχρονης θεωρίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Για το λόγο αυτό αποτελεί *sine qua non* για πολλά ανθρώπινα δικαιώματα, όπως το δικαίωμα στην υγεία και το ίδιο το δικαίωμα στη ζωή ». Ο γνωστός Δικαστής του Διεθνούς Δικαστηρίου, Judge Weeramantry ανέφερε επίσης ότι «.....η ζημία στο περιβάλλον μπορεί να επηρεάσει και να υπονομεύσει όλα τα ανθρώπινα δικαιώματα που αναφέρονται και αναγνωρίζονται στην Οικουμενική Διακήρυξη αλλά και σε άλλα συμβατικά κείμενα προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων». Χωριστή γνώμη του Δικαστή (1997 I.C.J. 7, 88 (Sept. 25), 91-92.

³⁴ Βλ. Ενδεικτικά, Commission on Human Rights, Res. 2003/71 on Human Rights and the environment as part of sustainable development, Commission on Human Rights (2003), Commission on Human Rights, Res. 1995/14 on Human Rights and the Environment (1995), Giorgetta, “The Right

τα κύρια θέματα της τρέχουσας επιστημονικής και φιλοσοφικής συζήτησης είναι εάν υφίστανται δικαιώματα των μελλοντικών γενεών και αντίστοιχα υποχρεώσεις των τωρινών γενεών.

Ειδικότερα, η αρχή της δικαιοσύνης-ισότητας (equity) είναι κεντρική αρχή για την επίτευξη της βιώσιμης ανάπτυξης. Η πρώτη διάσταση της αναφέρεται στην δια-γενεακή ισότητα (inter-generational equity³⁵) και αφορά στα δικαιώματα των μελλοντικών γενιών να απολαμβάνουν ένα όμοιο επίπεδο από την κοινή ανθρώπινη και φυσική κληρονομιά. Η δεύτερη διάσταση αναφέρεται στην ενδο-γενεακή ισότητα (Intra-generational equity) και αφορά τα δικαιώματα των ανθρώπων της τωρινής γενιάς να έχουν ισότιμη πρόσβαση στην ανθρώπινη και φυσική κληρονομιά .

Η δεύτερη προσέγγιση (rights-based approach) υπογραμμίζει – όπως ήδη ειπώθηκε - ότι συγκεκριμένα ανθρώπινα δικαιώματα αποτελούν βασικά εργαλεία με τα οποία μπορεί να επιτευχθεί η περιβαλλοντική προστασία και κυρίως η προστασία της ανθρώπινης υγείας. Κυρίως, μέσω των διαδικαστικών περιβαλλοντικών δικαιωμάτων (δικαίωμα πρόσβασης στην πληροφόρηση, συμμετοχή στην δημόσια διαβούλευση και πρόσβαση στη δικαιοσύνη) θεωρείται ότι είναι πιο εύκολο να εξασφαλισθούν και διευκολυνθούν η υιοθέτηση ορθών και δίκαιων αποφάσεων, που σέβονται τα περιβαλλοντικά θέματα και προστατεύουν τα ουσιαστικά περιβαλλοντικά δικαιώματα.

Μία τρίτη και πιο πρόσφατη προσέγγιση θεωρεί ότι ο σύνδεσμος μεταξύ ανθρωπίνων δικαιωμάτων και προστασίας του περιβάλλοντος είναι αδιαίρετος και αυτονόητος και ως εκ τούτου προτείνεται η αναγνώριση ενός αυτοτελούς

to a Healthy Environment, Human Rights and Sustainable Development”, International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, vol. 2, 2002, pp 173-194.

³⁵ Η αρχή της ισότητας/δικαιοσύνης, όπως αυτή έχει επικρατήσει να ονομάζεται ως δια-γενεακή ισότητα ((inter-generational equity), ορίζεται ως «...η αρχή που ρυθμίζει την ανθρώπινη κοινωνία και η οποία με τον τρόπο αυτό κάνει εφικτό για κάθε γενιά- η κάθε μία με τις δικές της δυνάμεις και την δική της ευθύνη- να εξασφαλίζει ανάλογη «μερίδα» από το κοινό αγαθό που υπάρχει διαθέσιμο για το ανθρώπινο είδος».

Βλ. Emmanuel Agius, “Obligations of Justice Towards Future Generations: A Revolution on Social and Legal Thought” in E. Agius (ed.), Future Generations and International Law, London, Earthscan Publications, 1998, p.10.

δικαιώματος σε ένα ασφαλές και υγιεινό περιβάλλον - ως ξεχωριστό ουσιαστικό ανθρώπινο δικαίωμα³⁶.

Τέλος, μία νεότερη τάση αφορά την αλληλένδετη σχέση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων με το περιβάλλον, με μετατόπιση ακόμα περισσότερο του «βάρους» των υποχρεώσεων και αλλαγή του τελικού αποδέκτη απόλαυσης των δικαιωμάτων. Πιο συγκεκριμένα, η τάση αυτή, αντανακλά την βαθιά οικολογική ή οικοκεντρική θεωρία που πρεσβεύει ότι όλη η ανθρωπότητα έχει βασικές υποχρεώσεις προς το περιβάλλον και την «Μητέρα Φύση» (Pachamama/Mother Earth³⁷).

Τελικές παρατηρήσεις

Από τα ανωτέρω φαίνεται ότι είναι αδιαμφισβήτητο ότι οι περιβαλλοντικές ζημιές επιφέρουν πολλαπλές αρνητικές συνέπειες στα ατομικά και συλλογικά δικαιώματα, όπως στο δικαίωμα στη ζωή, στην υγεία, στην εργασία, στην κουλτούρα, στην ανάπτυξη. Επίσης, στο παρόν ιστορικό και χρονικό στάδιο ανάπτυξης των ανθρώπινων κοινωνιών, θεωρούμε ότι είναι επιβεβλημένη μία προσέγγιση της περιβαλλοντικής προστασίας μέσα από το πρίσμα των ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Πιστεύουμε ότι το πλαίσιο των ανθρωπίνων δικαιωμάτων κρίνεται απαραίτητο για τη ορθή ενάσκηση της περιβαλλοντικής διακυβέρνησης. Ειδικότερα, το δικαίωμα στην πληροφόρηση, το δικαίωμα στην συμμετοχή στη λήψη αποφάσεων όπως και το δικαίωμα πρόσβασης σε δικαστική προστασία και η πραγματική εφαρμογή/υλοποίησή τους, ενδυναμώνει ουσιαστικά την περιβαλλοντική προστασία.

