ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)

ΕΝΩΣΗ ΕΛΛΗΝΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΛΟΓΩΝ (ΕΕΔ)
www.dimosiodikaio.gr

Ηλεκτρονικό Επιστημονικό Περιοδικό Δημόσιο Δίκαιο
www.publiclawjournal.com

ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ: ΑΝΑΚΤΩΝΤΑΣ ΤΟ ΧΑΜΕΝΟ ΕΔΑΦΟΣ

7ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, 30 Ιουνίου-1 Ιουλίου 2020

ISBN: 978-618-84313-2-4

ΒΑΣΙΛΗΣ Γ. ΤΖΕΜΟΣ (ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ)

ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ: ΑΝΑΚΤΩΝΤΑΣ ΤΟ ΧΑΜΕΝΟ ΕΔΑΦΟΣ

Ebook με τα τελικά άρθρα επί των εισηγήσεων

7^{Ο} Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, 30 Ιουνίου – 1 Ιουλίου 2020

Διεξήχθη διαδικτυακά

Περιεχόμενα

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

ΑΣΕΠ και Συνταγματικό Δίκαιο των προσλήψεων στο Δημόσιο.

Βασίλης Γ. Τζέμος, Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Επίκουρος Καθηγητής (εκλ.) Δημοσίου Δικαίου και Οικονομικών Θεσμών του Τμήματος Οικονομικών Επιστημών του Πανεπιστημίου Θεσσαλίας, Σύμβουλος ΑΣΕΠ, Δικηγόρος παρ΄ Αρείω Πάγω 8

Η Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας από τη σκοπιά του Επιτελικού Κράτους

Ηλίας Μικρουλέας, Δ.Ν., Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) 21

Ο περιορισμός του αναδρομικού αποτελέσματος της ανάκλησης παράνομου διορισμού υπαλλήλου, λόγω πλαστότητας πτυχίου, με την αρχή της αναλογικότητας

Ευαγγελία Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Αντιπρόεδρος Ελεγκτικού Συνεδρίου 31

Η εμπειρία της πρόσφατης Συνταγματικής Αναθεώρησης για τις σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας: «Ὤδινεν ὄρος καὶ ἔτεκε μῦν...;»

Γεωργιος Ι. Ανδρουτσόπουλος, Επίκουρος Καθηγητής του Εκκλησιαστικού Δικαίου στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών, Δικηγόρος..... 45

«Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ, ΠΡΑΞΗ ΠΡΟΣΩΠΙΚΗ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΣΤΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ»

Δρ. Αναστάσιος Αναστασίου, Επιθεωρητής-Ελεγκτής στην Εθνική Αρχή Διαφάνειας, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) 49

Msc. Σωτηρία Χριστοπούλου, Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής..... 49

Επιτελικά στελέχη στη δημόσια διοίκηση: Νέα αφετηρία, νέα προκλήσεις

Εύη Δραμαλιώτη, Αντιπρόεδρος Εθνικού Κέντρου Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης, Νομικός, Διδάκτωρ Διοικητικής Επιστήμης, Μεταδιδακτορική ερευνήτρια στο Τμήμα Δημόσιας Διοίκησης του Παντείου Πανεπιστημίου 53

Ζητήματα φορολογικής μεταχείρισης των Τραπεζών

Νίκος Παπαχρήστος, Δ.Ν., Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) 59

Οι προϋποθέσεις προσφυγής στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση

Στυλιανός Μαυρίδης, Αντιπρόεδρος ΔΣΘ, Μεταδιδάκτορας Δημοσιονομικού Δικαίου Νομικής ΑΠΘ, Ειδικός Επιστήμονας Νομικής ΔΠΘ, Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ 65

Εφαρμογή του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 για την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας μέσα από τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και των Διοικητικών Δικαστηρίων

Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, M2R Δημόσιο Δίκαιο, ΜΔΕ Εμπορικό Δίκαιο, Μέλος ΑΕΠΠ, Μέλος του Δ.Σ. της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων 70

Διαμόρφωση Οικονομικής Προσφοράς στις Συμβάσεις Παροχής Υπηρεσιών: η Προβληματική της συμπερίληψης ή μη της Παρακράτησης Φόρου

Απόστολος Ν. Σιαπέρας, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος, Νομικός Σύμβουλος Δήμου Χαλκηδόνος, τ. μέλος ΑΕΠΠ..... 75

Το Ατομικό Δικαίωμα στο Περιβάλλον υπό το Πρίσμα της Νομολογίας του ΕΔΔΑ

Χαρίκλεια Αθανασοπούλου, Δρ. Νομικής Πανεπιστημίου Montesquieu Bordeaux IV, Δικηγόρος, Ειδική Επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη 85

Εκλογή Προέδρου της Δημοκρατίας: θα μπορούσε να αποτραπεί ο Κίνδυνος Διάλυσης της Βουλής χωρίς το Κόστος της Πιθανής Εκλογής «Κομματικών» Προέδρων;

Κωνσταντίνος Γ. Μπακογιάννης, Δ.Ν. Πανεπιστημίου Aix-Marseille III, Δικηγόρος, ... 106

10 Θεσμοί Άμεσης Δημοκρατίας και Αντιπροσώπευση στην Θ΄ Αναθεωρητική Βουλή

Χαράλαμπος Κουρουνδής, ΔΝ ΑΠΘ, Μεταδιδακτορικός ερευνητής, μέλος ΔΣ ΔΣΘ..... 119

Επιτελικά Στελέχη της Δημόσιας Διοίκησης και Πολιτική: Ανάδειξη, Ρόλος και Αποτελεσματικότητα

Μαρία Ραμματά, Δρ. Διοικητικής Επιστήμης Πανεπιστημίου Σορβόννης, ΣΕΠ ΕΑΠ 129

Επίκαιρα Ζητήματα σχετικά με την Αρχή της Αναδρομικής Εφαρμογής της Διάταξης που προβλέπει την Ηπιότερη Φορολογική Κύρωση

Μαρία – Ιωάννα Πετροπούλου, ΔΝ, Δικηγόρος, LL.M..... 141

Η Διοικητική Συνεργασία στο πεδίο του ΦΠΑ ως μέσο Καταπολέμησης της Απάτης

Δήμητρα Κούνη, ΔΝ, Δικηγόρος, MSc, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου 151

Η Νομοθετική Συμμόρφωση με τις Αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας με αριθμούς 1880, 1882, 1888-1891/2019

Στέφανος Πετροπουλάκος, Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ, Υποψήφιος Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Πολιτικής Ανάλυσης και Πολιτικής Θεωρίας 158

Εγγυήσεις Δημοσιονομικής Νομιμότητας στο Σύγχρονο Επιτελικό Κράτος

Πωλίνα Κουτσομπόη, MSc, PhD, Νομικός Ελεγκτικού Συνεδρίου 169

Η Προσωρινή Δικαστική Προστασία στην Έμμεση Εκτέλεση κατ' Άρθρο 199 παρ. 2α΄ του ΚΔΔ, μετά την κατάργηση του Άρθρου 938 ΚΠολΔ

Χρήστος Κολύβας, Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ, Υπ. Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης, ΜΔΕ Αστικού Δικονομικού Δικαίου 173

Ο Ρόλος του Συνηγόρου του Πολίτη στην Προστασία και Αποκατάσταση του Περιβάλλοντος

Ευγενία Παπαδοπούλου, Δικηγόρος, Ειδική επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη 182

Ο Νέος Αντικαπνιστικός Νόμος υπό το πρίσμα της Χαρασσόμενης Πολιτικής της ΕΕ για ένα «Περιβάλλον Χωρίς Καπνό»

Κωνσταντίνα Σαξώνη, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης ΑΠΘ 193

Οι Αρχές που διέπουν την Ένορκη Διοικητική Εξέταση σύμφωνα με τη Νομολογία των ΔΔ

Γραμματική Μαλαματά, Υπ. Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Ιδιωτικού δικαίου 197

Το Επίπεδο Απόδειξης στις Φορολογικές Διαφορές με αφορμή την υπ' αριθμ. 884/2016 απόφαση του ΣτΕ

Μαρία Κιτσάκη, Δικηγόρος, Υπ. ΔΝ, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου 216

Η Εξέλιξη των Αναθέσεων στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο και οι Προϋποθέσεις Εξαίρεσής τους από το Ν. 4412/2016

Αικατερίνη Μ. Τσιομπάνου, Δικηγόρος, Περιφερειακός Συμπαραστάτης του Πολίτη Περιφέρειας Δυτικής Μακεδονίας, LL.M. 224

Η Αρχή της Αναλογικότητας στο Δίκαιο των Θρησκευμάτων: το Παράδειγμα της επιλογής Θρησκευτικού Λειτουργού

Ελένη Παλιούρα, Υποψήφια Δ.Ν., ΜΔΕ Εκκλησιαστικού Δικαίου ΕΚΠΑ - ΜΔΕ Κανονικού Δικαίου ΕΚΠΑ, Μέλος της Συντακτικής Επιτροπής του Περιοδικού Δημόσιο Δίκαιο 233

Η Μεταβολή της Φορολογικής Κατοικίας Φυσικών και Νομικών Προσώπων

Κατερίνα Καλαμπαλίκη, Master 2R Panthéon Assas Paris II, Δικηγόρος 242

Η Έννοια του «Τρίτου» στη Διαγωνιστική Διαδικασία: η Διεύρυνση του Εννόμου Συμφέροντος σε μια προσπάθεια αφομοίωσης της Νομολογίας του ΔΕΕ

Αθηνά Ε. Σχινά, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου 255

Εποικοδομητική Πρόταση Δυσπιστίας στην Αυτοδιοίκηση

Αριστείδης Καρύδης, Δικηγόρος, Δικηγόρος Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας 263

Το Ζήτημα του Εννόμου Συμφέροντος του Αποκλεισθέντος Διαγωνιζόμενου: η Πορεία της Μεταστροφής της Νομολογίας

Ελένη – Σπυριδούλα Αυγέρη, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου 275

Η Παράβαση των Κανόνων του Δικαίου Ανταγωνισμού ως Λόγος Αποκλεισμού από την Διαδικασία Ανάθεσης Δημόσιας Σύμβασης. Η Ειδική Περίπτωση της Διαδικασίας Διευθέτησης

Κωνσταντίνος Σακελλάρης, Δικηγόρος 290

Ζητήματα Αναλογικότητας στην Ποινική Δίκη

Γεώργιος Β. Κάββαλος, Δικηγόρος, LL.M. Heidelberg 303

Η Παραγραφή του Δικαιώματος Καταλογισμού και Αναγκαστικής Είσπραξης Ασφαλιστικών Εισφορών σε βάρος των Αυτοαπασχολούμενων: το παράδειγμα του πρώην Ταμείου Νομικών

Σωτήριος Αθανασίου, Δικηγόρος 312

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Το 7ο ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), με πρόσκληση υποβολής papers, πραγματοποιήθηκε με επιτυχία την Τρίτη 30 Ιουνίου και την Τετάρτη 1 Ιουλίου 2020 διαδικτυακά μέσω zoom webinar. Το Συνέδριο μεταδόθηκε, επίσης, με ελεύθερη πρόσβαση σε όλους από YouTube live, από τη σελίδα στο Facebook της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) και από την ιστοσελίδα της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ, www.dimosiodikaio.gr). Τα 4 video του Συνεδρίου είναι ελεύθερα προσβάσιμα σε όλους στο κανάλι στο youtube, στην ιστοσελίδα και στην σελίδα στο facebook της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ). Θέλω να ευχαριστήσω θερμά τα Μέλη της Επιστημονικής και Οργανωτικής Επιτροπής για τον κόπο τους και την δημιουργική συμβολή τους στην διοργάνωση του Συνεδρίου και ιδιαίτερα τον webmaster Γιάννη Βαμβακούλα και τους Ηλία Μικρουλέα, Δημήτρη Φινοκαλιώτη, Κωστή Μαργαρίτη και Ελένη Παλιούρα. Το παρόν Ebook περιλαμβάνει 32 συμβολές. Ευχόμαστε καλή ανάγνωση.

Αθήνα, Μάρτιος 2021

Με ιδιαίτερη εκτίμηση,

Δρ. Βασίλης Γ. Τζέμος

Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Διευθυντής Ηλεκτρονικού free access Επιστημονικού Περιοδικού «ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ» (www.publiclawjournal.com), Επίκουρος Καθηγητής Δημοσίου Δικαίου και Οικονομικών Θεσμών Τμήματος Οικονομικών Επιστημών Πανεπιστημίου Θεσσαλίας, Σύμβουλος ΑΣΕΠ

ΑΣΕΠ και Συνταγματικό Δίκαιο των προσλήψεων στο Δημόσιο.

Βασίλης Γ. Τζέμος, Πρόεδρος της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ), Επίκουρος Καθηγητής (εκλ.) Δημοσίου Δικαίου και Οικονομικών Θεσμών του Τμήματος Οικονομικών Επιστημών του Πανεπιστημίου Θεσσαλίας, Σύμβουλος ΑΣΕΠ, Δικηγόρος παρ΄ Αρείω Πάγω

1. Σύντομη ιστορική αναδρομή. Από το ΑΣΔΥ στο ΑΣΕΠ

Μετά την κατοχή και τον εμφύλιο διαπιστώθηκαν σοβαρά προβλήματα στην ελληνική δημόσια διοίκηση, σε μεγάλο βαθμό λόγω των πελατειακών προσλήψεων. Ήταν διάχυτη η αίσθηση ότι οι θέσεις στο Δημόσιο διανέμονταν σε κομματικούς φίλους και σε ψηφοφόρους εν είδει λαφύρων. Ανατέθηκε στον τότε Πάρεδρο και μετέπειτα Πρόεδρο του ΣτΕ Γιώργο Μαραγκόπουλο[1] και στον Καθηγητή Κυριάκο Βαρβαρέσο[2] η εκπόνηση μελετών για την αναδιοργάνωση της Δημόσιας Διοίκησης[3]. Κοινή συνισταμένη των δύο εκθέσεων ήταν οι ανάγκες: α) καθιέρωσης του γραπτού διαγωνισμού ως αποκλειστικού συστήματος προσλήψεων και β) σύστασης ενός κεντρικού νέου οργάνου που θα είχε γενική επιτελική αρμοδιότητα για τις προσλήψεις. Ο Δημοσιοϋπαλληλικός Κώδικας καθιέρωσε τον διαγωνισμό ως κύριο σύστημα προσλήψεων και συγκροτήθηκε το ΑΣΔΥ (Ανώτατο Συμβούλιον Δημοσίων Υπηρεσιών) ως θεσμός που θα εγγυόταν την εφαρμογή του νέου Κώδικα. Ratio της ίδρυσής του ήταν η απαγκίστρωση των προσλήψεων στο κράτος από την λαφυραγώγηση και την πελατειοκρατία και η εφαρμογή αξιοκρατικών διαδικασιών. Το ΑΣΔΥ, προορισμένο ως όργανο ενιαίας εφαρμογής του Δημοσιοϋπαλληλικού Κώδικα, είχε κατά βάση συντονιστικές και συμβουλευτικές αρμοδιότητες. Από την συνοπτική περιγραφή των γενικών αρμοδιοτήτων του ΑΣΔΥ[4] προκύπτει ότι περιεβλήθη με έναν συντονιστικό, εποπτικό, επιτελικό ρόλο σε όλο το πλαίσιο των δημοσιοϋπαλληλικών θεμάτων αλλά και του οργανωτικού διοικητικού δικαίου[5]. Θεσπίστηκε ως ένας θεσμός εξορθολογισμού και χρηστής οργάνωσης και υλοποίησης του ευαίσθητου τομέα των προσλήψεων. Ήταν ένας ιδιότυπος διοικητικός θεσμός, «ανεξάρτητη αρχή»[6] κατά την σύγχρονη ορολογία. Ήταν το τρίτο «Μεγάλο Σώμα της Διοίκησης» δίπλα στο ΣτΕ και στο Ελεγκτικό Συνέδριο. Είχε επιτελικές-γνωμοδοτικές-ρυθμιστικές αρμοδιότητες. Χάραζε την στρατηγική των προσλήψεων. Δημιουργήθηκε δε ως θεσμικός πυλώνας υποστήριξης του δημοσιοϋπαλληλικού κώδικα. Κατ΄ εξαίρεση διενεργούσε διοικητικό έλεγχο νομιμότητας. Δεν ήταν το κύριο αντικείμενο του ο έλεγχος της νομιμότητας των προσλήψεων. Αυτή η αρμοδιότητα ανήκε στο ΣτΕ. Ο Πρόεδρος του ΑΣΔΥ μπορούσε μόνο να προσφύγει κατά της νομιμότητας του αποτελέσματος ενός διαγωνισμού ενώπιον του ΣτΕ[7]. Κι αυτή του την αρμοδιότητα την άσκησε με φειδώ.

Με το β.δ. 762/1965 το ΑΣΔΥ εξοπλίστηκε με περισσότερες αρμοδιότητες. Αναβαθμίστηκε σε συμβουλευτικό όργανο της Κυβέρνησης επί όλων των ζητημάτων Δημόσιας Διοίκησης (οργάνωση υπηρεσιών, αξιολόγηση, τροποποίηση Δημοσιοϋπαλληλικού Κώδικα). Το ΑΣΔΥ συγχωνεύτηκε το 1965 με την Γενική Διεύθυνση Διοικητικής Οργάνωσης και μεταφέρθηκε οργανωτικά απευθείας υπό τον Πρωθυπουργό.

---

[1] Το 1950.

[2] Το 1952.

[3] Βλ. Μ. Παπαδοπούλου, Οι προσλήψεις στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, 2005, σ. 1επ., Α. Μακρυδημήτρης, Ν. Μιχαλόπουλος, Εκθέσεις Εμπειρογνωμώνων για την Δημόσια Διοίκηση (1951-1996), 2000.

[4] Άρθρο 3 του ν. 1811/1951. Βλ. Μ. Παπαδοπούλου, Οι προσλήψεις στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, 2005, σ. 2επ.

[5] Για την έννοια του οργανωτικού διοικητικού δικαίου βλ. Β. Τζέμος, Οργανωτικό Διοικητικό Δίκαιο, 2013.

[6] Για τις Ανεξάρτητες Αρχές βλ. αναλυτικά Β. Τζέμος, Συνήγορος του Πολίτη, 2012 σ. 1επ. με περαιτέρω παραπομπές.

[7] Άρθρο 23 παρ. 5 του ν. 1811/1951.

Το έργο του στην βιβλιογραφία χαρακτηρίζεται ως όχι ιδιαίτερα επιτυχημένο[8]. Κι αυτό γιατί ενώ προσλήψεις στο δημόσιο χωρίς διαγωνισμό κατά το τότε ισχύον δίκαιο μόνο κατ' εξαίρεση κατόπιν αδείας του ΑΣΔΥ μπορούσαν να διενεργηθούν, ένας μεγάλος αριθμός διορισμών στο δημόσιο την περίοδο λειτουργίας του ΑΣΔΥ πραγματοποιήθηκε χωρίς διαγωνισμό. Ο Πρόεδρός του δε Σταυριανόπουλος διαμαρτυρήθηκε σε κείμενό του το 1966 για κυβερνητικές παρεμβάσεις και αξιολόγησε τον ρόλο του ως παθητικό[9]. Το ΑΣΔΥ ατόνησε κατά την διάρκεια της δικτατορίας και καταργήθηκε με το ν.δ. 285/1974.
Μετά την κατάργηση του ΑΣΔΥ, ιδρύθηκε με το άρθρο 43 του π.δ. 611/1977 η πενταμελής Κεντρική Επιτροπή Διαγωνισμών[10]. Και σε καθεστώς λειτουργίας της ΚΕΔ ο με εξαιρέσεις νομικός κανόνας ήταν οι προσλήψεις στο Δημόσιο μέσω διαγωνισμού.
Το 1983 άρχισε με το ν. 1320/1983 να ισχύει ένα νέο σύστημα προσλήψεων βασισμένο κατά βάση σε κοινωνικά κριτήρια και με επικουρικό τον ρόλο των πτυχίων και των λοιπών τυπικών προσόντων[11]. Η Διεύθυνση Προγραμματισμού και Πρόσληψης του Υπουργείου Προεδρίας συνέλεγε και επεξεργαζόταν τα στοιχεία για τις ανά χρόνο κενές θέσεις. Ο αριθμός των προσληπτέων καθοριζόταν από Τριμελή Υπουργική Επιτροπή κατόπιν εισήγησης του Υπουργού Προεδρίας.
Με το ν. 1943/1991 επανήλθε ως κύριο σύστημα προσλήψεων ο διαγωνισμός[12]. Για την δε προετοιμασία και υλοποίηση των διαγωνισμών συστάθηκε με το άρθρο 17 του ίδιου νόμου στο Υπουργείο Προεδρίας πενταμελής Κεντρική Επιτροπή.

2. Η ίδρυση του ΑΣΕΠ

Με το ν. 2190/1994 ιδρύθηκε το ΑΣΕΠ ως Ανεξάρτητη Αρχή[13] αρμόδια για τις προσλήψεις στο Δημόσιο.[14] Είναι μία από τις 5 συνταγματικά κατοχυρωμένες Ανεξάρτητες Αρχές, που τυπικά εντάσσεται στην εκτελεστική εξουσία[15], αλλά αναπτύσσει και κανονιστικές[16] και

---

[8] Ο καθηγητής Langrod στην έκθεση που συνέταξε το 1964 για την διοικητική αναδιοργάνωση στην Ελλάδα διαπίστωνε ότι παρά την επιβλητική του πρόσοψη το ΑΣΔΥ είχε περιορισμένη αποτελεσματικότητα σην πράξη. Βλ. Α. Μακρυδημήτρης, Ν. Μιχαλόπουλος, Εκθέσεις Εμπειρογνωμώνων για την Δημόσια Διοίκηση (1951-1996), 2000, σ. 185επ., Μ. Παπαδοπούλου, Οι προσλήψεις στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, 2005, σ. 5επ.
[9] Α. Σταυριανόπουλος, Η αλήθεια διά την δημοίιαν διοίκησιν, 1966.
[10] Βλ. Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση Δημοσίων Υπαλλήλων, 2016, σ. 55επ.
[11] Βλ. αναλυτικά Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση Δημοσίων Υπαλλήλων, 2016, σ. 56επ.
[12] Βλ. Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση Δημοσίων Υπαλλήλων, 2016, σ. 66επ.
[13] Για τις Ανεξάρτητες Αρχές βλ. Β. Τζέμος, Συνήγορος του Πολίτη, 2012, σ. 1επ. με περαιτέρω παραπομπές.
[14] Για το ΑΣΕΠ βλ. Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, Β. Τζέμος, Καμία έκπτωση στις προσλήψεις μέσω ΑΣΕΠ, ΤΟ ΒΗΜΑ, 13.11.2020, ο ίδιος, Η επιλογή ειδικών επιστημόνων στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2019, σ. 203επ., ό ίδιος, Η διεύρυνση και η εμβάθυνση του ρόλου του ΑΣΕΠ στις προσλήψεις στο Δημόσιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018, σ. 12επ., ο ίδιος, Όλες οι Προσλήψεις στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, Καθημερινή, 8.4.2017, Ι. Σακέλλης, Προσλήψεις στο δημόσιο και κοινωνική πολιτική, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2019, σ. 1 επ., Π. Νομικός, Νέες ρυθμίσεις στο σύστημα προσλήψεων του ΑΣΕΠ ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2019, σ. 5 επ., Χ. Χρυσανθάκης, Η στελέχωση της Δημόσιας Διοίκησης: ελλείμματα και υπέρβασή τους, ΘΠΔΔ 2019, σ. 385επ., Σ. Μετάκος, ΑΣΕΠ: Εξέλιξη, αρμοδιότητες- Ζητήματα Οργάνωσης και Λειτουργίας, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 1/2018, σ. 22επ., Ε. Σπηλιωτόπουλος, Χ. Χρυσανθάκης, Βασικοί Θεσμοί Δημοσιοϋπαλληλικού δικαίου, 2017, Δ. Τομαράς, Η αρχή της αξιοκρατίας στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΘΠΔΔ 2017, σ. 518 επ., Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση Δημοσίων Υπαλλήλων, 2016, Λ. Λυμπερόπουλος, ΤΟ ΑΣΕΠ ως Ανεξάρτητη Αρχή, ΕλλΔνη 2012, σ. 1217επ., ο ίδιος, Ο έλεγχος των προσλήψεων από το ΑΣΕΠ, ΔιΔικ 2015, σ. 801επ., Μ. Παπαδοπούλου, Η υποβολή των δικαιολογητικών στο ΑΣΕΠ, ΘΠΔΔ 2017, σ. 1257επ., η ίδια, Οι προσλήψεις στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, 2005, Χ. Χρυσανθάκης, Τα συστήματα προσλήψεως των Δημοσίων Υπαλλήλων, 2001.
[15] Ως ρητή συνταγματική εξειδίκευση-εξαίρεση του άρθρου 101^{α} στο άρθρο 26 του Σ.
[16] Βάσει του άρθρου 43 παρ. 2 εδ. β. Βασική έκφανση της κανονιστικής αρμοδιότητας του ΑΣΕΠ είναι η έκδοση του Κανονισμού Λειτουργίας του από την Μείζονα Ολομέλειά του. Ο ισχύων Κανονισμός Λειτουργίας είναι η απόφαση 72/2003 της Μείζονος Ολομέλειας του ΑΣΕΠ. Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των

«οιονεί δικαστικές»[17] αρμοδιότητες. Το ΑΣΕΠ στοιχείται λειτουργικά στο εννιάπτυχο αξιών ανεξαρτησία[18], νομιμότητα[19], δημοσιότητα, διαφάνεια, αμεροληψία, αντικειμενικότητα, αξιοκρατία[20], ταχύτητα, αποτελεσματικότητα[21]. Το νομοθετικό πλαίσιο σε σημαντικό βαθμό, κυμαινόμενο ιστορικά, προσανατολίζει δυναμικά το ΑΣΕΠ και σε ένα δέκατο παράλληλο στόχο, την κοινωνική αλληλεγγύη, την άσκηση κοινωνικής πολιτικής μέσω των προσλήψεων, την προστασία ευάλωτων κοινωνικά ομάδων μέσω των προσλήψεων[22]. Τα παράλληλα αυτά μελήματα είναι ενίοτε αλληλοσυγκρουόμενα. Το μίγμα αυτών των 10 στόχων ποικίλλει ιστορικά στα νομικά προβλεπόμενα συστήματα προσλήψεων τόσο σε καθεστώς ισχύος του ΑΣΕΠ όσο και νωρίτερα. Και η δικαιοπολιτική βάσανος αναστοχάζεται για την ιδανική ισορροπία τους.

Το ΑΣΕΠ συνταγματικά νομοτελειακά συζεύγνυται με ένα συγκεκριμένο σύστημα προσλήψεων βάσει του άρθρου 103 του Συντάγματος[23]. Επίσης συλλειτουργεί με το εκάστοτε

Προσλήψεων –Νόμος ΑΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, άρθρο 6 και σε παράρτημα νομοθετικών κειμένων του βιβλίου.

[17] Οι ονομαζόμενες «οιονεί δικαστικές αρμοδιότητες» του ΑΣΕΠ ουσιαστικά είναι κατά την γνώμη μου ιδιότυπες διοικητικές (αποφασιστικές, ρυθμιστικές) αρμοδιότητες ασκούμενες από ανεξάρτητο κρατικό όργανο με ανεξαρτησία όμοια με την δικαστική ανεξαρτησία.

[18] Για την ανεξαρτησία των Ανεξαρτήτων Αρχών βλ. ενδεικτικά Β. Τζέμος, Συνήγορος του Πολίτη, 2012, σ. 6επ.

[19] Για την αρχή της νομιμότητας βλ. ενδεικτικά, Α. Γέροντας. Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου, 2020, σ. 95επ., Β. Τζέμος, Οργανωτικό Διοικητικό Δίκαιο, 2013, σ. 28επ

[20] Για την αξιοκρατία βλ. ενδεικτικά Χ. Χρυσανθάκης, Η στελέχωση της Δημόσιας Διοίκησης: ελλείμματα και υπέρβασή τους, ΘΠΔΔ 2019, σ. 385επ., Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 12επ., Β. Τζέμος, Η επιλογή ειδικών επιστημόνων στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2019, σ. 203, ο ίδιος, Η διεύρυνση και η εμβάθυνση του ρόλου του ΑΣΕΠ στις προσλήψεις στο Δημόσιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018, σ. 12επ., Ι. Κοϊμτζόγλου, Η αρχή της αξιοκρατίας στο δημόσιο δίκαιο, 2003, Α. Παπακωνσταντίνου., Η συνταγματική αρχή της αξιοκρατίας και το νέο σύστημα επιλογής προϊσταμένων οργανικών μονάδων του Δημοσίου, ΕφημΔΔ 2007, Κ. Πρεβεζάνου, Η αξιοκρατία στην ελληνική δημόσια διοίκηση, σε: Αντ. Μακρυδημήτρη/Λ. Μαρούδα/Μ.- Ηλ. Πραβίτα (Επιμ.), Σύγχρονες Τάσεις στη Διοικητική Επιστήμη, 2009.

[21] Αποτελεσματικότητα υπό την έννοια της ωφελιμότητας-χρησιμότητας του προσλαμβανόμενου στην λειτουργία του φορέα του και της δημόσιας διοίκησης γενικότερα.

[22] Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 15επ., Ι. Σακέλλης, Προσλήψεις στο δημόσιο και κοινωνική πολιτική, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2019, σ.1 επ.

[23] Άρθρο 103 Σ: 1. Οι δημόσιοι υπάλληλοι είναι εκτελεστές της θέλησης του Κράτους και υπηρετούν το Λαό οφείλουν πίστη στο Σύνταγμα και αφοσίωση στην Πατρίδα. Τα προσόντα και ο τρόπος του διορισμού τους ορίζονται από το νόμο.
2. Κανένας δεν μπορεί να διοριστεί υπάλληλος σε οργανική θέση που δεν είναι νομοθετημένη. Εξαιρέσεις μπορεί να προβλέπονται από ειδικό νόμο, για να καλυφθούν απρόβλεπτες και επείγουσες ανάγκες με προσωπικό που προσλαμβάνεται για ορισμένη χρονική περίοδο με σχέση ιδιωτικού δικαίου.
3. Οργανικές θέσεις ειδικού Επιστημονικού καθώς και τεχνικού ή βοηθητικού προσωπικού μπορούν να πληρούνται με προσωπικό που προσλαμβάνεται με σχέση ιδιωτικού δικαίου. Νόμος ορίζει τους όρους για την πρόσληψη, καθώς και τις ειδικότερες εγγυήσεις τις οποίες έχει το προσωπικό που προσλαμβάνεται.
4. Οι δημόσιοι υπάλληλοι που κατέχουν οργανικές θέσεις είναι μόνιμοι εφόσον αυτές οι θέσεις υπάρχουν. Αυτοί εξελίσσονται μισθολογικά σύμφωνα με τους όρους του νόμου και, εκτός από τις περιπτώσεις που αποχωρούν λόγω ορίου ηλικίας ή παύονται με δικαστική απόφαση, δεν μπορούν να μετατεθούν χωρίς γνωμοδότηση ούτε να υποβιβαστούν ή να παυθούν χωρίς απόφαση υπηρεσιακού συμβουλίου, που αποτελείται τουλάχιστον κατά τα δύο τρίτα από μόνιμους δημόσιους υπαλλήλους.
Κατά των αποφάσεων των συμβουλίων αυτών επιτρέπεται προσφυγή στο Συμβούλιο της Επικρατείας, όπως νόμος ορίζει.
5. Με νόμο μπορεί να εξαιρούνται από τη μονιμότητα ανώτατοι διοικητικοί υπάλληλοι που κατέχουν θέσεις εκτός της υπαλληλικής ιεραρχίας, οι διοριζόμενοι απευθείας με βαθμό πρεσβευτικό, οι υπάλληλοι της Προεδρίας της Δημοκρατίας και των γραφείων του Πρωθυπουργού, των Υπουργών και Υφυπουργών.
6. Οι διατάξεις των προηγούμενων παραγράφων έχουν εφαρμογή και στους υπαλλήλους της Βουλής, οι οποίοι

ισχύον δημοσιοϋπαλληλικό δίκαιο[24], με το προσοντολόγιο[25], αλλά και με τον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας[26].
Το ΑΣΕΠ, ήδη από τον ιδρυτικό του νόμο 2190/1994, αλλά κυρίως με την συνταγματική αναθεώρηση του 2001, έχει εξοπλιστεί με ειδικές εγγυήσεις ανεξαρτησίας για την υλοποίηση της αποστολής του. Τα μέλη του είναι ανώτατοι κρατικοί λειτουργοί με προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία[27]. Δεν υπόκειται σε ιεραρχικό διοικητικό έλεγχο ή διοικητική εποπτεία από κυβερνητικά όργανα ή άλλες αρχές, αλλά μόνο σε ιδιότυπο κοινοβουλευτικό έλεγχο[28] από την Βουλή σύμφωνα με τον Κανονισμό της Βουλής. Οι πράξεις του[29] δεν υπόκεινται σε διοικητικό έλεγχο σκοπιμότητας ή/και νομιμότητας[30] από κάποιο άλλο όργανο της εκτελεστικής εξουσίας, αλλά σε ακυρωτικό δικαστικό έλεγχο[31].

κατά τα λοιπά διέπονται εξ ολοκλήρου από τον Κανονισμό της, καθώς και στους υπαλλήλους των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των λοιπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου.
**7. Η πρόσληψη υπαλλήλων στο Δημόσιο και στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, πλην των περιπτώσεων της παραγράφου 5, γίνεται είτε με διαγωνισμό είτε με επιλογή σύμφωνα με προκαθορισμένα και αντικειμενικά κριτήρια και υπάγεται στον έλεγχο ανεξάρτητης αρχής, όπως νόμος ορίζει. Νόμος μπορεί να προβλέπει ειδικές διαδικασίες επιλογής που περιβάλλονται με αυξημένες εγγυήσεις διαφάνειας και αξιοκρατίας ή ειδικές διαδικασίες επιλογής προσωπικού για θέσεις το αντικείμενο των οποίων περιβάλλεται από ειδικές συνταγματικές εγγυήσεις ή προσιδιάζει σε σχέση εντολής.
**8. Νόμος ορίζει τους όρους, και τη χρονική διάρκεια των σχέσεων εργασίας ιδιωτικού δικαίου στο Δημόσιο και τον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, για την κάλυψη είτε οργανικών θέσεων και πέραν των προβλεπομένων στο πρώτο εδάφιο της παραγράφου 3 είτε πρόσκαιρων είτε απρόβλεπτων και επειγουσών αναγκών κατά το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 2. Νόμος ορίζει επίσης τα καθήκοντα που μπορεί να ασκεί το προσωπικό του προηγούμενου εδαφίου. Απαγορεύεται η από το νόμο μονιμοποίηση προσωπικού που υπάγεται στο πρώτο εδάφιο ή η μετατροπή των συμβάσεών του σε αορίστου χρόνου. Οι απαγορεύσεις της παραγράφου αυτής ισχύουν και ως προς τους απασχολουμένους με σύμβαση έργου.
**9. Νόμος ορίζει τα σχετικά με τη συγκρότηση και τις αρμοδιότητες του «Συνηγόρου του Πολίτη» που λειτουργεί ως ανεξάρτητη αρχή.

[24] Ν. 3528/2007. Βλ. ενδεικτικά Ε. Σπηλιωτόπουλος, Χ. Χρυσανθάκης, Βασικοί Θεσμοί Δημοσιοϋπσλληλικού δικαίου, 2017, Σ. Κτιστάκη, Β. Κονδύλης, Ε. Τζιράκη (Επιμ.), Υπαλληλικός Κώδικας. Ερμηνεία κατ΄άρθρο, 2018.
[25] Π.Δ. 50/2001, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Το ισχύον προσοντολόγιο χρήζει δραστικής επικαιροποίησης. Βλ. για το προσοντολόγιο Ι. Κοϊμτζόγλου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 382επ.
[26] Ν. 2690/1999, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Βλ. ενδεικτικά Β. Γκέρτσος, Ε. Πρεβεδούρου, Δ. Πυργάκης (Επιμ.), Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας. Ερμηνεία κατ΄ άρθρον, 2019.
[27] Βλ. αναλυτικά και σε Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση Δημοσίων Υπαλλήλων, 2016, σ. 18επ.
[28] Βλ. τις ενδιαφέρουσες σχετικές αναπτύξεις σε Λ. Λυμπερόπουλο, Το ΑΣΕΠ ως Ανεξάρτητη Αρχή, ΕλλΔνη 2012, σ. 1217επ. (1221-1222).
[29] Το ΑΣΕΠ εκδίδει εκτελεστές διοικητικές πράξεις και κανονιστικές (π.χ. προκηρύξεις) και ατομικές (π.χ. απόφαση διάθεσης προς διορισμό).
[30] Βλ. και Λ. Λυμπερόπουλος, Το ΑΣΕΠ ως Ανεξάρτητη Αρχή, ΕλλΔνη 2012, σ. 1217επ. (1220-1221).
[31] Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 133επ., Ε. Λάτσινου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 167επ., Η. Μαυρομούστακου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 204επ.

3. Προσλήψεις, Βουλή, Κυβέρνηση και ΑΣΕΠ

Η Βουλή θεσπίζει με νόμο οργανικές θέσεις[32] στο Δημόσιο. Οι οργανικές θέσεις είναι κατά κανόνα θέσεις εργασίας δημοσίου δικαίου[33]. Οι με νόμο θεσπιζόμενες οργανικές θέσεις στο Δημόσιο μπορεί να είναι και θέσεις εργασίας ιδιωτικού δικαίου, κατά βάση όμως μόνο για ειδικό επιστημονικό προσωπικό και τεχνικό ή βοηθητικό προσωπικό[34]. Πάντα με βάση ειδικό νόμο και μόνο για να καλυφθούν απρόβλεπτες και επείγουσες ανάγκες, μπορεί για ορισμένη χρονική περίοδο να προβλεφθεί η πρόσληψη προσωπικού στο Δημόσιο με σχέση ιδιωτικού δικαίου[35].

Επίσης με ειδικό νόμο στην εποχή της οικονομικής κρίσης καθοριζόταν νομοθετικά η ετήσια αναλογία προσλήψεων-αποχωρήσεων[36].

Η Κυβέρνηση προγραμματίζει τις προσλήψεις[37] και διατηρεί την πολιτική απόφαση, τον επιτελικό ρόλο για τον καθορισμό του είδους, του αριθμού και του χώρου των προσλήψεων με βάση την κλασική κανονιστική της αρμοδιότητα[38] και με νομοθετικά προσαπαιτούμενες πράξεις υπουργικού συμβουλίου (ΠΥΣ) και υπουργικές αποφάσεις κατανομής[39].

Το ΑΣΕΠ παίρνει την σκυτάλη της αρμοδιότητας της διενέργειας και του ελέγχου[40] των προσλήψεων από την στιγμή που έχει πολιτικά προσδιοριστεί πόσοι θα προσληφθούν και σε ποιους φορείς και περιοχές. Όμως ο ρόλος του ΑΣΕΠ στην έκδοση των προκηρύξεων είναι πολύ σημαντικός. Ως προς το προφίλ των προσληπτέων έχει μερικώς κανονιστικό ρόλο[41]. Ρόλο θα έπρεπε να έχει και ως προς την περιγράμματα θέσεων των προσληπτέων[42].

Το ΑΣΕΠ είναι μια επιτυχημένη Ανεξάρτητη Αρχή. Είχε σοβαρό λόγο ύπαρξης, την εκρίζωση του πελατειακού κράτους και της αναξιοκρατίας στον ελληνικό δημόσιο τομέα. Αν ο Συνήγορος του Πολίτη[43] είναι η Ανεξάρτητη Αρχή «Υπέρ Αδυνάτου», η «Ανεξάρτητη Αρχή-Χρηστή Διοίκηση», το ΑΣΕΠ είναι κατά βάση η Αρχή «Υπέρ των Αρίστων»[44], η «Ανεξάρτητη

---

[32] Το άρθρο 103 παρ. 2 και 3 του Συντάγματος προβλέπει τα εξής: «Κανένας δεν μπορεί να διοριστεί υπάλληλος σε οργανική θέση που δεν είναι νομοθετημένη. Εξαιρέσεις μπορεί να προβλέπονται από ειδικό νόμο, για να καλυφθούν απρόβλεπτες και επείγουσες ανάγκες με προσωπικό που προσλαμβάνεται για ορισμένη χρονική περίοδο με σχέση ιδιωτικού δικαίου.
3. Οργανικές θέσεις ειδικού Επιστημονικού καθώς και τεχνικού ή βοηθητικού προσωπικού μπορούν να πληρούνται με προσωπικό που προσλαμβάνεται με σχέση ιδιωτικού δικαίου. Νόμος ορίζει τους όρους για την πρόσληψη, καθώς και τις ειδικότερες εγγυήσεις τις οποίες έχει το προσωπικό που προσλαμβάνεται.» Βλ. σχετικά Β. Κονδύλης, άρθρο 103, σε: Φ. Σπυρόπουλος, Ξ. Κοντιάδης, Χ. Ανθόπουλος, Γ. Γεραπετρίτης (Επιμ.), Σύνταγμα, Κατ΄ άρθρο ερμμηνεία, 2017, σ. 1667επ.

[33] ΄Άρθρο 103 παρ. 2 εδ. α του Συντάγματος.

[34] Άρθρο 103 παρ. 3 του Συντάγματος. Βλ. πάντως και άρθρο 103 παρ. 8 του Συντάγματος.

[35] Άρθρο 103 παρ. 2 εδ. β. του Συντάγματος.

[36] Π.χ. 1-3, 1-4, 1-5.

[37] Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 25επ.

[38] Άρθρο 43 παρ. 2 εδ β. του Συντάγματος.

[39] Βλ. αναλυτικότερα Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 25επ.

[40] Για τον έλεγχο των προσλήψεων από το ΑΣΕΠ βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 7επ., Λ. Λυμπερόπουλος, Ο έλεγχος των προσλήψεων από το ΑΣΕΠ, ΔιΔικ 2015, σ. 801επ., Σ. Μετάκος, ΑΣΕΠ: Εξέλιξη, αρμοδιότητες- Ζητήματα Οργάνωσης και Λειτουργίας, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 1/2018, σ. 22επ. (29).

[41] Πάντα βάσει του άρθρου 43 παρ. 2 εδ. β του Συντάγματος. Βλ. σχετικά την Απόφαση 2/2018 (δημοσιευμένη Τεύχος του Περιοδικού ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 1/2018) της Ολομέλειας του ΑΣΕΠ και ιδίως την θέση της μειοψηφίας.

[42] Κατά το πρότυπο των επιτελικών-σχεδιαστικών αρμοδιοτήτων του ΑΣΔΥ.

[43] Βλ. Β. Τζέμος, Συνήγορος του Πολίτη, 2012 με περαιτέρω παραπομπές.

[44] Ακριβέστερα η Αρχή που επιλέγει τους «αντικειμενικά-αξιοκρατικά» καταλληλότερους για κάθε συγκεκριμένη θέση στο Δημόσιο. Για την «αξιοκρατική καταλληλότητα» βλ, αναλυτικότερα Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 74επ.

Αρχή-Αξιοκρατία». 26 χρόνια λειτουργεί προς αυτή την κατεύθυνση εμπεδώνοντας κλίμα και ουσία αντικειμενικότητας και αξιοκρατίας[45], ιδίως στις προσλήψεις που έγιναν απευθείας από αυτό. Νομοθετικά έγιναν προσπάθειες συρρίκνωσης του ρόλου του. Με το ν. 3812/2009 επανέκτησε το ευρύ του πεδίο.

4. Ο έλεγχος από Ανεξάρτητη Αρχή στο άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α του Συντάγματος

Το άρθρο 103 παρ. 7 του Συντάγματος προβλέπει: «Η πρόσληψη υπαλλήλων στο Δημόσιο και στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, όπως αυτός καθορίζεται κάθε φορά, πλην των περιπτώσεων της παραγράφου 5, γίνεται είτε με διαγωνισμό είτε με επιλογή σύμφωνα με προκαθορισμένα και αντικειμενικά κριτήρια και υπάγεται στον έλεγχο ανεξάρτητης αρχής, όπως νόμος ορίζει.» Κρίσιμο είναι τι σημαίνει ο «έλεγχος των προσλήψεων από Ανεξάρτητη Αρχή»[46] στο άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α. του Συντάγματος. Σημαίνει: α) ότι όλη η διαδικασία της διενέργειας των προσλήψεων στο Δημόσιο πρέπει να γίνεται από την συνταγματικά κατοχυρωμένη Ανεξάρτητη Αρχή, β) ότι αρκεί να διενεργείται από αυτή μόνο ο κατασταλτικός έλεγχος νομιμότητας, ή γ) ότι οι προσλήψεις μπορούν να διενεργούνται και με την συμμετοχή και άλλων οργάνων ή και επιτροπών αλλά πάντα υπό τον συνεχή έλεγχο της Αρχής, δηλαδή με βάση τις στρατηγικές κατευθύνσεις του ΑΣΕΠ (όπως θα προκύπτουν από την προκήρυξη που θα εκδίδεται μόνο από το ΑΣΕΠ) και τον έλεγχο νομιμότητας από όργανα του ΑΣΕΠ; Και οι τρεις άνω νοηματοδοτήσεις χωρούν στην γραμματική ερμηνεία του άρθρου 103 παρ.7 εδ. α. Κατά την γνώμη μου ορθή είναι μόνο η τρίτη ερμηνευτική οδός. Σίγουρο είναι ήδη από την στενή γραμματική ερμηνεία ότι το Σύνταγμα στο άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α απαγορεύει την διενέργεια προσλήψεων στο Δημόσιο, χωρίς τον κατασταλτικό έλεγχο νομιμότητας από το ΑΣΕΠ. Όμως η λέξη έλεγχος στο άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α δεν εξαντλείται νοηματικά στον κατασταλτικό έλεγχο νομιμότητας.

---

[45] Ένα μείζον θεωρητικό και πρακτικό θέμα είναι η διάσταση/ένταση/σύξευξη/συγχορδίωση μεταξύ αντικειμενικότητας και αξιοκρατίας ως μεθοδολογικών πυξίδων του ΑΣΕΠ. Το ερώτημα έχει ως εξής: Είναι 1) αντικειμενικότητα και αξιοκρατία διαφορετικοί και συγκρουσιακοί στόχοι ή 2) η αξιοκρατία, αθροίζεται στην αντικειμενικότητα, «χτίζει» πάνω σε αυτή και την «ολοκληρώνει»; Υποστηρίζω την δεύτερη άποψη. Βλ. και παρακάτω παράγραφο 7.

[46] Βλ. και Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση Δημοσίων Υπαλλήλων, 2016, σ. 28επ., Πρόκειται για ένα νομικό ερώτημα παρεμφερές με τον διάλογο που αναζωπυρώθηκε το 2016 για τις αρμοδιότητες του ΕΣΡ και ιδίως με το ζήτημα τι σημαίνει έλεγχος από το ΕΣΡ στα πλαίσια του άρθρου 15 παρ. 2 εδ. β του Συντάγματος.

Πιστεύω ότι το άρθρο αυτό θα πρέπει να ερμηνεύεται τελεολογικά-συστηματικά υπό το φως του ν. 2190/1994 και ιδίως σε συνδυασμό με το άρθρο 3 παρ.1[47] αλλά και με το άρθρο 2[48] του Κανονισμού Λειτουργίας του ΑΣΕΠ[49]. Το άρθρο 3 θέτει ένα νομικό κεκτημένο.
Καταλήγοντας, το νόημα της έννοιας «έλεγχος Ανεξάρτητης Αρχής» που προβλέπει το άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α. είναι ότι το ΑΣΕΠ πρέπει οπωσδήποτε: α) να εκδίδει την προκήρυξη, β) να συγκροτεί τις επιτροπές επιλογής και γ) με όργανά του να ελέγχει κατασταλτικά, αυτεπαγγέλτως και κατ' ένσταση, τη νομιμότητα των οριστικών αποφάσεων πρόσληψης. Δεν είναι νομικά απαραίτητο όλη η διαδικασία να διενεργείται από Μέλη και όργανα του ΑΣΕΠ. Όμως το ΑΣΕΠ έχει αποκλειστικά εκ του Συντάγματος τον πρώτο (προκήρυξη) και τον τελικό λόγο (έλεγχος τουλάχιστον νομιμότητας). Αλλά έχει εκ του Συντάγματος και την αποκλειστική αρμοδιότητα να ορίζει τις επιτροπές σε περιπτώσεις που χρειάζεται συνέντευξη, γραπτός διαγωνισμός, ή άλλη ειδική διαδικασία αξιολόγησης. Τέλος «έλεγχος του ΑΣΕΠ» κατά την έννοια του άρθρου 103 παρ. 7 εδ. α σημαίνει πιστεύω και (δ) ότι στην Κεντρική Επιτροπή κάθε διαγωνισμού θα πρέπει να συμμετέχει τουλάχιστον ένα Μέλος του ΑΣΕΠ που θα πρέπει και να προεδρεύει της Επιτροπής. Για πολύ σημαντικούς δε διαγωνισμούς είναι δικαιοπολιτικά (αλλά όχι συνταγματικά) καταρχήν[50] απαραίτητο η Κεντρική Επιτροπή να απαρτίζεται κατά πλειοψηφία από Μέλη του ΑΣΕΠ. Σημειωτέον ότι ο νόμος στον οποίο παραπέμπει το άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α του Συντάγματος είναι ο νόμος 2190/1994, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.
Ένα συναφές με την συνταγματική έννοια του «ελέγχου από Ανεξάρτητη Αρχή» κρίσιμο ζήτημα είναι το αν η διενέργεια των προσλήψεων υπό τον έλεγχο του ΑΣΕΠ, στις διάφορες εκφάνσεις της[51]: α) απαγορεύει, β) επιτρέπει ή γ) επιβάλλει, πέραν του ελέγχου νομιμότητας να λαμβάνουν χώρα και αξιολογήσεις ουσίας[52]. Τα αρμόδια όργανα του ΑΣΕΠ και οι συστηνόμενες από το ΑΣΕΠ επιτροπές έχουν αρμοδιότητα κατά την διενέργεια των προσλήψεων, εφόσον αυτό είναι απαραίτητο (π.χ. καθόσον είναι αναγκαίο να διατυπωθούν

---

[47]«Το Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (Α.Σ.Ε.Π.) προκηρύσσει την πλήρωση θέσεων ή την πρόσληψη προσωπικού που αποφασίζεται κατά το άρθρο 1 του παρόντος νόμου, συγκροτεί τις απαιτούμενες επιτροπές και ασκεί όλες τις προβλεπόμενες αρμοδιότητες για την ολοκλήρωση των διαδικασιών διαγωνισμών ή επιλογών έως τον καθορισμό των διοριστέων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος, ανεξάρτητα από την ιδιότητά τους ως τακτικών ή μόνιμων υπαλλήλων ή συμβασιούχων εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου ή ορισμένου χρόνου.». Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 40επ.

[48] «Αποστολή
Το Α.Σ.Ε.Π. έχει ως κύρια αποστολή τη διαχείριση του συστήματος των προσλήψεων στο δημόσιο τομέα με τη διεξαγωγή των διαγωνισμών ή επιλογών και την άσκηση
ελέγχων και ειδικότερα:
α. Την εφαρμογή των διατάξεων και κανονισμών που διέπουν την επιλογή τακτικού προσωπικού ή προσωπικού με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου
στις υπαγόμενες σε αυτό, κατά τις διατάξεις του άρθρου 14 του Ν. 2190/1994, δημόσιες υπηρεσίες, νομικά πρόσωπα και οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού.
β. Τον έλεγχο της τήρησης των αυτών ως άνω διατάξεων από τους φορείς που διεξάγουν οι ίδιοι τις διαδικασίες επιλογής τακτικού προσωπικού τους ή προσωπικού με σύμβαση εργασίας ιδιωτικού δικαίου αορίστου χρόνου, βάσει των διατάξεων της παρ. 3 του άρθρου 1 του Ν. 2527/1997 ή βάσει άλλων ειδικών διατάξεων.
γ. Τον έλεγχο της τήρησης από τους οικείους φορείς των διατάξεων πρόσληψης προσωπικού για κάλυψη παροδικών αναγκών, κατά τις διατάξεις του άρθρου 21 του Ν. 2190/1994 ή κατ` άλλες ειδικές διατάξεις.
δ. Τη διενέργεια επιθεωρήσεων κατά το άρθρο 8 του Ν. 2190/1994 ή κατ` άλλες ειδικές διατάξεις.
ε. Την εφαρμογή των διατάξεων που προβλέπουν κυρώσεις σε βάρος των οργάνων που ευθύνονται για την παραβίαση των διατάξεων που διέπουν τους διορισμούς ή προσλήψεις προσωπικού.»

[49] Ο Κανονισμός Λειτουργίας του ΑΣΕΠ είναι η απόφαση 72/2003 της Μείζονος Ολομέλειας του ΑΣΕΠ Βλ Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 54επ.

[50] Η ιδιαιτερότητα της κάθε περίπτωσης μπορεί να οδηγεί σε άλλο συμπέρασμα και ανάλογη νομοθετική επιλογή.

[51] Πάντα με γνώμονα τις αρχές της διαφάνειας, της αντικειμενικότητας και της αξιοκρατίας.

[52] Βλ. Λ. Λυμπερόπουλος, Ο έλεγχος των προσλήψεων από το ΑΣΕΠ, ΔιΔικ 2015, σ. 801επ. με παραπομπές σε διακυμαινόμενη ενδιαφέρουσα νομολογία του ΣτΕ.

τεχνικές κρίσεις) να κάνουν έλεγχο και ουσίας. Για παράδειγμα, η επιλογή του κατάλληλου υποψηφίου στο άρθρο 19, η αξιολόγηση των γραπτών δοκιμίων των υποψηφίων στον γραπτό διαγωνισμό του άρθρου 17 και η έρευνα ζητημάτων συνάφειας πτυχίων και εργασιακής εμπειρίας είναι πεδία στα οποία το ΑΣΕΠ ως η αποκλειστικά αρμόδια για τον έλεγχο των προσλήψεων Ανεξάρτητη Αρχή, και οι από αυτό συγκροτούμενες επιτροπές, διενεργούν έλεγχο και ουσίας. Αυτές οι τεχνικές κρίσεις-κρίσεις ουσίας εκφεύγουν, με την εξαίρεση του ελέγχου της πλάνης περί τα πράγματα και της υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας, του ακυρωτικού δικαστικού ελέγχου του Διοικητικού Εφετείου[53].

5. Ειδικές διαδικασίες επιλογής του άρθρου 103 παρ. 7 εδ. β. του Συντάγματος και έλεγχος ΑΣΕΠ

Στο άρθρο 103 παρ. 7 εδ. β του Συντάγματος προβλέπονται τα εξής: «Νόμος μπορεί να προβλέπει ειδικές διαδικασίες επιλογής που περιβάλλονται με αυξημένες εγγυήσεις διαφάνειας και αξιοκρατίας ή ειδικές διαδικασίες επιλογής προσωπικού για θέσεις το αντικείμενο των οποίων περιβάλλεται από ειδικές συνταγματικές εγγυήσεις ή προσιδιάζει σε σχέση εντολής.»

Το άρθρο 103 παρ. 7 εδ. β ρυθμίζει ότι με νόμο μπορεί, πέρα από τον βασικό δίπτυχο καμβά των διαδικασιών προσλήψεων που θεσπίζει το άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α (δηλαδή προσλήψεις είτε α) με διαγωνισμό είτε β) με επιλογή σύμφωνα με προκαθορισμένα και αντικειμενικά κριτήρια), μπορούν να ρυθμίζονται με νόμο (το νόμο του ΑΣΕΠ ή άλλο ειδικό νόμο) και τρεις άλλες κατηγορίες προσλήψεων. Οι τρεις αυτές άλλες κατηγορίες προσλήψεων είναι α) ειδικές διαδικασίες επιλογής που περιβάλλονται με αυξημένες εγγυήσεις διαφάνειας και αξιοκρατίας (εδώ για παράδειγμα υπάγονται οι περιπτώσεις των ειδικών επιστημόνων του άρθρου 19 του ν. 2190/1994[54]), β) ειδικές διαδικασίες επιλογής προσωπικού για θέσεις το αντικείμενο των οποίων περιβάλλεται από ειδικές συνταγματικές εγγυήσεις (εδώ για παράδειγμα υπάγονται οι προσλήψεις των δικαστών μέσω του διαγωνισμού της Εθνικής Σχολής Δικαστών[55]) και γ) ειδικές διαδικασίες επιλογής προσωπικού για θέσεις το αντικείμενο των οποίων προσιδιάζει σε σχέση εντολής (εδώ για παράδειγμα βλέπω υπάγονται οι περιπτώσεις των δικηγόρων που προσλαμβάνονται από δημόσιους φορείς με σχέση έμμισθης εντολής).

Με αφορμή διαγωνισμό προσλήψεων δικαστικών υπαλλήλων στο Ελεγκτικό Συνέδριο, το ΣτΕ έκρινε (ΣτΕ 1996/2015 138/2014, 3670/2013, 195/2013, 3595/2008), κατά την γνώμη μου μη πειστικά, ότι οι περιπτώσεις προσλήψεων του άρθρου 103 παρ. 7 εδ. β κείνται εκτός του

---

[53] Βλ. Ε. Λάτσινου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 167επ.,Η Μαυρομούστακου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 204επ.

Βλ. πάντως ενδεικτικά και τις μη πειστικές κατά την γνώμη μου, υπ. αριθμ. 2349/2019 (με τεκμηριωμένη μειοψηφία στην σκ. 13 που επισημαίνει με παραπομπή σε πάγια νομολογία ότι ο έλεγχος του Διοικητικού Εφετείου είναι ακυρωτικός και όχι ουσίας) και 28/2020 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με τις αποφάσεις αυτές το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών πρακτικά επανελέγχει και ανατρέπει την ουσιαστική κρίση του ΑΣΕΠ ως προς την συνάφεια μεταπτυχιακού και διδακτορικού διπλώματος επικαλούμενο βέβαια νομική διαφωνία (διαφωνία ως προς την ερμηνεία του άρθρου 18 του ν. 2190/1994) με το ΑΣΕΠ και όχι ανατροπή της ουσιαστικής κρίσης του. Βλ. σχετικά και Η. Μαυρομούστακου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 258επ. με περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία και αποφάσεις της Ολομέλειας του ΑΣΕΠ.

[54] Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 274επ.

[55] Βλ. www.esdi.gr. Είναι υποστηρίξιμη και κρατούσα η θέση ότι οι προσλήψεις των Δικαστών επιτρέπεται με νόμο να εξαιρούνται πλήρως του «ελεγκτικού ρόλου» του ΑΣΕΠ. Αυτό κατά την γνώμη μου είναι υποστηρίξιμο όχι μόνο βάσει των άρθρων 88 παρ. 1 και 103 παρ. 7 εδ. β του Συντάγματος, αλλά κυρίως βάσει της ερμηνείας ότι το ΑΣΕΠ έχει οπωσδήποτε αποκλειστική αρμοδιότητα εκ του Συντάγματος μόνο για του υπαλλήλους της Δημόσιας Διοίκησης, ευρύτατα θεωρούμενης, και όχι για τους δικαστές.

ελέγχου και του πεδίου αρμοδιότητας του ΑΣΕΠ. Πιο συγκεκριμένα στην υπ. αριθμ. 1996/2015 (σκέψη 4) απόφαση του ΣτΕ εκρίθησαν τα εξής: «Επειδή, όπως έχει κριθεί (βλ. ΣτΕ 195/2013 Ολ., 3670/2013, 138/2014), αν, κατ' εφαρμογή της παρεχόμενης από την εξαιρετική διάταξη του δεύτερου εδαφίου, της παρ. 7, του άρθρου 103 του Συντάγματος δυνατότητας, θεσπισθεί από τον κοινό νομοθέτη ειδική διαδικασία επιλογής προσωπικού του Δημοσίου και του ευρύτερου δημόσιου τομέα, για την οποία συντρέχουν οι κατά περίπτωση απαιτούμενες από την εν λόγω διάταξη αυστηρές προϋποθέσεις και, ειδικότερα, ειδική διαδικασία επιλογής προσωπικού για θέσεις το αντικείμενο των οποίων περιβάλλεται από ειδικές συνταγματικές εγγυήσεις, όπως είναι το σύνολο των δικαστικών υπαλλήλων, το αντικείμενο των οποίων περιβάλλεται από τις ειδικές συνταγματικές εγγυήσεις του άρθρου 92 του Συντάγματος, δεν επιτρέπεται η υπαγωγή της διαδικασίας αυτής, είτε εν όλω είτε εν μέρει, στον έλεγχο της κατά το Σύνταγμα ανεξάρτητης αρχής (Α.Σ.Ε.Π.).» Το ιδιαίτερο βέβαια στην άνω υπόθεση ήταν ότι η νομοθεσία προέβλεπε ρητά ότι την επιτροπή του διαγωνισμού την αποτελούσαν δικαστές, δεδομένο που παρείχε όντως μεγάλες εγγυήσεις ανεξαρτησίας, αντικειμενικότητας και αξιοκρατίας.
Μολαταύτα, οι τρεις διαδικασίες προσλήψεων στις οποίες αναφέρεται το άρθρο 103 παρ. 7 εδ. β[56] του Συντάγματος δεν κείνται εκτός διαδικασιών ΑΣΕΠ. Πρόκειται, για ιστορικά δυστυχώς μάλλον επικρατήσασα νομική παρεξήγηση, που πρέπει να αρθεί, ότι οι περιπτώσεις προσλήψεων του άρθρου 103 παρ. 7 εδ. β του Συντάγματος πρέπει ή έστω επιτρέπεται να γίνονται χωρίς την συμμετοχή του ΑΣΕΠ. Η ορθή ερμηνεία του εδαφίου β του άρθρου 103 παρ. 7 του Συντάγματος είναι αντίθετα κατά την γνώμη μου ότι, πάντα υπό τον έλεγχο του ΑΣΕΠ[57], νόμος μπορεί να προβλέπει ειδικές διαδικασίες επιλογής, πέραν των διαδικασιών που γίνονται αποκλειστικά είτε α) με διαγωνισμό ή β) με προκαθορισμένα κριτήρια βάσει του εδαφίου α. Ότι δηλαδή και οι τρεις κατηγορίες διαδικασιών προσλήψεων του εδ. β του άρθρου 103 παρ. 7, που βάσει του Συντάγματος μπορούν να θεσπιστούν με νόμο, θα πρέπει πάντα να γίνονται υπό τον «έλεγχο» του ΑΣΕΠ.

