

**ΕΝΩΣΗ ΕΛΛΗΝΩΝ
ΔΗΜΟΣΙΟΛΟΓΩΝ
(ΕΕΔ)**

www.dimosiodikaio.gr
www.publiclawjournal.com

ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)

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

**ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΣΕ ΜΕΤΑΒΑΣΗ
ΠΡΟΚΛΗΣΕΙΣ & ΠΡΟΟΠΤΙΚΕΣ**

22 - 23 Απριλίου 2016

Το Δημόσιο Δίκαιο σε μετάβαση – Προκλήσεις και προοπτικές

3^ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο Ένωσης
Ελλήνων Δημοσιολόγων, 22-23 Απριλίου 2016

ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)

Περιεχόμενα

ΠΡΟΛΟΓΟΣ.....	7
ΟΙ ΣΧΕΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΡΜΑΝΙΚΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΜΕ ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΈΝΩΣΗΣ: ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΠΟΤΡΟΠΗ ΣΤΗ ΡΗΞΗ; Αστέρης Γλιακός, Καθηγητής Ευρωπαϊκού Δικαίου στο Οικονομικό Πανεπιστήμιο Αθηνών	8
Η ΕΛΛΙΠΗΣ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ ΤΗΣ ΓΕΡΜΑΝΙΚΗΣ ΚΑΤΩ ΒΟΥΛΗΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΓΕΡΜΑΝΙΚΗ ΚΥΒΕΡΝΗΣΗ ΓΙΑ ΤΟΝ ΜΟΝΙΜΟ ΜΗΧΑΝΙΣΜΟ ΣΤΗΡΙΞΗΣ ΚΑΙ ΤΟ ΣΥΜΦΩΝΟ ΓΙΑ ΤΟ ΕΥΡΩ+ Βασίλης Γ. Τζέμος, Διδάκτωρ Συνταγματικού και Ευρωπαϊκού Δικαίου (Freiburg), Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Σύμβουλος του ΑΣΕΠ, Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)	14
Η ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΤΗΣ ΦΟΡΟΔΙΑΦΥΓΗΣ ΚΑΙ ΟΙ ΝΕΕΣ ΚΥΡΩΣΕΙΣ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΟΥ Ν. 4337/2015 Δημήτριος Φινοκαλιώτης, Υποψήφιος Διδάκτωρ Α.Π.Θ., Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ του ΔΣΘ, Εκπρόσωπος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) στην Θεσσαλονίκη	23
ΠΡΟΣΦΑΤΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΜΕΤΑ ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΔΡΑΣΗΣ ΤΟΥ ΟΟΣΑ ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΑΒΡΩΣΗ ΤΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΒΑΣΗΣ ΚΑΙ ΤΗ ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΚΕΡΔΩΝ Βασιλική Αθανασάκη, Δικηγόρος – Φορολογικός Σύμβουλος, LL.M. Δημοσίου Δικαίου, Υποψήφια Διδάκτωρ Φορολογικού Δικαίου Πανεπιστημίου Αθηνών.....	34
Η ΑΠΑΤΗ ΚΑΡΟΥΖΕΛ Δήμητρα Κούνη, Δικηγόρος, MSc Business Law, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, Υπ.Δ.Ν.	48
ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΦΟΡΟΛΟΓΙΑΣ ΤΗΣ ΝΑΥΤΙΛΙΑΣ ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΚΡΙΣΗΣ Άννα Αναγνωσταρά, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικών Επιστημών, Δικηγόρος....	55
Ο ΤΟΠΟΣ ΑΣΚΗΣΗΣ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΩΣ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΚΑΤΟΙΚΙΑΣ Ν.Π. ΘΕΩΡΗΤΙΚΗ – ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ – ΠΡΑΚΤΙΚΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗ Θωμάς Γ. Παραμύθας, Δικηγόρος – Φορολογικός Σύμβουλος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου Α.Π.Θ., ΜΠΕ Πανεπιστημίου Μακεδονίας, Υπ. Διδ. Φορολογικού Δικαίου Α.Π.Θ.	64
Η ΔΙΑΣΤΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΩΝ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΕΝΙΣΧΥΣΕΩΝ ΌΠΩΣ ΑΥΤΗ ΑΠΟΤΥΠΩΝΕΤΑΙ ΣΤΟ ΆΡΘΡΟ 12 ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2014/24 ΕΕ ΠΕΡΙ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΜΕΤΑΞΥ ΟΝΤΟΤΗΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΤΟΜΕΑ Μιχαήλ Οικονόμου, Δικηγόρος - Δ.Ν. Μέλος Δ.Σ. της ΕΕΔ, Νομική Υπηρεσία της Επιτροπής Λογιστικής Τυποποίησης και Ελέγχων του Υπουργείου Οικονομικών.	81
Η ΣΗΜΑΣΙΑ ΤΟΥ ΠΡΟΛΗΠΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΟΥ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟΥ ΣΥΝΕΔΡΙΟΥ ΚΑΙ ΟΙ ΕΠΙΠΤΩΣΕΙΣ ΚΑΤΑΡΓΗΣΗΣ ΤΟΥ Άννα Λ. Ζουρνατζή, Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω, Μέλος ΕΕΔ	109

ΣΗΜΑΝΤΙΚΕΣ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟ ΠΕΔΙΟ ΤΗΣ ΕΝΝΟΜΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΣΤΑΔΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ	
Έλσα Αλαγιαλόγλου , Μ2R Δημόσιο Δίκαιο Aix-Marseille III, ΜΔΕ Εμπορικό Δίκαιο ΔΠΘ, Δικηγόρος, Διαπιστευμένη Διαμεσολαβήτρια Υπουργείου Δικαιοσύνης, Επιστημονική Συνεργάτις ΚΔΕΟΔ - ΜΟΠΑΔΙΣ	115
ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ, ΔΙΑΦΑΝΕΙΑ Ή ΔΙΑΦΘΟΡΑ;	
Ζαχαρούλα Κατσίγιαννη, Δικηγόρος Αθηνών	133
ΑΠΟΠΕΙΡΕΣ ΚΑΘΙΕΡΩΣΗΣ ΕΝΟΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΑΓΩΓΙΚΗΣ ΕΞΕΛΙΞΗΣ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΥΠΑΛΛΗΛΩΝ	
Μαρία Ραμματά, Δρ. Διοικητικής Επιστήμης Πανεπιστημίου Σορβόνης, (Παρίσι Ι), Μέλος ΣΕΠ, ΕΑΠ	146
Η ΔΙΑΜΕΣΟΛΑΒΗΣΗ ΣΤΟ ΠΕΔΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΧΕΣΕΩΝ ΚΑΙ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ	
Δημήτριος Δ. Στράνης, Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου και Διοικ. Επιστ. ΑΤΕΙ Πειραιά, Εντεταλμένος Διδάσκων Οικον. Πανεπ. Αθηνών, Δικηγόρος	166
Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΥΠΕΡΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗΣ ΙΣΧΥΟΣ ΑΡΧΩΝ ΤΟΥ ΠΟΙΝΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΤΗΝ ΠΕΙΘΑΡΧΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ	
Παναγιώτης Καποτάς, Δικηγόρος Πατρών, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, Τμήμα Νομικής ΕΚΠΑ Ελένη Τραυλού, Δικηγόρος Αθηνών, ΜΔΕ Αστικού Δικαίου, Τμήμα Νομικής ΕΚΠΑ ...	179
Η ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗΣ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΗΣ ΜΕ ΤΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑ (ΚΑΠΟΙΕΣ ΑΡΧΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΝΟΨΕΙ ΤΗΣ ΕΠΙΚΕΙΜΕΝΗΣ ΨΗΦΙΣΗΣ ΤΟΥ ΣΧΕΤΙΚΟΥ ΝΟΜΟΥ)	
Στέφανος Πετροπουλάκος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Πολιτικής Ανάλυσης και Πολιτικής Θεωρίας, Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ Δρ. Ιωάννης Ρωσσίδης, PhD, MSc, MBA, BA, Προϊστάμενος Τμήματος του Υπουργείου Οικονομικών, Διδάσκων Πανεπιστημίου Αιγαίου, Μέλος ΣΕΠ του ΕΑΠ	197
Η ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΩΝ ΚΑΤΑΣΤΗΜΑΤΩΝ ΤΙΣ ΚΥΡΙΑΚΕΣ ΩΣ ΠΑΡΑΔΕΙΓΜΑ ΆΣΚΗΣΗΣ ΕΛΕΓΧΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ: ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ ΤΗΣ ΣΤΕ (ΑΝΑΣΤ) 307/2014 ΚΑΙ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΟΥ ΑΝΩΤΑΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΚΥΠΡΟΥ ΕΠΙ ΤΗΣ ΑΝΑΦΟΡΑΣ 1/2015	
Ζωή Μιχαλοπούλου, ΔΝ, Δικηγόρος.....	204
Ο ΚΑΤΑΣΤΑΛΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΗΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΝΟΜΩΝ ΣΤΗ ΓΑΛΛΙΑ: ΈΝΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ ΣΕ ΜΕΤΑΒΑΣΗ	
Μαρίνα Δ. Καλαρά, Υποψήφια διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου του Πανεπιστημίου της Σορβόνης – Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Δικηγόρος Αθηνών	221
Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΕΞΑΙΡΕΣΗΣ ΣΤΟ ΕΡΓΟ ΤΟΥ GIORGIO AGAMBEN: ΜΙΑ ΚΡΙΤΙΚΗ ΑΠΟΤΙΜΗΣΗ	
Νικόλαος Τσίρος, Αναπληρωτής Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου, Τμήμα Κοινωνιολογίας, Πάρεδρος Νομικού Συμβουλίου του Κράτους	231

Η ΕΚΤΑΚΤΗ ΝΟΜΟΠΑΡΑΓΩΓΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΚΑΙ Ο ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΗΡΗΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΤΗΣ ΠΛΑΙΣΙΟΥ

Μάριος Καλογερόπουλος, Μεταπτυχιακός Φοιτητής Π.Μ.Σ. Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Αναστασία Παύλου, Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια Π.Μ.Σ. Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α..... 243

Η ΠΡΟΣΒΑΣΗ ΤΟΥ ΚΟΙΝΟΥ ΣΕ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ ΛΗΨΗΣ ΑΠΟΦΑΣΕΩΝ ΠΟΥ ΑΦΟΡΟΥΝ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΒΑΣΕΙ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΟΥ ΑΑΡΧΟΥΣ

Ζήσης Χ. Βουρουτζής, Μ.Δ.Ε., Δικηγόρος 254

ΙΔΙΩΤΙΚΟΤΗΤΑ ΚΑΙ ΕΡΓΑΣΙΑΚΟ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝ: Η ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΗΣ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ Ε.Δ.Δ.Α.

Γεώργιος Τσαούσης, Δικηγόρος Ιωαννίνων, Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου Πανεπιστημίου Ντιζόν..... 260

ΘΑΝΑΤΙΚΗ ΠΟΙΝΗ, ΣΩΦΡΟΝΙΣΤΙΚΗ ΠΟΙΝΗ Ή ΠΑΡΙΑΒΙΑΣΗ ΑΝΘΡΩΠΙΝΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

Κάτια Τζαγκαράκη, LLB, LLM, LLB Programme Leader, Καθηγήτρια Νομικής στο MBS College 271

ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΙ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗΣ ΑΚΡΟΑΣΗΣ ΥΠΟ ΤΟ ΦΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΚΑΙ ΕΝΩΣΙΑΚΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

Κυριακή Εμμ. Καρακάση, Δικηγόρος, DEA Droit Public, Université Montpellier I..... 279

Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΣΑΦΟΥΣ ΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΑΞΗΣ (ACTE CLAIR) ΣΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΕ ΚΑΙ ΤΟΥ ΕΔΔΑ

Κωνσταντίνος Μαργαρίτης, Δ.Ν., LLM, Δικηγόρος, Εκπρόσωπος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) στο Ηράκλειο 294

ΤΑ ΜΠΛΟΚΑ ΤΩΝ ΑΓΡΟΤΩΝ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ. ΑΣΚΗΣΗ Η΄ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ;

Νικόλαος Κ. Παπαδόπουλος, Διδάκτωρ Νομικής, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω..... 315

Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΑΥΤΟΤΗΤΑΣ ΣΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Θεοδώρα Παπαδάκη, DEA και DEE Ευρωπαϊκού Δικαίου, υπ. Δρ. Ευρωπαϊκού Δικαίου, Δικηγόρος ΑΠ, Ειδ. Επιστήμονας-Νομικός ΕΣΡ 327

Η ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑΣ ΤΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΤΩΝ ΟΡΓΑΝΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΈΝΩΣΗΣ

Ελένη Φωτιάδου, Υποψήφια Διδάκτωρ Νομικής Σχολής ΑΠΘ, ΜΔΕ Νομικής Σχολής ΑΠΘ, ΜΔΕ Νομικής Σχολής ΕΚΠΑ..... 333

ΟΙ ΣΧΕΣΕΙΣ ΚΡΑΤΟΥΣ -ΟΙΚΟΥΜΕΝΙΚΟΥ ΠΑΤΡΙΑΡΧΕΙΟΥ ΩΣ ΙΔΙΑΙΤΕΡΗ ΠΤΥΧΗ ΤΗΣ ΣΥΝΑΡΤΗΣΗΣ ΚΡΑΤΟΥΣ -ΕΚΚΛΗΣΙΑΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΕΛΛΗΝΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑ ΚΑΙ ΤΟ ΕΙΔΙΚΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΩΝ ΜΗΤΡΟΠΟΛΕΩΝ ΔΩΔΕΚΑΝΗΣΟΥ

Μιχαήλ Θ. Παπαγεωργίου, Δικηγόρος, Υπ. Διδάκτωρ Συνταγματικού & Διοικητικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π. Αθηνών 346

ΤΟ ΑΡΘΡΟ 3 ΠΑΡ. 1 ΤΟΥ ΙΣΧΥΟΝΤΟΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ – ΜΙΑ ΣΥΝΟΠΤΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ ΜΕ
ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΑΝΑΦΟΡΕΣ

Ελένη Παλιούρα, ΠΜΣ Εκκλησιαστικού Δικαίου ΕΚΠΑ..... 362

ΣΚΕΨΕΙΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΣΥΜΠΟΡΕΥΣΗ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΕΩΝ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ, ΜΕ
ΑΦΟΡΜΗ ΜΟΡΦΕΣ ΦΟΡΕΩΝ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ΕΝΩΣΙΑΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Ελένη Λευθεριώτου..... 373

Η ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΩΣ ΕΥΚΑΙΡΙΑ ΦΟΡΟΔΙΑΦΥΓΗΣ ΚΑΙ ΤΟ ΝΕΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΒΕΡΣ.

Βενετία Αργυροπούλου, Δικηγόρος, Ειδ. Διδακτικό Προσωπικό Ευρωπαϊκού
Πανεπιστημίου Κύπρου, Υπ. Διδάκτωρ Οικονομικού Δικαίου, Tilburg University..... 392

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Το 3ο ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) με πρόσκληση υποβολής papers πραγματοποιήθηκε την Παρασκευή 22 και το Σάββατο 23 Απριλίου 2016 σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Ηρακλείου (ΔΣΗ) στις Αίθουσες Επιστημονικών Εκδηλώσεων του Δικηγορικού Συλλόγου Ηρακλείου στο Κέντρο του Ηρακλείου Κρήτης. Θα ήθελα να ευχαριστήσω θερμά τους κ.κ. Γιάννη Βαμβακούλα και Κωστή Μαργαρίτη για τη συνεργασία στη μορφοποίηση του ebook. Το παρόν έργο περιέχει 32 μελέτες. Ευχόμαστε να είναι χρήσιμες στους αναγνώστες.

Ρόδος, Μάιος 2017

Δρ. Βασίλης Γ. Τζέμος

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

ΟΙ ΣΧΕΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΡΜΑΝΙΚΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΜΕ ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΈΝΩΣΗΣ: ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΠΟΤΡΟΠΗ ΣΤΗ ΡΗΞΗ;

Αστέρης Πλιάκος, Καθηγητής Ευρωπαϊκού Δικαίου στο Οικονομικό Πανεπιστήμιο Αθηνών

1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Οι σχέσεις του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου (ΓΣΔ) με το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) συμβολίζουν την συνταγματική διαμάχη που συνοδεύει τη διαδικασία ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, η οποία όσο περισσότερο προχωρεί τόσο μεγαλύτερη αντίσταση θα συναντά από τους θεματοφύλακες της εθνικής συνταγματικής νομιμότητας, δηλαδή προπάντων τα ανώτατα εθνικά δικαστήρια, συνταγματικά ή με αντίστοιχες ελεγκτικές αρμοδιότητες.

Το ΔΕΕ ως θεσμικό όργανο της Ένωσης οφείλει να συμβάλλει, κατά την άσκηση των καθηκόντων του¹, στην «προώθηση των αξιών της, στην επιδίωξη των στόχων της, στην εξυπηρέτηση των συμφερόντων της, των συμφερόντων των πολιτών της και των συμφερόντων των κρατών μελών, καθώς και στη διασφάλιση της συνοχής, της αποτελεσματικότητας και της συνέχειας των πολιτικών και δράσεων της»².

Στο βαθμό επομένως που η Ευρωπαϊκή Ένωση (ΕΕ) άμεσα ή έμμεσα θίγει το εθνικό σύνταγμα, τα εθνικά δικαστήρια, οφείλουν να το προασπίζονται, με αποτέλεσμα να δημιουργούνται συνθήκες σύγκρουσης. Παράδειγμα, το άρθρο 28.3 του Ελληνικού Συντάγματος αποδέχεται περιορισμούς «στην άσκηση της εθνικής κυριαρχίας», «εφόσον αυτό υπαγορεύεται από σπουδαίο εθνικό συμφέρον, δεν θίγει τα δικαιώματα των ανθρώπων και τις βάσεις του δημοκρατικού πολιτεύματος και γίνεται με βάση τις αρχές της ισότητας και της αμοιβαιότητας». Στο ίδιο πλαίσιο, το άρθρο 23.1 του Γερμανικού Συντάγματος, το οποίο είναι σαφέστερο και αναλυτικότερο, προβλέπει ότι «(1) Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen».

Οι διαρκείς μεταβιβάσεις αρμοδιοτήτων στην ΕΕ από τα κράτη μέλη, προκάλεσαν την αντίδραση των εθνικών δικαστηρίων, μεταξύ των οποίων το ΓΣΔ έπαιξε πρωταγωνιστικό ρόλο. Ο ρόλος αυτός μπορεί να διακριθεί σε δύο φάσεις. Κατά την πρώτη, επισημαίνεται το πλαίσιο μέσα στο οποίο μπορεί να κινείται το ΔΕΕ, τυχόν υπέρβαση του οποίου οδηγεί στην μη εφαρμογή των αποφάσεων του, ενώ κατά τη δεύτερη φαίνεται να τίθενται σε εφαρμογή οι «κυρώσεις» της υπέρβασης.

2. ΑΠΟΤΡΟΠΗ

Ήδη από το 1974, στην γνωστή ως *Solange I* απόφασή του το ΓΣΔ έκρινε ότι στην

¹ Σύμφωνα με το άρθρο 19.1 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (ΣΕΕ): «το ΔΕΕ εξασφαλίζει την τήρηση του δικαίου κατά την ερμηνεία και την εφαρμογή των Συνθηκών».

² Άρθρο 13.1 ΣΕΕ.

υποθετική περίπτωση μιας σύγκρουσης μεταξύ των Κοινοτικών Κανόνων και των συνταγματικών διατάξεων που προστατεύουν τα θεμελιώδη δικαιώματα, οι συνταγματικές διατάξεις υπερέχουν, αμφισβητώντας έτσι ανοιχτά την αρχή της υπεροχής που το ΔΕΕ καθιέρωσε με την απόφαση *Costa versus ENEL*, το 1964. Αφορμή υπήρξε η απόφαση *Internationale Handelsgesellschaft*, το 1970, όπου το ΔΕΕ διευκρίνισε ότι η αρχή της υπεροχής αφορά και τις συνταγματικές διατάξεις. Πρέπει να επισημανθεί ωστόσο ότι το ΓΣΔ, διαμορφώνοντας την πρώτη «αιρετική» του απόφαση, έκρινε ότι τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης δεν συνιστούσαν παραβίαση των θεμελιωδών δικαιωμάτων που προστατεύει το Γερμανικό Σύνταγμα.

Η εν συνεχεία ανάπτυξη μιας ευνοϊκής για την *κοινοτική προστασία* των θεμελιωδών δικαιωμάτων νομολογίας από το τότε Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) συνέβαλε στην υιοθέτηση της απόφασης *Solange II*, το 1983, από το ΓΣΔ. Η δεύτερη απόφαση, χωρίς να προσβάλλει την ουσία της πρώτης, θεώρησε ότι στο βαθμό που τα θεμελιώδη δικαιώματα προστατεύονται κατά τρόπο αντίστοιχο με εκείνο του Γερμανικού Συντάγματος, στο πλαίσιο του Κοινοτικού Δικαίου, το ΓΣΔ δεν θα ασκεί τη σχετική ελεγκτική του αρμοδιότητα. Παράλληλα, έκρινε, αφενός ότι δεν είχαν παραβιαστεί στη συγκεκριμένη υπόθεση τα επικαλούμενα συνταγματικά δικαιώματα, πράγμα αυτονόητο, αφετέρου, πράγμα συνεπαγόμενο, ότι η μεταβίβαση αρμοδιοτήτων από τη Γερμανική Κυβέρνηση στην Κοινότητα δεν μπορεί να οδηγήσει σε παραβίαση των θεμελιωδών συνταγματικών δικαιωμάτων, ούτε σε παραβίαση της βασικής συνταγματικής δομής.

Η στάση αυτή του ΓΣΔ προσέλαβε μια πιο ολοκληρωμένη μορφή με τον έλεγχο της συνταγματικότητας της Συνθήκης του Μάαστριχτ³. Η επιφύλαξή του για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων εντάχθηκε στην ανάγκη προστασίας της δημοκρατικής αρχής, όσον αφορά τις σχέσεις που πρέπει να αναπτύσσονται μεταξύ της ΕΕ, πλέον, και του Γερμανικού Συντάγματος. Σε μια εκτενή και πολιτικά φορτισμένη απόφαση, το ΓΣΔ εξάρτησε την αρχή της υπεροχής των κανόνων της Ένωσης από το σεβασμό της δημοκρατικής αρχής, της αρχής των ειδικών και περιορισμένων αρμοδιοτήτων και των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Ειδικότερα, όσον αφορά το σεβασμό της δημοκρατικής αρχής, οι μεταβιβάσεις αρμοδιοτήτων πρέπει να γίνονται με τη συγκατάθεση του Γερμανικού Κοινοβουλίου και η Ένωση πρέπει να αναπτύσσεται ως ένας «δήμος», δηλαδή ως μια «πνευματικά, κοινωνικά και πολιτικά ομοιογενής Κοινότητα πολιτών».

Με την απόφασή του της 30.6.2009 για τη συνταγματικότητα της Συνθήκης της Λισαβόνας, το ΓΣΚ προχώρησε περισσότερο. Διαβεβαίωσε την αρμοδιότητά του για την τελική κρίση της αρχής της υπεροχής, διακρίνοντας δύο είδη ελέγχων, τον έλεγχο υπέρβασης των αρμοδιοτήτων από τα όργανα της Ένωσης (*ultra vires*), ήδη από την «απόφαση Μάαστριχτ», και τον έλεγχο του σεβασμού της αρχής της εθνικής ταυτότητας. Η υπεροχή του εθνικού συνταγματικού δικαίου θα παραμένει έως ότου τα εθνικά συντάγματα θα αντικατασταθούν από ένα Ευρωπαϊκό Σύνταγμα. Μέχρις ότου, συγκροτηθεί ένας «ευρωπαϊκός δήμος»⁴, κύρια πηγή της «δημοκρατικής νομιμοποίησης» θα παραμένουν τα εθνικά κοινοβούλια. Μόνο στο εθνικό πλαίσιο,

³ *Brunner v. Treaty on European Union, Maastricht Judgment*, 12.10. 1993.

⁴ Το ΓΣΔ δεν χρησιμοποίησε τον όρο *Λαός* λόγω της υπερβολικής του χρήσης από το χιτλερικό καθεστώς.

όπου ισχύει η αρχή «ένα πρόσωπο μια ψήφος», μπορεί να εξασφαλιστεί πλήρως η δημοκρατική αρχή. Η διαφύλαξη της απαιτεί να δοθεί προβάδισμα στην εθνική κυριαρχία. Η αρχή της υπεροχής της Ένωσης, παρ' όλη την ύπαρξη της δήλωσης αριθ. 17⁵, είναι υπεροχή εφαρμογής και όχι υπεροχή εγκυρότητας, όπως εκείνη ενός ομοσπονδιακού κράτους.

Με την «απόφαση Λισαβόνα», το ΓΣΔ ερμηνεύει την έννοια της εθνικής ταυτότητας, η οποία κατά το άρθρο 4.2 ΣΕΕ, «είναι συμφυής με τη θεμελιώδη πολιτική και συνταγματική δομή» των κρατών μελών. Ειδικότερα, εντοπίζει πέντε τομείς αρμοδιοτήτων, η μεταβίβαση των οποίων θα σημάνει τη *διάβρωση της κρατικής κυριαρχίας*. Οι τομείς αυτοί είναι: 1) στρατιωτική και αστυνομική δύναμη, 2) ποινικό δίκαιο, 3) φορολογική εξουσία, 4) η εγγύηση μιας δίκαιης κοινωνικής τάξης και 5) ό,τι συντελεί στη διατήρηση του εθνικού πολιτισμού, ιδίως το οικογενειακό δίκαιο, το σχολικό και εκπαιδευτικό σύστημα και το καθεστώς των θρησκευτικών κοινοτήτων.

Γενικά, τα κράτη πρέπει να διατηρήσουν ικανοποιητική *πολιτική αυτονομία* για αποτελεσματική δράση, κάτι που προϋποθέτει την εξασφάλιση της εθνικής αυτονομίας σε θέματα *προϋπολογισμού*. Όσον αφορά τη συνταγματική δομή, αυτή εκδηλώνεται στις αρχές της αξιοπρέπειας, της ομοσπονδίας, του κράτους δικαίου, της δημοκρατίας και του κοινωνικού κράτους.

Με βάση αυτή την προσέγγιση, το ΓΣΔ κρίνει αναγκαίο να ερμηνεύονται περιοριστικά διατάξεις της Συνθήκης της Λισαβόνας που μεταβιβάζουν αρμοδιότητες έχουσες επίδραση στην γερμανική συνταγματική ταυτότητα, όπως εκείνες που αναφέρονται σε θέματα ποινικού δικαίου ή των άμεσων επενδύσεων, στο πλαίσιο της Κοινής Εμπορικής Πολιτικής. Με αυτήν την «αιρετική» στάση, το ΓΣΔ καταλήγει να κρίνει ότι η Συνθήκη της Λισαβόνας είναι σύμφωνη με το Γερμανικό Σύνταγμα.

Στις 7.9.2011, το ΓΣΔ κλήθηκε να αποφανθεί, εάν η βοήθεια στην Ελλάδα και η σύσταση του Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Σταθερότητας είναι σύμφωνη με το Γερμανικό Σύνταγμα⁶. Το ΓΣΔ έκρινε ότι αμφότερες οι πράξεις είναι σύμφωνες με το Σύνταγμα, υπό την έννοια ότι δεν υπονομεύουν την αυτονομία του Κοινοβουλίου σε θέματα προϋπολογισμού. Επομένως, η δημοκρατική αρχή που απαιτεί οι θεμελιώδεις αποφάσεις εσόδων και δαπανών του δημόσιου τομέα να παραμένουν στη Γερμανική Βουλή δεν παραβιάστηκε⁷.

Στο πλαίσιο αυτό, η Γερμανική Βουλή δεν έχει την εξουσία να θεσπίσει διαρκείς μηχανισμούς που αναλαμβάνουν τις ευθύνες άλλων κρατών, η επίδραση των οποίων μπορεί να στερήσει τη Βουλή από τη δυνατότητα αποτελεσματικής πολιτικής δράσης. Κατ' αρχήν, η Βουλή δεν μπορεί να θεσπίσει *ένα αυτόματο μηχανισμό απεριόριστων μεταβιβάσεων κονδυλίων*, όμως μπορεί κατόπιν ειδικής κοινοβουλευτικής εγκρίσεως να συμμετάσχει σε σχήματα βοήθειας, *στο πλαίσιο πνεύματος αλληλεγγύης*, εντός της ΕΕ. Σε κάθε περίπτωση, το ΓΣΔ αναγνωρίζει ότι ελεγκτική του αρμοδιότητα δεν μπορεί παρά να περιοριστεί στον έλεγχο της *πρόδηλης υπέρβασης των εξουσιών από*

⁵ Σύμφωνα με τη δήλωση αυτή «Η Διάσκεψη υπενθυμίζει ότι, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, οι Συνθήκες και το δίκαιο που θεσπίζεται από την Ένωση βάσει των Συνθηκών υπερισχύουν του δικαίου των κρατών μελών, υπό τους όρους που ορίζονται στην εν λόγω νομολογία».

⁶ «Euroaid» judgment

⁷ «...as a fundamental part of national sovereignty and a people's right democratically to determine its basic economic, social and cultural living conditions».

το Κοινοβούλιο. Έτσι, η έγκριση από το Κοινοβούλιο της συμμετοχής της Γερμανίας στον ΕΜΣ, με 170 δισεκατομμύρια ευρώ, δεν παραβιάζει το περιθώριο εκτίμησης που έχει. Η δικαιολογία της Γερμανικής Κυβέρνησης ότι ενδεχόμενη κατάρρευση του ευρώ θα έχει ανυπολόγιστες οικονομικές και κοινωνικές συνέπειες φαίνεται ότι είναι βάσιμη. Το ίδιο ισχύει και ως προς την εκτίμηση ότι ακόμη και στην περίπτωση πραγματοποίησης του εγγυηθέντος κινδύνου, θα ήταν δυνατή η χρηματοδότηση των απωλειών μέσω αύξησης των εσόδων και των περικοπών στις κρατικές δαπάνες, καθώς και μέσω της έκδοσης μακροπρόθεσμων ομολογιών.

Συνολικά, φαίνεται ότι πάντοτε στο τέλος το ΓΣΔ δέχεται τις πολιτικές αποφάσεις της Γερμανικής Κυβέρνησης, παρ' όλη την εντυπωσιακή επιχειρηματολογία που αναπτύσσει, όσον αφορά τα όρια που της τίθενται εκ του Συντάγματος. Ωστόσο, μια πρόσφατη νομολογία που αφορά αφενός τον τρόπο άσκηση των αρμοδιοτήτων από την Ευρωπαϊκή Κεντρική Τράπεζα (ΕΚΤ), αφετέρου το επίπεδο προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, φαίνεται να οδηγεί το ΓΣΔ να μεταβάλλει τη στάση και να επιδιώκει τη ρήξη με το ΔΕΕ.

3. ΡΗΞΗ

Είναι γεγονός ότι η «απόφαση Λισαβόνα» του ΓΣΔ δέχτηκε μεγάλη κριτική, ως θέτουσα ανυπερέβλητα εμπόδια στην διαδικασία ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, με αποτέλεσμα στη μεταγενέστερη νομολογία του να λάβει μια ολιγότερο άκαμπτη θέση. Πράγματι, στην απόφασή του *Honeywell* (15.11.2011), όσον αφορά τον *Ultra vires* έλεγχο των πράξεων της Ένωσης, εξάρτησε τη δική του παρέμβαση με την ύπαρξη μιας επαρκώς χαρακτηριστικής προσβολής του Γερμανικού Συντάγματος, η οποία συντελείται όταν η παραβίαση είναι πρόδηλη και οδηγεί σε μια δομικά σημαίνουσα αλλαγή στην κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ Ένωσης και κρατών μελών, σε βάρος των τελευταίων.

Παρ' όλη αυτήν τη στάση, το ΓΣΔ έκρινε ότι η απόφαση *Open Monetary Transactions (OMT)* που έλαβε η ΕΚΤ το Σεπτέμβριο του 2012, περί αγοράς άνευ περιορισμών ομολόγων που θα εξέδιδαν Κράτη μέλη της ευρωζώνης με προβλήματα χρηματοδότησης, για να αποτραπεί η κατάρρευση της ευρωζώνης, ξεπερνά τις αρμοδιότητές της στον τομέα της νομισματικής πολιτικής, και ως πράξη οικονομικής πολιτικής ανήκει στη αρμοδιότητα των κρατών μελών. Αποφασίζει ωστόσο να παραπέμψει για πρώτη φορά τα σχετικά ερωτήματα στο ΔΕΕ, στις 7.2.2014, επικαλούμενο ταυτόχρονα την τελική του ευθύνη, όσον αφορά το εάν μια τέτοια απόφαση που πλήττει την αυτονομία της Γερμανικής Βουλής σε θέματα προϋπολογισμού πλήττει την γερμανική ταυτότητα.

Την 16.5.2015 εκδόθηκε η απόφαση του ΔΕΕ, η οποία έκρινε ότι η ΕΚΤ ενήργησε εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων της⁸. Αναμένεται η συνέχεια από το ΓΣΔ, με κύριο ενδιαφέρον το εάν θα ακολουθήσει την εν λόγω απόφαση του ΔΕΕ ή θα εφαρμόσει τη δική του αντίληψη για την μη εφαρμογή στη Γερμανία της απόφασης *OMT*, δηλαδή της υποχρέωσης της Γερμανίας να μην συμμετάσχει στην άμεση ή έμμεση εφαρμογή της απόφασης της ΕΚΤ, η οποία ωστόσο δεν χρειάστηκε να εφαρμοστεί.

Η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων αποτελεί το δεύτερο πεδίο αντιπαράθεσης. Τα νεότερα σχετικά δεδομένα αφορούν την απόφαση *Melloni* που το

⁸ Υπόθεση C-62/14, Peter Gauweiler etc v. Deutscher Bundestag

ΔΕΕ εξέδωσε κατόπιν προδικαστικής απόφασης του Ισπανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου (26.2.2013). Εν προκειμένω, το θέμα ήταν εάν οι Ισπανικές Αρχές, εκτελώντας Ευρωπαϊκό Ένταλμα Σύλληψης, το οποίο εκδόθηκε από τις Ιταλικές Αρχές, όφειλαν να μην εκδώσουν τον ερημοδικασθέντα καταζητούμενο για δόλια χρεοκοπία, λόγω μη σεβασμού της δίκαιης δίκης, στο βαθμό που το Ιταλικό Ποινικό Σύστημα θεωρούσε ότι ο ερημοδικασθείς δεν δικαιούται αναθεώρησης της δίκης, αφού είχε εκπροσωπηθεί σε αυτή από δικηγόρο. Κατά το Ισπανικό ποινικό σύστημα, μόνο η φυσική παρουσία του ερημοδικασθέντος καλύπτει το δικαίωμά του σε δίκαιη δίκη. Το ΔΕΕ ήταν κατηγορηματικό. Δεν υπάρχει ερημοδικία, όταν ο κατηγορούμενος εκπροσωπείται από δικηγόρο, όπως το προβλέπει η απόφαση-πλαίσιο 2002/584/ΔΕΥ του Συμβουλίου της 13.6.2002, για το Ευρωπαϊκό Ένταλμα Σύλληψης, έτσι όπως τροποποιήθηκε από την απόφαση-πλαίσιο 2009/299/ΔΕΥ του Συμβουλίου, της 26.2.2009. Όσον αφορά το άρθρο 53 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, το οποίο προβλέπει την εφαρμογή του καλύτερου επιπέδου προστασίας, σε περίπτωση πολλών διαφορετικών επιπέδων, το ΔΕΕ έκρινε ότι δεν μπορεί να υπονομεύσει την αρχή της υπεροχής των κανόνων της Ένωσης.

Σε συνέχεια της απόφασης αυτής που οδήγησε το Ισπανικό Συνταγματικό Δικαστήριο να αναθεωρήσει τη νομολογία του για το δικαίωμα της δίκαιης δίκης, επικαλούμενο σχετική νομολογία του ΕΔΔΑ (ΕΣΔΑ), τη σκυτάλη ανέλαβε το ΓΣΔ. Σε μια πρόσφατη απόφασή του⁹, το ΓΣΔ έκρινε ότι δεν πρέπει να εκδοθεί πολίτης ΗΠΑ στην Ιταλία, σε εκτέλεση Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης, όταν δεν εξασφαλίζεται η εκ νέου εκδίκαση της υπόθεσης σε περίπτωση ερημοδικίας, κάτι που συνάδει μεν με τους σχετικούς κανονισμούς, όμως ως νομική βάση χρησιμοποιήθηκε το άρθρο 1 του Γερμανικού Συντάγματος, περί προστασίας της ανθρώπινης αξιοπρέπειας. Ερμηνεύοντας το άρθρο αυτό, η Διάταξη αναφέρεται στην αρχή της ατομικής ενοχής (εξατομικευμένη) που απαιτεί να λαμβάνεται υπόψη η προσωπικότητα του κατηγορούμενου, οπότε πρέπει να είναι παρών στη δίκη. Ταυτόχρονα, εντάσσει την αρχή της ατομικής ενοχής, η οποία συνδέεται με το σεβασμό της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και της αρχής του κράτους δικαίου, στην έννοια της απαράγραπτης συνταγματικής ταυτότητας.

Ωστόσο, καίτοι η απόφαση αυτή δεν συνιστά ρήξη, το όλο πλαίσιο θα μπορούσε να οδηγούσε σε αυτή, εάν το θέμα παρουσιαζόταν με τους όρους της απόφασης *Melloni*, δηλαδή εάν δεν καλύπτονταν οι απαιτήσεις του Γερμανικού Συντάγματος για αυτοπρόσωπη και όχι μέσω συνηγόρου παρουσία του κατηγορουμένου στη δίκη.

4. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Καταληκτικά, η πρόσφατη νομολογία αφήνει ενδεχόμενα ρήξης, κάτι όμως που θα οδηγήσει σε ανατροπή όχι μόνο των δικαστικών σχέσεων, αλλά και των πολιτικών σχέσεων που αναπτύσσονται στην ΕΕ. Αυτό το ξέρει το ΔΕΕ, για αυτό και ενώ «γαυγίζει δεν δαγκώνει».

Όσον αφορά το ΔΕΕ, μια πρόσφατη απόφασή του, της 5.4.2016¹⁰, αφήνει να φανεί μια μεγαλύτερη ευαισθησία στην προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου. Η εκτέλεση Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης πρέπει να αναβάλλεται όταν συντρέχει πραγματικός κίνδυνος απάνθρωπης ή εξευτελιστικής μεταχείρισης λόγω των συνθηκών κράτησης του οικείου προσώπου στο κράτος μέλος εκδόσεως του

⁹ Διάταξη της 15.12.2015-2 BvR 2735/14.

¹⁰ C-404/15, C-659/15 PPU, PalAranyosi

Εντάλματος, εν προκειμένω στα κράτη Ουγγαρία και Ρουμανία. Τα δικαιώματα που περιλαμβάνονται στον τίτλο Ι περί Αξιοπρέπειας του Χάρτη Προστασίας των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ το απαγορεύουν.

Με άλλα λόγια, η συνταγματική διαμάχη που φαίνεται να αναπτύσσεται μεταξύ ΔΕΕ και εθνικών δικαστηρίων, οδηγεί σε καλύτερα επίπεδα προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και σε μια πιο σύμφωνη με τα πολιτικά δεδομένα της Ευρώπης πορεία της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης.

Η ΕΛΛΙΠΗΣ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗ ΤΗΣ ΓΕΡΜΑΝΙΚΗΣ ΚΑΤΩ ΒΟΥΛΗΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΓΕΡΜΑΝΙΚΗ ΚΥΒΕΡΝΗΣΗ ΓΙΑ ΤΟΝ ΜΟΝΙΜΟ ΜΗΧΑΝΙΣΜΟ ΣΤΗΡΙΞΗΣ ΚΑΙ ΤΟ ΣΥΜΦΩΝΟ ΓΙΑ ΤΟ ΕΥΡΩ+¹

Βασίλης Γ. Τζέμος, Διδάκτωρ Συνταγματικού και Ευρωπαϊκού Δικαίου (Freiburg), Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω, Σύμβουλος του ΑΣΕΠ, Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)

1. Εισαγωγή

Με αφορμή την απόφαση της 19.6.2012 του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου² επί της υποθέσεως 2 BvE 4/11³, η πλημμελής ενημέρωση από την γερμανική Κυβέρνηση (Bundesregierung) και κατά συνέπεια η μωπική συμμετοχή της γερμανικής Κάτω Βουλής (Bundestag) στο ευρωπαϊκό γίνεσθαι και ιδίως στην πολιτική διαχείριση της ευρωπαϊκής οικονομικής κρίσης, απασχόλησε έντονα τον δημόσιο διάλογο στην Γερμανία⁴. Το οξύμωρο που ακτινογραφείται είναι ότι η Γερμανία έχει μέχρι τώρα τον πρώτο και καθοριστικό πολιτικό λόγο στην αντιμετώπιση της οικονομικής κρίσης της Ευρωζώνης και της ΕΕ, αλλά χωρίς την συνταγματικά αναγκαία αποφασιστική συμμετοχή του Ομοσπονδιακού Κοινοβουλίου της⁵. Η γερμανική Κυβέρνηση με το πρόσχημα των εκτάκτων συνθηκών⁶ κρατούσε συχνά ουσιαστικά το Κοινοβούλιο εκτός των βασικών πολιτικών αποφάσεων που επέβαλε θεσμικά σε επίπεδο ΕΕ. Το γερμανικό ομοσπονδιακό συνταγματικό Δικαστήριο (Bundesverfassungsgericht)⁷ έρχεται με την απόφασή του να παίζει τον κρίσιμο εξισορροπητικό του ρόλο⁸ σε αυτή την επαναλαμβανόμενη εντός της γερμανικής πολιτικής σκηνής δημοκρατική παρασπονδία.

¹ Το άρθρο είναι επεξεργασμένη εκδοχή μελέτης που έχει δημοσιευτεί στο Περιοδικό Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου, Τεύχος ΙΙΙ/2011.

² Βλ. απόφαση του δευτέρου τμήματος του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου επί της υπόθεσης 2 BvE 4/11 σε:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20120619_2bve000411.html.

³ Η υπόθεση συζητήθηκε την 30.11.2011 και η απόφαση δημοσιεύτηκε την 19.6.2012.

⁴ F. Geyer, Anatomie einer Hintergehung, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 21.6.2012, O. Stock, Wie im Politbüro, Handelsblatt, 19.6.2012, P. Nowak, Mehr Einfluss für den Bundestag in EU, Telepolis, 19.6.2012, R. Müller, Der Preis der Demokratie, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 19.6.2012, D. F. Sturm, Verfassungsrichter als Verbündete des Bundestags, Welt Online, 19.6.2012.

⁵ Δυστυχώς το ίδιο συνέβη και στην Ελλάδα κατά την είσοδό της στον μηχανισμό στήριξης.

⁶ Για τις έκτακτες οικονομικές συνθήκες ως παράμετρο επηρεασμού της εφαρμογής του ισχύοντος δικαίου και της προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων βλ. Β. Τζέμος, Δημοκρατικό κράτος δικαίου, δυσχερή οικονομικά δεδομένα και συνταγματική ρήτρα «χρεοφρένου», ΘΠΔΔ 2011, 496επ. και www.constitutionalism.gr, Π. Πικραμμένος, Δημόσιο Δίκαιο σε έκτακτες συνθήκες υπό την οπτική της ακυρωτικής διοικητικής διαδικασίας, ΘΠΔΔ 2012, σ. 97επ.

⁷ Βλ. R. Lamprecht, Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts, 2011, K. Schlaich, S. Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 2010.

⁸ Και για ρόλο θεσμικής αντιπολίτευσης γίνεται λόγος στον γερμανικό τύπο. Βλ. R. Müller, Die Barbieri von Karlsruhe, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 9. 7.2012.

2. Η απόφαση στο κάδρο της γενικότερης νομολογίας του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου για την ευρωπαϊκή οικονομική κρίση

Το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο έχει ασχοληθεί επανειλημμένα την τελευταία τριετία με την αντιμετώπιση της ευρωπαϊκής οικονομικής κρίσης από τα όργανα της ΕΕ. Η νομολογία του εστιάζει στο αν οι αποφάσεις των ευρωπαϊκών ενωσιακών και ευρωζωνικών οργάνων⁹ αλλά και η παρελκόμενη τους γερμανική νομοθεσία και κυβερνητική στάση είναι ουσιαστικά και διαδικαστικά σύμφωνες με το γερμανικό συνταγματικό δίκαιο και το πρωτογενές ευρωπαϊκό δίκαιο¹⁰. Παράλληλα επεκτείνεται και σε παρεμπιπτόντως ανακύπτοντα σημαντικά ζητήματα οργανωτικού συνταγματικού δικαίου.

Το εναρκτήριο λάκτισμα δόθηκε με την απόφαση-πυλώνα «Λισαβόνα»¹¹. Ακολούθησαν οι αποφάσεις για τον ελληνικό μηχανισμό στήριξης και για τον προσωρινό ευρωπαϊκό μηχανισμό στήριξης¹², οι αποφάσεις για την εννιαμελή επιτροπή δημοσιονομικών υποθέσεων της Γερμανικής Ομοσπονδιακής Βουλής¹³ και η πρόσφατη εδώ σχολιαζόμενη απόφαση για την πληροφόρηση της Κάτω Βουλής για τον Μόνιμο Μηχανισμό Στήριξης και το Σύμφωνο για το Ευρώ+¹⁴. Στην απόφαση αυτή το πυρηνικό αντικείμενο είναι το θέμα της πλήρους ενημέρωσης της Ομοσπονδιακής Βουλής ως αναγκαία προϋπόθεση ουσιαστικής συμμετοχής της στις αλλαγές που λαμβάνουν χώρα στην ΕΕ.

Έπεται το ιδιαίτερα κρίσιμο ζήτημα της επί της ουσίας συμβατότητας του μόνιμου μηχανισμού στήριξης (ESM) και του Συμφώνου για το Ευρώ+ αλλά και της εκκολαπτόμενης τροποποίησης του άρθρου 136 της ΣυνΘΛΕΕ, με το γερμανικό συνταγματικό δίκαιο και με το πρωτογενές ευρωπαϊκό δίκαιο. Μία πρώτη πτυχή του ζητήματος αυτού¹⁵ συζητήθηκε ενώπιον του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου την 10.7.2012.

⁹ Για τους ευρωπαϊκούς ενωσιακούς θεσμούς βλ. Β. Τζέμος, Οι Πολιτικοί Θεσμοί της ΕΕ. Συνθήκη της Λισαβόνας, 2009 με περαιτέρω παραπομπές.

¹⁰ Βλ. ενδεικτικά Μ. Nettesheim, Verfassungsrecht und Politik in der Staatsschuldenkrise, NJW 2012, σ. 1409επ., Η. Kube, Rechtsfragen der völkervertraglichen Euro Rettung, WM 2012, σ. 245επ.,

¹¹ BvE 2/08, απόφαση της 30.6.2009. Βλ. όλη την απόφαση σε: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html

Βλ. Β. Τζέμος, Η απόφαση «Λισαβόνα» του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου: Μια νέα ευρωπαϊκή πολιτειολογία, σε Β. Τζέμος. (Επιμ.), Το Δημόσιο Δίκαιο μέσα από τις αποφάσεις των Δικαστηρίων, 2016, σ. 211επ. και σε Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου 2009, σ.1141επ. με περαιτέρω παραπομπές.

¹² Απόφαση της 7.5.2010 (προσωρινή απόφαση ασφαλιστικών μέτρων) επί της υπόθεσης 2 BvR 987/10 και απόφαση της 7.11.2011 επί των υποθέσεων 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 και 2 BvR 1099/10.

¹³ Απόφαση 2 BvE 4/11. Βλ. και συναφές δελτίο τύπου 42/2012 της 19.6.2012.

¹⁴ Αποφάσεις της 27.10.2011 (προσωρινή απόφαση ασφαλιστικών μέτρων) και 28.2.2012 επί της υπόθεσης 2 BvE 8/11.

¹⁵ Αν πρέπει να υπογράψει ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας τον σχετικό νόμο που ψηφίστηκε από την Κάτω και την Άνω Γερμανική Βουλή. Κατατέθηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου προσφυγές με αίτημα την προσωρινή διαταγή μη υπογραφής από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας των ψηφισθέντων από τα δύο γερμανικά νομοθετικά σώματα νομοσχεδίων, μέχρι να δημοσιεύσει το Δικαστήριο την οριστική απόφασή του επί των προσφυγών που αιτούνταν την δικαστική απόφαση περί μη συμβατότητας

3. Οι δύο προσφυγές των «Πρασίνων» για την ανεπαρκή συνταγματικά ενημέρωση του Γερμανικού Κοινοβουλίου για το ESM και το Σύμφωνο για το Ευρώ +

Με δύο προσφυγές του¹⁶ στο Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο το γερμανικό κόμμα «Οι Πράσινοι» ζητούσε να αναγνωριστεί ότι η Γερμανική Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση παραβίασε το Σύνταγμα καθώς δεν τήρησε επανειλημμένα στο πρώτο εξάμηνο του έτους 2011 την συνταγματική της υποχρέωση για έγκαιρη και πλήρη ενημέρωση της Γερμανικής Ομοσπονδιακής Βουλής για υποθέσεις συνεχόμενες με την Ευρωπαϊκή Ένωση.

Σύμφωνα με το άρθρο 23 παρ. 2 του Γερμανικού Συντάγματος, η Γερμανική Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση έχει υποχρέωση να πληροφορεί ολοκληρωμένα και το νωρίτερο δυνατόν την Γερμανική Ομοσπονδιακή Βουλή για υποθέσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης και εξελίξεις σε αυτή¹⁷.

Με την πρώτη του προσφυγή ενώπιον του Συνταγματικού Δικαστηρίου το κόμμα των Πρασίνων ζητούσε την αναγνώριση της αντισυνταγματικής στάσης της Ομοσπονδιακής Γερμανικής Κυβέρνησης όσον αφορά στην ενημέρωση της Γερμανικής Ομοσπονδιακής Βουλής για την επεξεργασία και την δημιουργία του Μονίμου Ευρωπαϊκού Μηχανισμού Στήριξης (ESM)¹⁸. Συγκεκριμένα υποστήριξε ότι η Κυβέρνηση είχε παραβιάσει το καθήκον της για πληροφόρηση της Βουλής, επειδή είχε παραλείψει αμέσως πριν αλλά και μετά την Σύνοδο Κορυφής του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου της 4 Φεβρουαρίου 2011 να ενημερώνει σφαιρικά, έγκαιρα αλλά και συνεχώς όσο έτρεχαν οι εξελίξεις, την Βουλή για την διαμόρφωση του Μονίμου Μηχανισμού Στήριξης. Επίσης ζητούσε να διαπιστωθεί ότι η Κυβέρνηση αντισυνταγματικά δεν είχε αποστείλει το αργότερο μέχρι την 6^η Απριλίου 2011 το γραπτό σχέδιο του Μηχανισμού Στήριξης ενώπιον της Βουλής.

Η δεύτερη προσφυγή των Πρασίνων συνέχεται με το «Σύμφωνο για το Ευρώ+» που παρουσιάστηκε δημόσια στην Σύνοδο Κορυφής της 4^{ης} Φεβρουαρίου 2011. Το προσφεύγον ενώπιον του Συνταγματικού Δικαστηρίου κοινοβουλευτικό κόμμα ζητούσε την αναγνώριση της αντισυνταγματικότητας της γερμανικής Κυβέρνησης να παραλείψει να ενημερώσει την γερμανική Βουλή για τις πρωτοβουλίες και τις κινήσεις της Γερμανίδας Καγκελαρίου για πιο ενισχυμένη οικονομική συνεργασία και δικτύωση των κρατών μελών της Ευρωζώνης πριν την Σύνοδο Κορυφής της 4^{ης} Φεβρουαρίου 2011. Παράλληλα ζητούσε την αναγνώριση της αντισυνταγματικότητας των παραλείψεων της Γερμανικής Κυβέρνησης να ενημερώνει εκτενώς και έγκαιρα την Βουλή μετά την Σύνοδο της 4^{ης} Φεβρουαρίου 2001 και μέχρι της Σύνοδο της 11^{ης}

του μονίμου μηχανισμού στήριξης και του συμφώνου για το Ευρώ+ με το γερμανικό συνταγματικό και το πρωτογενές ευρωπαϊκό δίκαιο. Η απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων αναμένεται να δημοσιευτεί μερικούς μήνες μετά την συζήτηση της υπόθεσης.

¹⁶ Βλ. υπ. αριθμ. 72/2011 δελτίο τύπου του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου της 11.11.2011.

¹⁷ Βλ παράγραφο 6 του άρθρου.

¹⁸ Παράγραφοι 2επ. της απόφασης.

Μαρτίου 2011 για τις ζυμώσεις και εξελίξεις όσον αφορά στο «Σύμφωνο για το Ευρώ+»¹⁹. Οι δύο προσφυγές συζητήθηκαν από το Δικαστήριο την 30.11.2011²⁰ και η απόφαση δημοσιεύτηκε την 19 Ιουνίου 2012²¹.

5. Η απόφαση για την ελλιπή ενημέρωση της Ομοσπονδιακής Κάτω Βουλής για ESM και Σύμφωνο για το Ευρώ +

Με την απόφασή του το Συνταγματικό Δικαστήριο θέτει απτές προϋποθέσεις στο καθήκον της Κυβέρνησης να ενημερώνει την Βουλή για υποθέσεις συνεχόμενες με την Ευρωπαϊκή Ένωση. Συγκεκριμένα κρίνει ότι η ενημέρωση της Βουλής πρέπει να είναι: 1) πλήρης, εκτενής, ουσιαστική, ολοκληρωμένη²², 2) έγκαιρη και σε χρόνο που να επιτρέπει την ουσιαστική συμμετοχή της Βουλής στην λήψη αποφάσεων²³, 3) κατά κανόνα γραπτή²⁴ και κατ' εξαίρεση προφορική²⁵, και 4) περιορίσιμη εντελώς εξαιρετικά μόνο για λόγους που συνάπτονται με την προστασία συνταγματικών αρχών, και ιδίως την αρχή της διάκρισης των εξουσιών²⁶, οι οποίοι δεν δύνανται να εξαντλούνται στο πρόσχημα της εμπιστευτικότητας²⁷. Στο διατακτικό της ²⁸ η απόφαση κρίνει πτυχές της ενημέρωσης που παρείχε η Κυβέρνηση στο Κοινοβούλιο ελλιπείς και την στάση της Κυβέρνησης εν μέρει αντισυνταγματική. Συγκεκριμένα, μετά από ενδελεχή παρουσίαση όλων των σταδίων και εκφάνσεων της πραγματοποιηθείσας ενημέρωσης καταλήγει ρητά στο συμπέρασμα ότι η Κυβέρνηση δεν ενημέρωσε προσηκόντως και στους αναγκαίους χρόνους το Κοινοβούλιο τόσο όσον αφορά στην δημιουργία του μονίμου μηχανισμού στήριξης (ESM)²⁹, όσο και όσον αφορά στην ευρωπαϊκή διαμόρφωση του Συμφώνου για το Ευρώ+³⁰. Δεν προωθούσε στην Κάτω Βουλή όλα τα κρίσιμα έγγραφα και δεν την ενημέρωνε εγκαίρως για τις πρωτοβουλίες της και τις προθέσεις της. Και στο διατακτικό της απόφασης αναφέρονται αναλυτικά οι συγκεκριμένες πλημμέλειες που χαρακτήρισαν την υποχρέωση ενημέρωσης για το ESM³¹ και για το Σύμφωνο για το Ευρώ+³².

¹⁹ Παράγραφοι 29επ. της απόφασης.

²⁰ Βλ. υπ. αριθμ. 72/2011 δελτίο τύπου του Συνταγματικού Δικαστηρίου της 11.11.2011.

²¹ Βλ. και υπ. αριθμ. 42/2012 δελτίο τύπου του Συνταγματικού Δικαστηρίου της 19.6.2012.

²² Βλ. παράγραφο 7 του άρθρου.

²³ Βλ. παράγραφο 8 του άρθρου.

²⁴ Παράγραφος 131 της απόφασης.

²⁵ Παράγραφος 132 της απόφασης.

²⁶ Παράγραφοι 115 και 124 της απόφασης.

²⁷ Βλ. παράγραφο 9 του άρθρου.

²⁸ Παράγραφοι 133επ. της απόφασης.

²⁹ Παράγραφος 148 της απόφασης.

³⁰ Παράγραφος 154 της απόφασης.

³¹ Παράγραφοι 149επ. της απόφασης.

³² Παράγραφοι 155επ. της απόφασης.

6. Η διαμόρφωση του Μόνιμου Μηχανισμού Στήριξης και το Σύμφωνο για το Ευρώ+ είναι υποθέσεις στα πλαίσια της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατά την έννοια του Γερμανικού Συντάγματος

Σύμφωνα με το άρθρο 23 παρ. 2 του Γερμανικού Συντάγματος: «Σε υποθέσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης συμμετέχουν το Ομοσπονδιακό Γερμανικό Κοινοβούλιο και τα Γερμανικά Κρατίδια μέσω του Ομοσπονδιακού Γερμανικού Συμβουλίου. Η Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση πρέπει να ενημερώνει με πληρότητα και το νωρίτερο δυνατόν την Ομοσπονδιακή Βουλή και το Ομοσπονδιακό Συμβούλιο.» Το ερώτημα που μετ' επιτάσεως στον δημόσιο διάλογο αλλά και παρεμπιπτόντως ενώπιον του Συνταγματικού Δικαστηρίου τίθεται, είναι αν η διαμόρφωση του Μόνιμου Μηχανισμού Στήριξης και του Συμφώνου για το Ευρώ+ αποτελούν υποθέσεις στα πλαίσια της Ευρωπαϊκής Ένωσης³³, οπότε και είναι εφαρμοστέοι οι κανόνες δικαίου του άρθρου 23 παρ. 2 του Γερμανικού Συντάγματος.

Οι προσφεύγοντες επιχειρηματολογούν³⁴ και το Δικαστήριο αποφαινεται ρητά³⁵ ότι η διαμόρφωση του μονίμου μηχανισμού στήριξης αποτελεί υπόθεση στα πλαίσια της ΕΕ. Το Δικαστήριο επισημαίνει ότι η θέσπιση του Μόνιμου Μηχανισμού Στήριξης υπό τη νομική μορφή μίας ειδικής συμφωνίας διεθνούς δικαίου εκτός της ισχύουσας δομής της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν αναιρεί την φύση του ως υπόθεση στα πλαίσια της ΕΕ. Τονίζεται προς τεκμηρίωση της θέσης αυτής ότι ο μόνιμος μηχανισμός στήριξης συνεπάγεται νέες αρμοδιότητες των ευρωπαϊκών οργάνων και ιδίως της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, της Ευρωπαϊκής Κεντρικής Τράπεζας και του Δικαστηρίου της ΕΕ, όσον αφορά στην διαμόρφωση και στην παρακολούθηση των προγραμμάτων χρηματοδότησης κρατών μελών της ΕΕ³⁶. Παράλληλα διαπιστώνεται εύστοχα ότι η θέσπιση μόνιμου μηχανισμού στήριξης αποτελεί ουσιαστική τροποποίηση της οικονομικής και ιδίως της δημοσιονομικής πολιτικής της ΕΕ³⁷. Υποστηρίζεται παράλληλα ότι η θέσπιση του μόνιμου μηχανισμού στήριξης πρέπει να διασφαλιστεί με μία αντίστοιχη τροποποίηση του πρωτογενούς ευρωπαϊκού δικαίου³⁸. Ο ευρωπαϊκός μόνιμος μηχανισμός στήριξης χαρακτηρίζεται εν κατακλείδι από το Δικαστήριο ως υβριδικός θεσμός³⁹ με διακυβερνητικά, διεθνοδικαιικά χαρακτηριστικά, στα πλαίσια και στο κλίμα λειτουργίας όμως της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Με ανάλογα πειστικά επιχειρήματα τεκμηριώνεται από τους

³³ Βλ. και F. Baach, *Parlamentarische Mitwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Union*, 2008.

³⁴ Βλ παραγράφους 46επ., 99 επ. της απόφασης.

³⁵ Παράγραφοι 135επ. της απόφασης.

³⁶ Παράγραφοι 138επ. της απόφασης.

³⁷ Στην παράγραφο 46 αναλυτικά τεκμηριώνεται από τους προσφεύγοντες η θεσμική και λειτουργική δικτύωση του μόνιμου μηχανισμού στήριξης με σειρά νομικών ρυθμίσεων (άρθρα 119επ. 136 και 273 της ΣυνθΛΕΕ) του πρωτογενούς ευρωπαϊκού δικαίου.

³⁸ Παράγραφος 143 της απόφασης.

³⁹ Παράγραφος 144 της απόφασης.

προσφεύγοντες⁴⁰ και γίνεται δεκτή από το Δικαστήριο η υπαγωγή του Συμφώνου για το Ευρώ+ στην έννοια της ευρωπαϊκής υπόθεσης⁴¹.

7. Η πληρότητα της ενημέρωσης

Το Δικαστήριο απαιτεί ολοκληρωμένη, ουσιαστική ενημέρωση της Βουλής από την Κυβέρνηση για υποθέσεις Ευρωπαϊκής Ένωσης. Εξειδικεύει δε την έννοια του καθήκοντος ολοκληρωμένης, ενδεδειγμένης ενημέρωσης⁴². Θέτει κριτήρια ποιότητας, ποσότητας και επικαιρότητας της κυβερνητικής ενημέρωσης. Η απαίτηση για ολοκληρωμένη ενημέρωση εκτείνεται στην υποχρέωση ενημέρωσης της Βουλής όχι μόνο για πρωτοβουλίες και θέσεις της Κυβέρνησης, αλλά και για την ατζέντα, τις εξελίξεις και τα αποτελέσματα των επίσημων συσκέψεων στα όργανα της ΕΕ, όπως και των διαβουλεύσεων σε ημιεπίσημα και ανεπίσημα fora στα οποία συμμετέχει η Γερμανική Κυβέρνηση σε επίπεδο ΕΕ. Ολοκληρωμένη ενημέρωση, συμπληρώνει η απόφαση, σημαίνει και άμεση προώθηση στο Γερμανικό Κοινοβούλιο, όλων των εγγράφων των οργάνων της ΕΕ, επιτροπών και συμβουλίων στα πλαίσια εργασιών της ΕΕ αλλά και άλλων Κρατών-Μελών. Συμπληρώνεται δε ότι α) όσο πιο σύνθετες ή δύσκολες είναι οι συζητήσεις στα πλαίσια της ΕΕ, β) όσο τα θέματα που τίθενται προς διαβούλευση και απόφαση προσεγγίζουν ή και διαπερνούν τομείς της νομοθετικής αρμοδιότητας της κρατικής νομοθετικής εξουσίας, και γ) όσο πλησιάζει μία τυπική απόφαση σε επίπεδο Ευρωπαϊκού Συμβουλίου ΕΕ ή μία κρίσιμη συμφωνία ως απόρροια διαπραγματεύσεων⁴³, τόσο πιο εντατική, ουσιαστική, εμπριθής πρέπει να είναι η ενημέρωση από την γερμανική Κυβέρνηση προς το Γερμανικό Κοινοβούλιο. Συνελόντι ειπείν, πλήρης είναι η ενημέρωση που επιτρέπει την ουσιαστική συναπόφαση του Κοινοβουλίου.

8. Η επικαιρότητα της ενημέρωσης

Το Συνταγματικό Δικαστήριο επιμένει στην ανάγκη για επίκαιρη, έγκαιρη ενημέρωση του Κοινοβουλίου από την Κυβέρνηση. Κρίσιμη για αυτή την διάσταση του καθήκοντος ενημέρωσης είναι η ρητή διατύπωση του άρθρου 23 παρ. 2 του Γερμανικού Συντάγματος: «στο νωρίτερο δυνατό χρόνο⁴⁴». Ως επίκαιρη-έγκαιρη ενημέρωση νομολογείται αυτή που επιτρέπει στο γερμανικό Κοινοβούλιο την ενδεδειγμένη ενασχόληση με το εκάστοτε αντικείμενο της ευρωπαϊκής υπόθεσης, την εμπειριστατωμένη, πολυπρισματική και έγκυρη διαμόρφωση και εκφορά θέσης από το Γερμανικό Κοινοβούλιο, πριν η Γερμανική Κυβέρνηση εκφράσει επίσημα την θέση της ενόψει της λήψεως αποφάσεως από τα ευρωπαϊκά όργανα ή την σύναψη μίας

⁴⁰ Παράγραφοι 51επ.

⁴¹ Η υπαγωγή αυτή είναι κρίσιμη και για την εφαρμογή του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ. Βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.) Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ. Κατ' άρθρον Ερμηνεία, 2015, ιδίως σ. 589επ.

⁴² Ιδίως παράγραφοι 117επ. της απόφασης.

⁴³ Η διάσταση αυτή συνέχεται και με την επικαιρότητα της ενημέρωσης.

⁴⁴ «zum frühestmöglichen Zeitpunkt».

διακυβερνητικής συμφωνίας στα πλαίσια ή στο «εφαπτόμενο περιθώριο» της ΕΕ⁴⁵. Στο χρονικό επίπεδο λοιπόν, μόλις η Κυβέρνηση καταλήγει σε κάποια σημαντική ευρωπαϊκή απόφαση ή πρόταση, πρέπει να την γνωρίζει στην Βουλή και να διαβουλευέται με αυτή, πριν την υποστηρίξει στα ευρωπαϊκά όργανα.

9. Τι εκφεύγει της υποχρέωσης ενημέρωσης του Κοινοβουλίου

Η δικαστική απόφαση πραγματεύεται⁴⁶ και το δυσχερές νομικά αλλά κρίσιμο πρακτικό ερώτημα, τι δεν εμπίπτει στην υποχρέωση ενημέρωσης του γερμανικού Ομοσπονδιακού Κοινοβουλίου από την γερμανική Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση, στα πλαίσια υποθέσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το Δικαστήριο αποφαινεται ότι εκφεύγει της υποχρέωσης ενημέρωσης ό,τι εμπίπτει στην αόριστη νομική έννοια του «πυρήνα της κυβερνητικής (εκτελεστικής) αυτόνομης ευθύνης»⁴⁷. Σε αυτόν εντάσσονται σκέψεις, σταθμίσεις και πρωτόλειες πολιτικές κατευθύνσεις της Κυβέρνησης που δεν συγκροτούν έστω ενδιάμεσες ή επιμέρους θέσεις της Γερμανικής Κυβέρνησης, έτοιμες προς συζήτηση και υποστήριξη σε διαπραγματεύσεις με όργανα ή αξιωματούχους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή κυβερνητικούς εκπροσώπους άλλων Κρατών Μελών της ΕΕ ή δεν είναι έτοιμες προς δημοσιοποίηση. Για θέσεις της Γερμανικής Κυβέρνησης που δημοσιοποιούνται ή εισάγονται προς διαβούλευση σε όργανα ή fora της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή συνεχόμενα με την Ευρωπαϊκή Ένωση, η Κυβέρνηση πρέπει να ενημερώνει πλήρως και έγκαιρα το γερμανικό ομοσπονδιακό Κοινοβούλιο. Κοντολογίς, όταν είτε με πρωτοβουλία της ίδιας της Κυβέρνησης, είτε με αφορμή πρωτοβουλίες οργάνων της ΕΕ ή κρατών μελών της ΕΕ, η γερμανική Κυβέρνηση διαμορφώνει μια έστω μη τελική, αλλά πάντως δημοσιοποιούμενη και εισαγόμενη προς ευρωπαϊκή θεσμική βάση θέση συνεχόμενη με ευρωπαϊκές υποθέσεις, θα πρέπει το κοινοβούλιο να ενημερώνεται ολοκληρωμένα και άμεσα, τόσο για την θέση αυτή, όσο και για τα πραγματικά δεδομένα των συνεπόμενων θεσμικών ή άτυπων διαπραγματεύσεών της. Στον πυρήνα της κυβερνητικής αυτονομίας που δεν προσαπαιτεί πληροφόρηση του κοινοβουλίου, υπάγονται οι εσωτερικές συζητήσεις εντός της Κυβέρνησης για ευρωπαϊκά ζητήματα που δεν έχουν καταλήξει όμως σε κάποια πρωτοβουλία ή εν σπέρματι θέση. Όταν οι συζητήσεις, οι σκέψεις και οι προβληματισμοί εξελιχθούν σε κυβερνητική θέση ή πρωτοβουλία, τότε ξεκινά η υποχρέωση πλήρους και έγκαιρης ενημέρωσης του Κοινοβουλίου. Η όσμωση Κυβέρνησης και Κοινοβουλίου στην λήψη αποφάσεων στα πλαίσια υποθέσεων της ΕΕ είναι ένα ζήτημα κορυφαίο για το σύγχρονο συνταγματικό και ευρωπαϊκό δίκαιο. Έχει συνταγματικά και ευρωπαϊκά νομικά ερείσματα. Η συγκεκριμένη νοηματοδότηση της αόριστης έννοιας κλειδί «πυρήνα της κυβερνητικής (εκτελεστικής) αυτόνομης ευθύνης» έχει σημασία και πέραν του γερμανικού συνταγματικού δικαίου.

⁴⁵ Παράγραφοι 125επ. της απόφασης.

⁴⁶ Παράγραφοι 115 και 124 της απόφασης.

⁴⁷ «Kernbereich executiver Eigenverantwortung».

10. Η παράμετρος της εμπιστευτικότητας

Κεντρικό επιχείρημα της Γερμανικής Κυβέρνησης στην απέλλιδα προσπάθειά της να υποστηρίξει την συνταγματικότητα της στάσης που τήρησε όσον αφορά στην ενημέρωση του Γερμανικού Κοινοβουλίου για τον ESM και το Σύμφωνο για το Ευρώ +, ήταν ότι οι όποιες παραλείψεις ή καθυστερήσεις σημειώθηκαν στην ενημέρωση, ανάγονταν σε λόγους εμπιστευτικότητας για την διασφάλιση της αποτελεσματικότητας της γερμανικής στρατηγικής. Την θέση αυτή την αντιπαρέρχεται πειστικά η γερμανική Βουλή ενώπιον του Συνταγματικού Δικαστηρίου και την απορρίπτει τεκμηριωμένα το Δικαστήριο. Δεν υπάρχουν μυστικά και εμπιστευτικά δεδομένα που μπορεί να γνωρίζει η Κυβέρνηση και να μην τα κοινοποιεί στην Βουλή⁴⁸. Αν είναι εμπιστευτικά, πρέπει η Κυβέρνηση να τα κοινοποιεί αμελλητί στην Βουλή με την επισήμανση ότι πρέπει να τηρηθεί η μυστικότητα. Με απλά λόγια, η εμπιστευτικότητα δεν είναι μονοπωλιακό πεδίο της Κυβέρνησης. Σχετικές ρυθμίσεις για τις εμπιστευτικές πληροφορίες και την τήρηση της εχεμύθειας από την πλευρά του γερμανικού Ομοσπονδιακού Κοινοβουλίου υφίστανται και στον σχετικό ισχύοντα γερμανικό νόμο⁴⁹.

11. Τελικές παρατηρήσεις

Με την σχολιαζόμενη απόφαση «φρενάρεται» πειστικά νομικά ο πολιτικός ακτιβισμός της Γερμανικής Κυβέρνησης. Το Δικαστήριο υπεραμύνεται του δικαιώματος ουσιαστικής συμμετοχής του Κοινοβουλίου στην λήψη σημαντικών ευρωπαϊκών πολιτικών αποφάσεων από την Κυβέρνηση. Εκπέμπει μετριοπαθώς αλλά ρητά το μήνυμα ότι για την διαμόρφωση των ευρωπαϊκών εξελίξεων συναποφασίζουν βάσει του Συντάγματος από την πλευρά της Γερμανίας εκτελεστική και νομοθετική εξουσία. Αυτό δεν τηρήθηκε και πρέπει να τηρείται στο μέλλον στην πράξη. Το Δικαστήριο εποπτεύει νομικά και στηλιτεύει με παρρησία αυτή την λόγω μη τήρησης συνταγματικά προβλεπόμενων διαδικασιών πληροφόρησης επικίνδυνη υπερχειλίση του γερμανικού κυβερνητισμού. Ανάγλυφα απεικονίζει η απόφαση τα δημοκρατικά τραύματα που προκαλούνται όταν δεν τηρούνται κρίσιμες για την λειτουργία της δημοκρατίας και την ισορροπία της δικαιοκρατίας⁵⁰ νομικά προβλεπόμενες διαδικασίες. Το μήνυμα πρέπει να βρει «εύηκοα ώτα» στην γερμανική κυβέρνηση τόσο όσον αφορά στην στάση της απέναντι στην γερμανική νομοθετική εξουσία, όσο και απέναντι στα υπόλοιπα κράτη μέλη της ΕΕ.

Το ζητούμενο είναι σαφές: «περισσότερη Ευρώπη και στην οικονομική κρίση⁵¹ χωρίς εκπτώσεις στην συνταγματική δημοκρατία και δικαιοκρατία⁵²» και το νομολογεί

⁴⁸ Παράγραφος 153 της απόφασης.

⁴⁹ Παράγραφος 119 της απόφασης με παραπομπές στις αποφάσεις BVerfGE 67,100, 135; 70, 324,359;77, 1,48. Βλ. επίσης απόφαση του Δικαστηρίου της 28 Φεβρουαρίου 2012 επί της υπόθεσης 2 BvE 8,11 παράγραφος 149.

⁵⁰ Βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.) Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ. Κατ' άρθρον Ερμηνεία, 2015.

⁵¹ Βλ. ενδεικτικά Β. Τζέμος, Αναθεώρηση του Συντάγματος και Αναθεώρηση της Συνθήκης της Λισαβόνας, σε Β. Τζέμος, Μ. Πραβίτα (Επιμ.), «Συνταγματική Αναθεώρηση», 2015, σ. 1επ. και σε ΝοΒ 2014, σ. 2402επ., Β. Τζέμος Ευρωπαϊκή Ένωση και Δικαιοπολιτική, σε Β. Τζέμος (Επιμ.), Θεμελιώδη Δικαιώματα και Θεσμοί στην Εποχή της Κρίσης, Ebook προσβάσιμο σε www.dimosiodikaio.gr, σ. 414επ. και σε ΘΠΔΔ 2015, σ. 97επ.

εύστοχα η σχολιαζόμενη απόφαση του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου.

⁵² Για την ανάγκη σύζευξης ευδόκιμης ευρωπαϊκής προοπτικής και δημοκρατικών κεκτημένων του συνταγματικού κράτους βλ. J. Jahn, R. Müller, Die Normativität des Praktischen, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10.7.2012, D. Riedel, Unclare Grenzen, Handelsblatt, 11.7.2012.

Η ΑΝΤΙΜΕΤΩΠΙΣΗ ΤΗΣ ΦΟΡΟΔΙΑΦΥΓΗΣ ΚΑΙ ΟΙ ΝΕΕΣ ΚΥΡΩΣΕΙΣ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΤΟΥ Ν. 4337/2015

Δημήτριος Φινοκαλιώτης, Υποψήφιος Διδάκτωρ Α.Π.Θ., Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ του ΔΣΘ, Εκπρόσωπος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) στην Θεσσαλονίκη

1. Φορολογικές κυρώσεις

Η επιβολή φορολογικών κυρώσεων αποσκοπεί στην συμμόρφωση των φορολογούμενων προς τις διατάξεις του φορολογικού δικαίου¹. Όπως θα σημειωθεί και στη συνέχεια οι διατάξεις αυτές ενδέχεται να αφορούν τόσο ουσιαστικές υποχρεώσεις όσο και διαδικαστικές. Στην πρώτη περίπτωση, τυχόν παράβαση θα έχει ως αποτέλεσμα την συντέλεση φοροδιαφυγής. Αντιθέτως, οι διαδικαστικές παραβάσεις δεν συνδέονται αποκλειστικά με την επέλευση φοροδιαφυγής αλλά τελούνται ακόμα και χωρίς την ύπαρξη αυτής.

Μέχρι το έτος 1997 οι φορολογικές κυρώσεις βρίσκονταν διάσπαρτες στα επιμέρους φορολογικά νομοθετήματα. Με την εισαγωγή του νόμου «ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΠΟΙΝΙΚΕΣ ΚΥΡΩΣΕΙΣ ΣΤΗ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ ΚΑΙ ΑΛΛΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ»² επετεύχθη σε μεγάλο βαθμό η ενοποίηση του συστήματος επιβολής φορολογικών κυρώσεων. Επί σειρά ετών, ο Κώδικας Φορολογικών Κυρώσεων διατηρήθηκε σε εφαρμογή με κάποιες -όχι δομικές- βελτιώσεις και τροποποιήσεις. Το 2013 θεσπίστηκε ο Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας, στον οποίο ενσωματώθηκαν όλες οι προβλεπόμενες φορολογικές κυρώσεις με αντίστοιχη κατάργηση των διατάξεων του ν. 2523/97. Εκ πρώτης όψεως, ο Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας δεν μετέβαλλε ουσιωδώς το σύστημα των φορολογικών κυρώσεων, απλώς επέφερε κάποιες ήσσονος σημασίας αλλαγές και κυρίως οδήγησε σε μείωση του ύψους των κυρώσεων σε σχέση με το καθεστώς του ν. 2523/97.

Σχεδόν δύο χρόνια μετά, ο έλληνας νομοθέτης προχώρησε σε μια «γενναία» και εις βάθος αναμόρφωση του συστήματος φορολογικών κυρώσεων με την τροποποίηση των διατάξεων του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας με το ν. 4337/2015.

2. Συνοπτική παρουσίαση των νέων κυρώσεων

2. α. Το νέο σύστημα κυρώσεων για παραβάσεις φοροδιαφυγής

Με τις παρ. 3 και 4 του άρθρου 4 ν. 4337/2015 καταργήθηκαν όλες αυτές οι κυρώσεις που συνδέονταν στενά με το σκοπό της αντιμετώπισης της φοροδιαφυγής. Έτσι, με τις διατάξεις αυτές καταργήθηκαν οι διατάξεις των άρθρων 54 παρ. 1 στοιχ. θ' και 55 παρ. 1 και 2 ν. 4174/2013. Οι διατάξεις αυτές προέβλεπαν τις κυρώσεις για

¹ Για τις διοικητικές κυρώσεις γενικότερα, βλ. Τάχο, Διοικητικό Οικονομικό Δίκαιο, σελ. 138 επ.

² Ν. 2523/97, ΦΕΚ Α' 179

τις παραβάσεις της μη έκδοσης φορολογικού στοιχείου φοροδιαφυγής, έκδοσης και λήψης εικονικού ή ανακριβούς φορολογικού στοιχείου. Έτσι, πλέον έπαυε να υφίσταται η συχνά εμφανιζόμενη στην πράξη και τη νομολογία παράβαση της λήψης ή έκδοσης εικονικού φορολογικού στοιχείου.

Περαιτέρω, με την παρ. 8 του ίδιου άρθρου εισήχθη στον Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας νέο άρθρο 58^A που αφορά την επιβολή προστίμου σε περίπτωση διαπίστωσης φοροδιαφυγής στο ΦΠΑ.

Ειδικότερα, για παραβάσεις σχετικές με τον φόρο προστιθέμενης αξίας οι οποίες διαπιστώνονται κατόπιν ελέγχου, επιβάλλονται τα ακόλουθα πρόστιμα:

1. Σε περίπτωση μη έκδοσης φορολογικού στοιχείου ή έκδοσης ή λήψης ανακριβούς στοιχείου για πράξη που επιβαρύνεται με ΦΠΑ, επιβάλλεται πρόστιμο πενήντα τοις εκατό (50%) επί του φόρου που θα προέκυπτε από το μη εκδοθέν στοιχείο, ή επί της διαφοράς, αντίστοιχα.

2. Σε κάθε περίπτωση όπου διαπιστώνεται, η υποβολή ανακριβών δηλώσεων ή η μη υποβολή δηλώσεων, υποβολή δηλώσεων, με συνέπεια τη μη απόδοση ή τη μειωμένη απόδοση ή την επιπλέον έκπτωση ή επιστροφή ΦΠΑ, επιβάλλεται πρόστιμο ίσο με ποσοστό πενήντα τοις εκατό (50%) επί του ποσού του φόρου που θα προέκυπτε από την μη υποβληθείσα δήλωση ή επί της διαφοράς, αντίστοιχα.

3. Σε περίπτωση άσκησης οικονομικής δραστηριότητας χωρίς να έχει υποβληθεί δήλωση έναρξης εργασιών, παρά την ύπαρξη σχετικής υποχρέωσης, επιβάλλεται πρόστιμο ίσο με ποσοστό πενήντα τοις εκατό (50%) επί του ποσού του ΦΠΑ που θα έπρεπε να είχε αποδοθεί για όλη τη διάρκεια λειτουργίας της οικονομικής δραστηριότητας.

4. Σε κάθε πρόσωπο μη υπόχρεο σε υποβολή δηλώσεων ΦΠΑ που εκδίδει φορολογικά στοιχεία με ΦΠΑ, χωρίς να έχει τέτοια υποχρέωση, επιβάλλεται πρόστιμο ίσο με ποσοστό πενήντα τοις εκατό (50%) επί του αναγραφόμενου φόρου που δεν αποδόθηκε.

Από το σύνολο των ως άνω αλλαγών παρατηρείται μια στροφή του νομοθέτη, ο οποίος πλέον συνδέει ορθά το ύψος του διαφυγόντος φόρου, σε αντίθεση προς το παρελθόν, που το ύψος της κύρωσης συνδεόταν με το ύψος της συναλλαγής, το οποίο έυλογα είχε προκαλέσει σοβαρές εναστάσεις, στο μέτρο ιδίως που δεν υπήρχε διαφυγή φόρου. Έτσι, πλέον δεν αρκεί η τέλεση της λεγόμενης «παράβασης φοροδιαφυγής» αλλά θα πρέπει να έχει διαπιστωθεί και η φοροδιαφυγή.

2.β. Σκοπός των νέων ρυθμίσεων

Όπως προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4337/2015, βασικό σκοπό της νέας διάρθρωσης του συστήματος φορολογικών κυρώσεων αποτέλεσε ο εξορθολογισμός του ύψους αυτών, ούτως ώστε να είναι αναλογικότερη η επιβολή τους αλλά να αυξηθεί η εισπραξιμότητα των προστίμων αυτών. Επίσης, τονίζεται η ανάγκη διασφάλισης είσπραξης του ΦΠΑ δεδομένου του «κοινοτικού» χαρακτήρα του. Περαιτέρω, με την αιτιολογική έκθεση τονίζεται ότι με τις νέες ρυθμίσεις επιδιώκεται η κατάργηση των διαδικαστικών παραβάσεων, οι οποίες επιβάλλονταν σωρευτικά με τα πρόστιμα της συνυπάρχουσας φοροδιαφυγής. Υπό το πρίσμα αυτό σκοπός του νομοθέτη ήταν να καταργηθούν τα πρόστιμα που ήταν απολύτως αποσυνδεδεμένα με την ζημία του Δημοσίου και δεν είχαν κάποιο «αποζημιωτικό» χαρακτήρα.

Πάντως, ενδιαφέρον παρουσιάζει η Έκθεση της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής, η οποία φαίνεται να αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της κατάργησης των επίμαχων διατάξεων, δεδομένου μάλιστα ότι πρόκειται για ιδιάζουσες μορφές παραβατικής συμπεριφοράς.

Καταρχήν, η νομοθετική επιλογή αυτή μπορεί να χαρακτηριστεί επιτυχής, υπό την έννοια ότι συνδέει το ύψος της παράβασης με το ύψος του διαφυγόντος φόρου. Δεν μπορεί όμως να παραβλεφθεί το γεγονός ότι κατά την κύρωση αυτή δεν λαμβάνεται υπόψη η βαρύτητα της παραβατικής συμπεριφοράς του φορολογούμενου. Έτσι, επιβάλλεται ισόποση κύρωση τόσο στον λήπτη ενός εικονικού φορολογικού ως προς τη συναλλαγή στοιχείου όσο και σε αυτόν που απλώς δεν του αναγνωρίζεται το δικαίωμα έκπτωσης λόγω κάποιας τυπικής παράλειψης. Όσο και αν αυτή η εξίσωση των φορολογικών ξενίζει εκ πρώτης όψεως, δεν θα πρέπει να λησμονηθεί το γεγονός ότι οι παραβατικές συμπεριφορές θα τύχουν ποινικού κολασμού, χωρίς να επιδιώκεται η «τιμώρηση» των παραβατών μέσα από τις φορολογικού δικαίου κυρώσεις. Υπό το πρίσμα αυτό, οι επίμαχες διατάξεις μοιάζουν πιο εναρμονισμένες προς τις επιταγές του ΕΔΔΑ και τον κανόνα του *res bis in idem* που έχει απασχολήσει ουκ ολίγες φορές την θεωρία και νομολογία τα τελευταία χρόνια. Πάντως προς την κατεύθυνση αυτή θα ήταν σκόπιμη και η κατάργηση ποινικών κυρώσεων που συνδέονται όχι με την παραβατική συμπεριφορά του δράστη αλλά με την τέλεση φοροδιαφυγής και μόνο.

2.γ. Μεταβατικές διατάξεις

Με το άρθρο 7 του ν. 4337/2015 ρυθμίζονται οι μεταβατικές διατάξεις και κυρίως η αντιμετώπιση παραβάσεων που τελέστηκαν πριν από την εφαρμογή του νέου συστήματος. Ειδικότερα, με τις παρ. 3 και 5 του άρθρου 7 προβλέφθηκε ότι για τις παραβάσεις των διατάξεων του Κ.Β.Σ., του Κ.Φ.Α.Σ. αλλά και του άρθρου 55 παρ. 2 (όπως ίσχυε πριν την κατάργησή τους με το ν. 4337/2015) του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας, που διαπράχθηκαν μέχρι την εφαρμογή των διατάξεων ν. 4337/2015 και κατά την κατάθεση του παρόντος δεν έχουν εκδοθεί οι οριστικές πράξεις επιβολής προστίμων, δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις του ν. 2523/97 ούτε των άρθρων 54 και 55 ν. 4174/2013, αλλά επιβάλλονται τα κατωτέρω πρόστιμα:

α) Για παραβάσεις έκδοσης πλαστών στοιχείων ποσό ίσο με το 50% της αξίας κάθε στοιχείου.

β) Για παραβάσεις που αφορούν έκδοση εικονικών ή λήψη εικονικών στοιχείων ή νόθευση αυτών, καθώς και καταχώρηση στα βιβλία αγορών ή εξόδων χωρίς παραστατικά, ποσό ίσο με το 40% της αξίας κάθε στοιχείου. Εάν η αξία του στοιχείου είναι μερικώς εικονική ποσό ίσο με το 40% του μέρους της εικονικής αξίας.

γ) Όταν δεν δύναται να προσδιορισθεί η μερικώς εικονική αξία, ποσό ίσο με το 20% της αξίας του στοιχείου.

δ) Όταν η εικονικότητα ανάγεται αποκλειστικά στο πρόσωπο του εκδότη, ποσό ίσο με το 20% της αξίας του στοιχείου.

ε) Στην περίπτωση λήπτη εικονικού φορολογικού στοιχείου, ποσό 10% της αξίας του στοιχείου για κάθε παράβαση, εφόσον η λήψη του στοιχείου δεν είχε ως αποτέλεσμα τη μείωση του φόρου εισοδήματος του οικείου φορολογικού έτους.

στ) Για παραβάσεις που αφορούν μη έκδοση ή ανακριβή έκδοση στοιχείων ή άλλες παραβάσεις που έχουν σαν αποτέλεσμα την απόκρυψη της συναλλαγής ή

μέρους αυτής, η δε αποκρυβείσα αξία είναι μεγαλύτερη των χιλίων διακοσίων (1.200) ευρώ, ποσό ίσο με το 25% της αξίας της συναλλαγής ή του μέρους της αποκρυβείσας (μη εμφανισθείσας) αξίας για κάθε παράβαση.

ζ) Για τις λοιπές παραβάσεις, που δεν υπάγονται σε μια εκ των ανωτέρω περιπτώσεων ποσό ίσο με το 1/3 του οριζόμενου από τις διατάξεις του άρθρου 5 του ν.2523/1997, επιβαλλόμενου προστίμου, κατά περίπτωση, για κάθε παράβαση.

Περαιτέρω, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 7 ν. 4337/2015, οι ως άνω διατάξεις εφαρμόζονται και για εκκρεμείς υποθέσεις. Ως εκκρεμείς υποθέσεις, νοούνται οι υποθέσεις οι οποίες, κατά την κατάθεση του παρόντος, εκκρεμούν ενώπιον της διεύθυνσης επίλυσης διαφορών ή των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων ή του Συμβουλίου της Επικρατείας κατόπιν άσκησης εμπρόθεσμης ενδικοφανούς ή δικαστικής προσφυγής ή τακτικού ενδίκου μέσου ή αίτησης αναίρεσης ή για τις οποίες εκκρεμεί η προθεσμία άσκησης ενδικοφανούς ή δικαστικής προσφυγής ή τακτικού ενδίκου μέσου ή αίτησης αναίρεσης, καθώς και υποθέσεις για τις οποίες έχουν εκδοθεί οι σχετικές πράξεις αλλά δεν έχουν κοινοποιηθεί κατά την ημερομηνία κατάθεσης του νομοσχεδίου. Ως εκκρεμείς υποθέσεις νοούνται επίσης οι υποθέσεις για τις οποίες δεν έχει εκδοθεί οριστική δικαστική απόφαση αλλά προδικαστική απόφαση και δεν έχει γίνει εκ νέου συζήτηση της υπόθεσης. Για την εφαρμογή των διατάξεων της παραγράφου 3 απαιτείται ανέκκλητη δήλωση ανεπιφύλακτης αποδοχής, για την υπαγωγή στις ανωτέρω διατάξεις του συνόλου των παραβάσεων κάθε πράξης ή απόφασης της διεύθυνσης επίλυσης διαφορών ή του δικαστηρίου, και καταβολή του συνόλου της οφειλής, που προκύπτει μετά την εφαρμογή των διατάξεων της παραγράφου 3, άμεσα ή το αργότερο εντός δύο (2) εργάσιμων ημερών από την υποβολή της δήλωσης αποδοχής, άλλως δεν έχουν εφαρμογή οι ευνοϊκές για τον παραβάτη ρυθμίσεις της παραγράφου 3.

Η δήλωση έπρεπε να υποβληθεί στον προϊστάμενο της αρχής που εξέδωσε την πράξη, εντός ανατρεπτικής προθεσμίας ενενήντα (90) ημερών από τη δημοσίευση του ν. 4337/2015³ ή την κοινοποίηση στον φορολογούμενο της πράξης ή της απόφασης, κατά περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω. Στις περιπτώσεις που η υπόθεση εκκρεμεί ενώπιον των δικαστηρίων, με την ως άνω δήλωση αποδοχής συνυποβάλλεται και σχετική βεβαίωση του αρμόδιου δικαστηρίου ότι η υπόθεση δεν έχει συζητηθεί και δήλωση παραίτησης από το σχετικό δικόγραφο ή δικαίωμα.

Συγχρόνως, για προφανείς λόγους προβλέφθηκε ότι ποσά που έχουν καταβληθεί δεν επιστρέφονται, δεν συμψηφίζονται και δεν αναζητούνται, στα πλαίσια εφαρμογής του ευνοϊκότερου αυτού καθεστώτος.

Στις περιπτώσεις της κατά τα άνω αποδοχής, όπου συντρέχει περίπτωση, έχουν ανάλογη εφαρμογή οι διατάξεις της περίπτωσης α' της παρ. 1 του άρθρου 142 του Κώδικα Διοικητική Δικονομίας, τα αποτελέσματα της οποίας επέρχονται με την περιέλευση στη γραμματεία του Διοικητικού Δικαστηρίου σχετικής βεβαίωσης του Προϊσταμένου της φορολογικής αρχής που εξέδωσε την πράξη. Πρόκειται για την κατάργηση δίκης λόγω ελλείψεως αντικειμένου. Μέσα από την διατύπωση αυτή, στην ουσία επέρχεται διοικητική επίλυση της διαφοράς και ο φορολογούμενος στερείται του δικαιώματός του να αμφισβητήσει δικαστικά την κρίση της φορολογικής αρχής περί τέλεσης της παράβασης.

Από την επισκόπηση των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ένα διττό μεταβατικό σύστημα για όλες τις παραβάσεις που τελέστηκαν πριν την εφαρμογή του ν.

³ Με το άρθρο 45 ν. 4410/2016 δόθηκε νέα παράταση υποβολής αιτήσεων υπαγωγής στις ευεργετικές διατάξεις έως 30/10/2016

4337/2015. Η διαφοροποίηση εξαρτάται από το εάν έχει εκδοθεί η πράξη επιβολής της κύρωσης ή όχι. Για όλες τις παραβάσεις που τελέστηκαν υπό το προηγούμενο καθεστώς αλλά δεν έχουν εκδοθεί μέχρι σήμερα πράξεις, προβλέπεται η αυτόματη, και χωρίς τη συνδρομή καμίας άλλης προϋπόθεσης, επιβολή μειωμένων κυρώσεων. Αντίθετα, για παραβάσεις που έχουν ήδη εκδοθεί πράξεις επιβολής προστίμου και είναι εκκρεμείς κατά την έννοια του νόμου, η υπαγωγή στο νέο καθεστώς μειωμένων κυρώσεων προϋποθέτει την αίτηση του φορολογούμενου, την αποδοχή από μέρους του της πράξης και την άμεση καταβολή του μειωμένου ποσού.

Η διαφοροποίηση αυτή δεν φαίνεται να βρίσκει επαρκές αιτιολογικό έρεισμα. Το τυχαίο χρονικό κριτήριο της έκδοσης της διοικητικής πράξης, μπορεί να οδηγήσει στην διαφορετική αντιμετώπιση δύο ίδιων παραβάσεων που τελέστηκαν κατά τον ίδιο χρόνο και είχαν την ίδια έκταση, απλώς και μόνο λόγω του ότι ο καταλογισμός της παράβασης εκδόθηκε ως διοικητική πράξη σε διαφορετικό χρονικό σημείο (ακόμη και για μια μέρα διαφορά!!!).

Ως εκ του λόγου αυτού τίθεται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ισότητας. Στη νομολογία πάντως η διαφορετική αντιμετώπιση βάσει κάποιου χρονικού κριτηρίου κρίνεται κατά περίπτωση χωρίς να μπορεί να διατυπωθεί κάποιος σαφής κανόνας⁴. Σε κάθε περίπτωση, όμως, θα πρέπει η διαφορετική μεταχείριση να επιβάλλεται από λόγους γενικότερου κοινωνικού ή δημοσίου συμφέροντος⁵, ο οποίος λόγος θα πρέπει προφανώς να τελεί σε συνάφεια με το εφαρμοζόμενο κριτήριο βάσει του οποίου επέρχεται η διαφορετική αντιμετώπιση. Ειδικά στην περίπτωση της επιβολής των κυρώσεων, θα μπορούσε κανείς να υποστηρίξει ως επαρκή δικαιολογητικό λόγο, το πραγματικό γεγονός ότι ήδη έχουν εκδοθεί οι διοικητικές πράξεις καταλογισμού και ως εκ τούτου, η υποχρέωση της διοίκησης να τροποποιήσει αυτές θα επιβάρυνε αρκετά τη λειτουργία της δημόσιας διοίκησης. Η δικαιολόγηση όμως αυτή δεν εμφανίζεται επαρκής, καθώς και πάλι η διοίκηση θα υποχρεωθεί να αναπροσαρμόσει τις πράξεις σε όσους υποβάλλουν τη σχετική δήλωση εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας. Η πρόβλεψη πχ ανάγκης υποβολής αίτησης δεδομένου ότι ήδη υφίσταται διοικητική πράξη, καλυπτόμενη από το τεκμήριο νομιμότητας των διοικητικών πράξεων, δεν θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη διαφοροποίηση, καθώς το κριτήριο διαφοροποίησης τελεί σε συνάφεια με την διάκριση. Η υποχρέωση όμως «συμβιβασμού», καταβολής ποσού και παραίτησης από τυχόν δικαστική διεκδίκηση αποτελούν προϋποθέσεις που δεν δικαιολογούνται από την αιτία διαφοροποίησης και ως εκ τούτου παραβιάζουν την αρχή της ισότητας. Υπό την εκδοχή αυτή το αρμόδιο Δικαστήριο θα πρέπει να μεταρρυθμίσει τις κυρώσεις αυτές έστω βάσει των προβλεπόμενων κυρώσεων του άρθρου 7 ν. 4337/2015 ακόμα και στις περιπτώσεις που δεν τηρήθηκε η διαδικασία υποβολής αιτήματος.

3. Εφαρμογή ευνοϊκότερων κυρώσεων

Οι σταδιακές μειώσεις που επήλθαν νομοθετικά ως προς τις επιβαλλόμενες κυρώσεις, έχουν γεννήσει εύλογα ζητήματα εφαρμογής των νέων και ευνοϊκότερων διατάξεων. Σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρότερης ποινής απορρέει από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών και ότι, επομένως, πρέπει να θεωρείται γενική αρχή του κοινοτικού

⁴ Χρυσόγονος, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2006, σελ. 136-137, και εκεί παραπομπές σε νομολογία.

⁵ Χρυσόγονος, ο.π., σελ. 122.

δικαίου της οποίας την τήρηση διασφαλίζει το Δικαστήριο και την οποία ο εθνικός δικαστής υποχρεούται να σέβεται⁶.

Στην ελληνική όμως νομολογία δεν υπάρχει πλήρης ταύτιση για την προέλευση της αρχής αυτής. Έτσι, αν και το Συμβούλιο της Επικρατείας την αναγνωρίζει ως αρχή εφαρμοζόμενη και επί φορολογικών κυρώσεων, εντούτοις δεν υπάρχει συμφωνία ως προς την προέλευση της αρχής αυτής. Στην μάλλον κλασικότερη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας επί φορολογικών κυρώσεων, δεν αναγνωρίζεται στην αρχή αυτή κάποιο συνταγματικό έρεισμα⁷. Ο χαρακτήρας του νεότερου νόμου ως επεικέστερου δεν κρίνεται γενικώς, αλλά ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης, κατόπιν σύγκρισης όλων των σχετικών νομοθετημάτων που αφορούν στο χρονικό διάστημα από τη διάπραξη της παράβασης έως και την εκδίκαση της υπόθεσης από το διοικητικό δικαστήριο⁸ και εξέτασης ποιο από τα νομοθετήματα αυτά άγει, κατ' εκτίμηση των συνθηκών της, στην ελαφρότερη κύρωση⁹. Αυτονόητο είναι ότι για την εφαρμογή της αρχής αυτής θα πρέπει ταυτότητα των παραβατικών συμπεριφορών που αποτελούν προϋπόθεση της κύρωσης, τουλάχιστον ως προς την αντικειμενική υπόσταση αυτών¹⁰.

Η νομική βάση επί της οποίας θεμελιώνεται η αρχή έχει σημασία για το κατα πόσον σε αυτή θα προσδωθεί υπερνομοθετική ισχύ και συνεπώς δεν θα μπορεί να παραμεριστεί από αντίθετες ειδικές προβλέψεις ή σχετικές μεταβατικές διατάξεις. Ειδικά ως προς τις κυρώσεις που αποτελούν αντικείμενο της παρούσας εργασίας, ο εκάστοτε νομοθέτης προέβλεπε πάντα κάποια μεταβατική διάταξη¹¹, η οποία επέτρεπε την υπαγωγή παλαιών εκκρεμών υποθέσεων στην νέα ευνοϊκότερη διάταξη μέσω κάποιας ειδικής διοικητικής διαδικασίας, συνήθως υπό τη μορφή της διοικητικής επίλυσης και του συμβιβασμού. Η νομολογία δέχτηκε κατ' ουσίαν την δέσμευση των Δικαστηρίων από την προβλεπόμενη διοικητική διαδικασία, κρίνοντας ότι εάν δεν τηρήθηκε αυτή δεν υφίσταται δυνατότητα για το Δικαστήριο να εφαρμόσει την ευνοϊκότερη διάταξη¹². Υπό τις παραδοχές της νομολογίας αυτής και οι μεταβατικές διατάξεις του ν. 4337/2015 αποτελούν επιτρεπτή εξαίρεση από την ως άνω αρχή.

Η ελληνική νομολογία μέχρι στιγμής στις περιπτώσεις των φορολογικών κυρώσεων δεν δέχεται την ευρωπαϊκή – κοινοτική προέλευση της αρχής. Πάντως, βάσιμα υποστηρίζεται ότι τουλάχιστον στις κυρώσεις που συνδέονται με το δικαίωμα έκπτωσης του ΦΠΑ¹³, θα έπρεπε να τύχει εφαρμογής. Σε κάθε περίπτωση, έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ο κοινοτικός χαρακτήρας

⁶ Βλ. συναφώς απόφαση της 3ης Μαΐου 2005, C-387/02, C-391/02 και C-403/02, Berlusconi κ.λπ., Συλλογή 2005, σ. I-3565, σκέψεις 67 έως 69, C- 45/06, 420/06. Και η γερμανική νομολογία αναγνώρισε την αρχή αυτής ως κοινοτικής προέλευσης σε υπόθεση εφαρμογής κοινοτικού δικαίου με παραπομπή στη νομολογία του ΔΕΚ βλ. BVerwG, Urteil vom 01.10.2014 - 3 C 31.13, σκ. 24.

⁷ ΣτΕ 3348/2015, 120/2013. Συναφής είναι και η νομολογία του Αρείου Πάγου επί ποινικών κυρώσεων βλ. ΑΠ (Ποιν) 452/1999. Βλ. και Ελ. Θεοχαροπούλου, Η κατά χρόνο εφαρμογή των φορολογικών νόμων βάσει της διάκρισης μεταξύ ουσιαστικών και διαδικαστικών διατάξεων υπό το φως της νομολογίας του ΣτΕ, ΔΦΝ 2011, σελ. 711 και εκεί παραπομπές σε νομολογία.

⁸ ΣτΕ (7μ) 2556/2014, ΣτΕ 4469/2014, 2957/2013

⁹ ΣτΕ 102/2015 (Συμβ).

¹⁰ Φορτσάκης- Μυλωνογιάννης, Η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της λιγότερο επαχθούς φορολογικής κύρωσης, ΔΦΝ 2015, σελ. 1526.

¹¹ Βλ. άρθρο 24 ν. 2423/1997, άρθρο 66 (μετέπειτα 72) ν. 4174/2013 αλλά και άρθρο 7 ν. 4337/2015.

¹² ΣτΕ 3348/2015, 120/2013.

¹³ Παρατ. Γ Μυλωνογιάννη σε ΣτΕ 3348/2015, σε ΘΠΔΔ 11/2015

της αρχής αυτής στις περιπτώσεις τελωνειακών παραβάσεων¹⁴. Σε επίπεδο εφαρμογής του ν. 2523/97 η ελληνική νομολογία έχει δεχθεί μέχρι στιγμής τον κοινοτικό χαρακτήρα της αρχής αυτής κατά την επιβολή προσθέτων φόρων¹⁵.

Πάντως υποστηρίζεται με πειστικά επιχειρήματα η άποψη, ότι η αρχή αυτή μπορεί να θεμελιωθεί και επί των συνταγματικών αρχών της ισότητας (άρθρο 4 παρ. 1 Σ) και της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδαφ.δ'Σ)¹⁶. Ήδη υπό το νέο καθεστώς του ν. 4337/2015 παρατηρείται μια παραβίαση της αρχής της ισότητας επί τη βάση ενός τυχαίου χρονικού κριτηρίου, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω. Έτσι, για δύο παραβάσεις ίδιου ύψους και ίδιας βαρύτητας που τελέστηκαν κατά το ίδιο χρονικό σημείο, μπορεί να επιβληθούν διαφορετικές κυρώσεις εκ μόνου του τυχαίου γεγονότος της ολοκλήρωσης του ελέγχου. Ειδικότερα, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, οι μεταβατικές διατάξεις του ν. 4337/2015 δεν αντιμετωπίζουν κατά τρόπο ενιαίο τις κυρώσεις που αφορούν παραβάσεις τελεσθείσες υπό το παλαιότερο καθεστώς.

Πάντως ως προς το χαρακτήρα της αρχής της αναδρομικής εφαρμογής της ευνοϊκότερης κύρωσης, φρονώ ότι δύσκολα μπορεί να υποστηρίξει κανείς την ευρωπαϊκή ή ενωσιακή προέλευση της αρχής ειδικά κατά την επιβολή φορολογικών κυρώσεων. Η νομολογία του ΔΕΚ εξέτασε την εφαρμογή της αρχής αυτής επί κυρώσεων που αφορούσαν την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Πρόκειται δηλαδή για προσέγγιση του κοινοτικού δικαίου υπό το πρίσμα γενικών αρχών κοινοτικής προελεύσεως¹⁷. Ρητά δε στις αποφάσεις αυτές αναφέρεται η υποχρέωση του εθνικού δικαστή να εφαρμόσει την αρχή αυτή επί κυρώσεων για παραβάσεις της κοινοτικής νομοθεσίας. Φυσικά, το ΔΕΚ αναγνωρίζει την αρχή αυτή ως πηγάζουσα από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών και άρα και της ελληνικής, η αναφορά όμως αυτή γίνεται κατά τρόπο γενικό χωρίς ειδική μνεία ούτε στις συνταγματικές διατάξεις ούτε σε κάποια άλλη πηγή του εκάστοτε εθνικού δικαίου. Η αναφορά όμως αυτή δεν αρκεί για να παραμερίσει την αντονομία των κρατών – μελών ως προς την θέσπιση διατάξεων για την πάταξη της φοροδιαφυγής.

Υπερνομοθετική ισχύ θα μπορούσε να προσδώσει στην αρχή αυτή η εφαρμογή του άρθρου 7 της ΕΣΔΑ, εφόσον κριθεί ότι οι φορολογικές κυρώσεις έχουν χαρακτήρα ποινής βάσει των κριτηρίων Engel. Το ζήτημα αυτό, που έχει αποτελέσει αντικείμενο διαλόγου μεταξύ θεωρίας και νομολογίας, δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας εισήγησης και ως εκ τούτου θα εξεταστεί υπό το πρίσμα της υφιστάμενης νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, που δεν έχει δεχτεί την συνδρομή των κριτηρίων ως προς τις συγκεκριμένες παραβάσεις (ενδιαφέρον παρουσιάζει η στάση της νομολογίας ως προς την επιβολή πολλαπλών τελών λόγω τέλεσης λαθρεμπορίας που όμως δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας μελέτης)¹⁸. Ως εκ τούτου, με την μέχρι σήμερα υφιστάμενη νομολογία, η αρχή της εφαρμογής της ευνοϊκότερης διάταξης δεν μπορεί βρει το έρεισμα της στις διατάξεις της ΕΣΔΑ, ως προς την επιβολή κυρώσεων φοροδιαφυγής.

¹⁴ Ελ. Θεοχαροπούλου, ο.π., σελ. 711, ΣτΕ 4469/2014, 2957/2013

¹⁵ ΔΕφΑθ 5263/2014, ΔΕφΧαν 360/2013

¹⁶ Δημητράκοπουλος, Διοικητικές Κυρώσεις και Θεμελιώδη Δικαιώματα, σελ. 112-113. Βλ. και ΣτΕ 2031/2013 σύμφωνα με την οποία η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής ευνοϊκότερης διάταξης πηγάζει και από την αρχή της αναλογικότητας και εκεί παραπομπές σε νομολογία.

¹⁷ Φορτσάκης- Μυλωνογιάννης, ο.π., σελ. 1525-1526.

¹⁸ Πάντως στην απόφαση του ΕΔΔΑ Jussila, 23-1-2006, γίνεται δεκτό ότι και οι φορολογικές κυρώσεις όταν έχουν αποσυνδεθεί πλήρως από τον αποζημιωτικό τους σκοπό και συνιστούν απλώς ποινολόγηση αποβλέπουσα αποκλειστικά στην αποτροπή επαναδιάπραξης της παράβασης, συνιστούν ποινικού χαρακτήρα κυρώσεις.

Αλλά ούτε και η αρχή της ισότητας μπορεί να αποτελέσει τη θεωρητική βάση ανάδειξης της αρχής αυτής σε συνταγματικής προελεύσεως αρχή¹⁹. Ο διαφορετικός χρόνος τέλεσης της παράβασης αποτελεί επαρκή καταρχήν δικαιολογητική βάση διαφορετικής αντιμετώπισης από πλευράς του νομοθέτη λόγω των διαφορετικών συνθηκών τέλεσης, της εξέλιξης της οικονομίας αλλά και της απαξίας που εκφράζει ο νομοθέτης για την συγκεκριμένη παράβαση το επίμαχο διάστημα.

Ως προς την επίμαχη αρχή ως έκφανση της αρχής της αναλογικότητας, όμως, θα χρειαστεί ιδιαίτερη ανάλυση που ακολουθεί:

4. Αρχή αναλογικότητας

Ένα από τα ζητήματα που είχαν απασχολήσει τη νομολογία υπό το καθεστώς του ν. 2523/97, ήταν η συμβατότητα των εκεί προβλεπόμενων κυρώσεων με την συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας. Η αρχή της αναλογικότητας, απορρέουσα από την έννοια και τους θεσμούς του κράτους δικαίου, καθιερώνεται ήδη ρητώς από το Σύνταγμα (άρθρο 25 §1), ενώ συγχρόνως συγκαταλέγεται, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, μεταξύ των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, οι επιβαλλόμενοι από τον κοινό νομοθέτη και τη διοίκηση περιορισμοί εις την άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να είναι μόνον οι αναγκαίοι και να συνάπτονται προς τον υπό του νόμου επιδιωκόμενο σκοπό. Ένα μέτρο που προβλέπεται από διάταξη νόμου ως κύρωση για παράβαση διατάξεως, τότε μόνο αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, όταν από το είδος του ή τη φύση του είναι προδήλως ακατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού ή όταν οι δυσμενείς συνέπειες του μέτρου τελούν σε προφανή δυσαναλογία ή υπερακοντίζουν τον επιδιωκόμενο σκοπό²⁰.

Ο προβληματισμός που κλήθηκε να αντιμετωπίσει η νομολογία δεν ήταν ο αναμενόμενος, σχετικά με το ύψος των επιβαλλόμενων κυρώσεων αλλά με την συμβατότητα ενός αντικειμενικού συστήματος κυρώσεων χωρίς καμία δυνατότητα επιμέτρησης με την αρχή της αναλογικότητας.

Πάντως και για το ύψος των κυρώσεων, η νομολογία εφαρμόζει τον γενικό κανόνα ότι ένα μέτρο που προβλέπεται από διάταξη νόμου ως κύρωση για παράβαση διατάξεως, τότε μόνο αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, όταν από το είδος του ή τη φύση του είναι προδήλως ακατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού ή όταν οι δυσμενείς συνέπειες του μέτρου τελούν σε προφανή δυσαναλογία ή υπερακοντίζουν τον επιδιωκόμενο σκοπό²¹.

Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, επί της αρχής της αναλογικότητας μπορεί να θεμελιωθεί και η υποχρέωση εφαρμογής ευνοϊκότερης διάταξης.

Βάσει των ανωτέρω, με τις επίμαχες διατάξεις μπορούν να διατυπωθούν τρεις βασικές διαπιστώσεις ως προς την συμφωνία τους με την αρχή της αναλογικότητας:

¹⁹ Χρυσόγονος, ο.π., σελ. 136-137.

²⁰ ΣτΕ Ολ 990/2004.

²¹ ΣτΕ 990/2004 Ολ., 1402, 2938/2005, 596, 3005/2007, 628/2008, 956/2009

Α) Η έλλειψη εξουσίας επιμέτρησης τόσο από την φορολογική αρχή όσο και τα Διοικητικά Δικαστήρια δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, καθώς, όπως έχει ήδη νομολογηθεί, η θέσπιση αντικειμενικού συστήματος κυρώσεων χωρίς καμία διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, δεν αποτελεί μέτρο προδήλως ακατάλληλο και απρόσφορο ούτε υπερακοντίζει το δημόσιο σκοπό της αποφυγής της διαφθοράς των φορολογικών οργάνων, στον οποίο κυρίως αποβλέπει, του κολασμού του παραβάτη και της αποτροπής παρομοίων παραβάσεων, όταν μάλιστα με τον τρόπο αυτό αποφεύγονται συμπτώματα διαφθοράς των φορολογικών αρχών²².

Β) Από σκοπιάς ύψους των επιβαλλόμενων κυρώσεων, δεδομένου ότι είναι ηπιότερες σε σχέση με το προηγούμενο καθεστώς, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι με την επιβολή αυτών δεν υπερακοντίζεται ο επιδιωκόμενος σκοπός.

Γ) Ως προς την βάση επιμέτρησης των κυρώσεων, το νέο σύστημα είναι σαφώς πιο σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. Υπό το παλιό καθεστώς, τουλάχιστον στην πλειοψηφία των κυρώσεων, βάση υπολογισμού δεν αποτελούσε το ύψος της φοροδιαφυγής αλλά το ύψος της συναλλαγής ή ακόμα και η κατηγορία των τηρούμενων βιβλίων. Στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, είχε διατυπωθεί η θέση ότι ευλόγως λαμβάνεται ως βάση επιμέτρησης η αξία του φορολογικού στοιχείου, καθώς αυτή συνδέεται άμεσα με το ύψος της φοροδιαφυγής²³. Η θέση όμως αυτή, προφανώς, δεν είναι σωστή, τουλάχιστον όχι σε όλες τις περιπτώσεις. Αν και κατά κανόνα η λήψη εικονικών φορολογικών στοιχείων συνδεόταν με σκοπούς φοροδιαφυγής, εντούτοις σε διάφορες περιπτώσεις υποκρυπτόταν κάποιος άλλος σκοπός²⁴.

Υπό το πρίσμα αυτό, το νέο σύστημα φορολογικών κυρώσεων κατά το οποίο οι επιβαλλόμενες κυρώσεις υπολογίζονται επί τη βάσει του διαφυγόντος φόρου είτε στην φορολογία εισοδήματος είτε στον ΦΠΑ, είναι σαφώς περισσότερο συμβατές προς την αρχή της αναλογικότητας.

Δ) Μεγαλύτερο ζήτημα τίθεται, όμως, ως προς την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο μέτρο που αυτή επιβάλλει την εφαρμογή αναδρομικά ευνοϊκότερης διάταξης. Όπως βάσιμα υποστηρίζεται, εφόσον ένα μέτρο κρίθηκε ακατάλληλο για να επιτευχθεί ο επιδιωκόμενος με αυτό σκοπός, τότε επιβάλλεται από την αρχή της αναλογικότητας να εφαρμοσθεί το «νέο» μέτρο που κρίνεται πλέον πρόσφορο²⁵. Άλλως υφίσταται ήδη ομολογία του νομοθέτη ότι το επιβαλλόμενο μέτρο επιβάλλεται χωρίς να τηρείται η αρχή της καταλληλότητας. Στην αιτιολογική δε έκθεση του ν. 4337/2015 ρητώς αναφέρεται ότι μέσα από τις διατάξεις αυτές η αναλογικότερη επιβολή τους. Εξάλλου και στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας έχει γίνει δεκτό ότι η εφαρμογή της ευνοϊκότερης διάταξης επιβάλλεται

²² ΣτΕ (7μ) 2402/2010

²³ ΣτΕ 2402/2010

²⁴ Παράδειγμα 1: Λήψη εικονικού φορολογικού στοιχείου για λήψη επιδότησης απο εταιρεία που εμφανίζει ούτως ή άλλως ζημιές. Σκοπός στην περίπτωση αυτή ήταν η λήψη της επιδότησης και όχι τυχόν φορολογικό όφελος. Παράδειγμα 2: Εικονικές συναλλαγές συγγενικών εταιρειών με σκοπό τη διόγκωση του τζίρου τους είτε για να επιτύχουν καλύτερο τραπεζικό δανεισμό είτε λόγους χρηματιστηριακούς. Παράδειγμα 3: Εικονικότητα ως προς το πρόσωπο του εκδότη, όπου απλά ο πραγματικός εκδότης κωλύεται για κάποιο λόγο να ασκησει εμφανώς την δραστηριότητα και χρησιμοποιεί συγγενικό του πρόσωπο, το οποίο όμως αποδίδει κανονικά τους φόρους.

²⁵ Φορτσάκης- Μυλωνογιάννης, ΔΦΝ 2015, σελ. 1528-1529.

από την αρχή της αναλογικότητας²⁶. Πάντως και στην περίπτωση αναγωγής της αρχής αυτής ως εφαρμογή των αρχών της ισότητας και αναλογικότητας, υποστηρίζεται βάσιμα, ότι μπορεί και πάλι ο νομοθέτης να εισάγει αποκλίσεις εφόσον αυτές δικαιολογούνται ειδικά²⁷. Τέτοια, όμως, ειδική αιτιολογία δεν προκύπτει ούτε από το γράμμα του ν. 4337/2015 ούτε από την αιτιολογική του έκθεση. Ως εκ τούτου, και εφόσον από την αιτιολογική έκθεση προκύπτει ότι το νέο σύστημα είναι «αναλογικότερο» και θα αυξήσει την εισπραξιμότητα των επιβαλλόμενων κυρώσεων (και άρα καταλληλότερο και αποτελεσματικότερο), θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι θα πρέπει να εφαρμοσθούν οι νέες διατάξεις και επί των παλαιών παραβάσεων κατ'εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας.

Συνοψίζοντας, το νέο σύστημα κυρώσεων τελεί σε αρμονία με την αρχή της αναλογικότητας, με εξαίρεση τις μεταβατικές διατάξεις, καθ'ό μέρος με αυτές αποκλείεται η εφαρμογή του νέου «αναλογικότερου» συστήματος επί των παλαιών παραβάσεων.

5. Βάρος απόδειξης «εικονικότητας»

Μία ακόμη συνέπεια του νέου συστήματος κυρώσεων αποτελεί η κατανομή του βάρους απόδειξης στην περίπτωση επιβολής κυρώσεων λόγω ανακρίβειας δήλωσης φόρου εισοδήματος ή ΦΠΑ λόγω καταχώρησης εικονικών συναλλαγών. Υπό το καθεστώς της επιβολής κυρώσεων λόγω διαδικαστικών παραβάσεων, η νομολογία δεχόταν παγίως τον κανόνα ότι το βάρος απόδειξης φέρει, καταρχήν, η φορολογική αρχή. Περαιτέρω, δεχόταν την εφαρμογή τεκμηρίων που μετέθεταν το βάρος απόδειξης στο λήπτη του φορολογικού στοιχείου. Αντίθετα, με πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ έγινε δεκτό ότι *«Εναπόκειται στη φορολογική αρχή, η οποία έχει διαπιστώσει ότι ο εκδότης του τιμολογίου διέπραξε απάτες ή παρατυπίες να αποδείξει, με βάση αντικειμενικά στοιχεία και χωρίς να απαιτεί από τον παραλήπτη του τιμολογίου να προβεί σε ελέγχους τους οποίους δεν οφείλει να διενεργήσει, ότι ο παραλήπτης αυτός γνώριζε ή οφείλε να γνωρίζει ότι η πράξη της οποίας έγινε επίκληση προς στήριξη του δικαιώματος έκπτωσης εντασσόταν στο πλαίσιο φοροδιαφυγής ως προς τον ΦΠΑ, πράγμα το οποίο εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει»*²⁸. Και ναι μεν η εν λόγω νομολογία του ΔΕΕ δεν μπορούσε να τύχει εφαρμογής επί παραβάσεων σχετικών με την τήρηση των βιβλίων και στοιχείων και όχι στενά συνυφασμένων με φοροδιαφυγή ΦΠΑ, υπό το νέο όμως καθεστώς της κύρωσης του άρθρου 58 Α ν. 4174/2013, η νομολογία του ΔΕΕ θα πρέπει να τύχει εφαρμογής, καθότι πλέον η κύρωση συνδέεται στενά με το δικαίωμα έκπτωσης και θα πρέπει να τηρείται η αρχή της ουδετερότητας του ΦΠΑ. Συνεπώς στην περίπτωση που ο καταλογισμός κύρωσης κατά το άρθρο 58^Α ν. 4174/2013 ερείδεται επί τη βάσει μη αναγνώρισης προς έκπτωσης «εικονικού» τιμολογίου, τότε η φορολογική αρχή θα πρέπει να φέρει το βάρος απόδειξης όχι μόνο της εικονικότητας αλλά και της γνώσης του λήπτη για τη συμμετοχή του στη φοροδιαφυγή²⁹.

6. Επίλογος

²⁶ ΣτΕ 2031/2013

²⁷ Δημητρακόπουλος, Εισήγηση σε ΕΣΔΙ, ανηρτημένη στο <http://www.humanrightscaselaw.gr/>

²⁸ C- 277/14 (σκ. 50).

²⁹ Δ. Φινοκαλιώτης, Το δικαίωμα έκπτωσης του ΦΠΑ στην πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Το Δημόσιο Δίκαιο μέσα από τις αποφάσεις των Δικαστηρίων, 3^ο επιστημονικό συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, Αθήνα 1 και 2 Δεκεμβρίου 2015, 2016, σελ. 187.

Η επιλογή διοικητικών κυρώσεων αποβλέπouσα τόσο στον κολασμό του παραβάτη όσο και στην αποτροπή της παράβασης, θα πρέπει να εξετάζεται και να αποφασίζεται με ιδιαίτερη φειδώ και πάντα υπό το πρίσμα θεμελιωδών αρχών που τυγχάνουν εφαρμοστέες και πάντα υπό το πρίσμα θεμελιωδών αρχών που τυγχάνουν εφαρμοστέες και γενικά αποδεκτές σε ότι αφορά τις «κυρώσεις» αυτές και ιδίως την αρχή της αναλογικότητας και της αρχής «ne bis in idem»

Πρώτον, διότι το ίδιο αποτέλεσμα θα μπορούσε να επιδιωχθεί μέσα από ποινικές κυρώσεις. Και ναι μεν διάφορα επιχειρήματα συνηγορούν υπέρ της διατήρησης του χαρακτήρα των διοικητικών κυρώσεων, όπως η επιβάρυνση της ποινικής δικαιοσύνης, οι ειδικές γνώσεις των διοικητικών οργάνων αλλά και των διοικητικών δικαστών, και η διαβάθμιση της ηθικής και κοινωνικής αποδοκιμασίας³⁰, εντούτοις τα επιχειρήματα αυτά υποχωρούν, όταν ο νομοθέτης έχει επιλέξει την συρροή διοικητικών και ποινικών κυρώσεων.

Δεύτερον, διότι οι φορολογικές κυρώσεις επιβάλλονται κατά ένα σύστημα αντικειμενικό, το οποίο αν και φαινομενικά είναι «δίκαιο» λόγω της εκ των προτέρων γνώσης των συνεπειών που επιφέρουν οι φορολογικές παραβάσεις, εντούτοις η αντικειμενικοποίηση αυτή στερεί τόσο από την φορολογική διοίκηση όσο και από τον διοικητικό δικαστή την ευχέρεια να προσδιορίσει την κατάλληλη κατά περίπτωση κύρωση.

Τρίτον, διότι η θέσπιση των κυρώσεων αυτών δικαιολογείται μόνο εάν επιτυγχάνει τον αποτρεπτικό σκοπό της. Ο απλός κολασμός του παραβάτη δεν προσιδιάζει στην άσκηση διοικητικής εξουσίας. Η δημόσια διοίκηση, σκοπό έχει να επιτύχει την βέλτιστη οργάνωση αυτής. Η επιβολή κυρώσεων στους παραβάτες πρέπει να αποτελέσει μέσο για την ευόδωση του σκοπού αυτού και όχι αυτοσκοπό.

Υπό το πρίσμα των ανωτέρω η αποτίμηση του νέου συστήματος κυρώσεων είναι θετική. Καταρχήν, συνδέθηκε η κύρωση με την διαφυγή του φόρου και περιορίστηκαν οι διαδικαστικές παραβάσεις. Περαιτέρω, σε σύντομο σχετικά χρονικό διάστημα επήλθε ένας εξορθολογισμός των κυρώσεων με τη μείωση του ύψους τους. Πάντως, η αναγνώριση από πλευράς του νομοθέτη της ανάγκης των αλλαγών αυτών, θα έπρεπε να συνοδευτεί και με μία διόρθωση των παλαιότερων «κακώς κείμενων» και όχι απλά να επιλεγεί μια λύση τύπου «να χρυσώσουμε το χάπι» ως προς τις παλιές παραβάσεις. Η ομολογία αποτυχίας του παλαιού συστήματος φορολογικών κυρώσεων θα πρέπει να συνοδεύεται με ριζική αναμόρφωση του συστήματος χωρίς χρονικούς περιορισμούς.

³⁰ Δημητρακόπουλος, ο.π., σελ. 1.

ΠΡΟΣΦΑΤΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΜΕΤΑ ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΔΡΑΣΗΣ ΤΟΥ ΟΟΣΑ ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΑΒΡΩΣΗ ΤΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΒΑΣΗΣ ΚΑΙ ΤΗ ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΚΕΡΔΩΝ

Βασιλική Αθανασάκη, Δικηγόρος – Φορολογικός Σύμβουλος, LL.M. Δημοσίου Δικαίου, Υποψήφια Διδάκτωρ Φορολογικού Δικαίου Πανεπιστημίου Αθηνών

1. Εισαγωγή

Το εν λόγω άρθρο πραγματεύεται το κεφαλαιώδους σημασίας ζήτημα των πρόσφατων εξελίξεων στο πεδίο του φορολογικού δικαίου σε παγκόσμιο επίπεδο για την πάταξη φαινομένων φοροδιαφυγής και φοροαποφυγής, που εκδηλώνονται προεχόντως μέσω της προσπάθειας διάβρωσης της φορολογικής βάσης των κρατών και της μεταφοράς κερδών σε κράτη με ευνοϊκότερο φορολογικό συντελεστή.

Η διάβρωση της φορολογικής βάσης και η μεταφορά κερδών αναφέρεται σε στρατηγικές φορολογικού σχεδιασμού που εκμεταλλεύονται τα κενά και τις αναντιστοιχίες των φορολογικών νόμων με αποτέλεσμα τη μη καταβολή εταιρικού φόρου ή την ελάχιστη καταβολή εταιρικού φόρου που οδηγεί σε απώλεια παγκόσμιων φορολογητέων εσόδων 2013-2015 της τάξης του 4%-10% των παγκόσμιων εσόδων εταιρικής φορολογίας (\$100-\$240 δις ετησίως).

Σκοπός των στρατηγικών αυτών είναι η «εξαφάνιση» του εισοδήματος για φορολογικούς σκοπούς ή η μεταφορά του σε χώρες με χαμηλούς ή μηδενικούς φορολογικούς συντελεστές, στις οποίες δεν υπάρχει πραγματική δραστηριότητα.

Η αλληλεπίδραση των φορολογικών κανόνων μπορεί να οδηγήσει σε διπλή φορολόγηση αλλά και σε διπλή μη φορολόγηση λόγω των κενών που προκύπτουν από τη συνεφαρμογή των κανόνων, με αποτέλεσμα τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και των επενδυτικών αποφάσεων.

2. Ιστορική Αναδρομή

Το Πρόγραμμα του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (εφεξής καλούμενος «ΟΟΣΑ»)¹ για την αντιμετώπιση φαινομένων διάβρωσης φορολογικής

¹ Ο Ο.Ο.Σ.Α. αρχικά συνιστούσε τη συνέχεια του Οργανισμού Ευρωπαϊκής Οικονομικής Συνεργασίας («Organization for European Economic Co-operation»), ο οποίος ιδρύθηκε στις 16 Απριλίου 1948 και που μετά το Β΄ Παγκόσμιο Πόλεμο είχε την ευθύνη του συντονισμού του σχεδίου Marshal για την οικονομική ανόρθωση της Ευρώπης και αφού το 1928, η Κοινωνία των Εθνών παρουσίασε τρία πρότυπα διεθνών συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας. Στις 14 Δεκεμβρίου 1960, είκοσι χώρες υπέγραψαν τη συνθήκη ίδρυσης του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης, του οποίου ο ρόλος αφορούσε διατλαντική οικονομική συνεργασία. Ο ΟΟΣΑ ιδρύθηκε το 1961, βάσει του άρθρου 1 της Συνθήκης που υπογράφηκε στις 14 Δεκεμβρίου 1960 και τέθηκε σε ισχύ στις 30 Σεπτεμβρίου 1961. Σκοπός του ΟΟΣΑ είναι η προώθηση πολιτικών που αποβλέπουν στην ενίσχυση της οικονομικής ανάπτυξης των κρατών μελών καθώς και στην ενίσχυση του παγκόσμιου εμπορίου χωρίς διακρίσεις (άρθρο 1 της Συνθήκης για την ίδρυση του ΟΟΣΑ). Ο ΟΟΣΑ διοικείται από το Συμβούλιο, το οποίο απαρτίζεται από εκπροσώπους των 30 κρατών μελών και της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Κοινότητας. Το Συμβούλιο διορίζει το Γενικό Γραμματέα, ο οποίος προεδρεύει στις συνελεύσεις και επίσης διορίζει και ελέγχει τη Γραμματεία του ΟΟΣΑ. Σύμφωνα με το άρθρο 5 της

βάσης και μεταφοράς κερδών στοχεύει στην αντιμετώπιση των στρεβλώσεων μέσω α) συστάσεων στις χώρες για τροποποιήσεις του εθνικού τους φορολογικού δικαίου, β) τροποποιήσεων στο Μοντέλο Σύμβασης του ΟΟΣΑ, επί του οποίου εδράζεται η πλειοψηφία των διμερών συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας που έχει συνάψει και η Ελλάδα με άλλες χώρες και συστάσεων για την υιοθέτησή τους και γ) τροποποιήσεων στις Κατευθυντήριες Οδηγίες του ΟΟΣΑ για την ενδοομιλική τιμολόγηση.

Η έναρξη των σχετικών εργασιών τοποθετείται περί το 2012, ενώ στις 12/2/2013 δημοσιεύθηκε η Έκθεση του ΟΟΣΑ και της G20 για την Αντιμετώπιση Φαινομένων Διάβρωσης Φορολογικής Βάσης και Μεταφοράς Κερδών. Περαιτέρω, στις 19/7/2013 εκδόθηκε το Σχέδιο Δράσης του ΟΟΣΑ κατά της Διάβρωσης Φορολογικής Βάσης και Μεταφοράς Κερδών (OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting ή “BEPS”, όπως ο σχετικός όρος έχει επικρατήσει διεθνώς).

Στη συνέχεια και κατόπιν της δημοσίευσης Προσχεδίων Εκθέσεων για τις επιμέρους δράσεις που προτείνονται από τον ΟΟΣΑ, στις 5/10/2015 εκδόθηκαν οι Τελικές Εκθέσεις και μία Ερμηνευτική/Αιτιολογική Έκθεση.

Παρακάτω παρατίθεται πίνακας με σχετικό χρονοδιάγραμμα ως προς τα επόμενα βήματα που πρόκειται να πραγματοποιηθούν στο πλαίσιο του Σχεδίου Δράσης για τα BEPS:

	Δράση
Ιούλιος 2013	Δημοσίευση του Σχεδίου Δράσης
Σεπτέμβριος 2013	Σύνοδος κορυφής των ηγετών της G20 στο St. Petersburg
Οκτώβριος 2013	Συνάντηση των Υπουργών Οικονομικών της G20 και των Κεντρικών Τραπεζών στην Ουάσινγκτον
Σεπτέμβριος 2014	Πρώτος γύρος των συστάσεων (“Recommendations”) και των προτεινόμενων ενεργειών
Σεπτέμβριος 2015	Δεύτερος γύρος συστάσεων, συμπεριλαμβανομένων των αναγκαίων αλλαγών στα Μοντέλα Σύμβασης για την Αποφυγή Διπλής Φορολογίας και σχετική καθοδήγηση, προτεινόμενη εσωτερική νομοθεσία σε επίπεδο κρατών και προτάσεις για πολυμερή εφαρμογή.
Οκτώβριος 2015	Δημοσίευση των δεκατριών τελικών εκθέσεων επί των δεκαπέντε δράσεων και μίας Ερμηνευτικής/Αιτιολογικής Έκθεσης.

Συνθήκης, για την επίτευξη των στόχων του ο ΟΟΣΑ μπορεί να λαμβάνει αποφάσεις, οι οποίες είναι δεσμευτικές για τα κράτη μέλη, να προβαίνει σε συστάσεις στα κράτη μέλη, οι οποίες δεν είναι δεσμευτικές αλλά έχουν ηθική βαρύτητα (moral force), ή να συνάπτει συμφωνίες με τα κράτη μέλη, με τρίτα κράτη και με διεθνείς οργανισμούς.

3. Βασικοί Στόχοι του Σχεδίου Δράσης

Το Σχέδιο Δράσης για την καταπολέμηση των φαινομένων διάβρωσης της φορολογικής βάσης και της μετακύλισης των φορολογητέων εσόδων, το οποίο έχει τη δυνατότητα να μετασχηματίσει τις φορολογικές πολιτικές και πολιτικές ενδοομιλικής τιμολόγησης που εφαρμόζονται από τις κυβερνήσεις με αποδέκτες τους φορολογουμένους, κατατάσσεται σε 15 επιμέρους σημεία δράσης που αφορούν περιοχές, όπως η ψηφιακή οικονομία (digital economy), οι υβριδικές αναντίστοιχες διευθετήσεις (“hybrid mismatch arrangements”), οι ενδοομιλικές συναλλαγές (“transfer pricing”) και η εξασφάλιση διαφάνειας (“transparency”). Τα δεκαπέντε σημεία δράσης οργανώνονται γύρω από τρεις βασικούς άξονες, ήτοι τη βελτίωση της αλληλεπίδρασης των συστημάτων εταιρικού φόρου σε διαφορετικές χώρες, την επανευθυγράμμιση της φορολογίας με την οικονομική ουσία (“substance”) των συναλλαγών και τη διαφάνεια.

Το Σχέδιο Δράσης για τα BEPS είχε ως στόχο, ειδικότερα, την εξεύρεση κατάλληλων δράσεων για την αντιμετώπιση φαινομένων διάβρωσης, την εύρεση πόρων και τρόπων εφαρμογής των δράσεων, την πρόβλεψη προθεσμιών για την ολοκλήρωση των επιμέρους ενεργειών και την εξισορρόπηση της φορολόγησης με βάση την πηγή του εισοδήματος με τη φορολόγηση με βάση την κατοικία του φορολογουμένου.

Επίκεντρο παραμένει η αρχή των ίσων αποστάσεων,² η οποία επικρατεί στο πεδίο της ενδοομιλικής τιμολόγησης.

² Προκειμένου να αντιμετωπισθούν τα ζητήματα, τα οποία προκύπτουν από την αναγκαιότητα καθορισμού τιμών transfer pricing στις συναλλακτικές σχέσεις συνδεδεμένων επιχειρήσεων, ώστε να επιτευχθεί μία συνεπής και ορθολογική κατανομή του εισοδήματος που προκύπτει από τις μεταξύ τους σχέσεις μεταξύ διαφορετικών κρατών εγκατάστασής τους, έχει διεθνώς επικρατήσει η εφαρμογή της αρχής «arm’s length». Βλ. OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrators, loose-leaf από Ιούλιο 1995, Κεφάλαιο I, Α. Η ίδια αρχή υπάρχει επίσης και στο Μοντέλο του ΟΗΕ για Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας μεταξύ Ανεπτυγμένων και Αναπτυσσόμενων Κρατών (Model United Nations Double Taxation Convention between Developed and Developing Nations). Βλ και Ανδρέας Τσουρουφλής, Η ενδοομιλική τιμολόγηση, Transfer Pricing, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010 σελ. 26 επ. Επισημαίνεται όμως, ότι η αρχή arm’s length δεν αποτελεί τη μοναδική εναλλακτική για την αντιμετώπιση των σχετικών θεμάτων, καθώς, πέρα από αυτή, έχει προταθεί θεωρητικά αλλά και εφαρμοσθεί στην πράξη η αρχή της παγκόσμιας κατ’ αποκοπή κατανομής («global formula apportionment»). Με βάση αυτή την προσέγγιση το συνολικό εισόδημα πολυεθνικών εταιρειών θα πρέπει να κατανέμεται μεταξύ των εγκαταστάσεών τους σε περισσότερες χώρες με βάση μια προκαθορισμένη φόρμουλα. Κατά συνέπεια, για την εφαρμογή της ανωτέρω αρχής θα πρέπει αρχικά να προσδιορισθούν ποιες ακριβώς συνδεδεμένες επιχειρήσεις και μόνιμες εγκαταστάσεις ενός πολυεθνικού ομίλου εταιρειών θα περιληφθούν στον υπολογισμό, να υπολογισθούν με ακρίβεια τα συνολικά φορολογητέα κέρδη τους που προκύπτουν στα διαφορετικά κράτη εγκατάστασής τους (η παγκόσμια δηλαδή φορολογητέα βάση τους) και τελικά να υπολογισθεί η φόρμουλα με βάση την οποία θα κατανεμηθούν τα παγκόσμια κέρδη του ομίλου μεταξύ των κρατών εγκατάστασης των εταιρειών και των μόνιμων εγκαταστάσεων που διατηρεί στα διάφορα κράτη. Προκύπτει, λοιπόν σαφώς από τα ανωτέρω ότι η πρακτική εφαρμογή της τεχνικής αυτής προϋποθέτει την προηγούμενη συμφωνία των φορολογικών αρχών όλων των κρατών στα οποία δραστηριοποιείται ένας πολυεθνικός όμιλος εταιρειών, τη δυνατότητα υπολογισμού των φορολογητέων κερδών που προκύπτουν σε κάθε κράτος με παρόμοιο τρόπο και την πρακτική δυνατότητα υπολογισμού μιας αντικειμενικής φόρμουλας κατανομής των κερδών. Πάντως, τόσο ο ΟΟΣΑ όσο και τα κράτη μέλη αυτού δεν αποδέχονται το πρότυπο αυτό σαν μία ρεαλιστική εναλλακτική στην αρχή των ίσων αποστάσεων, λόγω των διαφόρων μειονεκτημάτων που παρουσιάζει, μεταξύ των οποίων ενδεικτικά μπορούν να αναφερθούν πρώτον το μεγάλο διαχειριστικό κόστος και η πολιτική και διοικητική πολυπλοκότητα για την προσαρμογή στο πρότυπο αυτό και δεύτερον η αδυναμία του προτύπου να παράσχει μία πλήρη λύση για την κατανομή των κερδών ενός ομίλου εάν δεν εφαρμόζεται στη βάση ολόκληρου του ομίλου και για τους λόγους αυτούς το απορρίπτουν. Βλ. Fiona Beveridge «The

Οι προτεινόμενες δράσεις, με εξαίρεση την πρώτη δράση για την αντιμετώπιση των προκλήσεων της ψηφιακής οικονομίας και την τελευταία περί της υπογραφής μίας πολυμερούς συνθήκης, κατηγοριοποιούνται σε τρεις βασικές κατηγορίες, ανάλογα με το στόχο τον οποίο καλούνται να επιτελέσουν, ήτοι την επίτευξη ενότητας (“coherence”) του φορολογικού συστήματος, την επικέντρωση στην ουσία (“substance”) των συναλλαγών και την οικονομική και εμπορική πραγματικότητα και στην εξασφάλιση διαφάνειας (“transparency”).

4. Περιεχόμενο των Προτεινόμενων Δράσεων

Οι προτεινόμενες δράσεις περιστρέφονται γύρω από τρεις βασικούς πυλώνες και, συγκεκριμένα, την ενότητα (“coherence”) του φορολογικού συστήματος, τη διαφάνεια (“transparency”) και την αποκατάσταση των αποτελεσμάτων των διεθνών προτύπων (“effects and benefits”). Οι δράσεις αυτές αφορούν στα εξής:

4.1 Αντιμετώπιση των προκλήσεων της ψηφιακής οικονομίας (Δράση 1)

Η σημαντική εξάπλωση της ψηφιακής οικονομίας (“digital economy”) στο σύγχρονο, παγκοσμιοποιημένο επιχειρηματικό περιβάλλον είναι πλέον αδιαμφισβήτητο γεγονός και προσλαμβάνει ποικίλες μορφές (ηλεκτρονικό εμπόριο, online υπηρεσίες κλπ). Η ψηφιακή οικονομία παρουσιάζει συγκεκριμένα εγγενή χαρακτηριστικά γνωρίσματα με αξιοσημείωτο φορολογικό ενδιαφέρον, υπό την έννοια ότι τα επιχειρηματικά μοντέλα της ψηφιακής οικονομίας μπορεί να μην παράγουν ιδιόμορφα ζητήματα διάβρωσης φορολογικής βάσης και μεταφοράς κερδών αλλά επιτείνουν τους σχετικούς κινδύνους.

Οι εν λόγω ανακύπτοντες κίνδυνοι επικεντρώνονται κυρίως σε ζητήματα μόνιμης εγκατάστασης στο ψηφιακό περιβάλλον, εκμετάλλευσης άυλων περιουσιακών στοιχείων, ελεγχόμενων αλλοδαπών εταιρειών, ενδοομιλικής τιμολόγησης συναλλαγών που διεξάγονται σε ψηφιακό περιβάλλον και σημαντικών προκλήσεων στο πεδίο είσπραξης ΦΠΑ, ιδίως υπό την έννοια ακριβούς προσδιορισμού του τόπου παροχής των υπηρεσιών.

Αξίζει να σημειωθεί ότι επιπρόσθετες λύσεις, όπως η υιοθέτηση της έννοιας της «σημαντικής οικονομικής παρουσίας» (“significant economic presence”) για σκοπούς υπαγωγής σε φορολόγηση η επιβολή παρακρατούμενου φόρου επί ψηφιακών συναλλαγών και η επιβολή εξισωτικής εισφοράς (“equalization levy”) δεν προκρίθηκαν επί του παρόντος.

Δεδομένων των διαρκών εξελίξεων που παρατηρούνται στον τομέα της ψηφιακής οικονομίας, υπογραμμίστηκε η σημασία της συνεχούς παρακολούθησης κατά την επόμενη πενταετία μετά την υιοθέτηση των προτεινόμενων μέτρων στο πλαίσιο του Σχεδίου Δράσης για τη διάβρωση φορολογικής βάσης και τη μεταφορά κερδών μέχρι το 2020, οπότε και αναμένεται να δημοσιευθεί σχετική Έκθεση Αποτελεσμάτων.

4.2 Ουδετεροποίηση των υβριδικών διευθετήσεων (Δράση 2)

treatment and taxation of foreign investment under international law (towards international disciplines», Manchester University Press, σελ. 80 επ., W. Hellerstein «Are days of World Unitary taxation by States Limited?» Journal Taxation (72), σελ. 172, 1990, R.M. Hammer, «Will the Arm’s Length Standard Stand the test of Time? The Specter of Apportionment» σελ. 201 (επ.), Αυγητίδη, εις ΔικΑΕ τόμος 1, 2002, Εισαγωγικό Μέρος, VII, σελ. 27.

Οι υβριδικές αναντίστοιχες διευθετήσεις (“hybrid mismatch arrangements”) ή υβρίδια, όπως για λόγους συντομίας αποκαλούνται, εκμεταλλεύονται τις διαφορές στη φορολογική μεταχείριση μίας οντότητας ή ενός εργαλείου σύμφωνα με τη νομοθεσία δύο ή περισσότερων δικαιοδοσιών με σκοπό τη διπλή μη φορολόγηση, περιλαμβανομένης της μακροπρόθεσμης αναβολής καταβολής φόρου (“tax deferral”).

Στο πρώτο μέρος της τελικής έκθεσης του ΟΟΣΑ για την εν λόγω δράση, παρασχέθηκαν συστάσεις για την εισαγωγή κανόνων για την αντιμετώπιση αυτών των αναντίστοιχών, με επίκεντρο την άρνηση έκπτωσης του προκύπτοντος εξόδου σε περίπτωση πληρωμών που δεν συμπεριλαμβάνονται στο φορολογητέο εισόδημα της άλλης χώρας ή εκπίπτουν και στην άλλη χώρα. Εναλλακτικά, προτείνεται η εφαρμογή ενός «αμυντικού κανόνα», σύμφωνα με τον οποίο η δεύτερη χώρα συμπεριλαμβάνει στο φορολογητέο εισόδημα την πληρωμή που έχει εκπέσει στην πρώτη χώρα ή αρνείται τη διπλή έκπτωση.

Στο δεύτερο μέρος της τελικής έκθεσης θίγεται το ζήτημα της διπλής φορολογικής κατοικίας (“dual resident entities”). Κεντρικό πυλώνα αποτελεί η ανάγκη διασφάλισης ότι οι υβριδικές οντότητες και τα αντίστοιχα εργαλεία δεν χρησιμοποιούνται με σκοπό την αθέμιτη απόκτηση πλεονεκτημάτων των φορολογικών συμβάσεων και ότι οι τελευταίες δεν εμποδίζουν την εφαρμογή των σχετικών κανόνων του εθνικού δικαίου για την αντιμετώπιση των υβριδίων, όπως αυτοί προτείνονται στο πρώτο μέρος.

4.3 Ενίσχυση των κανόνων Ελεγχόμενων Αλλοδαπών Εταιρειών (Δράση 3)

Με την τελική έκθεση επί της τρίτης δράσης παρέχονται συστάσεις για το σχεδιασμό των κανόνων για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες (“Controlled Foreign Companies ή CFC”)³, οι οποίοι εισήχθησαν για πρώτη φορά το 1962. Είναι γεγονός ότι και στο πεδίο αυτό, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει αναπτύξει πλούσια νομολογία με επίκεντρο την έννοια των «αμιγώς επίπλαστων διευθετήσεων» ή “wholly artificial arrangements”, όπως ο σχετικός όρος έχει επικρατήσει στη σχετική βιβλιογραφία.⁴

Με την τελική έκθεση του ΟΟΣΑ προτείνονται συγκεκριμένοι πυλώνες για το σχεδιασμό αποτελεσματικών κανόνων περί Ελεγχόμενων Αλλοδαπών Εταιρειών:

³ Πρόκειται για τους λεγόμενους CFC Rules. Αξίζει να σημειωθεί ότι πρόσφατα κανόνες CFC υιοθετήθηκαν και στο ελληνικό νομοθετικό πλαίσιο με τον ν. 4172/2013 (νέος «Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος»). Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 66 παρ. 1 του νέου ΚΦΕ “Το φορολογητέο εισόδημα περιλαμβάνει το μη διανεμηθέν εισόδημα νομικού προσώπου ή νομικής οντότητας που είναι φορολογικός κάτοικος άλλης χώρας, εφόσον συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) ο φορολογούμενος, μόνος του ή από κοινού με τα συνδεδεμένα πρόσωπα, κατέχει, άμεσα ή έμμεσα, μετοχές, μερίδια, δικαιώματα ψήφου ή συμμετοχής στο κεφάλαιο σε ποσοστό άνω του πενήντα τοις εκατό (50%) ή δικαιούται να εισπράττει ποσοστό άνω του πενήντα τοις εκατό (50%) των κερδών του εν λόγω νομικού προσώπου ή νομικής οντότητας, β) το παραπάνω νομικό πρόσωπο ή η νομική οντότητα υπόκειται σε φορολογία σε μη συνεργάσιμο κράτος ή κράτος με προνομιακό φορολογικό καθεστώς, ήτοι σε ειδικό καθεστώς που επιτρέπει ουσιαδώς χαμηλότερο επίπεδο φορολογίας από ό,τι το γενικό καθεστώς, γ) άνω του τριάντα τοις εκατό (30%) του καθαρού εισοδήματος προ φόρων που πραγματοποιεί το νομικό πρόσωπο ή η νομική οντότητα εμπίπτει σε μία ή περισσότερες από τις κατηγορίες που ορίζονται στην παράγραφο 3, δ) δεν πρόκειται για εταιρεία, της οποίας η κύρια κατηγορία μετοχών αποτελεί αντικείμενο διαπραγμάτευσης σε οργανωμένη αγορά».

⁴ Βλ. για παράδειγμα Case-196/04 Cadbury Schweppes (2006) ECR I-7995 (ECJ).

- Συγκεκριμενοποίηση του ορισμού της έννοιας της «Ελεγχόμενης Αλλοδαπής Εταιρείας»
- Ορισμός εξαιρέσεων από τους σχετικούς κανόνες και ελάχιστων ορίων
- Ορισμός της έννοιας του εισοδήματος που θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη για σκοπούς εφαρμογής της οικείας νομοθεσίας
- Υπολογισμός εισοδήματος με βάση τους κανόνες της δικαιοδοσίας της μητρικής εταιρείας και πρόταση οι ζημίες μίας ελεγχόμενης αλλοδαπής εταιρείας να μπορούν να αντισταθμίζονται μόνο με κέρδη της ίδιας ή άλλων ελεγχόμενων αλλοδαπών εταιρειών, εγκατεστημένων στην ίδια δικαιοδοσία.
- Απόδοση του εισοδήματος (“attribution of income”) ανάλογα με το ποσοστό ιδιοκτησίας ή επιρροής επί της ελεγχόμενης αλλοδαπής εταιρείας.
- Πρόληψη και εξάλειψη διπλής φορολογίας που αποτελεί θεμελιώδες ζήτημα φορολογικής πολιτικής.

4.4 Περιορισμό της εκπεσιμότητας τόκων στις χρηματοοικονομικές συναλλαγές (Δράση 4)

Οι εν λόγω κανόνες περιορισμού της εκπεσιμότητας των τόκων στις χρηματοοικονομικές συναλλαγές έχουν αντίκτυπο σε εταιρείες με υψηλά χρηματοοικονομικά έξοδα και τόκους και υψηλό δείκτη καθαρών τόκων (χρέους) προς το κέρδος προ φόρων, τόκων και αποσβέσεων (“EBITDA”), με απώτερο σκοπό να διασφαλίσει ότι οι εκπιπτόμενοι τόκοι μιας εταιρείας συνδέονται άμεσα με το φορολογητέο της εισόδημα.

Σύμφωνα με την προτεινόμενη προσέγγιση, θα πρέπει να υιοθετηθεί ένα ελάχιστο όριο χρέους, με εξαίρεση τα δάνεια που λαμβάνονται από τρίτους ανεξάρτητους δανειστές για τη χρηματοδότηση έργων δημοσίου συμφέροντος, υπό προϋποθέσεις.

Παράλληλα, προτείνεται να προβλεφθεί ένα δικαίωμα μεταφοράς μη εκπιπόμενων τόκων ή αχρησιμοποίητης δυνατότητας έκπτωσης τόκων σε επόμενα έτη, ενώ προτείνονται και επιπρόσθετοι στοχευμένοι κανόνες για την πρόληψη καταστρατηγήσεων. Περαιτέρω εργασίες για ζητήματα ενδοομιλικής τιμολόγησης χρηματοοικονομικών συναλλαγών αναμένεται να λάβουν χώρα κατά τη διετία 2016-2017.

4.5 Αντιμετώπιση επιζήμιων φορολογικών πρακτικών (Δράση 5)

Περισσότερα από δεκαπέντε χρόνια μετά τη δημοσίευση της Έκθεσης του ΟΟΣΑ, το 1998, με τίτλο «Επιζήμιος Φορολογικός Ανταγωνισμός: Ένα Αναδυόμενο Παγκόσμιο Ζήτημα»,⁵ το ζήτημα της αντιμετώπισης των επιζήμιων φορολογικών πρακτικών παραμένει πιο επίκαιρο από ποτέ.

Κεντρικοί πυλώνες της Δράσης 5 είναι αφενός η απαίτηση για ύπαρξη ουσιαστικής δραστηριότητας για την αξιολόγηση των προνομιακών καθεστώτων,⁶ η οποία θα

⁵ OECD Report 1998 on Harmful Tax Practices.

⁶ Τα κράτη συμφώνησαν εν τέλει στη λεγόμενη “nexus approach”, η οποία αναπτύχθηκε κυρίως στο πλαίσιο των καθεστώτων πνευματικής ιδιοκτησίας (“IP regimes”). Με βάση την εν λόγω προσέγγιση, το όφελος πρέπει απολαμβάνει η οντότητα που επωμίζεται τα έξοδα έρευνας και ανάπτυξης, από τα οποία παράγεται αντίστοιχο έσοδο.

πρέπει να εδραιωθεί και να ενισχυθεί περαιτέρω και αφετέρου η έμφαση στη διαφάνεια, υπό το πρίσμα της οποίας τονίζεται ιδιαίτερα η ανάγκη βελτίωσης του σχετικού πλαισίου, μέσω της ενθάρρυνσης ανταλλαγής αποφάσεων των επιμέρους φορολογικών διοικήσεων για φορολογικά ζητήματα (όπως για παράδειγμα προνομιακά καθεστάτα/διασυννοριακές μονομερείς συμφωνίες προέγκρισης τιμολόγησης/ζητήματα μόνιμης εγκατάστασης κλπ). Αξίζει να σημειωθεί ότι η υποχρέωση ανταλλαγής πληροφοριών ισχύει από 1.4.2016 σε χώρες που διαθέτουν το σχετικό νομικό πλαίσιο, προκειμένου να θεμελιώνεται στην αντίστοιχη νομική βάση.

Πέραν των ως άνω, στο πλαίσιο της Δράσης 5 πραγματοποιείται επισκόπηση των υπαρχόντων προνομιακών καθεστώτων, τα οποία κατά πλειοψηφία αποτελούν καθεστάτα πνευματικής ιδιοκτησίας (“IP regimes”), ενώ επιδιώκεται η ανάπτυξη μίας στρατηγικής συνεργασίας με χώρες μη μέλη του ΟΟΣΑ καθώς και μία συνεχής παρακολούθηση και επισκόπηση των προτεινόμενων μέτρων κατά της φοροαποφυγής.

4.6 Πρόληψη κατάχρησης των φορολογικών συμβάσεων (Δράση 6)

Αντικείμενο της έκτης δράσης αποτελεί η πρόληψη χορήγησης συμβατικών προνομίων, που απορρέουν από τις διμερείς φορολογικές συμβάσεις για την αποφυγή διπλής φορολογίας υπό ακατάλληλες συνθήκες (“Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances”). Η εν λόγω δράση αναφέρεται σε περιπτώσεις κατάχρησης των διμερών φορολογικών συμβάσεων (“treaty shopping”/ “letterbox companies”), όταν για παράδειγμα πρόσωπο, μη φορολογικός κάτοικος του Κράτους Α χρησιμοποιεί μεθοδεύσεις, προκειμένου να αποκτήσει τα προνόμια μίας σύμβασης αποφυγής διπλής φορολογίας του εν λόγω κράτους.

Οι προτεινόμενες στρατηγικές επικεντρώνονται στην ανάγκη τα κράτη που συνάπτουν συμβάσεις αποφυγής διπλής φορολογίας να προβούν καταρχήν σε μία σαφή δήλωση ότι θα αποφεύγουν τη δημιουργία ευκαιριών για μη φορολόγηση ή μειωμένη φορολόγηση μέσω μεθοδεύσεων που κατατείνουν στη φοροαποφυγή ή φοροδιαφυγή και στην εισαγωγή αφενός μεν στις διμερείς φορολογικές συμβάσεις ενός συγκεκριμένου κανόνα κατά της κατάχρησης, του Κανόνα Περιορισμού Προνομίων (“Limitation on Benefits rule / LOB rule”) αφετέρου δε στο Μοντέλο Σύμβασης του ΟΟΣΑ⁷ ενός γενικού κανόνα κατά της κατάχρησης με έμφαση στον πρωταρχικό σκοπό των συναλλαγών/διευθετήσεων (“principal purposes test” / “PPT rule”), για περιπτώσεις που δεν καλύπτονται από τη ρήτρα LOB.

4.7 Πρόληψη αποφυγής καθεστώτος μόνιμης εγκατάστασης (Δράση 7)

Με τη Δράση 7 αναθεωρείται ο ορισμός της έννοιας της μόνιμης εγκατάστασης προς αποφυγή χρήσης φορολογικών στρατηγικών που επιστρατεύονται από τους φορολογουμένους με σκοπό την καταστρατήγηση του υπάρχοντος ορισμού.

Ιδιαίτερη έμφαση δίδεται στις “commissionnaire arrangements” και παρεμφερείς στρατηγικές, ήτοι σε περιπτώσεις, κατά τις οποίες αντικαθίστανται οι υπάρχουσες και λειτουργούσες θυγατρικές εταιρείες/διανομείς από πράκτορες που πωλούν για λογαριασμό ξένης επιχείρησης, χωρίς, ωστόσο, μία τέτοια αναδιοργάνωση να

⁷ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

συνοδεύεται από ουσιώδη μεταβολή των λειτουργιών, με αποτέλεσμα την τεχνητή αποφυγή φορολόγησης στο κράτος, όπου πραγματοποιούνται οι πωλήσεις, παρά μόνο για την προμήθεια (“commission”).

Παράλληλα, επιχειρείται η πάταξη φαινομένων φοροαποφυγής μέσω της καταχρηστικής υπαγωγής στις εξαιρέσεις του άρθρου 5(4) του Μοντέλου Σύμβασης του ΟΟΣΑ αναφορικά με δραστηριότητες δευτερεύοντος/βοηθητικού χαρακτήρα (“preparatory or auxiliary services”) και η αντιμετώπιση των καταστρατηγήσεων μέσω του τεχνητού κατακερματισμού των δραστηριοτήτων (“fragmentation of activities”) με την εισαγωγή κανόνα κατά του τεχνητού κατακερματισμού (“anti-fragmentation rule”), ενώ τίγονται και επιμέρους στρατηγικές όπως πχ. ο κανόνας του άρθρου 5(3) του Μοντέλου Σύμβασης του ΟΟΣΑ αναφορικά με τη μόνιμη εγκατάσταση σε περίπτωση εργοταξίων (“construction sites”), για τα οποία προτείνεται η θέσπιση ενός κανόνα ελέγχου του πρωταρχικού σκοπού (“Principle Purpose Test”).

Στο τέλος του 2016 αναμένεται να εκδοθούν κατευθύνσεις επί του άρθρου 7 του Μοντέλου Σύμβασης του ΟΟΣΑ για τα επιχειρηματικά κέρδη (“Attribution of Profits to PEs”).

4.8 Ενδοομιλική τιμολόγηση και τη δημιουργία αξίας (Δράσεις 8-10)

Κεντρικός πυρήνας των δράσεων 8-10 περί ενδοομιλικής τιμολόγησης (“transfer pricing”),⁸ οι οποίες άπτονται ειδικότερων ζητημάτων όπως για παράδειγμα ενδοομιλικές συναλλαγές με αντικείμενο άυλα περιουσιακά στοιχεία, ενδοομιλικές συναλλαγές υψηλού κινδύνου κλπ., αποτελεί η ευθυγράμμιση του φορολογικού αποτελέσματος σε περιπτώσεις ενδοομιλικών συναλλαγών με τη δημιουργία αξίας, με απώτερο σκοπό το κέρδος από να προκύπτει και τελικά να φορολογείται στη χώρα εκείνη, στην οποία πράγματι δημιουργείται αξία (“Aligning TP outcomes with value creation”). Συνοπτικά, η πρακτική του «transfer pricing», η οποία απασχολεί διαχρονικά τις εθνικές φορολογικές αρχές, αποσκοπεί στη συρρίκνωση της συνολικής φορολογικής επιβάρυνσης του ομίλου και επιτυγχάνεται με τη μεταφορά της φορολογητέας βάσης από το κράτος με υψηλότερο συντελεστή εταιρικού φόρου σε εκείνο με χαμηλότερο, μέσω του καθορισμού υπερτιμημένων ή υποτιμημένων ενδοομιλικών χρεώσεων, κατά τη διενέργεια των μεταξύ τους εμπορικών συναλλαγών.⁹

⁸ Από λειτουργικής απόψεως, ο όρος «transfer pricing» χαρακτηρίζει τον τομέα του φορολογικού δικαίου και της οικονομικής επιστήμης που ασχολείται με τον έλεγχο των τιμών που χρεώνονται μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων για τη μεταβίβαση αγαθών, την παροχή υπηρεσιών και άυλων περιουσιακών στοιχείων και την ενδεχόμενη διαφοροποίησή τους από τις τιμές που θα χρεώνονταν, αν οι επιχειρήσεις ήταν ανεξάρτητες μεταξύ τους. Βλ. Πρβλ. IBFD International Tax Glossary, 6th έκδοση, 2009, λήμμα «Transfer Pricing».

⁹ B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, Editions. Francis Lefebvre, 5eme éd. 2001, p. 823. Πάντως, θα πρέπει να σημειωθεί ότι το transfer pricing αποτελεί ουδέτερο όρο, ο οποίος μπορεί μεν να χρησιμοποιηθεί για τη συρρίκνωση της φορολογικής επιβάρυνσης αλλά δεν αποσκοπεί per se σε αυτό. Επιπλέον, η a priori συσχέτιση που γίνεται, τόσο από μερίδα της θεωρίας όσο και από το ίδιο το Υπουργείο, μεταξύ της χρήσης του transfer pricing και των offshore εταιρειών ως μεθόδων φοροδιαφυγής είναι εσφαλμένη. Σε περίπτωση παρεμβολής μίας offshore εταιρείας, παραβίαση των κανόνων περί transfer pricing υπάρχει μόνο σε περίπτωση υπερτιμολόγησης ή υποτιμολόγησης. Σε αντίθετη περίπτωση, υπάρχει παράβαση εικονικότητας των συναλλαγών. Επίσης, μέσω της πρακτικής αυτής του transfer pricing, εφόσον πρόκειται για ημεδαπές εταιρείες, επιτυγχάνεται η μεταφορά

Η ολιστική φύση (“holistic nature”) του Σχεδίου Δράσης του ΟΟΣΑ για τα BEPS διασφαλίζει ότι ο ρόλος των πλούσιων σε κεφαλαιακά διαθέσιμα οντοτήτων αλλά με περιορισμένες λειτουργίες θα περιορισθεί δραστικά κατά την εφαρμογή στρατηγικών φορολογικού σχεδιασμού. Απώτερος στόχος παραμένει η ανάπτυξη κανόνων ενδοομιλικής τιμολόγησης εντός του πλαισίου της αρχής των ίσων αποστάσεων, χωρίς να χρειάζεται η τελευταία να αντικατασταθεί. Παράλληλα, τονίζεται η έντονη αλληλεπίδραση των προτεινόμενων δράσεων για την ενδοομιλική τιμολόγηση με τη Δράση 14 για τη βελτίωση των μηχανισμών επίλυσης διαφορών και της διαδικασίας αμοιβαίου διακανονισμού των διμερών φορολογικών συμβάσεων, προκειμένου να διασφαλισθεί ότι δεν τίθενται ζητήματα διπλής φορολογίας.

Οι Δράσεις 8-10 κατατείνουν στην τροποποίηση των Κατευθυντηρίων Οδηγιών του ΟΟΣΑ για την Ενδοομιλική Τιμολόγηση¹⁰ και επικεντρώνονται σε τρεις επιμέρους κατηγορίες:

- Δράση 8 - Συναλλαγές σε άυλα περιουσιακά στοιχεία (εσφαλμένη κατανομή του εισοδήματος που προκύπτει από σημαντικά άυλα οδηγεί σε φαινόμενα διάβρωσης φορολογικής βάσης και μεταφοράς κερδών)
- Δράση 9 - Συμβατική κατανομή κινδύνων και αντίστοιχη κατανομή κερδών με βάση την ανάληψη κινδύνων και της διεξαγωγής αντίστοιχων δραστηριοτήτων
- Δράση 10 – Άλλες υψηλού ρίσκου περιοχές (μη εμπορικά εύλογες συναλλαγές, χρήση μεθόδων ΟΟΣΑ για την εκτροπή κερδών από τις σημαντικές δραστηριότητες του ομίλου, αμοιβές διοίκησης “management fees/HO expenses”)

Ειδικότερα οι Δράσεις 9-10 περιστρέφονται γύρω από την ανάπτυξη κανόνων για την πρόληψη φαινομένων διάβρωσης φορολογικής βάσης μέσω μεταφοράς ρίσκων, καταχρηστικής κατανομής υπέρμετρου κεφαλαίου μεταξύ των συνδεδεμένων εταιρειών και εμπλοκής σε συναλλαγές που δεν λαμβάνουν χώρα ή σπανίως λαμβάνουν χώρα μεταξύ ανεξαρτήτων μερών. Σκοπός των προτεινόμενων δράσεων είναι να διασφαλισθεί ότι δεν θα προκύπτουν μη ορθολογικές αποδόσεις σε μία οντότητα λόγω απλώς της συμβατικής ανάληψης ρίσκου ή παροχής κεφαλαίου, ενώ προβλέπεται η δυνατότητα επαναχαρακτηρισμού μίας συναλλαγής ή διευθέτησης υπό προϋποθέσεις. Ουσιαστικά, οι προτεινόμενες δράσεις επισημαίνουν ότι θα πρέπει να εντοπίζονται οι πραγματικές συναλλαγές και η πραγματική συνεισφορά κάθε οντότητας για τον προσδιορισμό του κέρδους που θα απολαμβάνει και να αγνοούνται συμβατικές ρυθμίσεις που δεν απεικονίζουν την εμπορική και οικονομική πραγματικότητα.

Ιδίως ως προς το ακανθώδες ζήτημα των άυλων περιουσιακών στοιχείων, ορίζεται ότι η αποζημίωση των πολυεθνικών εταιρειών θα πρέπει να προσδιορίζεται με βάση την αξία που δημιουργείται μέσω των επιτελούμενων λειτουργιών, των αναλαμβανόμενων κινδύνων και των χρησιμοποιούμενων παγίων για την ανάπτυξη (“development”), βελτίωση (“enhancement”), συντήρηση (“maintenance”), προστασία (“protection”) και εκμετάλλευση (“exploitation”) των άυλων

ζημιών προς έκπτωση σε εταιρείες που εμφανίζουν υψηλά κέρδη και, αντίστοιχα, η μεταφορά κερδών από επίσης κερδοφόρες εταιρείες με σκοπό τη φοροδιαφυγή.

¹⁰ OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrators, Ιούλιος 1995.

περιουσιακών στοιχείων. Και τούτο διότι η απλή χρηματοδότηση της ανάπτυξης, βελτίωσης, συντήρησης, προστασίας ή εκμετάλλευσης ενός αύλου από μία οντότητα που δεν επιτελεί καμία από τις σημαντικές λειτουργίες σε σχέση με το άυλο και δεν ασκεί έλεγχο επί του οικονομικού κινδύνου δεν θα οδηγήσει παρά σε μία απόδοση μηδενικού κινδύνου (“risk-free return”)

Ομοίως για το ζήτημα της κατανομής και ανάληψης κινδύνων, αν η συνδεδεμένη επιχείρηση που παρέχει χρηματοδότηση δεν ασκεί τον έλεγχο επί των χρηματοοικονομικών κινδύνων των σχετικών με τη χρηματοδότηση, τότε θα δικαιούται απλώς μίας απόδοσης μηδενικού κινδύνου.

Σκοπό των Δράσεων 8-10 αποτελεί εν πολλοίς η διασφάλιση ότι προκρίνεται η πραγματική διευθέτηση και όχι η συμβατική ρύθμιση (οικονομική πραγματικότητα/ευθυγράμμιση με τη δημιουργία αξίας).

4.9 Παρακολούθηση φαινομένων διάβρωσης φορολογικής βάσης και μεταφοράς κερδών (Δράση 11)

Η Δράση 11 προτείνει συγκεκριμένους δείκτες μέτρησης για τον εντοπισμό, την κατάδειξη και την ποσοτικοποίηση της δραστηριότητας που κατατείνει στη διάβρωση της φορολογικής βάσης και τη μεταφορά κερδών για σκοπούς διευκόλυνσης της αξιολόγησης κινδύνου (“risk assessment”), ενώ παράλληλα παρέχει συστάσεις για τη διευκόλυνση της πρόσβασης και τη βελτίωση της ανάλυσης τόσο των υπαρχόντων όσο και νέων δεδομένων. Οι εν λόγω δείκτες μέτρησης δραστηριότητας φοροαποφυγής είναι οι εξής:

- Οι συντελεστές κέρδους των συνδεδεμένων επιχειρήσεων ενός ομίλου που είναι εγκατεστημένες σε χώρες με χαμηλότερη φορολόγηση είναι υψηλότεροι από το μέσο όρο παγκόσμιου συντελεστή κέρδους του ομίλου.
- Οι εφαρμοστέοι φορολογικοί συντελεστές που επιβάλλονται σε μεγάλες οντότητες του ομίλου υπολογίζονται σε $4-8^{1/2}$ ποσοστιαίες μονάδες χαμηλότεροι από παρόμοιες επιχειρήσεις με λειτουργίες μόνο στο εσωτερικό της χώρας.
- Οι ξένες άμεσες επενδύσεις (“Foreign direct investment/“FDI”) παρουσιάζουν αυξανόμενες τάσεις συγκέντρωσης.
- Η ραγδαία εξάπλωση του φαινομένου χωρισμού των φορολογητέων εσόδων από την τοποθεσία της δημιουργίας αξίας είναι σαφής, ιδίως σε περιπτώσεις άυλων περιουσιακών στοιχείων
- Το χρέος (τόσο ενδοομιλικό όσο και με τρίτους) συγκεντρώνεται σε πολυεθνικές επιχειρήσεις που βρίσκονται σε χώρες με υψηλότερους φορολογικούς συντελεστές.

4.10 Κανόνες Υποχρεωτικών Γνωστοποιήσεων (Δράση 12)

Στο πλαίσιο υλοποίησης της Δράσης 12 περί θέσπισης κανόνων υποχρεωτικών γνωστοποιήσεων από τους φορολογουμένους στο φορολογικό τομέα (“Mandatory Disclosure Rules”), ιδίως αναφορικά με διευθετήσεις επίσημου φορολογικού σχεδιασμού, τονίζεται ότι βασική πρόκληση φορολογικών αρχών σε παγκόσμιο

επίπεδο αποτελεί η απουσία έγκαιρης, περιεκτικής και σχετικής πληροφόρησης επί των στρατηγικών επιθετικού φορολογικού σχεδιασμού. Ως εκ τούτου, βασικός στόχος παραμένει η αποτελεσματική συλλογή στοιχείων και πληροφοριών, ο σχεδιασμός αρχών ενός καθεστώτος υποχρεωτικών γνωστοποιήσεων και η οριοθέτηση των βασικών χαρακτηριστικών του εν λόγω σχεδιασμού, ο οποίος θα πρέπει να καταλαμβάνει διεθνή/διασυνοριακά φορολογικά καθεστώτα, συμπεριλαμβανομένης της θέσπισης αντίστοιχων κυρώσεων. Κεντρικός πυλώνας είναι η βελτίωση της ανταλλαγής πληροφοριών και η εξασφάλιση διαφάνειας με τη δημιουργία μίας διεθνούς πλατφόρμας για την προωθημένη συνεργασία μεταξύ των φορολογικών διοικήσεων.¹¹

4.11 Ζητήματα τεκμηρίωσης ενδοομιλικών συναλλαγών και συντονισμού σε παγκόσμιο επίπεδο (Δράση 13)

Για την υλοποίηση αυτής της δηλωτικής υποχρέωσης των πολυεθνικών ομίλων, υιοθετείται μία τριμερής συγκεκριμενοποιημένη προσέγγιση για την τεκμηρίωση των τιμών ενδοομιλικών συναλλαγών, σύμφωνα με την οποία απαιτείται η τήρηση και υποβολή από τις υπόχρεες επιχειρήσεις των ακόλουθων στοιχείων:

- Βασικού Φακέλου Τεκμηρίωσης (“Master File”)
- Τοπικού Φακέλου Τεκμηρίωσης (“Local File”)
- Ανά χώρα έκθεσης (“CbC Report”)

Οι χώρες στις οποίες είναι εγκατεστημένες μητρικές εταιρείες δεσμεύονται για τη συμπλήρωση του υποδείγματος προς όφελος των άλλων χωρών υπό την προϋπόθεση να έχει υπογραφεί Σύμβαση Αποφυγής Διπλής Φορολογίας ή Σύμβαση Ανταλλαγής Πληροφοριών ή Πολυμερής Σύμβαση για τη Διοικητική Συνδρομή σε Φορολογικά Ζητήματα.

Το πακέτο εφαρμογής (“Implementation Package”) για τη διευκόλυνση της εφαρμογής του νέου προτύπου που περιλαμβάνει:

- Υπόδειγμα νομοθεσίας σχετικά με την υποβολή του CbC Report για τους πολυεθνικούς ομίλους που θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί από τις επιμέρους χώρες
- Συμβάσεις μεταξύ των αρμοδίων αρχών. (“Competent Authority Agreements”/“CAA”).¹²

Βασικό στόχο αποτελεί η εξισορρόπηση της ανάγκης πρόσβασης των φορολογικών διοικήσεων σε φορολογικές πληροφορίες και η ορθή χρήση αυτών με τα διαχειριστικά κόστη συμμόρφωσης των επιχειρήσεων. Οι συμμετέχουσες στο BEPS project χώρες θα ανασκοπήσουν την εφαρμογή αυτού του προτύπου και θα το

¹¹ “Expanded Joint International Tax Shelter Information and Collaboration Network” (“JITSIC Network”) του OECD Forum για τη Φορολογική Διοίκηση.

¹² Συγκεκριμένα, Υπόδειγμα Πολυμερούς Σύμβασης των Αρμοδίων Αρχών για την ανταλλαγή των CbC Reports με σχετικό Παράρτημα (Ερωτηματολόγιο Εμπιστευτικότητας και Ασφαλιστικών Δικλειδών), Υπόδειγμα Σύμβασης Αρμοδίων Αρχών για την Ανταλλαγή των CbC Reports στη βάση μιας ΣΑΔΦ (“DTC CAA”), Υπόδειγμα Σύμβασης Αρμοδίων Αρχών για την Ανταλλαγή CbC Reports στη βάση της Σύμβασης Ανταλλαγής Φορολογικών Πληροφοριών (“TIEA CAA”).

επαναξιολογήσουν μέχρι το τέλος του 2020, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν χρήζει τροποποιήσεων (πχ. ως προς τα στοιχεία που πρέπει να γνωστοποιούνται).

Η εφαρμογή των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη Δράση 13 για το CbC Reporting εκκινεί για τις χρήσεις από 1/1/2016 και αφορά σε πολυεθνικούς ομίλους με ετήσια ακαθάριστα έσοδα μεγαλύτερα ή ίσα των 750 εκ. ευρώ, ενώ η καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή των CbC Reports αναμένεται να οριστεί η 31/12/2017. Προς την κατεύθυνση αυτή, ιδιαίτερα σημαντικό ρόλο διαδραματίζει η έγκαιρη θέσπιση σχετικής εσωτερικής νομοθεσίας από τις χώρες και η επέκταση του δικτύου διεθνών συμβάσεων ανταλλαγής πληροφοριών.¹³

4.12 Βελτίωση μηχανισμών επίλυσης φορολογικών διαφορών μέσω, κυρίως, της ενίσχυσης της αποτελεσματικότητας της Διαδικασίας Αμοιβαίου Διακανονισμού (Δράση 14)

Τα μέτρα της Δράσης 14 στόχο έχουν να ενισχύσουν την αποτελεσματικότητα της Διαδικασίας Αμοιβαίου Διακανονισμού (“Mutual Agreement Procedure”/ “MAP”) του άρθρου 25 του Μοντέλου Σύμβασης του ΟΟΣΑ,¹⁴ να διασφαλίσουν την ορθή και συνεπή εφαρμογή των συμβάσεων αποφυγής διπλής φορολογίας και να ελαχιστοποιήσουν τους κινδύνους αβεβαιότητας και της μη σκοπούμενης διπλής φορολόγησης.

Οι χώρες συμφώνησαν στην υιοθέτηση ενός ελάχιστου αποδεκτού προτύπου (“minimum standard”) για την επίλυση διαφορών που ανακύπτουν στο πλαίσιο εφαρμογής των διμερών φορολογικών συμβάσεων, το οποίο θα συνδυάζει την καλόπιστη εφαρμογή των συμβατικών όρων με την έγκαιρη επίλυση των φορολογικών διαφορών μέσω των μηχανισμών της διαδικασίας αμοιβαίου διακανονισμού και θα μεριμνά για τη διασφάλιση της εφαρμογής των προβλεπόμενων διοικητικών διαδικασιών αλλά και της πρόσβασης των φορολογουμένων στην εν λόγω διαδικασία. Το ελάχιστο αυτό αποδεκτό πρότυπο

¹³ Αξίζει να σημειωθεί ότι στις 27 Ιανουαρίου 2016 ο Γενικός Γραμματέας Δημοσίων Εσόδων Γεώργιος Πιτσιλής υπέγραψε την Πολυμερή Συμφωνία των Αρμοδίων Αρχών για την Ανταλλαγή των Ανά Χώρα Αναφορών (“Multilateral Competent Authority Agreement on the Exchange of Country by Country Reports”).

¹⁴ Το άρθρο 25 του Μοντέλου Σύμβασης του ΟΟΣΑ εισάγει μία διαδικασία συνεννόησης μεταξύ των φορολογικών αρχών συμβαλλομένων κρατών με σκοπό την αντιμετώπιση ιδιαίτερων περιπτώσεων διπλής φορολογίας που δεν μπορούν να επιλυθούν με βάση τις λοιπές διατάξεις των ΣΑΔΦ. Η σχετική διαδικασία εκκινεί με αίτηση φορολογουμένου σε προθεσμία τριών ετών από τη γνωστοποίηση του μέτρου που οδήγησε σε φορολόγηση κατά παράβαση της Σύμβασης. Πρόκειται, κατ’ ουσίαν, για μία διαδικασία μεταξύ των φορολογικών αρχών των εμπλεκόμενων κρατών, υπό την έννοια ότι δεν υφίσταται άμεση επιρροή του φορολογουμένου στην επίτευξη και το περιεχόμενο της συμφωνίας. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι δεν εισάγεται υποχρέωση συμφωνίας, παρά μόνο υποχρέωση διαπραγμάτευσης. Η διαδικασία αποτελείται από τρία στάδια: (i) το Μονομερές Στάδιο, κατά το οποίο ελέγχονται οι ισχυρισμοί του φορολογουμένου και η τυχόν δυνατότητα εύρεσης λύσης με μέσα εθνικού δικαίου και διαπιστώνεται η ανυπαρξία δυνατότητας μονομερούς επίλυσης, (ii) το Διμερές Στάδιο, κατά το οποίο η αρχή που έλαβε την αίτηση έρχεται κατά τη διακριτική της ευχέρεια σε απευθείας επικοινωνία με την αρμόδια αρχή του άλλου κράτους και (iii) το Στάδιο της Διαιτησίας (ρήτρα 25 παρ. 5 Μοντέλου Σύμβασης ΟΟΣΑ, αναθ. 2008), το οποίο αποτελεί μη αυτοτελές τμήμα διαδικασίας διακανονισμού και εισάγεται ως υποχρεωτική διαδικασία που οδηγεί σε μία δεσμευτική διαιτητική απόφαση.

συμπληρώνεται από προτάσεις για υιοθέτηση βέλτιστων πρακτικών, ενώ η σχετική μεθοδολογία αξιολόγησης του προτύπου αναμένεται να αναπτυχθεί εντός του 2016, με την ταυτόχρονη δέσμευση όλων των χωρών για την εφαρμογή του, παράλληλα με τη σχετική πρόβλεψη για την εισαγωγή ρήτρας υποχρεωτικής διμερούς διαιτησίας στις συμβάσεις αποφυγής διπλής φορολογίας συγκεκριμένων χωρών.

4.13 Ανάπτυξη πολυμερούς εργαλείου για την τροποποίηση των διμερών φορολογικών συμβάσεων (Δράση 15).

Στην παρούσα δράση, αναλύονται ζητήματα φορολογικού και δημοσίου διεθνούς δικαίου αναφορικά με την εισαγωγή ενός πολυμερούς εργαλείου για τις χώρες που επιθυμούν να εφαρμόσουν τα μέτρα που αναπτύχθηκαν στο πλαίσιο του “BEPS Project” και να τροποποιήσουν αντίστοιχα τις διμερείς Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας. Οι ενδιαφερόμενες χώρες θα αναπτύξουν ένα πολυμερές εργαλείο, σχεδιασμένο να παρέχει καινοτόμα προσέγγιση σε διεθνή φορολογικά ζητήματα, αντανακλώντας τη ραγδαία εξελισσόμενη φύση της παγκόσμιας οικονομίας.

Κεντρικό άξονα συνιστά ο εξορθολογισμός της εφαρμογής των μέτρων για τη αντιμετώπιση φαινομένων διάβρωσης της φορολογικής βάσης και μεταφοράς κερδών που απορρέουν από τις διμερείς φορολογικές συμβάσεις. Πρόκειται για μία καινοτόμα προσέγγιση χωρίς ακριβές προηγούμενο στα παγκόσμια φορολογικά χρονικά, σε αντίθεση με το πεδίο του δημοσίου διεθνούς δικαίου, όπου είναι ιδιαίτερα σύνθητες διμερείς συμβάσεις να τροποποιούνται με πολυμερή εργαλεία.

Στο πλαίσιο της δράσης αυτής εξετάζεται η νομική και τεχνική δυνατότητα της εισαγωγής ενός πολυμερούς μηχανισμού αναγκαστικού δικαίου καθώς και των επιπτώσεών του στο τρέχον σύστημα συμβάσεων αποφυγής διπλής φορολογίας, ο οποίος με αποτελεσματικό τρόπο θα παρέκαμπε τη χρονοβόρα διαδικασία τροποποίησης εκάστης διμερούς σύμβασης με μία αυτοματοποιημένη διαδικασία προσχώρησης σε μία πολυμερή συνθήκη τροποποιητική των εκάστοτε ισχυουσών διμερών συμβάσεων. Βασικό στόχο αποτελεί η υπογραφή μίας πολυμερούς σύμβασης την 31/12/2016, ωστόσο η συμμετοχή των χωρών στην εν λόγω πολυμερή σύμβαση είναι μη δεσμευτική.

4 Επίλογος

Με το Σχέδιο Δράσης καθορίζονται οι ενέργειες που απαιτούνται για την αντιμετώπιση της διάβρωσης φορολογικής βάσης και την αποφυγή φαινομένων μεταφοράς κερδών και καθίσταται σαφής η ανάγκη συντονισμένης δράσης, καθώς μονομερείς κρατικές ενέργειες ενδέχεται να οδηγήσουν σε διπλή ή πολλαπλή φορολογία και αβεβαιότητα. Παράλληλα, ορίζονται οι τρόποι και η μεθοδολογία για την εφαρμογή των λύσεων, ενώ τίθεται το χρονοδιάγραμμα για τις απαιτούμενες ενέργειες. Προτείνονται, δε, συγκεκριμένες λύσεις, όπως αναλύθηκαν εκτενέστερα παραπάνω, σχετικά με την αντιμετώπιση των προνομιακών καθεστώτων, με σημείο αναφοράς τη διαφάνεια και την ουσία των συναλλαγών, τη θέσπιση αποτελεσματικότερων κανόνων κατά της φοροαποφυγής και την πραγματοποίηση τροποποιήσεων ως προς τη φορολόγηση των ψηφιακών αγαθών και υπηρεσιών, ιδίως μέσα από το πλέγμα του δικτύου των Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας.

Πρόκειται, κατ' ουσίαν για το αποτέλεσμα συνεργασίας εξήντα δύο χωρών υπό την αιγίδα του ΟΟΣΑ και της G20, η οποία θα συνεχιστεί μέχρι το 2020, ενώ επιμέρους ενέργειες φορολογικής πολιτικής αναμένεται να λάβουν χώρα και τη διετία 2016-2017, χρονικό διάστημα κατά το οποίο θα παρακολουθείται στενά και η εφαρμογή των προτεινόμενων μέτρων.

Το Σχέδιο Δράσης του ΟΟΣΑ αναμένεται να επηρεάσει στο μέλλον σε καθοριστικό βαθμό τους φορολογουμένους και τις φορολογικές διοικήσεις σε παγκόσμιο επίπεδο. Ο αντίκτυπος αυτού του εγχειρήματος καθιστά επιτακτική ανάγκη την ενδελεχή ενημέρωση των ενδιαφερομένων μερών για τις νέες προοπτικές που διανοίγονται στο ευαίσθητο αυτό πεδίο του φορολογικού δικαίου.

Η βασική πρόκληση θα είναι η βραχυπρόθεσμη αλλά και μακροπρόθεσμη λήψη μέτρων για την αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής και της φοροαποφυγής βάσει του «πραγματικού» περιεχομένου και της αληθούς ουσίας των συναλλαγών. Το σίγουρο, πάντως, υπό το πρίσμα των ανωτέρω, είναι ότι το Σχέδιο Δράσης για τα BEPS εγκαινιάζει μία νέα εποχή για το εξελισσόμενο και συνεχώς μεταλλασσόμενο παγκόσμιο φορολογικό περιβάλλον.

Η ΑΠΑΤΗ ΚΑΡΟΥΖΕΛ

Δήμητρα Κούνη, Δικηγόρος, MSc Business Law, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, Υπ.Δ.Ν.

1. Εισαγωγή

Η φοροδιαφυγή, σήμερα αλλά και διαχρονικά, αποτελεί ένα από τα σημαντικότερα διαρκή προβλήματα της ελληνικής αλλά και ευρωπαϊκής οικονομίας, σύμφωνα με τα τελευταία διαθέσιμα στοιχεία. Ειδικότερα, όσον αφορά τον Φόρο Προστιθέμενης Αξίας (εφεξής «ΦΠΑ»), η διαφορά ανάμεσα στα αναμενόμενα έσοδα ΦΠΑ και τα ποσά ΦΠΑ που εισπράττουν πραγματικά οι εθνικές φορολογικές αρχές, σύμφωνα με εκτίμηση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ανέρχεται στο ποσό των 170 δις ευρώ ετησίως. Επίσης, η διασυνοριακή απάτη αντίστοιχα εκτιμάται ότι κοστίζει στην Ευρωπαϊκή Ένωση απώλεια εσόδων από το ΦΠΑ περίπου 50 δις ευρώ ετησίως. Τα στοιχεία αυτά αποτελούν μια πρώτη ένδειξη για την έκταση του προβλήματος της φοροδιαφυγής και της φορολογικής απάτη και καθιστούν κατανοητό τον βασικό στόχο των δράσεων του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ) σχετικά με τη μεταφορά κερδών και τη διάβρωση της φορολογικής βάσης¹, ο οποίος είναι να τεθεί τέλος στη διεθνή φοροδιαφυγή.

2. Εισαγωγικά σχόλια για τον ΦΠΑ και το δικαίωμα έκπτωσης

Ο ΦΠΑ είναι φόρος κατανάλωσης που επιβάλλεται επί της τιμής των αγαθών και υπηρεσιών σε όλα τα στάδια των συναλλαγών και επιρρίπτεται από τον κατά νόμο υπόχρεο εις βάρος του εκάστοτε αντισυμβαλλομένου. Βασικό χαρακτηριστικό του συστήματος ΦΠΑ είναι η οικονομική ουδετερότητα του φόρου, η οποία εξασφαλίζεται με την εφαρμογή των διατάξεων για την εφαρμογή του δικαιώματος έκπτωσης του φόρου, όπως αυτό ρυθμίζεται στα άρθρα 30 επ. του Νόμου 2859/2000 (εφεξής «ΚΦΠΑ»). Η ουδετερότητα του φόρου αποτελεί την ειδοποιό διαφορά του ΦΠΑ σε σχέση με άλλες μορφές έμμεσων φόρων που υπολογίζονται επί του κύκλου εργασιών. Με το μηχανισμό έκπτωσης, υλοποιούνται οι δύο βασικές αρχές στις οποίες στηρίζεται το σύστημα του ΦΠΑ, δηλαδή αφενός η αρχή της εξασφάλισης και διατήρησης ίσων όρων ανταγωνισμού στις επιχειρήσεις που υπάγονται στο φόρο αυτό και αφετέρου η αρχή της αποφυγής της πολλαπλής φορολογίας του ίδιου αγαθού ή υπηρεσίας².

Στα άρθρα 30 - 33 ΚΦΠΑ, και σύμφωνα με όσα προβλέπει η Οδηγία 2006/112/ΕΚ (εφεξής η «Οδηγία»), προβλέπεται ο μηχανισμός της έκπτωσης του φόρου. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 30 του ΚΦΠΑ³, ο υποκείμενος στο φόρο δικαιούται να εκπέσει από τον οφειλόμενο ΦΠΑ το φόρο που επιβάρυνε όλες τις εισροές του (αγορές ή εισαγωγές πρώτων και βοηθητικών υλών, εμπορεύσιμων και πάγιων αγαθών, υπηρεσίες που του παρασχέθηκαν)⁴. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή και όσα προβλέπει η Οδηγία, βασική προϋπόθεση για την άσκηση

¹ Γνωστές διεθνώς ως Base Erosion and Profit Shifting (BEPS).

² Θεόδωρος Π. Φορτσάκης, Κατερίνα Κ. Σαββαΐδου, Φορολογικό Δίκαιο, 4η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 327.

³ «Ο υποκείμενος δικαιούται να εκπέσει από το φόρο που αναλογεί στις ενεργούμενες από αυτόν πράξεις παράδοσης αγαθών, παροχής υπηρεσιών (...), το φόρο με τον οποίο έχουν επιβαρυνθεί η παράδοση αγαθών και η παροχή υπηρεσιών που έγιναν σε αυτόν (...).»

⁴ Με την επιφύλαξη της παραγράφου 4 του άρθρου 30 ΚΦΠΑ.

του δικαιώματος έκπτωσης από τον υποκείμενο στο φόρο είναι τα αγαθά ή οι υπηρεσίες που λαμβάνει να έχουν χρησιμοποιηθεί από τον υποκείμενο στο φόρο για τις ανάγκες της υποκείμενης στο φόρο δραστηριότητάς του, δηλαδή των υποκειμένων στο φόρο πράξεών του και, σε επίπεδο εισροών, να έχουν παρασχεθεί από άλλον υποκείμενο στο φόρο. Εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές, καταρχάς εξασφαλίζεται η χορήγηση του δικαιώματος έκπτωσης του φόρου.

Το δικαίωμα των υποκειμένων στο φόρο προσώπων, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «ΔΕΕ»)⁵, να εκπίπτουν από τον οφειλόμενο ΦΠΑ τον ΦΠΑ επί των εισροών, ο οποίος οφείλεται ή αποδόθηκε σε σχέση με τα αγαθά που απέκτησαν τα πρόσωπα αυτά ή τις υπηρεσίες που τους παρασχέθηκαν συνιστά θεμελιώδη αρχή του κοινού συστήματος ΦΠΑ που έχει θεσπιστεί με τη νομολογία του ΔΕΕ. Το ΔΕΕ έχει δεχτεί κατ' επανάληψη ότι το δικαίωμα αυτό αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του μηχανισμού του ΦΠΑ και δεν μπορεί καταρχάς να περιορίζεται. Ειδικότερα, το δικαίωμα αυτό ασκείται πάραυτα για το σύνολο των φόρων που έχουν επιβληθεί στις πράξεις εισροών⁶. Σκοπός του συστήματος των εκπτώσεων, επισημαίνει επανειλημμένα το ΔΕΕ, είναι να απαλλαγεί πλήρως ο επιχειρηματίας από την επιβάρυνση του ΦΠΑ που οφείλεται ή αποδίδεται στο πλαίσιο του συνόλου των οικονομικών του δραστηριοτήτων. Το κοινό σύστημα του ΦΠΑ εξασφαλίζει με τον τρόπο αυτό την πλήρη ουδετερότητα ως προς τη φορολογική επιβάρυνση όλων των οικονομικών δραστηριοτήτων, ανεξαρτήτως του σκοπού ή των αποτελεσμάτων τους, υπό την προϋπόθεση ότι οι δραστηριότητες αυτές υπόκεινται κατ' αρχήν στο ΦΠΑ⁷.

3. Περιγραφή της απάτης Καρουζέλ

3.1 Γενικά

Η απάτη σχετικά με τον ΦΠΑ λαμβάνει διαφορετικές μορφές ανάμεσα στα Κράτη Μέλη, όπως για παράδειγμα: οι ψευδείς ενδοκοινοτικές παραδόσεις εμπορευμάτων σε άλλο Κράτος Μέλος, οι ενδοκοινοτικές αποκτήσεις αγαθών από άλλο Κράτος Μέλος, οι οποίες είτε δεν καταχωρούνται στα βιβλία είτε δηλώνονται με διαφορετική αξία, η απάτη Contra Trading, η οποία συνίσταται στην πραγματοποίηση εικονικών συναλλαγών μέσα στην ίδια φορολογική περίοδο, ώστε να εξισώνεται ο φόρος εκροών με το φόρο εισροών και να μη δημιουργείται υποχρέωση απόδοσης φόρου καθώς και η χρήση επιχειρήσεων τύπου «Φοίνικας», οι οποίες ενώ είχαν τεθεί σε αδράνεια αναβιώνουν μόνο και μόνο για να προβούν σε εικονικές συναλλαγές.

Μια από τις πιο χαρακτηριστικές μορφές απάτης στην Ευρωπαϊκή Ένωση είναι η απάτη του «εξαφανισμένου εμπόρου – Καρουζέλ» (γνωστή στη διεθνή βιβλιογραφία ως «Missing Trader Intra-Community fraud» - «Carousel fraud»). Σε αυτόν τον τύπο

⁵ ΔΕΕ C- 18/13, Maks Pen, 13.2.2014, σκ.23, βλ. επίσης C-285/11, Bonik, 6.12.2012, σκ.25, και C-80/11 και C-142/11, Mahagében και Dávid, σκ. 37.

⁶ ΔΕΕ C- 18/13, Maks Pen, 13.2.2014, σκ.24, βλ. επίσης C- 285/11, Bonik, 6.12.2012, σκ.26, C-110/98 έως C-147/98, 21.3.2000, Gabalfrisa κ.λπ., Συλλογή 2000, σ. I-1577, σκέψη 43, C-63/04, Centralan Property, 15.12.2005, Συλλογή 2005, σ. I-11087, σκέψη 50, C-439/04 και C-440/04, Kittel και Recolta Recycling, 6.7.2006, Συλλογή 2006, σ. I-6161, σκέψη 47, και C-80/11 και C-142/11, Mahagében και Dávid, σκέψη 38.

⁷ ΔΕΕ C- 268/83, Rompelman, 14.2.1985, Συλλογή 1985, σ.655, σκ. 19, C-37/95, Ghent Coal Terminal, 15.1.1998, Συλλογή 1998, σ. I-1, σκ.15, C-110/98 έως C-147/98, 21.3.2000, Gabalfrisa κ.λπ., Συλλογή 2000, σ. I-1577, σκέψη 44, C-32/03, Fini H, 3.3.2005, Συλλογή 2005, σ. I-1599, σκ.25, C-255/02, Halifax, 21.2.2006, Συλλογή 2006, σ. I-1609, σκ. 78, C-439/04 και C-440/04, Kittel και Recolta Recycling, 6.7.2006, Συλλογή 2006, σ. I-6161, σκέψη 48, C-438/09, 22.12.2010, Συλλογή 2010, σ. I-14009, σκ.24, και C-80/11 και C-142/11, Mahagében και Dávid, σκέψη 39.

της απάτης οι συναλλαγές μέσα σε ένα Κράτος Μέλος, στις οποίες χρεώνεται ΦΠΑ, συνδυάζονται με εικονικές ενδοκοινοτικές παραδόσεις αγαθών⁸, στις οποίες δεν χρεώνεται ΦΠΑ μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών⁹. Μία τουλάχιστον επιχείρηση τελικά «εξαφανίζεται» και δεν αποδίδει στο Κράτος Μέλος το ΦΠΑ που εισέπραξε, ενώ άλλες επιχειρήσεις στην αλυσίδα απάτης εκκρίπτουν πλασματικά ποσά του ΦΠΑ εισροών ή λαμβάνουν επιστροφές ΦΠΑ.

Το φαινόμενο της οργανωμένης απάτης στο ΦΠΑ εμφανίζεται για πρώτη φορά στο τέλος της δεκαετίας του 1970 και στην αρχή του 1980 (λίγο μετά τη ψήφιση της 6ης Οδηγίας ΦΠΑ) στις χώρες της BENELUX (Βέλγιο, Ολλανδία και Λουξεμβούργο). Η απάτη του τύπου Καρουζέλ είναι ένας γενικός όρος που χρησιμοποιείται συχνά για να προσδιορίσει αυτόν τον τύπο της απάτης και έχει πάρει το όνομά της από την κυκλική κίνηση των αγαθών τόσο μεταξύ των Κρατών Μελών όσο και μέσα στο κύκλωμα της απάτης. Παρόλα αυτά, όπως θα καταδειχθεί και στη συνέχεια, η κυκλική κίνηση δεν είναι ίσως το πλέον ουσιαστικό χαρακτηριστικό της απάτης Καρουζέλ. Τελικά αυτό που την χαρακτηρίζει είναι η αποφυγή καταβολής του ΦΠΑ και οι αδικαιολόγητες επιστροφές φόρου με τη χρήση πλαστών εγγράφων και κατασκευασμένων κυκλωμάτων.

3.2. Η βασική δομή της απάτης Καρουζέλ

Συστήνεται μια επιχείρηση νόμιμα (προβαίνει σε έναρξη εργασιών) και ολοκληρώνει όλες τις ενέργειες που απαιτούνται για τη νομιμοφανή λειτουργία της. Στην ουσία όμως η επιχείρηση αυτή σκοπεύει να προβεί σε εικονικές συναλλαγές: δεν έχει σκοπό να αγοράσει και να πουλήσει αγαθά κατά τη συνήθη πορεία των συναλλαγών, αλλά να τροφοδοτήσει τις επιχειρήσεις που συμμετέχουν στην απάτη με εικονικά φορολογικά στοιχεία για ανύπαρκτες συναλλαγές. Οι μοναδικοί της πελάτες είναι οι άλλες επιχειρήσεις που συμμετέχουν στην απάτη, ενώ σχεδόν πάντα οι προμηθευτές της βρίσκονται σε άλλο Κράτος Μέλος¹⁰. Τελικά η επιχείρηση αυτή δεν θα τηρήσει ποτέ τις φορολογικές της υποχρεώσεις, δηλαδή δεν θα υποβάλει δηλώσεις και δεν θα καταβάλει φόρο.

Στην πράξη, αυτού του είδους οι απάτες αναπτύσσονται κατά τρόπο ακόμα πιο περίπλοκο, που περιλαμβάνει περισσότερες συναλλαγές μεταξύ Κρατών Μελών, αλλά και περισσότερων εταιρειών σε κάθε Κράτος Μέλος με τη χρήση ανύπαρκτων αριθμών μητρώου ΦΠΑ και επιχειρήσεων «βιτρίνα», με στόχο τον αποπροσανατολισμό των φορολογικών ελεγκτικών μηχανισμών. Εικονικά τιμολόγια διοχετεύονται σε πλήθος επιχειρήσεων που συμμετέχουν στην απάτη, οι οποίες λειτουργώντας ως ενδιάμεσες εκδίδουν και αυτές εικονικά φορολογικά στοιχεία με τη σειρά τους με τα οποία φέρεται ότι μεταβιβάζουν τα εμπορεύματα που έχουν αγοράσει προηγουμένως. Ο τελευταίος κρίκος της αλυσίδας είναι αυτός που θα ζητήσει επιστροφή ή θα συμψηφίσει μεγάλα ποσά ΦΠΑ.

Ειδικότερα:

Ένας έμπορος εγγεγραμμένος στα μητρώα ΦΠΑ Κράτους Μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης πωλεί φορολογητέα αγαθά σε έτερο έμπορο εγγεγραμμένο στα μητρώα ΦΠΑ άλλου Κράτους Μέλους. Η πράξη αυτή (ενδοκοινοτική παράδοση) χαρακτηρίζεται ως «απαλλασσόμενη με δικαίωμα έκπτωσης του φόρου των εισροών» για τον πρώτο,

⁸ Συναλλαγές μεταξύ υποκειμένων στο φόρο που κατοικούν σε διαφορετικά Κράτη Μέλη.

⁹ Βλ. άρθρο 28 ΚΦΠΑ

¹⁰ Σημειώνω ότι στις ενδοκοινοτικές παραδόσεις αγαθών δεν υπολογίζεται ΦΠΑ από τον εκδότη του παραστατικού της πώλησης.

δηλαδή δεν υπολογίζει ΦΠΑ στο τιμολόγιο που εκδίδει. Ο έμπορος που αποκτά τα αγαθά θα έπρεπε να δηλώσει την αγορά αυτή ως ενδοκοινοτική απόκτηση και να αποδώσει το ΦΠΑ στο δικό του Κράτος Μέλος μέσω του μηχανισμού της χρεοπίστωσης¹¹. Δεδομένου ότι στη συνέχεια σκοπεύει να προβεί σε επακόλουθη φορολογητέα παράδοση, θα αποδώσει τελικά τη διαφορά του ΦΠΑ στο Κράτος του. Συνήθως, αν συμμετέχει στο σύστημα κυκλικής απάτης, δεν κάνει τίποτα από αυτά. Ο ίδιος έμπορος, πριν γίνει αντιληπτό ότι είναι ή πρόκειται να γίνει εξαφανισμένος έμπορος, πωλεί τα αγαθά σε τρίτο έμπορο εγγεγραμμένο στα μητρώα ΦΠΑ του ίδιου Κράτους Μέλους, χρεώνοντας και λαμβάνοντας ΦΠΑ εξ επαχθούς αιτίας. Εντούτοις, δεν αποδίδει στις φορολογικές αρχές το ΦΠΑ και εξαφανίζεται. Είναι αυτός που αναφέρεται ως ο «εξαφανισμένος έμπορος». Ο τρίτος έμπορος (που μπορεί να λειτουργεί εν προκειμένω ως «μεσάζων») πωλεί στη συνέχεια τα αγαθά σε έμπορο καταχωρημένο στα μητρώα ΦΠΑ άλλου Κράτους Μέλους. Το χαρακτηριστικό γνώρισμα της απλούστερης μορφής της απάτης αυτής είναι ότι ο αγοραστής αυτός είναι ο πρώτος έμπορος. Από την κυκλικότητα δε αυτή προέκυψε και η ονομασία «κυκλική απάτη», όπως αναφέρθηκε και παραπάνω. Στη συνέχεια, ο τρίτος έμπορος πιστώνει το φόρο επί των εισροών αλλά, επειδή στην πώλησή του προς τον πρώτο δεν υπολογίζεται ΦΠΑ στο παραστατικό που εκδίδει (ενδοκοινοτική παράδοση), δεν απαιτείται να αποδώσει ΦΠΑ επί των εκροών, και δύναται να ζητήσει επιστροφή του ΦΠΑ που επιβάρυνε τις εισροές του (αγορές του). Το αποτέλεσμα είναι ότι, αν η απάτη επιτύχει, ο δεύτερος έμπορος έλαβε, αλλά δεν απέδωσε, το ΦΠΑ τον οποίο οι φορολογικές αρχές πρέπει τελικά να καταβάλουν στον τρίτο έμπορο ως επιστροφή φόρου. Ο τρίτος έμπορος μπορεί όντως να συμμετέχει στο κύκλωμα ή να αγνοεί παντελώς το τι συνέβη στις προγενέστερες συναλλαγές.

Ιδανικά για τέτοιες συναλλαγές είναι αγαθά με τα ακόλουθα βασικά χαρακτηριστικά:

- μικρό όγκο
- μεγάλη αξία
- διαθεσιμότητα σε μεγάλες ποσότητες και
- σε κάθε περίπτωση δημοφιλή

Έχει αποδειχθεί ότι ο τομέας της τεχνολογίας συγκεντρώνει μεγαλύτερο κίνδυνο για την οργανωμένη απάτη ΦΠΑ. Για παράδειγμα, χρησιμοποιούνται κινητά τηλέφωνα, μελάνια εκτυπωτών, άλλα εξαρτήματα Η/Υ και ηλεκτρονικά μηχανήματα μετάδοσης ήχου και εικόνας αλλά και πολύτιμα μέταλλα (χρυσός & πλατίνα). Σε πολλές περιπτώσεις, βέβαια, ακόμα και η ίδια η διακίνηση των αγαθών είναι εικονική, δηλαδή πραγματοποιείται μόνο στα «χαρτιά», με τη συμμετοχή στο κύκλωμα και εταιρειών που εκτελούν διεθνείς μεταφορές.

3.3. Το αποτέλεσμα της απάτης

Το αποτέλεσμα είναι ότι, σε περίπτωση που η απάτη επιτύχει, ο πρώτος έμπορος λαμβάνει αλλά δεν αποδίδει το ΦΠΑ, τον οποίο οι φορολογικές αρχές πρέπει να αναζητήσουν στον επόμενο έμπορο. Επιπρόσθετα, με την ολοκλήρωση του κύκλου απάτης δημιουργείται στρέβλωση στην αγορά και τις συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού, καθότι το κύκλωμα, έχοντας αποκομίσει κέρδη από την απάτη ΦΠΑ, θα πωλήσει τα αγαθά σε τιμές χαμηλότερες από αυτές που επικρατούν στην αγορά.

4. Νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ)

¹¹ Στη διεθνή ορολογία γνωστή ως “reverse charge mechanism”.

Το ΔΕΕ έχει ασχοληθεί με υποθέσεις που αφορούν σε απάτη τύπου Καρουζέλ και έχει κρίνει πλήθος ζητημάτων που έχουν ανακύψει στις υποθέσεις αυτές, κυρίως ως προς τη διατήρηση του δικαιώματος έκπτωσης του ΦΠΑ των εισροών.

Το ΔΕΕ έχει καταλήξει στο συμπέρασμα ότι συναλλαγές, που δεν ενέχουν οι ίδιες απάτη περί τον ΦΠΑ, συνιστούν παραδόσεις αγαθών από υποκείμενο στον φόρο, που ενεργεί υπό την ιδιότητά του αυτή και οικονομική δραστηριότητα, εφόσον πληρούν τα αντικειμενικά κριτήρια στα οποία βασίζονται οι εν λόγω έννοιες. Αυτό μάλιστα ανεξαρτήτως της προθέσεως άλλου, εκτός του οικείου υποκειμένου στον φόρο, επιχειρηματία που μεσολαβεί στην ίδια αλυσίδα παραδόσεων και/ή τον ενδεχόμενο δόλιο χαρακτήρα, τον οποίο ο υποκείμενος στο φόρο δεν γνώριζε και δεν μπορούσε να γνωρίζει, άλλης συναλλαγής που αποτελεί μέρος της αλυσίδας αυτής, προγενέστερης ή μεταγενέστερης της συναλλαγής που πραγματοποίησε ο εν λόγω υποκείμενος στο φόρο¹².

Το δικαίωμα του υποκειμένου στο φόρο, που πραγματοποιεί τις συναλλαγές αυτές, να τύχει επιστροφής του ΦΠΑ που καταβλήθηκε επί των εισροών δεν μπορεί να θίγεται από το γεγονός ότι στην αλυσίδα των παραδόσεων, στην οποία περιλαμβάνονται οι συναλλαγές αυτές, μια άλλη συναλλαγή, την οποία ο φορολογούμενος δεν γνωρίζει ή δεν είναι σε θέση να γνωρίζει, προγενέστερη ή μεταγενέστερη αυτών, ενέχει απάτη περί τον ΦΠΑ¹³.

Οι επιχειρηματίες που λαμβάνουν κάθε μέτρο που θα μπορούσε ευλόγως να προσδοκάται από αυτούς, προκειμένου να εξασφαλίσουν ότι οι πράξεις τους δεν εμπλέκονται σε απάτη, είτε πρόκειται για απάτη περί το ΦΠΑ ή για άλλου είδους απάτη, πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να επικαλεστούν τη νομιμότητα των πράξεων αυτών, χωρίς να κινδυνεύουν να χάσουν το δικαίωμα έκπτωσης του ΦΠΑ που καταβλήθηκε επί των εισροών¹⁴. Μάλιστα αυτό που πλέον προβληματίζει τις ευρωπαϊκές φορολογικές αρχές είναι το κατά πόσο έχουν υποχρέωση να ενημερώνουν και να προειδοποιούν τους συναλλασσόμενους με επιχειρήσεις όταν διαπιστώνεται η ύπαρξη απάτης σε οποιοδήποτε στάδιο της αλυσίδας αξίας. Η τάση είναι να ενημερώνουν ότι κάτι δεν πάει καλά στη συγκεκριμένα αλυσίδα, με στόχο να προστατεύσουν μια νομότυπη συναλλαγή. Επιπλέον, με τον τρόπο αυτό, είτε θα σταματήσει η συγκεκριμένη αλυσίδα και μαζί της και το κύλωμα απάτης, είτε εάν συνεχιστεί η απάτη και εξακριβωθεί από τις φορολογικές αρχές, οι τελευταίες θα μπορούν πιο εύκολα να αποδείξουν ότι ο φορολογούμενος «γνώριζε ή όφειλε να γνωρίζει».¹⁵

5. Προσπάθειες εντοπισμού του φαινομένου και καταπολέμησής του

5.1. Ευρωπαϊκή Ένωση

Η Ευρωπαϊκή Ένωση έχει πάρει πλήθος πρωτοβουλιών για την αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής στον τομέα του ΦΠΑ, δεδομένων και των εσόδων που χάνει ο προϋπολογισμός της σε ετήσια βάση από τις πρακτικές των φορολογουμένων που οδηγούν σε απάτη. Για το λόγο αυτό έχει καθιερώσει το σύστημα «VAT Information Exchange System» (VIES) και την υποχρέωση για διασταυρώσεις μέσω των

¹² ΔΕΕ C- 354/03 Optigen Ltd., C-355/03 Fulcrum Electronics Ltd., C-484/03 Bond House Systems Ltd, σκ.51.