Επιπλέον, δεν μπορεί να παραγνωρίζεται το πραγματικό γεγονός ότι αρκετά εθνικά συντάγματα έχουν ήδη ενσωματώσει ως κατοχυρωμένο αυτόνομο συνταγματικό δικαίωμα, το δικαίωμα σε ένα ασφαλές, υγιεινό και βιώσιμο περιβάλλον. Αυτό θα μπορούσε να ερμηνευθεί ότι η ηθική επιταγή για ένα καθαρό και υγιές περιβάλλον

³⁶ Βλ. ενδεικτικά Human Rights, Health and Environmental Protection: Linkages in Law and Practice, A Background Paper for the WHO, Health and Human Rights Working Paper Series No 1 prepared by Dinah Shelton, Profesor of Law, Notre Dame University, 2002.

³⁷ Μέχρι προσφάτως δεν υπήρχε εθνικό Σύνταγμα που να αναγνωρίζει την υπέρτατη αξία του φυσικού κόσμου, τόσο ως αυταξία όσο και ως απαραίτητη προϋπόθεση για την επιβίωση του ανθρώπινου είδους. Δεν είναι τυχαίο, ότι μόλις το έτος 2008 στο Εκουαδόρ (Ecuador) υιοθετήθηκε το νέο εθνικό Σύνταγμα, στο οποίο αναγνωρίζονται δικαιώματα στη φύση, ως ξεχωριστή οντότητα.

μετατράπηκε σε δεσμευτικό κανόνα δικαίου, και μάλιστα υπέρτατης ισχύς. Επιχείρημα αρκετά ισχυρό για να επηρεάσει και τις διεθνείς εξελίξεις.

Τέλος, δεν πρέπει να παραγνωριστεί το γεγονός ότι υπάρχει μία όλο και περισσότερο συχνή και επίμονη εμφάνιση διαλόγου σε διεθνές, περιφερειακό και εθνικό επίπεδο που αφορά την αναζήτηση ενός αμερόληπτου θεσμού που θα εποπτεύει αλλά και θα προτείνει ορθολογικές προτάσεις προς την ανωτέρω κατεύθυνση, τόσο σε εθνικό όσο και σε περιφερειακό και διεθνές επίπεδο. Ο θεσμός αυτός επίσης, κρίνεται ως κατάλληλος για την προώθηση θεμάτων και την προάσπιση των υπό συζήτηση δικαιωμάτων και των αγέννητων/μελλοντικών γενιών.

Καταληκτικά, μπορούμε να ισχυρισθούμε με ασφάλεια ότι υπάρχει μία ισχυρή διεθνή αφύπνιση σχετικά με την αναγκαία σύνδεση μεταξύ των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και του περιβάλλοντος, ιδωμένα ως αξίες που ενδυναμώνονται αμοιβαία και αναδεικνύονται ως πρωταρχικά ζητήματα στην διεθνή κοινότητα.

Η έννοια και η απόδειξη της φορολογικής κατοικίας κατά την περίοδο της κρίσης στην Ελλάδα

Γεωργαράκη Δήμητρα, Δικηγόρος, MSc in International Economics, Senior Manager (TaxExperts S.A.)

Εισαγωγή

Είναι αλήθεια ότι από το 2009 μέχρι σήμερα αναβιώνουμε στιγμές από την κοινωνική κατάσταση του 1960, την περίοδο της μεγάλης οικονομικής μετανάστευσης. Οι δύσκολες οικονομικές συνθήκες είναι και πάλι κατά βάση ο κύριος λόγος της μετανάστευσης στις μέρες μας, εξαιτίας των δύσκολων εργασιακών συνθηκών στην χώρα μας και του γενικότερου κλίματος αβεβαιότητας που πλανάται στον Ευρωπαϊκό χώρο.

Όμως, το φαινόμενο της μετανάστευσης συμπαρασύρει και επιφέρει μεταβολές στην ατομική ζωή, όπως και στην κοινωνική του ατόμου, διότι ουσιαστικά δεν μεταβάλλεται μόνο ο τόπος διαμονής, και αυτό είναι το ζήτημα που εξετάζουμε σήμερα.

Η αλλαγή του τόπου διαμονής-πόσω μάλλον χώρας, είναι από μόνο του ένα τεράστιο γεγονός. Ωστόσο, πρέπει όλοι να αντιληφθούμε ότι η αλλαγή αυτή του τόπου κατοικίας δεν σημαίνει μόνο καινούριες συνθήκες, νέα ήθη και έθιμα, και αλλαγή πλευσης ζωής-γενικότερα, αλλά και αλλαγή της «φορολογικής ταυτότητας» ενός ατόμου, και ειδικότερα του φυσικού προσώπου εκείνου το οποίο δεν επιθυμεί μια σύντομη διαμονή στην αλλοδαπή, αλλά μια μακρά και ίσως εφ' όρου ζωής διαμονή μακριά από την ελληνική επικράτεια, καθώς όπως είναι άλλωστε γνωστό πολλοί φεύγουν πικραμένοι και απογοητευμένοι και δεν επιθυμούν την επιστροφή τους στον τόπο που γεννήθηκαν και μεγάλωσαν...

Συνεπώς, πρώτο μέλημα στην παρούσα φάση είναι να διευκρινιστεί η διαφορά μεταξύ των όρων «κατοικίας» και «φορολογικής κατοικίας».

Έπειτα να αναλυθούν οι συνέπειες της αλλαγής της φορολογικής κατοικίας για το φυσικό πρόσωπο, όπως και οι φορολογικές του υποχρεώσεις σε Ελλάδα και

Εξωτερικό, εφόσον οριστεί για το ελληνικό φορολογικό σύστημα ως «κάτοικος εξωτερικού».

Στη συνέχεια εξετάζονται οι διαδικαστικές δυσκολίες στην μεταβολή των ατομικών στοιχείων ενός φυσικού προσώπου ενώπιον των Δημοσίων Οικονομικών Αρχών της χώρας, αλλά και οι κίνδυνοι εάν κάποιος παραλείψει και δεν αναφερθεί στη μεταβολή της κατοικίας του.

Τέλος, γίνεται λόγος για τα πλεονεκτήματα, όπως και για τα «μείον» του ορισμού ενός ατόμου ως «κατοίκου εξωτερικού», και γίνεται ξεκάθαρο σε κάθε περίπτωση ότι το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του κάθε φορολογούμενου βαρύνει τον ίδιο και μόνο αυτόν.

ΚΑΤΟΙΚΙΑ Vs ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗ ΚΑΤΟΙΚΙΑ

Η ελληνική φορολογική νομοθεσία δεν περιλαμβάνει αφ' εαυτής ορισμό της κατοικίας, αλλά ο ορισμός αυτός ανάγεται αποκλειστικά στον Αστικό Κώδικα (ά. 51 -56 ΑΚ), όπου ορίζεται μεταξύ άλλων, ότι:

«Το πρόσωπο έχει κατοικία τον τόπο της κυρίας και μόνιμης εγκατάστασης του. Κανένας δεν μπορεί να έχει συγχρόνως περισσότερες από μια κατοικίες» Για την απόκτηση της κατοικίας απαιτούνται τόσο το υλικό στοιχείο της πραγματικής εγκατάστασης σε ορισμένο τόπο, όσο και το βουλευτικό στοιχείο της μόνιμης εγκατάστασης, δηλαδή η βούληση του προσώπου να καταστήσει τον τόπο αυτόν κέντρο των βιοτικών του σχέσεων. Η βούληση του ατόμου πρέπει να προκύπτει αντικειμενικά από πραγματικά γεγονότα. Η προσωρινή εγκατάσταση του ατόμου στην αλλοδαπή δεν σημαίνει ότι είναι μόνιμος κάτοικος αλλοδαπής.»