6. Η συστηματική ερμηνεία των άρθρων 103 παρ. 7, 103 παρ. 5 και 118 παρ. 6 του Συντάγματος

Οι μόνες εξαιρέσεις διαδικασιών προσλήψεων στο Δημόσιο[58] που επιτρέπει το άρθρο 103 παρ. 7 του Συντάγματος να γίνονται χωρίς έλεγχο ΑΣΕΠ είναι οι περιπτώσεις της παραγράφου 103 παρ. 5[59], δηλαδή: α) οι ανώτατοι διοικητικοί υπάλληλοι που κατέχουν θέσεις εκτός της υπαλληλικής ιεραρχίας, β) οι διοριζόμενοι απευθείας με βαθμό πρεσβευτικό και γ) οι υπάλληλοι της Προεδρίας της Δημοκρατίας και των γραφείων του Πρωθυπουργού, των Υπουργών και Υφυπουργών.
Αυτές είναι, με την επιφύλαξη και του άρθρου 118 παρ. 6 του Συντάγματος[60], οι μόνες τρεις συνταγματικά επιτρεπόμενες εξαιρέσεις από την αποκλειστική αρμοδιότητα του ΑΣΕΠ στις

[56] Βλ. σχετικά και Γνωμοδότηση 17/2004 της Μείζονος Ολομέλειας του ΑΣΕΠ καθώς και Ετήσια Έκθεση 2008, σ. 83επ. Βλ. και Η. Μαυρομούστακου, Αξιολόγηση δημοσίων υπαλλήλων, 2016, σ. 32επ.

[57] Ακριβέστερα της Ανεξάρτητης Αρχής που κατοχυρώνει το άρθρο 103 παρ. 7 εδ. α του Συντάγματος ως «ελεγκτή» υπό την άνω αναλυθείσα έννοια των προσλήψεων στο Δημόσιο.

[58] Ακριβέστερα όχι σε όλο το Δημόσιο, αλλά στην Δημόσια Διοίκηση, ευρύτατα και λειτουργικά θεωρούμενη.

[59] «Με νόμο μπορεί να εξαιρούνται από τη μονιμότητα ανώτατοι διοικητικοί υπάλληλοι που κατέχουν θέσεις εκτός της υπαλληλικής ιεραρχίας, οι διοριζόμενοι απευθείας με βαθμό πρεσβευτικό, οι υπάλληλοι της Προεδρίας της Δημοκρατίας και των γραφείων του Πρωθυπουργού, των Υπουργών και Υφυπουργών.»

[60] «Προβλεπόμενες ή διατηρούμενες στο νόμο 2190/1994, όπως αυτός ισχύει, εξαιρέσεις από την αρμοδιότητα του Ανώτατου Συμβουλίου Επιλογής Προσωπικού εξακολουθούν να ισχύουν.»

προσλήψεις στην Δημόσια Διοίκηση[61]. Αλλά και σε αυτές τις τρεις κατηγορίες, ο νομοθέτης μπορεί να ορίσει ότι οι προσλήψεις γίνονται με διαδικασίες ΑΣΕΠ. Το νόημα δηλαδή του άρθρου 103 παρ. 7 σε συνδυασμό με το άρθρο 103 παρ. 5 είναι ότι είναι συνταγματικά θεμιτή η μη υπαγωγή στην ελεγκτική αρμοδιότητα του ΑΣΕΠ των προσλήψεων μόνο σε αυτές τις τρεις κατηγορίες.
Βάσει του άρθρου 118 παρ. 6, που δεν καταργήθηκε δυστυχώς, όπως θα έπρεπε, ούτε με την συνταγματική αναθεώρηση του 2008, ούτε με αυτή του 2019, διατηρούνται εξαιρέσεις από την αποκλειστική αρμοδιότητα του ΑΣΕΠ στις προσλήψεις που υφίσταντο στο άρθρο 14 του ν. 2190/1994, όπως ίσχυε μέχρι την ολοκλήρωση της συνταγματικής αναθεώρησης του 2001 (δηλαδή μέχρι 17.4.2001). Κάθε εξαίρεση που θεσπίστηκε αργότερα νομοθετικά είτε απευθείας με τροποποίηση στο άρθρο 14 είτε με ρύθμιση σε άλλο νόμο, είναι ανίσχυρη ως αντικείμενη στο συνταγματικό σύστημα των ρυθμίσεων των άρθρων 103 παρ.7, 103 παρ. 5 και 118 παρ. 6. Το ίδιο ισχύει και για εξαίρεση που υφίστατο την 17.4.2001, μετά καταργήθηκε, και επαναφέρεται μετά με νέο νόμο[62]. Επομένως, βάσει του άρθρου 118 παρ. 6 του Συντάγματος, δεν επιτρέπεται ούτε από τον γενικό νόμο για το ΑΣΕΠ, ούτε από ειδική νομοθεσία να προστεθούν στο μέλλον εξαιρέσεις από τις προσλήψεις μέσω ΑΣΕΠ[63].
Συνοψίζοντας, πρώτον οι μόνες κατηγορίες προσλήψεων δημοσίων υπαλλήλων που μπορούν με νόμο συνταγματικά θεμιτώς να εξαιρεθούν από τον ελεγκτικό ρόλο του ΑΣΕΠ[64] είναι οι τρεις κατηγορίες που ρυθμίζονται στο άρθρο 103 παρ. 5 του Συντάγματος και οι κατηγορίες εξαιρέσεων που ίσχυαν την 17.4.2001 και δεν καταργήθηκαν μετά[65]. Δεύτερον, μπορούν, σε πλήρη αρμονία με το γράμμα και το πνεύμα του συνταγματικού δικαίου των προσλήψεων στο Δημόσιο (άρθρα 103 παρ. 7 και 5, άρθρο 101^{α} και άρθρο 118 παρ. 6 του Συντάγματος σε συνδυασμό και με άρθρα 5, 4 παρ. 1 και 25 του Συντάγματος), όλες οι προσλήψεις στο Δημόσιο να διενεργούνται υπό τον έλεγχο του ΑΣΕΠ.

7. Ανεξαρτησία, νομιμότητα και αξιοκρατία

Τρία είναι πιστεύω τα πυρηνικά χαρακτηριστικά της λειτουργίας του ΑΣΕΠ: η ανεξαρτησία, η νομιμότητα και η αξιοκρατία.
Ανεξαρτησία του ΑΣΕΠ σημαίνει απεμπλοκή από τη σφαίρα επιρροής της εκτελεστικής εξουσίας, πλήρης ανεξαρτησία από την εκάστοτε Κυβέρνηση. Σημαίνει νομική αλλά και ουσιαστική ανεξαρτησία από εντολές, οδηγίες, κατευθύνσεις, δηλαδή, της εκάστοτε Κυβέρνησης.
Πρόκειται για μια θεσμικά σταθερή ανεξαρτησία, δηλαδή ανεξαρτησία από όλες τις Κυβερνήσεις. Η ανεξαρτησία χαρακτηρίζει και τη σχέση των Μελών των Ανεξαρτήτων Αρχών με όλα τα κόμματα, αλλά και με κάθε εκδοχή κρατικής εξουσίας. Είναι δε και ανεξαρτησία από ιδιωτικά συμφέροντα και ομάδες συμφερόντων. Σημαίνει, επίσης, και επίτευξη ανεξαρτησίας εντός μιας Ανεξάρτητης Αρχής, ανεξαρτησία: α) του κάθε Μέλους και β) της

[61] Κατά την γνώμη μου το άρθρο 103 ούτε επιβάλλει, αλλά ούτε και απαγορεύει την διενέργεια των προσλήψεων των δικαστών με διαδικασίες ΑΣΕΠ.
[62] Βλ. και Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 100επ.
[63] Έχουν προβλήματα συνταγματικότητας οι νέες περιπτώσεις εξαιρέσεων από τις προσλήψεις μέσω ΑΣΕΠ που προβλέπουν ειδικοί νόμοι, αλλά και το άρθρο 2 του υποβληθέντος στην Βουλή νέου νομοσχεδίου για το ΑΣΕΠ που επεκτείνει ανεπίτρεπτά το πεδίο των εξαιρέσεων του άρθρου 14 του ν. 2190/1994. Βλ. και Β. Τζέμος, Καμία έκπτωση στις προσλήψεις μέσω ΑΣΕΠ, ΤΟ ΒΗΜΑ, 13.11.2020.
[64] Όπως αυτός ορίστηκε στην παράγραφο 3.
[65] Επίσης εκτός διαδικασιών ΑΣΕΠ τίθενται και οι προσλήψεις σε φορείς που ιδιωτικοποιούνται, που με νόμο συνολικά παύουν να εμπίπτουν στο Δημόσιο.

Αρχής ως θεσμού[66]. Νομικά, η έννοια της ανεξαρτησίας σημαίνει απουσία κάθε μορφής ιεραρχικού διοικητικού ελέγχου, προληπτικού ή κατασταλτικού νομιμότητας, πολλώ δε μάλλον σκοπιμότητας. Ειδικότερα, απαγορεύεται ο ιεραρχικός διοικητικός έλεγχος στις πράξεις και στη δράση των ανεξαρτήτων αρχών, καθώς και η διοικητική εποπτεία. Οι πράξεις των ανεξαρτήτων αρχών και πιο συγκεκριμένα του ΑΣΕΠ υπόκεινται μόνο σε κοινοβουλευτικό έλεγχο ιδιότυπο, αλλά πλήρη, καθώς και σε ακυρωτικό δικαστικό έλεγχο[67].
Το δεύτερο βασικό στοιχείο που διέπει την δράση του ΑΣΕΠ, είναι η τήρηση της νομιμότητας[68]. Το Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (ΑΣΕΠ), ως ιδιότυπη εκτελεστική λειτουργία, δομικά και συστηματικά υπόκειται στην αρχή της νομιμότητας. Το ΑΣΕΠ στηρίζεται στην αρχή της νομιμότητας. Η αρμοδιότητά του είναι τετράπτυχη και διέπεται πλήρως από την αρχή της νομιμότητας. Πιο συγκεκριμένα, είναι α) αρμοδιότητα κανονιστική (π.χ. έκδοση προκηρύξεων), β) αρμοδιότητα συγκρότησης επιτροπών των διαγωνισμών, γ) αρμοδιότητα αποφάσεων επί των προσλήψεων (π.χ. ανά εκάστοτε θέση) και τέλος, δ) αρμοδιότητα νομικού ελέγχου των αποφάσεων επί των προσλήψεων. Όλη αυτή η διοικητική δράση στοιχείται, εδράζεται στην αρχή της νομιμότητας.
Στο σημείο αυτό ανακύπτει και το μείζον δογματικό και πρακτικό θέμα του ελέγχου της αντισυνταγματικότητας των νόμων από τις ανεξάρτητες αρχές[69] και ιδίως από το ΑΣΕΠ. Το ερώτημα αυτό εξετάστηκε παρεμπιπτόντως στην πολύ σημαντική απόφαση 2/2018 της Ολομέλειας του ΑΣΕΠ. Στην απόφαση αυτή ετέθησαν εν όψει της προκήρυξης 3Κ/ 2018 αρκετά νομικά θέματα. Η συζήτηση στην Ολομέλεια του ΑΣΕΠ αναγκαστικά διεξήλθε νομικά ερωτήματα που άπτονται της ανεξαρτησίας, της αξιοκρατίας, αλλά κυρίως της νομιμότητας. Τελικώς ελήφθη απόφαση με οριακή πλειοψηφία (13 - 12). Το ίδιο ζήτημα απαντήθηκε κατά πλειοψηφία υπέρ του μη ελέγχου της αντισυνταγματικότητας από το ΑΣΕΠ με την υπ. αριθμ. 2/2020 επίσης πολύ σημαντική απόφαση της Μείζονος Ολομέλειας του ΑΣΕΠ[70].
Η σε γενικό πλαίσιο απάντηση στο δύσκολο ερώτημα αυτό περί του ελέγχου της αντισυνταγματικότητας από το ΑΣΕΠ, πρέπει κατά την γνώμη μου να είναι πως το ΑΣΕΠ, ως Ανεξάρτητη Αρχή, έχει αρμοδιότητα να κάνει σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων και του δικαίου των προσλήψεων. Ακριβέστερα, έχει αρμοδιότητα να κάνει σύμφωνη με την αρχή της «αντικειμενικότητας – αξιοκρατίας» ερμηνεία του ισχύοντος δικαίου, όπου η γραμματική ερμηνεία των εφαρμοζόμενων ρυθμίσεων το επιτρέπει. Επίσης, έχει υποχρέωση να κάνει σύμφωνη με το πρωτογενές και το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία των νόμων και των προκηρύξεων[71].

---

[66] Ανεξαρτησία δηλαδή στην λειτουργία κάθε οργάνου της Αρχής. Για τα όργανα της Αρχής βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 52επ.
[67] Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 33επ, Ε. Λατσινου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 167επ., Η Μαυρομούστακου, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 204επ.
[68] Για την αρχή της νομιμότητας βλ. ενδεικτικά Α. Γέροντας. Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου, 2020, σ. 95επ., Β. Τζέμος, Οργανωτικό Διοικητικό Δίκαιο, 2013, σ. 28επ.
[69] Βλ. αναλυτικά Β. Τζέμος, Συνήγορος του Πολίτη, 2012, σ. 240επ.
[70] Με μειοψηφία 5 Συμβούλων του ΑΣΕΠ ανάμεσα στους οποίους και ο γράφων.
[71] Στο σημείο αυτό πρέπει να τονιστεί ότι τόσο το πρωτογενές (ΣυνθΕΕ, ΣυνθΛΕΕ και Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, (Βλ. Β. Τζέμος, Ο ΧΘΔΕΕ. Ερμηνεία κατ΄ άρθρον, 2η έκδοση, 2019)), όσο και το παράγωγο (κανονισμοί, οδηγίες, αποφάσεις) ενωσιακό δίκαιο υπερισχύουν κάθε αντίθετης εθνικής (μη συνταγματικής περιωπής) ρύθμισης (τυπικού νόμου, π.δ., ΥΑ, ΚΥΑ, προκηρύξεων ΑΣΕΠ και άλλων κανονιστικών διοικητικών πράξεων). Ενωσιακή δε οδηγία η οποία ενσωματώθηκε κανονικά, υπερισχύει τυχόν αντίθετου τυπικού νόμου, προεδρικού διατάγματος και κανονιστικής διοικητικής πράξης. Ενωσιακή οδηγία που α) δεν ενσωματώθηκε (ακόμα), β) έχει παρέλθει η προθεσμία ενσωμάτωσής της και γ) περιλαμβάνει σαφείς ρυθμίσεις που γεννούν ή/και καταργούν ή/και τροποποιούν δικαιώματα ή και υποχρεώσεις, υπερισχύει, από την λήξη της προθεσμίας ενσωμάτωσής της κάθε αντίθετης εθνικής ρύθμισης (δηλαδή λειτουργεί στην πράξη σαν ενωσιακός κανονισμός).

Το ακόμα πιο δύσκολο πρακτικό ερώτημα, είναι εάν στην περίπτωση που υπάρχει ένας σαφής νόμος, μπορεί να κάνει το ΑΣΕΠ έλεγχο της αντισυνταγματικότητας αυτού. Πιστεύω πως το ΑΣΕΠ έχει αρμοδιότητα να κάνει έλεγχο της προφανούς αντισυνταγματικότητας και σαφούς νόμου π.χ. στην περίπτωση που νέος νόμος, παρότι αυτό απαγορεύεται προφανώς από το Σύνταγμα[72], εξαιρέσει συγκεκριμένη κατηγορία προσλήψεων από την αρμοδιότητα του ΑΣΕΠ. Το ίδιο ισχύει και για την περίπτωση που νέος σαφής νόμος θεσπίσει ως διαδικασία προσλήψεων κάποια διαδικασία που προφανώς δεν ρυθμίζεται στο άρθρο 103 παρ. 7 του Συντάγματος, π.χ. διαδικασία επιλογής με μόνο γνώμονα την ηλικία ή το ύψος. Πάντως το ΑΣΕΠ, όπως και όλες οι Ανεξάρτητες Αρχές πρέπει να δείχνουν αυτοσυγκράτηση κατά την άσκηση του ελέγχου αντισυνταγματικότητας. Αυτό γιατί ο έλεγχος της αντισυνταγματικότητας δεν υπάγεται στις κύριες αρμοδιότητες των Ανεξαρτήτων Αρχών, αλλά είναι κυρίως αρμοδιότητα των Δικαστηρίων. Δεν είναι όμως αποκλειστική αρμοδιότητα των Δικαστηρίων[73]. Ο έλεγχος της προφανούς αντισυνταγματικότητας είναι έκτακτη, μη συνήθης αρμοδιότητα του ΑΣΕΠ, την οποία πρέπει να ασκεί με φειδώ, περίσκεψη και πλήρως αιτιολογημένα σε εξαιρετικές περιπτώσεις. Η προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των Μελών του ΑΣΕΠ συνάπτεται και δικαιολογεί την αρμοδιότητα του ελέγχου της προφανούς αντισυνταγματικότητας. Η οργανωτική και λειτουργική υπαγωγή του ΑΣΕΠ, έστω ιδιοτύπως, πάντως αναμφισβήτητα στην εκτελεστική και όχι σε κάποια άλλη κρατική εξουσία, εξηγεί γιατί αυτή η αρμοδιότητα πρέπει να ασκείται με φειδώ και μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις.
Η αξιοκρατία αντιμετωπίζεται εύστοχα στην θεωρία και στη νομολογία ως συνταγματική αρχή, απορρέουσα από το κράτος δικαίου, την δημοκρατική αρχή, την αρχή της ισότητας και την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας. Εκβάλλει από την ίδια πηγή τόσο με την συνταγματική αρχή της ισότητας όσο και με την συνταγματική αρχή της αναλογικότητας. Περιγράφει ουσιαστικά την κατ' αξίαν αντιμετώπιση προσώπων από το κράτος[74]. Είναι από την μία πλευρά υποεκδοχή της αρχής της ισότητας στα πεδία υποψηφιοτήτων-διαγωνισμών ιδιωτών που αποφασίζει το κράτος. Αλλά ταυτόχρονα συνιστά και έκφανση της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας. Στην γενική θεωρία των θεμελιωδών δικαιωμάτων, τα θεμελιώδη δικαιώματα: α) έχουν ως μήτρα τους και πηγή τους της ανθρώπινη αξιοπρέπεια και β) είναι εκδοχές ισότητας ή ελευθερίας ή σύγκρασης ελευθερίας και ισότητας[75]. Έτσι, και το ειδικό θεμελιώδες δικαίωμα στην αξιοκρατία έχει αναπτυχθεί ως σύγκραση της γενικής αρχής της ισότητας και του δικαιώματος στην ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και της συμμετοχής στην πολιτική, οικονομική και κοινωνική ζωή. Στη συγκεκριμένη περίπτωση του δικαίου των προσλήψεων, η διασφάλιση της νομιμότητας σε συνδυασμό με την αξιοκρατία αποτελούν τον ουσιαστικό ρόλο, την λειτουργική φυσιογνωμία του ανεξάρτητου ΑΣΕΠ.

---

[72] Βλ. παραπάνω παράγραφοι 5 και 6.

[73] Βλ. και άρθρο 25 του ν. 3528/2007 για τον έλεγχο προφανούς αντισυνταγματικότητας από τους δημοσίους υπαλλήλους κατά την άσκηση των καθηκόντων τους. Σε αυτή την κατεύθυνση και η γνώμη της μειοψηφίας στην απόφαση 2/2020 της Ολομέλειας του ΑΣΕΠ.

[74] Βλ. Χ. Χρυσανθάκης, Η στελέχωση της Δημόσιας Διοίκησης: ελλείμματα και υπέρβασή τους, ΘΠΔΔ 2019, σ. 385επ., Β. Τζέμος, Η επιλογή ειδικών επιστημόνων στο Δημόσιο μέσω ΑΣΕΠ, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2019, σ. 203, ο ίδιος, Η διεύρυνση και η εμβάθυνση του ρόλου του ΑΣΕΠ στις προσλήψεις στο Δημόσιο, ΔΗΜΟΣΙΟ ΔΙΚΑΙΟ 2018, σ. 12επ., Ι. Κοϊμτζόγλου, Η αρχή της αξιοκρατίας στο δημόσιο δίκαιο, 2003, Α. Παπακωνσταντίνου., Η συνταγματική αρχή της αξιοκρατίας και το νέο σύστημα επιλογής προϊσταμένων οργανικών μονάδων του Δημοσίου, ΕφημΔΔ 2007, Κ. Πρεβεζάνου, Η αξιοκρατία στην ελληνική δημόσια διοίκηση, σε: Αντ. Μακρυδημήτρη/Λ. Μαρούδα/Μ.- Ηλ. Πραβίτα (Επιμ.), Σύγχρονες Τάσεις στη Διοικητική Επιστήμη, 2009.

[75] Β. Τζέμος, Ο ΧΘΔΕΕ. Ερμηνεία κατ΄ άρθρον, 2019, σ. 23.

Αναφύεται το ερώτημα τι σημαίνει αξιοκρατία[76] και ποιος είναι ο ρόλος της σε σχέση με την διόσκουρη αρχή της αντικειμενικότητας[77]. Ερωτάται αν πρόκειται για δύο ταυτόσημες, παράλληλες ή επάλληλες έννοιες. Αν είναι ισότιμοι συντελεστές, εάν συγκρούονται ή μήπως συνδέονται άμεσα. Η απάντηση που σε ένα πρώτο επίπεδο δίνουμε είναι πως η αξιοκρατία ολοκληρώνει την αρχή της αντικειμενικότητας, επενδύεται αθροιστικά σε αυτήν. Αυτό το θεωρητικό σχήμα φωτίζεται συγκεκριμένα στην περίπτωση του άρθρου 19 του ν. 2190/1994[78]. Η αντικειμενικότητα είναι επιτεύξιμη και κατακτητέα μέσα από σαφείς, τυποποιημένες, απλές και χωρίς εξαιρέσεις διαδικασίες. Η δε αξιοκρατία είναι επιδιώξιμη και όσο το δυνατόν περισσότερο προσεγγιστέα και για να επιτευχθεί χρειάζεται και ουσιαστικές κρίσεις. Οι δε ουσιαστικές κρίσεις με την σειρά τους είναι ευεπίφορες στον υποκειμενισμό.

Συνοψίζοντας, οι αρχές της ανεξαρτησίας, της νομιμότητας και της «αντικειμενικότητας-αξιοκρατίας» είναι οι «τρεις σωματοφύλακες» που διέπουν τη λειτουργία και τη δράση του ΑΣΕΠ. Είμαι αισιόδοξος ότι θα συνεχίσουν να λειτουργούν κατά κανόνα σε καθεστώς γόνιμης συνεργασίας και με όσο το δυνατόν καλύτερα αποτελέσματα.

[76] Το οποίο βέβαια χρήζει αναλυτικής εξέτασης που δεν μπορεί να γίνει στο σημείο αυτό. Υπάρχουν πολλές εκφάνσεις της αρχής της αξιοκρατίας, πολλοί υποστηρίξιμοι τρόποι για να κριθεί ποιος είναι καλύτερος για μια θέση στο δημόσιο. Επίσης είναι πιο εύκολο να κριθεί ότι μία μέθοδος επιλογής (π.χ. μόνο με κοινωνικά κριτήρια ή με κλήρωση) δεν είναι αξιοκρατική από το ότι μία μέθοδος είναι αξιοκρατική. Ακόμα πιο δύσκολο είναι να κριθεί μεταξύ δύο τρόπων επιλογής προσωπικού (π.χ. με γραπτό διαγωνισμό και βάσει τυπικών προσόντων) που κατά γενική ομολογία είναι αξιοκρατικοί, ποιος είναι ο αξιοκρατικότερος.

[77] Βλ. και Α. Μακρυδημήτρης, Αξιοκρατία δεν είναι μόνο η αντικειμενικότητα, σε: 1ο Συνέδριο ΑΣΕΠ, 2018, σ. 110επ.

[78] Βλ. Β. Τζέμος, σε: Β. Τζέμος (Επιμ.), Δίκαιο των Προσλήψεων –Νόμος ΑΣΕΠ (Ν. 2190/1994), Ερμηνεία κατ΄ άρθρο, 2020, σ. 274επ.

Η Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας από τη σκοπιά του Επιτελικού Κράτους[1]

Ηλίας Μικρουλέας, Δ.Ν., Δικηγόρος[2], Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)

1. Εισαγωγή

Η κωδικοποίηση της νομοθεσίας αναγνωρίζεται τόσο στη νομική επιστήμη, όσο και στην οικονομική και κοινωνική ζωή, ως απαραίτητο εργαλείο που μπορεί να συμβάλει αποφασιστικά στην κατοχύρωση των δικαιωμάτων των πολιτών, στη διευκόλυνση των διοικητικών οργάνων κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους, στην τήρηση της νομιμότητας και της ασφάλειας δικαίου και στην εφαρμογή της αρχής του κράτους δικαίου[3]. Η καθολική αναγνώριση της αξίας της κωδικοποίησης της νομοθεσίας παραμένει, όμως, σε θεωρητικό επίπεδο και σε επίπεδο διακηρύξεων και ευχών. Στην πράξη είναι μάλλον αξιοσημείωτη η υποβάθμιση και παραμέληση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας που παρατηρείται εδώ και πάρα πολλά χρόνια. Την κείμενη νομοθεσία χαρακτηρίζει έντονα η έλλειψη συγκέντρωσης και συστηματικής διάρθρωσης των διατάξεων που διέπουν κάθε ξεχωριστή ρυθμιστική θεματική ενότητα. Συνήθως οι διατάξεις που ρυθμίζουν τις έννομες σχέσεις σε συγκεκριμένο πεδίο μπορούν να βρεθούν μόνο διάσπαρτες και χωρίς συστηματική συνοχή[4].

Με τον ν. 3133/2003 προβλέφθηκε για πρώτη φορά η συστηματική κωδικοποίηση των ισχυουσών διατάξεων τυπικών νόμων, προεδρικών διαταγμάτων και υπουργικών αποφάσεων, προκειμένου να αμβλυνθούν οι αρνητικές συνέπειες που προκαλούνται κατά την εφαρμογή των κανόνων δικαίου από το φαινόμενο του νομοθετικού πληθωρισμού[5]. Το έργο της κωδικοποίησης ανατέθηκε από το νόμο αυτό σε μία επιστημονική επιτροπή, την Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης (Κ.Ε.Κ.), υπό την ευθύνη της οποίας προβλέφθηκε να καταρτίζονται οι κώδικες, κατά θεματικές ενότητες της νομοθεσίας που καθορίζονται κάθε φορά με τυπικό νόμο.

Η πρώτη κωδικοποίηση που ολοκληρώθηκε υπό το καθεστώς αυτό ήταν η κωδικοποίηση της νομοθεσίας για την κυβέρνηση και τα κυβερνητικά όργανα, η οποία είχε ως βάση της τον ν. 1558/1995 και τις τροποποιήσεις του. Ο σχετικός «Κώδικας για την Κυβέρνηση και τα Κυβερνητικά Όργανα» κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του π.δ. 63/2005 (Α΄ 98)[6].

---

[1] Η μελέτη αυτή αποτελεί επεξεργασμένο κείμενο της εισήγησης που παρουσιάστηκε στο 7ο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων την 1η Ιουλίου 2020.

[2] Ο κ. Ηλίας Μικρουλέας είναι μέλος της Κεντρικής Επιτροπής Κωδικοποίησης, που υπάγεται στη Γενική Γραμματεία Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων της Προεδρίας της Κυβέρνησης. Οι απόψεις που διατυπώνονται στην παρούσα μελέτη είναι αυστηρά προσωπικές και δεν απηχούν τις απόψεις της Κεντρικής Επιτροπής Κωδικοποίησης.

[3] Πρβλ. Communication of the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 25 October 2005 "Implementing the Community Lisbon programme: A strategy for the simplification of the regulatory environment" [COM(2005) 535 final, για τη συμβολή της κωδικοποίησης στη διαφάνεια και την εφαρμογή της νομοθεσίας.

[4] Πρβλ. *Α. Τάχος,* Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 9η έκδοση 2008, σ. 63 για τις προσπάθειες κωδικοποίησης της νομοθεσίας του διοικητικού δικαίου από το έτος 1840.

[5] ΣτΕ ΠΕ 97/2007. Πρβλ. και την ανακοίνωση της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για τη βελτίωση της νομοθεσίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση COM (2006) 689 τελικό 14.11.2006,

[6] Η κωδικοποίηση αυτή είχε ως έρεισμα την εξουσιοδοτική διάταξη του άρθρου 3 του ν. 3242/2004. Λόγω του ιδιαίτερου χαρακτήρα του κωδικοποιούμενου νόμου 1558/1995, που παρείχε εξουσιοδότηση στον κανονιστικό νομοθέτη να τροποποιεί διατάξεις τυπικού νόμου με απλές κανονιστικές πράξεις, ο Κώδικας αυτός είχε το ιδιαίτερο χαρακτηριστικό ότι κωδικοποιούσε συστηματικά διατάξεις νόμων, κανονιστικών διαταγμάτων, πράξεων υπουργικού συμβουλίου, αποφάσεων Πρωθυπουργού, καθώς και υπουργικών αποφάσεων υπό την

Ακολούθησαν, μεταξύ άλλων ο «κώδικας νόμων για τα ναρκωτικά», που κυρώθηκε με τον ν. 3459/2006, (Α΄ 103), ο «κώδικας κανονιστικών πράξεων για τα ναρκωτικά», που κυρώθηκε με το π.δ. 148/2007 (Α΄ 191), ο «κώδικας νόμων για την υγιεινή και ασφάλεια στους εργασιακούς χώρους» που κυρώθηκε με τον ν. 3850/2010 (Α΄ 84), ο «κώδικας νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο» που κυρώθηκε με το ν. 4129/2013 (Α΄ 52) και ο «κώδικας για την πρόσβαση στα δημόσια έγγραφα» που κυρώθηκε με το π. δ. 28/2015 (Α΄ 34).

Την εργασία της συστηματικής και κεντρικά οργανωμένης κωδικοποίησης της νομοθεσίας ρύθμισαν στη συνέχεια μεταγενέστεροι νόμοι και ιδίως οι νόμοι 3226/2004 (Α΄ 24), 3448/2006 (Α΄57), 4048/2012 (Α΄ 34) και 4606/2019 (Α΄ 57). Όμως, παρά την προσπάθεια και τις διαρκείς τροποποιήσεις του σχετικού πλαισίου, τα αποτελέσματα της προσπάθειας συστηματικής κωδικοποίησης της νομοθεσίας δεν υπήρξαν ιδιαίτερα εμφανή.

Ήδη με τον νόμο για το επιτελικό κράτος (ν. 4622/2019, Α΄ 133) οι προσπάθειες αυτές εντάθηκαν και συστηματοποιήθηκαν. Με βάση το νόμο αυτό η κωδικοποίηση και αναμόρφωση της νομοθεσίας, αναδείχθηκαν ως μείζονα ζητήματα, και εντάχθηκαν στην αρμοδιότητα της Προεδρίας της Κυβέρνησης και ειδικότερα στην Κ.Ε.Κ., η οποία εντάχθηκε οργανωτικά στη Γενική Γραμματεία Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων και διαθέτει πλέον το γενικό τεκμήριο της σχετικής αρμοδιότητας[7].

2. Η έννοια και οι διακρίσεις της κωδικοποίησης

α) Η έννοια της κωδικοποίησης της κείμενης νομοθεσίας

Οι ορισμοί που έχουν δοθεί κατά καιρούς στην κωδικοποίηση της κείμενης νομοθεσίας διαφέρουν μεταξύ τους. Οι διαφορές, όμως, αφορούν ιδίως τις λεπτομέρειες και όχι την βασική προσέγγιση. Η κωδικοποίηση έχει προσδιοριστεί ως η συγκέντρωση των διατάξεων σε ενιαίο νομοθέτημα με ορθολογική διάρθρωση και σαφή διατύπωση[8]. Επίσης, έχει οριστεί ως διαδικασία κατά την οποία οι διατάξεις μίας ή περισσότερων πράξεων και των αντίστοιχων τροποποιήσεών τους συγκεντρώνονται σε νέα νομικώς δεσμευτική πράξη, η οποία καταργεί τις πράξεις τις οποίες αντικαθιστά, χωρίς να αλλοιώνεται η ουσία των εν λόγω διατάξεων[9].

Η κωδικοποίηση της κείμενης νομοθεσίας είναι η συγκέντρωση και λογική τακτοποίηση διατάξεων νόμων ή και κανονιστικών διαταγμάτων και πράξεων που προϋπάρχουν και οι οποίες είναι διάσπαρτες αλλά ρυθμίζουν ένα ενιαίο αντικείμενο ή αντικείμενα συναφή μεταξύ τους. Ως «κωδικοποίηση» νοείται τόσο η λεγόμενη «νομοθετική» κωδικοποίηση, όσο και η «διοικητική» κωδικοποίηση, τόσο υπό την παλαιότερη έννοια των όρων, όσο και με την τρέχουσα, όπως θα αναφερθεί αμέσως παρακάτω.

Η κωδικοποίηση διακρίνεται, έτσι, σαφώς από τη νομοθέτηση: Κατά την κωδικοποίηση της κείμενης νομοθεσίας, υπό την έννοια των νόμων που προαναφέρθηκαν[10], δεν εισάγονται στο νομικό κόσμο νέες διατάξεις, ούτε μεταβάλλεται η υφιστάμενη ρύθμιση εννόμων σχέσεων. Ακόμα και στις περιπτώσεις που ένας νέος κώδικας καταργεί τις προϋφιστάμενες, κωδικοποιούμενες διατάξεις, δεν εισάγει «νέο» δίκαιο, αλλά επαναλαμβάνει και συστηματοποιεί τις διατάξεις που κωδικοποιεί.

Ταυτόχρονα, όμως, η κωδικοποίηση δεν είναι ξένη προς την νομοθέτηση, αλλά αποτελεί απαραίτητο συστατικό της καλής νομοθέτησης, αφού κάθε νέα διάταξη δεν θα πρέπει να εισάγεται αυτοτελώς, αλλά σε λογική και συστηματική σχέση με την υφιστάμενη νομοθεσία.

«ομπρέλα» ενός ενιαίου διατάγματος, με ταυτόχρονα διατήρηση πάντως της ισχύος των κωδικοποιούμενων διατάξεων.

[7] Βλ. Εγχειρίδιο Μεθοδολογίας για την Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας (2020) σε: https://gslegal.gov.gr, σελ. 3.

[8] Αιτιολογική έκθεση του ν. 3133/2003. Βλ. επίσης *Φ. Σπυρόπουλος*, Συνταγματικό Δίκαιο, 2η έκδοση, 2020, σελ. 265.

[9] Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Κωδικοποίηση – πρακτικός οδηγός, 14722/14, σελ. 3.

[10] Βλ. κατωτέρω για την έννοια των κωδίκων που περιέχουν νέους κανόνες δικαίου, σύμφωνα με το άρθρο 76 παρ. 6 του Συντάγματος.

Η διαδικασία αυτή αναγνωρίζεται ως σημαντική παράμετρος της ποιότητας της νομοθέτησης[11].

β) Νομοθετική και Διοικητική Κωδικοποίηση

Η κωδικοποίηση διακρίνεται σε «νομοθετική» και «διοικητική». Η διάκριση αυτή δεν αναφέρεται στο περιεχόμενο των κωδικοποιούμενων διατάξεων, όπως συχνά εσφαλμένα θεωρείται, αλλά στη μεθοδολογία της κωδικοποίησης. Η εννοιολογική σύγχυση που προκαλείται συχνά, μπορεί να θεωρηθεί και δικαιολογημένη λόγω της μεταβολής της στάσης του Έλληνα νομοθέτη ως προς την σχετική διάκριση.

Υπό το καθεστώς του νόμου 3133/2003 ως «διοικητική κωδικοποίηση» οριζόταν γενικά η συγκέντρωση των σχετικών διατάξεων χωρίς δυνατότητα παρεμβάσεων στα νομοθετικά κείμενα, παρά μόνο στο βαθμό που απαιτούνταν ώστε να διευκρινιστεί η έννοια ασαφών διατάξεων και να εναρμονιστούν εκείνες που εμφανίζονται αντιφατικές[12]. Στο πλαίσιο αυτό, με τα εκδιδόμενα κατ' εξουσιοδότηση των διατάξεων των άρθρων 2 και 3 παρ. 2 του ν. 3133/2003 προεδρικά διατάγματα κωδικοποιούνταν τα κανονιστικά διατάγματα και οι κανονιστικές αποφάσεις. Η σχετική κωδικοποίηση, πάντως, έπρεπε να ανατεθεί στην Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης με χωριστή διάταξη τυπικού νόμου[13]. Τα διατάγματα αυτά, εκ της φύσεως και του περιεχομένου τους, δεν επιτρεπόταν κατά το νόμο να θεσπίζουν νέους κανόνες δικαίου ή να τροποποιούν τους υφιστάμενους, κατ' ακολουθίαν δε, οι κώδικες της «διοικητικής κωδικοποίησης», οι οποίοι καταρτίζονταν από την Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης, περιλάμβαναν τη συστηματική διατύπωση σε ενιαίο κείμενο των ισχυουσών διατάξεων προεδρικών διαταγμάτων και υπουργικών αποφάσεων χωρίς να θίγεται η τυπική τους ισχύς ή να αλλοιώνεται το ρυθμιστικό τους περιεχόμενο, όπως αυτό προέκυπτε και ίσχυε από την ένταξη των κωδικοποιούμενων διατάξεων στην έννομη τάξη κατά το χρόνο της κωδικοποίησης.

Αντιθέτως, ως νομοθετική κωδικοποίηση, υπό το καθεστώς του νόμου 3133/2003, γινόταν αντιληπτή η κατά το άρθρο 76 παρ. 7 του Συντάγματος επέμβαση σε τυπικούς νόμους και κύρωση από τη Βουλή με αποτέλεσμα ο νέος κώδικας να αποκτά πρωτογενώς τυπική ισχύ νόμου[14].

Οι ορισμοί αυτοί είχαν το πλεονέκτημα ότι συνέδεαν ετυμολογικά την νομοθετική κωδικοποίηση με την κωδικοποίηση μέσω τυπικού νόμου νόμων και την διοικητική κωδικοποίηση με την κωδικοποίηση μέσω διατάγματος, αποφεύγοντας την σύγχυση που προκάλεσε η μεταγενέστερη μεταβολή των ορισμών αυτών. Παρόλα αυτά, και στην περίπτωση αυτή, το άρθρο 76 παρ. 6 του Συντάγματος το οποίο ρύθμιζε την επιψήφιση με τυπικό νόμο των δικαστικών και «διοικητικών»[15] κωδίκων, οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι η νομοθετική

---

[11] Πρβλ. *Lorenzo Allio,* Better regulation and impact assessment in the European Commission σε Regulatory Impact Assessment, Towards Better Regulation, Edited by Colin Kirkpatrick and David Parker, 2007, σελ. 79 επ.; *Helen Xanthaki*, Improving the Quality of EU Legislation, σε Sasha Garben & Inge Govaere (editors), The EU Better Regulation Agenda, A critical Assessment, 2018, σελ. 31 επ.

[12] Υπό την έννοια αυτή κάνει χρήση του όρου «διοικητική κωδικοποίηση» και η νομολογία, πρβλ ΣτΕ 5022/1997, σκέψη 1, ΣτΕ 1340/1995, σκέψη 8 (στην οποία κρίνεται ότι εφόσον η κωδικοποίηση των περί Μ.Τ.Π.Υ. διατάξεων είναι απλή διοικητική κωδικοποίηση, η μη αναγραφή στη διάταξη του άρθρου 73 του π.δ. 422/1981 του ποσοστού του τόκου, δεν σημαίνει ότι για τις απαιτήσεις του Μ.Τ.Π.Υ. εφαρμόζεται η γενική διάταξη της ΠΥΣ 193/79, η οποία ορίζει το ποσοστό τόκου υπερημερίας 25% αλλά ότι εφαρμόζεται η διάταξη της κωδικοποιούμενης παρ. 2 του άρθρου 12 του ν. 1636/1919, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 1 παρ. 4 του ν.δ. 17/20-8-1925 που τίθεται παραπλεύρως της κωδικοποιητικής). Βλ. επίσης ΣτΕ 2059/2018.

[13] Τέτοια διάταξη περιλαμβανόταν στο άρθρο 20 παρ. 1 του ν. 3226/2004 και αργότερα, υπό το ν. 4606/2019, στο άρθρο 10 του ν. 4606/2019.

[14] Βλ. Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης», που στη συνέχεια ψηφίστηκε ως νόμος 3133/2003.

[15] Η πρόβλεψη ειδικής κοινοβουλευτικής διαδικασίας για την ψήφιση των κωδίκων από τη Βουλή εισήχθη ήδη από το Σύνταγμα του 1911 (άρθρο 57 παρ. 4). Ο όρος «διοικητικών» κωδίκων προστέθηκε για πρώτη φορά στο Σύνταγμα του 1927 (Βλ. *Π. Παραράς*, Σύνταγμα 1975 - Corpus, Αθήνα – Κομοτηνή 1985, Σελ. 75 επ.).

και η διοικητική κωδικοποίηση δεν ήταν εννοιολογικές διακρίσεις του περιεχομένου των κωδίκων, αλλά εννοιολογικές διακρίσεις που αφορούσαν στη μεθοδολογία και τον τρόπο κωδικοποίησης.

Με το άρθρο 12 του ν. 4048/2012 εισήχθη μια νέα προσέγγιση στους όρους «νομοθετική» και «διοικητική» κωδικοποίηση. Η νέα αυτή προσέγγιση αποτελούσε μεταφορά της διάκρισης των ξένων όρων «codification» και «consolidation». Υπό τη νέα αυτή αντίληψη, ο όρος «νομοθετική κωδικοποίηση» αποδίδει τον όρο «codification» και ο όρος «διοικητική κωδικοποίηση» αποδίδει τον όρο «consolidation»[16].

Τη διάκριση αυτή υιοθέτησε και ο νόμος 4622/2019 για το επιτελικό κράτος. Σύμφωνα με το άρθρο 65 του νόμου αυτού, κατά τη νομοθετική κωδικοποίηση λαμβάνει χώρα, κατά περίπτωση, αναδιάρθρωση διατάξεων, απαλοιφή των διατάξεων που έχουν καταργηθεί ρητά ή σιωπηρά, καθώς και των μεταβατικών διατάξεων που δεν έχουν πεδίο εφαρμογής πλέον, αναδιατύπωση των κειμένων σε εύληπτη γλώσσα και προσαρμογή των διατάξεων που καθορίζουν αρμοδιότητες διοικητικών και άλλων οργάνων προς το ισχύον οργανωτικό σχήμα των κεντρικών και αποκεντρωμένων κρατικών υπηρεσιών, των οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης και των νομικών προσώπων του Δημόσιου Τομέα.

Αντιθέτως, διοικητική κωδικοποίηση είναι η συγκέντρωση σε ένα κείμενο όλων των ισχυουσών διατάξεων, νομοθετικού ή κανονιστικού χαρακτήρα, χωρίς όμως την συστηματική τους ένταξη σε αυτό. Υπό την έννοια αυτή η «διοικητική κωδικοποίηση», υπό τον ισχύοντα ορισμό είναι μία απλή συγκέντρωση, μια απλή ενοποίηση (consolidation) διατάξεων, ανεξαρτήτως τυπικής ισχύος κωδικοποιούμενων διατάξεων[17]. Υπό την έννοια του ν. 4622/2019 ο κώδικας που αποτελεί το προϊόν της διοικητικής κωδικοποίησης δεν έχει αυτοτελές κανονιστικό περιεχόμενο, δεν κυρώνεται με κανόνα δικαίου, αλλά είναι απλό βοηθητικό κείμενο υπό μορφή οδηγού της κείμενης νομοθεσίας[18]. Για τον λόγο αυτό η διοικητική κωδικοποίηση ακολουθεί μεθοδολογία και τεχνική η οποία είναι διακριτή από εκείνη της νομοθετικής κωδικοποίησης.

γ) Κωδικοποίηση τυπικών νόμων και κωδικοποίηση κανονιστικών διαταγμάτων και πράξεων

Στην τυπική ισχύ των κωδικοποιούμενων διατάξεων αναφέρεται, αντιθέτως, η διάκριση της κωδικοποίησης σε κωδικοποίηση τυπικών νόμων και σε κωδικοποίηση κανονιστικών διαταγμάτων[19]. Τα δύο αυτά είδη κωδικοποίησης προβλέπεται να γίνονται χωριστά, προκειμένου «να αποτρέπεται η σύγχυση που θα υπήρχε κίνδυνος να δημιουργηθεί σε περίπτωση ενσωμάτωσης διατάξεων κανονιστικών πράξεων της Διοίκησης στους Κώδικες που θα κυρωθούν με τυπικό νόμο ως προς την τυπική ισχύ των διατάξεων αυτών και περαιτέρω ως προς τη δυνατότητα τροποποίησής τους με αντίστοιχη κανονιστική πράξη»[20].

Η κωδικοποίηση των διατάξεων τυπικών νόμων έχει θεμέλια στα άρθρα 76 παρ. 6 και 7 του Συντάγματος, τα οποία προβλέπουν την επιψήφιση δικαστικών ή διοικητικών κωδίκων με ιδιαίτερο νόμο που τους κυρώνει στο σύνολό τους, καθώς και την κωδικοποίηση υφιστάμενων

---

[16] Για τους όρους “codification” και “consolidation” βλ. Communication from the Commission, Action plan "Simplifying and improving the regulatory environment", COM (2020) 278 final, EC2002c, σελ. 14, υποσημείωση 26, καθώς και: *Helen Xanthaki*, Drafting Legislation, Art and Technology of Rules for Regulation, Oxford and Portland, Oregon 2014, σελ. 278 επ. και 281 επ., με περαιτέρω βιβλιογραφικές παραπομπές.

[17] Βλ. *Helen Xanthaki*, ο.π., σελ. 281 επ., με περαιτέρω βιβλιογραφικές παραπομπές.

[18] Βλ. *Β. Νταλάκου, Η. Καρακατσάνης*, Συστηματική Προσέγγιση της Διοικητικής Κωδικοποίησης στην Ελλάδα: Υφιστάμενη Κατάσταση, προοπτικές και Μεθοδολογικά ζητήματα, σε: Τομέας Διοικητικής Επιστήμης, Τμ. Δημόσιας Διοίκησης Παντείου Πανεπιστημίου, Δημόσια Διακυβέρνηση, 2019, σελ. 47-63, και ιδίως σελ. 55 για την έλλειψη δεσμευτικότητας και «τυπικής ισχύος» της διοικητικής κωδικοποίησης.

[19] Η διάκριση αυτή ήταν σαφής στο άρθρο 3 του ν. 3133/2003, στην παράγραφο 1 του οποίου γινόταν αναφορά στα σχέδια κωδίκων που περιλαμβάνουν διατάξεις τυπικών νόμων και στην παράγραφο 2 του οποίου ρυθμίζονταν οι κώδικες που περιλαμβάνουν κανονιστικά διατάγματα και κανονιστικές υπουργικές αποφάσεις.

[20] Βλ. Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης» (ν. 3133/2003). Βλ. επίσης ΣτΕ 1220/2015 επταμ. και Ε. Παυλίδου, Τροποποίηση ή Κατάργηση διατάξεων τυπικού νόμου με κανονιστική πράξη (με αφορμή τη ΣτΕ 1220/2015 επταμ), Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου, 2015, σελ. 1195 επ.

διατάξεων με απλή ταξινόμησή τους. Προϋπόθεση εφαρμογής των διατάξεων αυτών του Συντάγματος είναι η σύσταση «ειδικής» επιτροπής, επιτροπής δηλαδή που απαρτίζεται από επιστήμονες με ειδικές γνώσεις[21] και η οποία θα έχει συσταθεί με ειδικό νόμο. Στις περιπτώσεις αυτές, ο κώδικας «κυρώνεται», «επιψηφίζεται» από την Ολομέλεια της Βουλής δηλαδή η Βουλή αποδέχεται το σύνολο του κειμένου του κώδικα χωρίς επιμέρους μεταβολές στο περιεχόμενό του.[22] Αρμόδια για την κύρωση των κωδίκων τυπικών νόμων είναι η Ολομέλεια της Βουλής και όχι τα Τμήματα ή το τμήμα διακοπών. Οι διατάξεις αυτές δεν αποκλείουν βέβαια το ενδεχόμενο να ψηφιστούν κώδικες τυπικών νόμων και με την συνήθη κοινοβουλευτική διαδικασία, δηλαδή και κατ΄ άρθρο.

Συνήθως, πάντως, την συνήθη κοινοβουλευτική διαδικασία ακολουθούν κώδικες που περιλαμβάνουν αναμόρφωση δικαίου, υπό την έννοια που θα εκτεθεί παρακάτω ή σχέδια νόμων που φέρουν τον τίτλο «κώδικας» χωρίς το περιεχόμενό τους να αποτελεί προϊόν εργασίας κωδικοποίησης της κείμενης νομοθεσίας, υπό την έννοια που αναπτύσσεται εδώ. Ειδικότερα, οι κώδικες του άρθρου 76 παρ. 6 του Συντάγματος μπορεί να μην περιορίζονται σε κωδικοποίηση διατάξεων που ήταν ήδη ισχύουσες κατά το χρόνο της κωδικοποίησης, αλλά να περιέχουν και νέους κανόνες δικαίου, ρυθμίζουν δηλαδή πρωτογενώς ένα συγκεκριμένο αντικείμενο[23]. Στις περιπτώσεις αυτές, οι ρυθμίσεις που περιλαμβάνονται στους κώδικες αυτούς δεν περιορίζονται από την διατύπωση ή το ρυθμιστικό πεδίο προγενέστερων διατάξεων, ανεξαρτήτως αν αυτές εντάσσονται ή επαναλαμβάνονται στο κείμενο του νέου κώδικα. Η κωδικοποίηση της κείμενης νομοθεσίας του ν. 4266/2019 δεν αναφέρεται τους κώδικες αυτούς. Μάλιστα, όσοι από τους κώδικες αυτούς προέρχονται από το Υπουργείο Δικαιοσύνης εξαιρούνται ρητά από τη διαδικασία κωδικοποίησης που προβλέπει το άρθρο 67 του ν. 4622/2019.

Συνέπεια της κωδικοποίησης διατάξεων τυπικών νόμων της κείμενης νομοθεσίας με κώδικα που κυρώνεται ή ψηφίζεται με τυπικό νόμο είναι ότι καταργούνται οι κωδικοποιούμενες διατάξεις, αφού ούτε νοείται, ούτε φαίνεται σκόπιμη η ταυτόχρονη ισχύς διατάξεων νόμων με το ίδιο ρυθμιστικό περιεχόμενο. Παραπομπές διατάξεων άλλων νόμων σε κωδικοποιούμενες διατάξεις θα νοούνται ως παραπομπές στις διατάξεις του κώδικα, ο οποίος θα είναι ο μόνος που θα ισχύει και θα εφαρμόζεται.

Στην κωδικοποίηση διατάξεων με κώδικα που κυρώνεται ή ψηφίζεται με τυπικό νόμο μπορούν μόνο κατ' εξαίρεση να περιληφθούν και διατάξεις κανονιστικών διαταγμάτων και άλλων κανονιστικών πράξεων και μόνο αν κάτι τέτοιο είναι απολύτως απαραίτητο για τις ανάγκες της κωδικοποίησης, όταν δηλαδή δεν είναι δυνατός ο διαχωρισμός τους χωρίς αλλοίωση της έννοιας της κωδικοποιούμενης διάταξης, όπως στις περιπτώσεις κατά τις οποίες συμπληρώνεται ή τροποποιείται η διάταξη ή επεκτείνεται ή περιορίζεται το πεδίο εφαρμογής της με κανονιστικό διάταγμα ή άλλη κανονιστική πράξη που εκδόθηκε με βάση σχετική νομοθετική εξουσιοδότηση[24].

Σε αντίθεση προς τους κώδικες διατάξεων τυπικών νόμων, που κυρώνονται ή ψηφίζονται με τυπικό νόμο, οι κώδικες διαταγμάτων και κανονιστικών πράξεων κυρώνονται με διατάγματα

---

[21] Βλ. *Π. Παραράς*, Σύνταγμα 1975 – Corpus II, Άρθρα 51 – 80 (Κοινοβουλευτικό Δίκαιο), Αθήνα – Κομοτηνή 175, σελ. 446 επ.

[22] Βλ. *Π. Παραράς,* ο.π., σελ. 449 και 451, όπου αναφέρονται όλες οι δυνατότητες της Βουλής και συγκεκριμένα: α) η ψήφιση του κώδικα ως έχει, β) η απόρριψη in globo, γ) η αποδοχή, ύστερα από τροποποιήσεις που θα υποδείξει στην ειδική επιτροπή που συνέταξε τον κώδικα, η οποία και θα συμφωνήσει με αυτές ή δ) με τροπολογία που θα εισαχθεί σε ιδιαίτερο νόμο ή με προσθήκη σε ειδικό άρθρο του κυρωτικού νόμου. Πρβ. Επίσης *Κ. Χρυσόγονος*, Συνταγματικό Δίκαιο, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2003, σελ. 488, *Φ. Σπυρόπουλος*, Συνταγματικό Δίκαιο, 2η έκδοση, 2020, σελ. 265.

[23] Βλ. *Π. Παυλόπουλος*, Η Κωδικοποίηση της φορολογίας εισοδήματος (Ν. 2238/1994) (γνωμ.), ΔΕΕ 1996, σελ. 27 – 30, όπου γίνεται η εννοιολογική διάκριση μεταξύ «νόμων – κωδίκων» του άρθρου 76 παρ. 6 και «κωδικοποιητικών νόμων» του άρθρου 76 παρ. 7 του Συντάγματος.

[24] Εγχειρίδιο Μεθοδολογίας για την Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας (2020) σε: https://gslegal.gov.gr, σελ. 16.

ή κανονιστικές πράξεις. Η κωδικοποίηση αυτή, η οποία, όπως προαναφέρθηκε ονομάζεται επίσης «νομοθετική» υπό την ορολογία του ν. 4622/2019, ενδείκνυται στην περίπτωση που για το συγκεκριμένο πεδίο δικαίου υπάρχει πληθώρα διατάξεων σε περισσότερα διατάγματα και άλλες κανονιστικές πράξεις.

Μία ενδιάμεση μορφή «νομοθετικής κωδικοποίησης» είναι η κωδικοποίηση με προεδρικό διάταγμα διατάξεων τόσο τυπικών νόμων, όσο και κανονιστικών διαταγμάτων και άλλων κανονιστικών πράξεων[25]. Προϋπόθεση για την κατάρτιση τέτοιου κώδικα είναι και στην περίπτωση αυτή η ύπαρξη ειδικής νομοθετικής εξουσιοδότησης, η οποία μπορεί να προβλέπει και την αναμόρφωση των σχετικών διατάξεων. Η μορφή αυτή κωδικοποίησης κρίνεται σκόπιμη σε περίπτωση που οι ρυθμίσεις σε συγκεκριμένο πεδίο δικαίου βρίσκονται σε τυπικούς νόμους, σε κανονιστικά διατάγματα και άλλες κανονιστικές πράξεις, οπότε η επεξεργασία και η ένταξή τους σε ένα ενιαίο κείμενο με τη μορφή διατάγματος είναι αναγκαία για την ευκολότερη και ασφαλέστερη πρόσβαση στο σύνολο των ρυθμίσεων. Η μορφή αυτή κωδικοποίησης ενδείκνυται επίσης στην περίπτωση που η ύλη στο συγκεκριμένο πεδίο δικαίου χαρακτηρίζεται από ρευστότητα, καθόσον είναι ευχερέστερη η τροποποίηση των διατάξεων που κωδικοποιούνται με τον τρόπο αυτό[26]. Χαρακτηριστικό στις περιπτώσεις κωδικοποίησης με προεδρικό διάταγμα είναι ότι οι κωδικοποιούμενες διατάξεις παραμένουν καταρχήν σε ισχύ. Εξαίρεση στον κανόνα αυτόν μπορεί να εφαρμοστεί αν κριθεί ότι υφίσταται η κατάλληλη νομοθετική εξουσιοδότηση η οποία επιτρέπει την κατάργηση των κωδικοποιούμενων διατάξεων, ώστε εφεξής να ισχύουν μόνο οι κωδικοποιητικές και ο νέος κώδικας.

δ) Άλλες έννοιες που σχετίζονται με την κωδικοποίηση

Όπως έχει διαφανεί και από την ανάπτυξη που προηγήθηκε για την διάκριση μεταξύ «νομοθετικής» και «διοικητικής» κωδικοποίησης, η ορολογία και η εννοιολογική προσέγγιση των όρων που χρησιμοποιούνται στον τομέα της κωδικοποίησης της νομοθεσίας είναι ένα ενδιαφέρον, αλλά και αμφιλεγόμενο ζήτημα. Αυτό γίνεται ακόμα πιο έντονα αντιληπτό, όταν επιχειρήσει να προσεγγίσει κανείς όρους δευτερεύουσας σημασίας, όπως «αναδιάρθρωση», «απάλειψη» ή «προσαρμογή», οι οποίοι όμως περιλαμβάνονται στον ορισμό που δίδει ο νόμος 4622/2019 στην νομοθετική κωδικοποίηση.

Για την αποφυγή της παράτασης της συζήτησης αυτής, που φαίνεται να έχει μάλλον περιορισμένη θεωρητική και πρακτική σημασία, η Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης έχει περιλάβει στο νέο Εγχειρίδιο Μεθοδολογίας για την Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας πλήθος ορισμών που διευκολύνουν και καθοδηγούν[27].

Έτσι, ως «αναδιάρθρωση διατάξεων» έχει οριστεί η εργασία συγκέντρωσης και συστηματικής ανακατανομής των κωδικοποιούμενων διατάξεων, σύμφωνα με το εννοιολογικό ή ρυθμιστικό τους περιεχόμενο, ως «απαλοιφή διατάξεων» έχει οριστεί η εργασία που οδηγεί στην παράλειψη των διατάξεων που έχουν καταργηθεί ρητά ή σιωπηρά, καθώς και των μεταβατικών διατάξεων που δεν έχουν πλέον πεδίο εφαρμογής και ως «αναδιατύπωση» η εργασία κατά την οποία ισχύουσες διατάξεις, αφενός, ενημερώνονται με βάση το ισχύον δίκαιο, και αφετέρου, διατυπώνονται με τρόπο ώστε να χαρακτηρίζονται από σαφήνεια, νοηματική πληρότητα, συνοχή και γλωσσική ομοιομορφία, χωρίς ατέλειες ή κενά.

Εξάλλου, ως «επικαιροποίηση» ορίζεται η εργασία που αποσκοπεί στην προσαρμογή των διατάξεων που κωδικοποιούνται, με τρόπο ώστε να αποδίδουν το τρέχον νόημα του κανόνα δικαίου που επικαιροποιούν. Η επικαιροποίηση, σε αντίθεση με την αναδιατύπωση, παρεμβαίνει ουσιαστικά στο νόημα των διατάξεων, κυρίως στις περιπτώσεις που οι κωδικοποιούμενες διατάξεις έχουν – συνήθως συν τω χρόνω – αποκτήσει ένα διαφορετικό

---

[25] Αντίθετος στην πρακτική αυτή ο *Π. Δαγτόγλου*, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, 6η έκδοση, 2014, σελ. 33 επ.

[26] Βλ. Εγχειρίδιο Μεθοδολογίας για την Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας (2020) σε: https://gslegal.gov.gr, σελ. 17.

[27] Βλ. Εγχειρίδιο Εγχειρίδιο Μεθοδολογίας για την Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας (2020) σε: https://gslegal.gov.gr, σελ. 9 έως 12.

νόημα από εκείνο που αρχικά είχαν, αποκαθιστώντας προσαρμόζοντας τις διατάξεις, ώστε να αποδίδουν το ορθό νόημα. τρέχον, ουσιαστικό νόημά τους. Η εργασία της επικαιροποίησης διορθώνει το γράμμα του νόμου στις περιπτώσεις που έχουν για οιονδήποτε λόγο δημιουργηθεί κενά.

Η «αναμόρφωση του δικαίου»[28], είναι ίσως η πιο σημαντική από τις διαδικασίες που υπηρετούν τους σκοπούς της κωδικοποίησης. Ως «αναμόρφωση του δικαίου» ορίζεται η εργασία που αποσκοπεί στην επικαιροποίηση και αποκάθαρση της υφιστάμενης νομοθεσίας, κατά τρόπο ώστε οι εναπομένοντες κανόνες να είναι ορθοί, λειτουργικοί και εύληπτοι. Στην αναμόρφωση περιλαμβάνεται, κατά περίπτωση, η απλοποίηση, η κατάργηση παρωχημένων διατάξεων και η ένταξη σε ενιαίο κείμενο των νόμων, κανονιστικών διαταγμάτων και άλλων κανονιστικών πράξεων της Διοίκησης, καθώς και η μετά την ένταξη κατάργησή τους ως αυτοτελών διατάξεων. Η «αναμόρφωση του δικαίου» μπορεί, δηλαδή, να οδηγεί σε ουσιαστική τροποποίηση ή κατάργηση ισχυουσών διατάξεων[29]. Για τον λόγο αυτό, στην περίπτωση της αναμόρφωσης τηρείται η συνήθης κοινοβουλευτική διαδικασία ως προς τις διατάξεις που αναμορφώνονται.