¹³ ΔΕΕ C- 354/03 Optigen Ltd., C-355/03 Fulcrum Electronics Ltd., C-484/03 Bond House Systems Ltd, σκ.52.

¹⁴ ΔΕΕ C- 439/04 Axel Kittel, C-440/04 Etat belge, σκ.51, βλ. επίσης C-384/04, Federation of Technological Industries, Συλλογή 2006, σ. I-4191, σκ.33.

¹⁵ ΔΕΕ C-144/2014, C-183/2014.

υποβαλλόμενων από τις επιχειρήσεις καταστάσεων ενδοκοινοτικών παραδόσεων και αποκτήσεων (VAT Listing returns). Επιπλέον, η Επιτροπή και τα Κράτη Μέλη έχουν δεσμευθεί να συνεργασθούν για την πραγματοποίηση των πολυμερών ελέγχων¹⁶. Οι πολυμερείς έλεγχοι προβλέπεται, ότι θα ωφελήσουν τις φορολογικές υπηρεσίες των συμμετεχόντων Κρατών Μελών, ιδιαίτερα στην προσπάθειά τους για την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής. Αξίζει να σημειωθεί ότι και η Eurojust έχει ασχοληθεί με το θέμα της απάτης τύπου Καρουζέλ και έχει υποστηρίξει τις ευρωπαϊκές αρχές στις έρευνές τους για την αποκάλυψη των σχετικών κυκλωμάτων. Επιπρόσθετα, έχει συσταθεί και Ευρωπαϊκή Υπηρεσία Καταπολέμησης της Απάτης ως ανεξάρτητος φορέας εντός της Επιτροπής με διοικητική και δημοσιονομική αυτονομία. Τέλος, αξίζει να σημειωθεί ότι στις 6 Δεκεμβρίου 2012, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπέβαλε στα Κράτη Μέλη πρόγραμμα δράσης με τίτλο «An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion» που περιλαμβάνει μέτρα και δράσεις για την αντιμετώπιση της φοροαποφυγής και της φοροδιαφυγής. Σε αυτό περιλαμβάνεται Σύσταση προς τα Κράτη Μέλη για την υιοθέτηση γενικής διάταξης κατά της φοροαποφυγής από το εθνικό δίκαιο¹⁷.

5.3 Τι ισχύει στην Ελλάδα

Η χώρα μας στην προσπάθεια της να εντοπίσει και να καταπολεμήσει απάτες τύπου Καρουζέλ αλλά και γενικότερα απάτες φοροδιαφυγής συμμετέχει σε ομάδα συντονισμού των πολυμερών ελέγχων με στόχο τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας των τελευταίων. Επιπρόσθετα, έχουν ενταθεί οι φορολογικοί έλεγχοι σε εθνικό επίπεδο με συγκεκριμένες ρητές και αναλυτικές οδηγίες από τη φορολογική διοίκηση σχετικά με τις ενδείξεις που μπορούν να στοιχειοθετούν ύπαρξη απάτης σχετικά με τον ΦΠΑ.

Μια επιπλέον ασφαλιστική δικλείδα για την αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής στην Ελλάδα αποτελεί πλέον η γενική διάταξη για την αποτροπή της φοροαποφυγής που υιοθετήθηκε με την ψήφιση του Νόμου 4174/2013 (Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας - ΚΦΔ) και συγκεκριμένα με το άρθρο 38, σύμφωνα με το οποίο «(...)κατά τον προσδιορισμό του φόρου, η Φορολογική Διοίκηση δύναται να αγνοεί κάθε τεχνητή διευθέτηση ή σειρά διευθετήσεων που αποβλέπει σε αποφυγή της φορολόγησης και οδηγεί σε φορολογικό πλεονέκτημα.(...)». Προκειμένου μια διευθέτηση ή μία σειρά διευθετήσεων να χαρακτηριστεί ως τεχνητή θα πρέπει να στερείται οικονομικής ή εμπορικής ουσίας. Για τον καθορισμό του τεχνητού ή μη χαρακτήρα μιας διευθέτησης ή σειράς διευθετήσεων, η φορολογική διοίκηση εξετάζει, μεταξύ άλλων, εάν αυτές αφορούν σύναψη συναλλαγών κυκλικού χαρακτήρα, όπως η απάτη τύπου Καρουζέλ¹⁸. Σημειώνεται ότι ο ΚΦΔ εφαρμόζεται και στον ΦΠΑ, όπως ορίζεται στο άρθρο 2 του Νόμου 4174/2013.

5. Επίλογος – Συμπεράσματα

Η απώλεια εσόδων που οφείλεται στη μη είσπραξη του ΦΠΑ και στη φορολογική απάτη είναι ιδιαίτερος σημαντική. Το ελληνικό Δημόσιο εκτιμάται ότι απώλεσε την πενταετία 2009-2013 έσοδα ύψους 37 δις ευρώ από τη φοροδιαφυγή - φοροαποφυγή

¹⁶ Εγχειρίδιο Υπ. Οικονομικών, 19.9.2008, ΘΕΜΑ: Διεξαγωγή πολυμερών ελέγχων με άλλα κράτη μέλη της Ε.Ε. για την πάταξη της φοροδιαφυγής στον ενδοκοινοτικό ΦΠΑ και της απάτης τύπου Καρουζέλ.

¹⁷ Στη χώρα μας, η ρήτρα φοροαποφυγής εισήχθη με το άρθρο 38 του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας (Ν 4174/2013).

¹⁸ Άρθρο 38 παρ.3, περ.δ Ν. 4174/2013.

στον τομέα του ΦΠΑ¹⁹. Επιπρόσθετα, η φορολογική απάτη υπονομεύει την ομαλή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς, δεδομένου ότι οδηγεί σε στρεβλώσεις του ανταγωνισμού μεταξύ των νόμιμων και μη επιχειρήσεων. Εξαιτίας της απάτης, τα εμπορεύματα διοχετεύονται στην κατανάλωση σε πολύ χαμηλότερες τιμές παραβιάζοντας τους κανόνες του υγιούς ανταγωνισμού. Η κανονική λειτουργία της αγοράς διαταράσσεται και οι επιχειρήσεις που τηρούν κανονικά τις υποχρεώσεις τους από τον ΦΠΑ πλήττονται.

Η καταπολέμηση της φορολογικής απάτης και φοροδιαφυγής είναι σημαντική τόσο για την προστασία των εσόδων του κρατικού προϋπολογισμού όσο και για την εμπιστοσύνη των πολιτών στον αμερόληπτο χαρακτήρα και την αποτελεσματικότητα των φορολογικών συστημάτων²⁰.

Με δεδομένη την παγκοσμιοποίηση της οικονομίας και την τεχνολογική πρόοδο, είναι σαφές ότι οι μεμονωμένες εθνικές προσπάθειες για την αντιμετώπιση του προβλήματος αυτού δεν θα έχουν αποτέλεσμα. Η κοινοτική προσέγγιση και η βελτίωση της συνεργασίας μεταξύ των Κρατών Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι ουσιώδεις προκειμένου να βρεθεί η κατάλληλη λύση. Αξίζει εν προκειμένω να σημειωθεί ότι ο Πρόεδρος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Jean Claude Juncker, σε πρόσφατη ομιλία του στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο (17.9.2015) αφενός ενέταξε την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής στις προτεραιότητες της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αφετέρου έκανε λόγο για «φορολογική ενοποίηση». Τόνισε δηλαδή την ανάγκη για ενιαίους νομοθετικούς κανόνες στα Κράτη Μέλη, απηχώντας έτσι τον ακαδημαϊκό διάλογο για τη θέσπιση γενικής διάταξης κατά της φοροαποφυγής σε υπερεθνικό επίπεδο.

¹⁹ Τα στοιχεία για το ύψος των απωλειών κρατικών εσόδων από τον ΦΠΑ προκύπτουν από έκθεση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

²⁰ Εισήγηση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Συμβούλιο της 22ας Μαΐου 2013 για την καταπολέμηση της φορολογικής απάτης και της φοροδιαφυγής.

ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΦΟΡΟΛΟΓΙΑΣ ΤΗΣ ΝΑΥΤΙΛΙΑΣ ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΚΡΙΣΗΣ

Άννα Αναγνωσταρά, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικών Επιστημών,
Δικηγόρος

1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Κύριο χαρακτηριστικό του ελληνικού φορολογικού συστήματος, για τα εισοδήματα της ναυτιλίας, είναι το λεγόμενο στοιχείο «φόρου επί της χωρητικότητας» (tonnage tax) του συστήματος αυτού. Πρόκειται για την φορολόγηση του εισοδήματος των ναυτιλιακών εταιρειών με τεκμαρτό τρόπο, όπου ο φόρος δεν υπολογίζεται επί τη βάσει του πραγματικού εισοδήματος της επιχείρησης, αλλά επί τη βάσει της ηλικίας και των κόρων ολικής χωρητικότητας του πλοίου. Με την καταβολή του φόρου αυτού, η φορολογική υποχρέωση των ναυτιλιακών εταιρειών εξαντλείται.

Το σύστημα φορολογίας των κερδών από πλοία με βάση τη χωρητικότητα (tonnage tax), εισήχθη για πρώτη φορά με τον Α.Ν. 465/1968 και κωδικοποιήθηκε στη συνέχεια από το Β.Δ. 800/1970¹. Η τελική βασική τροποποίηση της σχετικής νομοθεσίας και η παγιοποίηση του συστήματος φορολογίας των κερδών των πλοίων, έγινε με την ψήφιση του Ν. 27/1975 «περί φορολογίας πλοίων», ο οποίος, με μικρές τροποποιήσεις, αποτελεί το ισχύον σύστημα φορολογίας των κερδών των πλοίων. Οι διατάξεις δε των Κεφαλαίων Α΄ έως και Δ΄ του τμήματος Α΄ του Ν. 27/1975, που αφορούν τα πλοία που έχουν νηολογηθεί με ελληνική σημαία, έχουν αυξημένη τυπική ισχύ σύμφωνα με ρητή διάταξη του άρθρου 107 παρ. 1 του Συντάγματος του 1975.

Στην περίοδο της δημοσιονομικής κρίσης, οι κανόνες φορολογίας της ναυτιλιακής επιχείρησης δεν άλλαξαν, εισήχθησαν ωστόσο νέες φορολογικές επιβαρύνσεις και υποχρεώσεις οι οποίες ανάλογα με το υποκειμενικό τους πεδίο μπορούν να διακριθούν σε α) επιβαρύνσεις και αλλαγές που αφορούν τα φυσικά πρόσωπα, τα οποία συμμετέχουν στο κεφάλαιο των ναυτιλιακών εταιρειών καθώς και σε β) επιβαρύνσεις που αφορούν τις ναυτιλιακές επιχειρήσεις.

2. Επιβαρύνσεις και αλλαγές στην φορολογία της ναυτιλίας που αφορούν τα φυσικά πρόσωπα, τα οποία εισπράττουν μερισμάτων πλοίων

2.1. Επιβολή φόρου 10% επί διανεμόμενων μερισμάτων πλοίων

Με την παράγραφο 5 του άρθρου 43 του Ν. 4111/2013, επιβάλλεται για πρώτη φορά φόρος 10% επί των μερισμάτων ναυτιλιακών εταιρειών², που εισπράττει φυσικό

¹ Πρβλ. αναλυτικά για την ιστορική εξέλιξη του συστήματος φορολογίας της ναυτιλίας σε Γ. Μωράτη, Η φορολογία της ναυτιλίας και συναφών δραστηριοτήτων, ΔΕΕ 11/2003

² Η επιβολή φόρου 10% ισχύει εκτός από τα μερίσματα και για τα διανεμόμενα κέρδη, με τη μορφή εκτάκτων αμοιβών και ποσοστών (bonus) σε μέλη του Δ.Σ., σε διευθυντές και σε στελέχη, επιπλέον των μισθών.

πρόσωπο φορολογικός κάτοικος Ελλάδας, από τη διαχειριστική χρήση 2012 (οικ. έτος 2013) και μετά.

Ο φόρος αυτός αφορά τα μερίσματα που διανέμονται από αλλοδαπές επιχειρήσεις οποιουδήποτε τύπου ή μορφής που έχουν εγκαταστήσει γραφεία ή υποκατάστημα στην Ελλάδα σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 του Ν. 27/1975 και ασχολούμενα αποκλειστικά με τη ναύλωση, ασφάλιση, διακανονισμό αβαριών, μεσιτεία αγοραπωλησιών ή ναυπηγήσεων ή ναυλώσεων ή ασφαλίσεων πλοίων με ελληνική ή ξένη σημαία πάνω από πεντακόσιους κόρους ολικής χωρητικότητας, εξαιρούμενων των επιβατηγών ακτοπλοϊκών πλοίων και των εμπορικών πλοίων που εκτελούν εσωτερικούς πλόες, καθώς και με την αντιπροσώπευση πλοιοκτητριών εταιριών.

Η διάταξη αυτή, αν και αποτελεί την πρώτη προσπάθεια φορολόγησης των μετόχων των ναυτιλιακών εταιρειών έχει μικρό πεδίο εφαρμογής. Κατά πρώτον, καθόσον το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του φόρου περιορίζεται αποκλειστικά στα φυσικά πρόσωπα, με αποτέλεσμα ο φόρος επί των διανεμόμενων μερισμάτων να μην επιβάλλεται σε νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες, τα οποία συμμετέχουν στο κεφάλαιο της διανεμούσας εταιρείας. Κατά δεύτερον, καθόσον από το πεδίο εφαρμογής του φόρου ρητά εξαιρούνται οι επιχειρήσεις που σύμφωνα με την εγκριτική πράξη εγκατάστασής τους, ασχολούνται και με τη διαχείριση πλοίων, οι οποίες αποτελούν σημαντικό ποσοστό των εγκατεστημένων στην Ελλάδα εταιριών δυνάμει του άρθρου 25 του Ν. 27/1975. Κατά συνέπεια, είναι αμφίβολο κατά πόσον θα υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του φόρου μία εταιρεία, η οποία έχει ως κύριο αντικείμενο κάποια από τις αναφερόμενες δραστηριότητες της παραγράφου 5 του άρθρου 43 του Ν. 4111/2013, έχει ωστόσο παράλληλα λάβει άδεια εγκατάστασης και για δραστηριότητες διαχείρισης.

2.2. Προσδιορισμός Δικαιολογητικών απόκτησης μερισμάτων πλοίων

Με το άρθρο 44 του Ν. 4141/2013 προσδιορίζονται πλέον βάσει νόμου τα δικαιολογητικά, τα οποία πρέπει να προσκομίζονται από τους Έλληνες φορολογικούς κατοίκους για την απόκτηση μερισμάτων από πλοιοκτήτριες εταιρείες, για την δικαιολόγηση της συνολικής ετήσιας δαπάνης τους ή της διαπιστούμενης προσαύξησης της περιουσίας τους από άγνωστη πηγή κατά τους διενεργούμενους ελέγχους για σκοπούς της φορολογίας εισοδήματος.

Τα δικαιολογητικά αυτά, τα οποία ο φορολογούμενος υποβάλλει είτε με τη δήλωση φορολογίας εισοδήματος, είτε κατά τους διενεργούμενους ελέγχους για σκοπούς της φορολογίας εισοδήματος είναι τα ακόλουθα:

(α) Βεβαίωση είτε της ελληνικής ή αλλοδαπής πλοιοκτήτριας εταιρείας πλοίου υπό ελληνική ή ξένη σημαία είτε της εταιρείας χαρτοφυλακίου (holding company) που κατέχει άμεσα ή έμμεσα τις μετοχές της πλοιοκτήτριας και διανέμει το μερίσμα από την οποία θα προκύπτουν τα στοιχεία του φορολογούμενου ως μετόχου της εταιρείας, το καταβληθέν σε αυτόν μερίσμα και το όνομα του πλοίου (αριθμός και λιμένας νηολόγησης, αριθμ. IMO) από την εκμετάλλευση του οποίου προκύπτει το σχετικό μερίσμα.

(β) Στην περίπτωση που το μερίσμα καταβάλλεται από αλλοδαπή πλοιοκτήτρια πλοίου με ξένη σημαία αντίγραφο της σχετικής άδειας εγκατάστασης στην Ελλάδα της διαχειρίστριας εταιρείας που, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 του ν.

27/1975, ασχολείται αποκλειστικά με τη διαχείριση, εκμετάλλευση ή ναύλωση πλοίων και βεβαίωση της αρμόδιας υπηρεσίας του Υπουργείου Ναυτιλίας και Αιγαίου ότι έχει δηλωθεί και αναληφθεί από αυτήν η διαχείριση του συγκεκριμένου πλοίου.

(γ) Αντίγραφο της μοναδικής βεβαίωσης εισαγωγής συναλλάγματος (ΒΑΣ) των αντιστοίχων ποσών ή βεβαίωση εκχώρησης συναλλάγματος. Τα σχετικά πρωτότυπα αναζητούνται από την αρμόδια αρχή.

Ειδικώς στα πλαίσια φορολογικού ελέγχου, όπου ο φορολογούμενος ελέγχεται για οποιοδήποτε άλλο λόγο, πέραν της δικαιολόγησης της ετήσιας αντικειμενικής του δαπάνης, και καλείται να δικαιολογήσει την προέλευση του εισοδήματος αυτού, η Διοίκηση έχει κάνει δεκτό³ ότι δεν απαιτείται η προσκόμιση αντιγράφου της βεβαίωσης εισαγωγής συναλλάγματος. Η λύση αυτή είναι η επιβεβλημένη για λόγους χρηστής διοίκησης, καθόσον σε περίπτωση απώλειας της, η βεβαίωση εισαγωγής συναλλάγματος δεν επανεκδίδεται. Ωστόσο, και σε άλλες περιπτώσεις όπου απαιτείται η προσκόμιση της βεβαίωσης εισαγωγής συναλλάγματος, θα ήταν σκόπιμο να γίνεται δεκτή από την Διοίκηση η δυνατότητα αναπλήρωσης της με άλλα έγγραφα, από τα οποία να αποδεικνύεται η εισαγωγή του συναλλάγματος από το εξωτερικό. Η δυνατότητα αναπλήρωσης της βεβαίωσης εισαγωγής συναλλάγματος με άλλα αποδεικτικά έγγραφα, δεν προβλέπεται ρητά από την διάταξη του άρθρου 44 του Ν. 4141/2013, ωστόσο είχε γίνει δεκτή πριν την θέση σε ισχύ του νόμου με παλαιότερο έγγραφο της Διοίκησης⁴.

Κατ' ουσίαν με την ρύθμιση αυτή αποκτά ισχύ νόμου η διαδικασία δικαιολόγησης απόκτησης κεφαλαίου από μερίσματα πλοίων που αρχικώς προβλεπόταν βάσει λύσεων που παρείχε η Διοίκηση με έγγραφα ή Εγκυκλίους της αφενός για την δικαιολόγηση της συνολικής ετήσιας δαπάνης των άρθρων 16 και 17 του προϋσχύσαντος Κ.Φ.Ε. (Ν. 2238/1994)⁵, αφετέρου για την κάλυψη της προσαύξησης της περιουσίας του φορολογούμενου από άγνωστη πηγή με ανάλωση κεφαλαίου προηγούμενων χρήσεων στα πλαίσια ελέγχου φορολογίας εισοδήματος⁶. Η νομοθετική ρύθμιση της διαδικασίας δικαιολόγησης απόκτησης μερισμάτων πλοιοκτητριών εταιρειών κρίθηκε επιβεβλημένη για «την ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου ως προς τα απαιτούμενα δικαιολογητικά»⁷, ώστε να υφίσταται μία ενιαία διαδικασία για την δικαιολόγηση κεφαλαίου από μερίσματα πλοίων σε όλες τις περιπτώσεις που ο φορολογούμενος επικαλείται το κεφάλαιο αυτό.

³ Πρβλ. παράγραφο 4 της Εγκυκλίου ΠΟΛ. 1106/14.4.2014 με θέμα «Προϋποθέσεις δικαιολόγησης εισοδήματος από μερίσματα πλοιοκτητριών εταιρειών»

⁴ Πρβλ. Σχετ. Έγγραφο 1045120/244/13.5.2003, με το οποίο είχε γίνει δεκτό ότι ο φορολογούμενος μπορεί, σε αντικατάσταση της βεβαίωσης εισαγωγής συναλλάγματος, να προσκομίσει μία βεβαίωση της τράπεζας, μέσω της οποίας έγινε η εισαγωγή, στην οποία να αναφέρονται όλα τα απαιτούμενα της εισαγωγής στοιχεία (ύψος ποσού, νόμισμα, δικαιούχος) · αναλυτικότερα βλ. Δ. Σταματόπουλου – Α. Καραβοκύρη, Φορολογία Εισοδήματος - Ανάλυση Ερμηνεία, Αθήνα 2009, Τόμος Β', σελ. 968-970

⁵ Πρβλ. Σχετ. Έγγραφο 1089690/11472/Β0012/13.1.2005, Σχετ. Έγγραφο 1014451/243/Α0012/4.3.2005 · αναλυτικότερα βλ. Δ. Σταματόπουλου – Α. Καραβοκύρη, Φορολογία Εισοδήματος - Ανάλυση Ερμηνεία, Αθήνα 2009, Τόμος Β', σελ. 968-970

⁶ Πρβλ. Εγκύκλιο ΠΟΛ. 1033/21.2.2013 με θέμα «Παροχή πρόσθετων οδηγιών στο πλαίσιο χειρισμού των υποθέσεων φορολογουμένων που αποστέλλουν εμβάσματα στο εξωτερικό κατά τα έτη 2009-2011»

⁷ Πρβλ. Αιτιολογική Έκθεση επί τη Τροπολογίας στο Σχέδιο Νόμου «Επενδυτικά εργαλεία ανάπτυξης, παροχή πιστώσεων και άλλες διατάξεις» - Ν. 4111/2013

3. Επιβαρύνσεις και αλλαγές στην φορολογία της ναυτιλίας, οι οποίες αφορούν τις πλοιοκτήτριες εταιρείες και τις εταιρείες εκμετάλλευσης πλοίων

Οι φορολογικές επιβαρύνσεις που επιβλήθηκαν στις ναυτιλιακές επιχειρήσεις κατά την τελευταία πενταετία μπορούν να διακριθούν ανάλογα με την φορολογική τους βάση σε:

1. επιβαρύνσεις επί της χωρητικότητας του πλοίου,
2. επιβαρύνσεις επί του εισαγόμενου συναλλάγματος και σε
3. επιβαρύνσεις επί του εισοδήματος της υπόχρεης επιχείρησης.

3.1. Επιβαρύνσεις επί της χωρητικότητας του πλοίου

Με το άρθρο 22 του Ν. 3943/2011 προβλέφθηκε αναδρομικά για το προηγούμενο, από την ψήφιση του νόμου, έτος 2010 καθώς και για την πενταετία 2011-2015, η επιβολή προσαυξήσεως 4% ετησίως επί του φόρου χωρητικότητας των πλοίων υπό ελληνική σημαία, του άρθρου 6 παρ. 1 του Ν. 27/1975, καθώς επίσης και επί της εισφοράς της παραγράφου 2 του άρθρου 10 του ν. 27/1975 των πλοίων Α' κατηγορίας που είναι νηολογημένα με ελληνική σημαία, η οποία ομοίως έχει ως βάση υπολογισμού την ηλικία και την χωρητικότητα των πλοίων. Η επιβολή προσαυξήσεως 4% προβλέφθηκε επίσης και επί της ειδικής εισφοράς υπέρ του Ναυτικού Απομαχικού Ταμείου, του άρθρου 4 παρ. 1 του Ν. 29/1975, η οποία επίσης υπολογίζεται επί της χωρητικότητας του πλοίου και καταβάλλεται από τα συμβεβλημένα με το Ν.Α.Τ. πλοία ελληνικών συμφερόντων υπό ξένη σημαία.

Με την Υποπαράγραφο Δ4 της Παραγράφου Δ του άρθρου 1 του Ν. 4336/2015, το χρονικό πεδίο επιβολής της ανωτέρω προσαυξήσεως επεκτάθηκε για την πενταετία 2016 έως 2020.

Η επιβολή της προσαύξησης αυτής δεν αποτελεί νεοπαγή ρύθμιση, αλλά μία επαναλαμβανόμενη διάταξη που γίνεται με τον ίδιο τρόπο κάθε πενταετία από το έτος 1975 και μετά, αρχικώς με υπουργικές αποφάσεις που κυρώνονταν με νόμο και από την πενταετία 1996-2000 με διατάξεις νόμου⁸.

3.2. Επιβαρύνσεις επί του εισαγόμενου συναλλάγματος

Με το άρθρο 43 του Ν. 4111/2013, επιβλήθηκε για την τετραετία 2012-2015 εισφορά επί του συνολικού ποσού του εισαγόμενου και μετατρέψιμου συναλλάγματος των αλλοδαπών επιχειρήσεων που διατηρούν γραφείο ή υποκατάστημα στην Ελλάδα και έχουν ως αντικείμενο εργασιών την ναύλωση, ασφάλιση, διακανονισμό αβαριών,

⁸ Η προσαύξηση σε ποσοστό 4% των συντελεστών του φόρου του άρθρου 6 του Ν. 27/1975 και των εισφορών της παραγράφου 2 του άρθρου 10 του ν. 27/1975 και της παραγράφου 1 του άρθρου 4 του Ν. 29/1975, προβλέφθηκε (α) για την πενταετία 1996 – 2000 με την παράγραφο 31 άρθρου 8 Ν. 2386/1996, (β) για την πενταετία 2001 – 2005 με την παράγραφο 12 του άρθρου 6 Ν.2873/2000 και (γ) για την πενταετία 2006-2010 με την παράγραφο 1 του άρθρου 37 του Ν.3427/2005

μεσιτεία αγοραπωλησιών ή ναυπηγήσεων ή ναυλώσεων ή ασφαλίσεων πλοίων με ελληνική ή ξένη σημαία, πάνω από πεντακόσιους κόρους ολικής χωρητικότητας, εξαιρούμενων των επιβατηγών ακτοπλοϊκών πλοίων και των εμπορικών πλοίων που εκτελούν εσωτερικούς πλόες, καθώς και με την αντιπροσώπευση πλοιοκτητριών εταιριών, ως και επιχειρήσεων που έχουν σαν αντικείμενο εργασιών τις ίδιες με τις παραπάνω αναφερόμενες δραστηριότητες. Με την Υποπαράγραφο Δ.4 του άρθρου 2 του Ν.4336/2015 η επιβολή της εισφοράς επί του εισαγόμενου συναλλάγματος παρατάθηκε για την τετραετία 2016-2019.

Πρόκειται για μία φορολογική επιβάρυνση με μικρό πεδίο εφαρμογής, καθόσον δεν επιβάλλεται:

1. στις εταιρείες που ασχολούνται με την ακτοπλοΐα,
2. στις πλοιοκτήτριες εταιρείες καθώς και
3. στις εταιρείες που έχουν εγκαταστήσει γραφείο ή υποκατάστημα δυνάμει του άρθρου 25 ν.27/1975 και ασχολούνται με την διαχείριση ή εκμετάλλευση πλοίων. Η τελευταία κατηγορία εταιρειών έχει και τον μεγαλύτερο όγκο εισαγωγής συναλλάγματος, καθώς πρόκειται για τις νομικές οντότητες που διαχειρίζονται τα πλοία, εισπράττουν δηλαδή κέρδη (ναύλα) από την ναύλωση των πλοίων και εν συνεχεία τα διανέμουν, με την μορφή μερίσματος, στους λογαριασμούς των δικαιούχων μετόχων.

Για τον λόγο αυτό, πρόκειται για μία ρύθμιση που ως στόχο έχει την φορολόγηση με τεκμαρτό τρόπο των εταιρειών που ασχολούνται με επικουρικές της εμπορικής ναυτιλίας δραστηριότητες και όχι με την κύρια που είναι οι μεταφορές.

Ωστόσο, από την διατύπωση της συγκεκριμένης διάταξης τίθενται τα ακόλουθα ζητήματα.

Πρώτον, ως βάση υπολογισμού της εισφοράς λαμβάνεται το «*συνολικό ετήσιο ποσό εισαγόμενου συναλλάγματος*», το οποίο είναι αμφίβολο εάν μπορεί να αποτελέσει αξιόπιστη ένδειξη ή τεκμήριο φοροδοτικής ικανότητας, αν λάβει κανείς υπόψη ότι το συνάλλαγμα που εισάγεται δεν χρησιμοποιείται μόνο την κάλυψη των δαπανών της επιχείρησης, αλλά γενικώς για πληρωμές στην Ελλάδα τόσο για λογαριασμό των υπόχρεων εταιρειών όσο και για λογαριασμό τρίτων. Χαρακτηριστική περίπτωση εισαγωγής συναλλάγματος για λογαριασμό τρίτων αποτελούν οι περιπτώσεις εταιρειών με κύριο αντικείμενο εργασιών την ναυτική ασφάλιση, στην περίπτωση των οποίων η εισαγωγή συναλλάγματος εκτός από την κάλυψη των λειτουργικών τους εξόδων γίνεται και για την καταβολή αποζημιώσεων σε περίπτωση βλάβης του πλοίου ή του φορτίου

Δεύτερο ζήτημα αποτελεί η συμβατότητα της επιβολής εισφοράς επί της εισαγωγής συναλλάγματος σε σχέση με την ελευθερία κίνησης κεφαλαίων και πληρωμών, οι οποίες προστατεύονται από το άρθρο 63 ΣυνθΛΕΕ. Ως «*κινήσεις κεφαλαίου*»⁹ στο προστατευτικό πεδίο της διάταξης του άρθρου 63 ΣυνθΛΕΕ εμπίπτουν οι επενδύσεις

⁹ Η ΣυνθΛΕΕ δεν περιέχει ορισμό. Η έννοια της κίνησης κεφαλαίου έχει διαμορφωθεί νομολογικά επί τη βάση των σχετικών ορισμών που περιέχονται στην Οδηγία 88/361/ΕΟΚ. · αναλυτικότερα πρβλ. Συλλογικό έργο (επιμέλεια Β. Χριστιανός), Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ- Κατ' άρθρο ερμηνεία, Νομική Βιβλιοθήκη 2012.

«χαρτοφυλακείου»¹⁰, οι μεταφορές αξιών και το σύνολο των πράξεων που είναι αναγκαίες για τις μεταφορές αυτές¹¹, καθώς επίσης και οι άμεσες επενδύσεις, δηλαδή οι πάσης φύσεως επενδύσεις για την δημιουργία ή διατήρηση σταθερών σχέσεων μεταξύ του επενδυτή και της επιχείρησης, για την οποία προορίζονται τα κεφάλαια αυτά προς άσκηση οικονομικής δραστηριότητας¹². Με το σκεπτικό αυτό, ως «κίνηση κεφαλαίου», για τους σκοπούς του άρθρου 63 ΣυνθΛΕΕ, μπορεί να θεωρηθεί η εισαγωγή συναλλάγματος για την αγορά μετοχών στο Χ.Α. για λογαριασμό μίας πλοιοκτήτριας εταιρίας, από μία εταιρεία που παρέχει υπηρεσίες αντιπροσώπευσης στην πλοιοκτήτρια. Περαιτέρω, ως «πληρωμές», στο πεδίο του άρθρου 63 ΣυνθΛΕΕ εμπίπτουν όλες οι κινήσεις συναλλάγματος που σχετίζονται με την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών, όπως η υλική εισαγωγή μέσων πληρωμής¹³. Για τον λόγο αυτό, η επιβολή εισφοράς επί του συναλλάγματος που εισάγεται για την κάλυψη των λειτουργικών δαπανών μίας επιχείρησης που αποτελεί υπόχρεο πρόσωπο κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 43 Ν. 4111/2013, αποτελεί

Τέλος, ένα πρακτικό ζήτημα που τίθεται είναι ότι η επιβολή εισφοράς επί του συναλλάγματος, θα λειτουργήσει ως αντικίνητρο για την εισαγωγή συναλλάγματος για την διενέργεια πληρωμών σε ελληνικούς λογαριασμούς.

3.3. Επιβαρύνσεις επί του εισοδήματος της υπόχρεης επιχείρησης

3.3.1. Έκτακτη εφάπαξ εισφορά

Με το άρθρο πέμπτο του Ν. 3845/2010, επιβλήθηκε έκτακτη εφάπαξ εισφορά για το οικονομικό έτος 2010 (χρήση 2009) επί του καθαρού εισοδήματος του προηγούμενου έτους όλων των νομικών προσώπων που αναφέρονται στο άρθρο 101 παρ. 1 του προϋσχύσαντος Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, στα οποία περιλαμβάνονταν και οι αλλοδαπές επιχειρήσεις που λειτουργούν με οποιονδήποτε τύπο εταιρείας στην Ελλάδα. Λόγω της γενικής αυτής διατύπωσης, έκτακτη εισφορά επιβλήθηκε και στις αλλοδαπές πλοιοκτήτριες εταιρείες.

Η ρύθμιση αυτή καθίσταται προβληματική για δύο λόγους. Κατά πρώτον, ειδικώς στις περιπτώσεις που πρόκειται για εταιρεία που εκμεταλλεύεται πλοίο με ελληνική σημαία, η φορολογική υποχρέωση των πλοιοκτητριών εταιρειών, ως προς τον φόρο εισοδήματος επί των κερδών του πλοίου, εξαντλείται από τους φόρους που επιβάλλονται με τον Ν. 27/1975. Αυτό εξάλλου προβλέπεται ρητά στο άρθρο 2 του νόμο αυτού, το οποίο έχει αυξημένη τυπική ισχύ βάσει του άρθρου 107 παρ. 1 του Συντάγματος. Για τον λόγο αυτό, η έκτακτη εισφορά, καθόσον επιβάλλεται επί του εισοδήματος από την εκμετάλλευση πλοίων, αποτελεί πρόσθετο φόρο, ο οποίος επιβάλλεται κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 2 του Ν. 27/1975, οι οποίες έχουν υπέρτερη τυπική ισχύ και με τις οποίες εξαντλείται η σχετική φορολογική υποχρέωση. Κατά δεύτερον, οι ιδιοκτήτριες εταιρείες πλοίων με ελληνική σημαία δεν περιλαμβάνονται ρητώς στο υποκειμενικό πεδίο του Ν. 3845/2010. Αντιθέτως, η

¹⁰ Πρβλ. ΔΕΚ 28.6.2006, Επιτροπή κατά Χωρών, C-282/04 και C-283/04, σελ. I-9141, σκ. 19

¹¹ Οδηγία 88/361/ΕΟΚ, Παράρτημα Ι, περ. α'

¹² Πρβλ. ΔΕΚ 6.12.2007, Federconsumatori etc, C-463/04 και C-464/04, σελ. I-10419, σκ. 20

¹³ Πρβλ. ΔΕΚ, Sanz de Lera etc., σκ. 33

υπαγωγή τους συνάγεται μόνο από την παραπομπή στον Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, ο οποίος ωστόσο δεν εφαρμόζεται επί φορολογίας πλοίων.

Τα ζητήματα αυτά τέθηκαν ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας κατόπιν αιτήσεως λιβεριανής εταιρείας, που εκμεταλλεύεται πλοία με ελληνική σημαία, για την αναίρεση της αποφάσεως με την οποία είχε κριθεί νόμιμη η επιβολή της εισφοράς του Ν. 3845/2010 εις βάρος της από την Δ.Ο.Υ. Πλοίων Πειραιά.

Το Συμβούλιο της Επικρατείας, με τις αποφάσεις 1-3/2016 της Ολομέλειας του, έκρινε ότι η επιβολή της έκτακτης εισφοράς είναι νόμιμη, απορρίπτοντας τις αιτιάσεις της αναιρεσείουσας εταιρείας.

Όσον αφορά την συμβατότητα της εισφοράς με το άρθρο 2 ν. 25/1975, και συνακόλουθα με την παράγραφο 1 του άρθρου 107 του Συντάγματος, η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας έκρινε ότι η εισφορά του ν. 3845/2010 δεν αντίκειται στο άρθρο 2 ν. 25/1975, καθόσον δεν έχει χαρακτήρα πρόσθετου φόρου επί του εισοδήματος αλλά αποτελεί *«έκτακτη οικονομική επιβάρυνση για την αντιμετώπιση της οικονομικής κρίσης»*. Κατ' ουσίαν το Συμβούλιο της Επικρατείας επαναλαμβάνει εν προκειμένω το σκεπτικό της πάγιας νομολογίας του σχετικά με το αντικείμενο φορολογίας αντίστοιχων εκτάκτων εισφορών¹⁴, *«ότι το εισόδημα ή κέρδος, επί του οποίου υπολογίζεται η εισφορά, δεν αποτελεί το αντικείμενό της, αλλά το κριτήριο, βάσει του οποίου θεωρείται, κατά την αντίληψη του νομοθέτη, ότι υπάρχει σχετική φοροδοτική ικανότητα των υποκειμένων στην εισφορά προσώπων, καθώς και τη βάση υπολογισμού της, με αποτέλεσμα να μην τίθεται θέμα αντιθέσεώς της προς την παραπάνω συνταγματική διάταξη»*.

Περαιτέρω, όσον αφορά την υπαγωγή των ναυτιλιακών εταιρειών στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της ρύθμισης του Ν. 3845/2010, το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε ότι εμπίπτουν και οι πλοιοκτήτριες εταιρείες πλοίων με ελληνική σημαία αφενός λόγω της ευρύτητας του κύκλου των επιχειρήσεων που μνημονεύονται στο άρθρο 101 ΚΦΕ, στο οποίο παραπέμπει ο Ν. 3845/2010, αφετέρου καθόσον από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 3845/2010 δεν προκύπτει η πρόθεση του νομοθέτη αυτές να εξαιρεθούν. Το ζήτημα, το οποίο τίθεται με αυτή την κρίση του Συμβουλίου της Επικρατείας, είναι η παραπομπή για τον υπολογισμό της εισφοράς σε διατάξεις όπου έχουν ως βάση υπολογισμού το εισόδημα, ενώ το σύστημα φορολογίας του ν. 27/1975, έχει ως βάση υπολογισμού την χωρητικότητα των πλοίων. Τίθεται λοιπόν το ερώτημα, αν με αυτές τις αποφάσεις το Συμβούλιο της Επικρατείας δέχεται αλλοίωση του συστήματος φορολογίας επί της χωρητικότητας, που αποτελεί την βάση της φορολογίας της ναυτιλίας, με την παρείσφρηση άλλων κριτηρίων, όπως εν προκειμένω το εισόδημα.

¹⁴ Πρβλ. ΣτΕ 1317, 1318/1979-Ολομ., 3098, 3653/1981, 3202/1982, 116, 2209, 3515/1983, 357/1984 επταμ., 3639/1984, 797, 2729/1986, 3408-9/2013

3.3.2. Οικονομική παροχή της Ναυτιλιακής Κοινότητας για την αντιμετώπιση της οικονομικής κρίσης της χώρας

Μετά την θέσπιση της εισφοράς του Ν. 3845/2010, επιχειρήθηκε, με το άρθρο 14 του Ν. 4223/2013, η επιβολή πρόσθετης οικονομικής επιβαρύνσεως στις πλοιοκτήτριες εταιρείες, ανεξαρτήτως της σημαίας του πλοίου για την τριετία 2014 -2016. Η εισφορά αυτή θα αντιστοιχούσε στο διπλάσιο του φόρου που βεβαιώθηκε από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. για κάθε πλοίο κατά την προηγούμενη κάθε φορά φορολογική περίοδο.

Οι σχετικές διατάξεις τελικώς δεν εφαρμόστηκαν και καταργήθηκαν εντός συντόμου χρονικού διαστήματος με την παράγραφο 2 του άρθρου 42 του Ν. 4301/2014 (Α' 223/7.10.2014), λόγω της κύρωσης με τον ίδιο νόμο του από 18 Ιουλίου 2013 «Συνυποσχετικού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Ναυτιλιακής Κοινότητας», και της από 31 Ιουλίου 2014 συνημμένη σε αυτό Πρόσθετης Πράξης.

3.3.3. Οικειοθελής Παροχή Ναυτιλιακής Κοινότητας

Με το «Συνυποσχετικό μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Ναυτιλιακής Κοινότητας» συμφωνήθηκε μεταξύ του ελληνικού Δημοσίου και 478 φυσικών προσώπων και νομικών οντοτήτων, εκπροσωπούμενων από τον Πρόεδρο της Ένωσης Ελλήνων Εφοπλιστών, η καταβολή εκ μέρους τους οικειοθελούς παροχής παράλληλα με τις ισχύουσες φορολογικές υποχρεώσεις τους.

Η εθελοντική αυτή εισφορά συμφωνήθηκε να αποδίδεται στον Δημόσιο για την τετραετία 2014 - 2017 και να αντιστοιχεί σε ίσο ποσό με το φόρο που βεβαιώθηκε από την αρμόδια Δ.Ο.Υ. για κάθε πλοίο κατά την προηγούμενη κάθε φορά φορολογική περίοδο. Κατ' ουσίαν διατηρήθηκαν οι ρυθμίσεις της ανεφάρμοστης «Παροχής Ναυτιλιακών Κοινοτήτων», αλλά η οφειλόμενη εισφορά μειώθηκε στο μισό.

Περαιτέρω, βάσει του κυρωθέντος Συνυποσχετικού, οι διαφορές που προκύπτουν από την εφαρμογή του Συνυποσχετικού αναγνωρίζονται ως διεθνείς διαφορές, οι οποίες επιλύονται αποκλειστικά με διαιτησία στον Πειραιά σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 2735/1999 περί διεθνούς εμπορικής διαιτησίας. Κατά συνέπεια, δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις του Κώδικα Περί Εισπράξεως Δημοσίων Εσόδων, σε περίπτωση μη καταβολής της παροχής από τους υπόχρεους.

Εξάλλου, η εισφορά αυτή δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί φορολογική υποχρέωση λόγω του μη συμβατικού χαρακτήρα στις σχέσεις του φορολογούμενου και φορολογικής αρχής και του αναγκαστικού χαρακτήρα της φορολογικής υποχρέωσης¹⁵.

¹⁵ Πρβλ. ενδεικτικά σχετικά με τον αναγκαστικό χαρακτήρα της φορολογικής υποχρέωσης, Κ. Φινοκαλιώτη, Φορολογικό Δίκαιο, Εκδ. Σάκκουλα 2011, σελ. 97 επ.· ομοίως πρβλ. Θ. Φορτσάκη – Κ. Σαββαΐδου, Φορολογικό Δίκαιο, 4η Έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 50-51

Ενδιαφέρον πάντως παρουσιάζει λαμβανομένου υπόψη του εθελοντικού χαρακτήρα της εισφοράς, η δέσμευση του ελληνικού κράτους για την «*επέκταση της προσωρινής εθελοντικής εισφοράς της ναυτιλιακής κοινότητας έως το 2018*», με την παράγραφο Γ' του άρθρου 3 του Ν. 4336/2015, με τον οποίο κυρώθηκε η Σύμβαση Οικονομικής Ενίσχυσης από τον Ευρωπαϊκό Μηχανισμό Σταθερότητας.

4. Καταληκτικές Παρατηρήσεις

Από την παραπάνω ανάπτυξη προκύπτει η προσπάθεια του νομοθέτη από την αρχή της δημοσιονομικής κρίσης έως σήμερα να εξασφαλίσει την συμμετοχή της ναυτιλιακής κοινότητας στα δημόσια βάρη, χωρίς να προβεί σε τροποποιήσεις που θα αλλοίωναν το σύστημα υπολογισμού του φόρου χωρητικότητας του Ν. 27/1975. Ωστόσο είναι αμφίβολο κατά πόσο η ανεύρεση φορολογητέας ύλης από την κερδοφορία των ναυτιλιακών επιχειρήσεων με την αναζήτηση νέων φορολογικών αντικειμένων δεν αλλοιώνει το ισχύον σύστημα φορολογίας εισοδήματος με την παρείσφρηση άλλων κριτηρίων πέραν της χωρητικότητας.

Ο ΤΟΠΟΣ ΑΣΚΗΣΗΣ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΩΣ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗΣ ΚΑΤΟΙΚΙΑΣ Ν.Π. ΘΕΩΡΗΤΙΚΗ - ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ - ΠΡΑΚΤΙΚΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗ

Θωμάς Γ. Παραμύθας, Δικηγόρος – Φορολογικός Σύμβουλος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου Α.Π.Θ., ΜΠΕ Πανεπιστημίου Μακεδονίας, Υπ. Διδ. Φορολογικού Δικαίου Α.Π.Θ.

1. Εισαγωγικό Σημείωμα

Πρόσφατα ανατρέχοντας στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης διάβασα μία δημοσίευση στο Facebook η οποία ανέφερε το εξής:

*«Σήμερα υπέγραψα τα τελευταία χαρτιά για το κλείσιμο της εταιρίας αυτής. Πληρώσαμε κάθε οφειλή, προχωρήσαμε την εκκαθάριση και ως τις 31.03 θα είναι παρελθόν.Θα σταματήσουμε να δουλεύουμε; Όχι βέβαια! **Θα συνεχίσουμε μέσω Ρουμανίας!** Θα πληρώνουμε το 1/4 των φόρων που πληρώνουμε στην Ελλάδα, θα ξεχάσουμε ΓΕΜΗ, "Εισφορά / Φόρο Επιτηδεύματος" και άλλα υπέροχα και θα εισάγουμε τα κέρδη της εταιρίας ως μέρισμα στην Ελλάδα με 10% φόρο. ...Δεν παίρνουμε όμως διαζύγιο από την Ελλάδα. Μάλλον περνάμε σε φάση "διάστασης". Εμείς θα είμαστε εδώ, εισάγοντας τα κέρδη μαςκαι στηρίζοντας και την Ελλάδα όπως μπορούμε.»*

Την ίδια ημέρα δέχθηκα ένα τηλεφώνημα στο γραφείο μου από έναν πελάτη ο οποίος με ρωτούσε αν η επιχείρησή του για θέματα υγειονομικού ενδιαφέροντος που αντιμετώπιζε θα μπορούσε να δεχθεί ένα τιμολόγιο από κυπριακό γραφείο παροχής συμβουλευτικών και νομικών υπηρεσιών, τη στιγμή που το κείμενο του γνωμοδοτικού σημειώματος για το οποίο επρόκειτο να εκδοθεί το τιμολόγιο είχε σταλεί από ελληνικό λογαριασμό ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, το δε υπογεγραμμένο γνωμοδοτικό σημείωμα εστάλη από ελληνικό αριθμό FAX.

Παράλληλα πολλές φορές το τελευταίο χρονικό διάστημα ακούμε στον ευρύτερο κοινωνικό ή επαγγελματικό μας περίγυρο ή διαβάζουμε για την πρόθεση πολλών επαγγελματιών αλλά και επιχειρήσεων να μεταφέρουν την έδρα τους στο εξωτερικό π.χ. σε βαλκανικές χώρες, στην Κύπρο κλπ.

Όλες αυτές οι φαινομενικά στο προσκήνιο μη συνδεδεμένες μεταξύ τους πληροφορίες έχουν μία κοινή συνισταμένη, μία κοινή έννοια που μπορεί να επηρεάσει ή να καθορίσει το σχεδιασμό τους ακόμα δε και να προκαλέσει πληθώρα θεμάτων με τις φορολογικές αρχές.

Η συνισταμένη αυτή δεν είναι άλλη από την έννοια του «τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης» ή στα αγγλικά «Place of effective management».

Για την έμμεση υπαγωγή των θεωρητικών προσεγγίσεων που θα ακολουθήσουν στη συνέχεια της παρουσίασης και την συναγωγή των πληρέστερων

πραγματικών συμπερασμάτων επί ενός θέματος που ενδεχομένως οι προεκτάσεις του θα φανούν εντονότερα στα επόμενα χρόνια μέσα και από τη διαδικασία των φορολογικών ελέγχων θα ήθελα να προτείνω να έχουμε στο μυαλό μας και να προσπαθήσουμε να υπαγάγουμε τις θεωρητικές έννοιες και προβληματικές στην ακόλουθη διαφάνεια, η οποία απεικονίζει ένα θεωρητικό παράδειγμα όπου μία ιδρυθείσα στην Κύπρο εταιρία συνδέεται με ένα γραφείο στην Ελλάδα με το οποίο υπάρχει κάποια μορφή εξάρτησης.

Η διάρθρωση της παρουσίασης με την προσπάθεια εκ μέρους μου της όσο το δυνατόν συνοπτικότερης παρουσίασης των πολλών πτυχών και προεκτάσεων της έννοιας της άσκησης της πραγματικής διοίκησης ως κριτήριο προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας περιλαμβάνει τις ακόλουθες θεματικές ενότητες.

- ✓ Ιστορική αναδρομή
- ✓ Τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης & Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας (ΣΑΔΦ)
- ✓ Έννοια πραγματικής διοίκησης & Νομολογία ΔΕΕ
- ✓ Ελληνική Νομοθεσία και σκέψεις για προβληματισμό
- ✓ Αλλοδαπή Εθνική Νομολογία & Βιβλιογραφία
- ✓ Μόνιμη Εγκατάσταση και τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης
- ✓ Πρακτική Εφαρμογή στο ιστορικό της προβληθείσας διαφάνειας
- ✓ Βάρος Απόδειξης & Ρυθμίσεις Φοροαποφυγής
- ✓ Προοπτικές & Προβληματισμοί
- ✓ Αντί επιλόγου

2. Ιστορική Αναδρομή

Η αναγκαιότητα του καθορισμού της φορολογικής κατοικίας των εταιριών, θεμελιώδες θέμα του διεθνούς φορολογικού δικαίου, αναδύθηκε ιδιαίτερα στα τέλη του 19^{ου} αιώνα και στις αρχές του 20^{ου} αιώνα.

Προέκυψε, δε, ως θέμα σε περιπτώσεις όπου εταιρίες οι οποίες είχαν την έδρα της διοίκησής τους, υπό την έννοια του κέντρου λήψης αποφάσεων, στο Ηνωμένο Βασίλειο, μετέφεραν όλη την επιχειρηματική τους δραστηριότητα σε άλλο κράτος είτε για λόγους πρακτικούς είτε για λόγους φορολογικού σχεδιασμού¹.

Στα τέλη του 19^{ου} αιώνα και στις αρχές του 20^{ου} αιώνα, δεδομένου ότι το Ηνωμένο Βασίλειο δημιούργησε το φορολογικό του σύστημα νωρίτερα από το φορολογικό σύστημα των άλλων κρατών, τα φορολογικά δικαστήριά του άρχισαν πρώτα να αναπτύσσουν το επονομαζόμενο test της «κεντρικής διοίκησης και ελέγχου» ως τεστ το οποίο οδηγούσε στον εντοπισμό της φορολογικής κατοικίας των εταιριών που είχαν μεταφέρει την επιχειρηματική τους δραστηριότητα εκτός Ην. Βασιλείου, και ως εκ τούτου να θεωρούν τις εταιρίες αυτές φορολογικούς κατοίκους

¹ Cerioni Luca, The “Place of Effective Management” as a Connecting Factor for Companies’ Tax Residence within the EU vs. the Freedom of Establishment: The need for a Rethinking?, 1095 επ., <http://www.research.ed.ac.uk/portal/en/publications/the-place-of-effective-management-as-a-connecting-factor-for-companies-tax-residence-within-the-eu-vs-the-freedom-of-establishment%280fd4704e-454a-4c90-a693-8b2f3b2ee5b7%29.html>

του Ηνωμένου Βασιλείου επί τη βάσει του γεγονότος ότι το κέντρο λήψης αποφάσεων βρισκόταν εκεί.

Το εν λόγω τεστ αποτέλεσε τον πρόδρομο του κριτηρίου του τύπου άσκησης πραγματικής διοίκησης, το οποίο υιοθετήθηκε από τον **Οργανισμό Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ)** στο Υπόδειγμα Σύμβασης Αποφυγής Διπλής Φορολογίας (ΣΑΔΦ) ως κριτήριο σύνδεσης ήτοι ως κριτήριο εντοπισμού της φορολογικής κατοικίας σε περίπτωση που και τα δύο συμβαλλόμενα κράτη μιας ΣΑΦΔ θεωρούν μία εταιρία, σύμφωνα με τις επιταγές του εθνικού τους δικαίου, φορολογικό κάτοικό τους.

3. Τύπος άσκησης πραγματικής διοίκησης & Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας (ΣΑΔΦ)

Η έννοια της φορολογικής κατοικίας και του τύπου άσκησης πραγματικής διοίκησης εντοπίζεται στο διεθνές φορολογικό δίκαιο στο Υπόδειγμα της Σύμβασης Αποφυγής Διπλής Φορολογίας του ΟΟΣΑ.²

Το Υπόδειγμα Σύμβασης του ΟΟΣΑ δεν έχει κανονιστική ισχύ. Κανονιστική ισχύ σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος έχουν οι ισχύουσες φορολογικές συμβάσεις της Ελλάδος. Οι διεθνείς συμβάσεις (και μεταξύ αυτών συμπεριλαμβάνονται και οι διμερείς συμβάσεις αποφυγής της διπλής φορολογίας), από την κύρωσή τους και τη θέση τους σε ισχύ, απολαμβάνουν, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος, αυξημένη τυπική ισχύ, ανεξάρτητα αν κυρώθηκαν πριν ή μετά τη θέσπιση του Συντάγματος του 1975.³

Όπως συνιστάται από το Συμβούλιο του ΟΟΣΑ, τα Κράτη Μέλη, όταν συνάπτουν ή αναθεωρούν τις διμερείς τους συμβάσεις, πρέπει να βασίζονται στο Υπόδειγμα της Σύμβασης, όπως ερμηνεύεται από τα σχετικά Ερμηνευτικά Σχόλια, και να έχουν υπόψη τους τις επιφυλάξεις που διατυπώνονται σε αυτά. Οι φορολογικές αρχές κατά την εφαρμογή και ερμηνεία των διατάξεων των διμερών συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας, οι οποίες βασίζονται στο Υπόδειγμα της Σύμβασης, πρέπει να λαμβάνουν υπόψη τα σχετικά Σχόλια, όπως τροποποιούνται κατά καιρούς και με την επιφύλαξη των παρατηρήσεών τους επί αυτών.

Ο όρος «κάτοικος» επιτελεί θεμελιώδεις λειτουργίες για την εφαρμογή της σύμβασης. Η κατοικία καθορίζει τα φορολογικά δικαιώματα των κρατών με τα οποία συνδέεται ο φορολογούμενος και ακολούθως καθορίζει την έκταση των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του φορολογούμενου.⁴

Σύμφωνα με το μηχανισμό κατανομής της φορολογικής εξουσίας μεταξύ των δύο συμβαλλομένων κρατών, το κράτος κατοικίας έχει προτεραιότητα στην άσκηση της φορολογικής εξουσίας. Καταρχήν, η φορολογική εξουσία σε οικονομικές

² Δικηγορική Εταιρία Ζέπος & Γιαννόπουλος (Επιστημονική Επιμέλεια), Υπόδειγμα Σύμβασης για την Αποφυγή της Διπλής Φορολογίας σχετικά με τους φόρους Εισοδήματος και Κεφαλαίου (Συντομευμένη Έκδοση), Νομική Βιβλιοθήκη, 2010

³ Χατζηωακειμίδου Ε., Φορολογικές Συμβάσεις – Η εφαρμογή τους στις προσωπικές εταιρίες, Νομική Βιβλιοθήκη, 2005

⁴ Βλ. Leherissel H., The Tax Residence of Companies, EuTax 1999, s. 157

δραστηριότητες, κεφάλαιο κλπ. που συνδέονται και με τα δύο συμβαλλόμενα κράτη απονέμεται στο κράτος κατοικίας του φορολογουμένου. Το άλλο κράτος, που θεωρείται κράτος της πηγής, επιβάλλει φόρο μόνο στις περιπτώσεις που ορίζει ρητά η σύμβαση.

Ο όρος «κατοικία» χρησιμοποιείται για φυσικά και μη φυσικά πρόσωπα. Είναι αυτονόητο ότι για τα νομικά πρόσωπα έχει την έννοια της έδρας. Η έννοια της κατοικίας κατά το φορολογικό δίκαιο διαφέρει από την έννοια της κατοικίας στο αστικό δίκαιο. Σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου 4 του Υποδείγματος (ή Προτύπου) Σύμβασης του ΟΟΣΑ για την αποφυγή της διπλής φορολογίας σχετικά με τους φόρους εισοδήματος και κεφαλαίου «για τους σκοπούς της παρούσας Σύμβασης, ο όρος «κάτοικος τους ενός Συμβαλλόμενου Κράτους» σημαίνει κάθε πρόσωπο που, σύμφωνα με τους νόμους αυτού του κράτους, υπόκειται σε φορολογία σε αυτό λόγω της κατοικίας, της διαμονής του, του τόπου διοίκησης των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του ή άλλου κριτηρίου παρόμοιας φύσης και περιλαμβάνει επίσης οποιοδήποτε Κράτος και πολιτική υποδιαίρεση ή τοπική αρχή αυτού. Ο όρος αυτός ωστόσο δεν περιλαμβάνει οποιοδήποτε πρόσωπο το οποίο φορολογείται στο Κράτος αυτό μόνο για εισόδημα που προέρχεται από πηγές μέσα από το εν λόγω Κράτος ή κεφάλαιο που βρίσκεται στο εν λόγω κράτος»

Σύμφωνα με τον παραπάνω ορισμό, ο όρος κάτοικος πρέπει να γίνει αντιληπτός με ευρεία έννοια, εννοώντας κάθε τοπικό σύνδεσμο που συνεπάγεται απεριόριστη φορολογική υποχρέωση. Αυτό είναι εμφανές και από τη φράση «άλλο κριτήριο παρόμοιας φύσης», το οποίο δείχνει ότι η απαρίθμηση των κριτηρίων που προκαλούν φορολογική υποχρέωση λόγω κατοικίας είναι ενδεικτική. Τα απαριθμούμενα κριτήρια είναι τοπικά (locality-related criteria⁵). Αντίθετα η εθνικότητα δεν έχει τοπικό χαρακτήρα, και άρα δεν καλύπτεται από τον όρο «άλλο κριτήριο παρόμοιας φύσης».

Η έννοια της κατοικίας όπως ορίζεται στο Υπόδειγμα Σύμβασης του ΟΟΣΑ είναι μία έννοια πραγματική και όχι νομική. Εφαρμόζεται δε όχι μόνο σε φυσικά πρόσωπα αλλά και σε μη φυσικά πρόσωπα (person other than an individual). Ο αρνητικός ορισμός «μη φυσικά πρόσωπα» αντί του ορισμού «νομικά πρόσωπα» σκοπίμως χρησιμοποιείται προκειμένου να αποφευχθούν τα προβλήματα που δημιουργούν οι διαφορές μεταξύ των διαφορετικών νομικών συστημάτων ως προς την ένταξη ή μη διαφόρων οντοτήτων στην έννοια των νομικών προσώπων.

Το Υπόδειγμα της Σύμβασης του ΟΟΣΑ δεν επιχειρεί να δώσει έναν αυτόνομο ορισμό του όρου «κάτοικος». Συνεπώς το διεθνές συμβατικό φορολογικό δίκαιο δέχεται τον όρο «κάτοικος», όπως ορίζεται στις εθνικές νομοθεσίες, χωρίς να εισάγει κανένα ελάχιστο όριο προϋποθέσεων, και μόνο όπου υπάρχει διπλή φορολογία δίνει προτεραιότητα στη φορολογία του ενός ή του άλλου συμβαλλόμενου κράτους. Την προτεραιότητα δε αυτή τη δίνει μέσα από το μηχανισμό των κριτηρίων σύνδεσης (**Tie breaker rule**). Ένα τέτοιο κριτήριο σύνδεσης προβλέπεται στην παράγραφο 3 του ίδιου άρθρου, όπου και γίνεται λόγος για την έννοια της πραγματικής διοίκησης.

Σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 4 του Υποδείγματος Σύμβασης του ΟΟΣΑ «Αν, σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου

⁵ Ο όρος είναι δανεισμένος από τον Vogel K, Double Taxation Conventions (1997), σ. 154

1, ένα πρόσωπο, που δεν είναι φυσικό πρόσωπο, είναι κάτοικος και των δύο Συμβαλλόμενων Κρατών, τότε το πρόσωπο αυτό θεωρείται κάτοικος μόνο του Κράτους στο οποίο βρίσκεται η έδρα της πραγματικής διοίκησής του.»

Η παράγραφος 3 του άρθρου 4 του Υποδείγματος Σύμβασης αφορά εταιρίες και άλλες ενώσεις προσώπων, ανεξάρτητα από το εάν πρόκειται για νομικά πρόσωπα ή μη. Στην πράξη δεν είναι σπάνιο για μία εταιρία κλπ. να υπόκειται σε φορολογία ως κάτοικος σε περισσότερα από ένα Κράτη εάν, για παράδειγμα, το ένα Κράτος δίνει βαρύτητα στην καταχώριση της έδρας και το άλλο Κράτος στην έδρα της πραγματικής διοίκησης. Έτσι και στην περίπτωση εταιρειών κλπ. πρέπει να θεσπιστούν ειδικοί κανόνες προτεραιότητας. Η διάταξη της παρ. 3 δεν είναι αυτόνομη. Αποτελεί συνέχεια και συνέπεια της παρ. 1 (βασικού κανόνα).

Σε κάθε περίπτωση ελέγχου σχετικά με την κατοικία μιας εταιρίας για την εφαρμογή της οικείας ΣΑΔΦ, επιστρατεύεται κατά πρώτον η παρ. 1. Εάν διαπιστωθεί ότι η εταιρία θεωρείται κάτοικος και των δύο συμβαλλόμενων κρατών κατά την εσωτερική νομοθεσία τους, λόγω διαφορετικών κριτηρίων (ίδρυσης/πραγματικής διοίκησης), τότε έρχεται αρωγός η παρ. 3 και αίρει τη σύγκρουση των δύο νομοθεσιών (Tie breaker Rule), δίδοντας το προβάδισμα στο κράτος στο οποίο βρίσκεται η έδρα (τόπος) της πραγματικής διοίκησης (Place of Effective Management) της εταιρίας.

Το κράτος αυτό ορίζεται πλέον ως κράτος κατοικίας της εταιρίας για τους σκοπούς εφαρμογής μόνο της μεταξύ των δύο κρατών ΣΑΔΦ (συμβατική κατοικία - treaty residence state). Συνέπεια αυτού είναι ότι η εταιρία υπόκειται στο συμβατικά οριζόμενο κράτος κατοικίας σε φορολογία για το παγκόσμιο εισόδημά της (Full Tax Liability). Το άλλο κράτος, στο οποίο η εταιρία έχει ιδρυθεί, ενώ έχει το δικαίωμα, κατά την εσωτερική νομοθεσία του, να υπαγάγει την εταιρία σε φορολογία για το παγκόσμιο εισόδημά της (ως κάτοικό του), εν τούτοις περιορίζεται στο ρόλο του κράτους πηγής κατά την προαναφερόμενη ΣΑΔΦ (Treaty Source State) και έχει το δικαίωμα να φορολογεί την εταιρία μόνο για εισοδήματα που τυχόν προκύπτουν στην επικράτειά του (Limited Tax Liability) τηρουμένων βέβαια των σχετικών διατάξεων της ΣΑΔΦ.

Η λύση του να δοθεί βαρύτητα σε ένα καθαρά τυπικό κριτήριο όπως η καταχώριση της έδρας δεν κρίθηκε επαρκής. Ως εκ τούτου, η παράγραφος 3 δίνει βαρύτητα στον τόπο όπου βρίσκεται η πραγματική διοίκηση της εταιρίας. Η διατύπωση του κριτηρίου προτεραιότητας στην περίπτωση των μη φυσικών προσώπων αποτέλεσε αντικείμενο ιδιαίτερης μελέτης, ιδίως όσον αφορά τη φορολογία εισοδήματος από ναυτιλιακές μεταφορές, μεταφορές σε πλωτές οδούς εσωτερικής ναυσιπλοΐας και αεροπορικές μεταφορές. Μία σειρά από Συμβάσεις για την Αποφυγή της Διπλής Φορολογίας επί εισοδημάτων αυτού του είδους αναθέτουν αρμοδιότητα φορολόγησης στο Κράτος όπου βρίσκεται ο «τόπος διοίκησης» της επιχείρησης. Άλλες συμβάσεις δίνουν βαρύτητα στην «έδρα της πραγματικής διοίκησης» και άλλες πάλι στη «φορολογική κατοικία του φορέα εκμετάλλευσης».

Κατόπιν εξέτασης όλων των ανωτέρω παραμέτρων, ως κριτήριο προτεραιότητας για τα μη φυσικά πρόσωπα προκρίθηκε η «έδρα της πραγματικής διοίκησης». Η έδρα της πραγματικής διοίκησης είναι ο τόπος που λαμβάνονται ουσιαστικά οι βασικές διοικητικές και εμπορικές αποφάσεις που είναι αναγκαίες για την άσκηση του συνόλου των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του μορφώματος.

Για τον προσδιορισμό της έδρας της πραγματικής διοίκησης πρέπει να εξετάζονται όλα τα σχετικά πραγματικά περιστατικά. **Ένα μόρφωμα μπορεί να έχει περισσότερους από έναν τόπους διοίκησης (place of management) αλλά μόνο μία έδρα πραγματικής διοίκησης (place of effective management) κάθε δεδομένη χρονική στιγμή.** Σε κανένα σημείο όμως του Υποδείγματος Σύμβασης η έννοια της πραγματικής διοίκησης δεν εξειδικεύεται περαιτέρω ούτε δίνονται σχετικές κατευθύνσεις για την ερμηνεία της⁶.

Ο όρος «έδρα (τόπος) της πραγματικής διοίκησης (Place of Effective Management)» μιας εταιρίας, κατά τα Ερμηνευτικά Σχόλια επί των διατάξεων της Πρότυπης Σύμβασης του ΟΟΣΑ (Commentaries on the articles of the OECD model tax convention on income and on capital), σημαίνει τον τόπο στον οποίο λαμβάνονται στρατηγικής σημασίας αποφάσεις (Key Decisions) που αφορούν στη διοίκηση ολόκληρης της εταιρίας. Είναι ο τόπος στον οποίο τα ανώτατα όργανα της εταιρίας (μέτοχοι, Διοικητικό Συμβούλιο, διαχειριστές κ.λπ.) συνέρχονται για να λάβουν αποφάσεις για την εν γένει υπόσταση, οργάνωση και λειτουργία της εταιρίας.

Ο τόπος της πραγματικής διοίκησης μιας εταιρίας (Place of Effective Management) δεν πρέπει να συγχέεται με τον όρο «τόπος διοίκησης (Place of Management)», όρο που επίσης απαντάται στις ΣΑΔΦ. Ο τόπος της πραγματικής διοίκησης, όπως ορίστηκε ανωτέρω, είναι ο τόπος στον οποίο ασκείται, σε ανώτατο επίπεδο, η διοίκηση και ο έλεγχος της εταιρίας, όπου λαμβάνονται βασικές αποφάσεις για όλους τους τομείς αυτής (High Level Policy), σε αντίθεση με τον τόπο διοίκησης στον οποίο υλοποιούνται, μετατρέπονται σε πράξη οι αποφάσεις που λαμβάνονται σε ανώτατο επίπεδο.

Μία εταιρία μπορεί να έχει περισσότερους από ένα τόπους διοίκησης, έχει όμως μόνο ένα τόπο πραγματικής διοίκησης. Η εξακρίβωση του τόπου της πραγματικής διοίκησης μιας εταιρίας είναι θέμα πραγματικό, εξεταζόμενων προς τούτο όλων των σχετικών παραγόντων και συνθηκών οργάνωσης και διοίκησης αυτής.

Ο τόπος της πραγματικής διοίκησης δεν συνδέεται με πρόσωπα που έχουν τυπικά τη διοίκηση της εταιρίας, αλλά με τα πρόσωπα ή όργανα τα οποία ασκούν ουσιαστικά την κεντρική διοίκηση και λαμβάνουν αποφάσεις που επηρεάζουν γενικά την πορεία και την υπόσταση της εταιρίας. Ορισμένες χώρες ωστόσο θεωρούν ότι οι περιπτώσεις διπλής κατοικίας μη φυσικών προσώπων είναι σχετικά σπάνιες και πρέπει να εξετάζονται κατά περίπτωση με αμοιβαία συμφωνία μεταξύ των αρμοδίων αρχών.

Οι αρμόδιες αρχές που είναι επιφορτισμένες να εφαρμόζουν τον όρο αυτόν για τον καθορισμό της κατοικίας του νομικού προσώπου για τους σκοπούς της σύμβασης, οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη διάφορους παράγοντες όπως: πού διεξάγονται συνήθως οι συνεδριάσεις του διοικητικού συμβουλίου ή ισοδύναμου οργάνου, πού ασκούν συνήθως τις δραστηριότητες τους ο γενικός διευθυντής και τα υπόλοιπα ανώτερα στελέχη, πού ασκείται η καθημερινή διοίκηση του προσώπου, πού βρίσκονται τα κεντρικά γραφεία του προσώπου, το δίκαιο ποιας χώρας διέπει το νομικό καθεστώς του προσώπου, πού φυλάσσονται τα βιβλία και στοιχεία του, κατά

⁶Tax and e-commerce, The Impact of the communications revolution on the application of “place of effective management” as a tie breaker rule”, OECD, p.4

πόσο η απόφαση ότι το νομικό πρόσωπο είναι κάτοικος ενός Συμβαλλόμενου Μέρους αλλά όχι του άλλου για τους σκοπούς της σύμβασης ενέχει τον κίνδυνο αθέμιτης χρήσης των όρων της σύμβασης κλπ.

4. Έννοια πραγματικής διοίκησης & Νομολογία ΔΕΕ

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αναφέρεται στους όρους «κέντρο διοίκησης», «κέντρο κύριων συμφερόντων» (C-341/04, C-396/09)⁷ και «πραγματική διοίκηση» (C-371/10)⁸.

Σύμφωνα με το Δικαστήριο το «κέντρο των κύριων συμφερόντων»:

- πρέπει να εντοπίζεται με γνώμονα τόσο αντικειμενικά όσο και αναγνωρίσιμα από τους τρίτους κριτήρια. Η σχετική αντικειμενικότητα και δυνατότητα ελέγχου εκ μέρους των τρίτων είναι αναγκαίες προκειμένου να κατοχυρώνεται η ασφάλεια δικαίου⁹.
- πρέπει να εντοπίζεται δίνοντας μεγαλύτερη σπουδαιότητα στον τόπο άσκησης κεντρικής διοίκησης.

Αν τα όργανα διοίκησης και ελέγχου της εταιρίας βρίσκονται στον τόπο της καταστατικής έδρας της και οι αποφάσεις για τη διαχείριση της εταιρίας αυτής λαμβάνονται, με τρόπο αναγνωρίσιμο από τους τρίτους, στον τόπο αυτό, το κέντρο διοίκησης βρίσκεται στην καταστατική έδρα. Το προβλεπόμενο από τον κοινοτικό νομοθέτη απλό τεκμήριο εκ της καταστατικής έδρας της εταιρίας μπορεί να ανατραπεί μόνον εφόσον αντικειμενικά και αναγνωρίσιμα από τους τρίτους στοιχεία επιτρέπουν να αποδειχθεί η ύπαρξη διαφορετικής πραγματικής καταστάσεως από εκείνη που υποτίθεται ότι αντανακλά ο τόπος της καταστατικής έδρας.

Αυτό μπορεί να συμβαίνει ιδίως στην περίπτωση εταιρίας λειτουργούσας ως «ταχυδρομική θυρίδα», η οποία δεν ασκεί καμία δραστηριότητα στο έδαφος του κράτους μέλους όπου βρίσκεται η εταιρική έδρα της. Αντιθέτως, όταν η συγκεκριμένη εταιρία ασκεί τη δραστηριότητά της στο έδαφος του κράτους μέλους όπου βρίσκεται η εταιρική έδρα της, απλώς και μόνο το γεγονός ότι οι οικονομικές επιλογές της ελέγχονται ή δύνανται να ελέγχονται από μητρική εταιρία εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος δεν αρκεί για την ανατροπή του προβλεπόμενου με τον κανονισμό τεκμηρίου.

Αν ο τόπος της κεντρικής διοίκησης της εταιρίας δεν βρίσκεται στην καταστατική της έδρα, η ύπαρξη εταιρικής παρουσίας και η σύναψη συμβάσεων για την οικονομική αξιοποίησή της σε άλλο κράτος μέλος και όχι στο κράτος της καταστατικής έδρας της εταιρίας αυτής δεν μπορούν να θεωρηθούν επαρκή στοιχεία για την ανατροπή του τεκμηρίου αυτού της καταστατικής έδρας παρά μόνο αν από τη συνεκτίμηση όλων των κρίσιμων στοιχείων αποδεικνύεται ότι το πραγματικό κέντρο διοίκησης και ελέγχου της εταιρίας και διοίκησης των συμφερόντων της βρίσκεται

⁷ C-341/04, C-396/09

⁸ C-371/10

⁹ C-341/04 (Σκέψη 33)

στο άλλο αυτό κράτος μέλος και ότι το γεγονός αυτό είναι αναγνωρίσιμο από τους τρίτους¹⁰.

Αυτό που μπορούμε να συνάγουμε από την ανωτέρω χαρακτηριστική νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου είναι ότι προκειμένου να καθορίσει ο τόπος της κεντρικής διοίκησης την έδρα μίας εταιρίας, ανατρέποντας το τεκμήριο της καταστατικής έδρας, απαιτείται ολοκληρωμένη και όχι αποσπασματική εκτίμηση των κρίσιμων παραγόντων κατά τρόπο δε που το γεγονός αυτό, προς εξασφάλιση της ασφάλειας του δικαίου, είναι δυνατόν να είναι αναγνωρίσιμο από τους τρίτους.

5. Ελληνική νομοθεσία και σκέψεις για προβληματισμό

Υπό την ισχύ του Ν. 2238/1994 ο οποίος εφαρμοζόταν μέχρι την 31.12.2013 δεν υπήρχαν διατάξεις σχετικές με την έννοια του «τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης». Η εθνική νομολογία είχε κληθεί να ερμηνεύσει τον όρο «έδρα» του άρθρου 10 του ΑΚ. Σύμφωνα με τη νομολογία του Αρείου Πάγου (ΑΠ 803/2010, 186/2008, 2/2003 Ολομ.) ως έδρα νοείται στη διάταξη αυτή η πραγματική και όχι η καταστατική, δηλαδή ο τόπος, όπου είναι εγκατεστημένα τα όργανα που κινητοποιούν τον οργανισμό του νομικού προσώπου, δηλαδή ο τόπος στον οποίο συντελούνται οι σπουδαιότερες εκδηλώσεις της υποστάσεώς του, στον οποίο ασκείται πραγματικά η διοίκηση και λαμβάνονται οι βασικές για τη λειτουργία του αποφάσεις¹¹, ο τόπος στον οποίο έχουν συγκεντρωθεί όλες οι λειτουργίες ελέγχου και εποπτείας της γενικότερης επιχειρηματικής δράσης της εταιρίας¹².

Με βάση την ανωτέρω νομολογία, αν συνεπώς διαπιστωθεί ότι η πραγματική έδρα της εταιρίας, που φέρεται ως αλλοδαπή, βρίσκεται στην Ελλάδα και δεν έχουν τηρηθεί οι διατυπώσεις ιδρύσεως (συστάσεως και δημοσιότητας) που επιτάσσει το ελληνικό δίκαιο για το συγκεκριμένο εταιρικό τύπο, η εν λόγω εταιρία είναι άκυρη και θεωρείται ως «εν τοις πράγμασι» ομόρρυθμη εταιρία¹³.

Στο ελληνικό δίκαιο ο Νόμος 4172/2013, είναι ο νόμος ο οποίος εισάγει για πρώτη φορά την έννοια της πραγματικής διοίκησης (place of effective management). Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4 παρ. 3 του Νόμου 4172/2013 «Ένα νομικό πρόσωπο ή μία νομική οντότητα είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδας για οποιοδήποτε φορολογικό έτος, εφόσον: α) συστάθηκε ή ιδρύθηκε, σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο, β) έχει την καταστατική έδρα του στην Ελλάδα ή γ) ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης είναι στην Ελλάδα οποιαδήποτε περίοδο στη διάρκεια του φορολογικού έτους.»

Στην παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι: «Ο «τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης» είναι στην Ελλάδα με βάση τα πραγματικά περιστατικά και τις συνθήκες λαμβάνοντας υπόψη ιδίως τα εξής:

¹⁰ C-396/09 (Σκέψη 59)

¹¹ Αθανασάκη Β., Κουκούτσης Γ., Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος Ν. 4172/2013, 2015, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 23

¹² Αθανασάκη Β., Κουκούτσης Γ., Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος Ν. 4172/2013, 2015, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 24

¹³ Αθανασάκη Β., Κουκούτσης Γ., Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος Ν. 4172/2013, 2015, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 23

α) τον τόπο άσκησης καθημερινής διοίκησης,

β) τον τόπο λήψης στρατηγικών αποφάσεων,

γ) τον τόπο ετήσιας γενικής συνέλευσης των μετόχων ή εταιρών,

δ) τον τόπο τήρησης βιβλίων και στοιχείων,

ε) τον τόπο συνεδριάσεων του διοικητικού συμβουλίου ή όποιου άλλου εκτελεστικού οργάνου διοίκησης,

στ) την κατοικία των μελών του διοικητικού συμβουλίου ή όποιου άλλου εκτελεστικού οργάνου διοίκησης. Σε συνδυασμό με τη συνδρομή των παραπάνω περιστατικών και συνθηκών είναι δυνατόν να συνεκτιμάται και η κατοικία της πλειοψηφίας των μετόχων ή εταιρών.»

Σύμφωνα δε, με τη διάταξη του άρθρου 72 παρ. 1 του Νόμου 4172/2013 οι διατάξεις του άρθρου 4 εφαρμόζονται για εισοδήματα που αποκτώνται και δαπάνες που πραγματοποιούνται στα φορολογικά έτη που αρχίζουν από την 1^η Ιανουαρίου 2014 και μετά.

Σχετικά με τις ανωτέρω διατάξεις των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 4 του Ν. 4172/2013, η αιτιολογική έκθεση ορίζει ότι «Με τις διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 4 ορίζονται τα τρία κριτήρια για να θεωρηθεί ένα νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα φορολογικός κάτοικος Ελλάδας. Ο τόπος σύστασης ή ίδρυσης, η καταστατική του έδρα, η οποία κατ' αρχήν, αλλά όχι αναγκαία, συμπίπτει με τον τόπο σύστασης ή ίδρυσης και τέλος ο τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης, ο οποίος διεθνώς αποκτά όλο και μεγαλύτερη σημασία στη θεμελίωση της φορολογικής κατοικίας των νομικών προσώπων και σημαντικός αριθμός κρατών - μελών έχει ενσωματώσει το κριτήριο αυτό στη νομοθεσία του. Με τις διατάξεις της παραγράφου 4 του άρθρου 4 ορίζονται τα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη για τον καθορισμό του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης στην Ελλάδα. Όπως αναφέρεται στη διάταξη ο τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης συνιστά μία έννοια που βασίζεται στα πραγματικά περιστατικά και τις συνθήκες της εκάστοτε περίπτωσης και έχει διαπλαστεί νομολογιακά. Στο πλαίσιο αυτό παρατίθεται ενδεικτικός κατάλογος κριτηρίων που λαμβάνονται υπόψη χωρίς να αποκλείεται η συνεκτίμηση πρόσθετων κριτηρίων. Επί παραδείγματι, ένα τέτοιο πρόσθετο κριτήριο που μπορεί να συνεκτιμηθεί από κοινού με τα απαριθμούμενα κριτήρια, αλλά δεν αρκεί αφ' εαυτού να θεμελιώσει τη φορολογική κατοικία του νομικού προσώπου ή της νομικής οντότητας στην Ελλάδα είναι η κατοικία της πλειοψηφίας των μετόχων».

Η έννοια του «τόπου άσκησης της πραγματικής διοίκησης» εισάγεται για πρώτη φορά με τις διατάξεις του Ν. 4172/2013, σε πλήρη συμμόρφωση με τις οδηγίες του ΟΟΣΑ. Λαμβανομένου υπόψη ότι από τη φορολογική διοίκηση δεν έχουν δοθεί περαιτέρω οδηγίες για την εξειδίκευση των κριτηρίων και των τρόπων που θα γίνονται οι σχετικοί οι έλεγχοι, από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων αλλά και από την αιτιολογική του νόμου έκθεση προκύπτουν τέσσερα στοιχεία προς προβληματισμό:

1) η απαρίθμηση των κριτηρίων είναι ενδεικτική,

2) δεν υπάρχει στάθμιση βαρύτητας όσον αφορά τα αναφερθέντα κριτήρια. Η μοναδική αναφορά που γίνεται είναι όσον αφορά το κριτήριο της κατοικίας των μετόχων το οποίο δεν μπορεί από μόνο του να θεμελιώσει, ακόμα και αν συντρέχει, τη φορολογική κατοικία του νομικού προσώπου ή της νομικής οντότητας,

3) η διάρθρωση της διάταξης οδηγεί στο συμπέρασμα ότι, ακόμα και αν ένα μόνο κριτήριο πληρούται, αρκεί για να θεμελιωθεί η φορολογική κατοικία στην Ελλάδα,

4) η αιτιολογική έκθεση κάνει λόγο για έννοια που έχει διαπλασθεί νομολογιακά, γεγονός το οποίο έμμεσα οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η έννοια του φορολογικού κατοίκου Ελλάδας λόγω πραγματικής άσκησης διοίκησης προϋπήχε της εισαγωγής της στην Ελλάδα με τις διατάξεις του Ν. 4172/2013. Η προσέγγιση αυτή αφήνει περιθώρια για ελέγχους και ενδεχόμενους καταλογισμούς ακόμα και για χρήσεις προ της εφαρμογής του Ν. 4172/2013 ήτοι για χρήσεις μέχρι 31.12.2013.

Αναμφισβήτητα η έκδοση λεπτομερών οδηγιών από τη φορολογική διοίκηση καθίσταται αδήριτη ανάγκη προκειμένου να εξασφαλισθεί η ασφάλεια δικαίου, η δυνατότητα των ελεγκτικών αρχών να ασκούν καθ' ομοιόμορφο τρόπο το ελεγκτικό τους έργο και από την άλλη να μπορούν τα νομικά πρόσωπα και οι νομικές οντότητες να εξασφαλίσουν την ορθή τήρηση των φορολογικών κανόνων.

6. Αλλοδαπή Εθνική Νομολογία & Βιβλιογραφία

Η έννοια του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης έχει ήδη αποτελέσει αντικείμενο θεωρητικής επεξεργασίας σε πολλά κράτη, οι αποφάσεις των εθνικών δικαστηρίων που έχουν εκδοθεί είναι πολλές και ενδιαφέρουσες.^{14 15 16 17} Πλήθος χωρών καθορίζουν τη φορολογική κατοικία ως τον τόπο που μία επιχείρηση έχει την πραγματική της διοίκηση. Οι εθνικές νομοθεσίες των χωρών αυτών χρησιμοποιούν ποικίλους όρους, οι οποίοι όλοι τελικώς αναφέρονται στον τόπο όπου πραγματοποιούνται οι λειτουργίες διοίκησης της επιχείρησης¹⁸. Όλοι οι εθνικοί κανόνες που αναφέρονται στον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης χρήζουν περαιτέρω εξειδίκευσης (open norms) και απαιτείται να εξειδικεύονται κατά περίπτωση, αφήνοντας ευρεία περιθώρια ερμηνείας στις φορολογικές αρχές και στα εθνικά δικαστήρια. Αυτό εξηγεί και τις διαφορετικές προσεγγίσεις των φορολογικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων¹⁹.

¹⁴ Mehrere Geschäftsführer - mehrere Geschäftsführungsbetriebsstätten, <http://www.rechtslupe.de/steuerrecht/einkommensteuer/gewerbesteuer/mehrere-geschaeftsfuehrer-mehrere-geschaeftsfuehrungsbetriebsstaetten-390354>

¹⁵ Geschäftsführer einer ausländischen Kapitalgesellschaft als ständiger Vertreter im Inland?, Praxis Internationale Steuerberatung, <http://www.iww.de/pistb/schwerpunktthema/vertreterbetriebsstaette-geschaeftsfuehrer-einer-auslaendischen-kapitalgesellschaft-als-staendiger-vertreter-im-inland-f86192>

¹⁶ Dr. Töben Thomas, Neues zum Thema Geschäftsleitungsbetriebsstätte, Tax/ 2015 MUPETmagazin

¹⁷ Dr. Töben Thomas, Wassermeyer Franz, Kurzbeiträge zum Ort der Geschäftsleitung / Geschäftsleitungsbetriebsstätte, http://www.ifa-deutschland.de/150617_Kurzbeitraege_zum_Ort_der_Geschäftsleitung_Toeben_Wassermeyer.pdf

¹⁸ Αυστρία: centre of business direction, Βέλγιο: principal (management) establishment, seat of management or administration, Γαλλία: effective seat (sieve effectiv), Γερμανία: centre of chief business management (Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung), Ιταλία: place of management (sede dell' amministrazione), Ισπανία: place of effective management, Ελβετία: place of effective management.

¹⁹ Maisto Guglielmo, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 102

Στη διεθνή βιβλιογραφία όπου έχουν καταγραφεί τα συμπεράσματα από τις αποφάσεις δικαστηρίων πολλών κρατών, για τον εντοπισμό του τόπου άσκησης της πραγματικής διοίκησης αναφέρεται ότι απαιτείται μία ανάλυση τριών προσεγγίσεων, τριών ποιοτικών επιπέδων.

Σε πρώτο επίπεδο, πρέπει να εντοπισθούν οι σχετικές πράξεις διαχείρισης που χαρακτηρίζουν τη συγκεκριμένη εμπορική δραστηριότητα της εταιρείας (**substantive aspect**)²⁰. Στο επίπεδο αυτό μιλάμε: για στρατηγικό management (μακρόπνοες αποφάσεις χάραξης στρατηγικής), για καθημερινό management (εφαρμογή των μακρόπνοων αποφάσεων χάραξης στρατηγικής), για management σε επίπεδο shop floor (εποπτεία των καθημερινών λειτουργιών).

Παρά το γεγονός ότι από τη διεθνή βιβλιογραφία²¹, εκφράζεται με σοβαρά επιχειρήματα ότι προτεραιότητα πρέπει να δοθεί στο strategic management, η νομολογία προσπαθώντας να ερμηνεύσει ποιο είναι το κυρίαρχο στοιχείο στην έννοια τη διοίκηση τελικώς αμφιταλαντεύεται ανάμεσα στο καθημερινό management (π.χ. Ελβετία), στο στρατηγικό management (π.χ. Ολλανδία, Γαλλία (ειδική περίπτωση)), σε συνδυασμό των δύο (π.χ. Ισπανία) ή σε μία κατ' αρχήν υπεροχή του στρατηγικού management (π.χ. Γερμανία).

Σε δεύτερο επίπεδο, πρέπει να εντοπισθούν τα πρόσωπα που είναι επιφορτισμένα με τη διαχείριση (**personal aspect**)²². Τα πρόσωπα που ασκούν τη διοίκηση μίας εταιρίας ποικίλουν σε κάθε εθνική έννομη τάξη. Αυτό που ενδιαφέρει εν προκειμένω είναι αν τα πρόσωπα αυτά πράγματι ασκούν τη διοίκηση της εταιρίας, πού ασκούν τη διοίκηση της εταιρίας και αν υποκαθίστανται στη διοίκηση από άλλα πρόσωπα οπότε η έρευνα πρέπει να γίνει για αυτά τα πρόσωπα που πράγματι διοικούν.

Ειδικότερα όσον αφορά τους ομίλους όπου και ενδεχομένως μπορούν να τεθούν οι περισσότερες αμφιβολίες ως προς του πού και από ποιους ασκείται η διοίκηση των θυγατρικών, αυτό που πρέπει να τονισθεί όπως έχει εκφρασθεί τόσο στη θεωρία αλλά και στη νομολογία, είναι ότι υπάρχει ένα ανεκτό επίπεδο επιτήρησης της μητρικής εταιρίας, το οποίο δεν θεωρείται ότι μεταβάλλει τη φορολογική κατοικία μίας θυγατρικής. Μόνο αν ο μέτοχος, ο εγκατεστημένος σε άλλη χώρα, συμμετέχει ενεργά στη διοίκηση της εταιρίας μπορεί να θεωρηθεί ότι ο τρόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης βρίσκεται στον τόπο που οι αποφάσεις αυτές λαμβάνονται. Η παροχή στρατηγικών κατευθύνσεων ή η όλως εξαιρετικώς συμμετοχή των μετόχων στη λήψη θεμελιωδών αποφάσεων για τη θυγατρική δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί αποφασιστικό κριτήριο για τον καθορισμό του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης της θυγατρικής.

Ομοίως και το γεγονός ότι οι διοικούντες τις θυγατρικές κινούνται κατά την άσκηση των εξουσιών τους εντός των πλαισίων-περιορισμών που τέθηκαν από τη μητρική δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι δύναται να μεταβάλλει την φορολογική κατοικία των θυγατρικών.

²⁰ Maisto Guglielmo, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 102

²¹ Maisto Guglielmo, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 103

²² Maisto Guglielmo, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 107

Σε τρίτο επίπεδο, πρέπει να εντοπισθεί ο τόπος από όπου οι ανωτέρω πράξεις διαχείρισης πραγματοποιούνται (**territorial aspect**)²³. Εδώ αυτό που προκρίνεται είναι μία προσέγγιση όμοια με αυτό που στην πραγματικότητα πρεσβεύει η έννοια του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης, ήτοι μία ανάλυση της ουσίας πάνω από τον τύπο. Για την πλειονότητα των χωρών κρίσιμος είναι ο τόπος λήψης των αποφάσεων και όχι ο τόπος όπου αυτές εκτελούνται, και αυτό υπό την προϋπόθεση ότι ο τόπος λήψης είναι πράγματι ο τόπος λήψης αυτών και όχι εικονικά κατασκευασμένος.

Η παροχή καθαρά συμβουλευτικών υποστηρικτικών υπηρεσιών, φαινόμενο ιδιαίτερα σύνθητες σε επίπεδο ομίλων, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι καθιερώνει φορολογική κατοικία μέσα από τον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης.

Από τη συνολική επισκόπηση της νομολογίας των εθνικών δικαστηρίων, όπου το θέμα έχει ήδη τεθεί ενώπιόν τους, λοιπά κριτήρια όπως ο τόπος τήρησης των βιβλίων, ο τόπος κατοικίας των λογιστών, ο τόπος της ιδιωτικής κατοικίας των διευθυντών, ο τόπος του τμήματος εμπορικής διαχείρισης, η έδρα των συνεργαζόμενων τραπεζών παρά το γεγονός ότι κατά καιρούς αναφέρονται σε διάφορες αποφάσεις εθνικών δικαστηρίων, μόνο ως δευτερεύοντα κριτήρια μπορούν να θεωρηθούν και δύνανται να ληφθούν υπόψη μόνο όταν τα άλλα κριτήρια δεν είναι ικανά να καθορίσουν που διοικείται μία εταιρία²⁴.

Αυτό που σε κάθε περίπτωση δέον να τονισθεί και το οποίο θα πρέπει η ελληνική φορολογική διοίκηση κατά την ερμηνεία της σχετικής έννοιας να λάβει υπόψη της, παίρνοντας αντίστοιχη θέση, είναι ότι όλες οι χώρες ανάλογα με τη δομή των εταιρικών σχημάτων και τον τρόπο εκπροσώπησης των εταιριών έχουν νομολογιακά διαπλάσει μια συγκεκριμένη πολιτική προσέγγισης και εξειδίκευσης της έννοιας. Συγκεκριμένα είτε θεωρούν ότι είναι απαραίτητη μία προσέγγιση/εκτίμηση ανά περίπτωση (π.χ. Βέλγιο) είτε έχουν προσδώσει σε συγκεκριμένα κριτήρια (όχι πάντα χωρίς εξαιρέσεις) ιδιάζουσα σημασία και ισχύ, τέτοια που να καθορίζει τον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης (π.χ. Ηνωμένο Βασίλειο, Καναδάς, Γερμανία). Η γενική και αόριστη αναφορά δεν καλύπτει σε καμία περίπτωση την ασφάλεια δικαίου σε ένα συνεχώς εξελισσόμενο διεθνές φορολογικό περιβάλλον, μπορεί δε να δημιουργήσει ακόμα και στη φορολογική διοίκηση περισσότερα προβλήματα.

7. Μόνιμη Εγκατάσταση και τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης

Σε αντιδιαστολή με την έννοια της «**έδρας πραγματικής διοίκησης**» πρέπει να αναφερθεί η έννοια της «**έδρας διοίκησης**» η οποία αναφέρεται στο άρθρο 5 παρ. 2^α του Υποδείγματος Σύμβασης του ΟΟΣΑ και αποτελεί μία εκ των περιπτώσεων που συνιστούν μόνιμη εγκατάσταση, ήτοι «*ένα καθορισμένο τόπο επιχειρηματικών δραστηριοτήτων, μέσω του οποίου διεξάγονται εργασίες της επιχείρησης εν όλω ή εν μέρει*».²⁵ Στο ελληνικό δίκαιο η έννοια της μόνιμης

²³ Maisto Guglielmo, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 115

²⁴ Maisto Guglielmo, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 116

²⁵ Widrig Marcel, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 273-282

εγκατάστασης προβλέπεται στο άρθρο 6 του Ν. 4172/2013 «*«Μόνιμη εγκατάσταση» ορίζεται ο καθορισμένος τόπος επιχειρηματικών δραστηριοτήτων μέσω του οποίου διεξάγονται εν όλω ή εν μέρει οι δραστηριότητες της επιχείρησης. 2. Ο όρος «μόνιμη εγκατάσταση» περιλαμβάνει κυρίως: α) τόπο της διοίκησης, β) υποκατάστημα, γ) γραφείο, δ) εργοστάσιο, ε) εργαστήριο και στ) ορυχείο, μεταλλείο, πηγή πετρελαίου ή αερίου, λατομείο ή οποιονδήποτε άλλο τόπο εξόρυξης φυσικών πόρων.»*

Διακρίνοντας τον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης (ο οποίος οδηγεί σε απόκτηση φορολογικής κατοικίας) από τον τόπο άσκησης διοίκησης (ο οποίος οδηγεί σε μόνιμη εγκατάσταση) πρέπει να δοθεί βαρύτητα στο σκοπό και τη φύση των αποφάσεων που λαμβάνονται υπό το πρίσμα πάντα της δραστηριότητας της εταιρίας. Ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης αναφέρεται στον τόπο όπου λαμβάνονται οι αποφάσεις που αφορούν και το στρατηγικό management ολόκληρης της εταιρίας. Άλλες μεμονωμένες πράξεις διοίκησης (π.χ. καθημερινή διοίκηση μέρους της εταιρίας) που πραγματοποιούνται σε τόπο διαφορετικό από τον τόπο όπου αποφασίζονται οι στρατηγικές και οι γενικές επιχειρηματικές πολιτικές δεν μπορούν να δημιουργήσουν τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης. Μπορούν να καθιδρύνουν όμως τόπο άσκησης διοίκησης και ως εκ τούτου μόνιμη εγκατάσταση κατά το άρθρο 5 παρ.2 του Υποδείγματος Σύμβασης του ΟΟΣΑ. Τυπικά, η διάκριση αντικατοπτρίζεται στο διαφορετικό περιεχόμενο των πράξεων διοίκησης και στα διαφορετικά επίπεδα εξειδίκευσης των ατόμων που εμπλέκονται στις πράξεις διοίκησης²⁶. Π.χ. η διοίκηση τμήματος ασφαλιστικών εργασιών (συμπεριλαμβανομένου και του risk Management) από την Ολλανδία ασφαλιστικής επιχείρησης εγκατεστημένης στις Αντίλλες κρίθηκε ότι δημιούργησε μόνιμη εγκατάσταση στην Ολλανδία²⁷.

Ο διαφορετικός χαρακτηρισμός όπως θα παρουσιασθεί κατωτέρω έχει και διαφορετικές φορολογικές συνέπειες.

8. Πρακτική Εφαρμογή στο ιστορικό της προβληθείσας διαφάνεια

Προσπαθώντας να υπαγάγουμε τα έως τώρα αναφερθέντα στη σχηματική απεικόνιση που χρησιμοποιήθηκε στην αρχή της παρουσίασης μπορούμε να αναφέρουμε ότι εφόσον εντοπισθεί ο τόπος άσκησης τουλάχιστον κάποιας μορφής διοίκησης στην Ελλάδα τότε τρία είναι τα πιθανά σενάρια τα οποία θα κληθεί να αντιμετωπίσουν οι εκπρόσωποι του νομικού προσώπου, λαμβάνοντας υπόψη για την οικονομία της συζήτησης ότι μεταξύ των δύο χωρών υπάρχει σύμβαση αποφυγής διπλής φορολογίας η οποία εφαρμόζει χωρίς αποκλίσεις το Υπόδειγμα Σύμβασης του ΟΟΣΑ.

Α' Σενάριο

Σύμφωνα με το πρώτο σενάριο αν η συσταθείσα κατά το αλλοδαπό δίκαιο εταιρία θεωρηθεί ότι έχει στην Ελλάδα τον τόπο άσκησης της πραγματικής

²⁶ Maisto Guglielmo, Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law, IBFD, p. 117-118

²⁷ Hof Amsterdam, 24 April 1987, no. 3779/85, 1990/337.

διοίκησης, ήτοι ότι είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδος, τότε θα πρέπει να φορολογηθεί στην Ελλάδα για το παγκόσμιο εισόδημα της.

Ο φόρος που έχει καταβληθεί στην αλλοδαπή θα πιστωθεί έναντι του ελληνικού φόρου και η επιβάρυνση για την εταιρία αν λάβουμε υπόψιν π.χ. ότι η εταιρία συστάθηκε με βάση το κυπριακό δίκαιο θα είναι ιδιαίτερα επαχθής δεδομένου ότι ο συντελεστής φορολογίας στην Κύπρο ανέρχεται σε 12,5% και στην Ελλάδα για μία ανώνυμη εταιρία σε 29%

Δεν αποκλείεται δε να θεωρηθεί σε επικείμενο φορολογικό έλεγχο ότι η τελικώς έχουσα στην Ελλάδα φορολογική κατοικία εταιρία δεν τήρησε τα προβλεπόμενα από τις σχετικές διατάξεις του Ν. 4308/2013 βιβλία και ο φορολογικός ελεγκτής να προχωρήσει σε εξωλογιστικό προσδιορισμό του εισοδήματος.

Β' Σενάριο

Σύμφωνα με το δεύτερο σενάριο αν η συσταθείσα κατά το αλλοδαπό δίκαιο εταιρία θεωρηθεί ότι έχει στην Ελλάδα τον τόπο άσκησης διοίκησης, ήτοι ότι έχει στην Ελλάδα μόνιμη εγκατάσταση, τότε στην περίπτωση αυτή θα φορολογηθούν στην Ελλάδα μόνο τα κέρδη που προκύπτουν στην Ελλάδα.

Δεδομένου ότι ο Ν. 4172/2013 δεν προβλέπει μεθόδους επιμερισμού των κερδών μεταξύ μόνιμης εγκατάστασης και αλλοδαπής εταιρίας, μπορεί να χρησιμοποιηθεί μία από τις εναλλακτικές μεθόδους επιμερισμού που προβλέπονται στο Υπόδειγμα της Σύμβασης του ΟΟΣΑ.

Επιπλέον τα έξοδα που θα προκύψουν στην Ελλάδα για τους σκοπούς λειτουργίας της μόνιμης εγκατάστασης μπορούν να εκπέσουν φορολογικά υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις του Ν. 4172/2013 και της 1008055/ΔΕΑΦ/Β/19.1.2016 απόφασης του αναπληρωτή ΓΓΔΕ όπου διευκρινίζεται ότι όσον αφορά στην έκπτωση των σχετικών ποσών από τα ακαθάριστα έσοδα του υποκαταστήματος, αυτά θα πρέπει να εξετασθούν υπό το πρίσμα των ενδοομιλικών τιμολογήσεων, εφαρμοζομένων των διατάξεων του άρθρου 21 του Ν.4174/2013 και του άρθρου 50 του Ν.4172/2013. Η μόνιμη εγκατάσταση στην Ελλάδα θα φορολογηθεί ανάλογα με τη νομική μορφή της έδρας δεδομένου ότι δεν έχει νομική προσωπικότητα (στην ΠΟΛ 1044/2015 διευκρινίζεται ότι για το χαρακτηρισμό και την υπαγωγή στα πρόσωπα του άρθρου 45 μιας μόνιμης εγκατάστασης αλλοδαπής εταιρείας στην Ελλάδα λαμβάνεται υπόψη η νομική μορφή της έδρας, δεδομένου ότι η μόνιμη εγκατάσταση δεν έχει αυτοτελή νομική προσωπικότητα. Συνεπώς, μόνιμη εγκατάσταση στην Ελλάδα αλλοδαπής κεφαλαιουχικής εταιρείας περιλαμβάνεται στα πρόσωπα της περ. α' του άρθρου 45 του ν. 4172/2013, ενώ μόνιμη εγκατάσταση στη χώρα μας αλλοδαπής προσωπικής εταιρείας περιλαμβάνεται στα πρόσωπα της περ. β' του ίδιου πιο πάνω άρθρου και νόμου. Τα πιο πάνω έχουν εφαρμογή και για τα υποκαταστήματα αλλοδαπών δικηγορικών εταιρειών, τα οποία αντιμετωπίζονται ως νομικά πρόσωπα των περ. α' ή β' του άρθρου 45 του ν. 4172/2013, ανάλογα με τη νομική μορφή της έδρας, και όχι ως ημεδαπές αστικές εταιρείες.).

Γ' Σενάριο

Ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης εισήχθη όπως προαναφέρθηκε ως κριτήριο σύνδεσης σε περιπτώσεις διενέξεων μεταξύ κρατών που το ένα δίνει βαρύτητα στην καταχώρηση της έδρας και το άλλο στην έδρα της πραγματικής διοίκησης.

Δεδομένου ωστόσο ότι η έννοια του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης είναι μεταξύ εκείνων των όρων την ερμηνεία των οποίων καταλείπει στις εθνικές νομοθεσίες ο ΟΟΣΑ στο άρθρο 3 παρ. 2 του Υποδείγματος Σύμβασης, μπορεί στο τρίτο αυτό σενάριο να θεωρηθεί από κάθε χώρα ότι έχει εντός της επικράτειάς της η εταιρία τον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης, και τούτο διότι κάθε χώρα εφαρμόζει δικά της κριτήρια. Στην περίπτωση αυτή η διένεξη αυτή θα επιλυθεί με παραπομπή σε διαδικασία αμοιβαίας συμφωνίας σύμφωνα με το άρθρο 23 του Υποδείγματος Σύμβασης.

9. Βάρος Απόδειξης & Ρυθμίσεις Φοροαποφυγής

Στην προηγούμενη ενότητα χρησιμοποιήσαμε τη λέξη «εφόσον» αναφερόμενοι στην απόδειξη εκ μέρους των φορολογικών αρχών του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης. Και τούτο διότι η προσέγγιση των φορολογικών αρχών κατά τη διαδικασία του ελεγκτικού τους έργου, ειδικότερα όσον αφορά το βαθμό της πιθανολόγησης είναι μία εργασία η οποία συνδέεται άμεσα και με την αξιολογική χροιά της εξεταζόμενης έννοιας.

Είναι γεγονός ότι ο τόπος άσκησης πραγματικής άσκησης διοίκησης είναι μια ουδέτερη νομική έννοια η οποία επί τη βάσει των πραγματικών περιστατικών εκάστης περίπτωσης χρήζει περαιτέρω διευκρινίσεων και εξειδίκευσης.

Αν θεωρηθεί ότι η διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 4 του ΚΦΕ μαζί με τη διάταξη του άρθρου 38 του ΚΦΔ περί φοροαποφυγής, με την οποία δίνεται η δυνατότητα να αγνοείται κάθε τεχνητή διευθέτηση που αποβλέπει σε αποφυγή της φορολόγησης και οδηγεί σε φορολογικό πλεονέκτημα, αλλά και τη διάταξη του άρθρου 66 του ΚΦΕ περί ελεγχόμενων αλλοδαπών εταιριών, με την οποία εντοπίζονται επίπλαστες καταστάσεις με ουσιαστικό σκοπό την αποφυγή του αναλογούντος φόρου, αποτελούν μέρους του νομικού οπλοστασίου της φορολογικής διοίκησης για την καταπολέμηση τουλάχιστον της φοροαποφυγής αν όχι της φοροδιαφυγής, γεννάται το εύλογο ερώτημα, ενόψει της πλέον πρόσφατης απόφασης του ΣτΕ 884/2016, έως ποιο σημείο φτάνει η υποχρέωση των ελεγκτικών αρχών να αποδείξουν ότι ο υποκείμενος σε έλεγχο έχει στην Ελλάδα τον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης;

Δεδομένου ότι η εν λόγω απόφαση σε περιπτώσεις φοροδιαφυγής αναγνωρίζει ότι η φορολογική αρχή δεν έχει την υποχρέωση να αποδείξει την παράβαση με αδιάσειστα στοιχεία, που αποδεικνύουν άμεσα και με πλήρη βεβαιότητα την τέλεσή της, αλλά μπορεί να αρκεστεί σε έμμεσες αποδείξεις (τεκμήρια), αντικειμενικές και συγκλίνουσες αποδείξεις, συνολικά θεωρούμενες, γεννώνται εύλογα ερωτηματικά αν και σε ποιο βαθμό θα πρέπει ο εφαρμοστής του δικαίου, προτού προβεί σε θετική ή αρνητική κρίση περί συνδρομής στην Ελλάδα του τόπου άσκησης πραγματικής

διοίκησης, να κληθεί να απαντήσει στο ερώτημα αν και κατά πόσο ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης που ενδεχομένως εντοπίζεται στην Ελλάδα είναι προϊόν φοροαποφυγής ή φοροδιαφυγής; Θα πρέπει ή όχι να προχωρήσει σε μία διαφορετική θέαση μίας ουδέτερης κατά τα άλλα έννοιας όπως είναι ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης και να προηγηθεί στην κρίση του ως νομιμοποιητικό στοιχείο των ποιοτικών απαιτήσεων της απόδειξης μία κρίση περί φοροαποφυγής ή φοροδιαφυγής εκ μέρους του ελεγχόμενου;

Είναι σίγουρο ότι με ιδιαίτερο ενδιαφέρον αναμένονται οι πρώτες αποφάσεις και ως προς αυτό το λεπτό σημείο το οποίο ενδεχομένως να μεταβάλει τον τρόπο και το βαθμό απόδειξης της φορολογικής κατοικίας ειδικότερα όσον αφορά τον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης.

10. Προοπτικές & Προβληματισμοί²⁸

Στο παρελθόν δεδομένου ότι η πλειονότητα των εκπροσώπων συνήθιζαν να ασκούν τα καθήκοντά τους και να συναντώνται σε ένα συγκεκριμένο μέρος όπως τα κεντρικά γραφεία της εταιρίας, ο καθορισμός του τόπου όπου η πραγματική διοίκηση ασκούνταν και λαμβάνονταν οι σημαντικές αποφάσεις δεν ήταν δύσκολο να εντοπισθεί.

Ωστόσο οι εξελιγμένες μορφές επικοινωνίας και η τεχνολογική επανάσταση αλλάζει θεμελιωδώς τον τρόπο που οι επιχειρήσεις οργανώνονται και δραστηριοποιούνται. Λόγω των εξελίξεων της τεχνολογίας και της ευκολίας των μετακινήσεων, δεν είναι πλέον απαραίτητο για ένα πρόσωπο ή για μια ομάδα προσώπων να βρίσκονται φυσικά σε έναν τόπο ή να συναντώνται διά της φυσικής τους παρουσίας σε έναν συγκεκριμένο τόπο. Το γεγονός αυτό σίγουρα μπορεί να έχει και θα έχει στο μέλλον ιδιαίτερη επίδραση στην εφαρμογή του κανόνα του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης ως κριτηρίου σύνδεσης για τον καθορισμό της φορολογικής κατοικίας και αποφυγής προβλημάτων διπλής φορολογίας.

Οι εξελιγμένες μορφές επικοινωνίας και η τεχνολογική επανάσταση αλλάζουν θεμελιωδώς τον τρόπο που οι επιχειρήσεις οργανώνονται και δραστηριοποιούνται. Οι μέθοδοι τηλεδιάσκεψης, ηλεκτρονικών συζητήσεων μέσω Internet ή το μοντέλο των managers που διοικούν πλήθος θυγατρικών ενός πολυεθνικού ομίλου και αλλάζουν διαρκώς τόπο κατοικίας, τις δε αποφάσεις τους τις λαμβάνουν είτε ευρισκόμενοι μέσα σε κάποιο αεροσκάφος είτε σε κάποιο αεροδρόμιο, είναι μερικές μόνο περιπτώσεις που αναπόφευκτα στη διεθνή βιβλιογραφία έχουν θέσει ήδη σοβαρές επιφυλάξεις σχετικά με το αν το κριτήριο του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης είναι το ορθότερο κριτήριο.

Ήδη σχετικά νωρίς εκφράσθηκαν προτάσεις και συγκεκριμένα τέθηκαν προς συζήτηση σκέψεις όπως:

1) αντικατάσταση του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης με κριτήρια όπως αυτό του τόπου σύστασης της εταιρίας, ή του τόπου κατοικίας των εκπροσώπων

²⁸ Tax and e-commerce, The Impact of the communications revolution on the application of “place of effective management” as a tie breaker rule”, OECD, p.1-15

ή μετόχων της εταιρίας ή του τόπου όπου η οικονομική σχέση/εξάρτηση είναι ισχυρότερη

2) η αναθεώρηση και βελτίωση της έννοιας του τόπου άσκησης πραγματικής διοίκησης

3) η θέσπιση κριτηρίων βαρύτητας σχετικά με τον εντοπισμό της φορολογικής κατοικίας

4) συνδυασμό του 2 και 3

Πρόσφατα ο ΟΟΣΑ εξέδωσε το Σχέδιο Δράσης για τη Διάβρωση της φορολογικής Βάσης και τη μεταφορά κερδών. Το Σχέδιο, κινούμενο από την παραδοχή, η οποία έχει ήδη επικριθεί, ότι το φαινόμενο της διπλής κατοικίας πολλών εταιριών αποτελεί προϊόν φοροαποφυγής, προτείνει να καταργηθεί ο τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης ως κριτήριο σύνδεσης και να αντικατασταθεί από μία διαδικασία- προσπάθεια θα τη χαρακτηρίζα των κρατών - να προσπαθήσουν να καθορίσουν κατοικία, με αναφορά σε πληθώρα κριτηρίων όπως στον τόπο άσκησης πραγματικής διοίκησης, τον τόπο της σύστασης και κάθε άλλο σχετικό στοιχείο, αναιρώντας έτσι την υπεροχή του ΡΟΕΜ. Η εφαρμογή της ανωτέρω πρότασης έχει ήδη κατακριθεί στη διεθνή βιβλιογραφία.²⁹

11. Αντί επιλόγου

Συνοψίζοντας δέον να τονισθούν τα ακόλουθα:

Ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης είναι μία εκ των χαρακτηριστικών περιπτώσεων για τις οποίες στο διεθνές φορολογικό δίκαιο γίνεται λόγος για επικράτηση της ουσίας έναντι του τύπου (**substance over form**).

Αναμένουμε με ιδιαίτερο ενδιαφέρον πώς ο όρος αυτός θα εξειδικευθεί τόσο από τη φορολογική διοίκηση όσο και από τα εθνικά δικαστήρια.

Ο τρόπος δε που θα ερμηνευθεί δύναται να επιτελέσει διττό ρόλο. Αφενός θα αποτελέσει πολύτιμο αρωγό στην προσπάθεια καταπολέμησης επίπλαστων φορολογικά καταστάσεων και αφετέρου θα συνεισφέρει, κατά τη γνώμη μου, ιδιαίτερα στην ασφάλεια δικαίου δίνοντας, στο μέτρο που αναλογεί, τη δυνατότητα σε πολυεθνικούς ομίλους να εντάξουν την Ελλάδα στο χάρτη των πιθανών επενδύσεών τους, οργανώνοντας τμήματα διοικητικών πλέον λειτουργιών στη χώρα μας, δεδομένου ότι θα γνωρίζουν εκ των προτέρων τις φορολογικές προεκτάσεις των ενεργειών τους.

²⁹ Schwarz Jonathan, A future for the “Place of Effective Management”?, Kluwer International Tax Blog, <http://kluwertaxblog.com/2015/05/03/a-future-for-the-place-of-effective-management/>

Η ΔΙΑΣΤΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΩΝ ΚΡΑΤΙΚΩΝ ΕΝΙΣΧΥΣΕΩΝ ΌΠΩΣ ΑΥΤΗ ΑΠΟΤΥΠΩΝΕΤΑΙ ΣΤΟ ΆΡΘΡΟ 12 ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2014/24 ΕΕ ΠΕΡΙ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΜΕΤΑΞΥ ΟΝΤΟΤΗΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΤΟΜΕΑ

Μιχαήλ Οικονόμου, Δικηγόρος - Δ.Ν. Μέλος Δ.Σ. της ΕΕΔ, Νομική Υπηρεσία της Επιτροπής Λογιστικής Τυποποίησης και Ελέγχων του Υπουργείου Οικονομικών.

Εισαγωγικές παρατηρήσεις.

Στα πλαίσια επινόησης από την πλευρά του κράτους νέων τρόπων άσκησης δημόσιας πολιτικής, περισσότερο ευέλικτους και προσαρμοσμένους στις εκάστοτε οικονομικοκοινωνικές συνθήκες, σκόπιμη κρίνεται η απλή αναφορά σε μορφές κρατικής επιχειρηματικής δραστηριότητας¹, η απευθείας ανάθεση ορισμένης επιχειρηματικής δραστηριότητας σε άμεσα εξαρτώμενη από αυτό, ή άλλο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, δημόσια διοικητική υπηρεσία, οπότε λέγεται ότι η επιχείρηση ασκείται «δι' αυτεπιστασίας»², καθώς και η ίδρυση νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, βάσει των αρχών της καθ' ύλην διοικητικής αυτοδιοίκησης για την εξυπηρέτηση κοινωφελών σκοπών³.

Διαχρονικά οι αναθέτουσες αρχές διέθεταν και διαθέτουν μια πλειάδα επιλογών όταν επιλέγουν να καλύψουν τις ανάγκες τους στο επίπεδο των έργων των υπηρεσιών και των προμηθειών. Εάν επιλέξουν να προχωρήσουν σε μια in-house ανάθεση⁴ τότε υπό το καθεστώς του έως σήμερα ενωσιακού δικαίου αυτές οι συμβάσεις εξέφευγαν του ρυθμιστικού πεδίου των ενωσιακών οδηγιών⁵ περί δημοσίων συμβάσεων⁶.

¹ Βλ. σχετικά, A. CARTIER-BRESSON, L'État actionnaire, LGDJ, coll. BDP, tome 264, 2010.

² Ι. Συμεωνίδη, Η φύση των πράξεων των νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου του δημοσίου τομέα, διδακτ. διατριβή, 1991, σελ. 31-33, Γεωργίου Μ. Παπαχατζή, Σύστημα του ισχύοντος στην Ελλάδα διοικητικού δικαίου, 1983, σελ. 294-296.

³ Α. Ι. Τάχου, Διοικητικό Οικονομικό Δίκαιο, 1990, σελ. 321, του ιδίου, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 2000, σελ. 304 -305.

⁴ Βλ. Μ. Οικονόμου, Οι Συμβάσεις in-house, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010.

⁵ Βλ. οδηγία 2004/18/EK, ΕΕ L 134 της 30.4.2004.

⁶ Ως προς το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, βλ. αντί πολλών, Δ. Ράικο, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, με πλήθος παραπομπών. Από την διεθνή βιβλιογραφία, βλ. S Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3rd edn (London, Sweet & Maxwell, 2014), Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics, Marchés publics et concessions en droit communautaire*, LGDJ, 2009.

Η πλέον χαρακτηριστική απόφαση του ΔΕΚ και ήδη ΔΕΕ στον τομέα των συμβάσεων in house είναι η απόφαση Teckal⁷, η οποία αφορούσε την χωρίς διαγωνισμό σύναψη σύμβασης που είχε ως αντικείμενο την προμήθεια προϊόντων μεταξύ μιας κοινότητας και μιας κοινοπραξίας μεταξύ πολλών κοινοτήτων. Στην απόφασή του το Δικαστήριο αφ' ενός μεν αναγνώρισε τον σκληρό πυρήνα της έννοιας της αυτεπιστασίας, ο οποίος δεν υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων (ενδοϋπηρεσιακή ανάθεση μεταξύ αναθέτουσας αρχής και των οργάνων αυτής), αφ' ετέρου δε επεξέτεινε το πεδίο εφαρμογής της εξαιρέσης και στις σχέσεις οιονεί αυτεπιστασίας μεταξύ μίας αναθέτουσας αρχής και μίας αυτοτελούς νομικής οντότητας, υπό τον όρο της πλήρωσης κάποιων συγκεκριμένων προϋποθέσεων. Ειδικότερα, το Δικαστήριο έκρινε ότι η εφαρμογή της εξαιρέσης in-house γίνεται δεκτή μόνον όταν συγχρόνως: 1) Η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί του αναδόχου έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και 2) ο ανάδοχος πραγματοποιεί το ουσιώδες τμήμα της επιχειρηματικής του δραστηριότητας με τον ή τους οργανισμούς που ασκούν επ' αυτού τον προαναφερθέντα έλεγχο⁸. Κατά μια άλλη διατύπωση, ο βαθμός εξάρτησης ενός αυτοτελούς φορέα από μία αναθέτουσα αρχή, όσον αφορά την διοίκησή του και την πραγματοποίησή της δραστηριότητας του, μπορεί να λειτουργήσει σαν αποφασιστικό κριτήριο ελέγχου για την κατάφαση ή μη της υποχρέωσης εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων⁹. Εάν ο τρίτος αυτός φορέας (ανάδοχος)

⁷ Βλ. απόφαση του ΔΕΚ της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal, Συλλογή 1999, σ. I-8121. Βλ. σχετικά, Toni Kaarresalo, "Procuring In-house : The Impact of the EC Procurement Regime" (2008) 17 P.P.L.R. Για τον εν λόγω σχολιασμό, βλ. Brown, Adrian, Case C-107/98 : Application of Directive 93/36 where a Contracting Authority Entrusts Supply of Products to a Consortium in which it has a Holding, Inapplicability of the Directive where One Contracting Authority is Supplied by Another which it Controls and which Carries Out an Essential Part of the Awarding Authority's Activities, Public Procurement Law Review 2000, p. CS41-CS44, Brenet, Bernard, Groupement d' achats public et droit communautaire, L'actualité Juridique, droit administrative, 2000 p.784-786 242, Fotini Avarkioti, "The Application of EU Public Procurement Rules to 'In House' Arrangements" (2007) 16 P.P.L.R. 22., Kurt Weltzien, "Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity—Scope of the Procurement Directives in the Classic Sector" (2005) 14 P.P.L.R., 237.

⁸ ΔΕΕ C-107/98, Teckal, ο.π. σκέψη 50.

⁹ Βλ. K. Weltzien, "Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an in-house entity — scope of the procurement directives in the classical sector". (2005) 14 P.P.L.R., p.p. 237-255, F. Avarkioti. "The application of EU public procurement rules to "in-house" arrangements", (2007) 16 P.P.L.R., 22-35; T. Kaarresalo, "Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime", (2008) 17 P.P.L.R., 242-254 Perin and Casalim. "Control over in-house providing organizations", (2009) 18 P.P.L.R. 227-240. 231 Comba and Treumer (eds) *The in-house Providing in European Law* (Copenhagen: DJØF Publishing. 2010), 165-185, 168, J.Wiggen, "Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law", (2011) 20 P.P.L.R. 157-172. 161. *Stadt Halle* (C-26/03) [2005] ΣΥΛΛ. I-28, Σκέψη [50], *Consortio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti* (C-231/03) [2005] ΣΥΛΛ. I-7287, [2006] 1 C.M.L.R. 2 σκέψη [26], *Commission of the European Communities v Republic of Austria (Modling)* (C-29/04) [2005] ΣΥΛΛ. I-9705 [2006] I C.M.L.R 40 σκέψη [47] *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari and AMTAB Servizio SpA* (C-410/04)

είναι επίσης αναθέτουσα αρχή είναι κατά το Δικαστήριο άνευ σημασίας¹⁰. Η ερμηνευτική αυτή θέση του Δικαστηρίου υπήρξε εξαιρετικά σημαντική, αφ' ενός μεν διότι εισάγει μία πρότυπη διαδικασία διάγνωσης της ύπαρξης σχέσεως οιονεί αυτεπιστασίας ή μη, δια της οποίας, δύνανται τα εμπλεκόμενα μέρη (αναθέτουσα αρχή – ανάδοχος) να αξιολογήσουν από νομική άποψη το είδος της σχέσης που τους συνδέει και να ελέγξουν εάν η φύση και η ένταση αυτής επιτρέπουν την επίκληση της εξαίρεσης «in-house» κατά την σύναψη συμβάσεων μεταξύ τους, αφ' ετέρου δε διότι επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής της εξαίρεσης, το οποίο καταλαμβάνει πλέον όλα τα είδη των συμβάσεων (έργων, προμηθειών και υπηρεσιών) σε αντίθεση με την κείμενη νομοθετική ρύθμιση η οποία περιορίζει την δυνατότητα παρέκκλισης από την υποχρέωση εφαρμογής των διατάξεων των ενωσιακών οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις στις περιπτώσεις οιονεί αυτεπιστασίας, μόνο κατά την ανάθεση συμβάσεων υπηρεσιών.

Σχεδόν 15 χρόνια μετά, την ως άνω απόφαση, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και η ενωσιακή έννομη τάξη, ενσωματώνοντας εν πολλοίς, τα πορίσματα της νομολογίας Teckal, υιοθέτησε την οδηγία 2014/24 ΕΕ της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η οποία στο άρθρο 12¹¹ (**Δημόσιες συμβάσεις μεταξύ οντοτήτων του δημοσίου τομέα**), προβλέπει, ότι «Μια δημόσια σύμβαση που ανατίθεται από αναθέτουσα αρχή σε άλλο νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας, εάν πληρούνται σωρευτικά μια σειρά προϋποθέσεων»¹². Πράγματι, πρέπει να

[2006] ΣΥΛΛ. I-3303, [2006] 2 C.M.L.R. 63 σκέψη [31]: *Jean Auroux and Others v Commune de Roanne* (C-220/05) [2007] ΣΥΛΛ. I-385 at [64], *Coditel Brabant SA v Commune d Vechie and Region de Bnaelles-Capitale* (C-324/07) [2008] ΣΥΛΛ. I-8457, [2009] I C.M.L.R. 29 at [30] *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* (C-480/06) [2009] ΣΥΛΛ. I-4747 [2010] I C.M.L.R. 32 σκέψη [36] *Sea Sri v Comune di Ponte Nossa* (C-573/07), [2010] I C.M.L.R. 10 σκέψη [46] *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa and Others* (C-196/08) ΣΥΛΛ. I-9913 [2010] I C.M.L.R. 35 σκέψη [53], και υπόθεση C-91/08, *Wall AG κατά Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH*, ΣΥΛΛ. I-2815 σκέψη [51].

¹⁰ Βλ. ΔΕΕ υποθ. C-107/98 *Teckal*, ο.π. σκέψη 50, βλ. και ΔΕΚ C-94/99 της 07/12/2000, *ARGE Gewässerschutz/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, (Συλλ. 2000, I-11037), σκέψη 40.

¹¹ Βλ. LEVAIN L. & PRATS-DENOIX M., «Les relations in house a l'une des nouvelles directives européennes», *JCP E*, 1188, n° 16, 16 avril 2015, *J.-F. Sestier, Les nouvelles dispositions relatives aux relations « in house » et aux coopérations «public-public»*, *BJCP* 2014, n° 94, p. 170.

¹² Βλ. αντί πολλών, Spiegel Nico & Massimo Urbani, La "modernisation" des règles européennes sur les marchés publics : la nouvelle directive 2014/24/UE, *Revue du droit de l'Union européenne*. - 2014, no. 4, p. 701-778. Η νέα γενική οδηγία για τις δημόσιες συμβάσεις 2014/24/ΕΕ (ΕΕΕΕ/194/65/28-3-2014), που καταργεί την υφιστάμενη οδηγία 2004/18/ΕΚ από 18-4-2016 (άρθρο 91), περιλαμβάνει, στο άρθρο 12 υπό τον αντίστοιχο τίτλο, ειδικές διατάξεις για τις δημόσιες συμβάσεις μεταξύ οντοτήτων του δημοσίου τομέα, οι οποίες ρυθμίζουν το ζήτημα αυτό. Σύμφωνα με αυτές, «μια δημόσια σύμβαση που ανατίθεται από αναθέτουσα αρχή σε άλλο νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας, εάν πληρούνται οι κατωτέρω σωρευτικές προϋποθέσεις: α) η αναθέτουσα αρχή ασκεί επί του εν λόγω νομικού προσώπου έλεγχο ανάλογο εκείνου

σημειωθεί, ότι η κωδικοποίηση του δικαίου των συμβάσεων in-house διαμέσου της νέας οδηγίας, σε μερικά σημεία παρεκκλίνει από την ενωσιακή νομολογία, ούσα πιο

που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών β) περισσότερο από το 80 % των δραστηριοτήτων του ελεγχόμενου νομικού προσώπου διεξάγεται κατά την εκτέλεση καθηκόντων που της έχουν ανατεθεί από την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή άλλες νομικές οντότητες που ελέγχει η εν λόγω αναθέτουσα αρχή, και γ) δεν υπάρχει άμεση ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο εξαιρουμένων των μη ελεγχουσών και μη αποκλειουσών μορφών ιδιωτικής κεφαλαιακής συμμετοχής που απαιτούνται από τις εθνικές νομοθετικές διατάξεις, σύμφωνα με τις Συνθήκες και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο. Μια αναθέτουσα αρχή θεωρείται ότι ασκεί έλεγχο επί νομικού προσώπου ανάλογο με τον έλεγχο που ασκεί στις υπηρεσίες της κατά την έννοια του πρώτου εδαφίου στοιχείο α), όταν ασκεί αποφασιστική επιρροή τόσο στους στρατηγικούς στόχους όσο και στις σημαντικές αποφάσεις του ελεγχόμενου νομικού προσώπου. Ο έλεγχος μπορεί, επίσης, να ασκείται από άλλο νομικό πρόσωπο που ελέγχεται με τον ίδιο τρόπο από την αναθέτουσα αρχή. Τούτο ισχύει επίσης σε περίπτωση που ένα ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο το οποίο είναι αναθέτουσα αρχή αναθέτει σύμβαση στην αναθέτουσα αρχή η οποία το ελέγχει ή σε άλλο νομικό πρόσωπο που τελεί υπό τον έλεγχο της ίδιας αναθέτουσας αρχής, εφόσον δεν υπάρχει άμεση ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στο νομικό πρόσωπο στο οποίο ανατίθεται η δημόσια σύμβαση εξαιρουμένων των μη ελεγχουσών και μη αποκλειουσών μορφών ιδιωτικής κεφαλαιακής συμμετοχής που απαιτούνται από την εθνική νομοθεσία, σύμφωνα με τις Συνθήκες και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο, (σκέψη 1 και 2 αρθρ. 12). Μια αναθέτουσα αρχή που δεν ασκεί έλεγχο κατά την προαναφερόμενη έννοια σε νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου μπορεί, εντούτοις, να αναθέσει δημόσια σύμβαση στο εν λόγω νομικό πρόσωπο χωρίς να εφαρμόσει τις διατάξεις της παρούσας οδηγίας, εφόσον πληρούνται οι ακόλουθες σωρευτικές προϋποθέσεις (βλ. σκέψη 3 αρθρ. 12): α) η αναθέτουσα αρχή ασκεί από κοινού με άλλες αναθέτουσες αρχές έλεγχο επί του εν λόγω νομικού προσώπου ανάλογο εκείνου που ασκούν επί των δικών τους υπηρεσιών· β) περισσότερο από το 80% των δραστηριοτήτων του εν λόγω νομικού προσώπου διεξάγεται κατά την εκτέλεση καθηκόντων που του έχουν ανατεθεί από τις ελέγχουσες αναθέτουσες αρχές ή άλλα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από τις ίδιες αναθέτουσες αρχές· και γ) δεν υπάρχει άμεση ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο εξαιρουμένων των μη ελεγχουσών και μη αποκλειουσών μορφών ιδιωτικής κεφαλαιακής συμμετοχής που απαιτούνται από τις εθνικές νομοθετικές διατάξεις, σύμφωνα με τις Συνθήκες και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο. Για τους σκοπούς του προεκτεθέντος πρώτου εδαφίου στοιχείο α), οι αναθέτουσες αρχές ασκούν από κοινού έλεγχο επί νομικού προσώπου, εφόσον πληρούνται οι κατωτέρω σωρευτικές προϋποθέσεις: i) τα όργανα λήψης αποφάσεων του ελεγχόμενου νομικού προσώπου απαρτίζονται από αντιπροσώπους όλων των αναθετουσών αρχών που συμμετέχουν· ένας αντιπρόσωπος μπορεί να εκπροσωπεί πολλές ή όλες τις συμμετέχουσες αναθέτουσες αρχές ii) οι εν λόγω αναθέτουσες αρχές είναι σε θέση να ασκούν από κοινού αποφασιστική επιρροή στους στρατηγικούς στόχους και τις σημαντικές αποφάσεις του ελεγχόμενου νομικού προσώπου· και iii) το ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο δεν επιδιώκει συμφέροντα αντίθετα από αυτά των αναθετουσών αρχών που το ελέγχουν. Περαιτέρω, μια σύμβαση η οποία, συνάπτεται αποκλειστικά μεταξύ δύο ή περισσότερων αναθετουσών αρχών δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας, εφόσον πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις (βλ. σκέψη 4 αρθρ. 12): α) η σύμβαση καθιερώνει ή υλοποιεί συνεργασία μεταξύ των συμμετεχουσών αναθετουσών αρχών η οποία αποσκοπεί να διασφαλίσει ότι οι δημόσιες υπηρεσίες που πρέπει να εκτελούν οι εν λόγω αρχές παρέχονται για την επιδίωξη των κοινών τους στόχων. β) η υλοποίηση της συνεργασίας αυτής εξυπηρετεί αποκλειστικά σκοπούς δημοσίου συμφέροντος και γ) οι συμμετέχουσες αναθέτουσες αρχές εκτελούν στην ανοικτή αγορά λιγότερο από το 20 % των δραστηριοτήτων που αφορά η συνεργασία. Για τον προσδιορισμό του ποσοστού των δραστηριοτήτων που αναφέρεται στο στοιχείο β) του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 1, στο στοιχείο β) του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 3 και στο στοιχείο γ) της παραγράφου 4 του αρθρ. 12, λαμβάνεται υπόψη ο μέσος συνολικός κύκλος εργασιών ή άλλο ενδεδειγμένο μέτρο βάσει δραστηριοτήτων, όπως το κόστος που βαρύνει το συγκεκριμένο νομικό πρόσωπο ή αναθέτουσα αρχή όσον αφορά τις υπηρεσίες, τα αγαθά και τα έργα κατά την τριετία που προηγείται της ανάθεσης της σύμβασης. Αν, λόγω της ημερομηνίας κατά την οποία δημιουργήθηκε ή άρχισε τις δραστηριότητες του το συγκεκριμένο νομικό πρόσωπο ή αναθέτουσα αρχή, ή λόγω αναδιοργάνωσης των δραστηριοτήτων του, ο κύκλος εργασιών ή άλλο μέτρο βάσει δραστηριοτήτων, όπως το κόστος, δεν διατίθεται για την τελευταία τριετία ή δεν είναι πλέον κατάλληλο, αρκεί να αποδειχθεί ότι η μέτρηση της δραστηριότητας είναι αξιόπιστη, ιδίως μέσω προβολών επιχειρηματικών δραστηριοτήτων».

περιοριστική¹³. Θα ήταν παράλειψη να μην σημειωθεί, ότι ήδη από την πρόταση σχεδίου υιοθέτησης η συγκεκριμένη οδηγία είχε απασχολήσει έντονα την θεωρία¹⁴. Σκοπός της παρούσας μελέτης είναι να καταδείξει αφενός την σημασία της συγκεκριμένης ενωσιακής νομοθετικής παρέμβασης, για το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, και αφετέρου να φωτίσει την διάσταση των δικαίου των κρατικών ενισχύσεων¹⁵ που διαπνέει το πνεύμα της εν λόγω ενωσιακής ρύθμισης¹⁶.

A) Ο ρυθμιστικός σκοπός των κανόνων in-house.

Το άρθρο 345 ΣΛΕΕ προβλέπει ότι η Συνθήκη δεν προδικάζει με κανένα τρόπο το καθεστώς της ιδιοκτησίας στις χώρες της ΕΕ¹⁷. Ως εκ τούτου, δεν πρέπει να γίνεται αδικαιολόγητη διάκριση μεταξύ δημοσίων και ιδιωτικών επιχειρήσεων κατά την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού¹⁸. Ο γενικός εισαγγελέας A.G. Cosmas στην

¹³ Βλ. J. Wiggen, "Directive 2014/24/EU: the new provision on cooperation in the public sector", (2014) 23 P.P.L.R., 83-93, F. BRENET, L'exception de «coopération» entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives, AJDA 2014, p. 849., Willem A. Janssen, The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach?, <http://www.utrechtlawreview.org>, Volume 10, Issue 5 (December) 2014, pp. 168-186.

¹⁴ Βλ. J. Wiggen, Public procurement law and public-public cooperation: Reduced flexibility but greater legal certainty ahead? The Commission's Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive, Public Procurement Law Review, Issue 5, 2012, NA-225.

¹⁵ Από τη σχετική βιβλιογραφία στην ελληνική, βλ. Α. Μεταξά, Η οριοθέτηση της έννοιας της κρατικής ενίσχυσης κατά το άρθρο 87 παρ. 1 ΣΕΚ, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003, passim, Αικ. Σγουρίδου, Άρθρο 87 ΕΚ, παρ. 5, εις Β. Σκουρή (επιμ.), Ερμηνεία Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003, Γ. Αθανασίου, Η χρηματοδότηση των υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος από τη σκοπιά των κοινοτικών κανόνων περί κρατικών ενισχύσεων, εις Γενέθλιον Απόστολου Σ. Γεωργιάδη, Τόμος II, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σ. 1815, Β. Καραγιάννη, Κρατικές ενισχύσεις: Κοινοτική και εθνική ρύθμιση, Νομική Βιβλιοθήκη 2006, σ. 42 επ., Α. Μπουζιά, Ο κοινοτικός μηχανισμός ελέγχου των κρατικών ενισχύσεων - Οι διαδικαστικοί κανόνες, ΕΕΕυρΔ 3/2001, 549επ. Από την εκτενή ξενόγλωσση βιβλιογραφία βλ. αντι άλλων, Ph. Nicolaidis, Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law, EStAL 2003, 183, A. Sinnaeve, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, 351, A. Bartosh, Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost, EStAL 2003, 375, N.Travers, Public Service Obligations and State Aid: Is All Really Clear After Altmark?, EStAL 2003, 387, F. Louis/A. Vallery, Ferring Revisited: The Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations, World Competition 2004, 53.

¹⁶ Βλ. σχετικά, Frédérique Olivier, Jean-Louis Lesquins, Nouvelles directives européennes, in house et aides d'État, Contrats et Marchés Publics, n° 8-9-Août-Septembre 2014, p.7, Grith Skovgaard Ølykke; Cecilie Fanøe Andersen, A State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision, Public Procurement Law Review, No. 1, 2015, p. 1-15.

¹⁷ Βλ. σχετικά, Nicinski (S.), « Droit de la concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in Contrats et propriété publique, G. Clamour (dir.), LexisNexis, 2011.

¹⁸ Βλ. σχετικά, Α. Μικρούλεα, Επιχειρηματικός ανταγωνισμός μεταξύ δημοσίων και ιδιωτικών επιχειρήσεων (όταν το κράτος βλέπει τον ανταγωνισμό), Ενέργεια και Δίκαιο, τεύχος 22 (Α' 2015), σελ. 28 επ., Νικόλαο Ζεγγώλη, Anti-competitive Conduct from Public or Privileged Enterprises : Towards a Per Se Abuse of Dominant Position? Applicability of the Provision of TFEU art.106 (2) by

υπόθεση Teckal διατύπωσε την άποψη «ότι το αποφασιστικό σημείο για τον διαχωρισμό ανάμεσα στην εσωτερική παραχώρηση¹⁹ και την συμβατική σχέση ανάμεσα σε δύο διακριτά νομικά πρόσωπα είναι η παρουσία δύο αυτόνομων βουλήσεων που αντιπροσωπεύουν χωριστά έννομα συμφέροντα²⁰, σύμφωνα με το σύνθημα σχέσεων που χαρακτηρίζει τις συμβατικές σχέσεις δύο χωριστών υποκειμένων»²¹, και δίνει έμφαση στον σκοπό των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις που είναι ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός²².

Στην υπόθεση, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento κατά Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce κ.λπ.²³, το ΔΕΚ αποσαφήνισε, ότι πρόκειται για τις συμβάσεις που καθιερώνουν συνεργασία μεταξύ δημοσίων φορέων²⁴ με αντικείμενο τη διασφάλιση της εκπλήρωσεως ορισμένης αποστολής δημόσιας υπηρεσίας, κοινής στους μετέχοντες φορείς²⁵. Συναφώς στην ίδια απόφαση, σημειώνεται αφενός, ότι η

National Competition Authorities, *European Competition Law Review*, [2012] E.C.L.R., Issue 2, pp.82-90.

¹⁹ Με έντονη διάθεση κριτικής ως προς αυτό το κριτήριο, βλ. J. Wiggen, "Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law", (2011) 20, P.P.L.R.

²⁰ Για την θεωρητική θεμελίωση, βλ. σχετικά, D. POUYAUD, *Contrats entre personnes publiques*, JCl. Adm., Fasc. 675, pt. 121, J.-D. DREYFUS, *Contrats administratifs entre personnes publiques et théorie générale des contrats administratifs*, AJDA 2013, p. 846, N. POULET-GIBOT LECLERC, « La contractualisation des relations entre les personnes publiques », R.F.D.A., 1999, p 551.

²¹ Βλ. προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα κ. Γεώργιου Κοσμά της 1ης Ιουλίου 1999 για την υπόθεση Teckal (C-107/98) ΣΥΛΛ. Ι -8121 σκέψεις [64] και [67].

²² Ο.π. σκέψη 65., βλ. επίσης Μ. Οικονόμου, *Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού*, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, και από την διεθνή βιβλιογραφία, Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, "Public Procurement and the EU Competition Rules", 2nd edn (Oxford, Hart Publishing, 2015).

²³ Βλ. εκτεταμένη διεθνή σχολιογραφία για την συγκεκριμένη απόφαση, Poupeau Diane, *La CJUE affine sa jurisprudence sur les contrats entre personnes publiques*, *L'actualité juridique du droit administratif*, 2012 p.2407, J. Arnaud, *La Cour de justice de l'UE considère que les contrats de prestation de services passés entre une université et une autre personne publique sont soumis aux règles de mise en concurrence (Università del Salento)*, *Concurrences : revue des droits de la concurrence* 2013 n°2 p.183-185, Durviaux, *Ann Lawrence*, *La coopération horizontale*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2013 p.346, Durviaux, *Ann Lawrence*, *Notion de marché public- interprétation finaliste du caractère onéreux*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2013 p.339, Simon, Denys, *Contrats de services entre entités publiques. Application du droit de l'Union sur les marchés publics à un contrat de «partenariat public/public»*, *Europe* 2013 Février Comm. n° 2 p.32-33, Olsson, Erik, *Azienda - the Creation of an Exemption from Public Procurement Law*, *Public Procurement Law Review* 2013 p.225-235, Aubert, Michel, Broussy, Emmanuelle Cassagnabère, Hervé, *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Marchés publics-Contrats entre personnes publiques*, *L'actualité juridique du droit administratif*, 2013 p.338-340, McGowan, David, *Clarification of Permissible Public Cooperation and Pecuniary Interest: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università des Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (C-159/11)*, *Public Procurement Law Review* 2013 p. NA61-NA64.

²⁴ Βλ. σχετικά, Wauters Kris, *CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems*, PhD thesis, 2014, University of Glasgow, <http://theses.gla.ac.uk/5765/>, με εκτενείς παραπομπές.

²⁵ Βλ. απόφαση του ΔΕΚ *Università del Salento (C-159/11)* [2012] σκέψη [34]. Η νομολογία *Università del Salerno*, ακολουθήθηκε από την απόφαση *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v Kreis Diiren (C-386/11)*.

επίμαχη στην κύρια δίκη σύμβαση, θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια να ευνοηθούν ιδιωτικές επιχειρήσεις στην περίπτωση που οι εξωτερικοί συνεργάτες υψηλών προσόντων τους οποίους επιτρέπεται να απασχολήσει το πανεπιστήμιο για την εκπλήρωση ορισμένων παροχών προέρχονται και από τον ιδιωτικό τομέα²⁶ και αφετέρου ότι οι κανόνες του δικαίου της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων δεν εφαρμόζονται υπό την προϋπόθεση πάντως ότι οι συμβάσεις αυτές έχουν συναφθεί αποκλειστικά από δημόσιους φορείς, χωρίς τη συμμετοχή ιδιώτη, ότι καμία ιδιωτική επιχείρηση δεν περιέρχεται σε προνομιακή θέση έναντι των ανταγωνιστών της και ότι η συνεργασία την οποία καθιερώνουν οι εν λόγω φορείς διέπεται αποκλειστικά από εκτιμήσεις και επιταγές που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος²⁷. Άλλωστε και η εθνική νομολογία εγκαίρως είχε σημειώσει την άρρηκτη σχέση κρατικών επιδοτήσεων προς κρατικές (δημοτικές εν προκειμένω) επιχειρήσεις, και του δικαίου των κρατικών ενισχύσεων υπογραμμίζοντας, στο πλαίσιο πάντως εξέτασης προγραμματικών συμβάσεων, ότι *«Η δυνατότητα επιχορήγησης δημοτικών επιχειρήσεων από το Δήμο στα πλαίσια της κατάρτισης προγραμματικών συμβάσεων, έχει την έννοια της δυνατότητας χρηματοδότησης για την εκπλήρωση των όρων αυτών και όχι της οικονομικής ενίσχυσης των επιχειρήσεων αυτών για την επίτευξη των καταστατικών σκοπών ή στόχων τους. Η αντίθετη εκδοχή θα προσέκρουε (άρθρο 87 Συνθ. Ε.Κ.), που απαγορεύουν την οικονομική ενίσχυση των επιχειρήσεων γενικά προς αποφυγή νόθευσης του υγιούς ανταγωνισμού. Συνακόλουθα, και σε συνδυασμό με τις προαναφερθείσες διατάξεις του Δ.Κ.Κ., όταν οι εν λόγω επιχειρήσεις συμμετέχουν σε προγραμματική σύμβαση που συνάπτεται μεταξύ ενός Δήμου και ενός Ν.Π.ΔΔ. για την ανάπτυξη μιας περιοχής και αναλαμβάνουν επιπρόσθετα, έναντι αμοιβής, την υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης με την εκ μέρους τους παροχή υπηρεσιών, την οποία θα μπορούσε να αναλάβει και οποιοσδήποτε τρίτος ιδιώτης, είναι υποκείμενα φόρου προστιθέμενης αξίας για το ποσό που λαμβάνουν για την παροχή της υπηρεσίας και συνεπώς, υποχρεούνται, κατά την είσπραξη του εν λόγω ποσού, στην έκδοση του προβλεπόμενου από τον Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων τιμολογίου στο οποίο πρέπει να συνυπολογίζεται και ο αναλογών Φ.Π.Α.. Σε κάθε περίπτωση, τυχόν απαλλαγή της ΑΝ.Ε.Δ.Κ. από το Φ.Π.Α. που αναλογεί στο ποσό που της καταβάλλεται για την εκτέλεση της εν λόγω υπηρεσίας, στο οποίο εμπεριέχονται το λειτουργικό κόστος, η αμοιβή της και κάθε είδους λοιπές*

²⁶ Ο.π. σκέψη 38.

²⁷ Ο.π. σκέψη 35.

δαπάνες (παραγωγικές ή μη) θα οδηγούσε, σύμφωνα και με την πάγια νομολογία του Δ.Ε.Κ. (βλ. C-45/01, C-141/00, C-498/03), σε παραβίαση της αρχής της φορολογικής ουδετερότητας, η οποία απαγορεύει τη διαφορετική μεταχείριση, όσον αφορά την είσπραξη του Φ.Π.Α., των επιχειρηματιών που παρέχουν τις ίδιες υπηρεσίες καθώς και σε στρέβλωση του ανταγωνισμού, Αφού οι επίμαχες υπηρεσίες θα μπορούσαν να ανατεθούν σε ιδιώτη – επιχειρηματία, χωρίς την απαλλαγή του Φ.Π.Α»²⁸.

Σε κάθε περίπτωση προκύπτει με σαφήνεια τόσο από την ανάλυση της ενωσιακής νομολογίας²⁹ όσο και από την ανάγνωση των νέων οδηγιών ότι το ΔΕΕ είναι έτοιμο να αποδεχθεί την επαρκή οργάνωση του δημοσίου τομέα ως νόμιμη βάση για πολλών την σύναψη και εκτέλεση πολλών ειδών συμφωνιών μεταξύ δημόσιων οντοτήτων³⁰, όσο δεν υπάρχει υποβόσκουσα πρόθεση καταστρατήγησης των διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων³¹. Ωστόσο, πρέπει να τονιστεί ότι το ΔΕΕ δεν έχει σταχυολογήσει ούτε απαριθμήσει περιοριστικά στην νομολογία του κατά ποιο τρόπο θα μπορούσε να νοθευτεί ο ανταγωνισμός μεταξύ επιχειρήσεων ως συνέπεια των in-house συμβάσεων.²⁸ Ούτε στις νέες οδηγίες υπάρχει ρητή πρόβλεψη για το πώς δύναται να νοθευτεί ο ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων και των in-house οντοτήτων³².

Β) Το κριτήριο του αντίστροφου ελέγχου και το αναγκαίο μέρος του κριτηρίου των δραστηριοτήτων.

Στην απόφαση Teckal και στην συναφή νομολογία που επακολούθησε, το ΔΕΚ συνέδεσε άμεσα το επιτρεπτό και σύννομο της απευθείας ανάθεσης σε οντότητες διακριτές από την αναθέτουσα αρχή, αλλά κατέστησε αυτές τις αναθέσεις άμεσα συνδεδεμένες και εξαρτώμενες μεταξύ άλλων από την άσκηση αναλόγου ελέγχου με τον έλεγχο που ασκεί

²⁸ Βλ. πράξη του VII Τμήματος του ΕλΣυν/Γ7/16/2005.

²⁹ Ουσιαστικά πρόκειται για το Case Law επί των quasi-in-house συμβάσεων.

³⁰ Βλ. απόφαση του ΔΕΕ, της 8ης Μαΐου 2014, C-15/13, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, που υπέβαλε το Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Γερμανία) με απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2012, στο πλαίσιο της δίκης Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul Informations System GmbH, κατά Datenlotsen Informationssysteme GmbH.

³¹ Βλ. σχετικά, *Commission v Germany* (C-480/06) [2009] ΣΥΛΛ. I -4747 σκέψη [48], *Asociacion Profesional de Empresas de Repartoy Manipulado de Correspondencia v Administracion General del Estado* (C-220/06) [2007] ΣΥΛΛ. I -12175 σκέψη [42] σε συνδυασμό [53]—[54] και [59] και *Club Hotel Loutraki AE and Others v Ethnico Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias and Aktor Anonymi Techniki Etaireia (AktorATE) v Ethnico Symvoulío Radiotileorasis* (C-145 και 149/08) [2010] ΣΥΛΛ. I-4165, [2010] 10 C.M.L.R. 33 σκέψη [59] και [61].

³² Ωστόσο το ΔΕΚ έχει αναγνωρίσει πιθανή νόθευση του ανταγωνισμού από δημόσιους υποψήφιους αναδόχους, βλ. *Consorzio Nazionale Imeruniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMA) v Regione Marche* (C-305/08) [2009] ΣΥΛΛ. I -12121, και ιδίως σκέψεις [32]-[33].

η αναθέτουσα αρχή στα εσωτερικά τμήματα της. Στην απόφαση *Coditel* επετράπη περαιτέρω ο κοινός έλεγχος από περισσότερες αναθέτουσες αρχές³³ αν και στην προγενέστερη απόφαση *Coname* το επιτρεπτό ενός τέτοιου είδους ελέγχου είχε απορριφθεί από το Δικαστήριο³⁴. Ωστόσο το άρθρο 12 παρ. 2 της νέας οδηγίας μετατοπίζει το κριτήριο του ελέγχου, προβλέποντας ότι οι ελεγχόμενες οντότητες μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις στην ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή και στις συγγενείς οντότητες³⁵ επίσης. Προφανώς πρόκειται για μια θετική εξέλιξη, όσο ο έλεγχος που ασκείται από την ελέγχουσα οντότητα θα μπορούσε να επεκταθεί στις αγοραστικές δραστηριότητες και όσο οι δραστηριότητες θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι ασκούνται από συγγενείς οντότητες κατά περίπτωση³⁶.

Η επιλογή της υιοθέτησης του κριτηρίου του αντίστροφου ελέγχου πρέπει να ειπωθεί συνδυαστικά με το κριτήριο του ουσιώδους μέρους των δραστηριοτήτων το οποίο υποστηρίζει το κριτήριο ελέγχου ως ελευθερία να δρα στην αγορά και το οποίο θα εξαφανίσει τον έλεγχο και τον in-house χαρακτήρα της οντότητας³⁷. Το ΔΕΕ είχε κατά το παρελθόν αρνηθεί να ορίσει ένα συγκεκριμένο ποσοστό ελέγχου περιορίζοντας τον σκοπό των δραστηριοτήτων για τις in-house οντότητες³⁸ ωστόσο, στην κωδικοποίηση του in-house νομολογιακού δικαίου το σχετικό ποσοστό έχει καθοριστεί στο ύψος του 20% ως ποσοστό συμμετοχής στην αγορά.

Ωστόσο εύλογα θα μπορούν να εγερθούν ερωτήματα για το πώς υπολογίζεται το ποσοστό του 20%. Με δεδομένο ότι ο τρόπος υπολογισμού δεν έχει ακόμα απασχολήσει την

³³ Βλ. ο.π. *Coditel Brabant SA v Commune d'Uccle και Région de Bruxelles-Capitale* (C-324/07) [2008] ΣΥΛΛ. I-8457, [2009] I C.M.L.R. 29, σκέψη 30.

³⁴ Βλ. *Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti* (C-231/03) [2005] E.C.R. I-7287 σκέψη [24]. Πλέον η νομολογία *Coditel* επικυρώθηκε και από μεταγενέστερες απόφασεις, βλ. *Sea Sri v Comune di Ponte Nossa* (C-573/07) E.C.R. I-8127 and *Econord SpA v Comune di Cagno and Comune di Varese and Comune di Solbiate and Comune di Varese* (C-182-183/11).

³⁵ Έτσι η οδηγία διαλαμβάνει, ότι «2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται επίσης σε περίπτωση που ένα ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο το οποίο είναι αναθέτουσα αρχή αναθέτει σύμβαση στην αναθέτουσα αρχή η οποία το ελέγχει ή σε άλλο νομικό πρόσωπο που τελεί υπό τον έλεγχο της ίδιας αναθέτουσας αρχής, εφόσον δεν υπάρχει άμεση ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στο νομικό πρόσωπο στο οποίο ανατίθεται η δημόσια σύμβαση εξαιρουμένων των μη ελεγχουσών και μη αποκλειουσών μορφών ιδιωτικής κεφαλαιακής συμμετοχής που απαιτούνται από την εθνική νομοθεσία, σύμφωνα με τις Συνθήκες και δεν ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο».

³⁶ Στην πρόσφατη απόφαση *Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH* (C-1 5/13), το ΔΕΕ δεν διέλαβε κρίση επί της συγκεκριμένης διάταξης της οδηγίας, βλ. σκέψεις [32]—[33].

³⁷ Βλ. απόφαση του ΔΕΚ *Carbotermo SpA and Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio και AGES SpA* (C-340/04) [2006] E.C.R. I-4137 σκ. [61], [2006] 3 C.M.L.R. 7.

³⁸ Βλ. *Carbotermo SpA and Consorzio Alisei v Comune di Busto Arsizio and AGES SpA* (C-340/04) [2006] E.C.R. I-4137 σκέψη [56], and *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)* (C-295/05) [2007] E.C.R. I-2999 σκέψη [63], όπου το 90% των δραστηριοτήτων επιβεβαιώθηκε. Βλ. έτσι, *Centro Hospitalar de Setubal EPE, Semico de Utilizacao Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest (Portugal) — Sociedade Europeia de Restaurantes Ida*, (C-574/12) σκέψη [20] σε συνδυασμό με [45].

ενωσιακή νομολογία θα ανατρέξουμε απλά σε κάποιες αναφορές. Στην υπόθεση *Carbotermo* εκρίθη ότι «για να γίνει δεκτό ότι η επίδικη επιχείρηση πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς της σε συνεργασία με τον οργανισμό από τον οποίο ελέγχεται, κατά την έννοια της προαναφερθείσας αποφάσεως *Teckal*, η δραστηριότητα της εν λόγω επιχειρήσεως πρέπει να αφορά κυρίως τον οικείο οργανισμό και κάθε άλλη ενέργειά της να έχει επουσιώδη χαρακτήρα. Για την εκτίμηση αυτή, το αρμόδιο δικαστήριο πρέπει να λάβει υπόψη όλα τα στοιχεία της υπό κρίση υποθέσεως, τόσο τα ποιοτικά όσο και τα ποσοτικά χαρακτηριστικά³⁹». Ωστόσο το Δικαστήριο σημείωσε, ότι «Όσον αφορά το ερώτημα αν πρέπει να ληφθεί υπόψη, στο πλαίσιο αυτό, μόνον ο κύκλος εργασιών που πραγματοποιήθηκε από τον επιβλέποντά οργανισμό ή ο κύκλος εργασιών που πραγματοποιήθηκε στο έδαφος του εν λόγω οργανισμού, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο καθοριστικός κύκλος εργασιών είναι εκείνος που η επίδικη επιχείρηση πραγματοποιεί βάσει των αποφάσεων περί αναθέσεως που εξέδωσε ο επιβλέπων οργανισμός, συμπεριλαμβανομένου του κύκλου εργασιών που πραγματοποιήθηκε με χρήστες προς εκτέλεση των εν λόγω αποφάσεων. Συγκεκριμένα, οι δραστηριότητες μιας αναδόχου επιχειρήσεως που πρέπει να ληφθούν υπόψη είναι όλες εκείνες που η επιχείρηση αυτή ασκεί στο πλαίσιο συνάψεως συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, και τούτο ανεξαρτήτως της ταυτότητας του δικαιούχου, είτε πρόκειται για την αναθέτουσα αρχή, αυτή καθαυτή, είτε για τον χρήστη των παρασχεθεισών υπηρεσιών. Είναι άνευ σημασίας να προσδιοριστεί ο φορέας από τον οποίο αμείβεται η οικεία επιχείρηση, είτε πρόκειται για τον οργανισμό από τον οποίο ελέγχεται είτε για τρίτους χρήστες υπηρεσιών παρασχεθεισών βάσει παραχωρήσεων ή άλλων εννόμων σχέσεων που έχει συνάψει ο εν λόγω οργανισμός. Επίσης, δεν ασκεί επιρροή το έδαφος στο οποίο παρέχονται οι εν λόγω υπηρεσίες⁴⁰».

Στην απόφαση του ΔΕΚ *Asemfo*⁴¹ το Δικαστήριο αφού υπενθύμισε, ότι «κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η προσφυγή στον ανταγωνισμό, σύμφωνα με τις οδηγίες περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων, δεν είναι υποχρεωτική, έστω και αν ο αντισυμβαλλόμενος είναι νομικώς διακριτός φορέας σε σχέση με την αναθέτουσα αρχή, όταν πληρούνται δύο προϋποθέσεις. Αφενός, η δημόσια αρχή, που αποτελεί την αναθέτουσα αρχή, πρέπει να ασκεί επί του διακριτού αυτού φορέα έλεγχο ανάλογο με αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες και, αφετέρου, ο φορέας αυτός πρέπει να ασκεί το ουσιώδες τμήμα της δραστηριότητας του με τον ή τους δημοσίους οργανισμούς στους οποίους ανήκει (βλ. αποφάσεις της 18ης Νοεμβρίου 1999, *C-107/98, Teckal*, Συλλογή 1999, σ. I-8121, σκέψη 50· *Stadt Halle* και *RPL Lochau*,

³⁹ Σκέψεις 63 και 64.

⁴⁰ Σκέψεις 65-67.

⁴¹ Βλ. ο.π. υποσημείωση υπ' αριθμ. 36.

προπαρατεθείσα, σκέψη 49 *Carbotermo* και *Consorzio Alisei*, προπαρατεθείσα, σκέψη 33, και *Asemfo*, προπαρατεθείσα, σκέψη 55)»⁴², κατέληξε ότι «μια συμφωνία συνεργασίας, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη⁴³, δεν πληροί τις προϋποθέσεις που παρατέθηκαν στη σκέψη 58 της παρούσας απόφασης και δεν μπορεί, ως εκ τούτου, να εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/50»⁴⁴. Ωστόσο στις προτάσεις του ο γενικός Εισαγγελέας, A.G. Geelhoed αποπειράθηκε και πράγματι υπολόγισε τα σχετικά ως άνω αναφερόμενα ποσοστά⁴⁵. Αυτή η προσέγγιση έχει κωδικοποιηθεί στο άρθρο 12 παρ. 5 της νέας ενωσιακής οδηγίας.

Γ. Περιπτώσιολογία με την συμμετοχή στο εταιρικού σχήμα ιδιωτικού κεφαλαίου.

Σε όλη την ενωσιακή νομολογία η οποία αφορούσε συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου σε οντότητες οι οποίες τα Κράτη-μέλη συμφωνήσαν, ότι ήταν in-house, το ΔΕΚ απεφάνθη ότι αυτή η ιδιωτική συμμετοχή ήταν σε θέση να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των αναδόχων, αφού αυτή η απευθείας ανάθεση θα προσέδιδε στις συγκεκριμένες ιδιωτικές εταιρίες ένα πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών τους⁴⁶. Στην υπόθεση *Acoset*⁴⁷ αποσαφηνίστηκε, ότι αφενός «Μολονότι στο πλαίσιο της αναθέσεως υπηρεσιών η έλλειψη διαγωνισμού είναι ασύμβατη με τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ και με τις αρχές της ίσης μεταχείρισεως και της απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων, παρά ταύτα η επιλογή του ιδιώτη εταίρου με τήρηση των απαιτήσεων που υπομνήσθηκαν στις σκέψεις 46 έως 49 της παρούσας αποφάσεως και η επιλογή των κριτηρίων επιλογής του ιδιώτη εταίρου καθιστούν δυνατή την άρση του ασύμβατου στην

⁴² Σκέψη 58.

⁴³ Δηλαδή η διαφορά μεταξύ της *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* (επαγγελματική ένωση επιχειρήσεων διανομής και επεξεργασίας αλληλογραφίας) και του *Administración General del Estado, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte* (Υπουργείο Παιδείας, Πολιτισμού και Αθλητισμού), σχετικά με απόφαση του υπουργείου να αναθέσει απευθείας, χωρίς δημόσια πρόσκληση υποβολής προσφορών, τις ταχυδρομικές υπηρεσίες στη *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA* (δημόσια ταχυδρομική και τηλεγραφική εταιρία), που είναι ο φορέας της καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας στην Ισπανία.

⁴⁴ Βλ. σκέψη 59 επ.

⁴⁵ Βλ. σκέψη 62 των προτάσεων στις 28/9/2006 *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformacion Agiwiya SA (Tragsa) and Administracion del Estado* (C-295/05) [2007] E.C.R. 1-2999, όπου σημειώνει ότι «Το ποσοστό των παραγγελιών επί του συνολικού κύκλου εργασιών ποικίλλει. Από τα στοιχεία που παραθέτει η Επιτροπή στο σημείο 34 των γραπτών παρατηρήσεών της συνάγεται ότι αυτό κυμαίνεται μεταξύ 7 και 8,5 %. Η *Tragsa* παραθέτει στο σημείο 96 των γραπτών παρατηρήσεών της κάπως διαφορετικούς αριθμούς, που δεν ταυτίζονται με αυτούς της Επιτροπής, διότι σ' αυτές παρατίθενται χωριστά τα αριθμητικά στοιχεία δύο θυγατρικών επιχειρήσεων. Όπως κι αν έχει το πράγμα, τα στοιχεία της Επιτροπής και αυτά της *Tragsa* είναι, κατά χονδρική εκτίμηση, του ίδιου μεγέθους».

⁴⁶ Βλ. π.χ. *Stadt Halle* (C-26/03) [2005] E.C.R. 1-1 [51] και *Commission of the European Communities v Republic of Austria (Modling)* (C-29/04) [2005] E.C.R. 1-9705 σκέψη [48].

⁴⁷ Βλ. υπόθεση *Acoset SpA v Conferenza Sindaci e Presidenza Prow Reg. ATO Idrico Ragusa and Others* (C-196/08), ΣΥΛΛ. I -9913.

κατάσταση αυτή όταν οι υποψήφιοι οφείλουν να αποδείξουν, πέρα από την ικανότητά τους να γίνουν μέτοχος, προ πάντων την τεχνική τους ικανότητα να παράσχουν την υπηρεσία καθώς και τα οικονομικά και λοιπά πλεονεκτήματα που απορρέουν από την προσφορά τους»⁴⁸, και αφετέρου ότι «Πρέπει να διευκρινιστεί ότι μια εταιρία μικτού κεφαλαίου, δημόσιου και ιδιωτικού, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, πρέπει να έχει τον ίδιο εταιρικό σκοπό καθ' όλη τη διάρκεια της παραχώρησης και ότι οποιαδήποτε ουσιώδης τροποποίηση της συμβάσεως θα είχε ως συνέπεια να υπάρξει υποχρέωση διενέργειας διαγωνισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 19ης Ιουνίου 2008, C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, Συλλογή 2008, σ. I-4401, σκέψη 34)⁴⁹, διαφορετικά μια νέα διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να λάβει χώρα σύμφωνα με τα πορίσματα της απόφασης *Presstext*, εφόσον η σύμβαση υπόκειται σε τροποποίηση του συμβατικού αντικειμένου⁵⁰». Στην περίπτωση της απόφασης *Acoset*⁵¹, το γεγονός ότι απευθύνθηκε ανοιχτή πρόκληση ενδιαφέροντος προς όλους τους πιθανούς αναδόχους θωράκισε τον ελεύθερο ανταγωνισμό παρά την συμμετοχή εταιρίας ιδιωτικού κεφαλαίου και την τελική ανάθεση σε αυτή. Αντιθέτως το αντιανταγωνιστικό πλεονέκτημα θα υπήρχε αν δεν ελάμβανε χώρα καμία διαγωνιστική διαδικασία.

Στο άρθρο 12 παρ. 1 της νέας οδηγίας διαλαμβάνεται ότι η ανάθεση των συμβάσεων εκφεύγει του ρυθμιστικού πεδίου των οδηγιών εάν εκπληρώνονται τα κριτήρια της νομολογίας Teckal. Ωστόσο ένα τρίτο κριτήριο έχει προστεθεί: “δεν υπάρχει άμεση ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο εξαιρουμένων των μη ελεγχουσών και μη αποκλειουσών μορφών ιδιωτικής κεφαλαιακής συμμετοχής που απαιτούνται από τις εθνικές νομοθετικές διατάξεις, σύμφωνα με τις Συνθήκες και δεν

⁴⁸ Σκέψη 59.

⁴⁹ Σκέψη 62.

⁵⁰ Βλ. σχετικά, απόφαση *Presstext Nachrichtenagentur GmbH WRepublik Osterreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Sennce GmbH Hand APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (C-454/06) [2008] E.C.R. 1-4401*. Η απόφαση κωδικοποιήθηκε στο άρθρο 72 της νέας οδηγίας του Δημόσιου Τομέα στο άρθρο 89 της οδηγίας για τους εξαιρούμενους τομείς, και στο άρθρο 43 της οδηγίας για τις παραχωρήσεις. Βλ. σχετικά, Mickaël KARPENSCHIF, «Du “in house” aux “in house” après la directive concession ?», CP-ACCP, 2014, p. 64., S. Treumer, "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive" (2014) 23 P.P.L.R., 148-155, Σ. Καλογήρου, Φως στο νέο καθεστώς σύναψης και εκτέλεσης συμβάσεων παραχώρησης υπηρεσιών κατά την Οδηγία 2014/23/ΕΕ, ΕφημΔΔ, 6/2014, σελ. 782-790., Ε. Πρεβεδούρου, Οι συμβάσεις παραχώρησης: η οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και οι συνέπειές της για την ελληνική έννομη τάξη, Διοικητική Δίκη, τευχ. 6/2015, Ι. Κίτσο, ΣΥΜΠΡΑΞΕΙΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΤΟΜΕΑ (ΣΔΙΤ) ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗΣ, Συνεργασίες δημοσίων και ιδιωτικών φορέων για την ανάπτυξη δημοσίων υποδομών με ιδιωτικές επενδύσεις κεφαλαίων, Σύμφωνα με το διεθνές, το ευρωπαϊκό και το ενωσιακό δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2014.

⁵¹ Υπόθεση C-196/08, *Acoset SpA κατά Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa κ.λπ.*, της 15ης Οκτωβρίου 2009, ο.π.

ασκούν αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο». Άλλωστε και στο σημείο 32 της αιτιολογικής έκθεσης της σχετικής οδηγίας διαλαμβάνεται ταυτόσημη φρασεολογία.⁵²

Δ. Συγκριτική αξιολόγηση όταν το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας είναι ΥΓΟΣ.

Ένα από τα βασικότερα πεδία στα οποία παρατηρείται έντονη όσμωση μεταξύ των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις και τις κρατικές ενισχύσεις είναι οι υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος (ΥΓΟΣ). Η έννοια των ΥΓΟΣ αποτελεί αντικείμενο αναφοράς τόσο στην ίδια τη Συνθήκη (άρθρα 14 και 106 παρ. 2 ΣΛΕΕ) καθώς και στο προσαρτημένο σε αυτή πρωτόκολλο υπ' αριθμόν 26, χωρίς ωστόσο να δίδεται κάποιος ορισμός στο κείμενο της Συνθήκης ή στο παράγωγο δίκαιο. Ο ενωσιακός νομοθέτης δεν δίδει ορισμό των Υ.Κ.Ω., αλλά απονέμει ευρεία ευχέρεια στα κράτη μέλη να επιλέγουν και να οργανώνουν, στο πλαίσιο της αρχής της επικουρικότητας, τόσο το περιεχόμενο και τη διαδικασία επιβολής Υ.Κ.Ω., όσο και τους τρόπους αποκατάστασης της ζημίας των επιχειρήσεων που βαρύνονται με Υ.Κ.Ω. Επομένως ορισμός των Υ.Κ.Ω. νοείται μόνον στο πλαίσιο των εθνικών

⁵² Ειδικότερα σημειώνεται, ότι «Οι δημόσιες συμβάσεις που ανατίθενται σε ελεγχόμενα νομικά πρόσωπα δεν θα πρέπει να υπόκεινται στην εφαρμογή των διαδικασιών που προβλέπονται στην παρούσα οδηγία, εάν η αναθέτουσα αρχή ασκεί στο εν λόγω πρόσωπο έλεγχο ανάλογο εκείνου που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών, υπό την προϋπόθεση ότι το ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο εκτελεί ποσοστό άνω του 80 % των δραστηριοτήτων του κατά την εκτέλεση των συμβάσεων που του ανατίθενται από την ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή από άλλα νομικά πρόσωπα ελεγχόμενα από την εν λόγω αναθέτουσα αρχή, ανεξαρτήτως του ωφελούμενου από την εκτέλεση των συμβάσεων. Η εξαίρεση δεν θα πρέπει να επεκτείνεται σε καταστάσεις όπου υπάρχει άμεση συμμετοχή ιδιωτικού οικονομικού φορέα στο κεφάλαιο του ελεγχόμενου νομικού προσώπου εφόσον, σε αυτές τις περιπτώσεις, η ανάθεση δημόσιας σύμβασης χωρίς διαγωνισμό θα παρέχει στον ιδιωτικό οικονομικό φορέα με κεφαλαιακή συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο αδικαιολόγητο πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών του. Ωστόσο, λόγω των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των δημόσιων φορέων με υποχρεωτική ιδιότητα μέλους, όπως των οργανισμών που είναι υπεύθυνοι για τη διαχείριση ή άσκηση ορισμένων δημόσιων υπηρεσιών, αυτό δεν θα πρέπει να εφαρμόζεται σε περιπτώσεις κατά τις οποίες η συμμετοχή συγκεκριμένων ιδιωτικών οικονομικών φορέων στο κεφάλαιο του ελεγχόμενου νομικού προσώπου καθίσταται υποχρεωτική μέσω διάταξης του εθνικού δικαίου, σύμφωνο με τις Συνθήκες, υπό την προϋπόθεση ότι η συμμετοχή αυτή είναι δεν προβλέπει ελέγχους και αποκλεισμούς και δεν συνεπάγεται αποφασιστική επιρροή στις αποφάσεις του ελεγχόμενου νομικού προσώπου. Θα πρέπει να διευκρινιστεί περαιτέρω ότι το αποφασιστικό στοιχείο είναι μόνο η άμεση ιδιωτική συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο. Κατά συνέπεια, όταν υπάρχει ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στην ελέγχουσα αναθέτουσα αρχή ή αρχές, αυτό δεν αποκλείει την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο, χωρίς την εφαρμογή των διαδικασιών της παρούσας οδηγίας, διότι οι εν λόγω συμμετοχές δεν επηρεάζουν αρνητικά τον ανταγωνισμό μεταξύ ιδιωτικών οικονομικών φορέων. Επίσης, θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι οι αναθέτουσες αρχές, όπως οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου, οι οποίες μπορούν να έχουν ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή, θα πρέπει να είναι σε θέση να χρησιμοποιούν την εξαίρεση για την οριζόντια συνεργασία. Κατά συνέπεια, όταν πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις όσον αφορά την οριζόντια συνεργασία, η σχετική εξαίρεση θα πρέπει να επεκταθεί στις εν λόγω αναθέτουσες αρχές, όταν η σύμβαση συνάπτεται αποκλειστικά μεταξύ αναθετουσών αρχών».

δικαίων των κρατών μελών της Ε.Ε.⁵³ Σύμφωνα με την Επιτροπή: «οι ΥΓΟΣ είναι οικονομικές δραστηριότητες που παράγουν αποτελέσματα προς το γενικό δημόσιο όφελος, οι οποίες δεν θα μπορούσαν να παρασχεθούν από την αγορά χωρίς την παρέμβαση του κράτους (ή θα μπορούσαν να παρασχεθούν με διαφορετικούς όρους ποιότητας, ασφάλειας, οικονομικής προσιτότητας, ίσης μεταχείρισης ή καθολικής πρόσβασης)»⁵⁴. Το Δικαστήριο έχει χαρακτηρίσει τις ΥΓΟΣ ως υπηρεσίες με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που τις διακρίνουν από άλλες δραστηριότητες της οικονομικής ζωής⁵⁵. Ακολούθως, έχει αποφανθεί ότι τα κράτη μέλη διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια στον ορισμό τους⁵⁶.

Ένα από τα κομβικά σημεία στην παροχή ΥΓΟΣ, είναι ο καθορισμός της σχετικής αντιστάθμισης, καθώς, εάν αυτή δεν ανταποκρίνεται προς την παρεχόμενη υπηρεσία, ενεργοποιείται το άρθρο 107 παρ. 1 ΣΛΕΕ. Πιο συγκεκριμένα, με την εμβληματική απόφασή του στην υπόθεση Altmark, το Δικαστήριο έκρινε ότι η αντιστάθμιση υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας δεν συνιστά κρατική ενίσχυση δυνάμει του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ, εφόσον πληρούνται σωρευτικά τέσσερα κριτήρια⁵⁷: α) η δικαιούχος επιχείρηση πρέπει να είναι επιφορτισμένη με την εκπλήρωση υποχρεώσεως παροχής δημόσιας υπηρεσίας, η οποία πρέπει να είναι σαφώς καθορισμένη β) οι βασικές παράμετροι, βάσει των οποίων υπολογίζεται η αντιστάθμιση πρέπει να έχουν προσδιορισθεί προηγουμένως αντικειμενικά και με διαφάνεια γ) η αντιστάθμιση δεν μπορεί να υπερβαίνει το μέτρο του αναγκαίου για την κάλυψη του συνόλου ή μέρους των δαπανών που πραγματοποιούνται για την

⁵³ Όπως σημειώνεται στο σημείο 18 της πρότασης ψηφίσματος του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με την Πράσινη Βίβλο για τις Υ.Κ.Ω., το οποίο έχει δημοσιευθεί στο δικτυακό τόπο <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-484+0+DOC+XML+V0//EL>, «...καμία οδηγία δεν μπορεί να θεσπίσει ενιαίο ευρωπαϊκό ορισμό των υπηρεσιών κοινής ωφέλειας, καθώς ο ορισμός και η διάρθρωσή τους πρέπει να συνεχίσουν να εμπίπτουν αποκλειστικά στην αρμοδιότητα των κρατών μελών και των συνταγματικών τους υποδιαίρέσεων...».

⁵⁴ Οδηγός για την εφαρμογή των κανόνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με τις κρατικές ενισχύσεις, τις δημόσιες συμβάσεις και την εσωτερική αγορά στις υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος, και ιδίως στις κοινωνικές υπηρεσίες κοινής ωφέλειας Βρυξέλλες, 29.4.2013 SWD (2013) 53 final/2 http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_el.pdf.

⁵⁵ ΔΕΚ, C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova*, 10.12.1991, Συλλ. I-5889, σκ. 27, C-242/95 *GT-Link A/S*, 17.07.1997, Συλλ. I-4449, σκ. 53 και C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, 18.06.1998, Συλλ. I-3949, σκ. 45.

⁵⁶ ΠΕΚ, T-17/02 *Fred Olsen*, 15.06.2005, Συλλ. II-2031, σκ. 216· T-289/03 *BUPA* και λοιποί κατά Επιτροπής, 12.02.2008, Συλλ. II-81, σκ. 166-169, T-309/04, *TV2*, 22.10.2008, Συλλ. II-2935, σκ. 113 επ. Στους τομείς οι οποίοι έχουν εναρμονισθεί σε επίπεδο Ένωσης, και για τους οποίους έχουν ληφθεί υπόψη οι στόχοι γενικού συμφέροντος, η διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών δεν μπορεί να αντιβαίνει τους κανόνες που διέπουν την εν λόγω εναρμόνιση, ενώ τελεί πάντοτε υπό τον έλεγχο προδήλου σφάλματος.

⁵⁷ ΔΕΚ, C-280/00 *Altmark*, 24.07.2003, Συλλ. I-7747, σκ. 77-81.

εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εσόδων και ενός ευλόγου κέρδους και δ) εφόσον η επιλογή της επιχείρησης, στην οποία ανατίθεται η εκτέλεση υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, δεν πραγματοποιείται με διαδικασία διαγωνισμού που επιτρέπει να επιλεγεί υποψήφιος ικανός να παρέχει τις υπηρεσίες αυτές με το μικρότερο κόστος για το κοινωνικό σύνολο, το ύψος της αναγκαίας αντιστάθμισης πρέπει να καθορίζεται με βάση την ανάλυση των εξόδων που θα είχε για την εκτέλεση των υποχρέωσεων αυτών μια μέση επιχείρηση με χρηστή διαχείριση και κατάλληλο εξοπλισμό⁵⁸.

Με αφετηρία την απόφαση Altmark, η Επιτροπή διαμόρφωσε μια δέσμη κανόνων αναφορικά με τις κρατικές ενισχύσεις στις ΥΓΟΣ⁵⁹. Σύμφωνα με σχετική ανακοίνωση της Επιτροπής, η οποία συμπεριλαμβάνεται στην παραπάνω δέσμη και διασαφηνίζει βασικές έννοιες κρατικών ενισχύσεων σε σχέση με τις ΥΓΟΣ, ο απλούστερος τρόπος για να ανταποκριθούν οι δημόσιες αρχές στο τέταρτο κριτήριο που θέτει η απόφαση Altmark είναι να εφαρμόσουν μια ανοικτή, διαφανή και χωρίς διακρίσεις διαδικασία υποβολής προσφορών, σύμφωνα τις επιταγές των οδηγιών⁶⁰. Ακόμα κι αν δεν υφίσταται νομική απαίτηση, όπως σημειώνει η ανακοίνωση, «μια

⁵⁸ Να σημειωθεί ότι η αντιστάθμιση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του κανονισμού για τις ενισχύσεις ήσσονος σημασίας στις ΥΓΟΣ (Κανονισμός 360/2012 της Επιτροπής της 25ης Απριλίου 2012 σχετικά με την εφαρμογή των άρθρων 107 και 108 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις ενισχύσεις ήσσονος σημασίας οι οποίες χορηγούνται σε επιχειρήσεις που παρέχουν υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος, ΕΕ L 114/8) θεωρείται ότι δεν συνιστά κρατική ενίσχυση. Σύμφωνα με τον κανονισμό, η αντιστάθμιση για την παροχή μιας ΥΓΟΣ με ποσό που δεν υπερβαίνει τα 500.000 ευρώ κατά τη διάρκεια οποιασδήποτε περιόδου τριών οικονομικών ετών δεν υπόκειται στον έλεγχο κρατικών ενισχύσεων.

⁵⁹ 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, ΕΕ 2012 C 8/02. Η Ανακοίνωση διασαφηνίζει βασικές έννοιες κρατικών ενισχύσεων σε σχέση με τις ΥΓΟΣ, όπως οι έννοιες της ενίσχυσης, της ΥΓΟΣ, της οικονομικής δραστηριότητας, η σχέση μεταξύ κανόνων για δημόσιες συμβάσεις και τις κρατικές ενισχύσεις, κλπ. Η αναθεωρημένη Απόφαση της Επιτροπής (Απόφαση 2012/21/ΕΕ της 20ης Δεκεμβρίου 2011, για την εφαρμογή του άρθρου 106 παράγραφος 2 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις κρατικές ενισχύσεις υπό μορφή αντιστάθμισης για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας που χορηγούνται σε ορισμένες επιχειρήσεις επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος, ΕΕ L7/3) απαλλάσσει τα κράτη μέλη από την υποχρέωση να κοινοποιούν την αντιστάθμιση δημόσιας υπηρεσίας στην Επιτροπή, εάν πληρούνται οι όροι της Απόφασης σχετικά με το συμβιβασμό. Το αναθεωρημένο Πλαίσιο της Επιτροπής (Πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις κρατικές ενισχύσεις υπό μορφή αντιστάθμισης για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας 2011, ΕΕ 2012 C 8/15) ορίζει τους κανόνες για την εκτίμηση της αντιστάθμισης της παροχής ΥΓΟΣ η οποία συνιστά κρατική ενίσχυση και δεν απαλλάσσεται από την υποχρέωση κοινοποίησης βάσει της απόφασης. Οι περιπτώσεις αυτές πρέπει να κοινοποιούνται στην Επιτροπή και μπορούν να κηρυχθούν συμβατές, εάν πληρούν ορισμένα κριτήρια.

⁶⁰ 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, ΕΕ 2012 C 8/02.

ανοικτή, διαφανή και χωρίς διακρίσεις διαδικασία υποβολής προσφορών είναι κατάλληλη μέθοδος για να συγκριθούν διαφορετικές πιθανές προσφορές και να καθορισθεί η αντιστάθμιση ώστε να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο στοιχείου ενίσχυσης»⁶¹. Περαιτέρω, η Επιτροπή παρέχει χρήσιμες διευκρινήσεις για το είδος της διαγωνιστικής διαδικασίας που δύνανται να επιλέξουν οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να συμμορφωθούν με το τέταρτο κριτήριο της νομολογίας Altmark. Ειδικότερα, η ανοικτή και η κλειστή διαδικασία ικανοποιούν, σύμφωνα με την εκτίμηση της Επιτροπής, το εν λόγω κριτήριο, ενώ ο ανταγωνιστικός διάλογος και η διαδικασία με διαπραγμάτευση με προηγούμενη δημοσίευση, μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις θεωρείται ότι επαρκούν για την πλήρωσή του. Η δε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς να προηγηθεί δημοσίευση «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», όπως επιτάσσει η νομολογία. Συμπερασματικά, όσο μεγαλύτερη διακριτική ευχέρεια διαθέτει η αναθέτουσα αρχή στην επιλογή του αναδόχου, τόσο δυσχερέστερη θα καθίσταται η πλήρωση του τέταρτου κριτηρίου της απόφασης Altmark.

Αναφορικά με το κριτήριο ανάθεσης, το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής ασφαλώς ικανοποιεί το τέταρτο κριτήριο της νομολογίας Altmark, χωρίς ωστόσο να αποκλείεται το κριτήριο της συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς⁶².

Ε. Οι προϋποθέσεις έγκυρης επιβολής Υ.Κ.Ω. στην κοινοτική έννομη τάξη

Στις διατάξεις του άρθρου 3 των Οδηγιών 2003/54/EK και 2009/72/EK προβλέπεται ότι η έγκυρη θέσπιση Υ.Κ.Ω. εξαρτάται από την τήρηση τεσσάρων προϋποθέσεων, που πρέπει να συντρέχουν σωρευτικώς. Πρώτον, οι Υ.Κ.Ω. πρέπει να εναρμονίζονται με τη διάταξη του άρθρου 86 της Σ.Ε.Κ. (ήδη άρθρο 106§2 της Σ.Λ.Ε.Ε.), (άρθρο 3§2 εδάφιο α' αμφοτέρων των Οδηγιών). Η διάταξη αυτή ορίζει ότι οι επιχειρήσεις που

⁶¹ Ο.π., σημείο 64.

⁶² Ο.π., σημείο 67: «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». Η προϋπόθεση είναι τα κριτήρια ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών ή των κοινωνικών κριτηρίων, να αφορούν άμεσα το αντικείμενο της παρεχόμενης υπηρεσίας και επιτρέπουν στην πλέον συμφέρουσα οικονομικά προσφορά να είναι αντίστοιχη της αγοραίας αξίας. Όταν παρουσιάζονται τέτοιες περιπτώσεις, ενδείκνυται ενδεχομένως ένας μηχανισμός ανάκτησης για να ελαχιστοποιηθεί εκ των προτέρων ο κίνδυνος υπεραντιστάθμισης. Η αναθέτουσα αρχή δύναται επίσης να καθορίζει ποιοτικά πρότυπα τα οποία οφείλουν να πληρούν όλοι οι οικονομικοί φορείς ή να λαμβάνει υπόψη κατά τη λήψη της απόφασης ανάθεσης ποιοτικές πτυχές σχετικές με τις διάφορες προτάσεις».

είναι επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος (Υ.Γ.Ο.Σ.) ή έχουν χαρακτήρα δημοσιονομικού μονοπωλίου υπόκεινται στους κανόνες των Συνθηκών ιδίως στους κανόνες ανταγωνισμού, κατά το μέτρο που η εφαρμογή των κανόνων αυτών δεν εμποδίζει νομικά ή πραγματικά την εκπλήρωση της ιδιαίτερης αποστολής που τους έχει ανατεθεί. Δεύτερον, οι Υ.Κ.Ω. πρέπει να ορίζονται σαφώς, να είναι διαφανείς, αμερόληπτες και επαληθεύσιμες και να διασφαλίζουν την ισότιμη πρόσβαση των επιχειρήσεων ηλεκτρικής ενέργειας στους εθνικούς καταναλωτές (άρθρο 3§2 εδάφιο β' αμφοτέρων των Οδηγιών). Τρίτον, οι Υ.Κ.Ω. πρέπει να εξυπηρετούν τους ειδικότερους στόχους της ασφάλειας, συμπεριλαμβανομένης της ασφάλειας του εφοδιασμού, της τακτικής παροχής, της ποιότητας και των τιμών παροχής καθώς και της προστασίας του περιβάλλοντος, συμπεριλαμβανομένης της ενεργειακής αποδοτικότητας, της ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές και της προστασίας του κλίματος (άρθρο 3§2 εδάφιο α' αμφοτέρων των Οδηγιών). Τέταρτον, τα κράτη μέλη πρέπει να ενημερώνουν την Ευρωπαϊκή Επιτροπή για τυχόν μέτρα επιβολής παροχής Υ.Κ.Ω. που λαμβάνουν (άρθρο 3§9 Οδηγίας 2003/54/EK άρθρο 3§15 Οδηγίας 2009/72/EK). Οι προϋποθέσεις αυτές αναλύονται ως ακολούθως.

α. Η εναρμόνιση των Υ.Κ.Ω. με τους κανόνες ανταγωνισμού – Οι προϋποθέσεις παροχής οικονομικού ή άλλου αντισταθμίματος σε επιχείρηση βαρυνόμενη με Υ.Κ.Ω.

Η πρώτη προϋπόθεση έγκυρης θέσπισης Υ.Κ.Ω. αναφέρεται στην εξυπακουόμενη εναρμόνιση των Υ.Κ.Ω. με το πρωτότυπο δίκαιο των Συνθηκών, ιδίως δε με το κανονιστικό πλαίσιο επιβολής και αποκατάστασης της ζημίας από Υ.Γ.Ο.Σ.^{63,64}, όπως

⁶³ Σύμφωνα με τη Λευκή Βίβλο για τις Υ.Κ.Ω και την Πράσινη Βίβλο για τις Υ.Κ.Ω., οι Υ.Κ.Ω. είναι όρος ευρύτερος από τις Υ.Γ.Ο.Σ., καθώς καλύπτει τόσο εμπορεύσιμες (ιδίως ταχυδρομικές υπηρεσίες, υπηρεσίες τηλεπικοινωνιών, μεταφορών ή εφοδιασμού με ηλεκτρική ενέργεια και αέριο) όσο και μη εμπορεύσιμες υπηρεσίες (ιδίως αστυνομία, δικαιοσύνη και τα υποχρεωτικά συστήματα κοινωνικής ασφάλισης). Ο όρος Υ.Γ.Ο.Σ. καλύπτει μόνον εμπορεύσιμες υπηρεσίες. Συνεπώς, οι Υ.Γ.Ο.Σ. είναι οι οικονομικής φύσης υποχρεώσεις δημόσιας υπηρεσίας στις οποίες υπόκεινται επιχειρήσεις, χάριν του δημοσίου συμφέροντος. (βλ. Παράρτημα 1 της Λευκής Βίβλου για τις Υ.Κ.Ω. και σημεία 16 και 17 της Πράσινης βίβλου για τις Υ.Κ.Ω.).

⁶⁴ Κοινά χαρακτηριστικά των Υ.Κ.Ω. και των Υ.Γ.Ο.Σ. αποτελούν, ιδίως, η καθολική υπηρεσία, η συνέχεια της υπηρεσίας, η ποιότητα της υπηρεσίας, το προσιτό κόστος και η προστασία χρηστών και καταναλωτών, βλ. αναλυτικά, Μ. Παπαντώνη, Το δίκαιο της ενέργειας, 2003, σελ. 285 επ, της ίδιας, Οι υπηρεσίες Γενικού Οικονομικού Συμφέροντος, 2013, σελ.42 επ., Αικ. Ηλιάδου, Η διείδυση του δημοσίου δικαίου στη ρύθμιση αγορών δικτύου, Εκδόσεις Νομικής Βιβλιοθήκης 2015.

αυτό καθορίζεται σε επίπεδο πρωτογενούς δικαίου⁶⁵ και ερμηνεύεται από τα δικαιοδοτικά όργανα της Ε.Ε.

Η τήρηση των κανόνων του ανταγωνισμού υφίσταται τόσο στο επίπεδο της επιβολής παροχής Υ.Κ.Ω., όσο και στο επίπεδο καθορισμού αντισταθμίματος για την αποκατάσταση της ζημίας επιχειρήσεων που επιβαρύνονται με Υ.Κ.Ω. Επειδή οι Υ.Κ.Ω. συνιστούν απόκλιση από την αρχή του ανταγωνισμού, η επιβολή των υποχρεώσεων αυτών δεν θα πρέπει να νοθεύει τον ανταγωνισμό και την ανάπτυξη των συναλλαγών εντός της Ε.Ε. Από την άλλη πλευρά, η παροχή αντισταθμίματος προς τις επιχειρήσεις που νομίμως βαρύνονται με παροχή Υ.Κ.Ω., πρέπει αυστηρώς να αποβλέπει στην ανόρθωση της ζημίας τους και να μην τις περιάγει σε πλεονεκτικότερη θέση έναντι των ανταγωνιστών τους.

Ειδικώς ως προς το επίπεδο καθορισμού αντισταθμίματος για την αποκατάσταση της ζημίας επιχειρήσεων που βαρύνονται με Υ.Κ.Ω., η νομολογία των δικαιοδοτικών οργάνων της Ε.Ε., ερμηνεύοντας συστηματικά⁶⁶ τις διατάξεις των άρθρων 106§2 της Σ.Λ.Ε.Ε. (άρθρο 86§2 της Σ.Ε.Κ.), η οποία αποσκοπεί στον συγκερασμό των Υ.Γ.Ο.Σ. με τους κανόνες του ανταγωνισμού, και 107§1 της Σ.Λ.Ε.Ε. (άρθρο 87§1 της Σ.Ε.Κ.), η οποία απαγορεύει την κρατική ενίσχυση επιχειρήσεων, έχει καταλήξει στη διατύπωση τεσσάρων κριτηρίων ελέγχου της νομιμότητας των χορηγούμενων αντισταθμισμάτων σε επιχειρήσεις που έχουν την ευθύνη παροχής Υ.Γ.Ο.Σ⁶⁷. Πρόκειται για τα εξής κριτήρια, τα οποία πρέπει να συντρέχουν σωρευτικώς, προκειμένου η παροχή οικονομικού ή άλλου αντισταθμίματος σε επιχειρήσεις χάριν των Υ.Γ.Ο.Σ. που παρέχουν να μην συνιστά κρατική ενίσχυση σε αυτές⁶⁸:

⁶⁵ Άρθρα 14 και 106§2 της Σ.Λ.Ε.Ε. (άρθρα 16 και 104§2, αντιστοίχως, της Σ.Ε.Κ.), 36 του Χάρτη των Θεμελιωδών δικαιωμάτων της Ε.Ε. και άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου (Αριθ. 26) των μελών κρατών που επιγράφεται «Σχετικά με τις Υπηρεσίες Γενικού Συμφέροντος».

⁶⁶ Σύμφωνα με την πάγια νομολογία των δικαιοδοτικών οργάνων της Ε.Ε., η οποία απηχεί τις παραδεδεγμένες ερμηνευτικές μεθόδους του ηπειρωτικού δικαίου, «...για την ερμηνεία διάταξης του κοινοτικού δικαίου πρέπει να λαμβάνονται υπόψη όχι μόνον το γράμμα, αλλά και το πλαίσιο και οι σκοποί της ρύθμισης, της οποίας αποτελεί μέρος η διάταξη αυτή», βλ. Π.Ε.Κ. T-456/05 (Gütermann AG) και T-457/05 (Zwicky & Co. AG)§ 90, Δ.Ε.Κ. C-17/03, (VEMW κ.λπ.), §41.

⁶⁷ Βλ. ενδεικτικώς, Δ.Ε.Κ C- 280/00, (Altmark Trans GmbH), §§ 87-93, Π.Ε.Κ. T-289/03 (BUPA) §§ 229, 235-238, 241, 246, 249, Π.Ε.Κ. T-354/05 (TF1) §§ 126 επ. C-206/06 (Essent Netwerk Noord BV) §83.

⁶⁸ Ο χαρακτηρισμός ενός μέτρου ως ενίσχυσης, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 107§1 της Σ.Λ.Ε.Ε., προϋποθέτει ότι πληρούνται σωρευτικώς τα τέσσερα κριτήρια, επί των οποίων διαρθρώνεται η διάταξη αυτή. Πρόκειται για τη χρηματοδότηση του μέτρου από το κράτος ή με κρατικούς πόρους (πρώτο κριτήριο), την ύπαρξη πλεονεκτήματος για μια επιχείρηση (δεύτερο κριτήριο), τον επιλεκτικό χαρακτήρα του μέτρου (τρίτο κριτήριο) και τις επιπτώσεις στο εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και τη νόθευση του ανταγωνισμού που προκύπτει από τις επιπτώσεις αυτές (τέταρτο κριτήριο), βλ. ενδεικτικώς, Δ.Ε.Κ. C- 393/04 και C- 41/05 (Air Liquide Industries Belgium), §28 και C- 172/03 (Heiser), §27.

i) Η δικαιούχος επιχείρηση πρέπει να είναι νομίμως επιφορτισμένη με την εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας και η υποχρέωση αυτή να είναι σαφώς καθορισμένη.

ii) Οι βασικές παράμετροι, βάσει των οποίων θα υπολογιστεί η αντιστάθμιση, πρέπει να έχουν προσδιοριστεί εκ των προτέρων, αντικειμενικά και με διαφάνεια, με σκοπό να αποφευχθεί το ενδεχόμενο να περιλαμβάνει η αντιστάθμιση αυτή οικονομικό πλεονέκτημα, ικανό να ευνοήσει τη δικαιούχο επιχείρηση έναντι των ανταγωνιστριών της.

iii) 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 σχετικού με την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών. Η τήρηση της προϋπόθεσης αυτής είναι απαραίτητη για να εξασφαλιστεί ότι δεν χορηγείται στη δικαιούχο επιχείρηση κανένα πλεονέκτημα που νοθεύει ή απειλεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό, με ενίσχυση της ανταγωνιστικής θέσης της.

iv) Όταν η επιλογή της επιχείρησης, στην οποία πρόκειται να ανατεθεί η εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας σε συγκεκριμένη περίπτωση δεν πραγματοποιείται στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημοσίας σύμβασης, παρέχοντας τη δυνατότητα επιλογής του υποψηφίου που είναι σε θέση να παράσχει τις σχετικές υπηρεσίες με το μικρότερο για το κοινωνικό σύνολο κόστος, το επίπεδο της απαραίτητης αντιστάθμισης πρέπει να καθορίζεται βάσει ανάλυσης των δαπανών. Πρόκειται για τις δαπάνες, στις οποίες θα προέβαινε μια μέση επιχείρηση, με χρηστή διαχείριση και κατάλληλα εξοπλισμένη με μεταφορικά μέσα προς ικανοποίηση των απαιτήσεων σχετικά με την παροχή δημόσιας υπηρεσίας, προκειμένου να εκπληρώσει τις ως άνω υποχρεώσεις, λαμβάνοντας υπόψη τα σχετικά έσοδα και ένα εύλογο κέρδος από την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών.

Σε αρκετές περιπτώσεις το αντικείμενο της σύμβασης in-house συνιστά ΥΓΟΣ όπως οι δημόσιες μεταφορές και η διανομή ύδατος και ηλεκτρισμού⁶⁹. Η απόφαση *Altmark* αφορούσε την απευθείας ανάθεση σύμβασης για την προμήθεια υπηρεσιών μεταφοράς μέσω

⁶⁹ Βλ. σχετικά, Θ. Γαλάνη, Η τήρηση των κανόνων για τις δημόσιες συμβάσεις ως μέσο διασφάλισης της απουσίας κρατικών ενισχύσεων, ΘΠΔΔ 11/2015, σελ. 1002 επ..

λεωφορείων και συνδεδεμένες υποχρεώσεις παροχής κοινής ωφέλειας (ΥΚΩ)⁷⁰. Αν και δεν διατυπώνεται ξεκάθαρα στην απόφαση, η οποία δεν κάνει μνεία στις ΥΓΟΣ⁷¹, η σχέση μεταξύ ΥΓΟΣ και ΥΚΩ ακολουθεί την λεκτική διατύπωση του άρθρου 106 παρ. 2 της ΣΛΕΕ⁷².

⁷⁰ ΔΕΚ, C-280/00, Altmark, 24.07.2003, Συλλ. I-7747, σκ. 77-81. Βλ. αντί πολλών, Δ. Ράικο, Αναστολή εκτέλεσης πράξεων παράνομων κρατικών ενισχύσεων, ΘΠΔΔ τεύχος 2/2014, Φεβρουάριος, σελ. 118 επ., όπου διαλαμβάνεται, ότι « Στον βαθμό που μια κρατική παρέμβαση πρέπει να θεωρηθεί ως αντιστάθμιση αποτελούσα την αντιπαροχή έναντι παρεχομένων εκ μέρους των δικαιούχων επιχειρήσεων υπηρεσιών προς εκπλήρωση υποχρεώσεων δημόσιας υπηρεσίας, έτσι ώστε οι επιχειρήσεις αυτές να μην επωφελούνται στην πραγματικότητα από ένα οικονομικό πλεονέκτημα, με αποτέλεσμα να μην περιέρχονται λόγω της ως άνω παρεμβάσεως οι επιχειρήσεις αυτές σε ευνοϊκότερη θέση ως προς τον ανταγωνισμό σε σχέση με τις επιχειρήσεις που τις ανταγωνίζονται, η παρέμβαση αυτή δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 92, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Εντούτοις, για να μην πρέπει να χαρακτηριστεί ως κρατική ενίσχυση μια τέτοια αντιστάθμιση σε συγκεκριμένη περίπτωση, πρέπει να πληρούνται ορισμένες προϋποθέσεις. Πρώτον, η δικαιούχος επιχείρηση πρέπει να είναι πράγματι επιφορτισμένη με την εκπλήρωση υποχρεώσεως παροχής δημόσιας υπηρεσίας, ενώ η υποχρέωση αυτή πρέπει να είναι σαφώς καθορισμένη. Δεύτερον, οι βασικές παράμετροι βάσει των οποίων υπολογίζεται η αντιστάθμιση πρέπει να έχουν προσδιοριστεί προηγουμένως αντικειμενικά και με διαφάνεια, με σκοπό να αποφευχθεί το ενδεχόμενο να περιλαμβάνει η αντιστάθμιση αυτή ένα οικονομικό πλεονέκτημα ικανό να ευνοήσει τη δικαιούχο επιχείρηση έναντι των ανταγωνιστριών της. Έτσι, η εκ μέρους κράτους μέλους αντιστάθμιση των ζημιών επιχειρήσεως χωρίς προηγούμενο καθορισμό των παραμέτρων μιας τέτοιας αντισταθμίσεως, όταν αποδεικνύεται εκ των υστέρων ότι η εκμετάλλευση της παροχής ορισμένων υπηρεσιών στο πλαίσιο της υποχρεωτικής παροχής δημόσιας υπηρεσίας δεν ήταν οικονομικώς βιώσιμη, συνιστά χρηματοδοτική παρέμβαση που καλύπτεται από την έννοια της ενισχύσεως. Τρίτον, η αντιστάθμιση δεν μπορεί να υπερβαίνει το μέτρο του αναγκαίου για την κάλυψη του συνόλου ή μέρους των δαπανών που πραγματοποιούνται για την εκπλήρωση υποχρεώσεως παροχής δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εσόδων και ενός ευλόγου κέρδους για την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών. Η τήρηση της προϋποθέσεως αυτής είναι απαραίτητη για να εξασφαλιστεί ότι δεν χορηγείται στη δικαιούχο επιχείρηση κανένα πλεονέκτημα που νοθεύει ή απειλεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό, με ενίσχυση της ανταγωνιστικής θέσεως της επιχειρήσεως αυτής. Τέταρτον, όταν η επιλογή της επιχειρήσεως στην οποία πρόκειται να ανατεθεί η εκπλήρωση υποχρεώσεως παροχής δημόσιας υπηρεσίας σε συγκεκριμένη περίπτωση δεν πραγματοποιείται στο πλαίσιο διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, παρέχουσας τη δυνατότητα επιλογής του υποψηφίου που είναι σε θέση να παράσχει τις σχετικές υπηρεσίες με το μικρότερο, για το κοινωνικό σύνολο κόστος, το επίπεδο της απαραίτητης αντισταθμίσεως πρέπει να καθορίζεται βάσει αναλύσεως των δαπανών στις οποίες θα προέβαινε μια μέση επιχείρηση, με χρηστή διαχείριση και κατάλληλα εξοπλισμένη με μεταφορικά μέσα προς ικανοποίηση των απαιτήσεων σχετικά με την παροχή δημόσιας υπηρεσίας προκειμένου να εκπληρώσει τις ως άνω υποχρεώσεις, λαμβάνοντας υπόψη τα σχετικά έσοδα και ένα εύλογο κέρδος από την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών. Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι, καθόσον δημόσιες επιδοτήσεις υπέρ επιχειρήσεων που έχουν ρητά επιφορτιστεί με την εκπλήρωση υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας, χορηγούμενες προς αντιστάθμιση των δαπανών που προκαλούνται από την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αυτών, οι επιδοτήσεις αυτές δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 107 ΣυνθΛΕΕ. Αντιστρόφως, η κρατική παρέμβαση που δεν πληροί μία ή περισσότερες από τις ανωτέρω προϋποθέσεις πρέπει να θεωρείται κρατική ενίσχυση υπό την έννοια της διατάξεως αυτής» πρβλ. ΔΕΚ της 24.7.2003, υπόθεση C-280/00, Altmark Trans, σκ.87 επ.. Για το ζήτημα των αντισταθμιστικών παροχών ΥΓΟΣ βλ. και ΔΕΚ της 27-11-2003, υποθέσεις C-34/01 έως C-38/01, Enirisorse, Συλλογή I-14243, Λ.Κ. Μπάλτα, Κρατικές ενισχύσεις και αντισταθμιστικές παροχές υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος: ένας συσχετισμός σε διαρκή εξέλιξη, ΘΠΔΔ 2006, σελ.775 επ., Ε. Μουαμελετζή, Η αντιστάθμιση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας αποτελεί κρατική ενίσχυση; (με αφορμή την απόφαση Altmark του ΔΕΚ της 24.7.2003), ΔηΣΚΕ 2004, σελ.42 επ., Χ. Συνοδινό, Αποτελεσματική προστασία στις συμβάσεις του δημοσίου, μέσω των κοινοτικών διατάξεων ανταγωνισμού, ΔΕΕ 1998, σελ. 796 επ. (807 επ.), Α. Ηλιάδου, Η διεύθυνση του δημοσίου δικαίου στη ρύθμιση αγορών δικτύου, 2010, σελ. 82.

⁷¹ Βλ. ΔΕΚ της 24.7.2003, υπόθεση C-280/00, Altmark Trans, σκ.74-93.

⁷² «Οι επιχειρήσεις που είναι επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος [...] θα υπόκεινται στους κανόνες περί ανταγωνισμού, στο βαθμό που η εφαρμογή των εν

Τα ειδικότερα αντικείμενα συμβάσεων που ανατίθενται σε οντότητες in-house είναι συνήθως ΥΚΩ. Το κομβικό ερώτημα στην νομολογία Altmark ήταν το εάν το τίμημα που πληρώθηκε ως αντιστάθμισμα για την πρόβλεψη των ΥΚΩ εμπεριείχε κρατική ενίσχυση. Το ΔΕΚ απεφάνθη ότι η αντιστάθμιση υποχρεώσεων παροχής δημόσιας υπηρεσίας δεν συνιστά κρατική ενίσχυση δυνάμει του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ, εφόσον πληρούνται σωρευτικά τέσσερα κριτήρια⁷³: α) η δικαιούχος επιχείρηση πρέπει να είναι επιφορτισμένη με την εκπλήρωση υποχρεώσεως παροχής δημόσιας υπηρεσίας, η οποία πρέπει να είναι σαφώς καθορισμένη· β) οι βασικές παράμετροι, βάσει των οποίων υπολογίζεται η αντιστάθμιση πρέπει να έχουν προσδιορισθεί προηγουμένως αντικειμενικά και με διαφάνεια· γ) η αντιστάθμιση δεν μπορεί να υπερβαίνει το μέτρο του αναγκαίου για την κάλυψη του συνόλου ή μέρους των δαπανών που πραγματοποιούνται για την εκπλήρωση υποχρεώσεως παροχής δημόσιας υπηρεσίας, λαμβανομένων υπόψη των σχετικών εσόδων και ενός ευλόγου κέρδους και δ) εφόσον η επιλογή της επιχείρησης, στην οποία ανατίθεται η εκτέλεση υποχρέωσης δημόσιας υπηρεσίας σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, δεν πραγματοποιείται με διαδικασία διαγωνισμού που επιτρέπει να επιλεγεί υποψήφιος ικανός να παρέχει τις υπηρεσίες αυτές με το μικρότερο κόστος για το κοινωνικό σύνολο, το ύψος της αναγκαίας αντιστάθμισης πρέπει να καθορίζεται με βάση την ανάλυση των εξόδων που θα είχε για την εκτέλεση των υποχρεώσεων αυτών μια μέση επιχείρηση με χρηστή διαχείριση και κατάλληλο εξοπλισμό⁷⁴.

Σε αυτό το σημείο ακριβώς υπεισέρχεται η προβληματική των συμβάσεων in-house, όπου δεν λαμβάνει χώρα διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπώς σε περιπτώσεις in-house συμβάσεων όπου η σχετική δραστηριότητα είναι ΥΓΟΣ τα πορίσματα της νομολογίας Altmark πρέπει να ακολουθούνται ώστε να διασφαλιστεί, ότι δεν θα χορηγηθεί απαγορευμένη κρατική ενίσχυση. Η ευελιξία στις προϋποθέσεις της νομολογίας Altmark, συγκρινόμενη με την εφαρμογή των άρθρων 107 και 108 ΣΛΕΕ, είναι αυτή που φέρνει την αποζημίωση και την αντιστάθμιση, έξω από το ρυθμιστικό πεδίο

λόγω κανόνων δεν εμποδίζει, εμπράκτως ή νομικώς, την εκτέλεση της συγκεκριμένης αποστολής που τους έχει ανατεθεί».

⁷³ ΔΕΚ, C-280/00 Altmark, 24.07.2003, Συλλ. I-7747, σκ. 77-81.

⁷⁴ Να σημειωθεί ότι η αντιστάθμιση για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του κανονισμού για τις ενισχύσεις ήσσονος σημασίας στις ΥΓΟΣ (Κανονισμός 360/2012 της Επιτροπής της 25ης Απριλίου 2012 σχετικά με την εφαρμογή των άρθρων 107 και 108 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις ενισχύσεις ήσσονος σημασίας οι οποίες χορηγούνται σε επιχειρήσεις που παρέχουν υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος, ΕΕ L 114/8) θεωρείται ότι δεν συνιστά κρατική ενίσχυση. Σύμφωνα με τον κανονισμό, η αντιστάθμιση για την παροχή μιας ΥΓΟΣ με ποσό που δεν υπερβαίνει τα 500.000 ευρώ κατά τη διάρκεια οποιασδήποτε περιόδου τριών οικονομικών ετών δεν υπόκειται στον έλεγχο κρατικών ενισχύσεων.

αυτών των ρυθμίσεων, υπονοώντας ότι Ευρωπαϊκή Επιτροπή⁷⁵ δεν χρειάζεται να ενημερωθεί προκαταβολικά με την προβλεπόμενη κοινοποίηση.

β) Περιπτώσιολογία όταν το αντικείμενο δεν συνιστά ΥΓΟΣ.

Σε πολλές περιπτώσεις η παρεχόμενη υπηρεσία in-house δεν θα είναι ΥΓΟΣ, όπως π.χ. υπηρεσίες καθαριότητας, εστίασης κλπ. Σε αυτές τις περιπτώσεις το γενικό κριτήριο που χρησιμοποιείται από το δίκαιο των Κρατικών Ενισχύσεων προς επιμέτρηση της συμμετοχής των κρατών είναι, η αρχή του ιδιώτη επενδυτή⁷⁶ σε οικονομία αγοράς⁷⁷.