Από την άλλη πλευρά, η έννοια της φορολογικής κατοικίας ιδωμένη μέσα από το πρίσμα του νέου Ν. 4172/2013 και ειδικότερα μέσα από το ά.4¹, γίνεται σαφές ότι: «1. Ένα φυσικό πρόσωπο είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδας, εφόσον: α) έχει στην Ελλάδα τη μόνιμη ή κύρια κατοικία του ή τη συνήθη διαμονή του ή το κέντρο των ζωτικών του συμφερόντων ήτοι τους προσωπικούς ή οικονομικούς ή κοινωνικούς δεσμούς του η

β) είναι προξενικός, διπλωματικός ή δημόσιος λειτουργός παρόμοιου καθεστώτος ή δημόσιος υπάλληλος που έχει την ελληνική ιθαγένεια και υπηρετεί στην αλλοδαπή.»

Επίσης αναφέρεται ότι: «Ένα φυσικό πρόσωπο που βρίσκεται στην Ελλάδα συνεχώς για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει τις εκατόν ογδόντα τρεις (183) ημέρες, συμπεριλαμβανομένων και σύντομων διαστημάτων παραμονής στο εξωτερικό, είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδος από την πρώτη ημέρα παρουσίας του στην Ελλάδα. Το προηγούμενο εδάφιο δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση φυσικών προσώπων που βρίσκονται στην Ελλάδα αποκλειστικά για τουριστικούς, ιατρικούς, θεραπευτικούς ή παρόμοιους ιδιωτικούς σκοπούς και η παραμονή τους δεν υπερβαίνει τις τριακόσιες εξήντα πέντε (365) ημέρες, συμπεριλαμβανομένων και σύντομων διαστημάτων παραμονής στο εξωτερικό.»

Με βάση τα παραπάνω καθίσταται κατανοητό ότι η έννοια της κατοικίας έχει να κάνει καθαρά με τον τόπο της διαμονής και μόνο. Η φορολογική κατοικία όμως, έχει να κάνει με το που πρέπει τα φυσικά πρόσωπα να φορολογούνται για το εισόδημά τους, γεγονός το οποίο ναι μεν, θέτει ως βασικό κανόνα την παραμονή στην

¹ Έπειτα από σωρεία Αποφάσεων, Νόμων και Εγκυκλίων από το 2011 κ.ε.: Ν. 3943/2011, Ν.2238/1994, Ν. 4110/2013, ΠΟΛ. 1142/31-5-2012, ΠΟΛ.1245/2012, ΠΟΛ. 1136/10-6-2013

αλλοδαπή άνω των 183 ημερών (6 μήνες), αλλά θα πρέπει πέρα και ανεξάρτητα από αυτό, τα πρόσωπα να φορολογούνται στην αλλοδαπή προκειμένου να αλλάξουν την φορολογική τους κατοικία. Με άλλα λόγια, το γεγονός της αλλαγής της κατοικίας δεν συμπαρασύρει αυτόματα και την αλλαγή της φορολογικής κατοικίας ενός ατόμου. Από τη βασική αυτή κατανόηση ξεκινάει όλο το πλέγμα των εσωτερικών φορολογικών διατάξεων για τον ορισμό ενός φυσικού προσώπου ως «φορολογικού κατοίκου εξωτερικού»².

ΑΛΛΑΓΗ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΚΑΤΟΙΚΙΑΣ ΚΑΙ ΟΙ ΣΥΝΕΠΕΙΕΣ

Η αλλαγή της φορολογικής κατοικίας ενός ατόμου συνεπάγεται την αποδοχή για τον ίδιο ενός εκ των παρακάτω σεναρίων. Συγκεκριμένα:

Α' ΣΕΝΑΡΙΟ

Ο φορολογούμενος αναγνωρίζει τη μεταβολή του τόπου κατοικίας του, όπως και τη διαμονή του στην αλλοδαπή για μακρό χρονικό διάστημα, οπότε και προβαίνει σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες ενώπιον των ελληνικών αρχών, προκειμένου να οριστεί ως «φορολογικός κάτοικος εξωτερικού». Από την στιγμή που υπάρχει επιτυχής έκβαση της υπόθεσής του, αναγνωρίζεται από το ελληνικό σύστημα η φορολόγηση των εισοδημάτων του ατόμου αυτού που προκύπτουν στην αλλοδαπή, από την χώρα αυτή. Ότι ωστόσο προκύπτει στην Ελλάδα, εξακολουθεί να φορολογείται στην Ελλάδα (πχ. συντάξεις, εισοδήματα από ενοίκια κτλ)

Β ΣΕΝΑΡΙΟ

Ο φορολογούμενος δεν προσβλέπει/δεν επιθυμεί τη μακρά διαμονή του ή δεν γνωρίζει για το φορολογικό νομικό πλαίσιο που διέπει τη μεταβολή της κατοικίας του στο εξωτερικό και δεν προβαίνει στις αντίστοιχες παραπάνω ενέργειες προς ενημέρωση των ελληνικών αρχών. Συνεπώς, εξακολουθεί να θεωρείται από το ελληνικό σύστημα ως Έλληνας φορολογούμενος, και είναι υποχρεωμένος να δηλώνει στην Ελλάδα το παγκόσμιο εισόδημά του από τις πηγές προέλευσης του στην αλλοδαπή, προσκομίζοντας στην ετήσια ελληνική φορολογική δήλωση το αντίστοιχο εκκαθαριστικό της αλλοδαπής, προκειμένου να φορολογηθεί στην Ελλάδα επί της διαφοράς που προκύπτει μεταξύ των αλλοδαπών και των ελληνικών φορολογικών συντελεστών για το εισόδημα εξ αλλοδαπής.

Στο μεν Α' Σενάριο, σύμφωνα με το ά. 20 του Ν.4172/2013 ο φορολογικός κάτοικος εξωτερικού δεν δικαιούται τις μειώσεις φόρου, εκτός εάν:

- διατηρεί τη φορολογική του κατοικία σε άλλο κράτος - μέλος της Ε.Ε. και

α) τουλάχιστον το ενενήντα τοις εκατό (90%) του παγκόσμιου εισοδήματός του αποκτάται στην Ελλάδα ή

² Εδώ για λόγους συντομίας θα αναφερόμαστε στους «κατοίκους εξωτερικού» (φορολογικούς).