3. Οι έννομες συνέπειες της κωδικοποίησης

Όπως προαναφέρθηκε, κατά την κωδικοποίηση της κείμενης νομοθεσίας, υπό την έννοια του ν. 4622/2019, δεν εισάγονται στο νομικό κόσμο νέες διατάξεις, ούτε μεταβάλλεται η υφιστάμενη ρύθμιση εννόμων σχέσεων. Ακόμα και στις περιπτώσεις που ένας νέος κώδικας καταργεί τις προϋφιστάμενες, κωδικοποιούμενες διατάξεις, δεν εισάγεται «νέο» δίκαιο, αλλά οι νέες διατάξεις αποτελούν ρυθμιστική επανάληψη και συστηματοποίηση των κωδικοποιούμενων[30].

Υπό την έννοια αυτή είχε κριθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας ότι τα προεδρικά διατάγματα που εκδίδονταν κατ' εξουσιοδότηση των διατάξεων των άρθρων 2 και 3 παρ. 2 του ν. 3133/2003, με τα οποία επιτρεπόταν η κωδικοποίηση των κανονιστικών διαταγμάτων και των κανονιστικών υπουργικών αποφάσεων της ισχύουσας νομοθεσίας, η κωδικοποίηση της οποίας ανατίθεται στην Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης με διάταξη τυπικού νόμου, δεν επιτρέπεται κατά το νόμο να θεσπίζουν νέους κανόνες δικαίου ή να τροποποιούν τους υφιστάμενους. Οι κώδικες, οι οποίοι καταρτίζονται από την Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης, περιλαμβάνουν τη συστηματική διατύπωση σε ενιαίο κείμενο των ισχυουσών διατάξεων προεδρικών διαταγμάτων και υπουργικών αποφάσεων χωρίς να θίγεται η τυπική τους ισχύς ή να αλλοιώνεται το ρυθμιστικό τους περιεχόμενο, όπως αυτό προκύπτει και ισχύει από την ένταξη των κωδικοποιούμενων διατάξεων στην έννομη τάξη κατά το χρόνο της κωδικοποίησης. Κατά συνέπεια, εφ' όσον τα εκδιδόμενα κατ' επίκληση των προαναφερομένων διατάξεων προεδρικά διατάγματα δεν θεσπίζουν το πρώτον κανόνες δικαίου ούτε με άλλο τρόπο θίγουν τις κανονιστικές διατάξεις προεδρικών διαταγμάτων και υπουργικών αποφάσεων, αλλά απλώς ενσωματώνουν υφισταμένους κανόνες δικαίου, στερούνται κανονιστικού χαρακτήρα και, ως εκ τούτου, δεν υπόκεινται σε επεξεργασία από το Συμβούλιο της Επικρατείας[31].

Αντιθέτως, σε περίπτωση κωδικοποίησης κανονιστικών διοικητικών πράξεων με νέα πράξη, με την οποία όμως οι διατάξεις τους τροποποιούνται και προσαρμόζονται ή εντάσσονται σε ένα σύνολο ρυθμίσεων στο πλαίσιο του οποίου πλέον εφαρμόζονται, η προθεσμία προσβολής

---

[28] Άρθρο 65 παρ. 3 σε συνδυασμό με το άρθρο 67 παρ.5, ν. 4622/2019.

[29] Σύμφωνα με τον *Π. Δαγτόγλου*, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, 7η έκδοση, 2015, σελ. 34, ο επιμελής και υπεύθυνος νομοθέτης ερευνά την ισχύουσα νομοθεσία και εντοπίζει τις καταργητέες διατάξεις και δεν αφήνει το έργο αυτό στον εφαρμοστή του δικαίου, ενώ η γενική καταργητική ρήτρα έχει επικουρική αποστολή.

[30] *Φ. Σπυρόπουλος*, Συνταγματικό Δίκαιο, 2η έκδοση, 2020, σελ. 265.

[31] Βλ. Πρακτικό Επεξεργασίας ΣτΕ 97/2007 με περαιτέρω παραπομπές στα Π.Ε. 9/1998, 248/1986, 306/1984. Πρβλ. και παλαιότερη ΣτΕ 2229/1981, ως προς το απαράδεκτο αίτησης ακυρώσεως κατά κωδικοποιητικού διατάγματος και της εκδηλωθείσας παράλειψης να περιληφθούν συγκεκριμένες διατάξεις σε αυτό.

τους αρχίζει και πάλι από τη δημοσίευση της κωδικοποιητικής πράξης (ΣτΕ Ολομ. 2089/1967)[32].

4. Κωδικοποίηση και Επιτελικό Κράτος

Με το νόμο για το επιτελικό κράτος 4622/2019 (Α΄ 133), ο νομοθέτης επεδίωξε να αντιμετωπίσει τα προβλήματα που είχαν διαπιστωθεί κατά την εφαρμογή των προγενέστερων νόμων.

Το πρώτο τέτοιο πρόβλημα ήταν ότι, παρά τον συντονιστικό και εποπτικό ρόλο που είχε προσδώσει ο νομοθέτης στην Κ.Ε.Κ., στην πράξη η Κ.Ε.Κ. λειτουργούσε κυρίως ως απλή (όχι κεντρική) επιτροπή κωδικοποίησης και χρειαζόταν ενίσχυση ο ρόλος της για τον κεντρικό σχεδιασμό και την κεντρική οργάνωση της κωδικοποίησης.

Το δεύτερο προφανές πρόβλημα, αποτέλεσμα του πρώτου, ήταν ότι, παρά τις προσπάθειες των προηγούμενων νόμων, η κωδικοποίηση της νομοθεσίας είχε προχωρήσει ελάχιστα, σε σχέση με την νομοθετική παραγωγή η οποία, όπως είναι γνωστό, είναι πληθωρική. Από το 2004 έως το 2013 είχαν ολοκληρωθεί μόλις 10 κώδικες και είχαν προχωρήσει άλλοι 4, όταν οι νέοι νόμοι κατά το ίδιο χρονικό διάστημα ήταν εκατοντάδες[33].

Ταυτόχρονα, ήδη με τους νόμους που είχαν προηγηθεί, η κωδικοποίηση της νομοθεσίας γινόταν αντιληπτή ως μία εργασία που έπεται της νομοθέτησης, μία εργασία που αφορά την ήδη υφιστάμενη νομοθεσία, την οποία καλούνταν να οργανώσει και να κατατάξει συστηματικά. Αν και η κωδικοποίηση εντάσσεται θεωρητικά στις αρχές και διαδικασίες της καλής νομοθέτησης, ούτε συστηματικά ούτε στην πράξη συσχετίστηκε με τη διαδικασία της νομοθέτησης. Με τον τρόπο αυτόν, όμως, κωδικοποίηση και νομοθέτηση κατέληγαν να είναι έννοιες αντίπαλες και η κωδικοποίηση αποτελούσε, υπό την οπτική αυτή, μία θνησιγενή εργασία με διάρκεια ζωής το χρόνο έως την επόμενη νομοθετική πρωτοβουλία που θα εισήγαγε τροποποιήσεις του κώδικα, εκτός του κειμένου του κώδικα, μειώνοντας έτσι αυτομάτως την αξία της προηγηθείσας κωδικοποίησης[34].

Προκειμένου να αντιμετωπίσει, μεταξύ άλλων, τα προβλήματα αυτά, ο νόμος για το επιτελικό κράτος προχώρησε σε σειρά ρυθμίσεων που δημιούργησαν τις προϋποθέσεις και τις δυνατότητες πλήρους αλλαγής της φυσιογνωμίας, της εργασίας και της μορφής της κωδικοποίησης, ενίσχυσαν το ρόλο της Γενικής Γραμματείας Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων της Προεδρίας της Κυβέρνησης και της Κεντρικής Επιτροπής Κωδικοποίησης και έθεσαν τις προϋποθέσεις για τον πολλαπλασιασμό του αριθμού των κωδικοποιήσεων και την θεαματική επιτάχυνση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας.

Κατά μία έννοια με τις διατάξεις του νόμου για το Επιτελικό Κράτος επιδιώχθηκαν ταυτόχρονα δύο στόχοι: Η «συγκέντρωση» στον προγραμματισμό, την προώθηση και την αξιολόγηση του έργου της κωδικοποίησης και η «αποκέντρωση» των εργασιών κωδικοποίησης καθ' εαυτών, ιδίως σε ότι αφορά στο προπαρασκευαστικό στάδιο της κωδικοποίησης και έως τη σύνταξη του προσχεδίου κάθε κώδικα.

Ειδικότερα, προκειμένου να ενισχυθεί ο κεντρικός σχεδιασμός, η προώθηση και η αξιολόγηση της πορείας της κωδικοποίησης, με το νέο νόμο για το επιτελικό κράτος εισήχθη η έννοια του κεντρικού προγραμματισμού, της προώθησης και της ταυτόχρονης διαρκούς αξιολόγηση της πορείας της κωδικοποίησης. Με την παράγραφο 7 του άρθρου 66 προβλέφθηκε ότι η Κ.Ε.Κ.

---

[32] Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι «η κωδικοποίησις κανονιστικών διατάξεων δια νέας πράξεως, δι' ης εντάσσεται ο επαναλαμβανομένης κανών εντός του συνόλου των προβλέψεων και ρυθμίσεως της νέας αυτής πράξεως, συνεπιφέρουσα την ισχύν του, την εφαρμογήν του και την ενέργειάν του εντός του συνόλου τούτου, κινεί εκ νέου από της δημοσιεύσεως της κωδικοποιούσης πράξεως την προθεσμίαν προσβολής της δι' αιτήσεως ακυρώσεως, ως αποτελούσης τύποις νέαν διοικητικήν πράξιν» (ΣτΕ 2112/1963, 2089/1967).

[33] Βλ. *Γ. Σταυρόπουλος,* Διαφθορά και υπάλληλοι του Δημοσίου – Διοικητικές και δικαστικές όψεις, σε: ΕφημΔΔ 1/2013, σελ 101. *Π. Κοριατοπούλου*, Πολυνομία, - Κακονομία, σε: Εταιρία Δικαστικών μελετών, Συμβολή για την Αποτελεσματικότητα της Δικαιοσύνης, 2015, σελ. 7 επ.

[34] Πρβλ. *Ε. Δακορώνια*, σε: Η καλή νομοθέτηση ως αναγκαία προϋπόθεση μιας δίκαιης και αποτελεσματικής λειτουργίας της πολιτείας (Πρακτικά Συνεδρίου), 2018, σελ. 71.

συντάσσει ετήσιο πρόγραμμα κωδικοποίησης και το παραδίδει στον Γενικό Γραμματέα Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων, προκειμένου να ενταχθεί στο Ενοποιημένο Προσχέδιο Κυβερνητικού Έργου, το οποίο εγκρίνεται στην τακτική συνεδρίαση του Υπουργικού Συμβουλίου του Σεπτεμβρίου. Πρακτική συνέπεια αυτού είναι ο επιτελικός προγραμματισμός, η επιδίωξη για τη δέσμευση όλων των υπουργείων για την τήρηση του προγραμματισμού αυτού και η διευκόλυνση της μετέπειτα αξιολόγησης και αντιμετώπισης ενδεχόμενων ζητημάτων που μπορεί να προκληθούν κατά την υλοποίηση.

Περαιτέρω, προβλέφθηκε ότι μέσα στο πρώτο τρίμηνο κάθε ημερολογιακού έτους, η Κ.Ε.Κ. συντάσσει και υποβάλει προς τον Γενικό Γραμματέα Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων έκθεση, η οποία περιλαμβάνει αποτίμηση της προόδου των δράσεων κωδικοποίησης που έχουν αναληφθεί από την Κ.Ε.Κ., καθώς και περαιτέρω προτάσεις κωδικοποίησης και αναμόρφωσης της υφιστάμενης νομοθεσίας και βελτίωσης της λειτουργίας των δομών της καλής νομοθέτησης[35]. Συνεπώς η πορεία των δράσεων κωδικοποίησης παρακολουθείται στενά με σκοπό την διορθωτική παρέμβαση, όπου απαιτείται.

Εξάλλου, με το νόμο για το επιτελικό κράτος προβλέφθηκε ότι η Κ.Ε.Κ. είναι αρμόδια αφενός για την κατάρτιση κωδίκων και αφετέρου εν γένει για την κωδικοποίηση της νομοθεσίας. Με βάση τις διατάξεις του ν. 4622/2019, η Κ.Ε.Κ. διαθέτει το γενικό τεκμήριο αρμοδιότητας για την κωδικοποίηση και την αναμόρφωση της νομοθεσίας[36]. Έτσι, η Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης γίνεται περισσότερο «Κεντρική» και λιγότερο «Επιτροπή Κωδικοποίησης». Χωρίς να στερείται τον παραδοσιακό της ρόλο, ως επιτροπή κωδικοποίησης, αποκτά έναν επιτελικό ρόλο, υπό την νομοθετική αναγνώριση του γενικού τεκμηρίου αρμοδιότητας για την κωδικοποίηση της νομοθεσίας. Πρακτικά αυτό συνεπάγεται ότι η Προεδρία της Κυβέρνησης, μέσω της Γενικής Γραμματείας Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων και της Κ.Ε.Κ. είναι το κατεξοχήν αρμόδιο όργανο για την κωδικοποίηση της νομοθεσίας, με ταυτόχρονη υποχώρηση της αντίστοιχης παραδοσιακής αρμοδιότητας των υπουργείων. Η κωδικοποίηση της νομοθεσίας είναι κεντρική πολιτική προτεραιότητα και ο νόμος για το επιτελικό κράτος δίδει την σχετική αρμοδιότητα στο κέντρο διακυβέρνησης, στην Προεδρία της Κυβέρνησης.

Προκειμένου να αντιμετωπιστεί το ζήτημα του αργού ρυθμού εξέλιξης των δράσεων κωδικοποίησης, με το νόμο για το επιτελικό κράτος η εκτέλεση συγκεκριμένων προπαρασκευαστικών εργασιών, οι οποίες αναφέρονται, ιδίως, στη συγκέντρωση της σχετικής νομοθεσίας και την κατάρτιση διαγράμματος κωδικοποίησης και προσχεδίου κώδικα, μπορεί να ανατίθεται σε τρίτους: σε νομικά πρόσωπα, οργανισμούς και ινστιτούτα του ευρύτερου Δημοσίου Τομέα, νομικά πρόσωπα και ενώσεις προσώπων μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα, ειδικούς επιστήμονες και ομάδες εργασίας, στις οποίες, πέραν των ειδικών επιστημόνων, είναι δυνατόν να μετέχουν δικαστικοί λειτουργοί, δημόσιοι λειτουργοί και υπάλληλοι[37]. Στην περίπτωση αυτή, η Κ.Ε.Κ. μπορεί να θέτει τις κατάλληλες κατά την κρίση της, τεχνικές προδιαγραφές. Ταυτόχρονα η Γενική Γραμματεία Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων παρακολουθεί, μέσω της Κ.Ε.Κ., τη φάση του έργου που έπεται της συγκέντρωσης της σχετικής νομοθεσίας και της θεματικής κατάταξής της, για να εξασφαλίζει την εποπτεία και την ομοιομορφία της κωδικοποίησης.

Με το άρθρο 66 παρ. 4 του ν. 4622/2019, προβλέφθηκε ότι η Κ.Ε.Κ. συντάσσει εγχειρίδιο που περιέχει τη μεθοδολογία κωδικοποίησης και τους νομοτεχνικούς κανόνες για τη σύνταξη των κωδίκων και την αναμόρφωση της νομοθεσίας[38]. Σκοπός του εγχειριδίου αυτού είναι η ενιαία μεθοδολογική και πρακτική αντιμετώπιση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας από κάθε είδους επιτροπές και ομάδες εργασίας. Υπό την έννοια ότι η Κεντρική Επιτροπή Κωδικοποίησης έχει ενισχυμένο επιτελικό ρόλο και δεν αποτελεί πλέον κύριο έργο της η πρωτογενής εργασία

[35] Άρθρο 66 παρ. 8 του ν. 4622/2019.
[36] Άρθρο 66 παρ. 3 ν. 4622/2019.
[37] Άρθρο 66 παρ. 5 ν. 4622/2019.
[38] Εγχειρίδιο Μεθοδολογίας για την Κωδικοποίηση της Νομοθεσίας (2020) σε: https://gslegal.gov.gr

κωδικοποίησης, το εγχειρίδιο αυτό έρχεται να διασφαλίσει ότι οι κανόνες της Κ.Ε.Κ. θα υιοθετούνται από όλες τις επιμέρους επιτροπές και οι κώδικες θα διαμορφώνονται με τρόπο μεθοδολογικά ασφαλή και συστηματικά ενιαίο. Μεταξύ άλλων, το εγχειρίδιο αντιμετωπίζει ενιαία και ορισμένα ζητήματα ορολογίας που δεν είναι σαφή και δυσχεραίνουν την κατανόηση των ζητημάτων της κωδικοποίησης, διευκρινίζοντας, μεταξύ άλλων, τους όρους νομοθετική κωδικοποίηση, διοικητική κωδικοποίηση, αναμόρφωση, ενοποίηση διατάξεων κλπ.
Τέλος, ως πρώτο βήμα στη σύγκλιση μεταξύ της εργασίας κωδικοποίησης με τη διαδικασία νομοθέτησης προβλέπεται ότι η Κ.Ε.Κ. ενημερώνεται για οποιαδήποτε υφιστάμενη διαδικασία κωδικοποίησης πραγματοποιείται ή για σχέδια νόμων, σχετικές υπουργικές τροπολογίες, καθώς και κανονιστικές πράξεις που δύνανται να επηρεάσουν τη διαδικασία κωδικοποίησης της Κ.Ε.Κ..

5. Στόχοι και προοπτικές

Ο νόμος 4622/2019 αποτελεί ένα αποφασιστικό βήμα για το πρόγραμμα της κωδικοποίησης της νομοθεσίας και είναι συνεπής με τους στόχους και τις αρχές της καλής νομοθέτησης. Ο νόμος αυτός θέτει τις βάσεις και δημιουργεί τις προϋποθέσεις για μία ευρύτατη εργασία κωδικοποίησης, ικανής να αλλάξει το ρυθμιστικό τοπία της ελληνικής έννομης τάξης. Ταυτόχρονα, αποσκοπεί στην καλλιέργεια μίας «κουλτούρας» κωδικοποίησης στη νομοπαρασκευαστική διαδικασία και την διοικητική πρακτική.
Απώτερος στόχος και προοπτική κάθε τέτοιας προσπάθειας θα πρέπει να είναι η «διαρκής κωδικοποίηση»: αρχικά, δηλαδή, ο συντονισμός κωδικοποίησης και τρέχουσας νομοθετικής εργασίας και σε επόμενο στάδιο η ενοποίηση της διαδικασίας νομοθέτησης με τη διαδικασία της κωδικοποίησης, ώστε η νομοθετική παραγωγή να αποτελεί ταυτόχρονα και εργασία κωδικοποίησης. Οι διατάξεις του νόμου 4622/2019 είναι συνεπείς προς τους στόχους και τις προοπτικές αυτές και εναπόκειται στην εφαρμογή τους να επιτύχει αυτό που αποτελεί προσδοκία όχι μόνο του νομικού κόσμου, αλλά και των πολιτών και των επιχειρήσεων, αλλά και ενδυνάμωση του κράτους δικαίου.

Ο περιορισμός του αναδρομικού αποτελέσματος της ανάκλησης παράνομου διορισμού υπαλλήλου, λόγω πλαστότητας πτυχίου, με την αρχή της αναλογικότητας

Ευαγγελία Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Αντιπρόεδρος Ελεγκτικού Συνεδρίου

1.Ο διορισμός του υπαλλήλου με πλαστά ή νοθευμένα δικαιολογητικά και οι συνέπειες αυτού (ποινικές, πειθαρχικές, δημοσιονομικές και συνταξιοδοτικές)

α. Ο διορισμός ενός υπαλλήλου με πλαστά ή νοθευμένα δικαιολογητικά, μετά την ανακάλυψή του επισύρει συνέπειες, οι οποίες άπτονται πολλών κλάδων του Δικαίου, ήτοι διοικητικές εν στενή εννοία, πειθαρχικές, ποινικές, δημοσιονομικές και συνταξιοδοτικές. Η πληθώρα όλων των ως άνω συνεπειών για την αποκατάσταση, και μάλιστα αναδρομικά, μίας παράνομης κατάστασης συνδέεται πρωτίστως με την απαίτηση της αξιοκρατίας στο δημόσιο τομέα και αφορά την ειδική σχέση που συνδέει τον δημόσιο υπάλληλο με το Κράτος, η οποία ερείδεται στην υπεροχή του δημοσίου συμφέροντος έναντι του ιδιαίτερου προσωπικού συμφέροντος του υπαλλήλου με στόχο τη διασφάλιση της ορθολογικής, αποτελεσματικής και αδιάλειπτης λειτουργίας της δημόσιας διοίκησης, καθώς και της άσκησης των κρατικών λειτουργιών, στην οποία περιλαμβάνεται η παροχή υπηρεσιών στους πολίτες από όργανα (δημοσίους υπαλλήλους) που διαθέτουν τα κατά νόμο απαιτούμενα προσόντα.

β. Το Δημόσιο και οι ΟΤΑ για να ασκήσουν τη δραστηριότητά τους χρησιμοποιούν τις υπηρεσίες μεγάλου αριθμού φυσικών προσώπων που συνδέονται μαζί τους με μία ειδική νομική σχέση δημοσίου δικαίου, που συνάπτεται προαιρετικά, συνεπάγεται ιεραρχική εξάρτηση και πειθαρχική ευθύνη και διέπεται αποκλειστικά ή εν μέρει από ειδικούς κανόνες του διοικητικού δικαίου. Κατά το Σύνταγμα, οι οργανικές θέσεις πρέπει να καλύπτονται από δημοσίους υπαλλήλους που επιλέγονται με βάση τους κανόνες της ισότητας στην πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις (ισότητα ευκαιριών) και της προσωπικής αξίας (επιλογή με αντικειμενικά και απρόσωπα κριτήρια βάσει των τυπικών προσόντων των υποψηφίων),[1]που αποτελεί έκφανση τόσο της δημοκρατικής αρχής, όσο και της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας και της συμμετοχής στην κοινωνική και οικονομική ζωή της χώρας. Η ειδική νομική σχέση που συνδέει τον υπάλληλο με το Δημόσιο και τους ΟΤΑ ιδρύεται με τη μονομερή διοικητική πράξη του διορισμού, ενώ η δήλωση αποδοχής εκ μέρους του υπαλλήλου είναι αναγκαίος όρος για να λειτουργήσει αυτή η σχέση. Ο κατ' αυτόν τον τρόπο προσληφθείς δημόσιος υπάλληλος απολαμβάνει των δικαιωμάτων της μονιμότητας, της λήψης των αποδοχών (μισθού),της λήψης αδειών καθώς και της υγειονομικής περίθαλψης.

γ. Στο πλαίσιο αυτό οι δημόσιοι υπάλληλοι απολαμβάνουν των συνταγματικώς κατοχυρωμένων ατομικών τους δικαιωμάτων, λόγω όμως των αυξημένων υπηρεσιακών και εξωυπηρεσιακών τους υποχρεώσεων προς το Κράτος, οι οποίες απορρέουν από την ειδική λειτουργική σχέση που τους συνδέει μ' αυτό καθίστανται συνταγματικώς επιτρεπτοί, πέραν των γενικών περιορισμών, ορισμένοι ειδικοί περιορισμοί των ατομικών τους δικαιωμάτων που δικαιολογούνται από τη φύση της σχέσης τους με το Κράτος και τις απορρέουσες από τη σχέση τους αυτή υποχρεώσεις. Εγγενές στοιχείο της ειδικής λειτουργικής σχέσης των δημοσίων υπαλλήλων με το Κράτος συνιστά το συνταγματικά κατοχυρωμένο κατ' άρθρο 103 εδ.β΄ Σ δημοσίου δικαίου δικαίωμά τους σε μισθό, ο οποίος δεν συνιστά αντάλλαγμα για ορισμένη εργασία αλλά παροχή προσαρμοσμένη στην ειδική λειτουργική σχέση που συνδέει τους

[1] Βλ. ΣτΕ 2096/2000,2396/2004

δημοσίους υπαλλήλους με το Κράτος. Η υποχρέωση για την καταβολή του μισθού αποτελεί προϋπόθεση προκειμένου ο δημόσιος υπάλληλος να αφοσιωθεί απολύτως στην υπηρεσία του, ως ένα δια βίου επάγγελμα ώστε να διασφαλισθεί μία σταθερή και αξιόπιστη Διοίκηση ανεξάρτητη από πολιτικές επιρροές. Ο μισθός ο οποίος καταβάλλεται στους δημοσίους υπαλλήλους αποτελεί δημόσια δαπάνη με την οποία διασφαλίζεται η παροχή προς το Κράτος των υπηρεσιών που είναι απαραίτητες για την πραγμάτωση των επί μέρους κρατικών σκοπών.[2]

δ. Βάσει της αρχής της μονιμότητας των δημοσίων υπαλλήλων που κατοχυρώνεται συνταγματικά, αυτοί δύνανται να παυθούν από την υπηρεσία τους, εφόσον ο λόγος της απόλυσής τους προβλέπεται σε συμβατή με το Σ ειδική διάταξη νόμου, μετά από απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου με ειδική συγκρότηση (αποτελούμενο κατά τα 2/3 από δημοσίους υπαλλήλους),το οποίο οφείλει να ελέγξει τόσο τη συνταγματικότητα του νόμου βάσει του οποίου παραπέμπεται ο υπάλληλος προς απόλυση, [3]όσο και τη συνδρομή στο πρόσωπό του των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το λόγο της απόλυσής του. Για το λόγο αυτό ο Υπαλληλικός Κώδικας (Υ.Κ.) προβλέπει πειθαρχικά παραπτώματα τα οποία εξαιτίας της βαρύτητάς τους μπορούν να οδηγήσουν σε απόλυση (παύση) του υπαλλήλου, μετά την τήρηση της προβλεπόμενης πειθαρχικής διαδικασίας στην οποία παρεμβάλλεται πάντοτε απόφαση του αρμόδιου πειθαρχικού συμβουλίου, αλλά και άλλες αντικειμενικές καταστάσεις (όπως λόγους υγείας, ή έκπτωση μετά από αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση),οι οποίες δύνανται να επάγονται ως συνέπεια την απόλυση αυτού, πάντοτε όμως μετά από απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου. Στις περιπτώσεις αυτές, η λύση της υπαλληλικής σχέσης ενεργεί για το μέλλον, υπό την έννοια ότι οι αποδοχές που έλαβε ο υπάλληλος κατά την διάρκεια της υπηρεσίας του δεν αναζητούνται.

ε. Ειδική περίπτωση λύσης της υπαλληλικής σχέσης με μονομερή εκτελεστή πράξη της Διοίκησης είναι η περίπτωση της ανάκλησης πράξης διορισμού εντός διετίας για παράβαση νόμου καθώς και η ανάκληση του διορισμού, μετά την παρέλευση της διετίας, εάν αυτός που διορίστηκε προκάλεσε δολίως ή υποβοήθησε την παρανομία με βάση την διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 Υ.Κ. Δικαιολογητικός λόγος αυτής της ρύθμισης είναι ότι η αρχή της μονιμότητας προϋποθέτει νόμιμο και όχι παράνομο διορισμό. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ.2 του κυρωθέντος με άρθρο πρώτο του ν.2683/1999 Υ.Κ, ο παράνομος διορισμός, χωρίς τη μεσολάβηση δόλιας ενέργειας του υπαλλήλου, μπορούσε να λάβει χώρα εντός της προθεσμίας δύο ετών από το διορισμό του, ανεξαρτήτως εάν είχε προηγηθεί διαγωνιστική διαδικασία. Ενώ όσον αφορά την ανάκληση του παράνομου διορισμού που προκλήθηκε ή υποβοηθήθηκε από τον υπάλληλο, διατηρήθηκε η προβλεπόμενη και στον προϊσχύσαντα Κώδικα (π.δ.611/1977) δυνατότητα ανάκλησης χωρίς χρονικό περιορισμό[4]. Συνεπώς, έχουμε ειδικές διατάξεις για την ανάκληση των παράνομων διορισμών που διαφοροποιούνται από τις γενικές αρχές περί ανάκλησης των παράνομων διοικητικών πράξεων όπως προβλέπονται και στο άρθρο μόνο του α.ν. 261/1968.Το χρονικώς απεριόριστο της ανάκλησης σύμφωνα με την νομολογία του ΣτΕ και των διοικητικών δικαστηρίων, ενόψει και των γενικών αρχών της ανάκλησης (α.ν. 261/1968) δικαιολογείται διότι εκείνος που προσλήφθηκε παράνομα από υπαιτιότητά του δεν έχει θεμιτή κατά το δίκαιο προσδοκία για τη συνέχιση της παράνομης κατάστασης που ο ίδιος προκάλεσε. Επίσης, η υπαιτιότητά του δεν είναι ο λόγος της ανάκλησης, αφού η τελευταία επέρχεται αντικειμενικά διότι ο υπάλληλος δεν πληρούσε τις

---

[2] Βλ και διάταξη του άρθρου 80 παρ.1 Σ «όπου μισθός , σύνταξη …ούτε εγγράφεται στον προϋπολογισμό …χωρίς οργανικό ή άλλο ειδικό νόμου..».

[3] Πρόκειται για εξαίρεση από την αρχή ότι τα όργανα της Διοίκησης δεν εξετάζουν τη συνταγματικότητα του νόμου.

[4] Η ίδια ρύθμιση διατηρήθηκε και υπό την ισχύ του τελευταίου Υ.Κ. που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν.3528/2007 που διέπει τις πράξεις ανάκλησης των παράνομων διορισμών στο βαθμό που η ανάκληση έλαβε χώρα μετά την έναρξη της ισχύος του ήτοι από 9-2-2007 και εντεύθεν.

προϋποθέσεις διορισμού του, όμως, δικαιολογεί την ανάκληση και μετά την πάροδο του εύλογου, υπό τις περιστάσεις, χρόνου.

2. Διακριτική ευχέρεια ή δεσμία αρμοδιότητα για την ανάκληση του διορισμού;

α. Από τα γνωστά μας στο διοικητικό δίκαιο, η Διοίκηση δικαιούται και δεν υποχρεούται να ανακαλέσει μία παράνομη ευμενή διοικητική πράξη.[5] Για την ανάκληση μίας τέτοιας διοικητικής πράξης η Διοίκηση θα πρέπει να σταθμίσει διάφορα έννομα αγαθά από τη μία την τήρηση της αρχής της νομιμότητας, η οποία επιβάλλει καταρχήν την ανάκληση της πράξης, από την άλλη, όμως, θα πρέπει να σταθμίσει και τον χρόνο ο οποίος έχει παρέλθει από την έκδοση της παράνομης διοικητικής πράξης δοθέντος ότι, έχουν παγιωθεί κάποιες καταστάσεις, αφού υπάρχει το μεν, το δημόσιο συμφέρον για την ανάκληση της παράνομης πράξης, υπάρχουν όμως και τα δικαιώματα των καλόπιστων διοικουμένων. Όμως ειδικά για την ανάκληση παράνομου διορισμού ο οποίος οφείλεται σε πλαστό ή νοθευμένο τίτλο, με την προϋπόθεση ότι ο διορισθείς υπάλληλος συνετέλεσε σ' αυτόν, η ανάκληση απαιτεί δύο διαδικαστικές εγγυήσεις : 1) την προηγούμενη ακρόαση του υπαλλήλου[6] και 2) την αιτιολόγηση υπαίτιας συμπεριφοράς, που πρέπει να υπάρχει είτε στο σώμα της πράξης, είτε να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.[7] Συνεπώς, δεν αρκεί η διαπίστωση ότι υποβλήθηκε ένα πλαστό δικαιολογητικό για την ανάκληση του παράνομου διορισμού θα πρέπει να αιτιολογηθεί από την Διοίκηση ότι αυτός που διορίστηκε συνέβαλε τελικώς στον παράνομο διορισμό. Αυτό σημαίνει ότι δεν είναι δεδομένο ότι αν υπάρχει κάποιος πλαστός ή νοθευμένος τίτλος ο υπάλληλος που διορίστηκε ενήργησε δολίως[8]. 'Άλλως, η υποβολή και μόνο μη γνήσιου πτυχίου από τον υπάλληλο δεν στοιχειοθετεί την δόλια συμπεριφορά του, αφού, πρέπει να προκύπτει ότι ο υπάλληλος τελούσε εν γνώσει της μη γνησιότητας του τίτλου αυτού.

β.Η ανακλητική του διορισμού πράξη, στην περίπτωση κατάθεσης πλαστών δικαιολογητικών για τον διορισμό στο Δημόσιο/ΟΤΑ, μετά την πάροδο διετίας, εκδίδεται κατά δεσμία αρμοδιότητα της Διοίκησης, υπό την τήρηση των ως άνω διαδικαστικών εγγυήσεων (τήρηση της προηγούμενης ακρόασης, ειδική και επαρκής αιτιολογία καθώς και αρμοδιότητα του οργάνου), που αποβλέπουν στην διαπίστωση της υπαιτιότητας του υπαλλήλου ως προς την πρόκληση ή την υποβοήθηση του μη νόμιμου διορισμού. Η Διοίκηση φέρει ουσιαστικά το βάρος της απόδειξης και πρέπει να αιτιολογήσει εάν σε κάθε περίπτωση ο διοικούμενος ενήργησε δολίως. Αν η υπαιτιότητα του υπαλλήλου επιβεβαιωθεί επέρχεται ως αυτόθροη συνέπεια η ανάκληση του διορισμού.[9] Και αυτό διότι, το στοιχείο του δόλου του διορισθέντος

---

[5] Βλ. Σπύρο Βλαχόπουλο, εισήγηση σε ημερίδα που διοργανώθηκε από το ΔΣΠ στις 28-1-2019 με θέμα ''Παράνομες προσλήψεις και πλαστά δικαιολογητικά'' σύμφωνα με τον οποίο ''…σε αντίθεση με μία ευρέως διαδεδομένη αντίληψη δεν είναι υποχρεωμένη η διοίκηση να ανακαλέσει μία παράνομη διοικητική πράξη και γι' αυτό όταν ασκούνται αιτήσεις ακυρώσεως στο ΣτΕ ή στα ΔΕ κατά της άρνησης της διοίκησης να ανακαλέσει μία παράνομη διοικητική πράξη απορρίπτονται παγίως οι σχετικές αιτήσεις, διότι οι σχετικές αρνήσεις αυτής δεν συνιστούν παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας..».

[6] Βλ. ΣτΕ 2740/2005,πρβλ Στε 2141/1993, Ολομ.719/2015,2972/2014,4447/2012, Ολομ.3423,596/2008,1185/2001, Διοικ.Εφ.Αθ.1107,921/2017

[7] Βλ. ΣτΕ 3707/2015,1094/2014,895/2002,3569/1998, 204/1967, ΔιοικΕφΑθ.1272,1198,1107,398/2017, Διοικ.Εφ. Πειρ.298,253/2017, Διοικ.Εφ.Θες/νίκης 266.103/2017

[8] Βλ. Διοικ.Εφ.Χανίων119/2018, όπου ακυρώθηκε η ανάκληση διορισμού, μετά την πάροδο διετίας, με το σκεπτικό ότι η διοίκηση δεν αιτιολόγησε νομίμως τη δόλια συμπεριφορά του διοικουμένου.

[9] Βλ. και Ολομ.ΝΣΚ 280/2016 , το οποίο δέχεται ότι «η ανάκληση δορισμού είναι υποχρεωτική για τη Διοίκηση εάν διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις της διάταξης του άρθρου 20 του Υ.Κ.(ν.3528/2007), …..ανατρέχει δε στο χρόνο έκδοσης της παράνομης πράξης διορισμού και απαιτείται προς τούτο ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της διοίκησης περί της συνδρομής των αναφερόμενων στην παρ. 2 του άνω άρθρου προϋποθέσεων….. Οι δοικητικές πράξεις που αναφέρονται στην υπηρεσιακή κατάσταση των δημ.υπαλλ . συνάπτονται προς την ομαλή λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας ….. η έκδοση των ανακλητικών αυτών πράξεων αποβλέπει σαφώς στην υπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και , ως εκ τούτου, εκδίδεται κατά δεσμία αρμοδιότητα.»

στη δημιουργία της παράνομης κατάστασης στερεί καταρχήν τον υπάλληλο από κάθε εύλογη προσδοκία για την διατήρηση αυτής καθώς και την αξίωσή του για τη λήψη του μισθού. Σημειωτέον ότι, η ανάκληση μίας ατομικής διοικητικής πράξης ως παράνομης από το αρμόδιο διοικητικό όργανο, εξαφανίζει αυτήν αναδρομικώς από τότε που εκδόθηκε, αποκαθιστώντας την νομική κατάσταση που ίσχυε πριν από την έκδοσή της, ενώ αίρει όλες τις έννομες συνέπειες που απορρέουν από την έκδοση της πράξης αυτής.

γ. Ένα άλλο ζήτημα είναι το χρονικώς απεριόριστο της ανάκλησης με βάση και την νομολογία του ΣτΕ και των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων ενόψει και των γενικών αρχών της ανάκλησης,[10] το οποίο δικαιολογείται διότι εκείνος που προσελήφθη παρανόμως από υπαιτιότητά του δεν έχει θεμιτή κατά το δίκαιο προσδοκία για την συνέχιση της παράνομης κατάστασης την οποία ο ίδιος προκάλεσε. Η υπαιτιότητά του δεν είναι λόγος ανάκλησης, αφού αυτή επέρχεται λόγων αντικειμενικών δεδομένων που αφορούν στην έλλειψη των προϋποθέσεων διορισμού, πλην δικαιολογεί την ανάκληση και μετά την πάροδο του εύλογου από τις περιστάσεις μέτρου. Στο ειδικό σύστημα του Υ.Κ. το διοικητικό μέτρο της ανάκλησης της παράνομης διοικητικής πράξης διορισμού του υπαλλήλου ερείδεται στην διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 του Υ.Κ. (ν.3528/2007), στο πεδίο εφαρμογής του οποίου εμπίπτει κάθε παράνομη επιλογή του διορισθέντος υπαλλήλου καθώς και η περίπτωση κατά την οποία η Διοίκηση εκφέρει την κρίση της περί επιλογής του υποψηφίου κατά πλάνη περί τα πράγματα , ιδία η περίπτωση της πλαστογραφίας του τίτλου των σπουδών που αποτέλεσε μάλιστα και προσόν διορισμού του υπαλλήλου. Στην περίπτωση που δεν έχει μεσολαβήσει δόλια ενέργεια του υπαλλήλου ο χρόνος ανάκλησης είναι η διετία, εάν όμως ο παράνομος διορισμός προκλήθηκε ή υποβοηθήθηκε από τον υπάλληλο η ανάκληση χωρεί χωρίς οποιοδήποτε χρονικό περιορισμό, για λόγους προφανώς δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλουν την αποκατάσταση της ομαλής λειτουργίας της δημόσιας υπηρεσίας που έχει διαταραχθεί.

3. Ο σκοπός της ανάκλησης του διορισμού: Η πρόβλεψη της ανάκλησης ως αποκαταστατικού διοικητικού μέτρου.

α. Το μέτρο της ανάκλησης του διορισμού είναι μέτρο κατεξοχήν επανορθωτικού χαρακτήρα που συντείνει στην εύρυθμη λειτουργία της υπηρεσίας. Το μέτρο αυτό όπως κρίθηκε από το ΕλΣυν[11] δεν συνιστά: **1**) κύρωση, αφού το μέτρο της ανάκλησης δεν αποσκοπεί προεχόντως στην πρόληψη ή την καταστολή της παραβατικής συμπεριφοράς του υπαλλήλου, αλλά λαμβάνεται με βάση αντικειμενικά δεδομένα, ήτοι την έλλειψη των προϋποθέσεων του διορισμού του.2**)** πειθαρχική ποινή που αποβλέπει στη διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας της υπηρεσίας και της πειθαρχίας εντός του σώματος δια του πειθαρχικού κολασμού και σωφρονισμού του υπαλλήλου.[12] Διαφοροποιείται δε από την πειθαρχική ποινή της οριστικής παύσης τόσο ως προς τις ουσιαστικές και διαδικαστικές εγγυήσεις που τη συνοδεύουν, όσο και ως προς τις συνέπειες, αφού η μεν ανάκληση άγει σε καταρχήν πλήρη αναδρομική ανατροπή της δημοσιοϋπαλληλικής σχέσης και των ωφελειών που ο υπάλληλος έχει αντλήσει από αυτήν, ενώ στην πειθαρχική ποινή , η οποία υπόκειται σε κανόνες επιμέτρησης, ενεργεί εφεξής η αναγνώριση της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης για την επιβολή της. Εξάλλου, στην περίπτωση της πειθαρχικής ποινής προβλέπεται παραγραφή, ενώ αυτή περιβάλλεται με μείζονες διαδικαστικές εγγυήσεις και 3) ποινή, κατά την έννοια του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ, αφού η λήψη του διοικητικού μέτρου της ανάκλησης επιβάλλεται σε βάρος του υπαλλήλου για λόγους δημοσίου συμφέροντος και εύρυθμης λειτουργίας της υπηρεσίας και αποβλέπει στην αποκατάσταση της νομιμότητας, ενώ λαμβάνεται ασυνδέτως με οποιαδήποτε ποινική

[10] Βλ. άρθρο μόνο του α.ν. 261/1968 όπου ως εύλογος χρόνος θεωρείται ο χρόνος της πενταετίας από την έκδοση της πράξης.
[11] Βλ απόφ.Ι Τμήμ.ΕλΣυν 39/2019
[12] Βλ.ΣτΕ 4662/2012

διαδικασία που τυχόν εκκρεμεί σε βάρος του υπαλλήλου και δεν προϋποθέτει ποινική καταδίκη του. Όλα αυτά ανεξαρτήτως του εάν σε περίπτωση πρόκλησης ή υποβοήθησης του παράνομου διορισμού εκ μέρους του υπαλλήλου η ίδια υπαίτια συμπεριφορά, ενδεχομένως, θα ενέπιπτε στην αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση ποινικού αδικήματος. Μάλιστα το διοικητικό αυτό μέτρο κρίθηκε [13]ότι δεν πλήττει τον υπάλληλο με τέτοια σφοδρότητα, ώστε να προσλάβει ποινική χροιά και να λογίζεται ως ''ποινική κύρωση'' σύμφωνα με την ορισθείσα κατά το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ έννοια. Συνεπώς, κατά τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων δεν τίθεται, καταρχήν, ζήτημα εφαρμογής των αρχών που απορρέουν από το άρθρο 6 παρ.2 της ΕΣΔΑ περί του τεκμηρίου αθωότητας και του άρθρου 7 αυτής περί του ότι δεν επιβάλλεται ποινή, χωρίς σαφή και προβλέψιμη διάταξη νόμου, καθώς και του άρθρου 4 του Έβδομου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ για την αρχή ne bis in idem.

β. Η ανάκληση της πράξης του διορισμού, η οποία ενεργεί αναδρομικώς, διότι αποσκοπεί στην αποκατάσταση της νομικής κατάστασης που ίσχυε πριν την έκδοση της παράνομης πράξης με συνέπεια να αίρονται όλες οι έννομες συνέπειες που απορρέουν από την έκδοση της πράξης αυτής, οδηγεί αυτομάτως και στην άρση όλων των ωφελειών που έχει αντλήσει ο υπάλληλος από την δημοσιοϋπαλληλική του σχέση, μεταξύ των οποίων και οι μισθολογικές του απολαβές, εφόσον δεν έχει πλέον νόμιμο δικαίωμα προς απόληψη αυτών, σύμφωνα με το άρθρο 96 του ν.4270/2014[14] Είναι χαρακτηριστική η νμλγ του ΣτΕ[15] σύμφωνα με την οποία οι διοικητικές πράξεις που αναφέρονται στην υπηρεσιακή κατάσταση των δημοσίων υπαλλήλων ή υπαλλήλων νπδδ, συνάπτονται αμέσως προς την ομαλή λειτουργία της δημόσιας υπηρεσίας και, ως εκ τούτου, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν καταρχήν την άμεση εκτέλεσή τους. Αυτό ισχύει, κατά μείζονα λόγο, στην περίπτωση ανάκλησης διορισμού για το λόγο ότι ο υπάλληλος δεν κατείχε τα τυπικά προσόντα για να διορισθεί. Ως εκ τούτου, οι πράξεις αυτές που αφορούν σε ανάκληση διορισμού δεν υπόκεινται σε αναστολή εκτέλεσης, η οποία μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις μπορεί να χορηγηθεί, μετά από συνεκτίμηση της βλάβης του αιτούντος αλλά και του δημοσίου συμφέροντος.

4. Η ανάκληση του διορισμού και οι συνέπειες της για το ΕλΣυν: 1) καταλογισμός αποδοχών 2) Μη αναγνώριση της υπηρεσίας που παρασχέθηκε από τον υπάλληλο ως συντάξιμης.

α. Στην περίπτωση υπαλλήλων του Δημοσίου ή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου αχρεωστήτως λαβόντες είναι, μεταξύ άλλων, όσοι έλαβαν δημόσιο χρήμα για την απόσβεση της υποχρέωσης του Κράτους να τους καταβάλλει το μισθό τους ή άλλη μισθολογική παροχή. Ο καταλογισμός μη νόμιμων δαπανών γίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου (εκάστοτε ισχύοντος δημοσιονομικού νόμου) «στον λαβόντα εφόσον έχει συντελέσει υπαίτια στη μη νόμιμη πληρωμή και σε κάθε περίπτωση αχρεώστητης πληρωμής, ανεξάρτητα από υπαιτιότητα αυτού».[16]Ο καταλογισμός του υπαλλήλου τείνει στη (λογιστική) τακτοποίηση του ελλείμματος που δημιουργήθηκε από την αχρεώστητη πληρωμή σε αυτόν των μη νομίμων δαπανών.[17] Σε κάθε περίπτωση, ο λαβών σε αντίθεση με τον υπόλογο ευθύνεται μέχρι του ποσού της μη νόμιμης δαπάνης που έλαβε αχρεωστήτως.

β. Η καταλογιστική πράξη που ακολουθεί μετά την ανάκληση του παράνομου διορισμού εκδίδεται για την αποκατάσταση του ελλείμματος που προκλήθηκε ένεκα της ως άνω παράνομης και αχρεώστητης καταβολής αποδοχών και προς τακτοποίηση του οικείου λογαριασμού, προσβάλλεται δε ενώπιον του ΕλΣυν με το διαπλαστικό ένδικο βοήθημα της

[13] Βλ. ΔΕφ.ΑΘ.672/2017,698/2016, ΔΕφ.Χανίων 62/2017, ΔΕφθεσ.933/2016
[14] Βλ. και άρθρο 33 παρ.18 του ν.2362/1995
[15] Βλ. ΕΑ ΣτΕ 175/2017, 377,138/2016, 66/2014,1253/2006,768/2004
[16] Βλ. άρθρα 33 παρ.1 περ.β και 56 παρ.4 του ν.2362/1995 , και ήδη άρθρο 96 του ν.4270/1994
[17] Βλ.Πρακτικά Ολ.Ελ.Συν. 12η Γεν.Συν/16-6-2010

έφεσης δημιουργώντας διαφορά ουσίας.[18]Ειδικότερα το ΕλΣυν δέχεται παγίως ότι η επακολουθήσασα της ανάκλησης του διορισμού καταλογιστική πράξη που εκδίδεται για την αποκατάσταση του ελλείμματος που προκλήθηκε ένεκα της παράνομης και αχρεώστητης καταβολής των αποδοχών ανήκει στη δεσμία αρμοδιότητα της δημοσιονομικής διοίκησης, η οποία οφείλει να την εκδώσει ως το μόνο μέτρο το οποίο είναι πρόσφορο, κατάλληλο και αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού που είναι αυτός της αποκατάστασης της νομιμότητας και μάλιστα αναδρομικά. Όμως η συμβατότητα του μέτρου του καταλογισμού προς τις συνταγματικές αρχές της ασφάλειας του δικαίου, της σαφήνειας και της προβλεψιμότητας καθώς και προς την αρχή της αναλογικότητας τελεί υπό την επιφύλαξη του χρονικού σημείου κατά το οποίο συντελείται η ανάκληση αυτή σε σχέση με τον διορισμό του υπαλλήλου,[19] ενόψει και των επιπτώσεων που φέρει στην προσωπική και οικονομική του κατάσταση, ο οποίος απώλεσε την υπαλληλική του ιδιότητα. Και αυτό διότι, όλες οι θεσμικές εγγυήσεις με τις οποίες περιβάλλει το Σ τους δημοσίους υπαλλήλους (άρθρο 103 παρ.2 και 3Σ) καταδεικνύουν ότι οποιαδήποτε επέμβαση στο status του δημοσίου υπαλλήλου, τόσο από το νομοθέτη, όσο και από τη διοίκηση που συνεπάγονται τον τερματισμό ή την εν γένει ανατροπή της υπηρεσιακής του κατάστασης, με σοβαρές άμεσες ή αντανακλαστικές συνέπειες στην προσωπική του κατάσταση, πρέπει να είναι συναφείς με τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της υπαλληλικής του ιδιότητας.

γ. Περαιτέρω, η ανάκληση του παράνομου διορισμού επάγεται και τη μη αναγνώριση, αναδρομικά του χρόνου υπηρεσίας που παρασχέθηκε από τον υπάλληλο ως συντάξιμος, η οποία οδηγεί σε πλήρη στέρηση της σύνταξής του. Η νομολογία αυτή του ΙΙ Τμήματος δεν είχε καμφθεί μέχρι τότε, που κρίθηκε το ζήτημα[20], παρά μόνο σε οριακές περιπτώσεις ανάκλησης παράνομου διορισμού υπαλλήλων κατά τις οποίες όμως αυτοί ήταν καλόπιστοι, διότι ο λόγος ανάκλησης αναγόταν στη σφαίρα ευθύνης της Διοίκησης. Στις περιπτώσεις αυτές, μετά την υποβολή της αίτησης πρόσληψης, κατά την διάρκεια της ανώμαλης πολιτειακής περιόδου, είχε θεσπισθεί ως κώλυμα διορισμού η υποχρεωτική εκπλήρωση της στρατιωτικής θητείας, οπότε βάσει των συνταγματικών αρχών της αναλογικότητας και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης κρίθηκε ότι η διανυθείσα, προ της ανάκλησης, υπηρεσία έπρεπε να λογισθεί ως συντάξιμη.[21]

5. Ο αποκλεισμός της ένστασης του αδικαιολόγητου πλουτισμού (άρθρο 904 ΑΚ)

Το ΕλΣυν, όταν ήρθε ενώπιον του υπόθεση που αφορούσε στη νομιμότητα ανάκλησης διορισμού υπαλλήλου νοσηλευτικού ιδρύματος για την οποία διαπιστώθηκε, μετά από σχετικό έλεγχο που διενεργήθηκε ότι ο τίτλος σπουδών που είχε υποβάλλει κατά τον διορισμό της σε οργανική θέση ΔΕ Αδελφών Νοσοκόμων νοσηλευτικού ιδρύματος ήταν πλαστός, άλλως νοθευμένος και καταλογίστηκε με το ποσό των 179.014,40 ευρώ για το χρονικό διάστημα από 27-2-2001 έως 31-5-2014, απέκλεισε στην καταλογιζόμενη την ένσταση του αδικαιολογήτου πλουτισμού κατά το άρθρο 904 ΑΚ με το ακόλουθο σκεπτικό: Ο καταλογισμός του παρανόμως

[18] Βλ. Ολ.Ελ.Συν. 1104/2007

[19] Βλ. ΕλΣυν Ι Τμήμ.39/2019

[20] Βλ. Ελ.Συν. ΙΙ Τμήμ. 1176/2018

[21] Βλ. Ελ.Συν ΙΙ Τμήμ.156,332/2017 , καθώς και απόφαση του ΣτΠ όπου κρίθηκε η απένταξη ασφαλισμένης από το πρόγραμμα προαιρετικής ασφάλισης μετά από 9 χρόνια από την ένταξή της διότι από λάθος της Διοίκησης καταμετρήθηκε λανθασμένα ο χρόνος της ασφάλισής της. Μετά την απόρριψη της ένστασής της κατά της ακυρωτικής απόφασης ο ΣτΠ πρότεινε την επανεξέταση της υπόθεσής της με βάση την αρχή της χρηστής διοίκησης , της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της αρχής της τυπικής ασφάλισης οι οποίες δεν επιτρέπουν τον αιφνιδιασμό του πολίτη Με την απόφαση αυτή του ΣτΠ επισημάνθηκε ότι στο πλαίσιο του Κράτους Δικαίου δεν είναι ανεκτή η ανάκληση από την Διοίκηση ευμενών διοικητικών πράξεων χωρίς κανένα χρονικό περιορισμό, καθώς η νμλγ είναι σταθερά αποτρεπτική στη δυσμενή μεταβολή των συνθηκών μετά την πάροδο 5ετίας.Επίσης κρίθηκε ότι ο εύλογος χρόνος κρίνεται πάντοτε ανάλογα με το είδος, τις συνθήκες καθώς και τις συνέπειες της ανακαλούμενης διοικητικής πράξης.

διορισθέντος υπαλλήλου με τις εισπραχθείσες από αυτόν αποδοχές συνεπάγεται μεν τον πλουτισμό του Δημοσίου, όμως ο πλουτισμός αυτός έχει νόμιμη αιτία την, κατά το άρθρο 33 του ν.2362/1995, υποχρέωση του αχρεωστήτως λαβόντος που έχει υπαιτίως συντελέσει στη μη νόμιμη πληρωμή, στην αποκατάσταση του ελλείμματος στη δημόσια διαχείριση από την καταβολή σ' αυτόν των παρανόμως ληφθεισών αποδοχών.[22] Η υπηρεσία άλλωστε που παρέχει ο δημόσιος υπάλληλος μετά την αυτοδίκαιη έκπτωσή του και μέχρι την έκδοση της διαπιστωτικής πράξης της απόλυσής του δεν δημιουργεί καμία αξίωση για αμοιβή, αφού η εν λόγω υπηρεσία δεν ερείδεται σε έγκυρη υπαλληλική σχέση, ως εκ τούτου, δεν δημιουργείται καμία αξίωση ούτε από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Ζήτημα γεννάται και για το χρόνο γένεσης των σχετικών αξιώσεων καθώς με την έκδοση της καταλογιστικής πράξης το Δημόσιο δεν γίνεται πλουσιότερο, δοθέντος ότι αυτό δεν έχει εισπράξει ακόμη την απαίτησή του που έχει ενσωματωθεί στην καταλογιστική πράξη και δεν έχει επέλθει η επικαλούμενη μετάθεση της περιουσίας, την οποία απαιτεί ο νόμος για να είναι βάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός περί αδικαιολογήτου πλουτισμού.
Όμοια νομολογία είχε ακολουθήσει και ο ΑΠ[23] ο οποίος, σε όμοιας κατηγορίας υποθέσεις, έκρινε ότι η εργασία που απαγορεύεται απόλυτα από το νόμο δεν δημιουργεί καμία αξίωση αμοιβής, ούτε περαιτέρω δημιουργεί αξίωση από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, αφού τέτοιος πλουτισμός δεν προκύπτει για τον εργοδότη, ενόψει του ότι αυτός, στη θέση του διατηρηθέντος προσωπικού δεν θα προσλάμβανε άλλον με έγκυρη σύμβαση εργασίας και δεν θα υποβαλλόταν στις δαπάνες αμοιβής του με αντίστοιχη ωφέλεια.

6. Η εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας για την επίτευξη της δίκαιης ισορροπίας μεταξύ του δημόσιου σκοπού που εξυπηρετεί το μέτρο του καταλογισμού και της συνταγματικώς επιβεβλημένης ανθρώπινης αξιοπρέπειας και των διακυβευόμενων ατομικών δικαιωμάτων του υπαλλήλου.

α. Ειδικότερα το Ελ Συν έκρινε ότι στο πλαίσιο της προκειμένης δημοσιολογιστικής διαφοράς που αφορά στον καταλογισμό αποδοχών, συνεπεία ανάκλησης του παράνομου διορισμού του υπαλλήλου, δύναται κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας[24] να προβεί, κατόπιν στάθμισης των πραγματικών περιστατικών εκάστης περίπτωσης, σε μείωση του επιστρεπτέου ποσού. Η στάθμιση αυτή κρίθηκε αναγκαία για την ικανοποίηση δύο στόχων : 1) την επίτευξη μίας δίκαιης ισορροπίας μεταξύ αφενός του δημοσίου σκοπού που εξυπηρετεί το μέτρο του καταλογισμού και της συνταγματικώς επιβεβλημένης ανθρώπινης αξιοπρέπειας και των διακυβευόμενων ατομικών δικαιωμάτων του υπαλλήλου και 2) τη διασφάλιση ότι το διοικητικό μέτρο του καταλογισμού, το οποίο αποσκοπεί στην αναδρομική αποκατάσταση της νομιμότητας σε σχέση με τις περιουσιακής φύσης ωφέλειες που έχει αντλήσει ο υπάλληλος από την επί μακρόν υφιστάμενη κατάσταση να συνάδει με τη φύση της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου και να μην μετατρέπει αυτή σε πειθαρχική κύρωση ή ποινή. Και αυτό διότι, ενόψει του αναδρομικού αποτελέσματος της ανάκλησης, η διατήρηση των πρωτογενώς κυρωτικών χαρακτηριστικών του μέτρου συναρτάται απολύτως με το χρόνο στον οποίο αυτό λαμβάνεται. [25]
β. Το ΕλΣυν με τη λύση που έδωσε επεδίωξε να καλύψει το κενό μίας ειδικής νομοθετικής ρύθμισης για την ανάκληση της παράνομης πράξης διορισμού ακόμη και επί υπαίτιας συμπεριφοράς του παρανόμως διορισθέντος, μετά από μακρότατο χρόνο από τον διορισμό του, όταν μάλιστα το Δημόσιο έχει επωφεληθεί των υπηρεσιών του υπαλλήλου αυτού, χωρίς να έχει ασκήσει τη νόμιμη ευχέρειά του να προβεί σε έλεγχο γνησιότητας των δικαιολογητικών

[22] Βλ. ΕλΣυν 1016/2017,πρβλ ΑΠ 1161/2017, Βλ. και contra V Τμήμ.1730/2016
[23] Βλ. ΑΠ 401/2015
[24] Για τη αρχή της αναλογικότητας βλ. ενδεικτικά Β. Τζέμος, Η «ώριμη αναλογικότητα», ΔιΔικ 2019, σ. 200επ.
[25] Βλ. Ολ.Ελ.Συν. 890/2016,2927/2015, ΙΙ Τμήμ. 1176/2018

του διορισμού του[26]. Η έλλειψη ενός απώτατου χρονικού σημείου στο οποίο θα μπορούσε να αναδράμει η ανάκληση του παράνομου διορισμού , η μη πρόβλεψη μίας ειδικής διαδικασίας που θα παρείχε τη δυνατότητα στη διοίκηση να κρίνει τις συνθήκες πρόκλησης ή υποβοήθησης από τον υπάλληλο του παράνομου διορισμού του, ο βαθμός της προσβολής των συνταγματικών αρχών της αξιοκρατίας και της ισότητας κατά την πρόσβαση στη δημόσια θέση, σταθμίζοντας παράλληλα και τους αμυντικούς ισχυρισμούς του υπαλλήλου ώστε να επιβληθεί σ' αυτόν το ανάλογο ύψος φαίνεται να είναι καταρχήν συνθήκες αναγκαίες και ικανές να δικαιολογήσουν τη δικαιοπολιτικά ορθή λύση που δόθηκε από το Δικαστήριο, κατά την διάγνωση της νομιμότητας της καταλογιστικής πράξης, προσαρμοσμένη στην αρχή της αναλογικότητας**.** Η δικαιολογητική βάση της λύσης αυτής οφείλεται στην βαρύτητα των συνεπειών της ανάκλησης μετά την πάροδο μακρού χρονικού διαστήματος στην προσωπική και οικονομική κατάσταση του υπαλλήλου που δημιουργεί το κίνδυνο να αναδειχθούν ως πρωτογενή τα κυρωτικά χαρακτηριστικά του μέτρου, αλλοιώνοντας τη φύση και το σκοπό του μέτρου της ανάκλησης. Όλες οι ως άνω επαπειλούμενες συνέπειες, στις περιπτώσεις αυτές, λόγω και του σωρευτικού τους αποτελέσματος, προκαλούν βαρύτατες συνέπειες που σκοπό έχουν να αφαιρέσουν από τον υπάλληλο ο οποίος προσέφερε τις υπηρεσίες του όλα αυτά τα χρόνια όλες τις ωφέλειες που άντλησε από τη σχέση αυτή.