Η ως άνω αρχή απαιτεί η συναλλαγή που διενεργείται από το κράτος να προσομοιάζει με την συναλλαγή που ένας υποθετικός ιδιώτης επενδυτής του ίδιου μεγέθους και της ίδιας οικονομικής ισχύος θα είχε διενεργήσει με τους ίδιους όρους. Σε αυτή την περίπτωση οι όροι της αγοράς θα επικρατήσουν, κανένα πλεονέκτημα δεν θα αποδοθεί κατά το άρθρο 107 ΣΛΕΕ και άρα δεν θα χορηγηθεί απαγορευμένη

⁷⁵ Βλ. σχετικά Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 360/2012 της Επιτροπής της 25ης Απριλίου 2012 σχετικά με την εφαρμογή των άρθρων 107 και 108 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις ενισχύσεις ήσσονος σημασίας οι οποίες χορηγούνται σε επιχειρήσεις που παρέχουν υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος [2012] OJ L1 14/8, και απόφαση της Επιτροπής της 20ής Δεκεμβρίου 2011 για την εφαρμογή του άρθρου 106 παράγραφος 2 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις κρατικές ενισχύσεις υπό μορφή αντιστάθμισης για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας που χορηγούνται σε ορισμένες επιχειρήσεις επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος [κοινοποιηθείσα υπό τον αριθμό E (2011) 9380], [2012] OJ L7/3, οι οποίες εξαιρούν κάτω από συγκεκριμένους όρους εξαιρεί την αντιστάθμιση ΥΚΩ που δεν ανταποκρίνεται στα κριτήρια της νομολογίας *Altmark* από την υποχρέωση να κοινοποιηθεί στην Επιτροπή σύμφωνα με το άρθρο 108(3) ΣΛΕΕ.

⁷⁶ Πράγματι, το κριτήριο αυτό, όταν είναι εφαρμοστέο, περιλαμβάνεται στα στοιχεία τα οποία η Επιτροπή υποχρεούται να λάβει υπόψη της προκειμένου να διαπιστώσει την ύπαρξη τέτοιας ενίσχυσης, βλ., υπό την έννοια αυτή, ΔΕΚ αποφάσεις της 29ης Απριλίου 1999, C-342/96, Ισπανία κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. I-2459, σκέψη 46, και της 29ης Ιουνίου 1999, C256/97, DM Transport, Συλλογή 1999, σ. I-3913, σκέψη 24.

⁷⁷ Βλ. N. Tosics and N. Gaal, (2007) 3, "Public procurement and State aid control — the issue of economic advantage". Competition Policy Newsletter, 16, Nicolaidis and I. E. Rusu, "Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does it Not Eliminate Advantage?" (2012) 1 *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 10-11., Hans W. FRIEDERISZICK and Michael TRÖGE, Applying the Market Economy Investor Principle to State Owned Companies—Lessons Learned from the German Landesbanken Cases, Competition Policy Newsletter Number 1 — Spring 2006, 105.

κρατική ενίσχυση⁷⁸. Το κριτήριο θα μπορούσε επίσης να χρησιμοποιηθεί όταν το κράτος δρα ως αγοραστής ή ως πωλητής.⁷⁹

Η μετέπειτα κατάσταση εμφανίζεται στις in-house συμβάσεις, και εκεί το σχετικό κριτήριο θα υποβάλλει τις αναθέτουσες αρχές στην διαδικασία να συγκρίνουν τις αγορές τους με έναν υποθετικό παίχτη της αγοράς με το βλέμμα τόσο στην αναγκαιότητα της εν λόγω αγοράς,⁸⁰ όσο και στην πιθανό τίμημα αυτής. Το κριτήριο θα μπορούσε συνεπώς να χρησιμοποιηθεί προκειμένου να εκτιμηθούν οι όροι και το τίμημα της συναλλαγής μεταξύ της οντότητας in-house και της ελέγχουσας οντότητας. Ένα παράδειγμα του πως η Επιτροπή εκτιμά την πιθανή παρουσία κρατικής ενίσχυσης σε in-house συναλλαγές, όπου η παρεχόμενη υπηρεσία δεν είναι ΥΓΟΣ, είναι η απόφαση *Clusterfonds Seed*⁸¹. Σε αυτή την απόφαση το αντικείμενο της διαχείρισης ενός ταμείου που θα διαχειριζόταν ένα σχήμα διαχείρισης επισφαλών κεφαλαίων είχε ανατεθεί από μια κρατική τράπεζα σε μία θυγατρική της επί της οποίας διέθετε πλήρη ιδιοκτησία. Μία πτυχή της υπόθεσης αφορούσε το εάν αυτή η σύμβαση in-house εμπεριείχε στοιχεία κρατικής ενίσχυσης. Η Επιτροπή εφαρμόζοντας το κριτήριο του ιδιώτη επενδυτή αποδέχτηκε την επιχειρηματολογία της Γερμανίας, ότι η αποζημίωση για τις δραστηριότητες διοίκησης και διαχείρισης βρίσκονταν στα τρέχοντα επίπεδα της αγοράς. Η Επιτροπή επίσης έδωσε έμφαση στο γεγονός ότι το Ταμείο απαγορευόταν να διαχύσει τις δραστηριότητες τους σε άλλους τομείς από ταυτόν του καθεστώτος κεφαλαίου επιχειρηματικού κινδύνου, και ότι ο διαχωρισμός των λογαριασμών⁸² μεταξύ της διοίκησης του ταμείου και των άλλων δραστηριοτήτων της in-house οντότητας προβλεπόταν από τις Γερμανικές Αρχές. Ο όρος που περιορίζει την διαφοροποίηση σε άλλες δραστηριότητες υπήρξε επίσης

⁷⁸ Άρθρο 107 σκέψη 1 ΣυνθΛΕΕ : «1. Ενισχύσεις που χορηγούνται υπό οποιαδήποτε μορφή από τα κράτη ή με κρατικούς πόρους και που νοθεύουν ή απειλούν να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό διά της ενοίκης μεταχειρίσεως ορισμένων επιχειρήσεων ή ορισμένων κλάδων παραγωγής είναι ασυμβίβαστες με την εσωτερική αγορά, κατά το μέτρο που επηρεάζουν τις μεταξύ κρατών μελών συναλλαγές, εκτός αν οι Συνθήκες ορίζουν άλλως».

⁷⁹ Βλ. Bartosch, "The relationship between public procurement and State aid surveillance - the toughest standard applies?" [2002] 3 C.M.L.R. 556., *BAI-judgments, Bretagne Angleteire hiande (BAI) v Commission of the European Communities* (T-14/96) [1999] ΣΥΛΛ. II-139; [1999] 3 C.M.L.R. 245 *P & O European Ferries (Vizcaya), SA and Diputacion Foralde Vizcaya v Commission of the European Communities* (T-116&118/01) [2003] ΣΥΛΛ. II-2957 [2003] 3 C.M.L.R. 14" as upheld by *P & O European Ferries (Vizcaya) SA and Diputacion Foral de Vizcaya v Commission of the European Communities* (C-442&471/03P) [2006] ΣΥΛΛ. I -4845.

⁸⁰ Βλ. *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) v Commission of the European Communities* (T-14/96) [1999] E.C.R. 11-139 at [79]. *P & O European Ferries, SA and Diputacion Foral de Vizcaya v Commission of the European Communities* (T-116& 118/01) [2003] E.C.R. 11-2957 at [123].

⁸¹ Βλ. N406/2009, Germany: *Risk Capital Scheme 'Clusterfonds Seed GmbH & Co. KG'*.

⁸² Διαζευκτικά χρησιμοποιείται και η ορολογία λογιστικός διαχωρισμός.

κομβικής σημασίας για την διαμόρφωση της νομολογίας in-house και θα μπορούσε να θεωρηθεί ως αντίβαρο της νόθευσης του ανταγωνισμού στις σχετικές αγορές⁸³. Ο όρος του διαχωρισμού των λογαριασμών συνιστά ένα ανάχωμα απέναντι στις σταυροειδείς επιδοτήσεις όπως θα αναλυθεί εν συνεχεία.

γ) Διαχωρισμός των λογαριασμών και κατανομή κόστους.

Καθώς οι οικονομικές σχέσεις του κράτους με τις δημόσιες επιχειρήσεις είναι αδιαμφισβήτητα πολύπλοκες και μπορούν να επηρεάσουν δυσμενώς την αποτελεσματικότητα της εφαρμογής των διατάξεων περί ανταγωνισμού της Συνθήκης, η Επιτροπή αποσκοπώντας στην εξασφάλιση της μέγιστης δυνατής διαφάνειας επί των σχέσεων αυτών υιοθέτησε την Οδηγία 80/723/ΕΟΚ⁸⁴ "περί της διαφάνειας των οικονομικών σχέσεων μεταξύ των κρατών-μελών και των δημοσίων επιχειρήσεων και για την οικονομική διαφάνεια εντός ορισμένων επιχειρήσεων" η οποία επέβαλε στα κράτη μέλη να παρέχουν λεπτομερείς πληροφορίες στην Επιτροπή σχετικά με την εσωτερική χρηματοοικονομική και οργανωτική διάρθρωση των δημοσίων επιχειρήσεων.

Ειδικότερα, σύμφωνα με την Οδηγία, επιχειρήσεις που απολαμβάνουν αποκλειστικών ή ειδικών δικαιωμάτων ή είναι επιφορτισμένες με την διαχείριση ΥΓΟΣ και λαμβάνουν αντισταθμιστικές παροχές υπό την μορφή κρατικών ενισχύσεων ενώ ταυτόχρονα δραστηριοποιούνται και σε τομείς εμπορικού ενδιαφέροντος είναι υποχρεωμένες να τηρούν χωριστούς και αναλυτικούς λογαριασμούς⁸⁵ για τις διάφορες δραστηριότητες που ασκούν. Κύριοι στόχοι της Οδηγίας περί διαφάνειας είναι η σαφήνεια του προορισμού των δημοσίων πόρων, η παρακολούθηση του τρόπου χρησιμοποίησης των πόρων αυτών και η αποφυγή κάθε υπερβάλλοντος αντισταθμίσιματος και της συνακόλουθης νόθευσης του ανταγωνισμού. Όπως θα εκτεθεί και παρακάτω, η Οδηγία 80/723 τροποποιήθηκε στις 28.11.2005 με την

⁸³ Βλ. σχετικά, υπόθεση C-196/08 Acoset SpA κατά Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa κ.λπ. (C-196/08) ΣΥΛΛ. I -9913 at [62] και Parking Brixen ο.π.

⁸⁴ ΕΕ 1980 L 195/35.

⁸⁵ Όπως αναφέρεται και την αιτιολογική σκέψη υπ' αρ. 15 της κωδικοποιητικής Οδηγίας 2006/111 ΕΚ "στους λογαριασμούς πρέπει να γίνεται διάκριση μεταξύ των διαφόρων δραστηριοτήτων, να προκύπτουν οι δαπάνες και τα έσοδα κάθε δραστηριότητας, οι μέθοδοι καταλογισμού και κατανομής των δαπανών και των εσόδων. Οι χωριστοί λογαριασμοί πρέπει να καταρτίζονται, αφενός, για τα προϊόντα και τις υπηρεσίες για τα οποία το κράτος μέλος έχει χορηγήσει ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα ή έχει αναθέσει στην επιχείρηση τη διαχείριση υπηρεσίας γενικού οικονομικού συμφέροντος, καθώς και, αφετέρου, για κάθε άλλο προϊόν ή υπηρεσία στα οποία δραστηριοποιείται η επιχείρηση".

Οδηγία 2005/81/EK⁸⁶ η οποία επέκτεινε την υποχρέωση τήρησης χωριστών λογαριασμών σε όλες τις επιχειρήσεις που είναι επιφορτισμένες με την διαχείριση ΥΓΟΣ, ανεξαρτήτως από τον χαρακτήρα των αντισταθμίσεων που τους παρέχονται ως κρατικών ενισχύσεων ή μη.

Ο διαχωρισμός των λογαριασμών μπορεί να χρησιμοποιηθεί για να αποτρέψει την σταυροειδή επιδότηση.⁸⁷

Απαιτώντας από την in-house οντότητα να διαχωρίσει τους λογαριασμούς, η αναθέτουσα αρχή αφενός διασφαλίζει την διαφάνεια ως προς το κόστος της παροχής in-house υπηρεσιών και ανταγωνιστικών δραστηριοτήτων και αφετέρου, ότι οι πόροι δεν μεταφέρονται από την μια δραστηριότητα στην άλλη⁸⁸. Ωστόσο για να επιτευχθεί αυτός ο σκοπός, πρέπει να καθοριστεί πως θα κατανεμηθούν οι δαπάνες και ποιοι μέθοδοι κατανομής κόστους θα χρησιμοποιηθούν.

Πράγματι υπάρχουν αρκετά όπλα στην φαρέτρα προκειμένου να αποφευχθεί και να αποτραπεί η χορήγηση κρατικής ενίσχυσης και έτσι να νοθευτεί ο ανταγωνισμός στις in-house οντότητες. Ωστόσο δεν υπάρχει σαφής πρόβλεψη στο άρθρο 12 της νέας οδηγίας που να απαγορεύει την χορήγηση κρατικής ενίσχυσης. Προφανώς ο πιο ενδεδειγμένος τρόπος ώστε να διασφαλιστεί ο υγιής ανταγωνισμός είναι ο σεβασμός των διαγωνιστικών διαδικασιών οι οποίες θα απέτρεπαν την χορήγηση επιλεκτικών πλεονεκτημάτων. Όπως ήδη προαναφέρθηκε αυτό είναι το βέλτιστο εργαλείο έτσι ώστε να εκμηδενιστεί κάθε αντιανταγωνιστικό πλεονέκτημα από την συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου σε in-house οντότητες μικτού κεφαλαίου. Εντούτοις σε in-house καταστάσεις χωρίς ιδιωτική συμμετοχή είναι ακριβώς η απουσία του ανταγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης που δύναται να δημιουργήσει ευκαιρίες για την νόθευση του ανταγωνισμού από τις in-house οντότητες⁸⁹. Αυτή η ενότητα θα ασχοληθεί με μεθόδους που μπορούν να μετέλθουν οι αναθέτουσες αρχές προκειμένου να αποφευχθεί η νόθευση του ανταγωνισμού μέσω της χορήγησης απαγορευμένης κρατικής ενίσχυσης όταν δεν έχει ακολουθηθεί διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση της σύμβασης.

⁸⁶ EE 2005 L 312/47. Την 17.11.2006, οι παραπάνω Οδηγίες κωδικοποιήθηκαν με την Οδηγία 2006/11/EK, EE I.

⁸⁷ Βλ. M. Fehling, "Problems of cross-subsidization" in M. Krajewski, U. Neergaard, J. van de Gronden, *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe - Between Competition and Solidarity*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 135.

⁸⁸ Βλ. G. Eckert, *Contrats entre personnes publiques et droit de la concurrence*, AJDA 2013, p. 849.

⁸⁹ Βλ. G. Eckert, 'La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes', in *Mélanges en l'honneur du professeur Richer*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 617-632.

δ) Οι μέθοδοι κατανομής κόστους.

Η συγκεκριμένη επιλογή της κατανομής κόστους για την αποτροπή των σταυροειδών επιδοτήσεων έχει αναπτυχθεί στην διεθνή βιβλιογραφία εκτενώς⁹⁰. Στο πλαίσιο της θεματικής των οντοτήτων in-house που δρουν σε ανταγωνιστικές αγορές και με την προσοχή επικεντρωμένη στην αποτροπή της χορήγησης απαγορευμένων κρατικών ενισχύσεων, η επιλογή της μεθόδου της κατανομής κόστους είναι κρίσιμη καθώς αποτυπώνει την τιμολογιακή πολιτική των ως άνω οντοτήτων στις ανταγωνιστικές αγορές⁹¹. Ακόμα και αν οι συνθήκες της νομολογίας *Altmark* και το κριτήριο του ιδιώτη επενδυτή διασφαλίζουν ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αποζημιώνει υπερβολικά τον αντισυμβαλλόμενο πάροχο της παροχής in-house, ωστόσο απαιτείται περαιτέρω αξιολόγηση του εύρους της αποζημίωσης. Θα συνιστούσε υπεραντιστάθμιση, εάν η αποζημίωση για τις in-house δραστηριότητες προορίζονταν να καλύψει όλα τα συνήθη κόστη, έτσι ώστε οι δραστηριότητες της αγοράς του παρόχου των in-house υπηρεσιών θα έπρεπε να συνεισφέρει ώστε να καλύπτει τα κόστη τα οποία είναι κοινά τόσο για τις in-house παροχές⁹² όσο και για τις παροχές σε συνθήκες αγοράς. Τα κοινά κόστη θα μπορούσαν να περιλαμβάνουν το διοικητικό κόστος, το κόστος της διατήρησης εξοπλισμού και αυτό του ίδιου του εξοπλισμού.

Θα μπορούσε να διατυπωθεί το επιχείρημα ότι το κριτήριο του ιδιώτη επενδυτή απαιτεί από τις αναθέτουσες αρχές να αναλάβουν εκείνο το μέρος τους κόστους που θα έπρεπε να διατεθεί για τις ανταγωνιστικές δραστηριότητες, αφού ένας υποθετικός ιδιώτης ανάδοχος δεν θα αποδεχόταν να καλύψει όλες τις κοινές δαπάνες των δραστηριοτήτων in-house. Αυτή η απαίτηση διευκολύνεται από την εύκολη πρόσβαση στις οικονομικές πληροφορίες από την in-house οντότητα η οποία ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο αυτό που απομένει είναι η κατανομή κόστους ανάμεσα στην πρόβλεψη των ΥΓΟΣ και τις ανταγωνιστικές δραστηριότητες. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ανέδειξε το εν λόγω θέμα στην απόφαση *Altmark*⁹³, η οποία αφορούσε την εφαρμογή των

⁹⁰ Βλ. G. B. Abbamonte, "Cross-subsidization and Community Competition Rules: Efficient Pricing versus Equity", (1998) 23 (5) E.L.R. 4148, 33. Από την ελληνική βιβλιογραφία, βλ. Γ. Δελλή, Κοινή ωφέλεια και αγορά, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2008.

⁹¹ Βλ. ο.π. M. Fehling, "Problems of cross-subsidisation" in Krajewski, Neergaard, van de Gronden, *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe - Between Competition and Solidarity*, (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009), p. 131.

⁹² Βλ. S. Nicinski, Prestations intégrées : le «in house», Groupe Moniteur, avr. 2013 II. 610.1, p. 7.

⁹³ Βλ. απόφαση της Επιτροπής, της 20ής Δεκεμβρίου 2011 για την εφαρμογή του άρθρου 106 παράγραφος 2 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις κρατικές ενισχύσεις υπό μορφή αντιστάθμισης για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας που χορηγούνται σε ορισμένες επιχειρήσεις

προϋποθέσεων της απόφασης *Altmark* κάτω από συγκριμένες περιστάσεις και για συγκεκριμένες υπηρεσίες, και το πλαίσιο της νομολογίας *Altmark*⁹⁴, το οποίο αφορά την συμβατότητα της αντιστάθμισης για τις ΥΓΟΣ σε όλες τις περιστάσεις. Αυτά τα μέτρα ειδικά αφορούν την περίπτωση κατά την οποία ένας πάροχος υπηρεσίας ΥΓΟΣ, δραστηριοποιείται επίσης σε ανταγωνιστικές αγορές και προβλέπει ότι οι δαπάνες που συνδέονται με όλες τις δραστηριότητες εκτός του σκοπού των ΥΓΟΣ πρέπει να περιλαμβάνουν όλες τις άμεσες δαπάνες και μια ανάλογη συνεισφορά στις συνήθεις δαπάνες⁹⁵. Με άλλα λόγια προκειμένου να διασφαλιστεί η απουσία της υπέρ-αντιστάθμισης και της απαγορευμένης κρατικής ενίσχυσης και σε σχέση με τις in-house δραστηριότητες και ο κίνδυνος της σταυροειδούς επιδότησης των ανταγωνιστικών δραστηριοτήτων⁹⁶ η τιμή στις ανταγωνιστικές αγορές πρέπει να καλύπτει ταυτόχρονα τόσο το άμεσα αποδοτέο κόστος των υπηρεσιών, και ένα ανάλογο μέρος των συνήθων δαπανών⁹⁷.

Συμπερασματικές σκέψεις.

Κλείνοντας την ως άνω ανάλυση καταλήγουμε αναπόδραστα, σε κάποιες πορισματικές σκέψεις. Αναλυτικότερα, όταν το θεσμικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων δεν εφαρμόζεται, εκ του γεγονότος ότι έχουμε σύναψη σύμβασης in-house, οι κανόνες περί κρατικών ενισχύσεων είναι πλήρως εφαρμόσιμοι. Προκειμένου η συνεργασία μεταξύ δημοσίων οντοτήτων, να αποτελέσει πραγματικά μια εναλλακτική στις συμβάσεις δημόσιας ανάθεσης, πρέπει σύμφωνα με την Γαλλική Αρχή Ανταγωνισμού, «να έχει προηγηθεί μια σύγκριση η οποία θα περιλαμβάνει τον απολογισμό των επιβαρύνσεων και των πλεονεκτημάτων των διαφορετικών τρόπων παρέμβασης έτσι ώστε η τελική επιλογή να βασίζεται πάνω σε αυτή τον απολογισμό»⁹⁸.

επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος [κοινοποιηθείσα υπό τον αριθμό E(2011) 9380] (2012/21/EE).

⁹⁴ Βλ. ανακοίνωση της Επιτροπής, Πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις κρατικές ενισχύσεις υπό μορφή αντιστάθμισης για την παροχή δημόσιας υπηρεσίας (2011), 2012/C 8/03.

⁹⁵ Βλ. *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (C-280/00), 2003, ΣΥΛΛ. I-7747, 2003, 3 C.M.L.R. 12, αρθρ.5(9), σκέψη 44 σε συνδυασμό με σκέψη 31.

⁹⁶ Βλ. L. Hancher, "Public Sector Aid" in L. Hancher, T Ottervanger and J.P. Slot (4th edn) *EU State Aids* (London: Sweet & Maxwell, 2012), p.286.

⁹⁷ Βλ. M. Fehling. "Problems of cross-subsidization" in Krajewski, Neergaard, van de Gronden, *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe - Between Competition and Solidarity*-. (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009), p. 135.

⁹⁸ Autorité de la Concurrence, 24 nov. 2011, Avis relatif à la création des SPL, n° 11-A-18, pt. 23.

Η κωδικοποίηση της ενωσιακής νομολογίας διαμέσου των διατάξεων των νέων οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, αναντίρρητα υπήρξε κομβικής σημασίας πρόκληση για την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και τα αποτελέσματα αντανακλούν την διάθεση των κρατών-μελών, για ευελιξία. Αντιθέτως οι στόχοι και τα ζητούμενα που διαχρονικά έχουν τεθεί από την ενωσιακή νομολογία, ήτοι η μη νόθευση του ανταγωνισμού ανάμεσα στις ιδιωτικού δικαίου οντότητες και στους in-house φορείς⁹⁹ εκ πρώτης όψεως δεν δείχνουν να διασφαλίζονται από την ανάλυση των νέων ενωσιακών οδηγιών. Συνεπώς εναπόκειται εν ολοκληρία στα κράτη μέλη να βρουν την χρυσή τομή ανάμεσα στην σύννομη σύναψη συμβάσεων in-house και στον σεβασμό του ενωσιακού δικαίου περί κρατικών ενισχύσεων. Η παρούσα μελέτη διέτρεξε και αποπειράθηκε να αναδείξει τρία εργαλεία τα οποία δύναται δραστικά να μειώσουν τον κίνδυνο χορήγησης απαγορευμένων κρατικών ενισχύσεων διαμέσου της σύναψης συμβάσεων in-house.

Εν πρώτοις, όταν τα ιδιωτικά κεφάλαια είναι απαραίτητα, η διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να λαμβάνει χώρα, όπως διαλαμβάνει η νομολογία *Acosef*, η οποία μέσω της τήρησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, θα εξαλείψει κάθε δυνητικό αντιανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον ιδιώτη συμμετέχοντα στην εταιρία μικτής οικονομίας. Δεύτερον, οι όροι των συμβάσεων in-house, θα πρέπει να συγκεράζονται αρμονικά με τους όρους της αγοράς, ανεξαρτήτως αν πρόκειται για ΥΓΟΣ, ή για μια κοινή οικονομική δραστηριότητα. Τρίτον, εάν οι in-house οντότητες δραστηριοποιούνται σε ανταγωνιστικές αγορές, θα πρέπει να υποχρεώνονται να τηρούν χωριστούς λογαριασμούς και να διενεργούν την κατάλληλη κατανομή κόστους, τόσο για τις in-house δραστηριότητες, όσο και για αυτές τις αγορές, έτσι ώστε να αυξηθεί η διαφάνεια και να αποφευχθεί το φαινόμενο των σταυροειδών επιδοτήσεων το οποίο νοθεύει τον ανταγωνισμό στις ανταγωνιστικές αγορές.

⁹⁹ Διαμέσου της χορήγησης απαγορευμένων κρατικών ενισχύσεων.

Η ΣΗΜΑΣΙΑ ΤΟΥ ΠΡΟΛΗΠΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ ΤΟΥ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟΥ ΣΥΝΕΔΡΙΟΥ ΚΑΙ ΟΙ ΕΠΙΠΤΩΣΕΙΣ ΚΑΤΑΡΓΗΣΗΣ ΤΟΥ

Άννα Λ. Ζουρνατζή, Δικηγόρος Παρ' Αρείω Πάγω, Μέλος ΕΕΔ

1. Εισαγωγικά

Το Ελεγκτικό Συνέδριο είναι ιστορικά το αρχαιότερο δικαστήριο και ο μακροβιότερος θεσμός του Ελληνικού κράτους. Ιδρύθηκε την περίοδο της Αντιβασιλείας του Όθωνα, επί πρωθυπουργίας του Σπυρίδωνα Τρικούπη, με το Διάταγμα της 27ης Σεπτεμβρίου-9ης Οκτωβρίου 1833 «Περί συστάσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου» (Φ.Ε.Κ. - 32).

Σταθμός στην ιστορική εξέλιξη του Ελεγκτικού Συνεδρίου υπήρξε ο νόμος ΑΥΟΖ'/1887, τον οποίο εισηγήθηκε στη Βουλή ο τότε Υπουργός Οικονομικών Χαρίλαος Τρικούπης με τον οποίο εισάγεται το σύστημα του Προληπτικού Ελέγχου των δημοσίων δαπανών και καθορίζεται ο τρόπος ασκήσεώς του. Το σύστημα του προληπτικού ελέγχου των δαπανών διατηρήθηκε έκτοτε και κατοχυρώθηκε με το άρθρο 98 του Συντάγματος του 1975. Ο προληπτικός έλεγχος των δαπανών του Κράτους αναστάλη με αντισυνταγματική διάταξη του νόμου 1489/1984 από το έτος 1985 και ενεργοποιήθηκε ξανά από 1.1.1990, που κατά κοινή ομολογία είχε δυσμενή για τα οικονομικά του κράτους αποτελέσματα.

Ειδικότερα, σημαντική καινοτομία κατά την αναθεώρηση του Σ/2001 είναι η θετικοποίηση σε συνταγματικό πεδίο, του προληπτικού ελέγχου νομιμότητας σχεδίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι Δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με αυτό (αρθρ.98 παρ. 1 εδαφ. β' Σ). Η εν λόγω αρμοδιότητα υπήρχε ήδη κατά το νόμο 2145/1999 και με την τελευταία αναθεώρηση αναγνωρίστηκε σε συνταγματικό επίπεδο, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να καταργηθεί πλέον από τον κοινό νομοθέτη.

Σύμφωνα με το άρθρ. 98Σ: «1.-Στην αρμοδιότητα του Ελεγκτικού Συνεδρίου ανήκουν ιδίως:

α) Ο έλεγχος των δαπανών του κράτους, καθώς και των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλων νομικών προσώπων που υπάγονται με ειδική διάταξη νόμου στο καθεστώς αυτό.

β) Ο έλεγχος συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας στις οποίες αντισυμβαλλόμενος είναι το δημόσιο ή άλλο νομικό πρόσωπο που εξομοιώνεται με το δημόσιο από την άποψη αυτή όπως νόμος ορίζει

γ) Ο έλεγχος των λογαριασμών των δημοσίων υπολόγων και των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλων νομικών προσώπων, που υπάγονται στο προβλεπόμενο από το εδάφιο α' έλεγχο.

δ) Η γνωμοδότηση για τα νομοσχέδια που αφορούν συντάξεις, η αναγνώριση υπηρεσίας για την παροχή δικαιώματος σύνταξης κατά το άρθρο 73 παράγραφος 2,¹ καθώς και για κάθε άλλο θέμα που ορίζει ο νόμος.

ε) Η σύνταξη και η υποβολή έκθεσης προς τη Βουλή για τον απολογισμό και ισολογισμό του Κράτους κατά το άρθρο 79 παράγραφος 7.²

στ) Η εκδίκαση διαφορών σχετικά με απονομή συντάξεων, καθώς και με τον έλεγχο των λογαριασμών του εδαφίου γ'.

ζ) Η εκδίκαση υποθέσεων που αναφέρονται στην ευθύνη των πολιτικών ή στρατιωτικών δημοσίων υπαλλήλων, καθώς και των υπαλλήλων των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου για κάθε ζημία που από δόλο ή αμέλεια προκλήθηκε στο κράτος, τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης ή σ' άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου.»

Η αδιατάραχτη αυτή λειτουργία, σε εξελεγκτική βάση, του Ελεγκτικού Συνεδρίου, οφείλεται στο γεγονός ότι συνάπτεται με αρμοδιότητες απαραίτητες για την ομαλή λειτουργία της διακυβέρνησης ενός Κράτους.³ Ο Αναστάσιος Γκόνης, Πρόεδρος του Ελεγκτικού Συνεδρίου τόνισε σε ομιλία του κατά εκδήλωση για τα 150 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ότι: ο έλεγχος των δημόσιων οικονομικών αποτελεί βασική αρχή της Δημοκρατίας, γιατί αποτελεί φραγμό στην κατάχρηση της εξουσίας, η οποία (εξουσία) έχει, κατά τον Αριστοτέλη, τη δύναμη να διαφθείρει τους ανθρώπους και ότι ο έλεγχος των δαπανών έχει αποτρεπτικό χαρακτήρα αλλά και παιδαγωγικό χαρακτήρα.

2. Περιεχόμενο και σημασία του προληπτικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Σήμερα στην ελληνική έννομη τάξη κατά την εκτέλεση (διαχείριση) του προϋπολογισμού των εξόδων του Δημοσίου, ΟΤΑ, ΝΠΔΔ και για τη διασφάλιση της χρηστής διαχείρισης του δημοσίου χρήματος διενεργούνται διάφοροι έλεγχοι παράλληλοι και διαδοχικοί. Ο προ της πληρωμής δαπανών του Προϋπολογισμού δηλ. προληπτικός έλεγχος ο οποίος διακρίνεται σε Διοικητικό έλεγχο, που είναι ενταγμένος στα πλαίσια της εκτελεστικής εξουσίας και υπόκειται στην

¹ Το άρθρ. 73 παρ.2 Σ ορίζει τα εξής: «Νομοσχέδια που αναφέρονται οπωσδήποτε στην απονομή σύνταξης και στις προϋποθέσεις της υποβάλλονται μόνο από τον Υπουργό Οικονομικών ύστερα από γνωμοδότηση του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Αν πρόκειται για συντάξεις που επιβαρύνουν τον προϋπολογισμό οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης ή άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου, υποβάλλονται από τον αρμόδιο Υπουργό Οικονομικών. Τα νομοσχέδια για συντάξεις πρέπει να είναι ειδικά. Δεν επιτρέπεται, με ποινή την ακυρότητα, να αναγράφονται διατάξεις για συντάξεις σε νόμους που αποσκοπούν στην ρύθμιση άλλων θεμάτων».

² Το άρθρ. 79 παρ.7 Σ ορίζει τα εξής: «Το αργότερο μέσα σε ένα έτος από τη λήξη του οικονομικού έτους κατατίθεται στη Βουλή ο απολογισμός, καθώς και ο γενικός ισολογισμός του Κράτους που συνοδεύονται υποχρεωτικά από την κατά το αρθρ. 98 παρ. 1 περίπτωση ε', έκθεση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, εξετάζονται από ειδική επιτροπή βουλευτών και κυρώνονται από την Ολομέλεια της Βουλής, σύμφωνα με όσα ορίζει ο Κανονισμός».

³ Ιστορική εξέλιξη του θεσμού των Ελεγκτικών Συνεδρίων Ελλάδος και Γαλλίας, Αθήνα 1993. Εισήγηση του Α. Γκόνη, Προέδρου του Ελεγκτικού Συνεδρίου με θέμα: Η ιστορία του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

δημοσιούπαλληλική ιεραρχία και σε Δικαστικό έλεγχο ενεργούμενο από το Ανώτατο Δημοσιονομικό Δικαστήριο, ήτοι το Ελεγκτικό Συνέδριο.

Ο προληπτικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου διενεργείται πρωτογενώς από τις Υπηρεσίες των Επιτρόπων, μετά την ανάληψη δαπάνης, πριν από την εκταμίευση του δημοσίου χρήματος και καταλήγει στη «θεώρηση» ή μη των σχετικών χρηματικών ενταλμάτων πληρωμής και δευτερογενώς από το Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου σε περίπτωση μη επίλυσης της διαφωνίας Διατάκτη και Επιτρόπου περί τη θεώρηση ή μη του χρηματικού εντάλματος.⁴

Ο προληπτικός έλεγχος συνίσταται στον έλεγχο κανονικότητας και στον έλεγχο νομιμότητας της δαπάνης. Κανονική είναι η δαπάνη όταν έχει αναληφθεί νόμιμα, επισυνάπτονται τα νόμιμα δικαιολογητικά και η σχετική απαίτηση δεν έχει υποπέσει σε παραγραφή. Νόμιμη είναι η δαπάνη όταν υπάρχει εγγεγραμμένη σχετική πίστωση στον προϋπολογισμό και προβλέπεται από ειδική διάταξη νόμου ή ανάγεται στην έννοια της λειτουργικής δαπάνης, ήτοι να προκύπτει ότι συμβάλλει στη λειτουργική δραστηριότητα της υπηρεσίας ή συντελεί άμεσα ή έμμεσα, στην αποτελεσματικότερη εκπλήρωση των σκοπών της και το ποσό της να μην υπερβαίνει μέτρο.⁵ Η έννοια της λειτουργικής δαπάνης έχει πλέον θετικοποιηθεί στο άρθρο 33 παρ. 2 του ν. 4129/2013 και απαριθμείται ενδεικτικώς.

Ο έλεγχος των δημοσίων δαπανών δεν εξαντλείται μόνο στον έλεγχο της νομιμότητας και κανονικότητας αλλά και στην τήρηση της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης όπως αυτή εξειδικεύεται από την αρχή της οικονομικότητας, αποδοτικότητας, αποτελεσματικότητας και επείκειας. Επιπροσθέτως, πρέπει να σημειωθεί ότι τα όργανα του Ελεγκτικού Συνεδρίου είναι εξοπλισμένα με τη δυνατότητα του παρεμπόπτοντος ελέγχου⁶, ως λογική ακολουθία του δημοσιονομικού (δικαστικού) ελέγχου. Σε κάθε περίπτωση όμως ο έλεγχος της σκοπιμότητας των διοικητικών πράξεων εκφεύγει της αρμοδιότητας του Ελεγκτικού Συνεδρίου⁷.

Ο προληπτικός έλεγχος είναι εξωτερικός δικαστικός έλεγχος νομιμότητας των δημοσίων δαπανών. Αποσκοπεί στην προστασία και εξασφάλιση του οικονομικού συμφέροντος του δημοσίου, διότι διενεργείται πριν τη θεώρηση του χρηματικού εντάλματος της οικείας δαπάνης δηλ. πριν την εκταμίευση του δημοσίου χρήματος. Ο έλεγχος αυτός διενεργείται για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και του δημοσίου χρήματος καθώς και για την εμπέδωση της εμπιστοσύνης των πολιτών προς τη διοίκηση που επιτυγχάνεται με την ενίσχυση της διαφάνειας των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων.⁸ Εξάλλου, η νομολογιακή κατασκευή της «συγγνωστής πλάνης»⁹, δηλ. της καλόπιστης πλάνης

⁴ Βλ. αρθρ. 32, παρ. 1 του Ν 4129/2013

⁵ Βλ. Πράξεις 55/2002, 3436/2003, 37/2005 | Τμ.,30/2005 IV Ελ. Συν.

⁶ Βλ. αρθρ. 17 παρ. 3 ΠΔ 774/1980 όπως αυτό διατηρήθηκε με το άρθρ. 28 παρ. 3 Ν 4129/2013.

⁷ Βλ. αρθρ. 17 παρ. 5 ΠΔ 774/1980 όπως αυτό διατηρήθηκε με το άρθρ. 28 παρ. 5 Ν 4129/2013.

⁸ Βλ. Κ. Βολτή, ο έλεγχος νομιμότητας συμβάσεων του Δημοσίου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σε «Διαφάνεια και ανεξαρτησία στον έλεγχο του δημοσίου του χρήματος», Τμητικός τόμος. «Για τα 170 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου», εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004, σελ. 15 και ιδίως σελ 37 επ.

⁹ Βλ. Πράξη 133/2014, 175/2014, 239/2014 Κλιμάκιο Ι' Τμ.,2402/2009 απόφαση VI τμήματος, Πρακτικά με αρ. 109/2005 και 115/1996 του IV Κλ.

κατά την οποία το χρηματικό ένταλμα θεωρείται, παρότι η δαπάνη κρίνεται μη νόμιμη και ορίζεται ρητώς η μη πραγματοποίηση όμοιων δαπανών για το μέλλον, θέτει πλαίσιο ορθής δημοσιονομικής διαχείρισης και αποτροπής συμπεριφορών διασπάθισης δημοσίου χρήματος. Συνεπώς, το Ελεγκτικό Συνέδριο πέρα από την ελεγκτική του δικαιοδοσία, πρωτίστως δια του προληπτικού του ελέγχου, έχει παιδαγωγικό και συμβουλευτικό χαρακτήρα, αφορούσε πλείστες περιπτώσεις λειτουργεί πολλαπλασιαστικά προλαμβάνοντας την πραγματοποίηση ανυπολόγιστων όμοιων δαπανών. Ο προληπτικός έλεγχος αποτελεί την αιχμή του δόρατος των ελεγκτικών αρμοδιοτήτων του Ελεγκτικού Συνεδρίου αποτελώντας κατ' ουσία ένα είδος κάθετου ελέγχου της δημοσιονομικής διοίκησης και ίσως αυτό πολλές φορές να μην είναι αρεστό.

3. Επιπτώσεις κατάργησης του προληπτικού ελέγχου.

Παρά ταύτα και παρά την δύσκολη δημοσιονομική συγκυρία της χώρας με τη διάταξη του αρθρ. 10 του Ν 4337/2015 «περί μέτρων εφαρμογής Μνημονίου 3» ορίστηκε η από 1.1.2017 κατάργηση του προληπτικού ελέγχου στις δαπάνες του Κράτους και από 1.1.2019 στις δαπάνες των ΟΤΑ και λοιπών νομικών προσώπων. Σύμφωνα με την Αιτιολογική Έκθεση ορίζεται ότι: «Η τροποποίηση αυτή εντάσσεται σε μια ευρύτερη στροφή παραδείγματος που συντελείται στο πεδίο του ελέγχου των δημοσίων δαπανών και στοχεύει στην απλοποίηση και ενίσχυση της αποτελεσματικότητάς του, με μετατόπιση της έμφασης στους κατασταλτικούς ελέγχους, προκειμένου αφενός να μην δημιουργούνται καθυστερήσεις και προσκόμματα στην εξόφληση των δημοσίων δαπανών και αφετέρου να ενισχύεται η διαφάνεια και η λογοδοσία των οργάνων που είναι επιφορτισμένα με τη διενέργεια των πληρωμών.» Η εν λόγω κατάργηση, η οποία αποτελεί τεκτονική επέμβαση στη δομή του δημοσιονομικού συστήματος, δεν συνοδεύεται από κάποια μελέτη μέσω της οποίας να τεκμηριώνεται η αποτελεσματικότητα του κατασταλτικού ελέγχου και η δυνατότητα του να διασφαλίζει την προστασία του δημοσίου συμφέροντος.

Η συλλήβδην κατάργηση του προληπτικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου με την ως άνω διάταξη νόμου αναμφιβόλως ενέχει ζητήματα συνταγματικότητας. Το Ανώτατο Δημοσιονομικό Δικαστήριο κατ' επανάληψη έχει ερμηνεύσει τη διάταξη του άρθρ. 98 παρ.1 εδαφ. α Σ, ορίζοντας ότι: «ο προληπτικός έλεγχος πρέπει να διενεργείται σε μεγάλο μέρος των δαπανών του Κράτους και ότι θα ήταν αντισυνταγματικός ο νόμος με τον οποίο θα περιορίζονταν στο έπακρο». Η διαφωνία αυτή αποτυπώθηκε στα Πρακτικά της 19ης Γενικής Συνέλευσης της Ολομελείας της 14ης Οκτωβρίου 2015, ως ακολούθως: «Είναι βεβαίως αληθές ότι οι συνταγματικές αρμοδιότητες του Δικαστηρίου «ρυθμίζονται και ασκούνται, όπως νόμος ορίζει», αυτό όμως δεν σημαίνει ότι ο κοινός νομοθέτης δικαιούται, χωρίς να παραβιάσει το Σύνταγμα, και υπό το πρόσχημα της ρυθμίσεως αυτών, να τις καταργεί. Υπό το πνεύμα αυτό, η Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου έχει δεχθεί στο παρελθόν ότι είναι συνταγματικώς ανεκτή η αύξηση του ορίου του ποσού για τα εντάλματα πληρωμής του Δημοσίου, στα οποία ασκείται προληπτικός έλεγχος. Ομως, τον Δεκέμβριο του 2014, απέκρουσε ως «αντίθετη προς τη διάταξη του άρθρου 98 του

Συντάγματος» την για τρίτη φορά και εντός διαστήματος μόλις έξι μηνών νέα αύξηση του ορίου. Κατά μείζονα λόγο, η προτεινόμενη κατάργηση του προληπτικού ελέγχου των δαπανών, τον οποίο διενεργεί το Δικαστήριο κατά το άρθρο 98 παρ. 1 εδάφ. α', αντιβαίνει στις ρητές διατάξεις του Συντάγματος και δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής από το Ελεγκτικό Συνέδριο.» Η αιφνίδια, ανεπίκαιρη, συλλήβδην κατάργηση του προληπτικού ελέγχου κάθε άλλο παρά τα επιδιωκόμενα, βάσει της αιτιολογικής έκθεσης αποτελέσματα μπορεί να επιφέρει. Με τις νέες νομοθετικές ρυθμίσεις ο έλεγχος των δαπανών του κράτους, των ΟΤΑ και των νομικών προσώπων θα διενεργείται μόνο κατασταλτικά, δηλ. μετά την πραγματοποίηση της δαπάνης, άρα μετά την εκταμίευση του δημοσίου χρήματος.

Ως γνωστόν, ο κατασταλτικός έλεγχος παρουσιάζει πολλά μειονεκτήματα, διότι είναι ένας έλεγχος ετεροχρονισμένος και ανεπίκαιρος. Δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις που ο α posteriori έλεγχος καθίσταται ανέφικτος, διότι τα στοιχεία είναι ανεπαρκή και τα αποδεικτικά μέσα πενιχρά και συνεπώς είναι ατελέσφορη η αναζήτησή του ελλείμματος. Σημειώνεται δε, ότι παρά τον καταλογισμό του υπολόγου (ο οποίος περνά και στους κληρονόμους), είναι λίγες οι περιπτώσεις που αναπληρώνεται το έλλειμμα δια της εκτέλεσης των δικαστικών αποφάσεων και το Δημόσιο σπανίως αναλαμβάνει τα οφειλόμενα λόγω της συνήθως κατ' αυτού αντιτασσόμενης ενστάσεως του Μένιππου «ουκ αν λάβοις παρά του μη έχοντος», ενώ και μόνο το γεγονός της εκ των υστέρων αναζήτησης των καταβληθέντων, από τους συναλλασσόμενους με το Δημόσιο ιδιώτες δημιουργεί ευλόγως κλίμα αναξιοπιστίας για το ίδιο το Κράτος.¹⁰

Προς επίρρωση των ανωτέρω η κοινή πείρα διδάσκει, ότι η πρόληψη είναι πιο αποτελεσματική από την καταστολή, αρκεί να ανατρέξουμε στην Ετήσια Έκθεση του Ελεγκτικού Συνεδρίου, στην οποία αποτυπώνεται η εικόνα της δημοσιονομικής διαχείρισης της χώρας και συνάγονται πολύτιμα συμπεράσματα. Ειδικότερα, επί των αποτελεσμάτων του προληπτικού ελέγχου των δαπανών των Δήμων για το έτος 2010 το ποσό των μη νόμιμων δαπανών ανέρχεται στα 47.278.579 ευρώ, για το έτος 2011 το ποσό των μη νόμιμων δαπανών ανέρχεται στα 43.478.906 ευρώ, για το έτος 2012 το ποσό των μη νόμιμων δαπανών ανέρχεται στα 31.814.074 ευρώ, για το έτος 2013 το ποσό των μη νόμιμων δαπανών ανέρχεται στα 36.688.050 ευρώ, για το έτος 2014 το ποσό των μη νόμιμων δαπανών ανέρχεται στα 26.650.906 ευρώ.

Ο προληπτικός έλεγχος πρέπει να σημειωθεί ότι αποτελεί ασπίδα προστασίας για όσους διαχειρίζονται δημόσιο χρήμα π.χ. οικονομικές υπηρεσίες, ταμίες, αιρετά όργανα ΟΤΑ κλπ, αποτρέποντας τη δημιουργία ελλειμμάτων και ενδεχόμενων καταλογισμών. Επίσης, προλαμβάνει την παράβαση τόσο της εθνικής νομοθεσίας όσο και του κοινοτικού δικαίου, που η ενδεχόμενη καταστρατήγησή του να οδηγήσει σε καταδίκη της Ελλάδας από τα αρμόδια κοινοτικά όργανα. Ευλόγως λοιπόν γεννάται το ερώτημα, ποια η αναγκαιότητα και η αποτελεσματικότητα της κατάργησης του δικαστικού προληπτικού ελέγχου, ενώ βρισκόμαστε ακόμα στο μάτι του κυκλώνα μιας πρωτοφανούς οικονομικής κρίσης και όταν η δημοσιονομική

¹⁰ Βλ. Στυλ. Χριστονάκη Γεν. Επιτρόπου Επικρατείας του Ελ. Συν. «Το Ελεγκτικό Συνέδριο στον έλεγχο των δαπανών του κράτους και στη διαμόρφωση δημοσιονομικού ήθους» Νομικό Βήμα τ. 45, τεύχος 3, σελ 387.

πειθαρχία είναι προαπαιτούμενο για την περαιτέρω χρηματοδότηση της ελληνικής οικονομίας;

Εξάλλου, η βασική θεωρία της διαχείρισης κρίσεων θέλει τον διαχειριστή (εν προκειμένω την εκτελεστική εξουσία) μέσα από ένα σύστημα δεικτών να αξιολογεί τις νοσηρές παθογένειες του συστήματος και να παρεμβαίνει διορθωτικά με αλλαγές και μεταρρυθμίσεις. Το αυτονόητο είναι σε κάθε περίπτωση να ενισχύει τους μηχανισμούς εποπτείας και ελέγχου πρωτίστως σε δικαστικό επίπεδο, έτσι ώστε το δημόσιο χρήμα να μη σπαταλείται ή να ενθυλακώνεται από κάθε είδους επιτήδειους καταχραστές. Περαιτέρω, το επιχείρημα ότι ο προληπτικός έλεγχος λειτουργεί ανασταλτικά ως προς την έγκαιρη εξόφληση των δαπανών προς τους τρίτους - πιστωτές του Δημοσίου, είναι έωλο και υποκριτικό, διότι αφενός τα τελευταία χρόνια διενεργείται σε χρηματικά εντάλματα άνω των 5.000 ευρώ¹¹ και αφετέρου σήμερα, όπως είναι γνωστό άλλωστε, υπάρχει μια «ιδιότυπη στάση πληρωμών», η οποία κάθε άλλου παρά οφείλεται στον προληπτικό έλεγχο, ο οποίος τουναντίον διασφαλίζει το δημόσιο χρήμα. Η κατάργηση του προληπτικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου συνιστά ανιστόρητη ενέργεια ακύρωσης του ρόλου του, υπονομεύει την προστασία του δημοσίου χρήματος και κατ' επέκταση αφήνει ανοχύρωτο το δημόσιο συμφέρον. Υπό αυτά τα δεδομένα καθίσταται επιβεβλημένη η ανάγκη αναθεώρησης της κατάργησης του προληπτικού ελέγχου, η διεύρυνση του αντικειμένου του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας σχεδίων συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, η ενίσχυση επιστημονικού-διοικητικού προσωπικού και η αναβάθμιση της υλικοτεχνικής υποδομής του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

¹¹ Βλ. σχετ. Π.Δ. 136/2011.

ΣΗΜΑΝΤΙΚΕΣ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΕΞΕΛΙΞΕΙΣ ΣΤΟ ΠΕΔΙΟ ΤΗΣ ΕΝΝΟΜΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΠΡΟΣΥΜΒΑΤΙΚΟ ΣΤΑΔΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

Έλσα Αλαγιαλόγλου , M2R Δημόσιο Δίκαιο Aix-Marseille III, ΜΔΕ Εμπορικό
Δίκαιο ΔΠΘ, Δικηγόρος, Διαπιστευμένη Διαμεσολαβήτρια Υπουργείου
Δικαιοσύνης, Επιστημονική Συνεργάτις ΚΔΕΟΔ - ΜΟΠΑΔΙΣ

1. Εισαγωγικά

Όπως συμβαίνει σε κάθε κλάδο του δικαίου, όμοια και στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων η ορθή και απρόσκοπτη εφαρμογή των ουσιαστικού δικαίου διατάξεων διασφαλίζεται μέσω της θέσπισης ενός πλέγματος δικονομικών κανόνων, οι οποίοι επιφέρουν τις κατάλληλες “κυρώσεις” σε περίπτωση παράβασης της ευρωπαϊκής νομοθεσίας ή αντίστοιχα της νομοθεσίας που την ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο, η οποία διέπει τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης. Μάλιστα, εάν ληφθούν υπόψη οι ποικίλες πράξεις που εκδίδονται κατά την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την ανάθεση της σύμβασης, καθώς και τα αντικρουόμενα συμφέροντα των υποψηφίων σε αυτή, θιγομένων ή μη από τις εκάστοτε πράξεις, αντιλαμβάνεται κανείς ότι η θέσπιση ενός πλέγματος διατάξεων που θα παρέχουν άμεση και επαρκή δικαστική προστασία, χωρίς να θέτουν σε κίνδυνο την εξέλιξη του διαγωνισμού ή να οδηγούν στη σύναψη παράνομων συμβάσεων που ενδέχεται στη συνέχεια να ανατραπούν με μία δικαστική απόφαση, είναι ένα ζήτημα με βαρύνουσα σημασία..

Την ανάγκη υιοθέτησης ενός πλέγματος κοινών δικονομικών κανόνων σε όλα τα κράτη-μέλη προκειμένου να επιτευχθεί σε κάθε επίπεδο η ενοποίηση της εσωτερικής αγοράς δημοσίων συμβάσεων συνειδητοποίησε από πολύ νωρίς ο ευρωπαίος νομοθέτης, εκδίδοντας την πρώτη δικονομική οδηγία 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989. Στην πρώτη δικονομική οδηγία περιέχεται ένα ελάχιστο επίπεδο δικαστικής προστασίας, το οποίο υποχρεούται κάθε κράτος-μέλος να ενσωματώσει στο εθνικό του δίκαιο και έγκειται σε τρία σημεία : στη λήψη μέτρων προσωρινής δικαστικής προστασίας (ασφαλιστικά μέτρα), στην ακύρωση της παράνομης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και στην επιδίκαση αποζημίωσης στους ζημιωθέντες από παράνομη απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

Όπως είναι γνωστό, ο Έλληνας νομοθέτης καθυστέρησε αισθητά να προβεί στην ενσωμάτωση στο εθνικό μας δίκαιο της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, με αποτέλεσμα για μακρό χρονικό διάστημα όλα τα ζητήματα περί χορήγησης προσωρινής προστασίας να βρίσκουν μοναδικό έρεισμα στις διατάξεις του άρθρου 52 του π.δ. 18/89 περί ακυρωτικών διαφορών. Η συστηματική άρνηση της χώρας μας να ενσωματώσει την τότε ισχύουσα πρώτη δικονομική οδηγία προκάλεσε σειρά εγκλήσεων και αντεγκλήσεων μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, μια διαδικασία που οδήγησε στην καταδίκη της χώρας μας από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, λόγω μη συμμόρφωσης με τη δικονομική Οδηγία. Υπό αυτές τις συνθήκες, θα έλεγε κανείς ότι, η θέσπιση από τον Έλληνα νομοθέτη του ν. 2522/1997, του πρώτου νομοθετήματος που ρυθμίζει το

καθεστώς έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, κατ' ουσίαν επήλθε ως αποτέλεσμα της ανωτέρω καταδικαστικής απόφασης. Ακολούθησε ο ν. 2854/2000, ο οποίος ενσωμάτωσε την Οδηγία 90/531/ΕΟΚ, θεσπίζοντας αντίστοιχο πλαίσιο έννομης προστασίας για τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών.

Τα δύο αυτά νομοθετήματα αποτέλεσαν πολύτιμο οπλοστάσιο για την προάσπιση των συμφερόντων των συμμετεχόντων σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων για χρονικό διάστημα πέραν της δεκαετίας. Χαρακτηριστικό της μεγάλης απήχησης των δύο νομοθετημάτων είναι ότι τα πρώτα χρόνια εφαρμογής τους πολλαπλασιάστηκαν οι αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, με αποτέλεσμα να παρέχονται ευρύτερα περιθώρια άμεσης προστασίας έναντι καθεμίας από τις επιμέρους πράξεις που συνθέτουν τη διαγωνιστική διαδικασία, να επιτυγχάνεται η αναστολή σύναψης της σύμβασης, και σε γενικές γραμμές να παρέχεται, σε πρώιμο ακόμα στάδιο, η ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να συμμορφωθεί με το διατακτικό της εκάστοτε προσωρινής δικαστικής απόφασης, ανακαλώντας την προσβαλλόμενη πράξη.

Ανατρέχοντας στις διατάξεις του ν. 2522/97 διαπιστώνεται ότι πολλές από τις ρυθμίσεις του, αφενός επέδρασαν σημαντικά στη διαμόρφωση πάγιας έως και σήμερα νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων, και αφετέρου επηρέασαν τη διαμορφωθείσα σταδιακά έως και σήμερα νομοθεσία στο πεδίο της έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων. Ως εκ τούτου, αξίζει να επιχειρηθεί μια σύντομη αναφορά στις χαρακτηριστικότερες ρυθμίσεις του ν. 2522/97, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν μέσα από τη νομολογία.

2. Τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα του ν. 2522/97 και η διαμορφωθείσα επί αυτών νομολογία, όπως επέδρασαν στα επόμενα νομοθετήματα σχετικά με την έννομη προστασία στο στάδιο πριν από τη σύναψη της σύμβασης

Προεξέχουσα ρύθμιση στο ν. 2522/97 συνιστά η θέσπιση για πρώτη φορά της υποχρέωσης τήρησης ορισμένης προδικασίας για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Πρόκειται για τη γνωστή προδικαστική προσφυγή την οποία υποχρεούται να ασκήσει ο ενδιαφερόμενος ενώπιον της αναθέτουσας αρχής εντός συντομότατης προθεσμίας 5 ημερών από την πλήρη γνώση του περιεχομένου της προσβαλλόμενης πράξης. Στην εισηγητική έκθεση του ν. 2522/97 γίνεται λόγος για ενδικοφανή προσφυγή, παρόλα αυτά στις αποφάσεις της η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ αρχικά αποφεύγει να χαρακτηρίσει την προδικαστική προσφυγή του ν. 2522/97 ως ενδικοφανή. Σε κάθε περίπτωση, είναι κοινώς αποδεκτό ότι στα πλαίσια της προδικαστικής προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να επανεξετάσει την υπόθεση κατά το νόμο και την ουσία της, καθώς στην οικεία διάταξη του ν. 2522/97 προβλέπεται ότι κατά το περιεχόμενό της η προδικαστική προσφυγή προσδιορίζει επακριβώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημα. Όμως, αυτό που διαφοροποιεί την προδικαστική προσφυγή του ν. 2522/97 από την ενδικοφανή προσφυγή του π.δ. 18/89 είναι ότι δεν επέρχονται οι έννομες συνέπειες από την εφαρμογή του άρθρου 45 παρ. 2 του π.δ. 18/89.

Ο χαρακτήρας και οι έννομες συνέπειες από την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής του ν. 2522/97 απασχόλησαν έντονα τη νομολογία του ΣτΕ, η οποία στο μεγαλύτερο μέρος της ισχύει έως σήμερα. Ξεχωρίζουμε τον προβληματισμό της νομολογίας αναφορικά με τη σχέση προδικαστικής προσφυγής του ν. 2522/97 και διοικητικών προσφυγών που τυχόν προβλέπονται από άλλες διατάξεις νόμου, με την

έννοια εάν για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων απαιτείται να εξαντληθούν, πέραν της προδικαστικής προσφυγής, και τυχόν άλλες προβλεπόμενες σε οικείες διατάξεις προσφυγές κατά της επίμαχης πράξης. Μετά από αντικρουόμενες αποφάσεις, το ΣτΕ κατέληξε ότι μοναδική διαδικαστική προϋπόθεση για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αποτελεί η άσκηση της προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997, χωρίς να απαιτείται η προηγούμενη άσκηση και απόρριψη άλλης προβλεπόμενης στις οικείες ειδικές διατάξεις διοικητικής προσφυγής, ανεξαρτήτως του αν πρόκειται για απλή προσφυγή νομιμότητας ή για ενδικοφανή προσφυγή¹. Με άλλα λόγια, από την έκδοση της παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής τρέχουν παράλληλα τόσο η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/97, όσο και οι προθεσμίες άσκησης των εκάστοτε προβλεπόμενων από την κείμενη νομοθεσία προσφυγών², οι οποίες διατηρούνται σε ισχύ, χωρίς παρόλα αυτά η προδικαστική προσφυγή του ν. 2522/97 να χάνει την αυτοτέλειά της έναντι των άλλων διοικητικών προσφυγών³.

Ένα άλλο ερώτημα είναι εάν η νομολογία αυτή επεκτείνεται και στην περίπτωση της ενδικοφανούς προσφυγής, η οποία κατά τη διάταξη του άρθρου 45 παρ. 2 του π.δ. 18/89 αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακυρώσεως. Διερευνάται δηλαδή, εάν στα πλαίσια του ν. 2522/97 για το παραδεκτό της αίτησης ακύρωσης απαιτείται η προηγούμενη άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής. Εν

¹ ΣτΕ ΑΣΦ 817/08, 216/09, 2457/09.

² Κατά πάγια νομολογία του ΣτΕ, η πενήμερη προθεσμία άσκησης της προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997, διακόπτεται από την εμπρόθεσμη άσκηση των διοικητικών προσφυγών, τις οποίες προβλέπουν οι διατάξεις που διέπουν τον εκάστοτε διαγωνισμό ή τη σχετική προκήρυξη. Η προθεσμία της προδικαστικής προσφυγής επανακινείται είτε με την πάροδο της εκάστοτε ισχύουσας προθεσμίας εντός της οποίας πρέπει να αποφανθεί το αρμόδιο όργανο επί της διοικητικής προσφυγής, είτε από του προγενεστέρου της συμπλήρωσεως της προθεσμίας αυτής χρονικού σημείου, κατά το οποίο ο ενδιαφερόμενος λαμβάνει πλήρη γνώση της πράξεως απορρίψεως της διοικητικής προσφυγής του (ΣτΕ ΑΣΦ 408/10, Ε.Α. 745/09, 741/09, 1201/08, 1205/06, 159, 98/2005, 793/2004, 331/2002). Έτσι μόνον στην περίπτωση της διαδοχικής ασκήσεως αρχικώς της εν λόγω ενστάσεως και κατόπιν της προδικαστικής προσφυγής, η εμπρόθεσμη άσκηση της ενστάσεως διακόπτει την πενήμερη προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της απορρίψεως της ενστάσεως (σιωπηρής ή ρητής), και όχι, βεβαίως, για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβληθείσης με την ένσταση αρχικής βλαπτικής πράξεως (πρβλ. Ε.Α. 624, 812/2003, 137, 438, 1066/2005, 338/2006). Περαιτέρω, σε περίπτωση κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος δεν επιδεικνύει επιμέλεια για να λάβει γνώση της πράξης περί απόρριψης της ενστάσεώς του, θα αντίκειτο στο σκοπό του νόμου να αρχίζει η πενήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/1997 μετά την πάροδο χρόνου πέραν του απολύτως αναγκαίου, εν όψει των συντρεχουσών περιστάσεων, προς γνώση των πράξεων. Σε κάθε περίπτωση, ο ενδιαφερόμενος πρέπει να επιδεικνύει τη δέουσα επιμέλεια για να λάβει γνώση των πράξεων διενέργειας του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα η πάροδος του απολύτως αναγκαίου χρόνου να του στερεί τη δυνατότητα να κινήσει πλέον παραδεκτώς τη διαδικασία της δικαστικής προστασίας του ν. 2522/1997 (ΣτΕ ΑΣΦ 408/2010). Τέλος, έχει κριθεί ότι η εκπροθέσμως ασκηθείσα ένταση δε διακόπτει την προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής (ΣτΕ ΑΣΦ 336/09).

³ Στο σκεπτικό της ΕΑ ΣτΕ 75/1999 τονίζεται ότι η διάταξη του τελευταίου εδαφίου της παρ. 2 του άρθρου 3 ν. 2522/1997, ορίζοντας ότι δεν θίγονται διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας που προβλέπουν άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά τη διεξαγωγή δημόσιων διαγωνισμών, έχει την έννοια ότι δεν καταργούνται οι εν λόγω διοικητικές προσφυγές. Κατά τα λοιπά όμως δεν επιβάλλει, ως προϋπόθεση της ασκήσεως της προβλεπόμενης στο ν. 2522/1997 προδικαστικής προσφυγής και, περαιτέρω, της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, την προηγούμενη άσκηση λοιπών διοικητικών προσφυγών. Παρόμοια υποχρέωση θα συνιστούσε περιορισμό του κατοχυρωμένου στο άρθρο 20 παρ. 1 Σ. δικαιώματος παροχής εννόμου προστασίας (το οποίο, όπως έχει ήδη κριθεί, καλύπτει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας). Εξάλλου, όταν η κείμενη νομοθεσία δεν τάσσει βραχεία προθεσμία για την έκδοση αποφάσεως επί της διοικητικής προσφυγής, η θέσπιση υποχρεώσεως προηγούμενης ασκήσεως αυτής, ως προϋποθέσεως του παραδεκτού της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, θα ήταν ασύμβατη προς τους σκοπούς της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ και του ν. 2522/97.

προκειμένου, η νομολογία του ΣτΕ δέχεται ότι σε περίπτωση που γίνει κατ'ουσίαν δεκτή η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, η έλλειψη προηγούμενης άσκησης της προβλεπόμενης στην οικεία νομοθεσία ενδικοφανούς προσφυγής δεν εμποδίζει, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 45 παρ. 2 του π.δ. 18/89, την παροχή οριστικής δικαστικής προστασίας δια της αίτησης ακυρώσεως, διότι αυτή ασκείται ευθέως δυνάμει νομοθετικής επιταγής⁴. Αντίθετα, σε περίπτωση έκδοσης απορριπτικής απόφασης επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, ο ενδιαφερόμενος διατηρεί την ευχέρεια να ασκήσει τυχόν προβλεπόμενη από ειδική διάταξη ενδικοφανή προσφυγή, η οποία εξακολουθεί να συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακυρώσεως⁵.

Ο χαρακτήρας της προδικαστικής προσφυγής ως μοναδική διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων απασχόλησε τη νομολογία της ΕΑ του ΣτΕ. Λαμβάνοντας υπόψη το στοιχείο αυτό, η ΕΑ του ΣτΕ κρίνει ότι με την προδικαστική προσφυγή πρέπει να προβάλλονται όλοι οι λόγοι παρανομίας του προσφεύγοντος, καθώς λόγοι που προβάλλονται για πρώτη φορά με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων δεν εξετάζονται από το δικαστήριο και απορρίπτονται ως απαράδεκτοι⁶.

Πως αντιμετωπίζεται όμως η περίπτωση απόρριψης ως απαράδεκτης της απευθείας ασκηθείσας αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, λόγω του ότι ο διοικούμενος δεν είχε ενημερωθεί για το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής από το σώμα της προσβαλλόμενης πράξης και ως εκ τούτου δεν άσκησε αυτή; Όπως παγίως δέχεται η Επιτροπή Αναστολών του ΣτΕ, η μη ενημέρωση του ενδιαφερομένου σχετικά με το δικαίωμα άσκησης της προδικαστικής προσφυγής του ν. 2522/97 δεν συνεπάγεται το παραδεκτό της απευθείας ασκηθείσας αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων⁷. Και τούτο διότι, η προσφυγή του ν. 2522/97 δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη διοικητικού νόμου διαδικαστικού χαρακτήρα, αλλά από την ίδια τη δικονομική διάταξη του ν. 2522/1997, η οποία επιτάσσει ως προδικασία του ένδικου βοηθήματος της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής. Με τη θέση της αυτή, η ΕΑ του ΣτΕ διαφοροποιείται ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα από τη γνωστή νομολογία του ΣτΕ κατά την οποία, γίνεται δεκτή η αίτηση ακύρωσης, όταν η ενδικοφανής προσφυγή δεν προηγήθηκε λόγω ελλιπούς ενημέρωσης του διοικουμένου⁸.

Εξίσου καινοτόμα είναι και η ρύθμιση του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 2522/97 με την οποία αποσυνδέεται η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων από το κύριο ένδικο

⁴ Στην περίπτωση αυτή η αίτηση ακυρώσεως ασκείται ευθέως δυνάμει νομοθετικής επιταγής του άρθρου 3 παρ 7 ν. 2522/1997, χωρίς να επανεξετάζονται προϋποθέσεις παραδεκτού που ερευνηθήκαν κατά την άσκηση της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων.

⁵ ΣτΕ ΑΣΦ 817/2008.

⁶ ΣτΕ ΕΑ 623/08, 1330/10.

⁷ ΣτΕ ΕΑ 389/03, 474/2004, 1299, 517/2007, 1402/2008, ΣτΕ ΑΣΦ 1338/09

⁸ Διαφορετική είναι η περίπτωση που σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΣτΕ (ΣτΕ Ολ. 2892/1993, ΣτΕ 879/1995, 2090/1999, 1266/2001) έγινε δεκτό ότι η μη άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής δεν καθιστά απαράδεκτη την αίτηση ακύρωσης, στην περίπτωση κατά την οποία η διοίκηση δεν ενημέρωσε τον αιτούντα με την ίδια την επίμαχη πράξη για τα όσα προβλέπει ο νόμος σχετικά με την υποχρέωση άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής. Στην περίπτωση της ενδικοφανούς προσφυγής, η ενημέρωση του ενδιαφερομένου αφορά στην ύπαρξη ειδικής διαδικαστικής διατάξεως διοικητικού νόμου, η οποία προβλέπει την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής, προκειμένου, κατά το γενικό δικονομικό κανόνα που τάσσει το άρθρο 45 παράγραφος 2 του Π.Δ. 18/1989, να ασκηθεί παραδεκτά η αίτηση ακύρωσης, και όχι προϋπόθεση της παραδεκτής προσβολής της πράξεως αυτής με αίτηση ακυρώσεως. Ανάλογη ενημέρωση δεν μπορεί να θεωρηθεί επιβαλλόμενη και στην περίπτωση της προδικαστικής προσφυγής, η οποία δεν προβλέπεται από ειδική διάταξη διοικητικού νόμου διαδικαστικού χαρακτήρα, αλλά από την ίδια τη δικονομική διάταξη του ν. 2522/97 που επιτάσσει ρητά την τήρηση ορισμένης προδικασίας.

βοήθημα, υπό την έννοια ότι δεν απαιτείται, όπως ισχύει στο διοικητικό δικονομικό δίκαιο, η προηγούμενη κατάθεση της αίτησης ακύρωσης για το παραδεκτό της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Ο αυτοτελής χαρακτήρας της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων διατηρείται στα πλαίσια τόσο στο ν. 3886/2010 όσο και του νέου σχεδίου νόμου. Ενισχυτικό στοιχείο της αυτοτέλειας της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι ότι η 60ήμερη προθεσμία για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης διακόπτεται με την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και αρχίζει εκ νέου από την επίδοση της απόφασης που κρίνει επ' αυτής, διάταξη η οποία εισήχθη με το ν. 2522/97 και διατηρείται έως σήμερα.

Από την άλλη πλευρά, έχει διατυπωθεί η άποψη ότι η συγκεκριμένη ρύθμιση δίνει μία σχετική αυτοτέλεια στην αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, η οποία εξακολουθεί να συνιστά μια παρεπόμενη διαδικασία. Και αυτό διότι, όπως ρητά προβλέπεται σε διάταξη του ν. 2522/97, η οποία ομοίως διατηρείται έως σήμερα, τα διαταχθέντα ασφαλιστικά μέτρα αίρονται εάν ο διάδικος που πέτυχε τη λήψη τους δεν ασκήσει εντός 30 ημερών από την επίδοση της απόφασης αυτής το κύριο ένδικο βοήθημα της αίτησης ακύρωσης. Εν προκειμένω, έχει ενδιαφέρον η νομολογία του ΣτΕ το οποίο έκρινε ότι η τήρηση της ορισθείσας στο νόμο προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης επιδρά μόνον στην ισχύ του ανασταλτικού αποτελέσματος της απόφασης των ασφαλιστικών μέτρων, ενώ κατά τα λοιπά το παραδεκτό της αίτησης ακύρωσης κρίνεται με βάση τις γενικές περί προθεσμίας διατάξεις⁹. Ένα ακόμα στοιχείο του παρεπόμενου χαρακτήρα της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι ότι αυτό που εξετάζει είναι η πιθανολόγηση της συνδρομής λόγων σοβαρής παρανομίας της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης.

Αξιοσημείωτη είναι επίσης η νομολογία της ΕΑ του ΣτΕ σχετικά με την καθιέρωση του ερμηνευτικού πλέον κανόνα του εφάπαξ χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής και της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Το δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη τη δομή του συστήματος προσωρινής προστασίας του ν. 2522/97, κατέληξε ότι είναι πρόδηλο ότι ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει μία μόνο προσφυγή ενώπιον της διοίκησης και αντίστοιχα μία αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της ρητής ή σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής του. Ενόψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι, όταν ο ενδιαφερόμενος δεν έχει λάβει πλήρη γνώση της αιτιολογίας της βλαπτικής γι' αυτόν πράξης της αναθέτουσας αρχής, έχει την ευχέρεια είτε να ασκήσει αμέσως την προσφυγή ενώπιον της αναθέτουσας αρχής με όλες τις κατά νόμο συνέπειες τούτο, είτε να ασκήσει την προσφυγή μεταγενέστερα, όταν λάβει πλήρη γνώση της αιτιολογίας της πράξης. Αν πάντως ο ενδιαφερόμενος προτιμήσει να ασκήσει αμέσως την προσφυγή, δεν μπορεί να καταθέσει μεταγενέστερα, όταν λάβει πλήρη γνώση της πράξης, δεύτερη προσφυγή και αντίστοιχη αίτηση ασφαλιστικών μέτρων¹⁰. Όπως κρίνει το δικαστήριο, μια τέτοια

⁹ Το γεγονός ότι η αίτηση ακύρωσης του άρθρου 3 παρ. 7 του ν. 2522/97 ασκείται μετά τη συμπλήρωση τριάντα ημερών από την έκδοση της επί της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων απόφασης, επιδρά μόνο στη διατήρηση σε ισχύ του ανασταλτικού αποτελέσματος της απόφασης αυτής (ΣτΕ 3546/09). Κατά τα λοιπά, το παραδεκτό της αιτήσεως ακυρώσεως κρίνεται με βάση τις γενικές περί προθεσμίας της αιτήσεως ακυρώσεως διατάξεις (ΣτΕ 3984/2004, 3889/2002).

¹⁰ Αντίστοιχα, αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί εκπρόθεσμα επί της προδικαστικής προσφυγής του ενδιαφερομένου ή εάν η απόφαση της κοινοποιηθεί στον ενδιαφερόμενο πέραν της τασσόμενης στο νόμο προθεσμίας, οπότε η προθεσμία της άσκησης ασφαλιστικών μέτρων έχει ήδη ξεκινήσει από την άπρακτη πάροδο της τασσόμενης στο νόμο προθεσμίας απάντησης της αναθέτουσας αρχής χωρίς ο ενδιαφερόμενος να ασκήσει αυτή, τότε η εκ των υστέρων έκδοση και κοινοποίηση ή έστω κοινοποίηση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής στον ενδιαφερόμενο δεν επιφέρει την αναβίωση της προθεσμίας άσκησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (ΣτΕ ΕΑ 111/2009, 477, 1008/2008, 560/2007, ΣτΕ ΑΣΦ 338/2010).

λύση θα ήταν αντίθετη και προς το σκοπό του νόμου, ο οποίος επιδιώκει να αποτρέψει τη βλάβη των συμφερόντων των ενδιαφερομένων, χωρίς να δυσχεράνει υπέρμετρα την πρόοδο της διαδικασίας για τη σύναψη των σχετικών συμβάσεων.

Μία άλλη καινοτομία του ν. 2522/97 είναι η καθιέρωση του ανασταλτικού αποτελέσματος που επιφέρει η προθεσμία και η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, όπως και η προθεσμία της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων σε σχέση με τη σύναψη της σύμβασης. Στα πλαίσια του ν. 2522/97, το ανασταλτικό αποτέλεσμα έπαυε να ισχύει με την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, οπότε υπήρχε μόνο το περιθώριο χορήγησης προσωρινής διαταγής. Γι' αυτό και τις περισσότερες φορές είτε με την προσωρινή διαταγή, είτε με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων διατασσόταν ως προσωρινό μέτρο η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης.

Ως εκ τούτου, κατά τη διαμορφωθείσα νομολογία του ΣτΕ, η υπογραφή της σύμβασης σε χρόνο προγενέστερο της εκπνοής της προθεσμίας απόφασης επί ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής ή της προθεσμίας άσκησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, δεν ασκεί επιρροή στην εξέταση της εκ των υστέρων και εντός της νόμιμης προθεσμίας ασκηθείσας αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, ενόψει του ανασταλτικού αποτελέσματος της διάταξης του άρθρου 3 παρ. 3 εδ. β' του ν. 2522/97¹¹. Ένα άλλο ερώτημα που αντιμετώπισε η νομολογία είναι τι συμβαίνει με την παροχή προσωρινής προστασίας, όταν η υπογραφή της σύμβασης έλαβε χώρα μετά την κατάθεση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Εν προκειμένω, η ΕΑ του ΣτΕ έκρινε ότι η υπογραφή της σύμβασης δεν κωλύει την αναστολή εκτέλεσης πράξης που έχει εκδοθεί κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, οπότε φυσικά είναι ανοικτό το ενδεχόμενο ανατροπής της υπογραφείσας σύμβασης¹². Μέσω της θέσης αυτής, η ΕΑ του ΣτΕ υπενθυμίζει τη γνωστή νομολογία περί χρηστής διοίκησης, όπου το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη τη συνταγματική κατοχύρωση της προσωρινής προστασίας, επιτάσσει η διοίκηση να απέχει από πράξεις που οδηγούν στη δημιουργία μίας νέας πραγματικής κατάστασης πριν το δικαστήριο επιληφθεί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

Ο ενισχυμένος χαρακτήρας της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων απορρέει και από τη διάταξη του άρθρου 4 του ν. 2522/97 για την ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, διάταξη η οποία διατηρείται σχεδόν αυτούσια στο πλαίσιο των ρυθμίσεων του νόμου 3886/2010 και του νέου σχεδίου νόμου. Πρόκειται για την περίπτωση που το δικαστήριο στα πλαίσια ασκηθείσας αίτησης ακύρωσης ακυρώνει πράξη/παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ εν τω μεταξύ η σύμβαση έχει συναφθεί νόμιμα¹³. Εν προκειμένω, όπως προβλέπεται ήδη με το ν. 2522/97, αν η αίτηση ακύρωσης δε συνοδεύεται από προηγούμενη απόφαση περί λήψης ασφαλιστικών μέτρων ή χορήγησης προσωρινής διαταγής, ακόμα κι αν το δικαστήριο ακυρώσει προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη

¹¹ ΣτΕ 635/2006

¹² Στην περίπτωση αυτή όπως και στην περίπτωση που το αίτημα προσωρινής διαταγής απορρίφθηκε, αξίζει να επισημανθεί η νομολογία της ΕΑ του ΣτΕ περί "χρηστής διοίκησης". Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή, σε περίπτωση που έχει ασκηθεί αίτηση ακύρωσης και αντιστοίχως αίτηση αναστολής κατά διοικητικής πράξης, η διοίκηση, ενόψει της συνταγματικής κατοχύρωσης της προσωρινής προστασίας, οφείλει να απέχει από τη δημιουργία μίας νέας πραγματικής κατάστασης, πριν το αρμόδιο δικαστήριο επιληφθεί επί της σχετικής αίτησης. Αναλογική εφαρμογή της νομολογίας αυτής επιτάσσει σε περίπτωση που απορριφθεί η χορήγηση προσωρινής διαταγής, η διοίκηση να μην προβεί σε οποιαδήποτε πράξη πριν την εκδίκαση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων.

¹³ Δηλαδή χωρίς να έχει παραβιαστεί η υποχρεωτική προθεσμία αναστολής υπογραφής της, ούτε το διατακτικό απόφασης επί αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινής διαταγής.

της αναθέτουσας αρχής, η απόφαση επί της αίτησης ακύρωσης δε θίγει την υπογραφείσα σύμβαση ενώ ο υποψήφιος ανάδοχος που έχει πλέον βεβαιώσει την παρανομία της αναθέτουσας αρχής αποκτά δικαίωμα αποζημίωσης. Σε περίπτωση όμως που είχε ανασταλεί δικαστικά η διαδικασία κατακύρωσης του διαγωνισμού με απόφαση ασφαλιστικών μέτρων ή προσωρινή διαταγή, και το δικαστήριο εν τέλει ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, η συναφθείσα σύμβαση θίγεται από την απόφαση αυτή. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ανάγεται σε οιονεί ένδικο βοήθημα, μιας και η ευδοκίμησή της αποτελεί το νόμιμο έρεισμα για να αναπτύξει η ακυρωτική απόφαση τις έννομες συνέπειές της¹⁴.

Ένα τελευταίο σημείο που συγχέεται με τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων του ν. 2522/97 είναι η εξουσία του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων να διατάσσει τα κατάλληλα ασφαλιστικά μέτρα, χωρίς να δεσμεύεται από τις προτάσεις των διαδίκων. Ήδη με το ν. 2522/97 προβλέπεται ενδεικτικά και όχι περιοριστικά ένα εύρος ασφαλιστικών μέτρων που μπορεί να διατάξει το δικαστήριο, τα οποία διατηρούνται στις εκάστοτε διατάξεις των ισχυουσών σήμερα νομοθετημάτων, προσφέροντας μεταξύ άλλων τη δυνατότητα αναστολής ισχύος των όρων της διακήρυξης, των τευχών δημοπράτησης ή άλλων εγγράφων σχετικά με τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, όπως και τη δυνατότητα, πέρα από την αναστολή πράξεων αρνητικού περιεχομένου, να διατάσσεται και η εκτέλεση θετικών ενεργειών εκ μέρους της διοίκησης.

Ενδιαφέρουσα είναι εν προκειμένω η νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων κατά την οποία αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται μόνο για τη διατήρηση υφιστάμενης πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας, οπότε σε περίπτωση ματαίωσης του διαγωνισμού δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης, διότι αυτό θα ισοδυναμούσε με την επιβολή στη διοίκηση της θετικής υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής απόφασης, οπότε θα οδηγούμασταν στη δημιουργία μιας νέας πραγματικής κατάστασης. Υπό αυτές τις συνθήκες, μοναδική περίπτωση που θα μπορούσε να διαταχθεί νόμιμα η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης είναι όταν με την πράξη ματαίωσης του διαγωνισμού αποφασίζεται και η επαναπροκήρυξή του, οπότε το δικαστήριο μπορεί εφόσον βέβαια πιθανολογήσει ότι εμφιλοχώρησε παράβαση του εθνικού ή κοινοτικού δικαίου, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, είτε τη μη έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια του διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, είτε, εάν ήδη ο διαγωνισμός επαναπροκηρύχθηκε, την αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας¹⁵.

Παρόλα αυτά, όπως αποδείχτηκε κατά την πρακτική εφαρμογή του ν. 2522/97, η βασικότερη αδυναμία του απέρρεε κατ' αρχήν από την ανομοιογενή εφαρμογή του σε δύο επίπεδα : πρώτον, κατ' εφαρμογή του οργανικού κριτηρίου, καθιερωνόταν διαφορετική δικαστική προστασία, ανάλογα με το χαρακτήρα της αναθέτουσας αρχής ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ή νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, οπότε υπήρχε ανάλογη διάσπαση της αρμοδιότητας για την εκδίκαση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων μεταξύ διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων αντίστοιχα. Επιπλέον, με κριτήριο την προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, και επομένως την υπαγωγή της ή μη στο πεδίο εφαρμογής των

¹⁴ Κ. ΡΕΜΕΛΗΣ, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του ΣτΕ, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2000, σ. 342, Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΣ, Αποτελεσματική λήψη ασφαλιστικών μέτρων στον τομέα της κατακύρωσης δημοσίων συμβάσεων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2001, σ.331.

¹⁵ ΣτΕ ΕΑ 1068/08, 108/07, 1087/06,385/05, 574/04 και 158/11, 1351/10, 863/10, 378/09, 865/07, 845/04.

ευρωπαϊκών οδηγιών, ενεργοποιούνταν διαφορετικό πλέγμα διατάξεων για την παροχή δικαστικής προστασίας, οπότε είτε εφαρμοζόταν ο ν. 2522/97, είτε το π.δ. 18/89 περί ακυρωτικών διαφορών. Η διάσπαση αυτή προκαλούσε αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων δύο ταχυτήτων και σε πολλές περιπτώσεις, όπως είναι εύλογο, αντικρουόμενες νομολογίες μεταξύ των Μονομελών Πρωτοδικείων και του ΣτΕ.

3. Οι κυριότερες αλλαγές που επέφερε ο νόμος 3886/10 υπό την επίδραση της διαμορφωθείσας νομολογίας του ΣτΕ

Υπό τις περιστάσεις που επισημάνθηκαν ανωτέρω, και ενόψει της ανάγκης ενσωμάτωσης της νέας δικονομικής οδηγίας 2007/66 ΕΚ, με το ν. 3886/2010 ο Έλληνας νομοθέτης επιχειρεί, πατώντας πάνω στην πολύτιμη νομολογία του ΣτΕ και της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, να λειάνει τις αδυναμίες του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώτος και να προσφέρει ακόμα περισσότερα εχέγγυα άμεσης και αποτελεσματικής προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων. Οι ρυθμίσεις που έφερε ο ν. 3886/2010 άρχισαν να ισχύουν από 1η Ιανουαρίου 2011 και εξακολουθούν να εφαρμόζονται έως και σήμερα και μέχρι την ενεργοποίηση των διατάξεων του νέου σχεδίου νόμου¹⁶.

Με το ν. 3886/2010 γίνεται ένα πρώτο βήμα προς την ενοποίηση σε δικονομικό επίπεδο των διαφορών που προκύπτουν κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων. Έτσι ανατρέπεται η διάσπαση της δωσιδικίας μεταξύ πολιτικών και διοικητικών δικαστηρίων και οι διαφορές που αναφύονται κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων συγκεντρώνονται στην αρμοδιότητα των Διοικητικών Εφετειών, με εξαίρεση τρεις περιοριστικά αναφερόμενες κατηγορίες συμβάσεων που υπάγονται στην αρμοδιότητα του ΣτΕ¹⁷.

Παρόλα αυτά, το πεδίο εφαρμογής του ν. 3886/2010 εξακολουθεί να καταλαμβάνει αποκλειστικά και μόνον τις διαφορές από δημόσιες συμβάσεις που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο των οδηγιών 2004/18 ΕΚ και 2004/17 ΕΚ, αφήνοντας εκτός τις διαφορές από συμβάσεις που κείνται κάτω από τα χρηματικά όρια των δύο οδηγιών. Ως εκ τούτου, συμβάσεις υψηλότερης χρηματικής αξίας υπάγονται στην αρμοδιότητα του ΔΕφ κατ' εφαρμογή του ν. 3886/10, ενώ συμβάσεις χαμηλότερης χρηματικής αξίας εκδικάζονται από το ΣτΕ κατ' εφαρμογή του π.δ. 18/89. Ένα ακόμα παράδοξο γεννάται από την εξαιρετική αρμοδιότητα του ΣτΕ να δικάζει διαφορές που αναφύονται από συμβάσεις που υπάγονται στην οδηγία 2004/17 ΕΚ. Στην περίπτωση αυτή, για άλλη μία φορά διαπιστώνεται ότι συμβάσεις του Δημοσίου μεγάλης οικονομικής αξίας -σε κάθε περίπτωση κάτω από το όριο των 15.000.000 ευρώ- που υπάγονται στο ρυθμιστικό πεδίο της οδηγίας 2004/18 ΕΚ εκδικάζονται από τα ΔΕφ, ενώ συμβάσεις μικρότερης οικονομικής αξίας ένεκα της υπαγωγής τους στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17 ΕΚ εκδικάζονται από το ΣτΕ.

Κατά τα λοιπά σε σχέση με το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς, ο ν. 3886/2010 φέρνει αλλού μικρότερης και αλλού μεγαλύτερης εμβέλειας

¹⁶ Βλ. άρθρο 377 παρ. 1 αριθμ. (27) του νέου Ν. 4412/216.

¹⁷ Πρόκειται : α) για τις διαφορές που αφορούν συμβάσεις προσυπολογιζόμενης δαπάνης άνω των 15.000.000 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, β) τις διαφορές που αφορούν συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών και γ) τις διαφορές που αφορούν συμβάσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2004/17 ΕΚ, δηλαδή συμβάσεις που ανατίθενται από φορείς δραστηριοποιημένους στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών.

τροποποιήσεις. Μία από τις σημαντικότερες καινοτομίες που φέρνει ο ν. 3886/10 είναι η θέσπιση χρονικής περιόδου υποχρεωτικής αναμονής 10 ημερών μεταξύ κοινοποίησης της απόφασης περί ανάθεσης της σύμβασης στους ενδιαφερομένους και υπογραφής της σύμβασης (ρύθμιση γνωστή ως “standstill”). Με άλλα λόγια, επιβάλλεται προς την αναθέτουσα αρχή ελάχιστη ανασταλτική προθεσμία 10 ημερών, η οποία πρέπει υποχρεωτικά να μεσολαβήσει μεταξύ της κοινοποίησης της απόφασης περί ανάθεσης της σύμβασης στους διαγωνιζομένους και της υπογραφής της σύμβασης, προκειμένου να εξασφαλιστεί η δυνατότητα σε τυχόν θιγόμενους υποψηφίους να προστρέξουν στην παροχή έννομης προστασίας πριν ακόμα υπογραφεί η σύμβαση. Εν προκειμένω, έχει εξαιρετικό ενδιαφέρον η νομολογία του ΣτΕ το οποίο -ήδη από την ισχύ του ν. 2522/97- είχε επισημάνει ότι μετά την άσκηση της προσφυγής και την πάροδο της προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, η Διοίκηση όφειλε να αναμείνει για εύλογο χρονικό διάστημα τουλάχιστον 15 ημερών πριν προβεί στη σύναψη της σύμβασης¹⁸.

Η δεκαήμερη προθεσμία της υποχρεωτικής αναστολής ενσωματώνεται εμμέσως μέσω της τροποποίησης της 5νθήμερης προθεσμίας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής σε προθεσμία 10 ημερών από την πλήρη γνώση της πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής σε συνδυασμό με το γνωστό ανασταλτικό αποτέλεσμα της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής. Με τον τρόπο αυτό, ο Έλληνας νομοθέτης καθιερώνει την υποχρέωση τήρησης ανασταλτικής περιόδου 10 ημερών πριν από τη σύναψη της σύμβασης μέσα από μία ενιαία ρύθμιση που ισχύει σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που μπορεί να ασκηθεί προδικαστική προσφυγή κατά πράξεων/παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής, και όχι μόνο μετά την κοινοποίηση της πράξης περί ανάθεσης της σύμβασης.

Στο ν. 3886/10 η προδικαστική προσφυγή εξακολουθεί να συνιστά απαραίτητη διαδικαστική προϋπόθεση για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και διατηρεί αλώβητα τα κύρια χαρακτηριστικά της. Ο νομοθέτης απαντά αποφασιστικά στα προβλήματα που ανέδειξε η νομολογία του ΣτΕ σχετικά με την περίπτωση συρροής της προδικαστικής προσφυγής με τις λοιπές διοικητικές προσφυγές, ορίζοντας ρητά ότι στις υπό κρίση διαφορές δεν εφαρμόζονται οι διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ή των κανονισμών των αναθετουσών αρχών που προβλέπουν την άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας. Δηλαδή, οι εν λόγω διοικητικές προσφυγές δεν καταργούνται αλλά απενεργοποιούνται στις υπό κρίση διαφορές. Αυτό σημαίνει ότι πλέον δεν εκκινούν παράλληλα οι προθεσμίες άσκησης προδικαστικής προσφυγής και λοιπών προβλεπόμενων στη νομοθεσία διοικητικών προσφυγών καθώς και ότι οι εκάστοτε ισχύουσες προθεσμίες για την άσκηση αυτών δε διακόπτουν την προθεσμία της προδικαστικής προσφυγής.

Άλλο είναι το ζήτημα των ενστάσεων που προβλέπονται στην κείμενη νομοθεσία κατά πράξεων των οργάνων διεξαγωγής του διαγωνισμού που στερούνται εκτελεστό χαρακτήρα. Οι ενστάσεις αυτές εξακολουθούν να ισχύουν υπό τις προϋποθέσεις που διαγράφονται στα νομοθετήματα που τις προβλέπουν. Όπως πολύ ορθά επισημαίνει η νομολογία, οι ενστάσεις αυτές δεν έχουν ενδικοφανή χαρακτήρα και συνεπώς παραδεκτά προβάλλονται με την προδικαστική προσφυγή του ν. 3886/10 ισχυρισμοί που δεν είχαν προβληθεί με αυτές¹⁹.

Όπως έχει ήδη ειπωθεί, η προδικαστική προσφυγή και η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ασκούνται μόνο μία φορά κατά της αυτής πράξης. Παρόλα αυτά, στο ν.

¹⁸ ΣτΕ ΕΑ 571/08, 1123/07.

¹⁹ ΣτΕ ΕΑ 273/2012.

3886/10 προστίθεται ειδικά μία περίπτωση όπου η προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη. Πρόκειται για την περίπτωση που με την προδικαστική προσφυγή προσβάλλεται πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει την προδικαστική προσφυγή άλλου διαγωνιζομένου²⁰, οπότε ο θιγόμενος πρέπει να ασκήσει απευθείας κατά της πράξης αυτής αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Κατά τα λοιπά, όπως έχει επισημάνει η νομολογία του ΣτΕ, είναι απαράδεκτη τόσο δεύτερη προσφυγή κατά της ίδιας πράξης όσο και προσφυγή κατά πράξης που έχει εκδοθεί επί προηγούμενης προσφυγής του ίδιου προσώπου, έστω κι αν η τελευταία περιέχει νέα αιτιολογικά ερείσματα²¹.

Λαμβάνοντας σοβαρά υπόψιν τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων σχετικά με την ανάγκη ουσιαστικής εκτίμησης και απάντησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επί των λόγων της προδικαστικής προσφυγής, ιδίως σε τεχνικής φύσεως ζητήματα που ως εκ της φύσεώς τους χρήζουν απάντησης από τη διοίκηση και δε μπορούν να εξεταστούν πρωτοτύπως από το δικαστήριο²², ο νομοθέτης ενισχύει, μέσω ειδικής ρύθμισης, τα περιθώρια που έχει η αναθέτουσα αρχή για να απαντήσει αιτιολογημένα στην προδικαστική προσφυγή. Έτσι, η αναθέτουσα αρχή έχει κατ'αρχήν το δικαίωμα να δεχτεί εν όλω ή εν μέρει την προσφυγή μέχρι την προηγούμενη ημέρα της πρώτης δικασίμου που θα οριστεί επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, οπότε και καταργείται η σχετική δίκη²³. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να απορρίψει ρητά την προσφυγή ή και να συμπληρώσει την αιτιολογία της εμπρόθεσμα εκδοθείσας απορριπτικής απόφασης, με την προϋπόθεση ότι η σχετική πράξη θα περιέλθει στο δικαστήριο το αργότερο 6 ημέρες πριν από τη δικάσιμο (αρχική ή μετ' αναβολή) της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων²⁴. Ειδικά στην περίπτωση της συμπληρωματικής αιτιολογίας, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ανταπαντήσει με έμμεσο τρόπο σε προβαλλόμενους με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ισχυρισμούς²⁵.

²⁰ Άρθρο 4 παρ. 3 του ν. 3886/10.

²¹ ΣτΕ ΕΑ 239/11, 575/08, 1027/08, 25/06, 1054/05, 784/03, 195/02.

²² Σε περίπτωση σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, το Δικαστήριο ερευνά τους λόγους της που δε σχετίζονται προς τεχνική ή μη εκκαθαρισμένα, κατά το πραγματικό τους μέρος ζητήματα, παρόλο που δεν έχουν εξετασθεί από την αναθέτουσα αρχή (ΣτΕ ΕΑ 430/05, 839/03, 285/02). Όταν όμως οι λόγοι αυτοί ανάγονται προεχόντως σε τεχνικής φύσεως ζητήματα που ακριβώς λόγω της φύσεώς τους χρήζουν απάντησης από την αναθέτουσα αρχή, το Δικαστήριο κρίνει ότι η υπόθεση δεν είναι εκκαθαρισμένη κατά το πραγματικό της μέρος και ότι δε μπορεί να εξετάσει πρωτοτύπως τους λόγους αυτούς (ΣτΕ ΕΑ 50/11, 1029/07, 689/07).

²³ Εάν η αναθέτουσα αρχή δεν εκδώσει πράξη επί της προδικαστικής προσφυγής του ενδιαφερομένου μέχρι τη δέκατη πέμπτη ημέρα από την άσκησή της, τεκμαίρεται η σιωπηρή απόρριψή της που συνεπάγεται και την κίνηση της δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων. Η εν λόγω προθεσμία δεν διακόπτεται σε περίπτωση μεταγενέστερης ρητής απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής με σχετική πράξη της αναθέτουσας αρχής, ούτε προσβάλλεται η πράξη αυτή αυτοτελώς με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εντός νέας δεκαήμερης προθεσμίας (ΣτΕ ΕΑ 181/11). Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 του ν. 3886/10 παρέχεται στο δικαστήριο η εξουσία να επιβάλλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή ποσού από 500-5.000 ευρώ, εάν κρίνει ότι η παράλειψη αιτιολόγησης ή η καθυστερημένη αιτιολόγηση της απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή την ουσιαστική παροχή έννομης προστασίας

²⁴ Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 5 του ν. 3886/10 παρέχεται στο δικαστήριο η εξουσία να επιβάλλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή ποσού από 500-5.000 ευρώ, εάν κρίνει ότι η παράλειψη αιτιολόγησης ή η καθυστερημένη αιτιολόγηση της απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή την ουσιαστική παροχή έννομης προστασίας.

²⁵ Στην περίπτωση αυτή προβλέπεται η πρόσθετη υποχρέωση του αιτούντος να πληροφορηθεί εάν έχει περιέλθει στο Δικαστήριο έγγραφο με αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία για την απόρριψη

Ένας ακόμα νεωτερισμός του ν. 3886/10 σε σχέση με το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς αφορά στην επέκταση της αναστολής σύναψης της σύμβασης και με την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Με τη ρύθμιση αυτή αντιμετωπίζονται προβληματικές κατά το παρελθόν περιπτώσεις όπου, η σύναψη της σύμβασης λάμβανε χώρα μετά την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και πριν τη χορήγηση προσωρινής διαταγής, με τον κίνδυνο να ανατραπεί με την προσωρινή διαταγή, ή κατόπιν απόρριψης της προσωρινής διαταγής, με τον κίνδυνο να ανατραπεί εξαιτίας μεταγενέστερης ευδοκίμησης της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων. Ως εκ τούτου, πλέον η άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αναστέλλει τη σύναψη της σύμβασης, χωρίς όμως να εμποδίζει την εξέλιξη των επόμενων σταδίων του διαγωνισμού, εκτός κι αν χορηγηθεί διαφορετική προσωρινή διαταγή.

Στο στάδιο αυτό, μοναδικό εμπόδιο προς τα συμφέροντα του αιτούντος ασφαλιστικά μέτρα μπορεί να αποτελέσει η έκδοση προσωρινής διαταγής περί άρσης της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης, όταν ο δικαστής κρίνει το προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων²⁶. Δυνάμει της ανωτέρω ρύθμισης, διαπιστώνεται για πρώτη φορά περίπτωση που με την προσωρινή διαταγή μπορεί να διατάσσονται μέτρα προς βλάβη του αιτούντος ασφαλιστικά μέτρα και προς όφελος της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, μία άλλη συνέπεια του ανασταλτικού αποτελέσματος της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων είναι ότι, ο αιτών φέρει την υποχρέωση να ειδοποιήσει με κάθε πρόσφορο μέσο την αναθέτουσα αρχή για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, χωρίς παρόλα αυτά η μη τήρηση της υποχρέωσης αυτής να επιφέρει το απαράδεκτο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων²⁷.

Τέλος, ως αναγκαία συνέπεια της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης κατά τη διάρκεια της υποχρεωτικής ανασταλτικής περιόδου (από την προθεσμία και την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων) προβλέπεται με ρητή διάταξη ότι εάν η σύμβαση υπογραφεί κατά παράβαση των ανωτέρω, ουδόλως λαμβάνεται υπόψη από το Δικαστήριο, δεν αντιτάσσεται στον ενδιαφερόμενο, ούτε κωλύει την παροχή έννομης προστασίας²⁸.

Οι ρυθμίσεις του ν. 3886/10 δε φέρνουν ουσιαστικές αλλαγές στη σχέση αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και αίτησης ακύρωσης στο πεδίο των διαφορών πριν από τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων εξακολουθεί να μην τίθεται ως δικονομική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης, ενώ παράλληλα υφίσταται η υποχρέωση άσκησης της αίτησης ακύρωσης μετά την επιτυχή λήψη των ασφαλιστικών μέτρων με τους ήδη γνωστούς όρους και προϋποθέσεις. Αυτό που έχει ιδιαίτερο ενδιαφέρον είναι τα περιθώρια που παρέχονται στην αναθέτουσα αρχή να συμμορφωθεί με την απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων.

της προδικαστικής προσφυγής του και να καταθέσει υπόμνημα με συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της νέας αυτής αιτιολογίας πριν από τη συζήτηση της υπόθεσης (ΣτΕ ΕΑ 943/11).

²⁶ Σύμφωνα με τη ρύθμιση του άρθρου 5 παρ. 5 εδ. β'-γ' του ν. 3886/10, ακόμα κι αν η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων είναι βάσιμη, το δικαστήριο μπορεί να την απορρίψει, εάν από τη στάθμιση της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος κρίνεται ότι η παραδοχή της αίτησης θα προκαλέσει αρνητικές συνέπειες σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος.

²⁷ Η υποχρέωση του αιτούντος ασφαλιστικά μέτρα να ειδοποιήσει προς τούτο την αναθέτουσα αρχή εντάσσεται στη νέα ρύθμιση του άρθρου 63 παρ. 2 του ν. 4055/12 που αποσκοπεί την αντιμετώπιση του φαινομένου καθυστέρησης αποστολής του διοικητικού φακέλου στο αρμόδιο Δικαστήριο και ως εκ τούτου η μη τήρησή της δεν επιφέρει το απαράδεκτο της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (ΣτΕ ΕΑ 467/12).

²⁸ Άρθρο 6 του ν. 3886/10.

Ενόψει της ανάγκης αποτελεσματικής και άμεσης επίλυσης της διαφοράς, ο νομοθέτης προβλέπει για πρώτη φορά τη δυνατότητα της διοίκησης να συμμορφωθεί άμεσα με μια απόφαση προσωρινής προστασίας. Πλέον, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, λαμβάνοντας υπόψη το διατακτικό της απόφασης ασφαλιστικών μέτρων και το κατ' ουσίαν περιεχόμενό της, να ανακαλέσει ή να τροποποιήσει κατάλληλα την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη ή επί παραλείψει να προβεί στην έκδοση της οφειλόμενης πράξης, λήγοντας την οποία διαφορά²⁹. Σκοπός της ρύθμισης αυτής τόσο στο ν. 3886/10 όσο και στο νέο σχέδιο νόμου είναι προφανώς η οριστική εκκαθάριση της διαφοράς σε πρώιμο στάδιο.

Ομοίως με νέα διάταξη του ν. 3886/10 προβλέπεται ρητά η κατάργηση της ακυρωτικής δίκης στην περίπτωση που δεν ασκήθηκε ή ασκήθηκε ανεπιτυχώς η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και η σύμβαση υπογράφηκε και εκτελέστηκε πριν την ακυρωτική δίκη, με την επιφύλαξη αποδείξεως ιδιαίτερου έννομου συμφέροντος του αιτούντος.

Τέλος, μία νέα δυνατότητα που παρέχεται στον υποψήφιο ανάδοχο είναι να επιδιώξει δικαστικά την κήρυξη της ακυρότητας της υπογραφείσας σύμβασης³⁰. Το δικαίωμα αυτό έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και ασκείται μόνον σε περιοριστικά αναφερόμενες στην οικεία διάταξη περιπτώσεις, μεταξύ των οποίων οι πιο γνωστές αφορούν στην παράβαση της υποχρέωσης δημοσίευσης της προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε και στην παράβαση της υποχρεωτικής προθεσμίας αναστολής της υπογραφής της σύμβασης. Το ενδιαφέρον της ρύθμισης βρίσκεται σε τρία σημεία. Κατ' αρχήν, ο ενδιαφερόμενος μπορεί να επιδιώξει και την αναστολή εκτέλεσης της σύμβασης, μέσω αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και προσωρινής διαταγής. Το δεύτερο σημείο είναι ότι στην περίπτωση αυτή επανέρχεται το οργανικό κριτήριο, οπότε η αρμοδιότητα μεταξύ διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων προσδιορίζεται ανάλογα με το χαρακτήρα της αναθέτουσας αρχής ως νπδδ ή νπιδ και τρίτον η διακριτική ευχέρεια που παρέχει στο δικαστήριο, παρά τη διαπίστωση της ακυρότητας, να απορρίψει το ένδικο βοήθημα όταν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διατήρηση των αποτελεσμάτων της σύμβασης. Συνέπεια της δικαστικής απόφασης που ακυρώνει τη σύμβαση είναι προφανώς το ανενεργό της σύμβασης, η αναδρομική ακυρότητά της και η δυνατότητα ικανοποίησης των εκατέρωθεν απαιτήσεων των μερών βάσει των διατάξεων περί αδικαιολόγητου πλουτισμού.

Σε γενικές γραμμές, με το ν. 3886/10 ο έλληνας νομοθέτης, όχι μόνο πέτυχε την ενσωμάτωση στο εθνικό μας δίκαιο της οδηγίας 2007/66 ΕΚ με τις καινοτόμες ρυθμίσεις που αυτή επέβαλε, αλλά παρενέβη και με βελτιωτικές ρυθμίσεις επί των υφιστάμενων κανόνων έννομης προστασίας, καθιστώντας την προστασία των θιγόμενων προσώπων από τη διαδικασία ανάθεσης μιας δημόσιας σύμβασης πιο άμεση και αποτελεσματική. Το μοντέλο προσωρινής προστασίας που καθιέρωσαν τα δύο αυτά νομοθετήματα εξακολουθεί να ισχύει έως την 31.12.2016 καθώς, όπως προβλέπεται στο νέο σχέδιο νόμου για την έννομη προστασία στο στάδιο πριν από την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, από 01.01.2017 η ισχύς των διατάξεων του ν. 3886/2010 καταργείται.

4. Κριτική προσέγγιση των ρυθμίσεων του νέου σχεδίου νόμου σχετικά με

²⁹ Όπως ορίζεται στο άρθρο 5 παρ. 8 του ν. 3886/10, στην περίπτωση αυτή καταργείται η δίκη επί της αίτησης ακύρωσης καθώς δεν υφίσταται προσβαλλόμενη πράξη.

³⁰ Ο ενδιαφερόμενος μπορεί να ασκήσει επιπλέον και αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της συναφθείσας σύμβασης με αίτημα την αναστολή εκτέλεσής της, κατ' άρθρο 8 παρ. 8 του ν. 3886/10.

την έννομη προστασία κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων

Το νέο σχέδιο νόμου εισάγει ένα διαφορετικό στη δομή του μοντέλο προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, το οποίο στηρίζεται σε πρώτο επίπεδο στη θέσπιση και λειτουργία ενός νέου ανεξάρτητου οργάνου για την εξωδικαστική επίλυση των οικείων διαφορών με διευρυμένες εξουσίες, την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) και σε δεύτερο επίπεδο στην αποκλειστική αρμοδιότητα του ΣτΕ για την παροχή δικαστικής προστασίας κατά των αποφάσεων της ανωτέρω Αρχής.

Χαρακτηριστικό γνώρισμα των διατάξεων του νέου σχεδίου νόμου είναι ότι στοχεύει στην ενοποίηση και απλοποίηση του νομοθετικού πλαισίου που αφορά στην έννομη προστασία στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων. Ο στόχος αυτός επιτυγχάνεται με δύο τρόπους. Κατ' αρχήν, διευρύνεται το πεδίο εφαρμογής του νόμου στις διαφορές που αναφέρονται κατά την ανάθεση όλων των ειδών των δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως φύσεως, τύπου και οικονομικής αξίας. Με άλλα λόγια, το νέο σχέδιο νόμου εφαρμόζεται στις συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών, όπως και στις συμφωνίες-πλαίσιο, τα δυναμικά συστήματα αγορών και τις συμβάσεις παραχώρησης, αλλά και σε κάθε άλλου είδους δημόσιες συμβάσεις, ανεξάρτητα εάν η προϋπολογισθείσα αξία αυτών κείται άνω ή κάτω από τα χρηματικά όρια υπαγωγής στις ευρωπαϊκές οδηγίες. Έπειτα, θεσπίζεται μία ενιαία διαδικασία για την επίλυση όλων των ανωτέρω διαφορών και δίνεται αυξημένη βαρύτητα στην εξωδικαστική επίλυση αυτών, μέσω της λειτουργίας μίας ανεξάρτητης αρχής, στην οποία απονέμονται διευρυμένες αρμοδιότητες και εξουσίες με αποκλειστικό σκοπό το χειρισμό των προδικαστικών προσφυγών.

Δηλαδή, έως την έναρξη ισχύος των διατάξεων του νέου σχεδίου νόμου, η έννομη προστασία κινείται στο γνωστό άξονα της άσκησης κατ' αρχήν προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και έπειτα αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής, με δυνατότητα χορήγησης προσωρινής διαταγής, και αντίστοιχα αίτησης ακυρώσεως. Όμως, από τη θέση σε ισχύ των νέων διατάξεων, όλες οι διαφορές που ανακύπτουν κατά το προσυμβατικό στάδιο των δημοσίων συμβάσεων, ανεξαρτήτως αντικειμένου και αξίας, συγκεντρώνονται κατ' αρχήν στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, ενώ δικαστικά προσβάλλονται με αίτηση αναστολής και αίτηση ακύρωσης ενώπιον του ΣτΕ μόνον οι αποφάσεις της Αρχής.

Μέσα από τη διάρθρωση αυτή, ο νομοθέτης, παραμένοντας πιστός στις επιταγές της δικονομικής οδηγίας, επιχειρεί να ενισχύσει με όσο το δυνατόν περισσότερα μέσα την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών προκειμένου να επιτευχθεί ταχύτερη, αποτελεσματικότερη και ποιοτικότερη επί της ουσίας της διαφοράς προστασία των συμφερόντων των θιγομένων από τη διαγωνιστική διαδικασία, με απώτερο στόχο την οριστική εκκαθάριση της υπόθεσης εξωδικαστικώς. Πράγματι, η σύσταση ενός οργάνου διαφορετικού από την ίδια την αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει το διαγωνισμό, εξοπλισμένου αποκλειστικά και μόνον με την αρμοδιότητα χειρισμού των προδικαστικών προσφυγών, συγκαταλέγεται στα θετικά σημεία του νεοδομούντος συστήματος. Η πλήρης αποσύνδεση του χειρισμού των προδικαστικών προσφυγών από την εξυπηρέτηση τυχόν σκοπιμοτήτων εκ μέρους της έως σήμερα αρμόδιας αναθέτουσας αρχής, σε συνδυασμό με τη στελέχωση της Αρχής από πρόσωπα με υψηλό επίπεδο εξειδίκευσης επί του αντικειμένου των δημοσίων συμβάσεων, αυξάνουν τα περιθώρια διάγνωσης των πλημμελειών της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης και

παρέχουν τα αναγκαία εχέγγυα για την απονομή ποιοτικής και ουσιαστικής προστασίας στο επίπεδο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής. Από την άλλη πλευρά, θα έλεγε κανείς ότι η σύσταση και λειτουργία της ΑΕΠΠ με έδρα την Αθήνα ενισχύει τα χαρακτηριστικά της κεντρικής διοίκησης και δεσμεύει υπέρμετρα τους θιγόμενους διαγωνιζομένους σε ένα σύστημα που κινείται αποκλειστικά γύρω από την έδρα της Αρχής, μειώνοντας την ευελιξία και ταχύτητα του θεσμού. Δεδομένου ότι στο σχέδιο νόμου προβλέπεται η διάρθρωση και λειτουργία της ΑΕΠΠ σε 10 κλιμάκια, θα μπορούσε εναλλακτικά να προταθεί η λειτουργία των επιμέρους αρμόδιων κλιμακίων περιφερειακά, ώστε η πρόσβαση και παράσταση των θιγομένων ενώπιον αυτών να καθίσταται ευκολότερη και πιο άμεση.

Προς την κατεύθυνση της οριστικής εκκαθάρισης της υπόθεσης από το πρώτο επίπεδο προστασίας, οι ρυθμίσεις του νέου σχεδίου νόμου αποδίδουν στην προδικαστική προσφυγή, όχι μόνον υποχρεωτικό χαρακτήρα, αλλά και μεγαλύτερο βάρος και σπουδαιότητα. Από την οικεία διάταξη του σχεδίου νόμου προκύπτει ότι η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών μπορεί πλέον, όχι μόνον να αποφαινεται για την ακυρότητα ή μη προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, αλλά δύναται, στα πλαίσια εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής, να διατάσσει άλλα κατάλληλα μέτρα προσωρινής προστασίας, όπως και να κηρύσσει την ακυρότητα συναφθείσας σύμβασης.

Κατά τα λοιπά, όπως ορίζεται στο άρθρο 16 παρ. 2 του νέου σχεδίου νόμου, η προδικαστική προσφυγή εξακολουθεί να αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού των ενδίκων βοηθημάτων ενώπιον των δικαστηρίων. Ομοίως, εξακολουθεί να ισχύει ο αποκλεισμός τυχόν άλλων προβλεπόμενων σε ειδικά νομοθετήματα, διοικητικών προσφυγών κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής, ενώ διατηρούνται οι ενστάσεις κατά μη εκτελεστών πράξεων (εφόσον εκδίδονται τέτοιες).

Η προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής διαφοροποιείται ανάλογα με το είδος της προσβαλλόμενης πράξης και τον τρόπο που αυτή περιήλθε εις γνώσης του ενδιαφερομένου. Έτσι, τίθεται προθεσμία 10 ημερών, εφόσον η κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης έγινε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή προθεσμία 15 ημερών, εφόσον η κοινοποίηση έγινε με άλλα μέσα, σε κάθε περίπτωση προθεσμία 10 ημερών από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη γνώση της πράξης. Μάλιστα, προκειμένου να αποσαφηνιστεί το χρονικό σημείο που άρχεται η προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά του συνόλου της διακήρυξης ορίζεται ρητά ότι η πλήρης γνώση της διακήρυξης τεκμαίρεται μετά την πάροδο 10 ημερών από την ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ. Σε περίπτωση παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, ορίζεται προθεσμία 15 ημερών από την επόμενη της συντέλεσης της παράλειψης.

Από την άλλη πλευρά, στο σχέδιο νόμου περιέχονται νέες ρυθμίσεις σχετικά με τον τρόπο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής. Αυτές αφορούν στην ηλεκτρονική κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, την υποχρέωση χρήσης σχετικού τυποποιημένου εντύπου για την άσκησή της και την υποχρέωση καταβολής παράβολου ως προϋπόθεση του παραδεκτού της. Ειδικά σε ότι αφορά στο παράβολο, ο υπολογισμός του γίνεται κλιμακωτά με ανώτατο και κατώτατο όριο και θεσπίζεται δυνατότητα υπολογισμού του παράβολου επί του τμήματος για το οποίο κατατίθεται η προσφορά του προσφεύγοντος.

Στο νέο σχέδιο νόμου εξακολουθεί να ισχύει το αυτόματο ανασταλτικό αποτέλεσμα της σύμβασης, το οποίο μεταφέρεται χρονικά στο στάδιο της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ. Δηλαδή, πλέον η απαγόρευση σύναψης της σύμβασης εκκινεί με την προθεσμία άσκησης της προδικαστικής

προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ και με την άσκησή της. Κατά τα λοιπά, δεν εμποδίζεται η εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός κι αν η ΑΕΠΠ διατάξει με προσωρινή διαταγή ανάλογα μέτρα. Μάλιστα, από το συνδυασμό των άρθρων 20 και 25 του σχεδίου νόμου συνάγεται ότι η μη τήρηση της εκ του νόμου υποχρεωτικής αναστολής σύναψης της σύμβασης αποτελεί λόγο για την άσκηση αυτοτελούς προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, με αίτημα την κήρυξη της ακυρότητας της σύμβασης.

Η ανάδειξη της ΑΕΠΠ ως ανεξάρτητου οργάνου προσφυγών έχει ως αποτέλεσμα τη θέσπιση ειδικής διαδικασίας, η οποία δέον να τηρείται για το χειρισμό των προδικαστικών προσφυγών και τη λήψη αποφάσεων επί αυτών. Η διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ προσιδιάζει με την επ' ακροατηρίω διαδικασία καθώς η προδικαστική προσφυγή συζητείται σε ορισθείσα δικάσιμο, κατόπιν κλήτευσης όλων των μερών, κατ' αντιμωλίαν των διαδίκων, οι οποίοι έχουν το δικαίωμα εκπροσώπησης ενώπιον της αρχής

Επιπλέον, η Αρχή φέρει την ευθύνη για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Τούτο σημαίνει ότι, η Αρχή –και όχι ο προσφεύγων- επιφορτίζεται με την υποχρέωση κοινοποίησης της κατατεθείσας προσφυγής στην αναθέτουσα αρχή, την οποία καλεί εντός συγκεκριμένων προθεσμιών να κοινοποιήσει την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, προκειμένου αυτός να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία, και να διαβιβάσει στην αρχή φάκελο με τις απόψεις της όπως και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της προσφυγής προς τρίτους. Στο ίδιο πλαίσιο, η Αρχή αναλαμβάνει να ελέγξει εάν η αναθέτουσα αρχή συμμορφώθηκε με την υποχρέωση κοινοποίησης της προσφυγής προς τρίτα ενδιαφερόμενα πρόσωπα, άλλως αναλαμβάνει αυτή την εκπλήρωση της οικείας υποχρέωσης. Η ρύθμιση περί επιβολής χρηματικής ποινής σε βάρος της αναθέτουσας αρχής, σε περίπτωση παράλειψης αποστολής ή καθυστερημένης αποστολής φακέλου με τις απόψεις της και τα λοιπά στοιχεία της υπόθεσης μεταφέρεται στο στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και επιβάλλεται από την Αρχή όταν κατά την κρίση της –και σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες- καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερής η ουσιαστική παροχή δικαστικής προστασίας.

Σε ότι αφορά στην προσωρινή προστασία, από τις ρυθμίσεις του νέου σχεδίου νόμου συνάγεται ότι ο νομοθέτης υιοθετεί όλα τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της γνωστής έως σήμερα «αίτησης ασφαλιστικών μέτρων» του ν. 3886/10, ενσωματώνοντας αυτά κατά ένα μέρος στις οικείες ρυθμίσεις του άρθρου 22 του σχεδίου νόμου σχετικά με την παροχή προσωρινής προστασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ και κατά ένα άλλο μέρος στις ρυθμίσεις του άρθρου 29 σχετικά με την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Έτσι, στα πλαίσια των διευρυσμένων αρμοδιοτήτων που της απονέμει ο νέος νόμος, το νέο όργανο της ΑΕΠΠ μπορεί, κατόπιν σχετικού αιτήματος του προσφεύγοντος ή και αυτεπάγγελτα, να διατάσσει κατάλληλα μέτρα για την προσωρινή προστασία του προσφεύγοντος έως την έκδοση της απόφασής της επί της προδικαστικής προσφυγής (σε κάθε περίπτωση όχι μετά το πέρας της ορισθείσας προθεσμίας για την έκδοση της απόφασής της). Το παραδεκτό και βάσιμο της προδικαστικής προσφυγής δεν τίθενται ως προϋποθέσεις για τη λήψη των προσωρινών μέτρων, παρόλα αυτά στην οικεία διάταξη αναφέρεται ότι η ΑΕΠΠ ασκεί την εξουσία αυτή προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπονοώντας προφανώς ότι προσωρινά μέτρα διατάσσονται στις περιπτώσεις εκείνες που υπάρχουν βάσιμοι λόγοι να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή.

Όμοια με την απόφαση επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και της οικείας προσωρινής διαταγής του ν. 3886/10, εν προκειμένω η ΑΕΠΠ έχει την εξουσία να

διατάσσει προσωρινά μέτρα είτε μέσω της έκδοσης πράξης για την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, είτε με τη λήψη άλλου είδους προσωρινών μέτρων με σκοπό την επανόρθωση εικαζόμενης παράβασης ή την αποτροπή ζημίας των θιγόμενων συμφερόντων, όπως είναι η αναστολή της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης ή η αναστολή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Σε αυτό το πλαίσιο, εύλογα παρέχεται στο νέο όργανο η δυνατότητα να μην προβαίνει στη χορήγηση προσωρινών μέτρων, εάν σταθμίζοντας όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να ζημιωθούν και το δημόσιο συμφέρον, κρίνει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση προσωρινών μέτρων υπερτερούν από τα οφέλη μιας θετικής απόφασης.

Ένα ακόμα καινοτόμο στοιχείο του νέου σχεδίου νόμου αφορά στο χαρακτήρα των αποφάσεων του νέου οργάνου. Επηρεασμένος ο νομοθέτης από τη διαπίστωση της ανάγκης αιτιολόγησης των αποφάσεων των αναθετουσών αρχών επί των προδικαστικών προσφυγών του ν. 3886/10, πλέον προβλέπει ρητά την υποχρέωση της ΑΕΠΠ να αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας όλων των νομικών και πραγματικών ισχυρισμών που προβάλλονται εκ μέρους των εμπλεκόμενων μερών, με συνέπεια να καταργείται το τεκμήριο σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής μετά την πάροδο της τασσόμενης εκ του νόμου προθεσμίας. Στοχεύοντας, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, οι αποφάσεις της Αρχής να συμβάλλουν στην οριστική εκκαθάριση της κριθείσας διαφοράς, ο νομοθέτης καθιερώνει την υποχρεωτικότητα των εν λόγω αποφάσεων εκ μέρους των αναθετουσών αρχών, δεσμεύοντας τις τελευταίες να συμμορφώνονται με το διατακτικό των αποφάσεων της Αρχής, και αφού ανακαλέσουν ή τροποποιήσουν αναλόγως την προσβληθείσα πράξη, να εκδώσουν νέα. Άλλωστε, η προστιθέμενη αξία που αποκτούν οι αποφάσεις της ΑΕΠΠ συνάγεται εμμέσως και από το γεγονός ότι, παρά την υποχρεωτικότητα των εν λόγω αποφάσεων, σύμφωνα με άλλη ρύθμιση του σχεδίου νόμου, εξακολουθεί να επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η συμμόρφωση με τις αποφάσεις του δικαστηρίου επί της αίτησης αναστολής, σε περίπτωση που η κριθείσα διαφορά οδηγείται εν τέλει στο ΣτΕ, ακόμα κι αν το ένδικο βοήθημα της αίτησης αναστολής εξακολουθεί να προσφέρεται ως μέσο για την οριστική διάγνωση της διαφοράς.

Εν τέλει, ο ρόλος της ΑΕΠΠ ως ρυθμιστικού οργάνου της διαγωνιστικής διαδικασίας ενισχύεται ακόμα περισσότερο μέσα από την αρμοδιότητα που της απονέμει ο νέος νόμος να αποφασίζει την κήρυξη της ακυρότητας συναφθείσας σύμβασης, αρμοδιότητα που στα πλαίσια του ν. 3886/10 ασκείται αποκλειστικά και μόνον από τα δικαστήρια. Το δικαίωμα κήρυξης της σύμβασης άκυρης διατηρεί τον εξαιρετικό του χαρακτήρα και ασκείται αποκλειστικά και μόνο στις περιοριστικά αναφερόμενες στην οικεία διάταξη νόμου περιπτώσεις, οι οποίες είναι όμοιες με τις προβλεφθείσες στο ν. 3886/10. Ως εκ τούτου, κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας, υπό τη συνδρομή μιας εκ των περιπτώσεων του νόμου, μπορεί να επιδιώξει την ακυρότητα συναφθείσας σύμβασης, ασκώντας αυτοτελή προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ανεξάρτητης αρχής με το σχετικό αίτημα. Μάλιστα, σε αντίθεση με όσα προβλέπονται στην αντίστοιχη διάταξη του ν. 3886/10, εν προκειμένω η προδικαστική προσφυγή αναστέλλει την εκτέλεση της σύμβασης εωσότου εκδοθεί η απόφαση της αρχής, οπότε δεν τίθεται ζήτημα άσκησης αίτησης αναστολής προς τούτο. Παρόλα αυτά, η αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να υποβάλλει αίτημα προσωρινής προστασίας για να άρει την αναστολή αυτή.

Κατά τα λοιπά, οι ρυθμίσεις των άρθρων 26-28 του νέου σχεδίου νόμου αναφορικά με την κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης δε διαφοροποιούνται σε σχέση με τα ισχύοντα στις οικείες διατάξεις του ν. 3886/10. Πράγμα που σημαίνει ότι

εξακολουθούν να ισχύουν οι ρυθμίσεις σχετικά με τις περιπτώσεις που η διαδικασία προσφυγής για την κήρυξη της ακυρότητας της σύμβασης δεν εφαρμόζεται, όπως και οι ρυθμίσεις σχετικά με τη δυνατότητα μη κήρυξης της ακυρότητας για λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος, της επιβολής εναλλακτικών κυρώσεων ή της κήρυξης της ακυρότητας του ανεκτέλεστου μόνο μέρους της σύμβασης, όπως και οι έννομες συνέπειες της αναδρομικής ισχύος της ακυρότητας της σύμβασης και της θεμελίωσης εκατέρωθεν αξιώσεων αδικαιολόγητου πλουτισμού των μερών ένεκα της ακυρότητας.

Ολοκληρώνοντας, σε ότι αφορά στη δικαστική προστασία που παρέχεται στο στάδιο πριν από τη σύναψη της σύμβασης, στο νέο σύστημα είναι σαφές ότι η δικαστική προστασία παρέχεται μόνο κατά των αποφάσεων της ΑΕΠΠ. Τα ένδικα βοηθήματα που επιλέγει ο νομοθέτης είναι η αίτηση αναστολής, και όχι η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, και η αίτηση ακύρωσης επί των οποίων αποφάινεται το ΣτΕ. Λαμβάνοντας υπόψη ότι η εκ του νόμου απαγόρευση σύναψης της σύμβασης παύει με την έκδοση της απόφασης της Αρχής επί της προδικαστικής προσφυγής, όπως και ότι κατά τη διάρκεια της ενώπιον της Αρχής διαδικασίας μπορεί να μην έχουν διαταχθεί μέτρα για την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, και επομένως ο διαγωνισμός να έχει εξελιχθεί, ο νομοθέτης διευκρινίζει ότι μαζί με την απόφαση της αρχής θεωρούνται ως συμπροσβαλλόμενες και όλες οι μεταγενέστερες αυτής και συναφείς με την απόφαση πράξεις/παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής.

Για τη διαδικασία προσβολής των αποφάσεων της αρχής ενώπιον των δικαστηρίων ισχύουν οι γενικές δικονομικές διατάξεις των ακυρωτικών διαφορών με ορισμένες αναγκαίες εξαιρέσεις που προβλέπονται ρητά στις διατάξεις του σχεδίου νόμου. Στην ουσία πρόκειται για τις διατάξεις με τις οποίες διατηρούνται γνωστές ρυθμίσεις του ν. 3886/10 σχετικά με τον αυτοτελή χαρακτήρα της αίτησης αναστολής έναντι της αίτησης ακύρωσης, την άσκηση της αίτησης ακύρωσης εντός ορισθείσας προθεσμίας από την απόφαση της αναστολής, τη δυνατότητα συμμόρφωσης της διοίκησης με την απόφαση επί της αναστολής όπως και το βάρος της απόφασης επί της αίτησης αναστολής στην οριστική εκκαθάριση της διαφοράς.

Αξιοσημείωτο από δικονομικής απόψεως είναι ότι στο νέο σχέδιο νόμου ο νομοθέτης κάνει λόγο για αίτηση αναστολής και όχι για αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, ακόμα κι αν η φερόμενη ως αίτηση αναστολής διατηρεί αλώβητα πολλά από τα χαρακτηριστικά της γνωστής έως σήμερα «αίτησης ασφαλιστικών μέτρων». Η πρόβλεψη αυτή δημιουργεί εύλογα έναν προβληματισμό σχετικά με τα περιθώρια διάπλασης της έννομης προστασίας σε σχέση με τα αντίστοιχα περιθώρια που παρέχονται στην περίπτωση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, και φυσικά δεδομένου ότι στο παρόν στάδιο αυτό που επιδιώκεται είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, ακόμα κι αν υπάρχουν τα περιθώρια να διαταχθούν και άλλα κατάλληλα μέτρα. Από την άλλη πλευρά, ο νομοθέτης ξεφεύγει από τα αυστηρά χρονικά όρια για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, μάλιστα αποφεύγει να θέσει ρητή προθεσμία για την άσκηση της αίτησης αναστολής. Βέβαια, λαμβάνοντας υπόψη ότι στο σχέδιο νόμο η αίτηση αναστολής διατηρεί τον αυτοτελή χαρακτήρα της έναντι της αίτησης ακύρωσης, γεννάται ένας επιπλέον προβληματισμός σχετικά με την προθεσμία για την άσκηση της αίτησης αναστολής, η οποία δέον να καθορίζεται. Τέλος, η διάσταση μεταξύ αίτησης αναστολής και αίτησης ασφαλιστικών μέτρων αντανάκλαται και στο εύρος του ελέγχου που ενεργεί ο δικαστής προκειμένου να κάνει δεκτό το εκάστοτε ένδικο βοήθημα καθώς στην περίπτωση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων εξετάζεται η σοβαρή πιθανολόγηση της κριθείσας παράβασης ενώ στην περίπτωση της αίτησης αναστολής το προδήλως βάσιμο της αίτησης ακύρωσης σε συνδυασμό με την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς

επανορθώσιμη βλάβη.

Είναι προφανές ότι οι ρυθμίσεις του νέου σχεδίου νόμου σχετικά με τη διαφοροποίηση του πλαισίου δικαστικής προστασίας έναντι των αποφάσεων της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, και φυσικά σχετικά με το νέο ρόλο που έρχεται να διαδραματίσει η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών στο πεδίο της εξωδικαστικής επίλυσης των διαφορών από δημόσιες συμβάσεις, όπως και το χαρακτήρα της αρχής ως ανεξάρτητου ή μη οργάνου θα αποτελέσουν το έναυσμα για τη διατύπωση νέων προβληματισμών και τον εμπλουτισμό της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων από τη θέση σε ισχύ των ρυθμίσεων του νέου σχεδίου νόμου.

ΔΗΜΟΣΙΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ, ΔΙΑΦΑΝΕΙΑ Ή ΔΙΑΦΘΟΡΑ;

Ζαχαρούλα Κατσιγιαννη, Δικηγόρος Αθηνών

Εισαγωγή

Στο άκουσμα των λέξεων δημόσιες συμβάσεις, δημόσιοι διαγωνισμοί, διοίκηση, όροι και προδιαγραφές των διακηρύξεων, ο κοινός νους σκέφτεται κατ' ευθείαν εστίες διαφθοράς, και διαπλοκής και φαινόμενα αδιαφάνειας και διασπάθισης του δημόσιου χρήματος. Η αυτόματη αυτή σύνδεση βέβαια ούτε απέχει από την πραγματικότητα λαμβανομένου υπ' όψιν ότι σύμφωνα με τα αποτελέσματα της Διεθνούς Διαφάνειας, η Ελλάδα κατατάσσεται μεταξύ των χωρών της Ευρωπαϊκής Ένωσης με αρκετά υψηλούς δείκτες διαφθοράς και παραοικονομίας, αλλά ούτε προκαλεί ιδιαίτερη εντύπωση, αν αναλογιστεί κανείς ότι ο τομέας των δημοσίων συμβάσεων αποτελεί, όχι μόνο για την Ελλάδα, αλλά για όλα τα κράτη, ένα "γκρίζο πεδίο", όπου παρουσιάζονται τα περισσότερα κρούσματα παράνομης δράσης της διοίκησης, μεθοδεύονται πρακτικές κατά της διαφάνειας, του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού, διακυβεύονται πολλά και σημαντικά οικονομικά συμφέροντα και κυρίως τεράστιες ποσότητες χρημάτων τυγχάνουν διαχείρισης από δημόσιους λειτουργούς.

Δεν είναι τυχαίο λοιπόν που το πανδημικό φαινόμενο της διαφθοράς στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων, μια αγοράς που υπολογίζεται ότι αντιπροσωπεύει ποσοστό περίπου 20% του Α.Ε.Π.¹, έχει αναδειχθεί σε υψίστης σημασία ζήτημα για την Ευρωπαϊκή Ένωση, η οποία προέβη σε μια νέα γενιά Οδηγιών, 2014/23/ΕΕ², 2014/24/ΕΕ³ και 2014/25/ΕΕ⁴, με σκοπό τον ριζικό εκσυγχρονισμό των δημοσίων συμβάσεων στην Ευρωπαϊκή Ένωση, συμβάλλοντας στην υλοποίηση των στόχων της στρατηγικής "Ευρώπη 2020"⁵ για έξυπνη, βιώσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη. Στόχος των νέων αυτών Οδηγιών είναι η ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ιδίως με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων, ελεύθερης παροχής υπηρεσιών και ελεύθερης εγκατάστασης, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από αυτές, όπως είναι η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής των διακρίσεων, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της αναλογικότητας και της διαφάνειας, η πλέον αποδοτική χρήση των δημοσίων πόρων, η πάταξη του οργανωμένου

¹ Κατευθυντήρια οδηγία 9/2015: "Καταπολέμηση της διαφθοράς κατά τη διεξαγωγή δημοσίων διαγωνισμών", Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων- 2015, Δελτίον Δομικής Νομοθεσίας και Νομολογίας 2015, τεύχ. III, σελ. 298-316

² Οδηγία 2014/23/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με την ανάθεση συμβάσεων παραχώρησης

³ Οδηγία 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

⁴ Οδηγία 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ

⁵ Ανακοίνωση της Επιτροπής, της 3ης Μαρτίου 2010, με τίτλο Ευρώπη 2020: Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη

εγκλήματος και της διαφθοράς, η εξασφάλιση της διαφάνειας, το άνοιγμα των συμβάσεων στον ανταγωνισμό, η αύξηση της αποδοτικότητας των δημοσίων δαπανών με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και ο εκσυγχρονισμός της διαδικασίας που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

Σοβαρό εμπόδιο στην επίτευξη των ανωτέρω στόχων, και δη στην ελεύθερη αγορά και τον ανταγωνισμό και στην εν γένει διασφάλιση των ενωσιακών αρχών της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης συμμετοχής των οικονομικών φορέων στις αναθέσεις δημοσίων συμβάσεων, αποτελούν οι τεχνικές προδιαγραφές⁶.

Το ερώτημα που θα μας απασχολήσει λοιπόν είναι κατά πόσο είναι νόμιμη η διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών, η ανάδειξη αναδόχων και η ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, τη στιγμή που η Διοίκηση, κατά την ανέλεγκτη κρίση της, έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια ως προς την επιλογή των τεχνικών προδιαγραφών και ως προς τη σκοπιμότητα των εν λόγω επιλογών της⁷ και οι κρίσεις της επί τεχνικών ζητημάτων καθίστανται ανέλεγκτες από το Δικαστήριο⁸, με αποτέλεσμα τη ματαίωση του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας, ουσιώδη δηλαδή ζητήματα τα οποία σκόπιμα μάλλον αποσιωπούνται τεχνηέντως και δε μας προβληματίζουν.

Τεχνικές Προδιαγραφές - Ισχύον Νομικό Πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Η κεντρική θέση που κατέχει η αρχή της διαφάνειας, του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού στο ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές, αποτυπώνεται τόσο στις ήδη καταργηθείσες όσο και στις νέες Οδηγίες.

2.1 Τεχνικές Προδιαγραφές

Η Οδηγία 2014/24/ΕΕ στο άρθρο 42 διαλαμβάνει ειδικές διατάξεις για τις προδιαγραφές. Συγκεκριμένα ορίζει ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στο παράρτημα VII σημείο 1 παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και ορίζουν τα χαρακτηριστικά που απαιτείται να έχουν τα έργα, οι υπηρεσίες ή τα αγαθά. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στην ειδική διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και βρίσκονται σε αναλογία με την αξία και τους στόχους της.....2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία προμήθειας και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό....4. Εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπου ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Κατ' εξαίρεση μόνο επιτρέπεται από τις Οδηγίες η εν λόγω μνεία, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει αρκούντως ακριβής και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου

⁶ βλ. σημείο 1 του παραρτήματος VII της Οδηγίας 2014/24 και σημείο 1 του Παραρτήματος VIII της Οδηγίας 2014/25

⁷ ΔΕΦ ΑΘ 296/2013

⁸ ΔΕΦ ΠΕΙΡ (ΑΣΦ) 71/2013

της σύμβασης και υπό την αυστηρή προϋπόθεση ότι θα συνοδεύεται από τους όρους «ή ισοδύναμο»....».

Περαιτέρω, με βάση την αιτιολογική σκέψη 74 της Οδηγίας 2014/24: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές θα πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για το σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά, συμπεριλαμβανομένων όσων καταρτίζονται βάσει των κριτηρίων απόδοσης, βάσει του κύκλου ζωής και της βιωσιμότητας της διαδικασίας παραγωγής των έργων, αγαθών και υπηρεσιών. Κατά συνέπεια οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό».

Αντίστοιχα, στο άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ διαλαμβάνονται τα ακόλουθα περί των τεχνικών προδιαγραφών:

«1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στο παράρτημα VIII σημείο 1 παρατίθενται στα έγγραφα της προμήθειας. Οι τεχνικές προδιαγραφές ορίζουν τα χαρακτηριστικά που απαιτείται να έχουν τα έργα, οι υπηρεσίες ή τα αγαθά. Τα εν λόγω χαρακτηριστικά μπορεί επίσης να αναφέρονται στην ειδική διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και βρίσκονται σε αναλογία με την αξία και τους στόχους της...2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία προμήθειας και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό...4. Εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπου ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει αρκούντως ακριβής και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παραγράφου 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τους όρους "ή ισοδύναμο"....».

Σύμφωνα δε με την αιτιολογική σκέψη 83 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ: «Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές θα πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για το σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των τεχνικών λύσεων, προτύπων και τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά, συμπεριλαμβανομένων όσων καταρτίζονται με βάση κριτήρια επιδόσεων που συνδέονται με τον κύκλο ζωής και τη βιωσιμότητα της διαδικασίας παραγωγής των έργων, αγαθών και υπηρεσιών. Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η

κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών με κριτήριο τις απαιτήσεις λειτουργίας και επιδόσεων γενικά επιτρέπει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Οι απαιτήσεις λειτουργίας και επιδόσεων συνιστούν επίσης ενδεδειγμένα μέσα για την προώθηση της καινοτομίας στις δημόσιες προμήθειες και θα πρέπει να χρησιμοποιούνται όσο το δυνατόν εκτενέστερα. Όταν γίνεται αναφορά σε ευρωπαϊκό πρότυπο ή, ελλείψει αυτού, σε εθνικό πρότυπο, θα πρέπει να εξετάζονται από τους αναθέτοντες φορείς προσφορές βασιζόμενες σε άλλες ισοδύναμες λύσεις που πληρούν τις απαιτήσεις των αναθετόντων φορέων και είναι ισοδύναμες από άποψη ασφάλειας. Υπεύθυνος για την απόδειξη της ισοδυναμίας με το απαιτούμενο σήμα θα πρέπει να είναι ο οικονομικός φορέας. Για την απόδειξη της ισοδυναμίας, θα πρέπει να είναι δυνατόν να υποχρεωθούν οι προσφέροντες να υποβάλουν στοιχεία επαληθευμένα από τρίτους. Ωστόσο, θα πρέπει επίσης να επιτρέπονται άλλα ενδεδειγμένα αποδεικτικά μέσα, όπως ο τεχνικός φάκελος του κατασκευαστή, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν έχει πρόσβαση στα εν λόγω πιστοποιητικά ή εκθέσεις δοκιμών ούτε δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, υπό την προϋπόθεση ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι τα έργα, τα αγαθά και οι υπηρεσίες πληρούν τις απαιτήσεις ή τα κριτήρια που προβλέπονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης σύμβασης.».

Προκειμένου να ενισχυθούν και να τηρηθούν οι θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και προστασίας του γνήσιου και ελεύθερου ανταγωνισμού κατά το προσυμβατικό στάδιο των διαγωνιστικών διαδικασιών, οι Οδηγίες εισάγουν καίριες ρυθμίσεις αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές, που προβλέπουν προληπτικούς, αλλά και κατασταλτικούς μηχανισμούς τήρησης των ανωτέρω αρχών. Ειδικότερα:

2.2 Προκαταρκτικές διαβουλεύσεις της αγοράς

Με τα άρθρα 40 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 58 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, τα οποία παρατίθενται επί λέξει κατωτέρω, εισάγεται μια βασική καινοτομία, η οποία συνίσταται στη διεξαγωγή προκαταρκτικών διαβουλεύσεων των αναθετουσών αρχών (2014/24/ΕΕ) / αναθέτοντων φορέων (2014/25/ΕΕ) με τους φορείς της αγοράς κατά την κρίσιμη φάση της διαμόρφωσης των προδιαγραφών, με σκοπό τον περιορισμό, αν όχι την εξάλειψη, φαινομένων τεχνητών αποκλεισμών.

Άρθρο 40 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Πριν δρομολογήσουν διαδικασία προμήθειας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διεξάγουν διαβουλεύσεις με την αγορά, προκειμένου να προετοιμάζουν την προμήθεια και να ενημερώνουν τους οικονομικούς φορείς για τα σχέδια και τις απαιτήσεις τους όσον αφορά τις προμήθειες. Για τον σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, επί παραδείγματι, να ζητούν ή να δέχονται τις συμβουλές ανεξάρτητων εμπειρογνομόνων ή αρχών ή συμμετεχόντων της αγοράς. Οι εν λόγω συμβουλές μπορούν να χρησιμοποιούνται για τον σχεδιασμό και τη διεξαγωγή της διαδικασίας προμήθειας, εφόσον οι εν λόγω συμβουλές δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και την παραβίαση των αρχών της αποφυγής των διακρίσεων και της διαφάνειας.».

Άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ: «Πριν δρομολογήσουν διαδικασία προμήθειας, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να διεξάγουν διαβουλεύσεις με την αγορά, προκειμένου να προετοιμάζουν την προμήθεια και να ενημερώνουν τους οικονομικούς φορείς για τα

σχέδια και τις απαιτήσεις τους όσον αφορά τις προμήθειες. Για τον σκοπό αυτόν, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν, επί παραδείγματι, να ζητούν ή να δέχονται τις συμβουλές ανεξάρτητων εμπειρογνομόνων ή αρχών ή συμμετεχόντων της αγοράς. Οι εν λόγω συμβουλές μπορούν να χρησιμοποιούνται για τον σχεδιασμό και τη διεξαγωγή της διαδικασίας προμήθειας, εφόσον οι εν λόγω συμβουλές δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και την παραβίαση των αρχών της αποφυγής των διακρίσεων και της διαφάνειας.».

2.3 Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων

Οι ρυθμίσεις των άρθρων 41 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 59 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ είναι εξέχουσας σημασίας, καθ' ότι με αυτές εισάγεται και εμπεδώνεται στη διοικητική πρακτική η υποχρέωση λήψης κατάλληλων μέτρων από μέρους των αναθετουσών αρχών, σε περίπτωση προηγούμενης εμπλοκής των υποψηφίων ή προσφερόντων στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, προς διασφάλιση της μη στρέβλωσης του ανταγωνισμού.

Ειδικότερα, τα σχετικά άρθρα των Οδηγιών ορίζουν επί λέξει τα ακόλουθα:

Άρθρο 41 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στην αναθέτουσα αρχή, είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 40, ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα. Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας και τον προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο ενδιαφερόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιον αποκλεισμό, παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα μέτρα που λαμβάνονται τεκμηριώνονται στη χωριστή έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 84.».

Άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ: «Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στον αναθέτοντα φορέα, είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 58, ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας, ο αναθέτων φορέας λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα. Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας και τον προσδιορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο ενδιαφερόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Πριν από οποιονδήποτε τέτοιον αποκλεισμό, παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να

αποδειξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας προμήθειας δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα μέτρα που λαμβάνονται τεκμηριώνονται στη χωριστή έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 100.».

2.4 Σύγκρουση συμφερόντων

Προς καταπολέμηση φαινομένων διαφθοράς, εισάγονται με τα άρθρα 24 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 42 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αυστηρές εγγυήσεις διαφάνειας, οι οποίες συνίστανται στην υποχρέωση των αναθέτουσών αρχών να λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση/επίλυση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών ανάθεσης προμηθειών.

Τα σχετικά άρθρα των Οδηγιών έχουν ως εξής:

Άρθρο 24 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών προμήθειας, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων καλύπτει τουλάχιστον οποιαδήποτε κατάσταση κατά την οποία μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή παρόχου υπηρεσιών προμηθειών ενεργούντος εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής τα οποία συμμετέχουν στη διεξαγωγή της διαδικασίας προμήθειας ή μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον που θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας προμήθειας.».

Άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ: «Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν κατάλληλα μέτρα για την αποτελεσματική πρόληψη, τον εντοπισμό και την επίλυση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών προμηθειών ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. Η έννοια της σύγκρουσης συμφερόντων καλύπτει τουλάχιστον οποιαδήποτε κατάσταση κατά την οποία μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή παρόχου υπηρεσιών προμηθειών ενεργούντος εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής τα οποία συμμετέχουν στη διεξαγωγή της διαδικασίας προμήθειας ή μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον που θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας προμήθειας.».

Παράνομες πρακτικές της Διοίκησης

Σύμφωνα με το Έκτακτο Ευρωβαρόμετρο του 2013 για τη διαφθορά στις επιχειρήσεις, περισσότερες από τρεις στις δέκα (32%) επιχειρήσεις στα κράτη μέλη που συμμετείχαν σε δημόσιες συμβάσεις, ισχυρίζονται ότι η διαφθορά τους εμπόδισε να κερδίσουν κάποιο συμβόλαιο.

Είναι κοινός τόπος ότι η επιλογή των τεχνικών προδιαγραφών και ο τρόπος με τον οποίο αυτές διατυπώνονται δεν είναι πάντα τόσο «καθαρό παιχνίδι», αλλά προκαθορίζεται και επικαθορίζεται από διάφορες συμπαιγνίες.

Τέτοιου είδους συμπαιγνίες και παράνομες πρακτικές της διοίκησης και διαφθοράς του συστήματος των δημοσίων συμβάσεων αποτελούν, μεταξύ άλλων, η

συγγραφή «φωτογραφικών» τεχνικών προδιαγραφών από μέρους της διοίκησης προς όφελος συγκεκριμένων υποψηφίων αναδόχων, οι ασαφείς ή οι ειδικές τεχνικές προδιαγραφές, η παράλειψη απαντήσεων – διευκρινίσεων ή οι ανεπαρκείς ή μη έγκαιρες απαντήσεις - διευκρινίσεις ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές από μέρους των αναθετουσών αρχών ή/και η παράλειψη κοινοποίησης αυτών σε όλους τους υποψήφιους, η παρά το νόμο εσωτερική πληροφόρηση των διαγωνιζομένων από υπαλλήλους της αναθετουσών αρχών κατά παράβαση του νόμου, τα ασαφή κριτήρια αξιολόγησης και επιλογής των αναδόχων, η συμμετοχή των διαγωνιζομένων κατά το σχεδιασμό της συγγραφής των τεχνικών προδιαγραφών των διακηρύξεων, ο αυθαίρετος ή αδικαιολόγητος αποκλεισμός, η επιστροφή στον θιγόμενο υποψήφιο της οικονομικής του προσφοράς, ο στοχευμένος υπολογισμός της αξίας της σύμβασης⁹.

Αποτέλεσμα των ανωτέρω είναι να επιτυγχάνεται η στρέβλωση του ανταγωνισμού, να μην εξασφαλίζεται ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες, να δημιουργούνται αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό, να διαμορφώνονται μονοπώλια στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, να συρρικνώνεται το δημόσιο συμφέρον, να περιφρονούνται ή/και ματαιώνονται τα δικαιώματα των υποψηφίων αναδόχων, οι μίζες, οι δωροδοκίες, οι αθέμιτες εξυπηρετήσεις να γίνονται συνήθεις πρακτικές, τα δημόσια έσοδα να συρρικνώνονται, να απειλείται η εθνική οικονομία από την κατασπατάληση του δημόσιου χρήματος και να επιβαρύνεται το δημόσιο χρέος, να καθυστερούν ή να ματαιώνονται οι διαγωνισμοί ή να ακυρώνεται η υλοποίηση δημόσιων επενδύσεων, συμπεριλαμβανομένων των κονδυλίων των ευρωπαϊκών ταμείων, που θα υπηρετούσαν την ανάπτυξη, την ενίσχυση της απασχόλησης και τη μεταστροφή του οικονομικού κλίματος.

Το ανέλεγκτο των τεχνικών κρίσεων της Διοίκησης

Το με απόλυτα νομική κατασκευή και νόμιμη θωράκιση ανέλεγκτο και ανέγγιχτο της Δημόσιας Διοίκησης όσον αφορά τις τεχνικές κρίσεις διασφαλίζεται και υποβοηθείται από το ίδιο το θεσμικό πλαίσιο:

4.1 Η φύση και η έκταση του ελέγχου που ασκεί ο δικαστής κατά το προσυμβατικό στάδιο

Ούτε τα δικαστήρια είναι τεχνικά όργανα ούτε οι δικαστές έχουν τεχνικές γνώσεις. Δεδομένου ότι από τις πράξεις που εκδίδονται κατά το προσυμβατικό στάδιο αναφύονται ακυρωτικές διοικητικές διαφορές, ο διενεργούμενος επί της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων δικαστικός έλεγχος, όπως και επί της σχετικής αίτησης ακύρωσης, είναι έλεγχος νομιμότητας, έχει δηλαδή ως αντικείμενο τη διακρίβωση του αν μια συγκεκριμένη πράξη ή παράλειψη είναι σύμφωνη ή βρίσκεται σε αρμονία με τους κανόνες δικαίου που διέπουν την έκδοσή της¹⁰. Σε περίπτωση που ανάγονται, επομένως, ενώπιον των δικαστών τεχνικής φύσεως ζητήματα, δεν προβαίνουν σε έλεγχο της ορθότητας των τεχνικών κρίσεων της Διοίκησης, παρά αρκούνται για τα θέματα αυτά σε έλεγχο πληρότητας και επάρκειας της αιτιολογίας, ελέγχοντας παράλληλα τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης.

⁹ Έκθεση της Επιτροπής προς το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο - Έκθεση της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την καταπολέμηση της διαφθοράς COM (2014) 38

¹⁰ Πρεβεδούρου, Η έκταση του ελέγχου του δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων κατά το Ν. 3886/2010 (γνωμ.), ΘΠΔΔ, σελ. 960 κ' επ.

Όταν η αναθέτουσα αρχή έχει συνεκτιμήσει τις τεχνικού χαρακτήρα αιτιάσεις και έχει απαντήσει σε αυτές, ο αιτών, και αν ακόμη αμφισβητήσει την νέα πράξη, στο βαθμό που βάλλει κατά της ανέλεγκτης ακυρωτικά τεχνικής κρίσης της Διοίκησης, λίγες πιθανότητες έχει να δει την αίτηση του να γίνεται δεκτή¹¹. Στην περίπτωση όμως, που ουσιώδεις τεχνικού χαρακτήρα αιτιάσεις υποβλήθηκαν στην αναθέτουσα αρχή στα πλαίσια της προδικαστικής προσφυγής και παρέμειναν αναπάντητες από την αναθέτουσα αρχή, το δικαστήριο, δοθέντος ότι το ίδιο δεν μπορεί να τις εξετάσει κατ' ουσία, πιθανολογεί σοβαρά ότι μη νόμιμα απορίφθηκαν σιωπηρά.

Επί σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής, από τη μελέτη της νομολογίας συνάγεται ότι, το δικαστήριο ερευνά τους λόγους της που δεν σχετίζονται προς τεχνικά ή μη εκκαθαρισμένα, κατά το πραγματικό τους μέρος, ζητήματα, παρόλο που δεν έχουν εξετασθεί από την Αναθέτουσα Αρχή¹². Όταν, όμως, οι λόγοι αυτοί ανάγονται προεχόντως σε τεχνικής φύσεως ζητήματα, που, ως εκ της φύσεώς τους, χρήζουν απαντήσεως από τη Διοίκηση, η υπόθεση δεν είναι κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως εκκαθαρισμένη κατά το πραγματικό της μέρος και το δικαστήριο δεν μπορεί να τους εξετάσει πρωτοτύπως, με αποτέλεσμα η προβαλλόμενη σιωπηρή απόρριψη της αιτούσας να πιθανολογείται σοβαρά ως πλημμελώς αιτιολογημένη. Στην περίπτωση αυτή το δικαστήριο δέχεται την αίτηση και αναστέλλει την εκτέλεση της πράξης¹³.

Σύμφωνα δε με το άρθρο 4 παρ. 3 του Ν. 3886/2010, δεν επιτρέπεται η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά πράξης, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου. Ως εκ τούτου, ο θιγόμενος υπονήπιος υποχρεούται να ασκήσει απ' ευθείας αίτηση ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου, με αποτέλεσμα τεχνικού χαρακτήρα αιτιάσεις να προβάλλονται το πρώτον στον δικαστή των ασφαλιστικών.

Ανάλογο φαινόμενο αποτελεί και όταν ο αιτών ασκεί αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής και η αναθέτουσα αρχή εκδώσει μετά την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ρητή απόρριψη προβάλλοντας τεχνικούς λόγους. Ο αιτών αναγκαστικά θα επικαλεστεί μέσω υπομνήματος τεχνικού χαρακτήρα αιτιάσεις ενώπιον του δικαστηρίου, το οποίο όμως δεν είναι σε θέση και δε δύναται εκ των πραγμάτων να ελέγξει. Κατά πάσα πιθανότητα το δικαστήριο θα οδηγηθεί σε αναβλητική απόφαση, ώστε να διαφωτισθεί πώς αντιμετωπίζει η αναθέτουσα αρχή τις τεχνικές αυτές αιτιάσεις του αιτούντος, όπερ συνεπάγεται ανεπιθύμητη καθυστέρηση των διαγωνιστικών διαδικασιών¹⁴.

Εκ των ανωτέρω, προκύπτει ανενδοίαστα ότι εκφεύγει του δικαστικού ελέγχου – και μάλιστα μέσα στα πλαίσια της νομιμότητας - εξαιρετικά μεγάλο μέρος των διοικητικών αποφάσεων τεχνικής φύσεως, αφήνοντας ευρύτατο πεδίο κινήσεων στη διοίκηση - ουσιαστικά χωρίς οιονδήποτε έλεγχο.

¹¹ Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010 – 2^η Έκδοση, 2013

¹² Ε.Α. 477/2009, 430/2005, 839/2003, 285/2002

¹³ Ε.Α. 1227, 1029, 744, 689, 589, 508/2007

¹⁴ ΔΕΦ ΠΕΙΡ. ΑΣΦ 71/2013, ΣτΕ ΕΑ 423/2011, 618/2010

4.2 Μη επιτρεπτή η εκ νέου αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή έχει μόνο δύο περιορισμούς, (α) δεν μπορεί να υπογράψει τη σύμβαση¹⁵ και δεν μπορεί να κάνει κάτι που της απαγορεύει ο δικαστής¹⁶. Στην περίπτωση που σε διαγωνισμό έχει ανακύψει διαφορά που αφορά στο αποτέλεσμα της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, δεν υποχρεούται εξ αυτού του λόγου η αναθέτουσα αρχή να αναμείνει την έκβαση της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων προκειμένου να ανοίξει τις οικονομικές προσφορές, ενόσω δεν της έχει κοινοποιηθεί προσωρινή διαταγή με τέτοιο περιεχόμενο. Σε περίπτωση δε που προβεί στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών πριν τη δημοσίευση της απόφασης των ασφαλιστικών μέτρων ενεργεί ιδίω κινδύνω, διότι, αν, τελικώς, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων γίνει δεκτή, δε θα είναι δυνατή η συνέχιση του διαγωνισμού με αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών, εφόσον η εκ νέου αξιολόγηση τεχνικής προσφοράς με γνωστές ήδη τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων παραβιάζει την αρχή της μυστικότητας του διαγωνισμού και δεν διασφαλίζει συνθήκες διαφάνειας και πραγματικού ανταγωνισμού¹⁷.

Συνεπώς, εάν, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, κριθεί ότι υπάρχει πλημμέλεια αναγόμενη στο στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, η οποία καθιστά αναγκαία για την επιλογή του αναδόχου την εκ νέου αξιολόγησή τους, τούτο συνεπάγεται, κατ' αρχήν, τη ματαίωση του διαγωνισμού και επαναπροκήρυξή του, αφού είναι, κατά τα ανωτέρω, ανεπίτρεπτη η νέα αυτή αξιολόγηση¹⁸.

4.3 Η φύση και το εύρος του ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο

Ο έλεγχος¹⁹ που ασκείται από τα Κλιμάκια του Ελεγκτικού Συνεδρίου είναι αποκλειστικά και μόνο έλεγχος νομιμότητας της διαδικασίας και σε καμία περίπτωση έλεγχος σκοπιμότητας. Στο πλαίσιο του ελέγχου αυτού, δεσμεύεται από το προσωρινό ή οριστικό δεδικασμένο των αποφάσεων άλλων δικαστηρίων, τα οποία επιλαμβάνονται αρμοδίως της επίλυσης διαφορών που γεννώνται κατά το στάδιο κατάρτισης των δημοσίων συμβάσεων.²⁰ Το αρμόδιο όργανο ελέγχου στοχεύει στη διαπίστωση τυχόν νομικών πλημμελειών σε πράξεις της διαδικασίας που προηγείται της κατάρτισης της σχετικής σύμβασης και δεν υποκαθιστά τα αρμόδια διοικητικά όργανα στην ουσιαστική εκτίμηση των πραγμάτων αλλά ούτε ελέγχει την ορθότητα

¹⁵ Άρθρο 5 παρ. 2 του Ν. 3886/2010: «*Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, η άσκηση αυτής, καθώς και η προθεσμία και η άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή ο αρμόδιος δικαστής αποφανθεί διαφορετικά.*».

¹⁶ Άρθρο 5 παρ. 4 του Ν. 3886/2010: «*Ο αρμόδιος δικαστής μπορεί, με την κατάθεση της αιτήσεως και μετά κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει, αυτεπαγγέλτως ή κατόπιν αιτήσεως, προσωρινή διαταγή, που καταχωρίζεται κάτω από την αίτηση και περιέχει τα μέτρα, τα οποία πρέπει να ληφθούν ως την έκδοση της απόφασης.*»

¹⁷ ΣτΕ 36/2009, ΕΑ 1236/2008

¹⁸ ΕΣ Τμήμα VI 79/2008, ΣτΕ (ΑΣΦ) 776, 271/2008, ΣτΕ 2283/2006 κ.α.

¹⁹ Καθολικός, αυτεπάγγελτος και πλήρης, βλ. Ελ. Συν. VI 89/2008

²⁰ Η σχέση του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο με άλλες μορφές ελέγχου νομιμότητας της ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων στην εθνική έννομη τάξη, Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου 2013, σελ. 457 κ' επ., Κ. Γιαννακόπουλος

των τεχνικών κρίσεων της Διοίκησης²¹ ή τις κρίσεις σκοπιμότητας, αρκούμενο στον έλεγχο των ουσιωδών νομικών πλημμελειών, πληρότητας και επάρκειας της αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων, καθώς και στον έλεγχο της υπέρβασης ή μη από τα διοικητικά όργανα των άκρων ορίων της διακριτικής τους ευχέρειας²². Οι κρίσεις επομένως σε τεχνικής φύσης θέματα εκφεύγουν του ελέγχου των Κλιμακίων, γιατί άλλωστε αυτά δε διαθέτουν τεχνικές γνώσεις και λόγω της ταχύτητας της διαδικασίας δεν τους παρέχεται η δυνατότητα διορισμού πραγματογνωμόνων.

Πέραν όμως της φύσης του ελέγχου, τίθεται ακόμα ένα ζήτημα που αφήνει έδαφος στη δόικηση να πράξει κατά το δοκούν και αυτό δεν είναι άλλο από το γεγονός ότι ο έλεγχος νομιμότητας που ασκείται από το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν έχει θεσπιστεί για όλες τις συμβάσεις ανεξαιρέτως, αλλά μόνο για τις συμβάσεις μεγάλης οικονομικής αξίας²³. Αρκεί μόνο να αναφερθεί ότι σύμφωνα με το άρ. 73 παρ. 1 του Ν. 4146/2013, ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας επί των συγχρηματοδοτούμενων συμβάσεων προμηθειών αγαθών, παροχής υπηρεσιών και εκτέλεσης έργων διενεργείται από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον η προϋπολογιζόμενη δαπάνη υπερβαίνει το ποσό των δέκα εκατομμυρίων (10.000.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.)²⁴. Λαμβάνοντας επομένως αυτό υπ' όψιν οι αναθέτουσες αρχές, καθώς και ότι η ουσιαστική κρίση για την υπηρεσιακή τους ανάγκη είναι ανέλεγκτη, απολύτως «νόμιμα» προκηρύσσουν δημόσιους διαγωνισμούς με προυπολογισθείσα αξία κατώτερη των τιθέμενων ορίων ελέγχου των δημοσίων συμβάσεων από το Ελεγκτικό Συνέδριο, προκειμένου ακριβώς να αποφύγουν τον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας²⁵.

4.4 Θέσπιση υπέρογκου παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων

Αν στα παραπάνω προσθέσουμε και τη θέσπιση καταβολής του υπέρογκου και εξοντωτικού παραβόλου ίσου προς το 1% της προυπολογισθείσας αξίας της δημόσιας σύμβασης, ως προϋπόθεση του παραδεκτού για την άσκηση αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, το ύψος του οποίου μπορεί να φθάσει μέχρι και τις 50.000 €²⁶ θα διαπιστώσουμε το υπό το νόμιμο πλέγμα ανέλεγκτο της Διοίκησης. Η

²¹ Πρ. ΣΤ Κλ. 2012/2010

²² Πρ. ΣΤ Κλ. 5/2010, 2495/2009

²³ Άρθρο 98 παρ. 1, εδ. β' Συντ.

²⁴ Το θεμελιώδες δικαίωμα στην αποτελεσματική (και πραγματική) προσωρινή δικαστική προστασία στις δημόσιες συμβάσεις σε περίοδο κρίσης : το "παράδειγμα" της ακριβής δικαιοσύνης - μια αποκλίνουσα σχέση δικαίου και δικαιοσύνης, Δέγλερης, Παναγιώτης Εμμ - 2016

²⁵ «Πρέπει να θεωρηθεί ως απόλυτα βέβαιο – σαν σταθερή αξία – ότι σε περίπτωση που κάποια Διοίκηση προγραμματίζει και αναγκαία προϋπολογίζει ένα δημόσιο διαγωνισμό ενός έργου ή μιας υπηρεσίας και γνωρίζοντας το όριο ελέγχου των σχετικών δημοσίων συμβάσεων από το Ελ. Συνέδριο έχει ανέλθει για παράδειγμα στα 5.000.000 ευρώ, με χαρακτηριστική άνεση, αλλά και απολύτως «νόμιμα», αφού η ουσιαστική κρίση για την υπηρεσιακή ανάγκη είναι ανέλεγκτη, το έργο αυτό θα προκηρυχθεί, με σχεδόν απόλυτη βεβαιότητα, με ύψος προϋπολογισμού τα 4.900.000 ευρώ, ακριβώς για να αποφευχθεί ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας από το Ελεγκτικό Συνέδριο.», Το θεμελιώδες δικαίωμα στην αποτελεσματική (και πραγματική) προσωρινή δικαστική προστασία στις δημόσιες συμβάσεις σε περίοδο κρίσης : το "παράδειγμα" της ακριβής δικαιοσύνης - μια αποκλίνουσα σχέση δικαίου και δικαιοσύνης, Δέγλερης, Παναγιώτης Εμμ - 2016.

²⁶ Στην αιτιολογική έκθεση του άρθρου 11 της από 4.12.2012 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η προτεινόμενη ρύθμιση της θέσπισης παραβόλου προκρίνεται, χωρίς οιαδήποτε αναφορά στα δημοσιονομικά έσοδα του κράτους, αλλά αποκλειστικά με στόχο «να λειτουργήσει αποτρεπτικά για την άσκηση αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων προφανώς αβάσιμων που προκαλούν αύξηση του κόστους των διαγωνισμών και παρακωλύουν για μεγάλο χρονικό διάστημα την τελεσφόρηση αυτών.». Με την απόφαση ΣτΕ ΕΑ Ολ 136/2013 κρίθηκε ότι, αν και η καθιέρωση του παραβόλου δεν αντίκειται

υποχρέωση καταβολής του 1/3 του οφειλόμενου παραβόλου κατά την κατάθεση της αίτησης, του 1/3 μέχρι την πρώτη συζήτηση και αν η αίτηση απορριφθεί η καταβολή του άλλου 1/3 με την απόφαση του δικαστηρίου, καθιερώνει επί της ουσίας ένα πλαίσιο μιας ιδιαίτερα «ακριβής και δυσπρόσιτης δικαιοσύνης», αφού καθιστά υπερβολικά δυσχερή την πρόσβαση στη δικαιοσύνη και την επιδίωξη προσωρινής δικαστικής προστασίας, η οποία τις περισσότερες φορές οδηγεί σε ματαίωση του θεμελιώδους και αναφαίρετου αυτού δικαιώματος, δικαίωμα που το ίδιο το κράτος υποτίθεται ότι εγγυάται και θα έπρεπε να διασφαλίζει πραγματικά²⁷.

Υπό αυτό το θεσμικό πλαίσιο, το οποίο νομιμοποιεί το ανέλεγκτο των τεχνικών κρίσεων, η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων αναφορικά με τεχνικής φύσεως ζητήματα, καθίσταται επί της ουσίας χωρίς νόημα, καθ' ότι οι θιγόμενοι υποψήφιοι γνωρίζουν εκ των προτέρων είτε ότι θα απορριφθεί η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων τους και θα διαταχθεί η συνέχιση του διαγωνισμού χωρίς τη συμμετοχή τους είτε θα ματαιωθεί ή θα αναβληθεί ο διαγωνισμός. Διερωτάται κανείς λοιπόν, ποιο το νόημα του θεσπιζόμενου με το ν. 3886/2010 συστήματος παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της συνάψεως συμβάσεων του νόμου αυτού, σύστημα το οποίο υποτίθεται σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι συμβάσεις από ζημιά την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν.

Ο προβληματισμός αυτός γίνεται ακόμα πιο έντονος αν αναλογιστούμε και τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, που έχουν σταθερά διαμορφώσει την αρχή του «ανέλεγκτου» της ουσιαστικής – τεχνικής – κρίσης της Διοίκησης, με αποτέλεσμα αφενός τη συνεχιζόμενη «ασυλία» της Διοίκησης, η οποία λειτουργεί χωρίς απολογισμό και λογοδοσία.

σε κάποια συνταγματική διάταξη, εντούτοις η σχετική ρύθμιση «εμφανίζεται δυσαναλόγως αυστηρή σε σχέση με τους επιδιωκόμενους σκοπούς της», καθόσον προβλέπει την «υποχρέωση εφάπαξ καταβολής του ποσού έως την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης, που προϋποθέτει την ικανότητα άμεσης διάθεσης ολοκλήρου του ποσού και καθιστά υπερβολικά δυσχερή την επιδίωξη προσωρινής δικαστικής προστασίας οπότε είναι δυνατόν να οδηγήσει σε έμμεση κατάλυση αυτής κατά το προσυμβατικό στάδιο των διαγωνισμών» εν συνεχεία με την απόφαση 475/201315 της ΕΑ ΣτΕ εν Ολομειλία κρίθηκε ότι η κατ' αρχήν πρόβλεψη αναλογικού παραβόλου από το άρ. 74 παρ. 1 Ν 4146/2013 (να σημειωθεί εδώ ότι η ρύθμιση του μεταγενέστερου Ν 4146/2013 τροποποίησε απλώς τη χρονική κατανομή της καταβολής του παραβόλου έως την πρώτη συζήτηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, το 1/3 του οφειλόμενου παραβόλου καταβάλλεται με την κατάθεση της αίτησης και έως την πρώτη συζήτηση τα υπόλοιπα 2/3) ως προϋπόθεση της ασκήσεως της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων συνιστά θεμιτό περιορισμό του δικαιώματος παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, ο οποίος εξυπηρετεί τον, θεμιτό σκοπό της αποτροπής παρεκλύσεως των σχετικών δικών με την άσκηση αστηρίκτων αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, κρίνεται δε και πρόσφορος για την εξυπηρέτησή του. Ειδικότερα, το μεν ύψος του προβλεπόμενου από την διάταξη αυτή παραβόλου, που ανέρχεται σε ποσοστό 1% της προϋπολογισθείσας αξίας της συμβάσεως και με ανώτατο, πάντως, όριο τις 50.000, είναι εύλογο και δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Είναι προφανές ότι η θέσπιση ενός πρόσθετου οικονομικού δαπανήματος ως προϋπόθεση του παραδεκτού μιας αίτησης ασφαλιστικών μέτρων ούτε έκτακτη, ούτε εξαιρετικά επείγουσα ούτε και απρόβλεπτη μπορεί να θεωρηθεί. Πάρα την προφανή πίεση που λεκτικά διέλαθε στο συντάκτη για την πάση θυσία ολοκλήρωση των δημόσιων διαγωνισμών που δεν πρέπει να παρακωλύεται η τελεσφόρησή τους με τον προφανώς περιττό και χρονοβόρο έλεγχο της δικαστικής εξουσίας, γιατί ακριβώς ήταν πλέον σε όλους ορατό τη χρονική εκείνη περίοδο το τέλος της προγραμματικής περιόδου του ΕΣΠΑ που είχε οριστεί για το έτος 2013.

²⁷ Σε αντίθεση με το ενωσιακό δίκαιο, το οποίο επιβάλλει στα πλαίσια της ελεύθερης κυκλοφορίας και της συμμετοχής τη διευκόλυνση στην πρόσβαση στη δικαστική προστασία – και μάλιστα στο στάδιο που προηγείται της κακαρώσεως – χωρίς δικονομικές περιπλοκές που θα καταστήσουν δυσχερή την άσκηση των δικονομικών δικαιωμάτων, που οι συμμετέχοντες αντλούν από την κοινοτική έννομη τάξη (Unibet, C-432/2005, σκ. 44)

Έχει νομολογηθεί ότι, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων²⁸, η δε σκοπιμότητα της θέσπισης τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, διότι με αυτόν τον τρόπο αμφισβητείται η ανέλεγκτη τεχνική κρίση της Διοίκησης ως προς συγκεκριμένη επιλογή²⁹.

Συμπέρασμα

Οι προκαταρκτικές διαβουλεύσεις με την αγορά, οι προδιαγραφές για τη καταπολέμηση της διαφθοράς στις δημόσιες συμβάσεις, για τις αθέμιτες πρακτικές και τη σύγκρουση συμφερόντων, η υποχρέωση των αναθετουσών αρχών/αναθέτοντων φορέων λήψεως κατάλληλων μέτρων σε περίπτωση προηγούμενης εμπλοκής υποψηφίων ή προσφερόντων, η συγκέντρωση στοιχείων σχετικά με τις υποθέσεις διαφθοράς και σύγκρουσης συμφερόντων, καθώς και η ηλεκτρονική διενέργεια διαγωνιστικών διαδικασιών, αποτελούν καίριες ρυθμίσεις των νέων Οδηγιών, οι οποίες συμβάλλουν καθοριστικά στην ενίσχυση της διαφάνειας, την πρόληψη και τον εντοπισμό φαινομένων διαφθοράς κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών και δη κατά την κρίσιμη φάση της διαμόρφωσης των προδιαγραφών, και στοχεύουν στην εξάλειψη φαινομένων τεχνητών αποκλεισμών ή προειλημμένων αποφάσεων, που δεν μπορούν να ελεγχθούν εκ των υστέρων από τα δικαστικά όργανα.

Παρά τα θετικά βήματα στα οποία έχει προβεί η χώρα μας προς την κατεύθυνση ενίσχυσης της διαφάνειας και εξάλειψης φαινομένων διαφθοράς στο χώρο των δημοσίων συμβάσεων, ορισμένες πρακτικές μας προκαλούν εύλογες απορίες και ερωτηματικά.

Υπενθυμίζω ότι η χρήση του «Εθνικού Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων («ΕΣΗΔΗΣ»)) είναι υποχρεωτική για όλες τις δημόσιες συμβάσεις, ήτοι προμηθειών, υπηρεσιών, έργων και εκπόνησης μελετών, με εκτιμώμενη αξία ίση ή ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. Εντούτοις, σύμφωνα με αλεπάλληλες αποφάσεις και τελευταία με την ΥΑ 122//2015 (ΥΑ 122711/1231 ΦΕΚ Β 2640 2015), η υποχρεωτική χρήση του για τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής συναφών υπηρεσιών του Ν. 3316/2005, καθώς και τις δημόσιες συμβάσεις εκτέλεσης έργων, μετατίθεται και ορίζεται για όλους τους φορείς του Δημοσίου, την 30-04-2017.

Αποκορύφωνα βέβαια αποτελεί το γεγονός ότι παρά τη θέση σε ισχύ των νέων Οδηγιών ήδη από τις 17 Απριλίου 2014, η χώρα μας, εντελώς βεβιασμένα, και δη τον Αύγουστο του 2014, προέβη στην ψήφιση του Ν. 4281/2014 «Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου Οικονομικών

²⁸ ΣτΕ 3719/2011, ΕΑ ΣτΕ 214, 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007

²⁹ ΔΕΦ ΘΕΣΣΑΛ. 11/2013, Ε.Α. ΣτΕ 214, 676/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.

και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α'160/8-8-2014), η έναρξη ισχύος του Μέρους Β' του οποίου αναβλήθηκε εκ νέου για την 01/06/2016³⁰. Στην ουσία ο εν λόγω νόμος κωδικοποιεί σε ενιαίο νομοθέτημα όλες τις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες όμως έχουν εκδοθεί με βάση το προϋφιστάμενο ενωσιακό καθεστώς. Με το νόμο αυτό δηλαδή δεν προσαρμύζονται οι διατάξεις της εσωτερικής έννομης τάξης στις ρυθμίσεις των νέων ευρωπαϊκών Οδηγιών, αλλά ενσωματώνονται μόνο ορισμένες ρυθμίσεις αυτών³¹.

Σε επίρρωση του ανωτέρω, η μεταφορά των νέων Οδηγιών στο εθνικό δίκαιο των κρατών μελών έπρεπε να έχει υλοποιηθεί μέχρι τις 18 Απριλίου 2016, όπερ και η χώρας μας δεν έπραξε, παραβιάζοντας την ανωτέρω υποχρέωση της.

Όπως είναι επομένως κατανοητό, μέχρι την ενσωμάτωση των νέων αυτών Οδηγιών στο εθνικό μας δίκαιο θα υπάρξουν προβλήματα, κυρίως σε περιπτώσεις ισχυουσών εθνικών διατάξεων που δεν συνάδουν με τις διατάξεις των νέων Οδηγιών.

Το πρόβλημα, επομένως, του ανέλεγκτου των τεχνικών κρίσεων και της άμεσα συνεπαγόμενης ασυδοσίας της Διοίκησης παραμένει ρευστό, με συνέπεια οι τεχνικές προδιαγραφές να συνεχίζουν να αποτελούν γόνιμο έδαφος διαφθοράς και αδιαφάνειας από μέρους της Διοίκησης, η οποία με πλήρως «αιτιολογημένα» πρακτικά και «απόλυτα ορθές» κρίσεις της Διοίκησης επί ανέλεγκτων κατ' ουσίαν τεχνικών ζητημάτων, θα συνεχίζει να προβαίνει ανενόχλητη σε υπογραφή καθ' όλα «νόμιμων» δημοσίων συμβάσεων.

«Οι πόλεις δεν διοικούνται σωστά με τους νόμους αλλά με την ηθική συμπεριφορά των πολιτών».³² Ακόμα δηλαδή και να εναρμονιστούμε πλήρως με τις νέες Οδηγίες και εισέλθουμε στη νέα εποχή των «διαφανών» διαγωνιστικών διαδικασιών και δημοσίων συμβάσεων, η κατάσταση της αδιαφάνειας και της διαφθοράς δεν πρόκειται να αλλάξει ουσιαστικά αν δεν αλλάξει ριζικά ο παράγοντας «άνθρωπος».

³⁰ Τροπολογία που συμπεριλήφθηκε (άρθρο 93) στον Ν.4380/16 (Α' 66) «Κύρωση της Συμφωνίας Κοινού Αεροπορικού Χώρου μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των κρατών – μελών της και της Δημοκρατίας της Μολδαβίας και άλλες διατάξεις», «αναβάλλεται εκ νέου η έναρξη ισχύος του Μέρους Β' του Ν. 4281/14 μέχρι τις 1/6/2016 (από 30/04/2016 που είχε τεθεί με τον Ν.4368/16)». Η έναρξη ισχύος του Μέρους Β' του Ν. 4281/2014 είχε αναβληθεί μέχρι τις 30/4/2016 (από 29/2/2016 που είχε τεθεί με τον Ν. 4320/2015), Αιτιολογική έκθεση της τροπολογίας που συμπεριλήφθηκε (άρθρο 93) στον Ν.4368/16 (Α' 21) «Μέτρα για την επιτάχυνση του Κυβερνητικού έργου και άλλες διατάξεις» του Υπουργείου Υγείας: "...λαμβάνοντας υπόψη ότι τα αρμόδια Υπουργεία πρόκειται να καταθέσουν άμεσα στη Βουλή προς ψήφιση ένα νέο θεσμικό πλαίσιο για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, προμηθειών και υπηρεσιών, δυνάμει του οποίου μέρος των σε αναστολή διατάξεων θα καταργηθούν, η παράταση της αναστολής ισχύος καθίσταται αναγκαία για λόγους ασφάλειας δικαίου και αποφυγής δημιουργίας νομοθετικού κενού".

³¹ Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας, οργανωτικά θέματα Υπουργείου Οικονομικών και άλλες διατάξεις: «(...) Το σχέδιο νόμου κωδικοποιεί το υφιστάμενο θεσμικό πλαίσιο που εδράζεται στις Οδηγίες 2004/17/ΕΚ, και 2004/18/ΕΚ, 89/665/ΕΟΚ, 92/13/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΕ για τις δημόσιες συμβάσεις. Η προσαρμογή της εσωτερικής έννομης τάξης στις ρυθμίσεις των νέων ευρωπαϊκών Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, τις συμβάσεις στους πρώην εξαιρούμενους τομείς κοινής ωφέλειας και τις συμβάσεις παραχώρησης έργων και υπηρεσιών, που αναμένεται να τεθούν σε ισχύ τους επόμενους μήνες δεν κατέστη δυνατή στην παρούσα συγκυρία, λόγω της συνεχούς μετάθεσης του οροσήμου ολοκλήρωσης της νομοθετικής διαδικασίας σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης. Επισημαίνεται ωστόσο ότι ορισμένες καίριες ρυθμίσεις των νέων Οδηγιών, έχουν ήδη ενσωματωθεί στο σχέδιο νόμου (ρυθμίσεις κατά της διαφθοράς, αθέμιτων πρακτικών και σύγκρουσης συμφερόντων, κανόνες σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής συμπεριλαμβανομένης του «δανεισμού ικανοτήτων, ικανοτήτων μεταξύ οικονομικών φορέων, ρυθμίσεις σχετικά με τις προκαταρκτικές διαβουλεύσεις με την αγορά κλπ.».

³² "Ου γαρ τοις ψηφίσμασιν αλλά τοις ήθεσιν καλώς οικείσθαι τας πόλεις" Ισοκράτης, 436-338 π.Χ., Αθηναίος ρήτορας

ΑΠΟΠΕΙΡΕΣ ΚΑΘΙΕΡΩΣΗΣ ΕΝΟΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΑΓΩΓΙΚΗΣ ΕΞΕΛΙΞΗΣ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΥΠΑΛΛΗΛΩΝ

Μαρία Ραμματά, Δρ. Διοικητικής Επιστήμης Πανεπιστημίου Σορβόνης, (Παρίσι I), Μέλος ΣΕΠ, ΕΑΠ

Σε έναν οργανισμό όλες οι προβλεπόμενες νομοθετημένες οργανικές θέσεις εργασίας κρίνονται απαραίτητες για την ολοκληρωμένη εκτέλεση του προσδοκώμενου έργου που θα υπόκειται σε ποιοτικές και ποσοτικές προδιαγραφές. Πολλώ δε μάλλον κρίσιμοι κρίνονται για την αποτελεσματικότητα ενός δημόσιου φορέα οι κάτοχοι των θέσεων ευθύνης (Προϊστάμενοι Γενικών Δ/σεων, Δ/σεων και Τμημάτων) που αποτελούν τη ραχοκοκαλιά του οργανισμού και ασκούν δημόσια εξουσία. Τα διευθυντικά στελέχη, μεταξύ διοίκησης και πολιτικής και στο μεταίχμιο μεταξύ ανώτατης και κατώτερης ιεραρχίας, καλούνται να επιδείξουν εξαιρετικές ικανότητες γνώσης του αντικειμένου του φορέα και της λειτουργίας της δημόσιας διοίκησης, αποτελεσματική άσκηση του διοικητικού ρόλου της εποπτείας της απόδοσης των υφισταμένων ιεραρχικών επιπέδων της διοίκησης, καθώς και ικανότητα επικοινωνιακής ανατροφοδότησης προς τα υπερκείμενα ιεραρχικά/πολιτικά επίπεδα στα οποία καλούνται να υποβάλλουν προτάσεις που θα αντικατοπτρίζουν, τόσο την αξιολόγηση του έργου των υφιστάμενων ιεραρχικών επιπέδων, όσο και το βαθμό ικανοποίησης της κοινωνίας και των «μετόχων» (stakeholders) από τις παρεχόμενες υπηρεσίες.

Το αρμόδιο για την κατάσταση του Προσωπικού της δημόσιας διοίκησης Υπουργείο Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, καλείται να δώσει τη μέγιστη προσοχή για την υιοθέτηση μίας στρατηγικής για την καθιέρωση του κατάλληλου εκείνου συστήματος επιλογής Προϊσταμένων που θα διέπεται από αυστηρές προδιαγραφές αντικειμενικότητας και ασφαλιστικές δικλίδες ικανές να κατοχυρώσουν τη βιωσιμότητα του συστήματος, την ικανότητα εφαρμογής και την *a priori* αποδοχή από το δημοσιοϋπαλληλικό Σώμα.

Οι φάσεις που έχει διέλθει η προσπάθεια για καθιέρωση ενός τέτοιου συστήματος είναι αρκετές και ακολουθεί παρακάτω μία συνοπτική παρουσίαση και κριτική ανάλυσή τους με αφετηρία το 1990 και με μία αρχική θεωρητική προσέγγιση των καθιερωμένων συστημάτων προαγωγών στο δημόσιο τομέα.

I. Η επιλογή του συστήματος καριέρας (career based system) στην ανάδειξη Προϊσταμένων στην ελληνική δημόσια διοίκηση και οι προεκτάσεις του

Σύμφωνα με το σύστημα καριέρας (career based system)¹ οι υπάλληλοι τοποθετούνται σε εισαγωγική οργανική θέση (δηλ. οι προκηρύξεις διαγωνισμών

¹ OECD (2004), “Trends in Human Resources Management policies in OECD countries an analysis of the results of the OECD survey on strategic human resources management”, *Public governance and territorial development directorate, Public governance committee, GOV/PGC/HRM(2004) 3*

αφορούν στη συντριπτική πλειοψηφία τους τις κατώτερες θέσεις εργασίας) και μπορούν να προαχθούν σε ανώτερη θέση ευθύνης εφόσον : θα πληρούν συγκεκριμένα αντικειμενικά μοριοδοτούμενα κριτήρια και θα έχουν συμπληρώσει συγκεκριμένο αριθμό ετών εμπειρίας με τα οποία θα κατοχυρώνουν τη γνώση και εμπειρία που θα συνδέεται με την προς κατάληψη θέση. Το σύστημα αυτό, άμεσα συνυφασμένο με την κατοχυρωμένη μονιμότητα των δημοσίων υπαλλήλων (άρ. 103, & 4 και 6 Συντ.) και την αρχή της ισότητας (άρ. 4 & 1 και 4 Συντ.), εξασφαλίζει για όλους τους μόνιμους υπαλλήλους τη δυνατότητα πρόσβασης στα ανώτερα ιεραρχικά κλιμάκια και την άσκηση του δικαιώματός τους στην καριέρα (άρ. 5 Συντ.). Στην ελληνική δημόσια διοίκηση, κατά μία άλλη έννοιά του, εκδηλώνεται μέσω της λειτουργίας της Εθνικής Σχολής Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης (Ε.Σ.Δ.Δ.Α.) όπου εισέρχονται ικανοί νέοι στους οποίους η δημόσια διοίκηση επενδύει και σταδιακά τους δίδει ευκαιρίες για αναρρίχηση στα ανώτερα κλιμάκια. Στο σύστημα καριέρας, η κατάληψη ανώτερων θέσεων εργασίας από τους μόνιμους πολιτικούς δημόσιους υπαλλήλους αποτελεί επακόλουθο της παραμονής τους στις θέσεις εργασίας σε βάθος χρόνου που συνεπάγεται την επιβράβευση και προώθηση για κατάληψη θέσης ευθύνης, ανεξαρτήτως των ειδικών ικανοτήτων (ή ένταξης σε κλάδο) ή εχέγγυων για ικανότητα διοίκησης. Η αξιολόγηση στο σύστημα αυτό, στηρίζεται στα στατικά στοιχεία του προφίλ των δημοσίων υπαλλήλων : συμπλήρωση ετών προϋπηρεσίας, κατοχή πτυχίων, μεταπτυχιακών, κ.ά., γνώση ξένων γλωσσών, που αποτελούν ποσοτικοποιημένα και αντικειμενικά στοιχεία, και τείνει να αγνοεί τις ικανότητες για διοίκηση ή κοινωνικές δεξιότητες (soft skills) οι οποίες είναι πιο δύσκολο να μετρηθούν, που όμως, όπως έχει αποδειχθεί, είναι συνθήκες *sine qua non* για την άσκηση καθηκόντων σε θέση Προϊσταμένου.

Στον αντίποδα του συστήματος αυτού, το σύστημα ανέλιξης διοικητικών στελεχών με βάση το περίγραμμα² της θέσης εργασίας (Position based system) διέπεται από τα ίδια σχεδόν χαρακτηριστικά της προαγωγής στελεχών στον ιδιωτικό τομέα, όπου και αναζητείται η καταλληλότερη σύζευξη των προσόντων των υποψηφίων με τις απαιτήσεις σε ικανότητες, γνώσεις, δεξιότητες του ρόλου που συνεπάγεται η κενωθείσα θέση εργασίας³. Στα συστήματα αυτά, η διαδικασία προαγωγής (screening) περιλαμβάνει την κρίση επί της προσωπικής αξίας των υποψηφίων και ειδικότερα επί των δυναμικών χαρακτηριστικών τους, την κατάταξή τους σε λίστα με φθίνουσα σειρά (short list) ανάλογα με την υπεροχή του ενός ή του άλλου, στο πλαίσιο μίας κρίσης ουσιαστικής και σε βάθος, ώστε να συνδυάζονται ιδανικά, οι πραγματικές απαιτήσεις της θέσης εργασίας, με τις ικανότητες και τις προσδοκίες του υποψηφίου.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι στην περίπτωση των συστημάτων σταδιοδρομίας/καριέρας αναφερόμαστε σε ένα σύστημα ανέλιξης που είναι περιοριστικό και εσωστρεφές, που δεν προκηρύσσει τις ανώτατες θέσεις ευθύνης και άρα δεν ευνοεί, ούτε την ανανέωση του προσωπικού μέσω μετακινήσεων (εάν θα παρείχε δυνατότητα πρόσβασης σε ανώτερες θέσεις εργασίας σε υποψηφίους άλλων υπηρεσιών), ούτε και το άνοιγμα των θέσεων σε εξωτερικούς υποψηφίους. Ενώ, στην περίπτωση της έμφασης στις ανάγκες, όπως αυτές περιγράφονται στο περίγραμμα της

² Βλ. οδηγό περιγραμμάτων θέσεων εργασίας από το Υπ. Εσωτερικών.

³ Andronicianu, A. (2014), "Particularities of the human resources policies in an international organization", *Administration and public management*, vol. 22

θέσης εργασίας, η προοπτική είναι απαιτητική για σύνδεση προσόντων προσώπου και θέσης, καθώς και προοδευτική - ανοικτή για υποψηφιότητες - , ακόμη και εκτός του δημοσίου τομέα⁴. Πολλά είναι τα Κράτη εκείνα που επιλέγουν να εφαρμόσουν συνδυαστικά και τα δύο συστήματα σε μία προσπάθεια άμβλυνσης των αρνητικών όψεων του ενός ή του άλλου και ενίσχυσης της απόδοσης των υπηρεσιών⁵.

Παρακάτω, θα διαπιστωθεί ότι και στη χώρα μας δεν έχει ξεκαθαρίσει πλήρως ακόμη η ταύτιση με το ένα ή το άλλο σύστημα και πως ιδιαίτερα με τους πρόσφατους νόμους η Πολιτεία επιδιώκει την ομαλή μετάβαση σε ένα σύστημα που θα συνδυάζει χαρακτηριστικά, του μεν συστήματος αρχαιότητας που διασφαλίζει τη νομιμότητα της δράσης της δημόσιας διοίκησης και του δε συστήματος με έμφαση στη θέση εργασίας που ταυτίζεται εννοιολογικά με τις τάσεις του νέου δημοσίου μανάτζμεντ.

II. Προσπάθειες ανάδειξης του κατάλληλου συστήματος επιλογής στελεχών στο δημόσιο τομέα τις τελευταίες δεκαετίες

2.1. Το πλαίσιο του Ν. 1892/1990

Μέχρι το 1990 στις ανώτερες θέσεις εργασίας επικράτησε η συνύπαρξη στελεχών της δημόσιας διοίκησης και μετακλητών υπαλλήλων, με κάμψη της διαδικασίας ανάδειξης στελεχών από το εσωτερικό της δημόσιας διοίκησης για διάφορους λόγους, μεταξύ των οποίων οι παρακάτω :

- Το πάγιο προσωπικό της δημόσιας διοίκησης αδυνατούσε να ανταποκριθεί στις νέες αποστολές και προκλήσεις της δημόσιας διοίκησης ή η πολιτική/κομματική διάσταση της διοίκησης αμφισβητούσε την ικανότητα των μόνιμων διοικητικών στελεχών να φέρουν αποτελέσματα.
- Διευκολύνονταν η συνεργασία πολιτικής/διοίκησης, εφόσον οι πολιτικοί δρώντες αλληλοεπιδρούσαν με οικεία στελέχη της κομματικής παράταξης και άρα είχαν ήδη κατοχυρωμένο το εύφορο έδαφος για αποδοτική συνεργασία, αν μη τι άλλο για ελαχιστοποίηση των αντιρρήσεων κατά την εφαρμογή των δημόσιων πολιτικών.
- Τα συντεχνιακά συμφέροντα (πολιτικά, συνδικαλιστικά, κ.ά.), πίεζαν για ανάμειξη και εμπλοκή στα τεκταινόμενα στη δημόσια διοίκηση και τελικά επικρατούσαν απέναντι σε κάθε βούληση για αξιοκρατία και «μεριτοκρατία» (meritocracy) προωθώντας το μοντέλο της επικράτησης των «ημέτερων» (spoil system).

Με το Ν. 1892/1990 οι ανώτατες θέσεις των δημοσίων υπαλλήλων επιφυλάχθηκαν για το μόνιμο προσωπικό δημοσίων υπαλλήλων και απορρίφθηκε η προγενέστερη συνύπαρξη της πάγιας σταθερής ιεραρχίας - με βαθμολογική προαγωγή κατ'αρχαιότητα-σύστημα σταδιοδρομίας- και της κινητής ιεραρχίας (με διορισμό

⁴ Shim, Deok-Seob, (2001), «Recent human resources developments in OECD member countries», *Public Personnel Management*, v. 30, και Lavelle, J. (2010), «Trends & Challenges for HR management in the broader public sector in the international arena», *AAPAM, Roundtable Conference*, Durban, South Africa.

⁵ Ciobanu, A. (2015), «Civil servants' recruitment and selection practices in European Union member states», *Management Research and Practice* vol. 7 issue 3.

μετακλητών υπαλλήλων σε θέσεις ευθύνης που εισηγήθηκε ο Ν. 1232/1982 και την κατάργηση της βαθμίδας των Γενικών Διευθύνσεων). Δύο χρόνια αργότερα, με το Ν. 2085/1992 οι υπάλληλοι κατατάχθηκαν σε πέντε κατηγορίες, Ειδικών θέσεων (ΕΘ), Πανεπιστημιακής εκπαίδευσης (ΠΕ), Τεχνολογικής εκπαίδευσης (ΤΕ), Δευτεροβάθμιας εκπαίδευσης (ΔΕ) και Υποχρεωτικής εκπαίδευσης (ΥΕ). Για κάθε κατηγορία προβλέφθηκε κλίμακα βαθμών η οποία παρέπεμπε σε θέσεις και καθήκοντα. Το ίδιο καθεστώς επικυρώθηκε και με το Ν.2190/1994 (ΦΕΚ 28 Α', 03/03/2994, άρ. 34).

Παράλληλα, λίγα χρόνια αργότερα, η προσπάθεια για αποτύπωση ενός αποτελεσματικού συστήματος προαγωγών που επιχειρήθηκε με το Ν. 2190/1994 προσέγγισε εμφανώς περιοριστικά το ζήτημα, προτάσσοντας ως αποκλειστικό κριτήριο προαγωγών τη γνώμη του υπηρεσιακού συμβουλίου (αρ. 36) η οποία θα στηρίζονταν : στις εκθέσεις αξιολόγησης, στα στοιχεία του προσωπικού μητρώου των υπαλλήλων που αποδεικνύουν αντικειμενικά ιδιαίτερη ικανότητα, πρωτοβουλία και δραστηριότητα στην υπηρεσία, συνεκτιμώνται δε *«η επιτυχής άσκηση καθηκόντων προϊσταμένου, η ικανότητα συμβολής στη βελτίωση της αποδοτικότητας της υπηρεσίας»*, και άλλοι το ίδιο αόριστοι παράμετροι που δύσκολα διασταυρώνονται και εύκολα κατακτώνται (άρ 36).

Σταδιακά, στο σύστημα της ανάδειξης ανώτερων/ανώτατων στελεχών στη δημόσια διοίκηση παρεισφύρουν στοιχεία του συστήματος με έμφαση στις ανάγκες του περιγράμματος της «θέσης εργασίας» (position based σύστημα) με αλλοιωμένη διάσταση, δηλ. χωρίς αντικειμενικά κριτήρια ανάδειξης των καλύτερων, αλλά με υποκειμενική τοποθέτηση μετακλητών υπαλλήλων μέσω άλλων δικτύων και επικράτηση της προσφιλούς ευνοιοκρατίας. Παρόλα αυτά, δεν παύει η αλλοιωμένη αυτή προώθηση του μοντέλου της ανάδειξης των ικανοτήτων των στελεχών και των αναγκών της θέσης, να καταδεικνύει το παρωχημένο προγενέστερο μοντέλο που αδυνατούσε να αναδείξει τους ικανούς για προαγωγή, καθώς και την αναγκαιότητα διερεύνησης αποτελεσματικότερων μεθόδων προαγωγής των στελεχών της δημόσιας διοίκησης.

2.2. Οι πρόνοιες του Υπαλληλικού Κώδικα Ν.2683/1999, του Ν. 3260/2004 και του Κώδικα 3528/2007 (όπως αναθεωρήθηκε με το Ν. 3839/2010)

Με τον Υπαλληλικό Κώδικα που καθιέρωσε ο Νόμος 2683/1999 (ΦΕΚ 19Α, 09/02/1999) τον οποίο η αρμόδια Επιτροπή επεξεργάστηκε επί 3.5 έτη, θεσπίστηκε ένα νέο σύστημα προαγωγών και ένα βαθμολόγιο το οποίο βασίστηκε στο μικτό σύστημα ιεραρχίας, δηλ. με συνδυασμό του συστήματος της πάγιας ιεραρχίας (για τις θέσεις Προϊσταμένων Δ/νσεων και Προϊσταμένων Γεν. Δ/νσεων) και της κινητής ιεραρχίας (για τις θέσεις των Προϊσταμένων Τμημάτων). Στην περίπτωση του συστήματος της πάγιας ιεραρχίας για τις θέσεις Προϊσταμένων Δ/νσεων και Προϊσταμένων Γεν. Δ/νσεων, θα επικρατούσε η σύνδεση θέσης, βαθμού και καθηκόντων, σε αντίθεση με τη μέχρι τότε επιλογή της λειτουργικής ή κινητής ιεραρχίας -αποσύνδεση καθηκόντων με βαθμό- *«...που το ίδιο το ΠΑΣΟΚ, για να*

αναδιαρθρώσει τις παγιωμένες διαδικασίες και τη μετεμφυλιακή δημοσιοϋπαλληλική ιεραρχία μέχρι το 1981, ανέτρεψε με νόμο (το 1982)⁶».

Το σύστημα αυτό λειτούργησε για μία πενταετία, μέχρι το 2004, οπότε η νέα κυβερνητική πλειοψηφία (με το Ν. 3260/2004, ΦΕΚ 151 Α΄, 06/08/2004) επανέφερε σε ισχύ το σύστημα του νόμου 2190/1994 (αρ. 34 και 36), αποσυνέδεσε τις βαθμίδες του Προϊσταμένου Δ/σης και Προϊσταμένου Γεν. Δ/σης από τη βαθμολογική κλίμακα και τους συνέδεσε με τα καθήκοντα της θέσης. Η διαδικασία επιλογής γινόταν με υποκειμενικά κριτήρια με επίκληση στοιχείων από το προσωπικό μητρώο του υποψηφίου που συγκέντρωνε τις νόμιμες προϋποθέσεις για να υποβάλει υποψηφιότητα. Επίσης, στη διαδικασία επιλογής, ο Ν. 3260 επανέφερε σε ισχύ την κινητή ιεραρχία και την ανάθεση καθηκόντων στους Προϊσταμένους με τριετή θητεία.

Το πλαίσιο εργασίας και οι συνθήκες δικαίου που διέπουν μέχρι το 2004 την ανάδειξη στελεχών του δημοσιοϋπαλληλικού Σώματος δεν προδιαγράφουν με σαφήνεια ένα τοπίο σταθερού δομολειτουργικού περιβάλλοντος, όπου θα μπορέσουν οι δημόσιοι λειτουργοί να ενημερήσουν, να αποδώσουν και να συλλειτουργήσουν αποτελεσματικά. Η παλινδρόμηση από τη σταθερή, στην κινητή ιεραρχία, η ανασφάλεια δικαίου, καθώς και η έλλειψη ενός συστήματος προσανατολισμού και στοχοθεσίας στην καριέρα των υπαλλήλων, δημιούργησαν ένα αβέβαιο κλίμα, χωρίς κανένα, έστω, υποτυπώδη στρατηγικό προσανατολισμό ή μία σαφήνεια κατά την εφαρμογή των πολιτικών. Εάν όχι για όλους, ειδικά για τους ευσυνείδητους-καλούς υπαλλήλους το κλίμα αυτό, οδηγούσε σε αποδιοργάνωση της εργασιακής τους απόδοσης, αποπροσανατολισμό των ενεργειών τους και σε χαμηλό ηθικό. Κατανοητό είναι ότι το κλίμα αυτό εμπεδώθηκε σταδιακά σε όλα τα επίπεδα μέχρι τη βάση της πυραμίδας, προωθώντας ένα αντιπαραγωγικό εργασιακό περιβάλλον.

Στην αιτιολογική έκθεση του νέου δημοσιοϋπαλληλικού κώδικα (Ν.3528/2007, ΦΕΚ 26 Α΄, 09/02/2007 όπως τροποποιήθηκε με τον Ν.3839/2010, ΦΕΚ 51 Α΄, 29/03/2010) αποτυπώνεται αυτή η παραδοχή της έλλειψης συνέχειας στην κρατική διοίκηση που σε μεγάλο βαθμό ερείδεται στην έλλειψη εγγυήσεων διαφάνειας και αξιοκρατίας στο σύστημα επιλογής Προϊσταμένων του Κώδικα που εισήγαγε ο Νόμος του 1999 το οποίο δεν επέτρεπε τη διαμόρφωση μίας υπαλληλικής ιεραρχίας που να απολαμβάνει του σεβασμού και της αποδοχής από τα υπόλοιπα ιεραρχικά στρώματα.

Το 2007, ψηφίστηκε ο **νέος Κώδικας** που είχε επεξεργαστεί η ειδική Επιτροπή (από το Νοέμβριο του 2004 και έπειτα από 59 πολύωρες συνεδριάσεις) αποτελώντας το επιστέγασμα της ρητορικής περί «Επανίδρυσης του Κράτους». Η βαθμολογική εξέλιξη αποσυνδέθηκε από την επιλογή των προς πλήρωση θέσεων των Προϊσταμένων οργανικών Μονάδων και οι υποψήφιοι θεμελίωσαν δικαίωμα προαγωγής με βάση τη μοριοδότηση των χρόνων προϋπηρεσίας τους⁷. Η θητεία τους,

⁶ Πρακτικό της Διαρκούς Επιτροπής Δημόσιας Διοίκησης, Δημόσιας Τάξης και Δικαιοσύνης στο σχέδιο νόμου του Υπουργείου Εσωτερικών, Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, "Κύρωση του Κώδικα Κατάστασης Δημοσίων Πολιτικών Διοικητικών Υπαλλήλων και Υπαλλήλων Ν.Π.Δ.Δ. και άλλες διατάξεις", συνεδριάσεις της 4-5/11/1998.

⁷ Προϋποθέσεις επιλογής προϊσταμένων : Ως προϊστάμενοι των γενικών διευθύνσεων επιλέγονται υπάλληλοι της κατηγορίας ΠΕ με βαθμό Α΄ και είκοσι (20) τουλάχιστον έτη υπηρεσίας, υπό την προϋπόθεση ότι έχουν διατελέσει ή είναι προϊστάμενοι διεύθυνσης κατά την ημέρα υποβολής της αίτησης υποψηφιότητας. Αν δεν υπάρχουν υποψήφιοι με είκοσι (20) έτη υπηρεσίας, η θέση

από 3ετής, είχε γίνει με το Ν. 3839 πενταετής, ώστε να μην συνδέεται με οποιαδήποτε κυβερνητική θητεία. Επιπλέον αυτής της πρώτης κρίσης βάσει μορίων, επιχειρήθηκε, για πρώτη φορά, αντικειμενικοποίηση μετρήσιμων κριτηρίων επιλογής για τα τρία ιεραρχικά επίπεδα της ανώτερης ηγεσίας της δημόσιας διοίκησης με διασπορά των κριτηρίων σε τρεις κατηγορίες, για κάθε μία από τις οποίες κάθε προσόν μοριοδοτείται διακριτά:

- **μία πρώτη** που αφορά σε τεχνικά-επαγγελματικά προσόντα, τα λεγόμενα τυπικά προσόντα : πτυχίο, μεταπτυχιακό, γνώση ξένης γλώσσας, πιστοποιημένη επιμόρφωση, κ.ά.,
- **μία δεύτερη** ομάδα σχετικά με την εργασιακή-διοικητική εμπειρία και την εμπειρία σε θέση ευθύνης στην οποία μοριοδοτείται ο χρόνος προϋπηρεσίας που όμως δεν αποτελεί παρά ένδειξη της ικανότητας διοίκησης του υπαλλήλου,
- **μία τρίτη** που αφορά στις δεξιότητες-ικανότητες των υποψηφίων όπως αυτές αποτυπώνονται στις αξιολογήσεις της τελευταίας πενταετίας (οι οποίες λαμβάνουν μέτριο βαθμό μοριοδότησης και πάντως λιγότερο από ότι το κριτήριο της εργασιακής-διοικητικής εμπειρίας καταδεικνύοντας την έλλειψη εμπιστοσύνης στα ευρήματα των αξιολογήσεων), στη συνέντευξη, στην απονομή μεταλλίου, στις προτάσεις που υπέβαλαν, στο συγγραφικό τους έργο, κ.ά..

Καινοτομία του Κώδικα αυτού αποτελεί η δυνατότητα υποβολής αίτησης υποψηφιότητας για τις θέσεις των Προϊσταμένων Γενικών Δ/σεων, εκτός από τους υπαλλήλους του οικείου Υπουργείου και από υπαλλήλους άλλων Υπουργείων και Ν.Π.Δ.Δ., εφόσον, διαπιστώνεται γι'αυτούς συνδρομή των ουσιαστικών απαιτούμενων προσόντων, γεγονός που καταμαρτυρά από τότε, τη βούληση του νομοθέτη για ανανέωση του δημοσιοϋπαλληλικού Σώματος, καθώς και για διεύρυνση της δεξαμενής άντλησης υποψηφίων, ώστε ο εργοδότης/Κράτος να είναι δυνατόν να ανιχνεύσει τον καλύτερο υποψήφιο για την εκάστοτε θέση. Από την πλευρά των υποψηφίων το νεωτερικό αυτό στοιχείο αποτελεί κίνητρο για ενίσχυση της άμιλλας και ένταξη ενός υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των δημοσίων λειτουργών του συνόλου της δημόσιας διοίκησης.

Επίσης, στο νέο Κώδικα όπως αυτός έχει τροποποιηθεί το 2010 (Ν. 3839/2010, ΦΕΚ 51 Α/29-3-2010), προβλέφθηκε η διενέργεια γραπτού διαγωνισμού μέσω Α.Σ.Ε.Π. και καθιερώθηκε η διαδικασία της συνέντευξης των υποψηφίων (με μοριοδότηση για τις θέσεις των Προϊσταμένων Γενικών Δ/σεων και Διευθύνσεων) από το Συμβούλιο Επιλογής Προϊσταμένων (Σ.Ε.Π.) για τους Προϊσταμένους Τμημάτων και Διευθυντών (στη θέση του οικείου Υπηρεσιακού Συμβουλίου). Τα ΣΕΠ ήταν 5μελή και αποτελούνταν από τρεις (3) Προϊσταμένους Γενικών Διευθύνσεων (δύο από τον οικείο φορέα και έναν από άλλη δημόσια υπηρεσία ή Ν.Π.Δ.Δ. που λειτουργεί στην έδρα του οικείου φορέα) και δύο (2) αιρετούς εκπροσώπους των υπαλλήλων με

επαναπροκηρύσσεται και καλούνται υποψήφιοι με δεκαοκτώ (18) τουλάχιστον έτη υπηρεσίας. Ως προϊστάμενοι των διευθύνσεων, υποδιευθύνσεων ή αντιστοίχου επιπέδου οργανικών μονάδων επιλέγονται υπάλληλοι με βαθμό Α', οι οποίοι έχουν ασκήσει καθήκοντα προϊσταμένου τμήματος για ένα (1) τουλάχιστον έτος στο βαθμό αυτό. Αν δεν υπάρχουν υποψήφιοι με ένα (1) έτος υπηρεσίας προϊσταμένου τμήματος, επιλέγονται υπάλληλοι με βαθμό Α'. Ως προϊστάμενοι των τμημάτων, αυτοτελών γραφείων ή αντίστοιχου επιπέδου οργανικών μονάδων επιλέγονται υπάλληλοι με βαθμό Α' ή εάν δεν υπάρχουν υπάλληλοι με βαθμό Α' ή αυτοί δεν επαρκούν, επιλέγονται υπάλληλοι με βαθμό Β', οι οποίοι έχουν συμπληρώσει ελάχιστο χρόνο υπηρεσίας στο βαθμό Β' τέσσερα (4) έτη.

βαθμό Α'. Επίσης, συστήθηκε το Ειδικό Συμβούλιο Επιλογής Προϊσταμένων (ΕΙ.Σ.Ε.Π.) αρμόδιο για τις κρίσεις Προϊσταμένων Γενικών Δ/σεων (αντικαθιστώντας το Ειδικό Υπηρεσιακό Συμβούλιο, 158 παρ.1 Υ.Κ., όπως αντικαταστάθηκε με το άρ. 2 του Ν. 3839/2010) το οποίο είναι 5μελές (Πρόεδρος που είναι και Αντιπρόεδρος του Α.Σ.Ε.Π., ως, (3) μέλη του Α.Σ.Ε.Π. και ένας (1) Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη). Τα μέλη του ΕΙ.Σ.Ε.Π. προτείνονται από τον Πρόεδρο του Α.Σ.Ε.Π. και τον Συνήγορο του Πολίτη αντίστοιχα. Τέλος, συστήθηκαν Υπηρεσιακά Συμβούλια των Δημοσίων Υπηρεσιών και των Ν.Π.Δ.Δ. για τις κρίσεις Προϊσταμένων Τμημάτων τα οποία αποτελούνται από τρεις (3) Προϊσταμένους Δ/σης, οι οποίοι ορίζονται από τον αρμόδιο Υπουργό ή το μονοπρόσωπο όργανο της διοίκησης (μεταξύ αυτών που κρίθηκαν από τα Σ.Ε.Π.) και δύο (2) αιρετούς εκπροσώπους των υπαλλήλων.

Το εργαλείο της προαγωγής μέσω συνέντευξης θεωρείται κατ'εξοχήν υποκειμενικό, εφόσον ασκείται από ανθρώπους και υπάρχει ευχέρεια αυστηρής ή μη προσέγγισης του συνεντευξιαζόμενου. Για την θεραπεία του ζητήματος της υποκειμενικότητας, τη διασφάλιση της αμεροληψίας και της ίσης δυνατότητας πρόσβασης όλων σε ανώτερες θέσεις ευθύνης, ο νόμος έθεσε ασφαλιστικές δικλείδες επί το αυστηρότερο της διαδικασίας τέλεσής της, και ειδικότερα :

- τη **σύνθεση** της Επιτροπής που θα απαρτίζεται από άτομα εγνωσμένου κύρους, Συμβούλους του Α.Σ.Ε.Π. και έναν Βοηθό Συνήγορο του Πολίτη, για την κρίση των Προϊσταμένων Γεν. Δ/σεων,
- την εφαρμογή της **συνέντευξης** στη βάση τυχαίων ερωτήσεων μέσα από τράπεζα θεμάτων. Δεν έχει εισαχθεί, ακόμη, το κριτήριο της δομημένης συνέντευξης ώστε να διασφαλίζεται πλήρως η αντικειμενικότητα της διαδικασίας,
- την τήρηση **πρακτικών** της συνέντευξης ώστε να υπάρχει τεκμήριο ως προς την τηρηθείσα διαδικασία –και μάλιστα τον ουσιώδη τύπο της- ενώπιον των Δικαστηρίων.