β) αποδεικνύει ότι το φορολογητέο εισόδημά του είναι τόσο χαμηλό ώστε θα δικαιούταν της μείωσης του φόρου δυνάμει της φορολογικής νομοθεσίας του κράτους της κατοικίας του.

Από την άλλη, και έπειτα από 3 χρόνια επίσημης μεταγραφής του ως «κατοίκου εξωτερικού», έχει το δικαίωμα της μεταφοράς εμβάσματος στην Ελλάδα προκειμένου να προβεί σε αγορά οικίας, αυτοκινήτου κτλ. χωρίς να υπάρχει έλεγχος «πόθεν έσχες» για το ποσό αυτό (ά.19 Ν.2238/1994).

Επίσης, δεν υφίσταται λόγος για συλλογή αποδείξεων και οποιαδήποτε πρώτη κατοικία στην Ελλάδα μετατρέπεται αυτόματα σε πρώτη δευτερεύουσα κατοικία, σύμφωνα και με τους όρους της κοινής λογικής.

Σε αντίθεση με τα παραπάνω, στο Β' Σενάριο, το φυσικό πρόσωπο θεωρείται ως φορολογικός κάτοικος δύο τουλάχιστον χωρών, διατηρώντας μια «επικίνδυνη κατάσταση» δεδομένου ότι οι χώρες στις οποίες διαμένει και φορολογείται, τον «διεκδικούν» η καθεμία ως δικό της φορολογούμενο. Στην περίπτωση αυτή, είτε ακολουθεί την τακτική της εις διπλούν υποβολής φορολογικής δήλωσης με ταυτόχρονη προσκόμιση της πρώτης χρονικά φορολογικής δήλωσης στην δεύτερη χώρα για την πίστωση του φόρου³, είτε - και εφόσον δεν υπάρχει φορολόγηση στην αλλοδαπή⁴- δηλώνει το παγκόσμιο εισόδημά του στην Ελλάδα- χώρα προέλευσης⁵ και αποδέχεται την φορολόγησή του.

Είναι σημαντικό ωστόσο να σημειωθεί ότι και στα δύο σενάρια υπάρχουν φορές που και τα δύο κράτη διεκδικούν την φορολόγηση του παγκοσμίου εισοδήματος ενός ατόμου. Έτσι σε αυτήν την περίπτωση είναι πολύ πιο εύκολο για όσους ανήκουν στην Α' περίπτωση να αποδείξουν την φορολογική τους κατάσταση.

ΔΙΑΔΙΚΑΣΤΙΚΕΣ ΔΥΣΚΟΛΙΕΣ ΣΤΗ ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΤΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ

ΚΑΤΟΙΚΙΑΣ

Σύμφωνα με τις πρόσφατες Εγκυκλίους του Υπουργείου Οικονομικών: 1058/2015, 1260/2014 και 1177/2014, οι ενέργειες στις οποίες κάθε φορολογούμενος που έχει μεταφέρει τη συνήθη ή/και μόνιμη κατοικία του και φορολογείται στην αλλοδαπή, πρέπει να προβεί είναι εν ολίγοις οι παρακάτω:

να καταθέσει στη ΔΟΥ στην οποία υπάγεται τα Ειδικά Έντυπα (Μ0, Μ1 και Μ7), το αργότερο έως την τελευταία εργάσιμη ημέρα του πρώτου δεκαημέρου του Μαρτίου

³ Μόνο με όσες χώρες έχει υπογράψει η Ελλάδα Σύμβαση Αποφυγής Διπλής Φορολογίας (Σ.Α.Δ.Φ.).

⁴ Εδώ γίνεται λόγος για τα κράτη με προνομιακό φορολογικό καθεστώς (ά.51 ΚΦΕ, 2238/1994 στα οποία ο φορολογούμενος α) δεν υπόκειται σε φορολογία ή, εάν υπόκειται, δεν φορολογείται εν τοις πράγμασι, ή β)έχει συντελεστή φορολογίας κάτω από 12%) και για τα μη συνεργάσιμα κράτη (εκείνα που δεν είναι κράτη - μέλη της Ε.Ε., και τα οποία: α) δεν έχουν συνάψει και δεν εφαρμόζουν με την Ελλάδα σύμβαση διοικητικής συνδρομής στο φορολογικό τομέα και β) δεν έχουν υπογράψει τέτοια σύμβαση διοικητικής συνδρομής με τουλάχιστον δώδεκα άλλα κράτη), όπως αναλύονται στην απόφαση της Διεύθυνσης Διεθνών Οικονομικών Σχέσεων του Υπ.Οικ.Γ 1039110 ΕΞ 4.3.2014.

⁵ Πάντα σε αυτές τις περιπτώσεις, τη διακριτική ευχέρεια του τι μέλλει γενέσθαι έχει η χώρα προέλευσης του φορολογούμενου

του φορολογικού έτους που ακολουθεί το φορολογικό έτος αναχώρησης, προκειμένου να λάβει Αριθμό Πρωτοκόλλου της Αιτήσεώς του,

Όπως και τα απαραίτητα δικαιολογητικά από το εξωτερικό (δηλαδή το Πιστοποιητικό Φορολογικής Κατοικίας, τη Βεβαίωση Διαμονής, την Φορολογική Δήλωση Αλλοδαπής κτλ), τα οποία θα πρέπει να προσκομιστούν το αργότερο έως την τελευταία εργάσιμη ημέρα του πρώτου δεκαημέρου του Σεπτεμβρίου του έτους αυτού.

Με αυτόν τον τρόπο, δίνεται η δυνατότητα του «κλειδώματος» της ημερομηνίας αιτήσεως αλλαγής φορολογικής κατοικίας του φορολογούμενου, έτσι ώστε όταν ο τελευταίος συγκεντρώσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά από το εξωτερικό, η μεταφορά της φορολογικής του κατοικίας στο ηλεκτρονικό σύστημα των φορολογικών αρχών να γίνει με βάση την παραπάνω ημερομηνία και όχι την τελευταία της προσκόμισης των δικαιολογητικών

Σε κάθε περίπτωση, η αρμόδια Δ.Ο.Υ. υποχρεούται να αποφανθεί για το εάν ο φορολογούμενος μπορεί να μεταφέρει τη φορολογική του κατοικία ή όχι μέσα σε δύο (2) μήνες από την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών.

Για την αρνητική απάντηση της Οικονομικής Αρχής λαμβάνονται συνήθως υπόψη τα παρακάτω πραγματικά περιστατικά:

Εάν ο φορολογούμενος παρέμεινε στην Ελλάδα πάνω από 183 ημερες μέσα στο ίδιο ημερολογιακό έτος, τότε δύσκολα μπορεί να μεταφέρει την φορολογική του κατοικία, δεδομένου ότι η πιο βασική προϋπόθεση αίρεται.