γ. Έτσι υιοθετήθηκε η λύση, σε συνταγματική βάση (άρθρα 2παρ.1,17παρ.1 και 25παρ.1Σ) της αναγνώρισης κάποιου ύψους αποδοχών και σύνταξης,[27]μετά την συνεκτίμηση του μακρού χρονικού διαστήματος κατά το οποίο ο παρανόμως διορισθείς προσέφερε, έστω de facto, την εργασία του, την μακροχρόνια ωφέλεια που άντλησε το Δημόσιο και το γεγονός ότι η Διοίκηση, αν και ήταν σε θέση δεν προέβη σε έλεγχο των δικαιολογητικών σε χρόνο εγγύτερο της πρόσληψης. Ειδικότερα, στην περίπτωση της νοσηλεύτριας η οποία διόρθωσε το τίτλο των σπουδών της το Δικαστήριο προσέφυγε σε κριτήρια αντικειμενικά, πρωτίστως την πάροδο μακρού χρονικού διαστήματος από τον διορισμό αλλά και υποκειμενικά που αφορούν εν γένει την συμπεριφορά την καταλογιζόμενης καθ΄ όλη τη διάρκεια του εργασιακού της βίου, όπως προκύπτει από τις εκθέσεις αξιολόγησης αυτής και τις εν γένεις συνθήκες στις οποίες αυτή τελούσε. Οι ειδικότερες περιστάσεις, εν προκειμένω, αφορούσαν στην μεσολάβηση μακρού χρονικού διαστήματος (13 χρόνια) από το διορισμό της, με συνέπεια, το ύψος του καταλογισθέντος ποσού να ανέρχεται στο ποσό των 179.014,40 ευρώ. Επίσης το γεγονός ότι αυτή, καίτοι παραποίησε το βαθμό του επίμαχου τίτλου σπουδών της, είχε αποφοιτήσει επιτυχώς από την αντίστοιχη Επαγγελματική Σχολή, εκτελούσε δε τα καθήκοντά της με συνέπεια και επάρκεια, όπως προέκυψε από τις προσκομισθείσες εκθέσεις αξιολόγησης. Στην συνέχεια, μετά από συνεκτίμηση των ειδικότερων αιτιάσεων αυτής και προκειμένου να μην διαταραχθεί η δίκαιη ισορροπία μεταξύ του δημόσιου σκοπού αποκατάστασης της νομιμότητας που είχε διαταραχθεί και της συνταγματικώς επιβεβλημένης προστασίας των διακυβευόμενων ατομικών της δικαιωμάτων, το γεγονός ότι η μείωση αυτή συνάδει με την φύση της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου (όχι ως διοικητικής ή πειθαρχικής κύρωσης ή ποινής), μείωσε το ποσό του καταλογισμού στο ύψος των 50.000 ευρώ.

δ. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η νμλγ των Διοικητικών Δικαστηρίων με σημαντικές διακυμάνσεις λόγω και της πολυμορφίας των περιπτώσεων. Παγίως έκριναν τα Διοικητικά Δικαστήρια ερμηνεύοντας τη διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 Υ.Κ.(ν.3528/2007) ότι η ανάκληση του

---

[26] Βλ. άρθρο 28 του ν.4305/2014 σύμφωνα με το οποίο καθιερώνεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας που προηγείται του διορισμού ή της προσλήψεως ενός υπάλληλου ο έλεγχος της γνησιότητας των δικαιολογητικών που έχει υποβάλει, ενώ για τους ήδη υπηρετούντες καθιερώνεται ο αυτεπάγγελτος έλεγχος της γνησιότητας των δικαιολογητικών με αφορμή συγκεκριμένη σοβαρή υπηρεσιακή μεταβολή(μετάταξη ή μεταφορά ή παραίτηση από την υπηρεσία).

[27] Με τη διάταξη της παρ.5 του άρθρου 28 του ν.4305/2014 για τον έλεγχο της γνησιότητας των δικαιολογητικών και κατά το στάδιο της παραίτησης και της λύσης της υπαλληλικής σχέσης δεν ετέθη ρύθμιση ως προς το ύψος των προς επιστροφή αποδοχών και την τύχη του συνταξιοδοτικού του δικαιώματος.

διορισμού σε περίπτωση πρόκλησης ή υποβοήθησης της παρανομίας από τον υπάλληλο δεν υπόκειται σε κανένα χρονικό περιορισμό και ότι αυτό δικαιολογείται όχι μόνο από τη μέριμνα του νομοθέτη για την αποκατάσταση της σοβαρά διαταραχθείσας νομιμότητας καθώς και των αρχών της αξιοκρατίας και της ισότητας των πολιτών, κατά την κατάληψη των δημοσίων θέσεων αλλά και εξαιτίας των σοβαρών ενδείξεων ότι ο διορισθείς στερείται του ενδεδειγμένου ήθους[28]. Το στοιχείο του δόλου στη δημιουργία της παράνομης κατάστασης τον στερεί από κάθε εύλογη, κατά το δίκαιο , προσδοκία στη διατήρηση της. Ο κανόνας αυτός κρίθηκε ότι δύναται να καμφθεί σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όταν η παρέλευση ιδιαίτερα μακρού χρόνου από τον διορισμό του υπαλλήλου σε συνδυασμό με τις ειδικές περιστάσεις της κάθε περίπτωσης, όπως οι ειδικότερες συνθήκες της υπηρεσιακής και προσωπικής ζωής του υπαλλήλου, θα καθιστούσαν την ανάκληση αντίθετη στις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης, ενόψει των οποίων θα πρέπει να ερμηνεύονται οι πιο πάνω διατάξεις του Κώδικα.[29]

7. Η αλλαγή της νομολογίας του ΑΠ στην περίπτωση παράνομου διορισμού (ΑΠ 3/2019)

1. Η περίπτωση που έκρινε ο ΑΠ αφορούσε μία μόνιμη υπάλληλο του κλάδου ΥΕ – Βοηθητικού – Προσωπικού (καθαρίστρια) η οποία εμφάνισε για τον διορισμό της τίτλο σπουδών που δεν είχε (απολυτήριο Δημοτικού Σχολείου), αφού είχε φοιτήσει μόνο μέχρι την Ε Δημοτικού και ουδόλως στην ΣΤ΄ τάξη και ως εκ τούτου, δεν διέθετε τα τυπικά προσόντα για την κατάληψη της επίδικης θέσης της καθαρίστριας. Στην υπόθεση αυτή η πλειοψηφία καταφάσκει πανηγυρικά στο επιχείρημα της ισάξιας αντιπαροχής και αποκλείει τη ζημία του Δημοσίου όχι μόνο όταν ο υπάλληλος είχε πράγματι το τυπικό προσόν αλλά μειονεκτούσε έναντι των συναδέλφων του, κάλυψε δε αυτό το μειονέκτημα μ' ένα πλαστό δικαιολογητικό, αλλά και όταν έλειπε αυτό το τυπικό προσόν, όμως, δεν επηρέασε την παροχή της κατάλληλης εργασίας. Διότι ναι μεν η αποφοίτηση από την Στ΄ Τάξη και όχι από την Ε΄΄ Τάξη είχε πράγματι σημασία για το κύρος του διορισμού, όχι όμως για την παροχή της κατάλληλης εργασίας. Συνεπώς, ο ΑΠ δέχεται ότι «η ζημία του Δημοσίου ισοσταθμίζεται από την παροχή της εργασίας του, εκτός εάν το Δημόσιο ή το ΝΠΔΔ απέβλεψε σε ιδιαίτερες ικανότητες ή δεξιότητες Αντίθετη άποψη δεν μπορεί να γίνει δεκτή ενόψει και του άρθρου 904 ΑΚ που παρέχει τη δυνατότητα στον εργαζόμενο αναζήτησης μη καταβληθέντων μισθών ακόμη και επί άκυρης σύμβασης εργασίας και συνακόλουθα και μη νόμιμης εργασίας με τον αδικαιολόγητο πλουτισμό» Πρόκειται για μία ρηξικέλευθη προσέγγιση της συγκεκριμένης περίπτωσης που αφορά σε παροχή ανειδίκευτης εργασίας».
Το επιχείρημα της ισάξιας αντιπαροχής αντικρούεται στη ρίζα του από την μειοψηφία του ΑΠ. Δέχεται τη θέση ότι δεν υπάρχει βλάβη και άρα ότι δεν στοιχειοθετείται απάτη όταν η ζημία που επήλθε από την απατηλή συμπεριφορά ισοσταθμίζεται πλήρως από μία ισάξια αντιπαροχή που περιήλθε στον εξαπατηθέντα από την πράξη την οποία αυτός παραπείσθηκε να διαπράξει, είναι καταρχήν ορθή. Όμως η απάτη δεν αποκλείεται, άνευ ετέρου, σε κάθε περίπτωση ισοστάθμισης Επιβάλλεται η διττή προϋπόθεση: 1) το περιουσιακό αντιστάθμισμα πρέπει να είναι όχι μόνο ισάξιο αλλά και νόμιμο[30] και 2) να μπορεί να συμψηφισθεί με την ζημία κατά την έννοια του άρθρου 440 ΑΚ. Το όφελος του παθόντος που αντιστοιχεί στον αδικαιολόγητο πλουτισμό δεν συνδέεται εν προκειμένω με την περιουσιακή του διάθεσή. Και αυτό διότι, όταν κάποιος προσκομίσει ένα πλαστό ή ανακριβές πτυχίο επιτυγχάνει με την απάτη να προσληφθεί σε δημόσια θέση καίτοι δεν έχει τα προσόντα και κωλύεται να παράσχει τις υπηρεσίες του, η ζημία του Δημοσίου έγκειται στην λόγω της προσλήψεως ίδρυση της ενοχικής του

[28] ΔΕφ.Αθ 50/2018
[29] Βλ. Δ.Εφ.ΑΘ.258/2016,442/2016 και 1107/2017
[30] Κατά την μειοψηφία, η αντιπαροχή δεν διαθέτει τον απαραίτητο μανδύα '' νομιμότητας'' εφόσον προηγήθηκε η παράνομη ενέργεια της υποβοήθησης και της πρόκλησης του παράνομου διορισμού.

υποχρέωσης στην καταβολή του μισθού. Η ζημία δε του Δημοσίου έχει επέλθει με την πρόσληψη, ενώ η παροχή της εργασίας γεννά υπέρ του εργαζόμενου αξίωση κατά του εργοδότη για αδικαιολόγητο πλουτισμό για αιτία παράνομη κατά τα άρθρα 904 ΑΚ, πλην όμως, ο συμψηφισμός αυτών δεν αναιρεί την ύπαρξη της βλάβης διότι συνιστά γεγονός μεταγενέστερο μη συνδεόμενο άμεσα με την ήδη συντελεσθείσα περιουσιακή διάθεση (ανάληψη της ενοχής για την καταβολή του μισθού). Επίσης κατά την άποψη αυτή ότι δεν αρκεί η παρεχόμενη εργασία να είναι της αυτής ποσότητας αλλά πρέπει να είναι και της αυτής ποιότητας με εκείνη στην οποία είχε αποβλέψει το Δημόσιο. Η δε κατόπιν απάτης παρεχόμενη εργασία είναι ως προϊόν αδικήματος παράνομη, ήτοι εργασία κατώτερης ποιότητας από εκείνη που προσδοκούσε το Δημόσιο να του παρασχεθεί, αφού με την προκήρυξη της θέσης απαιτήθηκαν κάποια ελάχιστα νόμιμα προσόντα.

8.Τα προβλήματα της προτεινόμενης λύσης της αρχής της αναλογικότητας από το Ι Τμήμα. Η λύση του αδικαιολόγητου πλουτισμού που υιοθέτησε ο ΑΠ

α. Καταρχάς φαίνεται ότι η ανάκληση του διορισμού με τις συνέπειες που αυτή έχει, μισθολογικές και συνταξιοδοτικές, συνιστά μέτρο πρόσφορο (ικανό, κατάλληλο) και αναγκαίο(απαραίτητο) για τους προαναφερόμενους ειδικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος. Και αυτό διότι, η διά της αναδρομικής ανατροπής του status του δημοσίου υπαλλήλου αφαίρεση των ωφελημάτων από αυτόν αποτελεί αναγκαία συνθήκη για την αποκατάσταση της νομιμότητας και των αρχών της αξιοκρατίας και της ισότητας στην πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις , λόγω της σοβαρής παραβίασης των συνταγματικών αρχών και προς βλάβη των συμφερόντων τρίτων, οι οποίοι πιθανόν να αποκλείστηκαν από την πρόσβασή τους στη δημόσια θέση, εξαιτίας των απατηλών του ενεργειών. Όμως, το μέτρο του καταλογισμού, το οποίο αφορά στις μισθολογικές συνέπειες , δύναται, αναλόγως των περιστάσεων εκάστης περίπτωσης να αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας και δη στην τήρηση της δίκαιης ισορροπίας μεταξύ του σκοπού που υπηρετείται με αυτό και των θεμελιωδών δικαιωμάτων του υπαλλήλου και αυτό διότι ο τελευταίος έχει πράγματι απασχοληθεί επί μακρόν στο Δημόσιο μέχρις εξαντλήσεως του εργασιακού του βίου. Εν προκειμένω ελέγχεται εν τέλει από τον Δικαστή η αναλογία μεταξύ της σημασίας του θεραπευόμενου έννομου συμφέροντος (σκοπού) και της έντασης του επιλεγέντος μέτρου και των επιπτώσεων αυτού στην οικονομική και στην προσωπική κατάσταση του παρανόμως διορισθέντος.

β. Στο ζήτημα των πλαστών πτυχίων η διάκριση στην οποία βασίστηκε η απόφαση του Ι Τμήματος του Ελ.Συν.[31] για την πλέον πρόσφορη λύση που πρέπει να δοθεί στις περιπτώσεις αυτές, ήτοι η διάκριση όσον αφορά την ανάκληση μεταξύ του διοικητικού μέτρου και της διοικητικής κύρωσης είναι θεμελιώδης. Η ανάκληση του παράνομου διορισμού αποτελεί, όπως προ εκτέθηκε, διοικητικό μέτρο και όχι διοικητική κύρωση που έχει το χαρακτήρα γενικής ή ειδικής πρόληψης, αφού αποσκοπεί στην αποκατάσταση της νομιμότητας που έχει διαταραχθεί. Δομικό στοιχείο των υποθέσεων αυτών είναι ότι η δόλια συμπεριφορά του υπαλλήλου δεν είναι ο λόγος της ανάκλησης- αφού η τελευταία επέρχεται, διότι αντικειμενικά ο υπάλληλος δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις του διορισμού – αποτελεί απλά την συνθήκη, η οποία δικαιολογεί την ανάκληση μετά την πάροδο εύλογου υπό τις περιστάσεις χρόνου.

γ. Το Ι Τμήμα, εν προκειμένω, διαπίστωσε μία ουσιώδη αντινομία. Το ίδιο βιοτικό συμβάν της υποβοήθησης ή της υπαίτιας σύμπραξης σε ένα παράνομο διορισμό μπορούσε να οδηγήσει τόσο σε ανάκληση υποχρεωτικά του παράνομου διορισμού, όσο και σε τυποποίηση της συμπεριφοράς του υπαλλήλου ως πειθαρχικό αδίκημα Εφόσον δε είχε κινηθεί η πειθαρχική διαδικασία για το ως άνω παράπτωμα δεν μπορούσε η Διοίκηση να προβεί και σε ανάκληση του διορισμού. Το γεγονός δε ότι στο σύστημα του ΥΚ δεν είχε περιληφθεί, μέχρι πρόσφατα,

[31] ΕλΣυν Ι τμήμ.39/2019

ως ειδικό πειθαρχικό αδίκημα, δεν εμπόδιζε την Διοίκηση να ενεργοποιήσει είτε τον ένα μηχανισμό, είτε τον άλλο. Συγκεκριμένα, όπως η διάταξη του άρθρου 20 παρ.2 του ν.3528/2007 είχε ερμηνευθεί από το ΣτΕ[32] ότι- αν και κατά κανόνα, η πειθαρχική δίωξη ασκείται για πράξεις του υπαλλήλου που τελούνται μετά το διορισμό του - ο υπάλληλος ελέγχεται και για πράξεις προ του διορισμού, εφόσον από τις πράξεις αυτές προκλήθηκε δόλια ή υποβοηθήθηκε η παρανομία της πράξεως του διορισμού. Στην περίπτωση μάλιστα αυτή δύναται να ασκηθεί πειθαρχική δίωξη, έστω και αν δεν προηγήθηκε ανάκληση του διορισμού του πειθαρχικώς διωκόμενου, ενώ απορρίφθηκε ως αβάσιμος ο λόγος με τον οποίο ο πειθαρχικώς διωκόμενος πρόβαλε ότι έπρεπε της ασκήσεως της πειθαρχικής διώξεως να είχε προηγηθεί ανάκληση του διορισμού. Σημειωτέον ότι ήδη, με το άρθρο 29 παρ.1 του ν.4305/2014 με τίτλο ‘’ Προσθήκη ειδικού πειθαρχικού παραπτώματος΄΄ προστέθηκε παράγραφος λδ’ στο άρθρο 107 παρ.1 του ΥΚ όπου στα ειδικά πειθαρχικά παραπτώματα περιλαμβάνεται ‘’η κατάθεση, η χρήση, η συμπερίληψη και η διατήρηση στον ατομικό υπηρεσιακό φάκελο υπαλλήλου, πλαστού, νοθευμένου ή παραποιημένου πιστοποιητικού ή τίτλου ή βεβαιώσεως’’

δ. Σημειωτέον ότι το Ι Τμήμα του ΕλΣυν[33] έκρινε ότι η λήψη του μέτρου της ανάκλησης είναι υποχρεωτική μόνο όταν ο υπάλληλος δεν θα ήταν διοριστέος χωρίς πλαστό πτυχίο. Σε κάθε άλλη περίπτωση,[34] προσήκει η πειθαρχική διαδικασία, αφού δεν τίθεται ζήτημα αποκατάστασης της νομιμότητας με την απομάκρυνση του υπαλλήλου αλλά κολασμού του για την παράνομη και υπαίτια συμπεριφορά του. Διαφορετική ερμηνεία σύμφωνα με την οποία πρέπει να ανακληθεί ο διορισμός του και στην αντίθετη περίπτωση, δεν θα ήταν σύμφωνη με το σκοπό της διάταξης, η οποία δεν έχει το χαρακτήρα επιβολής διοικητικής κύρωσης, ενόψει του ότι ήδη στον ΥΚ υπάρχει ειδική ρύθμιση για την περίπτωση του πλαστού πτυχίου και την αναγόρευση αυτού σε ειδικό πειθαρχικό αδίκημα. Σε όμοια υπόθεση παραποίησης πτυχίου νοσηλεύτριας το ΔΕφΠειρ.[35] έκρινε ότι το καθ’ου Νοσοκομείο όφειλε πριν την ανάκληση του διορισμού της αιτούσας να ερευνήσει εάν αυτή θα παρέμενε διοριστέα στην επίμαχη θέση του κλάδου ΔΕ βοηθών Νοσηλευτικής και επί τη βάσει του ως άνω νομίμως ληφθέντος πτυχίου. Ακυρώθηκε δε η σχετική απόφαση του δ.σ. του Νοσοκομείου για έλλειψη επαρκούς αιτιολογίας,διότι, αφενός δεν αμφισβητήθηκε η πραγματική λήψη και νόμιμη κατοχή εκ μέρους της του απαιτούμενου για την θέση της πτυχίου, ενώ επιπροσθέτως δεν εξετάστηκε εάν ο υπάλληλος θα παρέμενε στην θέση του επί τη βάσει αυτού του πτυχίου, αν υπήρχε άλλος συνυποψήφιος για την επίμαχη θέση και ο βαθμός του ήταν υψηλότερος του δικού του, ενώ δεν κρίθηκε σε τι επηρέασαν τελικώς οι φερόμενες αποκλίσεις μεταξύ του νόμιμου πτυχίου και του υποβληθέντος πλαστού στην επιλογή του και στην εν γένει παρεχόμενη εργασία.

ε. Το ζήτημα των παράλληλων διαδικασιών διαγνώστηκε επίσης ως θεμελιώδους σημασίας για τις δύο δίκες, της διοικητικής και της δημοσιονομικής δίκης, που διασταυρώνονται στις περιπτώσεις αυτές. Πρόκειται για δύο διαδικασίες που μπορούν να κινηθούν παράλληλα, καθόσον ο παρανόμως διορισθείς υπάλληλος προστατεύεται επαρκώς και μπορεί κατά την κατάθεση της αίτησης ακύρωσης να καταθέσει και αίτηση αναστολής της εκτέλεσης της προσβληθείσας ανακλητικής πράξης. Είναι σαφής η μη δυνατότητα παρεμπίπτοντος ελέγχου της πράξης ανάκλησης από το ΕλΣυν, αφού η δυνατότητα αυτή θα οδηγούσε υποχρεωτικά σε ακύρωση της πράξης ή σε άρση της εκτελεστότητας της, κατά παράβαση του συνταγματικού διαχωρισμού των δικαιοδοτικών κλάδων (άρθρα 94,95,και 98 Σ) και της συνταγματικής αρχής της ασφάλειας του δικαίου. Όμως η απαγόρευση αυτή δεν στερεί από το Δημοσιονομικό Δικαστήριο τη δυνατότητα να εξετάσει εάν το μέτρο του καταλογισμού που λαμβάνεται

[32] Βλ. ΣτΕ 2166/2011

[33] Βλ. Ελ.Συν Ι Τμήμ.39/2019

[34] Ήτοι περίπτωση κατοχής μεν του τυπικού προσόντος αλλά υστέρησης σε συγκριτικό προσόν ή νόθευσης δικαιολογητικού ως προς προσόν που θα ήταν συγκριτικό μεν αλλά δεν επηρέασε τελικά τον διορισμό του.

[35] Βλ. ΔΕφ.Πειρ.439/2019, Τμήμα Α΄Ακυρ. Σχηματ.

δυνάμει της ανάκλησης του διορισμού του υπαλλήλου και σκοπεί στην αναδρομική αποκατάσταση της νομιμότητας σε σχέση με τις περιουσιακής φύσεως ωφέλειες, τις οποίες έχει αντλήσει ο υπάλληλος από την επί μακρόν υφιστάμενη νομική κατάσταση, είναι συμβατό με το νόμο και τους υπέρτερης τυπικής ισχύος κανόνες και αρχές και κυρίως εάν συνάδει με τη φύση της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου και δεν μετατρέπει αυτή σε διοικητική ή πειθαρχική κύρωση. Αντίθετη εκδοχή θα στερούσε τον καταλογιζόμενο από την πλήρη και αποτελεσματική δικαστική προστασία.

ζ. Το ζητούμενο σε όλες αυτές τις περιπτώσεις[36] είναι η απονομή της ουσιαστικής δικαιοσύνης. Το δικάσαν Ι Τμήμα του ΕλΣυν όπως αναμενόταν, με βάση την πάγια νομολογία του, οδηγήθηκε για λόγους ουσιαστικής δικαιοσύνης στη λύση της αναλογικότητας, αφού το ΕλΣυν ενδιαφέρει πρωτίστως η ύπαρξη και η αποκατάσταση ελλείμματος σε μία χρηματική διαχείριση και το γεγονός ότι ο καταλογισμός επέρχεται ως άμεση συνέπεια της διαπίστωσης αυτού, χωρίς να ενδιαφέρει ο πλουτισμός του υπερ ου ο καταλογισμός προσώπου.[37] Και αυτό διότι, όπως κρίθηκε, η υπηρεσία που παρείχε ο υπάλληλος δεν δημιουργεί καμία αξίωση για αμοιβή δοθέντος ότι αυτή δεν ερείδεται σε έγκυρη υπαλληλική σχέση, ούτε δημιουργεί αξίωση από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό.[38] Η αιτιολογία για την ερμηνευτική αυτή εκδοχή και τον αποκλεισμό του αδικαιολόγητου πλουτισμού είναι ότι τέτοιος πλουτισμός δεν προκύπτει για τον εργοδότη, αφού στη θέση του δεν θα προσλάμβανε υποχρεωτικά κάποιο άλλο με έγκυρη σύμβαση εργασίας και δεν θα υποβαλλόταν αναγκαίως στις δαπάνες αμοιβής του με αντίστοιχη ωφέλεια. Εν προκειμένω δεν αναζητείται η γενικότερη ζημία που υπέστη το Δημόσιο από την παράνομη πρόσληψη αλλά μόνο οι αχρεωστήτως καταβληθείσες αποδοχές και εφόσον αυτές δεν αντισταθμίζονται με τις υπηρεσίες που προσέφερε. Η αντιστάθμιση όμως προϋποθέτει την προσφορά κατάλληλης εργασίας και είναι ζήτημα που κρίνεται in concreto, διότι υπό την προϋπόθεση της κατάλληλης εργασίας ή της πλαστογράφησης ενός όλως τυπικού προσόντος που δεν επέδρασε ουσιαστικά στην παροχή της εργασίας, ο καταλογισμός μπορεί στο σύνολό του να απαλειφθεί. Το επιχείρημα της ισάξιας αντιπαροχής το οποίο επαναφέρει ο ΑΠ με την 3/2019 απόφασή του, αντανακλά όμως και παλιότερη νμλγ του ΑΠ, σύμφωνα με την οποία επί παρανόμου διορισμού δεν νοείται ζημία του Δημοσίου αλλά του παραλειφθέντος συνυποψηφίου[39] εκτός εάν συντρέχει παντελής έλλειψη προσόντος ουσιώδους για την παρεχόμενη εργασία.[40]

η. Η λύση του αδικαιολόγητου πλουτισμού φαίνεται ισότιμη με αυτή της αναλογικότητας προς την κατεύθυνση απόδοσης της ουσιαστικής δικαιοσύνης[41], αφού ο εργοδότης ενέχεται για την ωφέλεια που προήλθε από την παρασχεθείσα σ' αυτόν εργασία εκ της οποίας κατέστη πλουσιότερος, η οποία μάλιστα στην συγκεκριμένη περίπτωση δύναται να υπολογιστεί με βάση τα όσα θα πλήρωνε με έγκυρη σύμβαση εργασίας σε άλλους εργαζόμενους με τα ίδια προσόντα, τις ίδιες ικανότητες και υπό τις ίδιες συνθήκες. Άλλωστε, όπως είναι γνωστό, ο θεσμός του αδικαιολόγητου πλουτισμού έχει κυρίως επανορθωτικό χαρακτήρα, αφού συνιστά τον μηχανισμό εκείνο που οδηγεί στην αποκατάσταση των περιουσιακών μετακινήσεων που έγιναν δίχως νόμιμη αιτία με την επαναφορά του αντικειμένου της περιουσιακής μετακίνησης από τον αδικαιολογήτως λήπτη αυτού στον δότη του. Πρόκειται για αυτοτελή και αυτοδύναμη αξίωση υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που μόνο η διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ

---

[36] Οι εξεταζόμενες περιπτώσεις παρουσιάζουν μεγάλη ποικιλία και αυτό οδήγησε και στην κάμψη της απολυτότητας που υπήρχε εξαρχής στη νομολογία όλων των δικαστηρίων.

[37] Βλ.Ολ.Ελ.Συν.1152/2007,V Τμήμ. 531/2003,IV Τμήμ. 2428/2006, VII Τμήμ. 1376/2006

[38] Βλ. Ολ.Ελ.Συν. 543/2013

[39] Βλ.ΑΠ 1483/2003,1477/1990,627/2014

[40] Βλ. ΑΠ 195/2015

[41] Η διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ περιλαμβάνει μία γενική και ενιαία αξίωση για απόδοση του πλουτισμού που επήλθε στον λήπτη αδικαιολόγητα, με μόνη την πλήρωση των διατάξεων που προβλέπονται στη διάταξη αυτή.

θεσπίζει.[42] Αυτό άλλωστε έχει γίνει ήδη δεκτό με απόφασή του V Τμήματος [43]με την οποία κρίθηκε ότι στρατιωτικός που καταλογίστηκε με ποσό που αντιστοιχεί σε αχρεωστήτως ληφθείσες αποδοχές έχει αξίωση διατήρησης του καταλογιζόμενου ποσού το οποίο αποτελεί την ωφέλεια που οφείλει να του αποδώσει το Ελληνικό Δημόσιο, καθόσον το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα απέφυγε την καταβολή αποδοχών σε άλλο στρατιωτικό υπάλληλο ο οποίος θα προσέφερε τις υπηρεσίες του στην ίδια θέση κατά το διάστημα αυτό. Σε κάθε περίπτωση, ουδεμία ζημία επήλθε στο Δημόσιο, εκ του λόγου αυτού, αφού ο καταλογισθείς προσέφερε πραγματική υπηρεσία, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερες συνθήκες της απασχόλησης, όπως εάν επρόκειτο για περίπτωση όπου ο υπάλληλος είχε τα προσόντα και προσέφερε παραταύτα ευδόκιμη υπηρεσία ή στις περιπτώσεις κατά τις οποίες δεν απαιτούνται εξειδικευμένες γνώσεις ή άλλες πνευματικές δεξιότητες, επομένως η νόθευση του τίτλου σπουδών δεν μπορούσε αντικειμενικά να επηρεάσει την ποιότητα των παρεχόμενων υπηρεσιών.

θ. Ο ΑΠ καταφάσκει πλέον πως για τον υπολογισμό της ζημίας στο έγκλημα της απάτης συμψηφίζεται κάθε όφελος που απορρέει από την περιουσιακή διάθεσή. Η απάτη περί την πρόσληψη στοιχειοθετείται, όταν ο εργοδότης ζημιώνεται, είτε εξαιτίας της ανάληψης της υποχρέωσης να καταβάλλει αμοιβή υπερβαίνουσα την ποιότητα των προσδοκώμενων υπηρεσιών, είτε όταν η παρεχόμενη από τον δράστη εργασία δεν ανταποκρίνεται στον καταβαλλόμενο μισθό από το Δημόσιο. Αν η παρεχόμενη εργασία αντισταθμίζει πλήρως την παρεχόμενη αμοιβή, δεν στοιχειοθετείται περιουσιακή ζημία[44].

Εξάλλου, το έγκλημα ‘’της απάτης περί την πρόσληψη’’ και η ποινική αντιμετώπισή του πρέπει, κατά την γνώμη μου, να διαχωριστεί από το στοιχείο του παράνομου περιουσιακού οφέλους σε βάρος του Δημοσίου και τις συνέπειες που αυτό έχει εν γένει στην οικονομική κατάσταση του παρανόμως διορισθέντος υπαλλήλου, αφού η απαίτηση για την καταβολή μισθού είναι μία νόμιμη απαίτηση, εφόσον ο παρανόμως διορισθείς προσέφερε κατάλληλη εργασία, η οποία ανταποκρινόταν πλήρως στον καταβαλλόμενο μισθό. Η άποψη αυτή συμπορεύεται απόλυτα με τις διατάξεις του εργατικού δικαίου ως προς την άκυρη σύμβαση εργασίας και το δικαίωμα του εργαζόμενου να αναζητήσει το μισθό του, εφόσον παρείχε πραγματικά την εργασία του, με τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού. Το έγκλημα άλλωστε, της εξαπάτησης του Δημοσίου πρέπει να θεωρείται τετελεσμένο μόνο εάν το Δημόσιο απέβλεψε σε συγκεκριμένες ιδιότητες του προσληφθέντος, ενώ είναι διαφορετική η περίπτωση κατά την οποία η πλαστογράφηση του τίτλου σπουδών ήταν μία τυπική προϋπόθεση για τον διορισμό του και δεν άσκησε εν τέλει ουσιαστική επίδραση στον τρόπο που αυτός εκτελούσε τα καθήκοντά του. Στη στάθμιση επομένως που θα γίνει από τους Δικαστές όλων των κλάδων πρέπει, πέραν της νομικής και ηθικής απαξίας που αντανακλά μία πράξη υποβοήθησης ή πρόκλησης παράνομου διορισμού, να ληφθούν υπόψη και οι συνέπειες που θα έχει η ανατροπή του υπηρεσιακού status ενός υπαλλήλου στην προσωπική και οικονομική κατάσταση αυτού.

ι. Οι περιπτώσεις των παράνομων διορισμών με πλαστά δικαιολογητικά, λόγω της ποικιλομορφίας τους, προσφέρουν ένα προνομιακό πεδίο για σταθμίσεις και μάλιστα in concreto υπέρ του ενός ή του άλλου έννομου αγαθού (της αξιοκρατίας και της ισότητας στην πρόσβαση στις δημόσιες θέσεις από μια και των θεμελιωδών δικαιωμάτων του υπαλλήλου από την άλλη), που μόνο ο Δικαστής μπορεί να κάνει, ως εκ τούτου, μία γενική νομοθετική ρύθμιση δεν θα έλυνε τα ζητήματα που δημιουργούνται, τα οποία, ως γνωστόν, υποκρύπτουν το μεγάλο κοινωνικό πρόβλημα της Χώρας μας, την ανεργία και το όνειρο χιλιάδων ανθρώπων για τον

[42] Έχει υποστηριχθεί η επικουρικότητα του αξίωσης του αδικαιολόγητου πλουτισμού ήτοι ότι για την αναζήτηση του αδικαιολόγητου πλουτισμού κατά την διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ απαιτείται η ύπαρξη άλλης ειδικής διάταξης που να την επιτρέπει.

[43] Βλ. ΕλΣυν V Τμήμ.1730/2016

[44] Βλ. Διονυσία Μπιτζούνη, εισήγηση της σε ημερίδα που διοργανώθηκε από το ΔΣΠ, στις 28-1-2019, με θέμα «Η ποινική αντιμετώπιση των πλαστών πτυχίων».

διορισμό τους στο Δημόσιο.[45] Εν προκειμένω η ανάγκη για την απονομή ουσιαστικής δικαιοσύνης, ως έκφραση της αρχής της εν στενή εννοία αναλογικότητας προϋποθέτει ορθή επιλογή των κριτηρίων στάθμισης ώστε να μην καταλείπονται αμφιβολίες για τον τρόπο της ποσοτικής αποτίμησης των κριτηρίων που αποτέλεσαν παράγοντες περιορισμού του ύψους του καταλογιστέου ποσού[46] και να μην δημιουργηθεί, εκ του λόγου τούτου, ανασφάλεια δικαίου [47]

[45] Άλλη η περίπτωση της καθαρίστριας η θέση της οποίας δεν απαιτεί ιδιαίτερες γνώσεις και δεξιότητες σε σύγκριση με τη θέση του γιατρού η οποία απαιτεί γνώση της ιατρικής επιστήμης και εφαρμογή ιδιαίτερων κανόνων δεοντολογίας . Η ζυγαριά στη δεύτερη περίπτωση πρέπει να γέρνει προς την πλευρά της δυνητικής διακινδύνευσης της ζωής και της υγείας των πολιτών.

[46] Η μείωση του ποσού του καταλογισμού στην περίπτωση που εξέτασε το Ι Τμήμα στο ποσό των 50.000 ευρώ (διόλου ευκαταφρόνητου) φαίνεται να μην στοιχείται με τα όσα έγιναν δεκτά από την απόφαση αυτή ως προς τη φύση του μέτρου της ανάκλησης ως διοικητικού μέτρου επανορθωτικού χαρακτήρα.

[47] βλ .Παρατηρήσεις της γράφουσας στην 39/2019 απόφ.Ι Τμήμ. ΕλΣυν , ΘΠΔΔ , Τεύχος Οκτωβρίου 2019, σελ. 957 επόμ.

Η εμπειρία της πρόσφατης Συνταγματικής Αναθεώρησης για τις σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας: «Ὤδινεν ὄρος καὶ ἔτεκε μῦν...;»

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

Πριν από δύο περίπου χρόνια ξεκίνησε η διαδικασία της 4ης αναθεώρησης του πρώτου μεταπολιτευτικού Συντάγματος του 1975. Η διαρρύθμιση των σχέσεων Κράτους και Εκκλησίας δεν θα μπορούσε να απουσιάζει από τον σχετικό διάλογο. Δεν πρόκειται ασφαλώς για καινοτομία. Αποτελεί, ωστόσο, κεκτημένο της αναθεώρησης του 2019 ότι η αναδιάταξη του σχετικού συνταγματικού πλαισίου δεν έμεινε στο επίπεδο των ιδεών και των προτάσεων, από τις οποίες ομολογουμένως δεν πάσχουμε, αλλά η σχετική διάταξη του άρθρου 3 που διακανονίζει τις σχέσεις Κράτους και Εκκλησίας συμπεριλήφθηκε στα υπό αναθεώρηση άρθρα, με την απόφαση της προτείνουσας βουλής να συγκεντρώνει, κατά περίπτωση, από 156 μέχρι 171 ψήφους.
Στις προηγούμενες τρεις αναθεωρητικές προσπάθειες, το ζήτημα δεν τέθηκε τελικώς. Για παράδειγμα, παρά τις διακηρύξεις της «Νέας Δημοκρατίας», που διαδέχθηκε το ΠΑ.ΣΟ.Κ. στην εξουσία μετά από τις εκλογές της 10ης Οκτωβρίου 1993 και τις κρίσεις που μεσολάβησαν στις σχέσεις Κράτους - Εκκλησίας, καθόλη την περίοδο από τη μεταπολίτευση, η θέση και πάλι θέματος αναθεώρησης του ισχύοντος Συντάγματος συνδυάσθηκε με *συμφωνία* των δύο μεγάλων κομμάτων, ΠΑ.ΣΟ.Κ. και «Νέας Δημοκρατίας», για εξαίρεση από τις αναθεωρητέες διατάξεις εκείνων που αφορούν στις σχέσεις Κράτους - Εκκλησίας. Η απόφαση, μάλιστα, αυτή ανακοινώθηκε επισήμως από τον πρόεδρο της Κοινοβουλευτικής Επιτροπής για την Αναθεώρηση του Συντάγματος και τους εισηγητές σε αυτήν της πλειοψηφίας και της αξιωματικής αντιπολίτευσης στις 2 Μαΐου 1996 στον (τότε) Αρχιεπίσκοπο Αθηνών Σεραφείμ[1].

Θα ήθελα, πριν απ᾽ όλα, για την οικονομία της συζήτησης, να δώσω το περίγραμμα αυτής της σχέσης. Βρίσκω, έτσι, ιδιαιτέρως ενδιαφέρουσα την ακόλουθη αποτύπωσή της. Σύμφωνα με αυτήν, *«από την ίδρυση του νεώτερου ελληνικού κράτους, η σχέση Κράτους - Εκκλησίας προσιδιάζει στη σχέση ενός ζευγαριού που βρίσκεται μονίμως στα χωρίσματα. Από τη μια πλευρά ο σύζυγος (Κράτος) που, αφού πρώτα ξόδεψε την καλή προίκα που πήρε, δεν αντέχει άλλο και ζητάει επιτακτικά διαζύγιο και από την άλλη πλευρά η σύζυγος (Εκκλησία) που, αφού έχει δώσει τα πάντα σε αυτή τη σχέση, νοιώθει ξαφνικά να χάνει το στήριγμά της. Ως εκ τούτου, στην αρχή δεν δίνει το διαζύγιο, στην πορεία, όμως, φαίνεται έτοιμη να ενδώσει»*[2], προβάλλοντας, ωστόσο, τις νόμιμες αξιώσεις της για συμμετοχή στα αποκτήματα της άλλης πλευράς. Στο πλαίσιο αυτό πρέπει να ενταχθεί και η συζήτηση που έλαβε χώρα για τη συνταγματική αναθεώρηση του *συμφώνου συμβίωσης* που διέπει τις σχέσεις δύο, δύσπιστων ούτως ή άλλως, εταίρων.

Ι. Είναι γεγονός, όπως έχει ευστόχως παρατηρηθεί, ότι *«η συνταγματική αναθεώρηση εκκίνησε με υψηλές προσδοκίες, αλλά η ανορθολογική προσέγγιση της σημερινής αξιωματικής αντιπολίτευσης έπληξε την ακεραιότητα της διαδικασίας και υποβάθμισε το εύρος του*

---

* Διατηρείται το κείμενο της προφορικής εισήγησης. Προστέθηκαν μόνο οι όλως αναγκαίες υποσημειώσεις.

[1] Έτσι **Ι. Μ. ΚΟΝΙΔΑΡΗΣ**, *Μαθήματα Εκκλησιαστικού Δικαίου* (με τη συνεργασία **Γ. Ι. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΥ**), Αθήνα - Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2020, σ. 140.

[2] Έτσι **ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΙΑΤΡΟΥ**, *«Το πολιτικό αίτημα χωρισμού εμπεριέχει αβάσιμες υποθέσεις»*, εφημ. *«Πελοπόννησος της Κυριακής»* της 14.04.2019, σ. 21.

περιεχομένου της»[3]. Εισηγήθηκε έτσι μία αναθεώρηση που, μεταξύ άλλων, *«ενσωμάτωνε ανέξοδες προτάσεις συνταγματικού βερμπαλισμού»*[4]. Στις τελευταίες καταλέγονται, κατά τη γνώμη μου, οι προτάσεις για τον συνταγματικό εξορθολογισμό των σχέσεων Κράτους και Εκκλησίας, η καινοτομία των οποίων εντοπιζόταν στην εισαγωγή στο άρθρο 3 Συντ. μιας ρήτρας, *«συνθηματικής συντομίας»* για την *«κρατική θρησκευτική ουδετερότητα»*, με έναν γενικόλογο και αμφίσημο προσδιορισμό, ο οποίος, κατά την οικεία Αιτιολογική Έκθεση, συμπυκνωνόταν στην αποστροφή *«με ό,τι αυτό συνεπάγεται κανονιστικά και πρακτικά…»*. Πολύ φοβούμαι ότι αυτή η *«δημιουργική ασάφεια»* της ρήτρας, θα προκαλούσε, έστω ανεπίγνωστα, περισσότερες ερμηνευτικές δυσχέρειες απ' όσες αγκυλώσεις η εισαγωγή της θα επιχειρούσε τυχόν να ξεπεράσει…

Στην πρόταση αυτή, μπορεί κανείς, καταρχάς, να επισημάνει μία μεθοδολογική αταξία. Γιατί επελέγη η ενσωμάτωση της ρήτρας αυτής στο άρθρο 3 Συντ., που αφορά μόνο στην «επικρατούσα» Ορθόδοξη Εκκλησία και όχι, ως όφειλε, στο άρθρο 13, που κατοχυρώνει τη θρησκευτική ελευθερία; Ασφαλώς μόνο η δεύτερη εκδοχή επιτυγχάνει την ευαγγελιζόμενη ουδετερότητα[5]…

Σε κάθε περίπτωση, διατηρώ σοβαρές επιφυλάξεις για την αναγκαιότητά της. Η Ελλάδα, ως χώρα που έχει κυρώσει την Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, υποχρεούται να τηρεί τη «θρησκευτική ουδετερότητα», όπως το περιεχόμενό της έχει διαπλαστεί από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Σύμφωνα με το τελευταίο, η θρησκευτική ουδετερότητα νοείται ως *«μη ανάμειξη του Κράτους στα εσωτερικά των θρησκευτικών κοινοτήτων»*. Υπ' αυτήν, λοιπόν, την έννοια, ως ισχύουσα νομική υποχρέωση του Κράτους, είναι ήδη ενταγμένη στο αξιακό σύστημα της ελληνικής έννομης τάξης[6]. Άλλωστε, πέραν τούτου, δεν εξυπονοείται η κατοχύρωσή της ήδη στο άρθρο 13 Συντ. για τη θρησκευτική ελευθερία, στην οποία η θρησκευτική ουδετερότητα, ως εννοιολογικώς «έλασσον», εμπεριέχεται;

ΙΙ. Δυστυχώς, η αναδιάταξη των συνταγματικών σχέσεων Πολιτείας και Εκκλησίας δεν ξέφυγε, όπως φαίνεται, ούτε σε αυτήν την περίπτωση, από τον επάρατο κανόνα της πολιτικής εκμετάλλευσης. Ήταν προφανής η πρόθεση της σημερινής αξιωματικής αντιπολίτευσης να εντάξει, έστω καθ' υποφορά, τον «χωρισμό» Πολιτείας και Εκκλησίας στον εκλογικό σχεδιασμό. Για άλλη μία φορά το ζήτημα τέθηκε όχι, ως ώφειλε, σε ανύποπτο χρόνο, αλλά επ' αφορμή –την επικείμενη τότε προσφυγή στις κάλπες. Έλειπαν, επομένως, οι αναγκαίες προϋποθέσεις για μια νηφάλια και απροκατάληπτη προσέγγισή του, με αποτέλεσμα η αποτυχημένη έκβαση του εγχειρήματος να φάνταζε αναπόφευκτα προδιαγεγραμμένη[7]…

Χάθηκε, έτσι, η ευκαιρία να γίνουν τουλάχιστον δύο διορθωτικές παρεμβάσεις στο Σύνταγμα, οι οποίες είχαν εξασφαλίσει έστω ένα minimum συναίνεσης: ο λόγος για την προσθήκη ερμηνευτικής δήλωσης υπό το άρθρο 3 και η κατάργηση της παρ. 3 του ίδιου άρθρου για τη μετάφραση της Αγίας Γράφης.

Ως προς το πρώτο, για την άρση των ερμηνευτικών δυσχερειών που ο όρος *«επικρατούσα θρησκεία»* συχνά προκαλεί, θα μπορούσε να προστεθεί, κατά πάγια θέση της επιστήμης, μία ερμηνευτική δήλωση ότι η συγκεκριμένη διάταξη *«δεν περιορίζει την κανονιστική εμβέλεια του*

---

[3] Βλ. **ΓΙΩΡΓΟΥ ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗ**, *«Η αναθεώρηση προάγει το πολίτευμα και τους θεσμούς»*, εφημ. *«Το Βήμα»* της 1.12.2019, σ. 14-15.

[4] **ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ**, όπ. π., σ. 14.

[5] Βλ. ήδη **ΓΕΩΡΓΙΟΥ Ι. ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΠΟΥΛΟΥ**, *«Εκκλησία και Πολιτεία σε αναθεωρητική δίνη»*, εφημ. *«Η Καθημερινή»* της 9.11.2018, σ. 7.

[6] **Θ. Δ. ΠΑΠΑΓΕΩΡΓΙΟΥ**, *«Το νομοθετικό καθεστώς και οι σχέσεις της Εκκλησίας της Ελλάδος με το κράτος: δεδομένα και παρανοήσεις»,* Νομοκανονικά 2/2017, σ. 29 επ., ιδίως σ. 62 επ.

[7] Πρβλ. συναφώς και **ΙΩΑΝΝΗ Μ. ΚΟΝΙΔΑΡΗ**, *«Μια αποκρυπτόμενη προσπάθεια αμοιβαία επωφελούς συναλλαγής»*, εφ. *«Πελοπόννησος της Κυριακής»* της 14.04.2019, σ. 21.

άρθρου 13» περί θρησκευτικής ελευθερίας… Καθ' όσον αφορά στο δεύτερο, αν και η συνταγματική πρόβλεψη για την απαγόρευση της επίσημης μετάφρασης της Αγίας Γραφής σε άλλο γλωσσικό τύπο αποτυπώνει μια συγκεκριμένη ιστορική εμπειρία, νομίζω ότι η γλώσσα της Αγίας Γραφής εμπίπτει στα interna corporis της Ορθόδοξης Εκκλησίας και συνεπώς, μπορεί, ελλείψει πλέον και των σχετικών προς τούτο ιστορικών συνδηλώσεων, να μην ανήκει στις πρόνοιες του συνταγματικού νομοθέτη...
Με τις παρεμβάσεις αυτές, θα μπορούσε, ίσως, να διασωθεί το αναθεωρητικό momentum…

III. Από την άλλη μεριά, βεβαίως, δεν πρέπει να αγνοείται ότι το Σύνταγμα δεν είναι *"φάρμακο δια πάσαν νόσον"*. Άλλωστε, *«οι συντριπτικά περισσότερες από τις αναγκαίες κανονιστικές παρεμβάσεις»*, μεταξύ αυτών και η ολοκλήρωση των εγγυήσεων της θρησκευτικής ελευθερίας, *«μπορούν να γίνουν σε επίπεδο εκτελεστικών του Συντάγματος νόμων»*[8]. Μην ξεχνάμε ότι το ισχύον συνταγματικό πλαίσιο δεν εμπόδισε την ψήφιση προοδευτικών νόμων, όπως, για παράδειγμα, η καθιέρωση της αποτέφρωσης ήδη από το 2006, η κατάργηση την ίδια χρονιά της «άδειας» του ορθόδοξου Μητροπολίτη από προαπαιτούμενο για την αδειοδότηση ετερόδοξων χώρων λατρείας, η εισαγωγή το 2014 για πρώτη φορά στην ελληνική έννομη τάξη του *«θρησκευτικού ή/και εκκλησιαστικού νομικού προσώπου»*, η θεσμοθέτηση του συμφώνου συμβίωσης, δυνατότητα η οποία επεκτάθηκε το 2015 και στα ομόφυλα ζευγάρια κ.α. Ούτε πάλι το Σύνταγμα στάθηκε εμπόδιο σε στοχευμένες νομοθετικές παρεμβάσεις, οι οποίες, ιδίως από το 2014 και εντεύθεν, ενίσχυσαν την κανονιστική αυτορρύθμιση της ίδιας της Ορθόδοξης Εκκλησίας, που έχει καταστεί με τον τρόπο αυτό φορέας *θρησκευτικής αυτονομίας*, με σαφή και διακριτό ρόλο από το Κράτος…
IV. Νομίζω, πάντως, ότι στην περίπτωση των σχέσεων Κράτους και Εκκλησίας, η συνταγματική αναθέωρηση του 2019 όντως *«Ὤδινεν ὄρος καὶ ἔτεκε μῦν»*, για να απαντήσω καταφατικώς στον ερωτηματικό τίτλο της εισήγησής μου ή, κατά τη σαιξπηρική κωμωδία, που μου θύμισε ο συνάδελφος Κων/νος Τσιμάρας, *Much Ado About Nothing*… Και τούτο, διότι, ούτε το timing ήταν κατάλληλο ούτε προετοιμασία των μερών για την προτεινόμενη λύση είχε προηγηθεί. Δεν συνεκτιμήθηκε, έτσι, το βασικό αξίωμα ότι *«η καλή πολιτική, ό, τι άλλο κι αν είναι, παραμένει εν πολλοίς η τέχνη του εφικτού. Και το εφικτό είναι συνάρτηση τόπου και χρόνου»*[9].
Έπί του πρακτέου, μια διαφορετική ανάγνωση του θέματος προσφέρει πρόσφατη μελέτη του Προέδρου του Ελεγκτικού Συνεδρίου *Ι. Σαρμά*, που δημοσιεύθηκε το 2019 στη σειρά «Νομοκανονικά Παράφυλλα»[10]. Σε αυτή αναδεικνύεται η ιδέα της *«επάλληλης συναίνεσης»*, η οποία, όπως παρατηρεί στο προλόγισμά του ο Διευθυντής της σειράς, Καθηγητής *Ι. Μ. Κονιδάρης, «αποτελεί το αξιακό θεώρημα των προσεγγίσεων του συγγραφέα».* Σύμφωνα με αυτήν, τα δύο μέρη, στη διαπραγμάτευση που θα διεξάγουν σχετικώς με την αναγκαιότητα ή μη του άρθρου 3 Συντ., *«θα αναζητήσουν από κοινού τη λύση εκείνη την οποία το κάθε μέρος, από την πλευρά του, με τις αξίες που φέρει και που επιθυμεί να υπερασπισθεί, μπορεί να δεχθεί»* (σ. 11). Η συγκεκριμένη μάλιστα πρόταση, στην οποία αποτυπώνεται εύγλωττα η προσπάθεια να συγκεραστούν οι αντίρροπες θεωρήσεις του ζητήματος, μπορεί να αποδειχθεί χρήσιμη οψέποτε διεξαχθεί συντεταγμένα η σχετική συζήτηση, με όρους σύγκλισης και όχι υπό συνθήκες ιδεοληπτικών εμμονών ή μικροπολιτικών περισπασμών… Γιατί είναι πλέον ευθύνη

---

[8] **ΕΥΑΓΓΕΛΟΣ ΒΕΝΙΖΕΛΟΣ**, *«Προέχει ένας νέος συνταγματικός πατριωτισμός»*, εφ. *«Η Καθημερινή»* της 29.05.2016, σ. 4.
[9] **Θ. ΠΑΠΑΓΓΕΛΗΣ**, *«Προσοχή στο "τάιμινγκ", κύριε Πρωθυπουργέ!»*, εφημ. *«Το Βήμα»* της 31.01.2010.
[10] **ΙΩΑΝΝΗΣ Δ. ΣΑΡΜΑΣ,** *Σχέσεις Πολιτείας και Εκκλησίας. Πώς μπορεί να αναθεωρηθεί συναινετικά το άρθρο 3 του Συντάγματος;* [= Νομοκανονικά Παράφυλλα, 2], Αθήνα - Θεσσαλονίκη: Εκδόσεις Σάκκουλα, 2019, σ. IX +129.

των πολιτικών δυνάμεων να αποδείξουν ότι η *σύγκλιση*, πέρα από επιθυμητή, μπορεί να καταστεί τελικώς και εφικτή…

«Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ, ΠΡΑΞΗ ΠΡΟΣΩΠΙΚΗ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΣΤΗ ΔΗΜΟΣΙΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗ»

Δρ. Αναστάσιος Αναστασίου, Επιθεωρητής-Ελεγκτής στην Εθνική Αρχή Διαφάνειας, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)

Msc. Σωτηρία Χριστοπούλου, Αποκεντρωμένη Διοίκηση Αττικής

1. Πρόλογος

Η αρχή της ευθύνης σχετίζεται με την ανθρώπινη πράξη η οποία ασκεί επίδραση στον κόσμο, στο περιβάλλον, στον εργασιακό χώρο. Είναι μια βιωμένη πράξη η οποία βρίσκεται υπό τον έλεγχο του πράττοντος ανθρώπου και είναι αυτή για την οποία λογοδοτεί βάσει του έργου του και των ενδεχόμενων συνεπειών του.

Επιπλέον, η αρχή της ευθύνης αποτελεί κρίσιμο ιδιοσυστατικό στοιχείο της χρηστής δημόσιας διοίκησης, όπως ισχύει και με τους τρόπους και τις διαδικασίες που εφαρμόζονται σε αυτήν αλλά και ως γενική αρχή του Ελληνικού και Ευρωπαϊκού δικαίου. Είναι επίσης, θεμελιώδες Ευρωπαϊκό δικαίωμα του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Είναι δηλαδή, σε κάθε περίπτωση, αξίωση κάθε διοικουμένου σε ένα κράτος δικαίου. Η χρηστή διοίκηση μετουσιώνει τη διαρκή αξίωση των διοικουμένων για μια ορθή άσκηση της κρατικής εξουσίας και ειδικότερα της διοικητικής δραστηριότητας των λειτουργών της, με πράξεις ευθύνης, με σκοπό την επίλυση των καθημερινών προβλημάτων.

2. Η Αρχή της Ευθύνης

Το ζήτημα της ευθύνης είναι επίκαιρο και στη σημερινή εποχή. Αφορά στην ανάγκη ανάληψης ευθύνης για τις καθημερινές μας πράξεις, είτε στον προσωπικό μας χώρο είτε στον χώρο της δημόσιας διοίκησης. Η προσωπική στάση μας στην καθημερινότητα δεν είναι ιδιωτική υπόθεση που ασκείται από μονήρη και απομονωμένα άτομα. Η στάση μας και οι πράξεις μας, π.χ. σε μια δημόσια υπηρεσία που υπηρετούμε, κρίνονται και προϋποθέτουν την ύπαρξη ανθρώπων πολιτικά ίσων, πρόθυμων να εκθέσουν τις τεκμηριωμένες απόψεις τους και να υποστούν δημόσια κριτική.

Το παράδειγμα της Χάνα Άρεντ[11] προσφέρει δίδαγμα επίκαιρο και συναφές με τη σύγχρονη πραγματικότητα[12]. Η Άρεντ ασχολείται με πολλές πτυχές της ευθύνης. Διαφωνεί με την ιδέα της συλλογικής ευθύνης, καθώς υποστηρίζει ότι η ευθύνη είναι καθαρά προσωπική υπόθεση. Αναφέρεται σε μια πράξη, και όχι σε προθέσεις ή πιθανότητες. Μπορούμε να ισχυριστούμε ότι π.χ. νιώθουμε ένοχοι για τις αμαρτίες των πατέρων μας, του λαού μας ή της ανθρωπότητας, για πράξεις που δεν έχουμε κάνει, μολονότι η εξέλιξη των πραγμάτων θα μπορούσε κάλλιστα να μας αναγκάσει να πληρώσουμε γι' αυτές. Τα αισθήματα ενοχής, η *mens rea (guilty mind)* ή η κακή συνείδηση, η επίγνωση ότι διαπράξαμε ένα παράπτωμα, μια πράξη κακοδιοίκησης διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο στην ηθική μας κρίση και στη λήψη απόφασης για την έκδοση π.χ. μίας διοικητικής πράξης, μίας κανονιστικής πράξης, κ.λ.

[11] Χάνα Άρεντ (1906-1975).

[12] Richard J. Bernstein: «Γιατί πρέπει να διαβάζουμε Χάνα Άρεντ», Επίκεντρο, Θεσσαλονίκη, 2019.

Παρατηρούμε ωστόσο, την επικράτηση μιας επιθετικής και μονοσήμαντης στάσης στη δημόσια σφαίρα[13] και αρνούμαστε πεισματικά να ακούσουμε και να συνεργαστούμε με όποιον διαφωνεί μαζί μας. Δεν επιθυμούμε να συζητήσουμε διαφορετικές απόψεις, εκτός από τις περιπτώσεις που επιθυμούμε να καταδικάσουμε αυτές τις απόψεις ή ακόμη και να τις γελοιοποιήσουμε. Αυτή η στάση διευρύνεται εξαιτίας των τρόπων με τους οποίους αντλούμε «πληροφορίες» και «γνώσεις» από τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης. Η επιλογή «πληροφόρησης» και «γνώσης» από τα social media ενδυναμώνει τις παγιωμένες θέσεις μας και στάσεις μας. Πρόκειται για πράξη προσωπική και πολιτική που αποκλείει τη στάση ευθύνης στη δημόσια σφαίρα.

Στις Υπηρεσίες της Δημόσιας Διοίκησης, (βασικός παράγοντας της δημόσιας σφαίρας) καθοριστικό ρόλο διαδραματίζει η αρχή της Χρηστής Διοίκησης. Χρηστή Διοίκηση σημαίνει δικαιοκρατία, ισότητα, καλή πίστη, επιείκεια, εμπιστοσύνη, αναλογικότητα, αναγνώριση της διοικητικής αρμοδιότητας, αμεροληψία, αξιοκρατία, λογοδοσία, διαφάνεια. Πάνω από όλα όμως, στέκεται η ανάληψη ευθύνης για τη στάση και τη δράση μας στη δημόσια διοίκηση. Η ανάληψη ευθύνης μας διευκολύνει να πράττουμε από κοινού, να λαμβάνουμε πρωτοβουλίες, να ξεκινούμε κάτι καινούργιο. Είναι απλά, μια πράξη ελευθερίας.

Ο κάθε δημόσιος υπάλληλος-λειτουργός, όσο έντιμος και αν είναι, στην πράξη, το αποτέλεσμα είναι πολύ περιορισμένο, αν δεν είναι ταυτόχρονα ενταγμένος σε ένα πολιτικό, διοικητικό σύστημα το οποίο διέπεται από αξίες ηθικής, δεοντολογίας και πρακτικές ευθύνης.

Παρόλα αυτά, αν θέλουμε να βελτιώνουμε συνεχώς τις πρακτικές και τους κανόνες στη δημόσια διοίκηση, οφείλουμε να συμφωνήσουμε σε ένα πλαίσιο δράσης που προωθεί την ανάληψη ευθύνης ως πράξη προσωπική και συνάμα πολιτική. Πρόκειται για μια στάση ζωής, εντός του εργασιακού χώρου, χρήσιμη και αναγκαία για να συγκροτήσει συνεργασίες και να απλώσει γέφυρες μεταξύ των εργαζομένων. Οι θέσεις ευθύνης δεν είναι προσχηματικές. Για να λειτουργήσουν πραγματικά σε όλη τη διοικητική ιεραρχία, από τον εισηγητή έως τον γενικό διευθυντή, χρειάζονται την ευθύνη ως πράξη προσωπική.

Η έννοια της πολιτικής ευθύνης, από την άλλη πλευρά, είναι ιδιαίτερα παρεξηγημένη και ταλαιπωρημένη. Αυτό συμβαίνει διότι πολλοί χρησιμοποιούν συχνά τον όρο χωρίς να εννοούν τίποτα, επειδή δεν θέλουν να εννοήσουν κάτι το συγκεκριμένο. Η πολιτική ευθύνη είναι απόλυτα συνυφασμένη με την ίδια τη δημοκρατία. Δεν νοείται η λειτουργία οποιουδήποτε δημοκρατικού συστήματος διακυβέρνησης χωρίς ανάληψη ή καταλογισμό/λογοδοσία της πολιτικής ευθύνης.

Με την αρχή της ευθύνης αισθανόμαστε υπεύθυνοι για τις συνέπειες των πράξεών μας αλλά, κυρίως, για τις απαιτήσεις που προκύπτουν από τις πράξεις μας. Εδώ η ευθύνη αντλεί τη δεσμευτική της ισχύ από τη δημιουργία της πράξης μας, π.χ. ο εφοριακός υπάλληλος συλλέγει τους φόρους όχι επειδή το φορολογικό σύστημα είναι αποτελεσματικό ή όχι, αλλά επειδή είναι

[13] Ο Γερμανός καθηγητής Jurgen Habermas, γεννημένος τον Ιούνιο του 1929 επισημαίνει ότι η δημόσια σφαίρα (στη Γερμανική γλώσσα: offentlichkeit) είναι μια ενδιάμεση περιοχή, μια ζώνη θα λέγαμε, η οποία διαδραματίζει διαμεσολαβητικό ρόλο ανάμεσα στο πολιτικό σύστημα από τη μία και τους ιδιωτικούς φορείς της κοινωνίας από την άλλη. Ανάμεσα δηλαδή, σε λειτουργικά, κοινωνικά και οικονομικά συστήματα. Στο έργο του: «Θεωρία της Επικοινωνιακής Δράσης», (1981), ασκεί κριτική στις κοινωνικές και πολιτικές δυνάμεις της σύγχρονης δημόσιας σφαίρας. Για τον Χάμπερμας, οι εν λόγω δυνάμεις λειτουργούν ως υποκατάστατα για την συμμετοχική δημοκρατία, καθώς η κοινωνία ολοένα και περισσότερο διοικείται μέσα σε ένα επίπεδο μακριά από την ενεργό συνεισφορά των πολιτών. Με αυτόν τον τρόπο, εξαλείφονται τα όρια μεταξύ δημόσιου και ιδιωτικού χώρου, ατομικού χώρου και κοινωνίας και γενικότερα όλου του βιωμένου κόσμου (στη Γερμανική γλώσσα: lebenswelt). Η δημοκρατία, σε αυτόν τον βιόκοσμο είναι πολύ περιορισμένη με αποτέλεσμα να είναι περιορισμένοι και οι συμμετοχικοί θεσμοί (π.χ. η κοινωνία των πολιτών) που θα καθιστούν τους πολίτες ικανούς να συζητούν και να αποφασίζουν για κρίσιμα ζητήματα περί τον δημόσιο βίο.