Τον κώδικα του 2007 τροποποίησε, όπως προαναφέρθηκε, σε κομβικά του σημεία ο Ν. 3839/2010 ο οποίος όμως δεν έτυχε εφαρμογής και έτσι οι Προϊστάμενοι εξακολουθούσαν να επιλέγονται με συνδυασμό *αντικειμενικής* μοριοδότησης των τυπικών τους προσόντων και *υποκειμενικής* μοριοδότησης της υπηρεσιακής δραστηριότητάς τους από τα αρμόδια υπηρεσιακά συμβούλια.

Μέχρι τότε, η εκάστοτε διαδικασία επιλογής Προϊσταμένων λάμβανε σε μικρό ποσοστό υπόψη της στοιχεία από την ετήσια αξιολόγηση των δημοσίων υπαλλήλων η οποία επικεντρωνόταν κυρίως στο γραφειοκρατικό σκέλος και δεν αποκάλυπτε την πραγματική εικόνα της απόδοσης των υπαλλήλων. Έτσι, ο νομοθέτης είχε αποφύγει τη θεμελίωση της κατάταξης των υπαλλήλων σε ιεραρχική σειρά με βάση τα πορίσματα των ετήσιων αξιολογήσεων που σε δημόσιες διοικήσεις άλλων χωρών αποτελούν τη βάση για τη δρομολόγηση της διαδικασίας της προαγωγής, της μετακίνησης ή της κατάρτισης.

Κάθε προσπάθεια αναμόρφωσης του συστήματος που θα διέπει την οργάνωση της προαγωγικής εξέλιξης και της αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων, ήταν τακτικού χαρακτήρα και αντιμετωπίστηκε αποσπασματικά, χρειάστηκε δε πολλές φορές να τροποποιηθεί ή να επεκταθεί. Στο επόμενο εγχείρημα του Ν. 4024/2011 εισάγεται

προοδευτικά η αξιολόγηση των μόνιμων πολιτικών τακτικών υπαλλήλων βάσει της απόδοσής τους κατά την υλοποίηση μετρήσιμων, ποιοτικών και ποσοτικών, στόχων.

2.3. Οι καινοτομίες που εισήγαγε ο Ν. 4024/2011

Με το Νόμο 4024/2011 (ΦΕΚ 226 Α΄ 27/10/2011) καταργήθηκε η μέχρι τότε ακώλυτη βαθμολογική εξέλιξη των υπαλλήλων σε ενιαίες οργανικές θέσεις όλων των βαθμών, με μόνο ουσιαστικό κριτήριο την παραμονή συγκεκριμένο χρονικό διάστημα σε κάθε βαθμό και καθιερώθηκε σύστημα προαγωγής των υπαλλήλων από βαθμό σε βαθμό δυνάμει ορισμένων κριτηρίων και κατόπιν αξιολόγησής τους επί τη βάση του ποσοστού επιτυχούς υλοποίησης της τιθέμενης στοχοθεσίας σε ποσοστό 90% κατά τα δύο τελευταία έτη για όλα τα ιεραρχικά επίπεδα και λοιπών ουσιαστικών κριτηρίων (άρ. 10). Το βαθμολόγιο του νόμου αυτού (οι υπάλληλοι πλέον κατατάσσονται σε 6 βαθμούς) παρέμεινε σε ισχύ για μία πενταετία, μέχρι τον πρόσφατα ψηφισθέντα νόμο 4369/2016.

Συγκεκριμένα, για την προαγωγή των υπαλλήλων από βαθμό σε βαθμό, που διενεργείται από το οικείο υπηρεσιακό συμβούλιο, λαμβάνονταν υπόψη: α) η αξιολόγηση του υπαλλήλου, η απόδοση με βάση την υλοποίηση της στοχοθεσίας, οι διοικητικές ικανότητες και η συμπεριφορά στην υπηρεσία, β) το ανώτατο ποσοστό, επί τοις εκατό, προαγωγής στον επόμενο βαθμό, των κρινόμενων υπαλλήλων και η τήρηση του προβλεπόμενου ελάχιστου χρόνου παραμονής στο εκάστοτε Βαθμό. Όλοι οι υπάλληλοι που πληρούσαν τις προϋποθέσεις προαγωγής εγγράφονταν σε πίνακες κατά φθίνουσα σειρά με βάση το μέσο όρο της τελικής βαθμολογίας των εκθέσεων αξιολόγησης του υπαλλήλου που συντάχθηκαν στο Βαθμό που κατέχει ο υπάλληλος, από αυτούς δε, για πρώτη φορά, προάγεται μόνο ο αριθμός των υπαλλήλων που προκύπτει λαμβάνοντας υπόψη τις προβλεπόμενες ποσοστώσεις του άρ. 7.

Και οι προβλέψεις αυτού του νόμου δεν ίσχυσαν στην πράξη και η όλη διαδικασία παρέμεινε γράμμα κενό. Οι υπηρεσίες δεν ήταν έτοιμες να εφαρμόσουν ένα σύστημα προαγωγικής διάρθρωσης στη βάση των ποσοστώσεων, ενώ παράλληλα, προσμετρήθηκε μεταξύ των κριτηρίων για προαγωγή η υπηρεσιακή αξιολόγηση των υπαλλήλων, χωρίς να έχει πρώτα ρυθμιστεί και εξορθολογιστεί το ζήτημα της αξιολόγησης της απόδοσης, ώστε να είναι αδιάσειστη η φερεγγυότητά του και οι συνέπειές του στην υπηρεσιακή απόδοση, συμπεριλαμβανομένης της παραγωγής κινήτρων απόδοσης. Τέλος, το κριτήριο της αξιολόγησης βάσει υλοποίησης στόχων επίσης δεν μπόρεσε να εφαρμοστεί εφόσον η ίδια η στοχοθεσία των δημοσίων υπηρεσιών δεν είχε ακόμη εμπεδωθεί καθολικά και δεν είχε αποδώσει (από το 2004, με το Ν. 3230).

2.4. Το πλαίσιο του Ν. 4250/2014 και οι ρυθμίσεις του Ν. 4275/2014

Το κενό αυτό της ρύθμισης της διαδικασίας αξιολόγησης ήρθε να καλύψει τρία χρόνια μετά, ο Ν. 4250/2014 (ΦΕΚ 74 Α΄, 26/03/2014) ο οποίος τροποποίησε το ΠΔ 318/1992 (ΦΕΚ 161, Α΄, 25/09/1992). Εδώ τίθεται ως κύριος αξιολογητής ο άμεσα ιεραρχικά Προϊστάμενος της υπερκείμενης μονάδας στην οποία ανήκει ο αξιολογούμενος ως ο φυσικός κριτής των αποτελεσμάτων του έργου του υφισταμένου και ως ο έγκυρος αποδέκτης της πολύπλευρης απόδοσής του σε ικανότητες, γνώσεις, δεξιότητες, αλλά και σε στάσεις και συμπεριφορές. Με το νόμο αυτό προτάθηκε ο επιμερισμός των ποσοστώσεων επί του συνόλου των δημοσίων υπαλλήλων σε μία προσπάθεια θεραπείας του φαινομένου της «αρίστευσης» της

συντριπτικής πλειοψηφίας των δημοσίων υπαλλήλων που παρατηρούνταν στην ελληνική δημόσια διοίκηση.

Ενδεικτικά εδώ αναφέρεται ότι για παράδειγμα για τις θέσεις των Γενικών Δ/ντών, το ποσοστό επιμερισμού των βαθμολογιών είναι : 9-10 (ή από 9,1 - 10) έως και 25% των υπαλλήλων, 7-8 (ή από 7,1 – 8,9) έως και 60% των υπαλλήλων και από 1-6 (ή από 1 - 6,9) 15% των υπαλλήλων⁸. Η προσπάθεια αυτή, ανεπιτυχής στην πράξη, να τεθούν ανώτατα όρια ανά Γενική Δ/νση στην κλίμακα βαθμολόγησης ως ένα μέσο για τη συγκράτηση των υπερβολικά υψηλών βαθμολογιών των υπαλλήλων που δεν ανταποκρίνονταν στην πραγματική επίδοσή τους, συνάντησε πλήθος αντιδράσεων από το Δημοσιούπαλληλικό Σώμα και έμεινε ανεφάρμοστη.

Την ίδια αυτή πρακτική για ένα έτος είχε θεσπίσει και πάλι το Ελληνικό Κράτος με την Υπ. Απόφαση υπ' αριθμ. 8, ΦΕΚ Β΄ της 09/01/1993, του Υπ. Προεδρίας της Κυβέρνησης, κ. Σ. Κούβελα, όπου καθορίζονταν ανώτατα ποσοστά υπαλλήλων που μπορούσαν να αξιολογούνται με κλίμακες του ΠΔ 318/1992 από τον Α΄ αξιολογητή. Εκεί ορίζονταν ότι με βαθμολογία 9-10 μπορεί να αξιολογείται μέχρι ένας υπάλληλος σε οργανικές μονάδες με έναν έως τέσσερις υπαλλήλους, προστιθέμενου ενός ακόμη υπαλλήλου για κάθε τέσσερις επιπλέον υπαλλήλους, με βαθμολογία 8-8,9 ποσοστό έως 45%, με βαθμολογία 7-7,9 ποσοστό έως 30%, με βαθμολογία 6-6,9 ποσοστό έως 10%, με βαθμολογία 5-5,9 ποσοστό 10%, και με βαθμολογία 1 -4,9 ποσοστό έως 5%. Την Υπ. αυτή απόφαση, ανακάλεσε ο Υπ. Προεδρίας της Κυβέρνησης, κ. Αν. Πεπονής, με την υπ' αριθμ. 960, Υπ. Απόφαση που δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Β΄ της 23/12/1994.

Τα παραπάνω γεγονότα καταδεικνύουν :

- την αδυναμία της δημόσιας διοίκησης να μαθαίνει από τα ίδια τα λάθη της,
- την έλλειψη στρατηγικού προσανατολισμού σε βάθος χρόνου,
- την ασυνέχεια των κυβερνητικών επιλογών από τον σχηματισμό της μίας Κυβέρνησης έως την ανάληψη καθηκόντων της επόμενης,
- την απορρόφηση των κομματικών κραδασμών από το μηχανισμό της δημόσιας διοίκησης,
- την αδυναμία τελικά του δημοσιούπαλληλικού Σώματος να δράσει με αντικειμενικότητα, προς την ικανοποίηση του ενιαίου, διαχρονικού και κοινού δημοσίου συμφέροντος.

Το ίδιο έτος 2014, με το Ν. 4275 (ΦΕΚ 149 Α΄ 15/07/2014) αναθεωρήθηκε ο Κώδικας δημοσίων υπαλλήλων και επιχειρήθηκε, για άλλη μια φορά, ο εξορθολογισμός του συστήματος προαγωγών του δημοσίου τομέα με μία σειρά καινοτομιών, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η κατάργηση της μοριοδότησης που πριμοδοτεί τα στατικά χαρακτηριστικά των υποψηφίων, η επανεισαγωγή της προφορικής συνέντευξης, η ενσωμάτωση του Α.Σ.Ε.Π. στη διαδικασία κρίσεων σε θέσεις ευθύνης ως φορέας αλλαγής (agent of change) και αξιόπιστος ανεξάρτητος θεσμός στο διοικητικό στερέωμα της δημόσιας διοίκησης.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4275, μπορούν να θεμελιώνουν δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία για όλες τις θέσεις Γεν. Δ/ντών, Δ/ντών, Προϊσταμένων όλοι οι δημόσιοι πολιτικοί διοικητικοί υπάλληλοι των δημοσίων υπηρεσιών, ήτοι Υπουργείων, Γενικών και Ειδικών Γραμματειών, αποκεντρωμένων διοικήσεων,

⁸ Βλ. εγκύκλιο του Υπ. Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης της 07/04/2014, ΑΔΑ: ΒΙΗ3Χ-Γ7Α, καθώς και την εγκύκλιο του ΓΓ του Υπ. Διοικητικής Μεταρρύθμισης και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης κ. Θ. Λιβάνιου, με ΑΔΑ : 71Ψ6Χ-Μ5Λ.

αυτοτελών ή μη δημοσίων υπηρεσιών, καθώς και Ν.Π.Δ.Δ., οι οποίοι εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Υπαλληλικού Κώδικα (Ν. 3528/2007).

Ο Ν. 4275, κατά το πρώτο στάδιο, καταργεί τη μοριοδότηση και προωθεί τον έλεγχο των δικαιολογητικών από το Α.Σ.Ε.Π. (ως μία φάση on/off) όπου κρίνονται όσοι υποψήφιοι πληρούν τις προϋποθέσεις για συμμετοχή στη διαδικασία με βάση την εκδοθείσα προκήρυξη. Κατόπιν, σε ένα δεύτερο στάδιο, συμμετέχουν αυτοί σε γραπτό διαγωνισμό υπό την αιγίδα του Α.Σ.Ε.Π.. Με το πέρας της γραπτής δοκιμασίας διενεργείται, σε ένα τρίτο στάδιο, η δομημένη συνέντευξη από το Συμβούλιο Συνέντευξης στην οποία καλείται πλήθος υποψηφίων τουλάχιστον τριπλάσιο από τις προκηρυσσόμενες θέσεις. Η επιλογή του εργαλείου της συνέντευξης προσδίδει στα μέλη επιλογής τη «δυνατότητα να διαμορφώσουν γνώμη για την προσωπικότητα, την ικανότητα και την καταλληλότητα του υποψηφίου για την άσκηση των καθηκόντων της θέσης ευθύνης για την οποία κρίνεται» (ΦΕΚ 2661, τεύχος Β', 08/10/2014, «Τρίτο στάδιο επιλογής Προϊσταμένων οργανικών μονάδων – Δομημένη συνέντευξη», άρ. 1). Παράλληλα διασφαλίζεται ο τρόπος διεξαγωγής της κατά τρόπο που να υπηρετεί τις αρχές της διαφάνειας, της αμεροληψίας και να εξυπηρετεί την άσκηση δικαστικού ελέγχου της κρίσης των διοικητικών οργάνων που την διεξάγουν. Τα κριτήρια διεξαγωγής της είναι : η ποιότητα της προϋπηρεσίας του υπαλλήλου, η διοικητική ικανότητα, η στρατηγική ικανότητα σκέψης, η διαχείριση ανθρώπινου δυναμικού, η γνώση του αντικειμένου του φορέα, η πρωτοβουλία, η προσαρμοστικότητα και η διαχείριση δύσκολων καταστάσεων. Η κατανομή σε ποσοστά της γραπτής εξέτασης και της δομημένης συνέντευξης αντίστοιχα ανά ιεραρχικό επίπεδο έχει ως εξής : Προϊσταμένων Γεν. Δ/σεων : 30%, 70%, Προϊσταμένων Δ/σεων : 40 %, 60 %, Προϊσταμένων Τμημάτων : 50 %, 50 %.

Οι προϋποθέσεις για επιλογή Προϊσταμένων Γεν. Δ/σεων είναι : Υπάλληλοι κατηγορίας Π.Ε. & Τ.Ε. με συνολική πραγματική υπηρεσία δέκα πέντε (15) ετών και τρία (3) έτη σε θέση Προϊσταμένου Δ/σης ή με υπηρεσία δέκα οκτώ (18) ετών με ένα (1) έτος σε θέση Προϊσταμένου Διεύθυνσης. Για τις θέσεις Προϊσταμένων Δ/σης οι υποψήφιοι μπορεί να είναι : Υπάλληλοι κατηγορίας Π.Ε. & Τ.Ε. με συνολική πραγματική υπηρεσία δώδεκα (12) ετών και ενός (1) έτους σε θέση Προϊσταμένου Τμήματος ή δέκα (10) έτη υπηρεσίας και τρία (3) έτη σε θέση Προϊσταμένου Τμήματος. Για τις θέσεις Προϊσταμένων Τμήματος ή Αυτοτελούς Γραφείου μπορεί να είναι υποψήφιοι : υπάλληλοι κατηγορίας Π.Ε, Τ.Ε. και Δ.Ε. με τέσσερα (4) έτη συνολικής πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας και ενός (1) έτους άσκηση καθηκόντων σε θέση Προϊσταμένου τμήματος ή να είναι απόφοιτοι της Ε.Σ.Δ.Δ.Α. με συνολικό χρόνο πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας τέσσερα (4) έτη ή να έχουν τουλάχιστον έξι (6) έτη συνολικής υπηρεσίας.

Η εμπειρία της αποτυχίας εφαρμογής της γραπτής δοκιμασίας δεν απέτρεψε το νομοθέτη από την επανεισαγωγή της, τέσσερα χρόνια μετά το Νόμο 3839, χωρίς πρόβλεψη για πρόσθετα συνοδευτικά μέτρα διευκόλυνσης της εφαρμογής της. Σε μία προσπάθεια για εξυγίανση του δημοσίου και για πειστικές ριζικές μεταρρυθμίσεις που θα αλλάξουν άρδην το τοπίο των προαγωγών, ο γραπτός διαγωνισμός, ως μία από τις πλέον αντικειμενικές και αμερόληπτες μεθόδους διακρίβωσης τόσο των γνώσεων του υποψηφίου σε θέματα αρμοδιότητας της υπηρεσίας του, όσο και της συνθετικής και αναλυτικής του σκέψης, προσόντα απαραίτητα για τα στελέχη της δημόσιας διοίκησης, σε συνδυασμό με τα πορίσματα της προφορικής δομημένης συνέντευξης, κρίθηκε ότι θα αποτελέσουν την επιτομή των μεταρρυθμίσεων και θα επαναφέρουν την

παραγωγικότητα και την αποδοτικότητα στο δημόσιο τομέα. Η αποδοχή του μέτρου, ιδίως της γραπτής δοκιμασίας, από το δημοσιούπαλληλικό Σώμα ήταν μάλλον απίθανο να συμβεί, εάν όχι απλά δυσχερής, με παράλληλες πολλές απαιτήσεις για τη διευθέτησή της, παρότι για τα υψηλόβαθμα στελέχη η επίπτωσή της ήταν μικρότερη.

2.5. Προσπάθεια για αναθεώρηση του συστήματος του Ν. 4275/2014

Από την ίδια Κυβέρνηση, προφανώς αναγνωρίζοντας τις αδυναμίες του πρόσφατου θεσμικού πλαισίου που νωρίτερα εισήγαγε, επιχειρήθηκε η προώθηση ενός δεύτερου εγχειρήματος προσδιορισμού των *ορθών* δεδομένων για την προαγωγική εξέλιξη επαναφέροντας την *μόλις* καταργηθείσα μοριοδότηση των στατικών χαρακτηριστικών των υπαλλήλων βάσει μητρώου και μία σειρά άλλων μεταρρυθμίσεων που αναφέρονται παρακάτω. Το νομοσχέδιο αυτό έφτασε μέχρι το στάδιο της διαβούλευσης και δεν προχώρησε για ψήφιση στη Βουλή λόγω των πολιτικών εξελίξεων. Μερικά από τα πιο βασικά σημεία στο ζήτημα των προαγωγών που έθιξε είναι τα παρακάτω :

- επανεντάχθηκαν στη διαδικασία τα μοριοδοτούμενα στατικά χαρακτηριστικά των υποψηφίων προφανώς, διότι λήφθηκε υπόψη το αρνητικό κλίμα στο δημοσιούπαλληλικό Σώμα που πυροδότησε η κατάργησή τους. Τα μοριοδοτούμενα κριτήρια είναι : α) τα τυπικά, εκπαιδευτικά και άλλα προσόντα, β) η εμπειρία και άσκηση καθηκόντων ευθύνης γ) η αξιολόγηση δ) η συνέντευξη. Η κατανομή για κάθε επίπεδο ευθύνης και ανά κριτήριο έχει ως εξής : για τους Προϊσταμένους Γεν. Δ/σης : α) 15%, β)20% , γ)40%, δ) 25%, για τους Προϊσταμένους Δ/σης: α) 20%, β)20% , γ)40%, δ)20%, και για τους Προϊσταμένους Τμήματος : α) 30%, β)20% , γ)40%, δ) 10%.
- καταργήθηκε η γραπτή δοκιμασία υπό την ευθύνη του Α.Σ.Ε.Π. με το σκεπτικό ότι αντικατοπτρίζει την απόδοση ενός υποψηφίου σε μία δεδομένη χρονική στιγμή και δεν προσδίδει αξιόπιστα αποτελέσματα ως προς την ουσιαστική αξιολόγηση των απαιτούμενων προσόντων των υποψηφίων για την άσκηση των καθηκόντων, όπως θα απορρέουν από την περιγραφή της θέσης ευθύνης που κενώνεται.
- ενισχύθηκε η υπηρεσιακή αξιολόγηση και εντάχθηκε στα μετρήσιμα αξιολογικά κριτήρια ο μέσος όρος βαθμολογίας των τριών (3) τελευταίων ετών, χωρίς όμως ακόμη να υπάρχει σαφής διαβεβαίωση ως προς την ικανότητα του τρέχοντος συστήματος αξιολόγησης να αντικατοπτρίσει την πραγματική εικόνα απόδοσης του υπαλλήλου και κυρίως, χωρίς να έχει καλλιεργηθεί η κουλτούρα της αξιολόγησης μεταξύ των ιεραρχικών επιπέδων των δημοσίων υπηρεσιών (π.χ. αξιολόγηση για βελτίωση, ελαχιστοποίηση της γραφειοκρατικής αξιολόγησης, έγκαιρη αξιολόγηση, κ.ά.⁹).

Οι παραπάνω πρόνοιες όπως αναφέρθηκε, δεν έλαβαν τη μορφή νομοσχεδίου και δεν κατατέθηκαν προς ψήφιση, έτσι αποτέλεσε πρώτο μέλημα της νεοεκλεγείσας Κυβέρνησης συνεργασίας το θέμα της προαγωγικής εξέλιξης και της αξιολόγησης των δημοσίων υπαλλήλων.

⁹ Ketelaar, A., Manning, N. and Turkisch, E. (2007), "Performance-based Arrangements for Senior Civil Servants OECD and other Country Experiences", *OECD Working Papers on Public Governance*, No. 5, OECD Publishing.

3. Το ισχύον θεσμικό πλαίσιο (Ν. 4369/2016)

Η νέα Κυβέρνηση, θέτοντας στις προτεραιότητές της τη μεταρρύθμιση του συστήματος προαγωγών και πριν ακόμη οριστικοποιήσει τη νεότερη διαδικασία, με διάταξη στο πλαίσιο του νόμου υπ' αριθμ. 4325/2015 (ΦΕΚ 47 Α', 11/05/2015, άρ. 26 & 5) ζήτησε να μην αναρτηθούν τα αποτελέσματα των προκηρύξεων για επιλογή Προϊσταμένων που είχαν ήδη γίνει με βάση το σύστημα του Ν. 4275/2014 και να ακυρωθεί η σχετική διαδικασία : *«Τα αποτελέσματα του πρώτου σταδίου επιλογής προϊσταμένων για την πλήρωση των οριζόντιων θέσεων ευθύνης επιπέδου Γενικής Διεύθυνσης των Υπουργείων, οι οποίες προκηρύχθηκαν με την υπ' αριθμ. 1ΓΔ/2014 απόφαση - προκήρυξη κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 84, 85 και 86 του Υπαλληλικού Κώδικα (άρθρο πρώτο, κυρωτικού νόμου 3528/2007), όπως αντικαταστάθηκαν με τις διατάξεις του άρθρου 1 του Ν. 4275/2014, δεν αναρτώνται και η σχετική διαδικασία δεν ολοκληρώνεται»*. Πρόδηλα είναι :

- η αποφασιστικότητα της νέας συγκυβέρνησης να αλλάξει το τοπίο των προαγωγών και να θέσει τη δική της σφραγίδα στο νέο σύστημα προαγωγικής και βαθμολογικής εξέλιξης,
- η δυσπιστία απέναντι στη διαδικασία που προωθήθηκε από άλλο κυβερνητικό σχηματισμό,
- η απόφαση να καταστήσει τελικά *de facto* αναγκαία την ακύρωση των προγενέστερων ενεργειών, προκειμένου να εισαχθεί ένα ενιαίο και ομοιόμορφο σύστημα νέων κανόνων ώστε να πληρούνται οι ίδιοι όροι και προϋποθέσεις επιλογής για όλους τους νεοπροσλαμβανόμενους Προϊσταμένους.

Το νέο εγχείρημα για ανάδειξη ενός συστήματος προαγωγών, ολοκληρώθηκε περίπου ένα έτος μετά, με την κατάθεση του νομοσχεδίου και την ψήφιση του Ν.4369/2016, (ΦΕΚ Α' 33, 27/02/2016) «Εθνικό Μητρώο Επιτελικών Στελεχών Δημόσιας Διοίκησης, Βαθμολογική Διάρθρωση Θέσεων, Συστήματα Αξιολόγησης, Προαγωγών και Επιλογής Προϊσταμένων (Διαφάνεια – Αξιοκρατία και Αποτελεσματικότητα της Δημόσιας Διοίκησης)» στο οποίο τα χαρακτηριστικά αποσπάσματα από τα πρακτικά των συζητήσεων στη Βουλή είναι δηλωτικά της (νέας) βλέψης για ριζική αλλαγή :

«Με το μεταρρυθμιστικό αυτό διάβημα που επιχειρείται αποσκοπείται, κυρίως και προεχόντως, μια αξιολογικά οργανωμένη και από κατάλληλους και ικανούς Προϊσταμένους στελεχωμένη Δημόσια Διοίκηση, η οποία θα μπορεί να εκπληρώσει τον εκ του Συντάγματος προβλεπόμενο θεσμικό της ρόλο».

Ως προς το σύστημα επιλογής προϊσταμένων, καταγράφεται η πανθομολογούμενη δυσaréσκεια από την εφαρμογή των μέχρι τώρα συστημάτων και ότι :

«Απόρροια του παθολογικού αυτού φαινομένου, υπήρξε διαχρονικά η ποιοτική υστέρηση των Υπηρεσιών της Δημόσιας Διοίκησης, η κυριαρχία των προσωπικών, πελατειακών, πολιτικών, παραπολιτικών και κάθε είδους δικτύων, η έλλειψη οποιασδήποτε εμπιστοσύνης και αξιοπιστίας των πολιτών προς το πολιτικό σύστημα και τους μηχανισμούς του κράτους. Ο τρόπος αυτός επιλογής, που θεωρούσε σχεδόν ως αποκλειστικό προσόν το χρόνο διοικητικής εμπειρίας παρείχε τη δυνατότητα επιλογής συγκεκριμένου αριθμού Προϊσταμένων, που υπηρετούσαν στο χώρο αυτό επί πολλά έτη, χωρίς ενδεχομένως ιδιαίτερες ικανότητες, στηριζόμενοι απλά σε «γνωριμίες» και «δημόσιες σχέσεις». [...] Με τις ρυθμίσεις του παρόντος σχεδίου νόμου αντικαθίσταται πλήρως ο παραδοσιακός τρόπος επιλογής των Προϊσταμένων από ένα τρόπο σύγχρονο, ορθολογικό και αξιοκρατικό...».

Και πάλι το σύστημα αξιολόγησης τίθεται σε νέα βάση με έμφαση :

- σε τρεις νέες ομάδες κριτηρίων αξιολόγησης για τους υπαλλήλους (Ν 4369/2016, άρ. 17) :
 - A. Γνώση του αντικειμένου, ενδιαφέρον και δημιουργικότητα.
 - B. Υπηρεσιακές σχέσεις και συμπεριφορά.
 - Γ. Αποτελεσματικότητα.

Άξιο είναι να σημειωθεί ότι ο νέος νόμος, ενώ θέτει την υλοποίηση της αξιολόγησης του Τμήματος ή της Δ/σης ως κρίσιμο κριτήριο για τη βαθμολόγηση της αποτελεσματικότητας των υπαλλήλων (σημείο Γ) και συγκεκριμένα αναφέρει το κριτήριο της στοχοθεσίας ως «Βαθμό επίτευξης των στόχων της ατομικής στοχοθεσίας και συμμετοχής στη στοχοθεσία του τμήματος», όμως γίνεται η παραδοχή ότι όσο δεν έχει υποβληθεί και εγκριθεί η στοχοθεσία των δημοσίων υπηρεσιών και ειδικότερα κατά την πρώτη εφαρμογή του νόμου, δεν πρόκειται να προσμετρηθεί το κριτήριο αυτό (Ν. 4369/2016, άρ. 17 &13).

- σε **τέσσερις** ομάδες κριτηρίων αξιολόγησης για τους Προϊσταμένους (Ν. 4369/2016, άρ. 18):
 - A. Γνώση του αντικειμένου, αντίληψη, ενδιαφέρον και δημιουργικότητα.
 - B. Υπηρεσιακές σχέσεις και συμπεριφορά.
 - Γ. Διοικητικές ικανότητες.
 - Δ. Αποτελεσματικότητα.
- στην ένταξη της **συμβουλευτικής συνέντευξης** μεταξύ Προϊσταμένου-υπαλλήλου τα αποτελέσματα της οποίας προσμετρώνται στην έκθεση αξιολόγησης των υπαλλήλων (Ν. 4369/2016, άρ. 19-20).
- στη **στοχοθεσία** των υπαλλήλων ως σημαντικό κριτήριο για τη συνολική απόδοση (Ν. 4369/2016, άρ. 22).
- στην έναρξη εφαρμογής της **ολομέλειας της Δ/σης και του Τμήματος** που θα συνέρχεται τρεις φορές το χρόνο σε μία προσπάθεια συνολικής θεώρησης της απόδοσης των ιεραρχικών επιπέδων και παρακολούθησης της υλοποίησης των στόχων (άρ. 23).

Ως προς το σύστημα της βαθμολογικής διάρθρωσης οριστικοποιούνται οι 5 βαθμοί από τον Α΄ έως τον Ε΄ και προβλέπεται το σύστημα της βαθμολογικής εξέλιξης στα άρθρα 25-26 όπου λεπτομερώς ορίζεται ο αναγκαίος χρόνος παραμονής σε κάθε βαθμό ανάλογα με τις κατηγορίες εκπαίδευσης και τα έτη προϋπηρεσίας. Από τις προβλέψεις αυτών των άρθρων προκύπτει εξαιρετικός φόρτος διοικητικής εργασίας για τα στελέχη Δ/σεων διοικητικού που θα πρέπει σε σύντομο χρονικό διάστημα να ασχοληθούν και πάλι με την κατάταξη των υπαλλήλων στους νέους βαθμούς κατά το ισχύον σύστημα.

Ως προς το προωθούμενο νέο σύστημα προαγωγικής εξέλιξης (μέρος Δ΄, άρ. 29), ειδικά για τις θέσεις των Προϊσταμένων Διεύθυνσης και Τμήματος προβλέπονται δύο φάσεις επιλογής : η πρώτη, όπου τα τυπικά προσόντα και η εμπειρία των υποψηφίων μοριοδοτούνται από τα Συμβούλια Επιλογής Προϊσταμένων, και η δεύτερη, που περιλαμβάνει την αξιολόγηση και τη δομημένη συνέντευξη. Το κριτήριο της αξιολόγησης δεν θα ληφθεί υπόψη κατά την *πρώτη* εφαρμογή, ενώ στην προβλεπόμενη διαδικασία της δομημένης συνέντευξης καταγράφονται, επίσης, οι ίδιες πρόνοιες με προγενέστερα νομοθετήματα, όπως η σύνταξη πρακτικού και η σύνθεση της Επιτροπής που διασφαλίζουν την αξιοκρατική μέθοδο.

Ως προς τις προϋποθέσεις για επιλογή Προϊσταμένων Γενικών Δ/σεων προβλέπεται :

α) να έχουν ασκήσει καθήκοντα Προϊσταμένου Γενικής Διεύθυνσης για ένα (1) έτος τουλάχιστον ή β) να έχουν ασκήσει καθήκοντα Προϊσταμένου Διεύθυνσης για τρία (3) τουλάχιστον έτη (ο προγενέστερος νόμος 4275 έθετε την αυστηρή προϋπόθεση της συνολικής 15ετούς πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας σωρευτικά με την 3ετή θητεία ως Δ/ντής) ή γ) να είναι κάτοχοι αναγνωρισμένου συναφούς διδακτορικού διπλώματος ή απόφοιτοι της Ε.Σ.Δ.Δ.Α. ή κάτοχοι αναγνωρισμένου συναφούς μεταπτυχιακού τίτλου σπουδών, να κατέχουν βαθμό Α΄ με πλεονάζοντα χρόνο τουλάχιστον οκτώ (8) έτη στο βαθμό αυτόν ή δ) να κατέχουν το βαθμό Α΄ με πλεονάζοντα χρόνο τουλάχιστον δέκα (10) έτη στο βαθμό αυτόν. Στον προγενέστερο νόμο δεν ετίθετο η δέσμευση της κατοχής του Α΄ βαθμού για τους υποψηφίους, αλλά ο όρος της 18ετούς πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας συνδυάζονταν με την άσκηση καθηκόντων Προϊσταμένου Γενικής Δ/σης για 1 τουλάχιστον έτος.

Ως Προϊστάμενοι Δ/σης μπορεί να είναι υποψήφιοι, με βάση πάντα το πρόσφατα ψηφισθέν νομοσχέδιο, όσοι : α) έχουν ασκήσει καθήκοντα Προϊσταμένου Διεύθυνσης επί ένα (1) έτος τουλάχιστον ή β) είναι κάτοχοι αναγνωρισμένου συναφούς διδακτορικού διπλώματος ή απόφοιτοι της Ε.Σ.Δ.Δ.Α. ή είναι κάτοχοι αναγνωρισμένου συναφούς μεταπτυχιακού τίτλου σπουδών, κατέχουν το βαθμό Α΄ με πλεονάζοντα χρόνο τουλάχιστον έξι (6) έτη στο βαθμό αυτόν ή γ) κατέχουν το βαθμό Α΄ και έχουν ασκήσει συνολικά τουλάχιστον για τρία (3) έτη καθήκοντα Προϊσταμένου Τμήματος ή δ) κατέχουν το βαθμό Α΄ με πλεονάζοντα χρόνο τουλάχιστον δέκα (10) έτη στο βαθμό αυτόν. Στο Ν. 4275 οι προϋποθέσεις για υποβολή αίτησης υποψηφιότητας ήταν : 1) να έχει ασκήσει καθήκοντα Προϊσταμένου Δ/σης για τρία (3) έτη τουλάχιστον ή β) να έχει τουλάχιστον δέκα (10) έτη συνολικής πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας και να έχει ασκήσει συνολικά τουλάχιστον για τρία (3) έτη καθήκοντα Προϊσταμένου Τμήματος ή γ) να έχουν τουλάχιστον δώδεκα (12) έτη συνολική πραγματική δημόσια υπηρεσία και να έχουν ασκήσει τουλάχιστον ένα (1) έτος συνολικά καθήκοντα Προϊσταμένου Τμήματος ή αντίστοιχου επιπέδου οργανικής μονάδας ή αυτοτελούς γραφείου. Διαπιστώνεται ότι στο νέο θεσμικό πλαίσιο δίδεται έμφαση στην κατοχή του Α΄ βαθμού, της ιδιότητας του απόφοιτου της Ε.Σ.Δ.Δ.Α. (που στο προγενέστερο πλαίσιο προσμετρούσε μόνο κατά την επιδίωξη της θέσης του Προϊσταμένου Τμήματος) και μειώνεται η αξία της χρονικής παραμονής στη θέση του Προϊσταμένου Δ/σης. Για τις θέσεις των Προϊσταμένων Τμημάτων ή αντίστοιχου επιπέδου οργανικής μονάδας επιλέγονται υπάλληλοι ΠΕ ή ΤΕ ή ΔΕ εφόσον : α) κατέχουν το βαθμό Α΄ ή β) έχουν ασκήσει για τουλάχιστον ένα (1) έτος καθήκοντα Προϊσταμένου Τμήματος με βάση το νέο νόμο. Με βάση το προϋπάρχον θεσμικό πλαίσιο δικαίωμα επιλεξιμότητας θεμελιώναν όσοι : α) είχαν τουλάχιστον τέσσερα (4) έτη συνολικής πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας και εμπειρία Προϊσταμένου Τμήματος ή αντίστοιχου επιπέδου οργανικής μονάδας ή αυτοτελούς γραφείου για ένα (1) τουλάχιστον έτος ή β) ήταν απόφοιτοι της Ε.Σ.Δ.Δ.Α. με συνολικό χρόνο πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας τέσσερα (4) έτη ή γ) είχαν τουλάχιστον έξι (6) έτη συνολικής πραγματικής δημόσιας υπηρεσίας.

Η διαδικασία επιλογής προβλέπει τις παρακάτω ομάδες κριτηρίων : α) Μοριοδότηση βάσει τυπικών, εκπαιδευτικών προσόντων και προσόντων επαγγελματικής κατάρτισης, β) μοριοδότηση βάσει εργασιακής εμπειρίας και άσκησης καθηκόντων ευθύνης, γ) μοριοδότηση βάσει αξιολόγησης και δ) μοριοδότηση βάσει συνέντευξης (άρ. 85). Για την τελική μοριοδότηση ο συνολικός αριθμός των μορίων κάθε κατηγορίας πολλαπλασιάζεται με τον εξής συντελεστή, ανά θέση ευθύνης:

Α. Για τη θέση Προϊσταμένου Γενικής Διεύθυνσης με συντελεστή βαρύτητας 30% για την ομάδα κριτηρίων (α), 20% για την ομάδα κριτηρίων (β), 20% για την ομάδα κριτηρίων (γ) και 30% για την ομάδα κριτηρίων (δ). Β. Για τη θέση Προϊσταμένου Διεύθυνσης με συντελεστή βαρύτητας 35% για την ομάδα κριτηρίων (α), 20% για την ομάδα κριτηρίων (β), 20% για την ομάδα κριτηρίων (γ) και 25% για την ομάδα κριτηρίων (δ). Γ. Για τη θέση Προϊσταμένου Τμήματος με συντελεστή βαρύτητας 40% για την ομάδα κριτηρίων (α), 20% για την ομάδα κριτηρίων (β) 20% για την ομάδα κριτηρίων (γ) και 20% για την ομάδα κριτηρίων (δ).

Τα συλλογικά όργανα που συγκροτούνται για τη διεξαγωγή της διαδικασίας, αφενός για τις θέσεις Προϊσταμένων Γενικών Δ/σεων των Υπουργείων, αυτοτελών δημοσίων υπηρεσιών, Αποκεντρωμένων Διοικήσεων, Ο.Τ.Α. β' βαθμού και Ν.Π.Δ.Δ. είναι το Ειδικό Συμβούλιο Επιλογής Προϊσταμένων (ΕΙ.Σ.Ε.Π.) που συνίσταται στο Υπ. Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, το οποίο αποτελείται: α) από δύο (2) μέλη του Ανώτατου Συμβουλίου Επιλογής Προσωπικού (Α.Σ.Ε.Π.) που υποδεικνύονται από τον Πρόεδρό του, β) έναν (1) Νομικό Σύμβουλο ή Πάρεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, που υποδεικνύεται από τον Πρόεδρο του, γ) ένα (1) μέλος του Επιστημονικού – Εκπαιδευτικού Συμβουλίου ή Προϊστάμενο Διεύθυνσης Εκπαιδευτικής Μονάδας του Ε.Κ.Δ.Δ.Α., που υποδεικνύεται από τον Πρόεδρο του και δ) ένα (1) Γενικό Γραμματέα του οικείου Υπουργείου, ή άλλο ανώτατο στέλεχος ανάλογα με το φορέα που προκηρύσσει τη θέση.

Στην περίπτωση του Ν. 4275/2014 το ΕΙ.Σ.Ε.Π. που συνίσταται σε κάθε Υπουργείο είναι 5μελές και αποτελείται από : Δύο (2) Συμβούλους Α.Σ.Ε.Π., τον Προϊστάμενο Γεν. Δ/σης Διοικ. Υποστήριξης ή τον Προϊστάμενο Γεν. Δ/σης Οικονομικών του φορέα που προκηρύσσει, τον Προϊστάμενο της Γεν. Δ/σης άλλου Υπουργείου ή του Ν.Π.Δ.Δ. που προκηρύσσει τις θέσεις και έναν ιδιώτη εμπειρογνώμονα σε θέματα διαχείρισης Ανθρώπινου δυναμικού. Στο Υπουργείο Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης για το Ν. 4275 συνίσταται Κεντρικό Ειδικό Συμβούλιο Επιλογής Προϊσταμένων το οποίο επιλαμβάνεται της πλήρωσης των οριζόντιων θέσεων ευθύνης. Ακόμη στα Υπουργεία και στις αυτοτελείς Γενικές ή Ειδικές Γραμματείες, με απόφαση του Γενικού ή Ειδικού Γραμματέα, σε κάθε Αποκεντρωμένη Διοίκηση και σε κάθε Ν.Π.Δ.Δ. συνίστανται 5μελή Συμβούλια Επιλογής Προϊσταμένων (Σ.Ε.Π.) τα οποία αποτελούνται από: α) έναν (1) Γενικό Γραμματέα ή Αναπληρωτή Γενικό Γραμματέα του οικείου Υπουργείου ή τον Προϊστάμενο της αυτοτελούς δημόσιας υπηρεσίας ή τον Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ή έναν Γενικό Γραμματέα του εποπτεύοντος το Ν.Π.Δ.Δ. Υπουργείου, β) έναν (1) Προϊστάμενο Γενικής Διεύθυνσης ή αντίστοιχης οργανικής μονάδας των ως άνω φορέων, γ) έναν (1) Νομικό Σύμβουλο ή Πάρεδρο του ΝΣΚ και δ) δύο (2) μέλη του Α.Σ.Ε.Π.. Όταν στο Ν. 4275/2014 τα αντίστοιχα Σ.Ε.Π. ονομάζονται Συμβούλια Συνέντευξης Προϊσταμένων (Σ.Σ.Π.) είναι 3μελή και απαρτίζονται για την επιλογή των Προϊσταμένων Γενικής Δ/σης από ένα μέλος του Α.Σ.Ε.Π., ως Πρόεδρο, τον Προϊστάμενο της Γενικής Διεύθυνσης Διοικητικής Υποστήριξης του οικείου Υπουργείου, ή τον Προϊστάμενο της αρμόδιας για θέματα ανθρώπινου δυναμικού Γενικής Διεύθυνσης της οικείας δημόσιας υπηρεσίας ή Ν.Π.Δ.Δ., όπου έχουν προκηρυχθεί οι θέσεις Προϊσταμένων, και ένα στέλεχος - εμπειρογνώμονα από τον ιδιωτικό τομέα. Η σύνθεση μεταβάλλεται μερικώς για τις κρίσεις των κατώτερων ιεραρχικών επιπέδων όπου τα ΣΣΠ απαρτίζονται από : τον Προϊστάμενο της Γενικής Διεύθυνσης Διοικητικής Υποστήριξης ή τον Προϊστάμενο της Γενικής Διεύθυνσης Οικονομικών και Διοικητικών Υπηρεσιών του οικείου Υπουργείου, ως Πρόεδρο, έναν Προϊστάμενο Γενικής Διεύθυνσης του ίδιου Υπουργείου και τον Προϊστάμενο ή

τους Προϊσταμένους Διεύθυνσης, στην αρμοδιότητα του οποίου ή των οποίων υπάγονται.

Οι προβλεπόμενες κανονιστικές διατάξεις και σε αυτό το νομοσχέδιο δεν προοιωνίζουν την επιτυχή εφαρμογή τους. Οι συγκεκριμένες προβλέψεις απαντώνται και σε προηγούμενα νομοθετήματα και δεν έτυχαν εφαρμογής. Αναφερόμαστε ειδικότερα στις ομάδες κριτηρίων : τυπικά προσόντα, εργασιακή εμπειρία, αξιολόγηση, δομημένη συνέντευξη. Οι αλλαγές που εισάγονται σε αρκετά σημεία καθιστούν τη διαδικασία και πάλι εξαιρετικά σύνθετη και πολυδαίδαλη. Οι αλλαγές που εισάγονται ως προς την εκπροσώπηση των συλλογικών οργάνων σε επίπεδο θεσμών δεν γίνεται κατανοητή (π.χ. γιατί η σύνθεση του ΕΙΣΕΠ άλλαξε; Ποιοι παράγοντες – υποκειμενικοί- οδήγησαν στην πρόσκληση σε νέους φορείς για συμμετοχή στη διαδικασία;). Επίσης οι αλλαγές που προτείνονται ως προς τα κριτήρια επιλεξιμότητας για υποψηφιότητα σε θέσεις Προϊσταμένων είναι ήσσονος σημασίας και δεν τεκμηριώνονται ικανοποιητικά.

Συμπεράσματα

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι το σύστημα προαγωγών στις τόσο σημαντικές θέσεις ευθύνης του δημοσίου τομέα (Προϊστάμενοι Γεν. Δ/νσεων, Δ/νσεων, Τμημάτων) υφίσταται τροποποιήσεις ανά τακτά χρονικά διαστήματα με όποιες δυσάρεστες συνέπειες έχει αυτό για την εύρυθμη λειτουργία των φορέων και για την παραγωγικότητα ενός ανθρώπινου δυναμικού που στερείται προοπτικής σταδιοδρομίας. Εάν οι τομεακές πολιτικές υφίστανται επίσης αλλαγές, με εξαιρετική συχνότητα, στο ρυθμιστικό τους πλαίσιο, με όλες τις συνεπακόλουθες επιπτώσεις στην εργασιακή απόδοση των υπαλλήλων, οι οριζόντιες αλλαγές στη δυναμική του δημοσιοϋπαλληλικού Σώματος έχουν πολλαπλάσια δυσμενείς επιπτώσεις στη λειτουργία της δημόσιας διοίκησης. Από το Δημοσιοϋπαλληλικό Κώδικα του 1999, οπότε και διαπιστώθηκε η ανάγκη για ένταξη χαρακτηριστικών του συστήματος που δίδει έμφαση στο περίγραμμα της θέσης εργασίας και για εγκατάλειψη των χαρακτηριστικών των συστημάτων προαγωγών στη βάση της αρχαιότητας, παρήλθαν 17 έτη και ακόμη δεν έγινε, καθολικά, πραγματικότητα ο στόχος αυτός παρά μόνο εύσχημη αποτύπωσή του σε όλα σχεδόν τα νομοθετήματα. Όμως η κάθε διαδικασία που αποτυπώνεται, όπως και στον τελευταίο νόμο, διακρίνεται για τα εξαιρετικά διοικητικά βάρη που προκαλεί, για την πολυπλοκότητα και το χρόνο που πρέπει να αναλωθεί για την ολοκληρωμένη περαίωσή της. Ακόμη και μία άρτια οργανωμένη δημόσια διοίκηση Δυτικοευρωπαϊκών χωρών θα συναντούσε δυσκολίες κατά την εφαρμογή τέτοιων διατάξεων που απαιτούν πολυπληθείς Δ/νσεις Διοικητικού/Ανθρώπινου δυναμικού, στελεχωμένες με προσωπικό που θα ασχολείται επιμελώς με την ανάγνωση, αφομοίωση, ερμηνεία των νόμων και των ερμηνευτικών εγκυκλίων τους, αλλά ακόμη, θα προβληματίζεται ως προς τα βήματα για την εφαρμογή τους.

Τα παραπάνω δεδομένα, επιτείνονται από το γεγονός της εφαρμογής των μεταβατικών διατάξεων που συνοδεύουν κάθε απόπειρα μεταρρύθμισης του τοπίου των προαγωγών. Έτσι, κάθε νόμος είθισται να παύει τις θητείες όσων έχουν επιλεγεί σε θέσεις ευθύνης με βάση το προγενέστερο καθεστώς (άλλης κυβέρνησης) και να ορίζει ένα μεταβατικό διάστημα (που μπορεί να φτάνει και σε βάθος 4ετίας!) κατά το οποίο ορίζονται Προϊστάμενοι με απόφαση του οικείου Υπηρεσιακού Συμβουλίου μεταξύ των λίγων υποψηφίων ανά φορέα και οι οποίοι προσκτώνται έτσι διοικητική εμπειρία σε θέση ευθύνης *μοριοδοτούμενη* στις επερχόμενες κρίσεις (διατηρώντας αναλλοίωτο τελικά το σύστημα της μοριοδότησης των στατικών χαρακτηριστικών των υποψηφίων στην καλύτερη περίπτωση). Σε ορισμένες περιπτώσεις κεντρικών

Υπουργείων αυτή η προσωρινή ανάθεση καθηκόντων Προϊσταμένων μπορεί να γίνει και με απόφαση μονομελούς οργάνου, του ίδιου του Υπουργού, έπειτα από πρόταση των Προϊσταμένων Γεν. Δ/σεων του οικείου φορέα¹⁰.

Από το Σύνταγμα αποτελούν κατοχυρωμένα δικαιώματα η ελεύθερη πρόσβαση και σταδιοδρομία κάθε Έλληνα πολίτη στις δημόσιες θέσεις κατά το λόγο της προσωπικής του αξίας και ικανότητας (άρθρα 4 § 1 και 4, 5 § 1 Συντ.) και η εφαρμογή της διαφάνειας (άρθρο 103 § 7 Συντ.), τόσο κατά την είσοδο στο υπαλληλικό Σώμα, αλλά και κατά την εξέλιξη των δημοσίων υπαλλήλων. Ο εξορθολογισμός και η αντικειμενικοποίηση των προϋποθέσεων επιλογής σε θέσεις ευθύνης αποτελούν κίνητρα για εντατικοποίηση των προσπαθειών όλων των εργαζομένων προς την κατεύθυνση της υλοποίησης των στόχων της υπηρεσίας. Αντίθετα, η επικράτηση της αδικίας, η στρέβλωση των αποτελεσμάτων μίας αξιολόγησης κατ'επίφαση αντικειμενικής και τελικά, η ετεροπροσδιορισμένη επικράτηση κάποιων σε βάρος άλλων, επιδρούν επιβραδυντικά στην εργασιακή πρόοδο, δρουν ως αντικίνητρα τροφοδοτώντας ένα δυσάρεστο εργασιακό κλίμα που προκαλεί ρήγματα στο «οικοδόμημα» της δημόσιας υπηρεσίας.

Στις φερέλπιδες προσπάθειες που αναλύθηκαν διακρίνουμε τα παρακάτω **χαρακτηριστικά** κατά περίπτωση :

- Οι προτάσεις για το σύστημα προαγωγών διαποτίζονται διαχρονικά από τον **πολιτικό χρωματισμό της εκάστοτε Κυβέρνησης**. Παρότι οι ρυθμίσεις ελάχιστα διαφέρουν στα βασικά τους σημεία, η εκάστοτε Κυβέρνηση επιδιώκει την επανατοποθέτηση επί της αρχής όλων των ζητημάτων, ώστε να εντάξει και ήσσονος σημασίας αλλαγές που ενδιαφέρουν την εκάστοτε παράταξη που έχει αναλάβει την εξουσία. Τα φαινόμενα αυτά έχουν εγκαθιδρύσει ένα περιβάλλον δυσπιστίας μεταξύ του βασικού κορμού της Δημοσιοϋπαλληλίας και των ανώτατων ιεραρχικών στρωμάτων που δεν ευνοεί την εργασιακή απόδοση.
 - Πρόταση :
 - *Το ζήτημα της μεταρρύθμισης των προαγωγών να αντιμετωπιστεί ως άκρως εθνικό, διότι αφορά στην αποκρυστάλλωση των βασικών μεταβλητών που ορίζουν την εργασιακή απόδοση, το εργασιακό κλίμα, τη στοχοθεσία, τα κίνητρα, την ανάπτυξη του ανθρώπινου δυναμικού και τελικά την ανασύνταξη των δυνάμεων του δημοσιοϋπαλληλικού Σώματος.*
- Η διαρκής μεταρρύθμιση του συστήματος προαγωγών η έλλειψη ενός σταθερού δομολειτουργικού περιβάλλοντος, όπου θα μπορούσαν οι δημόσιοι λειτουργοί να ευημερήσουν, να αποδώσουν και να συλλειτουργήσουν αποτελεσματικά, συμβάλλουν στη δημιουργία ενός **ασταθούς εργασιακού περιβάλλοντος που δεν προδιαγράφει μία σαφή προοπτική ανέλιξης υπό συγκεκριμένες συνθήκες**. Το ευμετάβλητο του θεσμικού πλαισίου και η καταστρατήγηση των διατάξεων των νομοθετημάτων από την ίδια τη διοίκηση δρουν ανασταλτικά στην αποτελεσματικότητα και αποδοτικότητα του ανθρώπινου δυναμικού.
 - Πρόταση :

¹⁰ Π.χ. Για τοποθέτηση Προϊσταμένων Δ/σεων και Τμημάτων αντίστοιχα στο Υπ. Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης, βλ. ΑΔΑ 6ΝΒ6Χ-0Φ9, ΩΡ6ΜΧ-Ξ3Δ.

- *Να είχε οριστικοποιηθεί το καθεστώς των προαγωγών και να υπήρχε προβλεψιμότητα και δικαιοσύνη στο σύστημα των προαγωγικών εξελίξεων.*
- Το προτεινόμενο ρυθμιστικό πλαίσιο καθιστά αναγκαία την **παράλληλη, χρονικά, εισαγωγή αλλαγών σε πολλαπλά επίπεδα** καθιστώντας έτσι δυσχερή την εφαρμογή τους. Έτσι, οι απαιτούμενες τρέχουσες αναγκαίες μεταρρυθμίσεις αφορούν (κυρίως) : την εισαγωγή της διοίκησης μέσω στόχων και της σύνδεσης της αξιολόγησης με την υλοποίηση της στοχοθεσίας, την υλοποίηση της δομημένης συνέντευξης για την προαγωγική εξέλιξη των υπαλλήλων, την ένταξη της συμβουλευτικής συνέντευξης στη διαδικασία αξιολόγησης των υπαλλήλων, την εύρυθμη λειτουργία των ΕΙ.Σ.Ε.Π. και Σ.Ε.Π.. Όλες οι παραπάνω αλλαγές είναι λειτουργικά σχεδόν αδύνατο να υλοποιηθούν ταυτόχρονα, ακόμη και σε μία πολύ σύγχρονη και οργανωμένη δημόσια διοίκηση.
 - Πρόταση :
 - *Να καταγραφεί μία στρατηγική και διαχείριση των μεταρρυθμίσεων ανά στάδιο, από την υλοποίηση της στοχοθεσίας, της συμβουλευτικής συνέντευξης, της χρήσης των αποτελεσμάτων της διοίκησης μέσω στόχων στην αξιολόγηση της απόδοσης και έπειτα, στην εφαρμογή των πολύπλοκων μηχανισμών που περιγράφονται στα νομοθετήματα. Πρόκειται για την υλοποίηση ενός πολυπαραγοντικού έργου με πολλά ρίσκα αποτυχίας εφαρμογής.*
- Η αλλαγή στο σύστημα προαγωγών δεν λαμβάνει υπόψη **θεμελιώδη χαρακτηριστικά** που θα έπρεπε να διέπουν τη μεταρρύθμιση ενός τέτοιου πλαισίου :
 - Πρόταση :
 - *Να γίνει μελέτη της υφιστάμενης κατάστασης, εξαγωγή συμπερασμάτων, αποτύπωση της στρατηγικής της μεταρρύθμισης και του συνεπαγόμενου στρατηγικού πλάνου υλοποίησής της, τεκμηρίωση των προτεινόμενων αλλαγών ώστε να γίνει κατανοητό ότι δεν πρόκειται για εφήμερη επιλογή δράσεων (π.χ. αλλαγή της σύνθεσης του ΕΙ.Σ.Ε.Π. που σε ορισμένες περιπτώσεις είναι αποτέλεσμα των σχέσεων επιρροής των εκάστοτε εκπροσώπων).*
- Οι μεταρρυθμίσεις του συστήματος προαγωγών είναι **αποσπασματικές, ταχείες και κατεπείγουσες** : Οι προτάσεις που έχουν κατατεθεί σε τακτά χρονικά διαστήματα προσομοιάζουν μεταξύ τους στα βασικά τους χαρακτηριστικά, διέπονται δε από ένα κλίμα του «κατ'επείγοντος». Και στο πρόσφατο νομοσχέδιο παραμένουν τα *αγκάθια* προγενέστερων εγχειρημάτων που ποτέ δεν έχουν εφαρμοστεί, όπως :
 - η διενέργεια της δομημένης συνέντευξης,
 - η ενσωμάτωση και άρα ο συντονισμός με το Α.Σ.Ε.Π. σε μία διαδικασία που ήταν ανέκαθεν εσωτερική των δημοσίων υπηρεσιών,
 - ο συντονισμός με το Ε.Κ.Δ.Δ.Α. που παίρνει για πρώτη φορά ρόλο στη σύνθεση του ΕΙ.Σ.Ε.Π. χωρίς προγενέστερη σχετική εμπειρία.
 - Πρόταση :
 - *Μία σε βάθος μεταρρύθμιση κρίνεται σκόπιμο να αφιερώνει χρόνο στη διερεύνηση των αιτιών της μη εφαρμογής των προγενέστερων*

μεταρρυθμίσεων και στην ενσωμάτωση τεκμηριωμένων προτάσεων για την εξάλειψή τους.

- Η διαδικασία της προαγωγικής εξέλιξης χαρακτηρίζεται ως έντονα **γραφειοκρατική και προκαλεί εξαιρετικά διοικητικά βάρη** τα οποία δεν προδιαγράφουν την εξασφάλιση του τελικού επιδιωκόμενου στόχου. Η αμηχανία της διοίκησης απέναντι στο ενδεχόμενο να προσβληθεί η αντικειμενικότητα της διαδικασίας, οδηγεί τους συντάκτες των νομοθετημάτων στη θέσπιση σύνθετων διαδικασιών που εμπλέκουν και φορείς εκτός της διοικητικής ιεραρχίας των εκάστοτε φορέων που καλούνται να επιλέξουν τα στελέχη τους, ώστε να διασφαλιστεί το αμερόληπτο της δράσης και η αξιοκρατία. Η χρήση τέτοιων μέσων, συχνά, οδηγεί σε μία *κατ'επίφαση* νομιμότητα, εφόσον τελικά διαπιστώνεται ότι στις κρίσεις μπορεί να επικρατήσουν οι ίδιοι που θα είχαν το προβάδισμα και χωρίς τη θέσπιση ειδικών διοικητικών διαδικασιών.
 - Πρόταση :
 - *Να καλλιεργηθεί ένα κλίμα εμπιστοσύνης και εσωτερικής ανασυγκρότησης των υπηρεσιών ώστε να είναι ικανές διοικητικά να φέρουν εις πέρας αυτές τις διαδικασίες, να λαμβάνεται δε για το σκοπό αυτό σταδιακά, στο μέγιστο βαθμό η αξιολόγηση από τον άμεσα ιεραρχικά προϊστάμενο, εφαρμόζοντας την τάση που ισχύει σε όλες τις ευρωπαϊκές χώρες για απλούστευση και αποκέντρωση (devolvement)¹¹ των πολιτικών ανθρώπινου δυναμικού. Μία αποτελεσματική αξιολόγηση του προσωπικού δίδει σημαντικά ευρήματα για τη διοίκηση καριέρας (succession plan) εντός του φορέα, όσο και για την ανάπτυξη του ανθρώπινου δυναμικού με εργαλεία κατάρτισης.*
- Η εμπειρία από τη μη εφαρμογή των προγενέστερων εγχειρημάτων για τη ρύθμιση του θεσμικού πλαισίου της προαγωγικής εξέλιξης στην ελληνική δημόσια διοίκηση ανέδειξε ότι ριζικές νομοθετικές μεταρρυθμίσεις **βρίσκουν νομοτελειακά αντίθετο το δημοσιοϋπαλληλικό Σώμα** (αντίσταση στην αλλαγή) που καλείται να τα εφαρμόσει, είτε γιατί δεν συμμετείχε στο σχεδιασμό τους, είτε/και διότι δεν είχαν διαπιστωθεί στη φάση της επεξεργασίας τα εγγενή λειτουργικά προβλήματα της δημόσιας διοίκησης που δεν θα επέτρεπαν την εφαρμογή.
 - Πρόταση :
 - *Να είχε γίνει μελέτη διοικητικών επιπτώσεων κατά τη φάση της επεξεργασίας του νομοσχεδίου και πριν την κατάθεσή του, καθώς και να είχε εμπλακεί ικανή αντιπροσώπευση των δημοσίων υπαλλήλων (και όχι μόνο των συνδικαλιστικών φορέων) κατά το σχεδιασμό των αλλαγών και όχι μόνο στη φάση της ηλεκτρονικής διαβούλευσης.*

Συνοψίζοντας θεωρούμε ότι το σύστημα της προαγωγικής εξέλιξης των δημοσίων υπαλλήλων δεν μπορεί να αποτελεί πεδίο διαμάχης μεταξύ πολιτικών αντιπάλων, αλλά να εντάσσεται στο επίκεντρο μίας συλλογικής προσπάθειας για αναβάθμιση του παρεχόμενου έργου των δημοσίων υπηρεσιών στη βάση της ανασύνταξης του προφίλ

¹¹ Shim, D.-S., (2001), «Recent human resources developments in OECD member countries», *Public Personnel Management*; 30, 3

και της διοικητικής ικανότητας των δημοσίων υπαλλήλων. Η ανάπτυξη του ανθρώπινου δυναμικού και η επένδυση στις ικανότητές του θα μπορέσουν να αναμορφώσουν το συνολικό τοπίο και να οδηγήσουν σε ανάταξη του ηθικού του δημοσιουπαλληλικού Σώματος που μπορεί να προσφέρει στη χώρα μας και να υποστηρίξει ικανοποιητικά τις δημόσιες πολιτικές.

Η ΔΙΑΜΕΣΟΛΑΒΗΣΗ ΣΤΟ ΠΕΔΙΟ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΧΕΣΕΩΝ ΚΑΙ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΑΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ

Δημήτριος Δ. Στράνης, Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου και Διοικ. Επιστ. ΑΤΕΙ Πειραιά, Εντεταλμένος Διδάσκων Οικον. Πανεπ. Αθηνών, Δικηγόρος

ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑ

Ο θεσμός της διαμεσολάβησης εισήχθη στην ελληνική έννομη τάξη με τον ν. 3898/2010, χωρίς να περιλάβει ο τελευταίος στη γραμματική του διατύπωση τις δημοσίου και ειδικότερα τις διοικητικού δικαίου διαφορές. Παράλληλα με την ερμηνευτική προσέγγιση των σχετικών ενωσιακών και εθνικών ρυθμίσεων επιβάλλεται να θεωρηθεί, αν θα ήταν σκόπιμο να υπάρχει ο θεσμός της διαμεσολάβησης ως θεσμός εξωδικαστικής επίλυσης διαφορών στο πεδίο των δημοσίου δικαίου σχέσεων και των δημοσίου δικαίου διαφορών και αν θα ήταν συμβατός με τις προϋποθέσεις αυτού του πεδίου.

Τα παγιωμένα και παραδοσιακά αντανακλαστικά οδηγούν ασφαλώς στη θέση ότι *οποιαδήποτε εξωδικαστική διαδικασία, ως διαδικασία επίλυσεως διαφορών στο πεδίο του δημοσίου δικαίου, δεν γίνεται καταρχήν δεκτή και όταν γίνεται δεκτή τούτο δεν συμβαίνει άνευ σοβαρών επιφυλάξεων και χωρίς τη θέση αυστηρών προϋποθέσεων*. Και τούτο διότι οι διαφορές που έχουν στον πυρήνα τους την άσκηση δημόσιας εξουσίας δεν είναι δυνατό να γίνονται αντικείμενο διαθέσεως¹.

Μία τέτοια θέση όμως θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι ανταποκρίνεται στα σύγχρονα δεδομένα; Τα σύγχρονα δε αυτά κρίσιμα δεδομένα για τα οποία γίνεται λόγος είναι ιδίως τα εξής:

- **α.** Ο χώρος της διοικητικής δικαιοσύνης είναι αυτός στον οποίο σημειώνονται οι μεγαλύτερες καθυστερήσεις και υπάρχει ο μεγαλύτερος όγκος αδικαστων εκκρεμών υποθέσεων. Από το γεγονός αυτό εξηγείται και το ότι οι εισαχθείσες κατά το τελευταίο διάστημα δικονομικές τροποποιήσεις αφορούν ιδίως στο πεδίο της διοικητικής δικαιοσύνης.

¹ Αντί πολλών βλ. σχετική αναφορά ενόψει του θεσμού της διαμεσολάβησης Ι. Κάρκαλη, Ο θεσμικός ρόλος της Διοικητικής Δικαιοσύνης στη Διαμεσολάβηση στο Δημόσιο Δίκαιο, Τόμ. Πρακτ. Συνεδρίου ΕΕΔ, 2015, σ. 100.

- β. Ήδη κατά τα τελευταία χρόνια διεξάγεται εκτεταμένη συζήτηση για την ενίσχυση των ενδικοφανών διαδικασιών² και μάλιστα όχι πλέον ως προκαταρκτικού σταδίου πριν από τη δικαστική επίλυση και αναγκαίου προαπαιτούμενου για την προσφυγή στις δικαστικές διαδικασίες, αλλά ως πλήρους υποκαταστάτου, και για πολλές κατηγορίες υποθέσεων, της δικαστικής επίλυσης.

- γ. Διαπιστώνεται η ύπαρξη της γενικότερης τάσης της αποδέσμευσης από τις αυστηρές κατηγορίες της παραδοσιακής διοικητικής δικονομίας, η οποία ήταν προσκολλημένη σε άκαμπτες διαδικασίες και ιδίως σε μίαν άκαμπτη κατανομή της δικαιοδοσίας, που δεν ήταν δυνατό να παρακαμφθούν για οποιοδήποτε λόγο. Και τούτο στην βάση του ότι δι' αυτού του τρόπου εξυπηρετείται αποτελεσματικότερα αυτό τούτο το δημόσιο συμφέρον.

- δ. Σημειώνεται εξέλιξη της θεώρησης των διαδικασιών με τις οποίες εκδηλώνεται η δημόσια δράση και επέρχεται σταδιακά οικειοποίηση διαδικασιών που άλλοτε εθεωρούντο εξ ορισμού και ασυζητητί ασύμβατες με την υπηρετήση του δημοσίου συμφέροντος και προσήκουσες αποκλειστικά στην ιδιωτική δράση.

Η απάντηση λοιπόν στο σχετικό ερώτημα αν η διαμεσολάβηση θα προσήκε ως θεσμός και διαδικασία επιλύσεως και στις δημοσίου δικαίου διαφορές, ασφαλώς δεν μπορεί να είναι μονολεκτική. Πάντως σε μία πρώτη δογματική προσέγγιση, υπό τα ως άνω δεδομένα, δεν φαίνεται ότι θα ήταν επωφελής για τα συμφέροντα του Δημοσίου ο αποκλεισμός των δημοσίου δικαίου διαφορών από την διαμεσολάβηση. Περαιτέρω, θα πρέπει να εξετασθεί περισσότερο εξειδικευτικά, αν και υπό ποιές προϋποθέσεις θα μπορούσε να θεμελιωθεί νομοθετικά και με βάση μίαν συγκριτική θεώρηση ο θεσμός της διαμεσολάβησης στο πεδίο του δημοσίου δικαίου.

Δυστυχώς προς το παρόν τουλάχιστον η ενασχόληση της θεωρίας είναι πολύ μικρή με ένα τέτοιο ζήτημα. Χαρακτηριστική είναι ίσως μόνο μία μελέτη που απετέλεσε και αντικείμενο σχετικής εισήγησης σε Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων³.

² Αντί περισσότερων *Ε. Πρεβεδούρου*, Οι ενδικοφανείς διαδικασίες ως μέσο επιτάχυνσης της διοικητικής δίκης, ΘΠΔΔ, 2013, σ.193-213· *Σ. Κυβέλο*, Η ενδικοφανής Προσφυγή, Β' έκδ., 2016· *Χ. Λετσαρίδη*, Ζητήματα συνταγματικότητας από την εισαγωγή της ενδικοφανούς προσφυγής στις φορολογικές διαφορές, Πρακτ. 1^{ου} Συνεδρ. ΕΕΔ, 2015, σ. 83 επ.

³ *Ι. Κάρκαλη*, ό.π., σ. 99 επ., όπου προβάλλεται η εφαρμογή του θεσμού της διαμεσολάβησης, ιδίως καθόσον αφορά στις δημόσιες συμβάσεις.

I. Η ενωσιακή και εθνική ρύθμιση και οι εισάγουσες αυτές διατυπώσεις

Ήδη στο πρώτο άρθρο του ν. 3898/2010 εξαγγέλλεται ο σκοπός του νόμου που είναι η προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2008/52/EK και του Συμβουλίου. Ειδικότερα ο εν λόγω νόμος αναφέρεται στο θεσμό της διαμεσολάβησης ειδικώς σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις διασυνοριακών διαφορών και περαιτέρω η καθιέρωση εθνικών διαδικασιών διαμεσολάβησης. Άρα το σκοπούμενο του ως άνω νόμου δεν είναι η εισαγωγή του θεσμού της διαμεσολάβησης για ορισμένες μόνο διαφορές με διασυνοριακή διάσταση, αλλά και η εισαγωγή ευρύτερα της διαμεσολάβησης ως τρόπου επίλυσης και αμιγώς εγχώριων διαφορών⁴. Τούτο γίνεται ασφαλώς στο ευρύτερο πλαίσιο της ενοποίησης των διαδικασιών εξωδικαστικής επίλυσης στο ευρωπαϊκό πεδίο.

Στο προοίμιο επίσης της Οδηγίας 2008/52/EK αναλύονται οι ευρωπαϊκές σκοπιμότητες της εισαγωγής του θεσμού της διαμεσολάβησης. Ως κεντρικός επιδιωκόμενος στόχος προβάλλεται η καλύτερη πρόσβαση στη δικαιοσύνη που περιλαμβάνει τόσο την πρόσβαση σε δικαστικές όσο και σε εξωδικαστικές μεθόδους επίλυσης των διαφορών. Δευτερευόντως προβάλλεται η σκοπιμότητα της λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς σε σχέση με την ύπαρξη διαθέσιμων υπηρεσιών διαμεσολάβησης. Περαιτέρω, εκτίθενται τα πλεονεκτήματα της διαμεσολάβησης που είναι η διατήρηση φιλικής και βιώσιμης σχέσης μεταξύ των μερών καθώς και η αποδοτική και ταχεία επίλυση και η προσαρμογή της επιλογής διαδικασιών επίλυσης στις ανάγκες των διαδίκων. Προβάλλεται ότι τα πλεονεκτήματα αυτά είναι εντονότερα στις διασυνοριακές διαφορές⁵.

Στην εισηγητική έκθεση του ως άνω νόμου που ενσωματώνει τις σχετικές ρυθμίσεις του ενωσιακού δικαίου διαγράφεται ο σκοπός του νόμου που αφομοιώνει την ευρωπαϊκή αναγκαιότητα της καθιέρωσης της διαμεσολάβησης, αλλά και ορισμένες εθνικές ιδιαιτερότητες και ανάγκες, για τις οποίες βέβαια η Ελλάδα δεν έχει ούτε διεκδικεί την αποκλειστικότητα. Υπάρχει για τη χώρα μας, εκτός από την ανάγκη της εναλλακτικότητας στην επίλυση των διαφορών που αποτελεί κοινή απαίτηση όλων

⁴ Κατά την ακριβή διατύπωση του άρθρου 1 του ν. 3898/2010: «Ο νόμος αυτός έχει σκοπό : α) την προσαρμογή της Ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2008/52/EK για ορισμένα θέματα διαμεσολάβησης σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις διασυνοριακών διαφορών και β) Τη θεσμοθέτηση εθνικών διαδικασιών διαμεσολάβησης».

⁵ Βλ. προοίμιο της Οδηγίας υπό στοιχ 1.

των σύγχρονων εννόμων τάξεων, και ζητήματα ή προβλήματα που τίθενται στο πλαίσιο της ελληνικής έννομης τάξης και αυτά είναι η συνήθης κατάχρηση των δικονομικών δικαιωμάτων, οι ελλείψεις και οι δυσλειτουργίες της υλικοτεχνικής υποδομής, που επηρεάζουν αρνητικά την αποτελεσματική παροχή της κρατικής δικαιοσύνης και οδηγούν στο να επιλέγονται εναλλακτικές διαδικασίες οι οποίες υποκαθιστούν το συνηθισμένο μοντέλο της κρατικής δικαιοδοτικής επίλυσης. Διαπιστώνεται μάλιστα ότι τα προβλήματα αυτά που έχει η χώρα μας δεν αποτελούν αποκλειστικότητα γιαυτήν, αλλά απαντώνται και σε άλλες χώρες.

II. Μη αποκλεισμός από την ενωσιακή ρύθμιση της υπαγωγής δημοσίου δικαίου διαφορών και πρόσληψη της ρύθμισης από τον εθνικό νομοθέτη

Παραβάλλοντας λοιπόν τα περιεχόμενα στο προοίμιο της σχετικής Οδηγίας και στην σχετική εισηγητική έκθεση του εφαρμοστικού αυτής νόμου, διαπιστώνει κανείς ότι ο *ευρωπαϊός νομοθέτης* επιδιώκει μεν τις ιδιαίτερες και όχι ασφαλώς σε αυστηρά εθνικό επίπεδο σκοπιμότητες του, που ανάγονται ιδίως στην εύρυθμη λειτουργία της ενιαίας αγοράς με την διασφάλιση των συναφών με αυτό τον στόχο ελευθεριών που είναι η ελευθερία στην κυκλοφορία αγαθών και υπηρεσιών και η ελευθερία στην εγκατάσταση και εργασία, *καταλείπει* όμως παράλληλα *πεδίο για τις κατέκαστον εθνικές ρυθμίσεις, οι οποίες θα μπορούσαν να διαμορφωθούν με βάση και τις ιδιαίτερες ανάγκες κάθε κράτους μέλους.* Θεωρεί ότι το είδος των διαφορών που θα μπορούσαν να υπαχθούν στο θεσμό είναι αστικές και εμπορικές και μάλιστα δηλώνει ότι ενδιαφέρεται ιδίως για την ρύθμιση των διασυνοριακών διαφορών αυτών των κατηγοριών. Η ευχέρεια του εθνικού νομοθέτη να ρυθμίσει βεβαίως εντός του ευρωπαϊκού πλαισίου το ποίες διαφορές θα υπαχθούν σε διαμεσολάβηση «εισπράττεται» από τον ίδιο τον εθνικό νομοθέτη και προκύπτει από το ίδιο το κείμενο του νόμου που δεν αναφέρεται σε αστικές και εμπορικές διαφορές αλλά σε ιδιωτικές διαφορές γενικώς. Με αυτή την διαφοροποίηση διαστέλλει σε ορισμένο βαθμό το πεδίο των διαφορών που θα μπορούσαν να υπαχθούν σε επίλυση με διαμεσολάβηση, πλην όμως σαφώς η διαστολή αυτή δεν προκύπτει ευθέως και από την ίδια την γραμματική διατύπωση της διάταξης ότι καταλαμβάνει και άλλες κατηγορίες διαφορών, πλην των ρητά αναφερομένων.

Θα πρέπει να απαντηθεί, αν είναι επαρκείς οι ισχύουσες ήδη ενωσιακές και εθνικές ρυθμίσεις, προκειμένου να θεωρηθεί ως ικανώς θεμελιωμένη νομοθετικά η διαμεσολάβηση στις διοικητικές διαφορές.

Η ενωσιακή ρύθμιση, υπό το πρίσμα ιδίως της συστηματικής ερμηνείας, δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι αποκλείει την υπαγωγή και διοικητικών διαφορών σε δαιοτησία. Η θέση του ενωσιακού νομοθέτη βασίζεται στην παραδοσιακά επιφυλακτική του θέση, όταν πρόκειται για ζητήματα που εμπíπτουν στην περιοχή της άσκησης δημόσιας εξουσίας, τα οποία θεωρεί ότι αποτελούν αντικείμενο αποκλειστικής «διαχείρισης» των κατιδίων κρατών-μελών⁶. Και στην προκειμένη περίπτωση λοιπόν δεν ηθέλησε να προκαταλάβει τον εθνικό νομοθέτη επί ενός τέτοιου ζητήματος και κατέλιπε σε αυτόν την δυνατότητα της περαιτέρω ρυθμίσεως του.

Η πρόσληψη αυτής της θέσης από τον εθνικό νομοθέτη υπήρξε, κατά την άποψή μας, συσταλτική. Δεν αντελήφθη πιθανώς δηλαδή ότι το όριο που έθεσε στον εαυτό του ο ενωσιακός νομοθέτης δεν αφορούσε και στον εθνικό νομοθέτη. Αλλά και αν το αντελήφθη δεν ηθέλησε να θέσει σε εαυτόν ένα ουσιαστικά άλλο όριο και ευθυγραμμίσθηκε περίπου προς το όριο του ενωσιακού νομοθέτη. Πάντως ομολογουμένως δεν αναπαρήγαγε πιστά την ενωσιακή ρύθμιση ως προς την ακριβή έκταση των υπαγομένων σε διαμεσολάβηση διαφορών. Ο ενωσιακός νομοθέτης αναφέρεται σε διαφορές αστικές και εμπορικές και μάλιστα σε ειδική κατηγορία τέτοιων διαφορών που είναι οι διασυνοριακές διαφορές, ενώ ο εθνικός σε μίαν ευρύτερη και «γενικεύουσα» κατηγορία αυτήν των ιδιωτικών διαφορών. Αυτό θα μπορούσε να θεωρηθεί ως ένδειξη ότι ο εθνικός νομοθέτης έχει μάλλον συνείδηση του ότι δεν δεσμεύεται ως προς την ακριβή έκταση των διαφορών που τελικώς θα υποβάλει σε διαμεσολάβηση. Περαιτέρω όμως, προσέκρουσε στις αναστολές που φαίνεται να έχει παραδοσιακά, να αναθέτει σε κρατικούς ή μη λειτουργούς την δυνατότητα οποιασδήποτε μορφής συμφιλιωτικής επίλυσης και συμπληρωματικά σε κάθε μορφή εξωτερικής υποβοήθησής της από τρίτα πρόσωπα που στην συγκεκριμένη περίπτωση είναι οι διαμεσολαβητές⁷. Όμως η ίδια η κανονιστική

⁶ Ενδεικτ. ΔΕΚ της 3-6-1986, C- 307/1984, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλ. , σ.1725.

⁷ Για την συμφιλιωτική επίλυση μέσω τρίτων προσώπων, ως διαδικασία επίλυσεως όχι μόνον διαφορών αλλά και συγκρούσεων, όπου το χαρακτηρίζον στοιχείο είναι η επιβοηθητική συμβολή του τρίτου προσώπου προς τα μέρη προκειμένου αυτά να επιλύσουν τα ίδια τη διαφορά ή σύγκρουση βλ αντί πολλών N. Deutsch, The Resolution of Conflict, 1973, σ. 376.

δύναμη της πραγματικότητας θα μπορούσε να επιβάλει την δυνατότητα επίλυσης και διοικητικών διαφορών με διαμεσολάβηση.

III. Η ανεπάρκεια της ισχύουσας ρύθμισης και η ανάγκη ειδικότερων ρυθμίσεων

Πάντως με δεδομένο ότι οι δικονομικές διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται στενά δεν θα ήταν, υπό τα παρόντα νομοθετικά δεδομένα, ευχερές να υπάρξει μία τέτοια υπαγωγή. *Αν όμως εισηγόντο ειδικές διατάξεις καθιερώνουσες την επίλυση ειδικών κατηγοριών διοικητικών διαφορών με διαμεσολάβηση, και μάλιστα με γενικές και αφηρημένες ρυθμίσεις ή και ad hoc, αυτό θα καθίστατο άμεσα δυνατό και δεν θα συνιστούσε, κατά την άποψή μας, επουδενί παραβίαση του ενωσιακού δικαίου, αφού άλλωστε η επιφύλαξη υπέρ των κρατών-μελών των ζητημάτων που ανάγονται στην άσκηση δημόσιας εξουσίας δεν σημαίνει παρά ότι ο εθνικός νομοθέτης έχει τη δυνατότητα να διαχειρισθεί τα ζητήματα αυτά κατά το δοκούν. Υπάρχει πάντως και η οδός της κυρώσεως των συμφωνιών περί υπαγωγής σε διαμεσολάβηση κατιδίαν διαφορών ή κατηγοριών διαφορών που θα καθιστούσε δυνατή και θεμιτή την υπαγωγή αυτών των διαφορών σε διαμεσολάβηση.*

IV. Οι ισχύουσες ρυθμίσεις και η ανάγκη νέων συμπληρωματικών ρυθμίσεων

Συνεπώς, το πρώτο θεμελιώδες ερώτημα υπό την νεοεισαχθείσα ρύθμιση του ν. 3898/2010 για τη διαμεσολάβηση τίθεται ως εξής: Θα μπορούσαν υπ' αυτήν να υπαχθούν και άλλες κατηγορίες διαφορών πέραν των ιδιωτικού δικαίου και μάλιστα αυτή των δημοσίου δικαίου και ιδίως διοικητικού δικαίου διαφορών;

Μία πρώτη και ίσως «επιπόλαιη», κατά την άποψή μας, θεώρηση οδηγεί στο συμπέρασμα ότι μία τέτοια διεύρυνση είναι αδύνατη, διότι η ρύθμιση του νόμου είναι απολύτως σαφής και δεν απαιτεί ερμηνεία. Πολύ περισσότερο εφόσον πρόκειται περί δικονομικού χαρακτήρα νόμου ο οποίος πρέπει, ιδίως λόγω της φύσης του, να ερμηνεύεται στενά. Την διεύρυνση αυτή αποκλείουν καταρχήν και οι σχετικές διατυπώσεις της Εισηγητικής Έκθεσης του νόμου⁸, δοθέντος μάλιστα ότι ιδίως η αυθεντικότητα της ιστορικής ερμηνείας δεν είναι ευχερές να υποστηριχθεί ότι έχει

⁸ Βλ. Εισηγητική έκθεση του ν. 3898/2010 και Προοίμιο της Οδηγίας 2008/52/EK και του Συμβουλίου.

ακόμη εκ της παρόδου του χρόνου θιγεί, αφού ο νόμος για την διαμεσολάβηση έχει εισαχθεί σχετικά πρόσφατα.

Επίσης θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι πρόκειται περί θεσμικού και άρα κωδικοποιητικού νομοθετήματος, μη επιδεχομένου περαιτέρω ούτε μερικού χαρακτήρα νομοθετικές παρεμβάσεις.

Με αφορμή αυτήν την διαφοροποίηση του εθνικού νομοθέτη από την διατύπωση της ενωσιακής ρύθμισης αλλά και της ανεπάρκειας της γραμματικής διατυπώσεως των παρουσών εθνικών ρυθμίσεων τίθεται εκείθεν το εύλογο ερώτημα : *Θα μπορούσε περαιτέρω ο εθνικός νομοθέτης να θεσπίσει στο μέλλον με ρητό και απερίφραστο τρόπο την υπαγωγή και άλλων κατηγοριών διαφορών στην διαμεσολάβηση; Στο ερώτημα αυτό φαίνεται ότι προσήκει καταφατική απάντηση και τούτο προκύπτει αυτονοήτως, αφού άλλωστε δεν φαίνεται να υπάρχουν λόγοι οι οποίοι να συνηγορούν περί του αντιθέτου.*

V. Συγκριτική και αναλογική συσχέτιση με παραπλήσιους θεσμούς συμφιλιωτικής επίλυσης: Συσχέτιση με δημοσίου δικαίου διαιτησία και συμβιβασμό

Οι απαντήσεις στα προναφερόμενα ερωτήματα δεν μπορούν να δοθούν, κατά την άποψή μας, χωρίς συγκριτική και αναλογική αναφορά προς παρεμφερείς θεσμούς εξωδικαστικής και συμφιλιωτικής επίλυσης και ειδικότερα αφενός τον θεσμό της διαιτησίας και αφετέρου τον θεσμό του συμβιβασμού, όπως αυτός έχει καθιερωθεί και ισχύει ιδίως για την περίπτωση ειδικώς των φορολογικών διαφορών⁹.

Στην έννομή μας τάξη ο θεσμός της διαιτησίας, από διαδικαστική άποψη, διέπεται από το σύνολο των καταστρωμένων διατάξεων των άρθρων 867 επ. ΚΠολΔ. Η διατύπωση του άρθρου 867 ΚΠολΔ¹⁰ είναι πανομοιότυπη με την διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 του ν. 3898/2010¹¹ που υπάγει στη διαμεσολάβηση. Κατά την κρατούσα

⁹ Ο συμβιβασμός ως διαδικασία επίλυσης φορολογικών διαφορών προβλέπεται από άρθρο το 70 του Κ.Φ.Ε. (ν. 2238/1994) και το άρθρο 70Α' του Κ.Φ.Ε., όπως τέθηκαν με το άρθρο 36 του Ν. 3943/2011.

¹⁰ Η ακριβής διατύπωση του άρθρου 867 ΚΠολΔ έχει ως εξής: 867 ΚΠολΔ : «Διαφορές ιδιωτικού δικαίου μπορούν να υπαχθούν σε διαιτησία με συμφωνία, αν εκείνοι που τη συνολογούν έχουν την εξουσία να διαθέτουν ελεύθερα το αντικείμενο της διαφοράς. Οι διαφορές που αναφέρονται στο άρθρο 614 αρ. 3 δεν μπορούν να υπαχθούν σε διαιτησία.»

¹¹ Η ακριβής διατύπωση του άρθρου 2 παρ.1 του ν. 3898/2010 έχει ως εξής: «Διαφορές ιδιωτικού δικαίου μπορούν να υπαχθούν σε διαμεσολάβηση με συμφωνία των μερών, αν αυτά έχουν την εξουσία να διαθέτουν το αντικείμενο της διαφοράς(...)»

άποψη περιλαμβάνει και τις δημοσίου δικαίου διαφορές, παρότι αφορά ιδίως στην διαιτητική επίλυση ιδιωτικού δικαίου διαφορών. Γίνεται δεκτό ότι πολλές από τις διατάξεις των άρθρων 867 επ. του ΚΠολΔ εφαρμόζονται και στη δημοσίου δικαίου διαιτησία. Τούτο μάλιστα επιβεβαιώνεται από την εφαρμογή των διατάξεων αυτών από διαιτητικά δικαστήρια που επιλαμβάνονται της επίλυσης τέτοιων υποθέσεων και ενσωματώνεται σε πολλές σχετικές διαιτητικές αποφάσεις.

Τυπικά τουλάχιστον η δημοσίου δικαίου διαιτησία οδηγεί σε επίλυση χωρίς την παρουσία του Δημοσίου. Ο διαιτητής, και αν είναι της επιλογής του Δημοσίου, είναι τρίτος ο οποίος εξοπλίζεται με κυριαρχική εξουσία επιλύσεως. Δυνητικά θα μπορούσε να επιλύσει την υπαγόμενη σε αυτόν διαφορά και εξ ολοκλήρου εις βάρος του Δημοσίου. Κάτι τέτοιο δεν ισχύει καταρχήν τουλάχιστον στην περίπτωση της διαμεσολάβησης, όπου και παρόν είναι το Δημόσιο μέχρι της επίλυσεως της διαφοράς και επιπλέον η επίλυση κατά κανόνα τουλάχιστον-και αυτή είναι η βασική λογική του θεσμού-πραγματώνεται με αμοιβαίες παραχωρήσεις¹².

Περαιτέρω, συσχετίζοντας την διαμεσολάβηση με τον συμβιβασμό και ειδικότερα στις φορολογικές διαφορές διαπιστώνουμε ότι *τα στοιχεία της έννοιας του συμβιβασμού*¹³ *συμπίπτουν σε μεγάλο βαθμό με τα στοιχεία της έννοιας της διαμεσολάβησης, αφού άλλωστε η βασικότερη κοινή προϋπόθεση είναι η δι' αμοιβαίων υποχωρήσεων επίτευξη συμφωνίας, περιβαλλόμενη την μορφή της συμβάσεως*¹⁴. Σημειώνεται πάντως ότι η κρατούσα εγχώρια νομοθετική και νομολογιακή αντίληψη είναι ότι η κατάληξη του συμβιβασμού επέρχεται με την έκδοση μονομερούς πράξεως που στην προκειμένη περίπτωση είναι το τροποποιητικό του αρχικώς εκδοθέντος φύλλο ελέγχου¹⁵, κατόπιν παρατάσεως εξακριβώσεως της φορολογητέας ύλης, μετά την συνεργασία και την έκφραση συναινέσεως από τον φορολογούμενο¹⁶.

¹² Για τα χαρακτηριστικά του θεσμού του συμβιβασμού στις δημοσίου δικαίου διαφορές βλ. ειδικότερα Κ. Ρέμελη, Ο συμβιβασμός στη διοικητική διαδικασία, 1994, σ. 28-29, 85 επ.

¹³ Το στοιχείο των αμοιβαίων παραχωρήσεων φέρεται ως εκ των αναγκαίων προϋποτιθέμενων του διοικητικού συμβιβασμού. Γιαντό Κ. Ρέμελη, ό.π., σ.29. Τα έτερα δύο προϋποτιθέμενα είναι: 1. Αβεβαιότητα ως προς τα πραγματικά και νομικά ζητήματα.2. Η αβεβαιότητα να μη μπορεί να παραμερισθεί χωρίς ουσιαστικό κόστος.

¹⁴ Κ. Ρέμελη, ό.π., σ.29, όπου επιβεβαιώνεται ο χαρακτήρας του συμβιβασμού ως σύμβασης που εντάσσεται όχι στο πεδίο των ιδιωτικού δικαίου σχέσεων του Δημοσίου αλλά στο πεδίο του διοικητικού δικαίου.

¹⁵ Βλ. σχετικώς και Μ. Στασινόπουλο, Μαθήματα δημοσιονομικού δικαίου, 3^η έκδ., 1966, σ. 290.

¹⁶ Μ. Στασινόπουλο, ό.π., σ. 290.

Άρα το κεντρικό ζήτημα είναι αν το Δημόσιο είναι επιτρεπτό να διαπραγματεύεται δια των νομίμων εκπροσώπων του και λειτουργών του, οτιδήποτε συνιστά αντικείμενο ανήκον με την ευρεία έννοια στο Δημόσιο. Δεν είναι λογικό να θεωρήσουμε ότι δεν μπορεί το ίδιο να διαπραγματεύεται, αλλά όμως μπορεί να «εκχωρεί» εξ ολοκλήρου την επίλυση σε τρίτα πρόσωπα, τα οποία μάλιστα δεν συνιστούν ακραιφνή δικαιοδοτικά όργανα, δηλαδή δικαστήρια.

VI. Ο αναχρονισμός του αποκλεισμού του Δημοσίου από τη διαπραγμάτευση των συμφερόντων του

Είναι απολύτως αναχρονιστικό να μη μπορεί να λειτουργήσει το Δημόσιο ως ένας κοινός συναλλασσόμενος, αποστερούμενο από την ευελιξία και την διαπραγματευτικότητα και τα αντίστοιχα συνακόλουθα οφέλη αυτών, που αποτελούν και τα στοιχεία κάθε σύγχρονου κράτους η δράση του οποίου πρέπει να συνδέεται με την παραγωγικότητα και την αποδοτικότητα. Σε όλα τα ευνομούμενα κράτη οι έννοιες αυτές της ευελιξίας και διαπραγματευτικότητας δεν αντίκεινται κατ' ανάγκην στην υπαλληλική ηθικότητα και την ευνομία και συμβαδίζουν απολύτως με την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος στην πλέον σύγχρονη και επίκαιρη εκδοχή του που είναι η υποβοήθηση της οικονομικής ανάπτυξης, η οποία αποτελεί περίπου και το συνώνυμο της εξόδου από την οικονομική κρίση. Υποστηρίζεται πάντως στον αντίποδα αυτού ότι η διάθεση μη δεκτικού διαθέσεως θα μπορούσε να οδηγήσει σε πραγματική διαφθορά ή να δημιουργήσει ισχυρή αιωρούμενη υποψία διαπλοκής και διαφθοράς, η οποία οδηγεί με τη σειρά της στην λεγόμενη «θεσμική διαφθορά», που αποτρέπει τη δημιουργία σταθερού επενδυτικού περιβάλλοντος και άρα λειτουργεί αποτρεπτικά για την ανάπτυξη¹⁷.

Ειδικώς πάντως για την περίπτωση της υπαγωγής στη διαμεσολάβηση θα πρέπει να καθιερωθεί ευθύνη μόνο στην περίπτωση που στοιχειοθετείται άμεσος δόλος του υπαλλήλου, που θα πρέπει να συνοδεύεται από την στοιχειοθέτηση υπέρθετος ιδίου προσωπικού οφέλους και μάλιστα οικονομικού. Με αυτόν τον τρόπο οι εντελλόμενοι δημόσιοι λειτουργεί θα απαλλαγούν από τον δικαιολογημένο φόβο της καταδιώξεώς τους και μάλιστα ιδίως για ένα διακεκριμένο αδίκημα αυτό της απιστίας για μη

¹⁷ I. Κάρκαλη, ό.π., σ.100

σύμφωνη προς τα συμφέροντα του Δημοσίου διαπραγμάτευση.

Δυστυχώς είμαστε μάρτυρες πρόσφατα μίας σημαντικής δυσλειτουργίας σε ένα πεδίο ιδιαίτερης σημασίας και ενδιαφέροντος στο οποίο υπάγεται η περίπτωση των «κόκκινων δανείων» που θεωρούμε ότι η επίκλησή του είναι εύλογη και πρόσφορη. Η «εκχώρηση των κόκκινων δανείων» που αποτελεί μία από τις βασικές προϋποθέσεις της ομαλοποίησης της τραπεζικής αγοράς και συνολικά της Οικονομίας εμποδίζεται, διότι υπάρχει φόβος από την πλευρά των αρμοδίων λειτουργών, και ιδίως στην περίπτωση των ελεγχόμενων από το Δημόσιο Τραπεζών, και από την άλλη πλευρά βεβαιωμένα υπερβολικά ευαίσθητα αντανακλαστικά των αρμόδιων δικαστικών και εισαγγελικών αρχών. Το παράδειγμα αυτό είναι δηλωτικό υπερβολής και από τις δύο προαναφερόμενες πλευρές.

Προτείνεται για την εξισορρόπηση των διαπιστούμενων δυσλειτουργιών ο κατασταλτικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου που θα έχει ως περιεχόμενο τον έλεγχο της επιτυγχανόμενης δια της διαμεσολάβησης «επιλύσεως» και που θα συνιστούσε «..επέκταση του θεσμού της διαμεσολάβησης και στην δημόσια δικαιοδοτική σφαίρα». ¹⁸ Θεωρούμε ότι η αποδοχή αυτής της λύσης οδηγεί τελικώς σε αυτό που αποτελεί τον βασικό στόχο της εισαγωγής του θεσμού που είναι η αποφυγή της οποιασδήποτε δικαστικής παρεμβολής. Ανεξαρτήτως αυτού, το ενδεχόμενο ενός επακολουθούντος δικαστικού ή έστω «οιονεί» δικαστικού ελέγχου οποιασδήποτε μορφής, αποδυναμώνει και «απονευρώνει» το θεσμό και την πίστη στα αποτελέσματά του και δημιουργεί αναστολές και προς τις δύο κατευθύνσεις και προς αυτή του κράτους και των εκπροσώπων του και προς αυτήν των συναλασσομένων με αυτό.

II. Νομοθετικές προϋποθέσεις υπαγωγής

Αν θεωρήσουμε πράγματι τη διαμεσολάβηση ως διαδικασία ήσσονος επικινδυνότητας¹⁹ για τα συμφέροντα του Δημοσίου, αυτό δεν θα αρκούσε για να προσδοθεί επαρκής νομιμοποίηση στον θεσμό, αλλά θα απαιτείτο γιαυτήν και γενική

¹⁸ Γιαυτό βλ. *I. Κάρκαλη*, ό.π., σ. 99-100.

¹⁹ Είναι χαρακτηριστικό ότι ο θεσμός της διαμεσολάβησης ως θεσμός μπορεί να είναι κατά περίπτωση προτιμότερος και αυτής της διαιτησίας, αφού συνεπάγεται αναμφίβολα μικρότερο κόστος, εξ ορισμού είναι λιγότερο χρονοβόρος, παρέχει τη δυνατότητα για ευθείες διαπραγματεύσεις και συμφωνίες μεταξύ των διαφωνούντων μερών και δεν υποχρεώνει τα μέρη, άρα και το Δημόσιο, να επαφίενται απολύτως στην αβέβαιη και αστάθμητη κυριαρχική κρίση τρίτου.

και αφηρημένη νομοθετική πρόβλεψη του θεσμού. Αυτό τουλάχιστον ισχύει, κατά την κρατούσα τουλάχιστον αντίληψη, στην περίπτωση της δημοσίου δικαίου διαιτησίας²⁰. Σε πολλές περιπτώσεις μάλιστα δημοσίου δικαίου διαιτησίας, όπως ιδίως στις περιπτώσεις των συμβάσεων επενδύσεως και εισαγωγής κεφαλαίων εξωτερικού, υπάρχει και πρόσθετη ad hoc νομοθετική επιβεβαίωση, με την κύρωση των σχετικώς καταρτιζόμενων συμβάσεων. Αυτή η επιβεβαίωση στην περίπτωση της δημοσίου δικαίου διαιτησίας γίνεται μάλιστα με τυπικό ή έστω με ουσιαστικό νόμο²¹. Και τούτο με την διαδικασία της νομοθετικής κυρώσεως ή της περιβολής της καταρτιζόμενης μεταξύ Δημοσίου και του συναλλασσομένου με αυτό την μορφή του διατάγματος ή της υπουργικής αποφάσεως. Από ειδικές όμως περιπτώσεις διαιτησίας που έχουν καθιερωθεί ιδίως πρόσφατα και δεν έχει τεθεί ως προς αυτές ζήτημα αν είναι θεμιτές και επιτρεπτές, παρότι βασίζονται απλώς και μόνον σε γενική και αφηρημένη ρύθμιση²², προκύπτει ότι πλέον θεωρείται επαρκής η γενική και αφηρημένη πρόβλεψη για την διαιτησία του είδους αυτού. Νομοθετική ρύθμιση που θα πρέπει βέβαια να εκκινεί από μία γενική και αφηρημένη τέτοια, για κάθε ειδική κατηγορία διαφορών²³ και που βέβαια για ειδικές περιπτώσεις διαφορών θα μπορούσε κατά περίπτωση να ενισχύεται και από μία ad hoc νομοθετική επιβεβαίωση, που θα ήρε τις αμφιβολίες και την διστακτικότητα.

VIII. Υπαγωγή ιδιωτικών διαφορών του Δημοσίου σε διαμεσολάβηση

Πρέπει να επισημανθεί ότι μία κατηγορία διαφορών που θέτει ανάλογα ζητήματα με αυτά που θέτει η επίλυση αμιγώς διοικητικών διαφορών από την διαμεσολάβηση, είναι αυτή των ιδιωτικών διαφορών που δημιουργεί το Δημόσιο ενεργώντας ως ιδιώτης (fiskus). Παρά το ότι η κατηγορία των διαφορών αυτών καλύπτεται από την περί

²⁰ Με δεδομένο ότι πολλές από τις διατάξεις των άρθρων 867 επ. ΚΠολΔ εφαρμόζονται στην περίπτωση της δημοσίου δικαίου διαιτησίας, δεν θα ήταν λογικό να μη θεωρείται ότι εφαρμόζεται επ' αυτής και η πρώτη διάταξη του εισαγομένου με τον ΚΠολΔ συστήματος διατάξεων για τη διαιτησία, το άρθρο 867 ΚΠολΔ, και μάλιστα παρά την απρόσφορη γραμματική του διατύπωση. Και τούτο μάλιστα με ακολούθηση μίας ιδιότυπης contra legem ερμηνείας. Βλ. γιαυτό και Δ. Στράνη, Η υπαγωγή δημοσίου δικαίου διαφορών σε διαιτησία, Διδ. Διατρ. (αδημ.), 2003, σ. 280-283.

²¹ Δ. Στράνη, ό.π., σ. 255-256.

²² Ειδικότερα βλ. διάφορες τέτοιες περιπτώσεις διαιτησίας : διαιτησία σε ενεργειακές διαφορές στο πλαίσιο της ΡΑΕ (άρθρο 37 του ν. 4001/2011), διαιτησία στις συμβάσεις δημοσίων έργων (άρθρο 78 του ν. 3669/2008) , διαιτησία στις ΣΔΙΤ (άρθρο 31 του ν. 3389/2005), διαιτησία στις φορολογικές διαφορές (άρθρο 34 του ν. 3943/2011).

²³ Ο Κ. Ρέμελης (ό.π., σ. 222-223) υποστηρίζει ότι ο διοικητικός συμβιβασμός αποτελεί πρόκληση όχι μόνο για την επιστήμη αλλά και τον νομοθέτη. Με την έννοια αυτή, κατά την άποψή μας, υπογραμμίζεται η ανάγκη ύπαρξης νομοθετικής ρύθμισης για τις καθέκαστον περιπτώσεις που θα θεωρείται θεμιτός ο διοικητικός συμβιβασμός.

διαμεσολάβησης διάταξη ορισμένοι υποστηρίζουν ότι ούτε και αυτές θα ήταν δυνατόν να υπαχθούν σε διαμεσολάβηση, διότι και η επίλυση αυτών παρουσιάζει αντίστοιχα προβλήματα και δυσλειτουργίες με αυτά που παρουσιάζει η επίλυση αμιγώς διοικητικών διαφορών²⁴ που άπτονται του δημοσίου συμφέροντος, αφού η διαδικασία της επίλυσής και αυτών ενδιαφέρει ευλόγως το δημόσιο συμφέρον. Μία τέτοια θέση δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι έχει κάποιο έρεισμα στο νόμο, αλλ' ούτε θα μπορούσε να θεωρηθεί, κατά την άποψή μας, ως ευλόγως συναγόμενη. Πάντως, η εμπειρία της υπαγωγής τέτοιων διαφορών σε διαιτησία διδάσκει ότι θα απαιτείτο και για τις διαφορές αυτές η θέση ορισμένων πρόσθετων εξασφαλιστικών προϋποθέσεων έναντι των απαιτούμενων προϋποθέσεων επί των κοινών διαφορών του ιδιωτικού δικαίου, για μία τέτοια υπαγωγή στη διαμεσολάβηση²⁵.

ΙΧ. Συνταγματική θεμελίωση της διαμεσολάβησης στις δημοσίου δικαίου διαφορές

Θεωρώντας περαιτέρω την συνταγματικότητα του θεσμού της διαμεσολάβησης, αυτή θα μπορούσε, κατά την άποψή μας, να βρεί έρεισμα στο άρθρο 8 παρ.1 του Σ²⁶, αν θεωρηθεί «πλήρης επίλυση», υποκαθιστώσα την δια της κρατικής δικαιοδοτικής οδού επίλυση. Η διάταξη αυτή θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι μπορεί να «στεγάσει» και τη διαμεσολάβηση στις διοικητικές διαφορές, όπως άλλωστε στεγάζει πέραν της ιδιωτικού δικαίου διαιτησίας και την δημοσίου δικαίου διαιτησία. Προβάλλεται επίσης, βασίμως θεωρούμε, και ότι ερείδεται και επί των άρθρων 20 παρ. 1 του Σ²⁷ και 5 του Σ²⁸.

²⁴ Βλ. και σχετική κριτική παρέμβαση Π. Παυλόπουλου, κατά την εισαγωγή του θεσμού, σε σχετικό κείμενο αναρτημένο σε site του Π. Παυλόπουλου, απευθυνόμενο στον εισάγοντα τις σχετικές ρυθμίσεις υπουργό: «εδώ πρέπει να συμπεριλάβουμε και όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις των νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου του ευρύτερου δημόσιου τομέα, που ούτως ή άλλως είναι ιδιωτικού δικαίου διαφορές- γιατί και όταν λειτουργεί ως fiscus το δημόσιο, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου του ευρύτερου δημόσιου τομέα δεν παύουν, λόγω της καταγωγής τους, λόγω του προορισμού τους, να διαχειρίζονται δημόσιο συμφέρον, άσχετα αν το δημόσιο συμφέρον αυτό υπάγεται σε κανόνες ιδιωτικού δικαίου για λόγους που αφορούν το νομοθέτη.»

²⁵ Δ. Στράνη, ό.π., σ.22 επ., όπου υποστηρίζεται ότι το άρθρο 49 του ΕΝΚΠολΔ εφαρμόζεται αποκλειστικά στις ιδιωτικές και όχι και στις δημοσίου δικαίου διαφορές του Δημοσίου.

²⁶ Βλ. σχετική ανάλυση που αναφέρεται στην συνταγματική θεμελίωση της δημοσίου δικαίου διαιτησίας προεχόντως στο άρθρο 8 παρ.1 του Σ σε Δ. Στράνη, ό.π., σ.177 επ.

²⁷ Κ. Ρέμελη, ό.π.,σ. 120 επ., όπου ο συμβιβασμός καθόσον αφορά στην απαιτούμενη για τη συντέλεσή του σύμπραξη, εξομοιώνεται με την περίπτωση της ασκήσεως του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης που κατοχυρώνεται από το άρθρο 20 παρ.1 του Σ.

²⁸ Σημειώνεται ότι αντίστοιχη θεμελίωση έχει και κατά το γερμανικό δίκαιο και ο θεσμός της διαιτησίας που φαίνεται να θεμελιώνεται ο θεσμός της διαιτησίας στο αντίστοιχο προς το άρθρο 5 του ελληνικού

ΣΥΝΟΨΗ-ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

i. Ο Ενωσιακός νομοθέτης εισήγαγε το θεσμό της διαμεσολάβησης, ιδίως για να καταλάβει ορισμένες διαφορές διασυνοριακού χαρακτήρα, αλλά και να συμβάλει στην ενοποίηση και διεύρυνση της χρήσης των διαδικασιών συμφιλιωτικής επίλυσης, στις διαφορές ιδίως που αποτελεί το αντικείμενο του ενδιαφέροντος της ενιαίας αγοράς.

ii. Ο εθνικός νομοθέτης ενσωματώνοντας την ενωσιακή ρύθμιση διαφοροποιήθηκε ελαφρά ως προς τη ρύθμιση των κατηγοριών των διαφορών που υπάγονται σε διαμεσολάβηση, επικεντρώνοντας και στο πεδίο της ρύθμισης των εγχώριων διαφορών. Η διαφοροποίηση είναι σαφής ένδειξη του ότι δεν θεωρεί ότι ως προς την συνολική εγχώρια ρύθμιση του θεσμού δεσμεύεται απόλυτα και ιδίως ως προς τις κατηγορίες των υπαγομένων σε διαμεσολάβηση διαφορών.

iii. Ο ενωσιακός νομοθέτης αφήνει ανοικτή την δυνατότητα υπαγωγής και δημοσίου δικαίου διαφορών σε διαμεσολάβηση. Άρα, το ζήτημα του επιτρεπτού του θεσμού δεν τίθεται στο πεδίο του ενωσιακού δικαίου.

iv. Στο πεδίο του εσωτερικού δικαίου η σύγκριση και οι αναλογικές συσχετίσεις με τους συναφείς θεσμούς συμφιλιωτικής επίλυσης, οδηγεί σε κατάφαση της συνταγματικότητας και του καταρχήν επιτρεπτού του θεσμού.

Συνεπώς, είναι ανοικτό το πεδίο για την εισαγωγή και την ρύθμιση του θεσμού της διαμεσολάβησης, καθόσον αφορά στην υπαγωγή σε αυτήν και δημοσίου δικαίου διαφορών.

συντάγματος άρθρο 2 παρ. 1 του γερμανικού συντάγματος και επίσης το άρθρο 101 παρ. 1 και 2 αυτού (αντίστοιχη διάταξη προς το άρθρο 8 παρ.1 χωρίς την λέξη «άκων»).

Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΩΝ ΥΠΕΡΝΟΜΟΘΕΤΙΚΗΣ ΙΣΧΥΟΣ ΑΡΧΩΝ ΤΟΥ ΠΟΙΝΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΤΗΝ ΠΕΙΘΑΡΧΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ

Παναγιώτης Καποτάς, Δικηγόρος Πατρών, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, Τμήμα Νομικής ΕΚΠΑ

Ελένη Τραυλού, Δικηγόρος Αθηνών, ΜΔΕ Αστικού Δικαίου, Τμήμα Νομικής ΕΚΠΑ

1. Η φύση της πειθαρχικής διαδικασίας

Η πειθαρχική διαδικασία υποστηρίζεται ότι αποσκοπεί στη διασφάλιση της ομαλής λειτουργίας της υπηρεσίας όταν αυτή πλήττεται από την τέλεση πειθαρχικών παραπτωμάτων των υπαλλήλων της¹.

Σύμφωνα με άρθρο 106 του Υπαλληλικού Κώδικα (στο εξής Υ.Κ.): «το πειθαρχικό παράπτωμα συντελείται με υπαίτια πράξη ή παράλειψη του υπαλλήλου που μπορεί να του καταλογισθεί». Κρίσιμη επισήμανση αποτελεί το γεγονός ότι μέχρι την έναρξη ισχύος του ν. 4057/2012, η απαρίθμηση των πειθαρχικών παραπτωμάτων ήταν ενδεικτική, καθώς το επίμαχο άρθρο 107 Υ.Κ. όριζε επί λέξει τα εξής: «...Πειθαρχικά παραπτώματα αποτελούν **ιδίως...**», ενώ στη συνέχεια ακολουθούσε απαρίθμηση των πράξεων οι οποίες συνιστούσαν πειθαρχικά παραπτώματα. Πλέον, μετά την απόσυρση της λέξης «ιδίως» η απαρίθμηση είναι περιοριστική.

Η πειθαρχική διαδικασία, τόσο από πλευράς ουσιαστικού όσο και δικονομικού δικαίου, προσιδιάζει στο ποινικό δίκαιο. Πέραν της ρητής διάταξης του άρθρου 108 του Υπαλληλικού Κώδικα², η οποία παραπέμπει σε κατ' αναλογία εφαρμογή των αρχών του ποινικού κώδικα και του κώδικα ποινικής δικονομίας, υπάρχουν και άλλες αρχές, οι οποίες δεν αναφέρονται μεν στην εν λόγω διάταξη,

¹ Τάχος, Α. και Συμεωνίδης Ι., Ερμηνεία υπαλληλικού κώδικα, σελ. 1189, Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε. 2007.

² Άρθρο 108...Εφαρμογή αρχών και κανόνων του ποινικού δικαίου...1. Αρχές και κανόνες του ποινικού δικαίου και της ποινικής δικονομίας εφαρμόζονται αναλόγως και στο πειθαρχικό δίκαιο, εφόσον δεν αντίκεινται στις ρυθμίσεις του παρόντος νόμου και συνάδουν με τη φύση και το σκοπό της πειθαρχικής διαδικασίας...2. Εφαρμόζονται ιδίως οι αρχές και οι κανόνες που αφορούν:... α) τους λόγους αποκλεισμού της υπαιτιότητας και της ικανότητας προς καταλογισμό, β) τις ελαφρυντικές ή επιβαρυντικές περιστάσεις για την επιμέτρηση της πειθαρχικής ποινής, γ) την έμπρακτη μετάνοια, δ) το δικαίωμα σιγής του πειθαρχικώς διωκομένου, ε) την πραγματική και νομική πλάνη, στ) το τεκμήριο της αθωότητας του πειθαρχικώς διωκομένου, ζ) την προστασία των δικαιολογημένων συμφερόντων του πειθαρχικώς διωκομένου ή της υπηρεσίας για τη διατύπωση δυσμενών κρίσεων και εκφράσεων ή τη διενέργεια εκδηλώσεων εκ μέρους του εν λόγω υπαλλήλου εφόσον δεν στοιχειοθετείται το πειθαρχικό παράπτωμα της αναξιοπρεπούς ή ανάρμοστης ή ανάξιας για υπάλληλο συμπεριφοράς.

συνάδουν, όμως, με τη φύση και το σκοπό της πειθαρχικής διαδικασίας και έχουν υπερνομοθετικό χαρακτήρα. Κοινώς αποδεκτό είναι, ότι μεταξύ άλλων, το δικαίωμα στην προηγούμενη ακρόαση πριν την επιβολή πειθαρχικών κυρώσεων και το δικαίωμα στην δικαστική προσβολή της πειθαρχικής ποινής έχουν υπερνομοθετικό χαρακτήρα. Σκοπός της παρούσας εργασίας, είναι να εξετάσει κατά πόσον αυτονόητα δικαιώματα και αρχές που αναγνωρίζονται ως υπερνομοθετικής ισχύος στο ποινικό δίκαιο, τυγχάνουν εφαρμογής - επίσης με υπερνομοθετική ισχύ - και στο πεδίο του πειθαρχικού δικαίου. Οι αρχές και τα δικαιώματα τα οποία θα εξετάσουμε είναι η αρχή της απαγόρευση αναδρομικής ισχύος δυσμενέστερου νόμου, της μη αυτοενοχοποίησης, της μη χειροτέρευσης της θέσης του ασκούντος το ένδικο μέσο, της κατ' αντιπαράσταση εξέτασης μαρτύρων και της δυνατότητας πρότασης και εξέτασης μαρτύρων υπεράσπισης.

1. Η Ε.Σ.Δ.Α. και το πειθαρχικό δίκαιο.

Βασικός πυλώνας για να αντληθεί υπερνομοθετικής ισχύος προστασία είναι η Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Ε.Σ.Δ.Α.). Το ερευνώμενο ερώτημα της συγκριμένης ενότητας είναι το εξής:

« Εφαρμόζονται τα άρθρα 6 και 7 της ΕΣΔΑ³ στις πειθαρχικές διαδικασίες των δημοσίων υπαλλήλων;»

Στο σημείο αυτό πρέπει να τονιστεί ότι το άρθρο 6 ΕΣΔΑ αναφέρεται στο δικαίωμα κάθε προσώπου σε δίκαιη δίκη και εφαρμόζεται σύμφωνα με την παρ. 1 εδ α' είτε επί αμφισβητήσεων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων αστικής φύσης (αστικό σκέλος) είτε επί κατηγοριών ποινικής φύσεως (ποινικό σκέλος). Το δε άρθρο 7

³Άρθρο 6 ΕΣΔΑ: «1. Παν πρόσωπον έχει δικαίωμα όπως η υπόθεσίς του δικασθή δίκαιως, δημοσία και εντός λογικής προθεσμίας υπο ανεξαρτήτου και αμερολήπτου δικαστηρίου, νομίμως λειτουργούντος, το οποίον θα αποφασίση είτε επι των αμφισβητήσεων επι των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αστικής φύσεως, είτε επι του βασίμου πάσης εναντίον του κατηγορίας ποινικής φύσεως. Η απόφασις δέον να εκδοθή δημοσία, η είσοδος όμως εις την αίθουσαν των συνεδριάσεων δυναται να απαγορευθή εις τον τόπον και το κοινόν καθ' όλην ή μέρος της διαρκείας της δίκης προς το συμφέρον της ηθικής, της δημοσίας τάξεως ή της εθνικής ασφαλείας εν δημοκρατική κοινωνία, όταν τουτο ενδείκνυται υπο των συμφερόντων των ανηλικών ή της ιδιωτικής ζωής των διαδίκων, ή εν τω κρινομένω υπο του δικαστηρίου ως απολύτως αναγκαίου μέτρω, όταν υπο ειδικάς συνθήκας η δημοσιότης θα ηδύνατο να παραβλάψη τα συμφέροντα της δικαιοσύνης. 2. Παν πρόσωπον κατηγορουμενον επί αδικήματι τεκμαίρεται ότι είναι αθών μέχρι της νομίμου αποδείξεως της ενοχής του. 3. Ειδικώτερον, πας κατηγορούμενος έχει δικαίωμα: α) όπως πληροφορηθή, εν τη βραχυτέρα προθεσμία εις γλώσσαν την οποίαν εννοεί και εν λεπτομερεία την φύσιν και τον λόγον της εναντίον του κατηγορίας.β) όπως διαθέτη τον χρόνον και τας ανάγκας ευκολίας προς προετοιμασίαν της υπερασπίσεως του.γ) όπως υπερασπίσει ο ίδιος εαυτόν ή αναθέσει την υπεράσπισιν του εις συνήγορον της εκλογής του, εν ή δε περιπτώσει δεν διαθέτει τα μέσα να πληρώση συνήγορον να τω παρασχεθή τοιούτος δωρεάν, όταν τουτο ενδείκνυται υπο του συμφέροντος της δικαιοσύνης. δ) να εξετάσει ή ζητήση όπως εξετασθώσιν οι μάρτυρες κατηγορίας και επιτύχη την πρόσκλησιν και εξέτασιν των μαρτύρων υπερασπίσεως υπο τους αυτούς όρους ως των μαρτύρων κατηγορίας.ε) να τύχη δωρεάν παραστάσεως διερμηνέως, εάν δεν εννοεί ή δεν ομιλεί την χρησιμοποιουμένην εις την δικαστήριον γλώσσαν.»

ΕΣΔΑ⁴ καθιερώνει την απαγόρευση της αναδρομικής εφαρμογής του νόμου σε ποινικά αδικήματα.

2.α. Μία από τις πρώτες αποφάσεις του ΕΔΔΑ, που ασχολήθηκε με την εφαρμογή του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ σε πειθαρχική διαδικασία, ήταν απόφαση «Engel κλπ. κατά Ολλανδίας» του έτους 1976.

Στην εν λόγω υπόθεση, έλαβαν χώρα παραβάσεις στρατιωτικής πειθαρχίας. Ορισμένες εξ αυτών συνεπάγονταν την τοποθέτηση των στρατιωτών σε πειθαρχική μονάδα για περίοδο ορισμένων μηνών και άλλες την δεκαήμερη κράτηση. Οι μεν πρώτες κρίθηκε ότι εμπίπτουν στο ποινικό σκέλος του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ (Engel και λοιποί κατά Ολλανδίας, §85), ενώ οι άλλες θεωρήθηκαν από το Δικαστήριο υπερβολικά σύντομης διάρκειας ώστε να εμπίπτουν στο πεδίο του «ποινικού σκέλους» (Engel και λοιποί κατά Ολλανδίας §85).

Το Δικαστήριο θέσπισε για πρώτη φορά στη νομολογία του τα – γνωστά ως – «κριτήρια Engel». Έκτοτε έως σήμερα, επί τη βάση των κριτηρίων αυτών, αξιολογείται κάθε φορά αν ορισμένα περιστατικά, τα οποία συνήθως επισύρουν ποινές ή κυρώσεις, εμπίπτουν στο πραγματικό της έννοιας της «κατηγορίας ποινικής φύσεως» της παρ. 1 του άρθρου 6 ΕΣΔΑ, καθιστώντας την διάταξη εφαρμοστέα («any criminal charge» στο πρωτότυπο αγγλικό κείμενο της διάταξης).

Τα κριτήρια αυτά είναι:

i. η κατηγοριοποίηση του παραπτώματος στο εσωτερικό δίκαιο.

Εάν αυτό έχει κατηγοριοποιηθεί και εμπίπτει σε διάταξη του ποινικού δικαίου, τότε παρέλκει η εξέταση των λοιπών κριτηρίων και το άρθρο 6 ΕΣΔΑ εφαρμόζεται άνευ άλλου τινός.

ii. η φύση της παράβασης.

Προκειμένου να εφαρμοστεί το εν λόγω κριτήριο, θα πρέπει, σε πρώτο επίπεδο, η υπό κρίση διάταξη να αφορά ευρύτερο κύκλο προσώπων. Έχει κριθεί από το ΕΔΔΑ ότι εάν η διάταξη που προβλέπει την παράβαση και την κύρωση, απευθύνεται στο σύνολο των πολιτών και όχι σε συγκεκριμένη ομάδα προσώπων που τελούν υπό ειδικό καθεστώς, όπως για παράδειγμα συμβαίνει στο πειθαρχικό δίκαιο,

⁴Άρθρο 7 ΕΣΔΑ «1. Ουδείς δύναται να καταδικασθή δια πράξιν ή παράλειψιν η οποία, καθ' ήν στιγμήν διεπράχθη, δεν αποτελεί αδίκημα συμφώνως προς το εθνικόν ή διεθνές δίκαιον. Ούτε και επιβάλλεται βαρύτερα ποινή απο εκείνην η οποία επεβάλλετο κατα την στιγμήν της διαπράξεως του αδικήματος. 2. Το παρόν άρθρον δεν σκοπεί να επηρεάση την δικην και τιμωρίαν ατόμων ενόχων δια πράξεις ή παραλείψεις αι οποίαι καθ' ήν στιγμήν διεπράχθησαν, ήσαν εγκληματικά συμφώνως προς τας αναγνωριζόμενας υπο των πολιτισμένων εθνών γενικάς αρχάς δικαίου.

τούτο αποτελεί ένδειξη του ποινικού χαρακτήρα της κύρωσης (Demicoli v. Malta, §33)⁵. Έκφραση του εν λόγω κριτηρίου αποτελεί και η εύρεση του σκοπού της κύρωσης. Εάν ο σκοπός της κύρωσης είναι ο κολασμός του δράστη προς αποφυγή υποτροπής του, τότε πρόκειται για κύρωση με ποινικό χαρακτήρα [Zolotukhin κατά Ρωσίας - Τμήμα Μείζονος Συνθέσεως, 2009 με παραπομπή στην απόφαση Ezeh και Connors κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 2003 και Recueil des arrêts et Maresti κατά Κροατίας, 2003 (§ 59)]. Στην πρόσφατη νομολογία του, το ΕΔΔΑ εξετάζει επιπλέον κατά πόσον η επαπειλούμενη, λόγω της παράβασης, κύρωση, αποσκοπεί στην προστασία εννόμων αγαθών τα οποία συνήθως προστατεύονται από διατάξεις του ποινικού δικαίου [Zolotukhin κατά Ρωσίας (§ 55) και Maresti κατά Κροατίας (§ 59)]. Τα ανωτέρω στοιχεία εκτιμώνται συνολικά [Ezeh και Connors κατά Ηνωμένου Βασιλείου (§ 103) και Bendenoun κατά Γαλλίας, 1994.

iii. Το τρίτο κριτήριο Engel αφορά στη φύση και τη βαρύτητα της κύρωσης. Οι στερητικές της ελευθερίας ποινές τεκμαίρεται ότι έχουν ποινικό χαρακτήρα. Το τεκμήριο αυτό μπορεί να ανατραπεί σε εξαιρετικές μόνον περιπτώσεις. Την ύπαρξη κύρωσης ποινικού χαρακτήρα, καταδεικνύει, κατά κανόνα, η επιβολή χρηματικών ποινών, για τη μη καταβολή των οποίων, το άτομο απειλείται με ποινή στερητική της ελευθερίας ή χρηματικών ποινών οι οποίες καταχωρούνται στο ποινικό μητρώο.

Έχει κριθεί ότι η απόλυση πρώην μελών της KGB από θέσεις που κατείχαν στο Λιθουανικό δημόσιο με τον επιπλέον περιορισμό της απαγόρευσης κατοχής για δέκα χρόνια θέσεων υπαλλήλων στο δημόσιο τομέα και σε ορισμένους κλάδους του ιδιωτικού δεν εμπίπτει στο προστατευτικό πεδίο του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ ούτε υπό το αστικό ούτε υπό το ποινικό σκέλος της διάταξης (Sidabras και Dziautas κατά Λιθουανίας). Αντιθέτως, ψευδής δήλωση Πολωνού δημοσίου υπαλλήλου ότι ουδέποτε συνεργάστηκε με τις κομμουνιστικές αρχές, η οποία οδήγησε στην απόλυσή του, εμπίπτει στην έννοια της «κατηγορίας ποινικής φύσεως» (Matyjel κατά Πολωνίας, 2007). Περαιτέρω, σε πειθαρχική διαδικασία, η οποία οδήγησε στην αυτεπάγγελτη συνταξιοδότηση Γάλλου δημοσίου υπαλλήλου, το Δικαστήριο δεν αναγνώρισε τον «ποινικό» χαρακτήρα της κύρωσης, υπό την έννοια του άρθρου 6 ΕΣΔΑ, στο μέτρο που οι αρχές διατήρησαν την απόφασή τους σε καθαρά διοικητικό επίπεδο. (Mouillet κατά Γαλλίας). Στην ίδια κατεύθυνση, τριετής διαγραφή δικηγόρου

⁵ Ευγενία Πρεβεδούρου, Η εφαρμογή της αρχής ne bis in idem στην περίπτωση σωρευτικής επιβολής διοικητικών κυρώσεων - Με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 1091/2015, ΘΠΔΔ 6/2015, σελ. 524επ.

από τα μητρώα δικηγόρων, κρίθηκε ως μη έχουσα ποινικό χαρακτήρα (Muller – Hartburg κατά Αυστρίας, 2013).

Στο σημείο αυτό, χρειάζεται να επισημανθεί ότι το Δικαστήριο, κατά την διαμόρφωση της κρίσης του αναφορικά με τη συνδρομή του τρίτου κριτηρίου, δεν εξετάζει μόνο τις ποινές, οι οποίες τελικώς επιβλήθηκαν, αλλά την βαρύτητα της εκ του νόμου ανώτερης και δυνάμενης να επιβληθεί ποινής (Campbell & Fell κατά Ηνωμένου Βασιλείου, 1985, Demicoli κατά Μάλτας, 1991).

2.β. Τα ως άνω τρία κριτήρια δεν απαιτείται να συρρέουν. Αρκεί η στοιχειοθέτηση του ενός για την κατάφαση της ύπαρξης «κατηγορίας ποινικής φύσεως» και τη συνακόλουθη εφαρμογή του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ.

2.γ. Περιπτώσιολογία.

Το Δικαστήριο έκρινε εφαρμοστέο το άρθρο 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ επί πειθαρχικής διαδικασίας εις βάρος φυλακισμένου, η οποία είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό των επισκέψεων μελών της οικογένειάς του στη φυλακή. (Gülmez κατά Τουρκίας §30).

Έχουν κριθεί ως εμπίπτουσες στην «αμφισβήτηση δικαιωμάτων και υποχρεώσεων αστικής φύσης» (αστικό σκέλος) κατά την έννοια του άρθρου 6 § 1 οι κάτωθι περιπτώσεις:

2.γ.1. Η πειθαρχική διαδικασία, κατά την οποία κρίνεται το δικαίωμα συνέχισης άσκησης επαγγέλματος (Helmut Blum κατά Αυστρίας, 5 Απριλίου 2016 σκ. 60).

2.γ.2. Η προσωρινή ή οριστική διαγραφή από τα μητρώα του ιατρικού συλλόγου ιδιωτών ιατρών (Le Compte και Albert κατά Βελγίου, 1983), η απόλυση γερμανών δασκάλων εξαιτίας συνεργασίας με το καθεστώς της Ανατολικής Γερμανίας, καθώς και η πειθαρχική διαδικασία εις βάρος δικαστή (Olujic κατά Κροατίας, 2009). Στην υπόθεση Le Compte και Albert κατά Βελγίου, 1983 κρίθηκε εφαρμοστέο το άρθρο 6 ΕΣΔΑ συνολικά. Ειδικότερα, ο ένας εκ των προσφευγόντων – Albert – ισχυρίστηκε ότι παραβιάστηκε το άρθρο 6 παρ. 1, 2 και 3 της ΕΣΔΑ. Η κυβέρνηση και η Επιτροπή αντέταξαν ότι οι παράγραφοι 2 και 3 δεν εφαρμόζονται, εν προκειμένω, διότι ο Albert δεν ήταν κατηγορούμενος για ποινική υπόθεση, αλλά αμφισβητείτο αστικής φύσεως δικαίωμά του και συγκεκριμένα η άσκηση του ιατρικού επαγγέλματος. Το Δικαστήριο, ωστόσο, έκρινε ότι οι ως άνω παράγραφοι του άρθρου 6 εφαρμόζονται, τηρουμένων των αναλογιών και στις πειθαρχικές διαδικασίες που εμπίπτουν στο πραγματικό της παρ. 1 του άρθρου 6 (είτε αυτές είναι

αστικής είτε ποινικής φύσεως), όπως και θα εφαρμόζονταν στην περίπτωση ενός ατόμου που κατηγορείται για ποινικό αδίκημα (σκέψη 39). Η θέση αυτή στην συνέχεια διατυπώθηκε σε λιγότερο αυστηρό πλαίσιο (Dombo Beheer B.V. κατά Ολλανδίας και Pitkänen κατά Φινλανδίας, 30508/96, § 59, 9 Μαρτίου 2004) υποστηρίζοντας ότι τα Κράτη δύνανται να ρυθμίζουν τα ζητήματα απόδειξης κατά τρόπο λιγότερο αυστηρό από ότι στις ποινικές υποθέσεις αρκεί να μην παραβιάζεται η αρχή της ισότητας των όπλων.

2.γ.3. Η πειθαρχική δίωξη και απόλυση Κροάτη αστυνομικού. Στην εν λόγω υπόθεση, το Δικαστήριο έκρινε ότι εφαρμόζεται το αστικό σκέλος του άρθρου 6 ΕΣΔΑ. Επιπλέον, έκρινε εφαρμοστέες τις διατάξεις του τεκμηρίου αθωότητας, καθώς και του δικαιώματος στην αμφισβήτηση των επιβαρυντικών στοιχείων, εφαρμόζοντας αναλογικά τις παραγράφους 2 και επόμενες οι οποίες αφορούν σε ποινικές διαδικασίες (Vanjak κατά Κροατίας, 2010). Για να θεμελιώσει την κρίση αυτή, αναφέρθηκε στην αρχή της ισότητας των όπλων (βλ. σκ. 46).

2.γ.4. Η λήψη προσωρινών μέτρων μέχρι την έκδοση πειθαρχικών ποινών, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, οι οποίες είναι οι εξής: Το μέτρο θα πρέπει να αφορά ένα προσβαλλόμενο αστικό δικαίωμα και το προσωρινό μέτρο να επηρεάζει αρνητικά το δικαίωμα αυτό. Επί τη βάση των ανωτέρω, κρίθηκε ότι επειδή η θέση σε αργία δικηγόρου, επηρεάζει το δικαίωμά του να εργάζεται, καθώς και τη φήμη και την μελλοντική πελατεία του, υπάγεται στις διατάξεις του άρθρου 6 ΕΣΔΑ (Helmut Blum κατά Αυστρίας, 5 Απριλίου 2016 σκ. 61επ).

2.γ.5. Οι διαφορές υπαλλήλων με το Κράτος υπάγονται κατ' αρχάς στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 ΕΣΔΑ, αρκεί το Κράτος να μην έχει προβλέψει με πλήρη αιτιολογία και με θεσπισμένη νομοθετική διάταξη την εξαίρεση ορισμένης ομάδας υπαλλήλων, όπως είναι οι υπάλληλοι που κατέχουν υψηλού βαθμού αξιώματα (Vilho Eskelinen και λοιποί κατά Φινλανδίας, 2007, Nikolova και Vandona κατά Βουλγαρίας, 2016).

2.δ. Επί της αρχής της αμεροληψίας στο άρθρο 6 ΕΣΔΑ.

Ως προς την μορφή των πειθαρχικών συμβουλίων, οι κανόνες που διέπουν τη δίκαιη δίκη, όπως ερμηνεύονται από το ΕΔΔΑ και εφαρμόζονται στις πειθαρχικές διαδικασίες, απαιτούν είτε το ίδιο το πειθαρχικό όργανο να πληροί τις προϋποθέσεις της αμεροληψίας και της ανεξαρτησίας του άρθρου 6 είτε η απόφαση του πειθαρχικού οργάνου να κριθεί κατά το πραγματικό και νομικό σκέλος από άλλο

δικαστήριο πλήρους δικαιοδοσίας (Albert and Le Compte, § 29, Gautrin, § 57, Frankowicz κατά Πολωνίας, § 60, 2008).

Περαιτέρω, το Ε.Δ.Δ.Α. δέχεται ότι το Δικαστήριο αυτό πρέπει να είναι δικαστήριο πλήρους δικαιοδοσίας, να αποφαινεται δηλαδή, όχι μόνο επί του νομικού, αλλά και επί του ουσιαστικού μέρους των υποθέσεων. Επιπλέον, θα πρέπει ιδίως να μπορεί να προβεί - αυτό το ίδιο - στην επιμέτρηση του ύψους επιβληθείσας κύρωσης και να έχει το ίδιο την εξουσία να την μεταρρυθμίσει ή να την μειώσει, χωρίς να είναι υποχρεωμένο, αν διαπιστώσει παρανομία αυτής, καθώς και να αναπέμψει;;; όλη την υπόθεση, προς νέα σύννομη κρίση, στο επιβάλλον αυτήν όργανο (πρβλ. σχετικώς νομολογία Ε.Δ.Δ.Α.: Le Compte, Van Leuven, De Meyere κατά Βελγίου, 6878/75, 7238/75, της 23.6.1981, Chevrol κατά Γαλλίας, 49636/99, της 13.2.2003, Silvester's Horeca κατά Βελγίου, 47650/99, της 4.3.2004, σκέψεις 25-30, Cosson κατά Γαλλίας, 38498/03, της 18.10.2006, ETTL κατά Αυστρίας, 9273/81, της 23.4.1987, Gradinger κατά Αυστρίας, 33/1994/480/562, της 23.10.1995, Obermeier κατά Αυστρίας, 11761/85, της 28.6.1990, Diennet κατά Γαλλίας, 18160/91 της 26.9.1995, σκέψη 34, Valico κατά Ιταλίας, 70074/01 της 21.3.2006, κ.ά. -πρβλ. και Σ.τ.Ε. Ολομέλεια 189/2007).

Οι εγγυήσεις τις οποίες θα πρέπει να διασφαλίζει το Δικαστήριο του άρθρου 6, είναι ο πάγιος χαρακτήρας του, η αμεροληψία και ανεξαρτησία των μελών του, η εκ μέρους του έκδοση δεσμευτικών για την οικεία έννομη τάξη αποφάσεων και η δημοσιότητα της ενώπιον του διαδικασίας, κατά τα, ειδικώς ανωτέρω εκτεθέντα ανωτέρω (πρβλ. σχετικώς αποφάσεις Ε.Δ.Δ.Α. Belilos κατά Ελβετίας, 10328/83, της 29.4.1998, σκέψεις 64-67 και 71- 73, ETTL κλπ. κατά Αυστρίας, 9273/81, της 23.4.1987, σκέψεις 42-43, Gradinger κατά Αυστρίας, 33/1994/480/562, της 23.10.1995, σκέψη 42, Silvester's Horeca Service κατά Βελγίου, 47650/99, της 4.3.2004, σκέψεις 25, 26 και 27, Bendenoun κατά Γαλλίας, 12547/86, της 24.2.1994, σκέψη 46, Schmutz κατά Αυστρίας, 15523/89, της 23.10.1995, σκέψη 34, Öztürk κατά Γερμανίας, 8544/79, της 21.2.1984, σκέψη 56, Fischer κατά Αυστρίας, 16922/90, της 26.4.1995, σκέψη 28, Le Compte, Van Leuven και De Meyre κατά Βελγίου, 6878/75, 7238/75, της 23.6.1981, σκέψη 54, Albert και Le Compte κατά Βελγίου, 7299/75, 7496/76, της 10.2.1983, σκέψη 29, Αργυρού κλπ. κατά Ελλάδα, 10468/04, της 15.1.2009, σκέψη 24 κ.ά.).

Συναφώς, έχει κριθεί ότι η εξέταση και απόφαση μόνο επί της εξωτερικής (τυπικής) νομιμότητας της απόλυσης υπαλλήλου της Ολυμπιακής Αεροπορίας από τα

πολιτικά δικαστήρια συνιστά παραβίαση του άρθρου 6 υπό το αστικό σκέλος του (Κοσκινάς κατά Ελλάδα, 2002).

Μεταστροφή της νομολογίας, υπήρξε ως προς τις ανωτέρω θέσεις με την απόφαση Menarini Diagnostics κατά Ιταλίας (2011), με την οποία κρίθηκε ότι ακυρωτικό δικαστήριο το οποίο δίκασε την επιβολή κυρώσεων ποινικού χαρακτήρα πληροί τους όρους του άρθρου 6, διότι προχώρησε σε διεξοδικό έλεγχο της υπόθεσης⁶.

Περαιτέρω, στην πρόσφατη υπόθεση Mitrinovski κατά Π.Γ.Δ.Μ. 2015, σε πειθαρχική δίκη εις βάρος του προσφεύγοντος, δικαστικού λειτουργού, κατά την οποία επιβλήθηκε η ποινή της απόλυσης, κρίθηκε εφαρμοστέο το άρ. 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ κατά το αστικό σκέλος του, λόγω παραβίασεως της αρχής της αμεροληψίας του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ⁷. Και τούτο διότι, η αίτηση για πειθαρχική δίκη υποβλήθηκε από τον Πρόεδρο του Ανωτάτου Δικαστηρίου και ex officio μέλος του Δικαστικού Συμβουλίου, κατόπιν διαπιστώσεως από το Ποινικό Τμήμα του Ανωτάτου Δικαστηρίου επαγγελματικού παραπτώματος του προσφεύγοντος. Ο Πρόεδρος είχε ψηφίσει υπέρ της κρίσεως αυτής και, ακολούθως, ενήργησε στο πλαίσιο της πειθαρχικής διαδικασίας ως “εισαγγελέας”, υποβάλλοντας στοιχεία και επιχειρηματολογώντας υπέρ της ενοχής του αιτούντος. Περαιτέρω δε, μετείχε, ως μέλος του Δικαστικού Συμβουλίου, στη λήψη της πειθαρχικής αποφάσεως. Ενόψει των ανωτέρω, ο ρόλος του Προέδρου στην όλη διαδικασία δεν κρίθηκε συμβατός με τις απαιτήσεις της αρχής τόσο της υποκειμενικής όσο και της αντικειμενικής αμεροληψίας, ενώ δεν άσκησε επιρροή το γεγονός ότι επρόκειτο για ένα μόνο από τα δεκαπέντε μέλη του κρίναντος Δικαστικού Συμβουλίου.

Ανάλογο το σκεπτικό του ΕΔΔΑ στην υπόθεση Jakšovski and Trifunovski κατά Π.Γ.Δ.Μ. (56381/09 and 58738/09, 7.1.2016), όπου επρόκειτο για υποθέσεις απόλυσης δικαστικών λειτουργών λόγω επαγγελματικού παραπτώματος. Το Δικαστήριο έκρινε ότι παραβιάστηκε η αρχή της αντικειμενικής αμεροληψίας, διότι το πρόσωπο που άσκησε την αίτηση/δίωξη ενώπιον του Δικαστικού Συμβουλίου και πραγματοποίησε τη σχετική προκαταρκτική έρευνα συμμετείχε και ως μέλος στο Συμβούλιο που έλαβε την επίμαχη απόφαση, κατά παράβαση του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ.

⁶ Ε. Πρεβεδούρου, Διευκρινίσεις ως προς την έννοια του ελέγχου πλήρους δικαιοδοσίας με την απόφαση ΕΔΔΑ Menarini Diagnostics κατά Ιταλίας. <http://www.prevedourou.gr/>

⁷ Βλ. www.humanrightscaselaw.gr

2.ε. Ιδίως επί της εφαρμογής του άρθρου 7 ΕΣΔΑ.

Το άρθρο 7 της ΕΣΔΑ αναφέρεται στην απαγόρευση αναδρομικής εφαρμογής του νόμου σε ποινικά αδικήματα. Εάν μια υπόθεση κριθεί ότι βάσει των κριτηρίων Engel έχει ποινικό χαρακτήρα, τότε θα εφαρμοστεί στην περίπτωση αυτή και το άρθρο 7 της ΕΣΔΑ (Sidabras και Dziautas κατά Λιθουανίας, Brown κατά Ηνωμένου Βασιλείου)⁸.

Ωστόσο, στην υπόθεση Βαγενάς κατά Ελλάδας, 2011, στην οποία κρίθηκε ότι η αναδρομική εφαρμογή νόμου σε περίπτωση αυτοδίκαιης έκπτωσης τελωνειακού υπαλλήλου εξαιτίας καταδίκης σε ποινή λόγω λαθρεμπορίας, δεν εμπίπτει στην έννοια της ποινικής κατηγορίας του άρθρου 6 ΕΣΔΑ και ως εκ τούτου, τα άρθρα 6 και 7 δεν ήταν εν προκειμένω εφαρμοστέα. Το Δικαστήριο στήριξε την κρίση του στο επιχείρημα ότι το μέτρο της αυτοδίκαιης συνταξιοδότησης, συνιστά χαρακτηριστική κύρωση ενός πειθαρχικού αδικήματος, η οποία δεν μπορεί να συγχέεται με ποινή.

Το Ανώτατο Δικαστήριο των ΗΠΑ για την πειθαρχική διαδικασία

Κατά το Ανώτατο Δικαστήριο των ΗΠΑ ένας πειθαρχικά διωκόμενος δημόσιος υπάλληλος δικαιούται προστασίας βάσει της ρήτρας για την δίωξη μετά από νόμιμη διαδικασία (due process) εάν διακυβεύονται περιουσιακά του συμφέροντα ή εάν περιορισμοί στην ελευθερία του⁹.

Στην απόφαση *Loudermill*, το Ανώτατο Δικαστήριο προσπάθησε να ισορροπήσει μεταξύ αντικρουόμενων συμφερόντων και να προσδιορίσει την έννοια της «νομότυπης διαδικασίας». Τα αντικρουόμενα συμφέροντα περιελάμβαναν το ενδιαφέρον του υπαλλήλου στη διατήρηση της εργασίας του, το ενδιαφέρον της κυβέρνησης για την ταχεία απομάκρυνση του εργαζόμενου με τον περιορισμό του διοικητικού φόρου εργασίας και τον περιορισμό του κινδύνου της λανθασμένης απόλυσης¹⁰.

⁸ Dirk Ehlers, Ulrich Becker, *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter Textbook, 2007, σ. 169. University of Cambridge. Centre for Public Law (Author), Jack Beatson (Editor), *The Human Rights Act and the Criminal Justice and Regulatory Process: The Centre for Public Law at the University of Cambridge*. Hart Publishing 1999, σ. 156 επ.

⁹ *Cleveland Bd. of Educ. v. Loudermill*, 105 S. Ct. 1487 (1985); *Logan v. Zimmerman Brush Co.*, 455 U.S. 422 (1982); *Arnett v. Kennedy*, 416 U.S. 134 (1974); *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593 (1972); *Skelly v. State Personnel Bd.*, 15 Cal. 3d 194, 539 P.2d 774, 124 Cal. Rptr. 14 (1975). Η απόδειξη της ύπαρξης περιουσιακών ή δικαιωμάτων σχετικά με την ελευθερία του υπαλλήλου δεν κατοχυρώνουν δικαίωμα αποκατάστασης αλλά δικαίωμα πλήρους γνώσης της κατηγορίας και προηγούμενης ακρόασης βλ. *Perry*, 408 U.S. at 603.

¹⁰ *Cleveland Board of Education v. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985).

Το Δικαστήριο θέσπισε με την απόφασή του μια διαδικασία προηγούμενης ακρόασης του υπαλλήλου, η οποία κατ' ελάχιστο θα πρέπει να τηρείται, υποστηρίζοντας ότι αντλεί το δικαίωμα του αυτό από την 14η Τροποποίηση του Συντάγματος. Έτσι τα κρατικά όργανα πριν την απόλυσης ενός υπαλλήλου θα πρέπει τον ειδοποιούν γραπτώς ή προφορικώς για τις κατηγορίες εναντίον του, να επεξηγηθούν τα επιβαρυντικά στοιχεία που έχει ο εργοδότης εναντίον του και να του δοθεί η ευκαιρία να παρουσιάσει την δική του θέση¹¹.

2. Η αναδρομική ισχύς πειθαρχικής διάταξης.

Θεμελιώδες στοιχείο για την προστασία των δικαιωμάτων των δημοσίων υπαλλήλων, είναι η προηγούμενη γνώση των επιπτώσεων της συμπεριφοράς που επιδεικνύουν στο πλαίσιο των καθηκόντων τους, της συνακόλουθης πειθαρχικής τους ευθύνης, καθώς και των προϋποθέσεων συνέχισης της υπαλληλικής τους σχέσης με το δημόσιο. Ως ζήτημα μείζονος σπουδαιότητας αναδεικνύεται, εν προκειμένω, εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις εφαρμόζεται στο πειθαρχικό δίκαιο η αρχή της απαγόρευσης αναδρομικής εφαρμογής δυσμενέστερης διάταξης ποινικού νόμου. Κατά την κρατούσα στη νομολογία άποψη, οι διατάξεις του άρθρου 7 Συντ. και 7 ΕΣΔΑ, οι οποίες απαγορεύουν την αναδρομική εφαρμογή δυσμενέστερου ποινικού νόμου δεν τυγχάνουν εφαρμογής στην πειθαρχική διαδικασία ακόμα και κατά την εφαρμογή του ουσιαστικού πειθαρχικού δικαίου¹².

Η αιτιολογία της κρίσης αυτής εδράζεται στο επιχείρημα ότι ο πειθαρχικώς διωκόμενος κατηγορείται για πράξη που στοιχειοθετεί μόνον παράβαση του υπηρεσιακού του καθήκοντος, η οποία δεν συνιστά κατ' ουσίαν εγκληματική πράξη, ενώ η πειθαρχική κύρωση που επιβάλλεται αποσκοπεί στον υπηρεσιακό σωφρονισμό του και στην, μέσω αυτού, διασφάλιση της εσωτερικής πειθαρχίας της υπηρεσίας. Οι πειθαρχικές ποινές, κατά την σκέψη αυτή, δεν αποσκοπούν στην γενικότερη νομική, ηθική και κοινωνική αποδοκιμασία της συμπεριφοράς του. Δεν συνιστούν στέρηση ή περιορισμό της προσωπικής του ελευθερίας, η οποία να ισοδυναμεί με στερητική της ελευθερίας ποινή κατά την έννοια του ποινικού δικαίου, εν όψει της σφοδρότητας της στέρσεως ή του περιορισμού της προσωπικής ελευθερίας και της χρονικής διάρκειάς της.

¹¹ Richard Wallace, Union Waiver of Public Employees' Due Process Rights, 8 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 583 (1986)

¹² ΣτΕ 1536/2007, 1405/2007, 116/2004, 3327/1999, 2322/1983.

Δίδεται κατά τον τρόπο αυτό, βαρύτητα στην γραμματική ερμηνεία της διατάξεως του άρθρου 7 Συντ., σύμφωνα με την οποία: «Έγκλημα δεν υπάρχει ούτε ποινή επιβάλλεται χωρίς νόμο που να ισχύει πριν από την τέλεση της πράξης και να ορίζει τα στοιχεία της. Ποτέ δεν επιβάλλεται ποινή βαρύτερη από εκείνη που προβλεπόταν κατά την τέλεση της πράξης». Και τούτο διότι, κατά την θέση της νομολογίας, η διάταξη αναφέρεται κατ' αρχήν στις *stricto sensu* ποινές, δηλαδή στις κυρώσεις του ποινικού δικαίου και πάντως δεν καταλαμβάνει την λύση της υπαλληλικής σχέσεως ακόμα και συνεπεία έκπτωσεως που αποτελεί διοικητικό μέτρο, (βλ. ΣτΕ 812/2004, 1649/1976 Ολομ., 695/1976 Ολομ). Δεν εφαρμόζεται δε **ούτε το άρθρο 7 παράγραφος 1** της ΕΣΔΑ, δεδομένου ότι με το εκάστοτε πειθαρχικό μέτρο δεν τιμωρείται κατ' ουσίαν εγκληματική πράξη με σκοπό την διασφάλιση της γενικότερης νομικής, ηθικής και κοινωνικής αποδοκιμασίας της συμπεριφοράς του υπαλλήλου, αλλά εξυπηρετείται το δημόσιο συμφέρον που συνίσταται στην ομαλή λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας. Παράλληλα η νομολογία δέχεται ότι το μέτρο αυτό δεν συνιστά στέρηση ή περιορισμό της προσωπικής ελευθερίας που ισοδυναμεί με στερητική της ελευθερίας ποινή του ποινικού δικαίου εν όψει της σφοδρότητας της στέρσεως ή του περιορισμού της προσωπικής ελευθερίας και της χρονικής διάρκειάς της (βλ. ΣτΕ 1405/2007 7μ., Engel κατά Ολλανδίας).

Η θέση αυτή έχει, ωστόσο, δεχθεί επικρίσεις από την θεωρία¹³, ενώ υπάρχει και αντίθετη νομολογία¹⁴.

Εν προκειμένω, ορθότερη θεωρείται η άποψη ότι δεν μπορεί να προσδίδεται αναδρομική ισχύς σε μεταγενέστερες διατάξεις του πειθαρχικού δικαίου, όπως επίσης και σε διάφορες κυρωτικού χαρακτήρα διατάξεις, καθιστώντας δυσμενέστερη την θέση του πειθαρχικώς διωκόμενου. Η άποψη αυτή ερείδεται κυρίως στην αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου και την αρχή του κράτους δικαίου,

¹³ Βλ. Κ. Ρέμελη, Η αναδρομική εφαρμογή της αυτοδίκαιης θέσης σε αργία επί εκκρεμών πειθαρχικών υποθέσεων, ΕφημΔΔ 2012, σελ. 786 επ., Σ. Βλαχόπουλου, Η εφαρμογή της αρχής «nullum crimen nulla poena sine praevia lege» στο πειθαρχικό διοικητικό δίκαιο, (Οι αντιφάσεις του επιστημονικού διαλόγου και η αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης ως συνταγματικό θεμέλιο της απαγόρευσης της αναδρομικότητας των νόμων κατά την επιβολή πειθαρχικών ποινών), ΔιΔικ 1999, σελ. 565, Α. Τσιρώνά, Ο χαρακτήρας της αυτοδίκαιης έκπτωσης δημοσίου υπαλλήλου - με αφορμή την ΣτΕ 2550/2006, ΕφημΔΔ, τ. 2/2007, σελ. 161 επ.

¹⁴ Βλ. ΣτΕ 2550/2006, η οποία παρέπεμψε στην 7μελή Σύνοψη και ανατράπηκε με την 1536/2007. Στην συνέχεια εκδόθηκε η απόφαση του ΕΔΔΑ Vagenas v. Greece (dec.), no. 53372/07, 23 August 2011, με την οποία κρίθηκε νόμιμη η αναδρομική ισχύ της αυτοδίκαιης έκπτωσης, ΔΕφΙωαννίνων 170/2014, ΔΕφ Αθ 787/1989.

ειδικότερη έκφανση της οποίας αποτελεί η αρχή της ασφάλειας δικαίου¹⁵, αρχές οι οποίες διέπουν όλες τις περιπτώσεις που υπάγονται στην έννοια της ποινικής κατηγορίας του άρθρου 6 ΕΣΔΑ και στο άρθρο 7 του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ.

Οι επιπτώσεις από την εφαρμογή του πειθαρχικού δικαίου ασκούν άμεση και ισχυρή επιρροή στα δικαιώματα των υπαλλήλων. Ο σκοπός της πειθαρχικής διαδικασίας δεν επιτυγχάνεται με τον αιφνιδιασμό των υπαλλήλων και την αναδρομική θέσπιση δυσμενών διατάξεων. Η περιοριστική καταγραφή των πειθαρχικών παραπτωμάτων, η αυστηροποίηση των επιπτώσεων στο πειθαρχικό δίκαιο και η θέσπιση πειθαρχικών διαδικασιών οι οποίες προσιδιάζουν σε ποινικές διαδικασίες, θα πρέπει να οδηγήσουν τη νομολογία μας, στην διεύρυνση της έννοιας του πειθαρχικού παραπτώματος και στον υπερκερασμό της παλαιότερης πρόσληψης για την ερμηνεία τους ώστε να συνδεθεί με την κοινωνική και οικονομική πραγματικότητα κατ' εφαρμογή μιας δυναμικής ερμηνείας των συνταγματικών διατάξεων.

Το νοηματικό εύρος των συνταγματικών διατάξεων και εν προκειμένω του άρθρου 7 επιτρέπει, αλλά και επιβάλλει τη δυναμική ερμηνεία τους, ώστε να περιλαμβάνει τις κοινωνικές, οικονομικές, ακόμη και τεχνολογικές εξελίξεις. Έτσι, το νοηματικό περιεχόμενο των συνταγματικών κανόνων και αρχών θα έχει διαχρονική ισχύ και θα παρακολουθεί την ιστορική εξέλιξη¹⁶.

Σε πρόσφατη απόφαση του, το Διοικητικό Εφετείο Ιωαννίνων¹⁷ έκρινε ότι η αρχή του κράτους δικαίου, ειδικότερη έκφανση της οποίας αποτελεί η αρχή της ασφάλειας δικαίου δεσμεύει τον κοινό νομοθέτη, ο οποίος υποχρεούται να την λαμβάνει υπόψη κατά τη θέσπιση κανόνων δικαίου. Η αρχή αυτή επιβάλλει την μη αναδρομική ισχύ επαχθών για τον διοικούμενο νομοθετικών ρυθμίσεων, δεδομένου ότι ο διοικούμενος δεν μπορούσε να προσαρμόσει ανάλογα, τη συμπεριφορά του,

¹⁵ Βλ. Αθ. Τσιρώνά, Η άρση της μονιμότητας των δημοσίων υπαλλήλων (μία συνταγματική «αναθεώρηση» που ξεκίνησε ήδη στην πράξη), ΘΠΔΔ 2014, σελ. 691 επ. Η αναδρομική εφαρμογή της αυτοδίκαιης θέσης σε αργία επί εκκρεμών πειθαρχικών υποθέσεων, ΕφημΔΔ 2012, σελ. 786 επ, Σ. Βλαχόπουλου, Η εφαρμογή της αρχής «nullum crimen nulla poena sine praevia lege» στο πειθαρχικό διοικητικό δίκαιο, (Οι αντιφάσεις του επιστημονικού διαλόγου και η αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης ως συνταγματικό θεμέλιο της απαγόρευσης της αναδρομικότητας των νόμων κατά την επιβολή πειθαρχικών ποινών), ΔιΔικ 1999, σελ. 565, Α. Τσιρώνά, Ο χαρακτήρας της αυτοδίκαιης έκπτωσης δημοσίου υπαλλήλου - με αφορμή την ΣτΕ 2550/2006, ΕφημΔΔ, τευχ. 2/2007, σελ. 161 επ.

¹⁶ Για την δυναμική ερμηνεία βλ. Μενουδάκος Κ., Ομιλία με θέμα: «Νομιμότητα, δημόσιο συμφέρον και αποτελεσματικός δικαστικός έλεγχος (θεσμικά όρια της εξουσίας του διοικητικού δικαστή μεταξύ formalισμού και δικαστικού ακτιβισμού)», ΘΠΔΔ Τεύχος 7/2014, σελ. 670 επ. και Βλαχόπουλος Σπ., Η δυναμική ερμηνεία του Συντάγματος εκδόσεις Ευρασία 2014.

¹⁷ ΔΕφΙωαννίνων 170/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ

κατά το προγενέστερο της ισχύος της νομοθετικής ρύθμισης, χρονικό διάστημα, αφού αγνοούσε τα δεδομένα.

Επομένως, οποιαδήποτε ρύθμιση καθιστά δυσμενέστερη τη θέση του διοικουμένου λόγω της συμπεριφοράς του, η οποία εκδηλώθηκε σε χρόνο προγενέστερο, κατά τον οποίο η ρύθμιση αυτή δεν υπήρχε ακόμη, έρχεται σε αντίθεση με την εν λόγω αρχή. Έτσι η θέση ενός υπαλλήλου σε αυτοδίκαιη αργία λόγω της παραπομπής του στο αρμόδιο δικαστήριο για το αδίκημα της απάτης, λόγος (αργίας) που δεν υπήρχε στις προϊσχύσασες μορφές του άρθρου αυτού, δεν μπορεί, σύμφωνα με τα ανωτέρω, να έχει αναδρομική ισχύ και να καταλάβει πράξεις οι οποίες εκδόθηκαν και ίσχυσαν πριν από το χρόνο δημοσίευσης του νόμου αυτού, διότι μία τέτοια αναδρομική ρύθμιση έρχεται σε αντίθεση με το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος.

Ζήτημα συνταγματικότητας διατάξεων θα μπορούσε να τεθεί στην περίπτωση που με αυτές θεσπίζεται:

α. αναδρομική θέση σε αργία για λόγο ο οποίος όταν ο υπάλληλος προέβη στην επίμεμπτη ενέργεια δεν οδηγούσε σε καθεστώς αργίας.

β. αυτοδίκαιη λύση της υπαλληλικής σχέσης για την καταδίκη σε ποινικό αδίκημα για τον οποίο κατά την τέλεση του δεν προβλεπόταν ως επίπτωση η αυτοδίκαιη λύση.

γ. επιβολή πειθαρχικής ποινής μεγαλύτερης από αυτήν η οποία προβλεπόταν κατά την τέλεση του πειθαρχικού παραπτώματος.

δ. διεύρυνση του χρόνου παραγραφής του πειθαρχικού παραπτώματος.

ε. διευκόλυνση στην άσκηση ενδίκων μέσων κατά των ευνοϊκών για τον υπάλληλο πειθαρχικών αποφάσεων.

3. Η αρχή της μη αυτοενοχοποίησης.

Στον Υπαλληλικό Κώδικα (ν. 3528/2007), και στο άρθρο 126 προβλέπεται η διεξαγωγή Ενόρκων Διοικητικών Ερευνών για την διερεύνηση της διάπραξης πειθαρχικών παραπτωμάτων. Η έρευνα διεξάγεται είτε εις βάρος ενός συγκεκριμένου προσώπου είτε *in rem*, για την εν γένει διερεύνηση των συνθηκών τέλεσης ενός παραπτώματος. Στον Υ.Κ. προβλέπεται ότι ο υπάλληλος κατά του οποίου στρέφεται η έρευνα εξετάζεται ανωμοτί (126 και 132 Υ.Κ.). Δεν υπάρχει όμως, στο εν λόγω νομοθέτημα, διάταξη, η οποία να προβλέπει απαγόρευση της χρήσης, από τον διενεργούντα την ΕΔΕ κατά την σύνταξη του πορίσματος, είτε κατά την άσκηση της

πειθαρχικής δίωξης, είτε κατά την πειθαρχική δίκη, μιας ένορκης κατάθεσης την οποία έδωσε, στο πλαίσιο της ΕΔΕ ένας υπάλληλος, εναντίον του. Η θεμελιώδης αρχή «nemo tenetur se ipsum accusare» σύμφωνα με την πάγια πλέον νομολογία του ΕΔΔΑ, αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της έννοιας της δίκαιης δίκης του άρθρου 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α. Ειδικότερα το ΕΔΔΑ, στις υποθέσεις J.B. κατά Ελβετίας της 3-5-2001 και Saunders κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 29-11-1996, διατύπωσε ως γενικό κανόνα την υπεροχή του δικαιώματος μη αυτοενοχοποίησης και σιωπής έναντι του δημόσιου συμφέροντος για ή κατά την άσκηση ποινικής δίωξης και διευκρίνισε, στην παρ. 74 της δεύτερης από τις πιο πάνω αποφάσεις, ότι υφίσταται παραβίαση του εν λόγω δικαιώματος και αν ακόμη οι αξιοποιηθείσες μαρτυρικές καταθέσεις έχουν ληφθεί πριν αποδοθεί στον εξεταζόμενο τέλεση αξιόποινης πράξης. Το ΕΔΔΑ επεσήμανε δε, στις παρ. 71 και 72 της ίδιας απόφασης, ότι τούτο ισχύει ανεξάρτητα από το γεγονός εάν κατά περιεχόμενο η σχετική κατάθεση έχει άμεσο ή μη επιβαρυντικό χαρακτήρα¹⁸.

Στην υπόθεση Vanjak κατά Κροατίας, 2010, το ΕΔΔΑ διαπίστωσε παραβίαση του άρθρου 6 ΕΣΔΑ, διότι το πειθαρχικό δικαστήριο έλαβε υπόψη του ομολογία του πειθαρχικώς διωκόμενου η οποία δόθηκε χωρίς την παρουσία δικηγόρου του και την οποία αμφισβήτησε στην συνέχεια ως προς την γνησιότητά και ακρίβεια της.

Περαιτέρω, ο ενόρκως εξετασθείς υπάλληλος έχει υποχρέωση από το νόμο και την συνείδηση του να καταθέσει όσα γνωρίζει για μια υπόθεση στην οποία πιθανόν να έχει ο ίδιος εμπλοκή. Ο υπάλληλος θα βρίσκεται στο ηθικό δίλημμα να πει τα πράγματα, όπως θεωρεί ότι συνέβησαν, ώστε να μην παραβεί το νόμο, την συνείδηση και το θρησκευτικό του καθήκον να μη ψευδορκεί. Ο υπάλληλος για τον λόγο αυτό θα πρέπει να προστατεύεται και όχι να αυτοεπιβαρύνεται. Συνεπώς, θα πρέπει να μην εξαναγκάζεται να καταθέσει εναντίον του εαυτού του ή να ομολογήσει την ενοχή του ήδη από το πρώτο στάδιο της διαδικασίας και αν ακόμη δεν έχει ασκηθεί δίωξη σε βάρος του¹⁹. Η ανάγνωση και αποδεικτική αξιοποίηση εις βάρος

¹⁸ Berger, Mark, Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence (September 29, 2009). European Human Rights Law Review, p. 514, 2007. A. Ashworth, 'Self-incrimination in European human rights law - a pregnant pragmatism', Cardozo law review, 2008, vol. 30, no. 3.

¹⁹ Geoffrey C. Hazard Jr. and Cameron Beard, A Lawyer's Privilege Against Self-Incrimination in Professional Disciplinary Proceedings, 96 Yale L.J. 1060 (1987). Miriam Brenaman Duff, The Privilege against Self-Incrimination in Bar Disciplinary Proceedings: What Ever Happened to Spevack, 23 Vill. L. Rev. 127 (1977).

του κατηγορουμένου της ένορκης κατάθεσής του ως μάρτυρος επάγεται, κατά τα ανωτέρω, απόλυτη ακυρότητα²⁰.

4. Η αρχή της κατ' αντιπαράσταση εξέτασης μαρτύρων και της δυνατότητας πρότασης και εξέτασης μαρτύρων υπεράσπισης.

Σε πολλές περιπτώσεις πειθαρχικών διώξεων, τα στοιχεία συλλέγονται στην προδικασία, με την εξέταση μαρτύρων στο πλαίσιο Ε.Δ.Ε. Ο διωκόμενος υπάλληλος από τον νόμο έχει μεν δικαίωμα (130 παρ. 3 Υ.Κ.) να προτείνει την εξέταση μαρτύρων στον διενεργούντα την Ε.Δ.Ε., δεν έχει δε δικαίωμα να απευθύνει εκείνος ερωτήσεις ούτε στους μάρτυρες που ο ίδιος προτείνει ούτε στους μάρτυρες που καταθέτουν επιβαρυντικά στοιχεία εις βάρος του.

Λαμβανομένων υπ' όψιν των ανωτέρω, σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ είτε κατά το αστικό είτε κατά το ποινικό του σκέλος, θα πρέπει να εξετάσουμε εάν οι διατάξεις του Υπαλληλικού Κώδικα συμμορφώνονται με την ΕΣΔΑ.

Στην υπόθεση Vanjak κατά Κροατίας, 2010 όπως προαναφέραμε, κρίθηκε ότι υπήρξε παραβίαση του δικαιώματος στην δίκαιη δίκη, διότι το πειθαρχικό δικαστήριο έλαβε υπόψη του μαρτυρίες δύο ατόμων και δεν δόθηκε η δυνατότητα στον διωκόμενο να τις αμφισβητήσει.

Με απόφαση του ΕΔΔΑ (Τσότσος κατά Ελλάδα, 2009 και αρ. προσφυγής 25109/2007 κατά της ΑΠ 372/2007 , βλ. επίσης Kostovski v Netherlands 11454/85), κρίθηκε ότι θα έπρεπε να δοθεί στον κατηγορούμενο ή ύποπτο μία προσήκουσα και επαρκής να αντικρούσει καταθέσεις επιβαρυντικές για τον ίδιο κατά τη στιγμή που πραγματοποιήθηκαν ή αργότερα, αλλά σε χρόνο κοντινό προς τον χρόνο που ελήφθησαν.

Ερειδόμενοι, λοιπόν, στις διατάξεις του άρθρου 6 παρ. 1 και 3 της ΕΣΔΑ, μπορούμε να υποστηρίξουμε ότι υφίσταται δικαίωμα του υπαλλήλου και σχετική υποχρέωση της υπηρεσίας να δέχεται την πρόταση για εξέταση μαρτύρων από τον υπάλληλο και την κατ' αντιπαράσταση εξέταση όλων των μαρτύρων, οι οποίοι εξετάζονται στην διαδικασία, έστω και δια παροχής της δυνατότητας στον διωκόμενο να υποδείξει συγκεκριμένες ερωτήσεις οι οποίες θα πρέπει να γίνουν στους μάρτυρες από το πρόσωπο το οποίο διεκπεραιώνει την πειθαρχική διαδικασία.

²⁰ Αντίθετα Βασίλης Ζ.Κούτας Πειθαρχική Δικονομία, σελ. 155, Αθήνα, 2010

Η εξέταση κατ' αντιπαράσταση μαρτύρων κατά την λήψη της μαρτυρίας και η δυνατότητα του διωκόμενου να απευθύνει ερωτήσεις, έχουν μεγάλη σημασία για την διερεύνηση της αλήθειας, την προστασία της λειτουργίας της υπηρεσίας και την προστασία των δικαιωμάτων των υπαλλήλων. Είναι σύνηθες σε πολλές περιπτώσεις τα στοιχεία στα οποία βασίζεται μια δίωξη να αφορούν προφορικές μαρτυρίες προσώπων με τις οποίες καταλογίζεται σε υπάλληλο πειθαρχικώς επίμεμπτη συμπεριφορά. Ο υπάλληλος θα πρέπει στην συνέχεια με την δική του κατάθεση να ανατρέψει τις δημιουργηθείσες εντυπώσεις χωρίς να είχε την δυνατότητα με ερωτήσεις προς τους μάρτυρες να αναδείξει τις αντιφάσεις και τα κενά. Η δε εξέταση του μάρτυρα αργότερα δεν έχει το ίδιο αποτέλεσμα διότι ο μάρτυρας θα έχει κάθε λόγο να υποστηρίξει την αρχική του κατάθεση, θα έχει παρέλθει μεγάλο χρονικό διάστημα από την λήψη της και πιθανόν οι εν λόγω μαρτυρίες να ήταν καθοριστικές για την θέση σε αργία ή την πειθαρχική καταδίκη.

Μια δυνατότητα ικανοποίησης των όρων της ΕΣΔΑ και της μη μετατροπής της πειθαρχικής διαδικασίας σε ποινικό ακροατήριο θα ήταν οι ερωτήσεις του διωκόμενου προς τους μάρτυρες να είναι έγγραφες και οι καταθέσεις τους να λαμβάνονται από τον διενεργούντα την εξέταση.

5. Αρχή της μη χειροτέρευσης της θέσης του ασκούντος το ένδικο μέσο

Από τις διατάξεις των άρθρων 141 και 142 του Υπαλληλικού Κώδικα κατοχυρώνεται η αρχή της μη χειροτέρευσης του ασκούντος το ένδικο μέσο, είτε κατά την άσκηση διοικητικής είτε δικαστικής προσφυγής. Η ρητή υπερνομοθετικής ισχύος διάταξη η οποία καθιερώνει το δικαίωμα επανεξετάσεως μιας ποινικής υπόθεσης από το δικαστήριο παρέχει το 7ο πρόσθετο πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ το οποίο κυρώθηκε με το ν. 1705/1987²¹. Καμία όμως άλλη ρητή υπερνομοθετικού χαρακτήρα διάταξη δεν κατοχυρώνει και το δικαίωμα της μη χειροτέρευσης. Στο ποινικό δίκαιο, η αρχή αυτή καθιερώνεται ερμηνευτικά, διότι χωρίς την non reformatio in pejus η κατοχύρωση των ενδίκων μέσων θα ήταν έωλη και άνευ πρακτικής σημασίας και εφαρμογής. Με τα ένδικα μέσα δίδεται η δυνατότητα αποκατάστασης και διόρθωσης σφαλμάτων της πρωτόδικης αποφάσεως.

Χωρίς όμως την απαγόρευση της χειροτέρευσης, κανένας καταδικασμένος μπροστά στη θολή αβεβαιότητα της χειροτέρευσης, δεν θα έπαιρνε τον δρόμο του

²¹ Λ. Μαργαρίτης, Ο νόμος 1608/1950 και οι καταχραστές δημοσίου και (παρα)τραπεζικού χρήματος, εκδόσεις Σάκκουλα σελ. 79 επ.

ενδίκου μέσου και στην ουσία θα αναιρούσαμε ένα δικαίωμα το οποίο του έχουμε δώσει. Η θέσπιση αυτής της αρχής, απορρέει κατά λογική αναγκαιότητα, από την ίδια τη φύση των ενδίκων μέσων. Η ίδια αρχή δύναται να εφαρμοστεί και στην πειθαρχική διαδικασία διότι και στην πειθαρχική διαδικασία διακυβεύονται δικαιώματα του υπαλλήλου.

Με την 1067/1979 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, κρίθηκε ότι υφίσταται γενική αρχή του δικαίου περί του ανεπίτρεπτου της χειροτερεύσεως της θέσεως του εκκαλούντος, η οποία, κατά το Δικαστήριο, καθιερώνεται στην πολιτική (ΚΠολΔ 536), την ποινική (ΚΠοινΔ 470) και τη φορολογική (ΚΦΔ 175) δίκη. Ίσχυε ρητώς και στον τότε ισχύοντα Υπαλληλικό Κώδικα (π.δ. 611/1977, άρθρον 243, § 6), αλλά εφαρμόζεται, κατ' αρχήν, και στο πειθαρχικό δίκαιο γενικώς²².

Αντίθετη θέση έλαβε το Συμβούλιο της Επικρατείας στην με αριθμό 3746/2014 απόφασή του, σύμφωνα με την οποία ο Γενικός Επιθεωρητής Δημόσιας Διοίκησης, μπορεί **το πρώτον** να ασκεί προσφυγή ενώπιον του ΣτΕ, ζητώντας την οριστική παύση υπαλλήλου στον οποίο το Πειθαρχικό Συμβούλιο επέβαλε μικρότερη ποινή, σε υπόθεση για την οποία στον πρώτο βαθμό της πειθαρχικής διαδικασίας δεν άσκησε ένσταση. Η υπόθεση αυτή παραπέμφθηκε στην 7μελή σύνθεση και αναμένεται η εκδίκασή της.

Επίλογος

Όπως κατέστη σαφές, το πειθαρχικό δίκαιο τόσο από διαδικαστικής όσο και από ουσιαστικής άποψης, διέπεται από κανόνες και αρχές, άλλοτε ρητώς θεσπισμένες και άλλοτε σιωπηρώς συναγόμενες. Μετά από έρευνα τόσο της εθνικής όσο και της νομολογίας του ΕΔΔΑ, εξάγονται τα εξής πορίσματα:

α. Σε πειθαρχικής φύσης υποθέσεις, το ΕΔΔΑ εφαρμόζει με επιφυλακτικότητα το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, περισσότερο δε ως προς το αστικό και λιγότερο ως προς το ποινικό σκέλος της διάταξης. Στην τελευταία δε περίπτωση υπό την αυστηρή προϋπόθεση της συνδρομής ενός εκ των κριτηρίων Engel, το οποίο στο πεδίο του πειθαρχικού δικαίου δεν μπορεί να είναι άλλο παρά το τρίτο κριτήριο για την βαρύτητα της ποινής.

Θα πρέπει να επισημάνουμε ότι η πειθαρχική διαδικασία προσιδιάζει σε μεγάλο βαθμό στην ποινική, επιφυλάσσοντας κυρώσεις ιδιαίτερες αυστηρές (λ.χ.

²² ΣτΕ 1067/1979 ΑΡΜ/1979

υποβιβασμός ή οριστική παύση), που πλήττουν την ίδια την δημοσιοϋπαλληλική ιδιότητα και στιγματίζουν τον υπάλληλο εφ' όρου ζωής. Ως εκ τούτου, η εφαρμογή του άρθρου 6 και των εγγυήσεων που αυτό καθιερώνει κρίνεται επιβεβλημένη. Ως προς την αρχή της απαγόρευσης αναδρομικής ισχύος δυσμενέστερου νόμου, που καθιερώνεται στο άρθρο 7 Συντ. και ΕΣΔΑ, η νομολογία είναι γενικώς αρνητική και δεν την εφαρμόζει στην πειθαρχική διαδικασία.

β. Αναφορικά δε, με τις αρχές της μη αυτοενοχοποίησης, της κατ' αντιπαράσταση εξέτασης μαρτύρων, της δυνατότητας πρότασης και εξέτασης μαρτύρων υπεράσπισης, καθώς και της μη χειροτέρευσης της θέσης του ασκούντος το ένδικο μέσο, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι θα πρέπει να εφαρμόζονται και στο πειθαρχικό δίκαιο. Ορθότερο είναι να θεωρηθεί ότι οι εν λόγω αρχές απορρέουν από υπερνομοθετικής ισχύος κανόνες που διαπερνούν όλο το φάσμα του δικαίου και εφαρμόζονται *mutatis mutandis* και στην πειθαρχική διαδικασία.

Η ΣΥΜΒΑΤΟΤΗΤΑ ΤΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗΣ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΗΣ ΜΕ ΤΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑ (ΚΑΠΟΙΕΣ ΑΡΧΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΝΟΨΕΙ ΤΗΣ ΕΠΙΚΕΙΜΕΝΗΣ ΨΗΦΙΣΗΣ ΤΟΥ ΣΧΕΤΙΚΟΥ ΝΟΜΟΥ)

Στέφανος Πετροπουλάκος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Πολιτικής Ανάλυσης και Πολιτικής Θεωρίας, Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ

Δρ. Ιωάννης Ρωσσίδης, PhD, MSc, MBA, BA, Προϊστάμενος Τμήματος του Υπουργείου Οικονομικών, Διδάσκων Πανεπιστημίου Αιγαίου, Μέλος ΣΕΠ του ΕΑΠ

1. Εισαγωγή

Η ανάγκη να ληφθούν μέτρα για το ασφαλιστικό είχε διαπιστωθεί ήδη από τη δεκαετία του 1990 όταν σε Έκθεση της Επιτροπής Αγγελόπουλου «για τη σταθεροποίηση και ανάπτυξη της ελληνικής οικονομίας» είχε επισημανθεί η οξυΰτητα του προβλήματος και η ανάγκη λήψης μέτρων¹. Εντούτοις, χρειάστηκε να φτάσουμε μέχρι τα χρόνια της οικονομικής κρίσης για να καταστεί σαφές ότι και η χώρα μας θα πρέπει να λάβει μέτρα για τη μεταρρύθμιση του ασφαλιστικού της συστήματος. Στο πλαίσιο δε αυτό ελήφθη σειρά «διαρθρωτικών» μέτρων από το 2010 μέχρι και το 2015 με βασικό σκοπό να διασφαλιστούν, αφενός, η μακροχρόνια βιωσιμότητα του ασφαλιστικού συστήματος και η επάρκεια των συντάξεων και, αφετέρου, η κατά το δυνατόν μικρότερη επιβάρυνση του κρατικού προϋπολογισμού.

Πράγματι, σήμερα περισσότερο από ποτέ, αναζητείται τρόπος και το ασφαλιστικό να μην καταρρεύσει και το Δημόσιο να σταθεροποιήσει σε βιώσιμα επίπεδα την καταβαλλόμενη κρατική χρηματοδότηση ως ποσοστό του ΑΕΠ.

Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του σχεδίου νόμου που κατατέθηκε στη Βουλή την Παρασκευή 22 Απριλίου 2016 και αφορά την επικείμενη ασφαλιστική μεταρρύθμιση, σκοπός του νομοσχεδίου είναι η πλήρης αναμόρφωση του συστήματος Κοινωνικής Ασφάλισης στο πλαίσιο ενός Ενιαίου Συστήματος Κοινωνικής Ασφάλειας. Οι στόχοι και γενικές αρχές του εν λόγω συστήματος είναι η εξασφάλιση αξιοπρεπούς διαβίωσης και κοινωνικής προστασίας με όρους ισότητας, κοινωνικής δικαιοσύνης, αναδιανομής και αλληλεγγύης των γενεών. Επισημαίνεται ότι από τους στόχους, όπως και από τις αρχές του νέου Ενιαίου Συστήματος Κοινωνικής Ασφάλειας παραλείπεται οιαδήποτε αναφορά στην αρχή της ανταποδοτικότητας.

Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως των ανωτέρω, δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι η επικείμενη ασφαλιστική μεταρρύθμιση θα λάβει χώρα και σε συμμόρφωση προς υποχρέωση αναληφθείσα με το τρίτο μνημόνιο, εντασσόμενη μάλιστα στην ενότητα που τιτλοφορείται «αποκατάσταση της δημοσιονομικής βιωσιμότητας». Στόχος της είναι η συμβολή στην επίτευξη μεσοπρόθεσμου δημοσιονομικού πλεονάσματος ύψους 3,5% του ΑΕΠ. Υπό την έννοια αυτή, βασικός στόχος της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης δεν είναι η διασφάλιση της βιωσιμότητας του ίδιου του συστήματος για χάρη και των επόμενων γενεών, αλλά η, δια μέσου της μείωσης της κρατικής

¹ Τάσος Γιαννίτσης, Το ασφαλιστικό (ως ορφανό πολιτικής) και μία διέξοδος, εκδόσεις Πόλις, 2007, σελ. 41.

χρηματοδότησης, εξασφάλιση δημοσιονομικών πλεονασμάτων για το μέλλον. Για τον λόγο αυτό ρητά ορίστηκε ότι οι ετήσιες μεταβιβάσεις από τον Κρατικό Προϋπολογισμό προς το ασφαλιστικό σύστημα, υπολογιζόμενες ως ποσοστό του ΑΕΠ, θα πρέπει να μειωθούν κατά 0,25% το 2015 και κατά 1% το 2016.

Άλλωστε, το βασικό περιεχόμενο της μεταρρύθμισης, περιγράφεται στο ίδιο το κείμενο της συμφωνίας που κυρώθηκε από τη Βουλή με το Ν. 4336/2015 (ΦΕΚ Α' 94/14.08.2015). Έτσι, σύμφωνα με την ενότητα 2.5.1. της εν λόγω συμφωνίας, η Ελλάδα ανέλαβε την υποχρέωση, μεταξύ άλλων, α) να ενοποιήσει όλα τα ταμεία κοινωνικής ασφάλισης σε μία ενιαία οντότητα, β) να καθιερώσει στενότερη σχέση μεταξύ εισφορών και παροχών, γ) να καταργήσει όλες τις περιττές επιβαρύνσεις κατά τη χρηματοδότηση των συντάξεων και να τις αντισταθμίσει με μείωση παροχών ή αύξηση των εισφορών κ.λπ..

Επισημαίνεται ότι στο μνημόνιο προβλέφθηκε η δυνατότητα λήψης άλλων μέτρων ισοδύναμου όμως αποτελέσματος υπό την προϋπόθεση ότι τα μέτρα αυτά θα είναι συγκρίσιμα και ποσοτικά μετρήσιμα σε επαρκή βαθμό.

Στο πλαίσιο αυτό, η Κυβέρνηση αφού αρχικά απέστειλε στην Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή, στις 2 Δεκεμβρίου 2015, κείμενο με τις γενικές αρχές της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης², εν συνεχεία, στις 4 Ιανουαρίου 2016, έθεσε υπόψη του Προέδρου της Δημοκρατίας και των πολιτικών αρχηγών το σχέδιο της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης, με τη μορφή (προ)σχεδίου νόμου με τίτλο «Ενιαίο Σύστημα Κοινωνικής Ασφάλειας - Εθνικό Σύστημα Κοινωνικής Ασφάλισης».

Το κείμενο αυτό, με προσθήκες και μερικές τροποποιήσεις, αρχικά τέθηκε σε διαβούλευση από την Τρίτη 19 Απριλίου το μεσημέρι ως την Πέμπτη 21 Απριλίου το πρωί και, τελικά, κατατέθηκε στη Βουλή εχθές, Παρασκευή 22 Απριλίου 2016, με στόχο να ψηφιστεί μετά το Πάσχα.

Σύμφωνα με όσα διαλαμβάνονται στη δημοσιευθείσα αιτιολογική έκθεση η προς ψήφιση ασφαλιστική μεταρρύθμιση:

- Επιτυγχάνει τη διοικητική αποτελεσματικότητα του συστήματος και την απλοποίηση των διαδικασιών, ενοποποιώντας τους φορείς ασφάλισης και διακρίνοντας πλήρως προνοιακές και ασφαλιστικές παροχές. Στο πλαίσιο αυτό συστήνεται ο Ενιαίος Φορέας Κοινωνικής Ασφάλισης (ΕΦΚΑ) στον οποίο εντάσσονται όλοι οι υφιστάμενοι φορείς κύριας ασφάλισης.

- Καθιερώνει πλήρη ισονομία με θέσπιση ενιαίων κανόνων για παλαιούς και νέους ασφαλισμένους και ανακαθορισμό των συντάξεων των ήδη συνταξιούχων.

- Διασφαλίζει την βιωσιμότητα, τη διαγενεακή ισότητα, καθώς και την ίση κατανομή των θυσιών.

- Θεσπίζει την εθνική σύνταξη για να εξασφαλιστεί επαρκής αναπλήρωση εισοδήματος και για τους μακροχρόνια ανέργους, όσους εργάζονται με ατυπικές μορφές εργασίας ή αμείβονται με χαμηλούς μισθούς.

- Εγγυάται τη διαβίωση των συνταξιούχων με αξιοπρέπεια και διατηρεί, στο βαθμό του δυνατού, την εγγύτητα με το κεκτημένο κατά τον εργασιακό βίο επίπεδο ζωής.

2. Σύντομες παρατηρήσεις επί του σχεδίου νόμου

Επί των προαναφερθέντων θεμάτων, τα οποία μένει να αποσαφηνιστούν κατά τη συζήτηση και ψήφιση του νόμου, θα μπορούσαν να γίνουν οι εξής αρχικές παρατηρήσεις:

² Επί του κειμένου αυτού, που παραδόθηκε στο Προεδρείο της Οικονομικής και κοινωνικής Επιτροπής, συντάχθηκε η με αριθμό 310 Γνώμη, που βρίσκεται δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα www.oke.gr.

2.1. Πρώτη παρατήρηση-ως προς τη σύσταση του ΕΦΚΑ

Με την ασφαλιστική μεταρρύθμιση εισάγεται για πρώτη φορά στη χώρα μας ενιαίο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης των εργαζομένων, σε αντικατάσταση του μέχρι σήμερα ισχύοντος συστήματος πολλαπλότητας των φορέων, ανάλογα με την επαγγελματική απασχόληση. Έτσι, προβλέπεται η ενοποίηση όλων των υφιστάμενων φορέων κύριας ασφάλισης σε έναν Ενιαίο Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης.

Ως προς το ζήτημα αυτό, το Συμβούλιο της Επικρατείας, με πάγια νομολογία, έχει κρίνει ότι το Σύνταγμα (άρθρο 22 παρ. 5) δεν επιβάλλει στον κοινό νομοθέτη περιορισμό ως προς τον τρόπο οργάνωσης και διοίκησης των φορέων κοινωνικής ασφάλισης, δεδομένου ότι ο νομοθέτης είναι ελεύθερος να επιλέξει την παροχή της κοινωνικής ασφάλισης από το ίδιο το κράτος ή από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου³. Τέτοια δέσμευση του κοινού νομοθέτη δεν απορρέει ούτε από το πνεύμα του Συντάγματος, ούτε από τις γενικές αρχές που πηγάζουν από τις συνταγματικές διατάξεις, με τις οποίες καθιερώνεται η αρχή του Κοινωνικού Κράτους⁴.

Άλλωστε, στη θεωρία υποστηρίζεται ότι ο νομοθέτης μπορεί να επιλέξει μεταξύ δύο βασικών μοντέλων, δηλαδή, ανάμεσα, αφενός, σε σύστημα ενός ενιαίου φορέα για ολόκληρο τον εργαζόμενο πληθυσμό και, αφετέρου, σε σύστημα πολλαπλότητας φορέων για τις επιμέρους επαγγελματικές ομάδες⁵.

Κατά συνέπεια, η διοικητική και λειτουργική ενοποίηση του συστήματος υποχρεωτικής κύριας κοινωνικής ασφάλισης, αν και οδηγεί σε αλλαγή του συστήματος που υπήρχε στην Ελλάδα, καταρχήν δεν φαίνεται να προσκρούει στις διατάξεις του Συντάγματος.

Εντούτοις, όσον αφορά την υπαγωγή των δημοσίων υπαλλήλων στον Ενιαίο Φορέα, η Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου έχει ήδη γνωμοδοτήσει επ' ευκαιρία της υπαγωγής των νεοπροσλαμβανόμενων δημοσίων υπαλλήλων στο ΙΚΑ-ΕΤΑΜ, με το Ν. 3865/2010, ότι, ενδεχομένως, παραβιάζονται οι ειδικές για αυτούς συνταγματικές διατάξεις, καθώς και αυτές που καθορίζουν την δικαιοδοσία του Ελεγκτικού Συνεδρίου⁶.

Ακόμα, στη θεωρία υποστηρίζεται και η άποψη ότι από τη διατύπωση της συνταγματικής διάταξης («το κράτος μεριμνά για την ασφάλιση των εργαζομένων») προκύπτει ότι το Σύνταγμα συνδέει ρητά την ασφάλιση με την επαγγελματική απασχόληση. Ενόψει της σύνδεσης αυτής η καθιέρωση μίας ενιαίας δομής ανεξάρτητα από τη φύση της απασχόλησης ενδέχεται να αντίκειται στην εν λόγω διάταξη και στην αρχή της ισότητας. Υπό την έννοια αυτή, υποστηρίζεται ότι θα πρέπει να διατηρηθούν τρία ασφαλιστικά καθεστώτα, ήτοι ένα για τους μισθωτούς, ένα για τους αυτοαπασχολούμενους και ένα για τους αγρότες, που αντιστοιχούν σε διαφορετική μορφή και φύση απασχόλησης⁷. Ως προς το ζήτημα αυτό, ιδιαιτέρως

³ ΟλΣτΕ 2199/2010, τνπ ΝΟΜΟΣ.

⁴ ΟλΣτΕ 3101/2001, τνπ ΝΟΜΟΣ.

⁵ Για τα συστήματα κοινωνικής ασφάλισης βλ. και Κωνσταντίνος Κρεμαλής, Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκουλας, 1985, σελ. 65 επ. Πρβλ. και Πόριμα Επιτροπής του Υπουργείου Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης για την πρόταση ενός νέου ασφαλιστικού συστήματος (ΥΑ 37564/Δ9.10327/21.08.2015), Οκτώβριος 2015, σελ. 12 επ. και ιδίως 25-26.

⁶ Πρακτικά 4^{ης} Ειδικής Συνεδρίασης της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου της 29^{ης} Ιουνίου 2010, ιδίως σελ. 51-52.

⁷ Πατρίνα Παπαρηγοπούλου, Συνταγματικά ζητήματα της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης, εισήγηση στην ημερίδα που συνδιοργανώθηκε από το Εθνικό και Καποδιστριακό Πανεπιστήμιο Αθηνών (ΕΚΠΑ-ΕΚΑΥΠ), την Ομάδα Ανάλυσης Δημόσιας πολιτικής του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών (ΟΠΑ-ΟΑΔΠ) και την Ένωση για την Προάσπιση των Κοινωνικών Δικαιωμάτων με θέμα «Η Κοινωνική Ασφάλιση ως Προϋπόθεση Οικονομικής Ανάπτυξης και Κοινωνικής Συνοχής. Ασφαλιστική Μεταρρύθμιση και Κρίση» (Αθήνα, 2 Δεκεμβρίου 2015).

ενδιαφέρουσα είναι και η άποψη της μειοψηφίας στην ΟλΣτΕ 3101/2001, σύμφωνα με την οποία «το ελληνικό σύστημα ασφάλισης χαρακτηρίζεται από την πολλαπλότητα και ανομοιογένεια των ασφαλιστικών οργανισμών με τρόπο ώστε η υπαγωγή των εργαζομένων στον ένα ή τον άλλο εξ αυτών να αποτελεί ουσιώδη παράγοντα εκτιμώμενο κατά την επιλογή του επαγγέλματός τους. Κατά συνέπεια, επιτρεπτή..... είναι μόνο η συγχώνευση ομοιογενών ασφαλιστικών οργανισμών, ευρισκομένων σε παραπλήσιο επίπεδο βιωσιμότητας, γεγονός το οποίο πρέπει να προκύπτει από τα πορίσματα επιστημονικής μελέτης τεκμηριούμενης με τα κατάλληλα στοιχεία».

2.2. Δεύτερη παρατήρηση-ως προς τη διαγενεακή αλληλεγγύη

Από τη θεωρία και τη νομολογία γίνεται δεκτό ότι το Σύνταγμα κατοχυρώνει την αρχή της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος ή αλλιώς την αρχή της οικονομικής ισορροπίας⁸. Επιπλέον, κατά συνταγματική επιταγή, η βιωσιμότητα αυτή θα πρέπει να προκύπτει από ειδικές, εμπειριστατωμένες και επιστημονικά τεκμηριωμένες μελέτες προκειμένου να μπορεί να ελεγχθεί η τήρηση της ως άνω συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής, καθώς και άλλων διατάξεων του Συντάγματος (που κατοχυρώνουν τις αρχές κοινωνικής αλληλεγγύης, ισότητας, αναλογικότητας).

Επιπροσθέτως, η κρατική μέριμνα για την υποχρεωτική κοινωνική ασφάλιση περιλαμβάνει και τη μέριμνα για την προστασία του ασφαλιστικού κεφαλαίου, δηλαδή για τη βιωσιμότητα του συστήματος για χάρη και των επόμενων γενεών. Αυτό δε, έχει ως συνέπεια ότι το κράτος, ως εγγυητής, οφείλει να διασφαλίζει την επάρκεια των παροχών και τη βιωσιμότητα των οικείων ασφαλιστικών οργανισμών⁹.

Εκ των ανωτέρω, συνάγεται ότι σε (ανα)διανεμητικά συστήματα, όπως το ελληνικό, όπου το άθροισμα των ασφαλιστικών εισφορών και των άλλων πόρων συγκεκριμένης περιόδου διαμορφώνονται ανάλογα με τις δαπάνες για την κάλυψη των ασφαλιστικών κινδύνων και των εξόδων διοίκησης της ίδιας περιόδου¹⁰, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα και για την αποφυγή μετακύλισης δυσανάλογων οικονομικών υποχρεώσεων στις επόμενες γενεές, διαφορετικά θα υπάρξει παραβίαση της συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής της αλληλεγγύης, υπό την ειδικότερη έκφανση της διαγενεακής αλληλεγγύης.

Από τα όσα διαρρέουν μέχρι σήμερα, σχετικά με το περιεχόμενο της ως άνω ασφαλιστικής μεταρρύθμισης, ιδίως δε όσον αφορά την απόλυτη προστασία των ήδη καταβαλλόμενων κύριων συντάξεων και την ταυτόχρονη σημαντική μείωση αυτών που θα χορηγηθούν, μετά τη θέση σε ισχύ του νόμου, εγείρονται ερωτήματα σχετικά με το εάν υφίστανται πράγματι ειδικές αναλογιστικές μελέτες βάσει των οποίων, αφενός, διασφαλίζεται η μακροχρόνια βιωσιμότητα του ασφαλιστικού συστήματος και η επάρκεια των συντάξεων και, αφετέρου, κατανέμεται κατά νομικά επιτρεπόμενο τρόπο το βάρος της αναπόφευκτης δημοσιονομικής προσαρμογής και στον τομέα της κοινωνικής ασφάλισης.

Επισημαίνεται πως από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, που αντιμετώπισε τα ζητήματα περικοπών ήδη χορηγηθεισών συνταξιοδοτικών παροχών, εξ αντιδιαστολής προκύπτει ότι όχι μόνο η περικοπή, αλλά και η προστασία των ήδη χορηγηθεισών ασφαλιστικών παροχών με την ταυτόχρονη μετακύλιση του βάρους αποκλειστικά σε όσους ακόμα εργάζονται και στις επόμενες γενεές οριοθετείται τόσο από τις αρχές της κοινωνικής αλληλεγγύης (άρθρο 25 παρ. 4 Σ.) και της ισότητας στα

⁸ Πατρίνα Παπαρρηγοπούλου, Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 42 επ.

⁹ ΟλΣτΕ 2287/2015, τνπ ΝΟΜΟΣ.

¹⁰ Για τα οικονομικά συστήματα κάλυψης των δαπανών βλ. Κωνσταντίνος Κρεμαλής, όπ. π., σελ. 131 επ. και Πατρίνα Παπαρρηγοπούλου, όπ. π., σελ. 183 επ.

δημόσια βάρη (άρθρο 4 παρ. 5 Σ.), οι οποίες επιτάσσουν να κατανέμεται εξ ίσου το βάρος της δημοσιονομικής προσαρμογής μεταξύ όλων των πολιτών, όσο και από την αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 Σ.), σύμφωνα με την οποία το συγκεκριμένο μέτρο πρέπει να είναι πράγματι πρόσφορο και αναγκαίο για την αντιμετώπιση του προβλήματος¹¹.

Με απλά λόγια, θα πρέπει να υπάρχει μελέτη προκειμένου να μπορεί να εξεταστεί εάν η μετακύλιση οικονομικών υποχρεώσεων στους εργαζόμενους που δεν έχουν ακόμα εξέλθει και στις επόμενες γενεές υπερβαίνει το εύλογο μέτρο και, συνακόλουθα, παραβιάζει την αρχή της κοινωνικής αλληλεγγύης.

Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με πρόσφατα δημοσιευθείσα μελέτη των Λεβέντη-Ματσαγγάνη για την ανταποδοτικότητα των συντάξεων στην Ελλάδα, σε ποσοστό 98,5% του δείγματος των συνταξιούχων του ΙΚΑ-ΕΤΑΜ που χρησιμοποιήθηκε στην έρευνα, το συνολικό ποσό παροχών που χορηγείται, ακόμα και μετά τις μνημονιακές περικοπές, υπερβαίνει το ποσό που αντιστοιχεί στις εισφορές που καταβλήθηκαν¹².

2.3. Τρίτη παρατήρηση-ως προς τις επικουρικές συντάξεις

Όσον αφορά τις επικουρικές συντάξεις, με το δημοσιευθέν σχέδιο νόμου φαίνεται να διατηρείται η λεγόμενη «ρήτρα μηδενικού ελλείμματος», μετονομαζόμενη σε «αυτόματο μηχανισμό εξισορρόπησης» σε περίπτωση εμφάνισης ελλειμμάτων. Και στις δύο περιπτώσεις επισημαίνεται ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει ήδη κρίνει ότι στα πλαίσια της υποχρεωτικής επικουρικής κοινωνικής ασφάλισης το κράτος έχει υποχρέωση να προβαίνει σε τυχόν απαιτούμενη χρηματοδότηση για τη διασφάλιση της βιωσιμότητας του συστήματος¹³.

Αλλωστε, εάν γίνει δεκτό ότι το κράτος δεν έχει υποχρέωση εγγύησης της εν λόγω βιωσιμότητας και, συνακόλουθα, δεν υποχρεούται να χρηματοδοτεί τυχόν ελλείμματα, θα πρέπει να εξεταστεί εάν οι επικουρικές παροχές αποκτούν τον χαρακτήρα αμιγώς ανταποδοτικής παροχής (ενόψει και της χρηματοδότησής τους μόνο από εισφορές εργαζομένων και εργοδοτών) με ό,τι αυτό συνεπάγεται για τη συνταγματικότητα ζητημάτων όπως ο τρόπος υπολογισμού, ο περιορισμός των χορηγούμενων παροχών και η θέσπιση ανωτάτου ορίου-πλαφόν στη λήψη τους.

2.4. Τέταρτη παρατήρηση-ως προς την αρχή της ανταποδοτικότητας

Όπως γίνεται δεκτό από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, το Σύνταγμα, καταρχήν, δεν κατοχυρώνει ευθέως την αντιστοιχία των καταβληθεισών εισφορών στις χορηγούμενες παροχές, ούτε και καθιερώνει την πλήρη αντιστάθμιση της απώλειας του εισοδήματος, αρκεί οι χορηγούμενες παροχές να είναι ικανές να εξασφαλίσουν ικανοποιητικό επίπεδο διαβίωσης, όσο το δυνατόν εγγύτερο προς εκείνο που είχε κατακτήσει ο ασφαλισμένος κατά τη διάρκεια του εργασιακού του βίου¹⁴.

Εντούτοις, από τα όσα έχουν δει μέχρι σήμερα το φως της δημοσιότητας, παρατηρείται ότι τα προβλεπόμενα ποσοστά αναπλήρωσης του εισοδήματος των μελλοντικών συνταξιούχων θα κυμαίνονται από 11,55% για 15 χρόνια ασφάλισης έως και 42,80% για 40 έτη ασφάλισης. Περαιτέρω, η πρόβλεψη της εθνικής σύνταξης ως σταθερού ποσού αδιαφόρως από τα χρόνια ασφάλισης ή τις συντάξιμες αποδοχές

¹¹ Πρβλ. ΟΛΣτΕ 2287/2015, τνπ ΝΟΜΟΣ.

¹² Χρύσα Λεβέντη και Μάνος Ματσαγγάνης, Η ανταποδοτικότητα των συντάξεων στην Ελλάδα, Οικονομικό Πανεπιστήμιο Αθηνών, Ομάδα Ανάλυσης Οικονομικών Πολιτικών, Ενημερωτικό Δελτίο 9/2016.

¹³ ΟΛΣτΕ 2287/2015, τνπ ΝΟΜΟΣ.

¹⁴ ΟΛΣτΕ 2287/2015, τνπ ΝΟΜΟΣ.

έχει ως συνέπεια την σημαντική αύξηση του ποσοστού αναπλήρωσης σε ασφαλισμένους με λίγα χρόνια ασφάλισης και χαμηλές συντάξιμες αποδοχές και την ελάχιστη αύξηση του αντίστοιχου ποσοστού σε ασφαλισμένους με πολλά χρόνια ασφάλισης και υψηλές συντάξιμες αποδοχές.

Η συρρίκνωση αυτή των καταβαλλόμενων παροχών, η οποία συνοδεύεται και από επιβολή ανωτάτου ορίου στις καταβαλλόμενες συντάξεις (2.304,00€, ενώ το ανώτατο ύψος συντάξιμων αποδοχών αντιστοιχεί σε πολλαπλάσιο ποσό), δεν είναι σίγουρο ότι βρίσκεται σε αρμονία με την ως άνω νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, καθόσον δεν διασφαλίζει τη διατήρηση του επιπέδου διαβίωσης των συνταξιούχων που είχαν υψηλές συντάξιμες αποδοχές και πολλά χρόνια ασφάλισης ουσιαδώς εγγύς εκείνου που είχαν κατά τη διάρκεια του ασφαλιστικού τους βίου.

2.5. Πέμπτη παρατήρηση-ως προς τις αρχές της ισότητας και της οικονομικής ελευθερίας

Όπως είναι γνωστό, η συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας επιτάσσει στο νομοθέτη την ίση μεταχείριση ίσων σχέσεων ή καταστάσεων και την άνιση μεταχείριση άνισων. Έτσι, ο νομοθέτης δεν μπορεί να αντιμετωπίσει με ίσο τρόπο, ουσιαδώς άνισες καταστάσεις, ούτε με άνισο τρόπο, ουσιαδώς όμοιες σχέσεις¹⁵. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, από το σχέδιο νόμου προκύπτει ότι καθιερώνονται ενιαίοι κανόνες υπολογισμού των εισφορών βάσει εισοδήματος για όλους τους απασχολούμενους ανεξάρτητα από τη φύση της απασχόλησής τους. Εντούτοις, τόσο, οι αυτοαπασχολούμενοι και οι ελεύθεροι επαγγελματίες, όσο και οι αγρότες, τελούν υπό ουσιαδώς διαφορετικές νομικές, οικονομικές αλλά και πραγματικές συνθήκες απασχόλησης (με διαφοροποίηση στη φορολογική αντιμετώπιση κ.λπ.) σε σχέση με τους μισθωτούς, με αποτέλεσμα η εν λόγω ενιαία αντιμετώπιση να εγείρει ερωτήματα συμβατότητας με τις περί ισότητας διατάξεις του Συντάγματος.

Επιπλέον, σε αρμονία με την προαναφερθείσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, αλλά και με τα διαλαμβανόμενα στις διατάξεις του Συντάγματος που κατοχυρώνουν την ελευθερία συμμετοχής στην οικονομική ζωή της χώρας, η συμβατότητα των κανόνων αυτών με το Σύνταγμα ενδεχομένως θα κριθεί μετά από συνυπολογισμό και της συνολικής επιβάρυνσης των εν λόγω κατηγοριών ασφαλισμένων από τα φορολογικά κυρίως μέτρα που έχουν ήδη ληφθεί σε βάρος τους.

Επισημαίνεται ότι στην προαναφερθείσα αιτιολογική έκθεση του νόμου αναφέρεται ότι υπάρχουν εξαιρέσεις μόνο για τους αγρότες λόγω του ότι «το μέσο αγροτικό εισόδημα είναι πολύ κατώτερο από το μέσο αστικό και θα υπήρχε αντικειμενική αδυναμία κάλυψης των εισφορών για σημαντικό τμήμα του αγροτικού πληθυσμού».

2.6. Έκτη παρατήρηση-ως προς τη νομοθετική εξουσιοδότηση

Θα πρέπει να αναφερθεί ότι στο σχέδιο νόμου που είδε το φως της δημοσιότητας υφίσταται πολύ μεγάλος αριθμός διατάξεων, με τις οποίες χορηγείται εξουσιοδότηση στον αρμόδιο Υπουργό να ρυθμίσει πληθώρα θεμάτων. Οι εξουσιοδοτήσεις αυτές, στο μέτρο που είναι γενικές και, εν μέρει, αόριστες, θα πρέπει να εξεταστούν ως προς τη συμβατότητά τους με τις οικείες διατάξεις του άρθρου 43 του Συντάγματος¹⁶.

¹⁵ Για τους φραγμούς στην ελευθερία του νομοθέτη μέσω της συνταγματικά κατοχυρωμένης αρχής της ισότητας βλ. και Άγγελος Στεργίου, Η συνταγματική κατοχύρωση της κοινωνικής ασφάλισης, εκδόσεις Σάκκουλα, 1984, σελ. 264 επ. Πρβλ. και ΣτΕ 2670/2015.

¹⁶ Για το ζήτημα αυτό βλ. και Άγγελος Στεργίου, όπ. π., σελ. 230 επ.

3. Επίλογος

Συμπερασματικά, θα μπορούσε να λεχθεί ότι και η επερχόμενη ασφαλιστική μεταρρύθμιση, εκτεινόμενη σε 112 άρθρα και 199 σελίδες του προαναφερθέντος σχεδίου νόμου, θα δημιουργήσει διάφορα ζητήματα συμβατότητας με το Σύνταγμα, ζητήματα που θα κληθεί να επιλύσει κατά κύριο λόγο το Συμβούλιο της Επικρατείας, προβαίνοντας παράλληλα και στις αναγκαίες σταθμίσεις.

Η ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΩΝ ΚΑΤΑΣΤΗΜΑΤΩΝ ΤΙΣ ΚΥΡΙΑΚΕΣ ΩΣ ΠΑΡΑΔΕΙΓΜΑ ΆΣΚΗΣΗΣ ΕΛΕΓΧΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ: ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ ΤΗΣ ΣΤΕ (ΑΝΑΣΤ) 307/2014 ΚΑΙ ΤΗΣ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΟΥ ΑΝΩΤΑΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΚΥΠΡΟΥ ΕΠΙ ΤΗΣ ΑΝΑΦΟΡΑΣ 1/2015

Ζωή Μιχαλοπούλου, ΔΝ, Δικηγόρος

1. Παρουσίαση των αποφάσεων των Ανωτάτων Δικαστηρίων των δύο κρατών.

Η λειτουργία των εμπορικών καταστημάτων όλες τις Κυριακές του έτους υιοθετήθηκε τόσο στην Ελλάδα όσο και στην Κύπρο μετά την υπογραφή Μνημονίων από τις δύο Χώρες. Το μέτρο άρχισε να εφαρμόζεται στην Κύπρο τον Ιούλιο 2013, ενώ στην Ελλάδα ένα χρόνο αργότερα. Στόχος -κατά δήλωση- του Έλληνα Νομοθέτη ήταν η ανάπτυξη του λιανικού εμπορίου και η απελευθέρωση του ανταγωνισμού, μέσω της κατάργησης διάφορων κανονιστικών εμποδίων¹, ενώ αντίστοιχες φαίνεται ότι ήταν οι προθέσεις και της Κυπριακής Κυβέρνησης².

Στην Ελλάδα αρχικά ψηφίστηκε ο ν. 4177/2013, το άρθρο 16 του οποίου προέβλεπε την προαιρετική λειτουργία καταστημάτων, που πληρούν συγκεκριμένες προϋποθέσεις³, τις Κυριακές, ύστερα από αιτιολογημένη απόφαση του κατά τόπο αρμοδίου Αντιπεριφερειάρχη. Στη συνέχεια υιοθετήθηκε ο ν. 4254/2014, που προσέθεσε πέμπτη παράγραφο στο άρθρο 16 του παραπάνω νομοθετήματος, χορηγώντας νομοθετική εξουσιοδότηση στον Υπουργό Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας να εκδώσει απόφαση, σύμφωνα με την οποία για ένα έτος θα επιτρεπόταν πιλοτικά σε τρεις τουριστικές περιοχές, η λειτουργία των καταστημάτων

¹ Βλ. Εισηγητική Έκθεση σχεδίου νόμου «Μέτρα στήριξης και ανάπτυξης της ελληνικής οικονομίας στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 4046/2012 και άλλες διατάξεις», σελ. 19.

² Βλ. σχετικές δηλώσεις της αρμοδίας Υπουργού Ζέτας Αιμιλιανίδου, με πρωτοβουλία της οποίας επεκτάθηκε το ωράριο των καταστημάτων τις Κυριακές σε ολόκληρη την Κύπρο στους δικτυακούς τόπους <http://www.kathimerini.com.cy/index.php?pageaction=kat&modid=1&artid=140011&show=Y>, <http://www.philenews.com/el-gr/oikonomia-kypros/146/152974/anoikta-ta-katastimata-os-tis-10-to-vrady> και <http://www.ant1iwo.com/news/oikonomia/article/58778/se-efarmogh-to-neo-wrario-sta-katasthmat/>

³ Ειδικότερα, προκειμένου να επιτραπεί η λειτουργία των καταστημάτων τις Κυριακές, σύμφωνα με το εν λόγω άρθρο θα πρέπει α) να έχουν συνολική επιφάνεια εμβαδού, όπως αυτό αναγράφεται στο λογαριασμό παροχής ηλεκτρικού ρεύματος, μέχρι διακόσια πενήντα (250) τετραγωνικά μέτρα, β) να μην ανήκουν υπό οποιαδήποτε νομική σχέση σε αλυσίδα καταστημάτων, εξαιρουμένων των περιπτώσεων συμβάσεων δικαιόχρησης (franchise), γ) να μην λειτουργούν με συμφωνίες συνεργασίας τύπου «κατάστημα εντός καταστήματος» («shops-in-a-shop») και να μην βρίσκονται σε εκπτώτικα καταστήματα («outlet»), εμπορικά κέντρα ή εκπτώτικα χωριά.

όλες τις Κυριακές, χωρίς ειδικότερους όρους και χωρίς φυσικά τη συνδρομή του οικείου Αντιπεριφερειάρχη. Η μόνη τεθείσα εκ του Νόμου «υποχρέωση» του Υπουργού -πριν την έκδοση της απόφασής του- ήταν η διαβούλευση με τοπικούς και συλλογικούς φορείς. Πράγματι, την τελευταία ημέρα της ταχθείσας προθεσμίας⁴, δηλαδή στις 7 Ιουλίου 2014, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. Κ1-1119/2014 απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, με την οποία ορίστηκαν εννέα συνολικά περιοχές ως τουριστικές και ως εκ τούτου επιτράπηκε η λειτουργία των καταστημάτων όλες τις Κυριακές του έτους σε ένα ευρύ γεωγραφικό πεδίο της Χώρας⁵. Κατά της ως άνω απόφασης του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας προσέφυγαν, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, συνδικαλιστικές οργανώσεις, σωματεία, εταιρίες αλλά και ιδιώτες ζητώντας τόσο την αναστολή εκτέλεσής της όσο και την ακύρωσή της. Το Ανώτατο Δικαστήριο της Χώρας εξέδωσε τελικά απόφαση μόνο επί της αίτησης αναστολής, ακυρώνοντας εν τοις πράγμασι με τον τρόπο αυτό την πιλοτική -διάρκειας ενός έτους- εφαρμογή του μέτρου⁶.