Εάν ο φορολογούμενος έχει οικογένεια (σύζυγο και παιδιά), η οποία παραμένει στην Ελλάδα, ενώ ο ίδιος διαβιώνει στην αλλοδαπή, τότε και πάλι είναι πολύ δύσκολη η μεταφορά της φορολογικής του κατοικίας, διότι τα «ζωτικά συμφέροντα» λαμβάνονται συνήθως πολύ σοβαρά υπόψη.

Εάν ο φορολογούμενος ή ο/η σύζυγος εργάζεται στην Ελλάδα ως δημόσιος υπάλληλος, τότε και πάλι δεν μπορεί να αλλάξει την φορολογική του κατοικία, ακόμα και αν ο παραμένων σύζυγος λάβει άδεια άνευ αποδοχών, καθώς ακόμα και τότε δεν αίρεται το δημόσιο λειτούργημά του.

Σε αυτές τις περιπτώσεις η αίτηση του φορολογούμενου απορρίπτεται και όλος ο φάκελος τίθεται στο αρχείο της εφορίας. Σε αυτή την περίπτωση ο φορολογούμενος υποχρεούται να υποβάλει δήλωση φορολογίας εισοδήματος με το παγκόσμιο εισόδημα του έως το τέλος του επόμενου φορολογικού έτους από αυτό που αφορούσε η αίτηση του, χωρίς την επιβολή προστίμου εκπρόθεσμης δήλωσης .

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Αν και το κράτος πλέον έχει λάβει πολύ σοβαρά υπόψη του το θέμα των κατοίκων εξωτερικού και επιδιώκει να προσδιορίσει σαφώς τις κινήσεις που πρέπει να γίνουν,

εν τούτοις και πάλι δημιουργούνται πολλά κενά ερμηνείας, τα οποία δυσχεραίνουν ακόμη περισσότερο την κατανόηση του νομικού πλαισίου και δεν διευκολύνουν την κατανόησή του από τους ενδιαφερόμενους.

Τελικά και με βάση όλα τα παραπάνω γίνεται σαφές ότι σε κάθε περίπτωση ο φορολογούμενος είναι αυτός που φέρει το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του, και συνεπώς θα πρέπει να δείξει την απαιτούμενη συνέπεια προς τους φορολογικούς νόμους και διατάξεις, όπως και να ενημερώνεται συνεχώς καθώς οι τελευταίοι μεταβάλλονται πολύ γρήγορα και προκαλούν συνεχείς μεταβολές, προκειμένου να μην χάσει πολύτιμο χρόνο, ο οποίος θα επιφέρει με την σειρά του αναδρομική φορολόγηση εισοδήματος και πρόστιμα.

Η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ (ΧΘΔΕΕ)

**Βασίλης Γ. Τζέμος. Διδάκτωρ Δημοσίου και Ευρωπαϊκού Δικαίου
(Freiburg), Δικηγόρος, Ειδικός Επιστήμονας Συνηγόρου του Πολίτη,
Μέλος ΣΕΠ Ελληνικού Ανοικτού Πανεπιστημίου (ΕΑΠ), Πρόεδρος
της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)-Διευθυντής
Επιστημονικού Περιοδικού «ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ»
(www.publiclawjournal.com)**

1. Εισαγωγή

Το άρθρο 54 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ¹ (ΧΘΔΕΕ) προβλέπει:

«Καμία από τις διατάξεις του παρόντος Χάρτη δεν πρέπει να ερμηνεύεται ως συνεπαγόμενη δικαίωμα επίδοσης σε δραστηριότητα ή εκτέλεσης πράξης που αποσκοπεί στην κατάλυση των δικαιωμάτων ή ελευθεριών που αναγνωρίζονται στον παρόντα Χάρτη ή σε περιορισμούς των δικαιωμάτων και ελευθεριών ευρύτερους από τους προβλεπόμενους σε αυτόν.»

Επίσης οι επεξηγήσεις² επί του άρθρου διευκρινίζουν: Το άρθρο αυτό αντιστοιχεί στο άρθρο 17 της ΕΣΑΔ: «Ουδεμία διάταξις της παρούσης Συμβάσεως δύναται να ερμηνευθεί ως επαγομένη δι' εν Κράτος, μίαν ομάδα ή εν άτομον οιονδήποτε δικαίωμα όπως επιδοθεί εις δραστηριότητα ή εκτελέσει πράξεις σκοπούσας εις την καταστροφήν των δικαιωμάτων ή ελευθεριών, των αναγνωρισθέντων εν τη παρούσα Συμβάσει, ή εις περιορισμούς των δικαιωμάτων και ελευθεριών τούτων μεγαλυτέρων των προβλεπομένων εν τη ρηθείσα Συμβάσει.»

2. Η απαγόρευση της κατάχρησης δικαιώματος δικαιοσυγκριτικά

¹ Για την ανάλυση του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.), Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2015.

² 2007/C 303/02.

Με το άρθρο 54 του Χάρτη θεσπίζεται ως ακροτελεύτια ρύθμισή του η απαγόρευση της κατάχρησης δικαιώματος. Η απαγόρευση της κατάχρησης δικαιώματος έχει θεσπιστεί σε πολλά εθνικά Συντάγματα. Ρυθμίζεται ρητά και στο ελληνικό Σύνταγμα στο άρθρο 25 παρ. 3 που προβλέπει: «Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος δεν επιτρέπεται».

Η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος έχει κατοχυρωθεί στο άρθρο 17 της ΕΣΔΑ, στο οποίο ευθέως παραπέμπουν οι επεξηγήσεις. Το άρθρο 17 και η συναφής νομολογία του ΕΔΔΑ είναι ερμηνευτικός δείκτης για το άρθρο 54. Σε αυτό συμπλέουν η ρύθμιση του άρθρου 52 παρ. 3³ και οι επεξηγήσεις επί του άρθρου 54.