αυτός ο οποίος, ως υπεύθυνος, έχει αναλάβει το έργο συλλογής των φόρων. Πρόκειται για συνομολογημένη ευθύνη όπου το δέον του σκοπού βρίσκεται στην υπεύθυνη στάση του υπαλλήλου-εφοριακού. Αφορά στην τήρηση σχέσεων νομιμότητας πάνω στις οποίες βασίζεται η κοινωνία η συνοίκηση των ανθρώπων. Πρόκειται για μια ευθύνη αμετάκλητη και άνευ όρων.

Στην ευθύνη υπάρχει εξαρχής λογοδοσία. Ο πράττων θεωρείται υπεύθυνος για τις συνέπειες των πράξεών του και λογοδοτεί γι' αυτές. Τις χρεώνεται. Το πρόβλημα ή η ζημιά που προκύπτει εξαιτίας των πράξεών μας πρέπει να αποκατασταθεί. Η ευθύνη, αναφέρεται σε συντελεσμένες πράξεις και λαμβάνει υπόσταση όταν καταλογίζεται η ευθύνη έξωθεν στον πράττοντα.

Η αξία της αρχής της ευθύνης παραμένει πυξίδα και στάση ζωής, για όσους κρατούν ζωντανό το όραμα μιας ανθρώπινης κοινωνίας. Για όσους έχουν τη γενναιότητα να αναγνωρίζουν τον εαυτό τους ως πηγή της ανθρώπινης εμπειρίας. Για εκείνους που αισθάνονται τη σκέψη, τα συναισθήματα και τις πράξεις τους ως επιλογή συνείδησης και αποδοχή των συνεπειών που επισύρει κάθε συνειδητοποιημένη πράξη ευθύνης.

Με την έννοια αυτή είμαι υπεύθυνος σημαίνει: ότι νιώθω υπόλογος ως άτομο, ως γονιός, ως δάσκαλος, ως πολίτης, ως κοινωνικό πρόσωπο και αναλαμβάνω την ευθύνη που μου ανήκει μέσα από τις πολλές και σύνθετες αντινομίες της κάθε εποχής.

Αυτή η έννοια της αποδοχής της αρχής της ευθύνης είναι το κεντρικό χαρακτηριστικό της υπευθυνότητας. Όμως, το πρόβλημα, όπως διαμορφώνεται στην προσωπική μας ζωή, στον εργασιακό χώρο και στην κοινωνική πραγματικότητα, είναι ακριβώς αυτό: ότι η υιοθέτηση της ευθύνης και η αποδοχή της υπευθυνότητας, είναι ένα συνεχές ζητούμενο.

Παρόλα αυτά, είναι υπαρκτή η έλλειψη της αρχής της ευθύνης, στις υπηρεσίες της δημόσιας διοίκησης. Τα παραδείγματα της αλληλοεπικάλυψης αρμοδιοτήτων και κακής νομοθέτησης είναι διαχρονικά και πολλά. Πέραν των πραγματικών και σοβαρών ευθυνών των εκάστοτε πολιτικών ηγεσιών, εμείς οι εργαζόμενοι στις δημόσια διοίκηση δεν έχουμε τη φρόνηση να βάζουμε προτεραιότητες. Να κάνουμε τις βέλτιστες επιλογές. Δεν έχουμε αναπτύξει στον απαιτούμενο βαθμό τη συναίσθηση ενός συλλογικού πνεύματος, που να καθορίζει τον βαθμό ωριμότητας του έργου μας μέσα από τη θέσης ευθύνης μας. Διαποτιζόμαστε από ένα είδος εργασιακού εγωκεντρισμού, που τίκτει αδιέξοδα, το οποίο δεν οδηγεί σε παραγωγή ποιοτικού έργου και εν τέλει γεννά αδιέξοδα. Τα αδιέξοδα αυτά μπορεί να τα ξεπεράσει, σφυρηλατώντας την αυτοεκτίμησή του μέσα στον εργασιακό χώρο που βρίσκεται και καλείται να τα αντιμετωπίζει καταστάσεις και να υποστηρίζει συνεργασίες με άλλους ανθρώπους.

Βιώνοντας την τρέχουσα καθημερινότητα και την ευρύτερη πολιτική, κοινωνική και οικονομική παρακμή, μοιραία διαπιστώνει κανείς πως τα θέματα γύρω από την ευθύνη είναι ευρύτερα. Η ευθύνη δεν είναι απλά συλλογική αλλά και προσωπική υπόθεση του καθενός στο περιβάλλον που δραστηριοποιείται ως επαγγελματίας, ως επιχειρηματίας, ως πολίτης και στο οποίο κινείται ο καθένας ξεχωριστά ως συμμετέχων μέλος μιας ευρύτερης κοινωνίας.

Στον χώρο της δημόσιας διοίκησης, η ευθύνη συγγενεύει με την εξουσία. Το πεδίο δράσης και το είδος της εξουσίας καθορίζουν το πεδίο δράσης και το είδος της ευθύνης. Ο άνθρωπος, τότε, οφείλει να πράξει διότι έχει το κίνητρο. Το κίνητρο είναι η ευθύνη. Και οφείλει να πράξει διότι έχει την ευθύνη. Υποτάσσει τη διάθεσή του στη ευθύνη. Αυτή η ικανότητα προϋποτίθεται στον καθένα μας ξεχωριστά και δεν απευθύνεται συλλογικά.

Με λίγα λόγια: αυτό που συνδέει τη διάθεση με την υποχρέωση να πράττουμε με ευθύνη, μας οδηγεί σε ένα ισχυρό σημείο, όπου η ευθύνη εγκαθίσταται στο επίκεντρο της ηθικής. Δηλαδή, στην ευθύνη για τον άνθρωπο της καθημερινής ζωής, χωρίς να κινδυνέψουμε να υποπέσουμε

σε μία στενή ανθρωποκεντρική οπτική. Υπερασπιζόμαστε εδώ, την αρχή της ευθύνης η οποία παρέχει *«καίρια υπηρεσία στην υποκειμενικότητα του πράττοντος, γιατί πάντοτε αφορά ένα αντικείμενο (μια «υπόθεση») που ο πράττων αναγνωρίζει ως αγαθό και καθήκον του, διευρύνοντάς το όμως σε «εγκόσμια υπόθεση», ή υπερβολικότερα, στην «υπόθεση του κόσμου…»*[14], θα συμπληρώναμε, στην υπόθεση της δημόσιας διοίκησης.

3. Επίλογος

Το διάσημο ρητό *«το προσήκον εκάστω αποδιδόναι [suum cuique, jedem das seine]»* αποδίδεται σε έναν από τους επτά Έλληνες σοφούς της αρχαιότητας. Το περιεχόμενο του εν λόγω ρητού, μπορεί να αποδειχθεί ότι είναι κενό, αν δεν εφαρμοσθεί υπό την προϋπόθεση ύπαρξης συγκροτημένης έννομης τάξης, μιας σημερινής δημόσιας διοίκησης.[15]

Μέσα σε αυτήν την δημόσια διοίκηση φύεται η προσωπική μας ευθύνη, ως ηθική επιλογή, υποκειμενική μεν πρακτική δε ως προς την πολιτική της αποστολή.

Ξαναγυρνώντας στην Χάνα Άρεντ… Η ευθύνη και οι πολλές εκφάνσεις της, είναι ζήτημα που διατρέχει το σύνολο της ζωής και το έργο της Χάνα Άρεντ. Μετά το τέλος του Δευτέρου Παγκοσμίου Πολέμου, ασχολείται με άλλες πτυχές της ευθύνης. Είναι ιδιαίτερα επικριτική προς την κυβέρνηση Αντενάουερ στη Γερμανία για απροθυμία της να εντοπίσει και να δικάσει όσους πρώην ναζί είχαν διαπράξει εγκλήματα. Διαφωνεί απολύτως με την ιδέα της συλλογικής ευθύνης. Αυτή συσκοτίζει τη διάκριση μεταξύ εκείνων που ήταν πράγματι υπεύθυνοι και ένοχοι για δολοφονίες και όσων ανέχθηκαν σιωπηλά το καθεστώς. Όταν όλοι είναι ένοχοι, κανείς σε τελευταία ανάλυση δεν μπορεί να δικαστεί.

Η Άρεντ διαβάζεται στις ημέρες μας διότι είναι διορατική στην κατανόηση των πολιτικών κινδύνων που εξακολουθούμε να αντιμετωπίζουμε... Μας προειδοποιεί για τον κίνδυνο της αδιαφορίας και του κυνισμού. Μας παροτρύνει να αναλάβουμε την ευθύνη του πολιτικού μας πεπρωμένου, της αποστολής μας, του έργου μας, της προσωπικής μας ευθύνης. Μας διδάσκει ότι έχουμε τη δυνατότητα να πράττουμε από κοινού, να λαμβάνουμε πρωτοβουλίες, να ξεκινούμε κάτι καινούργιο, να αγωνιζόμαστε προκειμένου να γίνει πραγματικότητα η επί γης ελευθερία. Το ξεκίνημά μας προς αυτήν την κατεύθυνση, πριν γίνει πολιτική πράξη, είναι πολιτικά ταυτόσημο με την ανθρώπινη ελευθερία. Με την ελευθερία που καταξιώνει η προσωπική στάση και πράξη ευθύνης του καθενός από εμάς μέσα στη δημόσια ζωή, μέσα στη δημόσια διοίκηση.

Αναστοχαζόμαστε, αντιστεκόμαστε στον πειρασμό να αποχωρήσουμε από την αρχή της ευθύνης και δεν αποδέχομαστε ότι δεν μπορεί να γίνει κάτι ενάντια στην ασχήμια, στην παρακμή, στη διαφθορά. Αντιθέτως, η απουσία ευθύνης είναι αυτή η οποία οδηγεί στη συνενοχή, σε ό,τι χειρότερο στην καθημερινότητα, για την ίδια μας τη ζωή.

[14] Χάνς Γιόνας: «Η Αρχή της Ευθύνης», εκδόσεις Αρμός, Αθήνα, 2018, σελ. 334.
[15] Χάνς Κέλσεν: «Τι Είναι Δικαιοσύνη;», εκδόσεις Αντίποδες, Αθήνα, 2019. (Το V κεφάλαιο για τους Κενούς Περιεχομένου Τύπους της Δικαιοσύνης, σελ. 36-47).

Επιτελικά στελέχη στη δημόσια διοίκηση: Νέα αφετηρία, νέα προκλήσεις

Εύη Δραμαλιώτη, Αντιπρόεδρος Εθνικού Κέντρου Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης, Νομικός, Διδάκτωρ Διοικητικής Επιστήμης, Μεταδιδακτορική ερευνήτρια στο Τμήμα Δημόσιας Διοίκησης του Παντείου Πανεπιστημίου

1. Εισαγωγικά

Την αξία του ανθρώπινου δυναμικού στον επαγγελματικό χώρο αποτύπωσε ιδιαίτερα εύστοχα ο *F.M.G. Willson με τη φράση «οι άνθρωποι είναι πιο σημαντικοί από την οργάνωση».* Το ανθρώπινο δυναμικό της δημόσιας διοίκησης αποτελεί δίχως άλλο τον κρίσιμο και νευραλγικό παράγοντα διαμόρφωσης (σχεδιασμού) και υλοποίησης δημόσιων πολιτικών, οι οποίες τις περισσότερες φορές προσλαμβάνουν τον νομιμοποιητικό τους μανδύα στο Κοινοβούλιο[1].

Η παρούσα μελέτη φιλοδοξεί να αναδείξει τις έννοιες της επιτελικότητας και της διυπουργικότητας εντός της διοίκησης, καθώς και την έντονη διασύνδεσή τους. Η πρώτη έννοια αναφέρεται στο ανθρώπινο δυναμικό ως κεφάλαιο ανάπτυξης και προώθησης ολοκληρωμένων (δημόσιων) πολιτικών με την εμπέδωση ενός πιο συμπαγούς προφίλ στελέχους (ενίσχυση επιτελικής διοίκησης). Από την άλλη πλευρά, η έννοια της διυπουργικότητας αφορά στην ολοένα ενισχυμένη διασύνδεση και αλληλοεξάρτηση των διάφορων τομεακών πολιτικών.

Ειδικότερα, η διυπουργικότητα των ζητημάτων προϋποθέτει τη διαχείρισή τους από ανθρώπινο δυναμικό υψηλών προσόντων, το οποίο διαθέτει στρατηγικές διοικητικές ικανότητες & δεξιότητες που συνδέονται με τη δυνατότητα ανταπόκρισης σε ένα μεγάλο εύρος σχεδιασμού και υλοποίησης δημόσιων πολιτικών, χωρίς να απαιτείται απαραιτήτως κάθε φορά ειδική εξειδίκευση του τομέα στον οποίο έκαστη πολιτική αναφέρεται.

Συνοπτικά, θα μπορούσαμε να αποτυπώσουμε το γενικό περίγραμμα των ικανοτήτων-δεξιοτήτων των επιτελικών-διυπουργικών στελεχών σύμφωνα με τα παρακάτω:

- **Εμπέδωση-κατανόηση του περιεχομένου των δημόσιων πολιτικών**

Στην πράξη, κάθε φορά που η πολιτική επιτάσσει την εντολή για την ανάπτυξη μιας δημόσιας πολιτικής, η επιτελική διοίκηση είναι εκείνη που καλείται να προδιαγράψει το πλαίσιο αυτής (εκτιμώμενο κόστος, εναλλακτικές προτάσεις πολιτικής, δρώντες, κοινωνική ωφέλεια, κοινωνικές, περιβαλλοντικές συνέπειες κ.ά). Σε εκείνη εναπόκειται να εκτιμήσει τους πιθανούς κινδύνους που συνεπάγεται η άσκηση μιας απροετοίμαστης/χωρίς προηγούμενη επεξεργασία δημόσιας πολιτικής ή να προειδοποιήσει για το ανέφικτο ορισμένων προβλέψεων και συνεπώς την αποφυγή της κυβερνητικής έκθεσης σε λάθη και απείθαρχες εκτιμήσεις.

- **Συντονισμός σε όλες τις φάσεις του κύκλου ζωής μιας δημόσιας πολιτικής**

Τα διυπουργικά/διατομεακά στελέχη καλούνται να συνοψίζουν το περιεχόμενο της προτεινόμενης πολιτικής (compte-rendu) και να διαθέτουν την εμπειρία να το παρουσιάσουν όπου απαιτηθεί, δηλαδή είτε σε μια ειδική συνεδρίαση του Υπουργικού Συμβουλίου, είτε στο Κοινοβούλιο, είτε σε μια αρμόδια ομάδα εργασίας. Η διυπουργική ικανότητα συνεπάγεται τη

[1] Μακρυδημήτρης, Αντ. (1991), Η εκτελεστική λειτουργία: Τάσεις και χαρακτηριστικά. Σε Μαθιουδάκη Μ. & Ανδρονόπουλου Β. (επιμ.), Το ελληνικό κράτος: Οργάνωση και λειτουργία.

δεξιοτεχνία τους να καθορίζουν τους εμπλεκόμενους δρώντες κάθε φάσης, να βρίσκονται σε διαρκή επικοινωνία μαζί τους, βασισμένης σε μια ικανοποιητική δικτύωση, χωρίς να παραλείπουν την τακτική συνεργασία με τις αρμόδιες οικονομικές υπηρεσίες του κράτους (πχ με το Γενικό Λογιστήριο του Κράτους).

- **Αποτελεσματική εφαρμογή των διυπουργικών/διατομεακών πολιτικών**

Η εφαρμογή των προωθούμενων πολιτικών γίνεται μέσω ενός συντονιστικού κέντρου εποπτείας και διαχείρισης. Τα διυπουργικά στελέχη αναλαμβάνουν την παρακολούθηση συγκεκριμένων δράσεων, προτείνοντας χωρίς καθυστερήσεις λεπτομερή χρονοδιαγράμματα για την ολοκλήρωση κάθε φάσης της υλοποίησης και δημιουργώντας την απαραίτητη δικτύωση με τα αρμόδια σημεία επαφής, όπως ορίζονται από κάθε συναρμόδιο οργανισμό.

2.Τρόποι ενίσχυσης της διοικητικής ικανότητας

Η ενίσχυση της διοικητικής ικανότητας στο πεδίο της δημόσιας διοίκησης έχει επιχειρηθεί από δεκαετίες. Η συχνή προσφυγή σε διαφοροποιήσεις των ονομάτων ή των αρμοδιοτήτων των δομών και κυρίως των Υπουργείων δεν έχει επιφέρει απτά ή ικανοποιητικά αποτελέσματα. Χαρακτηριστικά ο Lester Salamon είχε αντικρούσει την κεντρική επιλογή της αναδιοργάνωσης δομών ως μέσου επίτευξης καλύτερων κυβερνητικών επιδόσεων[2].

Η συχνή διαφοροποίηση των δομών δεν φαίνεται, λοιπόν, να οδηγεί αυτόματα στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας και αποδοτικότητας του δημόσιου τομέα. Το βασικότερο είναι να δοθεί έμφαση στην αποτελεσματικότερη προώθηση των πολιτικών (policies). Σύμφωνα με τον Mintzberg, η πραγματική στρατηγική αλλαγή προϋποθέτει την επινόηση νέων κατηγοριών και όχι την τακτοποίηση των παλιότερων[3].

Κεντρικό ζητούμενο παραμένει η δημιουργία συνθηκών ενίσχυσης της συνοχής των κυβερνητικών προγραμμάτων και των προωθούμενων μεταρρυθμιστικών επιλογών, αντιστοίχως.

Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, πρόκειται για την πρόκληση της μεγαλύτερης διασύνδεσης μεταξύ των υπηρεσιών και της ανάπτυξης δικτύων, η οποία καθίσταται ακόμη πιο παρούσα σε συνθήκες οικονομικής κρίσης. Η εμπειρία βεβαιώνει την αυξανόμενη παρουσία των διατομεακών-διυπουργικών θεμάτων σε περιόδους κρίσης, οικονομικής, υγειονομικής ή άλλης.

Υπό αυτά τα δεδομένα, ολοένα και πιο δημοφιλή γίνονται τα ήπια (soft) εργαλεία διαχείρισης. Οι λόγοι είναι προφανείς. Καταφέρνουν να συμβάλλουν με μετρήσιμα αποτελέσματα στο συντονισμό, στη συνοχή και στην αποτελεσματικότητα, χωρίς να απαιτούνται χρονοβόρες διαδικασίες διοικητικής προσαρμογής.

Αυτά τα εργαλεία διαχείρισης δεν παρουσιάζουν ιδιαίτερες ομοιότητες με τους παραδοσιακούς «command and control» μηχανισμούς (παραδοσιακός γραφειοκρατικός ιεραρχικός έλεγχος), ενώ επιτρέπουν στους συμμετέχοντες να διατηρούν έναν βαθμό ευελιξίας και αυτονομίας.

Τα παραπάνω συνδέονται με τη διαφαινόμενη τάση ενίσχυσης της έννοιας του Κέντρου Διακυβέρνησης και κατ' επέκταση ανάκτησης εκ μέρους της εκάστοτε πολιτικής ηγεσίας του εποπτικού της οριζόντιου ρόλου. Η διαμόρφωση οράματος (vision) στην κορυφή της εκάστοτε (δια)κυβέρνησης, ικανού να επικοινωνήσει στο σύνολο της κοινωνίας ένα πλαίσιο κοινών αξιών και στόχων προς επίτευξη, κατευθύνει το ανθρώπινο δυναμικό και δίνει υπόσταση στη

[2] Heclo, Hugh & Salamon, Lester M. (1981), *The illusion of Presidential Government*, Boulder: Westview.
[3] Mintzberg, Henry (1994), The Rise and Fall of Strategic Planning, Reconceiving Roles for Planning, Plans, Planners, The Free Press.

λειτουργική του χρησιμότητα. Η συγκέντρωση και η διάχυση της πληροφορίας από το κέντρο της διοικητικής δράσης, η επεξεργασία και η εκ των προτέρων ανάλυση των επιπτώσεων των κυβερνητικών επιλογών σε πρώιμο στάδιο είναι μερικοί από τους λόγους που φαίνεται να καλλιεργούν βάσιμες ελπίδες για την ανάπτυξη πιο συνεκτικών πολιτικών στο μέλλον.

Ασφαλώς, όλα τα παραπάνω δεν μπορούν να γίνουν πράξη, χωρίς τη λεγόμενη επιτελική διοίκηση, την ανώτερη δημοσιοϋπαλληλία.

3. Από την κάθετη στην οριζόντια οργάνωση ("culture breakers")

Η επιχειρούμενη αλλαγή προϋποθέτει ασφαλώς την αλλαγή κουλτούρας και οργανωσιακού παραδείγματος. Όπως εξαιρετικά εύστοχα έχει διακρίνει ο καθηγητής Μακρυδημήτρης μεταξύ δυο οργανωτικών τύπων, της πιο παραδοσιακής «γραφειοκρατίας» και της πιο σύγχρονης και ανανεωτικής «τεχνοκρατίας», αντιστοίχως διαμορφώνεται η μορφολογία των διοικητικών στελεχών[4].

Έτσι, από την μία πλευρά διακρίνονται οι «εσωστρεφείς» (locals) και από την άλλη, οι «εξωστρεφείς» (cosmopolitans), όπως τους χαρακτήρισε ο Gouldner (1957)[5]. Ασφαλώς, οι «εξωστρεφείς» είναι εκείνοι που καλούνται να μεταρρυθμίσουν εσωτερικά το κράτος.

Εξοπλισμένοι με ένα «χαρτοφυλάκιο δεξιοτήτων» (Handy, 1994), το οποίο μεταφέρουν μαζί τους σε διάφορους φορείς και χώρους απασχόλησης, διαθέτουν μεγαλύτερη εξειδίκευση, κινητικότητα, ευχέρεια ανάπτυξης εξωτερικών σχέσεων και, συνεπώς, επιδεικνύουν μικρό βαθμό ταύτισης με το συγκεκριμένο οργανωτικό πλαίσιο της απασχόλησής τους[6]. Το περιβάλλον της λιγότερο ελεγκτικής, πιο «λειτουργικής» τεχνοκρατικής οργάνωσης, ευνοεί την πρωτοβουλία και την ανάπτυξη της γνώσης, η οποία οδηγεί στην καινοτομία.

Σε αυτή την κατεύθυνση, η νοηματοδότηση της επιτελικής διοίκησης δεν μπορεί να μην περιλαμβάνει την αξία του επαγγελματισμού. Τα ανώτατα επιτελικά στελέχη καλούνται, πριν και πάνω από όλα, να είναι επαγγελματίες. Ο επαγγελματισμός, ή σύμφωνα με τον καθηγητή Μακρυδημήτρη, η «επαγγελματοποίηση» (professionalism)[7], αναφέρεται τόσο σε τεχνικές, (να κάνεις τα πράγματα σωστά) όσο και στην ηθική και σε αξίες, δηλαδή σε δεξιότητες (να κάνεις σωστά πράγματα)[8].

4. Σύσταση οριζόντιου διυπουργικού κλάδου επιτελικών στελεχών της Δημόσιας Διοίκησης

Σύμφωνα με τα παραπάνω, τα επιτελικά στελέχη αποτελούν κρίσιμες μεταβλητές τόσο για τον επιτυχή σχεδιασμό των δημόσιων πολιτικών, όσο και για την αποτελεσματική εφαρμογή τους[9].

Έτσι εξηγείται η κρίσιμη μετατόπιση του ενδιαφέροντος της διοικητικής επιστήμης από τις διοικητικές θέσεις στα «επαγγέλματα» εντός της δημόσιας διοίκησης. Στην παρούσα μελέτη αναδεικνύεται ως πρόταση το «επάγγελμα» του επιτελικού στελέχους. Διαθέτει διατομεακά/διυπουργικά χαρακτηριστικά και ενδύεται με σαφές επαγγελματικό περίγραμμα (competency profile). Τα χαρακτηριστικά του προτεινόμενου νέου «επαγγέλματος» μπορούν να προκύψουν δια της *επανατυποποίησης των επαγγελματικών προσόντων των ανώτατων*

---

[4] Μακρυδημήτρης, Αντώνης (2009), *Προσεγγίσεις στη θεωρία των Οργανώσεων*, Εκδόσεις Καστανιώτη.
[5] Ό.π.
[6] Ό.π.
[7] Μακρυδημήτρης, Αντώνης (2008), Η πολιτική ως «επάγγελμα», *Εφημερίδα ΤΟ ΒΗΜΑ,* 24 Νοεμβρίου.
[8] Bowman, James S., West, Jonathan P., Beck, Marcia A. (2015), Best Achieving Competencies in Public Service: The Professional Edge, Kindle Edition.
[9] Sabatier, Paul and Mazmanian, Daniel, The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives, *Policy Analysis,,* Vol. 5, No. 4 (Fall 1979), pp. 481-504.

διοικητικών στελεχών, τα οποία καλούνται να καλλιεργήσουν τις *μετασχηματιστικές δεξιότητες & ειδικές γνώσεις* της εποχής που διανύουμε (πχ ηγεσία, στρατηγικό management, project management, ψηφιακές δεξιότητες, διαχείριση αλλαγής, δικτύωση-επικοινωνία, τεχνητή νοημοσύνη). Σε αυτή την κατεύθυνση, χώρες με προηγμένα διοικητικά συστήματα όπως το Ηνωμένο Βασίλειο και η Αυστραλία παρέχουν ειδική εκπαίδευση από πιστοποιημένες Ακαδημίες στα υψηλών δεξιοτήτων στελέχη, ενώ η επιτυχής αποφοίτηση από αυτές αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για τη διεκδίκηση συγκεκριμένων περιζήτητων-υψηλόβαθμων διοικητικών θέσεων [10].

Όπως είναι γνωστό, στην Ελλάδα δεν υπάρχει *προκαθορισμένο σύστημα σταδιοδρομίας (career path)*, ούτε και πρόβλεψη για *διυπουργική κινητικότητητα των ανώτερων δημόσιων υπαλλήλων*, αντιστοίχως. Η αλήθεια είναι ότι μέχρι πρότινος ήταν σχεδόν ακατόρθωτο να μετακινηθεί ένας υπάλληλος χωρίς σημαντική καθυστέρηση, ακόμη και εντός του ίδιου φορέα, δηλαδή εσωτερικά. Επιπλέον, το σύστημα κινητικότητας βρίθει πληθώρας ειδικών διατάξεων και εξαιρέσεων που το καθιστά στην πράξη αδύναμο, αν όχι ανεφάρμοστο.

Η *δημιουργία μιας σαφώς προδιαγεγραμμένης επαγγελματικής σταδιοδρομίας* για τα επιτελικά στελέχη της δημόσιας διοίκησης διευκολύνει τον συντονισμό και την ολοκλήρωση των προωθούμενων κυβερνητικών μεταρρυθμίσεων, προσφέροντας ταυτόχρονα κίνητρα για τους υπαλλήλους (they would feel valued)[11] και χαράσσει αξίες για τη διοίκηση.

Η δημιουργία διυπουργικών σωμάτων θα ένωνε τα στελέχη της ίδιας ειδικότητας σε ένα ομογενές σώμα, ανεξαρτήτως του Υπουργείου στο οποίο εργάζονται, ενώ τώρα παρατηρείται το παράδοξο φαινόμενο στελέχη του ίδιου επαγγελματικού προφίλ να μην αλληλεπιδρούν μεταξύ τους σε επίσημη και τακτική βάση, ακόμη κι αν εργάζονται στο ίδιο Υπουργείο και στεγάζονται στο ίδιο κτίριο[12].

5. Η λειτουργία ομάδων κρούσης ως νέο εργαλείο επιτυχούς διακυβέρνησης

Σε σύνδεση με τα παραπάνω, μια νέα τάση για καλύτερη διαχείριση της κυβερνητικής δράσης που αναδεικνύεται στην παρούσα μελέτη είναι η συγκρότηση στοχευόμενων ομάδων κρούσης σε ανώτερο διοικητικό επίπεδο με τη συμμετοχή επιτελικών διοικητικών στελεχών.

Σε αυτή την κατεύθυνση και δεδομένου του ειδικού βάρους που αποδίδεται στην ενίσχυση της διυπουργικότητας, προτείνεται ένα εναλλακτικό «μονοπάτι» καριέρας για τα διυπουργικά στελέχη της ανώτατης δημόσιας διοίκησης[13] ως εξής:

Η λειτουργία διυπουργικών ομάδων ειδικού σκοπού (task forces), συνιστώμενων με πρωτοβουλία μιας υπηρεσίας του Πρωθυπουργού για την προώθηση κεντρικών κυβερνητικών πολιτικών, κατόπιν εισήγησης του Πρωθυπουργού ή συλλογικά του ίδιου του Υπουργικού Συμβουλίου. Οι ειδικές αυτές αποστολές μπορούν να εδρεύουν στο επισπεύδον Υπουργείο και να βρίσκονται σε διασύνδεση με ένα συντονιστικό κεντρικό σημείο επαφής.

Οι ομάδες αυτές μπορούν να αναλαμβάνουν την υλοποίηση δράσεων «κατά παραγγελία» του Πρωθυπουργού (πχ 10 υψηλές άμεσες κυβερνητικές προτεραιότητες σε ετήσια βάση),

---

[10] Policy Profession, Project Delivery Profession (United Kingdom). Major Projects Leadership Academy (Australia).

[11] Manzoni, John, Chief Executive of the Civil Service and Permanent Secretary (UK Cabinet Office).Speech: A civil service fit for the future, στο https://www.gov.uk/government/speeches/a-civil-service-fit-for-the-future (τελευταία πρόσβαση στις 03.05.2018).

[12] Σωτηρόπουλος, Δημήτρης (2001), Η κορυφή του πελατειακού κράτους, Οργάνωση, στελέχωση και πολιτικοποίηση των ανώτερων βαθμίδων της Κεντρικής Διοίκησης στην Ελλάδα, 1974-2000, Ποταμός.

[13] Ό.π.

επικυρωμένες με απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου στο πλαίσιο μιας οριζόντιας συνεκτικής κυβερνητικής πολιτικής.

Προτείνεται η άμεση υπαγωγή και εποπτεία των επιχειρησιακών ομάδων κρούσης από το Κέντρο Διακυβέρνησης.

Σχετικά με τα ειδικά χαρακτηριστικά τους, οι ομάδες κρούσης διαφέρουν από τις παραδοσιακές διυπουργικές υπηρεσιακές επιτροπές ή τις ομάδες εργασίας που συνιστώνται από τον εκάστοτε επισπεύδοντα Υπουργό και καλούνται να εισφέρουν μια πρόταση πολιτικής ολοκληρώνοντας έναν κύκλο διαβουλεύσεων, κυρίως, μέσω ορισμένων τακτικών δια ζώσης συναντήσεων με συγκεκριμένους φορείς.

Συχνά, οι παραδοσιακού τύπου υπηρεσιακές επιτροπές που κατά καιρούς συγκροτούνται για την προώθηση πολιτικών επιλογών των εκάστοτε Υπουργών καταλήγουν να υπηρετούν προσωπικά οράματα και φιλοδοξίες που δεν συμπίπτουν κατ' ανάγκη με τον γενικότερο κυβερνητικό προγραμματισμό και, επομένως, κρίνεται χρήσιμο να εποπτεύονται από κάποιο κεντρικό συντονιστικό μηχανισμό.

Αντιθέτως, στην περίπτωση των μελών των ομάδων κρούσης, η επιλογή τους γίνεται με αυστηρά προκαθορισμένα κριτήρια και μάλιστα τοποθετούνται κατόπιν απόφασης ενός ανώτερου εποπτεύοντος οργάνου (συνήθως μονάδας του Κέντρου Διακυβέρνησης). Κατά κανόνα οι ομάδες αυτές επιστρατεύονται με αφορμή ένα γεγονός μεγάλης σημασίας, το οποίο προκαλεί σημαντικές συνέπειες και εμπλέκει πολλούς δρώντες, επομένως είναι διυπουργικής φύσης (φυσική καταστροφή, υγειονομική κρίση, ανακύπτον οικονομικό ή περιβαλλοντικό ζήτημα). Απαραίτητο κρίνεται τα μέλη των ομάδων κρούσης να διαθέτουν την απαραίτητη υλικοτεχνική υποστήριξη (γραφεία, γραμματεία, ηλεκτρονικά μέσα) προκειμένου να φέρουν εις πέρας την αποστολή τους, χωρίς καθυστερήσεις και γραφειοκρατικές αγκυλώσεις.

Προς ενίσχυση των προσπαθειών τους, δεν αποκλείεται η ενίσχυση των ομάδων κρούσης με έμπειρα στελέχη του ιδιωτικού τομέα ή ακόμη και εθελοντές προερχόμενους από εθελοντικές οργανώσεις που γνωρίζουν σε βάθος τα υπό επίλυση ζητήματα, όπου φυσικά αυτό κρίνεται απαραίτητο. Σύμφωνα με τη θεωρία των οργανώσεων, άλλωστε, οι υψηλών επιδόσεων ομάδες (high-performing teams) συνήθως αποτελούνται από μέλη διαφορετικής επιστημονικής ή και επαγγελματικής προέλευσης, οι οποίοι όμως φέρουν ισχυρά, αλλά και συμβατά μεταξύ τους αξιακά συστήματα, που τους επιτρέπουν να κατανοήσουν πλήρως τον τιθέμενο κοινό στόχο και να εργαστούν χωρίς εγωισμούς και χρονοτριβή γι' αυτόν.

6. Συμπεράσματα

Ο συνεκτικός και επιτελικός χαρακτήρας της κυβερνητικής λειτουργίας συναρτάται με την ποιότητα του ανθρώπινου δυναμικού της δημόσιας διοίκησης. Πρωτεύουσα θέση κατέχει η επιλογή και αξιοποίηση διοικητικών στελεχών, ικανών να ανταποκριθούν σε αλλαγές και μετασχηματισμούς σε σύνδεση με το διαρκώς μεταβαλλόμενο διεθνές περιβάλλον.

Η αποτελεσματική άσκηση πολιτικής, απολύτως συνυφασμένη με την κυκλική σχέση δημόσιας διοίκησης-δημόσιας πολιτικής, προϋποθέτει την αισθητή ενίσχυση της επαγγελματικής φυσιογνωμίας των ανώτερων διοικητικών στελεχών, καθώς και της παρεπόμενης βελτίωσης των χρησιμοποιούμενων διοικητικών τεχνικών (πχ μέθοδοι σχεδιασμού, μελέτης και προετοιμασίας των αποφάσεων κλπ)[14].

[14] Σπανού, Καλλιόπη (2001), Δημόσια Διοίκηση και Δημόσια Πολιτική. Σε Σπηλιωτόπουλου, Επ. & Μακρυδημήτρη, Αντ., Η Δημόσια Διοίκηση στην Ελλάδα, Ελληνικό Ινστιτούτο Διοικητικών Επιστημών, Σάκκουλας.

Τα ως άνω περιγραφέντα νέα εργαλεία διακυβέρνησης μπορούν να αναδείξουν τις μοντέρνες δεξιότητες που απαιτούνται ως ένα συνεχές στοίχημα για τη μετάβαση σε έναν μετασχηματισμό γνώσεων, αλλά και μετρήσιμων επιδόσεων στον δημόσιο τομέα.

Με αυτό τον τρόπο, η δημόσια διοίκηση θα ανταποκρίνεται περισσότερο στις ανάγκες της κοινωνίας, αλλά και της ποιότητας της δημοκρατίας.

Ζητήματα φορολογικής μεταχείρισης των Τραπεζών[1]

Νίκος Παπαχρήστος, Δ.Ν., Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ)

Χαρακτηριστικό πολλών νομικών αποτελεί η αυταρέσκεια κατά τη χρήση των εννοιών – και των νομικών εννοιών. Στο πλαίσιο αυτό επισημαίνεται, ότι ο όρος «αμηχανία», που αποτελεί στοιχείο του γενικού τίτλου του Συνεδρίου και αναφέρεται στην αίσθηση δυσκολίας ή άγνοιας ενόψει της διαχείρισης μίας κατάστασης, μπορεί να προκαλέσει συνειρμικά την αναφορά στον όρο «αδράνεια», που στη Φυσική αναφέρεται ως η αντίδραση των φυσικών σωμάτων στην προσπάθεια μεταβολής της φυσικής τους κατάστασης, αλλά δεν σημαίνει οπωσδήποτε ακινησία ή στασιμότητα, ενίοτε δε αναπτύσσει και μία δυναμική.

Μία αμηχανία, λοιπόν, αλλά και μία διανοητική κινητοποίηση ίσως προκαλούσε η υπόθεση πως το Σύνταγμα μπορεί να διασπάσει –αν όχι και να αντιστρέψει– τον μεθοδολογικό κανόνα που επιτάσσει τη στενή ερμηνεία μίας κατηγορίας διατάξεων του κοινού (εν προκειμένω του φορολογικού) δικαίου και τελικά να οδηγήσει και να επιβάλει μία λιγότερο στενή ερμηνεία τους.

Αφορμή για τις παρακάτω σκέψεις αποτέλεσε η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για ένα ειδικό θέμα, το οποίο –όπως πολλά ειδικά θέματα– άπτεται ενός ευρύτερου και αφορά τη φορολογική μεταχείριση των πιστωτικών ιδρυμάτων.

Ποιο ήταν –και είναι– το θέμα: Τα πιστωτικά ιδρύματα έχουν στο χαρτοφυλάκιό τους, κατά καιρούς, τίτλους επενδύσεων, που παράγουν εισόδημα. Το συγκεκριμένο εισόδημα φορολογείται στην πηγή, κατ' ειδικό τρόπο και αυτοτελώς. Αυτό γίνεται, επειδή οι συγκεκριμένοι τίτλοι επενδύσεων αποτελούν μέρος του χαρτοφυλακίου της Τράπεζας για χρονικό διάστημα που δεν είναι εκ των προτέρων γνωστό και βέβαιο. Έτσι, λοιπόν, συλλαμβάνεται εγκαίρως αυτή η φορολογική ύλη και φορολογείται αυτοτελώς και με ειδικό τρόπο.

Τέτοιο εισόδημα είναι οι τόκοι από ομόλογα ή έντοκα γραμμάτια Ελληνικού Δημοσίου, εταιρικά ομόλογα, ημεδαπής ή αλλοδαπής προελεύσεως, ημεδαπών ή αλλοδαπών, αντίστοιχα, επιχειρήσεων.

Αυτός ο φόρος, λοιπόν, που παρακρατείται ή προεισπράττεται και που υπολογίζεται επί του συγκεκριμένου εισοδήματος, εκπίπτει από το συνολικό ποσό του προς βεβαίωση φόρου του πιστωτικού ιδρύματος.

Αλλά πώς φορολογείται το πιστωτικό ίδρυμα, ποιο είναι το αντικείμενο του φόρου κατά τον Κ.Φ.Ε.: το συνολικό *εισόδημα* ή *κέρδος μετά* την αφαίρεση του μέρους που αναλογεί στα αφορολόγητα έσοδα ή στα κατ' ειδικό τρόπο φορολογούμενα εισοδήματα με εξάντληση της φορολογικής υποχρέωσης.

Πώς προσδιορίζεται αυτό το μέρος των κερδών: Τεχνικά μιλώντας, γίνεται επιμερισμός των συνολικών καθαρών κερδών ανάλογα με το ύψος των φορολογουμένων εσόδων και των αφορολόγητων ή με ειδικό τρόπο φορολογούμενων εισοδημάτων. Και *σε περίπτωση διανομής*, στα φορολογούμενα κέρδη *προστίθεται το μέρος εκείνο των* αφορολόγητων κερδών ή των *κατ' ειδικό τρόπο φορολογουμένων εσόδων που αναλογούν στα διανεμόμενα κέρδη* με οποιαδήποτε

[1] Το κείμενο αποτελεί τη γραπτή απόδοση της εισήγησης.

μορφή, *μετά την αναγωγή του εξευρισκόμενου αυτού ποσού σε μικτό ποσό με την προσθήκη του αναλογούντος σε αυτό φόρου*.

Στις υποθέσεις που εξέτασε το Δικαστήριο και μας απασχολούν εν προκειμένω (ΣτΕ 1524 & 1526/2018), η Τράπεζα είχε ζημίες. Έτσι δεν προέκυψε φόρος προς βεβαίωση, ώστε να χωρήσει η έκπτωση εκείνου του προκαταβληθέντος. Με αυτό το σκεπτικό η Τράπεζα ζήτησε την επιστροφή του: αφού δεν μπορούσε να συμψηφιστεί, τότε να επιστραφεί. Η Φορολογική Διοίκηση αρνήθηκε. Ο νόμος προέβλεπε έκπτωση μόνον όταν το ποσό του προκαταβληθέντος φόρου είναι μεγαλύτερο από το ποσό του προς βεβαίωση αναλογούντος φόρου. Είπε, λοιπόν, η Διοίκηση, ότι η φορολογική ελάφρυνση για τα τραπεζικά ιδρύματα φθάνει μέχρι τον συμψηφισμό του φόρου με τον κατά τις γενικές διατάξεις οφειλόμενο, *μόνο* εφόσον ο τελευταίος είναι υψηλότερος.

Πράγματι, ο νόμος κατά τον κρίσιμο για τις υποθέσεις εκείνες χρόνο δεν ρύθμιζε ρητώς την τύχη του προκαταβληθέντος φόρου σε περίπτωση κατά την οποία δεν προκύπτει αναλογών φόρος (όταν δηλαδή η Τράπεζα έχει ζημιές). Όταν η υπόθεση κατέληξε ως αναιρετική δίκη στο Συμβούλιο της Επικρατείας, το Δικαστήριο κλήθηκε να ασχοληθεί με την ερμηνεία των κρίσιμων διατάξεων και διέλαβε στο συλλογισμό του τα παρακάτω.

Πρώτον: Σε χρόνο προγενέστερο της κρισιολογούμενης χρήσης, *ο νόμος όριζε ρητά* ότι τέτοια επιστροφή δεν ήταν επιτρεπτή. *Εν προκειμένω ο νόμος σιωπούσε.* Και σε χρόνο μετά την κρισιολογούμενη χρήση *ο νόμος όρισε ρητά* ότι το εν λόγω πιστωτικό υπόλοιπο συμψηφίζεται με τον φόρο εισοδήματος διαδοχικώς στα επόμενα 5 οικονομικά έτη από τη δημιουργία του πιστωτικού υπολοίπου, κατά το υπόλοιπο που απομένει κάθε φορά.

Το Δικαστήριο επικαλούμενο αυτό το διαχρονικής φύσεως στοιχείο, δια της ιστορικής και τελεολογικής μεθόδου ερμηνείας προέβη στη σκέψη ότι: όσες φορές ο νομοθέτης ήθελε να ρυθμίσει την τύχη του εν λόγω ποσού, το έπραξε *ρητώς*. Επομένως, εξ αντιδιαστολής, όσες φορές ο νομοθέτης δεν θέλησε και δεν ρύθμισε *ρητώς* την τύχη του, το ποσό αυτό δεν πρέπει να τυγχάνει από τη Διοίκηση μεταχείρισης ανάλογης προς αυτήν που κατά καιρούς ρυθμίστηκε *ρητά*, αλλά να έχει μόνο τη μεταχείριση που *ρητώς* προβλέπεται από τις οικείες φορολογικές διατάξεις.

Δεύτερον: Με προγενέστερη νομολογία του το ίδιο Δικαστήριο είχε κρίνει, ότι, εάν ο νόμος δεν απαγορεύει *ρητά* την επιστροφή του πιστωτικού υπολοίπου, τότε αυτό είναι επιστρεπτέο (ΣτΕ 1463/2014, 1833/2015).

Τρίτον: Οι κρίσιμες για την υπόθεση φορολογικές διατάξεις είναι στενώς ερμηνευτέες ως επιβάλλουσες φορολογικό βάρος, όπως υποστηρίζει και η κρατούσα άποψη. Τη γραμματική τους διατύπωση, λοιπόν, επικαλέστηκε το Δικαστήριο: η έκπτωση του προκαταβληθέντος φόρου –γράφει η διάταξη– τελεί υπό την προϋπόθεση ύπαρξης επαρκούς φορολογούμενου εισοδήματος και επαρκούς ποσού φόρου προς βεβαίωση. Και ακόμη: πρόκειται για κατ' ειδικό τρόπο φορολόγηση του εισοδήματος – φορολόγηση από τη φύση της αυτοτελή. Ο επ' αυτής εισπραχθείς φόρος *μόνο συμψηφίζεται*. Όμως εφόσον υπάρχει μεγαλύτερο αυτού ποσό τελικού φόρου προς βεβαίωση. Άλλως *δεν* επιστρέφεται.

Αυτή ήταν η μεθοδολογία για την ερμηνεία του φορολογικού νόμου.

Ο αναστοχασμός επί της μεθόδου ερμηνείας δεν είναι θεωρητική ή φιλοσοφική άσκηση και δη υπερβατικού χαρακτήρα. Θεωρώντας ότι έχει μία κάποια σημασία, προτείνω να ξανασκεφτούμε ορισμένες παραδοχές.

Μπορεί να συνδράμει μεθοδολογικά τη γραμματική ερμηνεία η αναφορά στο διαχρονικό δίκαιο; Δηλαδή ότι ο νόμος άλλοτε όρισε ρητώς ότι το πιστωτικό υπόλοιπο δεν είναι επιστρεπτέο, άλλοτε σιώπησε και άλλοτε όρισε τον συμψηφισμό του σε βάθος 5ετίας;

Κομίζει την επισήμανση της ρητής ρύθμισης για την τύχη του πιστωτικού υπολοίπου σε αντιδιαστολή προς τη σιωπή του νόμου για αυτό το θέμα. Αλλά και την αναφορά στη βούληση του νομοθέτη. Δηλαδή αναζητεί την ιστορική ratio του νόμου.

Ξεκινώ από τα γραμματικά δεδομένα: Οι τρόποι φορολόγησης κάθε κατηγορίας εισοδήματος. Οι διατάξεις περί ειδικώς και αυτοτελώς φορολογούμενου και γενικές διατάξεις για υπολογισμό επί του φορολογούμενου εισοδήματος. Και υπάρχει η διάταξη για το ποσό φόρου από αυτοτελή φορολόγηση, που προεισπράχθηκε και εκπίπτει, όταν ο προς βεβαίωση φόρος είναι μεγαλύτερος.

Πρόβαλε η Διοίκηση, ότι η εν λόγω φορολογική ελάφρυνση φθάνει μέχρι τον συμψηφισμό του φόρου με τον κατά τις γενικές διατάξεις οφειλόμενο. Αυτό γράφει η διάταξη. Από τη γραμματική της διατύπωση, όμως, συνάγεται ο δικαιολογητικός λόγος της σχετικής ρύθμισης;

Οπωσδήποτε ενδιαφέρει η ratio και της έκπτωσης και της αυτοτελούς φορολόγησης: η έκπτωση έχει να κάνει με την ιδιαίτερη μεταχείριση των πιστωτικών ιδρυμάτων λόγω της φύσης τους σε σχέση με άλλα νομικά πρόσωπα υποκείμενα φόρου.

Η αυτοτελής φορολόγηση με εξάντληση της φορολογικής υποχρέωσης έχει να κάνει με τη φύση του εισοδήματος, που παραμένει για περιορισμένο χρόνο στο χαρτοφυλάκιο της Τράπεζας. *Αλλά να συνεκτιμήσουμε εάν και πώς το εισόδημα αυτό συνδέεται τεχνικά με το τελικώς φορολογούμενο εισόδημα.* Γιατί εισόδημα είναι και το ένα και το άλλο.

Κάθε νομοθετική επιλογή (πρέπει να) ερμηνεύεται σύμφωνα με τους υπερνομοθετικής ισχύος κανόνες – εν προκειμένω τις αρχές της φορολογικής δικαιοσύνης και της ισότητας, της νομιμότητας και της βεβαιότητας του φόρου, όπως κατοχυρώνονται στο Σύνταγμα.

Τούτων δοθέντων, ποια βούληση επί του πρακτέου συνάγεται από το νόμο; Η εκτίμηση των πρακτικών επιπτώσεων από την εφαρμογή μίας ερμηνευτικής εκδοχής αποτελεί κριτήριο για τη διαμόρφωση άποψης περί του ορθού και αληθούς νοήματος μίας διάταξης νόμου; Τέτοιο προερμηνευτικό κριτήριο δεν ευδοκιμεί στα καθ' ημάς ως αποδεκτή μέθοδος ερμηνείας του δικαίου – τουλάχιστον έτσι όπως το διατυπώνω.

Ωστόσο ενόψει του πρακτέου αρθρώνεται η ερμηνεία, στο πρακτέο σκοπεί. Πολλά συνεκτιμώνται. Οποιαδήποτε συνεκτίμηση μπορεί να διέλθει νοηματικά και να εισχωρήσει ακόμη και ρητά στον νομικό συλλογισμό, μέσα από διάφορες συνταγματικές έννοιες και αρχές. Δηλαδή με επίκλησή τους.

Ας πούμε μέσω της έννοιας του γενικού συμφέροντος. Η έννοια αυτή ως κριτήριο ερμηνείας του κοινού δικαίου απαντάται στο Σύνταγμα. Και μάλιστα σε διατάξεις διόλου άσχετες με τα πιστωτικά ιδρύματα και εντεύθεν με τη φορολογική μεταχείρισή τους.

Αρκεί να θυμίσω την παράγραφο 1 του άρθρου 5 του Συντάγματος, που προστατεύει την γενική οικονομική ελευθερία, στο πλαίσιο του λεγόμενου «οικονομικού Συντάγματος». Αλλά και το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 και τη δεύτερη παράγραφο του άρθρου 106 του Συντάγματος, όπου τίθεται το πλαίσιο άσκησης της ιδιωτικής οικονομικής (επιχειρηματικής) δραστηριότητας. Αυτά συνιστούν έρεισμα ρυθμίσεων του κοινού δικαίου. Επομένως *και* του φορολογικού δικαίου. Επίσης να αναφέρω την παράγραφο 5 του άρθρου 4 και την παράγραφο 1 του άρθρου 78 του Συντάγματος.

Να δούμε πώς αυτά τα χειρίστηκε ο κοινός νομοθέτης στην πράξη. Στο ειδικό θέμα που μας απασχολεί. Ο νομοθέτης *επιμένει* να θέτει το ποσό προς συμψηφισμό, έστω και αν ορίζει πλέον διαφορετικά την τύχη του. Χωρίς να αναφέρεται ρητώς σε δυνατότητα επιστροφής. Δεν θέλει.

Ένα πρόσφατο νομοθετικό δεδομένο, λοιπόν, νομίζω ότι δίνει περαιτέρω εναύσματα να ξανασκεφτούμε όσα –όχι καινούρια κι όχι πρωτότυπα– αναφέρθηκαν.

Πριν λίγες μέρες ψηφίστηκε νομοθετική ρύθμιση (άρθρο 93 ν. 4605/2019), με την οποία «*αντιμετωπίζεται*», λέει η αιτιολογική έκθεση, το ζήτημα της νομολογίας, που ανέφερα ως αφορμή της παρουσίασής μου, και *«αποσαφηνίζεται»,* λέει πάλι η αιτιολογική έκθεση, η εφαρμογή των σχετικών με τη νομολογία αυτή διατάξεων.

Τα πιστωτικά υπόλοιπα, όπως αυτά που ανέφερα, διαβάζω τη διάταξη, «*για τα οποία δημιουργήθηκαν διαφορές που εκκρεμούν ενώπιον των δικαστηρίων, συμψηφίζονται κατά προτεραιότητα όταν προκύψει φόρος εισοδήματος και κατά το μέρος που ο φόρος αυτός επαρκεί για το σκοπό του ως άνω συμψηφισμού*».

Περαιτέρω, *διαβάζω ξανά από την αιτιολογική έκθεση*, «*προκειμένου να αποφευχθεί ερμηνευτικό ζήτημα εφαρμογής της νομολογίας του ΣτΕ και στις διατάξεις του ν. (...), οι οποίες προβλέπουν τον 5ετή συμψηφισμό χωρίς να καθορίζουν ρητά τη δυνατότητα επιστροφής ή όχι των τυχόν πιστωτικών υπολοίπων, κρίνεται σκόπιμο να δοθεί μεγαλύτερος χρόνος συμψηφισμού ειδικά για τα πιστωτικά υπόλοιπα […] των οικονομικών ετών […] για τα οποία δεν υφίσταται νομολογία του ΣτΕ) ορίζοντας ότι ειδικά για τη συγκεκριμένη κατηγορία, ο συμψηφισμός επιτρέπεται να πραγματοποιηθεί ισόποσα εντός 10 ετών με κάθε είδους φορολογικές υποχρεώσεις*».

Έτσι με τη νέα ρύθμιση ορίστηκε και το εξής: «*Τυχόν πιστωτικό υπόλοιπο που προέκυψε […] και δεν συμψηφίστηκε εντός των 5 ετών, συμψηφίζεται σε ισόποσες δόσεις εντός δέκα (10) ετών με οποιασδήποτε φύσεως φορολογικές υποχρεώσεις των τραπεζών […]. Η ρύθμιση […] εφαρμόζεται επί υποθέσεων για τις οποίες έχουν υποβληθεί αρχικές και τροποποιητικές δηλώσεις ενώπιον της φορολογικής αρχής και δεν έχουν εξετασθεί, καθώς και επί εκκρεμών υποθέσεων […]*».

Παρατηρείται, λοιπόν, ότι τον νομοθέτη απασχόλησαν όσα έκρινε το ΣτΕ, με τον τρόπο που προκύπτει ότι τον απασχόλησαν. Το ΣτΕ έχει κρίνει αυτό επιτρεπτό με προϋποθέσεις και δεν επεκτείνομαι τώρα στο θέμα.

Ερώτημα, μετά από όσα διάβασα: ήταν τόσο σημαντικές οι πρακτικές επιπτώσεις της δικαστικής κρίσης, όπως δηλαδή ερμήνευσε το νόμο, ώστε το ζήτημα να τύχει ex post ειδικής νομοθετικής ρύθμισης; Απάντηση: προφανώς ναι. Ας επιχειρήσουμε να δούμε και να σκεφτούμε το γιατί.

Ανατρέχω στην αιτιολογική έκθεση: «*Η εφαρμογή της ρύθμισης ξεκινά από 1.1.2020 προκειμένου να μην επέλθουν δημοσιονομικές επιπτώσεις στο τρέχον έτος*».

Ανατρέχω, εν συνεχεία, στην Έκθεση του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους επί της σχετικής ρύθμισης: «*Από τις προτεινόμενες διατάξεις επέρχεται, επί του κρατικού προϋπολογισμού, απώλεια φορολογικών εσόδων ύψους 30 εκατ. ευρώ περίπου, ετησίως και για 10 χρόνια, αρχής γενομένης από το έτος 2020*».

Διαβάζω από την Ειδική Έκθεση του άρθρου 75 παρ. 3 του Συντάγματος, που συνόδευε τη σχετική τροπολογία, ότι: «*Η ανωτέρω απώλεια θα αναπληρωθεί από άλλες πηγές εσόδων του κρατικού προϋπολογισμού*».

Τέλος, όπως είναι φυσικό, ενδιαφέρον παρουσιάζει η Έκθεση Αξιολόγησης Συνεπειών των πρόσφατων αυτών ρυθμίσεων. Εκεί, λοιπόν, για τη σκοπιμότητα των διατάξεων *αναφέρεται η κατά τα διεθνή λογιστικά πρότυπα υποχρέωση των πιστωτικών ιδρυμάτων, ενόψει της δημοσίευσης των οικονομικών αποτελεσμάτων έτους 2018, να λάβουν υπόψη ως πιθανώς εφαρμοστέα τη νομολογία του ΣτΕ στις εκκρεμείς υποθέσεις και «ελλείψει σαφούς ερμηνείας» – έτσι αναφέρει η έκθεση– να υποχρεωθούν να εγγράψουν προβλέψεις*.

Επίσης ως δικαιολογητικός λόγος των νέων ρυθμίσεων αναφέρεται η ανάγκη «*να υπάρξει νομική ασφάλεια ως προς τον χειρισμό των πιστωτικών υπολοίπων*».

Επιπλέον, αναφέρονται τα εξής: «*Οι συνέπειες αναμένονται να είναι θετικές για την οικονομία, καθώς το συγκεκριμένο σχέδιο νόμου συμβάλλει στην περαιτέρω ενίσχυση και θωράκιση της ευστάθειας του τραπεζικού συστήματος της χώρας*».

Και ακόμη ότι: «*Η ρύθμιση αποτέλεσε αντικείμενο συζητήσεων μεταξύ των υπηρεσιών του Υπουργείου Οικονομικών (Διεύθυνση Φορολογικής Πολιτικής και Διεύθυνση Χρηματοοικονομικής Πολιτικής με τις αρμόδιες εποπτικές αρχές (Τράπεζα της Ελλάδος, ΕΛΤΕ (είναι η επιτροπή λογιστικής τυποποίησης και ελέγχων), Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς) και την Ελληνική Ένωση Τραπεζών […]. Σημειώνεται ότι το περιεχόμενο της διάταξης έχει εγκριθεί από το Συμβούλιο Συστημικής Ευστάθειας (είναι αυτό του άρθρου 20 του νόμου 2867/2010 με αποστολή «την ανάλυση της δυναμικής μεταξύ των επί μέρους συστημάτων του χρηματοοικονομικού χώρου και τη συνεχή διερεύνηση για την προληπτική αντιμετώπιση έκτακτων ή ακραίων καταστάσεων και κρίσεων»)*».

Αυτά δεν παραπέμπουν στην έννοια του γενικού συμφέροντος, όπως αυτή διαμορφώνεται μέσα και από τα στοιχεία του ταμειακού συμφέροντος του Δημοσίου;

Το χρηματοπιστωτικό σύστημα είναι πρωτίστως *σύστημα*. Σύστημα οικονομικών παραγόντων και σχέσεων μέσα στο *ευ-ρω-Σύστημα.*

Σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, όπως την πραγματεύεται η θεωρία και η νομολογία, ως έκφανση του κράτους δικαίου, η Διοίκηση οφείλει να δρα σύμφωνα με τους ισχύοντες κανόνες δικαίου και οι ενέργειες των οργάνων της πρέπει να μην είναι αντίθετες προς τους κανόνες αυτούς. Δηλαδή η Διοίκηση *αφενός μεν* έχει αρμοδιότητα να προβαίνει σε κάθε ενέργεια που δεν απαγορεύεται ή δεν αντίκειται στους ανωτέρω κανόνες *αφετέρου δε* έχει την αρμοδιότητα (οφείλει ή μπορεί) να προβαίνει μόνο στις ενέργειες που προβλέπονται και επιβάλλονται ή επιτρέπονται από τους κανόνες. Δηλαδή, ενώ οι ιδιώτες μπορούν να ενεργήσουν ότι δεν απαγορεύεται, αντίθετα *η Διοίκηση οφείλει ή μπορεί να ενεργήσει μόνον ότι επιτρέπεται* (*Επ. Σπηλιωτόπουλος*, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, 2010, σ. 88). Άμεση απόρροια της αρχής της νομιμότητας είναι η έννοια της αρμοδιότητας.

Ισχύουν αυτά έτσι; Ή μάλλον: μπορεί σε αυτά να βρει έρεισμα η άποψη για την ανάγκη σύμφωνης προς το Σύνταγμα ερμηνείας του – φορολογικού, εδώ– νόμου;

Είναι αυτά τυπολατρικά; Εάν ναι, συνεχίζω σε αυτό το πνεύμα: Μία διαδεδομένη παραδοχή είναι –ευλόγως εν πολλοίς– η προσήλωση σε αυστηρώς γραμματική και νοηματικά στενή ερμηνεία των φορολογικών διατάξεων.

Η γραμματική μέθοδος είναι η αφετηρία κάθε διανοητικού εγχειρήματος για την ερμηνεία. Αλλά τίθεται πάντοτε και υποχρεωτικά το κλασικό ερώτημα: ποιος ο σκοπός της ερμηνείας; Η ανεύρεση του ορθού και αληθούς νοήματος, που κατά την άποψη του ερμηνευτή, έχει μία διάταξη νόμου. Και η πρακτική εφαρμογή της με επιχειρήματα ουσιαστικής ορθότητας.

Το περιεχόμενο της ρύθμισης, όπως συνάγεται από τη γραμματική διατύπωση, τη δεδηλωμένη ratio θέσπισής της, τις τυχόν υπερνομοθετικές αρχές που διέπουν την ρυθμιζόμενη έννομη σχέση , άρα το σύστημα των κανόνων εντός του οποίου μπορεί να εντάσσεται η ρύθμιση, ακόμη και ο τρόπος με τον οποίο η έννομη σχέση ρυθμίστηκε στο παρελθόν, λέει -κατά τούτο ορθώς- η νομολογία.