Το ενδιαφέρον εστιάζεται στο λιτό σκεπτικό της υπ' αριθ. 307/2014 απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας επί της ως άνω αίτησης αναστολής⁷. Ειδικότερα, το Δικαστήριο, αφού απέρριψε ως μη προδήλως βάσιμους τους προβαλλόμενους λόγους ακύρωσης της Υπουργικής Απόφασης, λόγω έλλειψης σχετικής νομολογίας, κατέληξε -κατ' εφαρμογή του άρθρου 52 § 6 εδαφ. α' του πδ 18/1989, στην αποδοχή της αίτησης αναστολής εξαιτίας της «*αυτονοήτως δυσεπανόρθωτη[ς]*» ηθικής βλάβης των αιτούντων που αφορά «*στο δικαίωμα του ελεύθερου χρόνου και της απολαύσεώς του από κοινού με την οικογένειά τους κατά την κοινή αργία της Κυριακής, καθώς και στο δικαίωμα στην άσκηση της θρησκευτικής*

⁴ Με την υποπεριπτ. 1β της υποπαραγράφου ΣΤ5 της παρ. 6 του πρώτου άρθρου του ν. 4254/2014 ορίζεται ότι «*η απόφαση της προηγούμενης υποπερίπτωσης εκδίδεται εντός τριών (3) μηνών από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου*», που σύμφωνα με το ακροτελεύτιο άρθρο είναι η ημερομηνία δημοσίευσης, δηλαδή η 7^η Απριλίου 2014.

⁵ Ας σημειωθεί ότι η έννοια του όρου «*τουριστική περιοχή*» του ν. 4254/2014 ερμηνεύτηκε από τη Διοίκηση ότι ταυτίζεται με τον όρο «*Περιφέρεια*» του άρθρου 3 του ν. 3852/2010 (Καλλικράτης) και για το λόγο αυτό τελικά το διευρυμένο ωράριο ίσχυσε για μια μεγάλη γεωγραφική έκταση της Ελλάδος και πιο συγκεκριμένα για α) το ιστορικό κέντρο Δήμου Αθηναίων, β) τον Δήμο Ραφήνας-Πικερμίου, γ) το ιστορικό κέντρο Δήμου Θεσσαλονίκης, δ) την Περιφερειακή ενότητα Χαλκιδικής, ε) τη Ρόδο, στ) την Κω, ζ) τη Σύρο, η) τη Μύκονο και θ) τη Σαντορίνη, δηλαδή τις Περιφέρειες Αττικής, Κεντρικής Μακεδονίας και Νοτίου Αιγαίου

⁶ Δεδομένου ότι η ισχύς της προσβληθείσας Υπουργικής Απόφασης ήταν ένα (1) έτος, η χορήγηση της αναστολής εκτέλεσής της ακύρωσε την εφαρμογή της, καθώς το κύριο ένδικο βοήθημα δεν δικάστηκε, λόγω έλλειψης αντικειμένου της δίκης.

⁷ Για το κείμενο της απόφασης βλ. Αρμ2014/1755, αλλά και ΝΟΜΟΣ.

λατρείας»⁸, ενώ παράλληλα πιθανολογήθηκε η ανεπανόρθωτη ή πάντως δυσχερώς επανορθώσιμη οικονομική βλάβη των αιτούντων, βάσει προσκομισθέντων από εκείνους στοιχείων.

Στην Κύπρο, το καθεστώς λειτουργίας των καταστημάτων διέπεται από τον «περί ρύθμισης της λειτουργίας των Καταστημάτων και των όρων απασχόλησης των Υπαλλήλων» Νόμο (ν. 155 (I)/2006). Ειδικότερα, το εν λόγω νομοθέτημα διακρίνει μεταξύ γενικού, ειδικού και τουριστικού καταστήματος, ορίζοντας το τελευταίο - μέχρι και τον Μάρτιο 2015- ως «οποιοδήποτε γενικό ή ειδικό κατάστημα που καθορίζεται με διάταγμα που εκδίδεται με βάση το άρθρο 27»⁹. Το συγκεκριμένο άρθρο προέβλεπε, έως την υιοθέτηση του ν. 36(I)/2015, ότι «τα όρια των τουριστικών περιοχών/ζωνών, η τουριστική περίοδος, τα ωράρια λειτουργίας και οι αργίες, συμπεριλαμβανομένης και της Κυριακής του Πάσχα, που εφαρμόζονται για τα τουριστικά καταστήματα, καθορίζονται με διάταγμα που εκδίδει ο Υπουργός και δημοσιεύεται στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας. Νοείται ότι κατά τη διάρκεια της τουριστικής περιόδου, κάθε γενικό κατάστημα που είναι εντός των ορίων τουριστικής περιοχής/ζώνης θεωρείται ως τουριστικό κατάστημα»¹⁰, με αποτέλεσμα την εφαρμογή διαφορετικού, δηλαδή διευρυμένου, ωραρίου κατά τη διάρκεια της τουριστικής περιόδου για το σύνολο των καταστημάτων λιανικού εμπορίου.

Με βάση το ανωτέρω νομοθετικό καθεστώς, η αρμόδια Υπουργός Εργασίας εξέδωσε τα υπ' αριθμ. 239 ως 243/2013 διατάγματα¹¹, κηρύσσοντας κατ' ουσία ολόκληρη την Κύπρο τουριστική περιοχή και κατά συνέπεια επιβάλλοντας τη

⁸ Βλ. σκέψη 7 της υπ' αριθμ. ΣτΕ (Αν) 307/2014.

⁹ Έτσι άρθρο 2 του «περί ρύθμισης της λειτουργίας των καταστημάτων και των όρων απασχόλησης των Υπαλλήλων τους» Νόμου. Σύμφωνα με το ίδιο πάντα άρθρο «γενικό» είναι το κατάστημα, το οποίο λειτουργεί με γενικό ωράριο με βάση τις διατάξεις του συγκεκριμένου νόμου και στο οποίο επιτρέπεται να διαθέτει προς πώληση οποιαδήποτε προϊόντα ή/και υπηρεσίες, ενώ «ειδικό» είναι εκείνο το κατάστημα, το οποίο λειτουργεί με ειδικό ωράριο με βάση τις διατάξεις του Νόμου και στο οποίο επιτρέπεται να διαθέτει προς πώληση ορισμένα προϊόντα ή/και να προσφέρει τις υπηρεσίες που καθορίζονται με κανονισμούς που εκδίδονται από το Υπουργικό Συμβούλιο. Ενδεικτικά πάντως το άρθρο 21 του ως άνω Νόμου, που αναφέρεται στο ωράριο των ειδικών καταστημάτων, κάνει λόγο για αρτοποιεία, κινηματογράφους, κατάστημα πώλησης οινοπνευματωδών ποτών, ανθοπωλείο κτλ. Για ολόκληρο το κείμενο βλ. http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/2006_1_155/full.html

¹⁰ Έτσι αρχικό άρθρο 27 του ν. 155(I)/2006.

¹¹ Τα εν λόγω διατάγματα τροποποίησαν τα υπ' αριθμ. 87 ως 91/2013 διατάγματα του προηγούμενου Υπουργού Εργασίας που προέβλεπαν μεν τη λειτουργία των γενικών καταστημάτων τις Κυριακές από τις 9:00 πμ μέχρι 9:00 μμ, αλλά σε πολύ λιγότερες περιοχές του Νησιού· πχ όσον αφορά την Επαρχία Λευκωσίας, προβλεπόταν η λειτουργία μόνο εκείνων των επιχειρήσεων που βρίσκονται εντός των τειχών του Δήμου Λευκωσίας, ενώ με το τροποποιητικό υπ' αριθμ. 239/2013 διάταγμα, καθώς και με εκείνα που ακολούθησαν, το μέτρο της λειτουργίας των καταστημάτων επιτράπηκε σε είκοσι μία (21) συνολικά περιοχές της Επαρχίας, συμπεριλαμβανομένου ολόκληρου του Δήμου. Αντίστοιχες ρυθμίσεις υιοθετήθηκαν και για τις λοιπές Επαρχίες, δηλαδή Λεμεσού, Αμμοχώστου, Λάρνακας και Πάφου.

λειτουργία των καταστημάτων κάθε Κυριακή του έτους, εκτός ελαχίστων εξαιρέσεων. Παρά την περιορισμένη χρονική ισχύ των αρχικών διαταγμάτων, η Υπουργός επεξέτεινε την εφαρμογή τους, εκδίδοντας διαδοχικά διατάγματα όμοιου περιεχομένου μέχρι και το Μάρτιο 2015, καθορίζοντας αρχικά το ωράριο εργασίας τις Κυριακές από τις 9:00 πμ ως 9:00 μμ και στη συνέχεια από τις 10:30 πμ ως τις 7:30μμ¹².

Την άνοιξη 2015 η Βουλή των Αντιπροσώπων ψήφισε τον ν. 36(Ι)/2015, με τον οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 27 του «περί ρύθμισης της λειτουργίας των Καταστημάτων και των όρων απασχόλησης των Υπαλλήλων» Νόμου. Ειδικότερα, η Βουλή αξίωσε συμμετοχή στον καθορισμό των ορίων τουριστικών περιοχών/ζωνών, της τουριστικής περιόδου και των ωραρίων λειτουργίας των τουριστικών καταστημάτων, μέσω της έκδοσης κανονισμών του Υπουργικού Συμβουλίου, που θα πρέπει στη συνέχεια να εγκριθούν από εκείνη, αφαιρώντας δηλαδή την αποκλειστική αρμοδιότητα του εκάστοτε Υπουργού Εργασίας για τη ρύθμιση των συγκεκριμένων ζητημάτων μέσω έκδοσης σχετικών διαταγμάτων¹³.

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι το κυπριακό Σύνταγμα δεν περιέχει αντίστοιχες με εκείνες του ελληνικού, λεπτομερείς, διατάξεις όσον αφορά την παραχώρηση νομοθετικών αρμοδιοτήτων στην εκτελεστική εξουσία. Αντιθέτως, το άρθρο 54 αναφέρει ότι στην αρμοδιότητα του Υπουργικού Συμβουλίου εντάσσεται η έκδοση «κανονιστικών και εκτελεστικών των νόμων διαταγμάτων, ως νόμοι ορίζουσιν», ενώ το άρθρο 58 § 2 στοιχ. β' προβλέπει ότι στην εξουσία κάθε Υπουργού ανήκει η σύνταξη «διαταγμάτων ή κανονισμών αφορώντων εις το υπουργείον αυτού προς υποβολήν εις το Υπουργικό Συμβούλιον»¹⁴. Το Κυπριακό Σύνταγμα, δηλαδή, δεν

¹² Βλ. ενδεικτικά διατάγματα τα υπ' αριθμ. 239 ως 243/2013 και τα υπ' αριθμ. 122 έως 126/2014 διατάγματα

¹³ Βλ. αιτιολογική έκθεση του σχετικού νομοσχεδίου σε Επίσημη Εφημερίδα της Κυπριακής Δημοκρατίας (παράρτημα VI), αριθμ. 4159 από 23-3-2015, σελ. 230, όπου ρητώς αναφέρεται ότι «[σ]κοπός του νόμου που προτείνεται είναι η τροποποίηση των περί της Ρύθμισης της Λειτουργίας Καταστημάτων και των Όρων Απασχόλησης των Υπαλλήλων τους Νόμων του 2006 έως 2011, ώστε να αφαιρεθεί από τον Υπουργό Εργασίας, Πρόνοιας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων η εξουσία έκδοσης διαταγμάτων αναφορικά με τη ρύθμιση της τουριστικής περιόδου, των τουριστικών περιοχών/ζωνών και του ωραρίου και των αργιών των καταστημάτων που εμπίπτουν σ' αυτές. Συγκεκριμένα, προτείνεται όπως το τουριστικό κατάστημα, η τουριστική περιοχή/ ζώνη, η τουριστική περίοδος, το ειδικό κατάστημα, τα ωράρια λειτουργίας και οι αργίες καθορίζονται από κανονισμούς που εκδίδονται από το Υπουργικό Συμβούλιο και εγκρίνονται από τη Βουλή»

¹⁴ Το κείμενο του Συντάγματος της Κυπριακής Δημοκρατίας, όπως τροποποιήθηκε είναι διαθέσιμο στον ιστότοπο <http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/syntagma/full.html>. Πρβλ. το άρθρο 87 το οποίο αναφέρεται στις νομοθετικές αρμοδιότητες κάθε κοινοτικής συνέλευσης και ειδικότερα στο υπό στοιχείο ζ' του εν λόγω άρθρου αναφέρεται ότι ασκείται «εις ας περιπτώσεις καθίσταται αναγκαία η έκδοσις δευτερογενούς νομοθεσίας υπό μορφήν κανονισμών διοικήσεως ή διαχειρίσεως, εκδιδομένων κατ' εφαρμογήν των περί δήμων νόμων, προς τον σκοπόν, όπως η Κοινοτική Συνέλευσις δυνηθεί να

προσδιορίζει τις διαφορές μεταξύ υπουργικού διατάγματος και κανονισμού, παρά μόνο αφήνει να εννοηθεί ότι η κανονιστική αρμοδιότητα της Κυβέρνησης ασκείται δια των εν λόγω μέσων. Παρόλα αυτά, οι παραπάνω συνταγματικές διατάξεις συμπληρώνονται από τον νόμο 99/1989, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, σύμφωνα με τον οποίο τίθεται προθεσμία εξήντα (60) ημερών στη Βουλή των Αντιπροσώπων προκειμένου να τροποποιήσει, να ακυρώσει ή να εγκρίνει στο σύνολό τους το κείμενο των κατατεθέντων από την Κυβέρνηση κανονισμών, εκτός εάν ο εξουσιοδοτικός νόμος δεν προβλέπει την κατάθεσή πριν τη δημοσίευσή τους¹⁵. Έτσι, στην κυπριακή έννομη τάξη η θεσμοθέτηση της κανονιστικής αρμοδιότητας της εκτελεστικής εξουσίας εμφανίζει ομοιότητες με το καθεστώς που υπήρχε στην Ελλάδα πριν την υιοθέτηση του Συντάγματος 1975, όπου η νομοθετική εξουσιοδότηση δεν ρυθμιζόταν συστηματικά από τον καταστατικό χάρτη της Πολιτείας, αλλά γινόταν δεκτό ότι αποτελούσε συνταγματικό έθιμο¹⁶.

Η Βουλή των Αντιπροσώπων, όμως, δεν αρκέστηκε στον περιορισμό της εξουσίας του αρμόδιου Υπουργού Εργασίας όσον αφορά τον καθορισμό του ωραρίου των καταστημάτων, αλλά τον Μάιο 2015, προχώρησε ακόμα περισσότερο. Ειδικότερα, την ίδια ημέρα (7 Μαΐου 2015) απέρριψε τους σχετικούς κανονισμούς,

προαγάγει τους σκοπούς τους επιδιωκόμενους υπό δήμων περιλαμβανόντων κατοίκους ανήκοντας αποκλειστικώς εις την αυτήν προς την Κοινοτικήν Συνέλευσιν κοινότητα», ενώ το άρθρο 186 § 2 του Συντάγματος της Κυπριακής Δημοκρατίας αναφέρει «[ε]ις ας περιπτώσεις το Σύνταγμα παρέχει εξουσίαν προς έκδοσιν πάσης φύσεως διαταγμάτων, κανονισμών διοικήσεως ή διαχειρίσεως και οιωνδήποτε οδηγιών, η εξουσία αυτή δέον να ερμηνεύηται ως περιλαμβάνουσα και εξουσίαν καθ' όμοιον τρόπον ασκουμένην, προς τροποποίησιν ή ανάκλησιν οιωνδήποτε των ειρημένων διαταγμάτων, κανονισμών ή οδηγιών». Με άλλα λόγια το Σύνταγμα αναφέρεται σε διατάγματα και κανονισμούς ως δευτερογενείς κανόνες δικαίου, χωρίς όμως να διακρίνει μεταξύ τους, σε αντίθεση με όσα ορίζονται στο άρθρο 43 του ελληνικού Συντάγματος.

¹⁵ Το κείμενο του νόμου «περί καταθέσεως στη Βουλή των Αντιπροσώπων των Κανονισμών που εκδίδονται με εξουσιοδότηση νόμου του 1989» (99/1989) όπως τροποποιήθηκε και ισχύει διαθέσιμο στον ιστότοπο http://www.cylaw.org/nomoi/enop/non-ind/1989_1_99/full.html. Βλ. και άρθρα 28 ως 30 του «περί ερμηνείας Νόμου» και ειδικά το άρθρο 29 το οποίο προβλέπει «[ό]ταν Νόμος παρέχει σε αρχή εξουσία να κάνει διορισμό ή να κάνει ή εκδώσει δημόσιο έγγραφο, οι ακόλουθες πρόνοιες, εκτός αν φαίνεται το αντίθετο, ισχύουν αναφορικά με την ετοιμασία, έκδοση και εφαρμογή τέτοιου δημόσιου εγγράφου-(α) το δημόσιο έγγραφο δύναται οποτεδήποτε να τροποποιηθεί, διαφοροποιηθεί, ακυρωθεί ή ανακληθεί από την ίδια αρχή και με τον ίδιο τρόπο από και με τον οποίο έγινε-(β) δύναται να προνοείται για την παράβαση Διατάγματος του Υπουργικού Συμβουλίου, κανόνων, κανονισμών ή διατάξεων τέτοια ποινή η οποία δεν υπερβαίνει τις πενήντα λίρες, όπως η αρχή η οποία εκδίδει το Διάταγμα του Υπουργικού Συμβουλίου, διάταγμα, κανόνες, κανονισμούς ή διατάξεις δύναται να θεωρήσει πρέπον-(γ) όταν Νόμος παρέχει σε αρχή εξουσία να εκδίδει Διάταγμα του Υπουργικού Συμβουλίου, διάταγμα, κανόνες, κανονισμούς ή διατάξεις για γενικούς σκοπούς, και επίσης για ειδικούς σκοπούς παρεμφερείς με αυτούς, η απαρίθμηση των ειδικών σκοπών δεν θα θεωρείται ότι μειώνει τη γενικότητα των εξουσιών οι οποίες παραχωρούνται αναφορικά με το γενικό σκοπό-(δ) κανένα Διάταγμα του Υπουργικού Συμβουλίου, διάταγμα, κανόνες, κανονισμοί ή διατάξεις δεν θα είναι ασυμβίβαστες με τις πρόνοιες Νόμου».

¹⁶Βλ. Α. Μάνεση, «Ζητήματα Νομοθετικών Εξουσιοδοτήσεων», σε Συνταγματική Θεωρία και Πράξη, εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 1980, σελ. 276-287[280], Επαμ. Σπυλιωτόπουλου, Ζητήματα Κανονιστικής Αρμοδιότητας της Διοικήσεως, εκδόσεις Αφοί Σάκκουλα, Αθήνα 1968, σελ. 106-113 και Αλ. Σβώλου, Συνταγματικόν Δίκαιον, τομ. Β', Αθήνα 1942, σελ. 94-97.

που είχαν ήδη κατατεθεί και ταυτόχρονα ψήφισε την τροποποίηση των άρθρων 20 και 21 του «περί ρύθμισης της λειτουργίας των Καταστημάτων και των όρων απασχόλησης των Υπαλλήλων» Νόμου, καθορίζοντας με τον τρόπο αυτό -εμμέσως- τις περιοχές, όπου το σύνολο των καταστημάτων θα μπορούσε να λειτουργήσει τις Κυριακές, κατά τη θερινή μόνο περίοδο. Με άλλα λόγια, η καταψήφιση των κανονισμών που είχαν συνταχθεί από την Υπουργό Εργασίας, κατά το νέο άρθρο 27 του ν. 155 (Ι)/2006 και διατηρούσαν τον προϋφιστάμενο χαρακτηρισμό της συνολικής επικράτειας ως τουριστικής περιοχής, σε συνδυασμό με τον ορισμό έξι (6) μόνο περιοχών όπου θα μπορούσαν τα καταστήματα να παραμένουν ανοικτά την Κυριακή, οδήγησε ουσιαστικά στον καθορισμό του ωραρίου λειτουργίας αποκλειστικά από την νομοθετική εξουσία¹⁷.

Ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας, ασκώντας το προβλεπόμενο από το άρθρο 140 του κυπριακού Συντάγματος δικαίωμά του, αρνήθηκε να δημοσιεύσει τον ψηφισθέντα νόμο και κατέθεσε Αναφορά ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου, με την οποία ζητούσε από εκείνο να αποφανθεί κατά πόσο οι ως άνω ρυθμίσεις βρίσκονται σε συμφωνία με το συνταγματικό κείμενο, αλλά και με το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης¹⁸. Ο επικεφαλής της εκτελεστικής εξουσίας υποστήριξε ότι ο νόμος παραβιάζει α) το συνταγματικά προστατευμένο δικαίωμα επαγγελματικής ελευθερίας, β) την αρχή της ισότητας, γ) την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και τέλος δ) το άρθρο 18 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ).

Το Δικαστήριο εξέδωσε στις 3 Δεκεμβρίου 2015 τη γνωμάτευσή του¹⁹ στην παραπάνω υπ' αριθμ. 1/2015 Αναφορά του Προέδρου της Δημοκρατίας, κρίνοντας το

¹⁷ Από το κείμενο της γνωμάτευσης επί της υπ' αριθμ. 1/2015 Αναφοράς, που ενσωματώνει το κείμενο του ψηφισμένου αλλά μη δημοσιευθέντος νομοθετήματος, προκύπτει ότι η Βουλή των Αντιπροσώπων όρισε συγκεκριμένες περιοχές του νησιού ως τουριστικές, το ωράριο γενικών και ειδικών καταστημάτων κατά τη θερινή περίοδο και τέλος προσέθεσε στην κατηγορία των ειδικών καταστημάτων α) τα καταστήματα πώλησης αναμνηστικών ειδών, β) τα καταστήματα πώλησης ειδών κυπριακής χειροτεχνίας γ) τα χρυσοχορεία ή αργυροχορεία και τέλος δ) τα παντοπωλεία μέχρι 150 τμ.

¹⁸ Ας σημειωθεί ότι ο Πρόεδρος κατέθεσε και την υπ' αριθμ. 2/2015 Αναφορά δυνάμει του άρθρου 141 του Συντάγματος, η οποία όμως απορρίφθηκε από το Δικαστήριο, καθώς είχε ήδη κάνει δεκτή την πρώτη Αναφορά και συνεπώς η δεύτερη κατέστη άνευ αντικειμένου (Για το κείμενο της εν λόγω γνωμάτευσης βλ. <http://www.supremecourt.gov.cy/Judicial/SC.nsf/All/70CB242502534F04C2257F11002449F3?OpenDocument>). Για τη διαδικασία του a priori ελέγχου συνταγματικότητας βάσει του ως άνω συνταγματικού άρθρου βλ. Η. Νικολάου, Ο έλεγχος συνταγματικότητας των Νόμων και της κατανομής των αρμοδιοτήτων των οργάνων του Κράτους στην Κύπρο. Η συνταγματική ρύθμιση, η εξέλιξη και το δίκαιο της ανάγκης, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 2000, σελ. 155 και S. Papasavvas, La justice Constitutionnelle à Chypre, Presses Universitaires d' Aix-Marseille 1998, σελ. 56.

¹⁹ Το Σύνταγμα αναφέρει τη λέξη «γνωμάτευση» και όχι «απόφαση». Το ακριβές βέβαια είναι ότι η γνώμη του Δικαστηρίου είναι δεσμευτική για τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας. Βλ. άρθρο 140 § 3 του Κυπριακού Συντάγματος που ορίζει ότι «[ε]ίς ην περίπτωσην το Ανώτατον Συνταγματικόν Δικαστήριον

επίδικο νομοθέτημα αντίθετο προς την αρχή της διάκρισης των εξουσιών, η οποία αν και δεν κατοχυρώνεται ρητά στο κυπριακό σύνταγμα -σε αντίθεση με το ελληνικό- συνάγεται ως βασική συνταγματική αρχή, κατά την πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου. Ειδικότερα, το βασικό ερώτημα που απασχόλησε τη δικανική κρίση ήταν αν το εξειδικευμένο ζήτημα του καθορισμού των τουριστικών περιοχών και του ωραρίου των καταστημάτων, μπορούσε να υπαχθεί στην νομοθετική αρμοδιότητα της Βουλής των Αντιπροσώπων, υπέρ της οποίας συντρέχει το τεκμήριο του άρθρου 61 του Συντάγματος²⁰ ή εάν αποτελεί άσκηση διοικητικής εξουσίας και ως εκ τούτου ανήκει στην αρμοδιότητα της εκτελεστικής λειτουργίας. Το Δικαστήριο, παραπέμποντας σε προηγούμενη σχετική νομολογία του, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι «[η] Βουλή των Αντιπροσώπων ασκεί νομοθετικό έργο, θεσπίζει νόμους γενικούς και απρόσωπους εισάγοντας ουσιαστικούς κανόνες δικαίου και οι ρυθμίσεις που επιβάλλει γίνονται κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο. Η Βουλή δεν ρυθμίζει συγκεκριμένες και ατομικές περιπτώσεις και δεν ασκεί εκτελεστική εξουσία ή οποιοδήποτε είδους ρυθμιστική, διοικητική λειτουργία. Η Βουλή καθορίζει το γενικό νομοθετικό πλαίσιο και, μέσα σ' αυτό, η Εκτελεστική Εξουσία προβαίνει σε διοικητικές ρυθμίσεις...Τα προαναφερόμενα θέματα είναι, κατά την κρίση μας, θέματα που ρυθμίζονται, κατά περίπτωση, από την Εκτελεστική Εξουσία/Διοίκηση, κατόπιν διαβούλευσης με επηρεαζόμενους φορείς και οργανώσεις που είναι γνώστες του αντικειμένου και όχι με Γενικό Νόμο, όπως στην προκείμενη περίπτωση θέσπισε η Βουλή. Ζητήματα όπως ο καθορισμός των επηρεαζόμενων περιοχών, το ωράριο λειτουργίας των καταστημάτων, τα ειδικά καταστήματα και το μέγεθος τους, κατά την κρίση μας, εμπίπτουν στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Εκτελεστικής Εξουσίας και της Διοίκησης και όχι της Βουλής, λόγω της ίδιας της φύσης των ρυθμιζόμενων θεμάτων αλλά και της ακολουθητέας διαδικασίας»²¹. Με το σκεπτικό αυτό, το Δικαστήριο γνωμάτευσε υπέρ της αντισυνταγματικότητας του ψηφισθέντος

γνωματεύσει ότι ο νόμος ή η απόφασις ή διάταξις τις αυτών ενρίσκειται εις αντίθεσιν ή ασυμφωνίαν προς διάταξιν τινά του Συντάγματος, ή του δικαίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, ο νόμος ή η απόφασις δεν δύναται να εκδοθή υπό του Προέδρου και του Αντιπροέδρου της Δημοκρατίας».

²⁰ Το άρθρο 61 του Κυπριακού Συντάγματος ορίζει ότι «η νομοθετική εξουσία της Δημοκρατίας ασκείται υπό της Βουλής των Αντιπροσώπων εν παντί θέματι, εξαιρέσει των θεμάτων εκείνων, άτινα ρητώς υπάγονται κατά το Σύνταγμα εις τας Κοινοτικές Συνελεύσεις». Για αναλυτική παρουσίαση των αρμοδιοτήτων του νομοθετικού σώματος βλ. Δ. Μελισσά, Η οργάνωση της Πολιτικής Εξουσίας στην Κυπριακή Πολιτεία. Το εκλογικό Σώμα, η Βουλή των Αντιπροσώπων, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 1996, σελ. 87-90.

²¹ Για το κείμενο της γνωμάτευσης επί της υπ' αριθμ. 1/2015 Αναφοράς του Προέδρου της Δημοκρατίας κατά της Βουλής των Αντιπροσώπων βλ. <http://www.supremecourt.gov.cy/Judicial/SC.nsf/All/00C9108F39694F67C2257F1100232DA2?OpenDocument>

νομοθετήματος, εμποδίζοντας με τον τρόπο αυτό την δημοσίευσή του και συνεπώς την εισαγωγή του στην κυπριακή έννομη τάξη, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 140 § 3 του Συντάγματος. Άμεση συνέπεια της εξεταζόμενης γνωμάτευσης ήταν η συνέχιση της αντιπαράθεσης μεταξύ της εκτελεστικής και της νομοθετικής εξουσίας, καθώς εν τω μεταξύ είχαν λήξει τα τελευταία, εκδοθέντα από την Υπουργό Εργασίας διατάγματα²², ενώ καταψηφίστηκαν εκ νέου οι Κανονισμοί που κατατέθηκαν στη Βουλή, με αποτέλεσμα τη δημιουργία νομοθετικού κενού όσον αφορά την κυριακάτικη λειτουργία των καταστημάτων²³.

Η καταψήφιση μάλιστα των Κανονισμών οδήγησε τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας και το Υπουργικό Συμβούλιο να στραφούν εκ νέου κατά της Βουλής των Αντιπροσώπων ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου, βάσει του άρθρου 139 του Συντάγματος²⁴. Το αίτημα της εκτελεστικής εξουσίας ήταν η επίλυση της σύγκρουσης των αρμοδιοτήτων, που είχε δημιουργηθεί -κατά τους ισχυρισμούς της- όσον αφορά τον καθορισμό του ωραρίου λειτουργίας των καταστημάτων μεταξύ εκείνης και της νομοθετικής εξουσίας, ζητώντας ουσιαστικά την επικύρωση των απορριφθέντων Κανονισμών από το Δικαστήριο²⁵. Το ανώτατο δικαιοδοτικό όργανο, όμως, αποφάσισε -κατά πλειοψηφία- την απόρριψη της προσφυγής, λόγω εκπρόθεσμης άσκησης της²⁶, επιδεικνύοντας αξιολογούμενο αυτοπεριορισμό, καθώς

²² Τα υπ' αριθμ. 159 έως 163/2015 διατάγματα έληξαν την 30^η Νοεμβρίου 2015 ενώ η γνωμάτευση του Ανωτάτου Δικαστηρίου εκδόθηκε τρεις ημέρες αργότερα, στις 3 Δεκεμβρίου 2015.

²³ Ειδικότερα, μετά τις συγκεκριμένες εξελίξεις, διεκδικούσε εφαρμογή το άρθρο 20 του «περί ρύθμισης της λειτουργίας των καταστημάτων και των όρων απασχόλησης των υπαλλήλων τους» νόμου, το οποίο απαγορεύει την λειτουργία των γενικών καταστημάτων τις Κυριακές. Παρόλα αυτά η πλειοψηφία των ιδιοκτητών αποφάσισε να μην συμμορφωθεί, με αποτέλεσμα την υποβολή σωρείας καταγγελιών (βλ. σχετικό άρθρο που αναφέρει ότι την Κυριακή 3 Ιανουαρίου 2016 διαπιστώθηκαν από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα περισσότερες από 300 παραβάσεις ωραρίου <http://www.sykade.org.cy/nea-anakoinoseis/neaagoras/peranton300parabaseonapotoanoigmakatastema-tonkaiyperagorontenkyriake>). Παρόλα αυτά το Επαρχιακό Δικαστήριο Λευκωσίας που κλήθηκε να αποφανθεί σχετικά με τις κατηγορίες εναντίον της επιχείρησης Χ.Α. Παπαέλληνας Εμπορική λτδ και των ιδιοκτητών της (απόφαση από 18 Μαρτίου 2016, Διευθυντής Τμήματος Εργασιακών Σχέσεων κτ Χ.Α. Παπαέλληνας Εμπορική λτδ κ.α.), που λειτούργησε την ως άνω Κυριακή, έκρινε το εν λόγω άρθρο αντισυνταγματικό, με αποτέλεσμα την αθώωση των κατηγορουμένων. Μετά ταύτα, ο Γενικός Εισαγγελέας της Δημοκρατίας ανακοίνωσε ότι δεν θα γίνονται καταγγελίες εναντίον των επιχειρήσεων που θα επιλέγουν να λειτουργούν τις Κυριακές, ενώ ο Παγκύπριος Σύνδεσμος Λιανικού Εμπορίου προέτρεψε τα μέλη του να ανοίγουν τα καταστήματά τους όλες τις ημέρες της εβδομάδας (βλ. σχετ. http://www.newsit.com.cy/default.php?pname=Article&art_id=188094&catid=31 και <http://www.philenews.com/el-gr/top-stories/885/304470/antisynatagmatikos-o-nomos-tou-2006-giary-th-misi-leitourgias-katastimaton>).

²⁴ Για τη φύση του ελέγχου του Ανωτάτου Δικαστηρίου κατά την εξέταση προσφυγών δυνάμει του άρθρου 139 του Συντάγματος βλ. Η. Νικολάου, ό.π., σελ. 144-154 και S. Papasavvas, ό.π., σελ. 83-94.

²⁵ Για το κείμενο της απόφασης βλ. http://www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=/apofaseis/aad/meros_4/2016/4-201603-1695-15.htm

²⁶ Ειδικότερα από τους συνολικά δέκα τρεις (13) Δικαστές του Ανωτάτου Δικαστηρίου, επτά (7) τάχθηκαν υπέρ της απόρριψης της προσφυγής λόγω εκπρόθεσμης άσκησης της, δύο (2) την απέρριψαν

ρητώς αναφέρεται ότι ο τυπικός λόγος μη αποδοχής της «καθιστά ακαδημαϊκή και νομικά ανεπιθύμητη την ενασχόλησή μας με οποιοδήποτε άλλο ζήτημα το οποίο ηγέρθη». Αξίζει τέλος να σημειωθεί η συγκλίνουσα γνώμη του Δικαστή Ερωτοκρίτου, που έκρινε την προσφυγή αβάσιμη ως προς την ουσία της, θεωρώντας ότι δεν δημιουργήθηκε καν σύγκρουση αρμοδιοτήτων, ο οποίος θεωρεί ότι «σε μια Δημοκρατία ποτέ δεν δημιουργούνται αδιέξοδα που να μην μπορούν να επιλυθούν με διάλογο και καλή πίστη εκ μέρους των εμπλεκόμενων εξουσιών, ώστε να βρεθεί η κοινή συνισταμένη η οποία θα εξυπηρετεί καλύτερα το δημόσιο συμφέρον που θα πρέπει να είναι ο κοινός στόχος όλων. Κατά την ταπεινή μου άποψη, προς αυτή την κατεύθυνση θα πρέπει συναινετικά και νηφάλια να πορευθούν οι δύο εμπλεκόμενες Εξουσίες, αντί της αντιπαράθεσης και της συχνής καταφυγής στο Ανώτατο Δικαστήριο, επιζητώντας νομική λύση σ' ένα πρόβλημα που είναι περισσότερο πολιτικο-κοινωνικό, παρά νομικό»²⁷

2. Συγκριτική επισκόπηση των δύο εξεταζόμενων δικαστικών αποφάσεων

Καταρχάς θα πρέπει να τονιστεί ότι τόσο στην Ελλάδα όσο και στην Κύπρο το γενικό πλαίσιο του ωραρίου των καταστημάτων θεσπίζεται από τον Νομοθέτη, ενώ στη Διοίκηση ανατίθεται ο καθορισμός ειδικότερων περιπτώσεων, σε συνεργασία με αρμόδιους συνδικαλιστικούς φορείς εργοδοτών και εργαζομένων²⁸.

ως αβάσιμη, μία μόνο Δικαστής τάχθηκε υπέρ της νόμου και ουσία βασιμότητας, ενώ τρεις (3) αν και έκριναν με εκτεταμένες σκέψεις εμπρόθεσμα την άσκησή της, δεν κατάληξαν σε τελική κρίση.

²⁷ Βλ. τη συγκλίνουσα με την πλειοψηφία γνώμη του Δικαστή Ερωτοκρίτου στην από 28 Μαρτίου 2016 απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου, ό.π.. Με την άποψη του Δικαστή Ερωτοκρίτου συμφώνησε και ο Δικαστής Χριστοδούλου.

²⁸ Στην Ελλάδα το ωράριο καταστημάτων διέπεται από το άρθρο 23 του ν. 2224/1994. Στη δεύτερη παράγραφο του εν λόγω άρθρου προβλέπεται ότι το γενικό πλαίσιο μπορεί να ρυθμιστεί περαιτέρω ανάλογα με τις συνθήκες κάθε περιοχής ύστερα από απόφαση του οικείου νομάρχη (τόρα πια Περιφερειάρχη), ύστερα από γνώμη όλων των ενδιαφερόμενων, δηλαδή φορέων εργοδοτών και εργαζομένων. Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 42 του ν. 1892/1990, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει επιτρέπεται η λειτουργία συγκεκριμένων καταστημάτων, όπως ζαχαροπλαστεία και μπαρ, τις Κυριακές, ενώ παράλληλα προβλέπεται ότι ύστερα από απόφαση του οικείου Περιφερειάρχη οριοθετούνται συγκεκριμένες τουριστικές περιοχές, όπου επιτρέπεται η λειτουργία των καταστημάτων τις Κυριακές, μετά από σύμφωνη γνώμη του Υπουργείου Τουρισμού και των Επαγγελματικών Οργανώσεων εργοδοτών και εργαζομένων. Αντίστοιχα στην Κύπρο το άρθρο 27 του ν. 155(I)/2006 προβλέπει ότι τα διατάγματα και οι κανονισμοί του Υπουργικού Συμβουλίου θα πρέπει να λαμβάνουν υπόψη εισηγήσεις των Συμβουλευτικών Επιτροπών κάθε Επαρχίας, η οποία, σύμφωνα πάντα με το ίδιο άρθρο απαρτίζεται από α) τον έπαρχο της οικείας επαρχίας, ως πρόεδρο, β) ένα εκπρόσωπο του Κυπριακού Οργανισμού Τουρισμού, γ) ένα εκπρόσωπο από κάθε επηρεαζόμενο δήμο ή κοινότητα, δ) ένα εκπρόσωπο της Ομοσπονδίας Εργοδοτών και Βιομηχάνων και ένα εκπρόσωπο του Κυπριακού, Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου, ε) ένα εκπρόσωπο της Παγκύπριας Ομοσπονδίας Βιοτεχνών Επαγγελματιών Καταστηματαρχών, στ) ένα εκπρόσωπο της Παγκύπριας Εργατικής Ομοσπονδίας, ένα εκπρόσωπο της Συνομοσπονδίας Εργαζομένων Κύπρου και ένα εκπρόσωπο της

Θα μπορούσε να υποστηριχθεί, λοιπόν, ότι το υπό εξέταση θέμα αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα, όπου η κανονιστική δράση της Διοίκησης εμφανίζεται αναγκαία για τη ρύθμιση εξειδικευμένων ζητημάτων, καθώς εκείνη διαθέτει την ευελιξία και την ταχύτητα που στερείται -κατά κανόνα- η Νομοθετική εξουσία²⁹. Ορθότερη όμως φαίνεται η προσέγγιση ότι η απόφαση της λειτουργίας των καταστημάτων ειδικά την Κυριακή, ημέρα δηλαδή που έχει συνδεθεί με απόλαυση ατομικών δικαιωμάτων από τους πολίτες, δεν μπορεί να ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της εκτελεστικής εξουσίας, αλλά θα πρέπει να ληφθεί από το νομοθετικό σώμα, ώστε να περιβάλλεται από αυξημένες δημοκρατικές εγγυήσεις³⁰. Υπό το δεδομένο αυτό, θεσμικά πειστικότερος εμφανίζεται ο τρόπος υιοθέτησης του μέτρου λειτουργίας των καταστημάτων τις Κυριακές, που ακολουθήθηκε στην Ελλάδα σε σχέση με την Κύπρο, όπου επιβλήθηκε μέσω διατάγματος της Υπουργού Εργασίας, το οποίο ουσιαστικά αναίρεσε το υφιστάμενο μέχρι τότε νομοθετικό πλαίσιο που διέκρινε μεταξύ γενικού - ειδικού καταστήματος, αλλά και χειμερινού - θερινού ωραρίου³¹. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, τα ανώτατα δικαστήρια των δύο δικαιοταξιών κλήθηκαν να αποφανθούν, στην Κύπρο μάλιστα επανειλημμένως³², σχετικά με τη συνταγματικότητα της κυριακάτικης λειτουργίας των καταστημάτων.

Δημοκρατικής Εργατικής Ομοσπονδίας Κύπρου, ζ) ένα εκπρόσωπο του Υπουργείου Εργασίας και Κοινωνικών Ασφαλίσεων.

²⁹ Για την ιστορική εξέλιξη της νομοθετικής εξουσιοδότησης ιδίως μετά τον Πρώτο Παγκόσμιο Πόλεμο εξαιτίας της μεταβολής του ρόλου του Διοίκησης βλ. Επαμ. Σπηλιωτόπουλου, *ό.π.*, σελ. 27-36. Πρβλ. Ε. Βενιζέλου, *Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου*, εκδόσεις Παρατηρητής, Θεσσαλονίκη 1991, σελ.115-116 και Ν. Παπασπύρου, *Κοινοβουλευτικός έλεγχος στην κανονιστική δράση της Διοίκησης: αλλοδαπά πρότυπα και θεωρητικοί προβληματισμοί*, Εφημερίδα Διοικητικού Δικαίου (ΕφημΔΔ) 6/2015, σελ. 732-754 [732].

³⁰ Για τη διάκριση μεταξύ νόμου και κανονιστικών πράξεων της Διοίκησης και την υπεροχή του πρώτου έναντι των δευτέρων βλ. C. de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l' État*, τ. I, Παρίσι 1920, σελ. 328-358. Πρβλ. Αρ. Μάνεση, *Αι εγγυήσεις τήρησης του Συντάγματος II*, εκδόσεις Αφοί Σάκκουλα, Αθήνα 1965, Κ. Χρυσόγονου, *Συνταγματικό Δίκαιο*, β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2014, σελ. 316, Ε. Βενιζέλου, *ό.π.*, σελ. 95-96, Δ. Τσάτσου, *Συνταγματικό Δίκαιο*, τ. Β', εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 1993, σελ. 222-225.

³¹ Βλ. άρθρα 19 ως 21 του «περί ρύθμισης της Λειτουργίας καταστημάτων και των όρων απασχόλησης των υπαλλήλων τους» νόμου.

³² Εκτός από τη σχολιαζόμενη γνωμάτευση του Ανωτάτου Δικαστηρίου Κύπρου, επί της υπ' αριθμ. 1/2015 αναφοράς του Προέδρου της Δημοκρατίας και την προαναφερθείσα απόφασή του, επί της υπ' αριθμ. υποθέσεως 1695/2015 βάσει του άρθρου 139 του Συντάγματος, το Ανώτατο στις 16 Μαρτίου 2016 εξέδωσε απόφαση σχετικά με τη συνταγματικότητα των αρχικών διαταγμάτων, μέσω των οποίων επιτράπηκε η κυριακάτικη λειτουργία των καταστημάτων κάθε Κυριακή του έτους (βλ. συνεκδικαζόμενες υποθέσεις 5869 ως 5873/2013 Γενική Συνομοσπονδία Παγκύπριων Οργανώσεων Βιοτεχνών Επαγγελματιών Καταστηματαρχών (ΓΣΠΟΒΕΚ) κτ Κυπριακής Δημοκρατίας). Τέλος όπως ειπώθηκε το Επαρχιακό Δικαστήριο Λευκωσίας με την από 18 Μαρτίου 2016 απόφασή του επί της υπ' αριθμ. 44652/2016 υπόθεσης (Διευθυντής Τμήματος Εργασιακών Σχέσεων κτ Χ.Α. Παπαέλληνας Εμπορική λτδ κ.α.) έκρινε αντισυνταγματικό το άρθρο 20 του ν. 155 (I)2006.

Το ενδιαφέρον εστιάζεται καταρχήν στον δικανικό συλλογισμό, του κάθε δικαστηρίου.

Όπως γίνεται δεκτό, η συλλογιστική των ελληνικών δικαστηρίων κατά την εξέταση της αίτησης αναστολής εκτέλεσης μιας διοικητικής πράξης, διαφέρει σε σχέση με εκείνη του κυρίου ενδίκου μέσου. Αυτό αποτελεί συνέπεια του σκοπού θέσπισης της αίτησης αναστολής, που είναι η προσωρινή δικαστική προστασία των διοικουμένων και όχι η επίλυση της διαφοράς που έχει ανακύψει. Η ιδιομορφία εξάλλου του εν λόγω ενδίκου βοηθήματος, που συνίσταται στον επείγοντα χαρακτήρα του, δικαιολογεί ως ένα βαθμό την έλλειψη ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας³³.

Παρόλα αυτά, σύμφωνα το άρθρο 52 §§ 6 και 7 του πδ 18/1989, το οποίο θέτει διαφορετικές προϋποθέσεις αποδοχής της αίτησης σε σχέση με τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, το Δικαστήριο καλείται να εξετάσει και να αξιολογήσει τα επιχειρήματα των διαδίκων με βάση τις εξής μεταβλητές: α) τη βλάβη του αιτούντος, β) το δημόσιο συμφέρον ή τα συμφέροντα τρίτων και γ) το προδήλως βάσιμο της αίτησης ακύρωσης³⁴. Περαιτέρω, κατά την παγιωμένη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, η αναστολή εκτέλεσης κανονιστικών πράξεων «δεν χορηγείται κατ' αρχήν, εκτός εάν ο ενδιαφερόμενος επικαλείται και αποδεικνύει ότι θα υποστεί ευθέως και αμέσως συγκεκριμένη και ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σε περίπτωση ευδοκίμησης της αίτησης ακυρώσεως, οπότε - και εφόσον δεν συντρέχει λόγος δημοσίου συμφέροντος περί του αντιθέτου- χορηγείται αναστολή εκτελέσεως της κανονιστικής πράξης μόνο ως προς τον αιτούντα»³⁵. Με άλλα λόγια, το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο της Χώρας είναι εξαιρετικά φειδωλό στην αποδοχή αιτήσεων αναστολών κανονιστικών πράξεων, γεγονός που προφανώς οφείλεται στο ότι οι εν λόγω αποφάσεις θέτουν δευτερογενείς μεν, αλλά γενικούς και αφηρημένους κανόνες δικαίου και ο αυτοπεριορισμός του Δικαστηρίου εξυπηρετεί κυρίως την αρχή διάκρισης των εξουσιών.

Η εξεταζόμενη όμως υπ' αριθμ. 307/2014 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών, χαρακτηρίζεται μάλλον από μεθοδολογική ασυνέπεια. Προσεκτική ανάγνωσή της, επιτρέπει την παρατήρηση ότι μετά την παράθεση της μείζονος

³³ Βλ. Β. Γκέρτσου - Π. Τσόγκα, Η προσωρινή δικαστική προστασία στη Διοικητική Δίκη, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη 2013, σελ. 258-259.

³⁴ Ibid, σελ 206.

³⁵ Βλ. όλως ενδεικτικώς ΣτΕ (Αναστ) 87/1991, 463/1992, 184/1996, 347/2000, 882/2010, 211/2013, 503/2013, 542/2013, 103/2014 κ.α.

πρότασης, η ελάσσονα, δηλαδή η υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στους γενικούς και αφηρημένους κανόνες, που διεκδικούν εφαρμογή, έχει αντικατασταθεί από την παράθεση αποτελεσμάτων ερευνών διάφορων φορέων, που προσήγαγαν οι αιτούντες, όπως το Ινστιτούτο Μελετών της Γενικής Συνομοσπονδίας Επαγγελματιών Βιοτεχνών Εμπόρων Ελλάδος και η Ελληνική Στατιστική Υπηρεσία³⁶. Επιπλέον, ενώ η Επιτροπή Αναστολών αιτιολόγησε το λόγο που -κατά την κρίση- της η ασκηθείσα αίτηση ακύρωσης δεν είναι προδήλως βάσιμη και κατά συνέπεια δεν μπορεί να εφαρμοστεί η έβδομη παράγραφος του άρθρου 52 πδ 18/1989³⁷, δεν εξέτασε την τρίτη προϋπόθεση, δηλαδή το αν συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που να εμποδίζουν την χορήγηση της αναστολής.

Η έλλειψη ειδικής αιτιολογίας γίνεται ακόμα πιο εμφανής, καθώς όπως ήδη προελέχθη, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, οι διοικούμενοι είναι υποχρεωμένοι να αποδείξουν όχι μόνο την άμεση, αλλά και τη συγκεκριμένη βλάβη που θα υποστούν από την εφαρμογή της προσβαλλόμενης κανονιστικής πράξης. Η απλή αναφορά ότι η Διοίκηση δεν αντικρούει τις προσαχθείσες από τους αιτούντες μελέτες σχετικά με τα οικονομικά αποτελέσματα της λειτουργίας των καταστημάτων τις Κυριακές, που αφορούν ως επί τω πλείστον άλλες ευρωπαϊκές χώρες, δεν μπορεί να θεωρηθεί ικανοποιητική αιτιολογία. Το ίδιο φυσικά ισχύει και για την επίκληση «της κοινώς γνωστής οικονομικής κρίσεως». Εξάλλου, η οικονομική βλάβη έχει τύχει ευρύτερης νομολογιακής επεξεργασίας από το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο, το οποίο καταρχάς δεν αναστέλλει την διοικητική πράξη σε περίπτωση χρηματικής μόνο ζημίας, αλλά θα πρέπει επιπλέον να αποδεικνύεται ο ισχυρός κλονισμός της επιχείρισης ή η στέρηση μέσω βιοπορισμού³⁸, γεγονότα που δεν αποδείχθηκαν στην εξεταζόμενη περίπτωση. Είναι, τέλος, χαρακτηριστικό ότι με υπ' αριθμ. 103/2014 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, απορρίφθηκε η αίτηση δύο εταιριών που ζητούσαν την εφαρμογή του διευρυμένου κυριακάτικου ωραρίου, παρά την προσαγωγή οικονομικών στοιχείων των επιχειρήσεων, καθώς κρίθηκε ότι «οι αιτούσες δεν αποδεικνύουν ότι η προκαλούμενη από την εκτέλεση της

³⁶ Ειδικότερα οι αιτούντες προσήγαγαν και επικαλέστηκαν έρευνα του Ινστιτούτου Μελετών της Γενικής Συνομοσπονδίας Επαγγελματιών Βιοτεχνών Εμπόρων Ελλάδας του Ιανουαρίου 2013, η οποία περιέχει αναλύσεις στοιχείων δέκα εννέα (19) συνολικά ευρωπαϊκών κρατών σχετικά με τις επιπτώσεις της λειτουργίας των καταστημάτων τις Κυριακές για τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις. Επίσης οι αιτούντες προσήγαγαν στοιχεία της Ελληνικής Στατιστικής Υπηρεσίας από τα οποία προκύπτει ο συνεχώς φθίνων αριθμός των απασχολούμενων στον ιδιωτικό τομέα.

³⁷ Βλ. ΣτΕ (Αναστ) 307/2014 σκέψη 4. Για την ερμηνεία της έννοιας της πρόδηλης βασιμότητας σε αντίθεση με τη σοβαρή πιθανολόγηση βλ. Β. Γκέρτσου - Π. Τσόγκα, ό.π., σελ. 234-238.

³⁸ Βλ. Β. Γκέρτσου - Π. Τσόγκα, ό.π., σελ. 210-217.

α' προσβαλλομένης πράξεως βλάβη είναι ικανή να προκαλέσει ισχυρό οικονομικό κλονισμό των επιχειρήσεών τους, ώστε να δικαιολογείται η, κατ' εξαίρεσιν, χορήγηση αναστολής εκτελέσεως της κανονιστικής πράξεως»³⁹. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, βάσιμα μπορεί να υποστηριχθεί ότι το συμπέρασμα της δικανικής κρίσης συνοψίζεται στην αυταπόδεικτη για το Δικαστήριο δυσεπανόρθωτη ηθική βλάβη των αιτούντων, η οποία δεν εξετάζεται σε συνδυασμό με το δημόσιο συμφέρον, ενώ παράλληλα η εν λόγω απόφαση αποκλίνει σημαντικά από την παγιωμένη νομολογία, χωρίς να δίνεται οποιαδήποτε αιτιολόγηση για την επιλογή αυτή.

Αντιθέτως η απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου της Κύπρου περιέχει εκτενείς σκέψεις, που αναφέρονται τόσο στο εύρος της εξουσίας του, όταν εξετάζει αναφορές του άρθρου 140 του Συντάγματος, αλλά κυρίως στην ερμηνεία της αρχής της διάκρισης των λειτουργιών. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η διαδικασία του ως άνω συνταγματικού άρθρου καθιερώνει τον προληπτικό και αφηρημένο έλεγχο συνταγματικότητας ψηφισμένων από τη Βουλή των Αντιπροσώπων νομοθετημάτων, πριν τη δημοσίευσή τους από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας. Συγκεκριμένα, δίνεται η εξουσία στον επικεφαλής της εκτελεστικής εξουσίας⁴⁰ να ζητήσει την παρέμβαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου, προκειμένου να εξεταστεί η συμφωνία νόμων με το Σύνταγμα και τις Ευρωπαϊκές Συνθήκες πριν τη θέση τους σε ισχύ. Ο προληπτικός έλεγχος του άρθρου 140 του κυπριακού συντάγματος, αποτελεί μέτρο εξαιρετικού χαρακτήρα, που ασκείται συνήθως στις περιπτώσεις όπου η πλειοψηφία του κοινοβουλίου ανήκει σε διαφορετική πολιτική παράταξη από εκείνη του Προέδρου, με αποτέλεσμα τη δημιουργία προστριβών μεταξύ νομοθετικής και εκτελεστικής εξουσίας⁴¹, δεδομένου μάλιστα του προεδρικού συστήματος, που έχει υιοθετηθεί από το ισχύον σύνταγμα⁴². Για το λόγο αυτό γίνεται δεκτό ότι, παρά τον αρχικό σκοπό

³⁹ Βλ. ΣτΕ(Αναστ) 103/2014, σκέψη 8.

⁴⁰ Σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 140 του κυπριακού συντάγματος το δικαίωμα αναφοράς ασκείται από κοινού από τον Πρόεδρο και τον Αντιπρόεδρο της Δημοκρατίας. Γίνεται όμως δεκτό, ύστερα από τις αναφορές 1 και 13/1985, ότι ο Πρόεδρος ασκεί πια μόνος του, βάσει του «δικαίου της ανάγκης», το εν λόγω ένδικο βοήθημα. Βλ. σχετικώς Η. Νικολάου, ό.π., σελ. 43-44 και S. Papasavvas, ό.π., σελ. 49-50.

⁴¹ Η. Νικολάου, *ibid*, σελ. 44 και 63 και S. Papasavvas, *ibid*, σελ. 60. Αξίζει τέλος να σημειωθεί ότι παρά το γεγονός ότι το κυπριακό σύστημα δεν είναι κοινοβουλευτικό, η μακροχρόνια πρακτική που αποτυπώθηκε μεταγενέστερα στον Κανονισμό Λειτουργίας της Βουλής των Αντιπροσώπων, καθιέρωσε μορφές κοινοβουλευτικού ελέγχου της Κυβέρνησης, μία εκ των οποίων είναι η ψήφιση νομοσχεδίων. Βλ. Δ. Μελισσά, ό.π., σελ. 116-118. Πρβλ. Ν. Παπασπύρου, ό.π., σελ. 749-750, που σημειώνει ότι στα Προεδρικά συστήματα η νομοθετική εξουσία επιδιώκει τρόπους άμεσου ελέγχου της κανονιστικής δράσης της Διοίκησης, ιδίως όταν ασκείται μετά από σχετική νομοθετική εξουσιοδότηση.

⁴² Για τα βασικά χαρακτηριστικά του Προεδρικού πολιτεύματος στην Κύπρο βλ. ενδεικτικώς Χ. Λοττίδη, Το Σύνταγμα της Κυπριακής Δημοκρατίας, η πολυπλοκότητά του και η ανεπιτυχής

θέσπισης του προληπτικού ελέγχου συνταγματικότητας, που ήταν η προστασία της τουρκικής μειονότητας, σήμερα η βασική λειτουργία του είναι η εξισορρόπηση των δύο κέντρων εξουσίας.

Είναι λοιπόν κατανοητό ότι η συλλογιστική του Ανωτάτου Δικαστηρίου, στις περιπτώσεις αυτές, προσιδιάζει στον ανατεθέντα, από το άρθρο 140 του Συντάγματος, ρόλο, δηλαδή η διαφορά που καλείται να επιλύσει είναι αποκλειστικά το ζήτημα της συνταγματικότητας του εκάστοτε νομοθετήματος. Στην εξεταζόμενη γνωμάτευση το Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου, μετά την παράθεση του υπό κρίση νόμου, επέλεξε να εξετάσει την προβαλλόμενη από τον Πρόεδρο αιτίαση σχετικά με την αντίθεσή του, προς την συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της διάκρισης των εξουσιών. Η στάση αυτή του Δικαστηρίου δεν θα πρέπει να προκαλεί έκπληξη. Το ακριβές είναι ότι η εν λόγω αρχή έχει απασχολήσει ιδιαίτερος το Ανώτατο Δικαστήριο, όχι μόνο κατά τη συνήθη δικαιοδοτική του λειτουργία αλλά ειδικά στο πλαίσιο εξέτασης αναφορών του άρθρου 140 του Συντάγματος⁴³. Η ενασχόληση αυτή έχει ως συνέπεια την δημιουργία συγκεκριμένης μεθοδολογίας, προκειμένου να κριθεί το κατά πόσο «η ίδια η φύση του ρυθμιζόμενου θέματος είναι δυνατόν να εμπίπτει στα πλαίσια αρμοδιότητας της Εκτελεστικής Εξουσίας και ότι, αν ένας νόμος εμπεριέχει στοιχεία διοικητικής ενέργειας, τότε αυτός είναι αντισυνταγματικός, καθότι θεωρείται ότι η Νομοθετική Εξουσία επεμβαίνει στον τομέα αρμοδιότητας της Εκτελεστικής Εξουσίας»⁴⁴. Ειδικότερα, το Δικαστήριο ελέγχει με προσοχή αν οι κρινόμενες διατάξεις συνιστούν γενικό και απρόσωπο κανόνα δικαίου, ο οποίος μπορεί να εφαρμοστεί χωρίς τη συνδρομή ειδικότερων κριτηρίων ή παραγόντων, όπως η προηγούμενη γνώμη φορέων και γενικότερα θεωρεί ότι δεν πρέπει να εισάγουν στην έννομη τάξη λεπτομερέστερες ρυθμίσεις, καθώς η αρμοδιότητα αυτή ανήκει αποκλειστικά στην εκτελεστική εξουσία, δηλαδή συγκαταλέγεται στο πεδίο

προσπάθεια αναθεώρησης του το 1963, εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2009, σελ. 40-44, Κ. Τορναρίτη, Πολιτειακόν Δίκαιον της Κυπριακής Δημοκρατίας, τ. Α, τεύχος Α, Λευκωσία 1979, σελ. 68-70 και Ι. Τζιβάρα, Συγκριτική Επισκόπηση Ελληνικού και Κυπριακού Συνταγματικού Δικαίου, σελ. 51-52. Γίνεται μάλιστα δεκτό ότι η εκ του Συντάγματος προβλεπόμενη αρχή της Προεδρικής Δημοκρατίας, θέτει όρια στην άσκηση της νομοθετικής εξουσίας. Βλ. Δ. Μελισσά, *ibid*, σελ. 123-125 και Ι. Τζιβάρα, *ibid*, σελ. 69-70.

⁴³ Βλ. Η. Νικολάου, *ό.π.*, σελ. 78-85 και S. Papasavvas, *ό.π.*, σελ. 210-212.

⁴⁴ Βλ. Αναφορά 7/1991 Πρόεδρος της Δημοκρατίας κτ Βουλής των Αντιπροσώπων (1991) 3 ΑΑΔ, 746, Αναφορά 9/1991, Πρόεδρος της Δημοκρατίας κτ Βουλής των Αντιπροσώπων (1192) 3 ΑΑΔ, 109 και Αναφορά 1/2013, Πρόεδρος της Δημοκρατίας κτ. Βουλής των Αντιπροσώπων, ημερ. 11-6-2014. Ας σημειωθεί ότι στην Κύπρο το δικαστήριο υιοθετεί την αυστηρή διάκριση, γεγονός απολύτως κατανοητό καθώς είναι βασικό χαρακτηριστικό των προεδρικών συστημάτων σε αντίθεση με τα κοινοβουλευτικά.

εφαρμογής και όχι θέσπισής του δικαίου. Συνεπώς το Ανώτατο Δικαστήριο, στην ελάχιστο πρόταση του δικανικού συλλογισμού, υπαγάγει τις ψηφισμένες ρυθμίσεις σε αναλυτική εξέταση, πριν διαγνώσει αν τελικά παραβιάστηκε η αρχή της διάκρισης των λειτουργιών. Στην σχολιαζόμενη απόφαση, το Δικαστήριο ακολούθησε πιστά τους θεσπισμένους από εκείνο νομολογιακούς κανόνες, σε αντίθεση με το Συμβούλιο της Επικρατείας, θεωρώντας ότι εφόσον με τον νόμο «[ρ]υθμίζονται επί μέρους θέματα, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, τα οποία προϋποθέτουν διαβούλευση, ειδικές γνώσεις και άσκηση διοικητικής λειτουργίας...στο σύνολό του, βρίσκεται σε αντίθεση με την αρχή της διάκρισης των εξουσιών και επομένως είναι αντισυνταγματικός».

Η ανωτέρω ανάλυση των δύο αποφάσεων επιτρέπει τη συναγωγή περαιτέρω συμπερασμάτων, ιδίως όσον αφορά τα όρια και τα χαρακτηριστικά ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων μεταξύ των δύο δικαιотаξιών. Όπως είναι γνωστό στην Ελλάδα κατοχυρώνεται ο κατασταλτικός, διάχυτος, παρεμπίπτων και συγκεκριμένος έλεγχος⁴⁵. Το γεγονός αυτό προσδιορίζει και την έκτασή του, που συνεπάγεται τη μη εφαρμογή από το Δικαστή της συγκεκριμένης -κριθείσας ως αντίθετης προς το Σύνταγμα- διάταξης, στο πλαίσιο της ανοιγείσας ενώπιόν του δίκης. Αντιθέτως, στην Κύπρο το Σύνταγμα προβλέπει τόσο τη διαδικασία του προληπτικού, κύριου και αφηρημένου ελέγχου ενώ παράλληλα κατοχυρώνει τον παρεμπίπτοντα συγκεκριμένο και κατασταλτικό έλεγχο, ο οποίος -μετά την απόφαση Ιμπραχίμ του Ανωτάτου Δικαστηρίου- είναι πλέον διάχυτος, με την ιδιαιτερότητα βέβαια της αρχής του *stare decisis*⁴⁶. Γίνεται λοιπόν κατανοητό ότι ο θεσμικός ρόλος του Ανωτάτου Δικαστηρίου Κύπρου, το οποίο έχει συγκεντρώσει τις προβλεπόμενες από το Σύνταγμα αρμοδιότητες του Συνταγματικού Δικαστηρίου, που λειτούργησε ελάχιστα χρόνια, είναι εξαιρετικά ενισχυμένος, λαμβάνοντας μάλιστα υπόψη την

⁴⁵ Για τα χαρακτηριστικά του ελέγχου συνταγματικότητας στην Ελλάδα βλ. όλως ενδεικτικώς Β. Σκουρή - Ευ. Βενιζέλου, Ο δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 1985, σελ. 50-51 και 54, Α. Μανιτάκη, Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο, τ. Ι, εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη 2004, σελ. 465-466, Ε. Βενιζέλου, ό.π., σελ. 179-180, Κ. Χρυσόγονου, ό.π., σελ. 127-137.

⁴⁶ Πράγματι το Σύνταγμα της Κυπριακής Δημοκρατίας προβλέπει τόσο τον *a priori* έλεγχο συνταγματικότητας όσο και τον *a posteriori*. Σύμφωνα με τη διατύπωση του Συντάγματος (άρθρο 144) ο κατασταλτικός έλεγχος είναι συγκεντρωτικός, υπό την έννοια ότι ασκείται μόνο από το Ανώτατο Συνταγματικό Δικαστήριο, ύστερα από παραπομπή των κατώτερων δικαστηρίων, αλλά συγκεκριμένος αφού ρητώς ορίζεται ότι σε περίπτωση που κριθεί κάποια διάταξη αντισυνταγματική, δεν εφαρμόζεται μόνο μεταξύ των διαδίκων. Μετά τα γεγονότα όμως του 1963 και τη θέσπιση του Περί Απονομής Δικαιοσύνης Νόμου 33/1964, αλλά ιδίως μετά την απόφαση Ιμπραχίμ (Γενικός Εισαγγελέας της Δημοκρατίας κτ Μουσταφά Ιμπραχίμ κ.α. 1964, ΑΑΔ 195), με την οποία ο εν λόγω νόμος κρίθηκε σύμφωνος με το Σύνταγμα, γίνεται πια δεκτό ότι ο έλεγχος συνταγματικότητας είναι διάχυτος. Βλ. Η. Νικολάου, ό.π., σελ. 88-122 και S. Papasavvas, ό.π., σελ. 62-79.

προεδρική μορφή του πολιτεύματος, δηλαδή ενός συστήματος που απαιτεί την αυστηρή διάκριση των εξουσιών⁴⁷.

Στην υπό εξέταση περίπτωση θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η ελλιπής αιτιολογία της απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, σε συνδυασμό με την απόκλιση από την πάγια νομολογία του, όσον αφορά τις προϋποθέσεις χορήγησης αναστολής εκτέλεσης κανονιστικών διοικητικών πράξεων, είχε ως συνέπεια τον *αφηρημένο έλεγχο* συνταγματικότητας του μέτρου θέσπισης λειτουργίας των καταστημάτων κάθε Κυριακή του έτους, αφού εν τέλει η υπουργική απόφαση δεν εφαρμόστηκε στο σύνολό της και όχι μόνο για τους αιτούντες. Με άλλα λόγια η υπ' αριθμ. 307/2014 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών είχε *erga omnes* ισχύ.

Αντίθετα το Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου, ακολουθώντας πιστά τους τεθέντες από το ίδιο νομολογιακούς κανόνες, που αφορούν τη διάγνωση της παραβίασης της αρχής διάκρισης των λειτουργιών, προέβη σε «συγκεκριμένο» έλεγχο, υπό την έννοια ότι αναζήτησε την προσήκουσα λύση συγκεκριμένου νομικού προβλήματος μέσω της υπαγωγής των πραγματικών περιστατικών -στην εν λόγω περίπτωση των τροποποιηθέντων άρθρων 20 και 21 του ν. 155(I)/2006- στον εξειδικευμένο κανόνα δικαίου⁴⁸. Απλή ανάγνωση εξάλλου της γνωμάτευσης επί της υπ' αριθμ. 1/2015 Αναφοράς αναδεικνύει ότι η απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου διαθέτει όλα τα εκείνα τα προσόντα που χαρακτηρίζουν τον κλασικό δικανικό συλλογισμό, δηλαδή μείζονα, ελάχισονα πρόταση και τελικό συμπέρασμα. Το «παράδοξο» αυτό φαινόμενο δεν μπορεί παρά να οφείλεται στον αυτοπεριορισμό του Ανωτάτου Δικαστηρίου, που έχει αναπτύξει μέσω της πλούσιας νομολογίας του⁴⁹.

⁴⁷ Βλ. S. Papasavvas, *ό.π.*, σελ. 96-97.

⁴⁸ Για τη διαδικασία σχηματισμού δικανικής κρίσης βλ. Κ. Τσάτσου, Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα 1978, σελ. 93επ., Ι. Αραβαντινού, Εισαγωγή στην Επιστήμη του Δικαίου, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα 1983, σελ. 171-172, Π. Σούρλα, *Justi atque injusti scientia*, Μια εισαγωγή στην Επιστήμη του Δικαίου, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα - Κομοτηνή 2005, σελ.129-130, Χ. Dijon, *Méthodologie Juridique, l' application de la norme*, εκδόσεις E. Story - Scientia, Βρυξέλλες 1990, σελ. 125 και Ζ. Μιχαλοπούλου, Οι συνέπειες κήρυξης νόμου ως συνταγματικού από το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο, ΕφημΔΔ 3/2010, σελ. 330-356 [347-349].

⁴⁹ Για την ερμηνεία της αρχής διάκρισης των εξουσιών και συνεπώς τα όρια του ελέγχου συνταγματικότητας από το Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου βλ. S. Papasavvas, *ό.π.*, σελ. 208-212 και Η. Νικολάου, *ό.π.*, σελ. 44-51.

3. Συμπερασματικές Επισημάνσεις

Συμπερασματικά θα πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: η λειτουργία των καταστημάτων κάθε Κυριακή του έτους αποτέλεσε ένα απρόσμενο, θα έλεγε κανείς, αλλά πρόσφορο πεδίο ελέγχου συνταγματικότητας για τις δύο διαφορετικές δικαιοταξίες. Η ανάλυση της θέσπισης του εν λόγω μέτρου και της αντιμετώπισής του από τα Ανώτατα Δικαστήρια των δύο Κρατών -ιδίως μάλιστα από εκείνο της Κυπριακής Δημοκρατίας- δημιουργεί εύλογα ερωτήματα όσον αφορά τη διασταύρωση των κρατικών εξουσιών, ερωτήματα συνυφασμένα εξάλλου με τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων.

Θεσμικά ορθότερη, όπως ήδη ειπώθηκε, είναι ίσως η υιοθέτηση του μέτρου της κυριακάτικης λειτουργίας από τη νομοθετική εξουσία, καθώς εξ ορισμού η νομοπαραγωγική διαδικασία περιβάλλεται από μείζονες δημοκρατικές εγγυήσεις, σε αντίθεση με τις κανονιστικές πράξεις της Διοίκησης.

Παρόλα αυτά, στην Ελλάδα απότοκος της σχολιαζόμενης απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας ήταν η έντονη συμβολή της δικαστικής εξουσίας στο εν λόγω ζήτημα, καθώς το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο της Χώρας, εξετάζοντας το σχετικό μέτρο, στο ειδικότερο μάλιστα πλαίσιο της διαδικασίας της αίτησης αναστολής, κατ' ουσία ανέτρεψε τις επιλογές του δημοκρατικά νομιμοποιημένου Νομοθέτη. Αντιθέτως στην Κύπρο και παρά την προεξέχουσα θέση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στο πολιτειακό σύστημα της χώρας, το ίδιο, αυτοπεριοριζόμενο, θεώρησε ότι η λειτουργία των καταστημάτων κάθε Κυριακή του έτους αποτελεί πρόβλημα που θα πρέπει να λυθεί με αμοιβαίες υποχωρήσεις και συμβιβασμούς μεταξύ της εκτελεστικής και της νομοθετικής εξουσίας. Κρίνοντας με τον τρόπο αυτό υπηρέτησε για ακόμα μία φορά τον εξισορροπητικό ρόλο, που του έχει ανατεθεί και ο οποίος συμβάλει στην ομαλή λειτουργία της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Ο ΚΑΤΑΣΤΑΛΤΙΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΗΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΝΟΜΩΝ ΣΤΗ ΓΑΛΛΙΑ: ΈΝΑ ΣΥΣΤΗΜΑ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗΣ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ ΣΕ ΜΕΤΑΒΑΣΗ

Μαρίνα Δ. Καλαρά, Υποψήφια διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου του Πανεπιστημίου της Σορβόνης – Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Δικηγόρος Αθηνών

Σκοπός αυτής της ανακοίνωσης είναι η παρουσίαση του κατασταλτικού ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων στη Γαλλία όπως αυτός τέθηκε σε λειτουργία το 2010 και εξελίσσεται από τότε. Αφορμή της παρουσίασης αυτής στάθηκε η συζήτηση που λαμβάνει χώρα τα τελευταία χρόνια στα πλαίσια της ελληνικής συνταγματικής θεωρίας για την αναγκαιότητα ή μη θέσπισης Συνταγματικού Δικαστηρίου στην Ελλάδα. Και ενώ στη χώρα μας υπάρχει έντονος προβληματισμός για την δημιουργία ενός μοντέλου συγκεντρωτικού ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων, άλλες έννομες τάξεις, οι οποίες παραδοσιακά βασίζονταν σε αυτό, γνωρίζουν σήμερα μια αντίστροφη πορεία.

Αρχικά θα σας παρουσιάσω εν συντομία το σύστημα του κατασταλτικού ελέγχου όπως αυτό λειτουργεί σήμερα στη Γαλλία (1). Στη συνέχεια θα ήθελα να σταθώ στη μετατροπή του ελέγχου αυτού από συγκεντρωτικό σε εν μέρει διάχυτο, λόγω του ολοένα αυξανόμενου ρόλου των τακτικών δικαστηρίων εντός του πλαισίου αυτού (2).

1) Η διάρθρωση του κατασταλτικού ελέγχου συνταγματικότητας στη Γαλλία

Σήμερα η Γαλλία γνωρίζει δύο είδη ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων, τον προληπτικό και τον κατασταλτικό έλεγχο. Ο προληπτικός έλεγχος τέθηκε σε λειτουργία ήδη από τις αρχές της 5^{ης} Γαλλικής Δημοκρατίας, δηλαδή από το 1958, αλλά άρχισε να αναπτύσσεται ιδιαίτερα κατά τη διάρκεια της δεκαετίας του 1970 χάρη στο δικαστηριακό ακτιβισμό του Συνταγματικού Συμβουλίου (Conseil constitutionnel), το οποίο ασκεί τις αρμοδιότητες ενός συνταγματικού δικαστηρίου στη Γαλλία. Ο κατασταλτικός έλεγχος ωστόσο ήταν εξοβελισμένος από τη γαλλική έννομη τάξη μέχρι και το 2008. Τη χρονιά αυτή έλαβε χώρα μία από τις σημαντικότερες αναθεωρήσεις του Γαλλικού Συντάγματος, της οποίας

διακηρυγμένος σκοπός ήταν η « επανεξισορρόπηση / επαναρύθμιση » των θεσμών της Ε΄ Γαλλικής Δημοκρατίας. Στα πλαίσια λοιπόν των σημαντικών θεσμικών αλλαγών που συντελέστηκαν με αυτή τη συνταγματική αναθεώρηση, αποφασίστηκε να τεθεί σε λειτουργία ο κατασταλτικός έλεγχος ως μια προσπάθεια ενδυνάμωσης της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών των φυσικών και νομικών προσώπων που ζουν και δραστηριοποιούνται στη Γαλλία¹.

Πρέπει να τονιστεί ότι ένα από τα βασικά μελήματα του συνταγματικού νομοθέτη ήταν η προστασία της αρχής της ασφάλειας δικαίου. Γι' αυτό το λόγο ο κατασταλτικός έλεγχος σχεδιάστηκε ως συγκεντρωτικός κατά τα πρότυπα του προληπτικού ελέγχου. Ασκείται επομένως κατ' αποκλειστικότητα από το Συνταγματικό Συμβούλιο. Τα υπόλοιπα δικαστήρια δε δύνανται- επίσημα τουλάχιστον- να διατυπώνουν κρίσεις επί της συνταγματικότητας των νόμων. Παραμένουν όμως σε κάθε περίπτωση δικαστές της συνταγματικότητας των διοικητικών πράξεων.

Παρόλα αυτά ο συνταγματικός νομοθέτης ανέθεσε στα τακτικά δικαστήρια μια ιδιαίτερα σημαντική αρμοδιότητα. Δεδομένου του ότι δεν προβλέπεται απευθείας προσφυγή ενώπιον του Συνταγματικού Συμβουλίου για την εξέταση της συνταγματικότητας ενός νόμου, το αντίστοιχο ερώτημα μπορεί να τεθεί μόνο στα πλαίσια μιας κύριας πολιτικής, ποινικής ή διοικητικής δίκης ενώπιον των πρωτοβάθμιων ή δευτεροβάθμιων πολιτικών και διοικητικών δικαστηρίων. Μπορεί επίσης να τεθεί για πρώτη φορά και ενώπιον ενός ανώτατου δικαστηρίου, δηλαδή είτε του Συμβουλίου της Επικρατείας (Conseil d'Etat) είτε του Ανώτατου Ακυρωτικού Δικαστηρίου (Cour de cassation).

Τα δικαστήρια αυτά είναι τα αρμόδια να αποφασίσουν αν το ερώτημα θα πρέπει να διαβιβαστεί τελικά στο Συνταγματικό Συμβούλιο.

Ο προληπτικός έλεγχος που ασκούν βασίζεται σε τρία κριτήρια που έχουν θεσπιστεί ειδικώς από τον εκτελεστικό του συντάγματος νόμο. Αυτά είναι:

¹ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République (Εισήγηση της Επιτροπής προβληματισμού και προτάσεων για τον εκσυγχρονισμό και την επανεξισορρόπηση των θεσμών της Ε΄ Γαλλικής Δημοκρατίας), http://www.comite-constitutionnel.fr/telechargements/Rapport_du_Comite_Une_Ve_Republique_plus_democratique.pdf

α) η υπό αμφισβήτηση διάταξη πρέπει να τυγχάνει εφαρμογής στα πλαίσια της κύριας δίκης κατά τη διάρκεια της οποίας εγέρθηκε το ερώτημα περί της συνταγματικότητάς της,

β) η εν λόγω νομοθετική διάταξη δεν πρέπει να έχει εξεταστεί ειδικώς ως προς τη συνταγματικότητά της κατά το παρελθόν από το Συνταγματικό Συμβούλιο και να έχει κριθεί συνταγματική. Ωστόσο, το ερώτημα μπορεί να ασκηθεί σε κάθε περίπτωση παραδεκτά αν αποδειχθεί βασίμως ότι έχει διαμεσολαβήσει κάποια μεταβολή των πραγματικών περιστατικών ή του νομικού πλαισίου που είχαν επικαθορίσει την προηγούμενη απόφαση του Συνταγματικού συμβουλίου που αφορούσε στην ίδια νομοθετική διάταξη, και

γ) το ερώτημα αυτό θα πρέπει να είναι «σοβαρό» και «νέο». Ένα ερώτημα θεωρείται καινοτόμο, σύμφωνα με τη νομολογία του Συνταγματικού Συμβουλίου, αν αφορά σε συνταγματική διάταξη η οποία δεν είχε τύχει ερμηνείας και εφαρμογής από αυτό κατά το παρελθόν.

Πάντως αν το ερώτημα τεθεί για πρώτη φορά πρωτόδικα ή ενώπιον ενός δευτεροβάθμιου δικαστηρίου, δεν αποστέλλεται απευθείας στο Συνταγματικό Συμβούλιο. Αντιθέτως παραπέμπεται στο ανώτατο πολιτικό ή διοικητικό δικαστήριο, το οποίο επανεξετάζει το ερώτημα βάσει των ίδιων κριτηρίων και αποφαινεται οριστικά για την παραπομπή του ή μη.

Ο προληπτικός αυτός έλεγχος των ερωτημάτων περί της συνταγματικότητας των νόμων αποκαλείται πολύ συχνά από τη θεωρία αλλά και από τους εφαρμοστές του δικαίου ως «φιλτράρισμα» των ερωτημάτων. Η διαδικασία αυτή λαμβάνει χώρα σε δύο στάδια και δεν περιλαμβάνει την εξέταση της ουσίας των εν λόγω ερωτημάτων, αλλά μόνο της αναγκαιότητας ή μη παραπομπής τους στον συνταγματικό δικαστή².

Παρόλα αυτά, τα πολιτικά και διοικητικά δικαστήρια προβαίνουν σε κρίσεις επί της συνταγματικότητας των νόμων ιδιαίτερα κατά την εξέταση της σοβαρότητας των ερωτημάτων που έχουν τεθεί ενώπιον τους. Μετατρέπονται έτσι σε οιονεί συνταγματικούς δικαστές.

² Για περισσότερες πληροφορίες σχετικά με το μηχανισμό του κατασταλτικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων στη Γαλλία γνωστού και ως Question prioritaire de constitutionnalité, βλέπε ενδεικτικά CARCASSONNE Guy, DUHAMEL Olivier, DUFY Aurélie, *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, Paris 2015 ; BONNET, Julien et GAHDOUN, Pierre-Yves, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF (Que sais-je?, 3906), Paris, 2014 ; MAUGÜÉ, Christine et STAHL, Jacques-Henri, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz Sirey, Paris, 2013

2) Από τον συγκεντρωτικό έλεγχο στον εν μέρει διάχυτο έλεγχο

Από την ανάλυση της σχετικής νομολογίας είναι δυνατό να διακρίνουμε τις θεωρητικές βάσεις της εξέλιξης αυτής καθώς και τις ερμηνευτικές τεχνικές που χρησιμοποιούν τα εν λόγω δικαστήρια.

Καταρχήν το βασικό επιχείρημα υπέρ της εμβάθυνσης του ελέγχου που ασκούν τα τακτικά δικαστήρια εδράζεται στην αναγκαιότητα σεβασμού της νομολογίας του Συνταγματικού Συμβουλίου. Πριν τον κατασταλτικό έλεγχο τα όρια του δεδουλευμένου των αποφάσεων του ήταν αρκετά στενά, ενώ έχουν διευρυνθεί σημαντικά στα πλαίσια του φιλτραρίσματος των ερωτημάτων περί της συνταγματικότητας των νόμων.

Το Συμβούλιο της Επικρατείας και το Ανώτατο Ακυρωτικό θεωρούσαν κατά το παρελθόν ότι το δεδουλευμένο των αποφάσεων του Συνταγματικού Συμβουλίου κάλυπτε μόνο τις νομοθετικές διατάξεις των οποίων η συνταγματικότητα είχε εξεταστεί ειδικώς. Αρνούσαν επομένως να θεωρήσουν ότι η νομολογία του Συνταγματικού Συμβουλίου θα μπορούσε να τύχει αναλογικής εφαρμογής σε περιπτώσεις παρόμοιες εκείνων που είχαν κριθεί. Η αντίληψη αυτή φαίνεται ότι έχει διαφοροποιηθεί σημαντικά στα πλαίσια του κατασταλτικού ελέγχου. Έτσι τα δικαστήρια αυτά λαμβάνουν υπόψη τους τη νομολογία του Συνταγματικού Δικαστηρίου όχι μόνο για να κρίνουν ερωτήματα που καλύπτονται από το δεδουλευμένο των αποφάσεών του, αλλά και για να εξετάσουν άλλα ερωτήματα που δεν καλύπτονται από αυτό χρησιμοποιώντας τα διδάγματα που μπορούν να αντληθούν από τη νομολογία του συνταγματικού δικαστή³.

Από τη μια μεριά η νομολογιακή αυτή μετατόπιση σηματοδοτεί αναμφισβήτητα την ενδυνάμωση της νομολογίας του Συνταγματικού Δικαστηρίου. Από την άλλη μεριά όμως διαφαίνεται και η ενδυνάμωση του ρόλου των πολιτικών και διοικητικών δικαστηρίων, τα οποία μετατρέπονται σε εν μέρει συνταγματικούς δικαστές με όχημα το σεβασμό της νομολογίας του Συνταγματικού Συμβουλίου. Έτσι για παράδειγμα το

³ Για την εξέλιξη αυτή δεξ ιδιαιτέρως το άρθρο του Marc GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, vers des nouveaux équilibres ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30 (Dossier : Autorité des décisions) - janvier 2011, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-30/l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel-vers-de-nouveaux-equilibres.53164.html>; επίσης Agnès ROBLOT-TROIZIET, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat. Vers la mutation du Conseil d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA* 2011, σελίδες 691 και επόμενα.

Συμβούλιο της Επικρατείας απέρριψε ένα ερώτημα το οποίο είχε τεθεί ενώπιον του κατά του άρθρου 64 του γαλλικού φορολογικού κώδικα σύμφωνα με το οποίο το άρθρο αυτό ήταν ασύμβατο με το τεκμήριο της αθωότητας το οποίο προστατεύεται συνταγματικά. Το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο βάσισε την εν λόγω απόφαση στη νομολογία του Συνταγματικού Συμβουλίου το οποίο έχει κρίνει ότι το τεκμήριο της αθωότητας δε μπορεί να προβληθεί παραδεκτώς εκτός του πλαισίου του ποινικού δικαίου ή κάποιων περιπτώσεων ποινών που προβλέπονται ειδικώς από το διοικητικό δίκαιο⁴.

Ένα άλλο στοιχείο που ευνοεί την ενδυνάμωση του ρόλου των πολιτικών και διοικητικών δικαστηρίων στο πλαίσιο του κατασταλτικού ελέγχου, είναι η αναγνώριση της σύμφωνης με το σύνταγμα ερμηνείας ως προϋπόθεσης αποδοχής ή απόρριψης των σχετικών ερωτημάτων⁵. Πρόκειται για μια δικαστηριακή πρακτική η οποία συναντάται και σε άλλα παρόμοια συστήματα κατασταλτικού ελέγχου, τα οποία βασίζονται σε αντίστοιχες διαδικασίες φιλτραρίσματος των ερωτημάτων που εγείρονται ως προς τη συνταγματικότητα ενός νόμου, όπως για παράδειγμα το ιταλικό. Έτσι μόνο σε περίπτωση που δεν είναι δυνατό να ερμηνευθεί ο νόμος σύμφωνα με το Σύνταγμα, το ερώτημα παραπέμπεται στο Συνταγματικό Συμβούλιο. Σε αντίθετη περίπτωση απορρίπτεται, αφού τα δικαστήρια καταφέρνουν να θεραπεύσουν την ενδεχόμενη αντισυνταγματικότητα της διάταξης επεμβαίνοντας στο κανονιστικό περιεχόμενο του νόμου και καθιστώντας το συμβατό με το Σύνταγμα.

Στην προσπάθεια να διασωθεί η νομοθετική διάταξη μέσω της σύμφωνης με το Σύνταγμα ερμηνείας της, προκειμένου να αποφευχθεί ένα κενό δικαίου, τα δικαστήρια εμπνέονται από τις αντίστοιχες ερμηνευτικές αποφάσεις του Συνταγματικού Συμβουλίου ή από τη νομολογία που έχουν αναπτύξει τα ίδια κατά την άσκηση του ελέγχου συμβατότητας των νόμων σύμφωνα με το ενωσιακό Δίκαιο. Έτσι για παράδειγμα το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε στα πλαίσια της απόφασης *SCI La Saulaie* ότι έπρεπε να απορριφθεί το ερώτημα το οποίο αμφισβητούσε τη συνταγματικότητα ενός άρθρου του πολεοδομικού κώδικα ενόψει του δικαιώματος της ιδιοκτησίας που προστατεύεται από το άρθρο 17 της

⁴ Agnès ROBLOT-TROIZIET, *οπ.π.*

⁵ Thierry Di MANNNO, « L'impossibilité de l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, condition de recevabilité de la question incidente de constitutionnalité en Italie », in Laurence GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, approche du droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2014

Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου του 1789 καθώς και της αρχής της ισότητας. Βασίστηκε κατά τούτο σε προγενέστερη απόφασή του (*Bitouzet*) στην οποία είχε προχωρήσει σε σύμφωνη με την ΕΣΔΑ ερμηνεία της συγκεκριμένης διάταξης, εναρμονιζόμενο με τη νομολογία του ΕΔΔΑ. Έτσι έκρινε ότι: α) η μη αποζημίωση των ιδιοκτητών που προβλέπεται σε κάποιες περιπτώσεις πολεοδομικών δουλειών θα πρέπει να θεωρηθεί ως εξαίρεση και όχι ως γενική αρχή που διέπει τις αντίστοιχες περιπτώσεις και β) ότι η συγκεκριμένη πρόβλεψη δεν απαγορεύει σε καμιά περίπτωση σ' αυτόν που πλήττεται από την επίμαχη διάταξη να ζητήσει αποζημίωση ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, σε περίπτωση που το βάρος που του έχει επιβληθεί είναι δυσανάλογο με το σκοπό δημοσίου συμφέροντος που εξυπηρετείται από τη συγκεκριμένη διάταξη⁶.

Τα δικαστήρια σε πολλές περιπτώσεις προχωρούν και σε σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία της ίδιας της νομολογίας τους ή της νομολογίας των κατώτερων τους δικαστηρίων⁷. Ήδη από τις αρχές της λειτουργίας του μηχανισμού έγινε δεκτό ότι το Συνταγματικό Συμβούλιο δύναται να αποφανθεί υπό κάποιες προϋποθέσεις επί της συνταγματικότητας της πάγιας νομολογίας των ανωτάτων δικαστηρίων⁸. Η νομολογία αυτή του Συνταγματικού Συμβουλίου όμως ανάγκασε τα ανώτατα δικαστήρια να προχωρούν σε επανεξέτασή της συμβατότητας της πάγιας νομολογίας τους με το Σύνταγμα, κάθε φορά που προβάλλεται σχετικό ερώτημα από τους διαδίκους, προκειμένου να αποφύγουν τυχόν αμφισβήτησή της ενώπιον του Συνταγματικού Συμβουλίου. Η πρακτική αυτή των τακτικών δικαστηρίων, αν και θα μπορούσε να θεωρηθεί προβληματική ως προς το ό,τι περιορίζει σημαντικά τον έλεγχο του Συνταγματικού Συμβουλίου, δύναται ωστόσο να παράγει σημαντικότερα οφέλη για τον διάδικο από μία απόφαση του συνταγματικού δικαστή.

Και αυτό γιατί ο κατασταλτικός έλεγχος στη Γαλλία παραμένει κατά ένα μεγάλο μέρος του αντικειμενικός ή αλλιώς αφηρημένος. Το Συνταγματικό Συμβούλιο εξετάζει τη συμβατότητα μιας νομοθετικής διάταξης με έναν συνταγματικό κανόνα

⁶ Agnès ROBLOT-TROIZIET, οπ.π.

⁷ Μεταξύ άλλων δεσ και τη συνοπτική παρουσίαση αυτής της εξέλιξης του ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων στη Γαλλία στο άρθρο της Caterina SEVERINO, « La jurisprudence des juridictions suprêmes face à la Constitution : du contrôle à l'autocensure », in Laurence GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, approche du droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2014

⁸ Απόφαση του Conseil constitutionnel n° 2010-39 QPC, 6 Οκτωβρίου 2010 Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié (Υιοθεσία από ζευγάρι μη συζευγμένο)] και απόφαση του Conseil constitutionnel n° 2010-52 QPC-14 Οκτωβρίου 2010 Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole (Φορολογία αγροτικής εταιρίας)]

χωρίς να λαμβάνει υπόψη του τα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης στο πλαίσιο της οποίας εγέρθηκε το ερώτημα. Επίσης πολλές φορές όταν αποφαινεται υπέρ της αντισυνταγματικότητας μιας διάταξης, μεταθέτει για το μέλλον τα αποτελέσματα της απόφασής του, δηλαδή την ακύρωση της διάταξης, δίνοντας έτσι τον απαιτούμενο χρόνο στο νομοθέτη να παρέμβει και να την αντικαταστήσει. Παράλληλα το αρμόδιο δικαστήριο το οποίο κρίνει την κύρια δίκη στα πλαίσια της οποίας τέθηκε το ερώτημα, αναβάλλει την εκδίκαση της απόφασης μέχρις ότου ρυθμιστεί η κατάσταση από τον νομοθέτη. Δεδομένου όμως του ότι ο νομοθέτης πολλές φορές δεν παρεμβαίνει εμπρόθεσμα, όταν παρέλθει η προθεσμία που έχει τεθεί από το Συνταγματικό Συμβούλιο, το δικαστήριο κρίνει την απόφαση εφαρμόζοντας την προβληματική διάταξη⁹. Λόγω λοιπόν της αδυναμίας αυτής του κατασταλτικού ελέγχου στη Γαλλία, οι διάδικοι στρέφονται προς τα ανώτατα δικαστήρια ζητώντας μια μεταβολή της νομολογίας τους, η οποία θα έχει άμεσα αποτελέσματα σε αντίθεση ενδεχομένως με μια απόφαση του Συνταγματικού Συμβουλίου¹⁰.

Εκτός από την τεχνική της σύμφωνης με το Σύνταγμα ερμηνείας, τα πολιτικά και διοικητικά δικαστήρια προβαίνουν τα ίδια σε έλεγχο αναλογικότητας των υπό αμφισβήτηση διατάξεων, ο οποίος είναι ανάλογος εκείνου που ασκούν έναντι των διοικητικών διατάξεων¹¹. Για παράδειγμα, ένας διάδικος αμφισβητούσε τη συνταγματικότητα ενός άρθρου του αθλητικού κώδικα το οποίο επέτρεπε σε αστυνομικούς διοικητές να απαγορεύουν σε ορισμένους οπαδούς, ύποπτους για διατάραξη της δημόσιας τάξης, την είσοδο τους σε στάδια κατά τη διεξαγωγή αθλητικών αγώνων καθώς και σε χώρους που διεξάγονται άλλες αθλητικές εκδηλώσεις, ενώ επέβαλε και υποχρέωση εμφάνισής τους στο αρμόδιο αστυνομικό τμήμα μετά από σχετική παραγγελία του αστυνομικού διοικητή. Το Συμβούλιο της Επικρατείας λοιπόν ασκώντας έλεγχο αναλογικότητας της εν λόγω διάταξης, κατέληξε ότι τα μέτρα αυτά δεν παραβιάζουν την ατομική ελευθερία δεδομένου του

⁹ Pascale DEUMIER, « Les décisions QPC, le retard du législateur, les instances en cours et l'office de la Cour de cassation », *JCP Edition générale* 28 janvier 2015, σελ. 361

¹⁰ Σχετικά με αυτή την εξέλιξη βλέπε μεταξύ άλλων και έναν απολογισμό που επιχειρούν δύο Σύμβουλοι της Επικρατείας με αφορμή την επέτειο των πέντε χρόνων λειτουργίας του μηχανισμού του κατασταλτικού ελέγχου συνταγματικότητας των νόμων στη Γαλλία Jean LESSI et Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Cinq ans de QPC devant le juge administratif: retour d'expérience », *AJDA* 2015, σελ. 755

¹¹ Agnès ROBLOT-TROIZIET, *οπ.π.*

ό,τι έχουν υιοθετηθεί προς διασφάλιση της δημόσιας τάξης και δε μπορούν να κριθούν παράλληλα ως υπερβολικά.

Άλλα παραδείγματα που βρίσκουμε στη νομολογία σχετίζονται με διάφορες διατάξεις που επιβάλλουν περιορισμούς στο δικαίωμα ιδιοκτησίας, στην αρχή της αυτοδιοίκησης των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης ή με μέτρα που θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως περιοριστικά της αρχής της ισότητας¹².

Ο πολιτικός ή διοικητικός δικαστής αν και μετατρέπεται σε εν μέρει συνταγματικό δικαστή που αποφαινεται επί της συνταγματικότητας των νόμων, δε διαθέτει ωστόσο τη δυνατότητα ακύρωσης ή έστω μη εφαρμογής της αντισυνταγματικής διάταξης. Αυτή η εξουσία παραμένει προνόμιο του Συνταγματικού Συμβουλίου. Ωστόσο όταν είναι πεπεισμένος για την αντισυνταγματικότητα της διάταξης, αποστέλλει το ερώτημα στον συνταγματικό δικαστή προκειμένου να την ακυρώσει. Δε διστάζει μάλιστα να τον «βομβαρδίσει» με σχετικά ερωτήματα όταν το θεωρήσει αναγκαίο, κάτι το οποίο είχε συμβεί παλιότερα αναφορικά με τη συνταγματικότητα του καθεστώτος προσωρινής κράτησης που ίσχυε στη Γαλλία και πιο πρόσφατα με διατάξεις που παραβίαζαν την αρχή *ne bis in idem*¹³. Επίσης στο ίδιο πλαίσιο δε διστάζει να ερμηνεύσει διασταλτικά διάφορες προϋποθέσεις παραπομπής του ερωτήματος σχετικά με τη συνταγματικότητα μιας νομοθετικής διάταξης παρά τα στενότερα πλαίσια που έχουν τεθεί από τη νομολογία του Συνταγματικού Συμβουλίου (βλέπε για παράδειγμα το κριτήριο της καινοτομίας του ερωτήματος). Ασκήει έτσι και ενός είδους έλεγχο σκοπιμότητας στα σχετικά ερωτήματα που θα τεθούν ενώπιον του¹⁴.

3) Συμπεράσματα

Συμπερασματικά λοιπόν θα μπορούσε να ειπωθεί ότι έχουν ήδη διαφανεί οι πρώτες ρωγμές της νομολογίας Arighi του 1936 του Συμβουλίου της Επικρατείας και των αντίστοιχων αποφάσεων του Ανώτατου Ακυρωτικού σύμφωνα με τις οποίες τα τακτικά δικαστήρια δεν είναι αρμόδια για την άσκηση ελέγχου συνταγματικότητας

¹² Agnès ROBLOT-TROIZIET, οπ.π. ; Pascale DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage), *RTD civ.* 2010, p. 504

¹³ Bertrand MATHIEU, « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité – 8 juillet au 2 novembre 2015 », *JCP Edition générale*, no. 49, 30 Novembre 2015, p. 1341

¹⁴ *idem*

των νόμων. Οι λόγοι στους οποίους βασίστηκαν οι νομολογίες αυτές έχουν εξαλειφθεί κατά τη σύγχρονη εποχή. Από τη μια τα δικαιώματα του Ανθρώπου χαίρουν σήμερα συνταγματικής προστασίας στη Γαλλία και από την άλλη ο κατασταλτικός έλεγχος συνταγματικότητας των νόμων μετατρέπεται σε *de facto* διάχυτο έλεγχο. Το φαινόμενο αυτό άλλωστε δεν είναι χαρακτηριστικό της Γαλλίας. Η ίδια τάση παρατηρείται και στην Ιταλία, όπου ο έλεγχος του Συνταγματικού Δικαστηρίου έχει περιοριστεί αισθητά λόγω της ιδιαίτερας διαδεδομένης πρακτικής των τακτικών δικαστηρίων να προχωρούν σε σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία του νόμου στην πλειοψηφία των περιπτώσεων που θα αμφισβητηθεί η συνταγματικότητα ενός νόμου ενώπιον τους¹⁵.

Η στροφή αυτή προς ένα πιο αποκεντρωμένο σύστημα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων ενισχύεται σημαντικά από το γεγονός ότι τα εθνικά τακτικά δικαστήρια είναι αρμόδια για τον έλεγχο συμβατότητας των νόμων με το ενωσιακό δίκαιο. Ο έλεγχος αυτός όντας διαμορφωμένος ως διάχυτος έρχεται πολλές φορές σε σύγκρουση με τα εθνικά συστήματα ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, τα οποία είναι οργανωμένα κατά το συγκεντρωτικό μοντέλο. Σε πολλές περιπτώσεις το γεγονός ότι ο μεν πρώτος ασκείται από τα τακτικά δικαστήρια ενώ ο δεύτερος από ένα συνταγματικό δικαστήριο το οποίο απέχει από την άσκηση ελέγχου της συμβατότητας των νόμων, οδηγεί στην εμφάνιση αντικρουόμενων νομολογιών, γεγονός που δυσκολεύει την ανάπτυξη ενός συνεκτικού μοντέλου προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών¹⁶.

Όσον αφορά ειδικώς στη Γαλλία, παρά την ισχυρή τάση αποκέντρωσης που γνωρίζει σήμερα ο κατασταλτικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων εξαιτίας των αδυναμιών που παρουσιάζει καθώς και της επιρροής που δέχεται από το ενωσιακό δίκαιο, δε φαίνεται πως θα εξελιχθεί σύντομα σε πλήρως διάχυτο έλεγχο. Κάτι τέτοιο θα απαιτούσε την εξαφάνιση του Συνταγματικού Συμβουλίου, ενός θεσμού που επιβλήθηκε σταθερά αλλά αποφασιστικά στη γαλλική θεσμική πραγματικότητα. Επίσης ας μη ξεχνάμε ότι χάρη στη νομολογία του αναπτύχθηκε μια δέσμη

¹⁵ Elisabetta LAMARQUE, "Interpreting statutes in conformity with the Constitution: the role of the Constitutional Court and ordinary judges", *Italian journal of public law*, http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2010_volume_1/E.%20Lamarque%20-%20Interpreting%20statutes%20in%20conformity%20with%20the%20Constitution.pdf, σελ.87

¹⁶ Βλέπε σχετικά με αυτή την προβληματική το βιβλίο του Κωνσταντίνου ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΥ, *Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων*, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΑΘΗΝΑ-ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 2013

προστατευτικών των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου διατάξεων, παρά τη σιωπή του Συνταγματικού νομοθέτη προς τούτο και ότι χάρη σε αυτή άνθισε ο έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων. Αντίθετα οι συνταματολόγοι θεωρούν ότι πρέπει να τεθούν όρια στις αρμοδιότητες των τακτικών δικαστηρίων, προσπαθώντας να περιορίσουν τη μετεξέλιξη του ελέγχου σε αποκεντρωμένο, κάτι όμως που όπως φαίνεται έρχεται σε αντίθεση με τις σύγχρονες τάσεις του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων σε ευρωπαϊκό τουλάχιστον επίπεδο.

Η γαλλική περίπτωση μας προσφέρει σημαντικά διδάγματα ως προς τις αδυναμίες που παρουσιάζει ο συγκεντρωτικός έλεγχος της συνταγματικότητας των νόμων. Αντίθετα το ελληνικό σύστημα συνταγματικής δικαιοσύνης φαίνεται πως συμβαδίζει περισσότερο με τις σύγχρονες τάσεις εξέλιξης του ελέγχου και είναι πιο αποτελεσματικό ως προς την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών. Αντί λοιπόν της εγκαθίδρυσης συνταγματικού δικαστηρίου, θα έπρεπε να εξεταστεί ο τρόπος με τον οποίο το ελληνικό μοντέλο θα μπορούσε να προβληθεί σε ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο, αλλά και να ενδυναμωθεί σε εθνικό επίπεδο μέσω κάποιων αναγκαίων μεταρρυθμίσεων που θα είχαν ως στόχο τους τη διόρθωση ενδεχόμενων αδυναμιών του¹⁷.

¹⁷ Βλέπε και Κωνσταντίνος ΓΙΑΝΝΑΚΟΠΟΥΛΟΣ, «Η πρόταση ίδρυσης συνταγματικού δικαστηρίου υπό το πρίσμα της εξέλιξης των σχέσεων μεταξύ εθνικού και ενωσιακού δικαίου», 2013 <http://www.constitutionalism.gr/%CE%B7-%CF%80%CF%81%CF%8C%CF%84%CE%B1%CF%83%CE%B7-%CE%AF%CE%B4%CF%81%CF%85%CF%83%CE%B7%CF%82-%CF%83%CF%85%CE%BD%CF%84%CE%B1%CE%B3%CE%BC%CE%B1%CF%84%CE%B9%CE%BA%CE%BF%CF%8D-%CE%B4%CE%B9%CE%BA%CE%B1/>

Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΕΞΑΙΡΕΣΗΣ ΣΤΟ ΕΡΓΟ ΤΟΥ GIORGIO AGAMBEN: ΜΙΑ ΚΡΙΤΙΚΗ ΑΠΟΤΙΜΗΣΗ

Νικόλαος Τσίρος, Αναπληρωτής Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου, Τμήμα
Κοινωνιολογίας, Πάρεδρος Νομικού Συμβουλίου του Κράτους

1. Το ερμηνευτικό πρόβλημα

Η αυξανόμενη απήχηση του έργου του ιταλού φιλόσοφου Giorgio Agamben στη χώρα μας δεν είναι άσχετη με την παρατεταμένη διάρκεια της κρίσης σε όλα τα επίπεδα της κοινωνικής ζωής. Ο Agamben διέκρινε εξαιρετικά έγκαιρα και νωρίς, εν είδει δυσσιώνου προφήτη, τη δύναμη της κανονιστικότητας της κατάστασης εξαίρεσης, υπό την έννοια της ανυπέβλητης πλέον αδυναμίας διαχωρισμού της από την κανονικότητα του δικαίου¹. Σε ερμηνευτικά διψασμένα κοινωνικοπολιτικά συστήματα, όπως το ελληνικό, που υποφέρουν από τη δημοσιονομική κρίση του δημόσιου χρέους και το οιονεί «δίκαιο δημοσιονομικής ανάγκης» που σταδιακά εγκαθίσταται στον τόπο, η ανανέωση της συζήτησης περί της κατάστασης εξαίρεσης με σύγχρονα, εννοιολογικά εργαλεία παρουσιάζεται ως μια πρώτης τάξεως ευκαιρία για έναν ευρύτερο αναστοχασμό επί του συνόλου του δράματος. Ότι αρχικά φαίνεται ως θεωρητικό στένωμα της σχετικής συζήτησης από τον Agamben, είναι η πλήρης ταύτιση της νεωτερικής εξουσίας με την ισχύ και η, ένεκα τούτου, μονοσήμαντη ερμηνεία της ως πρόβλημα της έκτακτης κατάστασης. Όμως, από την άλλη πλευρά, η ερμηνεία του κερδίζει σταθερά έδαφος εξαιτίας της, εν τω μεταξύ, μονιμοποίησης μιας μορφής «νομιμότητας της κρίσης» που εχθρεύεται σταθερά τη νομιμότητα της κανονικότητας, επιχειρώντας η ίδια να καταστεί εφεξής ο κανόνας². Η θεωρία συσχετίζεται δηλαδή με τους πραγματολογικούς όρους της εφαρμοσμένης πολιτικής, που σε περιόδους κρίσης χρησιμοποιεί το δίκαιο της ανάγκης ως τον «δαιμόνιο μύλο» που μεταμορφώνει τους ανθρώπους σε μάζα³. Πάντως παραμένει ανοικτό το ερώτημα του κατά πόσον μια τέτοια θεωρία επαληθεύεται ολοσχερώς από τη νομική, πολιτική και την κοινωνική πρακτική ή εάν αντίθετα οφείλει να μην αδιαφορήσει και για την ανάλυση του χαρακτήρα εκείνων των κοινωνικών σχηματισμών, εντός των οποίων αναδύεται η κατάσταση εξαίρεσης. Αυτό το ζήτημα θα απασχολήσει, στη συνέχεια, την παρούσα μελέτη.

2. Θεωρητικοί μετασχηματισμοί της βιοεξουσίας: Από τον Foucault στον Agamben

Ο τρόπος με τον οποίο ο Agamben προσεγγίζει την κατάσταση εξαίρεσης ως τον νέο «φυσιολογικό» τρόπο διακυβέρνησης της εποχής μας δεν μπορεί να κατανοηθεί χωρίς την προηγούμενη υπαγωγή της στο ερμηνευτικό μοντέλο της λεγόμενης βιοεξουσίας. Ο τύπος αυτός της εξουσίας εγκαινιάζεται στο ύστερο έργο του Foucault, *Ιστορία της Σεξουαλικότητας* (τόμ. 1). Ο Foucault διερευνά στο έργο αυτό την εξουσία όχι ως τη συνέπεια μιας νομικής απαγόρευσης ή του εντοπισμού

¹ Giorgio Agamben (2007), *Κατάσταση Εξαίρεσης. Όταν η «έκτακτη ανάγκη» μετατρέπει την εξαίρεση σε κανόνα*, Αθήνα: Πατάκης.

² François Saint-Bonnet (2001), *L'État d'Exception*, Paris: PUF, σσ. 23-25.

³ Karl Polanyi (2001), *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston: Beacon Press, σσ. 35, 234.

της σε συγκεκριμένους πολιτικούς φορείς, παρά ως το δίκτυο των σχέσεων που διατρέχει ολόκληρο τον κοινωνικό ιστό. Περαιτέρω, ο γάλλος φιλόσοφος μνημονεύει ένα πλέγμα τεχνικών της σύγχρονης εξουσίας που χρησιμεύουν για τον πλήρη έλεγχο του ανθρώπινου σώματος και την κατασκευή του λεγόμενου «παραγωγικού» υποκειμένου, το οποίο θα συνεισφέρει με τη σειρά του στην απρόσκοπτη ανάπτυξη του καπιταλιστικού μοντέλου οργάνωσης της παραγωγής⁴. Όλες αυτές οι εξουσιαστικές τεχνικές εξυφαίνουν τη βιοπολιτική γέννηση της εξουσίας, καθώς συγκροτούν κυρίαρχες τάξεις Λόγου με δικαιώματα πάνω στη ζωή και στα σώματα των ανθρώπων. Κατά τον Foucault, η νεωτερική εξουσία καταλήγει να οργανώνει την ίδια την επιθυμία, χωρίς να την αποκλείει, αλλά χειραγωγώντας την πολλαπλασιαστικά μέσω ενός σύνθετου πλέγματος διαρκούς παραγωγής γνώσης. Το ιστορικό αποτέλεσμα της νεωτερικής τεχνολογίας της εξουσίας που έχει ως επίκεντρο το σύνολο πια της ζωής είναι η ομαλοποιητική κοινωνία, εντός της οποίας ο νόμος λειτουργεί όλο και περισσότερο σαν κανόνας και ενσωματώνεται όλο και περισσότερο μέσα σε ένα continuum μηχανισμών με ρυθμιστικές λειτουργίες. Η εμφάνιση της βιοεξουσίας χαρακτηρίζει ιστορικά εκείνη την, κρίσιμη για τη νεωτερικότητα, στιγμή κατά την οποία η εξουσία ανέλαβε ως λειτουργία της τη διαχείριση του συνόλου της ζωής, με αποτέλεσμα να καταστήσει το υποκείμενο ως το εξονυχιστικό, ψυχή τε και σώματι, αντικείμενο του ορθολογικού υπολογισμού της.

Πάντως, στο έργο του Foucault, η βιοεξουσία διακτινώνεται από τα κάτω προς τα πάνω, στο σύνολο του κοινωνικού σώματος. Οι σχέσεις εξουσίας είναι ενύπαρκτες σε όλους τους τύπους των κοινωνικών σχέσεων⁵. Αυτή η ριζική κοινωνικοποίηση της εξουσίας δεν συντελείται βεβαίως επί ματαίω από πλευράς των σύγχρονων μηχανισμών πειθάρχησης. Ο Foucault επιχειρεί να αναδείξει τις στρατηγικές χειραγωγής του πληθυσμού από τους κυρίαρχους, που όμως ταυτόχρονα εγκαταλείπουν τη μέριμνα για την υγεία και την παραγωγικότητα του ανθρώπινου σώματος με σκοπό την ορθολογική αξιοποίησή του ως εργατικής δύναμης⁶. Ο Foucault φιλοτεχνεί ένα θετικό πρόσωπο της βιοεξουσίας, εντός της οποίας εμπλέκονται οι πάντες και μάλιστα, ανεξάρτητα του ποιος είναι ο εκάστοτε κάτοχός της. Σε κάθε περίπτωση δεν παραθεωρεί ούτε τη σημασία του δικαίου ως κανόνα οργάνωσης αυτής της εξουσίας, ούτε τη σημασία του παραγωγικού υποκειμένου, ως δυνάμενου να εξάγει τη μέγιστη αποδοτικότητα με την ελάχιστη απώλεια στο εργασιακό του περιβάλλον. Σε καμιά δηλαδή στιγμή η ανάλυσή του δεν οδηγείται στα απώτατα γνωσιοθεωρητικά άκρα της ολοσχερούς εξόντωσης του υποκειμένου. Αντίθετα, η λεπτομερής γνώση αυτού του σταθμισμένα χειραγωγίσιμου υποκειμένου συγκροτεί το προνομιακό πεδίο της ανάλυσής του. Άλλωστε, ο Foucault δεν αρνήθηκε ποτέ την αντικριστή σχέση των φαινομένων αντίστασης με την εξουσία. Επισημαίνει την αμοιβαία αλύσωση της εξουσίας με την αντίσταση: δεν υπάρχει εξουσία παρά εκεί όπου υπάρχει αντίσταση⁷. Μια τέτοια, άρρηκτη σχέση επιβεβαιώνει τον ρόλο και τη σημασία του δυνάμει χειραγωγίσιμου, πλην όμως ενεργού, υποκειμένου για την ίδια την εξουσιαστική σχέση.

⁴ Για την έννοια του παραγωγικού υποκειμένου στο έργο του Foucault, βλ. τη μελέτη, Pierre Macherey (2013), *Φουκώ και Μαρξ. Το παραγωγικό υποκείμενο*, Αθήνα: Εκτός Γραμμής.

⁵ Michel Foucault (1978), *Ιστορία της σεξουαλικότητας, 1, Η δίψα της γνώσης*, Αθήνα: Ράππας, σσ. 115-127.

⁶ Foucault, ό.π., σ. 69-94.

⁷ Βλ. Michel Foucault (2013), *Σκέψεις γύρω από τον Μαρξισμό, τη Φαινομενολογία και την εξουσία*, Αθήνα: Futura, σσ. 43-47.

Ο Agamben αναγνωρίζει για τους σκοπούς της ανάλυσής του τις δάνειες οφειλές του στο έργο του Foucault⁸. Η εποχή της βιοεξουσίας που θέτει τη βιολογική ζωή στο επίκεντρο των υπολογισμών και των εκτιμήσεων του νεωτερικού κράτους είναι πράγματι το κοινό αφετηριακό σημείο των δύο φιλόσοφων. Από το σημείο όμως αυτό και μετά, μια σειρά θεωρητικών μετατοπίσεων στο έργο του Agamben αλλάζει δραστικά το κέντρο βάρους της σχετικής συζήτησης. Η πρώτη μετατόπιση εντοπίζεται στο ιστορικό βάθος που αποδίδει στην έννοια της βιοπολιτικής ως σημαίνουσας δραστηριότητας της κάθε κυρίαρχης εξουσίας. Ενώ στον Foucault (ίσως και εξαιτίας του πρόωρου θανάτου του), η ανάλυση προσανατολίζεται και εν τέλει περιορίζεται στην ανάδυση του βιοπολιτικού μοντέλου της εξουσίας από τον 17^ο αιώνα και εντεύθεν, αντιμετωπίζεται δηλαδή πρωτίστως ως ο συγκεκριμένος τρόπος μετασχηματισμού της εξουσίας στο πλαίσιο της νεωτερικότητας, στον Agamben η έννοια της βιοπολιτικής είναι θεμελιακή για την ανέκαθεν συγκρότηση της κάθε μορφής εξουσίας. Η παραγωγή του βιοπολιτικού σώματος αποκτά αρχέγονα χαρακτηριστικά που συμφύρονται με την κυρίαρχη εξαίρεση και την μονίμως εκτεθειμένη στους κινδύνους της εξουσίας «γυμνή» ζωή των υποκειμένων. Η δεύτερη μετατόπιση του Agamben από το έργο του Foucault αφορά, επομένως, στο ίδιο το περιεχόμενο της βιοπολιτικής που σε αντίθεση με τον γάλλο φιλόσοφο, τώρα συνδέεται αναπόδραστα με την κατάσταση εξαίρεσης. Προκειμένου να υποστηρίξει αυτήν την ισχυρά θεμελιωτική και εν πολλοίς υπερβατική θέση, ο Agamben θα διασταυρωθεί γνωσιοθεωρητικά με παρεμφερείς προσεγγίσεις, όπως π.χ. με το έργο του Carl Schmitt, ίσως του εμβληματικότερου εκπροσώπου του μεσοπολεμικού αποφασιοκρατικού μοντέλου της πολιτικής. Η σκέψη του επίσης θα στοιχειώσει από το επιχείρημα του Walter Benjamin περί της διαλεκτικής ταλάντευσης μεταξύ της βίας που θεσπίζει το δίκαιο και της βίας που το συντηρεί⁹. Κατά τον Agamben, ό,τι ο Benjamin χαρακτηρίζει ως θεϊκή βία, τοποθετείται σε μια ζώνη, όπου δεν είναι πια δυνατό να διακρίνουμε την εξαίρεση από τον κανόνα. Πίσω από αυτό το επιχείρημα λανθάνει η προσπάθεια του Agamben να αποδείξει ότι η κατάσταση εξαίρεσης ως σύγχρονη μορφή διακυβέρνησης συντηρεί αυτήν τη μυστική σχέση μεταξύ βίας και δικαίου, καθιστώντας την εξαίρεση ως το κανονιστικό πεδίο άσκησης της νεωτερικής εξουσίας.

Η τρίτη μετατόπιση του Agamben σε σχέση με τον Foucault ακολουθεί υποχρεωτικά την εννοιολογική σύνδεση της βιοπολιτικής με την κατάσταση εξαίρεσης: ενώ ο Foucault συλλαμβάνει θετικά την έννοια της βιοεξουσίας ως το ενυπάρχον δίκτυο επί του συνόλου της κοινωνικής ζωής και επομένως επιχειρεί να την κατανοήσει όχι τόσο ως φαινόμενο της νομικής καταστολής όσο εντός των βαθύτερων κοινωνιολογικών χαρακτηριστικών της, αντίθετα ο Agamben δεν αρνείται καθόλου την σύνδεση του δικαίου – θεσμικού μοντέλου με το βιοπολιτικό μοντέλο εξουσίας. Όπως ήδη ανέφερα, τελικά υποχρεώνεται εκ των πραγμάτων να επιχειρήσει τη διασταύρωση αυτή, αφού μονάχα μέσω της εξέτασης των νομικών θεωριών περί κατάστασης εξαίρεσης είναι δυνατή η ανάδειξη των υβριδικών μεταμορφώσεων της έννοιας στο βάθος του ιστορικού χρόνου. Έτσι, μέσα στο έργο του υπάρχουν διάσπαρτες έννοιες του ρωμαϊκού δικονομικού συστήματος που διαυγάζουν γενεαλογικά τη σημασία της κατάστασης εξαίρεσης για τη δόμηση της κυριαρχίας και της βιοπολιτικής. Στην ουσία, η μετατόπιση αυτή έχει τα χαρακτηριστικά ενός μεθοδολογικού νεωτερισμού υπό διττή έννοια: αφενός προστίθεται ο δικαίος – θεσμικός παράγοντας στο corpus της ανάλυσης, γεγονός που φανερώνει την

⁸ Giorgio Agamben (2005), *Homo Sacer. Κυρίαρχη εξουσία και γυμνή ζωή*, Αθήνα: Scripta, σ. 19 κ.ε.

⁹ Giorgio Agamben, *ό.π.*, σσ. 108-113.

κεντρικότητα της δικαιοκράτειας για την προνομιακή κατανόηση της βιοπολιτικής ως φαινομένου· αφετέρου, αυτή η προστιθέμενη σημασιολόγηση του δικαίου αποδεσμεύει την ανάλυση του πολιτικού φαινομένου από τη συζήτηση με έτερα πεδία της κοινωνικής ζωής, όπως π.χ. της οικονομίας. Πράγματι, η συνεισφορά του Agamben εγγράφεται στη μακρά παράδοση εκείνων των πολιτικών φιλοσόφων που κατανοούν το Πολιτικό ως ένα αυτόνομο πεδίο ανάλυσης, ιδωμένο στην αποκλειστική καθαρότητα της εξουσιαστικής σχέσης, ενίοτε εκτός ενός κείμενου συμβόλαιου και κανόνα¹⁰. Εν προκειμένω, η χομπσιανή παράδοση της αναγκαιότητας της απόλυτης κυριαρχίας ρίχνει τη βαριά κληρονομική σκιά της στους ποικιλώνυμους ευφάνταστους επιγόνους της.

Μια τέταρτη μετατόπιση του Agamben από το έργο του Foucault έχει να κάνει με το υπερβατολογικό βάρος με το οποίο φορτίζει τις έννοιές του. Αυτό το γεγονός σχετίζεται με τη μόνιμη συνάρθρωση του πολιτικού με το θεολογικό ζήτημα στο έργο του. Εάν αληθεύει ότι πίσω από κάθε πολιτική έννοια κρύβεται μια αντίστοιχη, εκκοσμικευμένη θεολογική, τότε αυτή η αλήθεια διαπιστώνεται σταθερά στα κείμενα του ιταλού φιλόσοφου. Ο *homo sacer* είναι ίσως το πιο εύγλωττο παράδειγμα υπερτονισμού του κρυφίου, θείκου σχεδίου που φανερώνεται πίσω από κάθε μορφή κυρίαρχης εξουσίας¹¹. Δεν είναι άλλωστε τυχαίο ότι ο Agamben προτείνει την ανάγνωση του διαλόγου του Πιλάτου και του Ιησού ως τον κορυφαίων παραδειγμάτων σύγκρουσης δύο κόσμων: της ιστορίας με την αιωνιότητα και του ιερού με το βέβηλο. Η μη διατυπωθείσα κρίση από τον Πιλάτο και η έλλειψη νόμιμης ετυμηγορίας στην υπόθεση του Ιησού μεταφέρεται ως ένα καθολικό τραύμα μέχρι τις ημέρες μας, σε κάθε πεδίο και ανά πάσα στιγμή, γεγονός που καταμαρτυρά τα σύμφυτα όρια του κάθε λογής εξουσιαστή:

«Κατά συνέπεια, η δυνατότητα της μιας για πάντα απόφασης χάνεται, και η αδιάκοπη απόφαση δεν αποφασίζει, αψηφά μιλώντας, το παραμικρό. Ή ακόμα, όπως συνέβη στον Πιλάτο, μεταστρέφεται αιφνίδια σε καταστροφή. Ο αναποφάσιστος –ο Πιλάτος– δεν κάνει τίποτε άλλο παρά να λαμβάνει αποφάσεις, ο αποφασισμένος –ο Ιησούς– δεν έχει να λάβει καμιά απόφαση»¹².

Συνοψίζοντας μπορούμε να διαπιστώσουμε τέσσερις θεωρητικές μετατοπίσεις της βιοεξουσίας στο έργο του Agamben σε σχέση με αυτήν στο έργο του Foucault: I) το επιχειρούμενο ιστορικοφιλοσοφικό βάθεμά της από τον ιταλό φιλόσοφο, II) την περιεχομενική ερμηνεία της εντός της μόνιμα εγκατεστημένης σχέσης της με την κατάσταση εξαίρεσης, III) την απόπειρα συνάρθρωσης του δικαιοκράτειου μοντέλου με το βιοπολιτικό μοντέλο εξουσίας και εκ του λόγου αυτού, την αναγκαστική επιλογή μιας νέας μεθόδου έρευνας και IV) το υπερβατολογικό φορτίο των επιλεγμένων εννοιών του Agamben που σχετίζεται άμεσα με τη θεμελίωση μιας νέας τοπολογίας της κυριαρχίας, η οποία ουδέποτε αποκόπτεται από ένα ορισμένο θεολογικό παρελθόν¹³. Ύστερα από αυτά, νομίζω ότι μπορούμε να προχωρήσουμε ακόμη περισσότερο και να εντοπίσουμε μιαν ακόμη, πέμπτη μετατόπιση, την ιδεολογική. Στον Foucault, το ιδεολογικό ζήτημα κορυφώνεται μέσα στα λεγόμενα «καθεστώτα αλήθειας» των παλαιότερων, κλασικών θεωρήσεων του Πολιτικού. Όμως, η δική του

¹⁰ Για τα προβλήματα μιας τέτοιας ανάλυσης που βασίζεται αποκλειστικά στην αυτονομία του Πολιτικού, βλ. Steven Colatrella (2011) «Nothing Exceptional. Against Agamben», *Journal for Critical Education Policy Studies*, vol. 9, no. 1, σσ. 103 κ.ε.

¹¹ Giorgio Agamben (2016), ό.π., σσ. 117 κ.ε.

¹² Giorgio Agamben (2016), *Πιλάτος και Ιησούς*, Αθήνα: Εκδόσεις του Εικοστού Πρώτου, σ. 74.

¹³ Για το ζήτημα της υπερβατολογικής σκέψης στο έργο του Agamben, βλ. Wendell Kisner (2007) «Agamben, Hegel and the state of exception», *Cosmos and History: The Journal of Natural and Social Philosophy*, vol. 3, nos 2-3, σσ. 222-253.

γενεαλογική προσέγγιση της εξουσίας έχει ως στόχο να «αποθεμελιώσει» κάθε μορφή θεωρητικής και πρακτικής αντίληψης που αναζητά την τεκμηρίωσή της σε οποιοδήποτε θεμέλιο, ιστορικής, κοινωνικής και δικαιοκτικής προέλευσης. Αντίθετα, ο Agamben προσεγγίζει το ζήτημα της κυριαρχίας με ένα έντονα θεμελιακό επιχείρημα, ιστορικοδικαιοκτικής προέλευσης: αυτό της κατάστασης εξαιρέσεως. Η προσφυγή του στο «αμόλυντο» περιβάλλον της αυθεντικότερης στιγμής της απόφασης είναι στην ουσία μια φυγή προς τα πίσω. Φυγή προς τα πίσω συντηρητική, αφού δεν υπάρχει κανένα μέσο για να προστατευθεί η επιμέρους βούληση του υπήκοου – πολίτη από τον βαρύ πέλεκυ του αδίστακτου ηγεμόνα, όποτε και εφόσον αυτός αποφασίσει να τον χρησιμοποιήσει. Στη συνέχεια της μελέτης θα γίνει νομίζω ακόμη πιο κατανοητό το επιχείρημα αυτό, μέσα από τον τρόπο που ο Agamben στοχάζεται την κατάσταση εξαιρέσεως ως τον νέο κανόνα της πολιτικής εξουσίας του καιρού μας.

3. Από τον homo sacer στο στρατόπεδο συγκέντρωσης της σύγχρονης βιοεξουσίας

Εκείνο που προσπαθεί να φανερώσει ο Agamben στις έρευνές του είναι ότι, ενώ αρχικά η κατάσταση εξαιρέσεως νοούνταν ως ένα προσωρινό μέτρο προορισμένο να αντιμετωπίσει ένα έκτακτο συμβάν, τελικά προήχθη σε εγκατεστημένη μορφή, ήτοι σε κανονική τεχνική της σύγχρονης διακυβέρνησης. Η κατανόηση της πολιτικής ζωής των δημοκρατικών μας κοινωνιών δεν μπορεί να γίνει αντιληπτή, εάν δεν λάβουμε υπ' όψη μας αυτό που είχε ήδη επισημάνει το 1940 ο Benjamin, ότι δηλαδή η κατάσταση εξαιρέσεως κατέστη ήδη ο κυρίαρχος κανόνας. Στο έργο του, *Homo Sacer. Κυρίαρχη εξουσία και γυμνή ζωή*, ο Agamben αναδεικνύει τη σημασία του homo sacer, μιας αιγιματικής φιγούρας του ρωμαϊκού δικαίου, στην οποία για πρώτη φορά συμβολοποιείται η σχέση της κυριαρχίας με την απλή βιολογική ζωή. Ο homo sacer είναι ένα άτομο ταυτόχρονα άγιο και καταραμένο. Πρόκειται για κάποιον παρία που ενώ η κοινότητα τον έχει κρίνει για κάποιο έγκλημα, εντούτοις δεν τον καταδικάζει με τους συνηθισμένους τρόπους, αλλά του αναγνωρίζει μια ιερότητα που απαγορεύει μεν τη θυσία του, επιτρέπει όμως σε οποιοδήποτε άλλο μέλος της κοινότητας να τον φονεύσει χωρίς τον κίνδυνο τιμωρίας. Η αναλογία της κατάστασης εξαιρέσεως με το παράδειγμα του homo sacer είναι κατά τον Agamben προφανής: όπως στην κατάσταση εξαιρέσεως, ο νόμος εφαρμόζεται στην εξαιρετική περίπτωση με τη μη τήρησή του, ούτως ειπείν εφαρμόζεται απεφαρμοζόμενος, έτσι και ο homo sacer ανήκει στον Θεό με τη μορφή της μη θυσιμότητάς του και ταυτοχρόνως στην κοινότητα με τη μορφή της φονευσιμότητάς του:

«Η άθυτη και, ωστόσο, φονεύσιμη, ζωή είναι η ιερή ζωή, δηλαδή η ζωή που δεν μπορεί να θυσιαστεί και μολαταύτα μπορεί να αφαιρεθεί, είναι ιερή ζωή»¹⁴.

Συνεπώς, η υπερβατολογικά παράδοξη φιγούρα του homo sacer κινείται εντός μιας υπαρξιακής αβύσσου, στο μεταίχμιο μεταξύ ζωής και θανάτου, όπου το ίδιο το ανθρώπινο πράττειν εντοπίζεται μόνο εντός μιας σχέσης εξαιρέσεως. Πράγματι, η ζωή του homo sacer δεν είναι πια μια απλή ζωή, αλλά μια ζωή εκτεθειμένη μόνιμα στον θάνατο (γυμνή ζωή ή ιερή ζωή) που κατά τη γνώμη του συνιστά το αρχέγονο πολιτικό στοιχείο. Έχοντας αναγορεύσει τον homo sacer ως κοινωνιολογικό ιδεότυπο της ίδιας της κυριαρχίας, ο Agamben προχωρά σε μια αμφιλεγόμενη γενίκευση της κυριαρχίας με τη στοιχειακή, βιολογική ζωή:

«Η σφαίρα της κυριαρχίας είναι εκείνη εντός της οποίας κάποιος μπορεί να φονεύσει δίχως να διαπράξει ανθρωποκτονία και χωρίς να τελεστεί θυσία, και ιερή, δηλαδή φονεύσιμη και άθυτη, είναι η ζωή που αιχμαλωτίστηκε σε αυτή τη σφαίρα»¹⁵.

¹⁴ Giorgio Agamben, *Homo sacer*, σ. 134.

Η απαισιόδοξη ανθρωπολογία του Agamben αφετηριάζεται από αυτήν ακριβώς τη δομική αναλογία που παρουσιάζουν οι δύο συμμετρικές φιγούρες του κυρίαρχου και του homo sacer. Σε όλες τις μετέπειτα αναλύσεις του παρακολουθεί τη ριζική πολιτικοποίηση της γυμνής ζωής, που καταλήγει στην εδραίωση μιας θανατοπολιτικής εξουσίας, εντός της οποίας, η ίδια η ζωή καθίσταται ελάχιστα βιώσιμη. Η επικίνδυνη ατραπός της νομιμοποίησης της ανομίας οφείλεται καταρχήν στην επιστημολογική γενίκευση του homo sacer ως δυνάμει, πανταχού παρόντος, παραδείγματος. Εφόσον η αρχέγονη ουσία της φύσης του πολιτικού εντοπίζεται σε μια ζωή υποψήφιων μελλοθάνατων, οιονεί αιχμαλώτων απέναντι σε κάθε κυρίαρχη εξουσία, γιατί τελικά να μην θεωρούνται όλοι οι άνθρωποι δυνάμει homines sacri; Αυτό ισχυρίζεται ρητά ο Agamben περνώντας οριστικά την κόκκινη ερμηνευτική γραμμή που άλλοτε διαχώριζε τη φυσική από την πολιτική κατάσταση δια της ιδέας ενός πολιτικού συμβολαίου μεταξύ κυρίαρχου και κυριαρχούμενων:

«Αν σήμερα δεν υφίσταται πλέον μια εκ των προτέρων προσδιορίσιμη φιγούρα του homo sacer είναι, ίσως, γιατί είμαστε όλοι ανεξαιρέτως δυνάμει homines sacri»¹⁶.

Η κλιμακούμενη ενσωμάτωση και υπαγωγή της φυσικής ζωής του ανθρώπου στους μηχανισμούς και στα σχέδια της νεωτερικής εξουσίας, ότι δηλαδή ο Foucault αποκαλούσε ως «βιοπολιτική», μπόρεσε να συγκροτήσει, κατά τον Agamben, έναν ολοκληρωτικό τύπο πολιτικής και μάλιστα σε πρωτοφανή βαθμό. Η ζωή στο όριο του homo sacer έρευσε υπογείως στο πέραςμα των αιώνων μέσα από ένα δίχως σταματημό ποτάμι, για να καταλήξει στα ορμητικά νερά της βιοπολιτικής του εικοστού αιώνα. Το στρατόπεδο συγκέντρωσης είναι το ιδεοτυπικό παράδειγμα της νέας μορφής βιοπολιτικής εξουσίας, εντός της οποίας συντελέστηκε η πιο απόλυτη *conditio inhumana* που εμφανίστηκε ποτέ πάνω στη γη. Το στρατόπεδο συγκέντρωσης και η θανατοπολιτική του αντικαθιστά την πόλη ως πεδίο πολιτικής και υλοποιεί την κατάσταση εξαίρεσης μέσω της δημιουργίας ενός χώρου, όπου η γυμνή ζωή και ο κανόνας εισέρχονται σε ένα κατώφλι αδιακρίσιας. Στο εξής, η κατάσταση εξαίρεσης παύει να αναφέρεται σε μian εξωτερική και προσωρινή κατάσταση πραγματολογικού κινδύνου, αφού το στρατόπεδο μετασηματίζεται στον απόλυτο νόμο της νεωτερικότητας. Το στρατόπεδο είναι ο διανοιγόμενος τόπος, όταν η κατάσταση εξαίρεσης αρχίζει να καθίσταται ο κανόνας: «Σε μια τάξη άνευ εντοπιολογίας (στην κατάσταση εξαίρεσης, όπου ο νόμος αναστέλλεται) αντιστοιχεί τώρα μια εντοπιολογία άνευ τάξης (το στρατόπεδο, ως διαρκής χώρος εξαίρεσης)»¹⁷. Εξαιτίας της νέας, ρευστής συνθήκης που δημιουργεί η ασταθής χωρική δομή του στρατοπέδου, το πολιτικό σύστημα εμπεριέχει μian εκτοπίζουσα εντοπιολογία (*localizzazione disclocante*)¹⁸, η οποία το υπερβαίνει, αφού δεν επιβάλλει πια δικαιικούς κανόνες σε ένα εκ των προτέρων καθορισμένο χώρο.

Η θεωρητική μετάγγιση του homo sacer στο στρατόπεδο συγκέντρωσης και η ερμηνευτική κατανόηση του τελευταίου ως του νέου βιοπολιτικού νόμου του πλανήτη διατρέχουν, πολύ σχηματικά, μian ιστορική ανάλυση του πολιτικού, που ματαιώνει κάθε απόπειρα θεμελίωσης των πολιτικών ελευθεριών στα δικαιώματα του πολίτη. Το στρατόπεδο συγκέντρωσης διαδραματίζει ένα είδος απομόνωσης της γυμνής ζωής στη σφαίρα της δυτικής πολιτικής. Αυτό το *campus* δεν στερείται μias υπερβατολογικής θεμελίωσης ως αρχέγονης μορφής εμφάνισης του ίδιου του πολιτικού στοιχείου, μια και ο Agamben δεν αρνείται τις οντολογικές αναλογίες του με την άοκνη προσπάθεια της δυτικής μεταφυσικής να απομονώσει τη σφαίρα του

¹⁵ Ο.π., σσ. 135-136.

¹⁶ Ο.π., σ. 185.

¹⁷ Ο.π., σ. 269.

¹⁸ Ο.π., σ. 269.

καθαρού είναι. Έχοντας διαρρήξει τα δεσμά του κάθε κοινωνικού δεσμού μεταξύ του κυρίαρχου και του ποιμνίου του, το στρατόπεδο συγκέντρωσης μπορεί να επιτρέψει μονάχα την ωμή κυριαρχία του ισχυρού επί των αδυνάτων. Πράγματι ένα συμβόλαιο προϋποθέτει μιαν απόλυτη αμοιβαιότητα, η οποία όμως ποτέ δεν επιβεβαιώνεται, αφού η συνθήκη παραβιάζεται μόνιμα, καθότι παρεπόμενη του συμφέροντος του ισχυρότερου. Όθεν, το καθεστώς της εξαίρεσης στην πολιτική φιλοσοφία του Agamben δεν ανακόπτεται ποτέ, ούτε υπερβαίνεται, καθώς παραμένει δέσμιος μιας εμμενούς σκοπιμότητας που συντηρεί την αντικοινωνικότητα των μερών, αλλά και τον δεσποτισμό των παθών του εκάστοτε ηγεμόνα.

Στο κείμενό του, *Αυτό που μένει από το Άουσβιτς. Το αρχείο και ο μάρτυρας*, ο Agamben εδραιώνει μια φιλοσοφία της απόλυτης εμμένειας, θίγοντας το ζήτημα της απύσασ αξιοπρέπειας στην ακραία συνθήκη του στρατόπεδου συγκέντρωσης. Το Άουσβιτς δεν παρουσιάζεται μονάχα ως ένα στρατόπεδο θανάτου, αλλά κυρίως ως ο τόπος διεξαγωγής ενός πειράματος ακόμη πιο απροσδόκητου, όπου τα όρια μεταξύ ανθρώπινου και απάνθρωπου ακυρώνονται, ενώ μέσω της δοκιμασίας της έσχατης επιβίωσης, ολόκληρος ο ηθικός στοχασμός της εποχής μας έρχεται αντιμέτωπος με τις ερμηνευτικές ανεπάρκειές του¹⁹. Η γυμνή ζωή, στην οποία έχει αναχθεί ο άνθρωπος του στρατόπεδου, δεν απαιτεί, ούτε προσαρμόζεται σε κάτι: είναι αυτή καθαυτή ο μοναδικός κανόνας, είναι επομένως απολύτως εμμενής για το υποκείμενο. Οι αλλόκοτες υπερβατολογικές φιγούρες του Sonderkommando και του «μουσουλμάνου» των στρατόπεδων συγκέντρωσης υποκαθιστούν τους *homines sacri* ως των νέων αποδιοπομπαίων τράγων της νεωτερικότητας, προκειμένου να ενισχύσουν το επιχείρημα της βιοπολιτικής εξουσίας του καιρού μας, η οποία κινείται πλέον μόνιμα στην ενδιάμεση «γκρίζα ζώνη» ζωής και θανάτου των υπηκόων της.

Ως Sonderkommando οι ναζί αποκαλούσαν, κατ' ευφημισμόν, εκείνη την ειδική ομάδα των εκτοπισμένων στην οποία είχε ανατεθεί η διαχείριση των θαλάμων αερίων και των κρεματορίων. Για την ομάδα αυτή και ενόψει της αναμονής της, αργά ή γρήγορα, δικής της εκτέλεσης, καμιά μαρτυρία δεν είναι νοηματικά δυνατή από τους ελάχιστους επιζήσαντες. Κάθε μαρτυρία στερείται πληρότητας για να περιγράψει ως κατάθεση την ανείπωτη φρίκη που βίωσαν όσοι χρησιμοποιήθηκαν από τους ναζί ως Sonderkommando σε δολοφονίες και μάλιστα, τη στιγμή κατά την οποία τις έβλεπαν. Στη συνέχεια, ο Agamben αναφέρεται στους «μουσουλμάνους», όπως συνήθιζαν να αποκαλούν σαρκαστικά οι ναζί στη γλώσσα τους τους φυλακισμένους των στρατοπέδων, που τους είχε εγκαταλείψει κάθε ελπίδα, ενώ είχαν εγκαταλειφθεί και από τους ίδιους τους συντρόφους τους²⁰. Αυτά τα περιφερόμενα πτώματα συνιστούσαν έναν σωρό ετοιμόρροπων λειτουργιών, το ακραίο παράδειγμα της οριακής συνθήκης που βαθμηδόν αντιστρέφεται σε συνήθεια. Η διακύβευση στις ακραίες συνθήκες είναι, συνεπώς, «να μείνεις ή όχι ανθρώπινο ον», να γίνεις ή όχι «μουσουλμάνος». Για τον Agamben, ο μουσουλμάνος του στρατόπεδου συγκέντρωσης έχει μεταφερθεί σε μια μεταίχμιακή ζώνη του ανθρώπινου, όπου έννοιες, όπως ο αυτοσεβασμός και η αξιοπρέπεια, απλώς αχρηστεύονται. Όταν λοιπόν οι ναζί αποκαλούσαν τα πτώματα *Figuren*, στην ουσία δικαίωναν το επιχείρημα της «γυμνής» από κάθε νόημα ζωής, όπου ούτε ο θάνατος μπορεί να αποκληθεί θάνατος, ούτε τα πτώματα μπορούν να αποκληθούν πτώματα²¹.

Αυτό που απομένει ερμηνευτικά από το Άουσβιτς του Agamben είναι μια ακραία φιλοσοφία του υποκειμένου που καταλήγει στην εντελή

¹⁹ Giorgio Agamben (2015), *Αυτό που μένει από το Άουσβιτς. Το αρχείο και ο μάρτυρας*, Αθήνα: Εξάρχεια, σσ. 76 κ.ε.

²⁰ Ο.π., σσ. 46 κ.ε.

²¹ Ο.π., σ. 82.

αποϋποκειμενικοποίησή του. Οικειοποιούμενος την πλήρη εργαλειοποίηση του ανθρώπινου βίου από πλευράς τις βιοεξουσίας, ο ιταλός φιλόσοφος θεωρεί ότι ο ίδιος ο όρος «επιζώ» αποκτά μια νέα σημασιολόγηση. Μετά το Άουσβιτς «Άνθρωπος είναι εκείνος που μπορεί να επιζήσει του ανθρώπου». Το υποκείμενο αιωρείται δηλαδή πάντοτε πέραν ή πριν το ανθρώπινο, μέσα σε ένα ρευστό κατώφλι όπου έχουν εξαφανιστεί τα διακριτικά όρια μεταξύ ανθρώπινου και μη ανθρώπινου²². Είναι προφανής, σε μια τέτοια θεώρηση, η χομπσιανή αναβίωση του φοβικού φυσικοδικαιικού μοντέλου, καθώς και η προοπτική μιας πεσσιμιστικής ανθρωπολογίας του διαρκούς πολέμου όλων εναντίον όλων. Έχοντας κατά νουν αυτές τις γνωσιοθεωρητικές προκείμενες του έργου του μπορούμε τώρα να προχωρήσουμε στον τρόπο με τον οποίο ο Agamben προσεγγίζει την κατάσταση εξαίρεσης ως το κρίσιμο δικαιοφιλοσοφικό πρόβλημα της εποχής μας.

4. Η κατάσταση εξαίρεσης ως κανόνας της σύγχρονης βιοεξουσίας

Στο βιβλίο του Agamben, *Κατάσταση εξαίρεσης. Όταν η «έκτακτη ανάγκη» μετατρέπει την εξαίρεση σε κανόνα*, περιγράφεται η κατάσταση εξαίρεσης ως το κανονιστικό παράδειγμα της βιοπολιτικής εξουσίας. Ο Carl Schmitt υποστήριξε ήδη από τον μεσοπόλεμο ότι κυρίαρχος είναι αυτός που αποφασίζει για την κατάσταση έκτακτης ανάγκης, άρα η εξουσία του εδράζεται στην εξαίρεση: το πεδίο του νόμου, για τον Schmitt, είναι η κατάσταση εξαίρεσης²³. Η σύλληψη του νόμου στον γερμανό πολιτειολόγο είναι ότι ο νόμος περιλαμβάνει την εξαίρεση από τον ίδιο τον νόμο, αλλά την ίδια στιγμή ο νόμος είναι ακόμη εκεί, συνεπώς δεν μπορούμε να διαπιστώσουμε την ύπαρξη κάποιας ανομίας. Ο Agamben θεωρεί αντίθετα λάθος αυτήν την αντίληψη και επιχειρηματολογεί υπέρ της απουσίας του νόμου στην απόφαση για την κατάσταση εξαίρεσης. Προσπαθεί να αποδείξει ότι εκείνο που υπάρχει στην περίπτωση αυτή, είναι απλώς μια ζώνη ανομίας και το σημαντικό είναι να διαυγαστεί, πώς η ανομία αυτή έχει αιχμαλωτιστεί από τις στρατηγικές της σύγχρονης εξουσίας.

Ο Agamben διερευνά σε βάθος τις διαφορές μεταξύ νομικών παραδόσεων που είτε προσπαθούν να εντάξουν την κατάσταση εξαίρεσης στο πλαίσιο του δικαιικού συστήματος, είτε τη θεωρούν ξένη προς αυτό, δηλαδή ως ένα φαινόμενο κατ' ουσίαν πολιτικό. Κατά τη γνώμη του, αυτή η τοπογραφική αντίθεση (μέσα / έξω) που ενέχεται σε αυτές τις θεωρίες είναι απλουστευτική. Γι' αυτόν, η κατάσταση εξαίρεσης δεν είναι ούτε ξένη ούτε οικεία προς το δικαιικό σύστημα:

«το πρόβλημα του ορισμού της αφορά ακριβώς ένα κατώφλι ή μια ζώνη αδιαφορίας, στην οποία το μέσα και το έξω δεν αποκλείουν το ένα το άλλο είναι απλώς ακαθόριστα. Η αναστολή του κανόνα δεν συνεπάγεται την κατάργησή του και η ζώνη ανομίας που εγκαθιδρύει δεν είναι – ή, τουλάχιστον, αξιώνει να μην είναι ανεξάρτητη από την έννομη τάξη»²⁴.

Η τοπολογική δομή της κατάστασης εξαίρεσης βρίσκεται έξω και ωστόσο ανήκει στην ισχύουσα έννομη τάξη. Επειδή δε ο κυρίαρχος προσδιορίζεται λογικά από την απόφασή του για την εξαίρεση μπορεί και εκείνος να προσδιοριστεί από το

²² Ο Agamben αντιστρέφει την ίδια τη διαλεκτική της εξουσίας κατά τη μετάβαση από την παλιά, υπέρτατη εξουσία στη μοντέρνα βιοεξουσία: Ενώ, *το να προκαλείς τον θάνατο και το να χαρίζεις τη ζωή* συνόμιζε τη διαδικασία του παλιού τύπου εξουσίας, *το να προκαλείς τη ζωή και να χαρίζεις τον θάνατο* συνιστά, αντιθέτως, το έμβλημα της βιοεξουσίας. Βλ. ό.π., σ. 185.

²³ Carl Schmitt (1994), *Πολιτική Θεολογία. Τέσσερα κεφάλαια γύρω από τη διδασκαλία περί κυριαρχίας*, Αθήνα: Λεβιάθαν.

²⁴ Giorgio Agamben, *Κατάσταση εξαίρεσης...*, σ. 45.

οξύμωρο σχήμα ενός *εξιστάμενου ανήκειν*²⁵. Η κατάσταση εξαίρεσης συγκεντρώνει σταδιακά τα μυστικιστικά χαρακτηριστικά ενός fictio ως μιας άνομης περιοχής, στην οποία εκείνο που διακυβεύεται είναι η ισχύς νόμου χωρίς το νόμο. Η γενεαλογική ρίζα της κατάστασης εξαίρεσης ανιχνεύεται και πάλι (όπως και στην περίπτωση του homo sacer) στο ρωμαϊκό δίκαιο και συγκεκριμένα στο iustitium (δικαιοστάσιο). Ο παράδοξος αυτός νομικός θεσμός συνεπαγόταν όχι απλώς την αναστολή της απονομής δικαιοσύνης, αλλά ακόμα και της έννομης τάξης, σε περιπτώσεις που έπρεπε από τη σύγκλητο να ληφθούν αναγκαία μέτρα για τη σωτηρία του κράτους²⁶. Ο Agamben θεωρεί ότι ακριβώς αυτό ισχύει στον ίδιο βαθμό και για τη σύγχρονη κατάσταση εξαίρεσης. Η κατάσταση εξαίρεσης δεν συνιστά δικτατορία, αλλά είναι ένας κενός χώρος δικαίου, μέσα στον οποίο όλοι οι νομικοί ορισμοί έχουν αδρανοποιηθεί. Ακριβώς αυτή η απροσδιοριστία του νόμου που ισχύει εν αναστολή του, μοιάζει να απελευθερώνει μια δύναμη, ένα μυστικό στοιχείο, το οποίο τόσο η εξουσία όσο και οι αντίπαλοί της προσπαθούν με κάθε μέσο να οικειοποιηθούν²⁷.

Ένα αόρατο νήμα μεταφέρει τη συζήτηση από το iustitium της ρωμαϊκής εποχής, στα ναπολεόντεια διατάγματα της κατάστασης πλασματικής ή πολιτικής πολιορκίας που προέβλεπαν τη δυνατότητα επιβολής κατάστασης πολιορκίας από τον αυτοκράτορα, ανεξάρτητα από την πραγματική κατάσταση της πόλης που δέχεται επίθεση και απειλείται άμεσα από εχθρικές δυνάμεις. Το νήμα αυτό, όχι μόνον δεν ξεθωριάζει, αλλά αποκτά τα πιο επιτεταμένα χαρακτηριστικά του με το παράδειγμα του Hitler, ο οποίος ευθύς μόλις κατέλαβε την εξουσία, εξέδωσε στις 28 Φεβρουαρίου του 1933 το «Διάταγμα για την προστασία του λαού και του κράτους», με το οποίο ανέστειλε τα άρθρα του Συντάγματος της Βαϊμάρης που αφορούσαν τις ατομικές ελευθερίες. Το διάταγμα δεν ανακλήθηκε ποτέ, με αποτέλεσμα σε όλη τη διάρκεια του Γ' Ράιχ, η Γερμανία να τελεί από νομικής άποψης σε κατάσταση εξαίρεσης που διήρκεσε δώδεκα ολόκληρα χρόνια. Ο Agamben τονίζει ότι τα δύο αυτά μοντέλα φανερώνουν την τάση της εξουσίας να μετατρέπει την κατάσταση εξαίρεσης σε μόνιμη πρακτική διακυβέρνησης²⁸. Επειδή μπόρεσαν να συμβούν όλα αυτά στην πράξη, φτάσαμε σήμερα σε μια διάχυση της κατάστασης εξαίρεσης στο επίπεδο του πλανήτη και επομένως δεν χρειάζεται πια να κηρυχθεί επίσημα ως τέτοια. Πρόκειται για ένα είδος ακήρυχτου παγκόσμιου πολέμου, όπου τα κράτη δικαίου αντικαθίστανται από την φυσιοκρατική αντίληψη του κράτους της ασφάλειας. Ο Agamben τονίζει, εν προκειμένω, δηκτικά, ότι η βασική ιδέα της βιοπολιτικής του καιρού μας εδράζεται στην απροσδιοριστία της: «Θα αφήσουμε να συμβούν καταστροφές, αναταραχές, ή και θα βοηθήσουμε να συμβούν, επειδή αυτό θα μας επιτρέψει να παρέμβουμε και να τις διακυβερνήσουμε προς τη σωστή κατεύθυνση»²⁹.

Συνοψίζοντας τη θέση του Agamben θα λέγαμε ότι στη σκέψη του συναθρώνονται δύο ετερογενή στοιχεία, τα οποία εμφανίζονται αλληνομιμοποιούμενα και να δίνουν συνοχή στο ένα το άλλο: μια πολιτικο-νομική ορθολογικότητα που παροξύνεται ιδεοτυπικά στην ανάλυση της κατάστασης εξαίρεσης και μια οικονομικο-διακυβερνητική ορθολογικότητα που αντανάκλαται

²⁵ Ο.π., σσ. 63-64.

²⁶ Ο.π., σσ. 73-91.

²⁷ Ο.π., σ. 88.

²⁸ Ο.π., σσ. 25 κ.ε.

²⁹ Από συνέντευξη του Giorgio Agamben, *Βιοπολιτική και Κατάσταση Εξαίρεσης*, που παραχώρησε το 2011 στο τρίτο κανάλι της Ελληνικής Τηλεόρασης.

στις τεχνικές άσκησης της βιοπολιτικής εξουσίας³⁰. Το ζήτημα είναι ότι η συνάρθρωση αυτή αποβαίνει σήμερα σε βάρος του νόμου και υπέρ της εξουσιαστικής διαχείρισης. Όχι γιατί ο νόμος δεν εξακολουθεί να υφίσταται, αλλά γιατί πλέον δεν κυριαρχεί. Κατά τον ιταλό φιλόσοφο, η συντελεσθείσα τεκτονική αλλαγή των δυτικών πολιτικών συστημάτων ρίχνει το βάρος της στα έκτακτα μέτρα, τα διατάγματα, την αστυνομία. Έτσι, η σημασία του νόμου συρρικνώνεται και αντί το εκτελεστικό να εκτελεί απλώς τη βούληση του λαού, συμβαίνει το ακριβώς αντίθετο: οι αντιπρόσωποι του λαού δεν κάνουν τίποτε άλλο από το να εκτελούν τη βούληση του εκτελεστικού³¹.

5. Κριτική αποτίμηση της πολιτικής φιλοσοφίας του Agamben

Αναμφίβολα, η έννοια της κατάστασης εξαίρεσης στο έργο του Agamben κρούει τον κώδωνα του κινδύνου για την επικίνδυνη επέκταση της εκτελεστικής εξουσίας σε βάρος των λοιπών εξουσιών. Εάν σήμερα γινόμαστε μάρτυρες μιας συντριπτικής επικυριαρχίας της διακυβέρνησης και της οικονομίας επί της λαϊκής κυριαρχίας και εάν έχουμε ήδη φτάσει στην ασυμφιλίωτη στιγμή όπου η δημοκρατία στρέφεται κατά του εαυτού της εξαιτίας μιας τάσης μη περιορισμού των πολιτικά κυρίαρχων, τότε η διερεύνηση του ιταλού φιλόσοφου επί του οικείου πεδίου αποκτά μείζονα, αναλυτική και ερμηνευτική αξία. Ο Agamben διερευνά με πραγματολογικούς όρους το ζήτημα της βιοεξουσίας ως αυτό που στα αλήθεια συμβαίνει ή που έστω τείνει με σταθερά βήματα να συμβεί στην πολιτική ζωή. Το ερώτημα είναι όμως τώρα, κατά πόσο μια τέτοια πολιτική θεωρία μπορεί να εμπλουτίσει την καθημερινότητα της νομικής έρευνας και περαιτέρω, κατά πόσο λαμβάνει υπ' όψη της όλα τα εμπειρικά δεδομένα ώστε να αξιώνει έγκυρα τις καθολικές αξιώσεις ισχύος της.

Ως προς το πρώτο ερώτημα, έχει ήδη επισημανθεί η εξαιρετικά υποτονική συζήτηση από τον Agamben γύρω από το περιβόητο ζήτημα της διάκρισης των εξουσιών. Σε αρκετές χώρες υφίσταται π.χ. η post hoc κοινοβουλευτική επικύρωση της απόφασης για την κατάσταση εξαίρεσης, γεγονός που καταμαρτυρά την προσπάθεια μετριασμού της απολυτότητάς της³². Περαιτέρω, σε περιόδους κρίσης, όπου η κατάσταση εξαίρεσης υφέρπει χωρίς όμως να έχει και επίσημα κηρυχθεί, παρακάμπτεται από τον φιλόσοφο εντελώς η σημασία του δικαστικού συστήματος, το οποίο μέσω κρίσιμων αποφάσεών του μπορεί να αμβλύνει αρκετή από την ένταση του δικαίου της ανάγκης. Ο νόμος είναι αρκετές φορές το μόνο πράγμα που προστατεύει τα πιο ευάλωτα άτομα από την οργή του ηγεμόνα, όταν π.χ. εμποδίζει την ολική καταστροφή της ιδιότητας του ατόμου στο πλαίσιο των δημοκρατικά οργανωμένων κοινωνιών. Η κριτική εντοπίζει μια σειρά αποφάσεων των ανωτάτων δικαστηρίων, όπου όλα τα άτομα (ακόμη και οι αταυτοποιήτοι πρόσφυγες) έχουν, στο πλαίσιο της διαμονής τους μέσα σε μία χώρα, το δικαίωμα στην επείγουσα ιατρική περίθαλψη ή στη στοιχειώδη εκπαίδευση³³. Με τον ένα ή τον άλλο τρόπο, η άρνηση του Agamben να διερευνήσει τις λεπτομέρειες των δικαιικών και νομολογιακών εξελίξεων σχετικά με το δίκαιο της ανάγκης καταλήγει στην αποσύνδεση της

³⁰ Giorgio Agamben (2013) «Εισαγωγικό σημείωμα πάνω στην έννοια της δημοκρατίας», *Πού πηγαίνει η δημοκρατία;* (συλλογικό), Αθήνα: Πατάκης, σ. 16.

³¹ Ο Agamben, *Κατάσταση Εξαίρεσης*, σ. 22, επιχειρηματολογεί, ότι ένα από τα βασικά χαρακτηριστικά της κατάστασης εξαίρεσης είναι η κατάργηση της διάκρισης ανάμεσα στη νομοθετική εκτελεστική και δικαστική εξουσία.

³² Πρβλ. Stephen Humphrey (2006) «Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State of Exception» *The European Journal of International Law*, Vol. 17, no. 3, σ. 684.

³³ Επ' αυτού, José Jorge Mendoza (2011) «Neither a State of Nature nor a State of Exception. Law, Sovereignty and Immigration» *Radical Philosophy Review*, Vol. 14, no. 2, σσ. 194-195.

ανάλυσής του από τα αναγκαία εμπειρικά δεδομένα που θα ενίσχυαν ακόμη περισσότερο τον ισχυρισμό του περί της φυσιολογικότητας της κατάστασης εξαίρεσης ως του κατεξοχήν τρόπου της σύγχρονης διακυβέρνησης. Διαπιστώνεται, επομένως, μια ανεπαρκής εμπειρική θεμελίωση του έργου του.

Ως προς το δεύτερο ζήτημα της καθολικής αξιώσεως ισχύος της θεωρίας, ο, καταρχήν, μη εμπειρικός εμπλουτισμός της με τα σύγχρονα νομολογιακά data συνιστά ήδη ένα πρόβλημα. Περαιτέρω, όμως, επισημαίνεται και μια ορισμένη αδυναμία του Agamben στο να εξηγήσει τους λόγους που οδηγούν στη μονιμοποίηση της κατάστασης εξαίρεσης. Η επιλογή του σε μιαν ανάλυση που προϋποθέτει το Πολιτικό ως αυτόνομο πεδίο, συντελεί στην έλλειψη κατανόησης του ρόλου της οικονομίας, των κοινωνικών δυνάμεων και των ιστορικών αποτελεσμάτων που κάθε φορά συνερμηνεύουν την κατάσταση εξαίρεσης³⁴. Ποιά είναι π.χ. η σημασία της σύνδεσης της κατάστασης εξαίρεσης με την οικονομική εκμετάλλευση, την απαλλοτρίωση της γης και της εργασίας των ασθενέστερων κοινωνικών ομάδων, καθώς και οι αγώνες για την επανάκτηση των απωλεσθέντων κοινών αγαθών μιας κοινότητας; Μια τέτοια, μαρξιστικής κατεύθυνσης, κριτική στο έργο του Agamben θεωρεί ότι ο Ιταλός φιλόσοφος έχει βάλει το κάρο μπροστά από το άλογο, όταν θεματοποιεί την ισχύ πριν την αιτία της, όταν δηλαδή αγνοεί το καθεστώς της πρωταρχικής συσσώρευσης του κεφαλαίου που εντείνει την εξουσιαστική πίεση στους υπηκόους του με αποτέλεσμα να επιστρατεύει ως *ultima ratio* το δίκαιο της ανάγκης, όταν και εφόσον αυτό χρειαστεί³⁵.

Θα πρέπει στο σημείο αυτό να αναφέρω ότι έχει ήδη επισημανθεί, πως η ανάλυση του Agamben προστίθεται στην ευρύτερη συζήτηση περί της λεγόμενης μεταδημοκρατίας. Σε αδρές γραμμές, με τον όρο μεταδημοκρατία εννοείται η συντελεσθείσα ρωγμή που έχει υποστεί η δημοκρατία τα τελευταία 20-30 χρόνια του παγκοσμιοποιημένου καπιταλισμού³⁶. Η άνοδος του παγκόσμιου καπιταλισμού δημιούργησε τελικά μιαν αυτοαναφορική πολιτική τάξη, η οποία ασχολείται περισσότερο με την ανάπτυξη των δεσμών της με τα πλούσια επιχειρηματικά συμφέροντα παρά με την εφαρμογή πολιτικών προγραμμάτων που ανταποκρίνονται στις ανάγκες των απλών ανθρώπων. Ο «μαρασμός» του έθνους κράτους, σε συνδυασμό με την επικράτηση τεχνοκρατικών μηχανισμών και ιδεολογιών, αποχυνώνει την πολιτική από τον έλεγχο και τη συμμετοχή των πολιτών. Έτσι, η δημοκρατία διολισθαίνει σε ένα ελάχιστο, στοιχειώδες περιεχόμενο τυπικής συμμετοχής, ενώ οι πραγματικά σημαντικές αποφάσεις λαμβάνονται πίσω από τις κλειστές πόρτες των κυβερνήσεων με τα μεγάλα οικονομικά συμφέροντα. Η περίπου συστημική ενσωμάτωση της κατάστασης εξαίρεσης από τον Agamben στην κανονικότητα της δημοκρατικής τάξης (ενόσω η ίδια γίνεται πλέον ο κανόνας) φανερώνει με πανηγυρικό τρόπο την επικράτηση της οικονομικής παγκοσμιοποίησης στο ιδεολογικοπολιτικό επίπεδο της πολιτικής κυριαρχίας.

Από πλευράς μου θεωρώ ότι μια τέτοια μετάλλαξη, μπορεί με μεγαλύτερη ενέργεια να ερμηνευτεί μέσω της αναπόφευκτης διάρρηξης που υπέστη, εν τω μεταξύ, το δημοκρατικό συμβόλαιο. Η πλήρης ταύτιση της εξουσίας με την φυσική ισχύ δεν συνιστά βεβαίως όρο του πολιτικού δικαίου. Υπό την έννοια αυτή, η ελευθερία, η ισότητα και η αμοιβαιότητα είναι οι απαραίτητοι όροι για την ενεργοποίηση του κοινωνικού συμβολαίου, όροι χωρίς τους οποίους δεν υπάρχει πολιτισμός παρά μονάχα ωμές σχέσεις ισχύος. Φαίνεται λοιπόν ότι για τον Agamben, η γενική βούληση δεν προκύπτει από τον μεγάλο αριθμό των μικρών διαφορών

³⁴ Προς την κατεύθυνση αυτή κινείται η ανάλυση του Steven Colatrella (2011), *ό.π.*, σσ. 98-125.

³⁵ *Ο.π.*, σ. 116.

³⁶ Βλ. περί της έννοιας, ιδίως Κόλιν Κράουτς (2006), *Μεταδημοκρατία*, Αθήνα: Εκκρεμές.

(περίπτωση ρουσσωικού κοινωνικού συμβολαίου) παρά από την ολοσχερή απαλλοτρίωση και μεταβίβαση απασών των δικαιωμάτων των πολιτών στα χέρια του εκάστοτε κυρίαρχου. Ο τέτοιος προσανατολισμός φυσικοποιεί αυθαίρετα τόσο το κράτος όσο και την αμόλυνη βούληση του ενός με αποτέλεσμα την έγκληση του ατόμου, ως υπηκόου, στην ιδιοτέλεια, που με τη σειρά της εδράζεται στη δήθεν προκοινωνική «φύση του ανθρώπου».

Όπως έχω ήδη εξηγήσει, αυτή η κονφορμιστική φυγή προς τα πίσω, στην ουσία νοσηματοδοτεί την αναβίωση προσυμβολαιακών μοτίβων ανάλυσης του Πολιτικού, που πόρρω απέχουν από τη λειτουργία και τα ιδεώδη του δημοκρατικού κανόνα. Το πρόβλημα δηλαδή στην πολιτική φιλοσοφία του Agamben είναι τόσο γνωσιοθεωρητικό όσο και κατ' επέκταση ιδεολογικό: Από τη μια πλευρά στενεύει την ερμηνεία της βιοεξουσίας στο έσχατο πεδίο της κατάστασης εξαίρεσης. Αυτό έχει ως συνέπεια να απογυμνώνει την ανάλυσή του από οποιεσδήποτε, αξιακές ή κανονιστικές αναφορές και σημασίες του Πολιτικού. Από την άλλη πάλι πλευρά και εξαιτίας του πιο πάνω λόγου, η ανάλυση προσανατολίζεται στο μηχανιστικό παράδειγμα ενός, δίκην αυτομάτου, υποκειμένου, που παραμένει διαρκώς αιχμάλωτο στη μεθόριο του εξουσιαστικού παιγνίου. Ως μόνη διέξοδος διαφυγής από ένα τέτοιο ερμηνευτικό σχήμα απομένει η συλλογική προσπάθεια του κοινωνικού σώματος για την επανάκτηση των απωλεσθέντων δικαιωμάτων του, για την, με άλλα λόγια, επανάκτηση της τρωθείσας συντακτικής εξουσίας του. Πρόκειται για ένα σχέδιο απόδρασης από το «στρατόπεδο» της βιοπολιτικής εξουσίας³⁷ που προϋποθέτει ενεργούς και συμμετέχοντες πολίτες, έτοιμους στο να δώσουν τις μάχες τους στο πεδίο της επιστροφής των χαμένων, πολιτικών και κοινωνικών ελευθεριών τους.

³⁷ Βλ. Νικόλαο Τσίρο (2013), «Απόδραση από το στρατόπεδο συγκέντρωσης της βιοπολιτικής εξουσίας» Πρακτικά 4^{ου} Πανελλήνιου Συνεδρίου Ελληνικής Κοινωνιολογικής Εταιρείας με θέμα: *Κοινωνικές Ταυτότητες και Κοινωνική Συνοχή: Προκλήσεις και Προοπτικές*, σσ. 783-207.

Η ΕΚΤΑΚΤΗ ΝΟΜΟΠΑΡΑΓΩΓΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΚΑΙ Ο ΕΛΕΓΧΟΣ ΤΗΡΗΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ ΤΗΣ ΠΛΑΙΣΙΟΥ

Μάριος Καλογερόπουλος, Μεταπτυχιακός Φοιτητής Π.Μ.Σ. Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Αναστασία Παύλου, Μεταπτυχιακή Φοιτήτρια Π.Μ.Σ. Δημοσίου Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

1. Εισαγωγή

Τα τελευταία χρόνια τα βλέμματα του επιστημονικού και μη κόσμου είναι στραμμένα στο πολιτικό και οικονομικό γίγνεσθαι το οποίο εξετάζουν κυρίως υπό το πρίσμα της οικονομικής κρίσης. Τα προβλήματα γίνονται περισσότερο αισθητά είτε λόγω της αξιολόγησης τους ως αίτια της στρεβλής οικονομικής κατάστασης είτε διότι διογκώθηκαν στην προσπάθεια της χώρας να αντιμετωπίσει επείγουσες και καινοφανείς καταστάσεις. Η νομοπαραγωγική διαδικασία φαίνεται να βρίσκεται σε μια περίοδο παρακμής και ήδη από τα πρώτα χρόνια της κρίσης έχουν επισημανθεί από τη θεωρία πλήθος παρεκκλίσεων από τις συνταγματικές επιταγές. Ενδεικτικά παραδείγματα αποτελούν η συχνότατη παρείσφρηση τροπολογιών σε νομοσχέδια με άσχετο περιεχόμενο, η κατάχρηση της διαδικασίας του επείγοντος και κατεπείγοντος καθώς και τα νομοσχέδια του ενός μόνο άρθρου¹. Επιπλέον η ίδια η Βουλή προέβη σε παραδοχή του προβλήματος με την ψήφιση του νόμου με τίτλο «*Ρυθμιστική Διακυβέρνηση: Αρχές Διαδικασίες και Μέσα Καλής Νομοθέτησης*»². Ωστόσο, οι ανωτέρω αναφερθείσες παρατυπίες δεν εντοπίζονται μόνο στη συνήθη νομοπαραγωγική διαδικασία - όπου η προβληματική περιστρέφεται γύρω από τη θεωρία του μη ελέγχου των *interna corporis*³- αλλά επεκτείνονται και στην κατάχρηση της κατ' εξαίρεση νομοθέτησης, με την αθρόα έκδοση Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου⁴. Στις Πράξεις αυτές θα αναφερθούμε εν προκειμένω,

¹ Βλ. Ν. Παπαδόπουλο, *Η παράδοση τεχνική καταρτίσεως ορισμένων τυπικών νόμων κατά την 1Ε' Κοινοβουλευτική Περίοδο και η αντίθεσή της στο Σύνταγμα*, σε: Β. Τζέμος (επιμ.), *E-book 2^ο συνεδρίου Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων*, Θεσσαλονίκη Μάιος 2015, σελ. 99 επ.

² ΦΕΚ Α' 34/23-02-2012. Ν.4048/2012

³ Για το ζήτημα αυτό βλ. ιδίως Γ. Γεραπετρίτη, *Σύνταγμα και Βουλή. Αυτονομία και ανέλεγκτο των εσωτερικών του σώματος*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σελ. 111 επ. και κυρίως 183 επ.

⁴ Εφεξής ΠΝΠ.

επικεντρώνοντας την ανάλυσή μας στο ζήτημα της κατάχρησης αυτών την τελευταία εξαετία καθώς, συνακόλουθα, στη δυνατότητα ελέγχου τήρησης του Συνταγματικού τους πλαισίου.

Οι Π.Ν.Π εισήχθησαν για πρώτη φορά στο Σύνταγμα του 1975. Πρόκειται για δίκαιο της ανάγκης το οποίο μας θυμίζει αρκετά τα νομοθετικά διατάγματα των προγενέστερων Ελληνικών Συνταγμάτων (1927 και 1952⁵). Στο ισχύον Σύνταγμα κατοχυρώνονται στο άρθρο 44 παρ 1 καθώς και στο άρθρο 48 παρ 5 το οποίο όμως δεν θα μας απασχολήσει καθώς εφαρμόζεται μόνο εφόσον έχει κηρυχτεί η χώρα σε κατάσταση πολιορκίας.

Αντιθέτως, η διάταξη του άρθρου 44 παρ 1 έτυχε ευρείας εφαρμογής ειδικά κατά την διανυόμενη περίοδο οικονομικής κρίσης. Σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη σε έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας μπορεί, ύστερα από πρόταση του Υπουργικού Συμβουλίου να εκδίδει Π.Ν.Π. Οι πράξεις αυτές υποβάλλονται μέσα 40 μέρες από την έκδοσή τους στην Βουλή προς κύρωση. Αν δεν υποβληθούν εντός 40 ημερών ή δεν εγκριθούν από την βουλή μέσα σε 3 μήνες από την υποβολή τους παύουν να ισχύουν *ex nunc*.

Ζήτημα τίθεται σχετικά με το πόσες από τις εκδοθείσες πράξεις εμπίπτουν στις θεσπιζόμενες από το σύνταγμα προϋποθέσεις καθώς και εάν και κατά πόσο μπορεί αυτό να ελεγχθεί δικαστικά. Πρόκειται για τρεις προϋποθέσεις οι οποίες πρέπει να συντρέχουν σωρευτικώς. Κατ' αρχάς θα πρέπει υφίσταται «έκτακτη» περίπτωση, η οποία αποκλίνει από τις συνήθεις καταστάσεις του πολιτειακού κοινοβουλευτικού βίου⁶. Η ανάγκη νομοθέτησης να είναι «εξαιρετικώς επείγουσα»,

⁵ Σ. Βλαχόπουλος, *Το Σύνταγμα του 1952*, 10.3.2013 Η Καθημερινή, το οποίο είναι διαθέσιμο στον ιστότοπο: <http://www.kathimerini.gr/482911/article/epikairothta/ellada/to-syntagma-toy-1952>

... «τα προερχόμενα από τη «μικρή Βουλή» νομοθετικά διατάγματα θεωρητικώς μια θετική καινοτομία γιατί αποσκοπούσαν στο να αντιμετωπίσουν το φαινόμενο της αθρόας έκδοσης αναγκαστικών νόμων, νόμων δηλαδή που προέρχονταν από την εκτελεστική εξουσία χωρίς καμία συμμετοχή του νομοθετικού σώματος. Στην πράξη όμως τα νομοθετικά διατάγματα, αν και θεωρητικώς προβλεπόμενα ως εξαίρεση από τη συνήθη κοινοβουλευτική διαδικασία σε σπάνιες περιπτώσεις, γρήγορα έγιναν ο κανόνας. Την περίοδο 1953-1967 ψηφίζονται μόλις 964 νόμοι κατά τη συνήθη κοινοβουλευτική διαδικασία (τυπικοί νόμοι) και εκδίδονται 1.358 νομοθετικά διατάγματα. Ορισμένες μάλιστα χρονιές, η υπεροχή των νομοθετικών διαταγμάτων έναντι των τυπικών νόμων είναι συντριπτική: το 1953 το 72,85% των συνολικών νόμων είναι νομοθετικά διατάγματα, ενώ τα αντίστοιχα ποσοστά το 1958, το 1962 και το 1966 ανέρχονται σε 82,46%, 82,26% και 77,95% αντίστοιχα. Στα ποσοστά αυτά συντελεί και η νομολογία των δικαστηρίων της εποχής εκείνης, σύμφωνα με την οποία δεν ελέγχεται δικαστικά εάν πράγματι τα νομοθετικά διατάγματα εκδόθηκαν «προς ρύθμισιν εξαιρετικώς επειγόντων θεμάτων», όπως απαιτούσε το Σύνταγμα του 1952».

⁶ Χ. Χρυσανθάκης, *Η νομική φύση των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου. Οι προϋποθέσεις και ο δικαστικός έλεγχος της έκδοσής τους*, ΘΠΔΔ, τεύχος 5/2014, σελ. 395

αυτό συνεπάγεται αδυναμία αντιμετώπισής της με τα συνήθη κοινοβουλευτικά μέσα⁷ και παράλληλα να είναι «απρόβλεπτη ανάγκη» η οποία δεν μπορούσε δηλαδή να προβλεφθεί με βάση τη συνήθη πορεία των πραγμάτων όπως αυτή προκύπτει από τα διδάγματα της κοινής πείρας και τους κανόνες της λογικής⁸.

2. Η προ κρίσης περίοδος

Εντούτοις, φαίνεται πως το εξαιρετικό νομοθετικό όργανο συχνά παρακάμπτει τις συνταγματικές προϋποθέσεις που προαναφέρθηκαν κατά την έκδοση ΠΝΠ, γεγονός που εντάθηκε κατά πολύ την περίοδο της οικονομικής κρίσης.

Όσον αφορά την προ κρίσης περίοδο από το 1975 ως το 2009 σε διάστημα δηλαδή 34 ετών εκδόθηκαν γύρω στις 90 Πράξεις⁹. Με εξαίρεση το 1980, που εκδόθηκαν 12, σε όλες τις υπόλοιπες περιπτώσεις οι πράξεις κατ' έτος ήταν μονοψήφιος αριθμός. Ως προς το περιεχόμενο τους παρατηρούμε ότι λίγες μόνο εκδόθηκαν για να ρυθμίσουν θέματα που προκλήθηκαν αιφνιδίως όπως λ.χ από σεισμούς, φωτιά και έκρηξη που προκλήθηκε σε λιμάνι. Οι περισσότερες αφορούσαν μέτρα για την οργάνωση του Δημόσιου Τομέα, των σχολείων, καθώς και για ρύθμιση ασφαλιστικών παροχών. Σε αρκετές από αυτές τις περιπτώσεις τηρούνταν ο χαρακτήρας του επείγοντος όχι όμως και του απρόβλεπτου. Υπήρχαν κάποιες πράξεις δε όπου προδήλως δεν τηρούταν καμιά από τις προϋποθέσεις, όπως για παράδειγμα η πράξη της 24^{ης} Δεκεμβρίου 1990¹⁰ η οποία όριζε τη διαδικασία διορισμού Μουφτή ή η πράξη της 14^{ης} Ιουνίου 2002¹¹ που αφορούσε τους περιβαλλοντικούς όρους για την μαραθώνια διαδρομή των Ολυμπιακών αγώνων που θα διεξάγονταν δύο χρόνια αργότερα. Τέλος ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα είναι η διαπίστωση ότι και εκείνη την περίοδο εκδόθηκαν πράξεις που απέβλεπαν στην ρύθμιση της οικονομίας, χαρακτηριστικότερο παράδειγμα είναι δύο πράξεις που εκδόθηκαν το 1985¹² με τίτλο «Μέτρα προστασίας της Εθνικής Οικονομίας» οπότε και αποφασίστηκε πάγωμα μισθών σε δημόσιο και ιδιωτικό τομέα ως το τέλος του 1987.

⁷ Φ. Σπυρόπουλος, *Εισαγωγή στο Συνταγματικό Δίκαιο*, εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα Κομοτηνή, 2006, σελ. 112-113

⁸ Βλ. Χ. Χρυσανθάκης, *Η νομική φύση... ό.π.*, σελ. 395, Απ. Παπακωνσταντίνου, *Πράξεις νομοθετικού περιεχομένου: συνταγματικές ρυθμίσεις και έλεγχος νομιμότητας (Με αφορμή τη ΣτΕ Ολομ. 1250/2003)*, ΔιΔικ σελ.23

⁹ Για μια ενδεικτική αναφορά των Π.Ν.Π. της περιόδου 1975-2007 βλ. Π. Φουντεδάκη, *Οι ανατροπές της κανονικότητας και το καθεστώς έκτακτης ανάγκης*, ΤοΣ 2007, σελ. 1166-1171

¹⁰ ΦΕΚ 182 Α 24.12.1990

¹¹ ΦΕΚ 139 Α 14.6.2002

¹² ΦΕΚ 182 Α 10.10.1985

3. Η έκδοση Π.Ν.Π. την περίοδο 2009 – 2016

3α. Η ποσότητα....

Κατά την λεγόμενη «μνημονιακή» περίοδο, η κατάσταση αυτή μεταλλάχθηκε άρδην¹³. Για την πληρέστερη κατανόηση του προβλήματος, κρίνεται αναγκαία η παράθεση ορισμένων ποσοτικών δεδομένων: Αν θεωρήσουμε ως χρονικό σημείο-ορόσημο τις εκλογές του 2009, τότε από τον Οκτώβριο του έτους αυτού (οπότε και ανέλαβε καθήκοντα η κυβέρνηση Παπανδρέου) μέχρι και σήμερα (23.03.2016) μπορούμε να απαριθμήσουμε¹⁴ 69 Π.Ν.Π (δηλαδή πάνω από τις μισές από όσες εκδόθηκαν την προηγούμενη 35ετία). Μάλιστα, ακολουθώντας αυξητική πορεία, το 2012 η κατάσταση ξέφυγε από κάθε έλεγχο με έκδοση 27 (!) πράξεων. Στη συνέχεια η κατάσταση εξομαλύνθηκε σταδιακά¹⁵, ωστόσο, το 2015 είχαμε μια νέα ραγδαία αύξηση, με 19 νέες πράξεις, η πλειοψηφία των οποίων εκδόθηκε από μια κυβέρνηση που είχε κατά το παρελθόν πολλαπλάσι καταδικάσει –ως αντιπολίτευση- την πρακτική αυτή. Κατ' αποτέλεσμα, ιδίως κατά τα έτη 2012 και 2015, μεγάλο μέρος της νομοθετικής εξουσίας ως προς τα κρίσιμα ζητήματα της χώρας ασκούταν διαμέσου της έκδοσης Π.Ν.Π.

Στο ίδιο διάστημα έχουν ψηφιστεί από την Ελληνική Βουλή 566 νόμοι. Μάλιστα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η πλειοψηφία από τους τυπικούς νόμους αυτούς (περίπου 330) αφορά αποκλειστικά την κύρωση διεθνών συνθηκών, πρωτοκόλλων κλπ με διάφορα κράτη ανά την υφήλιο, την ενσωμάτωση οδηγιών ή, ακόμη, την κύρωση αρκετών από τις προαναφερθείσες Π.Ν.Π. (36 νόμοι ως σήμερα), περιπτώσεις δηλαδή κατά τις οποίες δεν παράγεται κατ' ουσίαν νομοθετικό έργο. Κατά συνέπεια, πάνω από το 20% των νομοθετικών πράξεων με ουσιαστικό περιεχόμενο που εκδόθηκαν στην χώρα την τελευταία εξαετία είναι Π.Ν.Π, εκδιδόμενες –όπως προειπώθηκε- μόνο σε «έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης». Συγκριτικά, το ποσοστό αυτό για την περίοδο 1975-2009 υπολογίζεται σε περίπου 2%. Κατά συνέπεια, το ερώτημα που ευλόγως

¹³ Όπως σημειώνει ο Γ. Καραβοκύρης, (*Το Σύνταγμα και η Κρίση, Από το δίκαιο της ανάγκης στην αναγκαιότητα του δικαίου*, εκδόσεις Κριτική, 2014), αντίστοιχη αύξηση έκδοσης νομοθετικών διαταγμάτων παρατηρείται σε όλες τις χώρες του ευρωπαϊκού νότου την περίοδο της κρίσης.

¹⁴ Οι υπολογισμοί των ΠΝΠ διαφέρουν ανά συγγραφέα. Για το έτος 2012, ενδεικτικά, που είναι και το πιο σχολιασμένο, κατά το Κ. Χρυσόγωνα (Κ. Χρυσόγονος, *Η καταστροφή της Συντάγματος στην εποχή των Μνημονίων*, Εκδόσεις Λιβάνη, 2013 σελ. 57 επ.) εκδόθηκαν 25 ΠΝΠ, κατά τον Χ. Χρυσανθάκη (ο.π., σελ. 396, υποσημ. 22) 27 και κατά τον Γ. Καραβοκύρη (ο.π.) 28!

¹⁵ Το 2013 και το 2014 είχαμε 6 πράξεις ανά έτος .

τίθεται είναι αν σε όλες αυτές τις πολυάριθμες πράξεις πληρούνται οι συγκεκριμένες προϋποθέσεις του αρ. 44.

3β)...και η ποιότητα

Αναμφίβολα, υπάρχει μια μικρή κατηγορία από τις πράξεις αυτές των οποίων οι περιστάσεις έκδοσης και το ρυθμιστικό περιεχόμενο προδήλως εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του 44 Σ, όπως η αναστολή εργασιών διαφόρων δικαστικών μεγάρων λόγω βομβιστικών επιθέσεων ή φυσικών καταστροφών¹⁶, η αποκατάσταση ζημιών από ταραχές στο κέντρο της Αθήνας¹⁷ ή από πλημμύρες¹⁸, η (πρόσφατη) ανθρωπιστική κρίση λόγω του αυξημένων προσφυγικών ροών¹⁹ κλπ.

Επίσης, κατά μια άποψη, ένα πολύ σημαντικό μέρος των Π.Ν.Π., που αναφέρεται στην έγκριση/τροποποίηση των δανειακών συμβάσεων²⁰ και σε εφαρμοστικά μέτρα των «μνημονίων»²¹, μπορεί να δικαιολογηθεί ως εκδοθέν σε περίοδο έκτακτης ανάγκης. Ωστόσο το απρόβλεπτο της κατάστασης αυτής παραμένει συζητήσιμο μετά από μια τόσο μακρά περίοδο δημοσιονομικής κρίσης ιδίως όταν η ίδια η εξουσία κωλυσιεργεί για σημαντικό διάστημα να εκπληρώσει τις «μνημονιακές» της υποχρεώσεις²². Στην ίδια κατηγορία πρέπει να ενταχθούν και οι – αρκετές– πράξεις που σχετίζονται με το δημοψήφισμα της 05.07.2015²³ και την επιβολή των κεφαλαιακών περιορισμών²⁴ καθώς και η πράξη με την οποία προβλέφθηκε η μεταφορά των ταμειακών διαθέσιμων των φορέων γενικής κυβέρνησης στην Τράπεζα της Ελλάδος²⁵.

Εντούτοις, η υψηλή συχνότητα έκδοσης πράξεων, πολλές φορές για λόγους ευκολίας ή ασύγγνωστης καθυστέρησης του νομοθέτη, έχει ως αποτέλεσμα μια πραγματικά «κακή (εξαιρετική) νομοθέτηση». Δύο χαρακτηριστικές περιπτώσεις είναι οι ακόλουθες. Πρώτον, ρύθμιση που θεσπίστηκε με Π.Ν.Π. καταργήθηκε με νεότερη

¹⁶ ΦΕΚ Α' 81/26.05.2010, 2/08.01.2011, 29/04.02.2014, 34/11.02.2014

¹⁷ ΦΕΚ Α' 59/15.03.2012

¹⁸ ΦΕΚ Α' 97/17.08.2015

¹⁹ ΦΕΚ Α' 101/22.08.2015

²⁰ Ενδεικτικά ΦΕΚ Α' 55/14.03.2012

²¹ Ενδεικτικά ΦΕΚ Α 246/18.12.2012

²² Απόσπασμα από συνέντευξη του Κ. Χρυσόγονου στον ιστότοπο www.tvxs.gr, στις 31.01.2013 (Κ. Χρυσόγονος: Υπάρχει συστηματική καταστρατήγηση του Συντάγματος)

²³ Βλ. επίσης Γ. Σωτηρέλης, Οι συνταγματικές παράμετροι του δημοψηφίσματος, δημοσιευμένο στον ιστότοπο www.constitutionalism.gr (28.06.2015)

²⁴ Με κυριότερη την πράξη που συμπεριλαμβάνεται στο ΦΕΚ Α' 65/28.06.2015 (ακολούθησαν άλλες πέντε πράξεις με αντίστοιχο περιεχόμενο).

²⁵ ΦΕΚ Α' 41/20.04.2015

Π.Ν.Π μετά από μόλις δύο μήνες²⁶. Δεύτερον, υπήρξε το λεγόμενο «*θεσμικά σοκαριστικό*» ακραίο παράδειγμα²⁷ της Π.Ν.Π. της 9^{ης} Νοεμβρίου 2012. Η πράξη αυτή τροποποίησε τον Ν. 4093/2012 (γνωστού και ως «*ο νόμος του ενός άρθρου*») που είχε ψηφιστεί την ίδια μέρα (!)²⁸. Μάλιστα, «*αβλεψίες*» στον εν λόγω νόμο διορθώθηκαν το επόμενο δίμηνο με άλλες δυο Π.Ν.Π.²⁹.

Εκτός από τις περιπτώσεις αυτές, μπορούμε να εντοπίσουμε παράλληλα ένα σημαντικό αριθμό Π.Ν.Π. όπου η στοιχειοθέτηση των προϋποθέσεων του απρόβλεπτου και της επιτακτικής ανάγκης άμεσης ρύθμισης της κατάστασης είναι αδύνατη ή έστω εξαιρετικά δυσχερής. Ενδεικτικώς αναφέρονται ότι, μεταξύ των 69 Π.Ν.Π. της τελευταίας πενταετίας, υπάρχουν ρυθμίσεις σχετικές με:

1. τη μεταφορά μαθητών (4 πράξεις)³⁰ και την απρόσκοπτη έναρξη του σχολικού έτους 2015-2016³¹
2. την παράταση του Προγράμματος «*Βοήθεια στο Σπίτι*» (2 πράξεις)³²,
3. τις κρίσεις των αξιωματικών στα σώματα ασφαλείας (3 πράξεις)³³,
4. τη χρηματοδότηση του Ερρίκος Ντυνάν (3 πράξεις)³⁴,
5. τη χορήγηση ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας στα «*Ελληνικά Αμυντικά Συστήματα*» (2 πράξεις)³⁵,
6. τη δημιουργία κέντρου κράτησης αλλοδαπών,³⁶
7. την υπαγωγή της ΕΥΠ στον Υπουργό Προστασίας του Πολίτη³⁷,
8. το ταμείο των υπαλλήλων της Βουλής³⁸,
9. την ανάληψη των δανειακών υποχρεώσεων των Δήμων Ζωγράφου και Αχαρνών από το Ελ. Δημόσιο³⁹,
10. τη ρύθμιση για τη βιωσιμότητα της «*Ελληνικής Βιομηχανίας Ζάχαρης Α.Ε.*»⁴⁰ και τις ληξιπρόθεσμες οφειλές της,

²⁶ Π.Ν.Π. ΦΕΚ Α 219/02.11.2009 και Α 181/16.09.2009 σχετικά με τα τέλη κυκλοφορίας και το μέτρο της απόσυρσης των οχημάτων.

²⁷ Γ. Γεραπετρίτης, *Η οικονομική κρίση ως στοιχείο απορρύθμισης της ιεραρχίας των πηγών του δικαίου. Νομοτέλεια ή άλλοθι* στ ΔΣΑ, Μελέτες επί του Μνημονίου, ΔΣΑ, 2013, σελ. 230 επ.

²⁸ Π.Ν.Π. της 09.11.2012 (ΦΕΚ Α 224/12.11.2012)

²⁹ Π.Ν.Π. της 19.11.2012 και της 05.12.2012

³⁰ ΦΕΚ Α 268/31.12.2011 και Α 171/05.09.2012

³¹ ΦΕΚ Α 108/2015

³² ΦΕΚ Α 268/31.12.2011 και Α 135/14.06.2012

³³ ΦΕΚ Α 56/14.03.2012, Α 147/13.07.2012 και 162/21.08.2012

³⁴ ΦΕΚ Α 209/30.10.2012, Α 104/29.04.2013 και Α 219/11.10.2013

³⁵ ΦΕΚ Α 187/11.09.2013 και Α 257/05.12.2014

³⁶ ΦΕΚ Α 61/20.03.2012

³⁷ ΦΕΚ Α 215/13.10.2009

³⁸ ΦΕΚ Α 238/07.12.2012

³⁹ ΦΕΚ Α 183/25.08.2011

ενώ αποκορύφωμα αποτελεί η κραυγαλέα περίπτωση της «ΠΝΠ – σκούπα»⁴¹ της 05.12.2012 που προβλέπει, μεταξύ άλλων, τη σύσταση «Υπηρεσίας Φιλοτελικού και Ταχυδρομικού Μουσείου»(!), την ίδρυση Α.Ε. με την επωνυμία «Ελληνική Εταιρεία Συντήρησης Σιδηροδρομικού Τροχαίου Υλικού (Ε.Ε.Σ.Τ.Υ.)» καθώς και τη θέσπιση υψηλού ποσού παράβολου για την άσκηση της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων του Ν.3886/2010.

4. Η επιβεβλημένη αναζήτηση θεσμικών αντιβάρων

Όπως προκύπτει από την ως άνω απαρίθμηση, πολλές από τις ως άνω περιπτώσεις μπορούσαν εύκολα να είχαν θεσπιστεί με τη διαδικασία του κατεπείγοντος, η οποία ουδόλως θα έθιγε την αποτελεσματική ρύθμιση των επίμαχων θεμάτων. Η πιθανολογούμενη κατάχρηση στην έκδοση των ΠΝΠ δημιουργεί επομένως ένα έντονο ζήτημα αναζήτησης ενός θεσμικού αντίβαρου, που θα αναλάβει τον έλεγχο της συνδρομής των προϋποθέσεων έκδοσης τους.

4α. Ο ρόλος του Προέδρου της Δημοκρατίας

Μια πρώτη αυθόρμητη απάντηση στο ποιος θα μπορούσε να αναλάβει ρόλο θεσμικού αντίβαρου είναι ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας, ασκώντας προληπτικό έλεγχο τήρησης των προϋποθέσεων του άρθρου 44. Καταρχάς έλεγχος σκοπιμότητας δεν μπορεί να νοηθεί καθώς δε θα μπορούσε να γίνει επέμβαση του Προέδρου στην άσκηση γενικής πολιτικής⁴². Εντούτοις, θα έπρεπε να ασκείται έλεγχος νομιμότητας⁴³ ώστε η έκδοση των πράξεων αυτών να θεωρηθεί ότι εμπεριέχει διαβεβαίωση του Προέδρου ότι δεν παραβιάστηκαν προδήλως οι συνταγματικές προϋποθέσεις θέσπισης τους. Θα μπορούσε δε να ασκηθεί κυρίως ως ένας εξισορροπητικός παράγοντας με την έννοια ότι η Κυβέρνηση θα έπρεπε να καθίσταται περισσότερο

⁴⁰ ΦΕΚ Α 35/27/3/2015

⁴¹ Πράξεις σκούπα (δηλαδή περιέχουσες ρυθμίσεις σε πλήθος άσχετων μεταξύ τους θεμάτων) παρατηρήθηκαν ιδίως το τελευταίο τρίμηνο του 2015 (πρβλ. τις πράξεις του Δεκεμβρίου 2015 που υλοποιούν μέρος του λεγόμενου «παράλληλου προγράμματος» της κυβέρνησης).

⁴² Κ. Χρυσόγονος, *Ο έλεγχος της συνδρομής των ουσιαστικών προϋποθέσεων για την έκδοση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου*, ΕλΔικ 1991, σελ 706. «[...]δεν υπάρχει συναπόφαση Προέδρου και κυβέρνησης, αλλά αντίθετα υποχρέωση, καταρχήν, του Προέδρου να υπογράψει. Η εκδοχή αυτή είναι η ορθότερη, διότι συνηγορούν υπέρ αυτής τόσο ο κοινοβουλευτικός χαρακτήρας του πολιτεύματος, όσο και ειδικότερα το άρθρο 82 παρ. 1 του Συντάγματος, σύμφωνα με το οποίο αρμόδια για τη χάραξη της γενικής πολιτικής της χώρας είναι η Κυβέρνηση».

⁴³ Αρ. Μάνεσης, *Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος ΙΙ, 1961-1965*, υποστήριξε ότι ο αρχηγός του κράτους «δεν δικαιούται να αρνηθή ειμή μόνον δια λόγους νομιμότητας την σύμπραξίν του εις κρατικήν πράξιν, της οποίας την έκδοση προτείνουν οι υπεύθυνοι Υπουργοί».

φειδωλή στην πρόταση έκδοσης Π.Ν.Π ενόψει του προληπτικού αυτού ελέγχου νομιμότητας.

4β. Ο κοινοβουλευτικός έλεγχος

Το δεύτερο αντίβαρο θα μπορούσε να είναι ο κατασταλτικός έλεγχος νομιμότητας από τη Βουλή κατά το στάδιο της κύρωσης των πράξεων⁴⁴. Ο έλεγχος αυτός κρίνεται εξίσου αναποτελεσματικός για τους πολλούς λόγους. Αφενός κάποιες από τις πράξεις δεν φτάνουν ποτέ στην Βουλή για κύρωση και αφετέρου, ακόμη κι αν έρθουν για κύρωση, η Βουλή συχνά βρίσκεται προ τετελεσμένων γεγονότων. Τέλος, ακόμα και αν μια πράξη δεν κυρωθεί, αυτή εξακολουθεί να ισχύει για το χρονικό διάστημα ως τη μη κύρωση της.

4γ. Η αναγκαιότητα του δικαστικού ελέγχου και ο αυτοπεριορισμός της νομολογίας

Ο δικαστικός έλεγχος είναι το μοναδικό εναπομείναν πιθανό αντίβαρο. Τι ισχύει όμως σήμερα όσον αφορά τον δικαστικό έλεγχο της συνδρομής των προϋποθέσεων των πράξεων αυτών; Αν και αμφισβητείται η νομική τους φύση η νομολογία καταρχάς δέχεται ότι οι ΠΝΠ είναι ιδιότυποι τυπικοί νόμοι και συνεπώς ελέγχονται μόνο παρεμπιπτόντως⁴⁵. Κατά πάγια νομολογία του Αρείου Πάγου και του Συμβουλίου της Επικρατείας με την οποία συντάσσεται σημαντικό μέρος της θεωρίας, η συνδρομή ή μη των έκτακτων περιπτώσεων εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, δεν ελέγχεται δικαστικά⁴⁶. Η παγία νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων συνεχίστηκε και κατά τη «μνημονιακή» περίοδο (πρβλ. απόφαση για παράβολο⁴⁷). Το πρώτο επιχείρημα είναι ότι δεν καταλείπεται πεδίο ελέγχου διότι είτε θα κυρωθούν από τη Βουλή και θα καταστούν νόμοι αναδρομικά είτε δεν θα

⁴⁴ Για το ζήτημα αυτό βλ. ιδίως Α. Καϊδατζή/Δ. Πάτσικα, [Κοινοβουλευτικός έλεγχος των πράξεων νομοθετικών περιεχομένου – με αφορμή ένσταση αντισυνταγματικότητας κατά κυρωτικού νόμου](#), δημοσιευμένο στο www.academia.edu, σελ. 16 επ.

⁴⁵ Οι δύο βασικές θεωρίες που έχουν διατυπωθεί σχετικά με την νομική φύση των Π.Ν.Π είναι:

Α) ότι πρόκειται για κανονιστικές πράξεις που εκδίδονται δυνάμει νομοθετικής εξουσιοδότησης, λύση η οποία εξασφαλίζει τον ευθύ δικαστικό έλεγχο των πράξεων αυτών οι οποίες μπορούν να ακυρωθούν εφόσον κριθούν μη έγκυρες, προτού κυρωθούν με διάταξη τυπικού νόμου. Βλ. Χ. Χρυσανθάκης, Η νομική φύση των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου. Οι προϋποθέσεις και ο δικαστικός έλεγχος της έκδοσής τους. ΘΠΔΔ, τεύχος 5/2014, σελ.394.

Β) ότι πρόκειται για ιδιότυπο τυπικό νόμο. Σε αυτή την περίπτωση είναι προφανές ότι ελέγχονται παρεμπιπτόντως. Η άποψη αυτή είναι κρατούσα στην νομολογία με συνέπεια αν κυρωθεί μέσα στις συνταγματικές προθεσμίες, οι ρυθμίσεις καθίστανται ρυθμίσεις νόμου και μάλιστα αναδρομικά. Φ. Σπυροπούλου, Εισαγωγή σελ114, Π. Παραράς, Σύνταγμα 1975, σελ 533.

⁴⁶ Ενδεικτικά ΣτΕ 12050/2003, 3636/1989, 2289/1987, ΑΠ 367/1997

⁴⁷ ΣτΕ 737/2012, ΟλΣτΕ 136/2013

κυρωθούν και άρα παύουν να ισχύουν στο εξής. Το δεύτερο επιχείρημα είναι ότι ο εν λόγω χαρακτηρισμός ανάγεται στη σφαίρα της πολιτικής ευθύνης των ασκούντων νομοθετική εξουσία πολιτειακών οργάνων.

Να σημειωθεί εδώ παρενθετικά ότι, υπό το κράτος ισχύος του Συντάγματος του 1975, η αντίθετη άποψη υπέρ του δικαστικού έλεγχου είχε γίνει δεκτή μόνο σε μια παραπεμπτική απόφαση⁴⁸ του Γ' Τμήματος του ΣτΕ, την **4197/1988**⁴⁹. Ωστόσο, η απόφαση αυτή, που αφορούσε μια κραυγαλέα περίπτωση Π.Ν.Π. με αντικείμενο την αποστρατεία των αστυνομικών, ανετράπη στην Ολομέλεια το επόμενο έτος, με σοβαρή μειοψηφία 5 μελών του δικαστηρίου⁵⁰. Εξάλλου, σε αποφάσεις τις τελευταίας δεκαετίας παρατηρούμε περισσότερο από ποτέ την ύπαρξη σοβαρών και εμπεριστατωμένων μειοψηφιών (πρβλ ΣτΕ 1250/2003⁵¹ και προσφάτως, ΣτΕ 737-8/2012⁵²). Οι μειοψηφίες αυτές τάσσονται υπέρ ενός ελέγχου πρόδηλης ανυπαρξίας των

⁴⁸ Σημειώνεται επίσης ότι η δυνατότητα τέτοιου ελέγχου έγινε δεκτή και στην περίπτωση μιας μεμονωμένης απόφασης Διοικητικού Πρωτοδικείου (ΔΠρΑθ 1930/1982)

⁴⁹ (σκ. 6) *Αλλά στον έλεγχο των Δικαστηρίων απόκειται η διαπίστωση της συνδρομής η μη των έκτακτων περιστάσεων εξαιρετικώς επειγούσης και απροβλέπτου ανάγκης, οι οποίες επέβαλαν κατ' απόκλιση από της κατά την κοινή νομοθετική διαδικασία ασκήσεως της νομοθετικής λειτουργίας, την έκδοση πράξεως Νομοθετικού Περιεχομένου. Ταύτα δε εάν κατά τον έλεγχο διαπιστώσουν την μη συνδρομή των δικαιολογουσών την έκδοση της πράξεως νομοθετικού περιεχομένου έκτακτων περιστάσεων εξαιρετικώς επειγούσης και απροβλέπτου ανάγκης οφείλουν να θεωρήσουν αυτήν από της εκδόσεως της ανίσχυρο, ως κατά παράβαση του Συντάγματος εκδοθείσα και τις επ' αυτής ερειδομενες και προσβληθείσες ενόπιων αυτών διοικητικές πράξεις ως μη νόμιμες.*

⁵⁰ ΣτΕ 3636/1989. Βλ. Π. Παραρά, Ο δικαστικός έλεγχος των Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου. Παρατηρήσεις στην ΣΕ 3636/89 Ολομ., Το Σ 1989, σελ. 237 επ.

⁵¹ ΣτΕ 1250/2003: *«Κατά τη γνώμη των οποίων από τη θεμελιώδη διάταξη του άρθρου 26 παρ. 1 του Συντάγματος προκύπτει ότι η νομοθετική εξουσία ανήκει στη Βουλή και είναι συντεταγμένη, υπό την έννοια ότι η Βουλή υποχρεούται να την ασκεί κατά τα άρθρα 73 επ. του Συντάγματος και δεν δύναται να την εκχωρεί σε άλλα πολιτειακά όργανα, ειμή μόνον υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 43 του Συντάγματος. Κατ' ακολουθία, η διάταξη του άρθρου 44 παρ. 1 του Συντάγματος, εισάγουσα απόκλιση από την αρχή της διακρίσεως των εξουσιών, και ερμηνευομένη, ως εκ τούτου, υπό το φως του άρθρου 26 παρ. 1, έχει την έννοια ότι εκχωρείται μεν προσωρινή αρμοδιότης στον Πρόεδρο της Δημοκρατίας να ασκεί κανονιστική εξουσία χωρίς νομοθετική εξουσιοδότηση, τούτο όμως επιτρέπεται υπό τον όρο ότι συντρέχουν "έκτακτες περιπτώσεις εξαιρετικά επειγούσας και απρόβλεπτης ανάγκης", δηλαδή περιπτώσεις που συνιστούν αντικειμενική αδυναμία της Βουλής, ένεκα χρονικών πιέσεων, να ασκήσει τη λειτουργία της[..] υπό αυστηρές προϋποθέσεις, η συνδρομή των οποίων ελέγχεται από τον ακυρωτικό δικαστή. Ο έλεγχος αυτός είναι αυτονόητος και αναγκαίος προς διασφάλιση των αρχών του κράτους δικαίου και προς αποφυγή της αλλοιώσεως του πολιτεύματος από τον κίνδυνο καταχρηστικής προσφυγής στην εξαιρετική διαδικασία του άρθρου 44 παρ.1[.]. Μειοψήφησαν επίσης[.] κατά την άποψη αυτή, ΠΝΠ δεν επιτρέπεται να περιέχει ατομικές ρυθμίσεις[.].*

⁵² ΣτΕ 738/2012: *«Η ενάσκηση νομοθετικής εξουσίας από τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας, βάσει του άρθρου 44 παρ. 1 του Συντάγματος, πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς και επαρκώς, όσον αφορά τη συνδρομή έκτακτης περίπτωσης εξαιρετικά επειγούσας και απρόβλεπτης ανάγκης, δεδομένου ότι συνιστά εξαίρεση από τους θεμελιώδεις κανόνες των άρθρων 26 παρ. 1 και 43 παρ. 2 του Συντάγματος, η δε (αιτιολογημένη) εκτίμηση του Προέδρου της Δημοκρατίας και του προτείνοντος την πράξη Υπουργικού Συμβουλίου περί της συνδρομής τέτοιας περίπτωσης ελέγχεται από το δικαστή για πρόδηλο σφάλμα εκτίμησης».*

προϋποθέσεων του αρ. 44 παρ. 1 Σ⁵³, αφενός λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα της διαδικασίας αυτής, που αποκλίνει από την αρχή της διάκρισης των εξουσιών, καθώς και αφετέρου προς αποφυγή αλλοίωσης του πολιτεύματος μέσω καταστρατήγησης του θεσμού.

Ως προς το πρώτο, ένα επιπλέον επιχείρημα μπορεί να αντληθεί από τη γνωστή νομολογία για τον έλεγχο των εξαιρετικών περιστάσεων που αιτιολογούν την αντίστροφη περίπτωση της άσκηση διοικητικής εξουσίας από τα νομοθετικά όργανα. Σύμφωνα με αυτήν, οι λόγοι που επιβάλλουν την -κατ'απόκλιση από την αρχή της διάκρισης των εξουσιών- παρείσφρηση μιας λειτουργίας στο πεδίο δράσης της άλλης πρέπει να προκύπτουν σαφώς από την επίμαχη πράξη και εμπίπτουν στον οριακό έλεγχο της δικαστικής εξουσίας⁵⁴.

Ως προς το δεύτερο, είναι χαρακτηριστικό ότι ακόμη και η υπέρμαχοι της αδυναμίας ελέγχου της συνδρομής των προϋποθέσεων έκδοσης των ΠΝΠ δεν είχαν φανταστεί την κατάχρηση του θεσμού την περίοδο της κρίσης. Παραθέτω ενδεικτικώς την ακροτελεύτια διαπίστωση του Απ. Παπακωνσταντίνου σε σχετική μελέτη του πριν δέκα περίπου χρόνια⁵⁵: «Ο δικαστικός έλεγχος θα μπορούσε εν προκειμένω να νοηθεί μόνον ως *ultimum refugium*, σε περιπτώσεις όπου η έκταση, η ένταση και η συχνότητα της καταστρατήγησης του Συντάγματος οδηγούσε σε ουσιαστική ανατροπή των θεσμικών ισορροπιών που διαμορφώνει αυτό. Παρόμοια μορφή καταστρατήγησης του Συντάγματος ουδέποτε παρατηρήθηκε κατά τη διάρκεια της

⁵³ Σημειώνεται ότι αντίστοιχο οριακό έλεγχο ασκούν τα ελληνικά δικαστήρια στις περιπτώσεις της επίταξης, της οποίας οι προϋποθέσεις επίσης διαγράφονται στο αρ. 22 παρ. 4 Σ (πρβλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1766/2014, 1764/2014, 1623/2012). Για το ζήτημα αυτό βλ. Α. Καϊδατζή, Η κατάσταση εξαίρεσης στην ελληνική συνταγματική πρακτική και νομολογία, δημοσιευμένο στο www.academia.edu, σελ. 11 επ.

⁵⁴ «Δεδομένου ότι πρόκειται, πάντως, για απόκλιση από την αρχή της διακρίσεως των λειτουργιών, η θέσπιση ατομικών ρυθμίσεων χωροταξικού και πολεοδομικού σχεδιασμού με τυπικό νόμο είναι δυνατή μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις και, επομένως, οι λόγοι που επιβάλλουν την ανωτέρω απόκλιση και οι οποίοι ανάγονται όχι στη διαδικασία ψηφίσεως του νόμου, αλλά στις προϋποθέσεις ασκήσεως της νομοθετικής λειτουργίας πρέπει να προκύπτουν από τις προπαρασκευαστικές εργασίες του νόμου. Ο έλεγχος δε της απαιτούμενης από το Σύνταγμα συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών υπόκειται στον οριακό έλεγχο του δικαστή (ΣτΕ 1847/2008, σκ. 11)». Για το θέμα αυτό βλ. ιδίως Β. Χρήστου, Θέσπιση ατομικών διοικητικών πράξεων πολεοδομικού περιεχομένου ως άσκηση πολιτικής εξουσίας με τυπικό νόμο και δικαστικός έλεγχος, δημοσιευμένο στον ιστότοπο www.constitutionalism.gr, σελ. 5 και της Ιδίας, Από την κύρωση στη θέσπιση διοικητικών πράξεων με νόμο, Σάκκουλας Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2010, σελ. 151-154. Πρβλ. ΣτΕ 1567/2005, 1847/2008 (Ολ.), 3059/2009 καθώς και Κ. Γιαννακόπουλο, Η επίδραση του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον δικαστικό έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2013, σελ. 238 επ.

⁵⁵ Απ. Παπακωνσταντίνου, Πράξεις νομοθετικού περιεχομένου: συνταγματικές ρυθμίσεις και έλεγχος νομιμότητας (Με αφορμή τη ΣτΕ Ολομ. 1250/2003), ΔιΔικ 2004, σελ. 35

μεταπολίτευσης. Κατά συνέπεια, η περίπτωση αυτή κρίνεται, υπό τα σημερινά δεδομένα, θεσμικά και πολιτικά αδιανόητη»⁵⁶.

5. Λύση από μια άλλη εποχή

Κλείνοντας, με βάση τα προπαρατεθέντα δεδομένα, είναι αναμφίβολη μια τέτοια καταστρατήγηση κατά τη «μνημονιακή» περίοδο. Την ορθή απάντηση για το πώς πρέπει να διαχειριστούν τα δικαστήρια μας τον έλεγχο συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών σε περίοδο καταστρατήγησης της διάταξης, μας δίνει μια απόφαση των πρώτων δεκαετιών λειτουργίας του ΣτΕ, εκδοθείσα σε περιόδους πανθομολογούμενης έκτακτης ανάγκης (Β'Π.Π. και εμφύλιος), η οποία και παραμένει πιο επίκαιρη από ποτέ. Είναι η απόφαση ΣτΕ **1041/1949**⁵⁷, με εισηγητή το Μ. Στασινόπουλο, όπου, με γλαφυρό τρόπο, αφού το δικαστήριο απολογείται για την προηγούμενη άρνηση του να ελέγξει τους εκδοθέντες την προγενέστερη περίοδο αναγκαστικούς νόμους⁵⁸, διαπιστώνει ότι η διόγκωση του φαινομένου με την αθρόα έκδοση αυτών καθιστά τον έλεγχο των ορίων των επιλογών των νομοθετούντων ως αναπόφευκτο. Ο πολιτικός χαρακτήρας των πράξεων αυτών μπορεί να οδηγήσει μόνο σε μείωση της έντασης του ελέγχου, όχι σε αποκλεισμό αυτού, ιδίως σε περιόδους έντονης καταστρατήγησης. Η δυνατότητα εφαρμογής του εν λόγω σκεπτικού στη σύγχρονη συγκυρία είναι, θεωρούμε, κάτι παραπάνω από προφανές.

⁵⁶ Πρβλ και Κ. Χρυσόγονο, *Ο έλεγχος της συνδρομής των ουσιαστικών προϋποθέσεων για την έκδοση πράξεων νομοθετικού περιεχομένου*, ΕλΔικ 1991, σελ.711

⁵⁷ Για την απόφαση αυτή βλ. αναλυτικά Σ. Βλαχόπουλος, *Η κρίση του κοινοβουλευτισμού στο μεσοπόλεμο και το τέλος της Β' Ελληνικής Δημοκρατίας το 1935, Οι θεσμικές όψεις μιας οικονομικής κρίσης*, Ευρασία, Αθήνα 2012, σελ. 294 επ. καθώς και Χ. Χρυσανθάκη, *ό.π.*, σελ. 396 επ.