Το σύστημα περιορισμών στην προστασία και στην άσκηση των κατοχυρωνόμενων δικαιωμάτων είναι κατά βάση διαφορετικό στην ΕΣΔΑ, καθώς, σε αντίθεση με τον Χάρτη, πεδίο προστασίας, περιορισμοί και περιορισμοί των περιορισμών κατά κανόνα θεσπίζονται ειδικά σε κάθε επιμέρους άρθρο⁴. Όμως η ΕΣΔΑ, επιπρόσθετα περιέχει, με τα άρθρα 15, 17 και 18 και ένα σύστημα γενικών ρυθμίσεων με περιορισμούς στην άσκηση των δικαιωμάτων. Το άρθρο 15 της ΕΣΔΑ υπό τον τίτλο «Παρέκλιση σε περίπτωση έκτακτης ανάγκης» προβλέπει: «1. Εν περιπτώσει πολέμου ή ετέρου δημοσίου κινδύνου απειλούντος την ζωήν του έθνους έκαστον Υψηλόν Συμβαλλόμενον Μέρος δύναται να λάβη μέτρα κατά παράβασιν των υπό της παρούσης Συμβάσεως προβλεπομένων υποχρεώσεων, εν τω απαιτουμένω υπό της καταστάσεως απολύτως αναγκαίω ορίω και υπό τον όρον όπως τα μέτρα ταύτα μη αντιτίθενται εις τας άλλας υποχρεώσεις τας απορρεούσας εκ του διεθνούς δικαίου. 2. Η προηγουμένη διάταξις ουδεμίαν επιτρέπει παράβασιν του άρθρου 2, ειμή δια την περίπτωσιν θανάτου συνεπεία κανονικών πολεμικών πράξεων, ή των άρθρων 3, 4 (παρ. 1 και 7). 3. Τα ασκούντα το δικαίωμα τούτο της παραβάσεως Υψηλά Συμβαλλόμενα Μέρη τηρούν τον Γενικόν Γραμματέα του Συμβουλίου της Ευρώπης πλήρως ενήμερον των ληφθέντων μέτρων ως και των αιτίων τα οποία τα προεκάλεσαν. Οφείλουν ωσαύτως να πληροφορήσωσι τον Γενικόν Γραμματέα του Συμβουλίου της Ευρώπης περί της ημερομηνίας κατά την οποίαν τα μέτρα ταύτα έπαυσαν ισχύοντα και αι διατάξεις της Συμβάσεως ετέθησαν εκ νέου εν πλήρει ισχύϊ». Στο άρθρο 18 της ΕΣΔΑ υπό τον τίτλο «Όρια στη χρήση των περιορισμών σε δικαιώματα» ρυθμίζεται: «Οι επιτρεπόμενοι κατά τις διατάξεις της παρούσης Συμβάσεως περιορισμοί των ειρημένων δικαιωμάτων και ελευθεριών δεν επιτρέπεται να εφαρμοσθούν ειμή προς τον σκοπόν δια τον οποίον καθιερώθησαν.» Οι διατάξεις των άρθρων 15 και 18 της ΕΣΔΑ είναι συγγενείς μεθοδολογικά αλλά ρυθμιστικά διαφορετικές από την απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος που θεσπίζει το άρθρο 17. Σημειωτέον ότι στην ΕΣΔΑ, σε διαδικαστικό επίπεδο, πτυχές απαγόρευσης της καταχρηστικότητας θεσπίζει και το άρθρο 35 παρ.

³ Βλ. Β. Τζέμος, άρθρο 52 σε: Β. Τζέμος, Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2015.

⁴ Βλ. Β. Τζέμος, Εισαγωγή, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.) Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2015.

Για την ερμηνεία και την εφαρμογή του άρθρου 54 του ΧΘΔΕΕ κρίσιμη είναι κυρίως η ρύθμιση του άρθρου 17 της ΕΣΔΑ⁵.

Η απαγόρευση της κατάχρησης δικαιώματος ρυθμίζεται και στο άρθρο 5 του Διεθνούς Συμφώνου του Ο.Η.Ε. για τα ατομικά και τα πολιτικά δικαιώματα. Νομική σημασία για το ζήτημα της κατάχρησης δικαίωμα στο ΔΣΑΠΔ έχουν και τα άρθρα 20 και 19⁶. Συναφές είναι και το άρθρο 30 της Οικουμενικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου του 1948⁷

Σε επίπεδο Διεθνούς Δικαίου σχετικές ρυθμίσεις προβλέπονται ενδεικτικά στις διεθνείς συνθήκες για την καταπολέμηση των διακρίσεων, στην Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για την πρόληψη της Τρομοκρατίας, στην Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για την προστασία των εθνικών μειονοτήτων, στην Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης για το έγκλημα στον Κυβερνοχώρο⁸.

Το άρθρο 54 είναι ένας πρόσθετος ερμηνευτικός κανόνας για την εφαρμογή των δικαιωμάτων του Χάρτη στην πράξη. Η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος σημαίνει ότι η ελευθερία διαφέρει από την αυθαιρεσία και την καταπιεστική των δικαιωμάτων άλλων συμπεριφορά⁹. Ο Χάρτης, όπως και όλες οι υπερνομοθετικής ισχύος συνταγματικοί, διεθνείς και ευρωπαϊκοί¹⁰ κατάλογοι-πηγές θεμελιωδών δικαιωμάτων προστατεύουν εκφάνσεις ελευθερίας και ισότητας και όχι την αυθαιρεσία, τις οξείες επιθέσεις στα δικαιώματα, την καταπίεση, την επιβολή, την απολυταρχικότητα και την βία.

Η απαγόρευση της κατάχρησης δικαιώματος είναι ρύθμιση που έρχεται ως *ultimum refugium* να διαφυλάξει τα θεμελιώδη δικαιώματα στην πράξη από την βίαιη-επιθετική αυθαιρεσία. Λειτουργεί ως ύστατη ασπίδα στο δικαιοκρατικό-φιλελεύθερο μοτίβο «η ελευθερία του ενός σταματάει εκεί που αρχίζει η ελευθερία του άλλου». Συμβάλει στον σεβασμό των θεμελιωδών δικαιωμάτων των άλλων ανθρώπων.

⁵ L. Woods, σε: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1550επ.

⁶ L. Woods, σε: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1542-1543.

⁷ C. Bezemek, G. Thallinger, Art. 54, σε: M. Holoubek, G. Lienbacher, *GRC Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2014, σ. 791.

⁸ Αναλυτικά βλ. L. Woods, σε: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1543-1544.

⁹ C. Bezemek, G. Thallinger, Art. 54, σε: M. Holoubek, G. Lienbacher, *GRC Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2014, σ. 791.

¹⁰ Βλ. Β. Τζέμος, άρθρο 53 σε: Β. Τζέμος, *Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία*, 2015.

Συντελεί στην αυτοπροστασία της φιλελεύθερης δημοκρατίας ('not to tolerate the intolerant')¹¹ και του κράτους δικαίου.

3. Οριακή, εξαιρετική και συγκεκριμένη λειτουργία του άρθρου 54 του ΧΘΔΕΕ

Το άρθρο 54 δεν λειτουργεί αυτοτελώς, δεν έχει αυτόνομη νομική ισχύ¹². Λειτουργεί, όπως και το άρθρο 17 της ΕΣΔΑ, πάντα σε σχέση με συγκεκριμένα δικαιώματα όπως αυτά κατοχυρώνονται στο Χάρτη και όπως αυτά ασκούνται στην πράξη σε ένα δεδομένο, πολύ συγκεκριμένο, από context.