Μήπως όλα αυτά άγουν σε μη επιτρεπτή «διασταλτική» ερμηνεία;

Επιτρέψτε μου, λοιπόν, να επαναλάβω ως παράμετρο στη μέθοδο ερμηνείας των φορολογικών, εν προκειμένω, διατάξεων, την συνεκτίμηση των πρακτικών συνεπειών.

Δεν είναι νέα και γι' αυτό τη θέτω προς επανασυζήτηση και αναστοχασμό, με αφορμή όσα μόλις παρουσίασα και με ευκαιρία το φιλόξενο αυτό βήμα και γενικά το φιλόξενο και δημιουργικό αυτό περιβάλλον.

Η επικοινωνία είναι σχέση: και την προϋποθέτει και την ιδρύει και την επηρεάζει.

Έτσι και ο διάλογος του φορολογικού νομοθέτη με τη νομολογία στο παράδειγμα της πρόσφατης ρύθμισης για την τύχη του πιστωτικού υπολοίπου.

Είπα δεν θα επανέλθω στο «επιτρεπτό» των ρυθμίσεων όπως η πρόσφατη. Να πω μόνο ότι όσα τέθηκαν στο νόμο, δεν τέθηκαν χωρίς σεβασμό στη δικαιοδοτική κρίση.

Ο χρόνος εκπλήρωσης της φορολογικής υποχρέωσης των πιστωτικών ιδρυμάτων, η αναβαλλόμενη φορολογία είναι το θέμα.

Ο εκάστοτε νομοθετικός χειρισμός του απηχεί, προφανώς, μία ορισμένη αντίληψη για το ρόλο τον οποίο οι τράπεζες επιτελούν -ή και πρέπει να επιτελούν- στην ανάπτυξη της εθνικής οικονομίας.

Σε ορισμένο οικονομικό μοντέλο ανάγεται η εκάστοτε νομοθετική πρωτοβουλία στα θέματα αυτά. Που, θυμίζω, αναπτύσσεται εντός των ευρωπαϊκών οικονομικών δεδομένων. Που είναι το εξής ένα: *το ευρωσύστημα.*

Οι προϋποθέσεις προσφυγής στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση

Στυλιανός Μαυρίδης, Αντιπρόεδρος ΔΣΘ, Μεταδιδάκτορας Δημοσιονομικού Δικαίου Νομικής ΑΠΘ, Ειδικός Επιστήμονας Νομικής ΔΠΘ, Δικηγόρος, Μέλος του ΔΣ της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ

1. Εισαγωγή

Οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση είναι εκείνες στο πλαίσιο των οποίων οι αναθέτουσες αρχές διαβουλεύονται με τους οικονομικούς φορείς της επιλογής τους και διαπραγματεύονται τους όρους της σύμβασης με έναν ή περισσότερους από αυτούς[1]. Οι συγκεκριμένες διαδικασίες είναι χρήσιμες, λαμβανομένου υπόψη ότι δίνουν τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να προσαρμόσουν επαρκέστερα και αποτελεσματικότερα την προσφορά στη ζήτηση, πλην, όμως, λόγω της εύκαμπτης συμπεριφοράς που τους επιτρέπουν είναι, κατ' αρχήν, απειλητικές για τον ανταγωνισμό, διότι συνιστούν παρέκκλιση από τις αρχές της διαφάνειας, της ισότιμης συμμετοχής στις διαδικασίες κατάρτισης δημοσίων συμβάσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού[2].

Η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση αποτελεί μία διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, που καθιερώθηκε για πρώτη φορά με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ[3] και σε εθνικό επίπεδο με τον ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα με το άρθρο 29 του συγκεκριμένου νόμου[4], το οποίο ενσωματώνει το άρθρο 29 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Φαίνεται να «αντικαθιστά» τη διαδικασία με δημοσίευση διακήρυξης[5], η οποία προβλεπόταν στην Οδηγία 2004/18/ΕΚ[6], καθώς και στις διατάξεις του άρθρου 50 του ν. 4281/2014 και του άρθρου 24 του π.δ. 60/2007. Στις αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρεται, μάλιστα, ότι η παροχή μεγαλύτερης ευελιξίας στις αναθέτουσες αρχές για την επιλογή διαδικασιών που προβλέπουν διαπραγματεύσεις καθίσταται επιτακτική.

Όπως ορίζεται στο άρθρο 29 του ν. 4412/2016, η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση περιλαμβάνει μία σειρά σταδίων και επιμέρους βημάτων. Ειδικότερα, προβλέπεται μία διαδικασία δύο αυτοτελών μεταξύ τους σταδίων (προεπιλογής και διαπραγμάτευσης)[7]. Η αναθέτουσα αρχή εκδίδει προκήρυξη διαγωνισμού και ακολούθως ο οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει αίτηση συμμετοχής. Οι αιτήσεις αυτές αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή και σε δεύτερο στάδιο αποστέλλεται πρόσκληση στους προεπιλεγέντες οικονομικούς φορείς για την υποβολή αρχικής προσφοράς, η οποία αποτελεί τη βάση των επακόλουθων διαπραγματεύσεων. Μετά την αξιολόγηση των αρχικών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή έχει δικαίωμα να αναθέσει τη σύμβαση είτε με βάση τις

---

[1] Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Γ' Έκδοση, 2019, σελ. 305

[2] Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Γ' Έκδοση, 2019, σελ. 305

[3] Με την Οδηγία 2004/18/ ΕΚ είχε ήδη προβλεφθεί η διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου.

[4] Ωστόσο, η διαδικασία με διαπραγμάτευση, ως διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων εισήχθη με την Οδηγία 89/440/ΕΟΚ.

[5] Βλ. την υπ' αριθμόν 21/2017 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σελ.6, υποσημ. 14

[6] Άρθρο 30 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

[7] Καρακόιδας Α., «Είδη διαδικασιών ανάθεσης στον Ν 4412/2016 – Οι νέες διαδικασίες», σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ 151.

αρχικές προσφορές, εφόσον τούτο έχει προβλεφθεί στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος είτε κατόπιν διαπραγματεύσεων, οι οποίες μπορούν να διεξάγονται και σε διαδοχικές φάσεις. Με την ολοκλήρωση των διαπραγματεύσεων ενημερώνονται οι προσφέροντες και καλούνται να υποβάλουν τυχόν νέες ή αναθεωρημένες προσφορές. Ωστόσο, καθιερώνεται ένας μη διαπραγματεύσιμος πυρήνας που αφορά στις ελάχιστες απαιτήσεις και τα κριτήρια ανάθεσης, τα οποία δεν υπόκεινται σε διαπραγμάτευση[8]. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις τελικές προσφορές και αναθέτει τη σύμβαση, σύμφωνα με τα άρθρα 85 έως 89 του ν. 4412/2016, καθώς και με τα οριζόμενα στην προκήρυξη του διαγωνισμού.

Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν επιλέγει μόνο τον οικονομικό φορέα που θα αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά διαπραγματεύεται με τους οικονομικούς φορείς το υπό προκήρυξη αντικείμενο, ώστε αυτό να σχεδιασθεί με τον καλύτερο δυνατό τρόπο.

Δεδομένου ότι η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση θα πρέπει να συνοδεύεται από κατάλληλες διασφαλίσεις, ώστε να τηρούνται οι αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας[9,10], η προσφυγή στη συγκεκριμένη διαδικασία προβλέπεται μόνο σε ορισμένες περιοριστικά αναφερόμενες στον νόμο περιπτώσεις.

2. Οι προϋποθέσεις προσφυγής στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση.

Οι προϋποθέσεις προσφυγής στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ορίζονται περιοριστικά στη διάταξη του άρθρου 26 του ν. 4412/2016. Οι ίδιες προϋποθέσεις ισχύουν και για την προσφυγή στη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου[11]. Οι προϋποθέσεις αυτές διευρύνθηκαν με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ σε σχέση με την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, η οποία προέβλεπε ως διαδικασία μόνο τον ανταγωνιστικό διάλογο, καθώς και τη διαδικασία με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης[12]. Πρόκειται, λοιπόν, για εξαιρετικές διαδικασίες[13], οι οποίες προβλέπονται κυρίως σε περιπτώσεις, όπου οι ανοικτές ή οι κλειστές διαδικασίες χωρίς διαπραγμάτευση δεν είναι πιθανό να οδηγήσουν σε ικανοποιητικά αποτελέσματα[14].

Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να αποδείξουν ότι συντρέχει τουλάχιστον μία εκ των κατωτέρω αναλυτικά αναφερόμενων περιστάσεων και όχι σωρευτικά, προκειμένου να

---

[8] Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Γ' Έκδοση, 2019, σελ. 315

[9] Βλ. αιτιολογική σκέψη 45 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

[10] Απόφαση ΔΕΕ της 5ης-12-2012, Nordecon AS, υποθ. 561/12, σύμφωνα με την οποία «…*μολονότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να διαπραγματεύεται στο πλαίσιο διαδικασίας με διαπραγμάτευση, εντούτοις οφείλει πάντα να μεριμνά, ώστε να τηρούνται οι απαιτήσεις της σύμβασης στις οποίες έχει προσδώσει δεσμευτικό χαρακτήρα. Εφόσον αυτό δεν συμβαίνει παραβιάζεται η αρχή κατά την οποία οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να ενεργούν με διαφάνεια*…».

[11] Ωστόσο, η διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου διαφέρει από την ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση κυρίως ως προς το ότι στον ανταγωνιστική διάλογο η ανάθεση πραγματοποιείται με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, ενώ στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση το κριτήριο ανάθεσης ορίζεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 86 του ν. 4412/2016, καθώς και ότι στον ανταγωνιστικό διάλογο μπορούν να γίνουν διαπραγματεύσεις με τον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά από πλευράς βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ενώ στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση δεν υφίσταται αυτή η δυνατότητα.

[12] Βλ. την υπ' αριθμόν 21/2017 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σελ.3.

[13] Ωστόσο, οι περιστάσεις χαρακτηρίζονται ως «ειδικές» και όχι ως «εξαιρετικές» από άλλους συγγραφείς. Βλ. Καρακόιδας Α., «Είδη διαδικασιών ανάθεσης στον Ν 4412/2016 – Οι νέες διαδικασίες», σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ 146.

[14] Βλ. αιτιολογική σκέψη 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

καταφύγουν νομίμως στη συγκεκριμένη διαδικασία, ανεξάρτητα αν πρόκειται για σύμβαση έργου, προμήθειας ή υπηρεσιών. Ενδέχεται, όμως, η δικαιολογητική βάση για την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση να συνδυάζει περισσότερες περιστάσεις.

Ως πρώτη περίπτωση κατά την οποία είναι επιτρεπτή η προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ορίζεται αυτή, όπου οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής δεν μπορούν να ικανοποιηθούν χωρίς προσαρμογή των άμεσα διαθέσιμων λύσεων. Η πρώτη, λοιπόν, περίπτωση αφορά στα έργα, στις υπηρεσίες ή στα προς προμήθεια αγαθά, τα οποία δεν είναι έτοιμα προς χρήση, αλλά απαιτούν είτε ανάπτυξη είτε προσαρμογή για τις συγκεκριμένες ανάγκες της αναθέτουσας αρχής[15].

Η προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση είναι, επίσης, επιτρεπτή εάν τα έργα, τα αγαθά ή οι υπηρεσίες περιλαμβάνουν σχεδιασμό ή καινοτόμες λύσεις[16]. Πρόκειται, δηλαδή, για περίπτωση στην οποία η σύμβαση που θα συναφθεί περιλαμβάνει ένα σημαντικό στοιχείο σχεδιασμού και ανάπτυξης και όχι η απλή προσαρμογή ενός έτοιμου προϊόντος. Όπως προκύπτει και από την υπ' αριθμόν 42 αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η κατάσταση αυτή μπορεί να παρουσιαστεί ιδίως στις περιπτώσεις που αφορούν καινοτόμα έργα, εκτέλεση σημαντικών έργων υποδομής ολοκληρωμένων μεταφορών, μεγάλα δίκτυα πληροφορικής ή έργα που απαιτούν περίπλοκη και διαρθρωμένη χρηματοδότηση. Ειδικότερα, για τις συμβάσεις έργων, περιπτώσεις όπως οι προαναφερθείσες περιλαμβάνουν έργα που δεν είναι συνήθη κτίρια ή που οι εργασίες αφορούν σχεδιαστικές ή καινοτόμες λύσεις. Η προσαρμογή ή οι σχεδιαστικές αυτές προσπάθειες είναι ιδιαίτερα αναγκαίες στην περίπτωση περίπλοκων αγορών όπως εξελιγμένα προϊόντα, υπηρεσίες πνευματικής φύσεως, υπηρεσίες παροχής συμβουλών, υπηρεσίες αρχιτεκτονικής ή μηχανικής, ή μεγάλα έργα τεχνολογίας των πληροφοριών και των επικοινωνιών (ΤΠΕ)[17].

Σημειωτέον ότι οι δύο ανωτέρω περιπτώσεις δεν είχαν προβλεφθεί με το προγενέστερο καθεστώς και συγκεκριμένα με την Οδηγία 2004/18/ΕΚ.

Επιπρόσθετα, η προσφυγή στη συγκεκριμένη διαδικασία προβλέπεται σε περίπτωση που η σύμβαση δεν μπορεί να ανατεθεί χωρίς διαπραγματεύσεις λόγω ειδικών περιστάσεων που σχετίζονται με τη φύση, την πολυπλοκότητα ή τη νομική ή χρηματοοικονομική οργάνωση ή λόγω των κινδύνων που συνδέονται με τους ανωτέρω παράγοντες. Η κατά τα ανωτέρω διατύπωση του νόμου επιτρέπει ευρύτερες προσεγγίσεις στην αναθέτουσα αρχή σε σύγκριση με το προγενέστερο καθεστώς του π.δ. 60/2007, όπου ως προϋπόθεση είχε τεθεί η αδυναμία προκαθορισμού του συνολικού κόστους του έργου, υπηρεσίας ή προμήθειας[18]. Η έννοια της τεχνικής πολυπλοκότητας εισήχθη αρχικά με την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, όπου ως «ιδιαίτερα πολύπλοκη» χαρακτηρίζεται μία δημόσια σύμβαση, όταν η αναθέτουσα αρχή δεν είναι αντικειμενικά σε θέση να καθορίσει τα τεχνικά μέσα που θα ικανοποιήσουν τις ανάγκες και τους στόχους της ή/και όταν δεν είναι αντικειμενικά σε θέση να προσδιορίσουν τη νομική ή/και χρηματοοικονομική οργάνωση ενός σχεδίου[19]. Στην Ερμηνευτική Ανακοίνωση της

[15] Βλ. την υπ' αριθμόν 21/2017 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σελ.4 – Αιτιολογική σκέψη 43 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

[16] Στο άρθρο 2 παρ. 1 περ. 24 του ν. 4412/2016 αναφέρεται ότι: «*ως «καινοτομία» νοείται η υλοποίηση νέου ή σημαντικά βελτιωμένου προϊόντος, υπηρεσίας ή διαδικασίας, που περιλαμβάνει αλλά δεν περιορίζεται στις διαδικασίες παραγωγής, ανοικοδόμησης ή κατασκευής, νέα μέθοδο εμπορίας ή νέα μέθοδο οργάνωσης στις επιχειρηματικές πρακτικές, οργάνωσης του χώρου εργασίας ή των εξωτερικών σχέσεων μεταξύ άλλων, με σκοπό τη συμβολή στην αντιμετώπιση των κοινωνικών προκλήσεων ή την υποστήριξη της στρατηγικής «Ευρώπη 2020» για έξυπνη, βιώσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη*».

[17] Αιτιολογική σκέψη 43 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

[18] Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Γ' Έκδοση, 2019, σελ. 312

[19] Άρθρο 1 παρ. 11 περ. γ΄ της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ.

Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τον ανταγωνιστικό διάλογο ως παράδειγμα τεχνικής πολυπλοκότητας δόθηκε η περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή ήθελε να ενώσει τις όχθες ενός ποταμού, αλλά δεν είχε αποφασίσει εάν θα το κάνει με γέφυρα ή τούνελ. Ως παράδειγμα νομικής ή χρηματοοικονομικής πολυπλοκότητας δόθηκε η περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταλήξει ως προς το εάν μπορεί να αναθέσει τη σύμβαση ως σύμβαση παραχώρησης ή όχι.

Η προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση είναι, επίσης, επιτρεπτή στην περίπτωση που οι τεχνικές προδιαγραφές δεν είναι δυνατόν να προκαθοριστούν με επαρκή ακρίβεια από την αναθέτουσα αρχή με αναφορά σε πρότυπο, ευρωπαϊκή τεχνική αξιολόγηση, κοινή τεχνική προδιαγραφή ή τεχνικό πλαίσιο αναφοράς. Η τέταρτη αυτή υποπερίπτωση επιτρεπόμενης προσφυγής στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση είναι, επίσης, ευρύτερη της προϊσχύουσας διάταξης του άρθρου 2 παρ. 11 γ΄ του π.δ. 60/2007, η οποία αναφερόταν μόνο στον τομέα των υπηρεσιών[20]. Οριοθετεί, ακόμη, ακριβέστερα σε σχέση με την αντίστοιχη προγενέστερη διάταξη τις περιπτώσεις που περιλαμβάνει, δεδομένου ότι αναφέρεται ρητά σε τεχνικές προδιαγραφές και όχι σε προδιαγραφές εν γένει, καθώς και σε πρότυπα, ο ορισμός των οποίων δίδεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016[21].

Η εν λόγω διάταξη της περ. δ΄ της παρ. 2 του άρθρου 26 του ν. 4412/2016 τυγχάνει εφαρμογής ιδίως στον τομέα των υπηρεσιών και για παροχές διανοητικής εργασίας[22], όπως η σύλληψη έργου, στο μέτρο που η φύση των προς παροχή εργασιών δεν επιτρέπει τον καθαρισμό με επαρκή ακρίβεια των προδιαγραφών της σύμβασης[23].

Πέραν των ως άνω προβλεπόμενων περιπτώσεων, η προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία προβλέπεται και στην περίπτωση όπου έπειτα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία υποβάλλονται μόνο μη κανονικές[24] ή απαράδεκτες προσφορές[25,26]. Για πρώτη φορά, μάλιστα, ο νομοθέτης όρισε τις έννοιες των μη κανονικών και των απαράδεκτων προσφορών[27]. Στις περιπτώσεις αυτές, μάλιστα, δεν είναι αναγκαία η δημοσίευση προκήρυξης της σύμβασης εφόσον στη διαδικασία περιλαμβάνουν όλους τους προσφέροντες οι οποίοι πληρούν τα κριτήρια των

---

[20] Ράικος Δ., Βλάχου Ε., Σαββίδη Ε., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2018, σελ. 231

[21] Παράρτημα VII του ν. 4412/2016 «*2. «πρότυπο»: η τεχνική προδιαγραφή που έχει εγκριθεί από αναγνωρισμένο οργανισμό με δραστηριότητα τυποποίησης, για επαναλαμβανόμενη ή διαρκή εφαρμογή, της οποίας όμως η τήρηση δεν είναι υποχρεωτική και εμπίπτει σε μία από τις ακόλουθες κατηγορίες:*
α) «διεθνές πρότυπο»: πρότυπο που έχει εγκριθεί από διεθνή οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού·
β) «ευρωπαϊκό πρότυπο»: πρότυπο εγκεκριμένο από ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης που έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού·
γ) «εθνικό πρότυπο»: πρότυπο που έχει εκδοθεί από εθνικό οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού».

[22] Ο ορισμός της έννοιας των «διανοητικών εργασιών» δεν παρέχεται από την ίδια την Οδηγία, αλλά προφανώς ως τέτοιες νοούνται όσες δεν παρέχονται με σωματικές δεξιότητες, αλλά κατά βάση με πνευματικές.

[23] Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη,2019, σελ. 314.

[24] Σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 3 του ν. 4412/2016 «*Μη κανονικές προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:α) όσες δεν πληρούν τις προϋποθέσεις των εγγράφων της σύμβασης,β) όσες παρελήφθησαν εκπρόθεσμα,γ) όταν υπάρχουν αποδεικτικά στοιχεία αθέμιτης πρακτικής, όπως συμπαιγνίας ή διαφθοράς,δ) όσες κρίνονται από την αναθέτουσα αρχή ασυνήθιστα χαμηλές*».

[25] Σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 3 του ν. 4412/2016 «*Απαράδεκτες προσφορές θεωρούνται συγκεκριμένα:α) όσες υποβάλλονται από προσφέροντες οι οποίοι δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα καιβ) όσων η τιμή υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της αναθέτουσας αρχής, όπως καθορίσθηκε και τεκμηριώθηκε πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης*».

[26] Αιτιολογική Σκέψη 44 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

[27] Καρακόιδας Α., «Είδη διαδικασιών ανάθεσης στον Ν 4412/2016 – Οι νέες διαδικασίες», σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ 144.

άρθρων 73 έως 83 και οι οποίοι, κατά την προηγηθείσα ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, υπέβαλαν προσφορές σύμφωνες προς τις τυπικές απαιτήσεις της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, και μόνον αυτούς. Ωστόσο, προβλέπεται ως ουσιώδης τύπος της διαδικασίας η έκδοση προηγούμενες σχετικής σύμφωνης γνώμης από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.[28]. Το άρθρο 26 παρ. 2 του ν. 4412/2016 δεν επαναλαμβάνει τα οριζόμενα στο άρθρο 24 παρ. 1 του προϊσχύσαντος π.δ. 60/2007, σύμφωνα με το οποίο απαιτούνταν επιπλέον οι όροι του αρχικού διαγωνισμού να μην τροποποιούνται ουσιωδώς κατά τη διαδικασία διαπραγμάτευσης[29]. Τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι η ισχύουσα διάταξη θα πρέπει να ερμηνευθεί ως να έχει καταργηθεί η συγκεκριμένη προϋπόθεση, λαμβανομένου υπόψη ότι μία τέτοια προϋπόθεση απορρέει αφενός από τη διάταξη του άρθρου 132 του ν. 4412/2016 περί τροποποίησης της σύμβασης και αφετέρου από τον νομολογιακό κανόνα ότι οποιαδήποτε ουσιώδης αλλαγή των όρων της σύμβασης θεωρείται ως νέα σύμβαση και άρα χρήζει νέας διαδικασίας ανάθεσης[30].

3. Συμπεράσματα.

Με δεδομένο ότι η προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση συνιστά παρέκκλιση από τη διενέργεια ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας οι προϋποθέσεις για την εφαρμογή της προσδιορίζονται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά. Από τις τιθέμενες προϋποθέσεις προκύπτει ότι κοινός παρονομαστής για την προσφυγή στη συγκεκριμένη διαδικασία είναι η «ιδιαιτερότητα» του έργου που πρόκειται να ανατεθεί στον ανάδοχο, εξαιτίας της οποίας η αναθέτουσα αρχή αδυνατεί να ορίσει τα μέσα που θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν τις ανάγκες της ή να εκτιμήσει τι μπορεί να της προσφέρει η αγορά. Πρωταρχικό, λοιπόν, στοιχείο για την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία είναι ο χαρακτήρας και το αντικείμενο του έργου. Μόνη εξαίρεση είναι η περίπτωση κατά την οποία οι προσφορές που είχαν υποβληθεί στο πλαίσιο ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας ήταν μη κανονικές ή απαράδεκτες. Η τελευταία αυτή περίπτωση είναι και η μόνη «αντικειμενική» προϋπόθεση για την προσφυγή στη συγκεκριμένη διαδικασία, εν αντιθέσει με τις λοιπές, οι οποίες είναι γενικές, αόριστες και «υποκειμενικές» και άρα επιτρέπουν την προσφυγή στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση σε πολλές περιπτώσεις[31].

---

[28] Καρακόιδας Α., «Είδη διαδικασιών ανάθεσης στον Ν 4412/2016 – Οι νέες διαδικασίες», σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ 145.

[29] Ράικος Δ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, Γ' Έκδοση, 2019, σελ. 309

[30] Ράικος Δ., Βλάχου Ε., Σαββίδη Ε., Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2018, σελ. 234

[31] Καρακόιδας Α., «Είδη διαδικασιών ανάθεσης στον Ν 4412/2016 – Οι νέες διαδικασίες», σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ 146.

Εφαρμογή του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 για την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας μέσα από τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ και των Διοικητικών Δικαστηρίων

Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, M2R Δημόσιο Δίκαιο, ΜΔΕ Εμπορικό Δίκαιο, Μέλος ΑΕΠΠ, Μέλος του Δ.Σ. της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων

Η ματαίωση του δημόσιου διαγωνισμού συνιστά μια ειδικώς ρυθμιζόμενη κατάσταση, γι'αυτό και στο νομοθέτημα του 4412/2016 εμπεριέχεται ξεχωριστή διάταξη στο άρθρο 106 του νόμου, με σχέση με τις ειδικότερες προϋποθέσεις και συνθήκες υπό την συνδρομή των οποίων η διοίκηση προστρέχει άλλοτε δυνητικά και άλλοτε υποχρεωτικά στην απόφαση αυτή. Ο εξαιρετικός χαρακτήρας της ματαίωσης αναδεικνύεται ιδίως στην περίπτωση που η απόφαση περί ματαίωσης εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, οπότε αναδεικνύεται συνάμα και η υπερέχουσα θέση της τελευταίας έναντι των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Υπό αυτό το πρίσμα, έχουν ιδιαίτερο ενδιαφέρον τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε απόφασης ματαίωσης στην πράξη, υπό την έννοια ότι το μείζον είναι να διασφαλίζεται ότι η ματαίωση του διαγωνισμού δεν λαμβάνει χώρα προσχηματικά, προκειμένου να επαναληφθεί η διαδικασία με ευνοϊκούς όρους για συγκεκριμένους υποψήφιους ή να γίνει απευθείας ανάθεση της σύμβασης.

Ο ενωσιακός νομοθέτης αναφέρεται μόνον στην ευχέρεια που έχει η αναθέτουσα αρχή να ματαιώσει τον διαγωνισμό (άρθρο 55 Οδηγία 2014/24 ΕΕ)[1], χωρίς να οριοθετεί την διαδικασία αυτή μέσω συγκεκριμένης ρύθμισης στην Οδηγία. Την ευχέρεια αυτή ακολούθως ενστερνίζεται και ο εθνικός μας νομοθέτης, ο οποίος, όμως, έχει επιλέξει να ρυθμίσει με την ειδική διάταξη του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 ενιαία την ματαίωση του διαγωνισμού για συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και έργων και να αποτυπώσει περιοριστικά σε αυτήν, τόσο τις περιπτώσεις που η ματαίωση είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα, όσο και τις περιπτώσεις που μια τέτοια απόφαση εναπόκειται στην διακριτική της ευχέρεια.

Σε κάθε περίπτωση, όμως, όπως από πολύ νωρίς έχει νομολογηθεί από το Συμβούλιο της Επικρατείας, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει την διαγωνιστική διαδικασία θα πρέπει να είναι εναρμονισμένη με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου (αντικειμενικότητα, διαφάνεια, ίση μεταχείριση, υγιής ανταγωνισμός)[2] και φυσικά να είναι θωρακισμένη με πλήρη, ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία[3]. Την ειδική αιτιολογία της απόφασης ματαίωσης απαιτεί ρητώς και η διάταξη του άρθρου 106. Πράγμα το οποίο σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να αναφέρεται αναλυτικά, εξειδικευμένα και με σαφήνεια στους λόγους και τις περιστάσεις εκείνες που δικαιολογούν την εκτίμησή της να ματαιώσει τον διαγωνισμό, χωρίς να αρκείται απλώς και μόνον στην επίκληση της σχετικής παραγράφου

[1] Άρθρο 55 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές «να ενημερώνουν το συντομότερο δυνατόν όλους τους υποψήφιους και τους προσφέροντες για τις αποφάσεις που λαμβάνονται σχετικά με τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο, την ανάθεση της σύμβασης ή την αποδοχή σε ένα δυναμικό σύστημα αγορών, συμπεριλαμβανομένων των λόγων για τους οποίους αποφάσισαν να μη συνάψουν συμφωνία-πλαίσιο, να μην αναθέσουν σύμβαση για την οποία προκηρύχθηκε διαγωνισμός, να αρχίσουν νέα διαδικασία ή να μην θέσουν σε εφαρμογή δυναμικό σύστημα αγορών».

[2] ΔΕΚ C-27/98, Metalmeccanica Fracasso, σκ. 23 και 25, ΔΕΚ C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH v. Stadt Wien, ΔΕΚ C-244/02, Kauppatalo Hansel v. Imatran Kaupunk, σκ. 32, ΣτΕ 651/2010, ΕΑ ΣτΕ 455/2009

[3] ΣτΕ 4408/2013, 4146/2012, 651/2010

του άρθρου 106. Το ίδιο απαιτείται ακόμα και όταν η ματαίωση είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, υπό την έννοια ότι θα πρέπει στη σχετική απόφαση να εκτίθενται αναλυτικά τα πραγματικά περιστατικά τα οποία στοιχειοθετούν την εκάστοτε περίπτωση υποχρεωτικής ματαίωσης.

Επομένως, αντιλαμβάνεται κανείς ότι το ζήτημα της επαρκούς αιτιολογίας της απόφασης ματαίωσης είναι αυτό που κατά κύριο λόγο θίγεται κατά την προσβολή της σχετικής απόφασης τόσο ενώπιον της ΑΕΠΠ, όσο και ενώπιον του ακυρωτικού δικαστή, οι οποίοι καλούνται να ελέγξουν αν η αιτιολογία της προσβαλλόμενης είναι νόμιμη και εάν τυχόν η διοίκηση υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας. Μάλιστα, το ΣτΕ έχει ρητά αποφανθεί ότι την ελλείπουσα αιτιολογία από το σώμα της πράξης ή από τα στοιχεία του φακέλου στα οποία αυτή παραπέμπει δεν μπορεί να αναπληρώσει η εκ των υστέρων επίκληση στοιχείων επι τη ευκαιρία του εγγράφου απόψεων που αποστέλλει η διοίκηση ενώπιον του δικαστηρίου (ΣτΕ 3399/2005, 1144/2010). Η νομολογία αυτή συμβαδίζει και με την διάταξη του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η οποία επιτρέπει μόνον συμπληρωματική, και όχι το πρώτον αιτιολογία της προσβαλλόμενης με τις απόψεις.

Μια ακόμα διαδικαστική προϋπόθεση που θέτει η διάταξη του άρθρου 106 για το νόμιμο χαρακτήρα της απόφασης ματαίωσης είναι η λήψη της προηγούμενης γνώμης του αρμόδιου οργάνου, απαίτηση πάγια, ανεξαρτήτως της δέσμια αρμοδιότητας ή διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Η τήρηση της προϋπόθεσης αυτής έχει απασχολήσει σε πολλές περιπτώσεις την νομολογία της ΑΕΠΠ, όπου είτε η σχετική γνωμοδότηση παρέχεται από όργανο άλλο από το αρμόδιο[4], είτε το στάδιο αυτό παρακάμπτεται εντελώς, υπό το πρόσχημα ότι η ματαίωση είναι ούτως ή άλλως υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή[5], με συνέπεια σε κάθε περίπτωση η προσβαλλόμενη να πάσχει λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

Τέλος, αναφορικά με τον χρονικό ορίζοντα στον οποίον μπορεί να επιδιωχθεί η ματαίωση του διαγωνισμού, προκύπτει ότι ως μια μορφή ανάκλησης των πράξεων του προσυμβατικού σταδίου, που οδηγεί εν τέλει στην ακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας δύναται να λαμβάνει χώρα σε οποιοδήποτε στάδιο πριν την σύναψη της σύμβασης, ακόμα και μετά την απόφαση κατακύρωσης αυτής, και πάντως όχι κατά την εκτέλεση αυτής.

Βεβαίως, πέρα από την ολοσχερή ανάκληση της διακήρυξης, και ως εκ τούτου την ματαίωση του διαγωνισμού, δεν θα πρέπει να ξεχνάμε ότι, όπου υπάρχει το περιθώριο να θεραπευθούν διαπιστωθείσες πλημμέλειες σε συγκεκριμένο στάδιο της διαδικασίας, η διοίκηση οφείλει να ανακαλεί μόνον εν μέρει τις παράνομες πράξεις της, ώστε να επιτραπεί η συνέχιση του διαγωνισμού[6]. Εξυπακούεται ότι, όπου το δημοπρατούμενο αντικείμενο απαρτίζεται από περισσότερα τμήματα, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας της διαγωνιστικής διαδικασίας για κάθε τμήμα, τυχόν ματαίωση του διαγωνισμού κρίνεται και λαμβάνει χώρα για κάθε τμήμα ξεχωριστά.

Στην διάταξη του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 ξεχωριστό ενδιαφέρον έχουν καθεμία από τις περιοριστικά αναφερόμενες στον νόμο περιπτώσεις ματαίωσης. Στην πρώτη κατηγορία, και συγκεκριμένα στην παρ. 1 του 106, συγκεντρώνονται οι περιπτώσεις εκείνες όπου λόγω των περιστάσεων που έχουν δημιουργηθεί η κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου είναι μονόδρομος για την αναθέτουσα αρχή. Πρόκειται για τις περιπτώσεις που δεν υπάρχει εξ'αρχής κανένας υποψήφιος ή αποκλείσθηκαν όλοι οι υποψήφιοι ή απορρίφθηκαν οι προσφορές όλων των

[4] ΑΕΠΠ 1286/2019
[5] ΑΕΠΠ 238,239/2020
[6] ΑΕΠΠ 167/2017

υποψηφίων ή δεν προσκομίστηκαν είτε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, είτε τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά πριν την σύναψη τόσο από τον προσωρινό ανάδοχο όσο και από τους επόμενους σε σειρά κατάταξης διαγωνιζόμενους ή δεν προσήλθε τελικά κανείς για την υπογραφή της σύμβασης. Επομένως, ακόμα κι αν δεν υφίσταται κάποια συγκεκριμένη παρανομία στη διαδικασία, όλα τα παραπάνω ενδεχόμενα είναι πιθανά και προφανώς δεν μπορούν παρά να οδηγήσουν στην ματαίωση του διαγωνισμού.

Στην δεύτερη κατηγορία, και συγκεκριμένα στην παρ. 2 του άρθρου 106, συγκεντρώνονται όλες οι περιπτώσεις που η ματαίωση του διαγωνισμού εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής. Αυτό συμβαίνει όταν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι η διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης αντίκεται στην κείμενη νομοθεσία ή έχει εμφιλοχωρήσει κάποια ουσιώδη νομική πλημμέλεια κατά την διαδικασία, οπότε, εφόσον δεν μπορεί να εφαρμόσει κάποιο ηπιότερο μέσο για να θεραπεύσει την πλημμέλεια, όπως για παράδειγμα να ανακαλέσει μεμονωμένη παράνομη πράξη κατά το στάδιο που ήδη βρίσκεται η διαδικασία, δύναται να ματαιώσει το διαγωνισμό.

Τέτοια παραδείγματα αντλούμε από τη νομολογία στην περίπτωση που έχει καθορισθεί εσφαλμένα ο προϋπολογισμός της σύμβασης[7] ή που έχει εφαρμοσθεί εσφαλμένα η διαδικασία διαπραγμάτευσης κατά την εξέλιξη ενός ανοικτού διαγωνισμού[8] ή που έχουν εντοπισθεί ασαφείς και αντιφατικοί όροι (αοριστία ως προς την περιγραφή του υπό προμήθεια είδους ή τις ποσότητες αυτού ή τεχνικές προδιαγραφές), οι οποίοι δεν δύναται να ερμηνευθούν/διευκρινιστούν κατάλληλα[9], με συνέπεια να περιορίζεται ο ανταγωνισμός, αποτρέποντας τη συμμετοχή ενδιαφερομένων ή παρασύροντας στην υποβολή απαράδεκτων προσφορών.

Ακόμα, διακριτική ευχέρεια να ματαιώσει τον διαγωνισμό έχει η αναθέτουσα αρχή όταν δεν την ενδιαφέρει πλέον η εκτέλεση του δημοπρατούμενου αντικειμένου, ενόψει αλλαγής των οικονομικών και τεχνικών παραμέτρων που σχετίζονται με αυτό. Με άλλα λόγια, όταν η εκτέλεση της σύμβασης δεν είναι πλέον προς το συμφέρον της υπηρεσίας. Χαρακτηριστικά παραδείγματα από την νομολογία αποτελούν η έλλειψη των απαιτούμενων για την υλοποίηση της σύμβασης πιστώσεων [10], η σημαντική μείωση του φυσικού αντικειμένου λόγω νέου σχεδιασμού στην υλοποίηση των δημοπρατούμενων υπηρεσιών[11], το ανεπίκαιρο των τεχνικών προδιαγραφών των δημοπρατούμενων ειδών ενόψει νεότερων τεχνολογικών δεδομένων[12] όπως και η ουσιώδης ανατροπή του χρονοδιαγράμματος της διακήρυξης, με συνέπεια την μεταβολή των αναγκών της αναθέτουσας αρχής[13]. Πάντως, μόνον η καθυστέρηση σύναψης της σύμβασης λόγω εκκρεμοδικίας έχει κριθεί ότι δεν αποτελεί νόμιμη αιτιολογία ματαίωσης, διότι αυτό θα συνιστούσε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας[14].

Πολύ συχνή είναι και η περίπτωση ματαίωσης με την αιτιολογία ότι η επιλεγείσα προσφορά κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή ως μη συμφέρουσα. Κατά το προισχύον νομοθετικό καθεστώς, η υποβολή μόνο μίας παραδεκτής προσφοράς υφίστατο ως λόγος ματαίωσης του

[7] ΔΕΚ 244/2002, ΣτΕ 4146/2012
[8] ΣτΕ 2363/2015
[9] ΕΑ ΣτΕ 634/2004, ΣτΕ 1803/2008
[10] ΣτΕ 3531/2005, ΔΕφΑθ 2105/2013
[11] ΣτΕ 3477/2017, 500/2012
[12] ΔΕφΑθ 2363/2016
[13] ΝΣΚ 142/2008
[14] ΣτΕ 651/2010, αντίθετη ΕΑ ΣτΕ 135/2005

διαγωνισμού[15]. Παρόλα αυτά, ενδιαμέσως αναπτύχθηκε πλούσια νομολογία σχετικά με την ανάγκη η αναθέτουσα αρχή να προβαίνει σε ουσιαστική αξιολόγηση, έστω και της μοναδικής υποβληθείσας προσφοράς, προκειμένου να κριθεί εάν αυτή είναι ικανοποιητική ή όχι [16]. Ως εκ τούτου, με την διάταξη του άρθρου 106 διατυπώνεται ο κανόνας ότι εάν η τελικώς επιλεγείσα οικονομική προσφορά κριθεί μη συμφέρουσα για την αναθέτουσα αρχή, αυτή μπορεί νομίμως να ματαιώσει το διαγωνισμό, ανεξαρτήτως του αριθμού των προσφορών που υποβλήθηκαν[17]. Η απόφαση αυτή πρέπει να τεκμηριώνεται με την παράθεση συγκεκριμένων συγκριτικών στοιχείων, τα οποία μπορεί να αντλούνται είτε από την σύγκριση με τις οικονομικές προσφορές των συνδιαγωνιζομένων, είτε από την σύγκριση με τις τιμές σε άλλους διαγωνισμούς που ενεργήθηκαν σχεδόν την ίδια περίοδο με παρόμοιο αντικείμενο[18], είτε από την τρέχουσα τιμή στην αγορά για όμοιο/παρόμοιο αντικείμενο[19].

Επίσης, ως δυνητικοί λόγοι ματαίωσης του διαγωνισμού αποτυπώνονται στην παρ. 2 του άρθρου 106 η ανωτέρω βία, υπό την έννοια της συνδρομής ασυνήθιστων και απρόβλεπτων περιστατικών που δεν μπορούν να αποτραπούν ούτε με μέτρα άκρας επιμέλειας και η συνδρομή επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος, όπως είναι η ανάγκη άμεσου εφοδιασμού νοσοκομείων ή ο επανασχεδιασμός της σύμβασης με γνώμονα την προστασία του περιβάλλοντος.

Ειδική μνεία αξίζει να γίνει στην περίπτωση της λήξης ισχύος των προσφορών, ως δικαιολογητικό λόγο ματαίωσης του διαγωνισμού, περίπτωση την οποία συναντάμε στην ΑΕΠΠ 238,239/2020, που επικυρώθηκε με την 63/2020 ΣτΕ. Από την νομολογία αντλούμε το παράδειγμα όπου σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, η αναθέτουσα αρχή ματαίωσε τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι ήταν υποχρεωμένη να πράξει τούτο λόγω λήξεως της ισχύος των υποβληθεισών προσφορών. Με την 238,239/2020 ΑΕΠΠ, η οποία επικυρώθηκε από την 63/2020 ΣτΕ, κρίθηκε ότι, κατά τα οριζόμενα στην διάταξη του άρθρου 97 παρ. 4, η λήξη ισχύος των προσφορών ως υποχρεωτικός λόγος ματαίωσης του διαγωνισμού αφορά ειδικά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών[20], όπου, μετά την λήξη των προσφορών, μόνον κατ'εξαίρεση γίνεται να συνεχιστεί

---

[15] Κατά την προισχύουσα διάταξη του άρθρου 21 περ. η του π.δ. 118/2007 οριζόταν ότι : «η. Ειδικά σε περιπτώσεις διαγωνισμών με κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή στους οποίους υποβάλλεται μία μόνο προσφορά ή τελικά γίνεται αποδεκτή μία μόνο προσφορά και εφόσον δεν υπάρχουν συγκριτικά στοιχεία τιμών είτε προηγούμενων διαγωνισμών είτε της αγοράς που να επιβεβαιώνονται με παραστατικά, ο διαγωνισμός ματαιώνεται και επαναλαμβάνεται υποχρεωτικά»

[16] ΔΕΕ C-27/98, σκ. 32-34, όπου κρίθηκε ότι η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να αναθέσει τη σύμβαση στον μοναδικό δικαιούχο, που κρίθηκε ικανός να μετάσχει στον διαγωνισμό, εφόσον η ίδια δεν ήταν σε θέση να συγκρίνει μεταξύ των τιμών ή μεταξύ των λοιπών χαρακτηριστικών διαφορών προσφορών. Επίσης, ΣτΕ 761/2010, 375/2009, 3734/2008, ΔΕφΑθ 3081/2014

[17] Παρόμοια η προισχύουσα διάταξη του άρθρου 27 παρ. 2 β) του ν. 3669/2008 όπου οριζόταν ότι : «2. Η διαδικασία ή και το αποτέλεσμα της δημοπρασίας ακυρώνεται πριν από την έκδοση της κατακυρωτικής απόφασης με αιτιολογημένη απόφαση της προϊσταμένης αρχής, ενώ και η εκδοθείσα απόφαση κατακύρωσης ανακαλείται από την ίδια, πριν από τη σύναψη της σύμβασης, εφόσον συντρέχει έστω και μία από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) ….. β) Η οικονομική προσφορά του τελικού μειοδότη κρίνεται μη ικανοποιητική για τον κύριο του έργου. Στην περίπτωση αυτή, για την ακύρωση απαιτείται γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου του Υπουργείου στο οποίο υπάγεται ή από το οποίο εποπτεύεται η αναθέτουσα αρχή, ή το τεχνικό συμβούλιο της οικείας περιφέρειας, όταν στο οικείο Υπουργείο δεν υφίσταται τεχνικό συμβούλιο και όταν αναθέτουσες αρχές είναι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης Α` και Β` βαθμού ή ενώσεις ή νομικά πρόσωπα των οργανισμών αυτών.

[18] ΔΕφΑθ 70/2013, ΣτΕ 869/2012 ΣτΕ 88/2015, 869/2012, 766/2010, 1282/2009, 75/2006, 3399/2005

[19] ΣτΕ 9/2019, ΣτΕ 88/2015

[20] Εν προκειμένω, το άρθρο 106 παρ. 2 παραπέμπει στη διάταξη του άρθρου 97 παρ. 4, όπου καθορίζεται ως υποχρεωτικός λόγος ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, ειδικά στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, η λήξη του παραταθέντος ήδη μία φορά χρόνου ισχύος των προσφορών. Και μόνον κατ'εξαίρεση αναγνωρίζει ο νομοθέτης την δυνατότητα συνέχισης του διαγωνισμού, ακόμα και μετά την εκπνοή της παραταθείσας προθεσμίας, εάν υπάρχει ειδικά αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής,

ο διαγωνισμός για λόγους δημοσίου συμφέροντος. Αντιθέτως, η υποχρέωση αυτή δεν επεκτείνεται και στις λοιπές κατηγορίες συμβάσεων, ήτοι δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και τεχνικών ή επιστημονικών υπηρεσιών, όπου, ναι μεν τα χρονικά όρια ισχύος των προσφορών μπορούν να παραταθούν, όμως, σε καμία περίπτωση η λήξη τους δεν θεμελιώνει λόγο ματαίωσης του διαγωνισμού. Συνεπώς, στην περίπτωση της δημόσιας σύμβασης έργου θα έπρεπε να συντρέχει άλλος νόμιμος λόγος ματαίωσης από τους περιοριστικά αναφερόμενος στο άρθρου 106 του ν. 4412/2016[21].

Τόσο από την γραμματική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 όσο και από την νομολογιακή προσέγγιση αυτής οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι η ματαίωση ενός δημόσιου διαγωνισμού δύναται να ανάγεται, όχι μόνον, κατά το προφανές, σε μια παρανομία της διοίκησης, αλλά και σε άλλους εξίσου ισχυρούς δικαιολογητικούς λόγους, υπό την συνδρομή των οποίων μπορεί να ματαιωθεί ακόμα και ένας νόμιμος διαγωνισμός. Συνεπώς, επαληθεύεται η εισαγωγική παρατήρηση ότι αποκτά βαρύνουσα σημασία ο ρόλος της αναθέτουσας αρχής κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας να οδηγήσει έναν διαγωνισμό σε ματαίωση, η οποία βεβαίως θα πρέπει να ασκείται μέσα στα όρια που προδιαγράφει ο νομοθέτης, και όχι καταχρηστικώς.

για λόγους εξυπηρέτησης του συμφέροντος της διοίκησης και των διαγωνιζομένων (λόγοι δημοσίου συμφέροντος), οπότε η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει την περαιτέρω παράταση των προσφορών, οι οποίες εξακολουθούν να δεσμεύουν μόνον όσους αποδέχτηκαν το σχετικό αίτημα (ΣτΕ Ολ 1193/2009, Γνμ ΝΣΚ 137/2012, 460/2012, 83/2011)

[21] Στη διαδικασία ανάθεσης ενός δημοσίου έργου, ακόμα και μετά την λήξη ισχύος των προσφορών, είναι δυνατή η συνέχιση του διαγωνισμού με όσους διαγωνιζόμενους συναινούν προς τούτο, εφόσον φυσικά δεν συντρέχει οποιοσδήποτε άλλος νόμιμος λόγος ματαίωσης (ΣτΕ 3214/2005, 1510/2002)

Διαμόρφωση Οικονομικής Προσφοράς στις Συμβάσεις Παροχής Υπηρεσιών: η Προβληματική της συμπερίληψης ή μη της Παρακράτησης Φόρου

Απόστολος Ν. Σιαπέρας, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, Δικηγόρος, Νομικός Σύμβουλος Δήμου Χαλκηδόνος, τ. μέλος ΑΕΠΠ

1. Εισαγωγή

Οι αναθέτουσες αρχές, κατά την σύναψη συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, υποχρεούνται σε παρακράτηση φόρου 8% κατά την καταβολή ή την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών[1]. Στην παρ. 5 του άρθρου 95 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι στην προσφερόμενη τιμή θα πρέπει να περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία[2]. Ενδεχόμενος, δε, μη συνυπολογισμός αυτών οδηγεί αναπόδραστα στην απόρριψη της προσφοράς.

Οι διακηρύξεις, κατά την περιγραφή των όρων που αφορούν τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς, αλλά και τους όρους πληρωμής της υπό ανάθεση σύμβασης, αναφέρουν την υποχρέωση παρακράτησης φόρου 8%, η οποία, τις περισσότερες φορές, ομαδοποιείται με τις λοιπές κρατήσεις υπέρ του δημοσίου και τρίτων, που προβλέπονται από το νόμο και επιβαρύνουν το ποσό του προσφερόμενου τιμήματος. Το ερώτημα που τίθεται είναι εάν η παρακράτηση φόρου 8% θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά ως ποσό πλέον του προσφερόμενου για τις παρεχόμενες υπηρεσίες και συνακόλουθα εάν συνιστά ένα ακόμα στοιχείο που συνυπολογίζεται στο ελάχιστο δυνατό κατά το νόμο ύψος της οικονομικής προσφοράς, ώστε αυτή να είναι νόμιμη. Επί της προβληματικής της συμπερίληψης ή μη της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά έχει διαμορφωθεί μία πλούσια και πάγια νομολογία κυρίως αναφορικά με τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης και καθαριότητας.

2. Η έννοια της παρακράτησης φόρου

Η μέθοδος της παρακράτησης φόρου στην πηγή, όπως και η μέθοδος προείσπραξης φόρου, προβλέπονται από την φορολογική νομοθεσία προκειμένου να μειωθεί η καθυστέρηση είσπραξης του φόρου εισοδήματος και συνακόλουθα να εξασθενήσουν οι δυσμενείς ταμιευτικές συνέπειες για το δημόσιο, που προκαλούνται από τον ετεροχρονισμό μεταξύ δημοσίων πληρωμών και δημοσίων εισπράξεων. Κατά δε την τεχνική της παρακράτησης φόρου, οι καταβάλλοντες εισόδημα στους δικαιούχους παρακρατούν, κατά την στιγμή της πληρωμής, τον αναλογούντα φόρο και στην συνέχεια, τον αποδίδουν στο Δημόσιο Ταμείο[3]. Η είσπραξη του φόρου αυτού είναι προσωρινή, υπό την έννοια ότι στη συνέχεια συμψηφίζεται με τον οριστικώς προκύπτοντα φόρο της χρήσης στην οποία αναφέρεται[4]. Συνιστά, δηλαδή,

---

[1] Άρθρα 61 και 64 του Ν.4172/2013 και άρθρο 24 του Ν.2198/1994. Σχετικά με την εφαρμογή τους βλ. ΠΟΛ.1131/25.5.1994, ΠΟΛ.1028/20.1.2014 και ΠΟΛ 1120/25.04.2014.

[2] Ειδικά για τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού και φύλαξης, υπάρχει όμοια πρόβλεψη στην παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν.3863/2010.

[3] *Λ. Θεοχαροπούλου*, Φορολογικό Δίκαιο – Ειδικό, Τόμος Δεύτερος, Ημίτομος Α΄, 1999, σελ. 175.

[4] *Ν. Μπάρμπα*, Φορολογία εισοδήματος, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2006, σελ. 256.

μία καταβολή έναντι της μελλοντικής φορολογικής υποχρέωσης του φορολογούμενου[5], η οποία μάλιστα δεν συναρτάται αυτοτελώς με το συγκεκριμένο φορολογικό στοιχείο επί του οποίου έγινε η παρακράτηση, αλλά με το συνολικό εισόδημα του υπόχρεου.

Ως εκ τούτου, η παρακράτηση φόρου 8% ευλόγως υποστηρίζεται ότι δεν συνιστά νόμιμη κράτηση υπέρ του δημοσίου, καθώς αποτελεί προκαταβολή φόρου, που εμπίπτει στις φορολογικές υποχρεώσεις του ανάδοχου[6] και σε κάθε περίπτωση αποτελεί κατά τη φορολογική νομοθεσία ένα ποσό, το οποίο ναι μεν δεν καταβάλλεται αρχικώς στον δικαιούχο, αλλά παραμένει υπέρ αυτού «εις χείρας» προσωρινά του δημοσίου και ειδικότερα μέχρι την ετήσια εκκαθάριση των εν γένει φορολογικών υποχρεώσεών του. Έχει κριθεί, εξάλλου, ότι ο παρακρατούμενος φόρος εισοδήματος αποτελεί στοιχείο του ενεργητικού της περιουσίας του φορολογουμένου, ο οποίος και δικαιούται, τηρώντας τη νόμιμη διαδικασία, να τον αναζητήσει στις περιπτώσεις που δεν οφείλεται[7]. Αντίθετα, προκειμένου να θεωρηθεί ως κράτηση υπέρ του δημοσίου, θα έπρεπε το ποσό αυτό να συνιστά από τη στιγμή της είσπραξής του μέρος του παθητικού του φορολογούμενου, όπως συμβαίνει με τις κρατήσεις υπέρ τρίτων.

3. Η υποχρέωση συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου 8% στην οικονομική προσφορά

Κατά το προγενέστερο του Ν.4412/2016 καθεστώς, διαμορφώθηκε μία πάγια νομολογία περί της υποχρέωσης συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά των υποψήφιων αναδόχων, σύμφωνα με την οποία στην προσφερόμενη τιμή συμπεριλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του δημοσίου και τρίτων που βαρύνουν κατά το νόμο τον ανάδοχο, μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων συγκαταλέγεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος, η οποία παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών. Η υποχρέωση αυτή αποσκοπεί στη διασφάλιση με αδιαμφισβήτητο και αδιάβλητο τρόπο της αντικειμενικότητας στην ανάθεση της προμήθειας και υπαγορεύεται προφανώς από την ανάγκη εξάλειψης κάθε ενδεχόμενης ασάφειας κατά τη σύνταξη των οικονομικών προσφορών, τυχόν ύπαρξη της οποίας οδηγεί σύμφωνα με τη διακήρυξη σε απόρριψη της προσφοράς ως απαράδεκτης[8].

Από την παραπάνω νομολογία δεν προκύπτει με σαφήνεια εάν η παρακράτηση φόρου συνιστά κράτηση υπέρ του δημοσίου[9]. Αντίθετα προκύπτει ότι αποτελεί σε κάθε περίπτωση επιβάρυνση, όπως οι κρατήσεις υπέρ δημοσίου και τρίτων, και για το λόγο αυτό θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά. Επιπλέον, για τον χαρακτηρισμό της ως επιβάρυνσης, τα εννοιολογικά όρια της οποίας επίσης δεν προσδιορίζονται, δεν προηγείται κρίση περί της νομικής φύσης της παρακράτησης φόρου. Περαιτέρω, έρεισμα της υποχρέωσης

---

[5] *Λ. Θεοχαροπούλου*, οπ. π., σελ. 179.

[6] ΣτΕ 963/1992, σε ΔιΔικ 1/1993, σ. 202-203, ΣτΕ 962/1992, σε ΔιΔικ 4/1993, σ. 1062. Βλ. και ΣτΕ 1615/1994, σε ΔιΔικ 5/1994, σ. 1232-1233, και ΣτΕ 3263/1989 (7μελές), σε ΔιΔικ 6/1990, σ. 1430-1432.

[7] ΕΣ Ολ 807/1997, ΕΣ Τμ Ι 2854/2008, 622/2002.

[8] ΣτΕ 563/2008, σκ.4, ΕΑ ΣτΕ 482/2006, πρβλ. ΣτΕ 3938/1999, ΕΑ ΣτΕ 800, 256/2004, ΔΕφΑθ 265/2016. Επίσης βλ. ΕΑ ΣτΕ 446/2009 και 840/2008, οι οποίες αναφέρονται στην υποχρέωση συμπερίληψης κρατήσεων υπέρ τρίτων, χωρίς ειδική αναφορά στην παρακράτηση φόρου.

[9] Με εξαίρεση το λεκτικό της σκ. 9 της απόφασης του ΔΕφΑθ 265/2016, από το οποίο συνάγεται ότι κατά την κρίση του Δικαστηρίου η παρακράτηση φόρου συνιστά κράτηση υπέρ του Δημοσίου: «*Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων της πρόσκλησης που παρατίθενται στην προηγούμενη σκέψη, στην προσφερόμενη τιμή περιλαμβάνεται υποχρεωτικά το σύνολο των κρατήσεων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων που βαρύνουν κατά νόμο τον ανάδοχο, μεταξύ δε των εν λόγω επιβαρύνσεων περιλαμβάνεται και η προκαταβολή φόρου εισοδήματος ποσοστού 8%, η οποία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 24 του ν. 2198/1994, παρακρατείται υποχρεωτικά κατά την έκδοση της σχετικής εντολής πληρωμής της αξίας των παρεχόμενων υπηρεσιών*».

συμπερίληψής της αποτελεί το νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο της εκάστοτε διαγωνιστικής διαδικασίας, που μνημονεύει την επίμαχη παρακράτηση φόρου. Επίσης, ο λόγος απόρριψης συνίσταται στην ασάφεια της οικονομικής προσφοράς λόγω μη συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου σε αυτήν[10]. Εξάλλου, είναι αδιάφορο εάν η οικονομική προσφορά του διαγωνιζομένου στο σύνολό της επαρκεί για την κάλυψη του υπολειπόμενου ποσοστού των νόμιμων κρατήσεων, καθώς η μη προσήκουσα συμπλήρωση ουσιώδους στοιχείου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζομένου, δηλαδή στοιχείου που ασκεί επιρροή στην αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς, δεν μπορεί να μεταβληθεί (διορθωθεί) από τη Διοίκηση ή το διαγωνιζόμενο, διότι η μεταβολή αυτή θα συνιστούσε αλλοίωση της προσφοράς ως προς ουσιώδες στοιχείο της και θα παραβίαζε την αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών, η οποία έχει ως σκοπό την εξασφάλιση της διαφάνειας και της ισότητας των διαγωνιζομένων, συνακόλουθα δε, θα αλλοίωνε τους όρους του ανταγωνισμού[11].

Υπό το καθεστώς του Ν.4412/2016, η ΑΕΠΠ αρχικά φάνηκε να απομακρύνεται από την ανωτέρω πάγια νομολογία. Ειδικότερα με την υπ' αριθμόν 1063/2018 (σκ. 44 και 45) απόφασή της κρίθηκε ότι από τους όρους της διακήρυξης «*δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι η προβλεπόμενη στο άρθρο 64 παρ. 2 του Ν. 4172/2013 παρακράτηση φόρου εισοδήματος, είτε αυτή νοούμενη ως κράτηση υπέρ τρίτων, είτε ως άλλη επιβάρυνση της οικονομικής προσφοράς, θα έπρεπε να αποτυπώνεται στην οικονομική προσφορά […] ούτε κάτι τέτοιο μπορεί με σαφήνεια να εξαχθεί από την αναφορά στο πεδίο 8 των πινάκων «8. Μηνιαίες κρατήσεις επί της αξίας τιμολογίου […]» ότι με αυτόν τον τίτλο νοείται και η υποχρέωση αναφοράς της εν λόγω παρακράτησης*». Επίσης, με την υπ' αριθμόν 38/2019 (σκ. 27) απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι «*ακόμα κι αν κατά την αναφερόμενη ως άνω νομολογία έχει κριθεί ότι η παρακράτηση φόρου 8% συνιστά νόμιμη κράτηση, η οποία δέον να συνυπολογίζεται κατά τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς σε δημόσιο διαγωνισμό, εκ των ως άνω ρητώς οριζόμενων στη διακήρυξη δεν καθίσταται σαφές ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί των παρεχόμενων υπηρεσιών πρέπει να αναγράφεται ή/και να συνυπολογίζεται στο κονδύλιο των κρατήσεων*». Η κρίση των αποφάσεων αυτών στηρίζεται αποκλειστικά στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και συγκεκριμένα στην ασάφεια των αντίστοιχων προβλέψεων της διακήρυξης περί συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά. Συνάγεται, δε, ότι ελλείψει ειδικής και σαφούς πρόβλεψης στους όρους της διακήρυξης, η παρακράτηση φόρου δεν θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά.

Επίσης με την υπ' αριθμόν 1148/2018 (σκ. 25 και 26) απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι: «*η παρακράτηση φόρου δεν αποτελεί νόμιμη κράτηση υπέρ δημοσίου ή τρίτων καθώς υπολογίζεται διακριτά και εκ των υστέρων στο καθαρό ποσό της αξίας των υπηρεσιών μετά την αφαίρεση των κρατήσεων υπέρ δημοσίου ή τρίτων και επιστρέφεται στον ανάδοχο ή συμψηφίζεται με την εκκαθάριση της δήλωσής του. […] ο οικονομικός φορέας […] νομίμως δεν αναφέρει στο ξεχωριστό πεδίο για τις νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις της οικονομικής του προσφοράς και τον φόρο εισοδήματος, ποσοστού 8%, αφού η εν λόγω παρακράτηση του 8% δεν αποτελεί κράτηση υπέρ τρίτων, κατά τα προαναφερόμενα, αλλά φορολογική υποχρέωση εκάστου φορολογουμένου […] και για το λόγο αυτό δε δύναται παραδεκτά να θεωρηθεί ως νόμιμη κράτηση υπό την έννοια του όρου […] της Διακήρυξης, αλλά προκαταβολή φόρου.*». Με την κρίση της αυτή η ΑΕΠΠ προβαίνει σε αξιολόγηση της νομικής φύσης της παρακράτησης

[10] ΣτΕ 563/2008, σκ.6 και ΔΕφΑθ 265/2016, σκ. 12.

[11] βλ. *Σ. Μαυρίδη*, Δημόσιες συμβάσεις & Πανεπιστήμιο στο νέο θεσμικό πλαίσιο, εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2014, σελ. 87-89, και την αναφερόμενη στην υποσημείωση με αριθμό 201 νομολογία.

φόρου, και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι, καθώς δεν συνιστά κράτηση υπέρ του δημοσίου και συνακόλουθα εν γένει επιβάρυνση του αναδόχου, δεν θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά.