⁵⁸ Για τη νομολογιακή διαμάχη μεταξύ Α.Π. και ΣτΕ εκείνη την εποχή ως προς το ζήτημα αυτό βλ. αναλυτικά Α. Μάνεση, *Περί αναγκαστικών νόμων. Αι εξαιρετικά νομοθετικά αρμοδιότητες της εκτελεστικής εξουσίας*, Εκδοτικός Οίκος «Το Νομικόν» Νικ. Α. Σάκκουλα, Αθήναι-Θεσσαλονίκη, 1953, σ. 213 επ., Ι. Δ. Μεταξά, *Το δίκαιον της ανάγκης και η διάσταση της νομολογίας Συμβουλίου της Επικρατείας και Αρείου Πάγου*, 1970, σελ. 247 επ. καθώς και Θ. Τσάτσο, *Η διάσταση της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Αρείου Πάγου εξ αφορμής των αναγκαστικών νόμων και τα εκ τούτης προβλήματα*, ΕΕΝ 1952, σελ. 81 επ.

Η ΠΡΟΣΒΑΣΗ ΤΟΥ ΚΟΙΝΟΥ ΣΕ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΕΣ ΛΗΨΗΣ ΑΠΟΦΑΣΕΩΝ ΠΟΥ ΑΦΟΡΟΥΝ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΒΑΣΕΙ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΤΟΥ ΑΑΡΧΟΥΣ

Ζήσης Χ. Βουρουτζής, Μ.Δ.Ε., Δικηγόρος

1. Εισαγωγή¹

Την 25η Ιουνίου 1998, στην πόλη Άαρχους της Δανίας, υπογράφηκε μεταξύ τριάντα πέντε (35)² χωρών η ομώνυμη Σύμβαση (ή Συνθήκη)³, η οποία αφορά την πρόσβαση σε πληροφορίες, τη συμμετοχή του κοινού στη λήψη αποφάσεων και την πρόσβαση στη δικαιοσύνη για περιβαλλοντικά θέματα.

Η Σύμβαση του Άαρχους περιγράφεται ως “το πιο φιλόδοξο εγχείρημα της περιβαλλοντικής δημοκρατίας που έχει ποτέ αναληφθεί υπό την αιγίδα των Ηνωμένων Εθνών”. Η ιδεολογική βάση της Σύμβασης του Άαρχους συνίσταται στο ότι κάθε άτομο έχει το δικαίωμα να ζει σε ένα περιβάλλον κατάλληλο για την υγεία και την ευημερία του⁴. Τούτο μπορεί να επιτευχθεί μόνο με τη συμμετοχή όλων των ενδιαφερόμενων μερών, δηλαδή των ανθρώπων⁵.

Κατά τη συστηματική θεώρηση της Σύμβασης, έχει επικρατήσει ο διαχωρισμός της σε τρία μέρη - “πυλώνες”, τα οποία περιγράφουν τρεις ξεχωριστές κατηγορίες δικαιωμάτων προς τους ενεργητικά νομιμοποιούμενους.

Ο πρώτος πυλώνας περιέχει διατάξεις σχετικές με το δικαίωμα των πολιτών για πρόσβαση στις περιβαλλοντικές πληροφορίες.

Ο δεύτερος πυλώνας αναφέρεται στη συμμετοχή του κοινού στη διαδικασία λήψης αποφάσεων που αφορούν περιβαλλοντικά ζητήματα.

Ο τρίτος πυλώνας ρυθμίζει την πρόσβαση στη δικαιοσύνη για τους ενεργητικά νομιμοποιούμενους. Ουσιαστικά θέτει σε ισχύ τους δύο προηγούμενους πυλώνες στις εθνικές νομοθεσίες και ενδυναμώνει την εφαρμογή της εθνικής περιβαλλοντικής νομοθεσίας.

2. Η Διεθνής Σύμβαση του Άαρχους

Οι διεθνείς συνθήκες αποτελούν την κατεξοχήν δικαιοπραξία για τη ρύθμιση σχέσεων στο πλαίσιο της διεθνούς κοινότητας. Τα υποκείμενα του διεθνούς δικαίου χρησιμοποιούν τις διεθνείς συνθήκες για να καθορίσουν πληθώρα ζητημάτων (όπως η προστασία των ανθρώπινων δικαιωμάτων, η κωδικοποίηση προϋπάρχοντος εθιμικού δικαίου ή η προστασία του περιβάλλοντος)⁶. Η Σύμβαση του Άαρχους, η οποία

¹ Ο συγγραφέας εκφράζει τις θερμές του ευχαριστίες προς τη Δρ. Ιωάννα Α. Κυριτσάκη για την πολύτιμη συμβολή της στη διαμόρφωση της παρούσας μελέτης.

² Τα κράτη που υπέγραψαν τη Σύμβαση του Άαρχους είναι τα εξής: Αλβανία, Αρμενία, Αυστρία, Βέλγιο, Βουλγαρία, Κροατία, Κύπρος, Τσεχία, Δανία, Εσθονία, Φιλανδία, Γαλλία, Γεωργία, Ελβετία, Ελλάδα, Ενωμένο Βασίλειο, Ιρλανδία, Ισλανδία, Ισπανία, Ιταλία, Καζακστάν, Κάτω Χώρες, Λετονία, Λιθουανία, Λιχτενστάιν, Λουξεμβούργο, Μολδαβία, Μονακό, Νορβηγία, Ουκρανία, Πολωνία, Πορτογαλία, Ρουμανία, Σλοβενία και Σουηδία.

³ Μολονότι η ορθή λεκτική απόδοση της πόλης της Δανίας είναι Όρχους και όχι Άαρχους, η μελέτη θα ακολουθήσει τελικά την κρατούσα εκδοχή.

⁴ S. Wolf, Access to EU environmental information: EU compliance with Aarhus Convention, ERA Forum, 2013, 14: 475 – 491.

⁵ R. Lanceiro - Global administrative law and EU administrative law, 2011, Springer, New York.

⁶ E. Ρούκουνας, Διεθνές Δίκαιο, 2004, 3η έκδοση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα - Κομοτηνή.

κυρώθηκε με τον Ν. 3422/2005 και έχει αυξημένη νομική ισχύ σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ.1 Σ, δεν περιλαμβάνει μία γενική ρύθμιση σχετικά με τη συμμετοχή του κοινού⁷ στις διαδικασίες λήψης αποφάσεων, αλλά αντίθετα εξειδικεύεται σε επιμέρους άρθρα. Η Σύμβαση του Αρχαίου, το περιεχόμενο της οποίας αναβαθμίζει και προάγει το δικαιώματά των Ελλήνων πολιτών αναφορικά με τα περιβαλλοντικά ζητήματα, ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο δυνάμει του υπ' αριθμό 402/1974 Π.Δ. και σύμφωνα προς τις διατάξεις των άρθρων 35 και 36 παρ. 2 Σ⁸.

3. Το άρθρο 6 του Ν. 3422/2005

Το **άρθρο 6** περιέχει τις διατάξεις που αφορούν τη συμμετοχή του κοινού σε αποφάσεις για ειδικές δραστηριότητες, που απαριθμούνται περιοριστικά στο Παράρτημα Ι του εν λόγω νόμου και ενδεικτικά περιλαμβάνουν έργα κατασκευής αυτοκινητοδρόμων και οδών ταχείας κυκλοφορίας. Το ενδιαφερόμενο κοινό ενημερώνεται είτε με δημόσια ανακοίνωση είτε μεμονωμένα, όπως ενδείκνυται κάθε φορά, σε πρώιμο στάδιο της διαδικασίας λήψεως περιβαλλοντικών αποφάσεων, μεταξύ άλλων, σχετικά με:

- i) την προτεινόμενη δραστηριότητα και την εφαρμογή για την οποία λαμβάνεται απόφαση,
- ii) τον χαρακτήρα πιθανών αποφάσεων ή του σχεδίου απόφασης,
- iii) τη δημόσια αρχή, που είναι υπεύθυνη για τη λήψη της απόφασης και
- iv) την προβλεπόμενη διαδικασία.

Οι διαδικασίες συμμετοχής του κοινού περιλαμβάνουν εύλογα χρονοδιαγράμματα για τις διάφορες φάσεις, προσφέροντας επαρκή χρόνο για την ενημέρωση του κοινού, και για την προπαρασκευή και πραγματική συμμετοχή του κατά τη λήψη των περιβαλλοντικών αποφάσεων.

4. Η νομοθετική πρόβλεψη για την εφαρμογή του άρθρου 6 του Ν. 3422/2005

Στην ελληνική έννομη τάξη, η νομοθετική πρόβλεψη σχετικά με τη συμμετοχή του κοινού σε αποφάσεις για ειδικές δραστηριότητες περιλήφθηκε στον Ν. 4014/2011⁹. Ειδικότερα, δυνάμει του άρθρου 18 του Ν. 4014/2011, δημιουργήθηκε το Ηλεκτρονικό Περιβαλλοντικό Μητρώο (Η.Π.Μ.) πληροφοριών, που αφορά τη διαδικασία έκδοσης, ανανέωσης, τροποποίησης, καθώς και την παρακολούθηση της εφαρμογής των Αποφάσεων Έγκρισης Περιβαλλοντικών Όρων (Α.Ε.Π.Ο.) και των

⁷ Με την όρο “κοινό” εννοείται, κατά το άρθρο 2 της Σύμβασης ένα ή περισσότερα φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία και πρακτική, οι ενώσεις, οι οργανισμοί ή οι ομάδες τους, σε αντιδιαστολή με “το ενδιαφερόμενο κοινό”, το οποίο ορίζεται ως το κοινό που επηρεάζεται ή ενδέχεται να επηρεαστεί από τη λήψη αποφάσεων για το περιβάλλον, ή έχει συμφέρον από αυτές για τους σκοπούς του παρόντος ορισμού, οι μη κυβερνητικοί οργανισμοί που προωθούν την περιβαλλοντική προστασία και πληρούν οποιεσδήποτε προϋποθέσεις κατά το εθνικό δίκαιο θεωρείται ότι έχουν συμφέρον. Πρακτικά, το κοινό εν γένει θα πρέπει να θεωρείται ότι καταλαμβάνει το σύνολο των ενεργητικά νομιμοποιημένων, σύμφωνα με το άρθρο 2 της Σύμβασης, που έχουν την υπηκοότητα (για τα φυσικά πρόσωπα), την καταστατική έδρα ή την εν τοις πράγμασι δραστηριότητά τους (για τα νομικά πρόσωπα) μόνο στα κράτη, που έχουν υπογράψει τη Σύμβαση.

⁸ Σύμφωνα με το άρθρο 36 παρ. 2 Σ, οι συνθήκες για εμπόριο, φορολογία, οικονομική συνεργασία και συμμετοχή σε διεθνείς οργανισμούς ή ενώσεις, και όσες άλλες περιέχουν παραχωρήσεις για τις οποίες, σύμφωνα με άλλες διατάξεις του Συντάγματος, τίποτε δεν μπορεί να οριστεί χωρίς νόμο, ή οι οποίες επιβαρύνουν ατομικά τους Έλληνες, δεν ισχύουν χωρίς τυπικό νόμο που να τις κυρώνει. Αλλά και το άρθρο 35 παρ. 1 Σ, προβλέπει ότι καμία πράξη του Προέδρου της Δημοκρατίας δεν ισχύει ούτε εκτελείται χωρίς την προσυπογραφή του αρμόδιου Υπουργού, ο οποίος με μόνη την υπογραφή του γίνεται υπεύθυνος και χωρίς τη δημοσίευσή της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

⁹ Όπως τροποποιήθηκε και ισχύει από τον Ν. 4042/2012.

Πρότυπων Περιβαλλοντικών Δεσμεύσεων (Π.Π.Δ.), το οποίο τηρείται στο Υπουργείο Περιβάλλοντος και Ενέργειας (εφεξής μνημονευόμενο ως Υ.ΠΕ.Ε.)¹⁰.

Με την έναρξη της διαδικασίας περιβαλλοντικής αδειοδότησης, όλα τα έργα κατηγορίας Α ή Β¹¹, λαμβάνουν το καθένα αυτόματα ένα μοναδικό χαρακτηριστικό αριθμό που καλείται Περιβαλλοντική Ταυτότητα (ΠΕ.Τ.). Η ΠΕ.Τ. παραμένει αμετάβλητη σε κάθε περίπτωση τροποποίησης του έργου και περιλαμβάνει κάθε περιβαλλοντική πληροφορία που το αφορά και το συνοδεύει σε όλο τον κύκλο ζωής του.

Κατά το άρθρο 19 του Ν. 4014/2011, εντός της προθεσμίας που έχει οριστεί για τη δημόσια διαβούλευση, το ενδιαφερόμενο κοινό¹² έχει το δικαίωμα να διατυπώσει εγγράφως τεκμηριωμένες απόψεις και σχόλια, σχετικά με τις επιπτώσεις στο περιβάλλον του υπό αδειοδότηση έργου ή της δραστηριότητας. Οι απόψεις αυτές κατατίθενται ή αποστέλλονται στην αρμόδια υπηρεσία της οικείας Περιφέρειας¹³.

5. Το άρθρο 7 του Ν. 3422/2005

Το **άρθρο 7** περιέχει τις διατάξεις που αφορούν τη συμμετοχή του κοινού όσον αφορά σχέδια, προγράμματα και πολιτικές σχετικά με το περιβάλλον. Το κοινό που δύναται να συμμετάσχει επισημαίνεται από τη σχετική δημόσια αρχή, λαμβανομένων υπόψη των στόχων της Σύμβασης του Άαρχους. Στον ενδεδειγμένο βαθμό, κάθε συμβαλλόμενο μέρος της υπό εξέταση Σύμβασης, καταβάλλει προσπάθειες προκειμένου να προσφέρει ευκαιρίες για συμμετοχή του κοινού κατά την προπαρασκευή πολιτικών σχετικά με το περιβάλλον.

6. Η νομοθετική πρόβλεψη για την εφαρμογή του άρθρου 7 του Ν. 3422/2005

Προς τον σκοπό της υλοποίησης των διατάξεων του άρθρου 7 του Ν. 3422/2005, ο έλληνας νομοθέτης ενσωμάτωσε την απαιτούμενη “εναρμόνιση” στον Ν. 3852/2010. Ειδικότερα, το άρθρο 73 προβλέπει την σύσταση Επιτροπών Ποιότητας Ζωής σε

¹⁰ Στο Η.Π.Μ. καταχωρίζονται όλες οι ενέργειες και πληροφορίες καθ' όλα τα στάδια της διαδικασίας για την έκδοση, ανανέωση ή τροποποίηση Α.Ε.Π.Ο. ή Π.Π.Δ., καθώς επίσης και το σύνολο των πληροφοριών που αναφέρονται στην πέραν αυτών περιβαλλοντική επίδοση ενός έργου ή μιας δραστηριότητας κατά τη διάρκεια του συνολικού κύκλου ζωής, συμπεριλαμβανομένων των αποτελεσμάτων τυχόν περιβαλλοντικών επιθεωρήσεων. Τη μέριμνα εισαγωγής, αμελλητί, κάθε πληροφορίας στο Η.Π.Μ., έχει η αρμόδια υπηρεσία ή ο φορέας του έργου ή της δραστηριότητας αντιστοίχως, εφόσον επισπεύδει την ενέργεια ή κοιμίζει το έγγραφο. Κατ' εξαίρεση, τα σχόλια που υποβάλλονται από το κοινό στο πλαίσιο των διαβουλεύσεων που προβλέπονται από τον παρόντα νόμο, δύναται να υποβάλλονται εγγράφως.

¹¹ Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 4014/2011, τα έργα και οι δραστηριότητες του δημόσιου και ιδιωτικού τομέα, των οποίων η κατασκευή ή λειτουργία δύναται να έχουν επιπτώσεις στο περιβάλλον, κατατάσσονται σε δύο κατηγορίες (Α και Β) ανάλογα με τις επιπτώσεις τους στο περιβάλλον. Η πρώτη κατηγορία (Α) περιλαμβάνει τα έργα και τις δραστηριότητες τα οποία ενδέχεται να προκαλέσουν σημαντικές επιπτώσεις στο περιβάλλον και για τα οποία απαιτείται η διεξαγωγή Μελέτης Περιβαλλοντικών Επιπτώσεων (Μ.Π.Ε.) προκειμένου να επιβάλλονται ειδικοί όροι και περιορισμοί για την προστασία του περιβάλλοντος σχετικά με το συγκεκριμένο έργο ή δραστηριότητα. Τα έργα και οι δραστηριότητες της κατηγορίας Α κατατάσσονται: α) σε αυτά που ενδέχεται να προκαλέσουν πολύ σημαντικές επιπτώσεις στο περιβάλλον και αποτελούν την υποκατηγορία Α1 και β) σε αυτά που ενδέχεται να προκαλέσουν σημαντικές επιπτώσεις στο περιβάλλον και αποτελούν την υποκατηγορία Α2. Η δεύτερη κατηγορία (Β) περιλαμβάνει έργα και δραστηριότητες τα οποία χαρακτηρίζονται από τοπικές και μη σημαντικές μόνο επιπτώσεις στο περιβάλλον και υπόκεινται σε γενικές προδιαγραφές, όρους και περιορισμούς που τίθενται για την προστασία του περιβάλλοντος.

¹² Ως ενδιαφερόμενο κοινό ορίζεται ως κοινό που θίγεται ή ενδέχεται να θιγεί ή του οποίου διακυβεύονται έννομα συμφέροντα από τις διαδικασίες λήψης αποφάσεων για την πραγματοποίηση του έργου ή της δραστηριότητας, συμπεριλαμβανομένων και των μη κυβερνητικών οργανώσεων

¹³ Άρθρο 7 παρ. 2 της υπ' αριθμό 1649/2014 Υ.Α..

δήμους άνω των δέκα χιλιάδων (10.000) κατοίκων, οι οποίες αποτελούν το αποφασιστικό και εισηγητικό όργανο άσκησης των σχετικών με την ποιότητα ζωής, τη χωροταξία, την πολεοδομία και την προστασία του περιβάλλοντος του δήμου. Κατά την άσκηση των σχετικών αρμοδιοτήτων της λαμβάνει ειδική μέριμνα για το σχεδιασμό δράσεων που αποβλέπουν στην αναβάθμιση της ποιότητας ζωής και εν γένει την εξυπηρέτηση των ατόμων με αναπηρίες.

Ειδική μνεία θα πρέπει να γίνει στην Ειδική Γραμματεία Υδάτων του Υ.ΠΕ.Ε., η οποία έχει προβεί συστηματικά στην προσπάθεια ενημέρωσης και συμμετοχής του ενδιαφερόμενου κοινού, διαμέσω της διαδικτυακής της ιστοσελίδας, αναφορικά με την εφαρμογή του Ν. 3983/2011 ώστε να διαμορφωθούν οι στρατηγικές για κάθε θαλάσσια υποπεριοχή της Μεσογείου.

Ξεχωριστή αναφορά, τέλος, θα πρέπει να γίνει στο Εθνικό Συμβούλιο Χωροταξικού Σχεδιασμού και Αειφόρου Ανάπτυξης, το οποίο υπάγεται στο Υ.ΠΕ.Ε. και αποτελεί όργανο κοινωνικού διαλόγου και διαβούλευσης για θέματα ιδιαίτερης σημασίας που αφορούν την άσκηση της εθνικής χωροταξικής πολιτικής και πολιτικής αειφόρου ανάπτυξης¹⁴.

7. Το άρθρο 8 του Ν. 3422/2005

Το **άρθρο 8** περιέχει διατάξεις που αφορούν τη συμμετοχή του κοινού κατά την προπαρασκευή εκτελεστικών κανονισμών ή/και νομικώς δεσμευτικών κανονιστικών πράξεων γενικής εφαρμογής. Ειδικότερα, κάθε συμβαλλόμενο μέρος της Σύμβασης του Άρχους προσπαθεί να προωθήσει πραγματική συμμετοχή του κοινού σε ενδεδειγμένο στάδιο, και ενώ είναι ακόμη ανοικτές οι επιλογές, κατά την προπαρασκευή από τις δημόσιες αρχές εκτελεστικών κανονισμών και άλλων νομικώς δεσμευτικών κανονιστικών πράξεων γενικής εφαρμογής που ενδέχεται να έχουν σημαντικές επιπτώσεις στο περιβάλλον.

8. Η νομοθετική πρόβλεψη για την εφαρμογή του άρθρου 8 του Ν. 3422/2005

Ο Έλληνας νομοθέτης, προκειμένου να ανταποκριθεί στη διάταξη του άρθρου 8 του Ν. 3422/2005, υπήγαγε την υλοποίηση της προσπάθειας προώθησης της συμμετοχής του κοινού στην περίφημη πλέον διαδικτυακή πλατφόρμα της “Ανοιχτής Διακυβέρνησης”, του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης.

Αντικείμενο του Ν. 3861/2010 είναι η εισαγωγή της υποχρέωσης ανάρτησης των νόμων, των προεδρικών διαταγμάτων, και των πράξεων που εκδίδουν τα αναφερόμενα στο νόμο καθοριζόμενα πρόσωπα και όργανα στο διαδίκτυο και η δημιουργία των προϋποθέσεων και διαδικασιών για τη διασφάλιση ευρύτατης δημοσιότητας αυτών.

Παρόλο που ο Ν. 3861/2010 αποτελεί μία σημαντική πρόοδο όσον αφορά την πληροφόρηση του κοινού αναφορικά με τις εν γένει πράξεις της διοίκησης, διαδικτυακά τουλάχιστον, δεν προβλέπεται η *συμμετοχή* του κοινού στο αναρτητέο υλικό. Η επονομαζόμενη και “ηλεκτρονική διαβούλευση”, η ανάρτηση δηλαδή του προς ψήφιση νομοθετικών πράξεων ώστε κάθε ενδιαφερόμενο μέρος να μπορεί να υποβάλλει σχόλια, παρατηρήσεις ή ακόμα και κριτική εξειδικεύεται από τον Ν. 4048/2012 περί της Ρυθμιστικής Διακυβέρνησης. Η διαβούλευση, όπως το άρθρο 8 του Ν. 3422/2005 απαιτεί, επιτυγχάνεται με τη δημοσιοποίηση της σχεδιαζόμενης ρύθμισης με πρόσφορα μέσα, με σκοπό την έγκαιρη ενημέρωση και συμμετοχή σε αυτήν των πολιτών, κοινωνικών φορέων και

¹⁴ Έργο του Συμβουλίου είναι η υποβολή γνωμοδοτήσεων ή έγγραφων παρατηρήσεων και η διατύπωση προτάσεων σχετικά με την εθνική χωροταξική πολιτική και πολιτική αειφόρου ανάπτυξης και τα αναγκαία μέτρα και ενέργειες για την εφαρμογή τους.

κάθε ενδιαφερομένου. Υπόχρεος για την κίνηση της διαδικασίας διαβούλευσης είναι ο έχων τη νομοθετική πρωτοβουλία Υπουργός.

Η διαβούλευση επί των νομοσχεδίων γίνεται και μέσω του δικτυακού τόπου www.opengov.gr, οπότε ολοκληρώνεται σε δύο φάσεις, οι οποίες μπορούν να λαμβάνουν

χώρα

ταυτόχρονα:

i) Η πρώτη φάση της διαβούλευσης διαρκεί τουλάχιστον δύο (2) εβδομάδες. Αντικείμενο της διαβούλευσης είναι η ενημέρωση και η παροχή δυνατότητας σχολιασμού σχετικά με τον στόχο και το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα της σχεδιαζόμενης ρύθμισης, οι εναλλακτικές επιλογές, το κόστος, τα οφέλη και οι διακινδυνεύσεις που ενδέχεται να προκύψουν από αυτήν.

ii) 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 σχολιασμού¹⁵.

Το Γραφείο Νομοθετικής Πρωτοβουλίας του οικείου Υπουργείου συντάσσει έκθεση επί της δημόσιας διαβούλευσης, στην οποία παρουσιάζονται ομαδοποιημένα τα σχόλια και οι προτάσεις όσων έλαβαν μέρος στη διαβούλευση και τεκμηριώνεται η ενσωμάτωσή τους ή μη στις τελικές διατάξεις¹⁶. Η έκθεση συνοδεύει τη ρύθμιση κατά την κατάθεσή της στη Βουλή, αναρτάται στο δικτυακό τόπο που έλαβε χώρα η διαβούλευση και αποστέλλεται με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο στις ηλεκτρονικές διευθύνσεις από τις οποίες προήλθαν τα σχόλια.

9. Επίλογος - Συμπεράσματα

Όπως μνημονεύτηκε ήδη στην εισαγωγή της μελέτης, η Σύμβαση του Άαρχους στο σύνολό της υπογράφηκε ήδη από το 1998. Κι όμως, η Σύμβαση του Άαρχους, όχι μόνο ως προς το περιεχόμενό της, αλλά και ακόμα και ως προς την ονομασία της καθεαυτή παραμένει σχεδόν καθολικά άγνωστη στους κόλπους του νομικού κόσμου, πολλώ δε μάλλον στη συντριπτική πλειοψηφία των πολιτών.

Το “περιβάλλον”, ως μία αοριστολογική έννοια, όπως την αντιλαμβάνεται ο μέσος πολίτης, δεν έχει ανέλθει ακόμα στη συνείδηση των πολιτών ως ένα πεδίο δράσης, εξίσου κεφαλαιώδες σε σχέση λ.χ. με την οικονομία ή την αναψυχή.

Ιστοσελίδες όπως το www.opengov.gr μπορεί να υλοποιούν πλήρως το δικαίωμα συμμετοχής του κοινού, η συγκέντρωση όμως σε μία ιστοσελίδα όλων των πράξεων της Διοίκησης από το σύνολο των Υπουργείων καθώς και η διάταξη της ίδιας της ιστοσελίδας, μάλλον δυσχεραίνει τους ενδιαφερόμενους πολίτες να συμμετάσχουν παρά τους βοηθάει. Ακόμα όμως και ο κατακερματισμός και η αυτοτέλεια των νομικών προσώπων διαμόρφωσης περιβαλλοντικής πολιτικής, η οποία εξωτερικεύεται με ξεχωριστούς ιστοτόπους και διαδικασίες, οπωσδήποτε δυχαίρνει

¹⁵ Ενδεικτικό παράδειγμα αποτελεί η δημόσια κατ' άρθρο διαβούλευση σχεδίου νόμου του ΥΠ.Ε.Ε., η οποία άρχισε την 16/09/2014 και ολοκληρώθηκε την 26/09/2014 για την ενσωμάτωση στο ελληνικό δίκαιο της Οδηγίας 2012/27/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 25ης Οκτωβρίου 2012 «για την ενεργειακή απόδοση, την τροποποίηση των Οδηγιών 2009/125/ΕΚ και 2010/30/ΕΕ και την κατάργηση των Οδηγιών 2004/8/ΕΚ και 2006/32/ΕΚ». Μολονότι το σχέδιο νόμου δεν αναφέρει ρητά ότι ελήφθη υπόψη η άποψη του κοινού, ωστόσο τούτο είναι επιτρεπτό να μνημονευθεί σε έτερο στάδιο έως την έκδοση του τελικού νόμου (λχ. στην αιτιολογική έκθεση).

¹⁶ Ενδεικτικό παράδειγμα αποτελεί η αιτιολογική έκθεση για το νόμο που αφορά το “κέντρο αθλητισμού, μνήμης και πολιτισμού του αθλητικού σωματείου της Α.Ε.Κ. στη Ν. Φιλαδέλφεια Αττικής”, στην οποία μνημονεύεται ότι: “Οι προτεινόμενες βελτιώσεις στο πολεοδομικό πλαίσιο της περιοχής, και οι βασικές αρχές του επενδυτικού προγράμματος, έχουν ήδη αποτελέσει αντικείμενο ευρείας δημοσιότητας, εκτεταμένης διαβούλευσης και δημόσιου διαλόγου, τόσο με την παρουσίασή τους στο κοινό και τη συμμετοχή του τελευταίου σε αυτό, όσο και με την διεξοδική ανάλυση και συζήτησή τους σε τυπικές και άτυπες συνεδριάσεις του δημοτών και πολιτών της ευρύτερης περιοχής της Φιλαδέλφειας [...]”.

το ήδη δαιδαλώδες τοπίο στην αναζήτηση υλοποίησης του δικαιώματος του πολίτη στη λήψη αποφάσεων.

Η σημαντικότερη ίσως παράμετρος, η οποία προκαλεί την άγνοια, είναι η έλλειψη της προώθησης εκ μέρους των αρμόδιων υπηρεσιών της δυνατότητας συμμετοχής των πολιτών στη λήψη αποφάσεων (π.χ. με διαφημίσεις στην τηλεόραση και στο ραδιόφωνο). Όπως άλλωστε είπε κάποτε και ο μεγάλος Άγγλος φιλόσοφος, επιστήμονας, συγγραφέας, πολιτικός και δικηγόρος, Sir Francis Bacon, “scientia potentia est”: η γνώση είναι δύναμη¹⁷.

Η αλλαγή της νοοτροπίας ασφαλώς δεν μπορεί να επαφίεται στον κάθε έναν πολίτη ξεχωριστά ούτε τα περιβαλλοντικά ζητήματα να αποτελούν μία μορφή δραστηριοποίησης ελεύθερου χρόνου για μία πολύ συγκεκριμένη μερίδα πολιτών.

Θα πρέπει τέλος να δοθεί από την Πολιτεία η βέβαιότητα πως η συμμετοχή του κοινού στη λήψη αποφάσεων που αφορούν το περιβάλλον λαμβάνεται πραγματικά υπόψη κατά τη χάραξη της αντίστοιχης πολιτικής. Εν κατακλείδι, θα πρέπει να γίνει κτήμα σε κάθε έναν πολίτη του Κράτους ότι η διατήρηση ενός υγιούς και ασφαλούς περιβάλλοντος δεν εξασφαλίζει απλά την ποιότητα ζωής στον άνθρωπο αλλά πολύ περισσότερο αποτελεί όρο απαραίτητο για την ίδια την επιβίωσή του¹⁸.

¹⁷ S. Tilling, Access to commercially sensitive environmental information, ERA Forum, 2013, 14:493–506.

¹⁸ Δέσποινα Κλαβανίδου, *Εταιρεία Νομικών Βορείου Ελλάδος*, Ζητήματα Νομικής Προστασίας του Περιβάλλοντος, 2011, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα - Θεσσαλονίκη.

ΙΔΙΩΤΙΚΟΤΗΤΑ ΚΑΙ ΕΡΓΑΣΙΑΚΟ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝ: Η ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΗΣ ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ Ε.Δ.Δ.Α.

Γεώργιος Τσαούσης, Δικηγόρος Ιωαννίνων, Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου Πανεπιστημίου Ντιζόν

1. Η Ακαταμάχητη γοητεία του ελέγχου.

« Η γνώση είναι δύναμη¹». Με αυτή τη φράση ο Δικηγόρος – Πολιτικός Sir Francis Bacon συνέβαλλε στη θεμελίωση της έννοιας, δηλαδή της σημαντικότητας της επιστήμης προκειμένου η Ευρώπη να κατορθώσει να βγει από τον πνευματικό μεσαίωνα. Η επιστημονική γνώση λοιπόν προσφέρει στο άτομο αυτοπεποίθηση και σιγουριά. Αποτελεί απαραίτητο εφόδιο τόσο για την επαγγελματική όσο και την κοινωνική του καταξίωση. Η γνώση όμως για το τι ακριβώς συμβαίνει γύρω μας, η δυνατότητα του ελέγχου, της παρακολούθησης κάθε κίνησης, ασκεί, πέραν πάσης αμφιβολίας, μία ακαταμάχητη έλξη εξ αιτίας του ότι αυτού του είδους η γνώση σημαίνει δύναμη με την ουσιαστική έννοια του όρου, δηλαδή της επικυριαρχίας έναντι του συνανθρώπου. Κατά τον Locke « ο άνθρωπος όντας απόλυτος άρχοντας του εαυτού και της περιουσίας του ζει με τον αέναο κίνδυνο της εισβολής (στην ιδιωτική του σφαίρα) από τους ομοίους του² ». Στα σύγχρονα οργανωμένα Κράτη – Δικαίου αυτή η δύναμη της γνώσης, με άλλα λόγια η δυνατότητα παρακολούθησης έχει ως πρώτιστο στόχο την ασφάλεια, τη διαφύλαξη της Δημόσιας τάξης. « Καμία πόλη, κανένας δρόμος, κανένα συγκρότημα κατοικιών δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής της Δημοκρατικής τάξης » είχε πει με περηφάνια πριν από λίγα χρόνια ο τότε Πρόεδρος της Γαλλίας Nicolas Sarkozy³. Η Κρατική εξουσία λοιπόν όχι μόνο χρησιμοποιεί συστηματικά μεθόδους παρακολούθησης αλλά είναι και περήφανη γι' αυτό.

Η ιδιωτική πρωτοβουλία, δρώντας σε παράλληλη τροχιά με την εκτελεστική εξουσία, μοιάζει να « ζηλεύει » τις δυνατότητες παρακολούθησης των Κρατικών Αρχών και τα οφέλη που αυτές προσφέρουν. Φυσικό και επόμενο λοιπόν είναι η επιθυμία της να τις αντιγράψει και φυσικά να τις εφαρμόσει εκεί που θα μπορέσει να αποκομίσει το μεγαλύτερο δυνατό όφελος, ήτοι στο εργασιακό περιβάλλον. Η προστασία της ιδιωτικότητας στον εργασιακό τομέα είναι ζήτημα που απασχολεί έντονα όχι μόνον τους νομικούς αλλά για ευνότερους λόγους και ευρύτερα στρώματα της κοινωνίας. Άλλωστε, ήδη από το 1948 ο George Orwell στο προφητικό μανιφέστο του "1984" περιγράφει ένα δυστοπικό μέλλον, όπου το ολοκληρωτικό καθεστώς του « Μεγάλου Αδελφού » παρακολουθεί συνέχεια τους πάντες και τα

¹ « *Ipsa Scientia Potestas Est* », Sir Francis Bacon, « *Meditationes Sacrae. De Hæresibus* », 1597. Ο Αριστοτέλης (384-322 π.Χ.) ήδη από τα αρχαία χρόνια είχε παρατηρήσει ότι η επιθυμία για γνώση αποτελεί στοιχείο της φύσης κάθε ανθρώπου. Στην ιστορία μάλιστα έμεινε η περίφημη ρήση του: « Πάντες άνθρωποι τοῦ εἰδέναι ὀρέγονται φύσει ».

² LOCKE, J., « *Traité du gouvernement civil* », traduction de David Mazel, introduction, bibliographie, chronologie et notes par Simone Goyard – Fabre, éd. Flammarion, 2ième éd, Paris, 1992, p. 154.

³ SARKOZY, N., απόσπασμα από λόγο που εκφώνησε την 30^η Ιουλίου 2010, διαθέσιμος στην ιστοσελίδα: www.elysee.fr

πάντα. Η ταχύτατη ανάπτυξη των νέων τεχνολογιών (κάμερες, διαδίκτυο) είναι ο σπόρος που επιτρέπει τη δημιουργία ενός Κράτους Λεβιάθαν.

Θα πρέπει βέβαια να διευκρινιστεί ότι η τεχνολογική εξέλιξη δεν αποτελεί την αφορμή αλλά το μέσο. Ειδικότερα, η επιθυμία παρακολούθησης ενυπάρχει, δεν δημιουργήθηκε ένεκα της τεχνολογικής εξέλιξης. Η τεχνολογία απλά τελειοποιεί τις δυνατότητες παρακολούθησης. Υπάρχει όμως μία ουσιαστική διαφορά: Η δράση των Κρατικών Αρχών υπηρετεί πάντοτε το Δημόσιο συμφέρον, αγαθό που χρήζει υπέρτερης προστασίας σε ένα Κράτος Δικαίου (σε σημείο μάλιστα ώστε η διαφύλαξή του να δικαιολογεί ακόμη και τον – ορθολογικό - περιορισμό ατομικών θεμελιωδών δικαιωμάτων). Στην περίπτωση όμως της ιδιωτικής πρωτοβουλίας και συγκεκριμένα του εργοδότη, τα κίνητρα είναι εξ ορισμού πιο ταπεινά δεδομένου ότι επικεντρώνονται αποκλειστικά είτε στην ασφάλεια της επιχείρησής του είτε στην αύξηση του προσωπικού του κέρδους μέσω της συχνά ασφυκτικής παρακολούθησης των εργαζομένων του ως τρόπος που οδηγεί, θεωρητικά τουλάχιστον, στη βελτιστοποίηση της αποδοτικότητάς τους.

Το ζήτημα λοιπόν που τίθεται είναι αφενός μεν η υπέρτερη προστασία που πρέπει να απολαμβάνει η προστασία της ιδιωτικής ζωής ως θεμελιώδες δικαίωμα άρρηκτα συνδεδεμένο με την ανθρώπινη τιμή και αξιοπρέπεια (αριθμ. 2 και 3), με ποιο θεσμικό μέσο επιδιώκεται η προστασία του (αριθμ. 4) και υπό ποιες προϋποθέσεις θα πρέπει το δικαίωμα αυτό να περιορίζεται εντός του εργασιακού περιβάλλοντος ώστε να επιτυγχάνεται η απαραίτητη ισορροπία ανάμεσα στο σεβασμό της ιδιωτικής ζωής του εργαζομένου αλλά και την προστασία των δικαιολογημένων συμφερόντων του εργοδότη (αριθμ. 5 και 6).

2. Η αμυντική διάσταση της ιδιωτικότητας.

Η προστασία της ιδιωτικής ζωής προστατεύεται σε Συνταγματικό επίπεδο δυνάμει του άρθρ. 9 παρ. 1: « *Η κατοικία του καθενός είναι άσυλο. Η ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου είναι απαραβίαστη. Καμία έρευνα δεν γίνεται σε κατοικία, παρά μόνον όταν και όπως ορίζει ο Νόμος και πάντοτε με την παρουσία εκπροσώπων της Δικαστικής εξουσίας* ». Ωστόσο, η γραμματική ερμηνεία της διάταξης δεν επιτρέπει παρά την *οριζόντια*⁴, δηλαδή την προστασία της λεγόμενης παραδοσιακής έννοιας της ιδιωτικής ζωής δεδομένου ότι αφήνει απροστάτευτες άλλες εκφάνσεις της ιδιωτικότητας που απορρέουν από τη συμμετοχή του ατόμου στη κοινωνική ζωή. Η διάσταση αυτή είναι ιδιαίτερος κρίσιμη στη σημερινή ψηφιακή εποχή που επιτρέπει ποικίλες μεθόδους παρακολούθησης. Πλέον οι επεμβάσεις στην ιδιωτική σφαίρα περνούν μέσα από την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων. Από τα πρώτα χρόνια εφαρμογής του Συντάγματος μετά την παλινόρθωση της Δημοκρατίας το 1974, η νομολογία του Σ.τ.Ε ερμήνευσε, προοικονομώντας ορθά την εξέλιξη του δικαιώματος, κατά διασταλτική ερμηνεία την εν λόγω διάταξη δεχόμενη ότι προστατεύει τόσο τις πληροφορίες που είναι σχετικές με την ιδιωτική ζωή υπό στενή έννοια όσο και τις θρησκευτικές και πολιτικές πεποιθήσεις ή τα δεδομένα υγείας. Όμως, η επεξεργασία προσωπικών δεδομένων σχετικών με τη συμμετοχή του ατόμου στη κοινωνική ζωή εξακολουθούσε να παραμένει εκτός του Συνταγματικού πλαισίου προστασίας της ιδιωτικής ζωής⁵.

⁴ ΔΟΝΟΣ, Π., « *Ιδιωτικός βίος και προσωπικά δεδομένα* », στο Τσαπόγας Μιχ., Χριστόπουλος Δημ. (επ.), « *Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003* », Ελληνική Ένωση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, εκδόσεις Καστανιώτη, σελ. 115.

⁵ Υπογραμμίζεται ότι το Ε.Δ.Δ.Α. ερμηνεύει επίσης με διασταλτικό τρόπο την προστασία του άρθρ. 8 της Ε.Σ.Δ.Α. Ειδικότερα, σύμφωνα με την παράγρ. 29 της απόφασης *Niemitz c. Allemagne* της

Εξάλλου, ο Δικαστής δεν δεσμεύεται απόλυτα από τη νομολογία. Η διάταξη του άρθρ. 9 του Σ. αντανακλά επομένως πρωτίστως την αμυντική - παραδοσιακή διάσταση του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή που ενεργοποιείται μόνον κατόπιν ενδεχόμενης επίθεσης. Για το λόγο αυτό αποτελεί, σε αποκλειστικά Συνταγματικό επίπεδο βέβαια, μία ατελή διάταξη υπό την έννοια ότι δεν κατορθώνει να ανταποκριθεί στις σημερινές προκλήσεις της ψηφιακής εποχής που επιτρέπουν την παραβίασή της μέσω της επεξεργασίας δεδομένων⁶.

3. Η τεχνολογική πρόοδος ως παράγοντας εξέλιξης του δικαιώματος: Η προστασία από την επεξεργασία δεδομένων.

Συνοπτικά, η παραδοσιακή έννοια της προστασίας της ιδιωτικής ζωής αναφέρεται στο σεβασμό της ιδιωτικότητας αυστηρά υπό στενή έννοια. Καλύπτει την κατοικία, τις προσωπικές σχέσεις καθώς και τις πολιτικές – θρησκευτικές πεποιθήσεις. Όμως, η διάχυση προσωπικών πληροφοριών διαμέσου της σύγχρονης τεχνολογικής εξέλιξης μετατρέπει το δικαίωμα αυτό από στατικό σε δυναμικό υπό την έννοια ότι δύναται να ασκηθεί σχεδόν σε κάθε έκφανση συμμετοχής του ατόμου σε κοινωνική δραστηριότητα. Δημιουργήθηκε λοιπόν η ανάγκη θεμελίωσης ενός δικαιώματος εξοπλισμένου με την ιδιότητα να επιτρέπει στο άτομο όχι μόνο να αποκρούει κάθε αυθαίρετη επέμβαση στην ιδιωτικότητά του αλλά επιπροσθέτως να μπορεί να επεμβαίνει προκειμένου να ελέγχει κάθε είδους δεδομένου που τον αφορά. Η δυνατότητα αυτή, ή πιο συγκεκριμένα το νέο αυτό δικαίωμα προστασίας δεδομένων, στοχεύει αποκλειστικά στην αποτελεσματικότερη προστασία⁷ του παραδοσιακού δικαιώματος της ιδιωτικής ζωής του άρθρ. 9 του Σ. υπό το πρίσμα των νέων τεχνολογικών δεδομένων και φυσικά αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι του. Δημιουργήθηκε λοιπόν η ανάγκη Συνταγματικής « συμπλήρωσης » του παραδοσιακού δικαιώματος προστασίας της ιδιωτικότητας ώστε να ανταποκρίνεται επαρκώς στα νέα δεδομένα.

Ο Έλληνας νομοθέτης όμως δεν έχει τη φήμη του πρωτοπόρου. Η ιστορία αλλά και η πρακτική μαρτυρούν ότι προτιμά να ακολουθεί τις αλλοδαπές δικαικές εξελίξεις εναρμονίζοντάς τες εν συνεχεία στο Εθνικό κανονιστικό πλαίσιο. Επί παραδείγματι, η Ελλάδα μαζί με την Ιταλία ήταν οι μόνες χώρες της Ε.Ε. που δεν είχαν υιοθετήσει νομοθεσία σχετική με την προστασία δεδομένων πριν την έκδοση της περίφημης Οδηγίας 95/46/EΚ η οποία, ειρήσθω εν παρόδω, προσφάτως αναθεωρήθηκε μετά την έκδοση αποφάσεων του Δ.Ε.Ε. που αποφάνθηκε ότι δεν ήταν σύμφωνη με τις αρχές της Ε.Ε.⁸. Ωστόσο, ως προς τη Συνταγματική τους προστασία,

16/12/1992: « *La Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée". Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* ».

⁶ ΓΕΡΟΝΤΑΣ, Α., « Η προστασία του πολίτη από την επεξεργασία των προσωπικών δεδομένων », εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα – Κομοτηνή, 2002, σελ. 94.

⁷ Η αποτελεσματικότερη προστασία αφορά φυσικά τις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών (όπως π.χ. τις εργασιακές σχέσεις). Αυτή όμως η πρόσθετη θεσμική ασπίδα της Συνταγματικής κατοχύρωσης δεν λειτουργεί και έναντι της σχέσης Κράτους – ιδιώτη δεδομένου ότι το Δημόσιο συμφέρον που επιδιώκουν τα Πολιτειακά όργανα ως υπέρτερο κοινωνικό αγαθό υπερισχύει πάντα έναντι των κλασικών ατομικών δικαιωμάτων υπό την επιφύλαξη βέβαια της αρχής της αναλογικότητας (άρθρ. 25 του Σ).

⁸ Πρόκειται για τις αποφάσεις της 8^{ης} Απριλίου 2014 (υπόθεση C-288/12) *Κομισιόν εναντίον Ουγγαρίας* και τις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις *Digital Rights Ireland Ltd* (υπόθεση C-293/12) *εναντίον Ιρλανδίας* και *Kärntner Landesregierung* (υπόθεση C-594/12).

είναι αλήθεια ότι έδρασε χωρίς καθυστέρηση στις Ευρωπαϊκές κανονιστικές εξελίξεις. Σύμφωνα με το σχέδιο Νόμου για την προστασία δεδομένων « η υιοθέτηση συγκεκριμένων κανόνων σχετικά με τη συλλογή και την επεξεργασία δεδομένων δεν αποτελεί μία απλή επιλογή αλλά αναγκαιότητα δυνάμει πρωτίστως του άρθρ. 9 καθώς και των άρθρ. 2 παρ. 1, του άρθρ. 5 παρ. 1 και 19 του Σ. τα οποία αναγάγουν την προστασία της ανθρώπινης αξίας ως « πρωταρχική υποχρέωση της Πολιτείας και διαφυλάσσουν την προστασία της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του ατόμου καθώς επίσης και το απόρρητο της αλληλογραφίας⁹ ». Η προσέγγιση αυτή δείχνει το δίχως άλλο την πρόθεση της Πολιτείας να εγκαταστήσει σε Συνταγματικό επίπεδο την προστασία δεδομένων σε μία εποχή μάλιστα όπου το Σύνταγμα δεν το προέβλεπε.

Με βάση το υφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο, η προστασία δεδομένων του άρθρ. 9Α, ενταγμένη μετά τη Συνταγματική αναθεώρηση του 2001 στο 2^ο μέρος υπό τον τίτλο « Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα », εντάσσεται στις διατάξεις που αφορούν στη προστασία της ιδιωτικής ζωής, αποτελεί μία δέσμευση *expressis verbis* του Συνταγματικού Δικαίου και αποδεικνύει εμπράκτως τη βούληση του Νομοθέτη να προστατεύσει στο υψηλότερο επίπεδο την ιδιωτικότητα από τις προκλήσεις της ψηφιακής εποχής. Οι εν λόγω προκλήσεις αναφέρονται στο δικαίωμα του άρθρ. 5^Α, ήτοι τη συμμετοχή στη Κοινωνία της Πληροφορίας, το οποίο όπως γίνεται ευλόγως αντιληπτό συνδέεται στενά με την προστασία δεδομένων¹⁰. Αναλυτικότερα, το άρθρο 5^Α εισάγει δύο (2) νέα δικαιώματα, το δικαίωμα στην πληροφόρηση¹¹ και το δικαίωμα συμμετοχής στη Κοινωνία της Πληροφορίας, δηλαδή την τεχνολογική βάση επί της οποίας στηρίζονται το σύνολο σχεδόν των σύγχρονων κοινωνιών. Το δικαίωμα αυτό εφαρμόζεται ή ορθότερα πρέπει να εφαρμόζεται σε κάθε τύπο πληροφορίας είτε αφορά τον ιδιωτικό είτε το Δημόσιο τομέα. Επομένως, δεν εναπόκειται στη διακριτική της ευχέρεια αλλά αντιθέτως αποτελεί υποχρέωση της Πολιτείας να διευκολύνει την πρόσβαση, τη παραγωγή, τη διάχυση και την ανταλλαγή πληροφοριών στο μέτρο βέβαια που δεν παραβιάζεται η προστασία των δεδομένων, ως ειδικότερη έκφραση της προστασίας της ιδιωτικής ζωής και του απορρήτου της αλληλογραφίας. Εν κατακλείδι, η προστασία δεδομένων εμφανίζεται ως εγγύηση ο σεβασμός της οποίας εξασφαλίζει τη νόμιμη άσκηση του δικαιώματος στη Κοινωνία της πληροφορίας. Στη σύγχρονη ψηφιακή εποχή η εν λόγω διάταξη αποτελεί μία επιπρόσθετη αλλά απαραίτητη εξασφάλιση αποτελεσματικής προστασίας περισσότερο θεμελιωδών παρά ατομικών δικαιωμάτων¹².

⁹ Άρθρ. 2 παρ. 3 του σχεδίου Νόμου 2472/1997, ΝοΒ, τ. 45, 1997, σελ. 501.

¹⁰ Η προσθήκη της παραγράφου 2 καταδεικνύει τη βούληση του Συντακτικού Νομοθέτη να αντιμετωπίσει ζητήματα τα οποία σχετίζονται με την προστασία των προσωπικών δεδομένων, τα πνευματικά δικαιώματα καθώς και την ανάγκη υιοθέτησης κοινών χαρακτηριστικών και προτύπων. Βλ. επ. Ν. 2867/2000 « *Οργάνωση και λειτουργία των επικοινωνιών και άλλες διατάξεις* ».

¹¹ Το οποίο βέβαια πρέπει να σημειώσουμε ότι προβλεπόταν επίσης και στο Σύνταγμα του 1975 (άρθρ. 5 παρ. 1 και άρθρ. 14 και 15). Βλ. επ. ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ, Ε., « *Το σχέδιο της Αναθεώρησης του Συντάγματος* », έκδοση εργασίας, εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα – Κομοτηνή, 2000, σελ. 20.

¹² Ωστόσο η χρήση της κτητικής ανωνυμίας στο άρθρο 9^Α (των προσωπικών του δεδομένων) υποδηλώνει μία προσέγγιση ιδιοκτησίας στα δεδομένα. ΜΗΤΡΟΥ, Λ., « *Προστασία των προσωπικών δεδομένων: Ένα νέο δικαίωμα* », σε Δ. Τσάτσου, Ε. Βενιζέλου και Ξ. Κοντιάδη (επ), « *Το νέο Σύνταγμα, Πράκτικά Συνεδρίου για το νέο Σύνταγμα του 1975 / 1986 / 2001* », εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα - Κομοτηνή, 2001, σελ. 94.

4. Η θεσμική ασπίδα προστασίας.

Η προστασία των δεδομένων έχει ανατεθεί σε Ανεξάρτητη Διοικητικά Αρχή (Α.Δ.Α.) η οποία στο Εθνικό δικαίκο μας πλαίσιο απολαμβάνει Συνταγματικής κατοχύρωσης δυνάμει των άρθρων 9^Α και 101^Α ¹³. Οι Α.Δ.Α. αποτελούν παράγωγα της εξέλιξης του Δικαίου που αναγκάστηκε να τις « επινοήσει » προκειμένου να ρυθμίσουν συγκεκριμένους τομείς της κοινωνικής ζωής. Οφείλουμε βέβαια να επισημάνουμε ότι η Συνταγματική κατοχύρωση των Ανεξάρτητων Αρχών ουσιαστικά δεν προσφέρει απολύτως τίποτα αφού δεν αναβαθμίζει τον θεσμικό τους ρόλο εφόσον ο Εθνικός νομοθέτης δύναται ανά πάσα στιγμή αναθεωρώντας το νομοθετικό πλαίσιο να περιορίσει το θεσμικό τους ρόλο στην περίπτωση που διαισθανθεί ότι απειλείται ή ότι δεν εξυπηρετείται ορθά το Δημόσιο συμφέρον¹⁴. Εντελώς συνοπτικά επισημαίνουμε ότι η νομοθετική εξουσία δύναται ανά πάσα στιγμή να οριοθετήσει τον ρυθμιστικό τους ρόλο περιορίζοντας ή αναβαθμίζοντας τις αρμοδιότητές τους και η Δικαστική εξουσία να ανατρέψει τις αποφάσεις τους. Οι Α.Δ.Α. αποτελούν κατ' ουσία νομικά μορφώματα¹⁵ που δεν εντάσσονται στην παραδοσιακή διοικητική ιεραρχία¹⁶. Η Συνταγματική τους κατοχύρωση εξυπηρετεί μία συμβολική επιβεβαίωση αναγνώρισης ενός συνόλου ατομικών δικαιωμάτων τα οποία όμως ήδη κατοχυρώνονται από Διεθνείς Συνθήκες. Οι Α.Δ.Α. δημιουργήθηκαν προκειμένου να προσφέρουν ταχύτερες και εξειδικευμένες λύσεις σε συγκεκριμένους τομείς της κοινωνικής ζωής στους οποίους η παραδοσιακή δομή της Διοίκησης δυσκολεύεται να ανταποκριθεί. Επιβάλλεται βέβαια να διευκρινιστεί ότι οι Α.Δ.Α. δεν αντικαθιστούν τη Δικαστική εξουσία μολονότι ο ρόλος τους και η εν γένει λειτουργία τους θα μπορούσε να προκαλέσει μία τέτοια σύγχυση¹⁷ δεδομένου ότι και οι δύο έχουν ως αντικείμενο την εφαρμογή του Νόμου έχοντας τη δυνατότητα να επιβάλλουν κυρώσεις. Έχει υποστηριχθεί ότι η αρχική επιθυμία του Νομοθέτη ήταν « να ξεφύγει από τη Δικαστική καταστολή και να θεσμοθετήσει Δικαιοσύνη χωρίς Δικαστή¹⁸ ». Άλλωστε και σύμφωνα με τη νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α. ο όρος Δικαστήριο δεν αναφέρεται απαραίτητα στην κλασσική έννοια του Δικαστηρίου¹⁹. Σε κάθε

¹³ Βλ. ΚΑΜΤΣΙΔΟΥ, Ι. « Η Αρχή της διάκρισης των εξουσιών και οι Ανεξάρτητες Διοικητικές Αρχές », Παρατηρήσεις στη Σ.τ.Ε. 944/1999, ΤοΣ, 3-4/1999, σελ 614 επ.

¹⁴ « *Les AAI peuvent être remises en cause par le pouvoir législatif et l'exécutif peut à tout moment modifier les règles de fond qui s'imposent à elles lorsqu'il estime que l'intérêt général le nécessite* ». Conseil d'Etat, rapport public 2001, p. 285.

¹⁵ « *Les AAI constituent une catégorie juridique particulière dont " les frontières ont été d'emblée d'une certaine indétermination "* ». CHEVALIER, J., « *Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ?* », RFDA, n° 5, 2010, pp. 896-900.

¹⁶ Βλ. ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ, Κ., « *Οι Ανεξάρτητες Αρχές σύμφωνα με το σχέδιο της επιτροπής αναθεώρησης του Συντάγματος* », ΤοΣ, 6/2000, σελ. 1163 επ.

¹⁷ « *Les points de rapprochement des AAI et des autorités juridictionnelles sont nettement perceptibles. D'abord, parce que la situation des AAI dont l'indépendance est globalement garantie, se rapproche nettement à cet égard de celle des autorités juridictionnelles et procède, au moins en partie, des mêmes principes* ». AUBY, J-M., « *Autorités administratives et autorités juridictionnelles* », AJDA, 1995, p. 91.

¹⁸ BRISSON, J-F, « *Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la CEDH* », AJDA, nov. 1999, p. 847, spéc. P. 848.

¹⁹ La Cour rappelle que « *sa jurisprudence n'entend pas nécessairement, par le terme « tribunal », une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays (Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984 (requête n° 7819/77), § 76, série A no 80). Aux fins de la Convention, une autorité peut s'analyser en un « tribunal », au sens matériel du terme, lorsqu'il lui appartient de trancher, sur la base de normes de droit, avec plénitude de juridiction et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (aff. Sramek c. Autriche, arrêt du 22 octobre 1984,*

περίπτωση βέβαια, ο Δικαστής καλείται να εξασφαλίσει την επικράτηση του Νόμου δρώντας άλλοτε ως ρυθμιστής των κοινωνικών σχέσεων και άλλοτε όπως γλαφυρά έχει περιγραφεί ως « *επόπτης της δύναμης της Δημοκρατίας*²⁰ ».

Συνοπτικά, η προστασία της ιδιωτικότητας και ειδικότερα των προσωπικών δεδομένων από την ιδιωτική ή Κρατική αυθαιρεσία²¹ έχει ανατεθεί στην Αρχή προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα. Θα πρέπει βέβαια να διευκρινιστεί ότι η Αρχή δεν έχει το μονοπώλιο της προστασίας, δηλαδή δεν είναι υποχρεωτικό για το Διοικούμενο να απευθυνθεί σε αυτή. Αυτός δύναται κάλλιστα να προσφύγει στον αρμόδιο Δικαστή προκειμένου να προστατέψει τα δικαιώματά του. Η Αρχή δημιουργήθηκε για να προσφέρει ως ανεξάρτητος²² και αντικειμενικός παρατηρητής γρήγορες και εξειδικευμένες λύσεις εντός ενός συγκεκριμένου πλαισίου²³ το οποίο σε θεωρητικό επίπεδο καλείται περισσότερο να ρυθμίσει παρά να επιβάλλει κανόνες²⁴. Το συγκεκριμένο αυτό πλαίσιο περιλαμβάνει φυσικά το εργασιακό περιβάλλον υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι η ιδιωτικότητα απειλείται ή παραβιάζεται από την παράνομη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων - δικαίωμα προστατευόμενο από τη νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α.²⁵ - και όχι από άλλους παράγοντες οι οποίοι παραπέμπουν ενδεχομένως σε αδικήματα του κοινού ποινικού Δικαίου²⁶. Η αθέμιτη επεξεργασία μπορεί λοιπόν να προέλθει είτε με τη χρήση καμερών είτε με την παρέμβαση τρίτου στην πρόσβαση του εργαζομένου στη Κοινωνία της Πληροφορίας (mail, ιστοσελίδες,

§ 36, *série A no 84, et Beaumartin c. France (requête n° 15287/89) du 24 novembre 1994, § 38, série A no 296-B*) ». CEDH, aff., *Di Giovanni c. Italie* (Requête no 51160/06), arrêt du 9 juillet 2013, con. 52.

²⁰ BOURETZ, P., « *La force du droit. Panorama des débats contemporains* », éd. Esprit, 1991, p. 17.

²¹ Η Αρχή βάσει του άρθρου 19 παρ. 1 στοιχ. ιε' του ν. 2472/1997 και των άρθρων 44 του Κανονισμού 1987/2006 και 60 της Απόφασης 2007/533/ΔΕΥ ασκεί ανεξάρτητο έλεγχο στο Εθνικό τμήμα του Συστήματος Πληροφοριών Σένγκεν. Στις αρμοδιότητές της, επομένως, ανήκει και ο έλεγχος της νομιμότητας των καταχωρίσεων στο Σ.Π.Σ. στις οποίες προέβησαν οι Ελληνικές αρχές. Με βάση δε το άρθρο 19 παρ. 1 στοιχ. γ' και η' του ν. 2472/1997, η Α.Π.Δ.Π.Χ. είναι αρμόδια να ελέγχει τη νομιμότητα κάθε αρχείου, επομένως και των καταχωρίσεων στον Ε.Κ.ΑΝ.Α. Επιβάλλεται επίσης να διευκρινιστεί ότι η Αρχή είναι αρμόδια να ελέγχει τη νομιμότητα των καταχωρίσεων στις οποίες έχουν προβεί οι Ελληνικές αστυνομικές αρχές και μόνο. Υφίσταται λοιπόν ένας χωρικός (αυτό)περιορισμός κάτι που είναι απολύτως λογικό δεδομένου ότι δεν πρέπει να λησμονούμε ότι η Αρχή είναι Διοικητικό Όργανο, δηλαδή όργανο του Κράτους. Αυτός ο χωρικός περιορισμός δεν ισχύει όμως για τον Έλληνα Δικαστή ο οποίος δύναται να αποφανθεί σχετικά με τη νομιμότητα εγγραφής αλλοδαπού στο Σ.Π.Σ. (στην οποία έχουν προβεί οι αρμόδιες διωκτικές Αρχές άλλου Κράτους Μέλους) με τη μόνη προϋπόθεση ότι ο εν λόγω αλλοδαπός αιτείται να εισέλθει στην Ελληνική Επικράτεια.

²² Η ανεξαρτησία της Α.Π.Δ.Π.Χ. κατοχυρώνεται δυνάμει του άρθρ. 28 της Οδηγίας 95/46/EK και έχει οριοθετηθεί νομολογιακά από το Δ.Ε.Ε. με την απόφαση C-518/07, *Commission et CEPD c. Allemagne*, της 9^{ης} Μαρτίου 2010 (Rec. p. I-1885).

²³ ΜΗΤΡΟΥ, Λ., « *Ο θεσμικός έλεγχος της προστασίας προσωπικών πληροφοριών* », στο συλλογικό έργο: Ελληνική Εταιρία Επιστημόνων Πληροφορικής και Υπολογιστών (ΕΠΥ), Ασφάλεια πληροφοριών - Τεχνικά, Νομικά και Κοινωνικά θέματα, Αθήνα 1996, σελ. 341 - 367.

²⁴ « *La régulation apparaît comme une alternative à l'intervention autoritaire de la puissance publique dans le cadre des relations sociales. Elle désigne un mode d'ajustement des intérêts faisant appel à des procédés plus souples, moins contraignants et s'inscrit plutôt dans une perspective de déréglementation* ». AUTIN, J-L, RIBOT, C, « *Manuel du droit administratif général* », 4e édition, LexisNexis Litec, Paris 2005.

²⁵ « *La CEDH a jugé que la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale* ». Aff. *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], no. 30562/04 et 30566/04, § 103, 4 décembre 2008).

²⁶ Π.χ. αν κάποιος συνάδελφος διαρρεύσει προσωπικές πληροφορίες εργαζομένου τις οποίες γνωρίζει προσωπικά και όχι μέσω αθέμιτης επεξεργασίας δεδομένων τότε δεν υπάρχει παραβίαση της ιδιωτικότητας και η Α.Π.Δ.Π.Χ. δεν έχει την αρμοδιότητα να επέμβει. Αν οι πληροφορίες αυτές είναι συκοφαντικές και ασκηθεί έγκληση από το θιγόμενο ο Δικαστής θα κληθεί να αποφανθεί σχετικά με το σεβασμό ή μη της προσωπικότητάς του και όχι της παραβίασης της ιδιωτικής του ζωής.

facebook, κ.α.)²⁷. Στο ζήτημα της θέσπισης κανόνων είναι αλήθεια ότι η Α.Π.Δ.Π.Χ. έχει εκδώσει ήδη από το έτος 2011 μία σχετική Οδηγία δυνάμει της οποίας εισάγεται απόλυτη απαγόρευση της χρήσης καμερών στους εργασιακούς χώρους με σκοπό την επιτήρηση των εργαζομένων²⁸.

5. Το ακούραστο μάτι της κάμερας.

Πλείστες όσες επιχειρήσεις έχουν εγκαταστήσει εντός των εργασιακών τους χώρων συστήματα παρακολούθησης τα οποία για να είναι νόμιμα επιβάλλεται όχι μόνο να γνωστοποιούνται στην Α.Π.Δ.Π.Χ. αλλά και να αιτιολογούνται αναλυτικώς. Το αν βέβαια οι κάμερες εγκαθίστανται με την επίφαση της αποτροπής ενδεχόμενου κινδύνου αλλά αποσκοπούν πρωτίστως ή και αποκλειστικώς στην επιτήρηση των εργαζομένων είναι κάτι που αφενός μεν δεν δύναται να προδικάσει κανείς αφετέρου δε επιβάλλεται να κρίνεται κατά περίπτωση. Εντός εργασιακών χώρων δεν είναι θεμιτή η χρήση κρυφής κάμερας²⁹ δεδομένου ότι ο εργοδότης έχει υποχρέωση να αναρτά σε εμφανή σημεία πινακίδες ενημέρωσης (άρθρ. 12 της Οδηγίας 1/2011). Το ζήτημα επομένως που τίθεται είναι το πού οριοθετείται η αναλογικότητα ανάμεσα στο δικαιολογημένο ενδιαφέρον του εργοδότη να προστατεύσει την επιχείρησή του από επαπειλούμενο κίνδυνο (είσοδος τρίτων μη εξουσιοδοτημένων ατόμων, ληστεία, ασφάλεια κ.α.) και το θεμελιώδες δικαίωμα του εργαζομένου να διαφυλάξει την ιδιωτικότητα και κατ' επέκταση την αξιοπρέπειά του. Η αναλογικότητα αυτή σύμφωνα με τη νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α. μεταφράζεται ως σωστή ισορροπία που θα πρέπει να προσφέρει το Εθνικό κανονιστικό πλαίσιο λαμβάνοντας υπόψη τα συμφέροντα τόσο του εργοδότη όσο και του εργαζόμενου. Τα όρια βέβαια δεν είναι πάντοτε ευδιάκριτα, ορίζονται από τη φύση και τις συνθήκες της εργασίας. Επί παραδείγματι, οι Δικαστές του Στρασβούργου αποφάνθηκαν ότι η χρήση κρυφής κάμερας για την παρακολούθηση ενός ταμιά σε σούπερ μάρκετ δεν παραβιάζει το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή του εργαζόμενου διότι η κάμερα τοποθετήθηκε αφού προηγουμένως είχαν προηγηθεί βάσιμες υπόνοιες ότι ο εν λόγω ταμίας είχε διαπράξει κλοπή³⁰. Η κρυφή κάμερα στη προκειμένη περίπτωση δεν τοποθετήθηκε για την επιτήρηση της αποδοτικότητας του εργαζόμενου κάτι που όπως τονίσαμε και προηγουμένως απαγορεύεται απόλυτα. Τοποθετήθηκε λόγω της φύσης της εργασίας του προκειμένου να διερευνηθεί η εντιμότητά του. Αποδείχθηκε λοιπόν ότι ο εργαζόμενος με τον τρόπο που προσέφερε την εργασία του ζημίωνε τον εργοδότη αντί να τον ωφελούσε. Αυτό ενδεχομένως είναι και το σημείο κλειδί της ευκαταίας ισορροπίας ανάμεσα στα συγκρουόμενα δικαιώματα εργαζόμενου – εργοδότη.

Η γενική αρχή είναι ότι κανένα σύστημα παρακολούθησης εντός εργασιακού χώρου δεν δύναται να τοποθετηθεί με τέτοιο τρόπο ώστε να προσβάλλει την τιμή και

²⁷ Ειδική περίπτωση αποτελούν τα δεδομένα που συλλέγονται από βιομετρικά συστήματα τα οποία έχουν ιδιαίτερο χαρακτήρα καθώς αφορούν είτε τα φυσικά χαρακτηριστικά ενός ανθρώπου (όπως δακτυλικά αποτυπώματα, γεωμετρία της παλάμης, ανάλυση της κόρης του ματιού, των χαρακτηριστικών του προσώπου, του DNA) είτε τα στοιχεία της συμπεριφοράς του (όπως υπογραφή, φωνή, τρόπο πληκτρολόγησης, τρόπο βαδίσματος) και τα οποία τον προσδιορίζουν μοναδικά. Σε αυτή τη περίπτωση, η Α.Π.Δ.Π.Χ. οφείλει να εξετάσει το συγκεκριμένο σύστημα και να εκδώσει σχετική άδεια σύμφωνα με το άρθρο 7 του Ν. 2472/1997.

²⁸ Άρθρο 7 της Οδηγίας 1/2011 « *Χρήση Συστημάτων βιντεοεπιτήρησης για την προστασία προσώπων και αγαθών* ».

²⁹ Για τη χρήση κρυφής κάμερας και την παραβίαση των δικαιωμάτων του Ε.Σ.Δ.Α. βλ. τη σχετική νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α.: aff. *Haldimann et autres c. Suisse*, arrêt du 24 février 2015, aff. *Bremner c. Turquie*, arrêt du 13 octobre 2015.

³⁰ CEDH, aff. *Köpke c. Allemagne*, arrêt du 5 octobre 2010.

την αξιοπρέπεια όχι μόνο των εργαζομένων αλλά και όσων εισέρχονται για οιονδήποτε λόγο στο χώρο³¹. Στο ίδιο πνεύμα, η επιτήρηση της αποδοτικότητας του εργαζομένου με τη χρήση κάμερας απαγορεύεται για λόγους που ανάγονται περισσότερο στη προστασία της τιμής και της αξιοπρέπειας του ατόμου παρά στη προστασία της ιδιωτικής του ζωής. Υπό αυτό το πρίσμα έχει κριθεί από την Α.Π.Δ.Π.Χ. ότι η συνεχής λειτουργία συσκευής GPS στα παραχωρούμενα από εταιρεία αυτοκίνητα στους εργαζομένους δεν δικαιολογείται από την άποψη της αναγκαιότητας και αναλογικότητας του μέσου και επομένως δεν κρίνεται νόμιμη³². Πέραν λοιπόν του σεβασμού των γενικών αυτών αρχών, η χρήση συστημάτων βιντεοεπιτήρησης στο εργασιακό περιβάλλον και το αν αυτή σέβεται ή όχι την, όπως ορίζει το Ε.Δ.Δ.Α., « σωστή - δίκαιη ισορροπία» πρέπει να κρίνεται κατά περίπτωση λαμβανομένων πάντοτε υπόψη της φύσης και των συνθηκών εργασίας³³.

6. Ο έλεγχος της ηλεκτρονικής επικοινωνίας.

Ο έλεγχος της ηλεκτρονικής επικοινωνίας στο εργασιακό περιβάλλον (mail, Internet, κοινωνικά δίκτυα) είναι οπωσδήποτε ένα ζήτημα περισσότερο σύνθετο³⁴. Καταρχήν θα πρέπει να ξεπεράσουμε την παραδοσιακή εικόνα ενός κλασσικού χώρου γραφείων με τον εργοδότη στο βάθος του διαδρόμου. Το διαδίκτυο δεν γνωρίζει αποστάσεις. Επομένως η όποια παραβίαση του Εθνικού κανονιστικού πλαισίου δεν είναι απαραίτητο να λάβει χώρα αυστηρά εντός του εργασιακού περιβάλλοντος³⁵. Εξυπακούεται επίσης ότι δεν υφίσταται παραβίαση εφόσον έχει

³¹ Έτσι δεν επιτρέπεται να λαμβάνει εικόνα από χώρους στους οποίους τα υποκείμενα των δεδομένων έχουν αυξημένες προσδοκίες για την ιδιωτικότητά τους, όπως π.χ. α) χώρους και προθαλάμους τουαλετών ανεξάρτητα του είδους της επιχείρησης ή του φορέα που βρίσκονται οι χώροι αυτοί και β) αποδυτήρια και λουτρά προσωπικού ή πελατών.

³² Απόφαση 164/2015 της Α.Π.Δ.Π.Χ. Βλ. επ. Απόφαση 112/2012 « Όροι και προϋποθέσεις για τη σύμφωνη με την προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα παροχή υπηρεσιών γεωεντοπισμού επαθών ομάδων και ανηλίκων ».

³³ Ενώπιον του Ε.Δ.Δ.Α. εκκρεμούν μέχρι σήμερα δύο υποθέσεις που αφορούν τη χρήση κάμερας σε εργασιακούς χώρους: Η πρώτη (aff. *Antović et Mirković c. Monténégro*, requête n° 70838/13) αφορά στη χρήση καμερών εντός αιθουσών διδασκαλίας Πανεπιστημίου ενώ η δεύτερη (aff. *López Ribalda c. Espagne*, requête n° 1874/13 et aff. *Gancedo Giménez et autres c. Espagne*, requête n° 8567/13) στη χρήση καμερών σε εργασιακούς χώρους καθώς και η αξιοποίηση του καταγεγραμμένου υλικού ενώπιον των Εθνικών Δικαστηρίων.

³⁴ Κάτι το οποίο έχει δεχθεί και η Α.Π.Δ.Π.Χ. όταν εξέδωσε την Οδηγία 115/2001 « Προστασία των προσωπικών δεδομένων των εργαζομένων στους χώρους εργασίας ». Βλ. επ. την υπ' αριθμ. 245/2000 απόφαση με την οποία καθορίζεται η επεξεργασία προσωπικών δεδομένων εργαζομένων για τον έλεγχο εισόδου και εξόδου τους στους χώρους εργασίας με τη μέθοδο της δακτυλοσκόπησης, καθώς και την υπ' αριθμ. 637/18/2000 απόφαση που αφορά τον έλεγχο των τηλεφωνημάτων των εργαζομένων στον χώρο εργασίας. Πρόκειται για αποφάσεις που αφορούν στα πρώτα χρόνια λειτουργίας του Αρχής. Μολονότι περιέχουν ως επί το πλείστον γενικές διατάξεις, ωστόσο η συλλογιστική που τις διέπουν είναι ταυτόσημη με τη σύγχρονη νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α. κάτι που μαρτυρά αν μη τι άλλο μία προσήλωση της Αρχής από τα πρώτα χρόνια λειτουργίας της στην ουσιαστική προάσπιση της ιδιωτικότητας των πολιτών παρά στο ρόλο ελεγκτή όπως την έχουμε συνηθίσει τα τελευταία χρόνια.

³⁵ Π.χ. στην απόφαση *Perrin c. Royaume Uni* (requête n° 5446/03, ECHR 2005-XI) ο προσφεύγων, Γάλλος υπήκοος διαμένον στο Ηνωμένο Βασίλειο, είχε καταδικαστεί για τη δημοσίευση άσεμνου άρθρου σε ένα διαδικτυακό τόπο. Η εν λόγω ιστοσελίδα είχε την έδρα της στις Η.Π.Α. ενώ ο προσφεύγων ήταν μέτοχος πλειοψηφίας και διαμαρτυρόταν ότι το Βρετανικό Δικαστήριο δεν είχε τη δικαιοδοσία να τον δικάσει. Το Ε.Δ.Δ.Α. όμως απέρριψε τον ισχυρισμό του με την αιτιολογία του ότι αν θα γινόταν αποδεκτός ουσιαστικά θα ωθούσε τους χρήστες να δημοσιεύουν σε χώρες όπου έχουν μικρή πιθανότητα να διωχθούν ποινικά. Επιπλέον, οι Δικαστές του Στρασβούργου αποφάνθηκαν ότι ο προσφεύγων με τη δημοσίευση του κειμένου άσκησε επαγγελματική δραστηριότητα και επομένως, θα μπορούσε εύλογα να είναι πιο προσεκτικός και να λάβει τις απαραίτητες νομικές γνωμοδοτήσεις.

δοθεί a priori συγκατάθεση του υποκειμένου των δεδομένων³⁶. Το Ε.Δ.Δ.Α., προκειμένου να αποφανθεί για το αν ο εργοδότης – υπεύθυνος επεξεργασίας παραβίασε την ιδιωτική ζωή υπαλλήλου του, δεν εξετάζει τη σκοπιμότητα του υφιστάμενου κανονιστικού πλαισίου αλλά το αν οι μέθοδοι που ακολουθήθηκαν από τον Εθνικό Δικαστή καθώς και οι συνέπειες που επέφεραν είναι σύμφωνες με την Ε.Σ.Δ.Α³⁷. Σχηματικά, το απόρρητο των ηλεκτρονικών επικοινωνιών περιλαμβάνεται το δίχως άλλο στην προστασία του άρθρου 8 της Ε.Σ.Δ.Α.³⁸, το αν παραβιάζεται όμως ή όχι πρέπει, όπως και στη περίπτωση των καμερών, να κρίνεται κατά περίπτωση σε συνάρτηση πάντοτε με τον επιδιωκόμενο σκοπό.

Το Ε.Δ.Δ.Α. με την πρόσφατη απόφασή του *Bărbulescu* εναντίον Ρουμανίας³⁹ επιχείρησε να οριοθετήσει το δικαίωμα της ιδιωτικότητας σε σχέση με την ηλεκτρονική επικοινωνία στο εργασιακό περιβάλλον. Στη συγκεκριμένη υπόθεση, ο κ. *Bărbulescu*, ως υπεύθυνος πωλήσεων μίας εταιρείας, άνοιξε λογαριασμό στο Yahoo Messenger κατόπιν υπόδειξης του εργοδότη του, ώστε να απαντά στις απορίες των πελατών. Εν συνεχεία ο εργαζόμενος ενημερώθηκε ότι η εταιρεία παρακολουθούσε τις συνομιλίες του και τον κατηγορήσε ότι είχε παραβιάσει τους κανονισμούς της, αφού χρησιμοποιούσε το chat πέραν των αναγκών της εργασίας του και για προσωπική του χρήση με συνέπεια εν τέλει να απολυθεί. Οι Δικαστές του Στρασβούργου, υιοθετώντας μία κατά την άποψή μου ορθολογιστική προσέγγιση του ζητήματος, απέρριψαν τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος - υπαλλήλου με το σκεπτικό ότι « δεν είναι παράλογο ο εργοδότης να θέλει να εξακριβώσει αν οι εργαζόμενοι ολοκληρώνουν τα επαγγελματικά τους καθήκοντα κατά τη διάρκεια των ωρών εργασίας τους ». Για το λόγο αυτό λοιπόν, « ο εργοδότης ενήργησε εντός των πειθαρχικών εξουσιών του, καθώς, όπως διαπιστώθηκε και στα Εθνικά Δικαστήρια, απέκτησε πρόσβαση στο λογαριασμό Yahoo Messenger πεπεισμένος ότι οι εν λόγω πληροφορίες είχαν σχέση με την επαγγελματική δραστηριότητα (της εταιρείας) και ότι, επομένως, η πρόσβαση αυτή ήταν νόμιμη. Το Δικαστήριο δεν βλέπει το λόγο να αμφισβητήσει τις διαπιστώσεις αυτές ». Το κρίσιμο βέβαια στοιχείο της επίμαχης υπόθεσης είναι ότι ο λογαριασμός μηνυμάτων του υπαλλήλου δεν προϋπήρχε αλλά ανοίχτηκε κατόπιν υποδείξεως του εργοδότη. Με άλλα λόγια το Δικαστήριο δέχθηκε ότι ο ηλεκτρονικός λογαριασμός, εφόσον δημιουργήθηκε μετά από υπόδειξη της Διεύθυνσης, δεν εμπίπτει στην ιδιωτική σφαίρα του υπαλλήλου αλλά αποτελεί εργασιακό εργαλείο και για το λόγο αυτό δεν υφίσταται στην περίπτωση του κ. *Bărbulescu* παραβίαση του άρθρου 8 της Ε.Σ.Δ.Α. Υπενθυμίζει επίσης ότι το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή σαφώς περιορίζεται όταν ο εργαζόμενος προσφέρει την εργασία του, πολύ περισσότερο μάλιστα αν αναλογιστούμε ότι ο εργαζόμενος διατηρεί το αυτονόητο δικαίωμα να αμειφθεί για τις ώρες που εργάστηκε ή για το έργο που προσέφερε. Ο εργοδότης λοιπόν έχει δικαίωμα να γνωρίζει αν ο εργαζόμενος εργάζεται τις ώρες που πραγματικά υποτίθεται ότι πρέπει να εργαστεί. Θεωρώ επίσης ότι αξίζει να γίνει μνεία και σε δύο (2) σχετικά πρόσφατες αποφάσεις του Γαλλικού Άρειου Πάγου ο οποίος, ακολουθώντας σχεδόν ταυτόσημη συλλογιστική, έκρινε ότι η υπερβολική

³⁶ Απόφαση 83/2009 της Α.Π.Δ.Π.Χ. « *Παράνομη η συλλογή διευθύνσεων ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και άλλων προσωπικών δεδομένων από ιστοσελίδες και επαγγελματικές ενώσεις χωρίς συγκατάθεση των συνδρομητών* ». Σχετικά με τη δημοσίευση προσωπικών δεδομένων χωρίς τη συγκατάθεση του υποκειμένου βλ. επ. τη νομολογία του Ε.Δ.Δ.Α.: CEDH, aff. *Flinkkilä et autres c. Finlande*, requête n° 25576/04, arrêt du 6 avril 2010 ; CEDH, aff. *Saaristo et autres c. Finlande*, requête n° 184/06, arrêt du 12 octobre 2010; CEDH, aff. *Alkaya c. Turquie*, requête n° 42811/06, arrêt du 9 octobre 2012.

³⁷ CEDH, aff., *Delfi AS c. Estonie* (requête n° 64569/09), arrêt du 16 juin 2015.

³⁸ CEDH, aff. *Copland c. Royaume-Uni* (requête n° 62617/00), arrêt du 3 avril 2007.

³⁹ CEDH, aff. *Bărbulescu c. Roumanie* (requête n° 61496/08), arrêt du 12 janvier 2016.

χρήση του Διαδικτύου κατά τη διάρκεια του χρόνου εργασίας για λόγους άσχετους με την εργασία αποτελεί πράξη ιδιαίτερα καταχρηστική εις βάρος του εργοδότη με αποτέλεσμα να συνιστά σοβαρό παράπτωμα που θεμελιώνει λόγο απόλυσης⁴⁰.

Εκ της απόπου μπορούμε επομένως να καταλήξουμε με ασφάλεια στο συμπέρασμα ότι στη περίπτωση που ο εργοδότης αποκτά πρόσβαση στην ηλεκτρονική επικοινωνία του υπαλλήλου, εάν η συμμετοχή του εργαζομένου στα κοινωνικά δίκτυα δεν αποτελεί εργασιακή υποχρέωση ή δεν πραγματοποιείται σε χρόνο παροχής εργασίας, τότε η πρόσβαση αυτή του εργοδότη δεν είναι θεμιτή και κατά συνέπεια παραβιάζεται το άρθρο 8 της Ε.Σ.Δ.Α. περί προστασίας της ιδιωτικής ζωής.

Κλείνοντας επιβάλλεται να γίνει μνεία στο Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων⁴¹ που ψηφίστηκε προσφάτως (14 Απριλίου 2016), ένα νομικό κείμενο για τη σύνταξη του οποίου αναμείχθηκαν κατά κοινή ομολογία τα ισχυρότερα λόμπυ της Ε.Ε⁴². Αρκεί μόνο να αναφερθεί ότι χρειάστηκε περισσότερο από τρεις (3) μήνες σε γλωσσολόγους και νομικούς επιστήμονες προκειμένου να μεταφραστεί η τελική έκδοση των 261 σελίδων. Ο νέος αυτός Κανονισμός Προστασίας δεδομένων είναι νομοθέτημα άμεσης εφαρμογής. Αυτό ουσιαστικά σημαίνει ότι η θέση του σε ισχύ εκτοπίζει ουσιαστικά το Ν. 2472/1997, τουλάχιστον ως προς τα άρθρα που αφορούν στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού καθώς και ως προς τις διατάξεις του που βρίσκονται τυχόν σε αντίθεση μαζί του. Ο Κανονισμός καταργεί και επισήμως την περίφημη Οδηγία 95/46/ΕΚ⁴³ και θα αρχίσει να ισχύει στα Κράτη μέλη δύο (2) χρόνια μετά, δηλαδή από το έτος 2018. Στο επίπεδο των εργασιακών σχέσεων η βασική αλλαγή που επιφέρει είναι η εισαγωγή του δικαιώματος φορητότητας των δεδομένων⁴⁴ κάτι που σημαίνει ότι το υποκείμενο των δεδομένων θα έχει δικαίωμα να ζητά από τον υπεύθυνο επεξεργασίας να λαμβάνει τα δεδομένα σε κοινώς

⁴⁰ Cour de Cassation Chambre sociale, arrêt du 26 février 2013: « ... constitue une faute grave la connexion sur des sites non professionnels durant le temps de travail pendant une durée excessive ; qu'en se bornant à retenir que la salariée « s'est connectée pendant son temps de travail à de très nombreuses reprises à de nombreux sites extraprofessionnels (...) », dont le nombre serait évalué « à plus de 10 000 » sur la période considérée, pour en déduire que cette utilisation « présentait de toute évidence un caractère plus qu'excessif et particulièrement abusif et rendait impossible la poursuite du contrat de travail »; Cour de Cassation chambre sociale arrêt du 18 décembre 2013: « Alors que la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; que tel est le cas du salarié qui, durant ses heures de travail et en violation du règlement intérieur de l'entreprise et en utilisant le réseau informatique de cette dernière, bombarde ses collègues d'innombrables courriels, dont 178 pour une seule destinataire, pour la plupart téléchargés en vidéo, consistant en des dessins animés, des scènes de sexe, d'humour, de politique, de football féminin et qui accomplit son travail de manière désinvolte, n'intervenant, malgré les demandes et relances faites, qu'au bout de 7 semaines pour réparer une machine en panne ; qu'en ayant jugé du contraire, la Cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du Code du travail ». Οφείλουμε βέβαια να επισημάνουμε ότι στη Γαλλία τα μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου εφόσον αποστέλλονται από τον εργαζόμενο δια του δικτύου που του παρέχει ο εργοδότης θεωρούνται επαγγελματικά μηνύματα (Ch. soc. 16 mai 2013 n°12-11866).

⁴¹ Ολόκληρος ο Κανονισμός είναι διαθέσιμος στην ηλεκτρονική διεύθυνση:

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5419_2016_INIT&from=GR

⁴² Πηγή DLA Piper Law firm.

⁴³ Η κατάργηση της Οδηγίας ήταν απαραίτητη από τη στιγμή που, όπως αναφέρθηκε και ως άνω, με βάση τη νομολογία του Δ.Ε.Ε. ερχόταν σε αντίθεση με το Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ε.Ε.

⁴⁴ Θεσμοθετεί και επισήμως το δικαίωμα στη λήψη το οποίο όμως τουλάχιστον σε Εθνικό επίπεδο θεωρείται οιονεί θεμελιωμένο από τη στιγμή που η διατήρηση δεδομένων από τον εργοδότη συντελείται για περιορισμένο χρονικό διάστημα σύμφωνα με σχετική Οδηγία της Α.Π.Δ.Π.Χ.

αναγνωρίσιμο μορφότυπο, καθώς και να ζητά την απευθείας διαβίβασή τους σε άλλον υπεύθυνο επεξεργασίας.

ΘΑΝΑΤΙΚΗ ΠΟΙΝΗ, ΣΩΦΡΟΝΙΣΤΙΚΗ ΠΟΙΝΗ Ή ΠΑΡΙΑΒΙΑΣΗ ΑΝΘΡΩΠΙΝΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ

Κάτια Τζαγκαράκη, LLB, LLM, LLB Programme Leader, Καθηγήτρια Νομικής στο
MBS College

Εισαγωγή

Το έγκλημα συνοδεύει τον άνθρωπο από την αρχή της ύπαρξής του και σε όλα τα στάδια της ιστορίας και του πολιτισμού, και αντίστοιχα το έγκλημα είναι άμεσα συνδεδεμένο με την τιμωρία, όπως ο μοναδικός τρόπος ικανοποίησης του δικαίου, εφόσον η συγχώρεση αποτελεί μια εξαίρεση για λίγους θνητούς, αγίους και το Θεό.

Το πρόβλημα δημιουργείται στην προσπάθεια του ορισμού της τιμωρίας και τη βαρύτητα της ποινής, και εδώ διχάζονται οι απόψεις. Αρκετά άτομα πιστεύουν στην ιδέα της ικανοποιούμενης δικαιοσύνης από την εκδίκηση, γνωστή στη θρησκεία μας ως «οφθαλμόν αντί οφθαλμού» και άλλοι οι οποίοι είναι υποστηρικτές της άποψης και του θεσμού ότι το δικαίωμα της ζωής είναι το πολυτιμότερο αγαθό και η πρώτιστη αξία, πιστεύουν ότι το στοιχείο του καλού και του κακού που υφίσταται στη συμπεριφορά έστω και εγκληματική ενός ατόμου έρχεται δεύτερο.

Στη σημερινή εποχή της ραγδαίας εξέλιξης της ανθρωπότητας και προόδου του πολιτισμού και της επιστήμης, το μεγαλύτερο ποσοστό του πληθυσμού υποστηρίζει τη δεύτερη άποψη. Παρόλα αυτά αρκετές χώρες, έχοντας οργανωμένες κοινωνίες με σκοπό την προστασία των πολιτών τους και τη διατήρηση της τάξης του νόμου και της ασφάλειας είναι διστακτικές με την απόφαση τους να καταργήσουν τη θανατική ποινή.

Ιστορική αναδρομή

Πριν συνεχίσουμε με την σωφρονιστική εξέταση της ποινής ας κάνουμε μία σύντομη ιστορική αναδρομή της θανατικής ποινής.

Στα αρχαία χρόνια, η δικαιοσύνη ήταν βασισμένη και ταυτόσημη με την εκδίκηση και την ικανοποίηση, όπου η οικογένεια του θύματος έπαιρνε το νόμο στα χέρια της, όρος πολύ γνωστός και εδώ στην Κρήτη «βεντέτα». Το lex talionis, δηλαδή η δικαιοσύνη της ανταπόδοσης είχε ως κύριο στόχο τον εκφοβισμό των υπονήφιδων εγκληματιών.

Ο πρώτος στην ιστορία ποινικός κώδικας, ήταν αυτός του Βασιλείου της Βαβυλώνας, στη Συρία, γνωστός ως ο κώδικας του Χαμπουραμί, το 4.000 πχ και η βασική αρχή του κώδικα αυτού ήταν η ποινή του θανάτου για τα περισσότερα αδικήματα (με σταύρωση, στραγγαλισμό ή καύση). Στο Μεξικό τα αρχαία χρόνια η ποινή του θανάτου με τεμαχισμό εφαρμοζόταν πολύ τακτικά και στον αρχαίο Κινέζικο ποινικό κώδικα ο θάνατος συνοδευόταν από αποτρόπαια βασανιστήρια. Στην Ινδία συναντάμε τον αποκεφαλισμό και στραγγαλισμό. Παρόμοιες τακτικές εμφανίζονται και στους αρχαίους Αιγυπτίους, Ισραηλινούς και Άραβες.

Στην Αρχαία Ελλάδα τα δικαστήρια πολύ σπάνια επέβαλλαν την ποινή του θανάτου και όταν την επέβαλλαν ήταν συνήθως με την πόση κώνειου - πιο ανώδυνη μέθοδος για τον εγκληματία - και πολύ σπάνια τον αποκεφαλισμό ή την αγχόνη. Υπήρξαν προσπάθειες στην Αθηναϊκή νομοθεσία, από το νομοθέτη Δράκοντα, να προβλέπεται η θανατική ποινή σε περισσότερα αδικήματα, ο οποίος υποστήριζε την ποινή ως την πιο δίκαιη, όμως ο αρχαίος Ελληνικός κόσμος δεν το αποδέχτηκε αυτό και μερικά χρόνια μετά οι νόμοι του Δράκοντα αντικαταστάθηκαν από τη νομοθεσία του Σόλωνα.

Στην Αρχαία Ρώμη βρίσκουμε τη νομοθεσία του Δωδεκαλέκτου, η οποία ήταν εμπνευσμένη από την ελληνική νομοθεσία με την επιρροή όμως του αυστηρού χαρακτήρα της ρωμαϊκής αυτοκρατορίας. Αργότερα στο Μεσαίωνα ή πιο συνηθισμένη ποινή που συναντάμε ήταν αυτή του θανάτου με βάναντσους τρόπους (βράσιμο, πνιγμός, καυτό λάδι κλπ). Η αστραφτερή λάμψη της Γαλλικής Επανάστασης δεν άφησε αλώβητη τη θανατική ποινή, όπου δεν μπόρεσε να επιβιώσει η ποινή και περιορίστηκε στα πιο σοβαρά μόνο εγκλήματα με την ταυτόχρονη κατάργηση των βασανιστηρίων.

Φιλοσοφικές βάσεις της ποινής

Η θανατική ποινή, η διαφορετικά κεφαλική (ετυμολογικά από τη λέξη κεφάλι) λόγω του ότι παλιότερα ο πιο συνηθισμένος τρόπος εκτέλεσης ήταν ο αποκεφαλισμός, στα αγγλικά capital punishment η αλλιώς death penalty,. Παρόλο που θεωρείται η πιο σκληρή και απάνθρωπη τιμωρία, η νομικής της βάση και ο λόγος ύπαρξης της στους ποινικούς νόμους και η σπουδαιότητα της κατά την άποψη των νομοθετών, μπορεί να εξεταστεί υπό το φως τριών θεμελιωδών και φιλοσοφικών βάσεων των ποινών, της καταστολής, της αποτροπής και της ανταπόδοσης.

Η θεωρία της καταστολής βασίζεται στο γεγονός ότι η ποινή αποτελεί την ασπίδα της κοινωνίας και με αυτή αποκρούει τους εχθρούς της και τους εμποδίζει στην προσπάθειά τους να προκαλέσουν βλάβη σε αυτήν. Αποκρούει τους εχθρούς της και όχι εξολοθρεύει. Ο Sir Walter Moberly στο βιβλίο του «Η ηθική της τιμωρίας» αναφέρει ότι «ο εγκληματίας αντιμετωπίζεται σαν αντικείμενο και όχι σαν άνθρωπος... οποιαδήποτε δικαιώματα και αν είχε, ακόμη και το πρωταρχικό δικαίωμα στη ζωή, θεωρείται ότι τα έχει στερηθεί εντελώς και για πάντα.

Η αποτροπή βασίζεται στην ιδέα ότι η θέληση για ζωή είναι το βασικότερο ένστικτο και ο θάνατος ο βασιλιά τους φόβου. Αυτό υποστηρίζεται από αρκετούς νομοθέτες, δικηγόρους και δικαστές όμως θα πρέπει να αναλογιστούμε ότι οι περισσότεροι δράστες δεν έχουν την ίδια λογική και νοημοσύνη ενός νομικού. Ο δράστης δεν πρόκειται να φοβηθεί και να αναλογιστεί το ενδεχόμενο να καταδικαστεί σε θανατική ποινή, τόσο ώστε να τον αποτρέψει να διαπράξει το αδίκημα. Ο δράστης θα σκεφτεί ότι μπορεί να μην εντοπιστεί, μπορεί να μην συλληφθεί, μπορεί να μην καταδικαστεί, μπορεί να μην του επιβληθεί η θανατική ποινή, ή και να του επιβληθεί μπορεί να την αποκρούσει με κάποιο ένδικο μέσο. Όλα αυτά είναι πιθανότητες μέσα στο μυαλό ενός εγκληματία και είναι εύκολο ο καθένας να απαγγέλει θεωρίες σχετικά με την αποτρεπτική λειτουργία της θανατικής ποινής, είναι ιδιαίτερα δύσκολο να αποδειχθεί ότι όντως η θανατική ποινή είναι ικανή προς αποτροπή. Ούτε στατιστικά είναι δυνατή η απόδειξη της αποτροπής, δηλαδή αύξηση εγκληματικότητας σε χώρες που την

κατήγγησαν, διότι δεν υπάρχουν καθαρές αποδείξεις της επιρροής της κατάργησης και τα ποσοστά αποκαλύπτουν ότι η αύξηση η μείωση της εγκληματικότητας εξαρτάται από πολλούς παράγοντες εκτός από την εφαρμογή της θανατικής ποινής.

Η θεωρία της ανταπόδοσής ερμηνεύει ότι η δίκαιη ποινή είναι αναγκαία διότι αποκαθιστά την ηθική ισορροπία του εγκλήματος που διαπράχθηκε και οι υποστηρικτές της θανατικής ποινής τονίζουν εδώ ότι με αυτόν τον τρόπο θα πρέπει η απώλεια που θα επιβληθεί στον δράστη θα πρέπει να είναι ίση με την απώλεια που υπέστη το θύμα. Όλες οι παραπάνω θεωρίες μπορούν να ερμηνευτούν και θετικά και αρνητικά σε σχέση με τη θανατική ποινή. Αλλά αυτό που δεν πρέπει να ξεχνάμε είναι ότι τα εγκλήματα είναι όλα άδικες πράξεις, και απαιτείται η αποκατάσταση της δικαιοσύνης και όχι η επανάληψη μίας άλλης άδικης πράξης, αυτής της θανατικής ποινής.

Οικονομικός παράγοντας – κόστος της ποινής

Και κάτι τελευταίο όσον αφορά την υποστήριξη ότι η θανατική ποινή είναι πιο οικονομική ποινή από την ισόβια κάθειρξη. Εκτός του ότι είναι ένας πολύ άδικος τρόπος και σκληρός λόγος εφαρμογής αυτός, έχει αποδειχθεί ότι είναι και λανθασμένος. Το 1982 έγινε μία έρευνα της Διεθνούς Αμνηστίας και απέδειξε ότι στη Νέα Υόρκη το κόστος εκτέλεσης για ένα εγκληματία υπερβαίνει τα 1.800.000 δολάρια τριπλάσιο δηλαδή από την ισόβια κάθειρξη. Ο λόγος είναι ότι η επιβολή της θανατικής ποινή περιλαμβάνει πολλά δικαστικά στάδια, έξοδα δικηγόρων, έξοδα ασφάλειας και φύλαξης των δικαστηρίων, ομοσπονδιακές αναθεωρήσεις της ποινής και φυσικά τα έξοδα της εκτέλεσης. Στη Φλόριντα η ποινή κοστίζει 3,2 εκατομμύρια δολάρια, έξι φορές περισσότερο από την ισόβια κάθειρξη. Στο Τέξας 2,3 εκατομμύρια, τριπλάσιο της ισόβιας (Τα νούμερα αφορούν το έτος 1982).

Αθωότητα

Το πιο σημαντικό ζήτημα ίσως της σφαίρας της θανατικής ποινής, είναι όταν μετά την εκτέλεση, προκύπτει αθωότητα του εκτελεσμένου, όπου έχουν ανακύψει αθωωτικά στοιχεία για τον καταδικασθέντα σε θάνατο, τα οποία λόγω δικαστικών λαθών και έλλειψη της προσήκουσας εξέτασης της υπόθεσης δεν εξετάστηκαν πριν την εφαρμογή της ποινής. Έχει αποδειχθεί αρκετές φορές ότι παρά την έλλειψη επαρκών αποδείξεων και την ύπαρξη αμφιβολιών, ο κατηγορούμενος έχει καταδικασθεί σε θάνατο. Έρευνες αποδεικνύουν ότι τα δικαστικά λάθη είναι μία πραγματικότητα και όσον αφορά τη θανατική ποινή, όμως σε αρκετές περιπτώσεις αυτά τα λάθη δεν γίνεται να διορθωθούν. Στις ΗΠΑ μία έρευνα που έγινε το 1993 από την δικαστική επιτροπή προστασίας αστικών και συνταγματικών δικαιωμάτων του Κογκρέσσου έδειξε ότι σε περίοδο είκοσι ετών (από το 1973 έως το 1993) 48 άνθρωποι αποφυλακίστηκαν ενώ περίμεναν να εκτελεστούν λόγω σημαντικών στοιχείων για την αθωότητα τους. Και φυσικά αρκετές υποθέσεις ανθρώπων που εκτελέστηκαν και αργότερα αποδείχθηκε ότι ήταν αθώοι. <http://www.deathpenaltyinfo.org/executed-possibly-innocent>

Νομοθεσία

Η θανατική ποινή δεν είναι νομικά αποδεκτή στις μέρες μας από τις περισσότερες χώρες, εφόσον αποτελεί παραβίαση της διεθνούς νομοθεσίας και ειδικότερα του

σημαντικότερου προστατευόμενου νομικού ανθρώπινου δικαιώματος, αυτό της ζωής. Η Οικουμενική Διακήρυξη των Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων αποτελεί ένα διεθνές ιδανικό πρότυπο για όλες τις χώρες του κόσμου χωρίς όμως να έχει ισχύ νόμου. Με βάση αυτήν τη Διακήρυξη όμως δημιουργήθηκαν τα δύο βασικά νομικά έγγραφα για την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων το Διεθνές Σύμφωνο για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα ICCPR και το Διεθνές σύμφωνο για τα Οικονομικά, κοινωνικά και Πολιτιστικά Δικαιώματα ICESCR τα οποία έγιναν διεθνείς νόμοι το 1976. Η συγκεκριμένη Διακήρυξη αποτέλεσε πηγή έμπνευσης για την Ευρωπαϊκή Σύμβαση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), η οποία εγκρίθηκε από το Συμβούλιο της Ευρώπης το 1953. Στην Αμερική, Βόρεια και Νότια, στην Αφρική και Ασία, δημιουργήθηκαν περιφερειακά έγγραφα για την προστασία και την προώθηση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων με βάση τη Διεθνή Διακήρυξη. (Αμερικανική Συνθήκη περί Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, ο Χάρτης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και του Πολίτη που δημιουργήθηκε από τις Αφρικανικές χώρες, η Διακήρυξη του Καίρου για τα ανθρώπινα δικαιώματα στο Ισλάμ για τις Μουσουλμανικές χώρες και ο Ασιατικός Χάρτης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων που δημιουργήθηκε από την Ασιατική Επιτροπή Ανθρωπίνων δικαιωμάτων.

Το άρθρο 4 της Οικουμενικής Διακήρυξης προβλέπει ότι “Κάθε άτομο έχει δικαίωμα στη ζωή, την ελευθερία και την προσωπική του ασφάλεια”. Το άρθρο 2 της ΕΣΔΑ καθιερώνει την απόλυτη προστασία του δικαιώματος της ζωής και επίσης η παράγραφος 2 του άρθρου II-62 προβλέπει ότι κανείς δεν μπορεί να καταδικαστεί στην ποινή του θανάτου ούτε και να εκτελεστεί.

Βασικά νομοθετικά κείμενα

Εδώ βλέπουμε τα βασικά νομοθετικά κείμενα τα οποία προβλέπουν την κατάργηση της θανατικής ποινής με χρονολογική σειρά και αυτά είναι, το Δεύτερο Προαιρετικό Πρωτόκολλο στο ICCPR, τα Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of those Facing the Death Penalty, το Protocol to the American Convention on Human Rights, το Ευρωπαϊκό Πρωτόκολλο 13 για την κατάργηση της θανατικής ποινής και αρκετά άλλα. Έως τώρα όμως δεν υφίσταται καμία γενική διεθνή απαγόρευση κατά της θανατικής ποινής στο διεθνές δίκαιο. Υπάρχουν όμως όπως είδαμε αρκετοί περιορισμοί που δείχνουν το δρόμο προς την σχεδόν πλήρη κατάργηση της.

- ⊙ 1948: Universal Declaration of Human Rights
- ⊙ 1966: International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)
- ⊙ 1984: The UN General Assembly - Second Optional Protocol to the ICCPR
- ⊙ 1989: UN Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of those facing the Death Penalty
- ⊙ 1990: Protocol to the American Convention on HR
- ⊙ 2002: Protocol 13 to the ECHR for the abolition of D.P.
- ⊙ 2005: UNCHR HR resolution 2005/59 on D.P.
- ⊙ 2007: UN RESOLUTION 62/149 for abolition

Εφαρμογή της ποινής

Το γεγονός λοιπόν ότι η θανατική ποινή αποτελεί παραβίαση του βασικότερου ανθρώπινου δικαιώματος, αυτό της ζωής είναι αποδεκτό και υποστηρίζεται από όλα τα νομοθετικά κείμενα τα οποία αναφέραμε παραπάνω. Οι χώρες οι οποίες είναι abolitionist for all crimes είναι οι χώρες που έχουν καταργήσει την ποινή για όλα τα

εγκλήματα, οι abolitionist for ordinary crimes only είναι οι χώρες που διατηρούν την ποινή μόνο σε πολύ σοβαρά εγκλήματα, οι abolitionist in practice είναι οι χώρες που έχουν ενσωματωμένη την ποινή στον ποινικό τους κώδικα αλλά έχουν πάνω από 10 χρόνια να την εφαρμόσουν, και τέλος οι retentionist είναι αυτές οι οποίες εφαρμόζουν τη θανατική ποινή και οι οποίες υποστηρίζουν ότι οι Διεθνείς Συνθήκες αυτές είναι απλές συνθήκες με κανένα νομικό υπόβαθρο, όμως όπως είδαμε όλες αυτές οι Συνθήκες και οι Διακηρύξεις αποτέλεσαν την βάση για τα υπόλοιπα νομοθετικά κείμενα, ευρωπαϊκά διεθνή ή άλλα.

Abolitionist for all crimes

Countries whose laws do not provide for the death penalty for any crime

Albania	Georgia	Norway
Andorra	Germany	Palau
Angola	Greece	Panama
Argentina	Guinea - Bissau	Paraguay
Armenia	Haiti	Philippines
Australia	Holy See	Poland
Austria	Honduras	Portugal
Azerbaijan	Hungary	Romania
Belgium	Iceland	Rwanda
Bhutan	Ireland	Samoa
Bolivia	Italy	San Marino
Bosnia - Herzegovina	Kiribati	Sao Tome and Principe
Bulgaria	Kyrgystan	Senegal
Burundi	Latvia	Serbia
Cambodia	Liechtenstein	Seychelles
Canada	Lithuania	Slovakia
Cape Verde	Luxembourg	Slovenia
Colombia	Former Yugoslav Republic	Solomon Islands
Cook Islands	Madagascar	South Africa
Congo (Republic of)	Malta	Spain
Costa Rica	Marshall Islands	Suriname
Cote D'Ivoire	Mauritius	Sweden
Croatia	Mexico	Switzerland
Cyprus	Micronesia	Timor - Lester
Czech Republic	Moldova	Togo
Denmark	Monaco	Turkey
Djibouti	Montenegro	Turkmenistan
Dominican Republic	Mozambique	Tuvalu
Ecuador	Namibia	Ukraine
Estonia	Nepal	United Kingdom
Finland	Netherlands	Uruguay
Fiji	New Zealand	Uzbekistan
France	Nicaragua	Vanuatu
Gabon	Niue	Venezuela

Abolitionist for "ordinary crimes " only

Countries whose laws provide for the death penalty only for exceptional crimes such as crimes under military law or crimes committed in exceptional circumstances

Brazil	El Salvador	KKazakhstan
Chile	Israel	Peru

Abolitionist in practice

Countries which retain the death penalty for ordinary crimes such as murder but can be considered abolitionist in practice in that they have not executed anyone during the past 10 years and are believed to have a policy or established practice of not carrying out executions. The list also includes countries which have made an international commitment not to use the death penalty

Algeria	Korea (South)	Niger
Benin	Laos	Papua new Guinea
Brunei Darussalam	Liberia	Russian Federation
Burkina Faso	Malawi	Sierra Leone
Cameroon	Maldives	Sri Lanka
Central African Republic	Mali	Swaziland
Eritrea	Mauritania	Tajikistan
Ghana	Mongolia	Tanzania
Grenada	Morocco	Tonga
Kenya	Myanmar	Tunisia
	Nauru	Zambia

Retentionist countries

Countries which retain the death penalty for ordinary crimes

Afghanistan	Guinea	Palestinian Authority
Antigua And Barbuda	Guyana	Qatar
Bahamas	India	Saint Kitts & Nevis
Bahrain	Indonesia	Saint Lucia
Bangladesh	Iran	Saint Vincent & Grenadines
Barbados	Iraq	Saudi Arabia
Belarus	Jamaica	Singapore
Belize	Japan	Somalia
Botswana	Jordan	South Sudan
Chad	Korea (North)	Sudan
China	Kuwait	Syria
Comoros	Lebanon	Taiwan
Congo (Democratic Republic)	Lesotho	Thailand
Cuba	Libya	Trinidad And Tobago
Dominica	Malaysia	Uganda
Egypt	Nigeria	United Arab Emirates
Equatorial Guinea	Oman	United States Of America
Ethiopia	Pakistan	Viet Nam
Gambia		Yemen
Guatemala		Zimbabwe

Συνολικά για το έτος του 2015,

- 58 χώρες εφαρμόζουν τη θανατική ποινή
- 102 χώρες δεν την εφαρμόζουν

- 32 χώρες την έχουν ενσωματωμένη στον ποινικό τους κώδικα αλλά έχουν πάνω από 10 χρόνια να την επιβάλλουν
- 6 χώρες την έχουν ενσωματωμένη μόνο για φόνους και για εγκλήματα πολέμου

Μέθοδοι θανατικής ποινής

- ⊙ **Απαγχονισμός:** Afghanistan, Antigua & Barbuda, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belize, Botswana, Brunei, Cameroon, Democratic Republic of the Congo, Dominica, Egypt, Equatorial Guinea, Eritrea, Gambia, Ghana, Grenada, Guyana, India, Iran, Iraq, Jamaica, Japan, Jordan, Kenya, Kuwait, Lebanon, Lesotho, Liberia, Malawi, Malaysia, Myanmar/Burma, Nigeria, North Korea, Oman, Pakistan, Palestine, Papua New Guinea, Qatar, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Sierra Leone, Singapore, South Korea, South Sudan, Sri Lanka, Sudan, Swaziland, Syria, Tanzania, Tonga, Trinidad and Tobago, Tunisia, Uganda, United States, Zambia, and Zimbabwe. Democratic Republic of the Congo, Equatorial Guinea, Iraq, Lebanon, Syria, and Uganda
- ⊙ **Λιθοβολισμός:** Indonesia, Iran, Mauritania, Nigeria, Pakistan, Saudi Arabia, Sudan, United Arab Emirates, and Yemen.
- ⊙ **Εκτελεστικό απόσπασμα:** Afghanistan, Algeria, Bahrain, Benin, Burkina Faso, Cameroon, Central African Republic, Chad, Comoros, Republic of the Congo, Cuba, Equatorial Guinea, Ethiopia, Ghana, Indonesia, Kuwait, Lebanon, Libya, Mali, Mauritania, Niger, Nigeria, Palestine, Sierra Leone, South Korea, Uganda, United Arab Emirates, United States, and Vietnam. Equatorial Guinea, Lebanon, and Uganda. Bangladesh, Belarus, Democratic Republic of the Congo, Eritrea, Guinea, India, Iran, Iraq, Jordan, Laos, Mauritania, Morocco, North Korea, Qatar, Russia, Somalia, Syria, Taiwan, Tajikistan, Tunisia, and Yemen. Democratic Republic of the Congo, India and Syria
- ⊙ **Αποκεφαλισμός:** Benin, Republic of the Congo, Iran, Saudi Arabia, and Yemen
- ⊙ **Ένεση:** China, Guatemala, Taiwan, Thailand, United States, and Vietnam, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska,* Nevada, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington, Wyoming, U.S. Military, U.S. Government
- ⊙ **Ηλεκτρική** καρέκλα:
Alabama, Arkansas, Florida, Kentucky, [Oklahoma], South Carolina, Tennessee, Virginia
- ⊙ **Θάλαμος αερίων:** Arizona, California, Missouri, [Wyoming], [Oklahoma]

Συμπέρασμα

Τα διεθνή ανθρώπινα δικαιώματα αφορούν τους καλύτερους και τους χειρότερους από εμάς. Και η άποψη ότι η θανατική ποινή λειτουργεί σαν ασπίδα προστασία της κοινωνίας από το έγκλημα είναι στην ουσία μία οφθαλμαπάτη και παραβίαση του πιο

σημαντικού ανθρώπινου δικαιώματος, αυτού της ζωής. Κάθε χώρα λοιπόν θα πρέπει να αναλογιστεί τι είδους κοινωνία χρειάζεται, μία στην οποία το κράτος έχει το δικαίωμα να εκτελεί κάποιον επιβάλλοντας την θανατική ποινή, η μία κοινωνία όπου το κράτος θα σέβεται το δικαίωμα στη ζωή όλων των πολιτών της.

Κάθε κοινωνία αποζητά την προστασία της από την εγκληματικότητα όμως η εφαρμογή της κεφαλικής ποινής δεν είναι η λύση, διότι απλώς δημιουργεί την οφθαλμαπάτη, ότι με αυτόν τον τρόπο έχουν ληφθεί αυστηρά μέτρα ενάντια στο έγκλημα. Μερικοί νομοθέτες έχουν προτείνει ότι η θανατική ποινή δεν θα πρέπει να λέγεται καν ποινή, αλλά θανατική εκτέλεση (not death penalty or capital punishment αλλά death conviction), διότι πολύ απλά ο θάνατος δεν μπορεί να αποτελέσει ποινή. Ποινή υπάρχει για να υποφέρει ο εγκληματίας για το αδίκημα που διέπραξε και να διορθωθεί κάνοντάς τον σωστό άνθρωπο, εφόσον όμως αυτός εκτελείται δεν υπάρχει πια για να επιβληθεί αυτός ο σωφρονιστικός χαρακτήρας.

Τέλος, υποστηρίζουμε ότι το δικαίωμα στη ζωή είναι το απόλυτο και ανώτερο ανθρώπινο δικαίωμα, αυτό όμως για να ισχύει, αυτό το δικαίωμα θα πρέπει να το κατέχει και ο «Άγιος» και ο «δολοφόνος» διαφορετικά διαπραγματευόμαστε την αξία της ζωής. Εάν λοιπόν αποδεχτούμε ότι όντως αυτό είναι το ανώτερο αγαθό, πως μπορούμε να επιτρέπουμε σε ορισμένες κοινωνίες να το στερεί από τον οποιονδήποτε? Το επιχείρημα αυτών υπέρ της θανατικής ποινής είναι ότι δεν χρειάζεται να σέβεσαι το δικαίωμα της ζωής κάποιου ο οποίος δεν σεβάστηκε τη ζωή κάποιου άλλου. Με αυτόν τον τρόπο όμως, εξομοιώνουν την κοινωνία με τον κάθε εγκληματία, η οποία καλείται να επαναλάβει το έγκλημα. Με λίγα λόγια καλείται η κάθε κοινωνία να διαπράξει τον πιο ψυχρό και προμελετημένο φόνο, μπαίνοντας έτσι σε ένα φαύλο κύκλο και μετά από αυτό ποιος θα τιμωρήσει την κοινωνία για αυτό της το έγκλημα?

ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΙ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗΣ ΑΚΡΟΑΣΗΣ ΥΠΟ ΤΟ ΦΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΚΑΙ ΕΝΩΣΙΑΚΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

Κυριακή Εμμ. Καρακάση, Δικηγόρος, DEA Droit Public, Université Montpellier I

I. Εισαγωγή

Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ενώπιον της Διοίκησης, ως γενική αρχή της διοικητικής δράσης¹, αποτελεί ένα από τα αποτελεσματικότερα όπλα στη φαρέτρα του διοικουμένου για τη διασφάλιση της προστασίας του και την ενίσχυση της αντίστασής του απέναντι στον κίνδυνο αυθαιρεσίας της Διοίκησης². Το ως άνω δικαίωμα αποτελεί ύψιστη εγγύηση νομιμότητας κάθε διοικητικής πράξης δεδομένου ότι οι πολίτες δύνανται να προβούν στη διασάφηση της υπόθεσης που τους αφορά πριν την έκδοση μίας διοικητικής πράξης με δυσμενές για αυτούς περιεχόμενο.

Άλλωστε, η προστασία του διοικουμένου ανάγεται σε θεμελιώδη αρχή του Διοικητικού Δικαίου, μαζί με αυτές της νομιμότητας και του δημοσίου συμφέροντος³. Προς την κατεύθυνση αυτή κινήθηκε με τη νομολογία του το Συμβούλιο της Επικρατείας για την ελληνική έννομη τάξη αλλά και το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης χωρίς να παραβλέπεται στο σημείο αυτό και η συμβολή προς την ίδια κατεύθυνση της νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Σε αυτό το σχήμα όπου η Διοίκηση έχει ως στόχο την πραγμάτωση του δημοσίου συμφέροντος, και πάντοτε στο πλαίσιο της αρχής της χρηστής διοίκησης, εντάσσεται και η αρχή της προστασίας του διοικουμένου της οποίας πτυχή είναι και το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ενώπιον της Διοίκησης⁴ πριν την έκδοση από την τελευταία μίας δυσμενούς ατομικής διοικητικής πράξης.

Συνεπώς, προκύπτει από όσα προαναφέρθηκαν ο στενός σύνδεσμος ανάμεσα στην προηγούμενη ακρόαση και στο περιεχόμενο της εκάστοτε εκδιδόμενης ατομικής διοικητικής πράξης στο μέτρο που η παραβίαση του δικαιώματος αυτού ως διαδικαστικού κανόνα κατά την εξελικτική πορεία παραγωγής της διοικητικής πράξεως, μπορεί να επηρεάσει το ουσιαστικό περιεχόμενο της εν λόγω διοικητικής πράξης⁵.

¹ VEDEL G. και DELVOLLE P., «*Droit administratif*», 9^η εκδ., Παρίσι, εκδ. P.U.F., 1984, σ. 39· ΖΥΓΟΥΡΑ Ο., «*Δικαιώματα των πολιτών έναντι της Διοικήσεως*», ΕλλΔνη 1992, σσ. 1163-1164.

² Ενδεικτικά ΣτΕ 3940/2002, ΝΟΜΟΣ, σκ. 6· ΣΤΑΣΙΝΟΠΟΥΛΟΣ Μ., «*Το δικαίωμα υπερασπίσεως ενώπιον των διοικητικών αρχών*», Αθήνα, εκδ. Αφοι Ροδή 1974, σσ. 58 επ· Ο ΙΔΙΟΣ, «*Η ακρόασις του ενδιαφερομένου εν τη διοικητική διαδικασία*», σε: *Τιμητικό Τόμο Η. Κυριακόπουλου*, τ. Α', εκδ. Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, σσ. 355 επ· ΤΑΧΟΣ Α., «*Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*», 9^η εκδ., Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Σάκκουλας, 2008 σσ. 804 επ· ΣΤΑΣΙΝΟΠΟΥΛΟΥ Ε., «*Η συνταγματική προστασία του δικαιώματος ακρόασεως του διοικουμένου*», ΕΔΔΔ 1976, σ. 165· ΚΟΝΝΙΔΑΣ Κ., «*Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης του φορολογουμένου*», Νο Β 1979, σ. 1695.

³ ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε. «*Η προστασία του διοικουμένου*», ΔτΑ 2005, σσ. 349 επ.

⁴ Όσον αφορά την ελληνική έννομη τάξη, πηγή της αρχής αυτής είναι το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος που ανακηρύσσει το σεβασμό και την προστασία της αξίας κάθε ατόμου σε υπέρτατη υποχρέωση του Κράτους βλ. επίσης ΠΑΝΑΓΟΠΟΥΛΟ Θ., «*Αρχαί του δικαίου της διοικητικής διαδικασίας*», ΕΕΝ 1975, σ. 849.

⁵ ΣΙΟΥΤΗ Γ., «*Η έννοια της διοικητικής διαδικασίας και η διαφορά της από τον τύπο της διοικητικής πράξης*», ΕΔΔΔ 1990, σσ. 26 επ.

Στο ελληνικό δίκαιο το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ενώπιον της Διοίκησης κατοχυρώνεται στην υπέρτερης τυπικής ισχύος⁶ διάταξη του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος⁷ ενώ εξειδικεύεται και στο άρθρο 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας. Είναι δε απόρροια της αρχής της διαφανούς δράσης της Διοίκησης, όπως αυτή απορρέει από το συνδυασμό των άρθρων 5^A παρ. 1 και 10 παρ. 1-3 του Συντάγματος. Από την ίδια την έννοια του ως άνω δικαιώματος, όπως αυτή αποκρυσταλλώθηκε και ερμηνεύτηκε από τη νομολογία των Διοικητικών Δικαστηρίων κυρίως δε από το Συμβούλιο της Επικρατείας, τίθενται περιορισμοί στο πεδίο εφαρμογής του οι περισσότεροι από τους οποίους περιορισμούς τίθενται ερμηνευτικά χάριν της διασφάλισης της χρηστής διοίκησης και δεν προκύπτουν με τρόπο άμεσο ούτε από το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος αλλά ούτε και από το άρθρο 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας..

Σε ενωσιακό επίπεδο το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, ως στοιχείο της κοινής συνταγματικής παράδοσης των κρατών-μελών και της δημοκρατικής τους κληρονομιάς, πηγάζει από την αρχή της χρηστής διοίκησης, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 41 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης⁸, ως το ευρύτερο πλαίσιο μέσα στο οποίο πραγματώνεται το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης⁹, και ιδίως θεμελιώνεται στην παρ. 2 του ίδιου άρθρου. Σύμφωνα δε με το ως άνω άρθρο: «Κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα στην αμερόληπτη, δίκαιη και εντός ευλόγου προθεσμίας εξέταση των υποθέσεων του από τα θεσμικά και λοιπά όργανα και τους οργανισμούς της Ένωσης» (άρθρο 41 παρ. 1) καθώς και «Το δικαίωμα αυτό περιλαμβάνει ιδίως: α) το δικαίωμα κάθε προσώπου σε προηγούμενη ακρόαση πριν να ληφθεί ατομικό μέτρο εις βάρος του» (άρθρο 41 παρ. 2 στ. α'). Πριν από αυτή τη ρητή κατοχύρωση η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου δεχόταν την ύπαρξη του ως άνω δικαιώματος ως γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου¹⁰. Η δε ενωσιακή νομολογία

⁶ BENIZEΛΟΣ Ε., «Η ερμηνεία του Συντάγματος μεταξύ νομικής δογματικής και επιστημολογικής ειλκρίνειας», ΝοΒ 1986, σσ. 1529 επ. · ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., *Συνταγματικό δίκαιο*, Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλας 2003, σ. 24.

⁷ Βλ. και σχετική περί αυτού αναφορά SCHWARZE J., « *Droit administratif européen* », τ. II, Βρυξέλλες, Λουξεμβούργο, εκδ., Bruylant, : Office des publications officielles des Communautés européennes, 1994, σσ. 1370-1371. Πριν τη συνταγματική του κατοχύρωση το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης είχε διαπλαστεί από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ως γενική αρχή του Διοικητικού Δικαίου βλ. ΣτΕ 419/1965, 2965 και 2976/1966, 1452/1967, 2069/1968, 1811-1831/1969, 3485/1971, 3034/1972.

⁸ ΔΕΕ 30.1.2002, *Max.mobil κατά Επιτροπής*, T-54/99, Συλλ.Νομολ 2002. II-313· επιβεβαιώνεται από ΔΕΕ 22.2.2005, *Επιτροπή κατά Max.mobil*, C-141/02P, Συλλ.Νομολ 2005. I-1283· Πρβλ. ΔΕΕ 13.7.2000, *Gómez de Enterría y Sanchez κατά Κοινοβουλίου*, C-8/99, Συλλ.Νομολ 2000. I-6031· επίσης ΔΕΕ 15.6.1993, *Matra κατά Επιτροπής*, C-225/91, Συλλ.Νομολ 1993. I-3203 που αναφέρονται στα συστατικά της χρηστής διοίκησης : το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης και την αιτιολογία των πράξεων· MARTY N., « *La notion de bonne Administration A la confluence des droits européens et du droit administrative français* », Διδακτορική Διατριβή 2007, σ. 240 όπου ο συγγραφέας υπογραμμίζει ότι «ο Χάρτης είναι το πρώτο κείμενο στον κόσμο στο πεδίο των δικαιωμάτων του ανθρώπου που αποτυπώνει επίσημα το δικαίωμα στη χρηστή διοίκηση». Ο ως άνω Χάρτης υπεγράφη στη Νίκαια από την 7^η έως την 9^η Δεκεμβρίου του έτους 2000.

⁹ Βλ. και ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., « *Η σχέση διοικητικής διαδικασίας και δικαστικού ελέγχου στην κοινοτική έννομη τάξη* », ΕφημΔΔ 2006, σ. 258 για μία λεπτομερέστερη ανάλυση.

¹⁰ Η ΔΕΕ 10.12.1957, *Société des usines à tubes de la Sarre κατά Haute autorité*, Συλλ.Νομολ 1957. 167 ήταν η πρώτη υπόθεση στην οποία το Δικαστήριο αναγνώρισε τη χρηστή διοίκηση ως γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου· από τη θεωρία βλ. AUTIN J.-L., « *La bonne administration dans l'ordre juridique français* » σε : Χαριστήριο στον Λουκά Θεοχαρόπουλο και τη Δήμητρα Κοντόγιωργα-Θεοχαροπούλου τ.1, Αριστοτέλειο Πανεπιστήμιο Θεσσαλονίκης, 2009, σ. 13. Αν θέλουμε να εξετάσουμε το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης (ως πτυχή της χρηστής διοίκησης) υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΕ, υπάρχουν αποφάσεις όπου το Δικαστήριο δέχτηκε τα δικαιώματα άμυνας ως

είναι κυμαινούσα, όπως καταδεικνύεται και στην ανάπτυξη που ακολουθεί (υπό III-1), ως προς την έκταση του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 41 του Χάρτη όταν εφαρμόζεται το ενωσιακό δίκαιο¹¹ (βλ. και άρθρο 51 παρ. 1 του Χάρτη) και ειδικότερα στο κατά πόσο δεσμεύονται από αυτό μόνο τα ενωσιακά όργανα¹² ή απευθείας και οι επιμέρους εθνικές διοικήσεις χωρίς να χρειάζεται να γίνεται επίκληση στο ίδιο ως άνω δικαίωμα υπό το ένδυμα της γενικής αρχής του ενωσιακού δικαίου.

Επομένως, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι το άρθρο 41 του Χάρτη δεν αποτυπώνει παρά τα θεμέλια μίας χρηστής διοίκησης σε τίτλους και μάλιστα όχι με τρόπο εξαντλητικό στηριζόμενο δε όχι μόνο στη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης αλλά και στα κείμενα των Συνθηκών της τελευταίας. Η δε εφαρμογή αυτής της διαδικαστικού χαρακτήρα διάταξης δικαιολογείται στο όνομα μιας αποτελεσματικής εφαρμογής των ενωσιακών κανόνων¹³.

Στην ανάλυση που ακολουθεί θα εκτεθούν, οι περιορισμοί που τίθενται από τη νομολογία στην άσκηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης ενώπιον της Διοίκησης. Στο πρώτο τμήμα της παρουσίασης θα εξετασθούν οι περιορισμοί που τίθενται από τον Έλληνα δικαστή εκκινώντας από τους κατ' ίδιαν περιορισμούς που τίθενται καθ' ερμηνευτική αναγκαιότητα (II-1) για να περάσουμε στους κατεξοχήν

θεμελιώδεις αρχές του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε: ΔΕΕ 28.3.2000, *Krombach*, C-7/98, Συλλ. Νομολ. 2000. I-1935, σκ. 42· ΔΕΕ 18.12.2008, *Sopropé*, C-349/07, Συλλ. Νομολ. 2008. I-10369, σκ. 36· το Δικαστήριο δέχτηκε ότι το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης επεκτείνεται σε κάθε περίπτωση που οδηγεί σε δυσμενή για τον ενδιαφερόμενο αποτελέσματα: ΔΕΕ 23.10.1974, *Transocéan Marine Paint Association κατά Επιτροπής*, C-17/74, Συλλ. Νομολ. 1974. 1063, σκ. 15· ΔΕΕ, 18.10.1989, *Orkem κατά Επιτροπής*, C-374/87, Συλλ. Νομολ. 1989. 3283· ΔΕΕ, 21.12.2011, *Γαλλία κατά People's Mojahedin Organisation of Iran*, C-27/09P, Συλλ. Νομολ. 2011. I-13427· ΔΕΕ 22.11.2012, *M.*, C-277/11· ΔΕΕ 21.11.1991, *Technische Universität München*, C-269/90, Συλλ. Νομολ. 1991. I-5469, όπου το Δικαστήριο απαίτησε αμερόληπτη εξέταση των στοιχείων που παρουσίασε ο ενδιαφερόμενος στο πλαίσιο της προηγούμενης ακρόασής του· βλ. ακόμη ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., «*Η σχέση διοικητικής διαδικασίας και δικαστικού ελέγχου στην κοινοτική έννομη τάξη*», Εφημ. ΔΔ 2006, σ. 249, όπου υπογραμμίζεται η ύπαρξη μίας τάσης του ενωσιακού δικαστή να διασφαλίσει τις διαδικαστικές εγγυήσεις που ενισχύουν τη συμμετοχή του ενδιαφερομένου στη λήψη αποφάσεων που τον αφορούν· «*Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et convention européenne des droits de l'homme*», συνέδριο 21 Οκτωβρίου 2011, Montpellier που οργανώθηκε από το Ινστιτούτο του Ευρωπαϊκού Δικαίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, υπό τη διεύθυνση των Caroline Picheral, Laurent Coutron, Βρυξέλλες, εκδ. Bruylant, 2012, σ. 97 επ., όπου διαπιστώνεται μία τάση εναρμόνισης μεταξύ της νομολογίας του ΔΕΕ και αυτής του ΕΔΔΑ σε σχέση με την ποιότητα της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, όπως αυτό της προηγούμενης ακρόασης, κυρίως μετά την προσχώρηση της Ένωσης στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, έτσι: PICAL C., «*Rapport introductif*», σε: PICAL C. «*Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union Européenne*», Βρυξέλλες, εκδ. Némesis, 2012, σ. 5 και FAVREAU B., «*La charte des droits fondamentaux : pourquoi et comment ?*», σε: FAVREAU B., «*La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le traité de Lisbonne*», Βρυξέλλες, εκδ. Bruylant, 2010, σ. 33.

¹¹ DE KERCHOVE G. et LADENBURGER C., «*Le point de vue d'acteurs de la Convention*», σε: CARLIER J.-Y., O. DE SCHUTTER «*La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne-Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*», Βρυξέλλες, εκδ. Bruylant, 2002, σ. 216.

¹² RITLENG D., «*L'encadrement des procédures devant le juge national*», σε: PICAL C. «*Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union Européenne*», εργασίες συνεδρίου στις 5 και 6 Νοεμβρίου 2010, Βρυξέλλες εκδ. Némesis, 2012, σσ. 121-122· LADENBURGER C., «*L'apport de la Charte*», σε: CARLIER J.-Y., O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Βρυξέλλες, εκδ. Bruylant 2002, σσ. 108-109, όπου ο συγγραφέας υπογραμμίζει ότι το άρθρο 41 του Χάρτη περιλαμβάνει τα πλέον θεμελιώδη δικαιώματα.

¹³ ΟλΣτΕ 3457/1998, ΝΟΜΟΣ. Σύμφωνα με το άρθρο 197-1 ΣΛΕΕ, πρόκειται για ένα ζήτημα κοινού ενδιαφέροντος.

περιορισμούς (II-2) και να ολοκληρώσουμε με τον προβληματισμό του νομολογιακού κριτηρίου της λυσιτέλειας και το κατά πόσο αυτό μπορεί να θεωρηθεί περιορισμός του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης (II-3). Ακολούθως στο δεύτερο τμήμα θα παρουσιαστούν οι αντίστοιχοι περιορισμοί στο πεδίο της ενωσιακής έννομης τάξης εστιάζοντας κυρίως στη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εκκινώντας ωσαύτως από τους ερμηνευτικά αναγκαίους περιορισμούς (III-1) για να ακολουθήσει η ανάπτυξη των λοιπών κριτηρίων για τη θέσπιση περιορισμών στο δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης (III-2, 3).

II. Οι κατ' ιδίαν περιορισμοί του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης στην ελληνική έννομη τάξη

1. Απορρέοντες από το σκοπό και τη φύση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης «περιορισμοί»

A. Ατομική διοικητική πράξη

Σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ασκείται στα πλαίσια της έκδοσης μίας διοικητικής πράξεως τόσο με την τυπική (με κριτήριο το όργανο και τη διαδικασία έκδοσης) όσο και με την ουσιαστική του όρου έννοια¹⁴. Εξ αντιδιαστολής προκύπτει ότι αποκλείεται η άσκηση του δικαιώματος αυτού όταν πρόκειται για τυπικούς νόμους και κανονιστικές της διοίκησης πράξεις¹⁵. Απαιτείται συνεπώς η επίμαχη διοικητική πράξη να έχει συγκεκριμένο ή/και ειδικό χαρακτήρα αποτελώντας ως επί το πλείστον πράξη ατομική¹⁶. Ενώ η νομολογία, όπως προαναφέρθηκε, παγίως αποκλείει την άσκηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης επί κανονιστικών πράξεων, ο νομοθέτης δεν αποκλείεται να επεκτείνει ρητά το πεδίο εφαρμογής του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης και επ' αυτών¹⁷ σχετικοποιώντας με αυτό τον τρόπο τον παγιωμένο νομολογιακά τιθέμενο περιορισμό και όντας πάντοτε σύμφωνος με το άλλωστε ευρύ συνταγματικά κατοχυρωμένο ως άνω δικαίωμα.

B. Δυσμενής διοικητική πράξη

Η διοικητική πράξη πρέπει να προξενεί στο διοικούμενο ζημίες με τη θετική του όρου έννοια, κατόπιν δράσεως (ενεργοποίησης) της διοίκησης επί των δικαιωμάτων και συμφερόντων του διοικουμένου¹⁸. Επομένως η άσκηση του δικαιώματος

¹⁴ ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., «Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα», 3^η εκδ., Αθήνα – Κομοτηνή, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 471.

¹⁵ ΣτΕ Ολ 3692/2009, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ Ολ 1427/1981, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1558/2015, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 350/2013, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2930/1989, ΝΟΜΟΣ· ΔΕΦΑΘ 1841/2005 με σχετική παραπομπή και στη με αριθ. 2040/1977 απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ, ΝΟΜΟΣ· ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., ό.π., σ. 471.

¹⁶ Με την έννοια του ότι πρέπει να υφίσταται στενός σύνδεσμος μεταξύ της διοικητικής πράξης και της έννομης κατάστασης του διοικουμένου. Γι αυτό και το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης δεν επεκτείνεται στα προπαρασκευαστικά διοικητικά μέτρα ή στα μέτρα εσωτερικής τάξης της διοίκησης. Βλ. σχετικά ΧΑΛΑΖΩΝΙΤΗ Κ. Μ., «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ενώπιον της Διοικήσεως στο Ελληνικό δίκαιο», *Revue Hellénique de Droit International* 1984, σ. 258· ΛΑΖΑΡΑΤΟ Π., *Το δικαίωμα ακρόασης στη διοικητική διαδικασία*, Αθήνα – Κομοτηνή, εκδ. Α. Σάκκουλας, 1992, σ. 362· ΧΡΥΣΟΓΟΝΟ Κ., ό.π., σ. 471· CAUDAL S., «*Les procédures contradictoires en dehors du contentieux*», R.F.D.A. 2001, σσ. 13 επ.

¹⁷ Βλ. εν είδει παραδείγματος άρθρ. 3 και 5 του προισχύσαντος ν. 1337/1983 περί επέκτασης σχεδίων πόλεων (για την εκπόνηση και έγκριση του γενικού πολεοδομικού σχεδίου)· ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., ό.π., 471.

¹⁸ ΕΣ Ολ 36/1986, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 3291/1976· ΣτΕ 1905/1977, ΤοΣ 1977, 455· ΔΕΦΑΘ 2176/1988, ΝΟΜΟΣ· ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., «*Η αρχή της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου*», (γνωμοδότηση) ΝοΒ 1979, σ. 1558· ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε., «Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο», 2^η

προηγούμενης ακρόασης δεν επεκτείνεται σε περιπτώσεις αποχής της διοίκησης ή άρνησής της σε σχέση είτε με την χορήγηση ενός δικαιώματος είτε με τη δημιουργία μίας ευμενούς για τον διοικούμενο νομικής κατάστασης είτε ακόμα με την αντικατάσταση ή τροποποίηση μίας ήδη υπάρχουσας νομικής κατάστασης¹⁹. Για να μπορέσει ο διοικούμενος να ασκήσει το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ενόψει της έκδοσης μίας δυσμενούς διοικητικής πράξης θα πρέπει η τελευταία να βλάπτει ευθέως τα προσωπικά του δικαιώματα στοιχειοθετούμενης έτσι μίας στενής σχέσης αιτιότητας μεταξύ του περιεχομένου της εκδοθησόμενης πράξης και της βλάβης²⁰.

Ακόμη, το δικαίωμα διοικητικής ακρόασης δεν ασκείται όταν της έκδοσης διοικητικής πράξης έχει προηγηθεί αίτημα του ίδιου του διοικουμένου προς τη διοίκηση²¹, οπότε και ο διοικούμενος έχει ήδη εκφράσει τους κρίσιμους για τον ίδιο ισχυρισμούς. Η άποψη, ωστόσο, αυτή έχει επικριθεί από τη θεωρία²² καθ' όσον παρ'όρα το ενδεχόμενο έκδοσης μίας δυσμενούς διοικητικής πράξης εκ μόνου του λόγου της μη ακρόασης του διοικουμένου, παρά το ότι αυτή καθίσταται επιβεβλημένη ενόψει κάποιας τροποποίησης που εμφοιλόχρησε από το χρονικό σημείο υποβολής της αίτησης μέχρι την έκδοση της επίμαχης πράξης, είτε σε επίπεδο κρίσιμων πραγματικών περιστατικών είτε σε επίπεδο νομοθετικό, ή ακόμα στην περίπτωση που η εκδιδόμενη διοικητική πράξη στηρίχτηκε σε άγνωστα για τον διοικούμενο στοιχεία

Γ. Έκδοση της διοικητικής πράξης κατά διακριτική ευχέρεια

Κατά πάγια νομολογία, η άσκηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης δεν είναι δυνατή ούτε γεννάται λόγος ακύρωσης, επί έκδοσης δυσμενών μεν διοικητικών

εκδ., Βρυξέλλες, εκδ. Bruylant και Αθήνα, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2004, σσ. 108 επ.· ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Π., «Οι προϋποθέσεις της νόμιμης άσκησης του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου», *γνωμοδότηση ΝοΒ 1987*, σ. 336· ΡΩΤΗΣ Β., «Η περιπέτεια του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος», σε: ASSOCIATION DES CONSTITUTIONNALISTES HELLENES, *Συνταγματικές ελευθερίες στην πράξη*, Αθήνα – Κομοτηνή, εκδ. Α. Σάκκουλα, 1986, σσ. 339 επ.· VEDEL G. et DELVOLLE P. «*Droit Administratif*», 9^η εκδ., Παρίσι, P.U.F, 1984, σ. 136.

¹⁹ ΕΣ Ολ 36/1986, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1905/1977, ΤοΣ 1977, 455· ΣΠΗΛΙΟΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε., ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Π., ό.π., σ. 340· ΡΩΤΗΣ Β., ό.π., σ. 339 επ.· ΣΤΑΣΣΙΝΟΠΟΥΛΟΥ Ε., «*Η συνταγματική προστασία του δικαιώματος ακρόασης του διοικουμένου*», ΕΔΔ 1976, σ. 173

²⁰ ΤΑΧΟΣ Α., *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, 9^η εκδ., Αθήνα – Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλας, 2008, σ. 689 · Ο ΙΔΙΟΣ, *Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999)*, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλας 2009, σ. 401· ΧΑΛΑΖΩΝΙΤΗΣ Κ.Μ., ό.π. σ. 266. Τούτο δε ισχύει ανεξάρτητα από το αν αποδέκτης της δυσμενούς διοικητικής πράξης είναι ο διοικούμενος ή τρίτος που βλάπτεται κατά τον ως άνω αναφερόμενο τρόπο από το περιεχόμενο αυτής. Βλ. σχετικά: ΣΤΑΣΣΙΝΟΠΟΥΛΟ Μ., «*Le Droit de la défense devant les autorités administratives en dépôt*», Athènes : M. Stassinopoulos, Paris diffusion : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, σσ. 159 επ.· IDOUX P., «*La contradiction en droit administratif français*», thèse, Université de Montpellier 1, Collection Thèses 2005, σ. 314.

²¹ ΣτΕ 1905/1977, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΣτΕ 673/1994, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1545/1995, ΝΟΜΟΣ, σκ. 7· 2026/1996, ΝΟΜΟΣ, σκ. 4· πρβλ. ΣτΕ 3940/2002, ΝΟΜΟΣ· ΔΕΦΑΘ 2/2012, ΝΟΜΟΣ, σκ. 6· ΤΑΧΟΣ Α. *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, ό.π., σ. 687· ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., ό.π., σ. 474.

²² Βλ. κριτικά ΛΑΖΑΡΑΤΟ Π., ό.π.. Από τη γαλλική θεωρία βλ. IDOUX P., «*L'exigence du contradictoire de la procédure*», σε : «*La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations... Dix ans après*» sous la direction de Sébastien Saunier, Actes de colloques de l'IFR n° 13, εκδ.. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole και εκδ. L.G.D.J., 2011, σσ. 236 επ. · BRISSON J.-F., «*Les principes de la procédure administrative en droit français*», σε : FROMONT M., «*Analyse comparée du droit administratif: la procédure administrative non contentieuse en droit français*», Λονδίνο, εκδ. Esperia 2000, σσ. 92 επ.

πράξεων που στηρίζονται, όμως, σε αντικειμενικά κριτήρια²³. Αντιθέτως, το δικαίωμα ενεργοποιείται επί εκδόσεως διοικητικών πράξεων κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης²⁴, οπότε και, τηρουμένης πάντοτε της αρχής της αναλογικότητας, καταλείπεται στην τελευταία περιθώριο διαμόρφωσης του περιεχομένου της διοικητικής πράξης σταθμίζοντας μεταξύ άλλων και την υποκειμενική συμπεριφορά του διοικουμένου²⁵ και την αξιολόγηση αυτής υπό το πρίσμα και των απόψεων που θα εκθέσει ο τελευταίος κατά την ακρόαση²⁶. Ωστόσο, στη νομολογία διαφαίνεται μία τάση διεύρυνσης της έννοιας της αντικειμενικής παρανομίας με συνακόλουθο περιορισμό του πλήθους των διοικητικών πράξεων που στηρίζονται μεταξύ άλλων και στην υποκειμενική συμπεριφορά του διοικουμένου και κατ' επέκταση του πεδίου εφαρμογής του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης²⁷. Κατά τη νομολογία²⁸, στις περιπτώσεις των κατά δεσμία αρμοδιότητα εκδιδόμενων διοικητικών πράξεων το γενικό δικαίωμα ακρόασης αργεί. Το ασφυκτικό αυτό αποτέλεσμα της ανωτέρω θέσης²⁹ για το δικαίωμα ακρόασης αμβλύνεται με την ενεργοποίηση του τελευταίου στις περιπτώσεις συμπλοκής της δέσμιας αρμοδιότητας της διοίκησης και της διακριτικής της ευχέρειας. Ως παράδειγμα αναφέρονται οι διοικητικές πράξεις επιβολής προστίμου, ιδίως όταν αυτές εκδίδονται στο πλαίσιο

²³ ΣτΕ Ολ 1685/2013, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΣτΕ Ολ 1607/2015, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 264/1999, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 644/2000, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 4027/2004, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 425/2010, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2880/2011, ΝΟΜΟΣ, σκ. 7· ΣτΕ 2204/2012, ΝΟΜΟΣ· επίσης ΣτΕ 930/2010 (Αναστ.), ΝΟΜΟΣ και ΣτΕ 425/2010, ΝΟΜΟΣ στις οποίες θεωρήθηκε αβάσιμος ο λόγος που αφορούσε τη μη ακρόαση με αιτιολογία την έκδοση της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης επί τη βάσει αντικειμενικών κριτηρίων· ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ Π., ό.π., σσ. 443 επ.. Ενδεικτικό παράδειγμα τέτοιων διοικητικών πράξεων αποτελούν εκείνες που αφορούν την κατεδάφιση αυθαιρέτου σε αιγιαλό και παραλία βλ. ΣτΕ 2598/2005· ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε. «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης (Γενικό διοικητικό δίκαιο-Διάγραμμα), (διαθέσιμο στο www.prevedourou.gr, τελευταία είσοδος 27.3.2016) όπου πλούσια περιπτωσιολογία τέτοιων διοικητικών πράξεων με παράλληλη αναφορά στη νομολογία.

²⁴ ΤΑΧΟΣ Α., *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, ό.π., σ. 689· ΧΡΥΣΟΓΟΝΟΣ Κ., ό.π., σ. 472· ΧΑΛΑΖΩΝΙΤΗΣ Κ.Μ., ό.π., σ.258.

²⁵ ΣτΕ 4139/1988, 651/2014, ΝΟΜΟΣ, σκ. 10 με περαιτέρω παραπομπές· ΣτΕ 2348/2015, ΝΟΜΟΣ· a contrario ΔΕφΑθ 2/2012, ΝΟΜΟΣ· ΔΠρΑθ 4959/1998, ΝΟΜΟΣ· πρβλ ΣτΕ 530/2005, ΝΟΜΟΣ· ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε., *Εγχειρίδιο διοικητικού δικαίου*, τ. 1, 14^η εκδ., Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, σσ. 165 επ.· ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., *Γενικό διοικητικό δίκαιο*, 5^η εκδ., Αθήνα – Κομοτηνή, εκδ. Α. Σάκουλα, 2004, σσ. 333 επ.· ΠΑΥΛΟΠΟΥΛΟΣ Π., «*Η συνταγματική εγγύηση της αρχής audi alteram partem στην ελληνική έννομη τάξη*», *Revue Hellénique de Droit International* 1978, σσ. 17 επ.· ΣΠΑΝΟΥ Κ., «*Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης κατά το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος*», ΔΜρρ 1982, σ. 68· ΖΥΓΟΥΡΑ Ο., «*Δικαιώματα των πολιτών έναντι της διοικήσεως*», *ΕλλΔνη* 1992, σ. 1164· ΧΙΩΛΟΣ Κ., «*Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης*», *Αρχείο Νομολογίας (ΑρχΝ)* 1999, σ. 765 επ.· για τη γαλλική έννομη τάξη βλ.: DELAUNAY B., «*Droits des participants*» σε: FROMONT M. «*Analyse comparée du droit administratif: la procédure administrative non contentieuse en droit français*», Λονδίνο, εκδ. Esperia 2000, σ. 111· CE 12 juillet 1944, *Varenne-202*, Συλλ. σ. 202· CE 7 janvier 1955, *Association La Chaumière des Pastourelles*, Συλλ. σ. 11· CE 31 octobre 1952, *Mères abandonnées*, Συλλ. σ. 480.

²⁶ Ως ενδεικτικό παράδειγμα αναφέρεται στο σημείο αυτό η περίπτωση ανάκλησης της άδειας πωλητή λαϊκών αγορών, βλ. ΣτΕ 1246/2004, ΝΟΜΟΣ.

²⁷ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 175/2012, ΝΟΜΟΣ, σκ. 9· ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., «*Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΔΕΕ της 10^{ης} Σεπτεμβρίου 2013, C-383/13 PPU, M.G. και N.R.)*», ΘΠΔΔ 2013, σ. 83.

²⁸ ΣτΕ 1164/2009, ΝΟΜΟΣ· βλ. και ανωτ. σημ. 23· ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε., *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, τ. 1, πλαγιάρ. 159, 13^η εκδ., Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2010· ΜΑΘΙΟΥΔΑΚΗΣ Ι., «*Νόμιμη και αυθαίρετη δόμηση*», *Θεσσαλονίκη*, εκδ. Ανιόν, 2015, σσ. 384 – 385, όπου γίνεται αναφορά στο προϊσχύσαν άρθρο 22 παρ. 3 του ΓΟΚ/1985 δυνάμει του οποίου προβλεπόταν ρητά η προηγούμενη ακρόαση του ενδιαφερομένου αναφορικά με τα τυπικά αυθαίρετα κτίσματα (κατεξοχήν πεδίο άσκησης της δέσμιας αρμοδιότητας της διοίκησης).

²⁹ Βλ. ΚΑΨΑΛΗ Β., ΘΠΔΔ 2011. 395 επ.

δέσμιας αρμοδιότητας της διοίκησης ως προς τη συνδρομή των προϋποθέσεων επιβολής αυτού, ενώ ταυτόχρονα εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της διοίκησης ο προσδιορισμός του ύψους του προστίμου³⁰.

2. Το δημόσιο συμφέρον ως κατεξοχήν περιορισμός του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης

Η απεριόριστη ενάσκηση του ευρύτατου συνταγματικού δικαιώματος ακρόασης θα είχε ως συνέπεια την αναποτελεσματικότητα της διοίκησης, ενώ παράλληλα θα επέτεινε τη γραφειοκρατία³¹. Προς αποφυγή του απευκταίου αυτού αποτελέσματος, το άρθρο 6 παρ. 3 ΚΔΔιαδ³² κάνει λόγο για άμεση λήψη κάποιου δυσμενούς μέτρου χωρίς να προηγηθεί η διοικητική ακρόαση του ενδιαφερομένου εάν διακυβεύεται επιτακτικό δημόσιο συμφέρον ή σκοπείται η αποτροπή κινδύνου. Πρόκειται για περιπτώσεις όπου ανακύπτει μία εξαιρετική ανάγκη αποτροπής επικείμενου κινδύνου ή διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος από επαχθείς συνέπειες που θα επέλθουν εάν δεν καλυφθεί η εν λόγω αναγκαιότητα³³ και που εντοπίζονται συνηθέστερα, υπό το φως και μίας αναλογικής εφαρμογής της ενωσιακής νομολογίας³⁴, στο πεδίο της δημόσιας υγείας και ασφάλειας. Εάν δε η έκτακτη αυτή κατάσταση είναι δυνατό να μεταβληθεί εντός 15 ημερών από την έκδοση της δυσμενούς διοικητικής πράξης, καλείται εκ των υστέρων πια να ακουσθεί ενώπιον της διοικήσεως προκειμένου να κριθεί εάν τελικά το ήδη επιβληθέν δυσμενές διοικητικό μέτρο θα παγιωθεί ή όχι. Επομένως πρόκειται για μία *νομοθετική συστολή* του πεδίου της διοικητικής ακρόασης που είναι αναγκαία προκειμένου να επιτευχθεί ο αιώτατος σκοπός του ίδιου του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης και που δεν παύει να είναι η αποτελεσματικότητα της διοικητικής δράσης ως πτυχή του δημοσίου συμφέροντος. Για τη διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος δεν έχει εφαρμογή το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης και στην περίπτωση των υλικών πράξεων της διοίκησης προς αποφυγή των καθυστερήσεων που θα έθεταν εκποδών τους στόχους της λήψης τέτοιου είδους μέτρων από την πλευρά της διοίκησης³⁵ καθώς επίσης και στις περιπτώσεις που η διοίκηση ασκεί τις ανατιθέμενες σε αυτή από το νόμο ελεγκτικές

³⁰ ΣτΕ 530/2002, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 346/2003, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 4597/2005, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2861 και 2862/2006, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 337/2007, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1881/2008, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1399/2009, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1881/2010, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2880/2011, σκ. 7, ΝΟΜΟΣ.

³¹ Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η αυτοματοποιημένη έκδοση διοικητικών πράξεων με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων, όπου φυσικά κάτι τέτοιο γίνεται τηρουμένης της εκάστοτε ισχύουσας νομοθεσίας και για τη διασφάλιση της αποτελεσματικής διοικητικής δράσης. Βλ. σχετικά με το ως άνω παράδειγμα ΛΑΖΑΡΑΤΟ Π., «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης του άρθρου 20 παρ. 2 Σ. κατά την έκδοση διοικητικών πράξεων με τη βοήθεια ηλεκτρονικών υπολογιστών», ΝοΒ 1990, σσ. 427 επ.· Βλ. ΘΕΜΕΛΗ Ν., Γνωμοδότηση Ολομέλεια Ελεγκτικού Συνεδρίου της 26.11.1986., ΤοΣ 1987, σ. 142· ΣΑΚΕΛΛΑΡΙΟΥ Ν., «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης και η πολιτική ουδετερότητα των δημοσίων υπαλλήλων», ΤοΣ 1994, σ. 352, όπου διαπιστώνεται ότι ο νομολογιακός αποκλεισμός της διοικητικής ακρόασης επί τη βάση του δημοσίου συμφέροντος δεν αρκεί πάντοτε προκειμένου να δικαιολογήσει τον εν λόγω αποκλεισμό.

³² ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε., «Η προστασία του διοικουμένου», ΔτΑ 2005, σ. 355 για μία αναφορά στο προγενέστερο καθεστώς.

³³ ΤΑΧΟΣ Α., *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, ό.π., σ. 691· Ο ΙΔΙΟΣ, *Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας* (ν. 2690/1999), ό.π., σ. 403· ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε., «Η προστασία του διοικουμένου», ΔτΑ 2005, σσ. 349 επ.· ΡΩΤΗΣ Β., ό.π., σ. 336.

³⁴ Βλ. πιο κάτω υπό III – 3. Πρβλ. ΔΕΕ 2.5.2006, *Eurofood IFSC*, C-341/04, Συλλ.Νομολ. 2006. I-3813, σκ. 66· ΔΕΕ 15.6.2006, *Dokter κ.λπ.*, C-28/05, Συλλ.Νομολ. 2006. I-5431, σκ. 75, 76.

³⁵ ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ Π., ό.π., σσ. 150 και 356 επ. όπου γίνεται λόγος και για αστυνομικά μέτρα που ενδύονται στην πλειοψηφία των περιπτώσεων του τύπου των υλικών πράξεων της διοίκησης· επίσης ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ Ε., *ΕγγχΔΔ*, τ. 1, Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2011, πλαγιαρ. 159.

αρμοδιότητες επί των διοικουμένων για τους ίδιους ως άνω λόγους³⁶. Συμπλέουσα ως προς τα προαναφερόμενα είναι και η νομολογία η οποία δέχεται ότι το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ασκείται από τους διοικουμένους με την προϋπόθεση ότι με την άσκηση του δεν θέτει προσκόμματα στην επίτευξη του σκοπού έκδοσης των επίμαχων διοικητικών πράξεων χάριν της διασφάλισης του δημοσίου συμφέροντος και άρα δεν υφίσταται κίνδυνος αναιρέσεως της αποτελεσματικότητας των εν λόγω πράξεων³⁷. Κινούμενη στο ίδιο ως άνω πλαίσιο η νομολογία έχει δεχτεί τη μη άσκηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης σε περιπτώσεις υλικής εκτέλεσης μίας διοικητικής πράξης από την διοίκηση με την προϋπόθεση ότι το μέτρο της εκτελέσεως έχει επιβληθεί συννόμως και προς εξυπηρέτηση εξαιρετικής και σοβαρής αναγκαιότητας³⁸.

3. Το νομολογιακό κριτήριο της λυσιτέλειας

Με την απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ 530/2003³⁹ τέθηκε το ευρύτερο περιοριστικό/ δικονομικό συμφραζόμενο του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης με την εισαγωγή του κριτηρίου της λυσιτέλειας⁴⁰ υπό το πρίσμα του οποίου διωλίζονται λόγοι ακυρώσεως που αφορούν τυπικές πλημμέλειες, συμπεριλαμβανομένου και του ως άνω δικαιώματος, επί πράξεων δέσμιας αρμοδιότητας της διοίκησης, όταν δεν αμφισβητούνται από τον διάδικο τα πραγματικά περιστατικά⁴¹. Εμμέσως δε η ως άνω απόφαση εισάγει τη σύνδεση μεταξύ τυπικού ελαττώματος και ουσιαστικού περιεχομένου της εκάστοτε επίδικης διοικητικής πράξης υπό την έννοια της επιρροής του περιεχομένου της από την τυπική πλημμέλεια⁴² και τούτο πάντοτε προς διασφάλιση της αποτελεσματικότητας και οικονομίας της ακυρωτικής δίκης⁴³. Στο ίδιο πλαίσιο και μάλιστα κατά τρόπο αυστηρότερο αναφορικά με το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, συγκεκριμένα πια, κινήθηκε και η απόφαση της Ολομέλειας του ΣτΕ 4447/2012⁴⁴, η οποία εξεδόθη μετά

³⁶ ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., «*Η αρχή της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου*», ό.π., σ. 1559· ΡΩΤΗΣ Β., ό.π. σ. 349.

³⁷ ΣτΕ 58/1977, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΣτΕ 2252/1986, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 571/1989, ΝΟΜΟΣ στα πλαίσια της οποίας έγινε δεκτός λόγος ακύρωσης που αφορούσε την παράλειψη προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου καθ' όσον κρίθηκε ότι δεν παρακώλυε την αναγόμενη στο δημόσιο συμφέρον λήψη «αμελλητί» του δυσμενούς μέτρου που επεβλήθη με την προσβαλλόμενη· ΣτΕ 1545/1995, ΝΟΜΟΣ, σκ. 7· ΣτΕ 1505/2003 και 2361/2011, σκ. 4, ΝΟΜΟΣ· ΔΕΦΑΘ 2/2012, ΝΟΜΟΣ, σκ. 6· ΤΑΧΟΣ Α., *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, ό.π., σ. 688· ΛΑΖΑΡΑΤΟΣ Π., ό.π., σσ. 356 επ.· βλ. επίσης και ΔΑΓΤΟΓΛΟΥ Π., «*Η αρχή της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου*», (γνωμοδότηση) ΝοΒ 1979, σ. 1559· ΧΑΛΑΖΩΝΙΤΗΣ Κ. Μ., ό.π., σ. 260· Ο διοικητικός δικαστής ερευνά κάθε φορά *in concreto* εάν θεμελιώνεται κατάσταση ανάγκης τηρουμένης και της αρχής της αναλογικότητας.

³⁸ ΣτΕ 1335/1980· έτσι *a contrario* και η ΔΕΦΑΘ 171/2000, ΝΟΜΟΣ· πρβλ. ΔΕΦΑΘ (Συμβ) 255/2011, ΝΟΜΟΣ· ΤΑΧΟΣ Α., *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, ό.π., σσ. 607-610 και 688.

³⁹ ΣτΕ Ολ 530/2003, ΔτΑ 2003= ΤοΣ, σσ. 1254 επ.

⁴⁰ ΓΩΓΟΣ Κ., «*Οι αλυσιτελείς τυπικοί λόγοι ακυρώσεως επί πράξεων δέσμιας αρμοδιότητας*», ΔτΑ αριθ. 50/2011, σ. 397 επ· ΚΑΨΑΛΗ Β., «*Η δικονομική αλυσιτέλεια ως έκφραση μεθοδολογικής αμηχανίας. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΣτΕ Ολ 4447/2012*», ΘΠΔΔ 2013, σ. 818· Η ΙΔΙΑ, παρατηρήσεις επί της απόφασης ΣτΕ 3382/2010, ΘΠΔΔ 2011, σ. 396.

⁴¹ Επίσης βλ. ΣτΕ 3989/2005 και 2916/2007, ΝΟΜΟΣ με τις οποίες είχαν απορριφθεί ως αλυσιτελείς μεταξύ άλλων λόγοι που αφορούσαν και την παραβίαση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης επί πράξεων δέσμιας αρμοδιότητας όπου δεν αμφισβητούνται τα πραγματικά περιστατικά από τον ενδιαφερόμενο.

⁴² ΚΑΨΑΛΗ Β., παρατηρήσεις επί της ΣτΕ 3382/2010, ΘΠΔΔ 2011, σ. 401.

⁴³ ΚΑΨΑΛΗ Β., «*Η δικονομική αλυσιτέλεια ως έκφραση μεθοδολογικής αμηχανίας. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΣτΕ Ολ 4447/2012*», ΘΠΔΔ 2013, σ. 817.

⁴⁴ ΣτΕ Ολ 4447/2012, ΘΠΔΔ 2012, σ. 1142 επ· βλ. ΚΑΨΑΛΗ Β., «*Η δικονομική αλυσιτέλεια ως έκφραση μεθοδολογικής αμηχανίας. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΣτΕ Ολ 4447/2012*», ΘΠΔΔ 2013,

την παραπεμπτική με αριθ. 3382/2010 απόφαση του Δ' Τμήματος. Ειδικότερα, ο ακυρωτικός δικαστής στα πλαίσια εξέτασης λόγων ακύρωσης διοικητικής πράξης εκδιδόμενης κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας εν προκειμένω, (επρόκειτο για πράξη οργάνου του ΟΑΕΔ περί διακοπής επιχορήγησης εργοδότη), διατυπώνει τις προϋποθέσεις λυσιτελούς προβολής της παράλειψης προηγούμενης ακρόασης ως λόγου ακύρωσης. Η πλειοψηφία εκκινώντας από μία βάση τελολογική (βλ. σκ. 7 αυτής), υποστήριξε ότι εφόσον σκοπός του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης είναι η άσκηση επιρροής από τον διοικούμενο στον τρόπο με τον οποίο η διοίκηση εκτιμά το πραγματικό υλικό πριν την έκδοση μίας διοικητικής πράξης που τον αφορά, θα πρέπει να ερευνάται από τον ακυρωτικό δικαστή κατά ποσό οι λόγοι που θα προβάλλονταν από τον διοικούμενο αν δεν είχε επιλοχωρήσει η πλημμέλεια της μη ακρόασεως είναι ουσιώδεις και κρίσιμοι με την έννοια του ότι θα ηδύναντο να επιτελέσουν τον ως άνω σκοπό. Προβάλλει κατ' αυτόν τον τρόπο υπό το πρίσμα της λυσιτέλειας ένας νέος δικονομικός σκόπελος⁴⁵ για τον διοικούμενο που επιδεινώνει την έννομη προστασία του και καταλήγει να καθιστά δυσχερέστερη την απόλαυση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης ως διαδικαστικής εγγύησης συνταγματικής περιωπής. Συνεπώς οι παραδοχές της πλειοψηφίας δεν μπορεί παρά να επιδρούν στην ουσία του δικαιώματος ακρόασης, καθ' όσον θα πρέπει αφενός ο ίδιος ο διοικούμενος να προβάλλει όλους αυτούς τους ισχυρισμούς στο δικόγραφο (άρα προβάλλει έντονη η εξάρτηση της δικονομικής αντιμετώπισης ενός τέτοιου λόγου από τη στάση του διαδίκου)⁴⁶ αφετέρου ο ακυρωτικός δικαστής να προβεί σε μία υποθετική ομολογουμένως και πάντως επί της ουσίας κρίση με ό,τι ενστάσεις κάτι τέτοιο μπορεί να εγείρει όχι μόνο για τη φύση του ακυρωτικού ελέγχου⁴⁷ αλλά και για τη συμπλοκή σε ένα σχήμα πρωθύστερο της επί της ουσίας αξιολόγησης του επίμαχου λόγου ακύρωσης και της λυσιτέλειας. Με την απόφαση όμως αυτή της Ολομέλειας διαμορφώνεται και μία επιπλέον πηγή κινδύνου για τη συστολή του πεδίου εφαρμογής του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης, όταν η παράλειψή του προβάλλεται ως λόγος ακύρωσης, καθ' όσον για την ευδόκιμη προβολή του στις περιπτώσεις όπου προβλέπεται ενδικοφανής προσφυγή, θα πρέπει ωσαύτως οι κρίσιμοι και ουσιώδεις κατά την ως άνω έννοια αυτοί ισχυρισμοί του διοικουμένου που θα ασκούσαν επιρροή στο ουσιαστικό περιεχόμενο της εκάστοτε

817 επ. για μία κριτική θεώρηση των απόψεων τόσο της πλειοψηφίας όσο και της μειοψηφίας της εν λόγω απόφασης.

⁴⁵ Βλ. συναφώς ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., ό.π., ΘΠΔΔ 2013, σ. 83 καθώς και ΚΑΨΑΛΗ Β., ό.π., σσ. 819-820· βλ και την ίδια σε παρατηρήσεις επί της απόφασης ΣτΕ 3382/2010, ΘΠΔΔ 2011 σελ. 395 επ. όπου διαπιστώνεται ο ως άνω περιορισμός στα πλαίσια της ανωτέρω παραπεμπτικής στην Ολομέλεια απόφασης της οποίας ακολούθησε η έκδοση της ΣτΕ Ολ 4447/2012. Αξίζει στο σημείο αυτό να αναφερθεί ότι το ΣτΕ στη με αριθ. 1384/2009 απόφασή του, που αφορούσε επίσης διακοπή επιχορήγησης, έκανε δεκτό το λόγο περί παράλειψης ασκήσεως του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης.

⁴⁶ Όμοια στο σημείο αυτό και η πλειοψηφία της παραπεμπτικής στην Ολομέλεια απόφασης του ΣτΕ 3338/2010. Βλ. κριτική ως προς το σημείο αυτό από ΚΑΨΑΛΗ Β., «*Η δικονομική αλυσιτέλεια ως έκφραση μεθοδολογικής αμηχανίας. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΣτΕ Ολ 4447/2012*», ΘΠΔΔ 2013, σ. 822 καθώς και σε παρατηρήσεις επί της απόφασης ΣτΕ 3338/2010, ΘΠΔΔ 2011, σ. 399 τόσο για την παραπεμπτική ΣτΕ 338/2010 όσο και για την ΣτΕ 4447/2012, όπου γίνεται δεκτό ότι η ίδια η φύση της αρμοδιότητας του εκάστοτε διοικητικού οργάνου αρκεί για τον περιορισμό του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης ως λόγου ακύρωσης από πλευράς δικονομικής αντιμετώπισης.

⁴⁷ ΚΑΨΑΛΗ Β., «*Η δικονομική αλυσιτέλεια ως έκφραση μεθοδολογικής αμηχανίας. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΣτΕ Ολ 4447/2012*», ΘΠΔΔ 2013, σ. 820· βλ και ΤΗΝ ΙΔΙΑ σε παρατηρήσεις επί της απόφασης ΣτΕ 3338/2010, ΘΠΔΔ 2011, σ. 399, η οποία προηγήθηκε της έκδοσης της ΣτΕ Ολ 4447/2012.

προσβαλλόμενης πράξης⁴⁸, να είχαν προβληθεί και στα πλαίσια αυτής. Προς την ίδια αυτή περιοριστική για το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης κατεύθυνση κινήθηκε η νομολογία και μετά την προαναφερόμενη απόφαση της Ολομέλειας⁴⁹ με την ίδια τάση να αποτυπώνεται σε διοικητικές διαφορές ουσίας⁵⁰ στις οποίες ο προαναφερόμενος περιοριστικός τρόπος εξέτασης κάποιου σχετικού με παράλειψη ακρόασης προσβαλλόμενου λόγου συμβιβάζεται περισσότερο και με τη φύση των αρμοδιοτήτων του δικαστή της ουσίας⁵¹ δεδομένου ότι καθίσταται αναγκαία η κρίση του κατά πόσο κάποιος ισχυρισμός που θα μπορούσε να προβληθεί, εάν παρεχόταν η δυνατότητα ακροάσεως, θα ηδύνατο να ασκήσει επιρροή στο ουσιαστικό περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης. Τέλος, η αυτή περιοριστική ως προς το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης τάση ανιχνεύεται και στο πεδίο του δικαίου της διοικητικής απέλασης, όπου η ΣτΕ 3816/2013 έκρινε ότι η διοίκηση δεν υπέχει υποχρέωση ακρόασης του ενδιαφερομένου όταν η διοικητική πράξη απέλασης αυτού ερείδεται στη δέσμια αρμοδιότητα της διοίκησης πολλώ δε μάλλον από τη στιγμή που για αυτές τις περιπτώσεις παρέχεται από το νόμο (βλ. αρ. 44 του προΐσχύσαντος ν. 2910/2001) η ευχέρεια άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής, οπότε και είναι έκδηλος ο παραλληλισμός με την ΣτΕ Ολ 4447/2012⁵².

III. Περιορισμοί τιθέμενοι από την ενωσιακή νομολογία

1. Απορρέοντες από το σκοπό και τη φύση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης «περιορισμού»

Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης ως πτυχή των δικαιωμάτων άμυνας αποτελούσε κατά πάγια νομολογία θεμελιώδη αρχή του Δικαίου της Ένωσης ακόμα και πριν την κατοχύρωσή του στο άρθρο 41 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων⁵³. Σκοπός του παραμένει και στο επίπεδο αυτό η διασφάλιση της

⁴⁸ Επί της βάσεως αυτής κινούμενη η πλειοψηφία και με έναν κάθε άλλο παρά μεθολογικά απεργάδιστο και σαφή τρόπο απέρριψε ως αβάσιμο το λόγο περί παράλειψης της ακρόασης περιορίζοντας κατ' αυτό τον τρόπο το ως άνω συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα. Πιο προστατευτική για το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στο σημείο αυτό ήταν η γνώμη της μειοψηφίας, σύμφωνα με την οποία αποσυνδέεται η άσκηση της ενδικοφανούς προσφυγής ως θεραπευτικού της μη ακροάσεως μέσου.

⁴⁹ ΣτΕ 98/2015, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2348/2015, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2646/2014, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2180/2013, ΝΟΜΟΣ· βλ. και ΤΣΙΓΑΡΙΔΑ Β., «Οι αλυσιτελώς προσβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης στο μεταίχμιο της συνταγματικής νομιμότητας. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 2180/2013», ΘΠΔΔ 2013, 826 επ..

⁵⁰ Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2348/2015, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1368/2014, ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 3139/2014, ΝΟΜΟΣ, σκ. 9· ΣτΕ 3578/2013, ΝΟΜΟΣ, σκ. 7. Οι ως άνω αποφάσεις αφορούν φορολογικές διαφορές η ως άνω δε περιοριστική αντιμετώπιση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης ως προς τη δικονομική αντιμετώπιση λόγου παραβίασης αυτού φαίνεται να βρίσκει και νομοθετική αποτύπωση τουλάχιστον στο πεδίο των φορολογικών και τελωνειακών διαφορών ενόψει και του εδ. β' της παρ. 5 του αρ. 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας το οποίο προβλέπει ότι: «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»· βλ. ακόμη ΣτΕ 2180/2013, ΝΟΜΟΣ· ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., ό.π., ΘΠΔΔ 2013, 84· ΚΑΨΑΛΗ Β., ό.π., 821.

⁵¹ Βλ. ΚΑΨΑΛΗ Β., ό.π., σ. 821, όπου διαπιστώνεται ότι πάντως και επί των διαφορών ουσίας τίθενται περιορισμοί στους εξεταστέους από το δικαστή προσβαλλόμενους λόγους.

⁵² Βλ. ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., ό.π., ΘΠΔΔ 2013, σ. 86.

⁵³ Ζήτημα υπάρχει ως προς το εύρος του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 41 του Χάρτη καθ' όσον θεωρία και νομολογία δε συμφωνούν πάντα στο κατά πόσο το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, όπως αυτό κατοχυρώνεται στο ανωτέρω άρθρο, δεσμεύει μόνο τα όργανα της ένωσης (βλ. ΔΕΕ της 21.12.2011, *Cicala*, C-482/10, Συλλ.Νομολ 2011. I-14139, σκ. 28· ΔΕΕ της 17.7.2014, *YS κ.λπ.*, C-141/12 και C-372/12, σκ. 67· ΔΕΕ 5.11.2014, *Mukarubega*, C-166/13, σκ. 44· ΔΕΕ 11.12.2014, *Boudjlida*, C-249/13, σκ. 32 και 33· ΔΕΕ 17.12.2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, σκ. 83) ή

χρηστής διοίκησης μέσω της εξισορρόπησης της αποτελεσματικής δράσης της ενωσιακής διοίκησης με την εγγύηση για έκδοση ποιοτικών από πλευράς περιεχομένου διοικητικών πράξεων στα πλαίσια της εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου μιας και εγγυάται την αποτελεσματική και *a priori* έκθεση των απόψεων του ενδιαφερομένου ενόψει της έκδοσης μίας πράξης που τον αφορά και θα επηρεάσει την νομική και πραγματική του κατάσταση. Συνεπώς οι περιορισμοί αυτού του κεφαλαίου δεν αφίστανται σημαντικά από τους αντίστοιχους που θέτει η ελληνική νομολογία και οι οποίοι εκκινούν από τη φύση και το σκοπό του ως άνω δικαιώματος. Ειδικότερα, και στην ενωσιακή έννομη τάξη η προηγούμενη ακρόαση του ενδιαφερομένου περιορίζεται στις περιπτώσεις όπου επαπειλείται η έκδοση μίας ατομικής διοικητικής πράξης⁵⁴ χωρίς να αποκλείεται και σε περιπτώσεις έκδοσης μίας γενικής ισχύος πράξης αρκεί η τελευταία να εξατομικεύει τον ενδιαφερόμενο κατά τρόπο πλήρη και συγκεκριμένο⁵⁵. Επιπλέον, η ακρόαση επιφυλάσσεται μόνο για εκείνους κατά των οποίων λαμβάνονται δυσμενή μέτρα⁵⁶ με την έννοια του ότι επίκειται η έκδοση μίας διοικητικής πράξης κατ' εφαρμογή του δικαίου της ένωσης, έστω κι αν στις επίμαχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου δεν υπάρχει *ad hoc* πρόβλεψη για την τήρηση του δικαιώματος αυτού⁵⁷, που θα επιφέρει σημαντική

επεκτείνεται και στις διοικήσεις των κρατών – μελών (βλ. ΔΕΕ 22.11.2012, *M.*, C-277/11, σκ. 84· ΔΕΕ 8.5.2014, *N.*, C-604/12, σκ. 49 και 50). Πάντως υπάρχουν αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ένωσης (ακόμα και πριν την κατοχύρωση του Χάρτη Θεμελιωδών δικαιωμάτων) σύμφωνα με τις οποίες η υποχρέωση για τήρηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης καταλαμβάνει και τις εθνικές διοικήσεις όταν εφαρμόζουν δίκαιο της ένωσης ακόμα και αν δεν προβλέπεται ρητά μία τέτοια διατύπωση βλ. σχετικά ΔΕΕ 15.6.2006, *Dokter κ.λπ.*, C-28/05, Συλλ. Νομολ. 2006. I- 5431, σκ. 74· ΔΕΕ 18.12.2008, *Sopropé*, C-349/07, Συλλ. Νομολ. 2008. I-10369, σκ. 38· ΔΕΕ 22.11.2012, *M.*, C-277/11, σκ. 86· πρβλ. ΔΕΕ 29.6.1994, *Fiskano κατά Επιτροπής*, C-135/92, Συλλ. Νομολ. 1994. I-2885, σκ. 39· ΔΕΕ 11.12.2014, *Boudjlida*, C-249/13, σκ. 39. Ως προς το ανωτέρω ζήτημα κυμαίνουσα είναι η ενωσιακή νομολογία ενώ κατ' αποτέλεσμα δεν υποβαθμίζεται-περιορίζεται ουσιαστικά το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης καθ' όσον και υπό την αυστηρότερη εκδοχή της μη εφαρμογής του άρθρου 41 του Χάρτη στις εθνικές διοικήσεις, οι τελευταίες ελέγχονται πάντως για την τήρηση του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης ως θεμελιώδους αρχής της ενωσιακής έννομης τάξης.

⁵⁴ ΔΕΕ 12.6.2015, *Health Food Manufacturers' Association κλπ κατά Επιτροπής*, T-296/12, σκ. 97.

⁵⁵ ΔΕΚ 3.9.2008, *Kadi και Al Barakaat International Foundation κατά Συμβουλίου και Επιτροπής*, C-402/05 P, C-415/05 P, Συλλ. Νομολ. 2008. I-6351· ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης», ΘΠΔΔ 2013, σ. 72.

⁵⁶ ΔΕΕ 9.6.2005, *Ισπανία κατά Επιτροπής*, C-287/02, Συλλ. Νομολ. 2005. I-5093, σκ. 37· ΔΕΕ 18.12.2008, *Sopropé*, C-349/07, Συλλ. Νομολ. 2008, I-10369, σκ. 37· ΔΕΕ 26.9.2013, *Texdata Software*, C-418/11, σκ. 83· ΔΕΕ 11.12.2014, *Boudjlida*, C-249/13, σκ. 36· ΔΕΕ 18.6.2015, *Ιρταυ κατά Συμβουλίου*, C-535/14 P, σκ. 26· προτάσεις ΓΕ (Melchior Wathelet) 23.8.2013, *PPU - G. και R.*, C-383/13, σημεία 49 και 51. Δεν πρόκειται μόνο για τους αποδέκτες των διοικητικών αυτών πράξεων αλλά και τρίτων των οποίων τα έννομα συμφέροντα θίγονται από τις ίδιες πράξεις πρβλ. ΔΕΕ 12.2.1992, *Κάτω Χώρες και PTT Nederland κατά Επιτροπής*, C-48/90 και C-66/90, Συλλ. Νομολ. 1992. I-565. Βλ. ακόμη και ΔΕΕ 22.11.2012, *M.*, C-277/11, σκ. 85 και 87· ΔΕΕ 5.11.2014, *Mukarubega*, C-166/13, σκ. 46 και 47.

⁵⁷ Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης αν δεν προσδιορίζεται από το ενωσιακό δίκαιο το πλαίσιο άσκησης των δικαιωμάτων άμυνας (άρα και του δικαιώματος ακρόασης), επαφίεται στα κράτη – μέλη να το καθορίσουν στα πλαίσια της δικονομικής αυτών αυτονομίας. Συνεπώς ενδέχεται σε κάποιες έννομες τάξεις το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης να υπόκειται σε περιορισμούς ανάλογα με τις εκάστοτε εθνικές προβλέψεις διαφύλαξης αυτού. Ο κίνδυνος δε αυτός σχετικοποιείται χάρη στην ισχύ των αρχών της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας προκειμένου να διαφυλάσσεται η ακρόαση ως πτυχή των σε κάθε περίπτωση θεωρούμενων ως γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης δικαιωμάτων άμυνας βλ. σχετικά ΔΕΕ 18.12.2008, *Sopropé*, C-349/07, Συλλ. Νομολ. 2008. I-10369, σκ. 38· ΔΕΕ 19.5.2011, *Iaia κ.λπ.*, C-452/09, Συλλ. Νομολ. 2011. I- 4043, σκ. 16· ΔΕΕ 10.9.2013, *PPU - G. και R.*, C-383/13, σκ. 35· ΔΕΕ 5.11.2014, *Mukarubega*, C-166/13, σκ. 51· ΔΕΕ 11.12.2014, *Boudjlida*, C-249/13, σκ. 41· ΔΕΕ 17.12.2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, σκ. 84· ΔΕΕ 17.3.2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, σκ. 33· και Πρβλ. ΔΕΕ 17.7.1997, *Texaco κατά Middelfart Havn κλπ και Olieselskabet Danmark/Trafikministeriet κλπ*, C-114/95 και C-115/95,

βλάβη στον αποδέκτη της ή σε τρίτο που επηρεάζεται από αυτή σε πραγματικό και οικονομικό επίπεδο⁵⁸. Στο σημείο αυτό άξια μνείας τυγχάνει σχετικά πρόσφατη νομολογία δυνάμει της οποίας επιρρωνύεται η νεότερη τάση της ενωσιακής νομολογίας στο πεδίο των κοινοτικών ενισχύσεων σύμφωνα με την οποία δεν αναγνωρίζεται κανένα δικαίωμα συμμετοχής στη διοικητική διαδικασία τρίτων και συγκεκριμένα ανταγωνιστών κάποιου ενδιαφερόμενου⁵⁹ με αιτιολογία την πραγμάτωση του σκοπού της προκαταρκτικής αυτής φάσεως που συνίσταται σε μία πρώτη εκτίμηση σχετικά με το αν η ενίσχυση για τον εκάστοτε ενδιαφερόμενο συμβιβάζεται με την εσωτερική αγορά.

Επιπλέον το πεδίο εφαρμογής του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης τόσο περισσότερο συρρικνώνεται όσο περισσότερο απομακρυνόμαστε από τη σφαίρα της διακριτικής ευχέρειας του αποφασίζοντος και εκδόντος την εκάστοτε κρίσιμη διοικητική πράξη οργάνου⁶⁰. Η απομάκρυνση αυτή προσεγγίζει την έννοια της κατά δεσμία αρμοδιότητα έκδοσης πράξεων από την πλευρά της διοίκησης, κατά τα προαναφερόμενα στο αμέσως προηγούμενο μέρος της παρούσας (υπό II-1 Γ). Στις περιπτώσεις αυτές που δεν υπάρχει περιθώριο εκτίμησης, η μη τήρηση των δικαιωμάτων άμυνας, άρα και της ακρόασης, δε συνεπάγεται αυτόθροα την ακυρότητα της επιβαρυνμένης με αυτή την πλημμέλεια πράξεως⁶¹.

Τέλος, η ακρόαση περιορίζεται, υπό την επιφύλαξη πάντοτε της στάθμισης των ιδιαιτεροτήτων κάθε εκάστης περίπτωσης, όταν προηγείται αίτηση του ενδιαφερομένου. Στο μέτρο που έχει υποβληθεί από τον τελευταίο φάκελος με συγκεκριμένα στοιχεία για την έκδοση μίας διοικητικής πράξης, δεν υφίσταται καταρχήν η υποχρέωση προηγούμενης ακρόασής του με την προϋπόθεση ότι όλα τα

Συλλ. Νομολ. 1997. I-4263, σκ. 41 καθώς και ΔΕΕ 11.7.2002, *Marks & Spencer C-62/00*, Συλλ. Νομολ. 2002. I-6325, σκ. 34, και τέλος ΔΕΕ 24.3.2009, *Danske Slagterier, C-445/06*, Συλλ. Νομολ. 2009. I-2119, σκέψη 31.

⁵⁸ Βλ. ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε, «*Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης*», ΘΠΔΔ 2013, σ. 72 με περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία.

⁵⁹ Βλ. απόφαση ΔΕΕ 1.3.2016, *Secop κατά Επιτροπής*, T-79/14, σκ. 63. Βλ. ακόμη και ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε. «*Η σχέση διοικητικής διαδικασίας και δικαστικού ελέγχου στην κοινοτική έννομη τάξη*», ΘΠΔΔ 2006, 249 επ., όπου αναλύεται μεταξύ άλλων πώς διαμορφώνεται το δικαίωμα προσφυγής σε επίπεδο κρατικών και κοινοτικών ενισχύσεων με παραπομπές στη νομολογία των δικαστηρίων της Ένωσης από την οποία προκύπτει και το γεγονός ότι η προγενέστερη κοινοτική νομολογία ήταν ιδιαίτερος γενναϊόδωρη με τους τρίτους και τη συμμετοχή τους στη διοικητική διαδικασία με την ταυτόχρονη αναγνώριση σε αυτούς και των σχετικών διαδικαστικών εγγυήσεων όπως είναι και το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης. Η ΙΔΙΑ στηλιτεύει και την αντικειμενικοποίηση κάποιων διοικητικών διαδικασιών σε επίπεδο ένωσης που θέτουν εκποδών τις διαδικαστικές εγγυήσεις, ό.π., σ. 254.

⁶⁰ Ωστόσο, υπάρχουν και περιπτώσεις όπου ο ως άνω περιορισμός σχετικοποιείται με το Δικαστήριο της Ένωσης να δέχεται ότι υπάρχει υποχρέωση ακρόασης του ενδιαφερομένου ακόμα και στις περιπτώσεις αντικειμενικής παρανομίας βλ. ΔΕΕ 29.6.1994, *Fiskano κατά Επιτροπής*, C-135/92, Συλλ. Νομολ. 1994. I-2885, σκ. 34, 39, 40, όπου επρόκειτο για περίπτωση αλιείας από πλοίο χωρίς σχετική άδεια. Βλ. επίσης ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε., «*Η σχέση διοικητικής διαδικασίας και δικαστικού ελέγχου στην κοινοτική έννομη τάξη*», ΘΠΔΔ 2006, σ. 257, όπου αναγνωρίζεται η τάση της ενωσιακής νομολογίας να ερμηνεύει διασταλτικά τις διαδικαστικές εγγυήσεις ιδίως στις περιπτώσεις ευρείας διακριτικής ευχέρειας των διοικητικών οργάνων.

⁶¹ ΔΕΕ 29.4.2004, *Koivoβούλιο κατά Reynolds*, C-111/02 P, Συλλ. Νομολ. 2004. I-5475, σκ. 59 · ΠΕΚ 9.9.2009, *Diputación Foral de Álava κατά Επιτροπής*, T-30/01 έως T-32/01, T-86/02 έως T-88/02, Συλλ. Νομολ. 2009. I-2919 · ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε, «*Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης*», ΘΠΔΔ 2013, σ. 73.

στοιχεία που σταθμίστηκαν για την έκδοση της πράξης περιλαμβάνονταν στον ήδη υποβληθέντα από τον ενδιαφερόμενο φάκελο⁶².

2. Περιορισμοί από την εν τοις πράγμασι επιρροή της μη ακρόασης στο περιεχόμενο της πράξης

Όπως φάνηκε και από την προηγούμενη παράγραφο, τα δικαιώματα άμυνας άρα και αυτό της προηγούμενης ακρόασης δεν είναι απόλυτα⁶³ αλλά υπόκεινται σε περιορισμούς τηρουμένης πάντοτε της αρχής της αναλογικότητας. Ειδικότερα, η δικονομική μεταχείριση της διαδικαστικής πλημμέλειας που συνίσταται στην παραβίαση των δικαιωμάτων άμυνας, συνεπώς και του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης, εξαρτάται από το κατά πόσο η πλημμέλεια αυτή ασκεί ουσιαστική επιρροή στο ίδιο το περιεχόμενο της πράξης της οποίας ζητείται η ακύρωση⁶⁴, στο κατά πόσο δηλαδή το περιεχόμενο της επίμαχης διοικητικής πράξης θα ήταν διαφορετικό εάν είχε προηγηθεί η ακρόαση του ενδιαφερομένου. Ωστόσο, ο περιορισμός αυτός του δικαιώματος ακρόασης για τον ενδιαφερόμενο εξαντλείται στην επίκληση από τον ίδιο του ισχυρισμού ότι υφίστανται πρόσθετα στοιχεία, είτε επί του νομικού είτε επί του πραγματικού σκέλους της απόφασης, τα οποία ουδέποτε του γνωστοποιήθηκαν ώστε να οργανώσει αποτελεσματικότερα την άμυνά του⁶⁵. Επομένως ο ενωσιακός δικαστής δε φτάνει στην υπερβολική απαίτηση σε βάρος του ενδιαφερομένου να γνωστοποιεί το σύνολο των ισχυρισμών που θα προέβαλε αν είχε την ευκαιρία προηγούμενης ακρόασης, όπως μία τέτοια απαίτηση διατυπώνεται από τον Έλληνα δικαστή. Η θέαση του ανωτέρω περιορισμού της προηγούμενης ακρόασης από τον ενωσιακό δικαστή λαμβάνει χώρα υπό το πρίσμα της ανίχνευσης της τήρησης των προϋποθέσεων αποτελεσματικής ασκήσεως του δικαιώματος αυτού, μία εκ των οποίων είναι και η πρόσβαση στα στοιχεία του φακέλου που τον αφορούν κατά τα ως άνω αναφερόμενα τηρουμένων των νομίμων συμφερόντων της εμπιστευτικότητας⁶⁶. Πρόκειται για μία κρίση ερειδόμενη σε αντικειμενική βάση και άρα εξοπλισμένη και με περισσότερα εχέγγυα ασφάλειας σε σχέση με εκείνη του Έλληνα δικαστή. Ο δικαστής της ένωσης προβαίνει σε μία κρίση *in concreto* και για

⁶² ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε, «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης», ΘΠΔΔ 2013, σ. 72.

⁶³ ΔΕΕ 15.6.2006, *Dokter κ.λπ.*, C-28/05, Συλλ.Νομολ 2006. I-5431, σκ. 75· ΔΕΕ 18.3.2010, *Alassini κ.λπ.*, C-317 μέχρι 320/08, Συλλ.Νομολ 2010. I-2213, σκ. 63· ΔΕΕ 26.9.2013, *Texdata Software*, C-418/11, σκ. 84· ΔΕΕ 10.9.2013, *PPU – G. και R.*, C-383/13, σκ. 33· ΔΕΕ 5.11.2014, *Mukarubega*, C-166/13, σκ. 53· ΔΕΕ 11.12.2014, *Boudjlida*, C-249/13, σκ. 43.

⁶⁴ ΔΕΕ 14.2.1990, *Γαλλία κατά Επιτροπής*, C-301/87, Συλλ.Νομολ 1990. I-307, σκ. 31· ΔΕΕ 1.10.2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware κατά Συμβουλίου*, C-141/08 P, Συλλ.Νομολ 2009. I-9147, σκ. 94 · ΔΕΕ 6.9.2012, *Storck κατά ΓΕΕΑ*, C-96/11 P, σκ. 80· ΔΕΕ 16.2.2012, *Συμβούλιο και Επιτροπή κατά Interpipe Niko Tube και Interpipe NTRP*, C-191/09 P και C-200/09 P, σκ. 79, · ΔΕΕ 10.9.2013, *PPU – G. και R.*, C-383/13, σκ. 38-39· ΔΕΕ 4.2.2014, *Syrian Lebanese Commercial Bank κατά Συμβουλίου*, T-174/12 και T-80/13, σκ. 146 και 154· ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε, «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης», ΘΠΔΔ 2013, σ. 78.

⁶⁵ ΔΕΕ 8.7.1999, *Hercules Chemicals κατά Επιτροπής*, C-51/92 P, Συλλ.Νομολ 1999. I- 4235, σκ. 75, και εκεί παρατιθέμενη νομολογία· ΔΕΕ 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij κ.λπ. κατά Επιτροπής*, C-238/99 P, Συλλ.Νομολ 2002. I-8375, σκ. 318· ΔΕΕ 2.10.2003, *Corus UK κατά Επιτροπής*, C-199/99 P, Συλλ.Νομολ 2003. I-11177, σκ. 128· ΔΕΕ 7.1.2004, *Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής*, C-204/00, Συλλ.Νομολ 2004. I-123, σκ. 131· ΔΕΕ 18.6.2008, *Hoechst GmbH κατά Επιτροπής*, T-410/03, Συλλ.Νομολ 2008. II-881, σκ. 78 · ΔΕΕ 25.10.2011, *Solvay κατά Επιτροπής*, C-110/10 Συλλ.Νομολ 2011. I-10439, σκ. 52· ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε, «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης», ΘΠΔΔ 2013, σσ. 77 επ..

⁶⁶ ΔΕΕ 25.10.2011, *Solvay SA κατά Επιτροπής*, C-110/10 P, Συλλ.Νομολ 2011. I-10439, σκ. 64-65· ΔΕΕ 18.7.2013, *Επιτροπή κ.λπ. κατά Kadi*, C-584/10P, C-593/10P και C-595/10P, σκ. 99.

το κατά πόσο τα μη γνωστοποιηθέντα έγγραφα μπορούσαν να ασκήσουν επιρροή στην έκβαση της υπόθεσης, εάν είχε ακουσθεί ο ενδιαφερόμενος λαμβάνοντας υπ' όψιν του και αυτά. Επομένως υπάρχει σαφής προσανατολισμός προς οριοθέτηση του ως άνω περιορισμού της ακρόασεως με γνώμονα κυρίως το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα.

Σχετικοποιείται δε ο ως άνω περιορισμός στο μέτρο που δεν παρατηρείται άκριτη προσκόλληση του δικαστή της Ένωσης στο κριτήριο της επιρροής της μη ακρόασεως στο περιεχόμενο της πράξης. Τούτο δε κυρίως όταν διακυβεύονται θεμελιώδεις ελευθερίες των ενδιαφερομένων όπως στις περιπτώσεις παράτασης της στέρησης της ελευθερίας των παρανόμως διαμενόντων υπηκόων τρίτων χωρών⁶⁷.

3. Περιορισμοί χάριν της εξυπηρέτησης επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος

Το γενικό συμφέρον αποτελεί ένα στοιχείο του οποίου η συνδρομή δικαιολογεί κατά την ενωσιακή νομολογία τη συστολή του πεδίου εφαρμογής του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης υπό την προϋπόθεση της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας, ώστε να μη θίγεται το ως άνω θεμελιώδες αξίως δικαίωμα στο σκληρό του πυρήνα. Τέτοιου είδους γενικό συμφέρον συντρέχει στις περιπτώσεις όπου απειλείται η δημόσια υγεία ή η δημόσια ασφάλεια ή σε κάθε άλλη επείγουσα κατάσταση⁶⁸ όπου η προηγούμενη ακρόαση θα έθετε εκποδών την αποτελεσματική λήψη μέτρων προς αποσόβηση ή άμβλυνση των βλαπτικών συνεπειών. Στις περιπτώσεις αυτές θα αναιρείτο ο ίδιος ο σκοπός και η φύση της λήψης κάποιων μέτρων για την έγκαιρη αντιμετώπιση των εξαιρετικών αυτών περιπτώσεων από την οποία εξαρτάται η διαφύλαξη του δημοσίου συμφέροντος. Ο περιορισμός στο ως άνω δικαίωμα υφίσταται και στην περίπτωση που γίνεται μεν δεκτή η ακύρωση της επίμαχης πράξης που εξεδόθη χωρίς να έχει προηγηθεί ακρόαση του ενδιαφερομένου μετριάζεται όμως το βεληνεκές, η έκταση των ακυρωτικών συνεπειών⁶⁹ της κρίσιμης δικαστικής απόφασης. Σαφώς το δικαστήριο της Ένωσης έχει δεχτεί ότι ακόμα και σε αυτές τις περιπτώσεις το δικαίωμα ακρόασης ως βασική πτυχή των δικαιωμάτων άμυνας δεν εξοστρακίζεται απλά καθυστερεί προκειμένου να εξυπηρετηθεί ο δικαιολογικός λόγος λήψης μέτρων προς διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος αποκαθίσταται δε με την απομάκρυνση του κινδύνου που απειλεί το γενικό

⁶⁷ Βλ. προτάσεις ΓΕ (Melchior Wathelet) 23.8.2013, *PPU - G. και R.*, C-383/13, σημεία 55-56· ΠΡΕΒΕΔΟΥΡΟΥ Ε, «Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης», ΘΠΔΔ 2013, σσ. 77-79.

⁶⁸ ΔΕΕ 2.5.2006, *Eurofood IFSC*, C-341/04, Συλλ. Νομολ. 2006. I-3813, σκ. 66· ΔΕΕ 15.6.2006, *Dokter κ.λπ.*, C-28/05, Συλλ. Νομολ. 2006. I-5431, σκ. 75, 76· ΔΕΕ 3.9.2008, *Kadi και Al Barakaat International Foundation κατά Συμβουλίου και Επιτροπής*, C-402/05 P και C-415/05 P, Συλλ. Νομολ. 2008. I-6351, σκ. 340 επ· ΔΕΕ 4.12.2008, *People's Mojahedin Organization of Iran κατά Συμβουλίου*, T-284/08, Συλλ. Νομολ. 2008. II-3487, σκ. 52, 61 έως 67, 74-75· ΔΕΕ 4.2.2014, *Syrian Lebanese Commercial Bank κατά Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως*, T-174/12 και T-80/13, σκ. 139· επίσης ΔΕΕ 18.7.2013, *Επιτροπή κλπ κατά Kadi*, C-584/10P, C-593/10P και C-595/10P, σκ. 128, όπου τονίζεται η αναγκαιότητα διασφάλισης από το δικαστή της Ένωσης της εύρεσης της χρυσής τομής μεταξύ αφενός της αρχής της εκατέρωθεν ακρόασεως και αφετέρου του διακυβεύματος της ασφάλειας της ένωσης ή των κρατών-μελών καθώς και του ορθού χειρισμού των διεθνών τους σχέσεων.

⁶⁹ Βλ. την ως άνω μνημονευόμενη απόφαση ΔΕΕ 18.7.2013, *Επιτροπή κλπ κατά Kadi*, C-584/10P, C-593/10P και C-595/10P, όπου το Δικαστήριο ακύρωσε μεν τα μέτρα που ελήφθησαν για τη δέσμευση κεφαλαίων λόγω της μη τήρησης της προηγούμενης ακρόασης δε δέχτηκε όμως να άρει για ένα συγκεκριμένο χρονικό διάστημα τις συνέπειες των ως άνω μέτρων δέσμευσης προς διευκόλυνση προς τις διοικητικές αρχές προκειμένου να συμμορφωθούν πιο ομαλά προς τις διαπιστωθείσες παραβάσεις.

συμφέρον⁷⁰. Στην ως άνω κατηγορία περιορισμών μπορεί να ενταχθεί και η στάθμιση από το δικαστήριο του κριτηρίου της εκπλήρωσης του σκοπού κάποιου ενωσιακού νομοθετήματος στο βωμό της οποίας δύναται να θεωρηθεί δικαιολογημένος ο παραγκωνισμός της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου⁷¹, εφόσον πάντα παρέχεται ως αντιστάθμισμα αποτελεσματική διοικητική προσφυγή κατά της εκδιδόμενης πράξεως..

IV. Συμπεράσματα

Από τα όσα προαναφέρθηκαν προκύπτει ότι ο Έλληνας δικαστής υιοθετεί μία στάση θα έλεγε κανείς αμυντική και υπέρ το δέον φορμαλιστική απέναντι στο δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης αυστηροποιώντας ακόμα και τις δικονομικές προϋποθέσεις ευδοκίμησης λόγου αφορώντος την παραβίαση αυτού. Αντίθετα ο ενωσιακός δικαστής δεν επιδεικνύει τόσο έντονη τάση περιορισμού αντιλαμβανόμενος ότι το ως άνω δικαίωμα δεν έχει καθαρά εργαλειακό χαρακτήρα ενός μέσου προστασίας αλλά αποτελεί διαδικαστική εγγύηση με αυτόνομο περιεχόμενο που διασφαλίζει τη συμμετοχή κάθε ενδιαφερόμενου στη διαμόρφωση του περιεχομένου της εκδοθησόμενης απόφασης. Δίδει με αυτόν τον τρόπο προτεραιότητα στην προστασία του διοικουμένου και όχι στην ορθολογική και αποτελεσματικότερη δράση της διοίκησης παρά μόνο υπό αυστηρές προϋποθέσεις και κατόπιν προσεκτικής *in concreto* στάθμισης πολυάριθμων κριτηρίων και παραγόντων. Ειδικότερα, ο περιορισμός του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης είναι για τον ενωσιακό δικαστή το αποτέλεσμα μίας πολυπαραγοντικής εξίσωσης που περιλαμβάνει τη στάθμιση της αρχής της αναλογικότητας, του σεβασμού των θεμελιωδών δικαιωμάτων, της διασφάλισης της αποτελεσματικότητας των ενωσιακών νομοθετημάτων και της εκπλήρωσης του σκοπού αυτών, *της φύσης της επίμαχης αποφάσεως, του πλαισίου εντός του οποίου αυτή εκδόθηκε, του συνόλου των κανόνων δικαίου που διέπουν το σχετικό θέμα* καθώς και των ειδικών περιστάσεων κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης⁷². Με τον τρόπο αυτό προσπαθεί να διασφαλίσει τη χρυσή τομή ανάμεσα στο γενικό συμφέρον και στην ουσιαστική διασφάλιση στον πολίτη των διαδικαστικών του δικαιωμάτων δείχνοντας έτσι το δρόμο και στις επί μέρους εθνικές έννομες τάξεις.

⁷⁰ ΔΕΕ 15.6.2006, *Dokter κ.λπ.*, C-28/05, ΣυλλΝομολ 2006. I-5431, σκ. 76 οπότε και ελήφθη απόφαση προληπτικής θανάτωσης ζώων από την αρμόδια εθνική υγειονομική αρχή άνευ ακροάσεως των ενδιαφερομένων ακριβώς χάριν της διασφάλισης της δημόσιας υγείας.

⁷¹ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ 11.12.2014, *Boudjlida*, C-249/13, σκ. 45· ΔΕΕ 26.9.2013, *Texdata Software*, C-418/11, σκέψη 86, όπου αναφέρεται ότι η μη ακρόαση του ενδιαφερομένου πριν την επιβολή προστίμου λόγω εκπρόθεσμης δημοσίευσης λογιστικών εγγράφων αλλοδαπής κεφαλαιουχικής εταιρείας υποκατάστημα της οποίας έχει ιδρυθεί σε κράτος-μέλος, ανταποκρίνεται σε έναν αναγνωρισμένο από την Ένωση γενικό σκοπό, ήτοι τη διασφάλιση της ταχύτερης και αποτελεσματικότερης τήρησης της υποχρεώσεως δημοσιότητας προς το γενικό συμφέρον μιας καλύτερης προστασίας των τρίτων και των εταίρων ενόψει μάλιστα και του ότι η μεταγενέστερη άσκηση αιτιολογημένης προσφυγής κατά της πράξης επιβολής προστίμου αναπτύσσει αυτοδίκαιο ανασταλτικό αποτέλεσμα ως προς την καταβολή αυτού και στο πλαίσιο αυτής ασκείται το δικαίωμα ακροάσεως.

⁷² Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ 11.12.2014, *Boudjlida*, C-249/13, σκ. 45, όπου ο δικαστής αξιολογώντας την ευρύτερη κατάσταση από πλευράς νομοθεσίας και πραγματικών περιστατικών δε δέχτηκε ότι παραβιάστηκε το δικαίωμα ακρόασης δεδομένου μάλιστα ότι ο ενδιαφερόμενος υπήκοος τρίτης χώρας ήταν εύλογα δυνατό να γνωρίζει το ενδεχόμενο έκδοσης απόφασης επιστροφής του και είχε ήδη εκθέσει λυσιτελώς τις απόψεις του σχετικά με τον παράνομο χαρακτήρα της διαμονής του, καθώς και ΔΕΕ 5.11.2014, *Mukarubega*, C-166/13, σκέψη 54.

Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΣΑΦΟΥΣ ΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΑΞΗΣ (ACTE CLAIR) ΣΤΗΝ ΠΡΟΣΦΑΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΕ ΚΑΙ ΤΟΥ ΕΔΔΑ

Κωνσταντίνος Μαργαρίτης, Δ.Ν., LL.M., Δικηγόρος, Εκπρόσωπος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) στο Ηράκλειο

1. Εισαγωγή

Οι ιδρυτικές Συνθήκες των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ, Ένωση) δεν προέβλεπαν τη σύσταση δικαιοδοτικού οργάνου ανώτατης βαθμίδας που θα αποφασίζει επί ενδίκων μέσων κατά αποφάσεων εθνικών δικαστηρίων, όπως π.χ. το Ανώτατο Δικαστήριο των Ηνωμένων Πολιτειών. Ο λόγος αρκετά προφανής καθώς ο βαθμός ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης κατά την ίδρυση των Κοινοτήτων και της Ένωσης παρέμενε σε βαθμό τέτοιο που δεν θα δικαιολογούσε την ύπαρξη ανώτατου δικαστηρίου με αρμοδιότητες τέτοιας φύσης που προσιδιάζουν σε ομοσπονδιακό κράτος. Παρά το όραμα του W. Churchill για τις Ηνωμένες Πολιτείες της Ευρώπης, εκπεφρασμένο ήδη από το 1946,¹ έχει διατυπωθεί η άποψη ότι η Ένωση παραμένει ένας οργανισμός με *sui generis* χαρακτηριστικά.² Παρά ταύτα, η ανάγκη για ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου στα κράτη μέλη υπήρξε εξ' αρχής επιτακτική προκειμένου να επιτευχθεί ισότητα τόσο μεταξύ των κρατών μελών, απαραίτητη για την απαιτούμενη συνεκτικότητα σε ένα τέτοιο εγχείρημα, αλλά και των πολιτών με την ιδιότητα του ευρωπαίου πολίτη που οι ίδιες οι Συνθήκες καθιέρωσαν και κατοχυρώνουν.³

Έτσι προβλέφθηκε μια λύση που θα προσιδιάζε στα ειδικά χαρακτηριστικά των Κοινοτήτων και της Ένωσης: η διαδικασία της προδικαστικής παραπομπής. Έχοντας

¹ Σε ομιλία του στο Πανεπιστήμιο της Ζυρίχης ο Βρετανός ηγέτης κατέληξε: “There is a remedy which ... would in a few years make all Europe ... free and ... happy. It is to re-create the European family, or as much of it as we can, and to provide it with a structure under which it can dwell in peace, in safety and in freedom. We must build a kind of United States of Europe”, European Commission, The Founding Fathers of the EU, Winston Churchill, διαθέσιμο στο http://europa.eu/about-eu/eu-history/founding-fathers/pdf/winston_churchill_en.pdf (τελευταία πρόσβαση 9-1-2016).

² Ενδεικτικά βλ. J.-C. Piris, *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, σελ. 217. Δριμεία κριτική στην ορολογία άσκησε ο R. Schutze επισημαίνοντας ερμηνευτικές και κανονιστικές ελλείψεις, καθώς και ιστορική αβασιμότητα, βλ. R. Schutze, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2015, σελ. 63-65. Την πεποίθηση ότι η Ευρώπη ούτε είναι ούτε μπορεί να γίνει ομοσπονδιακό κράτος εξέφρασε ο Δ. Τσάτσος, βλ. Δ. Θ. Τσάτσου, *Ευρωπαϊκή Συμπολιτεία: Για μια Ευρωπαϊκή Ένωση των Κρατών, των Λαών, των Πολιτών και του Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Πολιτισμού*, Α. Α. Λιβάνη, 2007, σελ. 130-137.

³ Άρθρο 20, παρ. 1 ΣΛΕΕ.

ήδη εισαχθεί με τις ιδρυτικές Συνθήκες, η διαδικασία της προδικαστική παραπομπής ενώπιον του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ, Δικαστήριο) αποτέλεσε και συνεχίζει να αποτελεί σημείο συνάντησης των εννόμων τάξεων των κρατών μελών αφ' ενός και της Ένωσης αφ' ετέρου· αποτελεί τον θεσμοθετημένο τρόπο ανάπτυξης δικαστικού διαλόγου και μάλιστα σε ανώτατο επίπεδο μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του ΔΕΕ. Τα ανωτέρω αποτυπώνονται και στην ιδιαίτερα θερμή υποδοχή της διαδικασίας αυτής από τα εθνικά δικαστήρια καθώς ο αριθμός των προδικαστικών παραπομπών ακολουθεί διαχρονικά αυξητική πορεία.

Στο πλαίσιο ανάλυσης των προϋποθέσεων για παραπομπή της υπόθεσης αναπτύχθηκαν από το Δικαστήριο εξαιρέσεις από τον υποχρεωτικό χαρακτήρα εφαρμογής της διαδικασίας αυτής από τα ανώτατα⁴ δικαστήρια των κρατών μελών. Στην πλέον ονομαστή υπόθεση *CILFIT*,⁵ το Δικαστήριο εφάρμοσε την αρχή της σαφούς νομικής πράξης (*acte clair*) κατά την οποία όταν η ορθή εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου καθίσταται τόσο προφανής, ώστε να μην αφήνει περιθώριο για καμία εύλογη αμφιβολία ως προς τον τρόπο επίλυσης του τεθέντος ζητήματος, αίρεται ο υποχρεωτικός χαρακτήρας και επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του εθνικού ανώτατου δικαστηρίου αν θα παραπέμψει ή όχι.

Ωστόσο σε πρόσφατη νομολογία του, το ΔΕΕ φαίνεται κάπως να εφαρμόζει περιορισμούς ως προς τη διακριτική ευχέρεια των ανώτατων δικαστηρίων των κρατών μελών. Έτσι, στην υπόθεση *Ferreira da Silva*,⁶ το Δικαστήριο έκρινε για πρώτη φορά ότι ανώτατο δικαστήριο κράτους μέλους παραβίασε την απορρέουσα από τις Συνθήκες υποχρέωση προδικαστικής παραπομπής στο ΔΕΕ στη βάση των ζητημάτων που ανέκυπταν από τα πραγματικά περιστατικά, αναμορφώνοντας έως ένα βαθμό την αρχή της σαφούς νομικής πράξης.

Το πρόβλημα της υποχρέωσης ανώτατου δικαστηρίου κράτους μέλους να παραπέμψει στο ΔΕΕ απασχόλησε και το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ). Σε σημαντικό αριθμό αποφάσεων, με πιο πρόσφατη την απόφαση *Schipani and Others vs. Italy*,⁷ το ΕΔΔΑ συσχέτισε την ως άνω υποχρέωση των εθνικών δικαστηρίων με παραβίαση της αρχής της δίκαιης δίκης υπό το πρίσμα

⁴ Ο ακριβής όρος όπως αναγράφεται στο άρθρο 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ είναι «δικαστήριο...του οποίου οι αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ένδικα μέσα του εσωτερικού δικαίου», ωστόσο χάρη συντομίας και πληρέστερης αποτύπωσης της πραγματικότητας χρησιμοποιείται, ελάχιστα καταχρηστικά, ο όρος «ανώτατο δικαστήριο» στο παρόν άρθρο.

⁵ C-283/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA vs. Ministry of Health [1982] Συλλ. 3415.

⁶ C-160/14 Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito and Others vs. Estado Portugues [2015] αδημ.

⁷ Αριθμ. προσφ. 38369/09 Schipani and Others vs. Italy, 21.07.2015.

του άρθρου 6, παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), θέτοντας μια επιπλέον παράμετρο στη διακριτική ευχέρεια που έχει εθνικό ανώτατο δικαστήριο να μην παραπέμψει υπόθεση στο ΔΕΕ.

Ο σκοπός του παρόντος άρθρου είναι διττός. Αρχικά να αποκρυσταλλώσει την θέση του ΔΕΕ στο ζήτημα της αρχής της σαφούς νομικής πράξης όπως αυτό αντικατοπτρίζεται στην πρόσφατη νομολογία του. Με την ανάλυση των σχετικών αποφάσεων θα αναδειχθεί αν και σε ποιο βαθμό υπήρξε διαφοροποίηση από την πάγια θέση που καθιερώθηκε με την *CILFIT*. Στη συνέχεια, η νομολογία του ΕΔΔΑ επί του ζητήματος της υποχρέωσης παραπομπής υπόθεσης ενώπιον του ΔΕΕ από ανώτατο δικαστήριο κράτους μέλους θα εξετασθεί προκειμένου να διαμορφωθεί μια πλήρης προσέγγιση σε ένα ζήτημα όπου εμπεριέχεται μιας μορφής αλληλεπίδραση μεταξύ εννόμων τάξεων εθνικών και ευρωπαϊκών.