Του άρθρου 54 πρέπει να γίνεται επίκληση με φειδώ. Ακόμα πιο εφεκτικά, προσεχτικά και εξαιρετικά θα πρέπει να εφαρμόζεται δικαστικά. Το άρθρο 54 είναι ένας εξαιρετικού δικαίου ερμηνευτικός κανόνας και εντελώς εξαιρετικά θα πρέπει να εφαρμόζεται. Υπό κανονικές συνθήκες το νομικό σύστημα των περιορισμών στην άσκηση των δικαιωμάτων του Χάρτη το θέτει το άρθρο 52. Το άρθρο 54 εφαρμόζεται σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις, εκεί που το άρθρο 52 συγκεκριμένα δυστοκεί. Έχει επικουρική εφαρμογή στο άρθρο 52, ιδίως καθόσον το άρθρο 52 παρ. 1 κατοχυρώνει, μεταξύ άλλων, ρητά το «βασικό περιεχόμενο», τον πυρήνα κάθε θεμελιώδους δικαιώματος του Χάρτη¹³. Μεθοδολογικά, πρώτα εξετάζουμε μια περίπτωση με βάση το άρθρο 52 και στην συνέχεια και μόνο εφόσον συγκεκριμένα η εφαρμογή του άρθρου 52 αποδειχθεί ατελέσφορη, εξετάζεται επικουρικά και πολύ προσεχτικά η εφαρμογή του άρθρου 54. Επίσης, επικουρική εφαρμογή έχει το άρθρο 54 και ως προς το άρθρο 1 που κατοχυρώνει την ανθρώπινη αξιοπρέπεια ως απολύτως απαραβίαστη¹⁴.

Νομικά κρισιμότητα είναι ότι ακόμα και στις όλως εξαιρετικές και σπάνιες περιπτώσεις που τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 54, θα πρέπει να τεκμηριώνεται πάντα *in concreto* ενδελεχώς η «καταχρηστικότητα» της άσκησης του δικαιώματος.

4. Αποδέκτες του άρθρου 54 του ΧΘΔΕΕ

¹¹Carl Popper, *Open Society and its Enemies I*, 2009, σ. 293, 793, T. Kingreen, Art. 54, σε: C. Calliess, M. Ruffert, *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der EU mit Europäischer Grundrechtecharta*. Kommentar, 2011, σ. 2991. Βλ. και ΕΔΔΑ, Zdankova, 58278-00, σκ. 100).

¹² Έτσι και C. Bezemek, G. Thallinger, Art. 54, σε: M. Holoubek, G. Lienbacher, *GRC Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2014, σ. 794, H. Cannie, D. Voorhoof, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011, σ. 58.

¹³L. Woods, σε: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014, σ. 1550επ.

¹⁴ Βλ. Β. Τζέμος, άρθρο 1, σε: Β. Τζέμος, *Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία*, 2015, ο ίδιος, *Η ανθρώπινη αξιοπρέπεια στο Δίκαιο της ΕΕ*, *ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ* 2016, σ. 1επ.

Το άρθρο 54 δεν τυγχάνει εφαρμογής σε όλα τα δικαιώματα. Εκτός από την ανθρώπινη αξιοπρέπεια π.χ. είναι κατοχυρωμένη απεριόριστα από τον Χάρτη η ζωή, η σκέψη και η συνείδηση. Πριν την εφαρμογή του άρθρου 54, πρέπει να εξετάζεται πάντα πρώτα αν το προκείμενο θεμελιώδες δικαίωμα του Χάρτη είναι δεκτικό καταχρηστικής άσκησης¹⁵. Από τη νομολογία του ΕΔΔΑ¹⁶ αλλά και από την κοινωνική και πολιτική πραγματικότητα προκύπτει ότι ιδίως ευεπίφορα στην καταχρηστική άσκηση (πάντα κατ' εξαίρεση) είναι η ελευθερία της έκφρασης, η άσκηση της θρησκευτικής ελευθερίας, η ελευθερία του συναθροίζεσθαι και του συνεταιρίζεσθαι, η ελευθερία της λειτουργίας κόμματος/πολιτικού σχηματισμού. Εύστοχα¹⁷ επισημαίνεται ότι για καταχρηστική άσκηση δεν μπορεί καταρχήν να γίνει λόγος επί βασικών διαδικαστικών θεμελιωδών δικαιωμάτων (π.χ. δικαστική προστασία, τεκμήριο αθωότητας, δίκαιη δίκη).

Εριζόμενο ζήτημα αποτελεί το ποιοι είναι οι αποδέκτες της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος του άρθρου 54. Το άρθρο 17 της ΕΣΔΑ διαλαμβάνει ρητά ότι αποδέκτες είναι κράτη, άτομα και ομάδες ανθρώπων. Ορθότερη είναι η άποψη ότι αυτό θα πρέπει να γίνει δεκτό και για το άρθρο 54¹⁸. Δηλαδή ο ερμηνευτικός κανόνας του άρθρου 54 δεσμεύει καταρχήν ιδιώτες, ιδίως δε ομάδες ιδιωτών, αλλά δεσμεύει και τους δημοσίου φορείς, δηλαδή Κράτη Μέλη της ΕΕ και όργανα και οργανισμούς της ΕΕ¹⁹.

5. Ο έλεγχος της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος στη νομολογία του ΕΔΔΑ

Κρίσιμο είναι πως το ΕΔΔΑ έχει επανειλημμένως τονίσει ότι το αντίστοιχο του άρθρου 54 του Χάρτη άρθρο 17 της ΕΣΔΑ είναι εφαρμοστέο μόνο σε εντελώς εξαιρετικές περιστάσεις, σε ακραίες περιπτώσεις²⁰ και πάντα σε συνδυασμό με ένα συγκεκριμένο δικαίωμα της ΕΣΔΑ²¹. Ως ουσιαστικό κριτήριο νομολογείται ο σύνδεσμος μεταξύ της (ως καταχρηστικής ελεγχόμενης άσκησης του δικαιώματος)

¹⁵ ΕΔΔΑ, Lawless, No 332/57, σκ. 7, C. Bezemek, G. Thallinger, Art. 54, σε: M. Holoubek, G. Lienbacher, GRC Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2014, σ. 793.

¹⁶ Αναλυτικά L. Woods, σε: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, 2014, σ.1546επ

¹⁷ J. A. Frowein, Art. 17, σε: J.A. Frowein, W. Peukert, EMRK Kommentar, 2009, σ. 431, C. Bezemek, G. Thallinger, Art. 54, σε: M. Holoubek, G. Lienbacher, GRC Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2014, σ. 793.

¹⁸ Έτσι και H. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar, 2013, σ. 512, α.α. A. Hatje, Art. 54, σε: J. Schwarze, EU Kommentar, 2012, σ. 2755., T. Kingreen, Art. 54, σε: C. Calliess, M. Ruffert, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der EU mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 2011, σ. 2990.

¹⁹ Βλ. Β. Τζέμος, άρθρο 51, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Ο ΧΘΔΕΕ. Κατ' άρθρον ερμηνεία, 2015.

²⁰ ΕΔΔΑ, Norwood, No 23131-03, σκ. 40, WP, No 42264/98.