Ωστόσο, η ΑΕΠΠ πλέον ακολουθεί κατά γράμμα την πάγια νομολογία των δικαστηρίων και δέχεται ότι η παρακράτηση φόρου συνιστά επιβάρυνση του αναδόχου και ως εκ τούτου θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά[12]. Ομοίως, δε, τα Διοικητικά Εφετεία της χώρας, κρίνοντας επί των αποφάσεων της ΑΕΠΠ, επιβεβαιώνουν την διαμορφωθείσα, υπό το προγενέστερο του Ν.4412/2016 καθεστώς, πάγια νομολογία των Δικαστηρίων.

Ειδικότερα, με την υπ' αριθμόν 26/2019 απόφαση του ΔΕφΘεσ κρίθηκε ότι κατά την έννοια των όρων της διακήρυξης: «*η υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να περιλάβουν στην προσφερόμενη τιμή τις κρατήσεις υπέρ τρίτων και κάθε άλλη επιβάρυνση που προβλέπεται από την κείμενη νομοθεσία, περιλαμβάνει και την ειδικότερη υποχρέωση να περιλάβουν στην τιμή ποσοστό 8 % επί της (προσφερόμενης) καθαρής αξίας των υπηρεσιών, το οποίο αφορά σε παρακράτηση φόρου εισοδήματος του ν. 4172/2013 […]. Η εν λόγω (ειδικότερη) υποχρέωση συναρτάται πρωτίστως με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφορά και ως εκ τούτου η μη τήρησή της, ήτοι η μη συμπερίληψή στην οικονομική προσφορά του εν λόγω ποσοστού, φαίνεται να άγει, άνευ ετέρου, σε απόρριψη της προσφορά, σύμφωνα με τη ρητή διάταξη της […] διακήρυξης*»[13]. Ομοίως έκρινε και η υπ' αριθμόν 17/2020 απόφαση του αυτού Δικαστηρίου, κατά το σκεπτικό της οποίας κρίθηκε επιπλέον ότι: «*η φύση της ως άνω παρακράτησης, ως φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου, δεν αναιρεί την υποχρέωση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό να συμπεριλάβει τη συγκεκριμένη επιβάρυνση στην οικονομική προσφορά του, διακριτώς ή μη, και, επομένως, απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι είναι και οι περαιτέρω ισχυρισμοί της αιτούσας περί κατ΄ ουσίαν μη εννοιολογικής ταύτισης των λοιπών κρατήσεων με την παρακράτηση φόρου 8%, η οποία συμψηφίζεται με το φόρο που αναλογεί στο συνολικό εισόδημα του αναδόχου και περί τεχνητής προσαύξησης του εργολαβικού κέρδους και επιβάρυνσης της αναθέτουσας αρχής με την φορολογική υποχρέωση του αναδόχου, όταν η παρακράτηση φόρου περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά*»[14].

Από τις ανωτέρω αποφάσεις των Δικαστηρίων, που συντάσσονται με την προγενέστερη πάγια νομολογία, δεν προκύπτει και πάλι εάν η παρακράτηση φόρου συνιστά, κατά την κρίση τους, κράτηση υπέρ του δημοσίου[15]. Σε κάθε περίπτωση, βέβαια, συνάγεται ότι λογίζεται ως επιβάρυνση, χωρίς να προσδιορίζεται το νομικό περιεχόμενο της έννοιας αυτής. Περαιτέρω, η υποχρέωση συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά ερείδεται αποκλειστικά στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, το οποίο και την αναφέρει ρητώς μαζί με τις λοιπές υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις. Με παγιωμένο, δε, το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, απορρίπτονται ως αλυσιτελείς οι ισχυρισμοί που επιχειρούν να

[12] Βλ. ΑΕΠΠ 135/2019 (σκ. 14 επ.), 650/2019 (σκ. 45 επ.), 692-693/2019 (σκ. 41 επ.), 1101/2019 (σκ. 14 επ.), 1193-1194/2019 (σκ. 31 επ.), 1223-1224/2019 (σκ. 64 επ.), 9/2020 (σκ. 35 επ.), 63/2020 (σκ. 11 επ.), 91/2020 (σκ. 33 επ.), 178/2020 (σκ. 12 επ.), 267/2020 (σκ. 37 επ.), 502-503/2020 (σκ.19 επ.)

[13] Βλ. επίσης ΔΕφΑθ 25/2019, 126/2019, 10/2020, ΔΕφΘεσ 27/2020 καιΔΕφΠειρ 29/2020. Επίσης βλ. ΔΕφΑθ 80/2020, με την οποία κρίθηκε ότι δεν υφίσταται υποχρέωση συνυπολογισμού της παρακράτησης φόρου 8%, καθώς η αναθέτουσα αρχή ως κεφαλαιουχική εταιρία εξαιρείται από την υποχρέωση παρακράτησης φόρου εισοδήματος.

[14] Βλ. επίσης ΔΕφΑθ 373/2019 και ΔΕφΛαρ 8/2020

[15] Ωστόσο στις ΔΕφΑθ 10/2020 και 80/2020 κρίνεται ρητώς ότι η παρακράτηση φόρου εισοδήματος συνιστά κράτηση υπέρ του δημοσίου. Βλ. και ΑΕΠΠ 502,503/2020 (σκ. 21).

ορίσουν την πραγματική έννοια της παρακράτησης φόρου, η οποία εκ του χαρακτήρα της δεν μπορεί να λογιστεί ως κράτηση υπέρ του δημοσίου ή τρίτων.

4. Η αναζήτηση του περιεχομένου της έννοιας «επιβάρυνσης»

Στην παρ. 5 του άρθρου 95 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι στην προσφερόμενη τιμή θα πρέπει να περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία. Αντίστοιχα στην παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν.3863/2010, που αφορά αποκλειστικά τις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης, προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν τις νόμιμες υπέρ δημοσίου και τρίτων κρατήσεις και δεν γίνεται αναφορά σε εν γένει επιβαρύνσεις.

Η ανωτέρω πάγια νομολογία δεν προβαίνει στον νομικό χαρακτηρισμό της παρακράτησης φόρου προκειμένου να καταστεί σαφές εάν αυτή συνιστά κράτηση υπέρ του δημοσίου ή όχι. Βέβαια, ενδεχόμενη καταφατική τέτοια κρίση θα ήταν νομικά εσφαλμένη, όπως προαναφέρθηκε. Εντούτοις την εντάσσει εν γένει στην έννοια της «επιβάρυνσης», προκειμένου να θεμελιωθεί στη συνέχεια ότι κατά το νόμο και τους όρους της διακήρυξης, αυτή θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά. Μάλιστα, η ΑΕΠΠ έκρινε προσφάτως ότι «*πράγματι μεν η επίμαχη παρακράτηση 8% δεν συνιστά κράτηση υπέρ τρίτων, αλλά συνιστά δε νόμιμη επιβάρυνση του εργολαβικού ανταλλάγματος υπέρ του Δημοσίου και ως τέτοια ρητά σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη οφείλει να συμπεριληφθεί στην τιμή της προσφοράς*»[16]. Συνεπώς, η υποχρέωση συμπερίληψής της παρακράτησης στην οικονομική προσφορά φαίνεται να προκύπτει από την πρόβλεψη του νόμου για συμπερίληψη «*κάθε άλλη[ς] επιβάρυνσης*» και όχι εκ της πρόβλεψης «*ότι στην προβλεπόμενη τιμή θα πρέπει να περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις*», αφού η παρακράτηση φόρου δεν συνιστά κράτηση υπέρ του δημοσίου ή τρίτων.

Ωστόσο, ούτε από το γράμμα, αλλά ούτε και από τις αιτιολογικές εκθέσεις των ανωτέρω νομοθετικών διατάξεων, η παρακράτηση φόρου συμπεριλαμβάνεται ρητώς στις επιβαρύνσεις που θα πρέπει να υπολογίζονται στην οικονομική προσφορά, όπως αντίθετα προβλέπεται σαφώς για τις κρατήσεις υπέρ του δημοσίου ή τρίτων. Η απουσία, δε, σαφούς νομοθετικής οριοθέτησης του εννοιολογικού περιεχομένου της «επιβάρυνσης», επιβάλλει τον ορισμό της προεχόντως εκ των αποτελεσμάτων που αυτή συνεπάγεται και εν προκειμένω της συνέπειας υποχρέωσης συμπερίληψής της στην οικονομική προσφορά.

5. Οι συνέπειες της συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου, ως επιβάρυνσης, στην οικονομική προσφορά

Όπως προαναφέρθηκε, το ποσό της παρακράτησης φόρου υπολογίζεται σε ποσοστό 8% επί του προσφερόμενου ποσού για τις παρεχόμενες υπηρεσίες εκ μέρους του αναδόχου. Συνιστά, δε, στοιχείο του ενεργητικού του φορολογούμενου και παρά το γεγονός ότι παρακρατείται προσωρινά, λογίζεται πάντα ως εισόδημά του. Όταν το ποσό αυτό προστίθεται στο ποσό της οικονομικής προσφοράς για τις παρεχόμενες υπηρεσίες, καλείται κατ' ουσία, η αναθέτουσα αρχή να καταβάλει η ίδια ποσό που συνιστά φορολογική υποχρέωση του αναδόχου. Η συμπερίληψη, δηλαδή, της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά έχει ως αποτέλεσμα να μετατρέπεται φορολογική υποχρέωση του αναδόχου σε φορολογική υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, κατά παράβαση της φορολογικής νομοθεσίας περί της

[16] ΑΕΠΠ 9/2020, σκ. 36 και ΑΕΠΠ 91/2020, σκ. 34

παρακράτησης φόρου στην πηγή. Η παρανομία αυτή μπορεί να γίνει ευχερώς αντιληπτή, εάν κάτι αντίστοιχο εφαρμοζόταν για την παρακράτηση φόρου 20% στην αμοιβή των δικηγόρων για παρεχόμενες υπηρεσίες στους υπόχρεους του άρθρου 61 του Ν.4172/2013, για ποσό άνω των 300 ευρώ. Στην περίπτωση αυτή, το ποσό της παρακράτησης αφαιρείται από το ποσό της συνολικής αξίας του τιμολογίου, με αποτέλεσμα να διαφοροποιείται το τελευταίο αυτό ποσό από το πραγματικά καταβαλλόμενο, και σε καμία περίπτωση δεν είναι δυνατή ούτε η προσαύξηση του ποσού του τιμολογίου κατά ποσοστό 20%, αλλά ούτε και η καταβολή σε επαγγελματικό λογαριασμό του δικηγόρου του ποσού που αντιστοιχεί στο 20% από τον πελάτη του.

Επίσης, η συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά έχει ως αποτέλεσμα να προσαυξάνεται το προσφερόμενο ποσό για τις παρεχόμενες υπηρεσίες κατά 8% και άρα εν τέλει το εργολαβικό κέρδος των οικονομικών φορέων. Αντίστοιχα, στην περίπτωση που το ποσό της παρακράτησης λαμβάνεται υπόψη από την αναθέτουσα αρχή και για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, τότε προσαυξάνεται παρανόμως και ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού.

Περαιτέρω, ο συνυπολογισμός της παρακράτησης φόρου στο συνολικό προσφερθέν τίμημα των παρεχόμενων υπηρεσιών έχει ως αποτέλεσμα η παρακράτηση φόρου 8% να υπολογίζεται εν τέλει παρανόμως εις διπλούν. Και τούτο διότι, κατά την εκτέλεση της σύμβασης και την πληρωμή των τιμολογίων του αναδόχου, η αναθέτουσα αρχή παρακρατεί φόρο 8% επί της αξίας του κάθε τιμολογίου, στην οποία έχει ήδη συμπεριληφθεί πλέον του ποσού που αντιστοιχεί στις παρεχόμενες υπηρεσίες η παρακράτηση φόρου 8%. Προσφάτως, δε, τη συνέπεια αυτή απέκρουσε η ΑΕΠΠ κρίνοντας ότι: «*εν προκειμένω συγχέονται οι νόμιμες και διακριτές λειτουργίες της τιμολόγησης και της νόμιμης παρακράτησης 8% για προκαταβολή φόρου με την υποβολή της οικονομικής προσφοράς. Ειδικότερα, η υποβολή της οικονομικής προσφοράς δεν επιφέρει φορολογική υποχρέωση προκαταβολής φόρου εισοδήματος που να επιβαρύνει τον προσφέροντα. Ο προσφέρων ανεξαρτήτως των ποιων ποσών θέλει διαλάβει στην προσφορά του δεν κινδυνεύει πάντως εκ του λόγου αυτού να του επιβληθεί μία παρακράτηση φόρου 8% κατά την υποβολή της προσφοράς και εν συνεχεία να του ξαναεπιβληθεί υποχρεωτικά η παρακράτηση φόρου 8% στο ποσό της πληρωμής κατά την εκτέλεση της σύμβασης, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων*»[17]. Εντούτοις, το πρόβλημα εν προκειμένω δεν έγκειται στην επιβάρυνση του αναδόχου με εις διπλούν παρακράτηση φόρου 8 %, αλλά αρχικά στην παράνομη προσαύξηση της οικονομικής προσφοράς κατά ποσοστό 8% υπό την επίκληση της παρακράτησης φόρου, και συνακόλουθα του εργολαβικού κέρδους προς όφελος του οικονομικού φορέα, και στη συνέχεια στον υπολογισμό της παρακράτησης κατά την τιμολόγηση σε ποσό που εν τέλει έχει ήδη προσαυξηθεί κατά ποσοστό 8% και άρα δεν αντιστοιχεί σε αυτό που απαιτεί ο νόμος ως βάση υπολογισμού της παρακράτησης.

Συνεπώς, η παρακράτηση φόρου 8%, δοθέντος ότι η συμπερίληψη της στην οικονομική προσφορά αντιστρατεύεται τον ίδιο το νομικό της χαρακτήρα, αλλά και συνεπάγεται μία σωρεία φορολογικών παραβάσεων, δεν δύναται να λογίζεται ως επιβάρυνση κατά την έννοια του νόμου. Το ότι, δε, συνιστά ένα ποσό που δεν καταβάλλεται στον ανάδοχο, ενώ αποτελεί εισόδημά του και παρακρατείται προσωρινά από το δημόσιο, δεν αρκεί για να της προσδώσει την έννοια της επιβάρυνσης κατά την παρ. 5 του άρθρου 95 του Ν.4412/2016. Αδιάφορο, δε,

[17] ΑΕΠΠ 91/2020, σκ. 34

είναι το πραγματικό γεγονός ότι ο ανάδοχος μπορεί να την βιώνει ως βάρος, αφού μέρος του εισοδήματός του δεν του καταβάλλεται προσωρινά.

6. Οι όροι της διακήρυξης ως έρεισμα της υποχρέωσης συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά

Όπως προαναφέρθηκε, η πάγια νομολογία των Δικαστηρίων περί της υποχρέωσης συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά, και ιδίως η πρόσφατες αποφάσεις των Διοικητικών Εφετείων της χώρας, καθώς και της ΑΕΠΠ, στηρίζουν την κρίση τους κυρίως, αν όχι αποκλειστικά, στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ειδικότερα σε όρους που ερμηνεύονται ως επιβάλλοντες ρητώς την συμπερίληψη αυτή. Δοθέντος, μάλιστα, ότι στο σύνολο των περιπτώσεων τόσο η ΑΕΠΠ όσο και τα Διοικητικά Εφετεία επιλαμβάνονται σχετικών υποθέσεων κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και όχι επ' αφορμής προσβολής ορών διακήρυξης, το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού έχει παγιωθεί και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, η αμφισβήτησή του, δε, είναι αδύνατη, ως ανεπικαίρως[18] προβαλλόμενη.

Στις διακηρύξεις συμπεριλαμβάνονται ως επί το πλείστον όροι, όπως αυτοί έχουν διαμορφωθεί στο σχετικό υπόδειγμα της ΕΑΑΔΗΣΥ[19] και ειδικότερα με το εξής λεκτικό: «*Τον ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ*» και «*Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού*». Από τους όρους αυτούς, αλλά και εν γένει επί των όρων των διακηρύξεων που η διαμορφωθείσα πάγια νομολογία κλήθηκε σε κάθε περίπτωση να κρίνει περί της υποχρέωσης συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά, δεν συναντάται ρητή και σαφή απαίτηση για συμπερίληψή της[20]. Οι αναφορές στους όρους της διακήρυξης περί της προβλεπόμενης από την κείμενη νομοθεσία παρακράτησης φόρου εισοδήματος 8%, περισσότερο προσιδιάζουν σε υπόμνηση των φορολογικών υποχρεώσεων του αναδόχου, που συνεπάγεται η ανάληψη της υπό προκήρυξη σύμβασης, παρά σε κάποια ειδική απαίτηση προσαύξησης του προσφερόμενου τιμήματος σε ποσοστό 8%. Η ερμηνεία, δε, αυτή είναι η μόνη δυνατή σε περίπτωση που αναλογιστούμε την καταστρατήγηση της φορολογικής νομοθεσίας σχετικά με την παρακράτηση φόρου στην πηγή σε περίπτωση συμπερίληψής της στην οικονομική προσφορά.

Το πρόβλημα, ωστόσο, δημιουργείται όταν στον όρο 5.1.2 του υποδείγματος της ΕΑΑΔΗΣΥ προστίθενται από τις αναθέτουσες αρχές επιπλέον, των ήδη αναφερόμενων στο υπόδειγμα[21], κρατήσεις. Σε αυτές, συχνά οι αναθέτουσας αρχές συμπεριλαμβάνουν και την παρακράτηση

---

[18] ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00 , σκέψεις 32 έως 6.

[19] βλ. υπόδειγμα σύμβασης παροχής υπηρεσιών της ΕΑΑΔΗΣΥ σε https://www.eaadhsy.gr/images/docs/2016-Ypodeigma-GENIKES_YPHRESIES-v2.1.pdf, με ειδικούς όρους για την περίπτωση παροχής υπηρεσιών καθαριότητας και φύλαξης.

[20] βλ. ΑΕΠΠ 38/2019, σκ. 27 και ΑΕΠΠ 1063/2018, σκ. 45 με τις οποίες κρίνεται ότι η απουσία ρητής αναφοράς της παρακράτησης φόρου 8% στον πίνακα κρατήσεων της διακήρυξης έχει ως συνέπεια την μη υποχρέωση συμπερίληψής της στην οικονομική προσφορά.

[21] Στο υπόδειγμα αναφέρεται η κράτηση 0,07% υπέρ της ΕΑΑΔΗΣΥ σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ.3 του Ν.4013/2011 και η κράτηση 0,02% υπέρ του Δημοσίου σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 36 του Ν.4412/2016. Επίσης προβλέπεται ρητώς ότι οι υπέρ τρίτων κρατήσεις υπόκεινται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου και στην επ' αυτού εισφορά υπέρ ΟΓΑ.

φόρου 8%[22] με το εξής λεκτικό: «*ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: […] Παρακράτηση (κατά την πληρωμή) του προβλεπόμενου από τις κείμενες διατάξεις φόρου εισοδήματος, τον οποίο θα αποδώσει στην αρμόδια Δ.Ο.Υ. η αναθέτουσα αρχή*» ή «*ιδίως βαρύνεται με τις ακόλουθες κρατήσεις: […] Παρακράτηση φόρου εισοδήματος (8% για την παροχή υπηρεσιών) επί της καθαρής αξίας του τιμολογίου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 24 του ν.2198/1994, όπως συμπληρώθηκε με το άρθρο 64 του ν. 4172/2013*» . Τούτο, όμως, είναι εσφαλμένο καθώς η παρακράτηση δεν συνιστά κράτηση και στο συγκεκριμένο πεδίο οι αναθέτουσες αρχές καλούνται να συμπληρώσουν μόνο τις κρατήσεις που βαρύνουν την οικονομική προσφορά. Επιπλέον, στο υπόδειγμα και στο αυτό άρθρο υπάρχει ήδη η υπόμνηση της φορολογικής υποχρέωσης του αναδόχου περί παρακράτησης με τον όρο: «*Με κάθε πληρωμή θα γίνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% επί του καθαρού ποσού*» και συνεπώς δεν δικαιολογείται η συμπερίληψή της και στον πίνακα κρατήσεων, αφού διαχωρίζεται σαφώς από αυτές με ύπαρξη έτερης αναφοράς. Ως εκ τούτου το σφάλμα των αναθετουσών αρχών να συμπεριλάβουν στον πίνακα των κρατήσεων του υποδείγματος και την παρακράτηση φόρου έχει ως αποτέλεσμα να ερμηνεύονται οι επίμαχοι όροι ως απαίτηση συμπερίληψης της παρακράτησης στην οικονομική προσφορά των υποψήφιων αναδόχων[23]. Εντούτοις έχει κριθεί ότι και άνευ συμπερίληψης της παρακράτησης στον πίνακα κρατήσεων, εκ μόνου του όρου που αναφέρεται στην φορολογική υποχρέωση του αναδόχου για παρακράτηση φόρου 8%, συνάγεται υποχρέωση συμπερίληψής της στην οικονομική προσφορά[24]. Επίσης και εκ της απλής αναφοράς στη διακήρυξη των προβλέψεων της παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν.3863/2010[25] και του όρου «*οι προσφερόμενες τιμές θα πρέπει να περιλαμβάνουν το σύνολο των επιβαρύνσεων και δαπανών του αναδόχου για την πλήρη εκτέλεση του έργου*» έχει κριθεί ότι συνάγεται επίσης υποχρέωση συμπερίληψης της παρακράτησης στην οικονομική προσφορά[26].

7. Συμπερασματικά

Τόσο τα Δικαστήρια όσο και η ΑΕΠΠ δεν έχουν κληθεί μέχρι σήμερα να κρίνουν το επίμαχο ζήτημα επ' αφορμής προσβολής όρων της διακήρυξης. Τούτο, δε, θα είχε μεγάλο ενδιαφέρον, καθώς, ακόμα και στην περίπτωση που το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης ερμηνευόταν ως επιβάλλον την συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά, θα έπρεπε να αξιολογηθεί πρωτογενώς η νομιμότητα του όρου αυτού. Ενδεχόμενη, δε, επίκληση έλλειψης εννόμου συμφέροντος προβολής του λόγου[27] δεν θα μπορούσε να γίνει δεκτή, καθώς ο υποψήφιος ανάδοχος, εκ της επιβολής υποχρέωσης συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου στην οικονομική του προσφορά, καλείται κατ' ουσία να παραβιάσει την φορολογική νομοθεσία που αφορά στην παρακράτηση φόρου στην πηγή. Με αφορμή, δε, την αξιολόγηση

---

[22] Συμπεριλαμβάνουν επίσης την κράτηση 0,06% υπέρ της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με το άρθρο 350 παρ. 3 του Ν.4412/2016, η οποία και δεν συμπεριλαμβάνεται στο υπόδειγμα.

[23] βλ. ΔΕφΘεσ 26/2019, σκ. 14 επ., ΔΕφΛαρ 8/2020, βλ. ομοίως ΣτΕ 563/2008, σκ. 3.

[24] βλ. ΔΕΦΘεσ 17/2020, σκ. 6 επ., 27/2020, ΔΕφΑθ 25/2019, 126/2019, 373/2019, 10/2020.

[25] «*Στην προσφορά τους πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων*».

[26] ΔΕφΑθ (ακυρ) 265/2016, σκ. 8 επ., ΔΕφΠειρ 29/2020.

[27] Ειδικότερα, όσον αφορά στην προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΔΕφΠατρών 25/2019, ΕΑ ΣτΕ 148/2016, 415/2014 και *Δ. Ράικου*, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

σχετικών όρων της διακήρυξης, οι αποφάσεις των δικαστηρίων θα προέβαιναν σε πιο ξεκάθαρες κρίσεις επί του εννοιολογικού περιεχομένου της έννοιας της «επιβάρυνσης» και του νομικού χαρακτήρα της παρακράτησης φόρου, εξετάζοντας ταυτόχρονα τις συνέπειες της συμπερίληψής της στην οικονομική προσφορά.

Οι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών φύλαξης και καθαριότητας, επικαλούνται την επίμαχη υποχρέωση πάντα κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, προκειμένου να περιορίσουν τον διαμορφούμενο ανταγωνισμό, και φαίνεται να αποφεύγουν να προκαλέσουν την οποιαδήποτε κρίση σχετικά με τη νομιμότητα ή μη των επίμαχων όρων. Άλλοτε, δε, εμφανίζονται ως υπέρμαχοι της υποχρέωσης συμπερίληψης της παρακράτησης στην οικονομική προσφορά, ενώ άλλοτε, αμυνόμενοι, αρνούνται τον χαρακτηρισμό της παρακράτησης ως κράτησης ή εν γένει επιβάρυνσης, επικαλούμενοι τον νομικό χαρακτήρα της παρακράτησης του φόρου εισοδήματος στην πηγή.

Ωστόσο, οι εταιρίες παροχής φύλαξης και καθαριότητας διατυπώνουν ένα δικαιολογημένο από άποψη πραγματικής οικονομίας επιχείρημα υπέρ της συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου 8%. Ειδικότερα, το ύψος του προσφερόμενου ποσού της οικονομικής προσφοράς στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης και καθαριότητας στην πλειονότητα των περιπτώσεων αντιστοιχεί με αυτό του ελάχιστου κατά το νόμο εργατικού κόστους. Επίσης το προσφερόμενο εργολαβικό κέρδος είναι τις περισσότερες φορές υπερβολικά χαμηλό, γεγονός που δεν οδηγεί στην απόρριψη της προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, αλλά επιτρέπεται κατά την πάγια νομολογία των δικαστηρίων[28]. Ως εκ τούτου, η παρακράτηση φόρου όταν επιβάλλεται με την πληρωμή του τιμολογίου κατά την εκτέλεση της σύμβασης έχει ως αποτέλεσμα να στερεί από τις εταιρίες ποσό που αντιστοιχεί κατά το μεγαλύτερο μέρος του στο εργατικό κόστος, το οποίο ως έξοδο της επιχείρησης θα αφαιρεθεί από το εισόδημά τους κατά την ετήσια εκκαθάριση της φορολογικής τους δήλωσης. Αποτέλεσμα αυτού είναι να αποστερούνται ποσά που πρέπει να καταβάλουν στους εργαζομένους, τα οποία εισπράττουν με καθυστέρηση ενός χρόνου τελικά με την εκκαθάριση της φορολογικής τους δήλωσης (επιστροφή φόρου). Ως εκ τούτου, οι εταιρίες υποστηρίζουν ότι με τη συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά αυξάνεται το ύψος της κατά το ποσοστό του παρακρατούμενου φόρου και συνεπώς λαμβάνουν κατά την πληρωμή των τιμολογίων το ποσό που πραγματικά αντιστοιχεί στο εργατικό κόστος. Εντούτοις, το επιχείρημα αυτό, αν και γίνεται αντιληπτό από την σκοπιά της πραγματικής οικονομίας και της ανάγκης για εύρωστη λειτουργία των επιχειρήσεων φύλαξης και καθαριότητας, δεν έχει οποιοδήποτε έρεισμα στο νόμο και εν τέλει επιβεβαιώνει τις παραβάσεις της φορολογικής νομοθεσίας που συντελούνται από την συμπερίληψη της παρακράτησης φόρου στην οικονομική προσφορά.

Οι αναθέτουσες αρχές, λόγω της διαμορφωθείσας επί του επίμαχου ζητήματος νομολογίας, βρίσκονται σε προφανή αμηχανία και επιχειρούν να αποκαταστήσουν τη νομιμότητα της οικονομικής προσφοράς με την προσθήκη ειδικών όρων στις διακηρύξεις, οι οποίοι ορίζουν ότι η παρακράτηση φόρου 8% δεν θα πρέπει να συμπεριλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά[29].

---

[28] Βλ. ΔΕφΑθ 86/2019, 312/2015, 795/2012, 873/2012 και ΕΑ ΣτΕ 105/2015, 263/2011,139/2011.

[29] Βλ. ενδεικτικά την με αριθμό 496/2020 διακήρυξη του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης (Α.Π.Θ.) για την καθαριότητα κτιρίων, εγκαταστάσεων και εξωτερικών χώρων του ΑΠΘ, αξίας (με Φ.Π.Α) 5.110.875,76 ευρώ, με ΑΔΑ 20PROC006591922 2020-04-21, στην οποία ορίζεται (όροι 2.4.4 και 5.1.2) ότι: «*Στην οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων δεν συμπεριλαμβάνεται η προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία παρακράτηση φόρου εισοδήματος επί των εκάστοτε εκδοθησομένων τιμολογίων του αναδόχου, καθώς αυτή δεν συνιστά κράτηση*

Συμπερασματικά, υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς και σύμφωνα με τους όρους των διακηρύξεων, η νομολογία περί υποχρέωσης συμπερίληψης της παρακράτησης φόρου εισοδήματος στο προσφερόμενο τίμημα, θα πρέπει να επανεξεταστεί και οι δικαστικές κρίσεις να συνυπολογίσουν τις συνέπειες αυτής της υποχρέωσης, που παγίως δέχονται, στη νομιμότητα της οικονομικής προσφοράς, τόσο κατά το προσυμβατικό στάδιο, όπου ο νομικός χαρακτήρας της παρακράτησης φόρου αντιτίθεται στην συμπερίληψή της στην οικονομική προσφορά, όσο και κατά την εκτέλεση της σύμβασης, όταν η παρακράτηση φόρου 8% υπολογίζεται επί ποσού, το οποίο έχει ήδη προσαυξηθεί κατά ποσοστό 8%. Επιπλέον, η τροποποίηση της διάταξης της παρ. 5 του άρθρου 95 του Ν.4412/2016, κατά τρόπο που θα προέβλεπε ρητώς ότι στην έννοια της επιβάρυνσης δεν συμπεριλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου στην πηγή, θα έλυνε οριστικά το πρόβλημα, ωστόσο τούτο δεν κρίνεται αναγκαίο, καθώς εκ του νομικού χαρακτήρα της παρακράτησης φόρου συνάγεται ευχερώς ότι δεν συνιστά επιβάρυνση κατά την έννοια της επίμαχης διάταξης.

ή επιβάρυνση, τόσο κατά τις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης, όσο και κατά την έννοια των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 95 του Ν. 4412/2016 και της παρ. 1 του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010» και (Πίνακας Ανάλυσης Προσφοράς): «*10. Ύψος νομίμων υπέρ του Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων (Δεν συμπεριλαμβάνεται η παρακράτηση φόρου 8%)*», σε https://www.auth.gr/sites/default/files/diakiryxi_496.pdf.

Το Ατομικό Δικαίωμα στο Περιβάλλον υπό το Πρίσμα της Νομολογίας του ΕΔΔΑ

Χαρίκλεια Αθανασοπούλου, Δρ. Νομικής Πανεπιστημίου Montesquieu Bordeaux IV, Δικηγόρος, Ειδική Επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη

Η μελέτη αυτή πραγματεύεται την κατοχύρωση του ατομικού δικαιώματος στο περιβάλλον στο πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ). Το δικαίωμα σε ένα υγιές περιβάλλον δεν αποτελεί ρητή διάταξη της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, παρά τις προσπάθειες για την ένταξη σε ένα πρόσθετο πρωτόκολλο των δικαιωμάτων του ατόμου για την εξασφάλιση ενός υγιούς και βιώσιμου περιβάλλοντος, ωστόσο, δεν έχει ακόμα επιχειρηθεί μία τέτοια ρύθμιση. Συνεπώς, καθιερώνεται μία έμμεση προστασία του δικαιώματος στο περιβάλλον μέσα από το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ, το οποίο κατοχυρώνει το σεβασμό στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του ατόμου. Το άρθρο αυτό συνδυάζεται ως προς την αποτελεσματική προστασία με το άρθρο 2 για το δικαίωμα στη ζωή, το οποίο στοχεύει στη προστασία του ατόμου και ειδικότερα της ζωής και της σωματικής του ακεραιότητας και το άρθρο 10 σχετικά με την ελευθερία έκφρασης και πληροφόρησης.

Υπογραμμίζεται δε ότι στο πεδίο της ΕΣΔΑ υπάρχει μία ανθρωποκεντρική προσέγγιση, στο πλαίσιο της οποίας η προστασία του περιβάλλοντος και η υγεία του ατόμου συνδυάζονται, λαμβάνοντας υπόψη και τη ψυχική υγεία, και συντείνουν σε ένα υγιές και ποιοτικό περιβάλλον.

Στην παρούσα μελέτη αναλύεται η σχετική νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου) ΕΔΔΑ μέσα από την παραβίαση των ανωτέρω διατάξεων στο πλαίσιο της προστασίας του φυσικού περιβάλλοντος, λαμβάνοντας επίσης υπόψη την διάσταση που αφορά το δομημένο περιβάλλον και ιδίως τους περιορισμούς δόμησης για λόγους προστασίας του φυσικού περιβάλλοντος.

Στο πεδίο της ΕΣΔΑ διακρίνουμε την έμμεση προστασία του περιβάλλοντος μέσα από δύο κατηγορίες διατάξεων. Αφ' ενός από το άρθρο 2 της ΕΣΔΑ, και αφ' ετέρου, από το άρθρο 8 που αφορά την προστασία της σφαίρας της προσωπικότητας του ατόμου, του ζωτικού του χώρου και της ιδιωτικής του ζωής.

1. Η προστασία του περιβάλλοντος και ο σεβασμός στην προσωπικότητα του ατόμου – ανθρωποκεντρική προσέγγιση

Στο πεδίο της ΕΣΔΑ διακρίνουμε την έμμεση προστασία του περιβάλλοντος μέσα από δύο κατηγορίες διατάξεων. Αφ' ενός τις διατάξεις που στοχεύουν στη προστασία του ατόμου και ειδικότερα της σωματικής του ακεραιότητας, της σφαίρα της προσωπικότητας και του ζωτικού του χώρου, λαμβάνοντας υπόψη και τη ψυχική υγεία σε ένα υγιές και ποιοτικό περιβάλλον. Και αφ' ετέρου, τις διατάξεις που κατοχυρώνουν το σεβασμό της ποιότητας ζωής του ατόμου μαζί με την απόλαυση ενός υγιούς περιβάλλοντος στο πλαίσιο του ζωτικού χώρου της ιδιωτικής και οικογενειακής του ζωής, καθώς και της κατοικίας του.

1.1 Η προστασία της ζωής του ατόμου – διαφύλαξη της σωματικής ακεραιότητας

Στο άρθρο 2 της ΕΣΔΑ κατοχυρώνεται το δικαίωμα στη ζωή. Το ΕΔΔΑ αποφαίνεται ότι οι δημόσιες αρχές έχουν την υποχρέωση να λαμβάνουν μέτρα ώστε να εξασφαλίσουν τα δικαιώματα που προστατεύονται από τη Σύμβαση. Η θετική αυτή υποχρέωση των αρχών αφορά ειδικά τις περιπτώσεις επικίνδυνων δραστηριοτήτων, όπως πυρηνικές δοκιμές, εγκαταστάσεις παραγωγής χημικών ουσιών, οι οποίες παράγουν ρύπανση με τοξικά αέρια, ή δραστηριότητες που αφορούν εναπόθεση τοξικών αποβλήτων, είτε αυτές οι δραστηριότητες επιχειρούνται από το κράτος, είτε από ιδιωτικές εταιρίες[1]. Η έκταση των υποχρεώσεων των δημοσίων αρχών εξαρτάται από διαφορετικούς παράγοντες, όπως ο βαθμός επικινδυνότητας των δραστηριοτήτων και κατά πόσο μπορούν να επιφέρουν βλάβη στην υγεία ή της ζωή των ατόμων[2].

Στην υπόθεση Μακαρατζής κατά Ελλάδας, το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι ορισμένες δραστηριότητες που ρυπαίνουν το περιβάλλον έχουν τέτοιο βαθμό επικινδυνότητας που μπορεί να επιφέρουν ακόμα και απώλεια της ζωής. Έχει επίσης κριθεί ότι παραβίαση του άρθρου 2 δεν στοιχειοθετείται μόνο σε περίπτωση απώλειας ζωής, αλλά ακόμα και εάν η δραστηριότητα των δημοσίων αρχών θα μπορούσε να οδηγήσει σε απώλεια ζωής[3].

Σε μία άλλη υπόθεση του ΕΔΔΑ, 39 άτομα έχασαν τη ζωή τους από έκρηξη που σημειώθηκε σε μία χωματερή – χώρο εναπόθεσης απορριμμάτων του Δήμου πλησίον της οποίας διέμεναν πολίτες, οι οποίο είχαν παράνομα κτίσει τις κατοικίες τους. Παρά το γεγονός ότι δύο έτη πριν το ατύχημα είχε συνταχθεί από ειδικούς εμπειρογνώμονες σχετική έκθεση για το κίνδυνο έκρηξης του μεθανίου και το γνώριζαν ήδη οι τοπικές δημοτικές αρχές, εν τούτοις, δεν είχαν λάβει μέτρα προστασίας για τους όμορους κατοίκους[4]. Το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι οι αρχές ήταν υποχρεωμένες να λάβουν προληπτικά μέτρα για να προστατεύσουν τα άτομα που διέμεναν πλησίον της χωματερής. Συνεπώς, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ και το δικαστήριο έκρινε, επίσης, ότι οι τοπικές αρχές όφειλαν να ενημερώσουν τους κατοίκους για τους κινδύνους που διέτρεχαν εφόσον εγκατέστησαν τις πρόχειρες ιδιοκτησίες τους πλησίον της χωματερής (χώρος εναπόθεσης απορριμμάτων)[5].

Ακολούθως, το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι τα κράτη θα πρέπει να λαμβάνουν μέτρα για την αποφυγή μεγάλων καταστροφών με συνέπεια την απώλεια ζωής των κατοίκων μίας περιοχής, ακόμα και σε περιπτώσεις φυσικών καταστροφών, παρά το γεγονός ότι οι αρχές δεν μπορούν πάντα να προβλέψουν το μέγεθος της καταστροφής. Μία τέτοια πρόβλεψη θα ήταν πιο ακριβής σε περιπτώσεις όπου τα ατυχήματα προέρχονται από επικίνδυνες εγκαταστάσεις, καθώς ο κρατικός μηχανισμός οφείλει τότε να θέσει μηχανισμούς προειδοποίησης κινδύνου και άμυνας. Ειδικότερα, στην υπόθεση Boudaieva κατά Ρωσίας, οι αρχές όφειλαν να προειδοποιήσουν και να ενεργοποιήσουν μία στρατηγική εκκένωσης και επείγουσας βοήθειας της περιοχής που είχε πληγεί, καθώς τα ακραία καιρικά φαινόμενα, οι συνεχείς βροχοπτώσεις και η μεταφορά λάσπης είχαν ως αποτέλεσμα το θάνατο αρκετών κατοίκων στη περιοχή[6].

---

[1] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 71.
[2] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 73.
[3] ΕΔΔΑ απόφαση Μακαρατζής κατά Ελλάδας της 20/12/2004, παρ. 49.
[4] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 18-21 και 29.
[5] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 69-74.
[6] ΕΔΔΑ Boudaieva και άλλοι κατά Ρωσίας, απόφαση της 20/03/2008, παρ. 135.

Σε όμοια υπόθεση, η προσφεύγουσα διαμαρτυρήθηκε ότι το κράτος δεν έλαβε προληπτικά μέτρα για την προστασία της ζωής εκδρομέων που είχαν κατασκηνώσει σε ένα κάμπινγκ, το οποίο πλημμύρισε, σε συνέχεια έντονων καιρικών φαινομένων και βροχοπτώσεων. Το ΕΔΔΑ θεώρησε ότι δεν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 2 της Σύμβασης, όχι γιατί δεν εφαρμόζεται το άρθρο αυτό και σε φυσικές καταστροφές, αλλά διότι ο ένας προσφεύγων είχε ήδη λάβει αποζημίωση από τα εθνικά δικαστήρια και οι άλλοι προσφεύγοντες δεν είχαν εξαντλήσει τα εθνικά ένδικα μέσα προτού προσφύγουν στο ΕΔΔΑ[7].

Το ΕΔΔΑ εξέτασε επίσης κατά πόσο το εναγόμενο κράτος είχε προβεί στις απαραίτητες ενέργειες όπως επιτάσσει το άρθρο 2 για να μην τεθεί σε κίνδυνο η ζωή του πατέρα της προσφεύγουσας, η οποία σημειωτέον έπασχε από λευχαιμία και ήταν κόρη στρατιωτικού που είχε υπηρετήσει στη νήσο των Χριστουγέννων κατά την διάρκεια των βρετανικών πυρηνικών δοκιμών[8]. Το Δικαστήριο δεν απεφάνθη ωστόσο υπέρ της παραβίασης του άρθρου 2, λαμβάνοντας υπόψη τις γνώμες των εμπειρογνωμόνων, καθώς δεν στοιχειοθετήθηκε αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ακτινοβολίας που εδέχθη ο πατέρας της κατά την περίοδο των δοκιμών και της εμφάνισης της λευχαιμίας στην κόρη του[9].

Ειδικότερα, στην περίπτωση των επικίνδυνων δραστηριοτήτων, το ΕΔΔΑ αποφάνθηκε ότι η θετική υποχρέωση του κράτους αφορά τη θέσπιση ενός νομοθετικού πλαισίου που θα επιφέρει μία αποτελεσματική πρόληψη απομακρύνοντας κάθε κίνδυνο για το δικαίωμα στη ζωή[10]. Στη συγκεκριμένη υπόθεση, ένα παιδί εισήλθε σε αφύλακτο και μη κλειδωμένο κτήριο ενός ηλεκτρικού μετασχηματιστή και υπέστη ηλεκτροπληξία με αποτέλεσμα να υπάρξει τμηματική νέκρωση των οστών και του κρανίου του. Οι ειδικές ρυθμίσεις ως προς την εγκατάσταση, την εκμετάλλευση, την ασφάλεια και τον έλεγχο σχετικά με τις επικίνδυνες δραστηριότητες θα πρέπει να περιλαμβάνουν την υιοθέτηση μέτρων πρακτικής φύσεως για την αποτελεσματική προστασία των πολιτών, η ζωή των οποίων κινδυνεύει να εκτεθεί σε κινδύνους ανάλογα με την επικινδυνότητα του εκάστοτε τομέα δραστηριότητας. Το κοινό, επίσης, θα πρέπει να ενημερώνεται επαρκώς σχετικά με τους κινδύνους που αφορούν την εν λόγω δραστηριότητα[11]. Οι ρυθμίσεις αυτές πρέπει να προβλέπουν κατάλληλες διαδικασίες που θα λαμβάνουν υπόψη τα τεχνικά δεδομένα της εν λόγω δραστηριότητας για την αντιμετώπιση των σφαλμάτων και πιθανών ατυχημάτων που θα μπορούσαν να διαπραχθούν από την πλευρά των υπευθύνων σε διάφορα επίπεδα[12].

Συνάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι δημόσιες αρχές οφείλουν να λάβουν μέτρα για την αποφυγή ατυχημάτων που προέρχονται είτε από επικίνδυνες δραστηριότητες, είτε από φυσικές καταστροφές με συνέπεια την απώλεια ζωής των κατοίκων μίας περιοχής, με τη πρόβλεψη συγκεκριμένου και σαφούς νομοθετικού πλαισίου. Το νομικό αυτό πλαίσιο θα πρέπει να καθορίζει τη ασφάλεια και τον έλεγχο τέτοιων δραστηριοτήτων, λαμβάνοντας υπόψη το βαθμό επικινδυνότητας μίας τέτοιας εγκατάστασης[13], το δικαίωμα του κοινού στην ενημέρωση και τη πρόσβαση στη πληροφορία, καθώς και σε περίπτωση ακραίων καιρικών φαινόμενων στην

[7] ΕΔΔΑ Murillo Saldias κατά Ισπανίας, απόφαση της 28/11/2006.
[8] ΕΔΔΑ L.C.B. κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 09/06/1998, παρ. 36-37.
[9] ΕΔΔΑ L.C.B. κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 09/06/1998, παρ. 39-40.
[10] ΕΔΔΑ απόφαση Iliya Petrov κατά Βουλγαρίας της 24/04/2012, παρ. 55.
[11] ΕΔΔΑ απόφαση Iliya Petrov κατά Βουλγαρίας της 24/04/2012, παρ. 55.
[12] ΕΔΔΑ απόφαση Iliya Petrov κατά Βουλγαρίας της 24/04/2012, παρ. 55 και ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 129-132, παρ. 89-90.
[13] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 129-132.

άμεση ενεργοποίηση του μηχανισμού πολιτικής προστασίας[14]. Τέλος, το νομικό καθεστώς θα πρέπει σε περίπτωση επέλευσης της ζημίας να προβλέπει μηχανισμό απόδοσης ευθυνών των υπαιτίων οργάνων που παρέλειψαν ή ενδεχομένως αδράνησαν και δεν ενήργησαν άμεσα για την αντιμετώπιση του κινδύνου[15].

Τέλος, σημαντική παράμετρο αποτελεί η λήψη αλλά και η προώθηση και η διάδοση της πληροφορίας. Η συμμετοχή του κοινού στη λήψη των αποφάσεων και η πρόσβαση στη πληροφορία μπορεί να βοηθήσει στην πιο ξεκάθαρη εκτίμηση του περιβαλλοντικού κινδύνου στον οποίο είναι εκτεθειμένοι οι πολίτες.

Τα άρθρα 2 και 8 της ΕΣΔΑ μπορούν να επιβάλλουν στις δημόσιες αρχές μία ειδική θετική υποχρέωση για την εγγύηση του δικαιώματος πρόσβασης στη πληροφορία σε περιβαλλοντικά ζητήματα[16].

Αυτή η υποχρέωση της εγγύησης της πρόσβασης στη πληροφορία συμπληρώνεται από τις θετικές υποχρεώσεις των δημόσιων αρχών να ανακοινώνουν πληροφορίες στα πρόσωπα των οποίων η ζωή σύμφωνα με το άρθρο 2 ή ο σεβασμός στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή σύμφωνα με την έννοια του άρθρου 8 βρίσκεται υπό απειλή[17]. Το ΕΔΔΑ αναγνωρίζει επίσης ότι οι δημόσιες αρχές οφείλουν να ενημερώνουν το κοινό για τους περιβαλλοντικούς κινδύνους[18]. Στην υπόθεση Guerra κατά Ιταλίας, το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι υπάρχει παραβίαση του άρθρου 8 καθώς δεν υπήρξε σχετική ενημέρωση και πληροφόρηση, η οποία θα επέτρεπε στους προσφεύγοντες να εκτιμήσουν τους κινδύνους που διέτρεχαν μαζί με τις οικογένειές τους συνεχίζοντας να κατοικούν πλησίον της οχλούσας εγκατάστασης[19].

Το ΕΔΔΑ εκτίμησε ότι ειδικά στο τομέα των επικίνδυνων δραστηριοτήτων που σχετίζονται με την αστική ευθύνη του κράτους μία ιδιαίτερη πτυχή αποτελεί το δικαίωμα του κοινού στη πληροφόρηση. Έκρινε επίσης στηριζόμενο στο άρθρο 2 ότι τα κράτη έχουν την υποχρέωση «<u>να ενημερώνουν το κοινό με κατάλληλο τρόπο για κάθε κατάσταση που θα μπορούσε να θέσει σε κίνδυνο τη ζωή του ατόμου, συμπεριλαμβανομένων και των φυσικών καταστροφών</u>»[20].

Τέλος μία ξεχωριστή υπόθεση αφορά την παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 2 σε συνδυασμό με το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ και την παραβίαση του άρθρου 1πα.ρ 1 του Πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου. Η υπόθεση αυτή αφορούσε μία σοβαρή πλημμύρα

που κατέκλυσε την περιοχή της κατοικίας τους και η οποία προκλήθηκε από υπερχείλιση της γειτονικής τεχνητής λίμνης εξαιτίας έντονης βροχόπτωσης[21].

Το Δικαστήριο απεφάνθη ότι η παραβίαση του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ στοιχειοθετήθηκε κατά τριών μόνο εκ των προσφευγόντων, καθώς επλήγησαν χωρίς απώλεια της ζωής των ιδίων ή συγγενών τους από πλημμύρα Το Δικαστήριο επαναλαμβάνει επίσης ότι η πραγματική και αποτελεσματική άσκηση του δικαιώματος που προστατεύεται από το άρθρο 1 του Πρώτου

[14] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 129-132.
[15] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 129-132.
[16] ΕΔΔΑ Anna Maria Guerra κατά Ιταλίας, απόφαση της 19/02/1998, παρ. 60.
[17] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 90.
[18] ΕΔΔΑ Anna Maria Guerra κατά Ιταλίας, απόφαση της 19/02/1998 και ΕΔΔΑ Tatar κατά Ρουμανίας, απόφασης της 27/01/2009.
[19] ΕΔΔΑ Anna Maria Guerra κατά Ιταλίας, απόφαση της 19/02/1998, παρ. 60.
[20] ΕΔΔΑ Boudaieva κατά Ρωσίας, απόφαση της 20/03/2008, παρ. 131.
[21] ΕΔΔΑ Kolyadenko και άλλοι κατά Ρωσίας της 28/02/2012, παρ. 10-14.

Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Σύμβασης δεν εξαρτάται απλώς από το καθήκον του κράτους να μην παρεμβαίνει αλλά μπορεί να απαιτείται η λήψη θετικών μέτρων προστασίας, μεταξύ των μέτρων που ο αιτών μπορεί νομίμως να αναμένει από τις αρχές για την πραγματική απόλαυση των περιουσιακών του στοιχείων[22].

Τα επιχειρήματα της Κυβέρνησης ότι οι φερόμενες παραβιάσεις των δικαιωμάτων τους βάσει του άρθρου 8 και του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου 1 ήταν το αποτέλεσμα της φυσικής καταστροφής, υπό τη μορφή εξαιρετικά έντονων βροχών και δεν θα μπορούσε να προβλεφθεί και συνεπώς δεν θα μπορούσε να καταλογιστεί στο κράτος δεν έγιναν αποδεκτά από το ΕΔΔΑ. Το Δικαστήριο δεν δεσμεύεται από τα συμπεράσματα των εθνικών δικαστηρίων και μπορεί να αποκλίνει από αυτά όταν αυτό καθίσταται αναπόφευκτο από τις περιστάσεις μιας συγκεκριμένης περίπτωσης[23].

Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι ο κύριος λόγος για την πλημμύρα, όπως επιβεβαιώθηκε από τις εκθέσεις των εμπειρογνωμόνων, ήταν η κακή κατάσταση του ποταμού Pionerskaya λόγω της πρόδηλης αδυναμίας των αρχών να λάβουν μέτρα και ειδικότερα να διασφαλίσουν ότι η χωρητικότητα ήταν επαρκής σε περίπτωση απελευθέρωσης νερού από τη δεξαμενή του Pionerskoye. Το ΕΔΔΑ κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η αδυναμία των αρχών να εφαρμόσουν περιορισμούς πολεοδομικού σχεδιασμού που αντιστοιχούν στις τεχνικές απαιτήσεις της εκμετάλλευσης της δεξαμενής θέτουν σε κίνδυνο τις ζωές όσων ζουν κοντά σε αυτήν[24].

Το Δικαστήριο δεν αμφιβάλλει ότι η αιτιώδης συνάφεια που διαπιστώθηκε μεταξύ της έλλειψης επιμέλειας που οφείλεται στις κρατικές αρχές και της θέσης σε κίνδυνο των ζωών των κατοίκων κοντά στην δεξαμενή του Pionerskoye ισχύει και για τις ζημίες που προκλήθηκαν από τις πλημμύρες στις ιδιοκτησίες των προσφευγουσών. Ομοίως, η προκύπτουσα παράβαση δεν ισοδυναμεί με "παρέμβαση" αλλά με παραβίαση θετικής υποχρέωσης, δεδομένου ότι οι κρατικοί υπάλληλοι και αρχές δεν έκαναν ό, τι μπορούσαν για να προστατεύσουν τα δικαιώματα των προσφευγουσών που κατοχυρώνονται από το άρθρο 8 της Σύμβασης και το άρθρο 1 παρ. 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου[25].

Πράγματι, η θετική υποχρέωση βάσει του άρθρου 8 και του άρθρου 1 παρ. 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου απαιτούσε από τις εθνικές αρχές να λάβουν τα ίδια πρακτικά μέτρα με εκείνα που αναμένονταν από αυτά στο πλαίσιο της θετικής τους υποχρέωσης βάσει του άρθρου 2 της σύμβασης[26]. Δεδομένου ότι είναι σαφές ότι δεν έχουν ληφθεί τέτοια μέτρα, το ΕΔΔΑ κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι ρωσικές αρχές απέτυχαν στη θετική υποχρέωσή τους να προστατεύσουν τις ιδιοκτησίες των αιτούντων. Κατά συνέπεια, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 8 της Σύμβασης και του άρθρου 1 του Πρωτοκόλλου αριθ. 1 της Σύμβασης[27].

1.2. Η προστασία της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής – κατοικίας

Το άρθρο 8 της ΕΣΔΑ αφορά το σεβασμό και την κατοχύρωση της ποιότητας ζωής μαζί με την απόλαυση ενός υγιούς περιβάλλοντος στο πλαίσιο του ζωτικού χώρου της ιδιωτικής ζωής του ατόμου και της οικογενειακής του ζωής, καθώς και της κατοικίας του.

---

[22] ΕΔΔΑ Kolyadenko και άλλοι κατά Ρωσίας της 28/02/2012, παρ. 213.
[23] ΕΔΔΑ Kolyadenko και άλλοι κατά Ρωσίας της 28/02/2012, παρ. 215.
[24] ΕΔΔΑ Kolyadenko και άλλοι κατά Ρωσίας της 28/02/2012, παρ. 215.
[25] ΕΔΔΑ Kolyadenko και άλλοι κατά Ρωσίας της 28/02/2012, παρ. 216.
[26] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 136.
[27] ΕΔΔΑ Kolyadenko και άλλοι κατά Ρωσίας της 28/02/2012, παρ. 216-217.

Όπως συνάγεται από τη σχετική νομολογία το δικαίωμα σεβασμού στην κατοικία περιλαμβάνει όχι μόνο το δικαίωμα να ζει κανείς στο χώρο αυτό ειρηνικά και ήρεμα, αλλά και να μπορεί να απολαμβάνει το χώρο αυτό εντός ανεκτών για τη διαβίωση ορίων. Στις περιπτώσεις αυτές δεν αναφερόμαστε μόνο σε άμεσες ζημίες, αλλά και σε μορφές ρύπανσης, όπως ηχορύπανση, αναθυμιάσεις, δυσοσμίες που προέρχονται από γειτονικές οχλούσες εγκαταστάσεις.

Το ΕΔΔΑ οφείλει να εκτιμήσει εάν υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της δραστηριότητας και της βλαβερής επίπτωσης για το άτομο, καθώς και εάν οι βλάβες αυτές έχουν ήδη προκαλέσει ζημία. Η ζημία και το μέγεθος της εξαρτώνται από τις περιστάσεις της κάθε υπόθεσης, όπως η ένταση και η διάρκεια της ρύπανσης και της περιβαλλοντικής καταστροφής, λαμβάνοντας υπόψη τις επιπτώσεις στη φυσική κατάσταση και στη ψυχική υγεία του ατόμου στο πεδίο μίας γενικότερης περιβαλλοντικής υποβάθμισης.

1.2.1 Η καθιέρωση μίας νομολογιακής τάσης για την προστασία του ζωτικού χώρου της ιδιωτικής ζωής

Σε ένα σημαντικό αριθμό υποθέσεων, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι οι σοβαρές και επιβλαβείς ρυπάνσεις του περιβάλλοντος μπορεί να έχουν επιπτώσεις στην ποιότητα της ζωής του ατόμου και να εμποδίζουν την απόλαυση του ζωτικού χώρου της ιδιωτικής ζωής και της κατοικίας τους σε τέτοιο βαθμό που να παραβιάζονται τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται στο άρθρο 8 της ΕΣΔΑ. Όπως συνάγεται από τη σχετική νομολογία το δικαίωμα σεβασμού στην κατοικία περιλαμβάνει όχι μόνο το δικαίωμα να ζει κανείς στο χώρο αυτό ειρηνικά και ήρεμα, αλλά και να μπορεί να απολαμβάνει το χώρο αυτό εντός ανεκτών για τη διαβίωση ορίων. Στις περιπτώσεις αυτές δεν αναφερόμαστε μόνο σε άμεσες ζημίες, αλλά και σε μορφές ρύπανσης, όπως ηχορύπανση, αναθυμιάσεις, δυσοσμίες που προέρχονται από γειτονικές οχλούσες εγκαταστάσεις. Στο άρθρο 8, αναφύεται και το στοιχείο της γειτνίασης της οχλούσας εγκατάστασης για το λόγο αυτό σημαντικός αριθμός υποθέσεων αφορά παρενοχλήσεις γειτονίας[28].

Η νομολογία του ΕΔΔΑ ξεκίνησε κάπως επιφυλακτικά στις πρώτες αποφάσεις που σχετίζοντας με πρόκληση ηχορύπανσης πλησίον αεροδρομίων. Στην απόφαση Arrondelle κατά Ηνωμένου Βασιλείου, της 15/07/1980, η Επιτροπή απεφάνθη ότι η ηχορύπανση και γενικά οι ρυπάνσεις που προσβάλλουν την προσωπικότητα του ανθρώπου και διακυβεύουν την απόλαυση του δικαιώματος της κατοικίας …θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι αποτελούν παρεμβάσεις που έρχονται σε αντίθεση με τον σεβασμό στο δικαίωμα στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή του άρθρου 8 της Σύμβασης[29].

Επίσης, η απόφαση Powell Rayner κατά Ηνωμένου Βασιλείου, της 21/02/1990, αφορούσε την προσφυγή δύο Άγγλων πολιτών, των οποίων οι ιδιοκτησίες βρίσκονταν πολύ κοντά στο αεροδρόμιο Heathrow και είχαν υποστεί ζημία από τον θόρυβο των αεροπλάνων, ιδίως μετά τη λειτουργία των έργων επέκτασης του αερολιμένα. Η απόφαση αυτή, παρά τις επιφυλάξεις

[28] ΕΔΔΑ Moreno Gomez κατά Ισπανίας, απόφαση της 16/11/2004, παρ.53.

[29] Απόφαση της 25/07/1980, της Επιτροπής για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, (υπ' αριθμ. 7889/1977 υπόθεση), η οποία έληξε τελικά με φιλικό διακανονισμό. Στην υπόθεση Arrondelle επρόκειτο για πρόκληση ηχορύπανσης και οχλήσεις προερχόμενες από το αεροδρόμιο Gatwick. Βλ. επίσης J.-F. Flauss, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, *Actualité Juridique de droit administratif (AJDA)* 1993, σελ. 113. Βλ. επίσης ΕΔΔΑ Hatton και άλλοι κατά Ηνωμένου Βασιλείου, απόφαση της 08/07/2003, όπου διαμαρτυρήθηκαν οι κάτοικοι για την ηχορύπανση από το αεροδρόμιο Heathrow και το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ.

που διατυπώνει ως προς την παραβίαση των άρθρων 13 εν μέρει, 6 παρ. 1 και 8 παρ. 1 και 2, καθιερώνει, ωστόσο, την προστασία των δικαιωμάτων των περιοίκων και όσων διαμένουν πολύ κοντά σε αεροδρόμια, συμβάλλοντας ουσιωδώς στην επιχειρηματολογία σχετικά με την εφαρμογή ή μη της διάταξης του άρθρου 8 της Σύμβασης[30].

Στο πλαίσιο μίας εξελικτικής τάσης της νομολογίας για τα θέματα ηχορύπανσης, κινείται και η απόφαση Moreno Gómez κατά Ισπανίας του έτους 2004. Η απόφαση αυτή αφορούσε την πρόκληση ηχορύπανσης στους περίοικους, προερχόμενη από μπαρ και καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος, εν γένει οχλούσες εγκαταστάσεις, ή άλλες πηγές ρύπανσης[31]. Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι, στη συγκεκριμένη υπόθεση, δεν πρόκειται για παρέμβαση και προσβολή από τις δημόσιες αρχές του δικαιώματος στην κατοικία, αλλά για την αδράνεια των εν λόγω υπηρεσιών να λάβουν μέτρα για την αποφυγή και τη μείωση του θορύβου. Το Δικαστήριο απεφάνθη ότι υπήρξε παραβίαση των δικαιωμάτων που προστατεύονται στο άρθρο 8 της ΕΣΔΑ, λαμβάνοντας υπόψη τα πολύ υψηλά επίπεδα θορύβου στην περιοχή αυτή, λόγω της λειτουργίας των νυχτερινών κέντρων διασκέδασης, την ένταση της ηχορύπανσης κατά τις νυχτερινές ώρες και την πολυετή διάρκεια του φαινομένου τούτου[32].

Στο πεδίο των υποθέσεων που αφορούν περιβαλλοντικές καταστροφές ή περιβαλλοντική ρύπανση, το ΕΔΔΑ τείνει να ερμηνεύσει τις έννοιες «ιδιωτική και οικογενειακή ζωή» και «κατοικία» ως στενά συνδεδεμένες. Ως εκ τούτου, σε μία εκ των αποφάσεων κάνει το ΕΔΔΑ μνεία στην έννοια της «ιδιωτικής σφαίρας»[33], καθώς και του «ζωτικού χώρου» σε άλλη απόφαση[34]. Συνεπώς, η «κατοικία» με την ευρεία έννοια περιλαμβάνει μία ζώνη στην οποία αναπτύσσεται και εξελίσσεται η ιδιωτική ζωή του ατόμου.