2. Η διαδικασία προδικαστικής παραπομπής: σύντομη ιστορική αναδρομή

Μια διαδικασία προσιδιάζουσα σε προδικαστική παραπομπή είχε εξ' αρχής ενσωματωθεί στην κοινοτική φιλοσοφία, στη Συνθήκη του Παρισιού με την οποία ιδρύθηκε η Ευρωπαϊκή Κοινότητα Άνθρακα και Χάλυβα (ΕΚΑΧ).⁸ Συγκεκριμένα στο άρθρο 41 ΣυνθΕΚΑΧ προβλεπόταν η αποκλειστική δικαιοδοσία του Δικαστηρίου να εκδώσει προδικαστική απόφαση επί ζητημάτων εγκυρότητας πράξεων των Κοινοτικών οργάνων όταν τέτοιο ζήτημα ανέκυπτε σε δίκη ενώπιον εθνικού δικαστηρίου. Η ως άνω διάταξη καθιέρωνε διαδικασία προδικαστικής παραπομπής μόνο όμως επί θεμάτων εγκυρότητας πράξεων και όχι ερμηνευτικών και ως εκ τούτου δεν είχε την απαραίτητη δυναμική να διαδραματίσει τον καίριο ρόλο που η διαδικασία προδικαστικής παραπομπής διαδραμάτισε στη συνέχεια εντός της κοινοτικής/ενωσιακής έννομης τάξης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα θα μπορούσε να αποτελέσει το γεγονός ότι η πρώτη προδικαστική απόφαση βάσει του άρθρου 41 ΕΚΑΧ εκδόθηκε μόλις το 1983.⁹

Διαβλέποντας την ανεπάρκεια της διάταξης όπως αποτυπώθηκε στην ΣυνθΕΚΑΧ, το Δικαστήριο προέβη σε διασταλτική ερμηνεία που σίγουρα θεμελίωσε

⁸ M. Broberg, N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, 2nd edition, 2014, σελ. 8, K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, σελ. 50.

⁹ C-168/82 Ferriere Sant' Anna [1983] Συλλ. 1681.

πληρέστερα τη διαδικασία προδικαστικής παραπομπής. Στην υπόθεση *Busseni*,¹⁰ απεφάνθη ότι έχει αρμοδιότητα να κρίνει επί ερωτήσεων που αφορούν στην ερμηνεία τόσο της ίδιας της ΣυνθΕΚΑΧ, όσο και της παράγωγης κοινοτικής νομοθεσίας. Έτσι, στο πλαίσιο της προδικαστικής παραπομπής εκδόθηκαν αποφάσεις ιδιαίτερης σημασίας· στην απόφαση *Banks*,¹¹ κρίθηκαν ζητήματα τόσο αμέσου εφαρμογής πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου, όσο και κατανομής αρμοδιοτήτων και ερμηνείας διατάξεων.¹²

Αντιθέτως, σαφώς μεγαλύτερη επιρροή στη διαμόρφωση της κοινοτικής/ενωσιακής έννομης τάξης άσκησε η διαδικασία προδικαστικής παραπομπής που εισήχθη στην Ευρωπαϊκή Οικονομική Κοινότητα (ΕΟΚ) ήδη με την ιδρυτική Συνθήκη της Ρώμης. Το άρθρο 177 ΣυνθΕΟΚ όριζε ρητά ότι το Δικαστήριο εκδίδει απόφαση επί προδικαστικής παραπομπής που αφορά σε ερμηνεία των Συνθηκών και το κύρος και ερμηνείας πράξεων των θεσμικών ή λοιπών οργάνων ή οργανισμών. Εξ' αρχής τέθηκε ο διαχωρισμός μεταξύ δικαστηρίων των οποίων οι αποφάσεις δεν υπόκεινται σε ένδικα μέσα του εσωτερικού δικαίου και λοιπών δικαστηρίων κρατών μελών, με τη διαδικασία να καθίσταται για τα πρώτα υποχρεωτική. Μετά τις αναθεωρήσεις που ακολούθησαν, η διαδικασία προδικαστικής παραπομπής δεν έχει κατ' ουσία μεταβληθεί, πέρα από ελάχιστες διαφορές γραμματικού χαρακτήρα και ανευρίσκεται πλέον στο άρθρο 267 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ).

Η εξ' αρχής καθιέρωση της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής στην τότε κοινοτική έννομη τάξη εξυπηρέτησε στην επίτευξη στόχων ενός καινοτόμου για την εποχή εγχειρήματος. Η δυνατότητα και ακόμη περισσότερο η υποχρέωση προδικαστικής παραπομπής συνέβαλαν στη δημιουργία των απαραίτητων συνθηκών για την ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού/ενωσιακού δικαίου. Η ομοιόμορφη εφαρμογή ενωσιακού δικαίου αποτέλεσε *conditio sine qua non* για την πορεία της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης, μια σταθερά ώστε να μπορέσει να εξελιχθεί η ιδέα αυτή. Με την καθιέρωση υποχρέωσης εκ μέρους των ανώτατων δικαστηρίων των κρατών μελών, η ερμηνεία του Δικαστηρίου καθίσταται η βάση για την επίλυση της ενόπιον του εθνικού δικαστηρίου διαφοράς θεμελιώνοντας μάλιστα αρχές της

¹⁰ C-221/88 *Busseni* [1990] Συλλ. I-495.

¹¹ C-128/92 *H.J. Banks and Co. Ltd. vs. British Coal Corporation* [1994] Συλλ. I-01209.

¹² Η υπόθεση αφορούσε στο γενικότερο πλαίσιο εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 4, εδ. δ, 60, 65 και 66 ΣυνθΕΚΑΧ στις άδειες εξόρυξης άνθρακα.

κοινοτικής/ενωσιακής έννομης τάξης.¹³ Τίθενται με αυτόν τον τρόπο τα θεμέλια για την περαιτέρω ανάπτυξη μιας υπερεθνικής έννομης τάξης με πολιτικό στόχο την στενότερη ένωση των κρατών μελών της.¹⁴

Επιπροσθέτως, η θεσμοθέτηση της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής αποτέλεσε ουσιαστικά το πλέον πρόσφορο μέσο δικαστικού διαλόγου μεταξύ των δικαστηρίων των κρατών μελών και του ΔΕΕ. Μέσω του διαλόγου αυτού οι έννομες τάξεις των κρατών μελών και της Ένωσης συντίθεται, ενισχύοντας ποιοτικά το συνταγματικό πλαίσιο στον ευρωπαϊκό χώρο. Η προσέγγιση αυτή αποτυπώθηκε έντονα ήδη από το 1965 στη νομολογία του Δικαστηρίου το οποίο ρητά ανέφερε ότι «...το άρθρο 177 το οποίο απαιτεί το εθνικό δικαστήριο και το Δικαστήριο, εντός των αρμοδιοτήτων τους και με στόχο να διασφαλίσουν ότι το κοινοτικό δίκαιο εφαρμόζεται με ομοιόμορφο τρόπο, να συμβάλλουν με τρόπο ευθύ και αλληλοσυμπληρούμενο στη διαδικασία έκδοσης αποφάσεων».¹⁵ Έτσι διαμορφώνεται μια ουσιαστική ενοποιητική διαδικασία εντός της κοινοτικής/ενωσιακής έννομης τάξης με τις έννομες τάξεις των κρατών μελών να διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο.

Η διαδικασία προδικαστικής παραπομπής συνεισφέρει και στην αποτελεσματικότερη προσφυγή των πολιτών στα δικαιοδοτικά όργανα της ΕΕ, έστω και με έμμεσο τρόπο. Καθώς το σύστημα προσφυγής στα δικαιοδοτικά όργανα των Κοινοτήτων αρχικά και της Ένωσης στη συνέχεια έχει χαρακτηριστεί αρκετά ελλειπτικό,¹⁶ ο πολίτης της Ένωσης μπορούσε μέσω της διαδικασίας αυτής να «προκαλέσει» τον εθνικό δικαστή, προτάσσοντας δικαιώματα που του παρέχει το κοινοτικό/ενωσιακό δίκαιο, προκειμένου να λάβει δικαστική κρίση από το

¹³ Χαρακτηριστικότερα παραδείγματα αποτελούν η αρχή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου στην C-6/64 Costa vs. ENEL [1964] Συλλ. 585, καθώς και η αρχή της άμεσης εφαρμογής του πρωτογενούς κοινοτικού δικαίου στην C-26/62 Van Gend en Loos vs. Nederlandse Administratie der Belastingen (1963) Συλλ. 1.

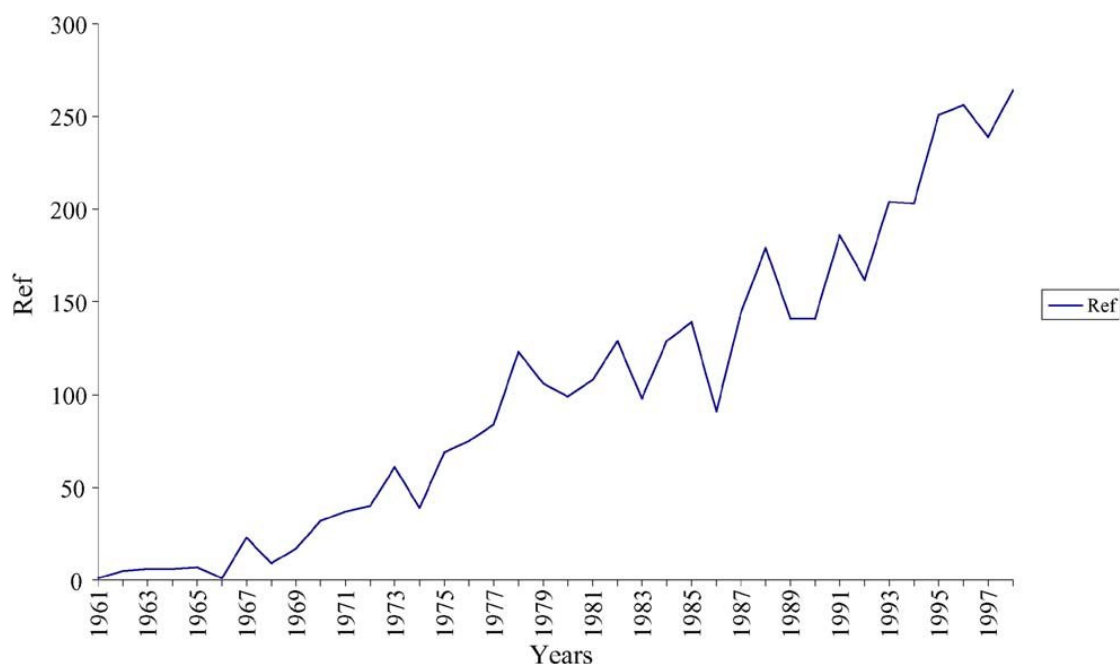
¹⁴ Οι πολιτικοί στόχοι διαφαίνονται ήδη στο Προοίμιο της Συνθήκης της Ρώμης όπου χρησιμοποιούνται λέξεις με ιδιαίτερα βαρύνουσα σημασία. Ασφαλώς δεν θα μπορούσε να ισχυρισθεί κάποιος ότι οι αρχικές κοινότητες αποτέλεσαν κάτι πολύ περισσότερο από ενώσεις οικονομικού χαρακτήρα, ωστόσο μια πρόθεση διεύρυνσης, έστω σταδιακής, διακρινόταν ήδη από την αρχή.

¹⁵ C-16/65 Schwarze [1965] Συλλ. 877.

¹⁶ Για τη δυνατότητα προσφυγής φυσικών ή νομικών προσώπων πριν από την αναθεώρηση της Λισαβόνας βλ. ενδεικτικά A. Barav, “Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court”, *Common Market Law Review*, 11, 1974, σελ. 191-198, H. Rasmussen, “Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs?”, *European Law Review*, 5, 1980, σελ. 112, R. Greaves, “Locus Standi under Article 173”, *European Law Review*, 11, 1986, σελ. 119-133· μετά τη Λισαβόνα βλ. S. Balthasar, “Locus Standi Rules for Challenges to Regulatory Acts by Private Applicants: the New Art. 263(4) TFEU”, *European Law Review*, 35, 2010, σελ. 542-550, S. Peers, M. Costa, “Court of Justice of the European Union (General Chamber) Judicial Review of EU Acts after the Treaty of Lisbon; Order of 6 September 2011, Case T-18/10 Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Commission & Judgment of 25 October 2011, Case T-262/10 Microban v. Commission”, *European Constitutional Law Review*, 8(1), 2012, σελ. 82-104.

Δικαστήριο. Με αυτόν τον τρόπο ενδυναμώθηκε η προστασία δικαιωμάτων στην κοινοτική/ενωσιακή έννομη τάξη, πολύ πριν από την θεσμοθέτηση του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων, ως γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου.

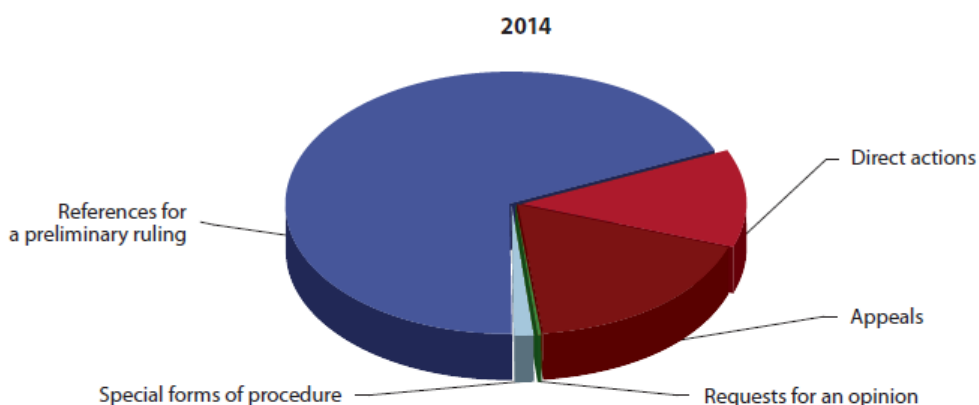
Ως αποτέλεσμα, η διαδικασία προδικαστικής παραπομπής έχει διαχρονικά καταστεί δημοφιλής μεταξύ των δικαστηρίων των κρατών μελών. Στους παρακάτω πίνακες αποτυπώνεται ευκρινώς η δυναμική της εν λόγω διαδικασίας, τόσο διαχρονικά, όσο και πρόσφατα και συγκριτικά με τις άλλες διαδικασίες ενώπιον του Δικαστηρίου.



(πίνακας 1)

Αριθμός προδικαστικών παραπομπών (1961-1997)

Πηγή: G. Tridimas, T. Tridimas, "National Courts and the European Court of Justice: a Public Choice Analysis of the Preliminary Reference Procedure, *International Review of Law and Economics*, 24 (2), 2004, σελ. 129.



	2010	2011	2012	2013	2014
References for a preliminary ruling	385	423	404	450	428
Direct actions	136	81	73	72	74
Appeals	97	162	136	161	111
Appeals concerning interim measures or interventions	6	13	3	5	
Requests for an opinion			1	2	1
Special forms of procedure (?)	7	9	15	9	8
Total	631	688	632	699	622
Applications for interim measures	3	3		1	3

(πίνακας 2)

Αριθμός νέων υποθέσεων/έτος ενώπιον του ΔΕΕ

Πηγή: Court of Justice of the European Union, Annual Report 2014, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, σελ. 94.

	2010	2011	2012	2013	2014
References for a preliminary ruling	484	519	537	574	526
Direct actions	167	131	134	96	94
Appeals	144	195	205	211	164
Special forms of procedure	3	4	9	1	2
Requests for an opinion	1		1	2	1
Total	799	849	886	884	787

(πίνακας 3)

Αριθμός εκκρεμών υποθέσεων/έτος (έως 31 Δεκεμβρίου 2014)

Πηγή: Court of Justice of the European Union, Annual Report 2014, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, σελ. 109.

Από τα στοιχεία των πινάκων 2 και 3 θα μπορούσε να υπογραμμισθεί η ιδιαίτερη σημασία της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής στο δικαιοδοτικό σύστημα της Ένωσης. Ο αριθμός των νέων υποθέσεων με τη διαδικασία της

προδικαστικής παραπομπής είναι κατά πολύ μεγαλύτερος από το άθροισμα των υποθέσεων που εισάγονται στο Δικαστήριο με όλες τις λοιπές διαδικασίες. Υπό τις συνθήκες αυτές, καθίσταται εύκολα αντιληπτή η ανάγκη αποσυμφόρησης του όγκου εργασίας του Δικαστηρίου. Σε αυτό το πλαίσιο καθιερώθηκαν εξαιρέσεις από την υποχρέωση των ανώτατων δικαστηρίων να παραπέμπουν στο ΔΕΕ.

3. Ειδικότερα η απόφαση *CILFIT*

Ιδιαίτερης σημασίας για την πορεία εξέλιξης της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής στην κοινοτική/ενωσιακή έννομη τάξη αποτέλεσε αναμφισβήτητα η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση *CILFIT*.¹⁷ Στη συγκεκριμένη υπόθεση τέθηκε το πλαίσιο στο οποίο ανώτατο δικαστήριο κράτους μέλους θα μπορούσε να αποφύγει την κατά το γράμμα της Συνθήκης υποχρέωση παραπομπής στο ΔΕΕ, κρίνοντας ζήτημα ευρωπαϊκού δικαίου σε εθνικό επίπεδο. Υπό το πλαίσιο αυτό, το ανώτατο εθνικό δικαστήριο εκφεύγει της υποχρέωσης παραπομπής στο ΔΕΕ εφόσον πληρείται μία από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) το ζήτημα του ενωσιακού δικαίου δεν είναι ουσιώδες έτσι ώστε όποια και να είναι η λύση του δεν ασκεί καμία επιρροή στην έκβαση της δίκης,¹⁸ β) το επίδικο νομικό ζήτημα έχει ήδη επιλυθεί από το Δικαστήριο ανεξάρτητα από το είδος των διαδικασιών από τις οποίες προήλθε η νομολογία αυτή ακόμη και αν τα επίδικα ζητήματα δεν ταυτίζονται εντελώς (*acte éclairé*)¹⁹ και γ) η ορθή εφαρμογή του κοινοτικού (ενωσιακού) δικαίου είναι τόσο προφανής, ώστε να μην αφήνει περιθώριο για καμία εύλογη αμφιβολία ως προς τον τρόπο επίλυσης του τεθέντος ζητήματος.²⁰

Και αν οι δύο πρώτες προϋποθέσεις δημιούργησαν ερωτήματα ως προς την έννοια του ουσιώδους ζητήματος και το βαθμό ταυτότητας των επίδικων ζητημάτων που απαιτείται για παραπομπή, η τρίτη προϋπόθεση συνέστησε μια νέα πραγματικότητα στη διαδικασία προδικαστικής παραπομπής. Η εισαγωγή της αρχής της σαφούς νομικής πράξης στην κοινοτική/ενωσιακή έννομη τάξη αναγνώρισε στα ανώτατα δικαστήρια των κρατών μελών ευρύτερο περιθώριο απόκλισης από τον

¹⁷ *CILFIT*, ό. π.

¹⁸ *CILFIT*, ό. π., παρ. 10.

¹⁹ *CILFIT*, ό. π., παρ. 13-14, βλ. και κοινές αποφάσεις C-28-30/62 *Da Costa en Schaake* [1963] Συλλ. 31.

²⁰ *CILFIT*, ό. π., παρ. 16.

κανόνα της αναγκαστικής παραπομπής αφού σε μια ενωσιακή διαδικασία δέσμιας αρμοδιότητας για τα εθνικά δικαστήρια εντέθηκαν στοιχεία διακριτικής ευχέρειας.

Η αποσυμφόρηση από τον μεγάλο όγκο των προδικαστικών παραπομπών αποτέλεσε τον σκοπό που το Δικαστήριο οδηγήθηκε στη υιοθέτηση αυτής της προσέγγισης. Πράγματι, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, η διαδικασία προδικαστικής παραπομπής κατέστη εξ' αρχής ιδιαίτερα δημοφιλής. Επαφιόμενο στην αρχή της καλής πίστης αναφορικά με την κρίση των εθνικών δικαστηρίων επί ζητημάτων ενωσιακού δικαίου και την μετέπειτα παραπομπή ή μη, το Δικαστήριο υιοθέτησε την αρχή της σαφούς νομικής πράξης ώστε να ελαφρυνθεί από αποφάσεις επί του αυτονόητου. Εξ' άλλου η προσέγγιση αυτή συνάδει με την ήδη εκπεφρασμένη από το 1965 αντίληψη περί αλληλοσυμπλήρωσης των εθνικών δικαστηρίων και του ΔΕΕ στη διαδικασία έκδοσης αποφάσεων με στόχο την ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου.²¹

Το θέμα της ομοιόμορφης εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου φαίνεται να απασχόλησε το Δικαστήριο κατά την υιοθέτηση της αρχής της σαφούς νομικής πράξης. Πράγματι η δυνατότητα μη παραπομπής εκ μέρους του ανώτατου δικαστηρίου κράτους μέλους στη βάση της σαφούς νομικής πράξης παρέχονταν μόνο υπό την προϋπόθεση σχηματισμού πεποίθησης ότι η λύση στο υπό κρίση ζήτημα θα εμφανιζόταν εξ' ίσου σαφής και στα δικαστήρια των λοιπών κρατών μελών και στο ίδιο το Δικαστήριο. Οριοθετήθηκε μάλιστα η πεποίθηση ομοιόμορφης λύσης αφού το εθνικό δικαστήριο θα έπρεπε να λάβει υπόψη του τις εξής παραμέτρους:

- 1) τις γλωσσικές αποδόσεις των κειμένων του κοινοτικού (ενωσιακού) δικαίου οι οποίες είναι όλες εξ' ίσου αυθεντικές. Επομένως η ερμηνεία μιας διάταξης περιλαμβάνει σύγκριση των γλωσσικών αυτών αποδόσεων,²²
- 2) την ιδιαίτερη ορολογία του κοινοτικού (ενωσιακού) δικαίου και κατ' επέκταση τη διαφοροποίηση του περιεχομένου νομικών εννοιών στο ενωσιακό δίκαιο και στα εθνικά δίκαια,²³
- 3) το πλαίσιο της διάταξης του κοινοτικού (ενωσιακού) δικαίου και την ερμηνεία της υπό το φως του συνόλου των διατάξεων του δικαίου αυτού, των σκοπών του και του σταδίου εξέλιξής του.²⁴

²¹ Schwarze, ό. π.

²² CILFIT, ό. π., παρ. 18.

²³ CILFIT, ό. π., παρ. 19.

²⁴ CILFIT, ό. π., παρ. 20.

Κατ' αρχήν, οι παράμετροι που έθεσε το Δικαστήριο προκειμένου να μπορεί να θεμελιωθεί η μη παραπομπή από ανώτατο εθνικό δικαστήριο στη βάση της σαφούς νομικής πράξης είναι τέτοιες ώστε η χρησιμοποίηση της βάσης αυτής να καθίσταται ιδιαίτερα δύσκολη. Ειδικότερα, η σύγκριση των γλωσσικών αποδόσεων των εννοιών στις έννομες τάξεις των άλλων κρατών μελών προϋποθέτει πέρα από άριστη γνώση της γλώσσας και επαρκή τουλάχιστον κατανόηση του νομικού πολιτισμού του οικείου κράτους μέλους. Η ολοκληρωμένη αυτή αντίληψη είναι μάλλον αδύνατη εντός μιας τότε Κοινότητας 10 σήμερα Ένωσης 28 κρατών μελών. Έτσι υποστηρίχθηκε η άποψη ότι η στρατηγική στην υπόθεση *CILFIT* θα οδηγούσε σε μείωση του αριθμού των υποθέσεων που εγείρουν θέματα ενωσιακού δικαίου επί των οποίων το Δικαστήριο δεν έχει ήδη αποφανθεί.²⁵

Η θέση αυτή βασίζεται εξ' ολοκλήρου στην αρχή της καλής πίστης εκ μέρους των εθνικών δικαστηρίων, αποφυγής δηλαδή οποιασδήποτε καταχρηστικής επίκλησης της αρχής της σαφούς νομικής πράξης εκ μέρους τους. Εδώ ακριβώς στηρίζεται και η κριτική που δέχθηκε η εν λόγω απόφαση. Η αποδοχή της αρχής της σαφούς νομικής πράξης, παρά το γεγονός ότι έγινε υπό πολύ αυστηρές προϋποθέσεις, παρέχει σημαντική εξουσία δράσης στα ανώτατα εθνικά δικαστήρια σε βαθμό να διακυβεύεται ο θεμελιώδης σκοπός ύπαρξης της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής που είναι η ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Αυτήν ακριβώς την ανησυχία διατύπωσε και ο Γενικός Εισαγγελέας Capotorti στην εισήγησή του επί της υπόθεσης *CILFIT*, υπογραμμίζοντας ότι η σύνδεση της προδικαστικής παραπομπής με ερμηνευτικές αμφιβολίες επί του ζητήματος εισάγει ένα στοιχείο «υποκειμενικό και αβέβαιο» που θα μπορούσε εν τέλει να εμποδίσει την ενωσιακή διαδικασία να επιτύχει το σκοπό της.²⁶

Η αξιολογική κρίση επί του υποκειμενικού και αβέβαιου αυτού στοιχείου που ανέφερε ο Γενικός Εισαγγελέας εναπόκειται πλήρως στα ανώτατα εθνικά δικαστήρια. Οι παράμετροι που το ίδιο το Δικαστήριο έθεσε αποτελούν ασφαλιστική δικλείδα, κατ' ουσία όμως εύκολα προσπελάσιμη, δεδομένου ότι η αντίληψη αν και σε ποιο βαθμό οι παράμετροι αυτοί έχουν ληφθεί υπόψη θα διαμορφωθεί εντός του ίδιου εθνικού δικαστηρίου. Έτσι το εθνικό ανώτατο δικαστήριο θα μπορεί π.χ. να οδηγηθεί στο συμπέρασμα ότι η ερμηνεία του ενωσιακού δικαίου είναι τόσο προφανής, ώστε

²⁵ H. Rasmussen, "The European Court's *Acte Clair* Strategy in *CILFIT*", *European Law Review*, 9, σελ. 249.

²⁶ Προτάξεις Γενικού Εισαγγελέα Capotorti [1982] Συλλ. 3415, παρ. 7.

να μην υφίσταται περιθώριο αμφισβήτησης ερμηνεύοντας τις γλωσσικές αποδόσεις των λοιπών κρατών μελών με βάση τη δική του γλωσσική απόδοση.²⁷ Επομένως η ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου τίθεται εν αμφιβόλω κάθε φορά που ερμηνεία διάταξης της έννομης τάξης του πρέπει να ερμηνευθεί από ανώτατο εθνικό δικαστήριο.

Θα μπορούσε η παραχώρηση της ευχέρειας αυτής στα εθνικά δικαστήρια να αντισταθμισθεί με την αρχή της καλής πίστης που διέπει τις σχέσεις εθνικών ανώτατων δικαστηρίων και ΔΕΕ. Ωστόσο, αυτό σε μεγάλο βαθμό δεν φαίνεται να αποτυπώνεται στις αντιδράσεις των ανώτατων δικαστηρίων των κρατών μελών· σε αρκετές περιπτώσεις έχει υπάρξει αμφισβητήσιμη ερμηνεία του ενωσιακού δικαίου από ανώτατα δικαστήρια αντί σχετικής παραπομπής στο ΔΕΕ.²⁸ Χαρακτηριστικά παραδείγματα θα μπορούσαν να ανευρεθούν σε αποφάσεις δικαστηρίων της Μεγάλης Βρετανίας²⁹ και της Γαλλίας,³⁰ καθώς και της Ελλάδας στην υπ' αριθμ. 3457/1998 απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας.³¹

Ως απόρροια των ανωτέρω, το Δικαστήριο προσπάθησε να ενδυναμώσει τη λογική της εξαίρεσης από τον κανόνα της υποχρέωσης παραπομπής του ανώτατου εθνικού δικαστηρίου που (θα έπρεπε να) διέπει την εφαρμογή των προϋποθέσεων της *CILFIT*. Έτσι στην απόφαση *Köbler*, το Δικαστήριο επέκτεινε την αστική ευθύνη του κράτους μέλους και στις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες οι ζημιές που υπέστησαν οι ιδιώτες από παραβιάσεις του κοινοτικού (ενωσιακού) δικαίου προκύπτουν από απόφαση δικαστηρίου κρίνοντας σε τελευταίο βαθμό.³² Η μορφή αυτή αστικής ευθύνης μπορεί να θεμελιωθεί μόνο στην εξαιρετική περίπτωση στην οποία ο εθνικός ανώτατος δικαστής προδήλως αγνόησε το εφαρμοστέο δίκαιο.³³ Για

²⁷ A. Arnall, "The Use and Abuse of Article 177 EEC", *Modern Law Review*, 52 (5), σελ. 626.

²⁸ D. Sarmiento, "Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe" σε M. Poiares Maduro, L. Azoulay, *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, σελ. 196.

²⁹ Arnall, ό. π., σελ. 631-636.

³⁰ Σύμφωνα με παρελθούσα νομολογία του Conseil d'Etat δεν αναγνωριζόταν η αρχή του κάθετου άμεσου αποτελέσματος Οδηγιών σε προσφυγή κατά ατομικής διοικητικής πράξης, σε καμία περίπτωση, παρά την πλούσια αντίθετη νομολογία του ΔΕΕ. Η θέση αυτή εγκαταλείφθηκε από το Conseil d'Etat μόλις το 2009 στην απόφαση No. 298348 Emmanouelle Perreux, 30 Οκτωβρίου 2009, βλ. σχετικά C. Charpy, "France. The Conseil d'Etat Abandons its *Cohn Bendit* Case-Law; Conseil d'Etat, 30 October 2009, *Mme Perreux*", *European Constitutional Law Review*, 6 (1), 2010, σελ. 123-136.

³¹ Για ανάλυση της απόφασης βλ. T. Tridimas, "Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure", *Common Market Law Review*, 40 (1), 2003, σελ. 9-50.

³² C-224/01 Gerhard Köbler vs. Republik Österreich [2003] Συλλ. I-10239, παρ. 50.

³³ Köbler, ό. π., παρ. 53.

την ανεύρεση της πλήρωσης ή μη της προϋπόθεσης αυτής, θα πρέπει να ληφθεί υπ' όψη μεταξύ άλλων παραμέτρων και η μη συμμόρφωση του συγκεκριμένου δικαστηρίου προς την υποχρέωση του να υποβάλει προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ.³⁴ Με άλλα λόγια η μη αιτιολογημένη συμμόρφωση ανώτατου δικαστηρίου κράτους μέλους με την υποχρέωση παραπομπής στοιχειοθετεί παράβαση ενωσιακού δικαίου, δημιουργεί δε αντικειμενική ευθύνη του κράτους αυτού προς αποζημίωση για πιθανή ζημία ιδιώτη που συνδέεται αιτιωδώς με την παράβαση αυτήν. Με αυτόν τον τρόπο το Δικαστήριο άσκησε μιας μορφής πίεση στα ανώτατα εθνικά δικαστήρια προκειμένου να αποφεύγεται καταχρηστική επίκληση των προϋποθέσεων εξαιρέσεως της *CILFIT*.³⁵

4. *Ferreira da Silva*: μια διαφορετική προσέγγιση;

Μια πρόσφατη περίπτωση εφαρμογής των αρχών που το Δικαστήριο ανέπτυξε στη *CILFIT* αποτελεί η υπόθεση *Ferreira da Silva*. Αφορά σε άρνηση παραπομπής στο ΔΕΕ εκ μέρους του ανώτατου δικαστηρίου της Πορτογαλίας (Supremo Tribunal de Justiça) ενώπιον του οποίου είχαν τεθεί σημαντικά θέματα ενωσιακού δικαίου, ήτοι θέματα ερμηνείας της έννοιας της μεταβίβασης εγκατάστασης εταιρίας υπό το πρίσμα του άρθρου 1, παρ. 1 της Οδηγίας 2001/23.

Η άρνηση αυτή του ανώτατου δικαστηρίου της Πορτογαλίας στηρίχθηκε πλήρως στην απόφαση *CILFIT*. Συγκεκριμένα, το πορτογαλικό ανώτατο δικαστήριο βάσισε το συλλογισμό του στη δυνατότητα ενός εθνικού ανώτατου δικαστηρίου να μην παραπέμψει την υπόθεση στο ΔΕΕ όταν η ορθή εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης μπορεί να είναι τόσο προφανής ώστε να μην υφίσταται καμία εύλογη αμφιβολία σχετικά με την απάντηση που πρέπει να δοθεί στο ανακύψαν ζήτημα. Κρίνοντας δε στην προκειμένη περίπτωση ότι δεν υφίστατο καμία αμφιβολία όσον αφορά τον τρόπο ερμηνείας η οποία να επέτασσε την άσκηση προδικαστικής παραπομπής, λαμβανομένου υπόψη του περιεχομένου των διατάξεων του ενωσιακού δικαίου που επικαλέστηκαν οι αναιρεσείοντες, της ερμηνείας τους από το Δικαστήριο

³⁴ Köbler, ό. π., παρ. 55.

³⁵ Όχι πολύ αργότερα, η εκφρασθείσα στην Köbler θέση του Δικαστηρίου επιβεβαιώθηκε και εξειδικεύθηκε στην υπόθεση C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo* [2006] Συλλ. I-05177. Βλ. M. Ruffert, “Case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation vs. Italian Republic*, Judgement of the Court (Grand Chamber) of 13 June 2006, nyr”, *Common Market Law Review*, 44 (2), 2007, σελ. 479-486.

και των κρίσιμων συνθηκών της επίδικης υποθέσεως,³⁶ το ανώτατο δικαστήριο εν τέλει δεν εφάρμοσε τη διαδικασία προδικαστικής παραπομπής του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ θεωρώντας ότι στην ενώπιόν του υπόθεση, έβρισκε εφαρμογή η αρχή της σαφούς νομικής πράξης.

Για τη θεμελίωση της θέση του περί εφαρμογής της σαφούς νομικής πράξης, το πορτογαλικό ανώτατο δικαστήριο υπογράμμισε ότι το ΔΕΕ έχει ήδη αναπτύξει ευρεία και παγιωθείσα νομολογία σχετικά με την ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης περί «μεταβίβασης εγκατάστασης». Δεδομένου ότι, κατά το εθνικό δικαστήριο, η Οδηγία 2001/23 οδήγησε στην παγίωση των κατοχυρωμένων από αυτή εννοιών δυνάμει της νομολογίας που διαμορφώθηκε στον συγκεκριμένο τομέα και εννοιών που διατυπώνονται πλέον με τέτοια σαφήνεια όσον αφορά την (ενωσιακή και εθνική) νομολογιακή ερμηνεία τους, παρέλκει η υποβολή προδικαστικού ερωτήματος στο Δικαστήριο.³⁷

Μια προσπάθεια υπαγωγής του σκεπτικού του ανώτατου δικαστηρίου της Πορτογαλίας στις παραμέτρους που το ΔΕΕ καθόρισε στη *CILFIT* ώστε να μπορεί να γίνει επίκληση στην αρχή της σαφούς νομικής πράξης, καταδεικνύει καταχρηστική εφαρμογή της αρχής αυτής στην προκειμένη περίπτωση. Κατά πρώτον, για να προσδιορίσει την έννοια της μεταβίβασης εγκατάστασης, το εθνικό δικαστήριο απέφυγε παντελώς να συγκρίνει τις γλωσσικές αποδόσεις της υπό κρίση έννοια στα λοιπά κράτη μέλη. Η σύγκριση αυτή κατά σαφή εκτίμηση του Δικαστηρίου καθίσταται απαραίτητη προκειμένου να εξασφαλίζεται η ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Πράγματι, όπως αναδεικνύεται στο σκεπτικό της υπό εξέταση απόφασης του ΔΕΕ,³⁸ το ζήτημα της μεταβίβασης εγκατάστασης αφ' ενός δημιούργησε αντιφατικές νομολογιακές τάσεις εντός της έννομης τάξης της Πορτογαλίας,³⁹ καθώς κατώτερα δικαστήρια της χώρας υιοθέτησαν διαφορετικές ερμηνευτικές προσεγγίσεις, κυριότερα όμως δημιούργησε ερμηνευτικά θέματα σε διάφορα κράτη μέλη. Στο βαθμό λοιπόν που η συγκεκριμένη ενωσιακού δικαίου έννοια προσδιορίσθηκε διαφορετικά σε κράτη μέλη, δικαστήρια των οποίων υπέβαλαν προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΕ, η λύση στο υπό κρίση ζήτημα δεν θα

³⁶ Ferreira da Silva, ό. π., παρ. 17.

³⁷ Ferreira da Silva, ό. π., παρ. 18.

³⁸ Ferreira da Silva, ό. π., παρ. 44.

³⁹ Στοιχείο από μόνο του όχι αποφασιστικής σημασίας ικανό να επαναφέρει την υποχρέωση προδικαστικής παραπομπής στο ΔΕΕ βάσει του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ, βλ. ειδικότερα και συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-72/14 X vs. Inspecteur van Rijksbelastingdienst και C-197/14 T. A. van Dijk vs. Staatssecretaris van Financiën [2015] αδημ., παρ. 60.

μπορούσε να νοηθεί ως εξ' ίσου σαφής και στα δικαστήρια των λοιπών κρατών μελών ώστε να τυγχάνει εφαρμογής η αρχή της σαφούς νομικής πράξης. Επομένως στην προκειμένη περίπτωση το Δικαστήριο έκρινε ότι έπρεπε να είχε υποβληθεί σχετικό προδικαστικό ερώτημα.⁴⁰

Η σημασία της απόφασης *Ferreira da Silva* έγκειται στο γεγονός ότι για πρώτη φορά το ΔΕΕ ανευρίσκει παράβαση εκ μέρους εθνικού ανώτατου δικαστηρίου της κατ' άρθρο 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ υποχρέωσής του για προδικαστική παραπομπή και μάλιστα στη βάση της αρχής της σαφούς νομικής πράξης. Για να οδηγηθεί στο συγκεκριμένο συμπέρασμα, το ΔΕΕ έθεσε στη μείζονα πρόταση του δικανικού του συλλογισμού τόσο τη διάταξη του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ, όσο και τις ήδη διατυπωμένες στη *CILFIT* αρχές, στη δε ελάσσονα τα πραγματικά περιστατικά, δηλαδή το σκεπτικό του ανώτατου εθνικού δικαστηρίου και ιδιαίτερα τη θέση της νομολογίας των δικαστηρίων άλλων κρατών μελών, ώστε εν τέλει να αποφανθεί αν η ορθή εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου είναι τόσο προφανής ώστε να μην αφήνει περιθώριο για καμία εύλογη αμφιβολία ως προς τον τρόπο επίλυσης του τεθέντος ζητήματος. Επομένως πρόκειται για πλήρη εφαρμογή των ειπωμένων στη *CILFIT* στα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υπόθεσης χωρίς, υπό αυτήν την οπτική, να εισάγεται μια διαφορετική προσέγγιση στα ζητήματα που πιθανώς εγείρονται με την αρχή της σαφούς νομικής πράξης στην ενωσιακή έννομη τάξη.

Σε αυτό το σημείο θα πρέπει να διευκρινισθεί ότι η δυνατότητα εξαίρεσης από την υποχρέωση προδικαστικής παραπομπής που παραχωρήθηκε με την απόφαση *CILFIT* δεν συνεπάγεται και απώλεια της εξουσίας ελέγχου από το Δικαστήριο ως προς το αν ορθώς εφαρμόσθηκε η εξαίρεση αυτή, αν το ζήτημα τεθεί ενώπιόν του. Σύμφωνα με το άρθρο 267, παρ. 1, περ. α ΣΛΕΕ το ΔΕΕ αποφαινεται επί ζητημάτων ερμηνείας των Συνθηκών. Η οριοθέτηση της διαδικασίας αναγκαστικής προδικαστικής παραπομπής του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ, που λαμβάνει χώρα τόσο με τη *CILFIT*, όσο και με την *Ferreira da Silva*, συνεχίζει να αποτελεί ζήτημα ερμηνείας των Συνθηκών το οποίο αν τεθεί ενώπιον του Δικαστηρίου σαφώς και έχει εξουσία να κρίνει. Αντίθετη άποψη θα οδηγούσε σε *de facto* κατάργηση του υποχρεωτικού χαρακτήρα της διαδικασίας του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ, αφού ουσιαστικά θα επρόκειτο για μεταβίβαση αρμοδιότητας ενωσιακού δικαίου στα εθνικά δικαστήρια.

⁴⁰ Ferreira da Silva, ό. π., παρ. 45.

Αυτό που με σιγουριά θα μπορούσε να εξαχθεί ως συμπέρασμα από την ανάλυση της απόφασης *Ferreira da Silva* ανάγεται σε μια προσπάθεια αντιμετώπισης καταχρηστικής επίκλησης εκ μέρους των εθνικών ανώτατων δικαστηρίων της αρχής της σαφούς νομικής πράξης προς αποφυγή της κατ' άρθρο 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ υποχρέωσής τους. Η προσέγγιση στην υπό εξέταση απόφαση αναδεικνύει μια άλλη οπτική της ίδιας στρατηγικής που εγκαινιάσθηκε στην απόφαση *Köbler*. Έτσι, ευκαιρίας δοθείσης, το Δικαστήριο επιδιώκει την οριοθέτηση της εφαρμογής της αρχής της σαφούς νομικής πράξης στην ενωσιακή έννομη τάξη, ταυτόχρονα δε υπενθυμίζει στα ανώτατα εθνικά δικαστήρια τη σημασία της *CILFIT* ως πλαίσιο συνεργασίας μεταξύ των ανώτατων δικαστηρίων και του ΔΕΕ στη βάση της αρχής της καλής πίστης, με σκοπό πάντα την ομοιόμορφη εφαρμογή του δικαίου της ΕΕ ώστε να αποφεύγεται η οποιαδήποτε απόπειρα «δικαστικής επανάστασης». Ως εκ τούτου θα μπορούσε τελικά να ειπωθεί ότι η απόφαση *Ferreira da Silva* λειτουργεί περισσότερο συμπληρωματικά προς τις αρχές που υιοθετήθηκαν με τη *CILFIT*.

5. Η θέση της νομολογίας του ΕΔΔΑ

Μια σημαντική παράμετρο στη συζήτηση αναφορικά με τον τρόπο που τα εθνικά ανώτατα δικαστήρια ανταποκρίνονται στην κατ' άρθρο 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ υποχρέωσή τους, συνεισέφερε η νομολογία του ΕΔΔΑ. Το ζήτημα ανέκυψε ως αποτέλεσμα προσφυγών ενώπιον του ΕΔΔΑ φυσικών προσώπων θεωρώντας ακριβώς ότι η μη εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ αποτελεί παραβίαση θεμελιώδους δικαιώματός τους από το κράτος μέλος. Ως απόρροια των ανωτέρω, η παράμετρος αυτή συνδέθηκε άρρηκτα με το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη που κατοχυρώνεται στο άρθρο 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ και θεμελιώθηκε στη νομολογία του ΕΔΔΑ.

Στην υπόθεση *Ullens de Schooten and Rezarek vs. Belgium*,⁴¹ το ΕΔΔΑ έκρινε ότι εκ του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ συνάγεται η υποχρέωση των εθνικών δικαστηρίων να αιτιολογούν τις αποφάσεις τους η οποία περιλαμβάνει και τις αποφάσεις με τις οποίες τα δικαστήρια αρνούνται να εφαρμόσουν διαδικασία προδικαστικής παραπομπής όπου προβλέπεται, ιδιαίτερα αν το οικείο θεσμικό πλαίσιο δημιουργεί υποχρέωση με πολύ συγκεκριμένο πλαίσιο εξαίρεσης. Στην προκειμένη περίπτωση,

⁴¹ Αριθμ. προσφ. 3989/07 και 38353/07 *Ullens de Schooten and Rezarek vs. Belgium*, 20.09.2011.

το άρθρο 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ δημιουργεί μια τέτοια υποχρέωση στα ανώτατα δικαστήρια των κρατών μελών από την οποία μπορούν να παρεκκλίνουν, μόνο βάσει των προϋποθέσεων της *CILFIT*. Επομένως, σε περίπτωση που ανώτατο εθνικό δικαστήριο αποφασίζει να μην αποστείλει προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΕ, οφείλει να αιτιολογήσει την απόφασή του αυτή υπό το πρίσμα της νομολογίας του ΔΕΕ· σε διαφορετική περίπτωση τίθεται θέμα παραβίασης της αρχής της δίκαιης δίκης του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ.⁴²

Σημαντική εξέλιξη στην ανάπτυξη της νομολογίας του ΕΔΔΑ αποτέλεσε η υπόθεση *Dhahbi vs. Italy*.⁴³ Αρχικά το ΕΔΔΑ ανάλυσε πληρέστερα την ήδη εκπεφρασμένη θέση του αναφορικά με τη συσχέτιση της αποφυγής προδικαστικής παραπομπής από εθνικό δικαστήριο με το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη. Συγκεκριμένα η δομή της σκέψης του ΕΔΔΑ αποτυπώθηκε ως εξής: το άρθρο 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ απαιτεί από τα εθνικά δικαστήρια να αιτιολογούν, υπό το πρίσμα των οικείων διατάξεων, κάθε απόφασή τους με την οποία αρνούνται να εφαρμόσουν τη διαδικασία προδικαστικής παραπομπής, άρα σε περίπτωση που το ΕΔΔΑ καλείται να αποφανθεί επί ζητήματος πιθανής παραβίασης του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ σε αυτή τη βάση, σκοπός του είναι να διασφαλίσει ότι η υπό αμφισβήτηση άρνηση έχει αιτιολογηθεί επαρκώς. Παρά όμως το γεγονός ότι η εξακρίβωση της πληρότητας και επάρκειας της αιτιολογίας της άρνησης του εθνικού δικαστηρίου θα πρέπει να εξετασθεί ενδελεχώς, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι το ίδιο δεν έχει αρμοδιότητα να εξετάσει πιθανά σφάλματα ή παραλείψεις στην αιτιολογία του εθνικού δικαστηρίου το οποίο κατά τα ανωτέρω ερμηνεύει και εφαρμόζει τις οικείες διατάξεις περί παραπομπής ή μη.

Εφαρμόζοντας τις αρχές αυτές στο θεσμικό πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου, το ΕΔΔΑ προσδιόρισε τα στοιχεία εκείνα που η αιτιολόγηση ανώτατου εθνικού δικαστηρίου άρνησης εφαρμογής της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής θα πρέπει να εμπεριέχει. Συγκεκριμένα, τα ανώτατα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να παραθέσουν γιατί το ζήτημα του ενωσιακού δικαίου δεν είναι ουσιώδες, αν το επίδικο νομικό ζήτημα έχει ήδη επιλυθεί από το ΔΕΕ ή αν η ορθή εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου είναι τόσο προφανής ώστε να μην αφήνει περιθώριο για καμία εύλογη αμφιβολία ως προς τον τρόπο επίλυσης του τεθέντος ζητήματος.⁴⁴

⁴² Ullens de Schooten and Rezarek, ό. π., παρ. 60-62, βλ. ομοίως και αριθμ. προσφ. 4832/04 Vergauwen and Others vs. Belgium, 10.04.2012, παρ. 89-90.

⁴³ Αριθμ. προσφ. 17120/09 Dhahbi vs. Italy, 08.07.2014.

⁴⁴ Dhahbi vs. Italy, ό. π., παρ. 31.

Στην υπό κρίση υπόθεση, ο αναιρεσείων αιτήθηκε από το αναιρετικό δικαστήριο της Ιταλίας (Corte de Cassazione) να θέσει προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ σχετικά με ζήτημα ενωσιακού δικαίου που είχε τεθεί ενώπιόν του, ως έχει υποχρέωση ως ανώτατο δικαστήριο κράτους μέλους. Αντ' αυτού στο αιτιολογικό της απόφασής του, το αναιρετικό δικαστήριο δεν αναφέρθηκε στο αίτημα του αναιρεσείοντος, ούτε ασφαλώς αιτιολόγησε τους λόγους για τους οποίους παρέλκει η εφαρμογή της διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής βάσει των προϋποθέσεων της *CILFIT*. Έτσι από το αιτιολογικό της απόφασης του αναιρετικού δικαστηρίου δεν κατέστη ξεκάθαρο αν όντως υφίστατο λόγος μη παραπομπής ή αν απλά αγνόησε το αίτημα των διαδίκων. Υπό τα δεδομένα αυτά, το ΕΔΔΑ έκρινε για πρώτη φορά ότι υφίσταται παραβίαση του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ.

Η προσέγγιση του ΕΔΔΑ στο ζήτημα πιθανής παραβίασης του δικαιώματος δίκαιης δίκης σε περίπτωση έλλειψης αιτιολογίας επί άρνησης προδικαστικής παραπομπής κατ' άρθρο 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ υπήρξε ιδιαίτερα επιμελής.⁴⁵ Το ΕΔΔΑ κατέληξε στο συμπέρασμα ότι το εθνικό ανώτατο δικαστήριο παραβίασε διάταξη της ΕΣΔΑ αποκλειστικά και μόνο στην έλλειψη εκ μέρους του τελευταίου οποιασδήποτε μορφής αιτιολογία που θα προσιδίαζε στις προϋποθέσεις που το ΔΕΕ έχει θέσει επί του ζητήματος. Επιπροσθέτως, διευκρίνισε με σαφέστατο τρόπο την έλλειψη αρμοδιότητας εκ μέρους του να κρίνει επί της ουσίας την αιτιολογία του εθνικού δικαστηρίου αν είναι πλήρης και εμπειριστατωμένη, αν όντως υφίσταται δηλαδή ζήτημα που έχει ήδη επιλυθεί από το ΔΕΕ ή σαφής νομική πράξη ή η αν το θέμα του ενωσιακού δικαίου είναι επουσιώδες, σε περίπτωση βέβαια που υπήρχε σχετική αιτιολογία. Με αυτόν τον τρόπο το ΕΔΔΑ διατήρησε την απαραίτητη θεσμική ισορροπία ανάμεσα στο ίδιο και στο ΔΕΕ καθώς απέφυγε να υπεισέλθει σε θέματα ερμηνείας ενωσιακού δικαίου παράλληλα δε, θεμελίωσε περιπτώσεις επί των οποίων θα μπορούσε να συντελεσθεί παραβίαση του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ προκειμένου να προστατεύσει το σχετικό δικαίωμα των πολιτών των κρατών μελών της ΕΕ.

Πέραν της θεσμικά εντός ορίων αρμοδιότητάς του, η προσέγγιση αυτή του ΕΔΔΑ αναδεικνύει και μια προσπάθεια ενδυνάμωσης της νομολογίας του ΔΕΕ. Συνδέοντας, κατ' αρχήν, την έλλειψη αιτιολογίας εκ μέρους εθνικού δικαστηρίου επί άρνησης εφαρμογής της υποχρεωτικής διαδικασίας προδικαστικής παραπομπής με παραβίαση του δικαιώματος σε δίκαιη δίκη, το ΕΔΔΑ δημιουργεί δεδικασμένο το

⁴⁵ T. Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford University Press, 2015, σελ. 214-215.

οποίο τα δικαστήρια των κρατών μελών καλούνται να αποδεχθούν όταν θέματα ενωσιακού δικαίου τίθενται ενώπιόν τους. Και καθώς η έλλειψη αυτή αιτιολογίας είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τη νομολογία του ΔΕΕ, αναπόδραστα τα εθνικά δικαστήρια λαμβάνουν υπ' όψη τη νομολογία αυτή. Δημιουργείται έτσι μια δικλείδα ασφαλείας από καταστρατήγηση των αρχών του ενωσιακού δικαίου από εθνικό δικαστήριο μέσω της ενίσχυσης του δικαστικού διαλόγου σε μια διαδικασία αλληλεπίδρασης μεταξύ διαφορετικών εννόμων τάξεων.⁴⁶

Ελάχιστα αργότερα, στην απόφαση *Schipani and Others vs. Italy*,⁴⁷ το ΕΔΔΑ επιβεβαίωσε την παγιωθείσα πλέον θέση του. Με πραγματικά περιστατικά όμοια με την απόφαση *Dhahbi*, η υπόθεση αφορά εκ νέου άρνηση του ίδιου δικαστηρίου (αναιρετικό δικαστήριο της Ιταλίας) να εφαρμόσει τη διαδικασία προδικαστικής παραπομπής ενώ είχε ζητηθεί από τον αναιρεσείοντα, χωρίς να αιτιολογήσει την άρνηση αυτή. Με αυτά τα δεδομένα, δεν αποτελεί έκπληξη το γεγονός ότι το ΕΔΔΑ οδηγήθηκε στο ίδιο ακριβώς συμπέρασμα, ήτοι στην παραβίαση του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ εκ μέρους της Ιταλίας με το ίδιο ακριβώς σκεπτικό.⁴⁸

Η συλλογιστική πορεία του ΕΔΔΑ στην επίλυση του θεμελιώδους αυτού ζητήματος είχε ως αποτέλεσμα τη δημιουργία μιας αντικειμενικής συσχέτισης μεταξύ της αναιτιολόγητης άρνησης του ανώτατου εθνικού δικαστηρίου να παραπέμψει στο ΔΕΕ και της παραβίασης του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ. Πράγματι, το ΕΔΔΑ προβαίνει στην εξέταση της αιτιολογίας του εθνικού δικαστηρίου όπου η παντελής έλλειψη μιας (τουλάχιστον) εκ των προϋποθέσεων της *CILFIT*, οδηγεί αυτόματα σε παραβίαση του δικαιώματος δίκαιης δίκης. Αν ωστόσο, όπως παρατηρήθηκε στις υποθέσεις *Ullens de Schooten* και *Vergauwen*, υφίσταται σχετική αιτιολογία, το ΕΔΔΑ δεν έχει αρμοδιότητα να την εξετάσει στην ουσία της, αν π.χ. στη συγκεκριμένη περίπτωση πρόκειται για σαφή νομικής πράξη υπό το πρίσμα της νομολογίας του ΔΕΕ, ως εκ τούτου δεν προτίθεται να καταδικάσει το κράτος για παραβίαση του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ.

Η αντικειμενική αυτή συσχέτιση αμφισβητήθηκε από τον Δικαστή Wojtyczek στην υπόθεση *Schipani*. Επικαλούμενος σχετική νομολογία,⁴⁹ ο Δικαστής τόνισε ότι το ΕΔΔΑ αναγνωρίζει περιθώριο εκτίμησης στα κράτη αναφορικά με αποφάσεις

⁴⁶ T. Tridimas, “The ECJ and National Courts: Dialogue, Cooperation and Instability” σε A. Arnulf, D. Chalmers (επιμ.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, σελ. 411-412.

⁴⁷ *Schipani and Others vs. Italy*, ό. π.

⁴⁸ *Schipani and Others vs. Italy*, ό. π, παρ. 69-73.

⁴⁹ *Schipani and Others vs. Italy*, Συγκλίνουσα Γνώμη Δικαστή Wojtyczek, παρ. 2.

δικαστηρίων, ιδιαίτερα ανώτατων, αναγνωρίζει δηλαδή υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις τη δυνατότητα μη αιτιολόγησης κάποιων κατηγοριών αποφάσεων, μη θεωρώντας ότι οι αποφάσεις με αντικείμενο την μη παραπομπή στο ΔΕΕ αποτελούν εξαίρεση. Επομένως, η κύρια παράμετρος που θα πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψη και σε αυτήν την περίπτωση από το ΕΔΔΑ, βάσει της οποίας θα μπορούσε να θεμελιωθεί η υποχρέωση αιτιολόγησης της απόφασης του εθνικού δικαστηρίου (και η συνεπαγόμενη καταδίκη του κράτους αυτού) θα πρέπει να αφορά στη βαρύτητα της παρέμβασης της εθνικής απόφασης στα δικαιώματα του ανθρώπου.⁵⁰ Ως αποτέλεσμα, η συσχέτιση μεταξύ υποχρέωσης αιτιολόγησης στην περίπτωση της άρνησης παραπομπής στο ΔΕΕ και παραβίασης της ΕΣΔΑ θα κρίνεται κατά περίπτωση.

Το επιχείρημα του Δικαστή Wojtyczek αν και επιμελίστατα δομημένο, δεν περιλαμβάνει μια ιδιαίτερα σημαντική λεπτομέρεια. Όλες οι υποθέσεις στο υπό εξέταση ζήτημα απαιτούν ερμηνεία ενωσιακού δικαίου προκειμένου να αποκρυσταλλωθεί πλήρως η πεποίθηση αν και σε ποιο βαθμό υφίσταται παρέμβαση της εθνικής απόφασης στα δικαιώματα του ανθρώπου. Δεδομένου ωστόσο ότι η προσχώρηση της ΕΕ στην ΕΣΔΑ δεν έχει ολοκληρωθεί, θα αποτελούσε υπέρβαση αρμοδιοτήτων μια πιθανή απόπειρα ερμηνείας ενωσιακού δικαίου από το ΕΔΔΑ. Επομένως η αντικειμενική αυτή συσχέτιση δημιουργήθηκε από μια θεσμική αναγκαιότητα που επιβάλλει σε ένα δικαστήριο ανθρωπίνων δικαιωμάτων να σκεφθεί το υπό εξέταση ζήτημα με κάπως πιο αυστηρό τρόπο ώστε σε κάθε περίπτωση να αποφευχθεί παραβίαση δικαιώματος που κατοχυρώνεται στην ΕΣΔΑ.

6. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Με αφορμή την απόφαση *Ferreira da Silva*, οι προϋποθέσεις της *CILFIT* βρέθηκαν και πάλι στο προσκήνιο. Ειδικότερα, δόθηκε η δυνατότητα στο Δικαστήριο να αποκρυσταλλώσει πτυχές των παραμέτρων που το ίδιο είχε θέσει ώστε να μπορεί να υφίσταται εν προκειμένω σαφής νομική πράξη. Υπό την οπτική αυτή η απόφαση *Ferreira da Silva* δεν συνεισφέρει κάτι σημαντικό, το ΔΕΕ απλά επιβεβαίωσε την ήδη εκπεφρασμένη στη *CILFIT* προσέγγιση.

Η σημασία της απόφασης αυτής βρίσκεται ακριβώς στο αποτέλεσμα. Το γεγονός ότι για πρώτη φορά ανώτατο δικαστήριο κράτους μέλους παραβίασε την

⁵⁰ Συγκλίνουσα Γνώμη Δικαστή Wojtyczek, παρ. 3.

υποχρέωση προδικαστικής παραπομπής του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ ερμηνεύοντας λανθασμένα την αρχή της σαφούς νομικής πράξης, αναδεικνύει την πρόθεση του Δικαστηρίου να τονίσει ότι οι λόγοι εξαίρεσης που καθιερώθηκαν με την *CILFIT* έχουν αυστηρό πλαίσιο εφαρμογής. Αποτυπώνεται έτσι μια λογική επίτευξης ισορροπίας στις περιπτώσεις όπου αυτή παραβιάζεται από αποφάσεις ανώτατων δικαστηρίων κρατών μελών· το ΔΕΕ δεν ανατρέπει τις προϋποθέσεις τις *CILFIT*, ωστόσο υπογραμμίζει το ρόλο του εν τέλει να κρίνει αν οι προϋποθέσεις αυτές εφαρμόστηκαν σωστά.

Ειδικότερα επί της επιδεχόμενης πολλών ερμηνειών αρχής της σαφούς νομικής πράξης, το Δικαστήριο εμφανίζεται αρκετά συγκαταβατικό στη σχέση του με τα ανώτατα δικαστήρια των κρατών μελών. Πιθανή αντίθετη νομολογία των δικαστηρίων της εθνικής έννομης τάξης δεν αποτελεί αναγκαστικά λόγο μη ύπαρξης σαφούς νομικής πράξης αν κρίνει έτσι το ανώτατο δικαστήριο. Υιοθετείται έτσι κατά κανόνα η προσέγγιση του Γενικού Εισαγγελέα Wahl στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις *X vs. Inspecteur van Rijksbelastingdienst* και *T. A. van Dijk vs. Staatssecretaris van Financiën* ότι το πνεύμα συνεργασίας και καλής πίστης μεταξύ ΔΕΕ και εθνικών δικαστηρίων απαιτεί από το πρώτο να μην ερμηνεύει συσταλτικά την εν λόγω αρχή.⁵¹ Σε κάθε περίπτωση όμως η αντίληψη αυτή δεν θα πρέπει να αποβαίνει σε βάρος της θεμελιώδους αρχής της ομοιόμορφης εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου.

Ωστόσο στην υπόθεση *Ferreira da Silva* το Δικαστήριο είχε τη δυνατότητα να λάβει μια κάπως περισσότερο αυστηρή θέση. Ο προσδιορισμός της ύπαρξης σαφούς νομικής πράξης υπό τις αυστηρές παραμέτρους της *CILFIT* αναδεικνύει τη βούληση εφαρμογής της αρχής αυτής σε εξαιρετικές μόνο περιπτώσεις. Πράγματι, από τις τρεις προϋποθέσεις τις *CILFIT* η ύπαρξη σαφούς νομικής πράξης ενδείκνυται ευκολότερα προς καταχρηστική επίκληση ως εμπεριέχουσα υποκειμενικά χαρακτηριστικά ως προς την ερμηνεία της υπό κρίση διάταξης στα λοιπά κράτη μέλη. Και δεδομένου ότι η πιθανότητα ουδέποτε να αποφανθεί το ΔΕΕ επί του ζητήματος αυτού είναι αρκετά σημαντική, η καταχρηστική προσέγγιση του άρθρου 267, παρ. 3 ΣΛΕΕ δεν δύναται να ανατραπεί με αποτέλεσμα την παραβίαση δικαιωμάτων που η Ένωση παρέχει στους ευρωπαίους πολίτες.

⁵¹ Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Wahl, αδημ., παρ. 64.

Σημαντική επίσης παράμετρο αποτελεί η λογική που υιοθέτησε το ΕΔΔΑ στο ζήτημα της ανατιολόγητης άρνησης παραπομπής από ανώτατο εθνικό δικαστήριο στο ΔΕΕ όταν θέμα ενωσιακού δικαίου τίθεται ενώπιόν του. Με γνώμονα την προστασία των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στην ΕΣΔΑ, το ΕΔΔΑ κατέληξε σε μια αντικειμενική συσχέτιση της ανατιολόγητης άρνησης με την παραβίαση του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ δημιουργώντας ένα μηχανισμό που δύσκολα ανατρέπεται. Με αυτόν τον τρόπο το ΕΔΔΑ έρχεται να συμπληρώσει ένα κενό που δημιουργείται σε μια διαδικασία αλληλεπίδρασης μεταξύ εννόμων τάξεων θωρακίζοντας εν τέλει τα δικαιώματα των πολιτών.

Παρά την αυστηρότητα που εμπεριέχει η αντικειμενική αυτή προσέγγιση, καθίσταται πρακτικά απολύτως αναγκαία υπό τις υφιστάμενες συνθήκες. Αφ' ενός το ΔΕΕ δεν είναι απαραίτητο ότι θα έχει αποφανθεί επί της ορθής ή μη εφαρμογής των προϋποθέσεων εξαίρεσης της *CILFIT*, αφ' ετέρου το ΕΔΔΑ δεν έχει αρμοδιότητα να ερμηνεύσει ενωσιακό δίκαιο καθώς η διαδικασία προσχώρησης της Ένωσης στην ΕΣΔΑ δεν έχει ολοκληρωθεί. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και η αυστηρή αυτή λογική του ΕΔΔΑ δεν επιλύει πλήρως το πρόβλημα· σε περίπτωση που η άρνηση του ανώτατου εθνικού δικαστηρίου δεν είναι ανατιολόγητη, ωστόσο η αιτιολογία της είναι προδήλως εσφαλμένη στο πλαίσιο της νομολογίας του ΔΕΕ, όπως ακριβώς στην υπόθεση *Ferreira da Silva* και ελλείψει προδικαστικής παραπομπής, το ΕΔΔΑ, μην μπορώντας να εξετάσει την αιτιολόγηση του εθνικού δικαστηρίου στην ουσία, δεν θα ανεύρισκε παραβίαση του άρθρου 6, παρ. 1 ΕΣΔΑ.

Ο μεγάλος βαθμός αλληλεπίδρασης εννόμων τάξεων που δύναται να λάβει χώρα με αφορμή τη διαδικασία αναγκαστικής παραπομπής με διακύβευμα όχι μόνο την ομοιόμορφη εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου, αλλά και δικαιώματα πολιτών απαιτεί αφ' ενός ολοκληρωμένη συνεργασία σε πνεύμα καλής πίστης μεταξύ των αρμόδιων δικαστηρίων και αφ' ετέρου ασφαλιστικές δικλίδες σε περίπτωση καταχρηστικής απόφασης. Ειδικότερα δε το ΔΕΕ ίσως θα έπρεπε να επαναπροσδιορίσει την εφαρμογή της αρχής της σαφούς νομικής πράξης ως εξαίρεση από την υποχρέωση παραπομπής. Σε επίπεδο ΕΔΔΑ, η προσχώρηση της Ένωσης στην ΕΣΔΑ θα επέλυε αρκετά ζητήματα καθώς θα παρείχετο μεγαλύτερη ερμηνευτική ευχέρεια στο ΕΔΔΑ προς όφελος τόσο των πολιτών, όσο και των κρατών καθώς η προαναφερόμενη αντικειμενική συσχέτιση δεν θα είχε πλέον λόγο ύπαρξης.

ΤΑ ΜΠΛΟΚΑ ΤΩΝ ΑΓΡΟΤΩΝ ΣΤΗΝ ΕΛΛΑΔΑ. ΑΣΚΗΣΗ Η΄ ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ;

Νικόλαος Κ. Παπαδόπουλος, Διδάκτωρ Νομικής, Δικηγόρος παρ' Αρείω Πάγω

1. Τα “μπλόκα” των αγροτών στην ελληνική πραγματικότητα

Την τελευταία εικοσαετία τείνει να παγιωθεί στην κοινωνική πραγματικότητα μία ιδιαίτερη μορφή συνδικαλιστικής κινητοποίησης των αγροτών για τη διεκδίκηση της ικανοποίησης επαγγελματικών αιτημάτων τους, κυρίως οικονομικής φύσεως, από την εκάστοτε Κυβέρνηση και την κοινοβουλευτική πλειοψηφία. Συγκεκριμένα, ομάδες αγροτών εμποδίζουν τη διεξαγωγή των συγκοινωνιών σε συγκεκριμένα σημεία του οδικού δικτύου, τοποθετώντας καθέτως στους οδικούς άξονες τους γεωργικούς ελκυστήρες τους και παρεμποδίζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τη διέλευση των οχημάτων από το συγκεκριμένο σημείο. Πρόκειται για τα -κατά το κοινώς λεγόμενο- “μπλόκα” των αγροτών¹. Αυτές οι παρεμποδίσεις των συγκοινωνιών, ιδίως στις εθνικές οδούς, διεξάγονται, ως προς τη διάρκειά τους και τον τόπο τελέσεώς τους, κατά τη βούληση αυτών που τις διενεργούν. Κατά τεκμήριο αντίκεινται στη βούληση και στην επιθυμία αυτών που χρησιμοποιούν το οδικό δίκτυο της χώρας και επιθυμούν να διέλθουν από τα σημεία που έχουν διενεργηθεί τα “μπλόκα”, τα οποία αναμφίβολα περιορίζουν την ελευθερία μετακινήσεως. Περαιτέρω, τα “μπλόκα” αναποφεύκτως έχουν δυσμενή επίδραση στον τουρισμό, στο εμπόριο και γενικότερα στην εθνική οικονομία.

2. Η υπαγωγή των “μπλόκων” των αγροτών στην αντικειμενική υπόσταση ποινικού αδικήματος

Κατά των αγροτών που διενεργούσαν μπλόκα, δηλαδή αποκλεισμούς των

¹ Η λέξη “μπλόκο”, λέξη της δημοτικής, προέρχεται από το ρ. “εμπλέκω”. Στη νεοελληνική γλώσσα, το “μπλόκο” δήλωνε την πολιορκία βλ. ενδ. Απομνημονεύματα Μακρυγιάννη (με οδηγό το έργο Ν. Κυριαζίδη: Τα Ελληνικά του Μακρυγιάννη με τον υπολογιστή (1992) τ. Ε' σ. 1550). Κατά τη διάρκεια της γερμανοϊταλικής κατοχής, “μπλόκα” διενεργούσαν οι κατοχικές δυνάμεις για τη σύλληψη πολιτών, συνήθως τυχαίως διερχομένων, οι οποίοι είτε αποστέλλονταν σε στρατόπεδα συγκέντρωσης στη Γερμανία είτε κρατούνταν στις φυλακές για να ανακριθούν ή και να θανατωθούν.

οδών με τους γεωργικούς ελκυστήρες τους, ήδη από τότε που πρωτοεκδηλώθηκε αυτή η μορφή κινητοποιήσεως, ασκήθηκαν ποινικές διώξεις με βάση το άρθρο 292 του Ποινικού Κώδικα που μέχρι προσφάτως τυποποιούσε ως ποινικό αδίκημα την παρακώλυση συγκοινωνιών ως εξής : *“1. Όποιος με πρόθεση παρεμποδίζει τη λειτουργία κοινόχρηστης εγκατάστασης που εξυπηρετεί τη συγκοινωνία και ιδίως σιδηροδρόμου, αεροπλάνου, λεωφορείου, ταχυδρομείου που προορίζονται για κοινή χρήση τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών.2. Αν η πράξη τελέστηκε από αμέλεια, επιβάλλεται φυλάκιση μέχρι έξι μηνών.”*².

Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 431 του Ποινικού Κώδικα, *“όποιος παρεμποδίζει χωρίς δικαίωμα την κυκλοφορία σε τόπους κοινής χρήσης στη στεριά ή στα ύδατα ή με οποιονδήποτε τρόπο διαταράσσει ή θέτει σε κίνδυνο την ασφάλειά της τιμωρείται με πρόστιμο ή με κράτηση μέχρι δύο μηνών, αν άλλη διάταξη δεν τιμωρεί βαρύτερα την πράξη αυτή”*. Η πταισματική παράβαση του άρθρου 431ΠΚ έχει επικουρικό χαρακτήρα και είναι εφαρμοστέα στις περιπτώσεις που η παρεμπόδιση της κυκλοφορίας δεν συνιστά παρεμπόδιση κοινόχρηστης εγκαταστάσεως, δηλαδή τεχνικής υποδομής, που εξυπηρετεί τη συγκοινωνία³.

Δυνάμει του άρθρου 27 του ν. 4356/2015, το άρθρο 292 του Ποινικού Κώδικα αντικαταστάθηκε ως εξής: *“1. Όποιος με πρόθεση παρεμποδίζει τη λειτουργία κοινόχρηστης εγκατάστασης που εξυπηρετεί τη συγκοινωνία και ιδίως αυτοκινητοδρόμου, σιδηροδρόμου, αεροπλάνου, λεωφορείου, ταχυδρομείου ή τηλεγράφου που προορίζονται για κοινή χρήση τιμωρείται με φυλάκιση έως ένα (1) έτος. 2. Αν η πράξη της παραγράφου 1 είχε σημαντική διάρκεια επιβάλλεται φυλάκιση μέχρι τρία(3)έτη”*.

Επίσης, με το άρθρο 28 του ίδιου νόμου τέθηκε στο άρθρο 289 του Ποινικού Κώδικα εδάφιο που έχει ως εξής: *«Το δικαστήριο, όσον αφορά τα πλημμελήματα του*

² Η αρχική διατύπωση του άρθρου 292 ΠΚ ήταν η ακόλουθη : *“Όποιος με πρόθεση παρεμποδίζει τη λειτουργία κοινόχρηστης εγκατάστασης που εξυπηρετεί τη συγκοινωνία και ιδίως σιδηροδρόμου, αεροπλάνου, λεωφορείου, ταχυδρομείου που προορίζονται για κοινή χρήση τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών”*. Οι λέξεις *“ή τηλεφώνου”* αφαιρέθηκαν με το άρθρο 9§2 του ν. 3674/2008 και με έναρξη ισχύος την 1-9-2008.

³ Υποστηρίχθηκε ότι η παρακώλυση της συγκοινωνίας στους αυτοκινητοδρόμους δεν πληροί την αντικειμενική υπόσταση του αδικήματος του 292ΠΚ (μέχρι την τροποποίηση του άρθρου αυτού με το άρθρο 27 ν. 4356/2015), για τον λόγο ότι οι αυτοκινητόδρομοι δεν συνιστούν *“κοινόχρηστη εγκατάσταση”* που εξυπηρετεί τη συγκοινωνία. Κατά την κρατούσα άποψη, όμως, ο αυτοκινητόδρομος συνιστά κοινόχρηστη εγκατάσταση και όποιος παρεμποδίζει την κυκλοφορία στους αυτοκινητοδρόμους τελεί το αδίκημα του άρθρου 292ΠΚ, βλ ΕφΠατρών 1964/1999 ΠοινΔνη 2000, ΑΠ 162/2001 ΠοινΔνη 2001 σελ. 478επ., ΑΠ 162/2001 ΝοΒ 2001 σ. 1355επ., ΑΠ 203/2001 ΠοινΔνη 2001 σελ. 478, ΟΛΑπ 11/2001 ΝοΒ σελ. 168 επ., ΑΠ 595/2015 ΝΟΜΟΣ.

άρθρου 292 ή την πράξη του άρθρου 431, δύναται να απαλλάξει το δράστη από την ποινή, εφόσον η παρεμπόδιση είχε ασήμαντη διάρκεια ή ο δράστης τέλεσε την πράξη για την προάσπιση ευρύτερου κοινωνικού συμφέροντος».

Εν όψει των ανωτέρω κανόνων ποινικού περιεχομένου, τα “μπλόκα” των αγροτών απαγορεύονται και τιμωρούνται με βάση την κοινή νομοθεσία. Συνιστούν πράξεις “πολιτικής βίας” με διεκδικητικό χαρακτήρα από πρόσωπα που διατείνονται ότι έχουν νομιμοποιούνται προς τούτο είτε στα πλαίσια ασκήσεως των συνταγματικών δικαιωμάτων τους είτε ως έσχατο μέσο για τη διεκδίκηση των “δικαίων” (κατ' αυτούς) αιτημάτων τους⁴.

3. Η συνταγματική κατοχύρωση της ελεύθερης μετακινήσεως με τη χρήση του οδικού δικτύου της χώρας

Η ελεύθερη μετακίνηση και η κυκλοφορία με τη χρήση του οδικού δικτύου, του σιδηροδρομικού δικτύου, της ναυσιπλοΐας και της αεροπλοΐας κ.λπ. συνιστά έκφανση του θεμελιώδους δικαιώματος του καθενός να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του και να συμμετέχει στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της χώρας (5§1Σ), αλλά και έκφανση της προσωπικής ελευθερίας (5§3Σ).

Τα “μπλόκα”, επομένως, συνιστούν περιορισμό του δικαιώματος ελεύθερης μετακινήσεως όλων εκείνων που επιθυμούν να διέλθουν και κωλύονται να διέλθουν από τα σημεία που εγκαθίστανται τα εμπόδια. Ως περιορισμός θεμελιώδους δικαιώματος δεν είναι σύμφωνος με το σύστημα “περιορισμού των περιορισμών”, πρωτίστως διότι δεν είναι σύμφωνος με τις προϋποθέσεις του περιορισμού που θέτει η διάταξη του Συντάγματος που κατοχυρώνει το δικαίωμα, δεδομένου ότι οι φορείς του δικαιώματος, επιθυμώντας να διέλθουν από τα σημεία που εγκαθίστανται τα μπλόκα δεν παραβιάζουν δικαιώματα άλλων ούτε το Σύνταγμα ούτε τα χρηστά ήθη. Περαιτέρω, τα “μπλόκα” δεν διενεργούνται βάσει νόμου, και μάλιστα νόμου αντικειμενικού και απρόσωπου, αλλά αντιθέτως συνιστούν πράξη παράνομη και απαγορευόμενη από την κοινή νομοθεσία.

4. Η erga omnes ισχύς του δικαιώματος ελεύθερης μετακινήσεως

Αποδέκτες του δικαιώματος ελεύθερης μετακινήσεως είναι τόσο το Κράτος όσο και οι ιδιώτες, δεδομένου ότι η λιμπεραλιστική θέση ότι αποδέκτες των

⁴ Βλ. Ν. Κουράκης: Περί πολιτικής βίας από πολίτες στην Ελλάδα σήμερα, ΠοινΧρ 2012 σελ. 82.

θεμελιωδών δικαιωμάτων είναι μόνον το Κράτος είναι πια ξεπερασμένη⁵, ενώ πλέον κατά το άρθρο 25§1εδ.γ' Σ (μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001), τα θεμελιώδη δικαιώματα ισχύουν και στις ιδιωτικές σχέσεις στις οποίες προσιδιάζουν.

Συνεπώς, και οι αγρότες που εγκαθιστούν “μπλόκα” είναι υποχρεωμένοι να σέβονται το δικαίωμα ελεύθερης μετακινήσεως όλων όσων επιθυμούν να διέλθουν από τα σημεία όπου εγκαθιστούν τους γεωργικούς ελκυστήρες τους, περιορίζοντας το δικαίωμα ελεύθερης μετακινήσεως.

5. Συνιστούν τα “μπλόκα” των αγροτών εκδήλωση του δικαιώματος του συνέρχεσθαι;

Σύμφωνα με το άρθρο 11 του Συντάγματος, *“οι Έλληνες έχουν το δικαίωμα να συνέρχονται ήσυχα χωρίς όπλα”*. Το θεμελιώδες αυτό δικαίωμα τελεί α) υπό την επιφύλαξη υπέρ της διοικητικής αρχής, δεδομένου ότι, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου, *“μόνο στις δημόσιες συναθροίσεις μπορεί να παρίσταται η αστυνομία”* (εδάφιο α'), αλλά και β) υπό την επιφύλαξη του νόμου, δεδομένου ότι *“οι υπαίθριες συναθροίσεις μπορούν να απαγορευτούν με αιτιολογημένη απόφαση της αστυνομικής αρχής, γενικά, αν εξαιτίας τους επίκειται σοβαρός κίνδυνος για τη δημόσια ασφάλεια, σε ορισμένη δε περιοχή, αν απειλείται σοβαρή διατάραξη της κοινωνικοοικονομικής ζωής, όπως νόμος ορίζει”*.

Η έννοια του χρησιμοποιούμενου στο άρθρο 11§1 Σ όρου “ήσυχα” δεν μπορεί να εξαντλείται στην απλοϊκή εξήγηση “χωρίς θόρυβο”, αλλά εμπεριέχει την απαίτηση για παράλειψη κάθε ενέργειας που διαταράσσει την ζωή της κοινωνίας και παραβιάζει τα δικαιώματα τρίτων⁶. Συνεπώς, όταν συνέρχονται κάποιοι για να εμποδίσουν την ελευθερία μετακινήσεως όλων όσων διέρχονται από συγκεκριμένο σημείο δεν συνέρχονται “ησύχως” και συναφώς δεν δρουν μέσα στα πλαίσια ασκήσεως του κατά το άρθρο 11§1Σ θεμελιώδους δικαιώματος. Τα μπλόκα των αγροτών, λοιπόν, στον βαθμό που συνιστούν συνάθροιση ομάδων επαγγελματιών για την παρεμπόδιση της ελεύθερης μετακινήσεως όλων των υπολοίπων κείνται εκτός του πεδίου προστασίας του δικαιώματος του συνέρχεσθαι.

Mutatis mutandis, τα μπλόκα των αγροτών δεν μπορεί να νοηθούν ότι

⁵ Βλ. Γ. Κασσιμάτης: Συνταγματικό Δίκαιο II-Οι λειτουργίες του Κράτους (1981) σ. 14-15, Τζ. Ηλιοπούλου-Στράγγα: Η τριτενέργεια των ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων του Συντάγματος 1975 (1990) σ. 58-60, Α. Μανιτάκης: Η τριτενέργεια μια περιττή για την ελληνική έννομη τάξη έννοια στον τόμο του Ιδρύματος Μαραγκοπούλου για τα δικαιώματα του Ανθρώπου, σελ. 289-320.

⁶ Βλ. και Χρυσόγονος: Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα (2006) σελ. 482, Π. Δαγτόγλου: Συνταγματικό Δίκαιο-Ατομικά Δικαιώματα (2005) σελ. 830-831 §§1004

αποτελούν άσκηση του κατά το άρθρο 11 της Ε.Σ.Δ.Α. δικαιώματος “παντός προσώπου” “εις την ελευθερίαν του συνέρχεσθαι ειρηνικώς”. Το δικαίωμα αυτό κατά την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου επιτρέπεται να υπαχθεί σε περιορισμούς προβλεπόμενους από τον νόμο και αποτελούντες αναγκαία μέτρα σε δημοκρατική κοινωνία για την εθνική ασφάλεια, τη δημόσια ασφάλεια, την προάσπιση της τάξεως και πρόληψη του εγκλήματος, την προστασία της υγείας ή της ηθικής ή την προστασίαν των δικαιωμάτων ή ελευθεριών των τρίτων.

6. Συνιστούν τα “μπλόκα” των αγροτών εκδήλωση του δικαιώματος ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και συμμετοχής στην κοινωνική και οικονομική ζωή της χώρας;

Στο άρθρο 5 §1 του Συντάγματος κατοχυρώνεται το θεμελιώδες δικαίωμα του καθενός να αναπτύσσει ελεύθερα την προσωπικότητά του και να συμμετέχει στην κοινωνική, οικονομική και πολιτική ζωή της χώρας, υπό τρεις όρους :α)να μην προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων, β)να μην παραβιάζει το Σύνταγμα, γ)να μην παραβιάζει τα χρηστά ήθη. Επομένως, εφόσον οι αγρότες με τα “μπλόκα” προσβάλλουν το θεμελιώδες δικαίωμα μετακινήσεως όλων των υπολοίπων που επιθυμούν να διέλθουν από το σημείο όπου διενεργείται το “μπλόκο” δεν ασκούν το κατά το άρθρο 5§1Σ δικαίωμά τους, αλλά εκδηλώνουν συμπεριφορά κειμένη εκτός του πεδίου προστασίας της συνταγματικής αυτής διατάξεως.

7. Συνιστούν τα “μπλόκα” των αγροτών εκδήλωση συνδικαλιστικής ελευθερίας ή του δικαιώματος συλλογικών διαπραγματεύσεων ή απεργία;

Αναμφισβήτητα τα “μπλόκα” των αγροτών δεν αποτελούν εκδήλωση του θεμελιώδους κοινωνικού δικαιώματος των συλλογικών διαπραγματεύσεων, όπως αυτό καλύπτεται από το πεδίο προστασίας του άρθρου 22§2 του Συντάγματος , που ορίζει ότι : *“Με νόμο καθορίζονται οι γενικοί όροι εργασίας, που συμπληρώνονται από τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας συναπτόμενες με ελεύθερες διαπραγματεύσεις, και, αν αυτές αποτύχουν , με τους κανόνες που θέτει η διαιτησία”*. Τα “μπλόκα των αγροτών” δεν αποτελούν μορφή ελεύθερης διαπραγματεύσεως, κατά την έννοια του Συντάγματος, αφού : α)Με τον όρο “διαπραγμάτευση” ο συντακτικός νομοθέτης εννοεί τη διαπραγμάτευση μεταξύ των εκπροσώπων των εργαζομένων και των εκπροσώπων των εργοδοτών , ενώ το Κράτος δεν μπορεί να νοηθεί ως “εργοδότης” των αγροτών , οι οποίοι είτε ασκούν ελεύθερο επάγγελμα είτε είναι μισθωτοί ιδιωτών. β)Τα “μπλόκα των αγροτών” δεν μπορούν να νοηθούν ως “ελεύθερη”

διαπραγμάτευση, δεδομένου ότι στην έννοια της “ελεύθερης” διαπραγμάτευσης εμπεριέχεται η απαγόρευση χρήσεως παράνομων ή αθέμιτων μέσων, ενώ η προσβολή θεμελιώδους δικαιώματος τρίτων (εν προκειμένω του δικαιώματος μετακινήσεως) συνιστά πρωτίστως αθέμιτο μέσο και περαιτέρω μέσο παράνομο δεδομένου ότι η παρακώλυση συγκοινωνιών τιμωρείται ποινικώς.

Επίσης, τα “μπλόκα των αγροτών” δεν μπορούν να υπαχθούν στην κατά το άρθρο 23§1Σ προστασία της συνδικαλιστικής ελευθερίας, δεδομένου ότι με τη συνταγματική αυτή ρύθμιση θεσπίζεται ρητή υποχρέωση του Κράτους για θετική και αποτελεσματική προστασία των συνδικαλιστικών δικαιωμάτων που προστατεύονται με βάση τις διεθνείς συμβάσεις εργασίας και την κοινή νομοθεσία, ενώ το θετό δίκαιο (διεθνές και εσωτερικό) δεν κατοχυρώνει κινητοποιήσεις όπως τα “μπλόκα”, αλλά αντίθετα τις αντιμετωπίζει ως απαγορευόμενη και παραβατική συμπεριφορά.

Οπωσδήποτε, τα “μπλόκα” δεν συνιστούν άσκηση του κατά το άρθρο 23§2Σ δικαιώματος της απεργίας, δεδομένου ότι κείνται εκτός των εννοιολογικών ορίων της αποχής από την εργασία .

8. Συνιστούν τα “μπλόκα” των αγροτών εκδήλωση του δικαιώματος-καθήκοντος αντιστάσεως;

Στην ακροτελεύτια διάταξη του Συντάγματος, ήτοι σε αυτήν της τέταρτης παραγράφου του άρθρου 120, καθιερώνεται το δικαίωμα-καθήκον αντιστάσεως ως εξής : *“Η τήρηση του Συντάγματος επαφίεται στον πατριωτισμό των Ελλήνων, που δικαιούνται και υποχρεούνται να αντιστέκονται με κάθε μέσο εναντίον οποιουδήποτε επιχειρεί να το καταλύσει με τη βία”*. Τα “μπλόκα” των αγροτών δεν μπορεί να νοηθεί ότι συνιστούν άσκηση αυτού του θεμελιώδους δικαιώματος-καθήκοντος ούτε εκδήλωση πατριωτισμού που καθιστά θεμιτή τη χρήση ακόμη και καταρχήν παράνομων μέσων, δεδομένου ότι προϋπόθεση για την άσκηση αυτού του θεμελιώδους δικαιώματος-καθήκοντος τίθεται από το ίδιο το Σύνταγμα η απόπειρα βίαιης καταλύσεως του Συντάγματος⁷. Ως “κατάλυση του Συντάγματος” εννοείται η συνολική κατάργησή του και δεν αρκεί η παραβίαση επιμέρους διατάξεών του . Ο όρος “[να το καταλύσει] με τη βία” δηλώνει ότι η απόπειρα καταλύσεως του Συντάγματος πρέπει να γίνεται με τη χρήση όπλων και παρά τη θέληση της

⁷ Βλ. Κουράκης (2012) σελ. 84-85.

πλειονηφίας του ελληνικού λαού, δηλαδή να έχει τη μορφή πραξικοπήματος στο εσωτερικό της χώρας ή εισβολής από το εξωτερικό . Καμία από τις παραπάνω προϋποθέσεις δεν υφίσταται, για να βρουν θεμελίωση στο άρθρο 120§4 του Συντάγματος τα “μπλόκα” των αγροτών. Ακόμη κι η επίκληση συνταγματικών δικαιωμάτων ή συμφερόντων που εδράζονται στο Σύνταγμα από τους εκπροσώπους των αγροτών απέχει πολύ από την απόπειρα καταλύσεως του Συντάγματος με τη βία, η οποία δικαιολογεί την άσκηση του δικαιώματος αντιστάσεως στην καταπίεση.

9. Η υποχρέωση του Κράτους να προστατεύσει με θετικά μέτρα το δικαίωμα ελεύθερης μετακινήσεως που προσβάλλεται από τα μπλόκα των αγροτών

Από τις διατάξεις του Συντάγματος της Ελλάδος που κατοχυρώνουν ατομικά και πολιτικά δικαιώματα και από τις -παρομοίου περιεχομένου- διατάξεις ιδίως των δυο πιο σημαντικών διεθνών συμβάσεων προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, τις οποίες έχει κυρώσει η Ελλάδα και έχουν ισχύ υπέρτερη της κοινής νομοθεσίας στο εσωτερικό του ελληνικού κράτους (σύμφωνα με το άρθρο 28§1 του Συντάγματος), δηλαδή της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974) και του Διεθνούς Συμφώνου Ατομικών και Πολιτικών Δικαιωμάτων (το οποίο κυρώθηκε με τον ν. 2462/1997), προκύπτει η συνταγματική και υπερνομοθετική υποχρέωση του Κράτους να προστατεύει τα

θεμελιώδη δικαιώματα με μέσα θετικής προστασίας⁸. Μεταξύ των μέσων θετικής προστασίας συγκαταλέγεται η τυποποίηση μορφών προσβολής των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως εγκληματικών πράξεων, η επιβολή των προσηκουσών ποινών στους δράστες, η εκτέλεση των ποινών⁹, η πρόβλεψη μέσων αστικής αποκαταστάσεως των θυμάτων των προσβολών, η επαρκής αστυνόμευση για την αποτροπή των προσβολών κλπ. Η επιλογή των μέσων θετικής προστασίας καταλείπεται στον εσωτερικό νομοθέτη, ο οποίος διαθέτει, κατά την παγία νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, “περιθώριο εκτιμήσεως” (margin of appreciation) για την επιλογή των μέσων θετικής προστασίας, ώστε να επιτυγχάνεται η επιδιωκόμενη αποτελεσματική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων εντός της επικράτειας¹⁰.

Εξάλλου, στα πλαίσια του Δικαίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, τα κράτη-μέλη υποχρεώνονται να λαμβάνουν θετικά μέτρα για την προστασία των θεμελιωδών

⁸ Από τη διεθνή βιβλιογραφία βλ. ιδίως P.van Dijk-G.van Hoof : Theory and Practice of the European Convention on Human Rights ,third edition (1998) σελ.74-77,D.J.Harris-M.O’ Boyle, C.Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights (1995) σελ.12-15,J.G.Merrills: The development of international law by the European Court of Human Rights (1993) σελ.98-122. Από τη σχετική νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου βλ. ιδίως Guerra v. Italy [GC] (Preliminary Objections), judgment of 19/02/1998,Reports 1998-I, §§57-60 (ιδίως) (παραβίαση από το ιταλικό Κράτος του άρθρου 8 ΕΣΔΑ, διότι δεν έλαβε τα απαιτούμενα θετικά μέτρα για να αποτραπεί η μόλυνση της ατμόσφαιρας μιας πόλης από την έκλυση τοξικών αερίων (ιδιωτικής βιομηχανίας) ,von Hannover v. Germany, no. 59320/00, 24/06/2004 (μη σωστή στάθμιση από τα γερμανικά δικαστήρια του δικαιώματος ιδιωτικής ζωής της προσφεύγουσας και της ελευθερίας του τύπου), Craxi (No.2) v. Italy , no. 25337/94, §§ 68-76, 17/07/2003. Από την ελληνική βιβλιογραφία βλ. Ν. Κουράκης: Εγκληματολογικοί ορίζοντες τ.Α' (Ιστορική και θεωρητική προσέγγιση), σελ. 159-166, όπου ανάπτυξη για το δικαίωμα του πολίτη στην ασφάλειά του. Από τη σχετική ελληνική βιβλιογραφία συνταγματικού δικαίου βλ. περαιτέρω Γ. Βλάχος :Η κοινωνιολογία των δικαιωμάτων του ανθρώπου (1976) σελ. 118, Γ. Κασιμάτης: Σύνταγμα και κοινό δίκαιο, στον τόμο «Η επίδρασις του Συντάγματος του 1975 επί του ιδιωτικού και επί του δημοσίου δικαίου» (1975) σελ. 145, Κασιμάτης-Μαυριάς: Ερμηνεία του Συντάγματος Ι, Άρθρο 1 (Κασιμάτης) σελ. 110§150. Ως προς το ίδιο ζήτημα (προστασία των ατομικών με θετικά μέτρα από το Κράτος) βλ. την ΟΛΑΠ 40/1998 ,NoB 1999 (47) σελ. 753.

⁹ Στα πλαίσια του κλάδου του ποινικού δικαίου και της εγκληματολογίας προβάλλεται ως δικαιολογητικός λόγος για τον οποίο νομιμοποιείται η κρατική εξουσία να επαπειλεί, επιβάλλει και εκτελεί ποινές στη σύγχρονη εποχή η προστασία της κοινωνίας (ή σημαντικών τμημάτων της) από προσβολές των βασικών της αξιών. Βλ. Ν. Κουράκης: Θεωρία της Ποινής-Μια εισαγωγή (2008) σελ. 54-55. Φυσικά, μεταξύ των βασικών αξιών της κοινωνίας συγκαταλέγονται τα θεμελιώδη δικαιώματα . Βλ. Κουράκης ο.π. σελ. 55.

¹⁰ P.van Dijk-G.van Hoof: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (1998) σελ.82-93,D.J.Harris-M.O’ Boyle,C.Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights (1995) σελ.19-20,J.G.Merrills:The development of international law by the European Court of Human Rights (1993) σελ. 151-175, C. Ovey: The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention, HRLJ vol.19, 1998, σελ. 10, Ι. Σαρμάς: Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και της Επιτροπής-Αναλυτική μελέτη των μεγάλων θεμάτων (1998) σελ. (ιδίως) 43-44 .

ελευθεριών της Ενώσεως και ιδίως της ελευθερίας του εμπορίου¹¹.

Στην Ελλάδα, τα “μπλόκα των αγροτών” τείνουν την τελευταία εικοσαετία να προσλάβουν τα χαρακτηριστικά ενός παράδοξου και οιονεί ... “θεσμικού” φαινομένου. Η εκάστοτε αντιπολίτευση σπεύδει να συνηγορήσει υπέρ των “μπλόκων” ή και να παρακινήσει τους αγρότες να προβούν σε τέτοιου είδους κινητοποιήσεις, ενώ η εκάστοτε κυβέρνηση αποφεύγει να λάβει προληπτικά ή κατασταλτικά μέσα κατά των “μπλόκων” φοβούμενη το πολιτικό κόστος, δηλαδή τη μείωση της εκλογικής επιρροής της στις ομάδες αυτών που διενεργούν τους αποκλεισμούς των οδών και, ακολούθως, της εκλογικής δυνάμεώς της. Η Βουλή στο παρελθόν έχει θεσπίσει διά νόμου, ήτοι δυνάμει του άρθρου 25 του ν. 2721/1999, την υφ' όρον παραγραφή των αδικημάτων αυτών που τελέσθηκαν πριν από τον Μάρτιο 1996. Τμήμα της νομολογίας έκρινε την προαναφερθείσα υφ' όρον παραγραφή ως αντισυνταγματική, για τον λόγο ότι συνιστούσε καλυμμένη αμνηστία, η οποία κατά το άρθρο 47§2 του Συντάγματος είναι επιτρεπτή μόνον για πολιτικά αδικήματα και εφόσον ψηφισθεί νόμος από τα δύο τρίτα του όλου αριθμού των βουλευτών¹². Τελικώς η βάσει του άρθρου 25 του ν. 2721/1999 υφ' όρον παραγραφή των αδικημάτων των άρθρων 290-292 ΠΚ κρίθηκε μη αντισυνταγματική από την Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, όμως με ισχυρή μειοψηφία¹³. Προσφάτως, η ελληνική κοινωνία βίωσε κατά τους μήνες Ιανουάριο-Φεβρουάριο 2016 τα “μπλόκα” των αγροτών, εν μέσω οικονομικής και δημοσιονομικής κρίσεως και ενώ τα “μπλόκα” αυτά επιβάρυναν περαιτέρω τη χειμαζομένη ελληνική οικονομία και προκάλεσαν αντιδράσεις από επαγγελματίες στο εξωτερικό¹⁴. Ωστόσο, η ελληνική Κυβέρνηση εξήγγειλε την πρόθεσή της να θεσπίσει διά τυπικού νόμου και εκ νέου την υφ' όρο παραγραφή των σχετικών αδικημάτων.

Η Βουλή των Ελλήνων, τον Δεκέμβριο 2015, διά του άρθρου 28 του ν. 4356/2015 προέβλεψε ως λόγο δικαστικής αφέσεως της ποινής στις περιπτώσεις τελέσεως των αδικημάτων των άρθρων 292ΠΚ και 431ΠΚ α)την *ασήμαντη διάρκεια της παρεμποδίσεως και γ)τον σκοπό του δράστη να προασπίσει ευρύτερο κοινωνικό*

¹¹ βλ. ΔΕΕ απόφαση της 9-12-1997, Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Γαλλικής Δημοκρατίας (υπόθεση “ισπανικές φράουλες”), ΔΕΕ απόφαση 12-6-2003, C-112/00 (υπόθεση Schmidberger).

¹² βλ ΕφΠατρών 1964/1999 ΠοινΔικ 2000, ΑΠ 162/2001 ΠοινΔικ2001 σελ. 478επ., ΑΠ 162/2001 ΝοΒ 2001 σ. 1355επ., ΑΠ 203/2001 ΠοινΔνη 2001 σελ. 478.

¹³ ΟΛΑΠ 11/2001 ΝοΒ σελ. 168 επ.

¹⁴ Συγκεκριμένα, Βούλγαροι οδηγοί φορτηγών ως αντίδραση στα μπλόκα των αγροτών στην Ελλάδα παρεμπόδιζαν την κυκλοφορία των οχημάτων στο έδαφος της Βουλγαρίας, εγκαθιστώντας το δικό τους “μπλόκο”.

συμφέρον¹⁵ . Μετά τη θέσπιση του ν. 4356/2015 η ελληνική κοινωνία υπέστη τα συνεχή “μπλόκα” του Ιανουαρίου-Φεβρουαρίου 2016.

Με αυτά τα δεδομένα , το ελληνικό Κράτος αναφορικά με την προστασία του δικαιώματος ελεύθερης μετακινήσεως στο οδικό δίκτυο της χώρας κινείται εκτός των ορίων του περιθωρίου εκτιμήσεως , το οποίο επιβάλλεται από το Σύνταγμα και τις διεθνείς συμβάσεις προστασίας θεμελιωδών δικαιωμάτων, για τη θετική προστασία του δικαιώματος ελεύθερης μετακινήσεως.

Με βάση το ίδιο κριτήριο, δηλαδή τη θετική προστασία του δικαιώματος μετακινήσεως, η απονομή αρμοδιότητας στον δικαστή να μην επιβάλει ποινή στον υπαίτιο των εγκλημάτων των άρθρων 292 και 431 ΠΚ , εφόσον κρίνει ότι υφίσταται η γενικόλογη και μάλλον αόριστη προϋπόθεση ότι “ο δράστης τέλεσε την πράξη για την προάσπιση ευρύτερου κοινωνικού συμφέροντος” μάλλον κείται εκτός του απονεμομένου στον νομοθέτη “περιθωρίου εκτιμήσεως” και συνιστά αθέτηση της συνταγματικής υποχρεώσεως προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Η κρίση εάν οι συλλογικές πράξεις των παρακαλούντων τις συγκοινωνίες αγροτών εξυπηρετεί ευρύτερο κοινωνικό συμφέρον, δηλαδή συμφέρον υπέρτερο των συμφερόντων της κοινωνικής τάξεως των αγροτών, προϋποθέτει πολιτικές σταθμίσεις στις οποίες δύναται να προβεί μόνον το δημοκρατικώς νομιμοποιούμενο σύνθετο όργανο της νομοθετικής λειτουργίας, δηλαδή η Βουλή με τον Πρόεδρο της Δημοκρατίας. Κρίνεται, μάλιστα, αμφίβολο εάν ο δικαστής του πρωτοβαθμίου δικαστηρίου στα πλαίσια μίας δίκης δεκάδων κατηγορουμένων για τα αδικήματα των άρθρων 292ΠΚ και 431 ΠΚ , επικουρούμενων από τοπικούς πολιτικούς παράγοντες, οι οποίοι είναι συχνά παρόντες σε δίκες τέτοιου είδους, υπό την ιδιότητα των μαρτύρων ή των συνηγόρων, είναι εφοδιασμένη εν τοις πράγμασι με τα εχέγγυα να απορρίψει με τη δέουσα αιτιολογία τον αυτοτελή ισχυρισμό περί δικαστικής αφέσεως ποινής στις περιπτώσεις που η παρεμπόδιση δεν έχει ασήμαντη διάρκεια και δεν προασπίζει ευρύτερο κοινωνικό συμφέρον και ,ακολούθως, να επιβάλει την προβλεπόμενη από τον Νόμο ποινή , προστατεύοντας στα πλαίσια της γενικής και της ειδικής προλήψεως το δικαίωμα ελεύθερης μετακινήσεως όλων των υπολοίπων προσώπων που επιθυμούν να μετακινηθούν χρησιμοποιώντας το οδικό δίκτυο της χώρας.

10. Ζήτημα εφαρμογής της γενικής αρχής της απαγορεύσεως καταχρήσεως δικαιώματος

¹⁵ Βλ. ανωτέρω §2.

Υποστηρίχθηκε ότι τα “μπλόκα” των αγροτών συνιστούν απαγορευόμενη κατ' άρθρον 25§3Σ κατάχρηση δικαιώματος¹⁶. Συνεπέστερο με τη συστηματική ερμηνεία των διατάξεων που κατοχυρώνουν θεμελιώδη δικαιώματα θα ήταν να υποστηριχθεί ότι “τα μπλόκα” των αγροτών δεν αποτελούν καν άσκηση θεμελιώδους δικαιώματος, παρά συνιστούν εξ αρχής πράξη άδικη και απαγορευόμενη¹⁷.

Απαγορευόμενη κατάχρηση δικαιώματος θα μπορούσαν να συνιστούν άλλες συλλογικές πράξεις διαμαρτυρίας αγροτών ή επαγγελματιών στο οδικό δίκτυο όπως λ.χ. η προγραμματισμένη κυκλοφορία μεγάλου αριθμού οχημάτων (γεωργικών ελκυστήρων κλπ) σε στίχους επί οδού για μεγάλη απόσταση, η προγραμματισμένη διέλευση μεγάλου αριθμού οχημάτων, ποιμνίων ή αγελών ζώων από διασταυρώσεις κ.α.π., δηλαδή πράξεις καταρχήν νόμιμες αλλά δυνάμενες και ενδεχομένως αποσκοπούσες να προκαλέσουν δυσχέρεια και επιβράδυνση στην κυκλοφορία .

11. Τελική αποτίμηση-συμπεράσματα

Τα “μπλόκα” των αγροτών συνιστούν προσβολή του θεμελιώδους δικαιώματος ελεύθερης μετακίνησης με τη χρήση του οδικού δικτύου της χώρας. Τα κρατικά όργανα της νομοθετικής, εκτελεστικής και δικαστικής λειτουργίας οφείλουν να λάβουν όλα τα δέοντα μέτρα για την πρόληψη αυτής της προσβολής και την επιβολή των δεουσών κυρώσεων στους παραβάτες.

Επειδή τα “μπλόκα” δεν μπορούν να υπαχθούν στο πεδίο προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων, δεν νοείται δυνατότητα σταθμίσεως από τον εφαρμοστή του Συντάγματος μεταξύ ενός δήθεν “δικαιώματος” κάποιων (αγροτών ή οποιωνδήποτε άλλων) να εγκαθιστούν “μπλόκα” και του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος ελεύθερης μετακινήσεως εκείνων που επιθυμούν να διέλθουν από τα σημεία όπου παρεμποδίζεται η κυκλοφορία.

Για την πρόκληση αστικής ζημίας από τα “μπλόκα” ευθύνονται αστικώς στις περιπτώσεις παράνομων παραλείψεων (δηλαδή μη λήψεως των απαιτούμενων θετικών μέτρων αποτροπής) το Ελληνικό Δημόσιο (κατ' άρθρον 105ΕισΝΑΚ), αλλά και τα διενεργήσαντα τα “μπλόκα” φυσικά πρόσωπα. Η σχετική αγωγή κατά του Ελληνικού Δημοσίου ασκείται ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, ενώ

¹⁶ Βλ Ν. Κουράκης: Περί πολιτικής βίας από πολίτες στην Ελλάδα σήμερα, ΠοινΧρ2012 σελ. 83.

¹⁷ Υπενθυμίζεται ότι η άσκηση θεμελιώδους δικαιώματος είναι κάτι διαφορετικό από την πραγματική δυνατότητα τελέσεως κάποιας πράξεως.

η αγωγή κατά των φυσικών προσώπων που διενέργησαν την παρεμπόδιση της κυκλοφορίας η αγωγή ασκείται ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων.

Δεδομένου ότι τα “μπλόκα” τω αγροτών ή οποιασδήποτε άλλων ομάδων ή επαγγελματικών τάξεων δεν συνιστούν άσκηση δικαιώματος, αλλά κείνται εκτός του πεδίου προστασίας θεμελιώδους δικαιώματος και συνιστούν πράξη άδικη και παράνομη, δεν μπορεί να θεμελιωθεί λόγος άρσεως του αδίκου κατ' άρθρον 20 του Ποινικού Κώδικα ¹⁸κ.λπ.

Ιδιαίτερα δυσάρεστο είναι πως η επέμβαση του νομοθέτη στα άρθρα 292ΠΚ και 289ΠΚ (μείωση του ανώτατου ορίου της επαπειλούμενης ποινής, κατάργηση της εξ αμελείας μορφής του αδικήματος, θέσπιση λόγων δικαστικής αφέσεως της ποινής) φαίνεται να ενεθάρρυνε τους οργανωτές των αγροτικών ομάδων να προβούν -κατά τους μήνες Ιανουάριο-Φεβρουάριο 2016- σε νέο κύμα παράνομων κινητοποιήσεων τέτοιου είδους . Επαπειλείται, μάλιστα, η διάδοση της παράνομης αυτής πρακτικής και σε άλλες ομάδες προσώπων, δεδομένου ότι ήδη από τα μέσα Μαρτίου 2016, αλλοδαποί προσφυγές και μετανάστες έχουν εγκαταστήσει το δικό τους “μπλόκο” στα ελληνοσκοπιανά σύνορα και επί της σιδηροδρομικής γραμμής Αθήνας-Σκοπίων, παρεμποδίζοντας συνεχώς τη σιδηροδρομική συγκοινωνία για περισσότερο από έναν μήνα¹⁹.

¹⁸ Contra βλ Κ. Κοκκινάκης: Η σημασία του Δικαιώματος του Συνέρχεσθαι για την εφαρμογή του Ποινικού Δικαίου, ΠοινΔικ 2006 σελ. 1194-1201.

¹⁹ Ήδη (22/4/2016) η δημόσια εταιρεία “ΤΡΑΙΝΟΣΕ Α.Ε.” καταγράφει ζημίες δύο εκατομμυρίων ευρώ , ενώ επίκεινται απολύσεις εποχιακού προσωπικού εφόσον το “μπλόκο” των αλλοδαπών συνεχισθεί.

Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΗΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΑΥΤΟΤΗΤΑΣ ΣΤΟ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Θεοδώρα Παπαδάκη, DEA και DEE Ευρωπαϊκού Δικαίου, υπ. Δρ. Ευρωπαϊκού Δικαίου, Δικηγόρος ΑΠ, Ειδ. Επιστήμονας-Νομικός ΕΣΡ

Εισαγωγή

Η αρχή της προστασίας της εθνικής ταυτότητας θεσπίστηκε για πρώτη φορά από τη Συνθήκη του Μάαστριχτ για την Ευρωπαϊκή Ένωση (άρθρο 6 ΣΕΕ). Ωστόσο το περιεχόμενο αυτής της αρχής προσδιορίστηκε για πρώτη φορά από τη Συνθήκη θέσπισης ενός Ευρωπαϊκού Συντάγματος, προσδιορισμός που τελικά ενσωματώθηκε στη Συνθήκη της Λισσαβόνας.

Πράγματι, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 ΣυνθΕΕ: «η Ένωση σέβεται την ισότητα των κρατών μελών ενώπιον των Συνθηκών, καθώς και την εθνική τους ταυτότητα, που είναι συμφυής με τη θεμελιώδη πολιτική και συνταγματική τους δομή, στην οποία συμπεριλαμβάνεται η περιφερειακή και τοπική αυτοδιοίκηση. Σέβεται τις ουσιαστικές λειτουργίες του κράτους, ιδίως δε τις λειτουργίες που αποβλέπουν στη διασφάλιση της εδαφικής ακεραιότητας, τη διατήρηση της δημόσιας τάξης και την προστασία της εθνικής ασφάλειας. Ειδικότερα, η εθνική ασφάλεια παραμένει στην ευθύνη κάθε κράτους μέλους».

Η ρύθμιση αυτή φαίνεται να υπαγορεύτηκε από την απόφαση του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου επί της συμβατότητας της Συνθήκης του Μάαστριχτ με το Γερμανικό Σύνταγμα, όπου για πρώτη φορά θεσπίστηκαν όρια στην περαιτέρω ανάπτυξη της Ένωσης, με το σκεπτικό ότι αυτή δεν μπορεί να θίξει την αυτόνομη λειτουργία των κρατών. Ειδικότερα, κατά την απόφαση, η όποια συνταγματική ανάπτυξη της Ένωσης δεν μπορεί να οδηγήσει στην μετατροπή των κρατών μελών σε ετερόνομες οντότητες, χωρίς δηλαδή αυτόνομη πολιτική και συνταγματική λειτουργία.

Το ζήτημα βέβαια που τίθεται είναι πώς πρέπει να νοηθεί η έννοια της εθνικής ταυτότητας των κρατών μελών και σε ποιον ανήκει η αρμοδιότητα να την προσδιορίσει, όπως και προπάντων να την προστατέψει.

I. Η εθνική ταυτότητα ως θεσμός προστασίας της εθνικής κυριαρχίας

Με αφορμή τον έλεγχο της συνταγματικότητας της Συνθήκης της Λισσαβόνας, ορισμένα συνταγματικά δικαστήρια, όπως το Γερμανικό και το Τσέχικο, θεώρησαν σκόπιμο να ασχοληθούν με την ερμηνεία της αρχής της εθνικής ταυτότητας.

Ιδιαίτερη σημασία εν προκειμένω έχει η απόφαση του Γερμανικού Συνταγματικού Δικαστηρίου, της 30.9.2009 (εφεξής «απόφαση Λισαβόνα»), επειδή εκφράζει αναλυτικά και δογματικά τις σχέσεις που πρέπει να αναπτύσσονται μεταξύ της Ένωσης και των Κρατών μελών.

Η θέση αυτή βασίζεται στην κλασική αντίληψη του δυαδισμού, υπό την έννοια της υπάρξεως δύο χωριστών παράλληλων εννόμων τάξεων, της εσωτερικής και της διεθνούς, στην οποία πρέπει να ενταχθεί και η έννομη τάξη της Ένωσης, ως προερχόμενη από διεθνείς συνθήκες. Αν και το Γερμανικό Δικαστήριο αναγνωρίζει την ιδιαιτερότητα της Ένωσης, με πολλές αναφορές στις θεμελιώδεις αρχές λειτουργίας της, όπως τις αρχές της υπεροχής, της ομοιόμορφης και αποτελεσματικής εφαρμογής, ωστόσο θεωρεί ότι η έννομη τάξη της Ένωσης προέρχεται από τις εθνικές έννομες τάξεις, με αποτέλεσμα να κρίνει αναγκαία την πλήρη συμφωνία της πρώτης προς τις απαιτήσεις του Γερμανικού Συντάγματος.

Η προσέγγιση αυτή υπαγορεύεται από την ανάγκη προστασίας της εθνικής κυριαρχίας, της μόνης δημοκρατικά νομιμοποιημένης εξουσίας κατά την απόφαση του Γερμανικού Δικαστηρίου. Θεωρεί άλλωστε ότι η προσέγγιση αυτή εναρμονίζεται τόσο με την αρχή των ειδικών αρμοδιοτήτων της Ένωσης, όσο και με την αρχή της προστασίας της εθνικής ταυτότητας που κατοχυρώνει το άρθρο 4.2 ΣΕΕ.

Θέτοντας έτσι την αρχή των σχέσεων μεταξύ Ένωσης και Γερμανικού Συντάγματος, κρίνει αναγκαίο να αξιολογήσει τη συμβατότητα της Συνθήκης της Λισσαβόνας με το Γερμανικό Σύνταγμα, μέσα από το πρίσμα προπάντων του σεβασμού της εθνικής ταυτότητας, την οποία ταυτίζει με την έννοια της συνταγματικής ταυτότητας.

Κατά την απόφαση, η συνταγματική ταυτότητα της Γερμανίας αποτελείται από τις δομικές αρχές του κράτους, έτσι όπως τις κατοχυρώνει το άρθρο 79.3 του Θεμελιώδους Νόμου, που είναι η δημοκρατία, το κράτος δικαίου, η αρχή του κοινωνικού κράτους, η πολιτεία, το ομοσπονδιακό κράτος, καθώς και η ουσία των

στοιχειωδών θεμελιωδών δικαιωμάτων, η οποία είναι αναγκαία για το σεβασμό της ανθρώπινης αξιοπρέπειας (παράγραφος 217 της απόφασης). Οι εν λόγω δομικές αρχές φαίνεται να συμπληρώνονται από ό, τι είναι αναγκαίο προκειμένου τα κράτη να διαθέτουν «επαρκές πεδίο για τον πολιτικό σχηματισμό των οικονομικών, πολιτιστικών και κοινωνικών συνθηκών ζωής. Αυτό αφορά ιδίως πεδία που διαμορφώνουν τις συνθήκες της ζωής, ειδικά την ιδιωτική σφαίρα της ευθύνης τους και της πολιτικής και κοινωνικής ασφάλειας, η οποία προστατεύεται από τα θεμελιώδη δικαιώματα» (παράγραφος 249 της απόφασης).

Αναμφίβολα, ο κατ' αρχήν προσδιορισμός της έννοια της συνταγματικής ταυτότητας, επιδέχεται περαιτέρω εξειδικεύσεων, αφού οι προαναφερθείσες αρχές και έννοιες παραπέμπουν σε άλλες, άμεσα ή έμμεσα σχετικές.

Έτσι, ως προς την έννοια του κράτους, το Συνταγματικό Δικαστήριο θεώρησε σκόπιμο να αναφέρει ότι «πάντοτε θεωρήθηκε ότι ένα κράτος δεν μπορεί να σχηματιστεί δημοκρατικά χωρίς να έχει (1) την εξουσία σε θέματα ουσιαστικού και τυπικού ποινικού δικαίου, (2) την μονοπώληση της αστυνομικής δύναμης στο εσωτερικό και της στρατιωτικής στο εξωτερικό, (3) την φορολογική εξουσία(...) ιδίως για λόγους κοινωνικής πολιτικής, (4) την εκπλήρωση του κοινωνικού κράτους και (5) την εξουσία λήψεων αποφάσεων ιδιαίτερης σημασίας για τον πολιτισμό, όπως συμβαίνει με τους τομείς του οικογενειακού δικαίου, του σχολείου, της εκπαίδευσης και της θρησκείας (παράγραφος 252 της απόφασης).¹ Υπό το πρίσμα αυτό, και με σχηματικό τρόπο, η έννοια της εθνικής ταυτότητας φαίνεται να προσδιορίζεται τόσο σε επίπεδο οργανωτικών αρχών, όσο και σε επίπεδο ουσιαστικών αρμοδιοτήτων, αφού μόνο έτσι οδηγείται ένας λαός να συγκροτηθεί αυτόνομα και ελεύθερα, γεγονός που πιστοποιεί την δημοκρατική κυριαρχία του.

Αυτή η έντονα διασταλτική ερμηνεία της εθνικής ταυτότητας περιλαμβάνει πολλές αρμοδιότητες, η άσκηση των οποίων αποκλειστικά στο εθνικό επίπεδο αναμένεται να θέσει εμπόδια στην περαιτέρω προώθηση της διαδικασίας ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης.

Επιπρόσθετα, το Γερμανικό Δικαστήριο κρίνει αναγκαίο να ερμηνεύονται συσταλτικά οι αρμοδιότητες της Ένωσης που θεωρεί ότι θα μπορούσαν να προσβάλλουν την Γερμανική συνταγματική ταυτότητα, όπως εκείνες που αφορούν το

¹ Παράγραφος 252 της απόφασης. Για την έννοια της Πολιτείας και μάλιστα την εξελικτική της έννοια, βλέπε τους Γάλλους.

ποινικό δίκαιο, την αρμοδιότητα σύναψης επενδυτικών συμφωνιών ή το δικαίωμα πρόσβασης στη δικαιοσύνη. Η ανάλυση αυτή επεκτείνεται και στα θέματα της εδαφικής κυριαρχίας, της συμμετοχής σε πολεμικές επιχειρήσεις, του προϋπολογισμού, της αρχής του κοινωνικού κράτους, της παιδείας. Η ΕΕ μπορεί να αναπτύσσεται με την επιφύλαξη των πιο πάνω αρμοδιοτήτων που φαίνεται να αποτελούν αντικείμενο κρατικών οντοτήτων, με αποτέλεσμα να μην ενδείκνυται σχετική μεταφορά τους, επειδή θίγει την γερμανική συνταγματική ταυτότητα.

Γενικά θεωρεί ότι η στοιχειώδης δομή της ΕΕ πρέπει να αντιστοιχεί στις αρχές των άρθρων 23.1 και του 79.3 του Γερμανικού Συντάγματος (παράγραφος 261), ανάλογα με την έκταση των κυριαρχικών αρμοδιοτήτων που έχουν μεταφερθεί.

Ο κατ' αυτόν τον τρόπο έλεγχος της προστασίας της εθνικής ταυτότητας φαίνεται να αναβιώνει τους όρους σύγκρουσης μεταξύ του Δικαστηρίου της ΕΕ και των εθνικών δικαστηρίων, στο βαθμό που το ΓΟΣΔ τόνισε ότι οι πράξεις της ΕΕ που θίγουν την εθνική ταυτότητα δεν θα εφαρμόζονται στη Γερμανία. Τον σχετικό έλεγχο θα κάνει το ίδιο, αγνοώντας έτσι το θεσμό της υποχρεωτικής παραπομπής.

Η ίδια προσέγγιση είχε ακολουθηθεί και για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, η οποία είχε θέσει εν αμφιβόλω την αρχή της υπεροχής του δικαίου της ΕΕ. Τελικά όμως το ΓΟΣΔ δέχεται να εκχωρήσει την αρμοδιότητα ελέγχου στο ΔΕΕ, υπό την εποπτεία του, όσον αφορά το επίπεδο προστασίας, το οποίο πρέπει να είναι αντίστοιχο εκείνου του Γερμανικού Συντάγματος.

Καταληκτικά, ο τρόπος ερμηνείας της αρχής της εθνικής ταυτότητας, όπως και ο έλεγχος τήρησής της, από το ΓΟΣΔ, θέτει κρίσιμα θέματα στην έννομη τάξη της ΕΕ. Πράγματι, το ΓΟΣΔ φαίνεται να αγνοεί τις θεμελιώδεις αρχές της έννομης τάξης της ΕΕ, δηλαδή τις αρχές της αυτονομίας, της υπεροχής και της αποτελεσματικής εφαρμογής των κανόνων της ΕΕ, η οποία εξασφαλίζεται μεταξύ των άλλων από τη θεμελιώδη ρύθμιση της προδικαστικής παραπομπής. Οπότε τίθεται επιτακτικά το θέμα της αρμονικής συνεργασίας της ΕΕ και των κρατών μελών, προκειμένου να εξασφαλιστεί η «επιβίωση» της ΕΕ, κατά τους όρους του ΓΟΣΔ.

II. Η εθνική ταυτότητα ως κοινή ευρωπαϊκή αρχή

Το Δικαστήριο της ΕΕ δεν έχει ακόμα ασχοληθεί άμεσα με το θέμα της έννοιας της εθνικής ταυτότητας, αν και η μέχρι σήμερα νομολογία του περιλαμβάνει

αποφάσεις που έμμεσα συνδέονται με την έννοια της εθνικής ταυτότητας, όπως είναι οι αποφάσεις που αφορούν την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, την αρχή της δημοκρατίας, την αρχή του κράτους δικαίου, την αρχή του κοινωνικού κράτους, τέλος τις θεμελιώδεις οργανωτικές αρχές, ομοσπονδιακού χαρακτήρα, δηλαδή τις αρχές της υπεροχής και της άμεσης και αποτελεσματικής εφαρμογής.

Όπως τόνισε ο Γενικός Εισαγγελέας ΜΑΔΟΥΡΟ στην απόφαση της 7.9.2006, (Marrosu/ Sardino, C-53/04), η ερμηνεία της αρχής της εθνικής ταυτότητας πρέπει, αφενός να είναι ενιαία για να μην θίγεται η ομοιόμορφη εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης, αφετέρου να μην θίγει τα δικαιώματα και τους θεμελιώδεις στόχους της Ένωσης. Ωστόσο, έκρινε ότι το θέμα δεν λύνεται μέσα από το πρίσμα της αρχής της υπεροχής, αλλά μέσα από μια πλουραλιστική σύλληψη των σχέσεων μεταξύ της ΕΕ και των Κ.Μ. Με άλλα λόγια, με βάση τις θεμελιώδεις αντιλήψεις των εθνικών αρχών για την έννοια και το περιεχόμενο της εθνικής συνταγματικής ταυτότητας, το ΔΕΕ καλείται να διαμορφώσει μια ευρωπαϊκή αντίληψη, κοινή όλων των κρατών μελών.

Άλλωστε, όπως ο ίδιος Εισαγγελέας τόνισε ο σεβασμός της συνταγματικής ταυτότητας των κρατών μελών συνιστά για την ΕΕ ένα καθήκον, που απορρέει από την ίδια την ουσία του ευρωπαϊκού σχεδίου το οποίο συνίσταται στην προώθηση της διαδικασίας ενοποίησης, με την διασφάλιση της πολιτικής ύπαρξης των κρατών (προτάσεις στην απόφαση της 16.12.2008, Μηχανική).

Ωστόσο, η σύλληψη της ΕΕ μέσα από το πρίσμα των εθνικών συνταγμάτων υποβαθμίζει την αυτόνομη ύπαρξη και λειτουργία της ΕΕ, τις αρχές και τους θεσμούς της, εν γένει τη συνταγματική ταυτότητα της.

Πράγματι, η ΕΕ διαθέτει αξίες, αρχές και θεσμούς, ικανούς να επιτρέψουν την ανάπτυξη μιας νέας οντότητας, δημοκρατικής, διάφανης και δικαιοκρατικής, παράλληλης και συμπληρωματικής εκείνης των κρατών μελών.

Συμπέρασμα

Ελλείπει μιας σαφούς ιεράρχησης, όπως αυτή που χαρακτηρίζει τα ομοσπονδιακά συστήματα, επιβάλλεται ένας εκατέρωθεν αυτοπεριορισμός μεταξύ του ΔΕΕ και των εθνικών ανώτατων δικαστηρίων, στη βάση ανάπτυξης μιας διπλής συνταγματικής ταυτότητας, τόσο της ΕΕ όσο και των κρατών μελών. Στο πλαίσιο αυτό, ιδιαίτερη σημασία έχει η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, των κοινών

αξιών, της δημοκρατικής αρχής και του σεβασμού των αρχών της ανάθεσης, αναλογικότητας και της επικουρικότητας. Μόνο έτσι γίνεται σεβαστή και η αρχή της προστασίας της εθνικής ταυτότητας και η προστασία της ΕΕ, η οποία έρχεται όχι να αναιρέσει την πρώτη, αλλά να την ενισχύσει μέσω μιας από κοινού προστασίας σημαντικών πτυχών της που μόνο στο επίπεδο της ΕΕ μπορεί να επιτευχθεί.

Υπό το πρίσμα αυτό, η αμφισβήτηση του ΔΕΕ, όπως άλλωστε και των θεσμικών οργάνων της ΕΕ, όσον αφορά την συνταγματική ταυτότητα είναι αβάσιμη. Το παράδειγμα της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων μπορεί εν προκειμένω να βοηθήσει όσον αφορά την ερμηνεία και τήρηση της εθνικής ταυτότητας. Επιβάλλεται μια συναινετική και συμπληρωματική λειτουργία των δύο εννόμων τάξεων, της ευρωπαϊκής και των εθνικών, εάν θέλουμε να προωθήσουμε το σκοπό της ειρήνης, της ευημερίας και της προστασίας των αξιών, προπάντων εάν θέλουμε να εξασφαλίσουμε μια κοινή πορεία, η οποία πλέον έχει ξεπεράσει τον μισό αιώνα και συνέβαλε στην εδραίωση της ειρήνης στην πιο αιματοβαμμένη ήπειρο του πλανήτη.

Η ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑΣ ΤΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ ΤΩΝ ΟΡΓΑΝΩΝ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΈΝΩΣΗΣ

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

Ι.Εισαγωγή

Αντικείμενο της παρούσας εισήγησης αποτελεί η υποχρέωση αιτιολογίας των νομικών πράξεων των οργάνων της Ένωσης ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας έκδοσής τους, η μη τήρηση του οποίου έχει ως συνέπεια την ακυρότητά τους.

Δεδομένης της εγγενούς ευρύτητας του θέματος που οφείλεται τόσο στα ποικίλα μερικότερα ζητήματα που αναπόφευκτα εγείρει όσο και στο μεγάλο χρονικό διάστημα κατά το οποίο αποτέλεσε αντικείμενο ενασχόλησης από το Δικαστήριο και τη θεωρία (ήδη παραπάνω από μισό αιώνα), η παρούσα εισήγηση επικεντρώνεται στα ζητήματα που άπτονται του περιεχομένου και της έκτασης της υποχρέωσης αιτιολογίας, ενώ ταυτόχρονα συμπεριλαμβάνει και σκέψεις σχετικά με το ρόλο, τον τύπο και τις συνέπειες παράβασης της υποχρέωσης, ώστε να σκιαγραφηθεί -έστω και περιορισμένα- το πλαίσιο εφαρμογής της. Η επιλογή της συγκεκριμένης πτυχής του ζητήματος οφείλεται ιδίως στην απουσία ρητών προβλέψεων περιεχομένου από τις Συνθήκες και στη συνεπαγόμενη νομολογιακή προσέγγιση του θέματος, μέσω της οποίας αναδεικνύεται ο δυναμικός χαρακτήρας του.

Είναι προφανές ότι ο ρόλος της υποχρέωσης αιτιολογίας και η σπουδαιότητα της αναδεικνύονται και δοκιμάζονται ιδιαίτερα σε κάποιους τομείς, όπως για παράδειγμα στα ζητήματα ανταγωνισμού, κρατικών ενισχύσεων, άρνησης πρόσβασης του κοινού σε έγγραφα, διακοπής ή άρνησης χορήγησης επιδομάτων, λειτουργίας της δημόσιας διοίκησης της Ένωσης. Ωστόσο, στην παρούσα εισήγηση δίνεται έμφαση στα γενικότερα χαρακτηριστικά της υποχρέωσης, χωρίς ενδελεχή αναφορά στον τρόπο λειτουργίας της αιτιολογίας σε ειδικότερα ζητήματα. Παράλληλα η υποχρέωση αιτιολογίας συνυφαίνεται στενά με την υποχρέωση για αναφορά της νομικής βάσης έκδοσης κάθε πράξης, καθώς ο συνδυασμός τους και τα ανακύπτοντα προβλήματα οδηγούν συχνά σε ενδιαφέροντα συμπεράσματα εμπλουτίζοντας το περιεχόμενο της υποχρέωσης αιτιολογίας.

Η υποχρέωση αιτιολογίας των νομικών πράξεων της Ένωσης πραγματώνει με τον πληρέστερο τρόπο την αρχή της φανερής δράσης των διαφόρων οργάνων, επιβάλλοντας σε αυτά όχι μόνο την τήρηση αμερόληπτης στάσης αλλά και το σεβασμό της αρχής της νομιμότητας και της διαφάνειας κατά τη λειτουργία και την ανάπτυξη της πολυσχιδούς δραστηριότητάς τους. Η βαρύνουσα σημασία της καθίσταται εμφανής μέσα από την κατοχύρωσή της στο πρωτογενές δίκαιο ήδη από τις απαρχές του ευρωπαϊκού εγχειρήματος τη δεκαετία του '50, οπότε και υπήρξε σχετική πρόνοια στη ΣΕΚΑΧ. Φυσικά η σχετική υποχρέωση στα πλαίσια του ευρωπαϊκού δικαίου αντανακλά και ακολουθεί το παράδειγμα των περισσότερων εθνικών εννόμων τάξεων που επιτάσσουν στους φορείς της διοικητικής δράσης την

αιτιολόγηση των πράξεών τους, ενώ παράλληλα θεσπίζουν συγκεκριμένες προϋποθέσεις και κριτήρια για την πληρότητα και την επάρκειά της.

II.Γενικό πλαίσιο

Η υποχρέωση αιτιολόγησης των πράξεων των οργάνων της Ένωσης προβλέπεται ρητά στο άρθρ.296 ΣΛΕΕ, το οποίο περιλαμβάνει και την υποχρεωτική αναφορά των πράξεων στις προτάσεις, πρωτοβουλίες, συστάσεις, αιτήσεις ή γνώμες. Ουσιαστικά μέσω της ευρείας αυτής διατύπωσης η υποχρέωση αιτιολόγησης επεκτείνεται σε όλες τις πράξεις(δεσμευτικές ή μη), ανεξαρτήτως του επιφορτιζόμενου οργάνου αλλά και της ακολουθούμενης διαδικασίας, με αποτέλεσμα να μπορεί να γίνει λόγος για διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής της διαδικαστικής αυτής εγγύησης.

Παρόμοια υποχρέωση θεσπιζόταν βέβαια και υπό το προϊσχύσαν καθεστώς με τη διαφορά ότι εκτεινόταν μόνο στις δεσμευτικές πράξεις των κοινοτικών οργάνων. Επρόκειτο για το άρθρ.190 της ιδρυτικής Συνθήκης ΕΟΚ¹, στο οποίο προστέθηκαν με τη Συνθήκη του Μάαστριχτ ως αντικείμενο της υποχρέωσης αιτιολόγησης και οι πράξεις που εκδίδονται από κοινού από το ΕυρΚοινβ και το Συμβούλιο, ενώ η Συνθήκη του Άμστερνταμ τροποποίησε απλώς την αρίθμηση του άρθρου(253ΣΕΚ)². Πρέπει να σημειωθεί ωστόσο ότι, παρά την έλλειψη σχετικής υποχρέωσης σύμφωνα με το γράμμα των Συνθηκών, τα κοινοτικά όργανα προέβαιναν συχνά σε αιτιολόγηση των μη δεσμευτικών πράξεων, γεγονός που αναδεικνύει την αυξημένη σημασία της στη συνείδηση των φορέων δράσης της Ένωσης³.

Πέρα από τη γενική διάταξη του 296ΣΛΕΕ, η υποχρέωση αιτιολόγησης κατοχυρώνεται και σε άλλες διατάξεις τόσο του πρωτογενούς όσο και του παράγωγου δικαίου που αφορούν εξειδικευμένες πράξεις. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αντλούμενο από το χώρο του πρωτογενούς δικαίου συνιστά η αιτιολογημένη γνώμη της Επιτροπής σε περίπτωση παράβασης εκ μέρους κράτους μέλους υποχρέωσης θεσπιζόμενης από τις Συνθήκες στα πλαίσια της διαδικασίας του άρθρ.258ΣΛΕΕ. Ανάλογο δείγμα αποτελεί-αυτήν τη φορά από το χώρο του δευτερογενούς δικαίου-το άρθρ.25 του κανονισμού 259/68 του Συμβουλίου της 29ης Φεβρουαρίου 1968 περί καθορισμού του κανονισμού υπηρεσιακής καταστάσεως των υπαλλήλων και του καθεστώτος που εφαρμόζεται επί του λοιπού προσωπικού των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και περί θεσπίσεως ειδικών μέτρων προσωρινώς εφαρμοστέων στους υπαλλήλους της Επιτροπής (κανονισμός υπηρεσιακής καταστάσεως των υπαλλήλων, ΕΕ L 56 της 4.3.1968)⁴.

Αντίθετα η ΣΕΕ δεν περιλαμβάνει καμιά ανάλογο προς το 296ΣΛΕΕ περιεχομένου διάταξη, τακτική που ούτως ή άλλως ακολουθήθηκε και στο παρελθόν, αφού σε

¹Οι κανονισμοί, οι οδηγίες και οι αποφάσεις του Συμβουλίου και της Επιτροπής πρέπει να αιτιολογούνται και να αναφέρονται στις προτάσεις ή γνώμες που απαιτούνται κατά την παρούσα Συνθήκη.

²Ανάλογο περιεχομένου ήταν και το άρθρ.15 της ΣΕΚΑΧ, της οποίας η ισχύς έληξε ήδη από το 2002,όπου η υποχρέωση αιτιολογίας αφορούσε μόνο τις πράξεις(δεσμευτικές και μη)της Ανωτάτης Αρχής. Η διαφοροποίηση αυτή δεν πρέπει να ξενίζει ούτε συνεπαγόταν ουσιαστικά στενότερο πεδίο εφαρμογής της υποχρέωσης αιτιολογίας, αφού η Ανώτατη Αρχή αποτελούσε το μόνο νομοθετικό όργανο.

³ βλ. C.Hen, La motivation des actes des institutions communautaires, CDE 1977,σελ.62 και Μουαμελετζή σε Β.Σκουρή(επιμ.),Ερμηνεία Συνθηκών για την ΕΕ και ΕΚ,τομ.Β,εκδ.Αντ.Σάκκουλα,Αθήνα-Κομοτηνή 2003,σελ.1523

⁴Κάθε ατομική απόφαση βάσει του παρόντος καθεστώτος πρέπει να ανακοινώνεται χωρίς καθυστέρηση στον ενδιαφερόμενο υπάλληλο.Κάθε δυσμενής απόφαση πρέπει να αιτιολογείται.

καμιά εκδοχή της ΣΕΕ δεν υπήρχε διάταξη σχετικά με την αιτιολογία. Παρ' όλα αυτά, στην πράξη είχε καθιερωθεί η αιτιολόγηση νομικών πράξεων του δεύτερου και τρίτου πυλώνα⁵. Σήμερα με την κατάργηση των πυλώνων, τίποτα δεν αποκλείει την επέκταση της υποχρέωσης αιτιολογίας και στις πράξεις που υιοθετούνται στα πλαίσια της ΚΕΠΠΑ από τη στιγμή που κι εδώ πρόκειται για νομικές πράξεις εμπίπτουσες στο πεδίο εφαρμογής του 296ΣΛΕΕ.

Όσον αφορά τη ΣΣ που ουδέποτε τέθηκε σε ισχύ, υπήρχε ρητή πρόβλεψη σχετικά με την υποχρέωση αιτιολογίας(άρθρ.Ι-38§2), η οποία μάλιστα καταλάμβανε όλες τις νομικές πράξεις της Ένωσης. Ενδεχομένως έτσι δικαιολογείται και η ευρεία διατύπωση του άρθρ.296 που υιοθετήθηκε με τη Συνθήκη της Λισαβόνας. Τέλος και ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ένωσης του οποίου η ισχύς πλέον είναι δεσμευτική περιλαμβάνει την υποχρέωση της διοίκησης να αιτιολογεί τις αποφάσεις της στα πλαίσια της προστασίας του δικαιώματος χρηστής διοίκησης(άρθρ.41§2). Έτσι, με το να καθίστανται γνωστοί οι λόγοι και τα κίνητρα που οδήγησαν στη λήψη των αποφάσεων, εμπεδώνεται και διαφυλάσσεται η αρχή της διαφάνειας και της φανεράς δράσης των οργάνων της Ένωσης⁶.

Εξυπακούεται ότι η προβλεπόμενη από το ευρωπαϊκό δίκαιο υποχρέωση αιτιολογίας δεν ισχύει για τα γενικά μέτρα των κρατών μελών που λαμβάνονται κατά την εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης⁷, καθώς το άρθρ.296ΣΛΕΕ αφορά μόνο τις πράξεις των οργάνων της Ένωσης. Ωστόσο, διαφορετική είναι η αντιμετώπιση των ατομικών πράξεων των κρατών μελών με τις οποίες περιορίζεται μια θεμελιώδης κοινοτική ελευθερία, όπου η υποχρέωση αιτιολογίας, ακόμα κι αν δεν επιβάλλεται από το άρθρ.296, αποτελεί απόρροια του δικαιώματος έννομης προστασίας, το οποίο αναγνωρίζεται ως γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης⁸.

Σε κάθε περίπτωση θα μπορούσε να ειπωθεί ότι, δεδομένης της αναγνώρισης της υποχρέωσης αιτιολογίας σε επίπεδο πρωτογενούς δικαίου-το οποίο επιτελεί το ρόλο Συντάγματος στο δίκαιο της Ένωσης-αποκτά αυτή αυξημένη τυπική ισχύ⁹, γεγονός που όχι μόνο συνεπάγεται πρωτοτυπία σε σχέση με τα προβλεπόμενα στις εθνικές έννομες τάξεις, αλλά και υπογραμμίζει την ιδιαίτερη σημασία της, προσδίδοντας συμβολική διάσταση.

III.Ρόλος της αιτιολογίας

A.Επιτελούμενες λειτουργίες

Η πρωταρχική λειτουργία της υποχρέωσης αιτιολογίας συνίσταται στον εξωτερικό έλεγχο της δράσης των οργάνων της Ένωσης. Με το να καταδεικνύεται η συλλογιστική του οργάνου που εξέδωσε την πράξη, μπορούν αφενός οι ενδιαφερόμενοι να υπερασπισθούν αποτελεσματικά τα δικαιώματά τους, αφετέρου το

⁵ βλ.Krajewski/Rösslein σε E.Grabit/M.Hilf, Das Recht der EU,Kommentar III,Art.253,Verlag C.H.Beck, München 2009,σελ.2

⁶ βλ. C.Calliess σε C.Calliess/M.Ruffert(Hrsg.),Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Verlag Luchterhand GmbH,Neuwied und Krefeld,Germany 2009, σελ.2240

⁷ ΔΕΚ 17.6.1997,C-70/95, Sodemare κ.Regione Lombardia,Συλλ.1997,σελ.Ι-03395

⁸ Για την υποχρέωση αιτιολογίας των ατομικών πράξεων των κρατών μελών με αφορμή την υπόθεση UNCTEF(ΔΕΚ15.10.1987,222/86,UNCTEF κ.Heylens,Συλλ.1987,σελ.04097) βλ.F.Schockweiler,La motivation des decisions individuelles en droit communautaire et en droit national, CDE 1989,όπου και περαιτέρω προβληματισμός για την έκταση και το περιεχόμενο αυτής της αιτιολογίας, καθώς και για το ρόλο του δικαίου της Ένωσης ή των εθνικών δικαίων στη διαμόρφωση των σχετικών κριτηρίων.

⁹ βλ.T.Müller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht.Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main 1990,σελ.34

Δικαστήριο να ασκήσει τον έλεγχο νομιμότητας της προσβαλλόμενης πράξης, ώστε να διαπιστώσει εάν το όργανο παρέμεινε εντός των αρμοδιοτήτων του¹⁰. Πράγματι, οι πληττόμενοι από ένα μέτρο θα πρέπει να είναι σε θέση να εκτιμήσουν τις προοπτικές ευδοκίμησης ενός ενδίκου βοηθήματος κατά αυτού και να υπερασπίσουν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τα δικαιώματά τους, οπότε η ύπαρξη αιτιολογίας διευκολύνει και καθοδηγεί τις σχετικές επιλογές τους. Παράλληλα, ο έλεγχος της εφαρμογής και ερμηνείας ενός κανόνα προϋποθέτει ότι έχουν καταστεί γνωστές στο ΔΕΕ οι σκέψεις και ο τρόπος με τον οποίο συντελέστηκε η υπαγωγή μέσω μιας επαρκούς αιτιολογίας.¹¹ Φυσικά ο εξωτερικός έλεγχος δεν εξαντλείται μόνο στους θιγομένους και στο ΔΕΕ, αλλά εκτείνεται και στα κράτη μέλη που χάρη στην αιτιολογία δύνανται να πληροφορηθούν τις περιστάσεις υπό τις οποίες το όργανο της Ένωσης εφάρμοσε τις Συνθήκες. Έτσι διασφαλίζεται και ο σεβασμός άλλων θεμελιακών κανόνων του ευρωπαϊκού δικαίου, όπως η αρχή της επικουρικότητας¹² του άρθρ.5§3 ΣΕΕ. Τέλος η αιτιολογία συμβάλλει και στον έλεγχο νομιμότητας μιας πράξης από μέρους των υπόλοιπων μη εμπλεκόμενων στην έκδοσή της οργάνων, λειτουργία που είχε ιδιαίτερη βαρύτητα για το ΕυρΚοινβ σε εποχές που δεν συμμετείχε ενεργά στη νομοθετική διαδικασία¹³.

Ως δεύτερη λειτουργία της αιτιολογίας αναγνωρίζεται-ιδίως από τη γερμανική επιστήμη¹⁴-ο αυτοέλεγχος του οργάνου που εξέδωσε την πράξη, με την έννοια τόσο της προστασίας του από απερίσκεπτες δράσεις όσο και της νοητικής διεργασίας υπαγωγής από μέρους του των ενίοτε διαισθητικών κινήτρων σε λογικές σκέψεις. Με αυτόν τον τρόπο μπορεί το εκάστοτε όργανο να διασφαλίσει την ορθή ερμηνεία και εφαρμογή του μέτρου ως προς το περιεχόμενό του, ελαχιστοποιώντας τις πιθανότητες ευδοκίμησης των αμφιβολιών εναντίον του. Καθίσταται λοιπόν αντιληπτό ότι ο αυτοέλεγχος που συντελείται μέσω της αιτιολογίας εξυπηρετεί τα συμφέροντα του ίδιου του αποφασίζοντος οργάνου.

Η υποχρέωση αιτιολογίας επιτελεί ταυτόχρονα και τη λειτουργία να καταστήσει το μέτρο αποδεκτό και σεβαστό από τους θιγομένους, να τους πείσει με άλλα λόγια για την ορθότητα και νομιμότητά του¹⁵. Έτσι γίνεται συνείδηση στους αποδέκτες ότι το μέτρο δεν τους θίγει αυθαίρετα και αδικαιολόγητα, αλλά λαμβάνει επαρκώς υπόψη του τα συμφέροντά τους, με αποτέλεσμα να συντελείται αυθόρμητα συμμόρφωση και αποδοχή τους, γεγονός που συμβάλλει στη δικαιική ειρήνη και την αποσυμφόρηση της δικαιοσύνης¹⁶.

Τέλος η αιτιολογία παρέχει συχνά ένα κατάλληλο εργαλείο πληροφόρησης¹⁷ και ερμηνείας της νομικής πράξης, φωτίζοντας τις επιμέρους πτυχές της και

¹⁰ ΔΕΚ 4.7.1963, 24/62, Γερμανία κ.Επιτροπής, Συλλ.1963,σελ.129, ΔΕΚ 7.7.1981,158/80, Rewe κ.Hauptzollamt Kiel, Συλλ.1981,σελ.01805, ΔΕΚ 17.5.1994,C-41/93,Γαλλία κ.Επιτροπής, Συλλ.1994.I-01829, όπου τονίζεται αυτός ο διπλός ρόλος της αιτιολογίας.

¹¹ βλ. Krajewski/Rösslein σε E.Grabitz/M.Hilf, ο.π., σελ.2-3

¹² βλ. C.Calliess σε C.Calliess/M.Ruffert(Hrsg.),ο.π., σελ.2241

¹³ βλ. Krajewski/Rösslein σε E.Grabitz/M.Hilf, ο.π.,σελ.3

¹⁴ βλ. U.Kischel, Die Begründung, Jus Publicum Band 94, Verlag M.Siebeck, Tübingen 2003,σελ.40

¹⁵ Πρόκειται για την επονομαζόμενη Befriedungsfunktion, για την οποία βλ. U.Kischel,ο.π.,σελ.55 και J.Lücke, Begründungszwang und Verfassung, Verlag Möhr, Tübingen 1987,σελ.72

¹⁶ βλ. Krajewski/Rösslein σε E.Grabitz/M.Hilf, ο.π.,σελ.3

¹⁷ βλ. J.Schwarze, European administrative law, Sweet&Maxwell, Brussels-Luxembourg 1992,σελ.1403 και G.Le Tallec-C.D.Ehlermann, La motivation des actes des communautés européennes,RMC 1966,σελ.182 και C.Hen, ο.π.,σελ.54 ο οποίος μάλιστα μιλά για ρόλο της αιτιολογίας αντίστοιχο με τη συζήτηση των νόμων στα εθνικά κοινοβούλια.

ξεδιαλύοντας τα αμφισβητούμενα ή ασαφή σημεία της. Μια τέτοια λειτουργία σε συνδυασμό με τη λειτουργία της αιτιολογίας ως μέτρο δημοκρατικού ελέγχου¹⁸ ξεπερνά τα στενά όρια ενδιαφέροντος μόνο των θιγομένων, των οργάνων των κρατών μελών ή της Ένωσης, του ΔΕΕ και αγγίζει το ευρύ κοινό.

Β. Συνταγματική διάσταση

Αναντίλεκτα η υποχρέωση αιτιολογίας υπηρετεί την αρχή της διαφάνειας της δράσης των ευρωπαϊκών οργάνων και συνδέεται στενά τόσο με την υποχρέωση δημοσιότητας των πράξεων της Ένωσης όσο και με το δικαίωμα πρόσβασης του κοινού στα έγγραφα. Ταυτόχρονα η υποχρέωση παροχής εξηγήσεων και δικαιολόγησης των λόγων και των κινήτρων που οδηγούν στην υιοθέτηση ενός μέτρου, υποχρέωση που ικανοποιείται μέσα από την αιτιολογία, αποτελεί προϋπόθεση της νομιμότητας της δικαιοπαραγωγικής δράσης των οργάνων της Ένωσης, ενώ προστατεύει παράλληλα από την αυθαιρεσία, συνδράμοντας στην εμπέδωση τους Κράτους Δικαίου στους κόλπους της Ένωσης. Επομένως οι προαναφερθείσες αρχές της διαφάνειας, της νομιμότητας, του κράτους δικαίου που ικανοποιούνται χάρη στην αιτιολογία σε συνδυασμό με την αρχή της χρηστής διοίκησης¹⁹, τμήμα της οποίας αποτελεί η υποχρεωτική αιτιολογία των πράξεων των διοικητικών οργάνων, προσδίδουν στην υποχρέωση αιτιολόγησης συνταγματική σημασία²⁰ και αναγάγουν τους επιδιωκόμενους από αυτήν σκοπούς σε δημοσίου συμφέροντος.

Γ. Η αιτιολογία ως γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης

Συχνά η υποχρέωση αιτιολογίας εκλαμβάνεται τόσο από το ΔΕΕ²¹ όσο και από τη θεωρία²² ως εμπύπτουσα στις γενικές αρχές του δικαίου που προστατεύονται από την Ένωση. Είναι γεγονός βέβαια ότι η έννοια αυτή χρησιμοποιήθηκε αρχικά για κανόνες που μολονότι δεν έβρισκαν ή έβρισκαν μόνο σε περιορισμένο βαθμό ρητή κατοχύρωση στο γραπτό δίκαιο της Ένωσης, εφαρμόζονταν ύστερα από συγκριτική προσέγγιση των γενικά ισχυόντων στα δίκαια των κρατών μελών²³, των κανόνων δηλαδή που είναι κοινοί στα κράτη μέλη, χωρίς φυσικά να απαιτείται απόλυτη ομοιότητα.

Όσον αφορά την υποχρέωση αιτιολογίας, τα περισσότερα δίκαια των κρατών μελών δεν αναγνωρίζουν μια γενική υποχρέωση αιτιολόγησης των νόμων και κανονιστικών πράξεων. Επομένως ως προς αυτό το σημείο δεν μπορεί να γίνει λόγος για μια γενική αρχή. Το ίδιο ισχύει και για τις ευνοϊκές ατομικές πράξεις. Σχετικά όμως με τις ατομικές διοικητικές πράξεις που επιφέρουν δυσμενείς συνέπειες, προβλέπεται σχεδόν από όλα τα δίκαια των κρατών μελών η υποχρεωτική αιτιολογία, με αποτέλεσμα εδώ να μπορούμε να μιλήσουμε για γενική αρχή του δικαίου. Αυτό θα είχε ως συνέπεια ακόμα και δυσμενής πράξη για την οποία δεν θα προβλεπόταν ρητά η υποχρέωση αιτιολογίας, να έπρεπε να αιτιολογηθεί κατόπιν της αναγνώρισης της αιτιολογίας των δυσμενών ατομικών πράξεων ως γενικής αρχής²⁴.

¹⁸ βλ. U. Kischel, ο.π., σελ. 58

¹⁹ βλ. Α. Τάχου, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 8^η έκδοση, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2005, σελ. 612

²⁰ βλ. Krajewski/Rösslein σε E. Grabitz/M. Hilf, ο.π., σελ. 4

²¹ ΠΕΚ 2.7.1992, T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening κ. Επιτροπής, Συλλ. 1992. II-01931

²² βλ. T. Müller-Ibold, ο.π., σελ. 43

²³ Για μια συγκριτική προσέγγιση των ρυθμίσεων αναφορικά με την υποχρέωση αιτιολογίας στις έννομες τάξεις των κρατών μελών βλ. F. Schockweiler, ο.π., σελ. 9 επ και T. Müller-Ibold, ο.π., σελ. 44 επ.

²⁴ βλ. Krajewski/Rösslein σε E. Grabitz/M. Hilf, ο.π., σελ. 4

Πάντως πλέον η θεμελίωση της υποχρέωσης αιτιολογίας στις γενικές αρχές του δικαίου στερείται αντικειμένου και ίσως καθίσταται περιττή, καθώς η ρητή πρόβλεψη του άρθρ.296ΣΛΕΕ δεν αφήνει περιθώρια για τέτοιες εκτιμήσεις, ενώ οι έννομες τάξεις των κρατών μελών που θα μπορούσαν να λειτουργήσουν ως αφετηρίες δεν διαθέτουν συχνά ανάλογης έκτασης κατοχύρωση.

IV. Περιεχόμενο και έκταση της αιτιολογίας

A. Γενικά

Όπως επισημάνθηκε ήδη²⁵, η ΣΛΕΕ δεν περιέχει κανένα στοιχείο σχετικά με το περιεχόμενο και την έκταση της αιτιολογίας, μολονότι σαφώς αναγνωρίζει τη σπουδαιότητά της μέσα από τη ρητή απαίτηση για αιτιολογημένες νομικές πράξεις. Γι' αυτό το ΔΕΕ εξετάζοντας επανειλημμένα τα ερωτήματα αυτά, κατέληξε σε συμπεράσματα που αφενός οριοθετούν το γενικότερο πλαίσιο του περιεχομένου της αιτιολογίας αφετέρου εισάγουν συγκεκριμένες προβλέψεις και κριτήρια ανάλογα με τις περιστάσεις της υπό κρίση υπόθεσης.

Δεδομένου ότι η αιτιολογία αποτελεί, από άποψη νομοθετικής τεχνικής, στοιχείο της μορφής των νομικών πράξεων στις οποίες ενσωματώνεται²⁶, θα πρέπει να καθιστά σαφή στο θιγόμενο τη συλλογιστική του οργάνου που εξέδωσε την πράξη²⁷, ώστε να εκπληρώνονται οι σκοποί που εξυπηρετούνται από την αιτιολογία (δηλαδή να μπορεί να εκτιμήσει ο ενδιαφερόμενος τις δυνατότητες έννομης προστασίας που διαθέτει και να διευκολύνεται το ΔΕΕ κατά τον έλεγχο νομιμότητας της πράξης). Φυσικά η υποχρέωση αυτή δεν επιβάλλει στο αρμόδιο όργανο να παραθέτει εκτενέστατη και διεξοδικότατη αιτιολογία, αρκεί να διαφαίνονται οι σημαντικότεροι και ουσιωδέστεροι λόγοι που άσκησαν επίδραση στην έκδοση της πράξης.

Έτσι αρχικά κάθε αιτιολογία θα πρέπει να παραθέτει με συνοπτικό αλλά σαφή και πρόσφορο τρόπο τα κύρια νομικά και πραγματικά στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται η πράξη²⁸. Ουσιαστικά κάθε νομική πράξη περιέχει σκιαγράφιση μιας κατάστασης με την οποία το αποφασίζον όργανο συναρτά την επέλευση συγκεκριμένων εννόμων συνεπειών. Προκειμένου λοιπόν η πράξη να μπορεί να ελεγχθεί, η αιτιολογία της θα πρέπει να καταδεικνύει την πραγματική κατάσταση και τα νομικά στοιχεία, ώστε να διαπιστώνεται αν έλαβε χώρα σωστή υπαγωγή. Γενικές διατυπώσεις (του τύπου «όπως προβλέπεται από τη Συνθήκη»), απλή επανάληψη της κρίσιμης νομικής διάταξης ή αιτιολογία απαράλλακτα εμφανιζόμενη σε σωρεία περιπτώσεων δεν ικανοποιεί αυτήν την απαίτηση²⁹.

Παράλληλα οι λόγοι και τα κίνητρα της δράσης των οργάνων θα πρέπει να καθίστανται κατανοητά στον ενδιαφερόμενο, ώστε να είναι σε θέση να διαπιστώσει σε ποιες προβλέψεις και καταστάσεις αναφέρεται το όργανο. Αυτό ισχύει και στις περιπτώσεις που μια πράξη επιδρά και στα έννομα συμφέροντα τρίτων, οπότε θα

²⁵ βλ. Εισαγωγή, σελ. 3

²⁶ βλ. Κ. Κόικας, Οι υποχρεώσεις αιτιολογίας και δημοσιότητας των πράξεων του κοινοτικού δικαίου, ΕΕΕυρΔ1988, σελ. 3

²⁷ ΔΕΚ 4.7.1963, 24/62, Γερμανία κ. Επιτροπής, Συλλ. 1963, σελ. 129, ΔΕΚ 28.10.1982, 292 και 293/81, Société Jean Lion κατά Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre (FIRS), Συλλ. 1982, σελ. 03887

²⁸ Πρόκειται για διατύπωση που επαναλαμβάνεται σχεδόν αυτολεξί σε κάθε απόφαση του ΔΕΚ που άπτεται του ζητήματος της αιτιολογίας.

²⁹ βλ. T. Müller-Ibold, ο.π., σελ. 82

πρέπει η αιτιολογία να προσανατολίζεται και στην προστασία των τελευταίων³⁰. Συναφής είναι και η ανάγκη για συνέπεια της αιτιολογίας, με την έννοια ότι αυτή δεν πρέπει να εδράζεται σε αντιφατικούς ισχυρισμούς ικανούς να δημιουργήσουν σύγχυση στους αποδέκτες. Εξυπακούεται ότι συμπεράσματα του οργάνου από αντιφατικά δεδομένα δεν βλάπτουν υπό τον όρο ότι δεν συνεπάγονται εσωτερική αντίφαση της αιτιολογίας³¹.

Τέλος στην αιτιολογία το αρμόδιο όργανο υποχρεούται να παραθέσει μόνο τη δική του συλλογιστική και άποψη. Αυτό σημαίνει ότι το ίδιο επιφορτίζεται με την αρμοδιότητα αξιολόγησης των κινήτρων και του διαχωρισμού τους σε ουσιώδη ή μη. Άπαξ και το όργανο δεν αναφέρει συγκεκριμένα σημεία, αυτό σημαίνει ότι κατά την εκτίμησή του αυτά κρίθηκαν ασήμαντα και μη δυνάμενα να επηρεάσουν το τελικό συμπέρασμα. Η στάση αυτή δεν διανοίγει περιθώρια αυθαιρεσίας του αποφασίζοντος οργάνου, καθώς σε κάθε περίπτωση η αιτιολογία υπόκειται στον έλεγχο του ΔΕΕ.

Β. Διαφοροποίηση του περιεχομένου της αιτιολογίας ανάλογα με το είδος της πράξης

Το ΔΕΕ ήδη από νωρίς διαμόρφωσε τον κυριότερο νομολογιακό κανόνα σχετικά με το περιεχόμενο της αιτιολογίας, κατά τον οποίο αυτό εξαρτάται από τη νομική φύση των πράξεων³². Άλλες παράμετροι που επηρεάζουν επίσης την έκταση της αιτιολογίας μπορούν να θεωρηθούν οι ειδικές συνθήκες υπό τις οποίες θεσπίστηκε μια πράξη³³ και το αντικείμενο (ιδίως αν είναι οικονομικό³⁴) μιας πράξης. Έτσι το ΔΕΕ διακρίνει ανάμεσα σε πράξεις γενικής εφαρμογής και σε ατομικές πράξεις.

1. Πράξεις γενικής εφαρμογής

Στην περίπτωση αυτή πρόκειται-κατά τη διατύπωση του Δικαστηρίου³⁵-για γενικές αποφάσεις με ρυθμιστικό χαρακτήρα, η αιτιολογία των οποίων μπορεί να είναι λιγότερο αυστηρή και απαιτητική. Αυτό ισχύει ιδίως για τους Κανονισμούς που ρυθμίζουν γενικά καταστάσεις και απευθύνονται σε ευρείες κατηγορίες αποδεκτών, οπότε αρκεί να αναφέρεται απλώς η συνολική κατάσταση που οδήγησε στην έκδοση της πράξης και οι γενικοί στόχοι που αυτή επιδιώκει³⁶. Ταυτόχρονα αρκεί να εξηγούνται τα σπουδαιότερα σημεία της πράξης με παραπομπή για τις λεπτομέρειες στο συστηματικό πλαίσιο της όλης ρύθμισης στο οποίο και εντάσσεται. Με άλλα λόγια, η αιτιολογία εν προκειμένω δεν χρειάζεται να είναι πλήρης και να περιέχει κάθε μεμονωμένη πρόβλεψη ή τεχνική εκτίμηση, αλλά αρκεί να περιορίζεται στους ουσιώδεις μόνο λόγους³⁷, προσφέροντας ένα μέσο ερμηνείας και επισημαίνοντας την εκάστοτε πολιτική επιλογή³⁸.

³⁰ ΠΕΚ 18.11.1992, Τ-16/91, Rendo κ. Επιτροπής, Συλλ. 1992, σελ. Π-02417

³¹ ΓΔ 16.12.2015, Τ-241/13 Ελληνική Δημοκρατία κ. Ευρωπαϊκής Επιτροπής, αδημοσ. στη Συλλ. βλ. T. Müller-Ibold, ο.π., σελ. 85

³² ΔΕΚ 13.3.1968, 5/67, Beus κ. Hauptzollamt München, Συλλ. 1968, σελ. 125' ΓΔ 22.4.2015, Τ-290/12 Δημοκρατία της Πολωνίας κ. Επιτροπής, αδημοσ. στη Συλλ. ΓΔ 12.6.2015, Τ-296/12 Health Food Manufacturers' Association κ.λπ. κατά Επιτροπής, αδημοσ. στη Συλλ. Δικαστήριο 10.9.2015, c-687/13 Fliesen-Zentrum Deutschland GmbH κατά Hauptzollamt Regensburg, αδημοσ. στη Συλλ.

³³ ΔΕΚ 1.12.1965, 16/65, Schwarze κ. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Συλλ. 1965, σελ. 1081' ΓΔ 13.5.2015, Τ-162/10 Niki Luftfahrt κατά Επιτροπής, αδημοσ. στη Συλλ.

³⁴ βλ. G. Le Tallec-C. D. Ehlermann, ο.π., σελ. 180

³⁵ ΔΕΚ 16.12.1963, 18/62, Barge κ. Ανωτατής Αρχής, Συλλ. 1963, σελ. 01005

³⁶ ΔΕΚ 13.3.1968, 5/67, Beus κ. Hauptzollamt München, Συλλ. 1968, σελ. 125' ΓΔ 22.4.2015, Τ-290/12 Δημοκρατία της Πολωνίας κ. Επιτροπής, αδημοσ. στη Συλλ.

³⁷ ΔΕΚ 11.1.1973, 13/72, Κάτω Χώρες κ. Επιτροπής, Συλλ. 1973, σελ. 00349, ΔΕΚ 18.3.1975, 78/74, Deuka κ. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Συλλ. 1975, σελ. 00143, ΔΕΚ

Όσον αφορά ιδίως τους εκτελεστικούς κανονισμούς³⁹, η αιτιολογία τους κρίθηκε επαρκής, εφόσον περιείχε ρητή παραπομπή στο βασικό κανονισμό και επέτρεπε τον εντοπισμό των κριτηρίων που ελήφθησαν υπόψη για τη θέσπισή τους⁴⁰. Επομένως δεν χρειαζόταν καμία ρητή αναφορά στη διάταξη του πρωτογενούς δικαίου, υπό τον όρο ότι ο εκτελεστικός κανονισμός στηριζόταν προφανώς στον κανονισμό βάσης.

Ιδιαίτερη κατηγορία κανονισμών θα μπορούσαν να θεωρηθούν οι κανονισμοί που προβλέπουν μέτρα αντιντάμπινγκ, καθώς εδώ παρά τη γενική φύση τους από άποψη μορφής και τύπου, προσιδιάζουν από άποψη περιεχομένου σε ατομικά μέτρα, μιας και επιφέρουν συχνά συγκεκριμένες και εξατομικευμένες συνέπειες. Εδώ καταλυτικό ρόλο διαδραματίζει όχι η νομική μορφή, αλλά ο κανονιστικός χαρακτήρας⁴¹. Πιο συγκεκριμένα, η αιτιολογία θα πρέπει να περιλαμβάνει το όνομα του εξαγωγέα και των θιγόμενων χωρών, περιγραφή των εμπορευμάτων καθώς και μια συνόψιση των σημαντικότερων περιστατικών από τα οποία προκύπτει η παραβίαση και η βλάβη⁴².

Τέλος στην αιτιολογία των κανονισμών δεν απαιτείται ρητή αναφορά στην αρχή της επικουρικότητας, όταν προκύπτει σαφώς ότι ελήφθη υπόψη. Θα πρέπει δηλαδή να διευκρινίζονται οι λόγοι για τους οποίους το όργανο εκτιμούσε ότι η δράση του ήταν σύμφωνη προς την αρχή αυτή, υπογραμμίζοντας ότι ο στόχος της δράσης του μπορούσε λόγω των διαστάσεών της να επιτευχθεί καλύτερα σε κοινοτικό επίπεδο παρά σε επίπεδο κρατών μελών⁴³.

2. Ατομικές αποφάσεις

Οι ατομικές αποφάσεις απαιτούν κατά κανόνα ακριβέστερη και λεπτομερέστερη αιτιολογία. Πρόκειται για αντίληψη που απαντάται στο σύνολο σχεδόν των εννόμων τάξεων των κρατών μελών και αντικατοπτρίζει τη μέριμνα για προστασία των συμφερόντων των διοικουμένων απέναντι στη δράση της δημόσιας διοίκησης. Ουσιαστικά από την αιτιολογία αυτή πρέπει να προκύπτουν όλα τα περιστατικά που άσκησαν επιρροή στην έκδοση της πράξης και έχουν σημασία για αυτήν. Η υποχρέωση για εμπειριστατωμένη αιτιολογία των ατομικών αποφάσεων επιτείνεται ιδίως στις δυσμενείς αποφάσεις⁴⁴, αυτές δηλαδή που συνεπάγονται επιβαρυντικά και έντονα⁴⁵ αποτελέσματα για τους αποδέκτες τους, χωρίς φυσικά από τη διαπίστωση αυτή να αντλείται εξ αντιδιαστολής επιχείρημα για τις ευνοϊκές πράξεις, οι οποίες υπόκεινται και αυτές με τη σειρά τους στην επιταγή αιτιολογίας.

Παραδείγματα εντατικότερης αιτιολογίας των ατομικών αποφάσεων αρύονται κατ' αρχήν από το χώρο του δικαίου του ανταγωνισμού και ιδίως από τον τομέα των συμπράξεων⁴⁶. Δεδομένου ότι με τη χορήγηση άδειας σύμπραξης επιχειρήσεων

22.1.1986,250/84,Eridania κ. Cassa conguaglio zuccheri,Συλλ.1986,σελ 117 Επίσης βλ. Krajewski/Rösslein σε E.Grabit/M.Hilf, ο.π.,σελ.6

³⁸βλ.Κ.Κόικας,ο.π.,σελ.8

³⁹βλ.Π.Στάγκος-Ε.Σαχπεκίδου,Δίκαιο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και της Ευρωπαϊκής Ένωσης,εκδ.Σάκκουλα,Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2000,σελ.206

⁴⁰ ΔΕΚ 14.1.1981,35/80,Denkavit κ. Produktschap voor zuivel,Συλλ.1981,σελ.00045, ΔΕΚ 20.9.1988, 203/86,Βασίλειο της Ισπανίας κ.Συμβουλίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων,Συλλ.1988,σελ.04563

⁴¹ βλ.Τ.Μüller-Ibold, ο.π.,σελ.91

⁴² ΔΕΚ 9.1.2003,C-76/00 Petrotub SA κ.Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως,Συλλ.2003,σελ.1-00079

⁴³ ΔΕΚ 13.5.1997,C-233/94 Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας κ.Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως,Συλλ.1997,σελ.1-02405

⁴⁴ βλ.Κ.Κόικας, ο.π.,σελ.9

⁴⁵ Για την ένταση της προσβολής ως κριτήριο βλ. Τ.Μüller-Ibold, ο.π.,σελ.102

⁴⁶ βλ. G.Le Tallec-C.D.Ehlermann, ο.π.,σελ.180

επέρχεται παρέκκλιση από τους κανόνες για την εύρυθμη λειτουργία της κοινής αγοράς που απαγορεύουν συμφωνίες και συμπράξεις(άρθρ.101ΣΛΕΕ), αναμενόμενο είναι οι απαιτήσεις αιτιολογίας να είναι αυξημένες. Έτσι η αιτιολογία της απόφασης που εγκρίνει και επιτρέπει τη σύμπραξη αξιολογείται αυστηρότερα από αυτή μιας απόφασης που αρνείται να δεχτεί τέτοια σύμπραξη.

Εντονότερη είναι η απαίτηση για αιτιολογία και στις ατομικές αποφάσεις με τις οποίες επιβάλλονται χρηματικές ποινές, όπου δεν δίνεται έμφαση τόσο στη λεπτομερή έκθεση των διαφόρων πραγματικών περιστατικών όσο στην επαρκή διευκρίνιση του τρόπου υπολογισμού των χρηματικών ποινών, χωρίς φυσικά να απαιτείται η παρουσίαση συγκεκριμένων μαθηματικών τύπων⁴⁷. Και πάλι βέβαια πρέπει να εκτίθεται με σαφήνεια και συνοχή το σκεπτικό στο οποίο στήριξε το όργανο(συνηθέστερα η Επιτροπή) την επιβολή του προστίμου.

Ταυτόχρονα και οι αποφάσεις που εμπίπτουν στη δράση της δημόσιας διοίκησης της Ένωσης και αφορούν το καθεστώς των υπαλλήλων υπάγονται σε αυξημένες απαιτήσεις αναφορικά με την αιτιολογία, μολονότι το άρθρ.25 του Κανονισμού(259/68) υπηρεσιακής κατάστασης των υπαλλήλων της Ένωσης που περιορίζει την υποχρέωση της αιτιολογίας μόνο στις δυσμενείς πράξεις ίσως αφήνει να εννοηθεί το αντίθετο. Είναι άλλωστε γνωστό ότι διάταξη του δευτερογενούς δικαίου δεν μπορεί να λειτουργεί περιοριστικά σε μια εγγύηση που επιβάλλεται από τη Συνθήκη. Φυσικά σε έναν τέτοιο τομέα πρέπει πάντα να συνυπολογίζονται και οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος και γενικά οι ιδιαιτερότητες της δημόσιας διοίκησης⁴⁸, χωρίς αυτό να δικαιολογεί τη λήψη οποιουδήποτε μέτρου⁴⁹. Εξάλλου, αποφάσεις που αφορούν την κατάσταση ενός υπαλλήλου επιδρούν συχνά και στα συμφέροντα τρίτου, τα οποία η αιτιολογία πρέπει να προστατεύει δεδομένης μάλιστα της κατά κανόνα μη συμμετοχής του τρίτου στην προηγηθείσα διοικητική διαδικασία.⁵⁰

Τέλος ιδιαίτερη σημασία αποκτά το περιεχόμενο της αιτιολογίας στις αποφάσεις με τις οποίες κατ' εφαρμογή αποφάσεων του Συμβουλίου βάσει του τίτλου V,κεφάλαιο 2 ΣΕΕ λαμβάνονται μέτρα κατά φυσικών ή νομικών προσώπων(«έξυπνες κυρώσεις», πχ κανονισμός 2580/2001 του Συμβουλίου για τη λήψη ειδικών περιοριστικών μέτρων κατά ορισμένων προσώπων και οντοτήτων με σκοπό την καταπολέμηση της τρομοκρατίας, ΕΕ L 344 της 28.12.2001),οπότε και η αιτιολογία πρέπει να αναφέρει την αναγκαιότητα λήψης των μέτρων και να εξηγεί τους λόγους ασφαλείας. Πιο συγκεκριμένα, απαιτείται μνεία όχι μόνο των νομίμων προϋποθέσεων εφαρμογής του κανονισμού αυτού, αλλά και των λόγων για τους οποίους το Συμβούλιο θεωρεί, κατά την άσκηση της διακριτικής του εξουσίας εκτίμησης, ότι πρέπει να ληφθεί ένα τέτοιο μέτρο έναντι του ενδιαφερομένου⁵¹.

Γ.Πορίσματα από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης

⁴⁷ ΠΕΚ 14.5.1998,Τ-225/94 Buchmann κ.Επιτροπής,Συλλ.1998,σελ.Π-00813,ΠΕΚ 14.5.1998,Τ-308/94 Cascades κ.Επιτροπής,Συλλ.1998,σελ.Π-00925

⁴⁸ βλ. Krajewski/Rösslein σε E.Grabitz/M.Hilf,ο.π.,σελ.7

⁴⁹ βλ. C.Hen, ο.π.,σελ.86

⁵⁰ βλ. T.Müller-Ibold,ο.π.,σελ.62,όπου επισημαίνεται ότι τέτοιες πράξεις δεν αιτιολογούνται,καθώς από τη μια είναι ευνοϊκές για τον αποδέκτη,ενώ από την άλλη δεν θίγουν άμεσα τον τρίτο ενδιαφερόμενο.

⁵¹ ΠΕΚ 11.7.2007,Τ-47/03 Sison κ.Συμβουλίου,Συλλ.2007,σελ.Π-73,ΠΕΚ 12.12.2006,Τ-228/02 Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran κ.Συμβουλίου της ΕΕ,Συλλ.2006,σελ.Π-4665, ΓΔ 30.4.2015, Τ-593/11 Al-Chihabi κατά Συμβουλίου, αδημοσ. στη Συλλ' ΓΔ 5.5.15, Τ-433/13Petropars Iran κ.λπ. κατά Συμβουλίου, αδημοσ. στη Συλλ.'

Το Δικαστήριο της Ένωσης(Δικαστήριο-πρώην ΔΕΚ- και Γενικό Δικαστήριο-πρώην ΠΕΚ-) είχε την ευκαιρία πολλές φορές να ασχοληθεί με ζητήματα περιεχομένου, έκτασης και ορίων της υποχρέωσης αιτιολογίας των νομικών πράξεων της Ένωσης. Η ενασχόληση αυτή είχε ως αποτέλεσμα τη διαμόρφωση ορισμένων κανόνων που με την πάροδο του χρόνου παγιώθηκαν και πλέον συμβάλλουν στην αξιολόγηση της επάρκειας κάθε αιτιολογίας, όποτε ανακύπτει σχετικό ζήτημα.

Ιδιαίτερη θέση στη νομολογία αυτή, κατέχει η διαπίστωση ότι σε περίπτωση απόφασης που αποτελεί έκφραση και συνέχεια πάγιας πρακτικής του ίδιου οργάνου, αρκεί η αιτιολογία να παραπέμπει στην πρακτική αυτή που πάντως θα πρέπει να έχει αποτελέσει αντικείμενο δημοσίευσης και άρα να είναι γνωστή στους ενδιαφερομένους⁵². Έτσι ελέγχεται το κατά πόσο οι νέες ρυθμίσεις εντάσσονται στο συστηματικό πλαίσιο μιας ήδη υφιστάμενης συνολικής ρύθμισης. Σε περίπτωση όμως που η ρύθμιση βαίνει παραπέρα από την καθιερωμένη πρακτική ή συνεπάγεται αλλαγή και διαφορετική εκτίμηση σε σχέση με αυτήν, το όργανο θα πρέπει να αιτιολογήσει αναλυτικά τους λόγους που το ώθησαν στην απομάκρυνση από την ακολουθούμενη τακτική.

Κατά τον έλεγχο της αιτιολογίας εκτιμάται επίσης η ενδεχόμενη γνώση των θιγομένων που συνήθως προκύπτει από τη συμμετοχή των τελευταίων στη διαδικασία παραγωγής της πράξης. Αυτό ισχύει τόσο όταν αποδέκτης της απόφασης είναι κράτος, οπότε και συνυπολογίζεται η ενδεχόμενη ενεργός συμμετοχή του στη διαδικασία επεξεργασίας της επίδικης πράξης και κατ' επέκταση η γνώση των λόγων που επέβαλαν την έκδοσή της, όσο και όταν πρόκειται για φυσικό ή νομικό πρόσωπο, οπότε αξιολογείται η συμμετοχή του στην προηγηθείσα διοικητική διαδικασία⁵³. Φυσικά κι εδώ η αιτιολογία θα πρέπει να διαθέτει ένα ελάχιστο περιεχόμενο, ώστε να διαφωτίζεται ο έστω και με τον προαναφερθέντα τρόπο «ενημερωμένος αποδέκτης»⁵⁴.

Ταυτόχρονα πρέπει να επισημανθεί ο στενός σύνδεσμος που υπάρχει μεταξύ της έκτασης της αιτιολογίας και του πεδίου ευχέρειας του αποφασίζοντος οργάνου. Γίνεται δεκτό ότι όσο μεγαλύτερο περιθώριο διακριτικής ευχέρειας διαθέτει το όργανο, τόσο λεπτομερέστερη και αναλυτικότερη πρέπει να είναι η αιτιολογία.⁵⁵ Δεδομένου ότι ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τη δράση του οργάνου, συνεπάγεται αναπόφευκτα πιο περιορισμένο έλεγχο εκ μέρους του δικαιοδοτικού οργάνου, η προστασία των συμφερόντων του ενδιαφερομένου μπορεί να επιτευχθεί μέσω μιας εκτενέστερης αιτιολογίας. Σε καμία περίπτωση δεν πρόκειται για έλεγχο ουσίας/σκοπιμότητας, απλώς διαπιστώνεται αν η διοίκηση υπερέβη τα ακραία όρια διακριτικής της ευχέρειας. Πάντως η σχέση αυτή μεταξύ αναλυτικότερης αιτιολογίας και ευρύτερου πεδίου εκτίμησης δεν γίνεται πάντα δεκτή⁵⁶.

⁵² ΔΕΚ 1.12.1965,16/65,Schwarze κ. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,Συλλ1965,σελ.1081

⁵³ ΔΕΚ 1.10.1998,C-233/96 Δανία κ.Επιτροπής,Συλλ.1998,σελ.Ι-5759

⁵⁴ Άλλωστε, ο ρόλος της αιτιολογίας δεν εξαντλείται μόνο στην προστασία του αποδέκτη,βλ.Α.Bleckmann, Europarecht,Das Recht der Europäischen Gemeinschaft,5.Auflage,Verlag Carl Heymanns,München 1990,σελ.115

⁵⁵ ΠΕΚ 17.2.2000, T-183/97 Micheli κά κ.Επιτροπής,Συλλ.2000,σελ.ΙΙ-00287,ΠΕΚ 14.12.2000,T-613/97 Ufex κά κ.Επιτροπής,Συλλ2000,σελ.ΙΙ-04055' ΓΔ 4.6.2015, T-376/13Versorgungswerk der Zahnärztekammer Schleswig-Holstein κατά ΕΚΤ, αδημοσ. στη Συλλ.

⁵⁶ βλ.Τ.Müller-Ibold,ο.π.,σελ.101

Σύμφωνα με πάγια νομολογία⁵⁷, το όργανο δεν υποχρεούται να λαμβάνει θέση, στο πλαίσιο της αιτιολόγησης των αποφάσεων, επί όλων των επιχειρημάτων που προβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι(ιδίως κατά τη διοικητική διαδικασία), αλλά κρίνεται επαρκές να εκθέτει τα πραγματικά περιστατικά και τις νομικές εκτιμήσεις που έχουν ουσιώδη σημασία για την οικονομία της απόφασης. Το ΔΕΕ δεν απαιτεί κανενός είδους διάλογο ανάμεσα στην Επιτροπή(κυρίως επί αποφάσεων ληφθέντων για την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού) και τον αποδέκτη της απόφασης, σε αντίθεση με τη νομολογία των δικαστηρίων στις ΗΠΑ⁵⁸.

Τέλος η αιτιολογία μπορεί να προσαρμόζεται στις τεχνικές και χρονικές συνθήκες ιδίως σε αποφάσεις επείγοντος χαρακτήρα, χωρίς βέβαια να εξαλείφεται πλήρως η σχετική υποχρέωση⁵⁹. Έστω και σύντομη αιτιολογία θα πρέπει να υπάρχει και σε αυτές τις περιπτώσεις. Παράλληλα, δεν επιβάλλεται η απόφαση να περιέχει ενημέρωση σχετικά με τα διαθέσιμα ένδικα βοηθήματα και άρα η αιτιολογία δεν κρίνεται ως ανεπαρκής για αυτόν το λόγο⁶⁰.

V. Τύπος της αιτιολογίας

Το άρθρ.296ΣΛΕΕ-όπως και οι προηγούμενες προβλέψεις του πρωτογενούς δικαίου(άρθρ.190 και 253)-δεν περιέχει κανένα στοιχείο αναφορικά με τη μορφή της αιτιολογίας. Ωστόσο από τη διατύπωση μπορεί ευκρινώς να προκύψει ότι κατά κανόνα η αιτιολογία μοιράζεται τη μορφή της πράξης στην οποία αναφέρεται, αφού οι δυο τους τελούν σε στενό συσχετισμό μεταξύ τους⁶¹.

Ήδη από πολύ νωρίς⁶² το Δικαστήριο είχε αποφανθεί για την αναγκαιότητα γραπτού τύπου της αιτιολογίας. Στο συμπέρασμα αυτό οδηγήθηκε λαμβάνοντας υπόψη τόσο τους σκοπούς της υποχρέωσης αιτιολογίας, οι οποίοι φαίνεται να αποκλείουν μια προφορική αιτιολόγηση όσο και τις γενικότερες επιταγές για ασφάλεια δικαίου. Πράγματι, ο έλεγχος του δικαστηρίου αλλά και η εξήγηση των λόγων δράσης του αποφασίζοντος οργάνου επιβάλλουν τη γραπτή αιτιολογία, πράγμα που καθίσταται ιδιαίτερα εμφανές στο χώρο του δημοσιοϋπαλληλικού δικαίου της Ένωσης⁶³. Παράλληλα επιτυγχάνεται η γνώση των τρίτων οι οποίοι προφανώς δεν θα μπορούσαν να ξέρουν τις εξηγήσεις που δόθηκαν προφορικά, ενώ διασφαλίζεται η συνέπεια της δράσης των οργάνων που στερούνται της δυνατότητας μεταβολής της αιτιολογίας κατά το δοκούν, επικαλούμενα λόγους που δεν έλαβαν υπόψη κατά την εκπόνηση της πράξης.

Η αιτιολογία θα πρέπει να εμφανίζεται ταυτόχρονα με την προς αιτιολόγηση πράξη⁶⁴, ώστε να αναδεικνύονται πράγματι οι λόγοι που άσκησαν επιρροή στην έκδοση της πράξης σε σχέση με αυτούς που απορρίφθηκαν, πράγμα που εξυπηρετεί τη σαφήνεια, και ώστε ταυτόχρονα να αποφεύγονται τακτικές χειραγώγησης και στήριξης της αιτιολογίας σε λόγους που εμφανίστηκαν αργότερα, πράγμα που εξυπηρετεί την ασφάλεια δικαίου. Αυτό ωστόσο δεν απαγορεύει τη μεταγενέστερη θεραπεία από το όργανο μιας ελλείπουσας αιτιολογίας πριν την έγερση της αγωγής.

⁵⁷ ΠΕΚ 24.2.1992,Τ-44/90 La Cinq κ.Επιτροπής,Συλλ.1992,σελΙΙ-00001,ΠΕΚ 24.1.1995,Τ-114/92 BEMIM κ.Επιτροπής,Συλλ.1995,σελ.ΙΙ-00147

⁵⁸ βλ. Krajewski/Rösslein σε E.Grabitz/M.Hilf,ο.π.,σελ.7

⁵⁹ βλ. T.Müller-Ibold,ο.π.,σελ.72

⁶⁰ ΔΕΚ 5.3.1999, C-153/98P Guérin automobiles EURL κ.Επιτροπής,Συλλ.1999,σελΙ-1441

⁶¹ βλ. J.Schwarze,European administrative law, Sweet&Maxwell,Brussels-Luxembourg 1992,σελ.1405

⁶² ΔΕΚ 5.5.1966, C-18/65 Gutmann κ.Επιτροπής,Συλλ.1966,σελ.00261

⁶³ βλ. T.Müller-Ibold,ο.π.,σελ.75

⁶⁴ ΓΔ 5.11.2014, Τ-307/12, Mayaleh κατά Συμβουλίου, αδημοσ. στη Συλλ.

Η δυνατότητα αυτή βέβαια αναγνωρίζεται κάτω από συγκεκριμένες προϋποθέσεις και σε συγκεκριμένα πλαίσια⁶⁵.

Τέλος η αιτιολογία συνήθως ενσωματώνεται στο ίδιο έγγραφο με τη νομική πράξη με τη μορφή προοιμίου⁶⁶. Ωστόσο ο κανόνας αυτός δεν είναι χωρίς εξαιρέσεις, με αποτέλεσμα να θεωρείται επιτρεπτή και αιτιολογία «κατά παραπομπή». Με άλλα λόγια, το όργανο μπορεί να αναφερθεί ρητώς ή έμμεσα σε καταστάσεις και γνώσεις των αποδεκτών ιδίως από προηγούμενες αποφάσεις στον ίδιο τομέα ρύθμισης, με την προϋπόθεση ότι πρόκειται για αποφάσεις προσβάσιμες στους αποδέκτες που εμφανίζουν μια σχετική ομοιότητα πραγματικών και νομικών στοιχείων. Επίσης ενδέχεται να ληφθούν υπόψη συνοδευτικά έγγραφα και πληροφορίες για την αξιολόγηση της αιτιολογίας. Άλλωστε ο χωρισμός της νομικής πράξης από την αιτιολογία είναι δυνατός μόνο όταν ο κύκλος των αποδεκτών είναι μικρός και γνωστός στην Επιτροπή, αφού στα γενικά μέτρα δυνατότητα γνώσης της αιτιολογίας υπάρχει μόνο μέσω της ενσωμάτωσής της στην επίμαχη πράξη⁶⁷.

VI. Συνέπειες της παράβασης της υποχρέωσης αιτιολογίας

Δεδομένου ότι η αιτιολογία συνιστά ουσιώδη τύπο της πράξης, η παντελής έλλειψη της καθώς και η ανεπάρκειά της μπορούν να οδηγήσουν σε ακύρωση της πράξης για παράβαση ουσιώδους τύπου κατά το άρθρ.263ΣΛΕΕ. Στην έννοια της ανεπαρκούς αιτιολογίας εμπίπτει τόσο η ποσοτικά ελλιπής(αυτή που δεν αναφέρει τον κανόνα στον οποίο στηρίζεται ή απλώς τον επαναλαμβάνει ή αυτή από την οποία λείπουν ουσιώδεις σκέψεις ιδίως μέσω γενικοτήτων που δεν προσιδιάζουν στην υπό κρίση περίπτωση ή αυτή που απλώς απαριθμεί περιληπτικά τους λόγους) όσο και η ποιοτικά ελλιπής(αυτή που παρουσιάζει συγκεχυμένα και με ασάφεια τους λόγους ή αυτή που περιέχει αντιφατικούς σε σχέση με προηγούμενους ή με την ίδια την πράξη λόγους)⁶⁸. Στο σημείο αυτό πρέπει να υπογραμμιστεί ότι είναι κάτι διαφορετικό η ύπαρξη σφάλματος στην αιτιολογία που έγκειται σε πλάνη του οργάνου ή λανθασμένων εκτιμήσεων του αναφορικά με το περιεχόμενο και η οποία συνεπάγεται παραβίαση όχι του 296ΣΛΕΕ, στο οποίο προβλέπεται η αιτιολογία ως τύπος, αλλά άλλων ουσιαστικών διατάξεων της Συνθήκης(αφορά δηλαδή την ουσιαστική νομιμότητα της πράξης)⁶⁹.

Ο έλεγχος της αιτιολογίας γίνεται αυτεπαγγέλτως⁷⁰ από το ΔΕΕ και χωρίς σχετικό αίτημα των διαδίκων. Η παραβίαση της υποχρέωσης αιτιολογίας συνεπάγεται την ακυρότητα της επίμαχης πράξης. Μόνο στην απόφαση Société des usines à tubes κ.Ανωτάτης Αρχής⁷¹ το ΔΕΚ έκανε λόγο για ανύπαρκτη πράξη λόγω της έλλειψης αιτιολογίας. Βέβαια, έχει διατυπωθεί η άποψη ότι μόνο η ουσιώδης παράβαση θα πρέπει να οδηγεί σε ακυρότητα της πράξης⁷², πράγμα που κρίνεται αμφισβητήσιμο, μιας και η παράβαση της υποχρέωσης αιτιολογίας δύσκολα μπορεί να σχετικοποιηθεί. Το πιθανότερο είναι να μην υφίσταται καν προσβολή της υποχρέωσης αιτιολογίας(πχ

⁶⁵ βλ. T.Müller-Ibold, ο.π., σελ 77

⁶⁶ Για τις διάφορες διατυπώσεις ανάλογα με το ακολουθούμενο(γαλλικό ή γερμανικό)πρότυπο βλ. C.Hen, ο.π., σελ.52

⁶⁷ βλ. T.Müller-Ibold, ο.π., σελ 79

⁶⁸ βλ. Krajewski/Rösslein σε E.Grabitz/M.Hilf, ο.π., σελ.9

⁶⁹ ΠΕΚ 7.11.1997, T-84/96 Cipeke κ.Επιτροπής, Συλλ.1997, σελ.ΠΙ-02081, Δικαστήριο 14.10.2010, C-280/08 P Deutsche Telekom κ. Commission, Συλλ.2010

⁷⁰ ΔΕΚ 7.7.1981, 158/80, Rewe κ.Hauptzollamt Kiel, Συλλ.1981, σελ.01805

⁷¹ ΔΕΚ 10.12.1957, 1/57 & 14/57 Société des usines à tubes κ.Ανωτάτης Αρχής, Συλλ.1957, σελ.00167

⁷² βλ. T.Müller-Ibold, ο.π., σελ 113

σε περίπτωση ορθογραφικών λαθών ή γλωσσικών ανακρίβειών). Πάντως η παράβαση της υποχρέωσης αιτιολογίας δεν συνεπάγεται εξωσυμβατική ευθύνη της Ένωσης⁷³. Εξάλλου, αντί για την ακύρωση, ενδέχεται το ΔΕΕ ιδίως στην περίπτωση χρηματικών προστίμων να προβεί σε μείωση του ποσού, συνυπολογίζοντας την ένταση της παράβασης. Τέλος, η ακύρωση της πράξης αποκλείεται στην περίπτωση που, ελλείψει εναλλακτικών, η πράξη θα έπρεπε να εκδοθεί εκ νέου, καθώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον.

Όσον αφορά την επιγενόμενη θεραπεία, ενώ το ΔΕΚ αρχικά φαινόταν ότι είχε αποδεχθεί τέτοια δυνατότητα⁷⁴, στη συνέχεια θεώρησε ότι η έλλειψη αιτιολογίας δεν μπορεί να καλυφθεί κατά την ενόπιόν του διαδικασία. Με άλλα λόγια, ενώ μπορεί να συμπληρωθεί και να εξειδικευθεί-χωρίς φυσικά να προστίθενται νέοι λόγοι-μετά την άσκηση προσφυγής μια αιτιολογία που ήδη πληροί τους όρους του 296ΣΛΕΕ, δεν ισχύει το ίδιο για την εξυπαρχής ανεπαρκή αιτιολογία.

VII. Συμπεράσματα

Γίνεται αντιληπτό ότι η υποχρέωση αιτιολογίας των πράξεων των οργάνων της Ένωσης χάρη στην εκτεταμένη επεξεργασία της από το ΔΕΕ και μέσα από τις ποικίλες θεωρητικές προσεγγίσεις της κατορθώνει να επιτελέσει αποτελεσματικά το ρόλο της ως εγγυητής της νομιμότητας και του κράτους δικαίου στο πεδίο δράσης της Ένωσης, συμβάλλοντας στην προστασία των συμφερόντων των πολιτών και στην ελαχιστοποίηση κρουσμάτων κακοδιαχείρισης και παρανομίας των οργάνων. Έτσι εμπεδώνεται η προσήλωση σε αξίες κοινές στα νομικά συστήματα των κρατών μελών, όπως η αμερόληπτη και χρηστή διοίκηση.

Όσον αφορά ιδίως τους κανόνες αναφορικά με το περιεχόμενο της αιτιολογίας, αυτοί κρίνονται συνεπείς προς τις γενικότερες τάσεις που απαντώνται στα δίκαια των κρατών μελών, χωρίς βέβαια να παραβλέπουν τις ιδιαιτερότητες της ευρωπαϊκής έννομης τάξης και τα θεμέλια στα οποία αυτή στηρίζεται. Καταλυτικός στη διαμόρφωση και παγίωσή τους υπήρξε για άλλη μια φορά ο ρόλος του ΔΕΕ, το οποίο κατόρθωσε να εξειδικεύσει και να δώσει πνοή στη θεσπιζόμενη από το πρωτογενές δίκαιο επιταγή και να την αναγάγει σε ακρογωνιαίο λίθο του συστήματος δράσης των οργάνων.

Παρά την ιδιαίτερα μακρά-από χρονική άποψη-ενασχόληση με το ζήτημα της αιτιολογίας, αυτό παραμένει πάντα επίκαιρο και δεκτικό νέων προσεγγίσεων ενόψει των εξελισσόμενων συνθηκών. Είναι άλλωστε χαρακτηριστικό ότι η επίκληση ελαττωμάτων της αιτιολογίας αποτελεί συνήθη ισχυρισμό κάθε θιγομένου από πράξη των οργάνων της Ένωσης, συχνά μάλιστα και το βασικό άξονα επιχειρηματολογίας του. Ίσως έτσι επιβεβαιώνεται η διαπίστωση ότι συχνά τα θεμέλια μιας πράξης είναι για τους πολίτες πιο σημαντικά από την ίδια την πράξη.

⁷³ ΔΕΚ 15.11.1982,106/81 Kind κ.ΕΟΚ,Συλλ1982,σελ02885

⁷⁴ ΔΕΚ 1.12.1965,16/65 Schwarze κ. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,Συλλ.1965,σελ00191

ΟΙ ΣΧΕΣΕΙΣ ΚΡΑΤΟΥΣ -ΟΙΚΟΥΜΕΝΙΚΟΥ ΠΑΤΡΙΑΡΧΕΙΟΥ ΩΣ ΙΔΙΑΙΤΕΡΗ ΠΤΥΧΗ ΤΗΣ ΣΥΝΑΡΤΗΣΗΣ ΚΡΑΤΟΥΣ -ΕΚΚΛΗΣΙΑΣ ΚΑΤΑ ΤΟ ΕΛΛΗΝΙΚΟ ΣΥΝΤΑΓΜΑ ΚΑΙ ΤΟ ΕΙΔΙΚΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΩΝ ΜΗΤΡΟΠΟΛΕΩΝ ΔΩΔΕΚΑΝΗΣΟΥ

Μιχαήλ Θ. Παπαγεωργίου, Δικηγόρος, Υπ. Διδάκτωρ Συνταγματικού &
Διοικητικού Δικαίου Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π. Αθηνών

1. Σχέσεις Κράτους -Εκκλησίας από την ίδρυση του Ελληνικού Κράτος μέχρι σήμερα.

Το ζήτημα των σχέσεων κράτους και εκκλησίας στην Ελλάδα ακολουθεί τα τελευταία 195 χρόνια από την έναρξη της Επανάστασης του 1821 μέχρι και σήμερα διάφορες διακυμάνσεις. Υπάρχουν περίοδοι έντασης, αλλά και αγαστής συνεργασίας. Πολλές φορές οι συγκρούσεις κυριαρχούν ακόμα και στο πολιτικό σκηνικό με κοινωνικές και ιδεολογικές διαστάσεις. Ενώ σε περιόδους ηρεμίας οι προβληματισμοί περιορίζονται σε θεολογικά και ιστορικά ζητήματα. Η έναρξη του εθνικοαπελευθερωτικού αγώνα το 1821, επέφερε τη διακοπή της επικοινωνίας μεταξύ των εκκλησιαστικών επαρχιών των επαναστατημένων περιοχών και του Οικουμενικού Πατριαρχείου. Οι προσπάθειες του Ιωάννη Καποδίστρια για την αποκατάσταση των σχέσεων αυτών διακόπηκαν με τη δολοφονία του Κυβερνήτη. Η διοίκηση των ελληνικών εκκλησιαστικών πραγμάτων εκείνη την περίοδο ασκούνταν στην ουσία από το «Μινιστέριο» (Υπουργείο) της Θρησκείας. Από το 1829 και μετά, τις σχετικές αρμοδιότητες συνέχισε να ασκεί ειδική κρατική υπηρεσία, υπό την ονομασία «Γραμματεία επί των Εκκλησιαστικών και της Δημοσίου Παιδείας».¹

Το σύνολο των συνταγματικών ελληνικών κειμένων, τόσο της επαναστατικής, όσο και της μετέπειτα περιόδου, περιείχαν διατάξεις που αναγνώριζαν με επίσημη διατύπωση την Ανατολική Ορθόδοξη Εκκλησία ως «Επικρατούσα» στη χώρα μας. Ωστόσο, τα ίδια κείμενα, διαπνεόμενα από φιλελεύθερο πνεύμα, προέβλεπαν με πανηγυρικό επίσης τρόπο, κατοχύρωση και προστασία της θρησκευτικής ελευθερίας, με ελεύθερη τέλεση της λατρείας των όποιων άλλων δογμάτων ή θρησκευμάτων, υπό την εγγύηση των κρατικών αρχών. Παρά το γεγονός, ότι η αυτόβουλη ανεξαρτητοποίηση της Ελλαδικής Εκκλησίας από το Οικουμενικό Πατριαρχείο συνιστούσε κανονική εκτροπή, δεν ήταν λίγοι εκείνοι που υποστήριζαν ότι κάτι τέτοιο, αν και εκκλησιαστικό ατόπημα, επιβαλλόταν από λόγους έκτακτων πολιτικών συνθηκών, που συνδέονταν με την εθνική επιβίωση και ανεξαρτησία των μόλις απελευθερωμένων περιοχών.² Στο ίδιο μήκος κύματος ήταν και οι αντιλήψεις του τριμερούς Συμβουλίου Αντιβασιλέων του Όθωνα. Πιο συγκεκριμένα, ο βαυαρός καθηγητής της Νομικής Σχολής του Μονάχου και αρμόδιος της Αντιβασιλείας επί εκκλησιαστικών θεμάτων Λουδοβίκος φον Μάουρερ, υποστήριζε μία πολιτειοκρατική εκδοχή των σχέσεων μεταξύ κράτους και εκκλησίας,

¹ Ε. Κωνσταντινίδης, Ιωάννης Καποδίστριας και η εκκλησιαστική του πολιτική, 1977, σελ.11

² Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο(Θεωρία- Νομολογία), 2013,σελ.58

που όμως στην ουσία καθιστούσε την Εκκλησία οργανική προέκταση του Κράτους. Ο Μάουρερ σε συνεργασία με εκκλησιαστικούς και πολιτικούς παράγοντες διαμόρφωσε το πλαίσιο λειτουργίας της Εκκλησίας στο νέο Κρατικό μόρφωμα της τότε Ελλάδας, έτσι και εκπόνησε το Διάταγμα της 23 Ιουλίου/4 Αυγούστου 1833: «Διακηρύξεως περί της ανεξαρτησίας της Ελληνικής Εκκλησίας». Με το κείμενο αυτό, η Ελληνική Εκκλησία ανακηρυσσόταν «αυτοκέφαλος και ανεξάρτητος από πάσης άλλης εξουσίας», διατηρώντας απλώς δογματική ενότητα με τις υπόλοιπες ορθόδοξες εκκλησίες.³

Η Σύνοδος της Εκκλησίας τελούσε «υπό την κυριαρχίαν του Βασιλέως» (αν και ο Όθωνας ήταν Ρωμαιοκαθολικός) και καμία απόφαση της Συνόδου δεν είχε ισχύ αν δεν επικυρώνονταν από την κυβέρνηση. Η Ελλαδική Εκκλησία μπορεί από την μία να πέτυχε το σκοπό της και να αυτονομήθηκε από το Πατριαρχείο που βρίσκονταν στην καρδιά του Οθωμανικού κράτους, αλλά πλέον είχε καταστεί υποχείριο πολιτικών συμφερόντων της εκάστοτε ηγεσίας του νεοσύστατου Ελληνικού κράτους. Μερική λύση στο όλο ζήτημα επέφερε η έκδοση του Πατριαρχικού και Συνοδικού Τόμου της 29^{ης} Ιουνίου 1850, νομοκανονικό κείμενο με το οποίο το Οικουμενικό Πατριαρχείο ανακήρυξε Αυτοκέφαλη την Εκκλησία της Ελλάδος, θέτοντας απλώς ορισμένους όρους ως προς τον ειδικότερο τρόπο διοίκησης της. Ακολούθησε το έτος 1852 η ψήφιση των δύο πρώτων καταστατικών χαρτών της Αυτοκέφαλης Εκκλησίας της Ελλάδος, ειδικότερα των Νόμων Σ', «Περί επισκοπών και περί του υπό τους επισκόπους τελούντος κλήρου» και ΣΑ', «Νόμος Καταστατικός της Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος». Σε εφαρμογή των ρυθμίσεών τους, η έντονη πολιτειοκρατία υποχώρησε, προς όφελος μίας μεγαλύτερης αυτοδιοίκησης της ελλαδικής εκκλησίας, αφού πλέον τα μέλη της Συνόδου δεν διορίζονταν από την Κυβέρνηση αλλά καλούνταν κάθε χρόνο κατά τη σειρά της αρχαιότητάς τους στην αρχιεροσύνη.

Η δημόσια παρουσία της Εκκλησίας κατά τις πρώτες δεκαετίες του 20^{ου} αιώνα σημαδεύτηκε από την ενεργό συμμετοχή της στα πολιτικά πράγματα, που οδήγησαν αργότερα ακόμα και στον εθνικό διχασμό μεταξύ βασιλικών και φιλελευθέρων (1917). Τα γεγονότα της περιόδου αυτής είχαν μεταξύ άλλων ως αντίκτυπο ακόμα και την καθαίρεση και αντικατάσταση του Αρχιεπισκόπου, και πολλών άλλων Επισκόπων-Μητροπολιτών, καταδεικνύοντας με τον πιο ξεκάθαρο τρόπο ότι οι εκκλησιαστικές πράξεις ξέφευγαν από την πνευματική και κοινωνική τους λειτουργία και ταυτίζονταν με πολιτικές και κομματικές έριδες. Ο νέος «Καταστατικός Νόμος» που ψηφίστηκε το 1923, καθιέρωσε την Ιερά Σύνοδο της Ιεραρχίας ως ανώτατο διοικητικό όργανο της Αυτοκέφαλης Εκκλησίας της Ελλάδος, θεσπίζοντας συνοδικό σύστημα διοίκησης και ορίζοντας, στο ίδιο πλαίσιο, την απευθείας εκλογή των Επισκόπων από την Σύνοδο. Με αυτόν το καταστατικό χάρτη και τυπικά ο Μητροπολίτης Αθηνών μετονομάστηκε σε Αρχιεπίσκοπο « Αθηνών και Πάσης Ελλάδος», ενώ οι τοπικοί Επίσκοποι σε Μητροπολίτες.⁴

Η μεταπολεμική περίοδος χαρακτηρίστηκε από πληθώρα αυθαίρετων επεμβάσεων της πολιτείας στα εσωτερικά της εκκλησίας. Ορισμένες από αυτές ήταν τόσο βίαιες και απροκάλυπτες, ξεπερνώντας τα όρια κάθε πολιτειοκρατικής λογικής, εξυπηρετώντας ωστόσο σκοπιμότητες συγκεκριμένων ανώτατων κληρικών. Από το

³ Ch. Frazee, Ορθόδοξος Εκκλησία και Ελληνική Ανεξαρτησία(1821-1852), σελ. 161, από Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο(Θεωρία- Νομολογία), 2013,59-60

⁴ Θ. Τσιρώνης, Εκκλησία Πολιτευόμενη : Ο πολιτικός λόγος και ρόλος της Εκκλησίας της Ελλάδος 1913-1941, 2010, σελ.67-70

χρονικό των πολυάριθμων (εμφανών και αφανών) επεμβάσεων, αξίζει εδώ να μνημονευθεί ο διορισμός από τη στρατιωτική χούντα (1967-1973) πλειάδας αρχιερέων ως μελών της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου, ακόμα και νέου Αρχιεπισκόπου (Ιερώνυμος Α' Κοτσώνης) οι οποίοι παρείχαν, σε ουκ ολίγες περιπτώσεις, την απαραίτητη ιδεολογική-πνευματική «νομιμοποίηση» που είχε ανάγκη η δικτατορία των συνταγματαρχών από την πλευρά της Εκκλησίας για την επιβολή της στην κοινωνία.⁵ Μετά την μεταπολίτευση, από το 1974 μέχρι και σήμερα η σχέση κράτους-εκκλησίας θα χαρακτηρίζονταν ως «διακριτική» με ελάχιστες συγκρούσεις, όπως το παράδειγμα του «Νόμου Τρίτη», Ν. 1700/1987 με την αντισυνταγματική δήμηση της μοναστηριακής περιουσίας και το 2001 ως προς την αναγραφή του θρησκευόμενου στις πολιτικές ταυτότητες. Οι δύο αυτές συγκρούσεις, παρά την μεγάλη διάσταση που προκάλεσαν αρχικώς, τελικώς ελαχιστοποιήθηκαν κατά κανόνα μετά από παρέμβαση του τρίτου πόλου εξουσίας στην Ελληνική Πολιτεία, της Δικαστικής Λειτουργίας με μία σειρά δικαστικών αποφάσεων.⁶

2.Είδη διάκρισης Κράτους -Εκκλησίας στην Ελλάδα

Το πολιτειοκρατικό σύστημα- «Νόμω Κρατούσης Πολιτείας»

Στα πολιτειοκρατικά συστήματα το Κράτος επεμβαίνει στα εσωτερικά της Εκκλησίας και ρυθμίζει όχι μόνο θέματα της διοίκησής της, αλλά, σύμφωνα με ορισμένες εκδοχές της πολιτειοκρατίας, και πνευματικά θέματα. Η κοσμική εξουσία καθίσταται εγγυητής της πίστης, παράγοντας αναπαραγωγής και συντήρησης της θρησκευτικής κοσμοθεωρίας. Στα συστήματα αυτά, η πολιτειακή επέμβαση ποικίλλει ως προς το είδος, ως προς τον τρόπο αλλά και ως προς την ένταση, με την απόλυτη υποταγή εκκλησίας να αναφέρεται ως «καισαροπαπισμός» και την ήπια επικράτηση του κράτους ως «νόμω κρατούσης πολιτείας»⁷ που υφίσταται και στη χώρα μας.

Στο σύστημα αυτό, που θεωρείται ισχύον⁸ και στη χώρα μας ήδη από το 1833⁹, η θρησκεία που εκπροσωπεί τη πλειονότητα του πληθυσμού αναγνωρίζεται από τον νομοθέτη ως επικρατούσα. Η «κρατούσα» Εκκλησία-Θρησκευτική Οντότητα, καθίσταται ιδιότυπο τμήμα του κρατικού μηχανισμού, καθώς οι οργανωτικές της μορφές αποτελούν νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου και χρηματοδοτούνται από τον κρατικό προϋπολογισμό. Οι αποφάσεις των οργάνων της, κατά το μέρος που αφορούν σε θέματα διοίκησής της, αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις και προσβάλλονται στα κοσμικά δικαστήρια. Το Κράτος επεμβαίνει με νόμους στην οργάνωση των διοικητικών της θεσμών υπό την επιφύλαξη του σεβασμού των δογματικών της κανόνων.¹⁰ Οι εκκλησιαστικοί κανόνες εφαρμόζονται μόνο στο εσωτερικό της Εκκλησίας, υπό την προϋπόθεση ότι δεν έρχονται σε αντίθεση με τους κανόνες δημόσιας τάξης της Πολιτείας. Είναι προφανές, πάντως, ότι οι επεμβάσεις της Πολιτείας στη διοίκηση της

⁵ David Close, «Ελλάδα 1945-2004, Πολιτική-Κοινωνία-Οικονομία», 2006, σελ. 336 από από Κ. Παπαγεωργίου, Εκκλησιαστικό Δίκαιο (Θεωρία- Νομολογία), 2013, σελ. 65

⁶ Ε. Βενιζέλος, Οι Σχέσεις Κράτους -Εκκλησίας, 2000, σελ. 16-19

⁷ Μ. Σταθόπουλος, Σχέσεις Πολιτείας και Εκκλησίας, 1993, σελ. 12

⁸ Κ. Μαυριάς, Συνταγματικό Δίκαιο, 2005, σελ. 817-818, 824-825

⁹ Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ. 55

¹⁰ Π. Δημητρακόπουλος, Κράτος- Εκκλησία: Μια Δύσκολη Σχέση, 2001, σελ. 32

Εκκλησίας καθιστούν σχετική την ελευθερία αυτοδιοίκησής της. Αυτό όμως, είναι και το τίμημα της προνομιακής της μεταχείρισης.

Το σύστημα διάκρισης της «ομοταξίας».

Στο καθεστώς της ομοταξίας, η νομική θέση της Εκκλησίας, τα δικαιώματα που απολαμβάνει στο πλαίσιο της έννομης τάξης καθώς και το πεδίο συνεργασίας του κρατικού οργανισμού με την εκκλησιαστική διοίκηση ρυθμίζονται με "Συμφωνίες". Το καθεστώς των Συμφωνιών, οι οποίες συνάπτονται κυρίως σε χώρες με έντονη επιρροή της ρωμαιοκαθολικής Εκκλησίας, απορρέει από την ανάγκη διασφάλισης της διάκρισης θρησκείας-κράτους και διαφύλαξης της αυτοδιοίκησης των θρησκευτικών κοινοτήτων. Υποστηρίζεται ότι ένα οιονεί ή απόλυτο καθεστώς ομοταξίας¹¹ αναγνωρίζεται και στην Ελλάδα¹² με τη σύμπραξη που απαιτείται από το Σύνταγμα μεταξύ Ελληνικής Πολιτείας και Οικουμενικού Πατριαρχείου, για τη ρύθμιση του καθεστώτος του Αγίου Όρους (άρθρο 105) αλλά και για το εκκλησιαστικό καθεστώς Κρήτης (Ν.4149/1961 Άρθρο 137) και Δωδεκανήσου (άρθρο 3 παρ.2 του Συντάγματος και άρθρα 1 αριθμ.5,39παρ. 8,Ν.590/1977). Σύμφωνα με την ίδια γνώμη, οι αναφορές του συνταγματικού νομοθέτη στον Πατριαρχικό Τόμο του 1850, με τον οποίο αναγνωρίστηκε το αυτοκέφαλο της Εκκλησίας της Ελλάδας από το Πατριαρχείο, και στη Συνοδική Πράξη του 1928, με την οποία παραχωρήθηκαν «επιτροπικώς» στην Εκκλησία της Ελλάδας οι Μητροπόλεις των Νέων Χωρών, παραπέμπουν στην (τετελεσμένη) σύμπραξη-συναλληλία-ομοταξία¹³ του Οικουμενικού Πατριαρχείου και Ελληνικού Κράτους όσον αφορά τον τρόπο διοίκησής της.

3.Οι σχέσεις Κράτους - Εκκλησίας κατά το Ελληνικό Σύνταγμα- Άρθρο 3

Για να παρουσιαστούν οι σχέσεις Κράτους-Εκκλησίας σήμερα ,είναι βασικό η προσέγγιση να ξεκινήσει από το ίδιο το γράμμα του νόμου και κυρίως από τον θεμελιώδη νόμο του Κράτους που είναι το Σύνταγμα. Το άρθρο 3 του Συντάγματος ορίζει τα εξής.¹⁴

«1.Επικρατούσα θρησκεία στην Ελλάδα είναι η θρησκεία της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας του Χριστού. Η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδας, που γνωρίζει κεφαλή της τον Κύριο ημών Ιησού Χριστό, υπάρχει αναπόσπαστα ενωμένη δογματικά με τη Μεγάλη Εκκλησία της Κωνσταντινούπολης και με κάθε άλλη ομόδοξη Εκκλησία του Χριστού, τηρεί απαρασάλευτα, όπως εκείνες, τους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και τις ιερές παραδόσεις. Είναι αυτοκέφαλη, διοικείται από την Ιερά Σύνοδο των εν ενεργεία Αρχιερέων και από τη Διαρκή Ιερά Σύνοδο που προέρχεται από αυτή και συγκροτείται όπως ορίζει ο Καταστατικός Χάρτης της Εκκλησίας, με τήρηση των διατάξεων του Πατριαρχικού Τόμου της κθ' (29) Ιουνίου 1850 και της Συνοδικής Πράξης της 4^{ης} Σεπτεμβρίου 1928.