²¹ ΕΔΔΑ Ould Dah, No 13113-03, United Communist Party.

και της σημαντικής προσβολής θεμελιωδών δικαιωμάτων άλλων προσώπων ή του συστήματος της ΕΣΔΑ²².

Στη νομολογία του ΕΔΔΑ²³, διαπιστώνονται δύο μοτίβα ελέγχου της εφαρμογής της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος. Σύμφωνα με ένα πρώτο μοτίβο καταχρηστικές ασκήσεις δικαιώματος, ακριβώς λόγω της θεμελίωσης της καταχρηστικότητας, εκπίπτουν κατά το ΕΔΔΑ ήδη από το πεδίο προστασίας του οικείου δικαιώματος της ΕΣΔΑ²⁴. Δηλαδή π.χ. καταχρηστικές εκφράσεις δεν εμπίπτουν εξ αρχής στο πεδίο προστασίας του άρθρου 10 της ΕΣΔΑ (ελευθερία της έκφρασης). Σύμφωνα με μια δεύτερη μεθοδολογική προσέγγιση, η καταχρηστικότητα της άσκησης του δικαιώματος εξετάζεται συγκεκριμένα στο πλαίσιο των περιορισμών και των περιορισμών των περιορισμών του οικείου δικαιώματος²⁵. Δηλαδή η καταχρηστικότητα κατά την δεύτερη αυτή οδό κρίνεται με βάση την συστηματική ερμηνεία του άρθρου 17 με το σύστημα περιορισμών του οικείου δικαιώματος της ΕΣΔΑ (συμπεριλαμβανομένου του τεστ αναλογικότητας). Οι δύο αυτοί διαφορετικοί μεθοδολογικοί ατραποί είναι υποστηρίξιμοι και ως μοντέλα εφαρμογής του άρθρου 54 από το ΔΕΕ.

6. Νομολογία του ΔΕΕ

Ένα πρώτο δείγμα για την υιοθέτηση της πρώτης γραμμής επιχειρηματολογίας έχουμε σε προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα του ΔΕΕ (C-244/10 και C-245/10, Mesopotamia Broadcast). Ο Γενικός Εισαγγελέας Bot διέλαβε ως προς το άρθρο 54²⁶: «Επιπλέον, η απόδοση ευρύτερου σημασιολογικού περιεχομένου στην έννοια της προσβολής της αρχής της αμοιβαίας κατανόησης μεταξύ των λαών, με το οποίο περιλαμβάνει και μηνύματα που μπορούν να προκαλέσουν αισθήματα μισαλλοδοξίας, αντιτίθεται στο θεμελιώδες δικαίωμα της ελευθερίας εκφράσεως. Κατά συνέπεια, και όπως προκύπτει από το άρθρο 54 του Χάρτη, η ελευθερία εκφράσεως που εγγυάται το άρθρο 11 αυτού παύει να ισχύει όταν το μήνυμα αντιβαίνει στις άλλες αρχές και τα θεμελιώδη δικαιώματα που αναγνωρίζονται με τον εν λόγω Χάρτη, όπως είναι η προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και η αρχή απαγορεύσεως των διακρίσεων. Φρονώ ότι οι έννοιες της παροτρύνσεως σε μίσος και της προσβολής της αρχής της αμοιβαίας κατανόησης μεταξύ των λαών άπτονται συνεπώς της ίδιας συμπεριφοράς».

7. Σύνοψη

Το άρθρο 54 θεσπίζει ως ερμηνευτικός κανόνας στο πεδίο ισχύος του Χάρτη την απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος. Η απαγόρευση της

²² L. Woods, σε: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, 2014, σ. 1546επ. με παραπομπές στη νομολογία του ΕΔΔΑ.

²³ Αναλυτικά L. Woods, σε: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, 2014, 1550επ., C. Bezemek, G. Thallinger, Art. 54, σε: M. Holoubek, G. Lienbacher, GRC Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2014, σ. 794επ.

²⁴ ΕΔΔΑ, Lehideux και Isorni, No 24662/94, σκ. 47, ΕΔΔΑ, Paksas, No 34932-04, σκ. 88.

²⁵ ΕΔΔΑ, Honsik, No 25062/94, Witsch, No 41448-98, Schimanek, No 32307-96, Gollinish, No 48135-08.

²⁶ C-244/10 και C-245/10, Mesopotamia Broadcast, σκ. 68-69.

κατάχρησης δικαιώματος έχει νομικό έρεισμα στην ΕΣΔΑ (άρθρο 17), όπου παραπέμπουν ρητά οι επεξηγήσεις, στο ΔΣΑΠΔ και σε πληθώρα διεθνών συμβάσεων. Θεσπίζεται και σε πολλά εθνικά Συντάγματα, μεταξύ των οποίων και το ελληνικό. Θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως κοινή συνταγματική παράδοση (άρθρο 52 παρ. 4). Είναι μια εντελώς εξαιρετική ρύθμιση, που πρέπει να εφαρμόζεται και από το ΔΕΕ, όπως και έχει εφαρμοστεί και από το ΕΔΔΑ, με φειδώ, σπάνια, με πολύ προσοχή και ενδελεχή τεκμηρίωση. Πάντα εφαρμόζεται σε συνδυασμό με συγκεκριμένο δικαίωμα του Χάρτη. Λειτουργεί επικουρικά στο άρθρο 52 (αν και η σχέση άρθρου 52 και άρθρου 54 θίγει πολλά σημαντικά και ακανθώδη δικαιοθεωρητικά ζητήματα). Αποδέκτες του κανόνα του άρθρου 54 είναι ιδιώτες (άτομα και ομάδες) αλλά και κράτη μέλη της ΕΕ και όργανα της ΕΕ (αμφ.) Η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος διερευνάται πάντα συγκεκριμένα και όχι αφηρημένα. Το άρθρο 54 πρέπει να ερμηνεύεται στενά. Η κατάφαση της κατάχρησης δικαιώματος για την οποία η νομολογία του ΕΔΔΑ έχει αναπτύξει βοηθητικά κριτήρια, συνεπάγεται την συγκεκριμένη μη προστασία από τον Χάρτη και επουδενί την έκπτωση από το δικαίωμα ή την γενική αποδυνάμωση του δικαιώματος. Σε αυτόν που *in concreto* ασκεί καταχρηστικά ένα δικαίωμα του Χάρτη, δεν του αποστερούνται τα δικαιώματα, ή η απόλαυση του συγκεκριμένου δικαιώματος (π.χ. της ελευθερίας της έκφρασης). Δεν προστατεύεται όμως από τον Χάρτη, η συγκεκριμένη αποδειχθείσα ως καταχρηστική (δηλαδή από την φύση της βαριά καταπιεστική άλλων θεμελιωδών δικαιωμάτων) άσκηση του δικαιώματος.