2.Το εκκλησιαστικό καθεστώς που υπάρχει σε ορισμένες περιοχές του Κράτους δεν αντίκειται στις διατάξεις της προηγούμενης παραγράφου.

3.Το κείμενο της Αγίας Γραφής τηρείται αναλλοίωτο. Η επίσημη μετάφρασή του σ' άλλο γλωσσικό τύπο απαγορεύεται χωρίς την έγκριση της Αυτοκέφαλής Εκκλησίας της Ελλάδας και της Μεγάλης του Χριστού Εκκλησίας στη Κωνσταντινούπολη.»

¹¹ Μ. Σταθόπουλος, Σχέσεις Πολιτείας και Εκκλησίας ,1993, σελ. 13

¹² Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ. 55

¹³ Κ. Μαυριάς, Συνταγματικό Δίκαιο ,2005, σελ. 807 και 816-817

¹⁴ Α.Δερβιτσιώτης, Το Σύνταγμα της Ελλάδας,2008,σελ. 2

Συναφείς με τα εκκλησιαστικά ζητήματα ρυθμίσεις που δομούν το θρησκευτικό πλαίσιο του κράτους, περιλαμβάνουν και οι διατάξεις των συνταγματικών άρθρων 13 (δικαίωμα της θρησκευτικής ελευθερίας), 18 παρ. 8 (προστασία της περιοσίας των πρεσβυγενών πατριαρχείων, που βρίσκεται στην Ελλάδα), 16 παρ.2(αναγορεύεται σκοπός της παιδείας και η ανάπτυξη θρησκευτικής συνείδησης), 72παρ. 1 (αρμόδια η ολομέλεια της Βουλής για την ψήφιση νόμων με εκκλησιαστικό περιεχόμενο), 105 (καθεστώς της Μοναστικής Πολιτείας του Αγίου Όρους).¹⁵

Ως προς το εννοιολογικό περιεχόμενο του όρου «Επικρατούσα θρησκεία»¹⁶, η κρατούσα γνώμη υποστηρίζει ότι αποτελεί απλή διακήρυξη περί του ότι οι Έλληνες είναι, κατά την συντριπτική τους πλειοψηφία, χριστιανοί ορθόδοξοι, δηλαδή πρόκειται για απλή διαπίστωση ενός ιστορικού γεγονότος.¹⁷ Έτσι με αυτήν την άποψη, ο συνταγματικός όρος «επικρατούσα θρησκεία»¹⁸ έχει περιγραφικό και όχι κανονιστικό χαρακτήρα, ως επιβεβλημένη τιμή στη θρησκεία που συνέβαλλε στη διαμόρφωση του σύγχρονου ελληνικού πολιτισμού.¹⁹ Αυτή η ερμηνευτική προσέγγιση εξ άλλου καταδεικνύεται και από τα ίδια τα πρακτικά των συνεδριάσεων των επίτροπων επί του Συντάγματος του 1975.Ο Συνταγματικός διαχωρισμός των δύο θεσμών και η «χαλάρωση» πλέον των σχέσεων διαφαίνεται στις παρακάτω διατάξεις:

- Οι σχέσεις Πολιτείας και Εκκλησίας βρίσκονται, για πρώτη φορά στο τρίτο και όχι στο πρώτο άρθρο του Συντάγματος.

- Ο Πρόεδρος της δημοκρατίας, ως ο ανώτατος άρχοντας της Πολιτείας, δεν απαιτείται να είναι πλέον χριστιανός ορθόδοξος (όπως όφειλε να είναι παλαιότερα ο Βασιλέας: άρθ. 47, 51-52 Συντ. 1952). Κατά την ορκωμοσία του Προέδρου της Δημοκρατίας ενώπιον της Βουλής δεν παρευρίσκεται η Ιερά Σύνοδος, ενώ ο ίδιος δεν υπόσχεται, πλέον, να προστατεύει την επικρατούσα θρησκεία (άρθ. 31, 33 παρ. 2 Συντ.), όπως συνέβαινε υπό το Σύνταγμα του 1952.²⁰

-Ο προσηλυτισμός απαγορεύεται τώρα γενικά, όταν διενεργείται κατά οποιασδήποτε «γνωστής» θρησκείας (άρθ. 13παρ. 2 εδ. γ' Συντ.) και όχι μόνον κατά της Ορθόδοξης Εκκλησίας (όπως προέβλεπε το προϊσχύσαν Σύνταγμα).^{21 22}

- Επιτρέπεται η κατάσχεση εφημερίδων και άλλων εντύπων μετά την κυκλοφορία τους, εφόσον περιέχουν δημοσίευμα που προσβάλλει όχι μόνον τη χριστιανική²³ αλλά και κάθε άλλη «γνωστή» θρησκεία (άρθ. 14 παρ. 3 εδ. α Συντ.).²⁴ Από την άλλη πλευρά διατηρήθηκε η επίκληση της Αγίας Τριάδας στο προοίμιο του Συντάγματος έστω με συμβολικό χαρακτήρα.

Ωστόσο ακόμα και με το ισχύον Σύνταγμα :

-Η Ορθόδοξη Ανατολική Εκκλησία χαρακτηρίζεται ως «επικρατούσα», έστω με το προαναφερθέν σημασιολογικό περιεχόμενο.

¹⁵ Π. Δημητρακόπουλος, Κράτος- Εκκλησία: Μια Δύσκολη Σχέση,2001,σελ. 66-70- Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ.60

¹⁶ Π. Δημητρακόπουλος, Κράτος- Εκκλησία: Μια Δύσκολη Σχέση,2001,σελ. 70- Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ.60.

¹⁷ Μ. Σταθόπουλος, Σχέσεις Πολιτείας και Εκκλησίας ,1993, σελ. 34

¹⁸ Κ. Μαυριάς, Συνταγματικό Δίκαιο ,2005, σελ.813-815

¹⁹ Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ.145

²⁰ Π. Δημητρακόπουλος, Κράτος- Εκκλησία: Μια Δύσκολη Σχέση,2001,σελ. 72

²¹ Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ. 114

²² Π. Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, 2012, σελ. 336-338

²³ Κ. Μαυριάς, Συνταγματικό Δίκαιο ,2005, σελ.819

²⁴ Π. Δημητρακόπουλος, Κράτος- Εκκλησία: Μια Δύσκολη Σχέση,2001,σελ.72

-Η θρησκευτική επίκληση περιέχεται στον όρκο του Προέδρου της Δημοκρατίας (άρθ. 33 παρ. 2 Συντ.) αλλά και των βουλευτών (άρθ. 59 παρ. 1 Συντ.)· προβλέπεται, ωστόσο, ότι ετερόδοξοι ή αλλόθρησκοι βουλευτές, μπορούν να ορκιστούν κατά τον τύπο του όρκου που ορίζει το δόγμα ή η θρησκεία τους ή η τιμή τους (άρθ. 59 παρ. 2 Συντ.).²⁵

-Νομοσχέδια που αφορούν ζητήματα σχετικά με τα θρησκευόμενα (άρθ. 3 και 3 Συντ.) ψηφίζονται υποχρεωτικά από την Ολομέλεια (και όχι κάποιο Τμήμα) της Βουλής (άρθ. 72 παρ.1 Συντ.).

Επιπρόσθετα, το εορτολόγιο, οι επίσημες τελετές και οι αργίες των δημόσιων υπηρεσιών καθορίζονται κυρίως σύμφωνα με τον εορτολογικό κύκλο της Ορθόδοξης Εκκλησίας.²⁶ Το άρθ. 2 παρ. 1 Ν.Δ. 90/1973, «περί του Θρησκευτικού Σώματος των Ενόπλων Δυνάμεων», προβλέπει τον αμιγή ορθόδοξο χαρακτήρα της θρησκευτικής υπηρεσίας των ενόπλων δυνάμεων.²⁷

Επίσης, με νομική προσωπικότητα δημόσιου δικαίου χαρακτηρίζονται το σύνολο σχεδόν των εκκλησιαστικών οργανισμών της ελληνικής επικράτειας (ορθόδοξες μητροπόλεις, ναοί και μονές), γεγονός που καθιστά αυτούς φορείς άσκησης δημόσιας εξουσίας. Το σύνολο των λειτουργικών εξόδων της Ορθόδοξης Εκκλησίας έχει αναληφθεί από το δημόσιο ταμείο (Α.Ν. 536/1945, «περί ρυθμίσεως των αποδοχών του ορθόδοξου εφημεριακού κλήρου της Ελλάδος, του τρόπου πληρωμής αυτών και περί καλύψεως της σχετικής δαπάνης», Α.Ν. 469/1968, «περί μισθολογικής διαβαθμίσεως του εφημεριακού κλήρου της Εκκλησίας της Ελλάδος», άρθ. 8 Ν. 1041/1980, περί κρατικής μισθοδοσίας των αρχιερέων, κ.λπ.).²⁸

Από όλα τα παραπάνω, γίνεται κατανοητό ότι προβληματισμός για την ανάγκη «χωρισμού» ή -έστω- μεγάλης «χαλάρωσης» των σχέσεων κράτους και εκκλησίας ή ακόμη και για την ανάγκη θρησκευτικού «αποχρωματισμού» του κράτους, έτσι ώστε η προστασία της θρησκευτικής ελευθερίας να είναι σε απόλυτη διάσταση πλήρης, βρίσκεται σε άμεση συνάρτηση με την πολιτειοκρατική αντίληψη για τη σχέση κράτους και εκκλησίας. Το ίδιο το θέμα της σαφούς διάκρισης και του καθαρού διαχωρισμού των πεδίων δράσης και αρμοδιότητας του κράτους και της εκκλησίας οφείλεται εν πολλοίς στο γεγονός ότι η θρησκεία της ορθόδοξης εκκλησίας χαρακτηρίζεται νομικά ως «επικρατούσα» και η ίδια η εκκλησία χαρακτηρίζεται ως προς τις νομικές της σχέσεις νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου. Αν δεν συνέτρεχαν τα δύο αυτά στοιχεία, τότε το όλο θέμα των σχέσεων θα διατυπώνονταν σε διαφορετική βάση, γιατί πεδίο της εκκλησίας θα ήταν προφανέστατα το πεδίο της κοινωνίας των πολιτών και προπύργιο της θα ήταν η επίκληση στη θρησκευτική της ελευθερία. Και ο χαρακτηρισμός όμως της θρησκείας της ορθόδοξης εκκλησίας ως «επικρατούσας» και ο χαρακτηρισμός της εκκλησίας ως Ν.Π.Δ.Δ. οφείλονται ωστόσο σε πρωτοβουλίες ή έστω σε αποφάσεις της ίδιας της κρατικής εξουσίας.

Δεν είναι λίγες και οι φορές που η ίδια η εκκλησία ζήτησε ή διεκδίκησε τη μεταβολή των σχέσεων της με το κράτος και αυτό αρνήθηκε. Η συνύπαρξη άλλωστε υπό ένα καθεστώς, χρειάζεται την αποδοχή ή έστω την ανοχή όλων των πλευρών. Από την πλευρά της εκκλησίας είναι αρκετοί αυτοί που υποστηρίζουν και επιθυμούν ένα

²⁵ Π. Δαγτόγλου, *Ατομικά Δικαιώματα*, 2012, σελ. 316

²⁶ Φ. Σπυρόπουλος, *Η Πρόκληση της Αναθεώρησης του Συντάγματος*, Ινστιτούτο Στρατηγικών και Αναπτυξιακών Μελετών, 2013, σελ. 196

²⁷ Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ

²⁸ Μ. Σταθόπουλος, *Σχέσεις Πολιτείας και Εκκλησίας*, 1993, σελ. 51, Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ

καθεστώς στο οποίο το κράτος δεν θα παρεμβαίνει καθόλου στα εκκλησιαστικά πράγματα -ούτε καν με τη μορφή του δικαστικού ελέγχου των πράξεων των εκκλησιαστικών αρχών-, αλλά η εκκλησία θα διατηρεί την ιδιαίτερη θέση που συνεπάγεται το γεγονός πως είναι εκκλησία της «επικρατούσας» θρησκείας, με ό, τι αυτό σημαίνει ιστορικά και κοινωνικά αλλά και νομικά.

Από την πλευρά του κράτους ή μάλλον της πολιτειοκρατικής αντίληψης, υπάρχουν απόψεις που θέλουν μία εκκλησία πολιτικά ουδέτερη και αδρανή, περιορισμένη στα πνευματικά της έργα ή έστω σε έργα φιλανθρωπίας, αλλά και ένα κράτος κανονιστικά παρεμβαίνον ως προς τα θέματα της εσωτερικής οργάνωσης και λειτουργίας της εκκλησίας (π.χ. ενίσχυση της θέσης του εφημεριακού κλήρου, συμμετοχή του λαού στην ανάδειξη των επισκόπων, εκκλησιαστική δικαιοσύνη που σέβεται τις δικαιοκρατικές και όχι μόνον τις εκκλησιολογικές απόψεις κλπ.).²⁹

Συμπερασματικά οι σχέσεις κράτους και ορθόδοξης εκκλησίας, όπως και γενικότερα οι σχέσεις μεταξύ κράτους και θρησκευτικών ενώσεων είναι στην ελληνική έννομη τάξη, σχέσεις συνταγματικά ρυθμισμένες. Με το Σύνταγμα εκδηλώνεται η κρατική εξουσία ως συντακτική εξουσία είτε πρωτογενής και απεριόριστη είτε δευτερογενής (αναθεωρητική). Υπό την έννοια αυτή, μπορεί βεβαίως να ειπωθεί ότι η ίδια η βάση των σχέσεων αυτών είναι πολιτειοκρατική, και η εκκλησία «υπάγεται» στο Σύνταγμα. Το βασικό όμως θεμελιώδες χαρακτηριστικό του Συντάγματος είναι ότι οριοθετεί και καθυποτάσσει την ίδια την κρατική εξουσία σε όλες τις εκφάνσεις της, τη νομοθετική, τη εκτελεστική, τη δικαστική. Η υπαγωγή, συνεπώς, στο Σύνταγμα σημαίνει υπαγωγή στην έννομη τάξη και άρα σε κρατικής προέλευσης κανόνες, αλλά και προστασία έναντι της κρατικής εξουσίας.

4. Το Οικουμενικό Πατριαρχείο ως ιδιαίτερος θεσμός στις σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας.

Το άρθρο 3 του Συντάγματος, πέρα το ότι τιμά και ρυθμίζει (σε συνδυασμό με το άρθρο 13 Συντ.) τις σχέσεις του Κράτους με την Ελληνορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδος, με όλα όσα αναλύθηκαν εκτενώς παραπάνω, προχωρά όμως και στην κατοχύρωση των σχέσεων του Ελληνικού Κράτους με το Οικουμενικό Πατριαρχείο. Το γεγονός ότι το Σύνταγμα αποδέχεται και περιβάλλει με το κύρος του τους διακανονισμούς του Πατριαρχικού Τόμου του 1850 και της Συνοδικής Πράξης του 1928 καθώς και τον ισότιμο προς αυτόν της Βουλής των Ελλήνων ρόλο του Οικουμενικού Πατριαρχείου στη διαδικασία παραγωγής του Καταστατικού Χάρτη του Αγίου Όρους, της Κρήτης αλλά και κανονιστικών διατάξεων για τα Δωδεκάνησα (που ακόμα είναι βέβαια σε εκκρεμότητα), οδηγεί στο συμπέρασμα ότι αναγνωρίζει ένα είδος ομοταξίας στη σχέση αυτή. Μια ομοταξία που έχει αυτοαναφορική βάση το ίδιο το Σύνταγμα χωρίς βέβαια να γίνεται ευθέως μνεία στη διεθνή νομική προσωπικότητα του Πατριαρχείου (ως *suī generis* νομικό πρόσωπο Δημοσίου Δικαίου) αλλά υπονοώντας την, αναγνωρίζοντας μονομερώς (μέσω του Συντάγματος) τις μονομερείς πράξεις αυτού.³⁰ Η ομοταξία αναδεικνύεται με τη σύμπραξη των πολιτειακών οργάνων και Πατριαρχείου για τα εν λόγω ζητήματα κάτι που δεν υπάρχει στη σχέση με την Εκκλησία της Ελλάδος.

Το Οικουμενικό Πατριαρχείο της Κωνσταντινούπολης υπήρξε για αιώνες υποκείμενο διεθνούς δικαίου, στο οποίο αναγνωρίζονταν προνόμια θρησκευτικής,

²⁹ Ε. Βενιζέλος, Οι σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ. 23-26

³⁰ Ε. Βενιζέλος, Οι Σχέσεις Κράτους- Εκκλησίας, 2000, σελ. 73 και 187.

πολιτικής, διοικητικής, οικονομικής και δικαστικής φύσης. Μετά τον περιορισμό του, όμως, με την Συνθήκη της Λωζάννης στις καθαρά θρησκευτικές του αρμοδιότητες εκφράζονται διάφορες επιφυλάξεις για το εάν εξακολουθεί το Πατριαρχείο να είναι υποκείμενο του διεθνούς δικαίου με την πολιτική και τη διοικητική έννοια. Πάντως στην ελληνική βιβλιογραφία³¹ η ορθή, και κατά τη γνώμη μου, άποψη ότι το Οικουμενικό Πατριαρχείο διατηρεί την ιδιότητα νομικού προσώπου δημοσίου διεθνούς δικαίου, έχει ένθερμους υποστηρικτές. Παράλληλα, υποστηρίζεται και η ενδιάμεση άποψη ότι το Πατριαρχείο έχει περιορισμένη διεθνή νομική ικανότητα, που πηγάζει από την εθμική αναγνώριση της οικουμενικής του θρησκευτικής αρμοδιότητας.

Με βάση τα παραπάνω, σταθμίζοντας κανείς την διαμορφωμένη νομική πραγματικότητα θα μπορούσε να τοποθετήσει τα υποκείμενα του Διεθνούς Δικαίου σε τρεις διακριτές κατηγορίες: α) Αυτή που περιλαμβάνει τα κράτη,³² β) αυτή που περιλαμβάνει ιδιώτες-άτομα³³ και γ) αυτή που καλύπτει όλες τις άλλες περιπτώσεις, διεθνών οργανισμών³⁴ όπου μπορούν να ενταχθούν και οι Εκκλησίες και κατά συνέπεια και το Οικουμενικό Πατριαρχείο.

Σε αντίθεση με τα κράτη που διαθέτουν πλήρη διεθνή νομική προσωπικότητα, τα άλλα υποκείμενα διεθνούς δικαίου, όπως δηλαδή οι διεθνείς οργανισμοί είναι δυνατόν να διαθέτουν μία ή ορισμένες μόνο από τις ιδιότητες της διεθνούς νομικής προσωπικότητας.³⁵ Έτσι, μπορεί κάποιος να υποστηρίξει ότι τα υποκείμενα αυτά του διεθνούς δικαίου διαθέτουν περιορισμένη νομική προσωπικότητα, καθοριζόμενη από το καταστατικό τους και τη διεθνή πρακτική. Ήδη από το 1923, ο διακεκριμένος διεθνολόγος Lord Philimone έγραφε ότι τα κράτη δεν αποτελούν τα μοναδικά πρόσωπα στο διεθνές δίκαιο και ότι υπάρχουν θεσμοί και δυνάμεις άλλου είδους, όπως οι μεγάλοι αρχηγοί Εκκλησιών ή θρησκευτών, ο Πάπας και ο Πατριάρχης Κωνσταντινουπόλεως και ο Χαλίφης. Στη συνέχεια, ο καθηγητής Στέλιος Σεφεριάδης υποστήριξε ότι το διεθνές καθεστώς του Οικουμενικού Πατριαρχείου θα μπορούσε να συγκριθεί με τον ιταλικό νόμο περί Εγγυήσεων (για το Βατικανό) . Εντούτοις, αυτή η εξομοίωση θα μπορούσε να γίνει δεκτή σε σχέση μόνο με το καθεστώς του Πατριαρχείου πριν από τη Συνθήκη της Λωζάννης, όταν ο Οικουμενικός Πατριάρχης συνιστούσε όχι μόνο θρησκευτικό αρχηγό, αλλά και ηγέτη της ελληνορθόδοξης κοινότητας.³⁶

Μία άλλη προσέγγιση που υποστηρίχθηκε, για την περιορισμένη νομική προσωπικότητα του Πατριαρχείου με διάφορα επιχειρήματα είναι η εξής: Το Πατριαρχείο αποτελεί υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων στο διεθνές επίπεδο και συγκριμένα διαθέτει το δικαίωμα έδρας στην Κωνσταντινούπολη, το δικαίωμα άσκησης χωρίς εμπόδια της θρησκευτικής του εξουσίας και το δικαίωμα προστασίας εκ μέρους του τουρκικού κράτους . Όμως, κανένα από τα ανωτέρω δικαιώματα δεν έχουν αναγνωριστεί στο Πατριαρχείο με την ιδιότητα του νομικού προσώπου διεθνούς δικαίου. Πρόκειται απλά για δικαιώματα που προκύπτουν από διεθνείς πράξεις προς όφελος του, όπως συμβαίνει λ.χ. με την προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου από διεθνή συμβατικά κείμενα υπέρ των ιδιωτών. Ένα δεύτερο επιχειρήμα αποδίδει την περιορισμένη διεθνή νομική ικανότητα του Πατριαρχείου στην αναγνώριση, από το εθμικό δίκαιο της οικουμενικής του θρησκευτικής αρμοδιότητας. Στο ίδιο μήκος

³¹ Γ. Ιατρού, Η θέση του Οικουμενικού Πατριαρχείου, στην εκκλησιαστική, την ελληνική και τη διεθνή έννομη τάξη, 2010, σελ.626

³² Ε. Ρούκουνας, Διεθνές Δίκαιο- Τεύχος 1ο, 2004, σελ. 51

³³ Ε. Ρούκουνας, Διεθνές Δίκαιο- Τεύχος 1ο, 2004, σελ. 59

³⁴ Ε. Ρούκουνας, Διεθνές Δίκαιο- Τεύχος 1ο, 2004, σελ.,58

³⁵ Ε. Ρούκουνας, Διεθνές Δίκαιο- Τεύχος 1ο, 2004, σελ.49 επ.

³⁶ Γ. Ιατρού, Η θέση του Οικουμενικού Πατριαρχείου, στην εκκλησιαστική, την ελληνική και τη διεθνή έννομη τάξη, 2010, σελ.628

κύματος, αλλά με διαφορετική νομική εξήγηση, βρίσκεται το επιχείρημα που βασίζει την περιορισμένη διεθνή υποκειμενικότητα του Πατριαρχείου, στις λειτουργικές ανάγκες που προκύπτουν από την οικουμενική του αποστολή³⁷.

Τέλος, η τρίτη προσέγγιση,³⁸ της διεθνούς φύσης του Πατριαρχείου, στηρίχθηκε στο ότι το τελευταίο ταυτόχρονα αποτελεί αφενός πρόσωπο υπερεθνικού χαρακτήρα, εξαιτίας της φύσης του ως οικουμενικού θρησκευτικού θεσμού, αφετέρου στο ότι, υπό τη μορφή της Αρχιεπισκοπής Κωνσταντινουπόλεως, υπάγεται στην τουρκική έννομη τάξη, ως πρόσωπο δημοσίου δικαίου.

Αν δεν μνημονεύεται ρητά η διεθνής νομική προσωπικότητα από το καταστατικό του οργανισμού, εξετάζεται αν ο διεθνής οργανισμός διαθέτει μία ή περισσότερες ιδιότητες ή ικανότητες που θεωρούνται ότι μπορούν να προσδώσουν στον υπό εξέταση οργανισμό τη διεθνή νομική προσωπικότητα. Τέτοιες ικανότητες είναι: 1) το ενεργητικό και παθητικό δικαίωμα εκπροσώπησης, 2) τα διεθνή προνόμια και ασυλίες, 3) η διεθνής ευθύνη, 4) η συμμετοχή σε διεθνείς δικαιοδοτικές διαδικασίες και 5) η ικανότητα σύναψης διεθνών συνθηκών.³⁹

Ως προς το ενεργητικό και παθητικό δικαίωμα εκπροσώπησης, αυτό θα πρέπει να υφίσταται σε σχέση με άλλα υποκείμενα διεθνούς δικαίου (κράτη και διεθνείς οργανισμούς). Είναι μιν γεγονός ότι το Πατριαρχείο διατηρεί σχέσεις με διάφορα κράτη και τις ηγεσίες τους σε όλα τα μέρη του πλανήτη όπου υπάρχουν ορθόδοξες και χριστιανικές κοινότητες. Όμως, αυτές οι επαφές δεν συνιστούν ένα είδος «διπλωματικών» επαφών κατά το διεθνές δίκαιο. Το γεγονός ότι, το ελληνικό κράτος πάντα συμπεριφέρθηκε στο Οικουμενικό Πατριαρχείο με όλα τα πλεονεκτήματα της ιδιότητας του κράτους, διευκολύνοντας το διπλωματικά και ενισχύοντας την επέκταση των Επαρχιών του στο εξωτερικό, δεν σημαίνει οιονεί και αυτομάτως την καθολική αναγνώριση της διεθνούς νομικής προσωπικότητας του Πατριαρχείου. Ως προς τα διεθνή προνόμια και ασυλίες, τέτοια δεν έχουν παραχωρηθεί στο Οικουμενικό Πατριαρχείο, ενώ δεν υπάρχουν ενδείξεις ότι στις σχέσεις του με τα διάφορα κράτη το Πατριαρχείο υπέχει διεθνή ευθύνη. Παράλληλα, από πουθενά δεν προκύπτει ούτε έχει ποτέ συμβεί στην πράξη το Πατριαρχείο να διαθέτει ικανότητα συμμετοχής σε διεθνείς δικαιοδοτικές διαδικασίες.⁴⁰

Ως προς την ικανότητα σύναψης διεθνών συνθηκών⁴¹ (treaty-making capacity), που αποτελεί το συνηθέστερο μέσο διακρίβωσης της ύπαρξης διεθνούς νομικής προσωπικότητας, το πρόβλημα έγκειται στο ότι θα πρέπει τα μέρη σε μία διεθνή συμφωνία να συναινούν στο ότι πρόκειται για μια διεθνή συνθήκη και όχι για μια απλή διμερή συμφωνία εκτός διεθνούς δικαίου. Είναι γεγονός ότι το Πατριαρχείο, στο πλαίσιο των οικουμενικών του δραστηριοτήτων, προέβη από πολύ νωρίς (μετά τη Συνθήκη της Λωζάννης) στη σύναψη συμφωνιών με διάφορες χώρες για τη ρύθμιση, συνήθως της εκκλησιαστικής κατάστασης ορθοδόξων πληθυσμών στις χώρες αυτές, όπως λ.χ. με την Αλβανία (1937), ενώ με την Πολωνία (1930), τη Φινλανδία (1923), τη Λιθουανία (1936) και τη Βουλγαρία (1936/1945) υπήρξαν επαφές- διαπραγματεύσεις που δεν κατέληξαν στη σύναψη συμφωνίας. Διμερείς συμφωνίες καταρτίστηκαν και μεταγενέστερα με κράτη της Ευρώπης, Αυστραλίας, Αμερικής, Ασίας που αναγνώρισαν την αντίστοιχη εξουσία ή Εξουσία του Πατριαρχείου, καθώς και με κράτη άλλων Ορθοδόξων Εκκλησιών, Πατριαρχείων, Αυτοκεφάλων ή αυτονόμων χριστιανικών

³⁷ Κ.Ιωάννου, Κ.Οικονομίδη, Κ.Ροζάκης, Α.Φατούρος, Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο, 1988, σελ.97

³⁸ Κ.Ιωάννου, Κ.Οικονομίδη, Κ.Ροζάκης, Α.Φατούρος, Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο, 1988, σελ.99

³⁹ Ε. Ρούκουνας, Διεθνές Δίκαιο- Τεύχος 1ο, 2004, σελ.58-63

⁴⁰ Μ. Βαλάκου- Θεοδορούδη, Το Νομικό περίγραμμα του Οικουμενικού Πατριαρχείου στα πλαίσια της Διεθνούς Κοινότητας, 2001, σελ. 29 και 97

⁴¹ Ε. Ρούκουνας, Διεθνές Δίκαιο- Τεύχος 1ο, 2004, σελ.125-145

εκκλησιών ανά τον κόσμο.⁴² Ιδιαίτερα στις σχέσεις του Πατριαρχείου με την Ελλάδα, παρ' όλο που στο πολιτικό και διπλωματικό επίπεδο, αλλά ακόμα και από το ίδιο το Σύνταγμα με τη συνταγματική κατοχύρωση της ομοταξίας, οι σχέσεις τους ήταν ιδιαίτερα στενές, αναγνώριση άμεσα ή έμμεσα της διεθνούς νομικής προσωπικότητας του Πατριαρχείου δεν υπήρξε τυπικά ποτέ.

Από όλα τα παραπάνω στοιχεία προκύπτει, ότι το Οικουμενικό Πατριαρχείο διαθέτει μόνο «ενδείξεις» με βάση τους σύγχρονους κανόνες του διεθνούς δικαίου, που κατοχυρώνουν τη διεθνή νομική προσωπικότητα και απαιτούνται εντατικότερες νομικά ενέργειες για την γενική ευρεία αναγνώριση του με αυτή την ιδιότητα. Αυτό όμως, δεν σημαίνει δικαίωση ακραίων τουρκικών θέσεων, ότι το Πατριαρχείο αποτελεί απλώς ένα καθίδρυμα (σωματείο) του τουρκικού δικαίου, θεωρώντας μάλιστα παρέμβαση στα εσωτερικά του κράτους κάθε απόπειρα διεθνοποίησης του από πλευράς της Ελλάδας. Το Πατριαρχείο αποτελούσε ιστορικά και εξακολουθεί να αποτελεί και μετά τη Συνθήκη της Λωζάννης, ένα de facto διεθνή θεσμό που κινείται σε διάφορα επίπεδα στη διεθνή σκηνή. Χωρίς να ταυτίζεται επακριβώς με τους Διεθνείς Μη Κυβερνητικούς Οργανισμούς, παρουσιάζει ορισμένα κοινά χαρακτηριστικά, όπως το ότι αποτελείται από επιμέρους ορθόδοξες Εκκλησίες σε διάφορα μέρη του κόσμου, οι οποίες διαθέτουν εσωτερική νομική προσωπικότητα, καθώς και ότι επιτελεί έργο σε διεθνές επίπεδο. Η διαφορά με τους Μη Κυβερνητικούς Διεθνείς Οργανισμούς συνίσταται στο ότι ο οικουμενικός χαρακτήρας του Πατριαρχείου υφίσταται ιστορικά, ενώ η ικανότητα των Μη Κυβερνητικών Οργανισμών να κινούνται σε διεθνές επίπεδο εξαρτάται από την μετά την ίδρυσή τους αναγνώριση αυτής της ικανότητας. Αυτό πρακτικά σημαίνει, ότι ο οικουμενικός χαρακτήρας στο πλαίσιο της ύπαρξης ενός de facto διεθνούς θεσμού που είναι το Πατριαρχείο Κωνσταντινουπόλεως δεν αποκλείει την αναγνώριση σε ένα κοντινό ή απώτερο μέλλον μιας διεθνούς προσωπικότητας, πλήρους ή περιορισμένης, σε όλα τα επίπεδα για τον Οικουμενικό θρόνο.⁴³

Αλλωστε, και μετά τις Συνθήκη της Λωζάννης το Οικουμενικό Πατριαρχείο συναλλάσσετε με κράτη για εκκλησιαστικά θέματα και παγκόσμια προβλήματα, ενώ ο εκάστοτε Οικουμενικός Πατριάρχης γίνεται δεκτός στις επίσημες επισκέψεις σε κράτη με τιμές Αρχηγού κράτους. Χαρακτηριστική είναι η επίσκεψη του Οικουμενικού Πατριάρχη Βαρθολομαίου το 1994 στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και η αποδοχή του από αυτό το θεσμικό όργανο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως θεσμικού προσώπου. Το Οικουμενικό Πατριαρχείο, παρά τις κατά περιόδους συγκρούσεις με άλλες ομόθρησκες Εκκλησίες (Πατριαρχείο Μόσχας) έχει καθιερωθεί ως μία εκκλησία-σύνδεσμος - συντονιστής όλων των Ορθόδοξων Χριστιανικών Εκκλησιών ανά τον κόσμο, με παρεμβάσεις θρησκευτικού, πνευματικού και κοινωνικού χαρακτήρα σε όλα τα καίρια προβλήματα του πλανήτη όπως το Περιβάλλον, τα Ανθρώπινα Δικαιώματα, την Ειρήνη, και τη Δικαιοσύνη, κάτι που χαρακτηριστικά επιβεβαιώνει και η πρόσφατη συνάντηση στα τέλη του Νοεμβρίου του 2014 μεταξύ του Πάπα και του Πατριάρχη στην Σύνοδο της Κωνσταντινούπολης και το κοινό ψήφισμα τους για το τέλος των εχθροπραξιών και την προστασία του συνόλου των χριστιανών στη Μέση Ανατολή.

Μέσα από την επιβίωση τριών κρατών με διαφορετικά ιστορικά χαρακτηριστικά, διαφορετικό πολίτευμα, διαφορετικό καθεστώς σχέσεων κράτους-εκκλησίας, το Οικουμενικό Πατριαρχείο χάραξε τη δική του αυτοτελή πορεία, στις δύο αυτοκρατορίες, ακολουθώντας τη διεύρυνση ή τη συρρίκνωσή τους.

Με τη Συνθήκη της Λωζάννης, επακολούθησε συρρίκνωση του ορθόδοξου

⁴² Μ. Βαλάκου- Θεοδωρούδη, Το Νομικό περίγραμμα του Οικουμενικού Πατριαρχείου στα πλαίσια της Διεθνούς Κοινότητας, 2001, σελ. 94

⁴³ Γ. Ιατρού, Η θέση του Οικουμενικού Πατριαρχείου, στην εκκλησιαστική, την ελληνική και τη διεθνή έννομη τάξη, 2010, σελ 631

πληθυσμού στην Τουρκία, η οποία διατήρησε το δικαίωμα να επεμβαίνει στις προϋποθέσεις εκλογής του Οικουμενικού Πατριάρχη, με το να απαιτεί να είναι Τούρκος υπήκοος αυτός και τα μέλη της Συνόδου (γι' αυτό το λόγο οι Μητροπολίτες επαρχιών που υπάγονται απευθείας στο Πατριαρχείο π.χ. Δωδεκανήσων παίρνουν και την τουρκική υπηκοότητα), παραβιάζοντας τη θρησκευτική ελευθερία και παρεμβαίνοντας στο ορθόδοξο δόγμα, γεγονός που πρέπει να αποκατασταθεί στο πλαίσιο διεθνούς συμφωνίας. Το Οικουμενικό Πατριαρχείο, παρόλα αυτά, τα τελευταία 100 χρόνια έχει καταφέρει να διευρύνει τις Επαρχίες και τον αριθμό των πιστών στο εξωτερικό.⁴⁴

Το σημερινό σχήμα του Οικουμενικού Πατριαρχείου, συνεπώς πράγματι με τις υπερорίες Επαρχίες του ανά τον κόσμο, προσομοιάζει σχηματικά με ένα διεθνή μη κυβερνητικό οργανισμό που τον αποτελούν οι Επαρχίες του, οι οποίες έχουν τη μορφή νομικών προσώπων δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, ανάλογα με το καθεστώς των σχέσεων κράτους-εκκλησίας, σε κάθε κράτος που αναγνωρίζεται στην εκάστοτε επαρχία.

5. Νομικό καθεστώς εκκλησιαστικών προσώπων.

Το ιδιαίτερο νομικό καθεστώς που διέπει κάθε εκκλησία, θρησκευμα ή δόγμα της ελληνικής επικράτειας, κυρίως όμως το είδος της νομικής προσωπικότητας που η ελληνική έννομη τάξη αναγνωρίζει σε αυτά και τις οργανωτικές τους υποδιαιρέσεις, έχει καθοριστικές συνέπειες και στο πεδίο των δημοσιονομικών βαρών. Το είδος της νομικής προσωπικότητας που νομιμοποιεί κάθε θρησκευτική κοινότητα συνεπάγεται διαφορετικό είδος φορολογικής μεταχείρισης αλλά και δημοσιονομικής ευθύνης, απέναντι στο κράτος.

Η απόκτηση αρχικώς νομικής προσωπικότητας, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, εκ μέρους των θρησκευμάτων, τα καθιστά υποκείμενα δικαίου στα πλαίσια της ελληνικής έννομης τάξης, διευκολύνοντας την λειτουργικότερη νομική, κοινωνική και οικονομική ένταξη τους στην ελληνική συναλλακτική πραγματικότητα. Με τον τρόπο αυτόν εξυπηρετούνται ζωτικές καθημερινές τους ανάγκες, όπως είναι η απόκτηση περιουσίας, η ανάληψη νομικών και οικονομικών υποχρεώσεων, η δικαιοπρακτική ικανότητα για σύναψη συμβάσεων ή την κατάρτιση δικαιοπραξιών, η δικονομική παράσταση στο δικαστήριο, η αστική ευθύνη για πράξεις ή παραλείψεις, πολλές ακόμη νομικής και συναλλακτικής φύσεως πράξεις.

Ένας μεγάλος αριθμός θρησκευτικών νομικών προσώπων, όπως είναι κυριότερες οργανωτικές υποδιαιρέσεις της Ορθόδοξης Εκκλησίας (Εκκλησίες της Ελλάδος και Κρήτης, Μητροπόλεις, Ενορίες, Μονές κ.λπ.) καθώς και οι Ισραηλιτικές Κοινότητες, έχουν αναγνωσθεί ως Ν.Π.Δ.Δ.⁴⁵ Από φορολογικής πλευράς, ιδιότητα αυτή συνεπάγεται κυρίως την ευνοϊκότερη φορολογική τους μεταχείριση, με τη μορφή της ολικής ή μερικής τους απαλλαγής, στα πλαίσια γενικότερης απαλλακτικής φορολογικής πολιτικής που ακολουθεί το Κράτος, έναντι του συνόλου των Ν.Π.Δ.Δ. της ελληνικής επικράτειας.⁴⁶

Το γεγονός αυτό, επιφέρει άνιση φορολογική μεταχείριση μεταξύ των εν λόγω θρησκευτικών Ν.Π.Δ.Δ. και εκείνων που έχουν απλώς την ιδιότητα του Ν.Π.Ι.Δ. (άλλες θρησκείες και δόγματα πριν των προαναφερόμενων με σωματείων, ιδρυμάτων κ.λπ.).

⁴⁴ Μ. Βαλάκου- Θεοδωρούδη, Το Νομικό περίγραμμα του Οικουμενικού Πατριαρχείου στα πλαίσια της Διεθνούς Κοινότητας, 2001, σελ. 354

⁴⁵ Φ. Μάλαμας, Φορολογία Νομικών Προσώπων μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, 2012, σελ. 60

⁴⁶ Κ. Παπαγεωργίου, Το Φορολογικό Καθεστώς των Θρησκευμάτων, 2005, σελ 74-75

Από την άλλη, ωστόσο, πλευρά, τα Ν.Π.Δ.Δ. (συνεπώς και τα εκκλησιαστικού ή θρησκευτικού χαρακτήρα) υπάγονται στο δημοσιονομικό και διαχειριστικό έλεγχο του Δημόσιου Λογιστικού και των αυστηρότερων κανόνων ελέγχου που αυτό προβλέπει, ο οποίος διενεργείται κατά κανόνα από Οικονομικούς Επιθεωρητές του Υπουργείου Οικονομικών αλλά και από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις των Ν. 2362/1995, όπως αντικαταστάθηκε με τον Ν. 4272/2014 «Περί Δημοσίου Λογιστικού Ελέγχου των δαπανών του Κράτους και άλλες διατάξεις» και άρθρ. 1 (Κεφ. Α': Ελεγκτικό Συνέδριο) του Ν. 3060/2002, όπως αντικαταστάθηκε με τον Ν.4272/2014 «Ρύθμιση θεμάτων αρμοδιότητας του Υπουργείου Δικαιοσύνης».

Ιδιαίτερο ζήτημα ωστόσο, ως προς τη νομική φύση των εκκλησιαστικών οργανισμών και αφορμή για περεταίρω συζητήσεις προκάλεσε η 502/2011 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας⁴⁷. Στην προκείμενη απόφαση επιχειρείται αντιστροφή της νομολογίας ως προς τη νομική προσωπικότητα της Ελληνορθόδοξης Εκκλησίας, χαρακτηρίζοντας την ως «ιδιάζουσα φύσεως» δημοσίου δικαίου νομικό πρόσωπα και όχι Ν.Π.Δ.Δ. όπως κοινώς έχει γίνει αποδεκτό με βάση και το νόμο 590/1977(Καταστατικό Χάρτη της Εκκλησίας της Ελλάδος). Η υπόθεση αυτή αφορά (με αφορμή Μονή της Μητρόπολης Καλαβρύτων) την εφαρμογή των νόμων 1611/1950 και 2216/1994 με τους οποίους η Τράπεζα της Ελλάδος απαιτεί από τα Ν.Π.Δ.Δ. να έχουν κατατεθειμένα τα χρηματικά τους διαθέσιμα σε αυτήν, ώστε να τα διαχειρίζεται και να τα επενδύει σε κινητές αξίες του Ελληνικού Δημοσίου (π.χ. ομόλογα). Με βάση το συγκεκριμένο σκεπτικό, ως ιδιάζουσας φύσης νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, το Ανώτατο Δικαστήριο της χώρας, απάλλαξε τα εκκλησιαστικά νομικά πρόσωπα από την παραπάνω υποχρέωση, διατηρώντας τους την οικονομική τους αυτονομία, από τον υπόλοιπό κρατικό μηχανισμό. Είναι προφανές ότι διαφορετικά αντιλαμβάνεται η εκκλησία από το κράτος τη μορφή και την κλίμακα του μεταξύ τους διαχωρισμού. Με το κρατικό μηχανισμό να θέλει να την ελέγχει παρεμβατικά εξαιτίας της επιρροής της στην κοινωνία και την εκκλησία να επιθυμεί την προστασία του Κράτους απέναντι της ως ανταπόδοση στη διαχρονική της προσφορά στην ελληνική κοινωνία. Δεν είναι λίγες οι φωνές και μέσα τους κόλπους της εκκλησίας ακόμα και σήμερα (Μητροπολίτης Δημητριάδος Ιγνάτιος 2009) αλλά και μέρος της θεωρίας⁴⁸ που μιλούν ανοιχτά για την ανάγκη ενός νέου *sui generis* νομικού μορφώματος δημοσίου δικαίου, με την επιχειρηματολογία ότι αυτό το νέο νομικό καθεστώς θα επαναπροσδιόριζε στη σύγχρονη κοινωνία της σχέσεις Κράτους Εκκλησίας, σε κάθε επίπεδο, αναδεικνύοντας την ιδιαίτερη ταυτότητα και αυτονομία της Εκκλησίας.

Το νομοκανονικό καθεστώς της «επικρατούσας» Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας ωστόσο, δεν είναι ενιαίο σε όλο το εύρος της ελληνικής επικράτειας, καθώς η τελευταία υποδιαιρείται από εκκλησιαστικής άποψης στις πέντε περιφέρειες, της Αυτοκέφαλης Εκκλησίας της Ελλάδος, των Μητροπόλεων των Νέων Χωρών, της Εκκλησίας της Κρήτης, του Αγίου Όρους και των Μητροπόλεων Δωδεκανήσου, που η ιδιαιτερότητα τους θα αναπτυχθεί αμέσως παρακάτω.

⁴⁷ Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών ΝΟΜΟΣ

⁴⁸ Μ. Σταθόπουλλος, Σχέσεις Πολιτείας και Εκκλησίας, 1993, σελ. 28- Π. Νικολόπουλος, Χωρισμός Κράτους -Εκκλησίας; Νομικοί προβληματισμοί και προτάσεις, 2006, σελ. 19

6. Το ιδιαίτερο καθεστώς Επαρχιών του Οικουμενικού Πατριαρχείου στα Δωδεκάνησα.

Οι εκκλησιαστικές επαρχίες της Δωδεκάνησου, δηλαδή οι πέντε μητροπόλεις (1.Ρόδου, 2.Σύμης-Τήλου- Χάλκης- Καστελορίζου, 3. Κω,4. Καρπάθου-Κάσου, 5. Λέρου-Καλύμνου- Αστυπάλαιας) και η Εξαρχία της Πάτμου τεκμαίρονται μόνο κατ' αναλογία με τα εκκλησιαστικά πρόσωπα της Εκκλησίας της Ελλάδας ως Ν.Π.Δ.Δ σύμφωνα με την υπ' αριθμό 142 του 1979 γνωμοδότηση της Ολομέλειας του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους(«δέον είναι να θεωρηθούν»- εξαιρεί μόνο την Ιερά Μονή Πάτμου Αγίου Ιωάννη, που με έγκριση του καταστατικού οργανισμού της από το Οικουμενικό Πατριαρχείο επικυρώθηκε ως Ν.Π.Ι.Δ.).⁴⁹⁵⁰ Ωστόσο, μέχρι και σήμερα απόλυτα τυπικά δεν έχει υπάρξει αντίστοιχη νομοθετική ξεκάθαρη ρύθμιση από την πλευρά της Ελληνικής Πολιτείας, με τις όποιες επακόλουθες επιπτώσεις σε συναλλακτικό-φορολογικό και δικαιο'κό επίπεδο. Αντίθετα, με την ημιαυτόνομη Εκκλησία της Κρήτης που επίσης υπάγεται στο Οικουμενικό Πατριαρχείο και με τον νόμο 4149/1961 τα εκκλησιαστικά της νομικά πρόσωπα έχουν τον χαρακτήρα Ν.Π.Δ.Δ..

Γι' αυτό το λόγο πρέπει να υπάρξει αποφασιστική αποσαφήνιση και από την πλευρά του ελληνικού κράτους και από την πλευρά του Οικουμενικού Πατριαρχείου ,ως προς τη νομική προσωπικότητα των εκκλησιαστικών προσώπων των περιοχών αυτών, καθώς από την ενσωμάτωση των Δωδεκανήσων με την Συνθήκη Ειρήνης του 1947(10 Φεβρουαρίου-Παρίσι) ακόμα και η νομολογία των δικαστηρίων αμφιταλαντεύεται ως προς τη φύση τους (128/1983-3237/2000 ΣτΕ αντ. ΣυμβΠλημΡοδ 71/2012) . Ωστόσο, από την άλλη κατ' αναλογία, έχουν εισαχθεί και στην περιοχή αυτή, μόνο με περιπτωσιολογικό τρόπο, ειδικοί νόμοι που αφορούν τα ΝΠΔΔ της Εκκλησίας της Ελλάδος όπως η μέριμνα για τις αποδοχές του εφημεριακού κλήρου(Β.Δ. 14/1950 ,Ν.Δ. 1399/1973), η υγειονομική περίθαλψη, συνταξιοδότηση ,ασφάλιση τους(Β.Δ. 7/1950 και 5/1963, οι αποδοχές των ,Μητροπολιτών και των περιοχών αυτών(Ν.Δ. 295/1969 και Ν. 1168/1981) .

7. Πρόταση- Θέση

Με βάση τις παραπάνω προσεγγίσεις προτείνεται η διαπιστωτική αναγνώριση από πλευράς Πολιτείας της ίδρυσης, τόσο των Ιερών Μητροπόλεων όσο και των Ενοριών και Μονών που ανήκουν σε αυτές με αναλυτική καταγραφή τους, ως εκκλησιαστικές επαρχίες του Οικουμενικού Πατριαρχείου. Επ' αυτού πρέπει να ληφθεί υπόψη, ότι τα παραπάνω Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου που υπάγονται απευθείας στο Οικουμενικό Πατριαρχείο της Κωνσταντινούπολης, λογίζονται ως τέτοια χωρίς να είναι αναγκαία προϋπόθεση η έκδοση ειδικής ιδρυτικής πράξης, από την εποχή της Βυζαντινής Αυτοκρατορίας⁵¹, και στην συνέχεια επί τουρκοκρατίας, αφού το Οικουμενικό Πατριαρχείο είχε χορηγήσει τα αντίστοιχα προνόμια κατά τους εκκλησιαστικούς κανόνες⁵². Επίσης, για το ίδιο λόγο, χαρακτηριστική είναι και η μη παρέμβαση ακόμα και του Ιταλικού καθεστώτος στα Δωδεκάνησα που διατήρησε το

⁴⁹ Ι. Κονιδάρης, Ιδιαίτερα Εκκλησιαστικά Καθεστώτα στην Ελληνική Επικράτεια,2012, σελ.51-52

⁵⁰ Φ. Μάλαμας, Φορολογία Νομικών Προσώπων μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, 2012,σελ. 59-61

⁵¹ Π. Καλλιγιάς: Σύστημα Ρωμαϊκού Δικαίου τ. Α'1858, 201, Γ.Μομφεράτος Άρχαί 1914, π.72, σ. 207, 6 καί 208, Γνώμ. 142/1979 Ολομ. Ν.Σ.Κ.

⁵² Γνώμ. 142/1979 Ολομ.Ν.Σ.Κ αναφορά σε Θεοτοκά: Νομολογία Οικουμενικού Πατριαρχείου σελ. 26

ειδικό καθεστώς με βάση ρυθμίσεις της ιταλικής νομοθεσίας περί νομικών προσώπων του εκκλησιαστικού χώρου⁵³. Την παραπάνω διαδρομή σεβάστηκε και διατήρησε βέβαια και η Ελληνική έννομη Τάξη με την ειδική πρόβλεψη στην ίδια την διάταξη του Συντάγματος μέχρι και σήμερα.⁵⁴

Ακόμα πιο ειδικά, όσο αφορά τη νομική φύση των συγκεκριμένων εκκλησιαστικών νομικών προσώπων ως Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου, προκειμένου να εκδοθεί η παραπάνω διαπιστωτικού χαρακτήρα πράξη της Ελληνικής Πολιτείας πρέπει να ληφθούν υπόψη τα εξής :

α) Η θρησκευτική ισότητα (άρθ. 13 παρ. 2 - ίση αντιμετώπιση όμοιων καταστάσεων συνεπώς η Ελληνορθόδοξες Επικρατούσα θρησκεία πρέπει να έχει στην Ελληνική Επικράτεια ίδια δομή) και η αναλογική εφαρμογή του Κατασταστικού Χάρτη της Αυτοκέφαλής Εκκλησίας της Ελλάδας Ν.590/1977 άρθρον 1 παρ. 4, αλλά και της Ημιαυτόνομης Εκκλησίας της Κρήτης, Ν.4149/1961 άρθρο 131, αλλά πλέον και τα άρθρα 21 και 22 του Ν. 4301/2014 (ΦΕΚ Α223/14)(αναφέρονται στη δυνατότητα σύστασης ιδρυμάτων, μη κερδοσκοπικών εταιρειών, που υπάρχει για πρώτη φορά ρητή μνεία, έστω με γενικό τρόπο στα "Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου των Μητροπόλεων Δωδεκανήσου και της Εξαρχίας Πάτμου" .

β) Η υπ' αριθμ. 142/1979 Γνωμοδότηση της Ολομελείας του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, που έγινε αποδεκτή και από την Εκτελεστική Εξουσία της χώρας με την υπ' αρ. Φ.030.1/285/Α/673/17-3-1979 απόφαση του Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων, σύμφωνα με την οποία χαρακτηρίζονται αναλογικά οι Επαρχίες του Πατριαρχείου στα Δωδεκάνησα, ως ΝΠΔΔ

Προς ενίσχυση των παραπάνω, για την τυπική και μόνο διαπιστωτική, λόγω της ομοταξίας, αναγνώριση παρατίθεται το εξής παράδειγμα: Ενώ οι Μητροπόλεις της Εκκλησίας της Ελλάδας ιδρύονται με νόμο που ψηφίζει η Βουλή και οι Μητροπολίτες αυτής ορίζονται με Προεδρικό Διάταγμα, μετά από πρόταση της Ιεράς Συνόδου της Εκκλησίας της Ελλάδος και του Υπουργού Παιδείας και Θρησκευμάτων, αντίθετα, ως Επαρχία του Οικουμενικού Πατριαρχείου η Ιερά Μητρόπολη Σύμης, Τήλου, Χάλκης και Καστελλορίζου ιδρύθηκε το 2004, με μόνη απόφαση της Αγίας και Ιεράς Συνόδου του Οικουμενικού Πατριαρχείου με τον υπ. αρ. 478/28-4-2004 Πατριαρχικού και Συνοδικού Τόμου, όπως επίσης με τον ίδιο τρόπο ορίστηκε και ο πρώτος Μητροπολίτης αυτής κ.κ. Χρυσόστομος Δημητριάδης. Για αυτές τις πράξεις, επακολούθησε απλώς η έκδοση σχετικής όχι εγκριτικής αλλά απλώς διαπιστωτικής αποφάσεως του Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων υπ. αρ. 115730/Α1/2011/2004, η οποία και δημοσιεύθηκε στο Φύλλο της Εφημερίδας της Κυβέρνησης (ΦΕΚ Β' 1713/2004), ως στοιχείο ακριβώς και μόνο δημοσιοποίησης της ισχύος (νομιμότητα-εκτελεστότητα) της απόφασης του Οικουμενικού Πατριαρχείου.

Η αναγκαιότητα για την συγκεκριμένη αναγνώριση προκύπτει διότι και σε εφαρμοστικό επίπεδο πρακτικής καθημερινής συναλλαγής με την Ελληνική Διοίκηση (Αρμόδιες Δ.Ο.Υ., Υπουργεία Ο.Τ.Α. κλπ), με τον ισχυρισμό ότι απουσιάζουν αναγνωριστικές πράξεις ίδρυσης δημοσιευμένες στο Φ.Ε.Κ. για τα παραπάνω νομικά εκκλησιαστικά πρόσωπα, αυτά αντιμετωπίζονται εν έτη 2016, 68 χρόνια μετά την ενσωμάτωση της Δωδεκανήσου στο Ελληνικό Κράτος ως οντότητες "ακαθαρίστου"

⁵³ Codice Civile commentario 1940 Α, 114-115 από Γνωμ. 142/1979 Όλ. Ν.Σ.Κ

⁵⁴ Συντ. 1952 άρθρ. 1 Πρ. Έπιτρ. Αναθ. του ΞΗ Ψηφ. Σ51-52, Συντ. 1975 άρθρ. 3 παρ. 1 και 2, Ν.Δ. 126/1969 άρθρ. 1, Ν. 590/1977 άρθρ. 1 παρ. 5

νομικού χαρακτήρα ! Γεγονός που δημιουργεί σοβαρά λειτουργικά και φορολογικά ιδιαίτερα ζητήματα, με δυσμενέστερες και εξοντωτικές επιπτώσεις, ιδιαιτέρως άνισες όχι μόνο σε σχέση με τα επ' ακριβώς όμοια νομικά πρόσωπα της Ορθόδοξης του Χριστού Εκκλησίας στην υπόλοιπη χώρα αλλά και σε σχέση με άλλες θρησκείες και δογμάτων, πράγμα που αποτελεί κατάφορη αντισυνταγματική μεταχείριση (Σύνταγμα άρθρα 4 και 13 παρ. 2).

Πρέπει πλέον αυτούς τους χαλεπούς δημοσιονομικούς καιρούς να καταστεί σαφές στο ευρύ κοινό, πως η εκκλησία για τις όποιες εμπορικές, μισθωτικές κλπ συναλλαγές φορολογείται νομότυπα, ενώ καταβάλλει παράλληλα ΕΝΦΙΑ, ΦΠΑ και σε ορισμένες περιπτώσεις έχει τις φορολογικές ελαφρύνσεις μη κερδοσκοπικών προσώπων. Ταυτόχρονα, όμως για παράδειγμα η Εκκλησία της Ελλάδος, η ημιαυτόνομη Εκκλησία της Κρήτης αλλά και Εβραϊκή Κοινότητα ως Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου έχουν και τις αντίστοιχες αυτής της ιδιότητας τους φοροαπαλλαγές, όπως για παράδειγμα η απαλλαγή από ΕΝΦΙΑ των ακινήτων που τα Ν.Π.Δ.Δ. αποδίδουν στο Δημόσιο ως δωρεάν παραχώρηση χρήσεως. Αυτά τα ακίνητα μάλιστα είναι κατά κανόνα μεγάλες εκτάσεις εντός σχεδίου πόλεως που λειτουργούν Σχολεία, Δημόσιες Υπηρεσίες κλπ. Σε αυτά τα ακίνητα λοιπόν τα εκκλησιαστικά νομικά πρόσωπα της Δωδεκανήσου ως μη ΝΠΔΔ κατά τη διοίκηση, δεν απαλλάσσονται από την καταβολή του δυσβάσταχτου πολλές φορές ΕΝΦΙΑ, βεβαιώνοντας τους ποσά από ανεκμετάλλευτες για αυτά εκτάσεις που αξιοποιούνται από το Δημόσιο, περιορίζοντας τις υπόλοιπες κοινωφελείς και φιλανθρωπικές δράσεις τους, ώστε να ανταπεξέλθουν στην πληρωμή τους.

Η αντίθετη αυτή ερμηνεία και πρακτική καταστρατηγεί τη φορολογική ισότητα του άρθρου 4 παρ. 5 του Συντάγματος σε σχέση με τα υπόλοιπα Ν.Π.Δ.Δ. της υπόλοιπης Ελληνικής Επικράτειας. Η κατάφορη και προδήλως αντίθετη εφαρμογή της υπό εξέταση διάταξης, μας οδηγεί στο παράλογο συμπέρασμα ότι άλλα μη θρησκευτικά Ν.Π.Δ.Δ. απαλλάσσονται ,ενώ αντίθετα τα θρησκευτικά Νομικά Πρόσωπα της Δωδεκανήσου, δεν απαλλάσσονται μόνο και μόνο επειδή χαρακτηρίζονται αποκλειστικά ως θρησκευτικά (έχοντας απαλλαγές μόνο για τις λατρευτικούς χώρους τους απλώς ως γνωστή θρησκεία (!)) .Παραβλέποντας έτσι την ειδική διάταξη της περίπτωσης δ της παραγρ. 1 του άρθρου 3 του Ν.4223/2013 για τα ΝΠΔΔ και καθιστώντας με αυτό τον τρόπο κενό γράμμα τη δωρεάν παραχώρηση στο Δημόσιο ακινήτων που εξυπηρετούν μάλιστα εκπαιδευτικούς-κοινωφελείς κ.λ.π. δημοσίου συμφέροντος και ωφέλειας σκοπούς .

Με βάση συνεπώς, τις αρχές της Χρηστής Διοίκησης ,της Δικαιολογημένης εμπιστοσύνης καθώς και της Φορολογικής- αναλογικής- ισότητας σε μία ευνομούμενη Πολιτεία, καθίσταται σαφές πως η Διοίκηση και τα διοικητικά όργανα οφείλουν να ασκούν τις αρμοδιότητές τους, με βάση το περί δικαίου αίσθημα και αναλογικότητα, στο πλαίσιο της αρχής της νομιμότητας της δημόσιας διοίκησης.

Μετά την μακράιωνη λειτουργία και εθνική-πολιτισμική-κοινωνική προσφορά της Ανατολικής Ορθόδοξης του Χριστού Εκκλησίας στην παραμεθόρια νησιωτική περιοχή της Δωδεκανήσου, μέσω της εξειδικευμένης -έστω καθυστερημένης- τυπικής αναγνώρισης της ως νομική προσωπικότητα Δημοσίου Δικαίου, θα επιτευχθεί η πλήρης αποκατάσταση ενός « δικαι'ικού αυτονόητου».

Είναι ξεκάθαρο, ότι οι εν Δωδεκανήσω Εκκλησιαστικές Επαρχίες του Οικουμενικού Πατριαρχείου επιβάλλεται αυτονόητα ,να έχουν την ενδεδειγμένη εκείνη νομική και λειτουργική θωράκιση και ειδική αντιμετώπιση που θα είναι ικανή να

κατοχυρώνει προς αυτές το από Σύνταγμα προνόμιο της ομοταξίας. Ως αυτοδιοικούμενες δηλαδή, από την Πολιτεία, οντότητες που υπάγονται σε διοικητικό και λειτουργικό καθεστώς συγκροτούμενο από Κανόνες που θεσπίζει η Αγία και Ιερά Σύνοδος του Οικουμενικού Πατριαρχείου .

8.Επίλογος

Με όλα τα παραπάνω καθίσταται σαφές, σε γενικότερο πλαίσιο, πως η συζήτηση γύρω από το θέμα της διάκρισης κράτους-εκκλησίας τόσο σε συνταγματικό όσο και σε κοινωνικό -πολιτικό επίπεδο είναι ένα ευαίσθητο και πολύπλευρο ζήτημα. Η κάθε προσέγγιση έχει διαστάσεις που ακόμα και μία αναθεώρηση του Συντάγματος πρέπει να σταθμίσει και να λάβει υπόψη της, τόσο τα όρια που μπορεί να κινηθεί όσο και τις επιπτώσεις που μπορεί να διαμορφωθούν.

Η Εκκλησία της Ελλάδας με τη κατά το Σύνταγμα σχέση τη νόμου κρατούσης πολιτείας και τη πολιτειοκρατική δομή που διέπεται , έχει καταστεί στην ουσία " γρανάζι " του κρατικού μηχανισμού, ώστε μπορεί μεν να φαίνεται ως περισσότερο "παρεμβατική" στο κρατικό γίγνεσθαι, ωστόσο βρίσκεται κάτω από τον απόλυτο έλεγχο της Πολιτείας με συνεχή αναφορά προς αυτήν.

Το Οικουμενικό Πατριαρχείο από την άλλη, ως αυτόνομος διεθνούς διάστασης Θεσμός που συμβάλλεται συνταγματικά με τη μορφή Συμφωνιών -Ομοταξίας με το Κράτος, χρίζει λεπτής και ειδικής μεταχείρισης. Ειδικότερα ,στις μέρες μας, λόγω των περίπλοκων διεθνών και διμερών συσχετισμών που έχει να αντιμετωπίσει , πρέπει και του οφείλεται να τύχει στο εσωτερικό της χώρας της δέουσας νομικής συνδρομής και στήριξης για την ανάδειξη του κύρους του, όπως εν προκειμένω ως προς τη δεσμευτικότητα των πράξεων του και την συναλλαγή του με την Ελληνική Πολιτεία ,ως ισότιμο συμβαλλόμενο μέρος. Στο πλαίσιο αυτό εξ άλλου, εντάσσονται και τα ζητήματα των νομοθετικών και κανονιστικών κενών στις Επαρχίες του στη Δωδεκάνησο.

Σε κάθε περίπτωση, η Εκκλησία ως Οργανισμός - Θεσμός με επιρροή και αντίκτυπο στον κοινωνικό, πολιτιστικό ,εθνικό και οικονομικό ιστό της χώρας, πρέπει να αντιμετωπίζεται ως ένα σημαντικός παράγοντας που επιβάλλεται να αξιοποιηθεί από την Πολιτεία θετικά με δυναμικό επανακαθορισμό του σύγχρονου ρόλου της με όρους διαφάνειας, νομιμότητας και χρηστής διοίκησης, , όπως επιβάλλει ένα σύγχρονο κράτος δικαίου, ειδικά σε περιστάσεις δημοσιονομικής και "κοινωνικής"...ύφεσης, αποστασιοποιημένα και πέρα από εκάστοτε ιδεολογικές-"εύκολες" προσεγγίσεις αλλά και πελατειακές πρακτικές δεξαμενής ψήφων του κυρίαρχου λαού. Η εκκλησία θεσμικά και λειτουργικά σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να συμπληρώσει ή να θεραπεύσει, όπως από πολλούς επιφανειακά υποστηρίζεται , τη συνταγματική επιταγή του κράτους, ως "Κοινωνικού κράτους", ούτε μπορεί απλο'ικά να εξισωθεί με μία Μη Κυβερνητική Φιλανθρωπική Ένωση. Απαιτείται ωστόσο, με βάση τις ιστορικές καταβολές της και την αντίστοιχη σύγχρονη νομική θεμελίωση να διαδραματίσει ένα πολυδιάστατο και αποτελεσματικό ρόλο με αυθύπαρκτη δράση έχοντας ως άξονα της εξυπηρέτηση του γενικού συμφέροντος του κοινωνικού συνόλου.

ΤΟ ΑΡΘΡΟ 3 ΠΑΡ. 1 ΤΟΥ ΙΣΧΥΟΝΤΟΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ – ΜΙΑ ΣΥΝΟΠΤΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ ΜΕ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΕΣ ΑΝΑΦΟΡΕΣ

Ελένη Παλιούρα, ΠΜΣ Εκκλησιαστικού Δικαίου ΕΚΠΑ

1.Εισαγωγή

Οι σχέσεις Κράτους-Εκκλησίας βρίσκονται διαρκώς στο προσκήνιο τόσο του πολιτικού όσο και του νομικού διαλόγου, καθώς εμπεριέχουν ένα ευρύ φάσμα γεγονότων που κατέχουν σημαντική θέση στην εξέλιξη και την ιστορία ενός κρατικού οργανισμού¹. Στην Ελλάδα, η συνταγματική ρύθμιση των σχέσεων αυτών λαμβάνει χώρα κατ'αρχάς στο τρίτο άρθρο του ισχύοντος Συντάγματος², η πρώτη παράγραφος του οποίου συμπυκνώνει τρία επιμέρους θέματα: την έννοια της επικρατούσας θρησκείας, τη συνταγματική κατοχύρωση των ιερών κανόνων και τη συνταγματική κατοχύρωση του Πατριαρχικού και Συνοδικού Τόμου του 1850 και της Πατριαρχικής Συνοδικής Πράξης του 1928, δύο εκκλησιαστικών κανονιστικών κειμένων μείζονος σημασίας³.

¹ Αυτό καθίσταται αντιληπτό και μόνο αν ανατρέξει κάποιος στον καθοριστικό ρόλο που διαδραμάτισαν προκαθήμενοι της Εκκλησίας της Ελλάδος στα πολιτικά δρώμενα της κατοχής και του εμφύλιου πολέμου (πχ ο Αρχιεπίσκοπος Αθηνών και πάσης Ελλάδος Δαμασκηνός, ο οποίος μάλιστα ανέλαβε καθήκοντα αντιβασιλέα το 1944, καθώς και την πρωθυπουργία του ελληνικού κράτους για διάστημα ενός μηνός το 1945, βλ.Ιωάννης Θεοδωρίδης, Συμπλοκή Νομιμότητας και Κανονικότητας – η περίπτωση του Αρχιεπισκόπου Αθηνών και πάσης Ελλάδος Δαμασκηνού, Θεσσαλονίκη 2011)» · επίσης βλ.Ευάγγελος Βενιζέλος, Οι Σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας, Θεσσαλονίκη 2000, σελ.45: «Κάθε Κράτος ρύθμισε, όμως, τη σχέση του με την Εκκλησία, ή μάλλον με το θρησκευτικό φαινόμενο, με διαφορετικό τρόπο, ανάλογα με τη δική του ιστορική εμπειρία και με τα δεδομένα της δικής του κοινωνίας των πολιτών. Έτσι εξηγείται γιατί η γαλλική εμπειρία του λαϊκού κράτους είναι τελείως διαφορετική από τη γερμανική επιλογή του κρατικού σεβασμού σε όλες τις γνωστές θρησκείες (συμπεριλαμβανομένης και της ορθόδοξης), από το σκανδιναβικό μοντέλο της κρατικής (λουθηρανικής) εκκλησίας ή από την ιταλική λύση της ρύθμισης των σχέσεων με τη ρωμαιοκαθολική εκκλησία μέσω κογκορδάτου»

² Σχετικά άρθρα του ισχύοντος Συντάγματος είναι και τα εξής: 13Σ για τη θρησκευτική ελευθερία, 18&8Σ για το αναπαλλοτρίωτο πατριαρχικής περιουσίας, 105Σ για το Άγιο Όρος

³ Άρθρο 3&1Σ: «Επικρατούσα θρησκεία στην Ελλάδα είναι η θρησκεία της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας του Χριστού. Η Ορθόδοξη Εκκλησία της Ελλάδος, που γνωρίζει κεφαλή της τον Κύριο ημών Ιησού Χριστό, υπάρχει αναπόσπαστα ενωμένη δογματικά με τη Μεγάλη Εκκλησία της Κωνσταντινούπολης και με κάθε άλλη ομόδοξη Εκκλησία του Χριστού· τηρεί απαρασάλευτα, όπως εκείνες τους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και τις ιερές παραδόσεις. Είναι αυτοκέφαλη, διοικείται από την Ιερά Σύνοδο των εν ενεργεία Αρχιερέων και από τη Διαρκή Ιερά Σύνοδο που προέρχεται από αυτή και συγκροτείται, όπως ορίζει ο Καταστατικός Χάρτης της Εκκλησίας, με τήρηση των διατάξεων του Πατριαρχικού Τόμου της κθ' (29) Ιουνίου 1850 και της Συνοδικής Πράξης της 4^{ης} Σεπτεμβρίου 1928»

Αξιοσημείωτο είναι το γεγονός ότι στο Σύνταγμα του 1975 η ρύθμιση των σχέσεων Κράτους – Εκκλησίας πραγματοποιήθηκε για πρώτη φορά στο τρίτο άρθρο και όχι στο πρώτο, ενισχύοντας έτσι τη μετάβαση σε ένα καθεστώς «νόμου κρατούσης πολιτείας», σύστημα σχέσεων το οποίο θεσμοθετεί τη νομοθετική επέμβαση του κράτους στα σχετικά με την εκκλησία ζητήματα⁴. Γενικά, το ισχύον Σύνταγμα σηματοδοτεί τη χαλάρωση των σχέσεων των δύο σημαντικών πυλώνων εξουσίας, του Κράτους και της Εκκλησίας, συγκριτικά με τα προϊσχύοντα Συντάγματα, γεγονός που επιδρά στη νομική τους θεώρηση αρχικά με τη μεταβολή του εννοιολογικού περιεχομένου του όρου «επικρατούσα θρησκεία».

2.Επικρατούσα θρησκεία⁵

Σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο του τρίτου άρθρου του ισχύοντος Συντάγματος, επικρατούσα θρησκεία στην Ελλάδα είναι η θρησκεία της Ανατολικής Ορθοδόξου Εκκλησίας του Χριστού. Ιστορικά ο όρος «επικρατούσα θρησκεία» τοποθετείται για πρώτη φορά στο χώρο που σήμερα αποτελεί το ελληνικό κράτος στα Συντάγματα του Ηνωμένου Κράτους των Ιονίων Νήσων και ως προς το εννοιολογικό του περιεχόμενο έχει υπάρξει διχογνωμία σχετικά με το αν ενέχει κανονιστική δύναμη συνεπαγόμενη ορισμένων προνομίων ή αν αποτελεί απλώς ένα τιμητικό χαρακτηρισμό στη θρησκεία που στιγμάτισε το ελληνικό κράτος, πριν ακόμη αποκτήσει τη σημερινή του συγκρότηση. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η υπόσταση

⁴ Βλ.Κωνσταντίνος Γ. Παπαγεωργίου, *Εκκλησιαστικό Δίκαιο. Θεωρία και Νομολογία*, 'Bibliotheca Juris I', Θεσσαλονίκη 2013, σελ.52-90 · το σύστημα της «νόμου κρατούσης πολιτείας» έχει ιστορικό έρεισμα στη θρησκευτική μεταρρύθμιση του Μεγάλου Πέτρου (Πέτρος Α' της Ρωσίας), με την οποία η Εκκλησία μετατράπηκε σε κρατικό όργανο, διοικούμενο από τη Διοικούσα Σύνοδο, κατά το πρότυπο της οποίας συστήθηκε η Διαρκής Ιερά Σύνοδος της Εκκλησίας της Ελλάδος (πρώτος το πρότεινε ο Αδαμάντιος Κοραής), διοικητικό όργανο που δε θεμελιώνεται στους ιερούς κανόνες, γεγονός που οδήγησε στο χαρακτηρισμό της ως αντικανονικής, με τον αντίποδα βέβαια να ισχυρίζεται ότι για την απόδοση του χαρακτηρισμού αυτού δεν αρκεί η απουσία ενός θεσμού από τους ιερούς κανόνες, αλλά η σαφής αντίθεσή του προς το περιεχόμενο και το πνεύμα τους, βλ.Αγγελική Α. Τσαγκάρη, *Η Ιστορία και το Νομικό πλαίσιο της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2011, επίσης βλ.Χαράλαμπος Κ. Παπαστάθης, *Εκκλησιαστικό Δίκαιο. Τεύχος Πρώτο*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2007, σελ.27-28: «Στο σύστημα αυτό, η πολιτεία κρατεί στα εκκλησιαστικά. Το κράτος επεμβαίνει στην εκκλησία, όχι όμως με βίαια μέσα, όπως στον καισαροπαπισμό. Η ανάμιξη της πολιτείας οριοθετείται από νόμους, και εκφράζεται με νόμους.»

⁵Γενική βιβλιογραφία υποενότητας: Κωνσταντίνος Γ. Παπαγεωργίου, *Εκκλησιαστικό Δίκαιο. Θεωρία και Νομολογία*, 'Bibliotheca Juris I', Θεσσαλονίκη 2013, Σπύρος Ν. Τρωιάνος – Γεώργιος Α. Πουλής, *Εκκλησιαστικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2003, Σαράντης Ορφανουδάκης – Γεώργιος Πουλής - Γιώργος Σωτηρέλης – Χριστόφορος Κοσμίδης, *Σχέσεις Κράτους – Εκκλησίας εν όψει της Αναθεώρησης του Συντάγματος*

του εν λόγω όρου αποτελεί επιλογή του συντακτικού νομοθέτη, είναι δυνατόν δηλαδή να καταργηθεί με συνταγματική αναθεώρηση.

Μπορούμε, λοιπόν, να μιλήσουμε για επίσημη θρησκεία στον ελλαδικό χώρο; Υπό το καθεστώς του ισχύοντος Συντάγματος και υπό το πρίσμα της συνταγματικώς κατοχυρωμένης θρησκευτικής ελευθερίας όχι, και αυτό διότι ο όρος επικρατούσα θρησκεία έχει απαλλαγεί από τα προνόμια που το συνόδευαν (για παράδειγμα έχει μεταβληθεί υπέρ όλων των γνωστών θρησκείων η διάταξη που ίσχυε επί προηγούμενων συνταγμάτων ότι ο προσηλυτισμός απαγορευόταν μόνο κατά της επικρατούσας θρησκείας) και έχει αποκτήσει διαπιστωτικό χαρακτήρα, γεγονός που διαφαίνεται και στα πρακτικά των εργασιών της Ε Αναθεωρητικής Βουλής⁶. Θεωρία και νομολογία, επίσης⁷, συγκλίνουν στο ότι ο όρος αυτός είναι περιγραφικός της θρησκείας που ακολουθεί η συντριπτική πλειοψηφία του ελληνικού λαού, καθώς και ότι εξομοιώνεται με τιμητικό χαρακτηρισμό της θρησκείας αυτής που κατέχει σημαίνουσα θέση στην πολιτισμική και ιστορική παράδοση του ελληνισμού⁸.

Το περιεχόμενο της «επικρατούσας θρησκείας», ιδίως υπό το πρίσμα των διεθνώς κατοχυρωμένων θρησκευτικών ανθρώπινων δικαιωμάτων, δεν μπορεί να καταστεί περιορισμός της θρησκευτικής ελευθερίας, αφού δε συνιστά ευνοϊκότερη μεταχείριση έναντι των άλλων θρησκευμάτων, συνεπώς σύγκρουση με το άρθρο 13 του Συντάγματος δεν υφίσταται εις βάρος των ετεροδόξων και των ετεροθρήσκων, που είναι μέτοχοι των ίδιων δικαιωμάτων με τα μέλη της επικρατούσας θρησκείας. Διαφορετικό ζήτημα είναι η μορφή νομικής προσωπικότητας που διαθέτει η Εκκλησία της Ελλάδος και οι νομικές συνέπειες που απορρέουν από αυτή, όπως είναι

⁶ Βλ. Σπύρος Ν. Τρωιάνος – Γεώργιος Α. Πουλής, Εκκλησιαστικό Δίκαιο ο.π., σελ.109επ, όπου αναφέρονται και τα προνόμια που συνόδευαν τον όρο επικρατούσα θρησκεία στο Σύνταγμα του 1952

⁷ Ενδεικτικά, ΝΟΜΟΣ: ΠολΠρΘεσ 5928/2013 («ενδεχόμενες ρυθμίσεις του νόμου, που εισάγουν ειδική μεταχείριση των εκκλησιαστικών καθιδρυμάτων, δεν μπορούν να αναφέρονται αποκλειστικά στην Ορθόδοξη Εκκλησία, με γενική επίκληση του χαρακτηρισμού της ως επικρατούσας θρησκείας και εφόσον δεν συντρέχει λόγος προνομιακής αντιμετώπισης της Ορθόδοξης Εκκλησίας, οι σχετικές ειδικές διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται ότι καταλαμβάνουν όλα τα γνωστά στο ελληνικό κράτος θρησκευόμενα και δόγματα»), ΣτΕ 2280/2001 («Το άρθρο 3, που εντάσσεται στο Τμήμα Β του πρώτου μέρους του Συντάγματος, αφορώντας τις σχέσεις Εκκλησίας και Πολιτείας, δεν επηρεάζει την άσκηση του κατοχυρωμένου με το άρθ. 13 ατομικού δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας, που περιλαμβάνεται στο δεύτερο μέρος του Συντάγματος, ούτε εισάγει προνομιακή μεταχείριση υπέρ των Ελλήνων Ορθοδόξων Χριστιανών κατά την άσκηση του δικαιώματος αυτού.»), ΕΔΔΑ Σοφιανόπουλος κατά Ελλάδος («Το γεγονός ότι η Ορθόδοξη Θρησκεία είναι η «επικρατούσα» στην Ελλάδα και ότι μέρος των επίσημων εκδηλώσεων αποτελούν θρησκευτικές τελετές, δεν δικαιολογεί την αναγραφή του θρησκευόμενου επί των δελτίων ταυτότητας.»)

⁸ Βλ. ΕΔΔΑ Κοκκινάκης κατά Ελλάδος («Η Ανατολική Ορθόδοξη του Χριστού Εκκλησία κατά τη διάρκεια 4 περίπου αιώνων ξένης κατοχής συμβόλιζε τη διατήρηση του ελληνικού πολιτισμού και της ελληνικής γλώσσας, έλαβε ενεργό μέρος στον αγώνα του ελληνικού λαού για απελευθέρωση, σε βαθμό που ο ελληνισμός μέχρι ενός σημείου έχει ταυτισθεί με την ορθόδοξη πίστη»)

η δημιουργία διοικητικών διαφορών στην προκείμενη περίπτωση από τη δράση των οργάνων της, αφού η Εκκλησία της Ελλάδος έχει χαρακτηριστεί από τον κοινό νομοθέτη νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ως προς τις νομικές της σχέσεις, αφού δεν παραγνωρίζεται ο χαρακτήρας της ως θείου καθιδρύματος⁹. Βέβαια, το ΕΔΔΑ έχει υποστηρίξει ότι σε όσες ευρωπαϊκές χώρες οι Εκκλησίες είναι νπδδ, χαρακτηρίζονται ως μη κυβερνητικοί οργανισμοί, με την έννοια ότι διαθέτουν κάποιες αξιώσεις έναντι του κράτους, τις οποίες έχουν και οι ιδιώτες¹⁰.

Επιπροσθέτως, η μορφή νομικής προσωπικότητας της Εκκλησίας της Ελλάδος δεν ορίζεται από το συντακτικό νομοθέτη και δε σχετίζεται με την ύπαρξη ή μη του όρου «επικρατούσα θρησκεία», αλλά αποτελεί κοινή νομοθετική επιλογή, η οποία δύναται να μεταβληθεί οποτεδήποτε, χωρίς φυσικά να προηγηθεί συνταγματική αναθεώρηση. Αξιοσημείωτο είναι ότι η παροχή νομικής προσωπικότητας αποτελεί, βάσει των διεθνών κανόνων και του δικαιώματος της αυτονομίας των θρησκευτικών κοινοτήτων, αξίωση κάθε θρησκευόμενου προς το κράτος¹¹.

⁹ ΚΧΕΕ ν.590/1977 άρθρο 1&4: «Κατά τας νομικές αυτών σχέσεις η Εκκλησία της Ελλάδος...είναι Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου.», ΣτΕ 3795/1990 (χαρακτηρισμός των Μητροπόλεων ως οργάνων διοικήσεως ΝΠΔΔ), βλ.Σπύρος Τρωιάνος – Κωνσταντίνος Παπαγεωργίου, Βασική Θρησκευτική Νομοθεσία & Νομολογία, Αθήνα 2009, σελ.89-90 · Ν. 4235/2014, άρθ. 68 § 3: «Τα νομικά πρόσωπα του άρθ. 1 § 4 Ν. 590/1977 ...υπάγονται στις διατάξεις που διέπουν τη Γενική Κυβέρνηση και τον Δημόσιο Τομέα ως προς την οργάνωση και διοίκησή τους, την εν γένει περιουσιακή και λογιστική διαχείρισή τους, τους λειτουργούς και το προσωπικό τους, μόνον εφόσον αυτές το ορίζουν ρητά...»

¹⁰ Η ελληνική υπόθεση είναι η ΕΔΔΑ Ιερές Μονές κατά Ελλάδα · επίσης ΣτΕ 502/2011: «...η ιδιάζουσα φύση και ο χαρακτήρας των μονών ως ιδιαίτερης φύσεως νομικών προσώπων. Πράγματι, κατά την γνώμη αυτή, οι ιερές μονές χαρακτηρίζονται μεν ρητώς από τον νόμο ως νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου κατά τις νομικές τους σχέσεις (άρθρο 1 παρ. 4 του Καταστατικού Χάρτη της Εκκλησίας της Ελλάδος και, ειδικώς για την καθ' ης η αίτηση ακυρώσεως Ιερά Μονή ..., άρθρο 1β' του Εσωτερικού Κανονισμού), δεν συνιστούν, όμως, φορείς ασκήσεως της δημόσιας εξουσίας» · βλ.γνωμοδότηση Θεοδώρου Παπαγεωργίου, Ασκή «εποπτεϊαν» το Κράτος επί της Εκκλησίας, *Εκκλησία Νοέμβριος 2012*, σελ.649επ · βλ.Γεώργιος Ι. Ανδρουτσόπουλος, Καύση των νεκρών. Νομική θεώρηση ενός ταλαιπωρημένου Δικαιώματος, *Νομοκανονικά 2/2015*, σελ.105επ, όπου αναφέρεται ότι το δικαίωμα αποτεφρώσεως δε δύναται βάσει του 13&1Σ να προβληθεί ως αξίωση ενός ιδιώτη προς την Εκκλησία, παρόλο που η τελευταία είναι νπδδ, διότι δεν εντάσσεται στους φορείς ενάσκησης δημόσιας εξουσίας

¹¹ Case 27/03/2002, Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova · βλ.Θεόδωρος Παπαγεωργίου, Οι μεταβολές του ν.4235/2014 στον ΚΧΕΕ, *Νομοκανονικά 1/2014*, σελ.57επ: «...από την ερμηνεία των άρθρων 13 Συντ., 9, 11 ΕΣΔΑ απορρέει το δικαίωμα θρησκευτικής αυτονομίας των νομικών προσώπων της Εκκλησίας ως όριο για τη νομοθετική εξουσία του Κράτους...»

3. Συνταγματική κατοχύρωση ιερών κανόνων¹²

Ένα δεύτερο ζήτημα που πραγματεύεται η πρώτη παράγραφος του άρθρου 3 του ισχύοντος Συντάγματος είναι η συνταγματική κατοχύρωση των ιερών κανόνων¹³, η οποία συζητείται σε θεωρία και νομολογία μέχρι και σήμερα¹⁴, ενώ απασχόλησε το Συμβούλιο της Επικρατείας ήδη από τα πρώτα έτη του βίου του, δηλαδή πριν ακόμη από την κατάρτιση του Συντάγματος του 1975. Συνοπτικά, όταν μιλάμε για ιερούς κανόνες, αναφερόμαστε στο περιεχόμενο της εκκλησιαστικής δικαιοταξίας, στο σώμα των 770 κανόνων που έχουν θεσπιστεί από τις Οικουμενικές Συνόδους και τους Πατέρες της Εκκλησίας¹⁵. Κατά μία άποψη, εφόσον δεν έχουν υποστεί κάποια ερμηνευτική διάκριση σε δογματικούς και σε διοικητικούς, αρμόδια για την οποία είναι η εκκλησιαστική έννομη τάξη και όχι η πολιτειακή¹⁶, οι ιεροί κανόνες κατοχυρώνονται συνταγματικώς στο σύνολό τους, τηρουμένου έτσι καθολικώς του δικαιώματος της αυτοδιοικήσεως των θρησκευμάτων, έκφραση του οποίου είναι η διοίκηση καθενός από αυτά μέσω της εσωτερικής του νομοθεσίας, την οποία επιβάλλει στους πιστούς του¹⁷. Η άποψη αυτή, θεμελιωμένη για πρώτη φορά στην

¹² Οι δικαστηριακές αποφάσεις που παρατίθενται τόσο στην παρούσα υποενότητα όσο και στο υπόλοιπο κείμενο είναι δημοσιευμένες στο ΝΟΜΟΣ και στο www.valsamon.gr

¹³ Άρθ. 3 § 1 Συντ: «...τηρεί απαρασάλευτα ... τους Ιερούς Αποστολικούς και Συνοδικούς Κανόνες και τις Ιερές Παραδόσεις...», Άρθ. 1 ΚΧΕΕ: «...στοιχούσα τη διδασκαλία της Αγίας Γραφής και τηρούσα απαρασαλεύτως, ως και πάσαι αι λοιπαί Ορθόδοξοι Εκκλησίαι, τα δόγματα, τους ιερούς αποστολικούς και συνοδικούς κανόνες και τας ιεράς παραδόσεις...», βλ. Γεώργιος Πουλής, Εκκλησιαστικό Ποινικό Δίκαιο, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2008, όπου αναφέρεται ότι η διατύπωση περί ιερών κανόνων στο κείμενο του Συντάγματος είναι εσφαλμένη, για το λόγο ότι κανόνες που συντάχθηκαν από τους Αποστόλους δεν υπάρχουν και οι φερόμενοι ως Αποστολικοί είναι στην ουσία 85 κανόνες συμπεριλαμβανόμενοι σε ένα κωδικοποιητικό έργο του 4^{ου} αιώνα, του οποίου ο συγγραφέας δεν είναι γνωστός, καθώς και επειδή αφενός οι ιερές παραδόσεις δε διαθέτουν νομική αξία, αφετέρου διότι η λέξη συνοδική δεν ανταποκρίνεται επαρκώς στην προέλευση των ιερών κανόνων, αφού θεσπίστηκαν από Τοπικές, Οικουμενικές Συνόδους και από Πατέρες της Εκκλησίας.

¹⁴ Το ζήτημα της συνταγματικής κατοχύρωσης των ιερών κανόνων βρέθηκε στο νομικό προσκήνιο στις αρχές του 20^{ου} αιώνα, όταν ανέκυψε ο προβληματισμός περί του οργάνου που ενείχε την αρμοδιότητα για το διορισμό των ιεροψαλτών, βλ. Τρωιάνος – Πουλής «Εκκλησιαστικό» ο.π., σ.37

¹⁵ Βλ. Τρωιάνος – Πουλής «Εκκλησιαστικό» ο.π., σ.33, όπου αναφέρεται ότι ο όρος ιεροί κανόνες νοείται διττώς, καθώς με διευρυμένη θεώρησή του ισοδυναμεί με το περιεχόμενο του κανονικού δικαίου, ενώ εν στενή έννοια και «κατά νομική ακριβολογία» ταυτίζεται με τις συνοδικές αποφάσεις κανονιστικού περιεχομένου.

¹⁶ Είχε προταθεί από τον πρωθυπουργό Ανδρέα Μιχαλακόπουλο, ο οποίος υποστήριζε πως υφίστατο διάκριση των κανόνων σε δογματικούς και κοσμικούς, η αρμοδιότητα της κρίσης επί της φύσεως ενός ιερού κανόνα να ανήκει στη νομοθετική εξουσία, δηλαδή στην κρατική δικαιοταξία, βλ. Παναγιώτης Πουλίτσας «Σχέσις Πολιτείας και Εκκλησίας – Ιδία επί εκλογής Επισκόπων», Αθήνα 1946, σ.267-268, βέβαια τέτοιο γεγονός θα στοιχειοθετούσε άμεση επέμβαση της πολιτείας στο εσωτερικό της εκκλησιαστικής διοικήσεως.

¹⁷ Η διοίκηση κάθε θρησκευτικής κοινότητας σύμφωνα με τους οικείους της εσωτερικούς κανόνες βρίσκεται στον πυρήνα του δικαιώματος της θρησκευτικής ελευθερίας, βλ. Γεώργιος Ι. Ανδρουτσόπουλος, Η Θρησκευτική ελευθερία κατά τη νομολογία του Αρείου Πάγου, [Βιβλιοθήκη Εκκλησιαστικού Δικαίου, Σειρά Β': Μελέτες, 1], Αθήνα-Κομοτηνή 2010, σελ.85επ

επιστολή της Συνόδου του Οικουμενικού Πατριαρχείου Κωνσταντινουπόλεως προς την ελληνική Κυβέρνηση (24 Δεκεμβρίου 1850), δε βρήκε νομολογιακό αντίκρισμα, καθώς επικράτησε η διάκριση των ιερών κανόνων σε δογματικούς και σε διοικητικούς¹⁸ και η συνεπακόλουθη πρόσδοση υπερνομοθετικής ισχύος στους πρώτους. Πάντως, υποστηρίχτηκε από προσωπικότητες, που διαδραμάτιζαν σημαίνοντα ρόλο στα πολιτικά δρώμενα των απαρχών του εικοστού αιώνα, όπως ο Νικόλαος Δ, Λεβίδης και ο εισαγγελέας του Αρείου Πάγου Δημοσθένης Τσιβανόπουλος, ο οποίος επικαλέστηκε τον πρώτο μετά την ανακήρυξη του αυτοκεφάλου της Εκκλησίας της Ελλάδος Καταστατικό Χάρτη (νόμος Σ΄/1852) που προέβλεπε υποχρέωση του επισκόπου να τηρεί απαρεγκλίτως τους ιερούς κανόνες και παραδόσεις¹⁹.

Μετά την τυπική συγκρότηση του ελληνικού κράτους διάκριση των κανόνων σε δογματικούς και διοικητικούς δεν πραγματοποιήθηκε σε συνταγματικό κείμενο, γεγονός που αποτέλεσε έρεισμα για τη διατύπωση της γνώμης ότι από τη στιγμή που το ιεραρχικά ανώτερο νομοθέτημα της εθνικής έννομης τάξης δε συμπεριλαμβάνει τέτοιου είδους διάκριση, δε θα πρέπει η τελευταία να διενεργείται μέσω της ερμηνευτικής οδού²⁰.

Κατά μία δεύτερη άποψη, η διατύπωση περί απαρασάλευτης τήρησης των ιερών κανόνων σχετίζεται με την κανονική ενότητα της Εκκλησίας της Ελλάδος με το Οικουμενικό Πατριαρχείο και με τις υπόλοιπες Ορθόδοξες Εκκλησίες. Η άποψη αυτή αντικατοπτρίζεται ιστορικά στην παύση της κανονικής επικοινωνίας μεταξύ Εκκλησίας της Ελλάδος και Οικουμενικού Πατριαρχείου εν όψει της αυτόβουλης

¹⁸ Διάκριση των ιερών κανόνων πραγματώνεται και σε πολιτειακά νομοθετήματα της βυζαντινής περιόδου, κατά την οποία θεσπίστηκε και η συντριπτική πλειονότητά τους, όπως στη Νεαρά 40 του Αλεξίου Α΄ Κομνηνού, στο περιεχόμενο της οποίας διαφαίνονται δύο κατηγορίες ιερών κανόνων. Ο Πουλίτσας υποστηρίζει πως παρόμοια διάκριση διαφαίνεται και στη Νεαρά 131 του Ιουστινιανού, όπου και παραπέμπονται ευθέως οι κανόνες των τεσσάρων πρώτων Οικουμενικών Συνόδων, προσλαμβάνοντας νομοθετική ισχύ, βλ. Πουλίτσας «Σχέσις» ο.π., σ.229, επίσης βλ. Σπύρος Ν. Τρωιάνος «Ψηφίδες Ιστορίας του Δικαίου Απώτερης και Νεότερης», σ.293-295 όπου στην 293: «...αφού οι νόμοι και οι κανόνες βρίσκονταν πλέον –μετά την έκδοση της Νεαράς 131- στο ίδιο επίπεδο από πλευράς τυπικής δυνάμεως, έπρεπε να αντιμετωπίζονται εφεξής από τον οποιονδήποτε εφαρμοστή του δικαίου, ανεξάρτητα από τι αν αυτός ήταν όργανο της Πολιτείας ή της Εκκλησίας, κατά τον ίδιο τρόπο...»

¹⁹ Βλ. Πουλίτσας «Σχέσις» ο.π., σ.225επ

²⁰ Κατά τη συζήτηση πάντως για την ψήφιση πολιτειακών νομοθετημάτων, όπως το Σύνταγμα του 1844 και ο Αστικός Κώδικας (συγκεκριμένα στο πλαίσιο της αναθεωρητικής επιτροπής και με αφορμή το ζήτημα του γάμου), εμφανίστηκαν γνώμες περί διακρίσεως των ιερών κανόνων, βλ. Πουλίτσας «Σχέσις» ο.π., σ.231επ.

ανακήρυξης της πρώτης σε αυτοκέφαλη με τη «Διακήρυξη περί ανεξαρτησίας της Ελληνικής Εκκλησίας» του 1833 επί Όθωνος²¹.

Η άποψη, τελικώς, που υιοθετήθηκε από τη νομολογία είναι η εξής: κατοχυρώνονται συνταγματικώς οι δογματικοί κανόνες²², όχι όμως και οι διοικητικοί, ενώ μετέπειτα διατυπώθηκε ότι λαμβάνουν εχέγγυα υπερνομοθετικής ισχύος και οι διοικητικοί κανόνες, αρκεί να συνθέτουν βασικό θεσμό της Εκκλησίας. Εύλογο ερώτημα εδώ είναι το αν είναι δυνατόν να εκδοθεί πολιτειακός νόμος αντίθετος στο περιεχόμενο κάποιου ιερού κανόνα είτε πρόκειται για δογματικής είτε για διοικητικής φύσεως. Πρακτικά είναι δυνατόν, λοιπόν, αρκεί να μην εξαναγκάζει τα μέλη του πληρώματος της Ανατολικής Ορθοδόξου Εκκλησίας σε πράξη (παράδειγμα αποτελεί ο νόμος για την καύση των νεκρών)²³. Και κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας η πολιτεία δεν μπορεί να εξαναγκάζει τους πιστούς σε παράβαση των συνταγματικώς κατοχυρωμένων ιερών κανόνων, χωρίς βέβαια αυτό να σημαίνει ότι υποχρεούται να επιβάλει την τήρησή τους με πολιτειακούς νόμους. Είναι διαφορετικό θέμα η συνταγματική κατοχύρωση των ιερών κανόνων από την ευθεία παραπομπή τους σε κοινό νομοθέτημα²⁴.

Σκόπιμο είναι να αναφερθούν ορισμένα νομολογιακά παραδείγματα πάνω στο θέμα της συνταγματικής κατοχύρωσης των ιερών κανόνων. Ενδιαφέρον παρουσιάζει, αρχικά, η απευθείας επίκληση των ιερών κανόνων στο κείμενο της δικαστικής απόφασης και η χρήση τους στο δικανικό συλλογισμό. Χαρακτηριστική είναι η απόφαση του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου, η οποία θεμελιώνει την άρνηση ανανέωσης άδειας οπλοφορίας κληρικού στους ιερούς κανόνες, με μνημόνευση μάλιστα ότι ερμηνεία του νόμου περί οπλοφορίας ανεκτική της κατοχής όπλων εκ μέρους μοναχών και κληρικών της Ανατολικής Ορθοδόξου Εκκλησίας, ακόμη και

²¹ Βλ.Κωνσταντίνος Γ. Παπαγεωργίου, Θεωρία και Πράξη του Εκκλησιαστικού Δικαίου Ι, Θεσσαλονίκη 2014, όπου αναφέρονται τέσσερις διαφορετικές μεταξύ τους απόψεις σχετικά με τη συνταγματική κατοχύρωση των ιερών κανόνων (σελ.34επ): η πρώτη υποστηρίζει την καθολική κατοχύρωσή τους, η δεύτερη την κατοχύρωση μόνο των δογματικών κανόνων, η τρίτη την ύπαρξη της διάταξης προς διατήρηση της δογματικής ενότητας της Εκκλησίας της Ελλάδος με τις λοιπές ομόδοξες Εκκλησίες («συνεπώς, είναι δυνατή η με νόμο τροποποίηση οποιουδήποτε κανόνα, ακόμη και οικουμενικής συνόδου, εφόσον ο νόμος αυτός δεν αντιβαίνει στο ορθόδοξο δόγμα»), η τέταρτη τη διασφάλιση της κανονικής ενότητας της Εκκλησίας της Ελλάδος με τις λοιπές ομόδοξες Εκκλησίες

²² Μάλιστα, κατά μία άποψη που διατυπώθηκε στη θεωρία, δε στοιχειοθετούνται παρά μόνο ελάχιστοι δογματικοί κανόνες και αυτοί ενέχουν ιστορική αξία μόνο, αφού το κατεξοχήν αντικείμενο των ιερών κανόνων δεν είναι άλλο από τη ρύθμιση της εκκλησιαστικής διοικήσεως,βλ.Πουλίτσας «Σχέσις» ο.π., σ.239επ.

²³ Βλ.Γ.Ι.Ανδρουτσόπουλος, Η Καύση ο.π.

²⁴ Βλ.Γεώργιος Α. Πουλής, Εκκλησιαστικό Ποινικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2008, σελ.25επ.

προς προστασία της μονής, θα καθιστά το νόμο αυτό αντισυνταγματικό²⁵. Άλλη γνωστή απόφαση με παρόμοια συλλογιστική είναι η Νεγρεπόντης – Γιαννίσης/Ελλάδος, που αφορούσε την υιοθεσία εκ μέρους μοναχού και τη συνεπακόλουθη κληρονόμησή του από το θετό τέκνο, η οποία απορρίφτηκε από τα εθνικά δικαστήρια με το αιτιολογικό ότι η υιοθεσία εκ μέρους μοναχού αντίκειται στους ιερούς κανόνες, αφού ο μοναχός απαγορεύεται να επιδίεται σε κοσμικές φροντίδες²⁶.

Επιπροσθέτως, ενδεικτικά ως προς τη διάκριση των κανόνων σε διοικητικούς και δογματικούς, σε απόφασή του το Συμβούλιο της Επικρατείας ανέφερε ότι η μεταβολή των ορίων Μητροπόλεως είναι πράξη διοικητικής φύσεως, γι αυτό η μη ύπαρξη της γνώμης του οικείου Αρχιερέα δεν καθιστά αντισυνταγματικό το νόμο με τον οποίο επιτυγχάνεται η νέα οριοθέτηση²⁷. Τέλος, σχετικά με τη συνταγματική κατοχύρωση των θεμελιωδών διοικητικών κανόνων, αποτυπώνεται με σαφήνεια σε πρόσφατη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ότι οι διοικητικοί κανόνες γενικά δεν ενέχουν συνταγματική κατοχύρωση, διότι δεν εκδηλώνονται μέσω αυτών τα κυριαρχικά δικαιώματα της Εκκλησίας, αλλά εμπεριέχουν ζητήματα μεταβλητά ανάλογα με την εκάστοτε χρονική περίοδο. Ωστόσο, υπερνομοθετική ισχύ αποκτούν οι διοικητικής φύσεως κανόνες που διαθέτουν ζωτική σημασία για την υπόσταση της Εκκλησίας ως διοικητικού οργανισμού και ρυθμίζουν ορισμένα ζητήματα κατά τρόπο αποκλειστικό²⁸.

²⁵ ΣτΕ 2569/1990: «Η χορήγηση άδειας οπλοφορίας στους κληρικούς και μοναχούς της Ανατολικής Ορθόδοξης Εκκλησίας αντίκειται στη θεμελιώδη περί αγάπης διδασκαλία του ιδρυτού της και στους θείους και ιερούς κανόνες ΕΣΤ' των Αγίων Αποστόλων και Η' του Μεγάλου Βασιλείου ...ερμηνεία του νόμου επιτρέπυσα την οπλοφορία... θα καθιστούσε το νόμο τούτο αντίθετο προς τη συνταγματική διάταξη και θα παραβίαζε τη θεμελιώδη αυτή αρχή της Ανατολικής Ορθόδοξου Εκκλησίας.»

²⁶ ΑΠ 17/2008: «Σύμφωνα με τους Κανόνες ΣΤ' Αγίων Αποστόλων, Γ' της Ζ' Οικουμενικής Συνόδου και ΙΑ' της Πρωτοδευτέρας Συνόδου και τις Ιερές Παραδόσεις, δεν επιτρέπεται στους μοναχούς να υιοθετούν τέκνο, διότι η υιοθεσία επάγεται την αναδοχή κοσμικών φροντίδων, την οποία απαγορεύει ο θεμελιώδης Γ' Κανόνας Δ Οικουμενικής Συνόδου Χαλκηδόνας.» · ΕΔΔΑ Ν.Ν.Γ. κατά Ελλάδος: «Το Δικαστήριο δίνει μεγάλη σημασία στη φύση των κανόνων στους οποίους στηρίχθηκε η ολομέλεια του Αρείου Πάγου, για να αποφανθεί ότι η υιοθεσία από μοναχό αντίκειται στη δημόσια τάξη...Το Δικαστήριο σημειώνει ότι οι κανόνες αυτοί είναι όλοι εκκλησιαστικής φύσης και ανατρέχουν στον έβδομο και ένατο αιώνα...Το Δικαστήριο θεωρεί ότι οι λόγοι που προέβαλε ο Άρειος Πάγος, για να αρνηθεί την αναγνώριση της υιοθεσίας του προσφεύγοντος, δεν αντιστοιχούν σε επιτακτική κοινωνική ανάγκη»

²⁷ ΣτΕ 3060/2001

²⁸ ΟλΣτΕ 3003/2014: «Τα υπό κρίση ζητήματα δεν αναφέρονται ούτε στο δόγμα ούτε συνθέτουν βασικό διοικητικό θεσμό της Εκκλησίας. Συνεπώς, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι οι κανόνες αυτοί ρυθμίζουν τα ζητήματα της καθαιρέσεως κατά τρόπο αποκλειστικό, απαγορεύοντας στο νομοθέτη τη θέσπιση διοικητικών μέτρων που διασφαλίζουν το κύρος και την εύρυθμη λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας.», για το ίδιο θέμα ΣτΕ 2037/1979: «...ως εκρίθη ήδη η συνταγματική κατοχύρωση δύναται να θεωρηθεί επεκτεινόμενη και επί κανόνων ή παραδόσεων των αναφερόμενων εις ζητήματα

Στο τρίτο άρθρο του ισχύοντος Συντάγματος γίνεται αναφορά και για το βασικό νομοθέτημα που ρυθμίζει την εσωτερική οργάνωση της Εκκλησίας της Ελλάδος ως διοικητικού οργανισμού. Πρόκειται για τον Καταστατικό της Χάρτη, ο οποίος είναι νόμος του κράτους, ψηφίζεται από την ολομέλεια της Βουλής και εμπεριέχει πλήθος εξουσιοδοτήσεων, βάσει των οποίων η Εκκλησία της Ελλάδος δύναται να εκδίδει κανονιστικές πράξεις που ελέγχονται μόνο για υπέρβαση ή έλλειψη εξουσιοδοτήσεως και όχι για κατάχρηση εξουσίας (χαρακτηριστικό παράδειγμα η ΟλΣτΕ 961/1978 για το άρθρο 7 του κανονισμού 2/1977 περί εργασιών της Δ.Ι.Σ, το οποίο όριζε καθ' υπέρβαση εξουσιοδοτήσεως την αναγκαιότητα παροχής εξουσιοδοτήσεως προς αναπλήρωση του Προέδρου της Δ.Ι.Σ)²⁹. Ωστόσο, έχει υποστηριχτεί η άποψη ότι ο Καταστατικός Χάρτης θα μπορούσε να αποτελέσει κανονιστική πράξη της Εκκλησίας της Ελλάδος, κάτι που είχε εκφραστεί και από το μακαριστό Αρχιεπίσκοπο Αθηνών και πάσης Ελλάδος Χριστόδουλο³⁰.

4. Τόμος του 1850 και Πράξη του 1928

Ένα τρίτο σημαντικό ζήτημα που θέτει το άρθρο 3πα1, το ζήτημα της συνταγματικής κατοχύρωσης δύο μη κρατικών κειμένων, του Τόμου του 1850 («Περί της εν Ελλάδι Ορθοδόξου Εκκλησίας»: «Της εν Κωνσταντινουπόλει Αγίας και Ιεράς Συνόδου της συγκροτηθείσης εν έτει από Χριστού Σωτήρος χιλιοστώ οκτακοσιοστώ πεντηκοστώ εν μηνί Ιουνίω Ινδικτιώνος Η»), με τον οποίο για πρώτη φορά ανακηρύχθηκε η Εκκλησία της Ελλάδος αυτοκέφαλη (το αρμόδιο όργανο δηλαδή για την παροχή αυτοκεφαλίας δεν είναι η πολιτεία, συνεπώς η αναφορά στο Σύνταγμά μας ότι η Εκκλησία της Ελλάδος είναι αυτοκέφαλη καμία σημασία δεν έχει³¹. Αρμόδιο όργανο για την παροχή αυτοκεφαλίας σε μία Ορθόδοξη Εκκλησία είναι μία Πατριαρχική Σύνοδος.) και της Πράξης του 1928 «Περί της Διοικήσεως των Ιερών

διοικητικής αποκλειστικώς φύσεως, διότι αυτά δεν έχουν τη σημασία των δογματικών και επιπλέον από τη φύση τους ρυθμίζονται σύμφωνα με τις ανάγκες και τις περιστάσεις της κοινωνίας. Οπότε χωράει τροποποίηση προς το κοινό συμφέρον Εκκλησίας και Πολιτείας, χωρίς όμως η τροποποίηση αυτή να φτάνει μέχρι τη θεμελιώδη μεταβολή βασικών διοικητικών θεσμών καθιερωμένων επί μακρόν εντός της Ορθοδόξου Εκκλησίας.»

²⁹ Βλ. Κωνσταντίνος Γ. Παπαγεωργίου, Τα Όρια της Εκκλησιαστικής Αυτοδιοίκησης, Τρίκαλα-Θεσσαλονίκη 2012, σελ. 87 επ

³⁰ Βλ. Βενιζέλος, Οι Σχέσεις ο.π., σελ. 190

³¹ Άλλο το «νομίμως» αυτοκέφαλο και άλλο το «κανονικώς» αυτοκέφαλο, βλ. Γεώργιος Ιατρού, Η θέση του Οικουμενικού Πατριαρχείου στην εκκλησιαστική, την ελληνική και τη διεθνή έννομη τάξη, [Βιβλιοθήκη Εκκλησιαστικού Δικαίου, Σειρά Β': Μελέτες, 2], Αθήνα – Κομοτηνή 2010, σελ. 202

Μητροπόλεων των Νέων Χωρών», με την οποία ρυθμίζεται το καθεστώς των Μητροπόλεων των Νέων Χωρών, των εδαφών δηλαδή που προσαρτήθηκαν στην ελληνική επικράτεια με τους βαλκανικούς πολέμους του 1912-1913 και η εκκλησιαστική τους διοίκηση έχει παραχωρηθεί επιτροπικώς, προσωρινά δηλαδή από το Οικουμενικό Πατριαρχείο στην Εκκλησία της Ελλάδος³². Η κρατούσα νομολογιακή άποψη διατυπώνει την πρόσδοση ανώτατης τυπικής ισχύος στα δύο αυτά κείμενα μόνο ως προς τον τρόπο συγκρότησης της Δ.Ι.Σ, προς αποφυγή σχηματισμού αριστίνδην συνόδου, ωστόσο μια πιστή εφαρμογή του δικαιώματος αυτοδιοικήσεως των θρησκευμάτων θα ισοδυναμούσε με συνολική κατοχύρωσή τους³³.

Δύο υποθέσεις σχετικές με τη συνταγματική κατοχύρωση των προαναφερθέντων μη κρατικών κειμένων είναι η αίτηση ακυρώσεως του Προεδρικού Διατάγματος περί αναγνωρίσεως και καταστάσεως του Αρχιεπισκόπου Αθηνών και πάσης Ελλάδος Χριστόδουλου και η περίπτωση της μετάθεσης του Μητροπολίτη Άνθιμου από τη Μητρόπολη Αλεξανδρουπόλεως στη Θεσσαλονίκη. Στην πρώτη περίπτωση κρίθηκε ότι ο χαρακτηρισμός του Προέδρου της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας ως Αρχιεπισκόπου Αθηνών και πάσης Ελλάδος ενέχει τιμητικό περιεχόμενο και δεν προσδίδει στο πρόσωπό του αρμοδιότητες που εκτείνονται πέρα από την Αρχιεπισκοπή Αθηνών, καθώς επίσης και ότι δεν αντίκειται ο εν λόγω χαρακτηρισμός στον Τόμο του 1850 και στην Πράξη του 1928 που επιφυλάσσουν αντιστοίχως για τον Πρόεδρο των συλλογικών οργάνων της Εκκλησίας της Ελλάδος τους χαρακτηρισμούς «Μητροπολίτης Αθηνών» και «Μακαριώτατος Αρχιεπίσκοπος Αθηνών», αφού η συνταγματική κατοχύρωση των δύο πατριαρχικών κειμένων αφορά μόνο τη συγκρότηση της ΔΙΣ³⁴. Στη δεύτερη περίπτωση κατά όμοιο τρόπο κρίθηκε ότι δεν κατοχυρώνεται συνταγματικά ο Ε όρος της Πράξης του 1928 που αφορά το μη μεταθετό των Μητροπολιτών των Νέων Χωρών³⁵.

³² Νέες Χώρες: Ήπειρος εκτός από την Άρτα, Ελασσόνα, Μακεδονία, Νησιά του Αιγαίου, Δυτική Θράκη

³³ Βλ. Γεώργιος Πουλής, Νομοθετικά Κείμενα Εκκλησιαστικού Δικαίου, Θεσσαλονίκη 1985, σελ. 20 επ, όπου αναφέρεται ότι η συνταγματική κατοχύρωση αφορά το σύνολο των δύο Πατριαρχικών κειμένων

³⁴ ΣτΕ 3767/2002: «Κατοχυρώνονται συνταγματικά όχι όλες οι διατάξεις που περιέχονται στον Πατριαρχικό Τόμο και τη Συνοδική Πράξη, αλλά μόνο οι διατάξεις εκείνες των εν λόγω κειμένων, οι οποίες αναφέρονται στον τρόπο συγκροτήσεως της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου κατά τα πρεσβεία της αρχιερωσύνης και κατ' ίσο αριθμό από τις επαρχίες της Παλαιάς Ελλάδας και των Νέων Χωρών.»

³⁵ ΣτΕ 409/2008 & ΣτΕ 410/2008: αξιοσημείωτη η μειοψηφία στη ΣτΕ 409/2008: «...κατοχυρώνονται όλες οι διατάξεις του Πατριαρχικού και Συνοδικού Τόμου της 29.6.1850 και της Πατριαρχικής και Συνοδικής Πράξης της 4.9.1928 στο σύνολό τους, όχι δε μόνον οι διατάξεις εκείνες των εν λόγω κειμένων, οι οποίες αφορούν στον τρόπο συγκρότησης της Διαρκούς Ιεράς Συνόδου.

5. Συμπέρασμα³⁶

Καθένα από τα θέματα που εμπεριέχονται στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 3 του ισχύοντος Συντάγματος αποτελεί από μόνο του ένα μακροσκελή διάλογο ερειδόμενο τόσο στη θεωρία όσο και στη νομολογία. Η συνολική μελέτη, βέβαια, και θεώρηση αυτών των ζητημάτων, που δεν είναι αποκομμένα το ένα από το άλλο (το αντίθετο μάλιστα) έχω την πεποίθηση πως συμβάλλει στη βαθύτερη κατανόηση των δομών των σχέσεων κράτους-εκκλησίας στη χώρα μας, σχέσεις οι οποίες όσο υπάρχουν άνθρωποι και κοινωνική συγκρότηση δε θα πάνουν να βρίσκονται στην επικαιρότητα, έστω και αν υποθετικά η νομική επιστήμη εξαλειφθεί. Διότι η ύπαρξη της ιδιόμορφης αυτής σχέσης κράτους-εκκλησίας δεν είναι ένα ζήτημα μόνο νομικό, αλλά και βαθύτατα ιστορικό, πολιτικό, ανθρώπινο.

Στο ερώτημα, λοιπόν, αν πρέπει να καταργηθεί ή όχι το 3&1Σ, η οποία αποτελεί προέκταση του διλήμματος για το αν είναι απαραίτητο να υποστούν οι σχέσεις Κράτους – Εκκλησίας χωρισμό, η απάντηση είναι συνετό να μην είναι αποκομμένη από παράγοντες πολιτικούς και κοινωνικούς και αυτό διότι δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις όπου η ανάλυση ενός νομικού ζητήματος στη θεωρία δεν ανταποκρίνεται επακριβώς στην καθημερινή πρακτική του³⁷. Πάντως, ένας χωρισμός κράτους – εκκλησίας, παρά τα επιχειρήματα που διαθέτει, ενδεχομένως να απέβαινε μοιραίος για τη σταθερότητα των κοινωνικών δομών. Ίσως, μια προσπάθεια νομοθετικής επαναπροσέγγισης του ρόλου της Εκκλησίας μέσα στην ελληνική επικράτεια και της θέσης της απέναντι στην κρατική εξουσία να ήταν προσφορότερη, υπό το πρίσμα πάντα και προς εξασφάλιση της θρησκευτικής ελευθερίας.

³⁶ Η υποενοότητα αυτή συμπεριλαμβάνει προσωπικές απόψεις

³⁷ Γι' αυτό προτιμώ την άποψη του Ευάγγελου Βενιζέλου σχετικά με τη θεώρηση του είδους των σχέσεων Κράτους – Εκκλησίας στην ελληνική επικράτεια, βλ. Ευάγγελος Βενιζέλος, *Οι Σχέσεις ο.π.*, σελ. 28: «Το σύστημα των σχέσεων κράτους και εκκλησίας που ισχύει στην Ελλάδα δεν είναι ούτε αυτό της «νόμω κρατούσης πολιτείας» ούτε αυτό της συναλληλίας ή, πολύ περισσότερο της ομοταξίας. Είναι το σύστημα των συνταγματικά ρυθμισμένων σχέσεων κράτους και εκκλησίας, κάτι που σημαίνει, πρώτον, ότι τίθενται εκ του Συντάγματος όρια στην παρέμβαση του νομοθέτη και των άλλων κρατικών οργάνων στα της εκκλησίας και, δεύτερον, ότι η εκκλησία περιβάλλεται με συνταγματικές εγγυήσεις ως υποκείμενο της θρησκευτικής ελευθερίας.»

ΣΚΕΨΕΙΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΣΥΜΠΟΡΕΥΣΗ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΕΩΝ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗΣ, ΜΕ ΑΦΟΡΜΗ ΜΟΡΦΕΣ ΦΟΡΕΩΝ ΚΑΙ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ΕΝΩΣΙΑΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Ελένη Λευθεριώτου

Εισαγωγή

Στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, έχουν αναπτυχθεί κανόνες και θεσμοί που έχουν εισαχθεί και στο εθνικό δίκαιο, οι οποίοι χαρακτηρίζονται, είτε από την εκχώρηση σε ιδιωτικές επιχειρήσεις ελεγκτικών αρμοδιοτήτων, οι οποίες παραδοσιακά νοούνται ως ανήκουσες στην μονομερή δράση της Διοίκησης, είτε από την διεύρυνση της συμβατικής δράσης της Διοίκησης, με ιδιόμορφες μορφές αλυσιδωτών συμβάσεων προς υλοποίηση αναπτυξιακών προγραμμάτων, ακόμα και με διείσδυση της συμβάσεως - που αποτελεί θεσμό του ιδιωτικού δικαίου – σε τομείς που νοούνται ως εντασσόμενοι στην κανονιστική και μονομερή δράση της Διοίκησης.

Δεδομένου ότι, στη σύγχρονη κοινωνία, το ρυθμιστικό αντικείμενο του δικαίου αυξάνεται συνεχώς και οι απαιτήσεις που έχει κανείς για ποιοτική λειτουργία και απόδοση του Κράτους είναι όλο και μεγαλύτερες, γεννάται το ερώτημα, κατά πόσον θα μπορούσαν να αξιοποιηθούν ευρύτερα στο εθνικό δίκαιο οι ανωτέρω θεσμοί, ώστε να καταστεί αποτελεσματικότερη η λειτουργία της Διοίκησης, ενώ ταυτοχρόνως, γεννώνται και ευρύτεροι προβληματισμοί για αποτελεσματικότερη απονομή της δικαιοσύνης.

1. «Συμβασιοποίηση» της δημόσιας δράσης (“contractualisation” de l’action publique) : συναίνεση αντί επιβολής

Οι ανωτέρω θεσμοί αποτελούν έκφραση μιας γενικότερης τάσης που αποδίδεται με τον όρο «συμβασιοποίηση της δημόσιας δράσης» (“contractualisation de l’action publique”) και δηλώνει την αντίληψη για έναν άλλον τύπο άσκησης της δημόσιας εξουσίας που βασίζεται περισσότερο στη συνεργασία και τη συναίνεση παρά στην επιβολή και τον καταναγκασμό, με σκοπό να καθορισθεί το πλαίσιο μιας κοινής δράσης, με διάφορες μορφές συμπράξεων. Στο πλαίσιο αυτό, η σύμβαση

καθίσταται εργαλείο συμπαράγωγής των κανόνων της δημόσιας δράσης, η οποία, από μονομερής, καθίσταται κοινή.

Η τάση της «συμβασιοποίησης» εκτείνεται σε όλες τις όψεις της δημόσιας δράσης, τόσο στις σχέσεις μεταξύ του Κράτους και περιφερειακών μονάδων της Διοίκησης ή νομικών προσώπων που εμπίπτουν στην ευρεία έννοια της Διοίκησης, όσο και μεταξύ του Κράτους ή της εν ευρεία έννοια Διοίκησης και των ιδιωτών.

Και τούτο διότι, σήμερα, δεν επαρκούν οι κρατικές μονάδες ή οι μονάδες της εν ευρεία έννοια Διοίκησης να ανταποκριθούν πάντα μόνες τους στις όλο και αυξανόμενες οικονομικές και ποιοτικές απαιτήσεις της δημόσιας δράσης, η οποία αναπτύσσεται σε ένα περιβάλλον που απαιτεί την υπέρβαση των διοικητικών διαχωρισμών. Σήμερα, θεωρείται ότι, για την άσκηση κάθε δημόσιας πολιτικής απαιτούνται συνδυασμένες δράσεις στο πλαίσιο εταιρικών σχέσεων. Έτσι, κρίνεται προτιμότερο, η μορφή διοικητικής δράσης βάσει της επιβολής να υποκαθίσταται από μεθόδους που βασίζονται στη συνεργασία των μερών.

Όσον αφορά τις «ενδοδιοικητικές» σχέσεις, η «συμβασιοποίηση» θεωρείται αποτέλεσμα της αποκέντρωσης του Κράτους, λόγω του ότι δόθηκε μεγαλύτερη αυτονομία σε τοπικές αρχές και υποκατάστατο των κλασσικών μεθόδων ελέγχου : στη λογική του εξαναγκασμού που είναι εγγενής σ' αυτές τις μεθόδους υποκαθίσταται η λογική του οριζόντιου συντονισμού του κέντρου και της περιφέρειας. Έτσι, αντικαθίσταται η κρατική εποπτεία με μία άλλη μορφή ελέγχου που βασίζεται σε συμβατική ανάληψη ευθυνών από τα μέρη και θεωρείται ότι θα βελτιώσει την αποτελεσματικότητα και τις επιδόσεις της Διοίκησης.

Όσον αφορά τις σχέσεις μεταξύ Κράτους ή της εν ευρεία έννοια Διοίκησης και ιδιωτών, η σύμβαση, ως μέσο δημόσιας δράσης, συνδέεται με την ανάπτυξη και την διαχρονική εξέλιξη του κρατικού παρεμβατισμού. Παρόν σε όλες τις όψεις της κοινωνικής ζωής το Κράτος, οδηγήθηκε σε ανανέωση των μεθόδων δράσης του. Η «συμβασιοποίηση» εμφανίζεται ως συμβιβασμός μεταξύ της λογικής ενός Κράτους κοινωνικά δραστήριου και του πλαισίου μιας πλουραλιστικής κοινωνίας. Η αυστηρή και ομοιόμορφη εφαρμογή του νόμου δίνει τη θέση της σε μεθόδους διαπραγμάτευσης με τους κοινωνικούς φορείς και δι' αυτού του τρόπου επεκτείνει το Κράτος την εξουσία του στην κοινωνική ζωή.

Μία κατηγορία συμβάσεων θεωρείται ότι έχει περισσότερο «παιδαγωγικό» χαρακτήρα, διότι απλώς ενσωματώνει διατάξεις κανονισμού ή νόμου. Είναι κατ'ουσίαν ο τελευταίος κρίκος μιας κανονιστικής αλυσίδας, ο οποίος

χρησιμοποιείται ως έκφραση μίας συναίνεσης για την ανάληψη και τήρηση των νόμιμων υποχρεώσεων των μερών και θεωρείται ότι παρέχει μεγαλύτερες εγγυήσεις συμμόρφωσης προς τις επιταγές των κανόνων που τίθενται από τον κανονισμό ή το νόμο.

Η ανωτέρω κατηγορία συμβάσεων «παιδαγωγικού» χαρακτήρα, εμφανίζεται κυρίως στην δομή αναπτυξιακών προγραμμάτων, διότι με αυτά επιβάλλονται μακροχρόνιες δεσμεύσεις στους δικαιούχους, οι οποίες, είτε είναι ιδιαιτέρως επαχθείς, όπως π.χ. όταν αποσκοπούν στην προστασία του περιβάλλοντος, της υγείας, στην προστασία του καταναλωτή κλπ. Οι δεσμεύσεις αυτές συνίστανται στην τήρηση αυστηρών κανόνων τυπικότητας, όσον αφορά τα οικονομικά τους κεφάλαια, αλλά και στην τήρηση αυστηρών κανόνων για την ουσιαστική υλοποίηση του αντικειμένου που έχει επιλεγεί και χρηματοδοτείται από το πρόγραμμα. Επιπλέον, σε περίπτωση παρατυπίας, προβλέπονται πολύ αυστηρές κυρώσεις. Κατά συνέπεια, με τα δεδομένα αυτά κρίνεται ότι η ενσυνείδητη και εθελοντική συναίνεση στην εφαρμογή των κανόνων που τίθενται με τη σύμβαση έχει ιδιαίτερη σημασία για τη συνεπή εφαρμογή τους και, εν τέλει, την αποτελεσματική υλοποίηση του προγράμματος.

Πέραν των προεκτεθέντων, το πρόγραμμα εξαγγέλλει κατά γενικό τρόπο τους στόχους του, οι οποίοι εν συνεχεία θα πρέπει να υλοποιηθούν με συγκεκριμένα έργα κατόπιν προσκλήσεως των ενδιαφερομένων από τις αρμόδιες αρχές και ανάδειξης των επιλογισμών προτάσεων μετά από αξιολόγηση. Επομένως, η σύμβαση προσφέρεται ως συνάδουσα περισσότερο με την ανωτέρω δομή των προγραμμάτων.

Η «συμβασιοποίηση» της δημόσιας δράσης συνδέεται και με την αντίληψη για την έννοια του δημοσίου συμφέροντος.

Οι σύγχρονες δημοκρατίες τείνουν να προωθούν την εξυπηρέτηση των ατομικών συμφερόντων, με μόνο φραγμό τις απαιτήσεις του δημοσίου συμφέροντος. Επιπλέον, το γενικό συμφέρον νοείται πλέον μέσα σε ένα περιβάλλον που δεν περιορίζεται εντός μίας εθνικής κοινωνίας. Οι κοινωνίες έχουν γίνει πολύ περίπλοκες και η αντίληψη περί ενός Κράτους επιβολής δίνει την θέση της στην αντίληψη περί ενός Κράτους που διαμεσολαβεί στη σύνθεση μεταξύ των διαφόρων αντιτιθέμενων συμφερόντων, ώστε να εξασφαλίζεται η κοινωνική συνοχή και, επιπλέον να λαμβάνονται υπόψη και τα συμφέροντα των μελλοντικών γενεών. Από το να αντιπαρατίθεται το γενικό συμφέρον με την αγορά και τα επιμέρους αντιτιθέμενα συμφέροντα θεωρείται προτιμότερο να λαμβάνονται υπόψη, στο πλαίσιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, αρχές όπως αυτές της αλληλεγγύης, της κοινωνικής

συνοχής ή της προστασίας του περιβάλλοντος, με την επίτευξη ενός συμβιβασμού μεταξύ των δυνάμεων της αγοράς και της εξυπηρέτησης του γενικού συμφέροντος.

Αυτό έχει ως αποτέλεσμα, μεταξύ άλλων, την «συμβασιοποίηση» της δημόσιας δράσης. Ταυτοχρόνως, όμως, καθιστά πιο δύσκολη την εξυπηρέτηση ενός γενικού συμφέροντος που όχι απλώς ενσωματώνει, αλλά και - όταν απαιτείται - ξεπερνά τα επί μέρους συμφέροντα. Ως προς την ανάγκη αυτή, κρίνεται ότι η αντικατάσταση διαδικασιών επιβολής με διαδικασίες πειθούς αποτελεί λύση που παρέχει στις αποφάσεις της Διοίκησης μία νέας μορφής νομιμοποίηση.

Πάντως, δεν λείπουν και οι προβληματισμοί για την έκταση που έχει λάβει η «συμβασιοποίηση» της δημόσιας δράσης. Οι προβληματισμοί αυτοί συνίστανται κυρίως, αφ' ενός μεν στον καθορισμό της νομικής φύσης και της σημασίας των συμβάσεων αυτών, δεδομένου ότι αποτελούν τη βάση για την έκδοση μονομερών διοικητικών πράξεων, αφ' ετέρου δε στο κατά πόσον υπάρχει κίνδυνος παραβίασης της αρχής της ισότητας, δεδομένου ότι βάση για τη σύναψη των συμβάσεων αυτών αποτελεί η διαπραγμάτευση.

2. Μονομερής δράση της Διοίκησης

α. Διαπίστευση και εποπτεία της αγοράς

Στο ενωσιακό δίκαιο έχουν θεσπισθεί κανόνες και αρχές για τη διαπίστευση και την εποπτεία της αγοράς, με σκοπό τη βελτίωση της λειτουργίας ευαίσθητων τομέων δημόσιου συμφέροντος, όπως η υγεία, η ασφάλεια και η προστασία των καταναλωτών και του περιβάλλοντος.

Η ιδιαίτερη αξία της διαπίστευσης έγκειται στο γεγονός ότι παρέχει αυθεντική πιστοποίηση της τεχνικής επάρκειας των οργανισμών, αποστολή των οποίων είναι να διασφαλίζουν συμμόρφωση προϊόντων και υπηρεσιών με τις προβλεπόμενες απαιτήσεις.

Ειδικότερα, τα κράτη μέλη ορίζουν και γνωστοποιούν στην Ευρωπαϊκή Ένωση έναν Εθνικό Οργανισμό Διαπίστευσης σε μη κερδοσκοπική βάση, ο οποίος ελέγχεται από όργανα του ενωσιακού δικαίου και, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του, κατά την εκτέλεση των καθηκόντων του, θεωρείται ότι ασκεί δημόσια εξουσία. Ο Οργανισμός αυτός, ενεργεί ως τελευταία βαθμίδα ελέγχου στην αλυσίδα αξιολόγησης της συμμόρφωσης, υπό την έννοια ότι, κατόπιν ελέγχου συγκεκριμένων προϋποθέσεων ποιότητας, χορηγεί πιστοποιητικό διαπίστευσης σε ιδιωτικούς φορείς,

οι οποίοι εποπτεύονται από το Κράτος και πραγματοποιούν επιθεωρήσεις και αξιολογήσεις ποιότητας σε όσους διαθέτουν αγαθά ή υπηρεσίες .

Χαρακτηριστικό παράδειγμα ανάλογου ελέγχου εποπτείας της αγοράς αποτελεί ο έλεγχος της παραγωγής βιολογικών προϊόντων που έχει ανατεθεί σε πιστοποιημένες εταιρείες ελέγχου και πιστοποίησης.

Πρόκειται για μέρος ενός ολόκληρου συστήματος που εντάσσεται στην υλοποίηση των γεωργοπεριβαλλοντικών μέτρων που προβλέπονται από την κοινή γεωργική πολιτική .

Σε ένα πρώτο επίπεδο το σύστημα αυτό περιλαμβάνει την κατάρτιση πολυετών συγχρηματοδοτούμενων προγραμμάτων, ελάχιστης διάρκειας πέντε ετών που υποβάλλονται από την Ελληνική Δημοκρατία και εγκρίνονται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

Σε ένα δεύτερο επίπεδο, προκειμένου να λάβουν ενίσχυση οι ενδιαφερόμενοι παραγωγοί, υποβάλλουν στις αρμόδιες εθνικές αρχές, μετά από πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, φάκελο υποψηφιότητας προς έγκριση της ένταξής τους σε πρόγραμμα βιολογικής παραγωγής γεωργικών προϊόντων. Εφ'όσον εγκριθεί η ένταξη, συνάπτουν σύμβαση διάρκειας τουλάχιστον πέντε ετών με το Υπουργείο Αγροτικής Ανάπτυξης, με την οποία εκδηλώνεται η βούλησή τους να αναλάβουν εθελοντικά τις απαιτούμενες δεσμεύσεις, οι οποίες συνίστανται, μεταξύ άλλων, στην παραγωγή τροφίμων υψηλής διατροφικής αξίας, ασφαλών για τον καταναλωτή χωρίς υπολείμματα φυτοφαρμάκων, αντιβιοτικών και χημικών λιπασμάτων, στη μη χρήση γενετικά τροποποιημένων οργανισμών ή/και προϊόντων που παράγονται από αυτούς, στη φυσική διαβίωση των ζώων και την εξασφάλιση της ευζωίας τους, στη χρήση ζωοτροφών που έχουν παραχθεί με βιολογικό τρόπο και χωρίς τη χρήση γενετικά τροποποιημένων οργανισμών ή/και προϊόντων που παράγονται από αυτούς κλπ.

Προϋπόθεση ένταξης στο πρόγραμμα και λήψης της ενίσχυσης, είναι, μεταξύ άλλων, οι παραγωγοί να έχουν συνάψει σύμβαση με έναν εγκεκριμένο και ανεξάρτητο ιδιωτικό φορέα ελέγχου βιολογικών προϊόντων και να προσκομίζουν βεβαίωση του φορέα αυτού για την τήρηση των βιολογικών προδιαγραφών .

Σύμφωνα με το σύστημα ελέγχου που εγκαθιδρύεται με τον κανονισμό 834/2007 του Συμβουλίου της 28ης Ιουνίου 2007 για τη βιολογική παραγωγή και την επισήμανση των βιολογικών προϊόντων κλπ. , η κεντρική αρχή κράτους μέλους που είναι αρμόδια για την οργάνωση των επισήμων ελέγχων στον τομέα της βιολογικής παραγωγής («αρμόδια αρχή») μπορεί να μεταβιβάζει σε έναν ή περισσότερους

δημόσιους διοικητικούς οργανισμούς («αρχές ελέγχου») τις οικείες αρμοδιότητες ελέγχου και να αναθέτει καθήκοντα ελέγχου σε έναν ή περισσότερους ανεξάρτητους ιδιωτικούς φορείς («φορείς ελέγχου»), ορίζοντας και τις αρχές που είναι αρμόδιες για την έγκριση και εποπτεία των εν λόγω φορέων.

Οι ιδιωτικοί φορείς εγκρίνονται ως φορείς ελέγχου από το Υπουργείο Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων και ελέγχονται από τη Δ/ση Βιολογικής Γεωργίας του Υπουργείου και τον «ΕΛΛΗΝΙΚΟ ΓΕΩΡΓΙΚΟ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟ – ΔΗΜΗΤΡΑ» .

Οι δικαιούχοι υπόκεινται σε ελέγχους από τους ανωτέρω ιδιωτικούς φορείς και, σε περίπτωση που αθετούν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις, χωρίς να συντρέχουν λόγοι ανωτέρας βίας ή δηλώνουν ανακριβή στοιχεία, οι εν λόγω φορείς τους επιβάλλουν τις ανάλογες κυρώσεις. Όταν δε θεωρούν ότι, πέραν των κυρώσεων που οι ίδιοι έχουν επιβάλει στον παραγωγό, είναι απαραίτητο να επιβληθούν επιπλέον διοικητικές και οικονομικές κυρώσεις, λόγω της σοβαρότητας της παράβασης, διαβιβάζουν το σχετικό πρακτικό ελέγχου συνοδευμένο από τεκμηριωμένη έκθεσή τους στη Δ/ση Βιολογικής Γεωργίας του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων .

Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) αντιμετώπισε το ζήτημα κατά πόσον οι ιδιωτικοί φορείς ελέγχου βιολογικών προϊόντων, με τις ελεγκτικές αρμοδιότητες που τους εκχωρούνται, ασκούν δημόσια εξουσία. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό έχει σημασία για τον καθορισμό της φύσης των συμβάσεων που συνάπτονται μεταξύ των οργανισμών και των παραγωγών. Το ζήτημα τέθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου έμμεσα, μέσω της προστασίας του δικαιώματος της εγκαταστάσεως, που απαγορεύει τους περιορισμούς της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων ενός κράτους μέλους στην επικράτεια ενός άλλου κράτους μέλους, με εξαίρεση τις δραστηριότητες που συνδέονται στο κράτος υποδοχής - έστω και περιστασιακά - με την άσκηση δημόσιας εξουσίας.

Επρόκειτο για δύο προσφυγές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κατά της Γερμανίας και της Αυστρίας αντίστοιχα, για το λόγο ότι οι χώρες αυτές είχαν παραβιάσει το ανωτέρω δικαίωμα διότι, με την εθνική τους νομοθεσία, επέβαλλαν στους ιδιωτικούς οργανισμούς πιστοποίησης και ελέγχου γεωργικών προϊόντων βιολογικής παραγωγής που ήταν εγκατεστημένοι και εγκεκριμένοι σε άλλο κράτος μέλος, την υποχρέωση να διαθέτουν στο έδαφός τους υποκατάστημα ή άλλη μόνιμη εγκατάσταση, προκειμένου να τους επιτρέπεται η εκεί άσκηση της δραστηριότητάς τους. Οι χώρες αυτές,

υποστήριξαν, μεταξύ άλλων, ότι η δραστηριότητα των ιδιωτικών οργανισμών συνιστούσε άμεση και ειδική συμμετοχή στην άσκηση δημόσιας εξουσίας παρά το γεγονός ότι οι οργανισμοί αυτοί συνδέονταν με σύμβαση ιδιωτικού δικαίου με τους επιχειρηματίες που ελέγχουν και ότι, κατά συνέπεια, ήταν δικαιολογημένη η επίμαχη απαγόρευση της εθνικής νομοθεσίας.

Το Δικαστήριο έκρινε ότι οι εν λόγω ιδιωτικοί οργανισμοί ασκούν τη δραστηριότητά τους υπό την ενεργό εποπτεία της αρμόδιας δημόσιας αρχής η οποία είναι, τελικώς, υπεύθυνη για τους ελέγχους και τις αποφάσεις των εν λόγω οργανισμών. Κατά συνέπεια, ο βοηθητικός και προπαρασκευαστικός ρόλος που αναθέτει στους οργανισμούς αυτούς ο κανονισμός έναντι της επιθεωρούσας αρχής δεν μπορεί να θεωρηθεί ως άμεση και ειδική συμμετοχή στην άσκηση δημόσιας εξουσίας κατά την έννοια των διατάξεων της Συνθήκης που προστατεύουν το δικαίωμα εγκαταστάσεως. Περαιτέρω, απαντώντας στον ισχυρισμό της Γερμανίας ότι, κατά το εσωτερικό της δίκαιο, έχουν ανατεθεί στους ιδιωτικούς οργανισμούς προνόμια πέραν του κανονισμού, το Δικαστήριο διαμόρφωσε μία κάπως συγκεχυμένη κρίση : ναι μεν ενέμεινε στην θέση του ότι η δραστηριότητα των ιδιωτικών οργανισμών όπως καθορίζεται με τον κανονισμό 2092/91 (και ήδη κανονισμό 834/07) δεν συνιστά άμεση και ειδική συμμετοχή στην άσκηση δημόσιας εξουσίας, προσέθεσε όμως ότι κάθε άλλη πρόσθετη επαγγελματική δραστηριότητα συνιστώσα τέτοιου είδους συμμετοχή δύναται οπωσδήποτε να εξετασθεί μεμονωμένα. Φαίνεται ότι το Δικαστήριο αφήνει τη δυνατότητα στον εθνικό δικαστή να κρίνει κατά περίπτωση τη φύση των συμβάσεων μεταξύ οργανισμών και παραγωγών ανάλογα με τη φύση των διοικητικών αρμοδιοτήτων που έχουν εκχωρηθεί στους οργανισμούς, στο πλαίσιο της συγκεκριμένης εθνικής έννομης τάξης .

β. «Αυτοέλεγχος»

Με τον κανονισμό 543/2011 της Επιτροπής της 7ης Ιουνίου 2011 (άρθρο 12), εισήχθη ένα σύστημα αυτοελέγχου, ο θεσμός του «εγκεκριμένου εμπόρου», με σκοπό την απλούστευση των διαδικασιών στις εξαγωγές νωπών οπωροκηπευτικών.

Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι τα κράτη μέλη μπορούν να επιτρέπουν σε εμπόρους υπό αυστηρές προδιαγραφές που έχουν να κάνουν με τις εγκαταστάσεις, τον εξοπλισμό, τις γραμμές παραγωγής, την υγιεινή, την ασφάλεια και τον έλεγχο ποιότητας των προϊόντων τους, να αναλαμβάνουν τη δέσμευση να διενεργούν έλεγχο συμμόρφωσης στα προϊόντα που αποστέλλουν και να τηρούν μητρώα που

καταγράφουν όλους τους διενεργούμενους ελέγχους. Όταν ένας εγκεκριμένος έμπορος δεν τηρεί πλέον τις απαιτήσεις της έγκρισης, το κράτος μέλος ανακαλεί την άδειά του.

Το αποτέλεσμα της εφαρμογής αυτού του θεσμού είναι η ωφέλεια που αντλεί ο εγκεκριμένος έμπορος από τη μείωση των διοικητικών και οικονομικών βαρών, καθώς επίσης και του χρόνου διεκπεραίωσης εξαγωγής των προϊόντων του, εφόσον απαλλάσσεται από τη συνεχή έκδοση πιστοποιητικών συμμόρφωσης για αυτά. Επιπλέον, αντλεί όφελος από την αύξηση της αξίας των προϊόντων του, λόγω της φήμης τους και της αυξημένης ποιότητάς τους και την καταξίωση της επιχείρησης στην αγορά.

Ταυτοχρόνως, και η Διοίκηση απαλλάσσεται από τον φόρτο και την χρονοβόρο διαδικασία συνεχούς εκδόσεως πιστοποιητικών συμμόρφωσης των προδιαγραφών των προϊόντων με τη νομοθεσία και διατηρεί τον εποπτικό της ρόλο να επεμβαίνει προς αποκατάσταση της νομιμότητας, όταν ο εγκεκριμένος έμπορος παραβιάζει τις επιταγές της νομοθεσίας.

γ. Αξιοποίηση των ανωτέρω θεσμών

Οι ανωτέρω θεσμοί αποσκοπούν στην ενίσχυση της ατομικής δέσμευσης και ευθύνης, υπό την έννοια ότι ο δικαιούχος ενίσχυσης ή ο συμμετέχων στην διαδικασία δεσμεύεται ατομικά για την εκτέλεση των υποχρεώσεών του ενώπιον ευρύτερου κύκλου προσώπων από την αποδοχή των οποίων εξαρτάται η επιτυχία του, με αποτέλεσμα την ζημία του εάν δεν συμμορφώνεται προς τις αναληφθείσες υποχρεώσεις.

Οι θεσμοί αυτοί, μπορούν να ληφθούν ως αφορμή για περαιτέρω σκέψεις, με σκοπό την βελτίωση της ποιότητας της λειτουργίας του Κράτους και των ελεγκτικών μηχανισμών. Δεν πρόκειται για μείωση του Κράτους υπό την έννοια της απεμπόλησης αρμοδιοτήτων, αλλά για μία ποιοτική αλλαγή της λειτουργίας του και επικέντρωση των προσπαθειών του στην βελτίωση της ποιότητας των υπηρεσιών του, στην εντατικότερη και αποτελεσματικότερη ελεγκτική του αρμοδιότητα με την εξοικονόμηση χρόνου και δυνάμεων, στον ταχύτερο εκσυγχρονισμό των μονάδων του και στην στοχευμένη και υψηλού επιπέδου κατάρτιση και επιμόρφωση του προσωπικού του, ώστε να ανταποκρίνεται όχι μόνο στις σύγχρονες απαιτήσεις από τεχνικής απόψεως, αλλά και στις προσδοκίες των πολιτών για εδραίωση αμοιβαίας εμπιστοσύνης.

Με τον τρόπο αυτό, αναβαθμίζεται ο επιτελικός ρόλος του Κράτους, διότι, με την επικέντρωση των δυνάμεών του, θα υπάρχει μεγαλύτερη δυνατότητα ο ρόλος αυτός να ασκείται πραγματικά και αποτελεσματικά, για να δημιουργηθεί η πεποίθηση στους πολίτες ότι πράγματι τηρείται ο νόμος και ότι, όποιος τον παραβαίνει θα υφίσταται τις συνέπειες.

Δεν αρκεί για την αναμόρφωση της Διοίκησης μία αόριστη επίκληση ή μία μονομερής αντίληψη μείωσης του Κράτους, αλλά απαιτείται μία πιο συνθετική και δημιουργική αντιμετώπιση της λειτουργίας του, με συγκεκριμένη στόχευση : την αποτελεσματικότητα και την εδραίωση αμοιβαίας εμπιστοσύνης μεταξύ αυτού και των πολιτών.

3. Συμβατική δράση της Διοίκησης

α. Η «εταιρική σχέση»

Με την αναμόρφωση των διαρθρωτικών Ταμείων που πραγματοποιήθηκε το 1988 , εισήχθη ο θεσμός της «εταιρικής σχέσεως» μεταξύ των κρατών μελών και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Πρόκειται για μία σχέση στενής συνεργασίας μεταξύ της Επιτροπής, των κρατών μελών και των αρμοδίων αρχών που ορίζουν τα κράτη μέλη, στη λογική της «εκ των κάτω προς τα άνω προσέγγισης» της ανάπτυξης.

Σήμερα, το περιεχόμενο της σχέσης αυτής καθορίζεται, αφ' ενός μεν στον κανονισμό 1303/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 17ης Δεκεμβρίου 2013, με τον οποίο καθορίζονται οι κοινές διατάξεις για τα Ευρωπαϊκά Διαρθρωτικά και Επενδυτικά Ταμεία (ΕΔΕΤ) , αφ' ετέρου δε στο ν. 4314/2014 (ΦΕΚ Α' 265/23-12-2014) για τη διαχείριση, τον έλεγχο και την εφαρμογή αναπτυξιακών παρεμβάσεων για την προγραμματική περίοδο 2014-2020 κλπ.

Όπως προκύπτει από τις διατάξεις του κανονισμού 1303/2013, σε ένα πρώτο επίπεδο, το κράτος μέλος καθορίζει τη στρατηγική του και τις προτεραιότητες ανάπτυξης, συντάσσοντας «σύμφωνο εταιρικής σχέσης» και επιμέρους επιχειρησιακά προγράμματα, με τη συμμετοχή κεντρικών και μη κεντρικών κρατικών αρχών και μεγάλου εύρους οικονομικών και κοινωνικών εταίρων, με σκοπό, μεταξύ άλλων, τη διασφάλιση της «πολυεπίπεδης διακυβέρνησης». Τόσο το «σύμφωνο εταιρικής σχέσης», όσο και τα επιχειρησιακά προγράμματα, εγκρίνονται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή . Η Ελλάδα, σε εκτέλεση του κανονισμού 1303/2013, υπέβαλε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή το Εταιρικό Σύμφωνο για το Πλαίσιο Ανάπτυξης (ΕΣΠΑ) και τα προβλεπόμενα σε αυτό Επιχειρησιακά Προγράμματα (ΕΠ) για την περίοδο 2014-

2020, το οποίο και εγκρίθηκε τον Μάιο 2014. Επί τη βάση του ανωτέρω κανονισμού και του εταιρικού συμφώνου, εκδόθηκε ο ν. 4314/2014, με τον οποίο, μεταξύ άλλων, ασκείται από το Κράτος, η επιτελική εποπτεία του αναπτυξιακού προγραμματισμού της Ελλάδας για την προγραμματική περίοδο 2014-2020 και σκοπείται η ενδυνάμωση της εταιρικής σχέσης και της συνυπευθυνότητας των περιφερειακών και τοπικών αρχών .

Σε ένα δεύτερο επίπεδο, για την ικανοποίηση τοπικών στόχων και αναγκών, διαμορφώνονται «στρατηγικές τοπικής ανάπτυξης με πρωτοβουλία κοινοτήτων», η οποία σχεδιάζεται και εφαρμόζεται από «ομάδες τοπικής δράσης», σύμφωνα με κριτήρια που καθορίζονται από το Κράτος, με τη λογική ότι ο «από τη βάση προς την κορυφή» ορισμός των τοπικών αναγκών λαμβάνει υπόψη τις προτεραιότητες που έχουν οριστεί σε υψηλότερο επίπεδο . Έτσι, οι τοπικοί φορείς συμμετέχουν στη λήψη αποφάσεων σχετικά με τη στρατηγική καθώς και στην επιλογή των προτεραιοτήτων που πρέπει να ακολουθηθούν στην περιοχή τους.

Σε ένα τρίτο επίπεδο, μετά από πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος και αξιολόγηση, συνάπτεται σύμβαση μεταξύ της Ομάδας Τοπικής Δράσης και του τελικού δικαιούχου επενδυτή, για την υλοποίηση συγκεκριμένου έργου (πράξης) που έχει ενταχθεί στο Πρόγραμμα .

Οι ομάδες τοπικής δράσης αποτελούν μια μορφή σύμπραξης δημόσιου και ιδιωτικού τομέα. Συγκεκριμένα, «αποτελούνται από αντιπροσώπους δημόσιων και ιδιωτικών τοπικών κοινωνικοοικονομικών συμφερόντων ... [και] σε ό,τι αφορά το επίπεδο της λήψης αποφάσεων ούτε ο δημόσιος τομέας ούτε καμία ενιαία ομάδα συμφερόντων δεν αντιπροσωπεύει ποσοστό άνω του 49 % των δικαιωμάτων ψήφου... Τα κράτη μέλη καθορίζουν τον αντίστοιχο ρόλο της ομάδας τοπικής δράσης και των αρχών που είναι υπεύθυνες για την εφαρμογή των σχετικών προγραμμάτων, για όλα τα καθήκοντα που συνδέονται με τη στρατηγική τοπικής ανάπτυξης με πρωτοβουλία τοπικών κοινοτήτων». Ειδικότερα, ορίζεται ότι η υπεύθυνη διαχειριστική αρχή εξασφαλίζει «ότι οι ομάδες τοπικής δράσης είτε επιλέγουν έναν εταίρο στο εσωτερικό της ομάδας ως επικεφαλής εταίρο για τα διοικητικά και δημοσιονομικά θέματα είτε συγκροτούνται νόμιμα σε μια κοινή δομή» .

Σύμφωνα με τον κανονισμό 1303/2013, τα καθήκοντα των ομάδων τοπικής δράσης περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, «την παραλαβή και αξιολόγηση αιτήσεων χρηματοδότησης», καθώς και «τον καθορισμό μιας χωρίς διακρίσεις και διαφανούς διαδικασίας επιλογής και αντικειμενικών κριτηρίων για την επιλογή των πράξεων,

που αποτρέπουν τις συγκρούσεις συμφερόντων, που διασφαλίζουν ότι ποσοστό τουλάχιστον 50 % των ψήφων στις αποφάσεις επιλογής προέρχονται από εταίρους οι οποίοι δεν είναι δημόσιες αρχές και που επιτρέπουν την επιλογή με γραπτή διαδικασία» .

Σε συμμόρφωση προς τον ανωτέρω κανονισμό και, ειδικότερα, για την διασφάλιση «μιας χωρίς διακρίσεις και διαφανούς διαδικασίας επιλογής και αντικειμενικών κριτηρίων για την επιλογή των πράξεων», προβλέπεται από το εθνικό δίκαιο ότι οι διακηρύξεις και οι αναθέσεις των συγχρηματοδοτούμενων πράξεων διέπονται, από τις αρχές και τους κανόνες των δημοσίων συμβάσεων.

Ως προς τη φύση των ομάδων τοπικής δράσης, έχει κριθεί από το Δ.Ε.Ε. ότι δεν προβλέπονται κανόνες σχετικά με ορισμένη νομική μορφή την οποία θα πρέπει να λάβουν οι ομάδες αυτές, αλλά προβλέπεται απλώς, ότι η διαχειριστική αρχή διασφαλίζει ότι οι ομάδες τοπικής δράσεως, είτε επιλέγουν έναν διοικητικό και οικονομικό επικεφαλής φορέα, ικανό να διαχειρίζεται δημόσια κονδύλια και να εξασφαλίζει την εύρυθμη λειτουργία της εταιρικής σχέσεως, είτε συνιστώνται σε νόμιμη κοινή δομή, το καταστατικό της οποίας διασφαλίζει την εύρυθμη λειτουργία της εταιρικής σχέσεως και την ικανότητα διαχείρισεως δημοσίων κονδυλίων. Λαμβανομένου όμως υπόψη ότι «η ομάδα τοπικής δράσεως συνιστά εταιρική σχέση δημοσίου-ιδιωτικού τομέα που περιλαμβάνει ένα ευρύ φάσμα ιδιωτών εταίρων και οφείλει να είναι εξοπλισμένη με εξουσία λήψεως αποφάσεων και με την ικανότητα να καθορίζει και να εφαρμόζει μια αναπτυξιακή στρατηγική για την οποία είναι υπεύθυνη, διαπιστώνεται ότι η υποχρέωση προσφυγής σε ορισμένη νομική μορφή προκειμένου να συσταθεί τέτοια ομάδα είναι πρόσφορη να συμβάλει κατά τρόπο ιδιαίτερα αποτελεσματικό στην επίτευξη του τελευταίου σκοπού. Στο μέτρο αυτό, η επιβολή τέτοιας υποχρεώσεως εμπίπτει, κατ' αρχήν, στο περιθώριο εκτιμήσεως το οποίο διαθέτουν τα κράτη μέλη ...» .

Από την εθνική νομολογία γίνεται δεκτό ότι «η ομάδα τοπικής δράσης αποτελεί διαχειρίστρια των προβλεπόμενων επιχορηγήσεων εντασσόμενη ως ενδιάμεσος φορέας στη διαδικασία έγκρισης και καταβολής των ενισχύσεων. Συγκεκριμένα, παρεμβάλλεται μεταξύ του ΟΠΕΚΕΠΕ [:Οργανισμού Πληρωμών και Ελέγχου Κοινοτικών Ενισχύσεων Προσανατολισμού και Εγγυήσεων] και των [τελικών] δικαιούχων, αξιολογεί τους υποψηφίους, ελέγχει τους επενδυτές κατά την υλοποίηση των προγραμμάτων και μεριμνά για την πληρωμή τους. Προς το σκοπό αυτό τα χρηματικά ποσά των ενισχύσεων κατατίθενται μέσω του ΟΠΕΚΕΠΕ σε

ειδικό λογαριασμό της ομάδας τοπικής δράσης - η οποία δεν έχει εξουσία διάθεσής τους για διαφορετικό σκοπό - και μεταφέρονται τελικώς σε λογαριασμούς των [τελικών] δικαιούχων μόνο μετά τη διενέργεια των προβλεπόμενων ελέγχων και τη διασφάλιση της ομαλής διεξαγωγής του προγράμματος. Στο ίδιο πλαίσιο η ομάδα τοπικής δράσης υπόκειται σε ελέγχους από τα προβλεπόμενα ... όργανα» .

Οι Ομάδες Τοπικής Δράσης δρουν υπό τον έλεγχο των αρμόδιων κρατικών αρχών. Συγκεκριμένα, στο ν. 4313/2014, ορίζονται οι αρμόδιες αρχές για τη διαχείριση και έλεγχο των Επιχειρησιακών Προγραμμάτων και του ΕΣΠΑ 2014 - 2020 και κατανέμονται οι μεταξύ του αρμοδιότητες.

Στις αρμοδιότητες του εποπτεύοντος οργάνου των ειδικών υπηρεσιών (Γενικού ή Ειδικού Γραμματέα ή Περιφερειάρχη) περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, η έκδοση των προσκλήσεων για την υποβολή προτάσεων χρηματοδότησης, η έκδοση των αποφάσεων ένταξης των πράξεων , των αποφάσεων ανάκλησης ένταξης, των αποφάσεων ολοκλήρωσης, των αποφάσεων απόρριψης προτάσεων για το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα, σε συνέχεια προηγούμενης εισήγησης του προϊσταμένου της Διαχειριστικής Αρχής, καθώς και η έκδοση αποφάσεων δημοσιονομικών διορθώσεων και ανάκτησης αχρεωστήτως καταβληθέντων ποσών .

Επίσης, συνιστάται Εθνική Αρχή Συντονισμού ΕΣΠΑ, η οποία αποτελεί επιτελική υπηρεσία, ορίζεται ως ο κύριος συνομιλητής της χώρας με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και ασκεί καθήκοντα συνδέσμου, με το να παρέχει πληροφορίες στην Επιτροπή, να συντονίζει τις δραστηριότητες των άλλων σχετικών ορισθέντων φορέων και να προωθεί την εναρμονισμένη εφαρμογή του ενωσιακού και εθνικού δικαίου .

β. Η «διάσπαση της δικαιοδοσίας»

Στις περιπτώσεις πολυετών προγραμμάτων που βασίζονται στην «εταιρική σχέση» μεταξύ κράτους μέλους και Ευρωπαϊκής Επιτροπής, και περιλαμβάνουν αλυσιδωτές συμβάσεις μεταξύ κράτους και ενδιάμεσου τοπικού φορέα και μεταξύ του φορέα αυτού και του τελικού ιδιώτη επενδυτή, ανακύπτει το ζήτημα προσδιορισμού της ευθύνης για επιστροφή αχρεωστήτως καταβληθέντων ποσών, σε περίπτωση που διαπιστώνεται παρατυπία κατά την εκτέλεση της ενταχθείσας στο πρόγραμμα πράξης από τον τελικό ιδιώτη επενδυτή.

Στις περιπτώσεις αυτές, έχει κριθεί ότι ο ενδιάμεσος φορέας είναι διαχειριστής των διατιθεμένων εθνικών και κοινοτικών πόρων και υπόλογος έναντι του Δημοσίου για την σύννομη διαχείριση αυτών και ότι, κατά συνέπεια, οι

προσβολή των κατ'αυτού πράξεων καταλογισμού ανήκει στην δικαιοδοσία του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Αντίθετα, ο επιχειρηματικός φορέας που είναι ο τελικός δικαιούχος των προαναφερθέντων προγραμμάτων δεν έχει την ιδιότητα του δημοσίου υπολόγου, διότι δεν διαχειρίζεται τα εισπραττόμενα ποσά ως εθνικά ή κοινοτικά κονδύλια, αλλά προβαίνει, βάσει του επιχειρηματικού του σχεδιασμού, σε διάθεση αυτών ως μέρος, πλέον, των ιδίων οικονομικών μέσων αυτού, στο πλαίσιο άσκησης της ενισχυόμενης οικονομικής δράσης του. Επομένως, εάν διαπιστωθεί ότι δαπάνες που πραγματοποίησε ο τελικός δικαιούχος δεν είναι νόμιμες ή δεν καλύπτονται από το πρόγραμμα ή το τμήμα του και έχουν καταβληθεί αχρεωστήτως ή παρανόμως και, κατ' ακολουθίαν, χωρίσει σε βάρος του καταλογισμός, κατά τις διατάξεις περί δημοσίου λογιστικού, η προσβαλλόμενη πράξη καταλογισμού, υπόκειται ως εκτελεστή πράξη διοικητικής αρχής, σε αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας.

Αντιθέτως, η άποψη της μειοψηφίας κάνει λόγο, εν προκειμένω, για «διάσπαση της δικαιοδοσίας». Ειδικότερα, σύμφωνα με τη γνώμη αυτή, «δεν θα ήταν πάντως και νοητή η διάσπαση της δικαιοδοσίας, κατά την εκδίκαση των παραπάνω διαφορών από τον έλεγχο λογαριασμών, που μπορεί να αφορούν μάλιστα στην ίδια υπόθεση, με συνέπεια κατά των πράξεων καταλογισμού σε βάρος του ενδιαμέσου φορέα και του τελικού δικαιούχου, ο μεν ενδιαμέσος φορέας να πρέπει, για την παροχή προδικαστικής προστασίας, να προσφύγει, στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο δε τελικός δικαιούχος στο Συμβούλιο της Επικρατείας. Άλλωστε, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις του ν. 2362/1995, που διέπουν τους καταλογισμούς για μη νόμιμες δαπάνες και ελλείμματα δημοσίων υπολόγων, οι σχετικές καταλογιστικές πράξεις σε βάρος όχι μόνον των δημοσίων υπολόγων, αλλά και κατά των λαβόντων αχρεωστήτως ή παρανόμως, υπάγονται ενιαίως στη δικαιοδοσία του Ελεγκτικού Συνεδρίου (άρθρα 33 παρ. 1 και 2 και 56 παρ. 4, 6 και 12 του ν. 2362/1995)».

Μια άλλου είδους «διάσπαση της δικαιοδοσίας» εμφανίζεται και όσον αφορά τις διαφορές που γεννώνται από την μη ένταξη προτάσεων σε πρόγραμμα χρηματοδότησης του ΕΣΠΑ. Έχει κριθεί ότι οι σχετικές απορριπτικές πράξεις προσβάλλονται με αίτηση ακυρώσεως ενώπιον του ΣτΕ. Ειδικότερα, κατά το σκεπτικό της ανωτέρω δικαστικής κρίσεως, «... οι προσβαλλόμενες πράξεις αφορούν την ένταξη προτεινομένων πράξεων σε πρόγραμμα χρηματοδότησης, η υλοποίηση του οποίου διέπεται από τις γενικές διατάξεις του ν. 3614/2007 «Διαχείριση, έλεγχος

και εφαρμογή αναπτυξιακών παρεμβάσεων για την προγραμματική περίοδο 2007 - 2013» (Α'267), όπως ο νόμος αυτός τροποποιηθείς ισχύει. Με τις διατάξεις του ανωτέρω νόμου σκοπήθηκε η οργάνωση των αναγκαίων διαδικασιών για την αποτελεσματική και σύμφωνη με τους κανόνες του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης διαχείριση των συγχρηματοδοτούμενων από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο και το Ταμείο Συνοχής επιχειρησιακών προγραμμάτων, τα οποία εκπονούνται στο πλαίσιο του Εθνικού Στρατηγικού Πλαισίου Αναφοράς 2007 - 2013, για την επίτευξη των καθοριζόμενων στόχων αναπτυξιακής στρατηγικής, σύμφωνα με τις προβλέψεις των Κανονισμών (ΕΚ) 1083/2006 του Συμβουλίου της 11.7.2006 (ΕΕ L 210) και 1828/2006 της Επιτροπής της 8.12.2006 (ΕΕ L 371). Συνεπώς, οι πράξεις, που εκδίδονται κατ' εφαρμογήν των διατάξεων του ανωτέρω νόμου και των κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδοθεισών κανονιστικών αποφάσεων και οι οποίες συνδέονται με την ένταξη προτάσεως σε πρόγραμμα χρηματοδότησης εκπονηθέν στο πλαίσιο του Εθνικού Στρατηγικού Πλαισίου Αναφοράς 2007 - 2013, διέπονται από νομοθεσία, η οποία αφορά, κατά το κύριο ρυθμιστικό της αντικείμενο, τη διαχείριση προγραμμάτων χρηματοδότησης έργων και παρεμβάσεων εν γένει για την επίτευξη στόχων αναπτυξιακής στρατηγικής. Οι δε διαφορές που γεννώνται από την προσβολή των ανωτέρω πράξεων, όπως η ένδικη διαφορά, εν όψει της κατά τα ως άνω ειδικής φύσεως του νομοθετικού πλαισίου που τις διέπει, δεν συνιστούν διαφορές περί την καταβολή κοινοτικών ή εθνικών ενισχύσεων, επιδοτήσεων και λοιπών συναφών χρηματικών παροχών, κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 4 περ. στ' του ν. 1406/1983 (Α'182), όπως η παρ. 4 προστέθηκε με το άρθρο 51 παρ.1 του ν. 3659/2008 (Α'77) και η περ. στ' αντικαταστάθηκε με το άρθρο 48 παρ. 2 του ν. 3900/2010 (Α'213), και, ως εκ τούτου, δεν υπάγονται, ως διαφορές ουσίας στην αρμοδιότητα των Διοικητικών Πρωτοδικείων, αλλά ανήκουν στην ακυρωτική αρμοδιότητα του Συμβουλίου της Επικρατείας» .

Μία τρίτη και περιπλοκότερη μορφή «διάσπασης της δικαιοδοσίας» εμφανίζεται όταν πρόκειται να κριθεί εάν οι συμβάσεις που συνάπτονται με τους τελικούς δικαιούχους προς υλοποίηση των αναπτυξιακών προγραμμάτων είναι συμβάσεις δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου.

Σύμφωνα με την διαμορφωθείσα νομολογία, για να κριθεί αυτό, λαμβάνεται ως κριτήριο η νομική φύση του συμβαλλόμενου φορέα που διαχειρίζεται την σχετική χρηματοδότηση. Έτσι, π.χ., έχει κριθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο ότι επιχείρηση

Ο.Τ.Α. συνιστά εκ του νόμου αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, επιδιώκει σκοπούς δημοσίου συμφέροντος και στο μετοχικό της κεφάλαιο μετέχουν σχεδόν εξ ολοκλήρου δημόσιοι φορείς που υποδεικνύουν και τα προτεινόμενα προς εκλογή μέλη του Διοικητικού της Συμβουλίου. Συνεπώς, «η σύναψη των ελεγχόμενων συμβάσεων διέπεται, ως εκ του φορέα ανάθεσης τους, του αντικείμενου τους (κοινωνικές υπηρεσίες - Παράρτημα 1.1 Β - Κατηγορία 25, CPC 92 του π.δ. 60/2007) και της προϋπολογιζόμενης δαπάνης τους, από τις διατάξεις των άρθρων 53 και 29 παρ. 4 του π.δ. 60/2007 “Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας στις διατάξεις της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ”, καθώς και από τις διατάξεις των σχετικών προσκλήσεων εκδήλωσης ενδιαφέροντος. Οι συμβάσεις δε αυτές διέπονται από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και της διαφάνειας, που αποσκοπούν στην ανάπτυξη υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού και εφαρμόζονται και κατά την ανάθεση συμβάσεων με αντικείμενο αναφερόμενο στο Παράρτημα II Β του π.δ. 60/2007 ή συμβάσεων που δεν υπάγονται καν στο πεδίο εφαρμογής του προεδρικού αυτού διατάγματος» .

Στην ίδια λογική και το Συμβούλιο της Επικρατείας, εξετάζοντας τη νομιμότητα διεξαγωγής της διαδικασίας διαγωνισμού, έκρινε ότι νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου που ανήκει στο Ελληνικό Δημόσιο και λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος σύμφωνα με τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας, και, συγκεκριμένα, υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρείας, το μετοχικό κεφάλαιο της οποίας αντιστοιχεί σε μία μετοχή ανήκουσα στο Κράτος, αποτελεί «αναθέτουσα αρχή» κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, στο πεδίο εφαρμογής της οποίας (και συνεπώς και του ν. 3886/2010) ενέπιπτε ο επίδικος διαγωνισμός .

Περαιτέρω, κατά παγία νομολογία , «η σύμβαση, στην οποία κανένα από τα συμβαλλόμενα μέρη δεν είναι το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, δεν έχει το χαρακτήρα διοικητικής σύμβασης, αλλά αποτελεί σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, έστω και αν το ένα των μερών, νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, είναι δημόσια (ή δημοτική) επιχείρηση ή ανήκει στο Δημόσιο (ή σε νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου) ... Οι πράξεις, επομένως, που προηγούνται της συνάψεως της σύμβασης αυτής δεν μπορούν, ως πράξεις αποσπαστές από αυτήν, να θεωρηθούν ως εκτελεστές διοικητικές πράξεις, υποκειμένες σε αίτηση ακυρώσεως, κατά το άρθρο 95 παρ. 1 του Συντάγματος, οι διαφορές δε που ανακύπτουν από την ένδικη αμφισβήτηση των πράξεων αυτών, έστω και αν πρόκειται για πράξεις διοικητικών

οργάνων, είναι ιδιωτικές διαφορές, υπαγόμενες, κατά το άρθρο 94 παρ. 2 του Συντάγματος, στην δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων ...».

Κατόπιν των ανωτέρω, γεννάται ζήτημα ως προς την φύση της σύμβασης μεταξύ της Ομάδας Τοπικής Δράσης και του τελικού δικαιούχου επενδυτή, εάν δηλαδή πρόκειται για διοικητική σύμβαση ή για σύμβαση ιδιωτικού δικαίου, δεδομένου ότι η Ομάδα Τοπικής Δράσης αποτελεί σχήμα στο οποίο, στο επίπεδο λήψης των αποφάσεων, δεν έχει την πλειοψηφία το Δημόσιο ή νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, ο δε τελικός δικαιούχος – επενδυτής είναι ιδιώτης που ενεργεί στο πλαίσιο εξυπηρέτησης των ατομικών του οικονομικών συμφερόντων.

Όμως, αυτού του είδους οι συμβάσεις εντάσσονται σε ένα αναπτυξιακό πρόγραμμα, δηλαδή σε ένα σύνολο κανόνων ενωσιακού και εθνικού δικαίου και πράξεων οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και εθνικών. Η χρηματοδότησή του είναι συνολική και η ορθή λειτουργία του κρίνεται συνολικά. Αυτό σημαίνει ότι οποιαδήποτε παθολογία ή δυσλειτουργία των συμβάσεων, σε οποιονδήποτε κρίκο της αλυσίδας του προγράμματος, έχει σοβαρές οικονομικές επιπτώσεις για την Ελληνική Δημοκρατία, η οποία υπόκειται σε ελέγχους όσον αφορά, αφ'ενός μεν τη συμμόρφωσή της προς την ενωσιακή νομοθεσία που διέπει το συγκεκριμένο πρόγραμμα, αφ'ετέρου δε όσον αφορά την ορθή διαχείριση της ευρωπαϊκής χρηματοδότησης με πλήρη, νόμιμη, έγκαιρη και αποτελεσματική απορρόφηση των πόρων του προγράμματος. Αν οι συμβάσεις αυτές αποσπασθούν από το σύνολο και θεωρηθούν συμβάσεις του ιδιωτικού δικαίου, θα βρισκόμασταν για ακόμα μία φορά ενώπιον μιας περίπτωσης «διάσπασης της δικαιοδοσίας».

4. Προβληματισμοί για την ενοποίηση της δικαιοδοσίας

Με αφορμή τις συμβάσεις που συνάπτονται στο πλαίσιο των αναπτυξιακών προγραμμάτων, γεννώνται γενικότεροι προβληματισμοί για τα ζητήματα δικαιοδοσίας που ανακύπτουν εντός του δικαϊκού μας συστήματος και πολλές φορές παρακωλύουν την ταχεία και αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης, με όλες τις οικονομικές και κοινωνικές συνέπειες που αυτό συνεπάγεται.

Μία από τις αιτίες που προξενούν δυσκολίες στην αντιμετώπιση των ζητημάτων της δικαιοδοσίας είναι η πολυπλοκότητα των εννόμων σχέσεων που αναπτύσσονται βάσει είτε του ενωσιακού είτε του εθνικού δικαίου, χαρακτηριστικό των οποίων είναι η διείδυση θεσμών του δημοσίου δικαίου στο ιδιωτικό δίκαιο και το αντίστροφο.

Τόσο ο κοινός όσο και ο συντακτικός νομοθέτης, έχοντας επίγνωση αυτών των δυσκολιών, έχουν θέσει ειδικούς κανόνες ενοποίησης της δικαιοδοσίας σε ορισμένους τομείς.

Αυτό συμβαίνει στη νομοθεσία σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, όπου διευρύνεται η κατηγορία νομικών προσώπων που εμπίπτουν στην έννοια της «αναθέτουσας αρχής» και του «οργανισμού δημοσίου δικαίου» πολύ πέραν του Κράτους και των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου .

Ανάλογη είναι και η διεύρυνση των εννοιών της «αναθέτουσας αρχής» και του «δημόσιου φορέα» στη νομοθεσία περί συμπράξεων δημοσίου και ιδιωτικού τομέα .

Για τον καθορισμό των ανωτέρω εννοιών της «αναθέτουσας αρχής», του «οργανισμού δημοσίου δικαίου» και του «δημόσιου φορέα», δεν τίθεται ως κριτήριο η οργανωτική τους μορφή, αλλά το έργο που επιτελούν, με αποτέλεσμα να περιλαμβάνεται στις έννοιες αυτές μεγάλος αριθμός νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου, τα οποία συνδέονται περισσότερο ή λιγότερο με το Κράτος και τους φορείς του και μπορούν να επηρεασθούν από αυτούς .

Και το ίδιο το Σύνταγμα, αναγνωρίζοντας τις όλο και αυξανόμενες δυσκολίες καθορισμού της δικαιοδοσίας και την ανάγκη ασφάλειας του δικαίου, περιλαμβάνει σε ορισμένες περιπτώσεις, διατάξεις ενοποιητικές της δικαιοδοσίας. Ειδικότερα:

Στην διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 94, προβλέπει ότι «σε ειδικές περιπτώσεις και, προκειμένου να επιτυγχάνεται η ενιαία εφαρμογή της αυτής νομοθεσίας, μπορεί να ανατεθεί με νόμο η εκδίκαση κατηγοριών ιδιωτικών διαφορών στα διοικητικά δικαστήρια ή κατηγοριών διοικητικών διαφορών ουσίας στα πολιτικά δικαστήρια».

Επιπλέον, με την διάταξη της παραγράφου 4 του άρθρου 17, εισάγεται πρόβλεψη για τον καθορισμό ενιαίας δικαιοδοσίας για όλες τις διαφορές και υποθέσεις που σχετίζονται με απαλλοτρίωση. Σύμφωνα με την συνταγματική αυτή διάταξη, «νόμος μπορεί να προβλέπει την εγκαθίδρυση ενιαίας δικαιοδοσίας, κατά παρέκκλιση από το άρθρο 94, για όλες τις διαφορές και υποθέσεις που σχετίζονται με την απαλλοτρίωση» .

Πέραν όμως από τη χρήση της παραγράφου 3 του άρθρου 94 του Συντάγματος, θα έπρεπε ίσως να ανοιγεί μια ευρεία συζήτηση για συνταγματική καθιέρωση της ενιαίας δικαιοδοσίας. Από μόνη της, βέβαια, δεν επαρκεί για την ταχύτερη και αποτελεσματικότερη απονομή της δικαιοσύνης. Απαιτείται

ταυτοχρόνως μείωση της δικαστικής ύλης, με δημιουργία και άλλων θεσμών που να διαθέτουν τις απαραίτητες εγγυήσεις ανεξάρτητης κρίσης για την επίλυση διαφορών που δεν παρουσιάζουν σοβαρά ερμηνευτικά ζητήματα κανόνων δικαίου, ώστε να χρειάζεται να αχθούν ενώπιον των δικαστηρίων, καθώς και με ποιοτική αναβάθμιση των υπηρεσιών που παρέχονται από τη Διοίκηση, προκειμένου να εδραιωθεί αμοιβαία εμπιστοσύνη μεταξύ Κράτους και πολιτών, ώστε να μην αποτελεί η Δικαιοσύνη την μόνη καταφυγή για την επίλυση των διαφορών. Πάντως, η συνταγματική κατοχύρωση της ενιαίας δικαιοδοσίας, θα μπορούσε να αποτελέσει ένα σημαντικό βήμα προς αποτελεσματικότερη απονομή της δικαιοσύνης.

Συμπεράσματα

Η όλο και πιο σύνθετη και πολύπλοκη διαμόρφωση των εννόμων σχέσεων που διαμορφώνονται στην κοινωνία και το όλο και μεγαλύτερο εύρος των αντικειμένων, το οποίο καλούνται να αντιμετωπίσουν τόσο η Διοίκηση όσο και η Δικαιοσύνη καλούν για την υλοποίηση σημαντικών μεταρρυθμίσεων.

Ο στόχος τους θα πρέπει να είναι η ουσιαστικότερη λειτουργία του Κράτους, με νέες μορφές άσκησης του ελεγκτικού του ρόλου, ώστε πράγματι να τηρείται ο νόμος, με δημιουργικότερη παρουσία του σε τομείς της οικονομικής και κοινωνικής ζωής και αναβάθμιση της ποιότητας των υπηρεσιών της Διοίκησης, με στόχο την δημιουργία αμοιβαίας εμπιστοσύνης μεταξύ του Κράτους και των πολιτών.

Στη σημερινή κοινωνία το Κράτος και η εν ευρεία εννοία Διοίκηση δεν επαρκούν πάντα αποκλειστικά με τις δικές του δυνάμεις να ανταποκριθούν στις αυξανόμενες οικονομικές και ποιοτικές απαιτήσεις της δημόσιας δράσης. Θεσμοί του ενωσιακού δικαίου που βασίζονται στην κοινή δράση του Κράτους και ιδιωτικών οικονομικών και κοινωνικών φορέων, μπορούν να αποτελέσουν παραδείγματα για το περιεχόμενο αυτών των μεταρρυθμίσεων και την επίτευξη των προεκτεθέντων στόχων.

Ταυτοχρόνως, με τις ανωτέρω νέες μορφές δημόσιας δράσης, δεν είναι πάντα εμφανής η διάκριση των διαχωριστικών γραμμών μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου, με χαρακτηριστικό παράδειγμα τις διαδικασίες υλοποίησης αναπτυξιακών προγραμμάτων, βάσει κανόνων του ενωσιακού δικαίου, στα οποία είναι ισχυρή η παρουσία του ιδιωτικού τομέα. Το δεδομένο αυτό απαιτεί μια πιο ενοποιητική λειτουργία του δικαϊκού μας συστήματος, όσον αφορά ζητήματα δικαιοδοσίας των

δικαστηρίων, με παράλληλη προσπάθεια μείωσης της δικαστικής ύλης, με σκοπό την ταχύτερη και αποτελεσματικότερη απονομή της δικαιοσύνης.

Στο πλαίσιο αυτό, θα μπορούσε να ενταχθεί μία σοβαρή και εις βάθος συζήτηση για συνταγματική κατοχύρωση της ενιαίας δικαιοδοσίας.

Η ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΩΣ ΕΥΚΑΙΡΙΑ ΦΟΡΟΔΙΑΦΥΓΗΣ ΚΑΙ ΤΟ ΝΕΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ BEPS.

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

Τηλ: +35797825551

Email: v.argyropoulou@euc.ac.cy

Λέξεις κλειδιά: Φορολογία, Φοροδιαφυγή, Ελευθερία Εγκατάστασης, Κοινοτικό Δίκαιο, Κατάχρηση, BEPS

1. Εισαγωγή

Τα άρθρο 49 της ΣΛΕΕ καθιερώνει την ελευθερία εγκατάστασης των φυσικών και των νομικών προσώπων μέσα στην επικράτεια των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η εν λόγω ελευθερία επιτρέπει στα φυσικά και νομικά πρόσωπα (τα οποία «εξομοιώνονται προς τα φυσικά πρόσωπα»³⁸) να εγκαθίστανται και να διεξάγουν τη δραστηριότητα τους σε άλλα κράτη μέλη με τους αυτούς όρους που εφαρμόζονται και ισχύουν για τους πολίτες των εν λόγω κρατών.³⁹ Συνεπώς, δυνάμει της ελευθερίας της εγκατάστασης τα κράτη δεν δύνανται να θεσπίζουν περιορισμούς, διακρίσεις ή άλλα ανασταλτικά της ελευθερίας μέτρα εντός της έννομης τάξης τους. Τέτοια ανασταλτικά της ελεύθερης εγκατάστασης μέτρα θα μπορούσαν να θεωρηθούν και οι ρυθμίσεις των εθνικών έννομων τάξεων για την προστασία της φορολογικής τους βάσης και την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής. Σχετικώς στα πλαίσια της οικονομικής κρίσης πολλά κράτη έχουν προβεί στην υιοθέτηση μέτρων για τεκμηρίωση των ενδοομιλικών συναλλαγών (transfer pricing rules), την υποκεφαλαιοδότηση των επιχειρήσεων (thin capitalisation rules), στη θέσπιση περιορισμών στις πληρωμές προς εξωχώριες εταιρείες ή εταιρείες που είναι εγκατεστημένες σε μη συνεργάσιμα κράτη ή σε κράτη έχοντα προνομιακό φορολογικό καθεστώς, στη θέσπιση κανόνων περί ελεγχόμενων αλλοδαπών εταιρειών (C.F.C. rules) κ.α. Ενδεικτικά, εν προκειμένω, θα αναφερθούμε στο άρθρο 66 του Ν.4172/2013 με το οποίο οι ελληνικές φορολογικές αρχές αποκτούν τη δυνατότητα να φορολογήσουν αυτοβούλως τα μη διανεμηθέντα κέρδη αλλοδαπού νομικού προσώπου στο όνομα του κυρίου μετόχου του, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις.

Στα πλαίσια της παρούσας μελέτης εξετάζεται κατά πόσο είναι συμβατά με το κοινοτικό δίκαιο τα πιο πάνω εθνικά μέτρα για την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής και κατά πόσο οι περιορισμοί που τίθενται στην κρατική κυριαρχία στα πλαίσια της ελευθερίας της εγκαταστάσεως μπορούν να λειτουργήσουν ως ευκαιρίες για φοροαποφυγή.

2. Ορισμός Εγκατάστασης

Κατά αρχήν για να εξετάσουμε τα πιο πάνω ερωτήματα πρέπει να μελετήσουμε την έννοια και την έκταση του δικαιώματος της ελευθερίας εγκατάστασης. Ως ειπώθηκε και παραπάνω, η ελευθερία εγκατάστασης επιβάλλει στα κράτη μέλη να μην

38 Αρ. 54(1) Συνθεκ

39 Π.Δ. Δαγτόγλου, Ευρωπαϊκό κοινοτικό δίκαιο, 1998, σελ. 196

επιβάλλουν και να άρουν όποιους περιορισμούς στο δικαίωμα των φυσικών και νομικών προσώπων να διατηρούν εγκατάσταση σε ένα κράτος μέλος. Σχετικώς, στην υπόθεση Factorame⁴⁰ ορίστηκε ως εγκατάσταση **η πραγματική επιδίωξη οικονομικής δραστηριότητας μέσω σταθερής μόνιμης εγκατάστασης σε άλλο κράτος μέλος για αόριστο χρόνο (δηλαδή χωρίς προβλέψιμο όριο διάρκειας)**. Συνεπώς, τα κράτη μέλη οφείλουν να επιτρέπουν και να μην περιορίζουν τη δυνατότητα των φυσικών και νομικών προσώπων να διατηρούν κατά τρόπο μόνιμο και σταθερό επιχείρηση σε ένα κράτος μέλος. Πιο συγκεκριμένα, όσον αφορά τα νομικά πρόσωπα, προκειμένου να είναι φορείς του δικαιώματος εγκατάστασης πρέπει, κατά το άρθρο 49 ΣΛΕΕ, να επιδιώκουν κερδοσκοπικό χαρακτήρα, και να κατέχουν την ιθαγένεια κράτους μέλους της Ένωσης.⁴¹ Εφόσον πληρούνται οι πιο πάνω προϋποθέσεις, ο φορέας του δικαιώματος της ελεύθερης εγκατάστασης όχι μόνο δύναται να εγκαθίσταται σε άλλο κράτος μέλος χωρίς περιορισμούς, αλλά και να απολαμβάνει όλα τα δικαιώματα που έχουν και οι ημεδαπές επιχειρήσεις. Σχετικώς, το άρθρο 49 ΣΛΕΕ απαγορεύει, κατ' αρχήν, κάθε μορφής **εμφανή διάκριση** που στηρίζεται στο κριτήριο της έδρας των εταιριών, καθώς επίσης και κάθε **μορφής συγκεκριμένη διάκριση**, που αν και δεν επιδιώκει πρωταρχικώς την εισαγωγή διακρίσεων, εντούτοις οδηγεί στον περιορισμό ή στην παρακώληση της ελευθερίας εγκατάστασης.⁴² Συνεπώς τα εθνικά προστατευτικά μέτρα που επιδιώκουν να αποτρέψουν την φοροαποφυγή ή την παράκαμψη των εθνικών κανόνων μέσω της εγκατάστασης αλλοδαπών εταιριών πρέπει να εξεταστούν υπό το κοινοτικό δίκαιο και να δικαιολογηθούν αναλόγως, καθώς αν και τα κράτη κατέχουν αποκλειστική εξουσία να επιβάλλουν φορολογία, εντούτοις η άσκηση της εν λόγω εξουσίας πρέπει να είναι συμβατή με το κοινοτικό δίκαιο.⁴³

3. Μέτρα για την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής και κοινοτικό δίκαιο

Αν και ως αναφέρθηκε τα μέτρα που λαμβάνουν τα κράτη για την αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής είναι πολλά στα πλαίσια της παρούσας μελέτης θα εξετάσουμε μόνο κάποιους από τους αντι-καταχρηστικούς κανόνες που έχουν τεθεί τα τελευταία χρόνια στην Ελλάδα και αφορούν αλλοδαπά νομικά πρόσωπα. Συγκεκριμένα, τέτοιοι κανόνες αφορούν την φορολόγηση αλλοδαπών νομικών προσώπων εφόσον η πραγματική τους διοίκηση βρίσκεται στην Ελλάδα⁴⁴

40 Υπόθ. C-221/89

41 Για να απολαμβάνει την ιθαγένεια κράτους μέλους της Ένωσης θα πρέπει να ικανοποιεί το σχετικό κριτήριο στο πλαίσιο του εφαρμοστέου εθνικού δικαίου, προκειμένου μια εταιρεία να μπορεί να θεωρηθεί ως συσταθείσα σύμφωνα με το εν λόγω δίκαιο Βλ. Κ. Παμπούκης, Ίδρυση και αναγνώριση των αλλοδαπών εταιριών ιδίως στα όρια της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, Δ/νη 1995, σελ. 241 επ.

42 Δ. Τζουγανάτος, Ελευθερίας εγκατάστασης νομικών προσώπων κατά τα άρθρα 52, 58 ΣυνθΕΟΚ και εταιρικό διεθνές δίκαιο, ΝοΒ 42 (1994), σελ. 14

43 Υπόθεσή C-527/06, Renneberg [2008] ECR I07735, παρ. 52 και Υπόθεση C-311/97 Royal Bank of Scotland [1999] παρ. 19

44 Σύμφωνα με το άρθρο 4 του Κ.Φ.Ε (Ν.4172 / 2013) ορίζεται ότι ένα νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδας (έχει φορολογική κατοικία στην Ελλάδα) για οποιαδήποτε φορολογικό έτος εφόσον:

- συστάθηκε ή ιδρύθηκε, σύμφωνα με το Ελληνικό Δίκαιο.
- έχει την καταστατική του έδρα στην Ελλάδα ή
- ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης είναι στην Ελλάδα οποιαδήποτε περίοδο στη διάρκεια του φορολογικού έτους.

Σχετικά με το τι συνιστά τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης λαμβάνονται υπόψη ιδίως τα εξής τον τόπο άσκησης καθημερινής διοίκησης, τον τόπο λήψης στρατηγικών αποφάσεων, τον τόπο ετήσιας γενικής συνέλευσης των μετόχων ή εταίρων, τον τόπο τήρησης βιβλίων και στοιχείων, τον τόπο

1) Κανόνες Ελεγχόμενης Αλλοδαπής Εταιρείας (CFC Rules)

Οι Κανόνες Ελεγχόμενης Αλλοδαπής Εταιρείας (CFC) χρησιμοποιούνται σε πολλές χώρες ως μέσο για την πρόληψη της διάβρωσης της εθνικής φορολογικής τους βάσης και να αποθαρρύνουν τους κατοίκους τους από πρακτικές μετατόπισης του εισοδήματος στα κράτη μέλη που δεν επιβάλλουν φόρο ή που επιβάλλουν φόρο με χαμηλούς συντελεστές. Αρχικά, οι Κανόνες CFC υιοθετήθηκαν στις ΗΠΑ το 1937 και ήταν γνωστοί ως Κανόνες Ξένων Προσωπικών Ιθυνουσών Εταιρειών και απέβλεπαν στη φορολόγηση του παθητικού εισοδήματος αλλοδαπών Εταιρειών αμερικανικών συμφερόντων. Τα μέτρα αυτά εντατικοποιήθηκαν στα μέσα του 20ου αιώνα, όταν η Διοίκηση Κέννεντυ για να αντιμετωπίσει το έλλειμμα της οικονομίας, προχώρησε στη θέσπιση κανόνων CFC με τη φορολόγηση των κερδών των ξένων επενδύσεων σε επίπεδο των μετόχων τους στις ΗΠΑ, μέσω λογιζόμενης διανομής μερίσματος ίσης με το κέρδος της αλλοδαπής επιχείρησης.⁴⁵ Στην Ευρώπη αντίστοιχα μέτρα εμφανίστηκαν αρχικά στη Γερμανία το 1972 και μεταγενέστερα σε πολλές ευρωπαϊκές χώρες. Σήμερα, η πλειοψηφία των κρατών της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει υιοθετήσει κανόνες CFC με κάποιον τρόπο.⁴⁶ Αν και οι κανόνες CFC και τα χαρακτηριστικά τους διαφέρουν από χώρα σε χώρα, το κατ' εξοχήν κοινό στοιχείο των κανόνων αυτών είναι ότι εξαλείφουν την αναβολή φορολόγησης των εγχώριων νομικών ή φυσικών προσώπων για τα κέρδη που μεταφέρονται σε Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες. Στην Ελλάδα με τις διατάξεις του άρθρου 66 του ΚΦΕ (Ν. 4172/2013 όπως τροποποιήθηκε) εισάχθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη κανόνες CFC προς συμμόρφωση με το Ψήφισμα του Συμβουλίου της 8^{ης} Ιουνίου 2010 για το συντονισμό των κανόνων περί ελεγχόμενων αλλοδαπών εταιρειών και περί υποκεφαλαιοδότησης εντός της ΕΕ (2010/C 156/01). Σύμφωνα με το εν λόγω άρθρο το μη διανεμηθέν εισόδημα της αλλοδαπής ελεγχόμενης εταιρείας περιλαμβάνεται στο φορολογητέο εισόδημα του μετόχου, φορολογικού κατοίκου Ελλάδας, εφόσον πληρούνται σωρευτικά οι πιο κάτω προϋποθέσεις:

α) ο φορολογούμενος, μόνος του ή από κοινού με τα συνδεδεμένα πρόσωπα, κατέχει, άμεσα ή έμμεσα, μετοχές, μερίδια, δικαιώματα ψήφου ή συμμετοχής στο κεφάλαιο σε ποσοστό άνω του πενήντα τοις εκατό (50%) ή δικαιούται να εισπράττει ποσοστό άνω του πενήντα τοις εκατό (50%) των κερδών του εν λόγω νομικού προσώπου ή νομικής οντότητας,

β) το παραπάνω αλλοδαπό νομικό πρόσωπο ή η νομική οντότητα υπόκειται σε φορολογία σε μη συνεργάσιμο κράτος ή κράτος με προνομιακό φορολογικό καθεστώς, ήτοι σε ειδικό καθεστώς που επιτρέπει ουσιωδώς χαμηλότερο επίπεδο φορολογίας από ό,τι το γενικό καθεστώς,

γ) άνω του τριάντα τοις εκατό (30%) του καθαρού εισοδήματος προ φόρων που πραγματοποιεί το αλλοδαπό νομικό πρόσωπο ή η νομική οντότητα εμπίπτει σε μία ή περισσότερες από τις κατηγορίες που ορίζονται στην παράγραφο 3 του εν λόγω

συνεδριάσεων του διοικητικού συμβουλίου ή όποιου άλλου εκτελεστικού οργάνου διοίκησης, στην κατοικία των μελών του διοικητικού συμβουλίου ή όποιου άλλου εκτελεστικού οργάνου διοίκησης.

⁴⁵ Wenhed CFC- Lagstiftning (2000), σελ. 257f..

⁴⁶ K. Blazej, CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law (2015). WU International Taxation Research Paper Series No. 2015-21. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2630943>

νόμου, που αφορούν κυρίως παθητικό εισόδημα από τόκους, δικαιώματα, μερίσματα κλπ.

δ) το αλλοδαπό νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα δεν είναι εταιρεία, οι μετοχές της οποίας είναι εισηγμένες σε (αναγνωρισμένη) χρηματιστηριακή αγορά

Αξίζει να σημειωθεί ότι οι πιο πάνω κανόνες δεν εφαρμόζονται σε περίπτωση που το νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα είναι φορολογικός κάτοικος κράτους - μέλους της Ε.Ε., εκτός εάν η εγκατάσταση ή η οικονομική δραστηριότητα του νομικού προσώπου ή της νομικής οντότητας συνιστά **επίπλαστη κατάσταση** που δημιουργήθηκε με ουσιαστικό σκοπό την αποφυγή του αναλογούντος φόρου.

Σχετικώς, ως αναφέρθηκε και παραπάνω οι κανόνες CFC μπορούν να εφαρμοστούν και σε νομικά πρόσωπα που έχουν συσταθεί εντός της ΕΕ εφόσον αρχικά πληρούνται οι προϋποθέσεις για την ύπαρξη Ελεγχόμενης Αλλοδαπής Εταιρείας και η σύστασή του νομικού προσώπου αποτελεί επίπλαστη κατάσταση με ουσιαστικό σκοπό την αποφυγή του αναλογούντος φόρου.

Αρχικά πρέπει να σημειωθεί ότι με βάση την Πολ. 1277⁴⁷ ως κράτη που έχουν προνομιακό φορολογικό καθεστώς για το 2015 ορίζονται, μεταξύ άλλων 3 κράτη μέλη της ΕΕ και ειδικότερα η Ιρλανδία, η Κύπρος και η Βουλγαρία. Στις περιπτώσεις λοιπόν ελεγχόμενης Εταιρείας σε ένα από τα εν λόγω κράτη υπάρχει ο κίνδυνος να εφαρμοστούν οι κανόνες CFC και να περιληφθούν στο φορολογητέο εισόδημα του μετόχου, φορολογικού κατοίκου Ελλάδας, τα αδιανέμητα κέρδη του νομικού προσώπου, ως κέρδος από επιχειρηματική δραστηριότητα με φορολογικό συντελεστή 26%, εφόσον οι Ελληνικές Αρχές αξιολογήσουν ότι η σύσταση και λειτουργία του νομικού προσώπου είναι επίπλαστη κατάσταση.

Η πιο πάνω προσέγγιση είναι συμβατή με τη νομολογία του ΔΕΕ στην υπόθεση Cadbury Schweppes⁴⁸ από την οποία συνάγεται ότι οι κανόνες CFC δεν είναι κατ' αρχήν συμβατοί στα πλαίσια της ΕΕ⁴⁹ καθώς, όπως απεφάνθη το ΔΕΕ, «για να είναι συμβατοί οι κανόνες CFC με το κοινοτικό δίκαιο η φορολογία που προβλέπεται από αυτούς τους κανόνες δεν πρέπει να εφαρμοστεί, όπου, παρά την ύπαρξη κινήτρων φορολογικού χαρακτήρα, η σύσταση ενός νομικού προσώπου αντικατοπτρίζει οικονομική πραγματικότητα».⁵⁰ Περαιτέρω, στην απόφαση της 26.10.1999 στην υπόθεση C-294/1997 (Eurowings) το ΔΕΕ είχε κρίνει ότι στον βαθμό που οι υποκείμενοι στον φόρο δεν μετέρχονται καταχρηστικές πρακτικές, τα κράτη μέλη δεν μπορούν να περιορίζουν την άσκηση των δικαιωμάτων ελεύθερης διακίνησης απλώς και μόνο γιατί τα επίπεδα φορολόγησης είναι χαμηλότερα σε άλλα κράτη μέλη.

⁴⁷ ΦΕΚ Β 2905 – 31.12.2015

⁴⁸ Υπόθεση, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue [2006]

⁴⁹ Βλ. ενδεικτικά M. Lang & S. Heidenbauer, Wholly Artificial Arrangements, in A Vision of Taxes Within and Outside European Borders, Festschrift in Honour of Prof. Dr Frans Vanistendael, p. 615 (L. Hinnekens & P. Hinnekens eds., Kluwer 2008); and G.T.K. Meussen, Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States, 47 Eur. Taxn. 1, pp. 13-18 (2007), Journals IBFD.

⁵⁰ Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue παρ. 65-68

Συνεπώς, κανόνες CFC εντός της ΕΕ μπορούν να εφαρμοστούν για να αποτρέψουν μόνο «αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις».⁵¹

Όπως καθίσταται λοιπόν προφανές ο ορισμός της έννοιας της «επίπλαστης κατάστασης» είναι μείζονος σημασίας. Η ελληνική νομοθεσία δεν παρέχει ορισμό της έννοιας της επίπλαστης κατάστασης, οπότε είναι σκόπιμο να ανατρέξει κανείς στη νομολογία του ΔΕΕ. Σχετικώς, θα εξετάσουμε την υπόθεση C-196/2004 (Cadbury Schweppes), που αν και έχει εκδοθεί εδώ και 17 χρόνια συνεχίζει να αποτελεί ακρογωνιαίο λίθο για την ερμηνεία της θεωρίας της κατάχρησης στον τομέα της άμεσης φορολογίας και του κοινοτικού δικαίου και αποτελεί μια από τις μοναδικές υποθέσεις του ΔΕΕ, μαζί με την υπόθεση CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05)²⁴, που ασχολήθηκε με το θέμα των κανόνων CFC εντός των κρατών της Ένωσης.

4. Επίπλαστη Κατάσταση

Ως προς το τι θεωρείται «αμιγώς επίπλαστη κατάσταση», το ΔΕΕ απεφάνθη, με την απόφασή του της 12.9.2006 στην πιο πάνω υπόθεση ότι οι επίπλαστες καταστάσεις πρέπει να διαπιστώνονται με συγκριτική ανάλυση της ουσίας και της μορφής. Για να εκτιμηθεί η κατάσταση ως προς την ουσία, θα πρέπει διαπιστώνεται, βάσει αντικειμενικών και δυνάμενων να εξακριβωθούν από τρίτους στοιχείων, ιδίως, με τον βαθμό της επιτόπιας υποδομής σε κτίρια, σε προσωπικό και σε εξοπλισμό, ότι στο έδαφος του άλλου κράτους μέλους ασκείται ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα και η εταιρεία δεν λειτουργεί απλώς ως «ταχυδρομική θυρίδα» ή ως «προπέτασμα»⁵². Περαιτέρω στο Ψήφισμα του Συμβουλίου της 8/6/2010 (2010/C 156/01)⁵³ αναφέρθηκαν ως ενδείξεις επίπλαστης συναλλαγής με ΕΑΕ μεταξύ άλλων τα ακόλουθα: η έλλειψη οικονομικής ή επιχειρηματικής λογικής, ή έλλειψη πραγματικής εγκατάστασης προοριζόμενη για την άσκηση πραγματικής δραστηριότητας, η δυσαναλογία μεταξύ των δραστηριοτήτων που αναλαμβάνει και του μεγέθους της φυσικής παρουσίας, η υπερκεφαλαιοδότηση της ΑΕΕ κλπ. Όπως διαφαίνεται στην εν λόγω υπόθεση, η έννοια της καταχρηστικής πρακτικής είναι πολύ στενή καθώς αφορά την περίπτωση της μη-εναρμονισμένης άμεσης φορολογίας. Αντίθετα, στο τομέα της εναρμονισμένης άμεσης φορολογίας όπως στον τομέα της οδηγίας περί συγχωνεύσεων (2009/133) η έννοια της κατάχρησης είναι πολύ ευρύτερη.

Στις περιπτώσεις λοιπόν επίπλαστων καταστάσεων μπορούν να επιβληθούν κανόνες CFC που αποτελούν περιορισμό στην ελευθερία της εγκατάστασης ακόμα και σε κοινοτικές Εταιρείες. Μόλις καθιερωθεί ένας περιορισμός στην ελευθερία της εγκατάστασης πρέπει να εξετασθεί αν υπάρχουν λόγοι που δικαιολογούν τον περιορισμό. Η μείωση των εσόδων των κρατικών ταμείων λόγω της φοροαποφυγής δεν αποτελεί λόγο που να δικαιολογεί τον περιορισμό.⁵⁴ Ούτε το γεγονός ότι τα συγκεκριμένα εισοδήματα δεν φορολογούνται από το κράτος εγκατάστασης της Αλλοδαπής Εταιρείας μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως επιχείρημα από τον έλληνα νομοθέτη για τη θέσπιση των συγκεκριμένων κανόνων, καθώς η διπλή μη φορολογία

⁵¹ Όπως παραπάνω παρ. 67

⁵² Cadbury Schweppes (C-196/04), παρ. 36.

⁵³ Βλ. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52007DC0785&from=EN>

⁵⁴ Lang (Ed) (2004), pg. 45.

δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο επιπρόσθετης φορολόγησης.⁵⁵ Τα περισσότερα κράτη μέλη που επιβάλλουν κανόνες CFC ισχυρίζονται ότι επιβάλλουν τέτοια μέτρα ως μέσο καταπολέμησης της απάτης και της κατάχρησης και στα πλαίσια της φορολογικής δικαιοσύνης. Αν και το ΔΕΕ έχει αναγνωρίσει την πιο πάνω εξήγηση ως πιθανή βάση για την αιτιολόγηση ενός περιορισμού, εντούτοις το ΔΕΕ έχει αποφανθεί ότι ο περιορισμός αυτός είναι θεμιτός μόνο εάν τηρείται αυστηρά η αρχή της αναλογικότητας. Σχετικώς οι κανόνες CFC δεν αποτελούν αναλογικό μέτρο αν επιβάλλονται σε όλες τις καταστάσεις και όχι μόνο σε αυτές που είναι αμιγώς τεχνητές. Άρα, οι φορολογικές αρχές πρέπει να εξετάζουν χωριστά την κάθε περίπτωση και κάθε φορολογούμενο για τον οποίο τεκμαίρεται ότι έχει δημιουργήσει ένα αμιγώς επίπλαστο σχήμα και στον τελευταίο πρέπει να δίδεται η δυνατότητα να το δικαιολογήσει, έτσι ώστε να τηρείται η αρχή της αναλογικότητας. Η εν λόγω αρχή επιβεβαιώθηκε και στην υπόθεση *Test Claimants in the CFC and Dividend Litigation Group*⁵⁶ στην οποία αναγνωρίστηκε περαιτέρω ότι οι αρχές μπορούν να επιβάλλουν προϋποθέσεις συμμόρφωσης με τους κανόνες με σκοπό να εξακριβώσουν την πραγματική εγκατάσταση της Ελεγχόμενης Αλλοδαπής Επιχείρησης και τη γνησιότητα των συναλλαγών της χωρίς αυτό να δημιουργεί αχρείαστα διοικητικά εμπόδια. Αξίζει εδώ να αναφερθεί η θέση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ότι το βάρος της απόδειξης δεν θα πρέπει να φέρει αποκλειστικώς ο φορολογούμενος και ότι θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η γενική ικανότητα συμμόρφωσής του και το είδος και η οργάνωση της συναλλαγής.⁵⁷ Στα πλαίσια αυτά ο ΚΦΕ παρέχει στο φορολογούμενο το δικαίωμα να ανταποδείξει ότι «οι δαπάνες αφορούν πραγματικές και συνήθεις συναλλαγές και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη μεταφορά κερδών ή εισοδημάτων ή κεφαλαίου με σκοπό τη φοροαποφυγή ή φοροδιαφυγή» με αντικειμενικά και υποκειμενικά το αληθές των συναλλαγών του.

Συνεπώς, θα καταλήγαμε στο συμπέρασμα ότι οι κανόνες CFC που προβλέπονται από τον ΚΦΕ είναι συμβατοί με το κοινοτικό δίκαιο και δεν παραβιάζουν την ελευθερία εγκατάστασης. Είναι όμως αυτοί οι κανόνες αρκετοί για να αποτρέψουν φαινόμενα φοροδιαφυγής?

Ενδεικτικά, θα αναφέρω εδώ το παράδειγμα μιας κυπριακής εταιρείας η οποία συστήνεται για λογαριασμό ελλήνων επιχειρηματιών με σκοπό την εκμετάλλευση του ευνοϊκού φορολογικού καθεστώτος στην Κύπρο. Όπως θα σας συμβουλέψουν οι κύπριοι φοροτεχνικοί σας για να τύχει εφαρμογής η ΣΑΔΦ Ελλάδος-Κύπρου και να θεωρηθεί η Εταιρεία ως φορολογικός κάτοικος Κύπρου και όχι Ελλάδος πρέπει η πραγματική της διοίκηση να ασκείται στην Κύπρο και για το σκοπό αυτό θα σας παραινέσουν να διορίσετε ως Διευθυντές της Εταιρείας, πρόσωπα που είναι φορολογικοί κάτοικοι Κύπρου. Επιπρόσθετα, θα σας προτείνουν να χρησιμοποιήσετε *nominee shareholders-μετόχους κατ' εμπίστευμα-* με σκοπό να διατηρήσετε την

⁵⁵ Στην υπόθεση C-379/2005 (Amurta) αναφέρεται ότι «...τα κράτη μέλη δεν μπορούν να επικαλούνται την ύπαρξη πλεονεκτήματος χορηγούμενου μονομερώς από άλλο κράτος μέλος προκειμένου να απαλλαγούν από τις υποχρεώσεις που υπέχουν από τη Συνθήκη». Επίσης, το ΔΕΚ στην υπόθεση C-397/1998 (Metallgesellschaft) δεν αποδέχτηκε το επιχειρήμα ότι η εγκατάσταση σε άλλο Κράτος Μέλος μία επιχείρησης εμπεριέχει πάντα το στοιχείο της φοροδιαφυγής αφού η επιχείρηση δεν θα υπόκειται στη φορολογία του άλλου κράτους μέλους.

⁵⁶ Υπόθεση C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Litigation Group*[2008].

⁵⁷ Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικώς με την εφαρμογή κανόνων κατά των καταχρήσεων στον τομέα της άμεσης φορολογίας εντός της Ε.Ε. και όσον αφορά τρίτες χώρες, 10.12.2007, COM(2007) 785 τελικό, σελ. 6».

ανωνυμία σας και να νοικιάσετε ένα εικονικό γραφείο, ώστε η εταιρεία να μην απλώς μια εταιρεία ραφιού αλλά να φαίνεται πως έχει πραγματική υπόσταση. Πως θα μπορούσε η ελληνική διοίκηση να φορολογήσει σε αυτήν την περίπτωση?

5. Συμπέρασμα

Είναι προφανές πως η καταπολέμηση μόνο αμιγών επίπλαστων καταστάσεων δεν είναι αρκετή προκειμένου οι κανόνες CFC να είναι αποτελεσματικοί. Ταυτόχρονα, όμως, η αποτελεσματικότητα των κανόνων δεν μπορεί να υπερκεράσει τις προϋποθέσεις συμβατότητας τους με το κοινοτικό δίκαιο ως αυτές έχουν τεθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ. Το θέμα αυτό αναγνώρισε ο ΟΟΣΑ ο οποίος στα πλαίσια τη Δημόσιας Διαβούλευσης για τη Δράση αντιμετώπισης της διάβρωσης της φορολογικής βάσης και η μετατόπιση των κερδών (BEPS) 3. Σχετικώς η ομάδα εργασίας Νο. 11 (WP11) ανέπτυξε 4 συστάσεις για κανόνες CFC⁵⁸: (i) Αρχικά προτείνετε μια ανάλυση της ουσίας της συναλλαγής στα πλαίσια της οποίας, κανόνες CFC θα επιβάλλονταν μόνο σε φορολογούμενους που δεν πραγματοποιούν γνήσιες οικονομικές συναλλαγές (ii) Δευτερευόντως, οι κανόνες CFC πρέπει να εφαρμόζονται παράλληλα και στην εγχώριες θυγατρικές και στις αλλοδαπές θυγατρικές (iii) Τρίτον οι κανόνες CFC πρέπει να αποσκοπούν ευθέως στη διασφάλιση μιας ισορροπημένης κατανομής της φορολογικής εξουσίας και (iv) τέλος οι κανόνες CFC πρέπει να επιβάλλονται σε συναλλαγές που είναι μερικώς αμιγώς επίπλαστες. Όσον αφορά τον όρο μερικώς αμιγώς επίπλαστες συναλλαγές, η πρώτη εντύπωση είναι ότι ο όρος είναι αντιφατικός καθώς ο όρος μερικώς και ο όρος αμιγώς αντιφάσκουν. Σχετικά η ομάδα εργασίας WP11 ανέφερε πως οι κανόνες CFC μπορούν να δικαιολογηθούν από την ανάγκη να αποτραπεί η φοροαποφυγή σε συναλλαγές που είναι αμιγώς επίπλαστες αν και όχι ολικώς. Σχετικά παρέπεμψε στην υπόθεση Thin Cap Group Litigation⁵⁹, όπου το ΔΕΕ ανέφερε ότι προκειμένου να εξεταστεί κατά πόσο οι κανόνες υποκεφαλαιοδότησης δικαιολογούνται από την ανάγκη αποτροπής καταχρηστικών πρακτικών έκρινε: «Αν η εν λόγω πράξη αποτελεί, **εν όλο ή εν μέρει**, μια αμιγώς επίπλαστη κατάσταση, ο βασικός σκοπός της οποίας είναι η καταστρατήγηση της φορολογικής νομοθεσίας του εν λόγω κράτους μέλους». Η εν λόγω διατύπωση υποδηλώνει πως ένας κανόνας CFC ενός κράτους μέλους της ΕΕ μπορεί να δικαιολογηθεί εάν στοχεύει σε εισόδημα από αλλοδαπή ελεγχόμενη εταιρεία που η ίδια δεν είναι εξ ολοκλήρου επίπλαστη εφόσον η συναλλαγή που δημιουργεί το εισόδημα είναι τουλάχιστον εν μέρει τεχνητή. Κατά την άποψη μου η εν λόγω λύση παραμένει ανεπαρκής. Κρίνω πιο κατάλληλη την υιοθέτηση κοινών αποτελεσματικών κανόνων CFC (ή άλλων εθνικών διατάξεων κατά της φοροαποφυγής) εντός της ΕΕ από τα νομοθετικά όργανα της ΕΕ, και όχι από τις ομάδες του ΟΟΣΑ. Η απόλυτη λύση, συναφώς, θα μπορούσε να είναι η εφαρμογή μιας οδηγίας για την καταπολέμηση της φοροαποφυγής, η οποία, στην πραγματικότητα, έχει ήδη υποστηριχθεί από μελετητές. Μάλιστα, στις 28.01.2016 η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπέβαλλε βασιζόμενη στις συστάσεις που εξέδωσε ο ΟΟΣΑ το 2015 Σχέδιο Οδηγίας για την αντιμετώπιση της φοροδιαφυγής και φοροαποφυγής από

⁵⁸ Βλ. <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-beps-action-3-strengthening-CFC-rules.pdf> σελ 39

⁵⁹ Υποθ. C-524/04. Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue Case [2007]

τις πολυεθνικές εταιρείες. Η εν λόγω Οδηγία προτείνει την εφαρμογή κοινών κανόνων CFC από όλα τα κράτη μέλη της ΕΕ οι οποίοι θα εφαρμόζονται σε αλλοδαπές ελεγχόμενες εταιρείες εκτός ΕΕ, αλλά και εντός ΕΕ σε εκείνες τις περιπτώσεις που η εγκατάσταση είναι αμιγώς επίπλαστη ή στο βαθμό που η κοινοτική εταιρεία δραστηριοποιείται στα πλαίσια της δραστηριότητας της σε μη-γήσιες συναλλαγές που τίθενται σε εφαρμογή για το βασικό σκοπό της απόκτησης φορολογικού πλεονεκτήματος. Αν και το εν λόγω σχέδιο Οδηγίας είναι ένα βήμα προς τη σωστή κατεύθυνση στο βαθμό που θα συνεχίσει να υπάρχει ο φορολογικός ανταγωνισμός και η διαφορά συμφερόντων μεταξύ των κρατών μελών της ΕΕ η φοροαποφυγή θα συνεχίζει να υφίσταται.