Στην ίδια κατεύθυνση, στην υπόθεση Fadeieva κατά Ρωσίας, το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι η περιβαλλοντική ρύπανση που προερχόταν από εργοστάσιο χαλυβουργίας πλησίον της οικίας του προσφεύγοντος συνιστά παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, καθώς οι προερχόμενες από το εργοστάσιο οχλήσεις και εκπομπές είχαν ξεπεράσει το όριο των ανεκτών επιπέδων και αποτελούσαν ήδη παρέμβαση στην ιδιωτική σφαίρα του ατόμου[35]. Ειδικότερα, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι για ένα σημαντικό χρονικό διάστημα η συγκέντρωση τοξικών τοξικών ουσιών και εκπομπών στην ατμόσφαιρα πλησίον και γειτνιάζοντος της κατοικίας του προσφεύγοντος υπερέβη τα ανεκτά όρια και ότι η υγεία του επιδεινώθηκε σταδιακά από την έκθεσή του στη βιομηχανική ρύπανση που προερχόταν από το εργοστάσιο χαλυβουργικής[36].

Ομοίως, ρύπανση από ένα κρατικό ανθρακωρυχείο, η οποία είχε βλαβερές επιπτώσεις στην υγεία των προσφευγόντων σε περιοχή αγροτική, όπου το επίπεδο ζωής ήταν διαφορετικό και έως τότε πιο ποιοτικό, οδήγησε το ΕΔΔΑ να αποφανθεί για την παραβίαση του άρθρου 8 της

---

[30] ΕΔΔΑ, απόφαση Powell Rayner κατά Ηνωμένου Βασιλείου, της 21/02/1990, in www.echr.coe.int, σ.11-12. Επίσης, σε μία άλλη περίπτωση, στην υπόθεση Χ κατά της Γαλλίας, της 17/05/1990, η Επιτροπή, παρά τη διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα είχε υποστεί ζημία από την ηχορύπανση και τις οχλήσεις που προέρχονταν από μία πυρηνική μονάδα στην Γαλλία, δεν έθεσε, ωστόσο, θέμα παραβίασης του άρθρου 8, διότι η ενδιαφερόμενη έλαβε αποζημίωση από την Γαλλική Επιχείρηση Ηλεκτρισμού, κατόπιν απόφασης γαλλικού δικαστηρίου, βλ. σχετικά J.-F. Flauss, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA* 1993, σελ. 113.

[31] ΕΔΔΑ, Moreno Gómez κατά Ισπανίας, απόφαση της 16ης/11/2004, παρ. 10-19.
[32] ΕΔΔΑ, Moreno Gómez κατά Ισπανίας, απόφαση της 16ης/11/2004, παρ.61.
[33] ΕΔΔΑ Fadeieva κατά Ρωσίας , απόφαση της 09/06/2005, παρ.70, 80 και 86.
[34] ΕΔΔΑ Branduse κατά Ρουμανίας, απόφαση της 07/04/2009, παρ. 64.
[35] ΕΔΔΑ Fadeieva κατά Ρωσίας, απόφαση της 09/06/2005, παρ.70.
[36] ΕΔΔΑ Fadeieva κατά Ρωσίας, απόφαση της 09/06/2005, παρ. 80.

ΕΣΔΑ. Το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του ότι οι δημόσιες αρχές δεν προσπάθησαν να σταματήσουν τη ρύπανση και δεν εκτέλεσαν τις εθνικές δικαστικές αποφάσεις για λήψη μέτρων και μετεγκατάσταση της οχλούσας μονάδας για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα περίπου δώδεκα ετών χωρίς να υπάρξει καμία αποτελεσματική λύση στο πρόβλημα των προσφευγόντων[37].

Επιπρόσθετα, στην υπόθεση Tatar κατά Ρουμανίας, οι προσφεύγοντες διέμεναν πολύ κοντά σε ένα μεταλλείο χρυσού και είχαν πλειστάκις διαμαρτυρηθεί ενώπιον των αρχών για τη έκθεση τους σε κίνδυνο από τη νέα τεχνολογία που χρησιμοποιείτο στην εν λόγω μονάδα με κυανιούχο νάτριο[38]. Οι αρχές διαβεβαίωσαν του προσφεύγοντες ότι είχαν λάβει μέτρα ασφαλείας το έτος 2000 και ότι δεν υπήρχε κίνδυνος για αυτούς, παρά το γεγονός ότι μεγάλη ποσότητα μολυσμένου νερού είχε διαρρεύσει σε ποταμούς και είχε προκαλέσει ανυπολόγιστη οικολογική ζημία εντός και εκτός συνόρων. Ωστόσο, δεν υπήρχε κάποιο έγγραφο ή κάποια απόφαση ή διοικητική πράξη της εσωτερικής έννομης τάξης που να αναφέρει τα δυσμενή και βλαπτικά αποτελέσματα της οχλούσας μονάδας. Διαπίστωσε λοιπόν το Δικαστήριο ότι δεν είχε χορηγηθεί από τις αρχές προς τους προσφεύγοντες ούτε ένα έγγραφο που να αναφέρει την επικινδυνότητα της εγκατάστασης και δεν μπόρεσαν να αποδείξουν ότι υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ των βλαβερών εκπομπών και της επιδείνωσης των συμπτωμάτων τους[39]. Ωστόσο, από την περιβαλλοντική μελέτη, στοιχείο προερχόμενο από τα επιχειρήματα του κράτους, προέκυπτε ο σοβαρός και ουσιώδης κίνδυνος για την υγεία και την ποιότητα της ζωής των προσφευγόντων[40]. Το Δικαστήριο κάνει ιδιαίτερη μνεία στην αρχή της πρόληψης, με αναφορά στη Διακήρυξη του Ρίο νετ Τζανέιρο του έτους 1992, η οποία έχει στόχο να διασφαλίσει ένα υψηλό επίπεδο υγείας, καθώς και τη διαφύλαξη του περιβάλλοντος[41]. Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι οι αρχές έπρεπε να λάβουν μέτρα ώστε να εξασφαλίσουν το σεβασμό στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή και για το χρονικό διάστημα μετά το ατύχημα που συνέβη το έτος 2000. Το Δικαστήριο συμπέρανε ότι οι προσφεύγοντες ζούσαν σε μία συνεχή κατάσταση αγωνίας και αβεβαιότητας από την αδράνεια των αρχών στην οποία προστίθετο η ανησυχία ενός πιθανού εκ νέου μελλοντικού ατυχήματος και κατέληξε στη παραβίαση του άρθρου 8 της Σύμβασης[42].

Συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι το άρθρο 8 έχει ως αντικείμενο τη κατοχύρωση του ατόμου από τις αυθαίρετες παρεμβάσεις των δημοσίων αρχών και προσδιορίζει ότι οι αρχές οφείλουν σε ορισμένες περιπτώσεις να υιοθετήσουν θετικά μέτρα που να αποβλέπουν στο σεβασμό των δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στο άρθρο αυτό[43]. Το Δικαστήριο επαναλαμβάνει ότι αυτή η υποχρέωση δεν υφίσταται μόνο για τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η περιβαλλοντική ζημία έχει άμεσα προκληθεί από κρατικές δραστηριότητες, αλλά και όταν προέρχεται και από δραστηριότητες του ιδιωτικού τομέα[44]. Οι δημόσιες αρχές θα πρέπει να εξασφαλίσουν ότι με την εφαρμογή των μέτρων που θα λάβουν θα εγγυηθούν τα δικαιώματα που προστατεύονται από το άρθρο 8[45].

---

[37] ΕΔΔΑ Dubetska και άλλοι κατά Ουκρανίας, απόφαση της 10/02/2011, παρ. 105.
[38] ΕΔΔΑ Tatar κατά Ρουμανίας, απόφαση της 27/01/2009, παρ. 8 και 9.
[39] ΕΔΔΑ Tatar κατά Ρουμανίας, απόφαση της 27/01/2009, παρ. 93.
[40] ΕΔΔΑ Tatar κατά Ρουμανίας, απόφαση της 27/01/2009, παρ. 97.
[41] ΕΔΔΑ Tatar κατά Ρουμανίας, απόφαση της 27/01/2009, παρ. 111 και παρ. 120.
[42] ΕΔΔΑ Tatar κατά Ρουμανίας, απόφαση της 27/01/2009, παρ. 122.
[43] ΕΔΔΑ Anna Maria Guerra κατά Ιταλίας, απόφαση της 19/02/1998, παρ. 60.
[44] ΕΔΔΑ Tatar κατά Ρουμανίας, απόφαση της 27/01/2009, παρ. 98 και 113.
[45] ΕΔΔΑ Moreno Gomez κατά Ισπανίας, απόφαση της 16/11/2004. παρ. 55.

Οι αρχές θα πρέπει να λάβουν υπόψη τους τις τεχνικές και κοινωνικές όψεις των περιβαλλοντικών ζητημάτων και να σταθμίσουν και να εκτιμήσουν την ισορροπία μεταξύ διαφορετικών συμφερόντων, ήτοι συμφερόντων των ατόμων και συμφερόντων της κοινότητας[46]. Το Δικαστήριο μπορεί επίσης να εκτιμήσει εάν οι δημόσιες αρχές προσέγγισαν το πρόβλημα με τη δέουσα προσοχή και έλαβαν υπόψη τους τα αντιτιθέμενα συμφέροντα[47].

1.2.2. Παραβίαση του άρθρου 8 από γειτνίαση χώρου εναπόθεσης απορριμμάτων και επικίνδυνων αποβλήτων

Ειδικότερα, παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ αποτελούν η ατμοσφαιρική ρύπανση, η δυσοσμία και η εστία μικροβίων με πολλά έντομα που προερχόταν από ένα χώρο εναπόθεσης απορριμμάτων, ο οποίος, ενώ είχε τεθεί εκτός λειτουργίας, συνέχιζε να λειτουργεί παράνομα και υποβάθμιζε καθοριστικά την ποιότητα ζωής ενός κρατουμένου του οποίου το κελί βρισκόταν πλησίον του χώρου αυτού. Το ΕΔΔΑ απεφάνθη στην απόφαση Brandûse κατά Ρουμανίας ότι υπήρξε παραβίαση της ιδιωτικής ζωής του κρατουμένου και του ζωτικού του χώρου, συνδέοντας την προστασία του περιβάλλοντος με την προστασία της προσωπικότητας και του δικαιώματος στην ιδιωτική ζωή[48].

Η σοβαρή περιβαλλοντική ρύπανση, η πρόκληση ηχορύπανσης ή οι δυσοσμίες από χώρο εναπόθεσης απορριμμάτων δεν είναι απαραίτητο να συνδέονται με σοβαρή βλάβη της υγείας του ατόμου. Αρκεί να προκαλεί παραβίαση της ιδιωτικής του ζωής με τη μορφή της παραβίασης του ζωτικού του χώρου με την έννοια της γειτνίασης της οχλούσας εγκατάστασης με την κατοικία του προσφεύγοντος πληττόμενου προσώπου[49].

Η απόφαση Lopez Ostra κατά Ισπανίας, σχετικά με οχλήσεις και θόρυβο προερχόμενους από σταθμό διαχείρισης απορριμμάτων πλησίον της ιδιοκτησίας της προσφεύγουσας, σηματοδότησε μία νέα τάση της νομολογίας, καθώς το δικαστήριο απεφάνθη ρητά για την παραβίαση του άρθρου 8 της Σύμβασης και έκρινε ότι οι γειτονικές οχλήσεις και το πρόβλημα της ηχορύπανσης ξεπερνούν ένα συγκεκριμένο υψηλό όριο ανοχής, πέραν του οποίου, η παρέμβαση στο δικαίωμα προστασίας της κατοικίας μπορεί να είναι παράνομη και αθέμιτη, εάν δεν δικαιολογείται από δίκαιη στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων[50]. Στην εν λόγω απόφαση, τέθηκε για πρώτη φορά θέμα χρηματικής αποζημίωσης του όμορου ιδιοκτήτη μίας εγκατάστασης, η οποία προσβάλλει και ρυπαίνει το περιβάλλον, περιλαμβάνοντας όχι μόνο την υλική ζημία αλλά και την ηθική βλάβη[51].

Σε υπόθεση που αφορούσε την γειτνίαση του ακινήτου της προσφεύγουσας δίπλα σε χώρο εναπόθεσης και επεξεργασίας επικίνδυνων αποβλήτων και διαχωρισμού τους από τα μη επικίνδυνα στην περιοχή Brescia της Ιταλίας, η προσφεύγουσα αμφισβήτησε την ανανέωση της άδειας επεξεργασίας των αποβλήτων στην εταιρία Ecoservizi και προσέφυγε στα αρμόδια διοικητικά δικαστήρια[52]. Σε συνέχεια πολλών δικαστικών αγώνων κατάφερε με την απόφαση του Ιταλικού Συμβουλίου της Επικρατείας να ακυρωθεί η ανανέωση της άδεια λειτουργίας της

[46] ΕΔΔΑ Hatton και άλλοι κατά Ηνωμένου Βασιλείου, απόφαση της 08/07/2003, παρ. 98, βλ. παρ. 118.
[47] ΕΔΔΑ Fadeieva κατά Ρωσίας, απόφαση της 09/06/2005, παρ. 93, παρ. 134.
[48] ΕΔΔΑ Branduse κατά Ρουμανίας, απόφαση της 07/04/2009, παρ. 67.
[49] ΕΔΔΑ Lopez Ostra κατά Ισπανίας, απόφαση της 09/12/1994, παρ. 50-51 και 55.
[50] J.-F. FLAUSS, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA* 1994, σελ. 518.
[51] Lopez Ostra κατά Ισπανίας, *Revue Universelle des droits de l'Homme (RUDH)* 1995, σελ. 126.
[52] ΕΔΔΑ Giacomelli κατά Ιταλίας, της 02-11-2006, παρ. 10-16.

ανωτέρω εταιρίας, καθώς εκδόθηκε χωρίς να έχει διεξαχθεί προηγούμενος έλεγχος για τις περιβαλλοντικές επιπτώσεις και ως εκ τούτου ήταν παράνομη[53].

Η προσφεύγουσα διαμαρτυρήθηκε ότι ο συνεχιζόμενος θόρυβος και οι επιβλαβείς εκπομπές που παρήγαγε το εργοστάσιο επεξεργασίας αποβλήτων, που βρίσκονται σε απόσταση μόλις τριάντα μέτρων από το σπίτι της, συνιστούν σοβαρή όχληση για το περιβάλλον της, καθώς και διαρκή κίνδυνο για την υγεία της και την κατοικία της, κατά παράβαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ[54].

Το ΕΔΔΑ υπενθυμίζει ότι στις υποθέσεις που αφορούν την προστασία του περιβάλλοντος επαφίεται στα κράτη ένα ευρύ πεδίο εκτίμησης, καθώς οι εθνικές αρχές μπορούν να εκτιμήσουν καλύτερα την «αναγκαιότητα» μιας παρέμβασης από ένα διεθνές δικαστήριο και να αξιολογήσουν τις απαιτήσεις που αφορούν την επεξεργασία βιομηχανικών αποβλήτων σε ένα συγκεκριμένο τοπικό πλαίσιο και να αποφασίσουν τις πιο κατάλληλες περιβαλλοντικές πολιτικές και τα ατομικά μέτρα σύμφωνα με τις ανάγκες της τοπικής κοινωνίας[55]. Όταν πρόκειται για πολύπλοκα ζητήματα περιβαλλοντικής και οικονομικής πολιτικής, η διαδικασία λήψης αποφάσεων εκ μέρους των κρατικών αρχών πρέπει πρώτα απ 'όλα να περιλαμβάνει τη διεξαγωγή των κατάλληλων ερευνών και μελετών, ώστε να προλαμβάνονται και να αξιολογούνται εκ των προτέρων οι δυσμενείς συνέπειες των δραστηριοτήτων αυτών που μπορούν να βλάψουν το περιβάλλον και τα δικαιώματα των ατόμων[56].

Το Δικαστήριο θεώρησε ότι η ιταλική διοίκηση παρέλειψε να συμμορφωθεί με την εσωτερική περιβαλλοντική νομοθεσία και, στη συνέχεια, αρνήθηκε να συμμορφωθεί προς την εκτέλεση δικαστικών αποφάσεων που αναγνωρίζουν την παράνομη συνέχιση της επίδικης δραστηριότητας, αποδυναμώνοντας με τον τρόπο αυτό τις δικονομικές εγγυήσεις από τις οποίες είχε προηγουμένως μπορέσει να επωφεληθεί η προσφεύγουσα και παραβιάζοντας την αρχή του κράτους δικαίου[57].

Το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι υπήρξε παραβίασης του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, καθώς παρά τη λήψη μέτρων για την προστασία των δικαιωμάτων της προσφεύγουσας, τούτο δεν αναιρεί το γεγονός ότι για αρκετά χρόνια η τελευταία υπέστη σοβαρή παραβίαση του δικαιώματός της σεβασμού στην ιδιωτική ζωή της και την κατοικία της λόγω της επικίνδυνης δραστηριότητας του εργοστασίου, χτισμένο τριάντα μέτρα από το ακίνητο της[58].

Στην απόφαση Di Sarno κατά Ιταλίας, το ΕΔΔΑ υπογραμμίζει ότι η κοινότητα Somma Vesuviana στην οποία διέμεναν οι προσφεύγοντες έχει πληγεί από σημαντική ποσότητα αποβλήτων και ότι η περιοχή της Καμπανίας βρισκόταν σε κατάσταση ανάγκης από το 1994 έως το 2009. Συνεπώς, οι προσφεύγοντες ήταν αναγκασμένοι να ζουν σε ένα περιβάλλον με έντονη ρύπανση προερχόμενη από τα εγκαταλελειμμένα στην δημόσια οδό απόβλητα για ένα χρονικό διάστημα από τα τέλη του έτους 2007 μέχρι το Μάιο του έτους 2008[59]. Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι αυτή η κατάσταση οδήγησε στην επιδείνωση των όρων διαβίωσης και της ποιότητας ζωής των προσφευγόντων σε βαθμό που να υποβαθμίζεται το δικαίωμα στην ιδιωτική και

[53] ΕΔΔΑ Giacomelli κατά Ιταλίας, της 02-11-2006, παρ. 27-29.
[54] ΕΔΔΑ Giacomelli κατά Ιταλίας, της 02-11-2006, παρ. 68.
[55] ΕΔΔΑ Giacomelli κατά Ιταλίας, της 02-11-2006, παρ. 80, βλ. επίσης ΕΔΔΑ Buckley κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 25-09-1996, παρ. 74-77.
[56] ΕΔΔΑ Giacomelli κατά Ιταλίας, της 02-11-2006, παρ. 83.
[57] ΕΔΔΑ Giacomelli κατά Ιταλίας, της 02-11-2006, παρ. 93.
[58] ΕΔΔΑ Giacomelli κατά Ιταλίας, της 02-11-2006, παρ. 96-98.
[59] ΕΔΔΑ Di Sarno και άλλοι κατά Ιταλίας, απόφαση της 10/01/2012, παρ. 108.

οικογενειακή ζωή και στην κατοικία και για το λόγο αυτό απεφάνθη για τη παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ κατά το ουσιαστικό μέρος της διάταξης και όχι κατά το διαδικαστικό μέρος της[60]. Το Δικαστήριο επισημαίνει ότι οι προσφεύγοντες δεν επικαλέστηκαν βλάβη της υγείας τους από την εναπόθεση μεγάλων ποσοτήτων αποβλήτων ακόμα και στη δημόσια οδό. Ωστόσο, επισημαίνεται κε νέου ότι για τη παραβίαση του άρθρου 8 δεν είναι απαραίτητη και η βλάβη της υγείας του εκάστοτε προσφεύγοντος, αρκεί και η επιδείνωση ή χειροτέρευση του επιπέδου και της ποιότητας ζωής των κατοίκων που πλήττονται από την ρύπανση ή την οχλούσα εγκατάσταση[61]. Στην εν λόγω υπόθεση, το Δικαστήριο θεώρησε ότι δεν πρόκειται για αυθαίρετη κρατική παρέμβαση στο δικαίωμα του σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, αλλά για την αποχή και την αδράνεια των δημοσίων αρχών να λάβουν τα κατάλληλα μέτρα για να προστατεύσουν τα δικαιώματα που απορρέουν από το άρθρο 8 και για να εξασφαλίσουν την κανονική λειτουργία της υπηρεσίας για την περισυλλογή των αποβλήτων και την ορθολογική διαχείριση και εξάλειψη τους στην κοινότητα Somma Vesuviana[62].

1.2.3 Η εξέλιξη της νομολογίας μέσα από τις αποφάσεις Jugheli και Cordella – θέσπιση ειδικών ρυθμίσεων για τις επικίνδυνες δραστηριότητες

Σημαντική απόφαση αποτελεί η υπόθεση Cordella κατά Ιταλίας, που αφορούσε την υποβάθμιση μίας περιοχής από τις εκπομπές της εταιρίας Ilva, μίας μεγάλης μονάδας στο τομέα της χαλυβουργίας για την επεξεργασία και παραγωγή χάλυβα, την μόλυνση του περιβάλλοντος και τις αρνητικές επιπτώσεις στην υγεία των κατοίκων της περιοχής και την αυξημένη θνησιμότητα τους στην επίδικη περιοχή[63].

Διαπιστώθηκε ότι, λαμβανομένης υπόψη της περιβαλλοντικής ρύπανσης της οικείας περιοχής από τις εκπομπές του εργοστασίου της Ilva, ανάλογα με την απόσταση μεταξύ του τόπου κατοικίας των ενδιαφερομένων και των επιβλαβών εκπομπών που ελήφθησαν υπόψη, υπήρξε αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της έκθεσης του περιβάλλοντος σε εισπνεόμενους καρκινογόνους παράγοντες και της ανάπτυξης πνευμονικών και υπεζωκοτικών όγκων και παθήσεων του καρδιαγγειακού συστήματος. Αναλυτικότερα, η έκθεση έδειξε ότι οι θάνατοι ανδρών και γυναικών που κατοικούσαν στην εν λόγω περιοχή για όγκους, ασθένειες του κυκλοφορικού συστήματος και άλλες παθολογικές καταστάσεις ήταν υψηλότεροι σε σύγκριση με τους περιφερειακούς και εθνικούς μέσους όρους[64].

Το Δικαστήριο υπενθυμίζει επίσης ότι η έννοια των ανεκτών ορίων έχει εξετασθεί ειδικά σε περιβαλλοντικά ζητήματα σε αρκετές υποθέσεις και μπορεί να προκύψει θέμα παραβίασης του άρθρου 8, εφόσον ο οικολογικός κίνδυνος ξεπεράσει ένα ανεκτό επίπεδο σοβαρότητας που μειώνει σημαντικά την ικανότητα του αιτούντος να απολαμβάνει την κατοικία του ή την ιδιωτική ή οικογενειακή του ζωή. Η αξιολόγηση αυτού του ελάχιστου επιπέδου σε περίπτωση αυτού του είδους είναι σχετική και εξαρτάται από όλα τα δεδομένα της αιτίας, ιδίως την ένταση και τη διάρκεια των οχλήσεων καθώς και τις φυσικές ή ψυχολογικές επιπτώσεις τους στην υγεία ή την ποιότητα ζωής του ενδιαφερόμενου προσώπου[65].

---

[60] ΕΔΔΑ Di Sarno και άλλοι κατά Ιταλίας, απόφαση της 10/01/2012, παρ. 108.
[61] ΕΔΔΑ Di Sarno και άλλοι κατά Ιταλίας, απόφαση της 10/01/2012, παρ. 108.
[62] ΕΔΔΑ Di Sarno και άλλοι κατά Ιταλίας, απόφαση της 10/01/2012, παρ. 109.
[63] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 8-12.
[64] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 21-22.
[65] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 157.

Τα κράτη μέλη έχουν πρωτίστως και κατά κύριο λόγο μια θετική υποχρέωση, ιδίως σε περίπτωση επικίνδυνης δραστηριότητας, να θεσπίσουν κανονισμούς προσαρμοσμένους στις ιδιαιτερότητες αυτής της δραστηριότητας, ιδίως όσον αφορά το επίπεδο κινδύνου που θα μπορούσε να προκύψει. Οι κανονισμοί αυτοί πρέπει να διέπουν την έγκριση, την εκκίνηση, τη λειτουργία, την ασφάλεια και τον έλεγχο της εν λόγω δραστηριότητας, καθώς και να επιβάλλουν σε όλα τα πρόσωπα που την επηρεάζουν να υιοθετούν πρακτικά μέτρα ικανή να διασφαλίσει την αποτελεσματική προστασία των πολιτών των οποίων η ζωή κινδυνεύει να εκτεθεί στους κινδύνους που ενυπάρχουν στην εν λόγω περιοχή[66].

Τέλος, είναι συχνά αδύνατο να ποσοτικοποιηθούν οι επιπτώσεις της σημαντικής βιομηχανικής ρύπανσης σε κάθε μεμονωμένη κατάσταση και να γίνει διάκριση της επιρροής άλλων παραγόντων, όπως για παράδειγμα της ηλικίας και της απασχόλησης. Το ίδιο ισχύει και για την υποβάθμιση της ποιότητας ζωής που οφείλεται στη βιομηχανική ρύπανση. Η "ποιότητα της ζωής" είναι μια πολύ υποκειμενική έννοια που δεν μπορεί να οριστεί με ακρίβεια. Κατά συνέπεια, προκειμένου να διαπιστωθούν τα πραγματικά περιστατικά των υποθέσεων που υποβλήθηκαν, το Δικαστήριο δεν έχει άλλη επιλογή παρά να στηριχθεί πρωτίστως, όχι όμως αποκλειστικά, στα συμπεράσματα των δικαστηρίων και άλλων εθνικών αρμοδίων αρχών[67]. Εν προκειμένω, οι προσφεύγουσες επικαλούνται την απουσία κρατικών μέτρων για την προστασία της υγείας τους και του περιβάλλοντος[68].

Το ΕΔΔΑ υπογράμμισε ότι, από τη δεκαετία του 1970, οι επιστημονικές μελέτες κατέδειξαν τις ρυπογόνες επιπτώσεις των εκπομπών από το εργοστάσιο της Ilva στο Taranto για το περιβάλλον και την ανθρώπινη υγεία. Τα αποτελέσματα αυτών των εκθέσεων, τα οποία προέρχονταν σε μεγάλο βαθμό από κρατικούς και περιφερειακούς φορείς, δεν αποτελούν αντικείμενο αμφισβήτησης μεταξύ των μερών[69].

Ενόψει των ανωτέρω, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι οι εθνικές αρχές δεν έλαβαν όλα τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίσουν την αποτελεσματική προστασία του δικαιώματος των ενδιαφερομένων και το σεβασμό στην ιδιωτική τους ζωή[70]. Συνεπώς, δεν επιτεύχθηκε η σωστή ισορροπία μεταξύ, αφενός, του συμφέροντος των προσφευγουσών να μην υποστούν σοβαρές ζημίες στο περιβάλλον που θα μπορούσαν να επηρεάσουν την ευημερία τους και την ιδιωτική ζωή τους και, αφετέρου, του συμφέροντος της κοινωνίας στο σύνολό της. Κατά συνέπεια, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 8 της Σύμβασης[71].

Ομοίως, μία άλλη παρόμοια υπόθεση κατά της Γεωργίας αφορούσε την λειτουργία θερμοηλεκτρικού σταθμού σε κοντινή απόσταση από κατοικημένα διαμερίσματα και την μη ικανοποιητική αντιμετώπιση της ατμοσφαιρικής ρύπανσης. Σύμφωνα με τους προσφεύγοντες, αν και ο θερμοηλεκτρικός σταθμός λειτουργούσε, οι επικίνδυνες δραστηριότητες του δεν υπόκειντο στους σχετικούς κανονισμούς και ως εκ τούτου, ο σταθμός εξέπεμπε στην ατμόσφαιρα διάφορες τοξικές ουσίες που επηρέαζαν αρνητικά την ποιότητα της ζωής τους[72].

---

[66] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 159.
[67] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 160., Βλ. επίσης ΕΔΔΑ Lediaïeva και άλλοι κατά Ρωσίας, της 26-10-2006, παρ. 90 και ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 63.
[68] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 162.
[69] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 163.
[70] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 173.
[71] ΕΔΔΑ απόφαση Cordella και άλλοι κατά Ιταλίας, της 24-01-2019, παρ. 174.
[72] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 7-12 και παρ.78.

Στη συγκεκριμένη υπόθεση, όμως, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η ατμοσφαιρική ρύπανση δεν προκάλεσε καμία σημαντική βλάβη ποσοτικώς στην υγεία των προσφευγόντων, θα μπορούσε όμως να τους είχε καταστήσει πιο ευάλωτους σε διάφορες ασθένειες. Επιπλέον, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι επηρέασε δυσμενώς την ποιότητα ζωής τους στην οικία τους. Συνεπώς, υπήρξε παρέμβαση στα δικαιώματα των προσφευγόντων σε τέτοιο βαθμό ώστε να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 8[73].

Το κύριο ζήτημα της υπόθεσης ήταν η ουσιαστική απουσία (μέχρι το έτος 2009) εφαρμογής κάποιου κατάλληλου ρυθμιστικού πλαισίου στις επικίνδυνες δραστηριότητες του θερμοηλεκτρικού σταθμού καθώς και η μη ικανοποιητική αντιμετώπιση της ατμοσφαιρικής ρύπανσης που επηρέασε αρνητικά τα δικαιώματα των προσφευγόντων βάσει του άρθρου 8 της Σύμβασης[74].

Αξίζει να τονισθεί ότι, συγκεκριμένα στο πλαίσιο των επικίνδυνων δραστηριοτήτων τα κράτη έχουν την υποχρέωση να θεσπίζουν κανονισμούς προσαρμοσμένους στις ιδιαιτερότητές τους, ιδίως όσον αφορά το επίπεδο κινδύνου που ενδέχεται να ενέχουν. Οι κανονισμοί αυτοί πρέπει, μεταξύ άλλων, να διέπουν τη χορήγηση άδειας λειτουργίας, την ασφάλεια και την εποπτεία της δραστηριότητας, καθώς και να υποχρεώνουν όλους τους ενδιαφερόμενους να λαμβάνουν πρακτικά μέτρα για την αποτελεσματική προστασία των πολιτών των οποίων η ζωή μπορεί να κινδυνεύει[75]. Στην προκειμένη περίπτωση, η απουσία ουσιαστικής ρύθμισης -μέσω οποιουδήποτε νομοθετικού και διοικητικού πλαισίου- των εν δυνάμει επικίνδυνων δραστηριοτήτων του θερμοηλεκτρικού σταθμού, του επέτρεψε να λειτουργεί σε άμεση γειτνίαση με τις οικίες των προσφευγόντων χωρίς να υπάρχουν οι απαραίτητες διασφαλίσεις για την αποφυγή ή τουλάχιστον την ελαχιστοποίηση της ατμοσφαιρικής ρύπανσης και της συνακόλουθης αρνητικής επίπτωσής της στην υγεία και την ευημερία των προσφευγόντων, γεγονός που επιβεβαιώθηκε από τις εξετάσεις εμπειρογνωμόνων που είχαν ανατεθεί από τα εθνικά δικαστήρια[76].

Το Δικαστήριο επεσήμανε, επίσης, ότι η κατάσταση αυτή δεν ήταν αποτέλεσμα ξαφνικών γεγονότων, αλλά αποτελούσε ένα μακροχρόνιο πρόβλημα για το οποίο οι αρμόδιες αρχές ήταν ενήμερες. Η κατάσταση επιδεινώθηκε περαιτέρω από το γεγονός ότι παρά την παραγγελία για την εγκατάσταση του σχετικού εξοπλισμού φιλτραρίσματος και καθαρισμού για την ελαχιστοποίηση των επιπτώσεων των τοξικών ουσιών που εκπέμπονται στον αέρα στους κατοίκους του κτιρίου, οι αρμόδιες αρχές δεν έλαβαν αποτελεσματικά μέτρα για να ακολουθήσουν αυτές τις οδηγίες[77]. Επιπλέον, η προβαλλόμενη παράλειψη των προσφευγουσών να ζητήσουν ρητώς από τα εθνικά δικαστήρια να διατάξουν την εφαρμογή διαφόρων μέτρων προστασίας όσον αφορά τις δραστηριότητες της εγκατάστασης και τις εκπομπές που προέρχονται από αυτές[78] δεν απαλλάσσει τις αρχές, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, από την υποχρέωση να εξετάσουν την καταγγελία ενόψει των θετικών υποχρεώσεων του κράτους βάσει του άρθρου 8 της Σύμβασης και να διορθώσουν ανάλογα την κατάσταση[79]. Συνεπώς, το κανονιστικό πλαίσιο αποδείχθηκε ελλιπές, δεδομένου ότι

[73] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ.77-78.
[74] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 65-68.
[75] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 75-76.
[76] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 74-75.
[77] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 77..
[78] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 38.
[79] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 77.

ουσιαστικά δεν εφαρμόστηκε καμία περιβαλλοντική ρύθμιση στις δραστηριότητες του εργοστασίου, δεδομένου ότι είχε αρχίσει να λειτουργεί πριν από τη θέσπιση των σχετικών κανόνων, η κατάσταση, ωστόσο, επιδεινώθηκε περαιτέρω από την απουσία ενεργειών εκ μέρους των κρατικών αρχών για την ατμοσφαιρική ρύπανση που προέκυψε ιδίως για τους πληγέντες και γειτνιάζοντες κατοίκους της επίδικης περιοχής[80].

2. Η προστασία του περιβάλλοντος και περιορισμοί στην ιδιοκτησία: σύγκρουση των δύο δικαιωμάτων

Η προστασία του περιβάλλοντος μπορεί να έρθει σε σύγκρουσή με την προστασία του δικαιώματος στην ιδιοκτησία, υπό διαφορετική προσέγγιση κάθε φορά, συμπεριλαμβάνοντας περιπτώσεις περιορισμών δόμησης για λόγους φυσικού περιβάλλοντος, ή περιπτώσεις μη τήρησης των σχετικών διατάξεων για την προστασία του οικιστικού περιβάλλοντος εκ μέρους των αρμοδίων κρατικών αρχών.

2. 1. Η προστασία του φυσικού περιβάλλοντος και οι περιορισμοί δόμησης

Στο άρθρο 1 παρ.1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου κατοχυρώνεται η προστασία της ιδιοκτησίας, η οποία περιλαμβάνει την διασφάλιση ενάντια σε οποιαδήποτε παράνομη στέρηση της ιδιοκτησίας. Το άρθρο αυτό δεν αποτελεί συνάμα εγγύηση για τη διατήρηση και διαφύλαξη της περιουσίας του ατόμου σε ένα υγιές περιβάλλον. Το εν λόγω άρθρο αναγνωρίζει επίσης ότι οι δημόσιες αρχές των συμβαλλομένων κρατών έχουν το δικαίωμα να ρυθμίζουν τη χρήση περιουσιακών αγαθών σύμφωνα με το γενικό συμφέρον. Στο πλαίσιο αυτό, το ΕΔΔΑ αναγνώρισε ότι το περιβάλλον αποκτά ένα πολύ σημαντικό παράγοντα. Το γενικό συμφέρον καλύπτει και τη προστασία του περιβάλλοντος, για το λόγο αυτό οι δημόσιες αρχές μπορεί να επιβάλουν περιορισμούς στην ιδιοκτησία και στο δικαίωμα απόλαυσης της ιδιοκτησίας του ατόμου. Οι περιορισμοί αυτοί πρέπει να είναι θεμιτοί, να προβλέπονται από τη νομοθεσία και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας να εξυπηρετούν ένα νόμιμο επιδιωκόμενο σκοπό[81]. Ως εκ τούτου, η λήψη μέτρων που περιορίζουν την ιδιοκτησία από τις δημόσιες αρχές θα πρέπει να εξασφαλίζουν την ισορροπία μεταξύ συγκρουόμενων συμφερόντων και αναλογικά με τον επιδιωκόμενο κάθε φορά σκοπό. Με αυτά τα δεδομένα η διαφύλαξη του περιβάλλοντος αποκτά μία ξεχωριστή και σημαντική σημασία[82].

Το ΕΔΔΑ έχει υπογραμμίσει στις αποφάσεις του ότι κατά την εφαρμογή στρατηγικής και πολιτικών στους τομείς της χωροταξίας και της διαφύλαξης του περιβάλλοντος το γενικό έννομο συμφέρον της κοινότητας κατέχει μία πρωταρχική θέση και αυτό δίνει στο κράτος μεγαλύτερα περιθώρια εκτίμησης όταν διακυβεύονται δικαιώματα αποκλειστικά αστικά[83].

Το ΕΔΔΑ έχει αναγνωρίσει ότι η διαφύλαξη του περιβάλλοντος ειδικά στο πλαίσιο της πολιτικής του πολεοδομικού σχεδιασμού μπορεί να αποτελεί νόμιμο σκοπό που μπορεί να

[80] ΕΔΔΑ Jugheli και άλλοι κατά Γεωργίας της 13-07-2017, παρ. 77.
[81] ΕΔΔΑ Μαραθωνήσι κατά Ελλάδας, απόφαση της 06/12/2007, παρ. 54. Βλ. επίσης ΕΔΔΑ Depalle κατά Γαλλίας, παρ. 81-82, απόφαση της 29/03/2010 και ΕΔΔΑ Brosset-Triboulet και άλλοι κατά Γαλλίας, απόφαση της 29/03/2010, παρ. 84-85.
[82] ΕΔΔΑ Depalle κατά Γαλλίας, απόφαση της 29/03/2010, παρ.81-82 και ΕΔΔΑ Brosset-Triboulet και άλλοι κατά Γαλλίας, απόφαση της 29/03/2010, παρ. 84-85.
[83] ΕΔΔΑ Depalle κατά Γαλλίας, απόφαση της 29/03/2010, παρ. 62-68 και ΕΔΔΑ Brosset-Triboulet και άλλοι κατά Γαλλίας, απόφαση της 29/03/2010, παρ.65-71.

δικαιολογεί ορισμένους περιορισμούς από τις δημόσιες αρχές και του δικαιώματος που κατοχυρώνει το σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής καθώς και της κατοικίας[84].

Εξάλλου, η προστασία των ατομικών δικαιωμάτων για το σεβασμό της περιουσίας θα πρέπει απαραίτητα να συνδυάζεται ώστε οι αρχές να εγγυώνται ορισμένους κανόνες στο περιβάλλον. Η πραγματική και αποτελεσματική άσκηση αυτού του δικαιώματος δεν θα μπορούσε να εξαρτάται μόνο από την υποχρέωση των δημοσίων αρχών να απέχουν από οποιαδήποτε παρέμβαση και να απαιτεί από αυτές να λαμβάνουν θετικά μέτρα για να προστατεύσουν το δικαίωμα, ειδικά όταν υπάρχει ένας άμεσος σύνδεσμος μεταξύ των μέτρων που αναμένει νόμιμα ο προσφεύγων εκ μέρους των δημοσίων αρχών και την αποτελεσματική απόλαυση των περιουσιακών του στοιχείων[85]. Το ΕΔΔΑ εκτίμησε ότι μία τέτοια υποχρέωση μπορεί να υπάρξει όταν πρόκειται για επικίνδυνες δραστηριότητες και όχι τόσο συχνά σε περιπτώσεις φυσικών καταστροφών[86].

Η απόφαση του ΕΔΔΑ της 6ης/12/2007 για τη προστασία της χελώνας καρέτα καρέτα στη Ζάκυνθο ανέτρεψε τα δεδομένα της δικαστικής απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας και έκρινε ότι υπάρχει παραβίαση του άρθρου 1 παρ. 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ. Το Δικαστήριο έκρινε ότι υπάρχει παραβίαση του άρθρου 1 γιατί δεν υπάρχει δυνατότητα οικονομικής εκμετάλλευσης και αξιοποίησης της νησίδας μέσα από τους περιορισμούς δόμησης για λόγους προστασίας του φυσικού περιβάλλοντος και ειδικότερα λόγω της προστασίας της ωοτοκίας της χελώνας caretta - caretta[87].

Ωστόσο, η νομολογία αυτή κυμαίνεται ανάλογα με το προστατευόμενο δικαίωμα και τα περιθώρια δυνατότητας οικονομικής εκμετάλλευσης από τους θιγόμενους ιδιοκτήτες. Στην υπόθεση Μαλλιακού κατά Ελλάδας, οι προσφεύγοντες είχαν αναλάβει την εκμετάλλευση λατομείου, ενώ το μεγαλύτερο μέρος του ακινήτου τους είχε χαρακτηριστεί ως ζώνη απόλυτης προστασίας. Επικαλούντο δε ότι υπήρχε παραβίαση του δικαιώματος τους για ειρηνική απόλαυση της περιουσίας τους και ότι το υπόλοιπο μέρος του ακινήτου τους που δεν είχε χαρακτηριστεί ως ζώνη απόλυτης προστασίας ήταν μικρότερο του νομικά καθορισμένου εμβαδού για δόμηση[88]. Οι προσφεύγοντες ισχυρίστηκαν επίσης ότι ο χαρακτηρισμός του μεγαλύτερου μέρους της γης τους ως ζώνης απόλυτης προστασίας οδήγησε στη μη ανανέωση της άδειας λειτουργίας του λατομείου, γεγονός που τους προξένησε οικονομική ζημία για την οποία δεν έλαβαν αποζημίωση[89].

Κατά την άποψη του Δικαστηρίου, ακόμη και αν υποτεθεί ότι υπήρξε παρέμβαση στην περιουσία των προσφευγόντων, η παρέμβαση αυτή ήταν σύμφωνη με τις προϋποθέσεις που ορίζει η ΕΣΔΑ και προβλεπόταν από το άρθρο 24 παρ.6 του Συντάγματος, καθώς και από τη σχετική νομοθεσία, εξυπηρετώντας το δημόσιο συμφέρον για την προστασία των αρχαιοτήτων και της πολιτιστικής κληρονομιάς της χώρας[90]. Επίσης, τα εθνικά δικαστήρια έκριναν ότι η ουσία του δικαιώματος των προσφευγόντων για ειρηνική απόλαυση της περιουσίας τους δεν

[84] ΕΔΔΑ Chapman κατά Ηνωμένου Βασιλείου, απόφαση της 18/01/2001, παρ. 78.
[85] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004 παρ. 134. ΕΔΔΑ Boudaieva και άλλοι κατά Ρωσίας, απόφαση της 20/03/2008, παρ. 172.
[86] ΕΔΔΑ απόφαση Oneryildiz κατά Τουρκίας της 30/11/2004, παρ. 134-135, ΕΔΔΑ Boudaieva και άλλοι κατά Ρωσίας, απόφαση της 20/03/2008, παρ. 172-182.
[87] ΕΔΔΑ ZANTE Marathonisi AE κατά Ελλάδας, απόφαση της 06-12-2007, παρ. 48 επόμενες και παρ. 54.
[88] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 32.
[89] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 59.
[90] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 52.

είχε παραβιαστεί και ότι τα μέτρα ελέγχου της χρήσης δεν δέσμευαν υπερβολικά το ακίνητο των προσφευγόντων σε σχέση με τον προορισμό του[91].

Το Δικαστήριο δεν πείστηκε ότι η διοίκηση έδωσε στους προσφεύγοντες τη νόμιμη προσδοκία ότι θα μπορούσαν να συνεχίσουν να λειτουργούν το λατομείο[92]. Το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι προσφεύγοντες γνώριζαν πάντα ότι οι αποφάσεις που επέτρεπαν την εκμετάλλευση του λατομείου ήταν αβέβαιες και ανακλητές και ότι αγνόησαν τους όρους υπό τους οποίους χορηγήθηκε η άδεια εκμετάλλευσης [93].

Το Δικαστήριο έκρινε ότι, όταν πρόκειται για μέτρο ελέγχου της χρήσης ακινήτου, η έλλειψη αποζημίωσης αποτελεί παράγοντα που λαμβάνεται υπόψη για τον προσδιορισμό του κατά πόσον εξασφαλίστηκε δίκαιη ισορροπία, αλλά δεν επαρκεί από μόνο του για να αποτελέσει παραβίαση του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου. Οι προσφεύγοντες, λαμβάνοντας υπόψη τους κανόνες που διέπουν την προστασία ιστορικών και πολιτιστικών μνημείων, θα έπρεπε να γνώριζαν ότι το λατομείο τους λειτουργούσε σε μη λατομική περιοχή που είχε χαρακτηριστεί ως αρχαιολογικός χώρος πριν αποκτήσουν την κυριότητα του ακινήτου, η έλλειψη αποζημίωσης δεν μπορεί, κατά την άποψη του Δικαστηρίου, να θεωρηθεί μέτρο δυσανάλογο προς τον έλεγχο της χρήσης του ακινήτου των προσφευγόντων, το οποίο εφαρμόστηκε για λόγους γενικού συμφέροντος[94].

Επίσης, το Δικαστήριο παρατηρεί ότι, αντίθετα με τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων, τα εθνικά δικαστήρια εξέτασαν πλήρως τα επιχειρήματά τους. Τα αιτήματα αποζημίωσής τους απορρίφθηκαν βάσει του ότι η άδεια εκμετάλλευσης είχε χορηγηθεί κατ' εξαίρεση, κι έτσι οι προσφεύγοντες δεν μπορούσαν να ζητήσουν αποζημίωση λόγω αυτής της κατ' εξαίρεση χρήσης, η οποία είχε χορηγηθεί υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις και για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα[95].

Εν όψει του ανωτέρω σκεπτικού, το Δικαστήριο απεφάνθη ότι οι προσφεύγοντες δεν υπέστησαν ατομική και υπερβολική επιβάρυνση ως αποτέλεσμα του χαρακτηρισμού του ακινήτου τους ως ζώνης απόλυτης προστασίας. Συνεπώς, δεν διαταράχθηκε η ισορροπία μεταξύ των συμφερόντων της κοινωνίας και των συμφερόντων των προσφευγόντων και δεν διαπιστώθηκε παραβίαση του άρθρου 1 παρ.1 του Πρώτου πρόσθετου πρωτοκόλλου[96].

Η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων και ιδίως του Συμβουλίου της Επικρατείας για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα ήταν αντίθετη προς τη νομολογία του ΕΔΔΑ για θέματα χρήσης ακινήτων, τα οποία βρίσκονται εκτός σχεδίου πόλεως. Η κατά προορισμό χρήση των ακινήτων δεν είναι η δόμηση ή η τουριστική αξιοποίηση αλλά μόνο η γεωργική ή πτηνοτροφική εκμετάλλευση ή η αναψυχή του κοινού. Κατά τη σχετική νομολογία των εθνικών δικαστηρίων δεν υφίστατο υποχρέωση του κράτους προς αποζημίωση των ιδιοκτητών των ακινήτων εκτός σχεδίου στα οποία έχουν επιβληθεί περιορισμοί δόμησης είτε για λόγους προστασίας του

[91] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 53.
[92] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 63, βλ. επίσης ΕΔΔΑ απόφαση Παραθεριστικός Συνεταιρισμός Στεγάσεως Υπαλλήλων Τραπέζης της Ελλάδος κατά Ελλάδος της 29-01-2013, παρ. 22.
[93] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 63, βλ. επίσης Depalle κατά Γαλλίας της 29-03-2010, παρ. 86.
[94] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 64.
[95] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 65.
[96] ΕΔΔΑ απόφαση Μαλλιακού και λοιποί κατά Ελλάδας της 08/11/2018, παρ. 66 και 67.

φυσικού περιβάλλοντος, είτε για λόγους προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος και των αρχαιοτήτων[97].

Συνάγεται, ως εκ τούτου, ότι η αναφορά στον προορισμό του ακινήτου δεν επέτρεπε στον εθνικό δικαστή να λάβει υπόψη του κάθε φορά τις ειδικές περιστάσεις της κάθε υπόθεσης και τα δεδομένα που αφορούν τους περιορισμούς ως προς την οικονομική του αξιοποίηση και τη δραστική δέσμευση στη χρήση του ακινήτου, καθώς και τη στάθμιση μεταξύ της ανάγκης προστασίας του περιβάλλοντος και της αποτελεσματικής προστασίας του δικαιώματος στην ιδιοκτησία[98].

Η αλλαγή πλεύσης της νομολογίας σηματοδοτεί μία εξέλιξη στο πεδίο του εθνικού δικαίου, καθώς το αμάχητο τεκμήριο για την γεωργική χρήση των εκτός οικιστικών περιοχών ακινήτων μετατράπηκε σε μαχητό, και ο ιδιοκτήτης μπορεί να επικαλεστεί και να αποδείξει την κατά προορισμό χρήση του ακινήτου του ακόμα και αν αυτό βρίσκεται σε περιοχή εκτός σχεδίου για οικιστική εκμετάλλευση κατά τους όρους της σχετικής νομοθεσίας που ίσχυε πριν την επιβολή περιορισμών δόμησης.[99]. Επίσης, ο εθνικός δικαστής σταθμίζει πλέον ελεύθερα τα πραγματικά περιστατικά της κάθε υπόθεσης, τα επιχειρήματα των διαδίκων, ήτοι θιγομένων ιδιοκτητών και κράτους και αποφαίνεται για την προστασία της ιδιοκτησίας, λαμβάνοντας υπόψη την προστασία του φυσικού και πολιτιστικού περιβάλλοντος[100].

Σε μία άλλη υπόθεση κατά της Λιθουανίας, οι τέσσερις αιτούσες προέβαλαν την παραβίαση του δικαιώματος τους στην ιδιοκτησία, καθώς τα εν λόγω οικόπεδα είχαν εθνικοποιηθεί και είχαν καλυφθεί από δάση εθνικής σημασίας. Οι προσφεύγουσες υποστήριξαν ότι επρόκειτο για γεωργικές περιοχές και τα δάση που εξαπλώθηκαν στην περιοχή εκ ων υστέρων δεν θα εμπόδιζαν την αποκατάσταση του δικαιώματός τους στην ιδιοκτησία[101]. Οι αιτούσες ισχυρίστηκαν, επίσης, ότι διατηρούσαν το δικαίωμα αποκατάστασης της ιδιοκτησίας τους και ότι είχαν αποκτήσει το δικαίωμα ιδιοκτησίας καλόπιστα και η πλήρης στέρηση και αφαίρεση της ιδιοκτησίας τους ήταν αντίθετη στο εθνικό δίκαιο[102].

Το Δικαστήριο επεσήμανε ότι τα εθνικά δικαστήρια είχαν ως σκοπό πρωτίστως να διαπιστώσουν εάν η γη των αιτουσών περιελάμβανε δάση και εάν τα εν λόγω δάση ήταν εθνικής σημασίας, σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο. Τα εθνικά δικαστήρια απεφάνθησαν ότι η ύπαρξη δασών στη γη των αιτουσών είχε επαρκώς αποδειχθεί από τις παρεχόμενες πληροφορίες από την Κρατική Υπηρεσία Διαχείρισης Δασών[103]. Τα δικαστήρια επίσης υπέλαβαν ότι τα εν λόγω δάση ήταν αστικά δάση, καθώς οι περιοχές στις οποίες βρίσκονταν είχαν γίνει πλέον μέρος του Δήμου της πόλης του Βίλνιους το 1996, και είχαν ορισθεί επισήμως ως δάση εθνικής σημασίας το έτος 2000[104]. Ως εκ τούτου, το ΕΔΔΑ δεν θα

[97] ΕΔΔΑ Ανώνυμος Τουριστική Εταιρία Ξενοδοχεία Κρήτης κατά Ελλάδας απόφαση της 21-02-2008, παρ. 42.
[98] ΕΔΔΑ Ανώνυμος Τουριστική Εταιρία Ξενοδοχεία Κρήτης κατά Ελλάδας, απόφαση της 21-02-2008, παρ. 42, καθώς και του ΕΔΔΑ Varfis κατά Ελλάδας απόφαση της 19-07-2011.
[99] ΣτΕ Ολ. 2036/2011 και ΣτΕ Α΄Τμ. 7μ. 3224/2009.
[100] Λ. Κιουσοπούλου, Παρατηρήσεις στις αποφάσεις του ΕΔΔΑ: Προσφυγή 35332/2005 απόφαση 21.2.2008, Ανώνυμος Τουριστική Εταιρία Ξενοδοχεία Κρήτης κατά Ελλάδος και ΕΔΔΑ Προσφυγή 14216/2003 απόφαση της 6.12.2007, Zante-Μαραθονήσι ΑΕ κατά Ελλάδος. Θεωρία & Πράξη Διοικητικού Δικαίου 2/2008, σ. 219.
[101] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 121.
[102] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 122.
[103] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 23,26,67.
[104] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 19,26,46 και 67.

μπορούσε να θεωρήσει τις αποφάνσεις των εθνικών δικαστηρίων ως αυθαίρετες και να τα υποκαταστήσει με τη δική του εκτίμηση[105].

Το Δικαστήριο έκρινε συνεπώς ότι η παρέμβαση στο δικαίωμα της ιδιοκτησίας των αιτουσών επεδίωκε έναν θεμιτό στόχο δημοσίου συμφέροντος, και συγκεκριμένα την προστασία των δασών εθνικής σημασίας[106]. Εξάλλου, κατά την πάγια νομολογία του ΕΔΔΑ, η προστασία της φύσης και των δασών εμπίπτει στο πεδίο του δημοσίου συμφέροντος κατά την έννοια του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της Σύμβασης[107].

Το ΕΔΔΑ επανέλαβε εκ νέου την επίτευξη της δίκαιης ισορροπία μεταξύ των απαιτήσεων του γενικού συμφέροντος και της προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας[108]. Εστιάστηκε επίσης στην αρχή της «χρηστής διακυβέρνησης», καθώς όταν διακυβεύεται ένα ζήτημα γενικού συμφέροντος, και ειδικότερα για ζητήματα που αφορούν θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα όπως το δικαίωμα της ιδιοκτησίας, οι δημόσιες αρχές πρέπει να δρουν σε εύλογο χρόνο και με κατάλληλο και κυρίως συνεπή τρόπο[109]. Η αρχή της χρηστής διακυβέρνησης δεν επιβάλλει μόνο στις αρχές να ενεργούν αμέσως, προκειμένου να διορθώσουν τον λανθασμένο χειρισμό υποθέσεων, αλλά μπορεί επίσης να απαιτήσει την καταβολή επαρκούς αποζημίωσης ή κάποιον άλλο τρόπο καταβολής αποζημίωσης στον προηγούμενο καλόπιστο κάτοχό του[110], χωρίς να παραγνωρίζεται κάθε φορά η πολυπλοκότητα των νομικών και πραγματικών ζητημάτων που αντιμετωπίζει ένα Κράτος όταν επιλύει τέτοια ζητήματα[111].

Το Δικαστήριο έκρινε για τις τρεις από τις τέσσερις αιτούσες ότι οι κρατικές αρχές δεν κατάφεραν να ενεργήσουν με επαρκή ταχύτητα για την αποκατάσταση του δικαιώματος ιδιοκτησίας των αιτουσών. Η διαδικασία αποκατάστασης περιελάμβανε σημαντικές περιόδους αδράνειας οι οποίες καταλογίζονται αποκλειστικά στις αρχές, με αποτέλεσμα, να μην υπάρχει πλήρης αποκατάσταση του δικαιώματος ιδιοκτησίας των αιτουσών για ένα χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των επτά ετών. Συνεπώς υπάρχει παραβίαση του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ[112].

2.2. Προστασία οικιστικού και φυσικού περιβάλλοντος – Υπόθεση Κυρτάτος κατά Ελλάδας

Σε ό,τι αφορά την παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ, σημαντική υπήρξε η συμβολή της νομολογίας του ΕΔΔΑ σε προβλήματα από τη δόμηση περιοχών που χρήζουν ιδιαίτερης προστασίας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η υπόθεση αναφορικά με τα προβλήματα δόμησης στους βιοτόπους της περιοχής του Αγίου Ιωάννη - Πόρτο στη Τήνο.

Ειδικότερα, στην υπόθεση Κυρτάτος κατά Ελλάδας, οι προσφεύγοντες έθεσαν το ζήτημα της υποβάθμισης της ιδιοκτησίας τους από την δόμηση σε περιοχές που προστατεύονται ως σπάνιοι βιότοποι στη περιοχή του Αγίου Ιωάννη στο Πόρτο Τήνο και επικαλέστηκαν τη

[105] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 136.
[106] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 137.
[107] ΕΔΔΑ απόφαση Turgut κατά Τουρκίας, της 08-07-2008, παρ. 90, ΕΔΔΑ Depalle κατά Γαλλίας, της 29-03-2010 παρ. 81, και ΕΔΔΑ Matczypski κατά Πολωνίας, της 15-12-2015, παρ. 101.
[108] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 138.
[109] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 139.
[110] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 140.
[111] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 141.
[112] ΕΔΔΑ Beinarovic και άλλοι κατά Λιθουανίας, της 12-06-2018, παρ. 154-159.

παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Στην εν λόγω υπόθεση, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 8, καθώς δεν αποδείχθηκε επαρκώς ότι η βλάβη στα πουλιά και σε άλλα προστατευόμενα είδη σε πάρκο δίπλα στη κατοικία του προσφεύγοντος θα έθιγε τα δικαιώματα που απορρέουν από το πιο πάνω άρθρο. Το Δικαστήριο επεσήμανε ότι καθοριστική σημασία έχει εάν μία περιβαλλοντική βλάβη θίγει τα δικαιώματα του άρθρου 8 και σε ποιο βαθμό μπορεί να προκαλέσει βλάβη στη σφαίρα της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του προσώπου και δεν επεκτείνεται σε μία γενική υποβάθμιση του περιβάλλοντος. Ως εκ τούτου, δεν καθιερώνεται ένα γενικού χαρακτήρα δικαίωμα στο περιβάλλον[113]. Ο στόχος της ΕΣΔΑ είναι να διαφυλάξει τα ατομικά δικαιώματα, όπως το δικαίωμα στη κατοικία και ουδόλως σε γενικότερο πλαίσιο συλλογικής περιβαλλοντικής προστασίας. Ειδικότερα, το ΕΔΔΑ επισημαίνει ότι: «ούτε το άρθρο 8, ούτε κανένα άλλο άρθρο της ΕΣΔΑ έχει προβλεφθεί για να κατοχυρώσει μία γενική συνολική προστασία του περιβάλλοντος …» και για τους λόγους αυτούς απεφάνθη ότι δεν υπήρξε παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ[114].

2.3. Προστασία οικιστικού περιβάλλοντος και παράνομες και επικίνδυνες κατασκευές

Η προσβολή του άρθρου 8 θα μπορούσε να συνδυαστεί με την προστασία που παρέχει το άρθρο 1 παρ. 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ, σε ό,τι αφορά την προστασία του δικαιώματος στη ιδιοκτησία και ειδικότερα την μη εκτέλεση δικαστικών αποφάσεων που αφορούν κατεδάφιση παράνομων κατασκευών. Ειδικότερα, στην υπόθεση Φωτοπούλου κατά Ελλάδας, το ΕΔΔΑ απεφάνθη ότι η άρνηση των αρμοδίων υπηρεσιών να προχωρήσουν στην εκτέλεση της κατεδάφισης του τοιχίου, (το οποίο, όχι μόνο στερούσε την προσφεύγουσα από τη θέα στη θάλασσα και μείωνε την αξία του ακινήτου της, αλλά και αλλοίωνε τον παραδοσιακό χαρακτήρα της περιοχής στη Φολέγανδρο), συνιστά παραβίαση της απόλαυσης του δικαιώματος στην ιδιοκτησία και, ως εκ τούτου, παραβίαση του άρθρου 1 παρ. 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου[115]. Συνεπώς, ο όμορος μπορεί να υποστεί βλάβη και από τη μείωση της αξίας του ακινήτου του λόγω της υποβάθμισης του παραδοσιακού χαρακτήρα του οικισμού.

Επιπρόσθετα, στις περιπτώσεις επικίνδυνων κατασκευών, η κωλυσιεργία και ολιγωρία της διοίκησης να εκτελέσει διοικητική απόφαση για την εφαρμογή του αντισεισμικού κανονισμού σε κτήριο δίπλα από την ιδιοκτησία της προσφεύγουσας συνιστά παραβίαση του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ καθώς σε περίπτωση σεισμού υπάρχει κίνδυνος σοβαρών ζημιών της οικίας της[116].

Εν προκειμένω, το Δικαστήριο παρατηρεί ότι η παράλειψη των διοικητικών αρχών να συμμορφωθούν με την απόφαση του Γενικού Γραμματέα της Περιφέρειας Αττικής της 31ης Οκτωβρίου 2001, είχε ως συνέπεια τη διατήρηση της κατάστασης στο όμορο κτήριο ως προς την οικία της προσφεύγουσας, το οποίο είχε κατασκευασθεί παραγνωρίζοντας τους κανόνες της αντισεισμικής νομοθεσίας. Αυτή η διατήρηση όμως εξέθετε την οικία της προσφεύγουσας σε σοβαρές ζημιές σε περίπτωση σεισμού και κατά συνέπεια μείωνε την αξία του ακινήτου της. Υπό αυτές τις συνθήκες, οι αρχές είναι υπεύθυνες για την προσβολή του δικαιώματος

[113] ΕΔΔΑ Κυρτάτος κατά Ελλάδας, απόφαση της 22/05/2003, παρ. 53.
[114] ΕΔΔΑ Κυρτάτος κατά Ελλάδας, απόφαση της 22/05/2003, παρ. 53.
[115] ΕΔΔΑ, απόφαση Φωτοπούλου κατά Ελλάδας, της 18/02/2005, παρ.33. Βλ. επίσης ΕΔΔΑ S.C. Service Benz Com S.R.L. κατά Ρουμανίας, της 04-07-2017, παρ. 37-42, και ΕΔΔΑ B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi κατά Σλοβενίας, της 17-01-2017, παρ. 50.
[116] ΕΔΔΑ Χατζηγιαννάκου και λοιποί κατά Ελλάδας, της 18-07-2019, παρ.55-56.

ιδιοκτησίας της προσφεύγουσας[117]. Η εν λόγω επέμβαση δεν συνιστά ούτε απαλλοτρίωση ούτε ρύθμιση της χρήσης αγαθών, αλλά εμπίπτει στην πρώτη περίοδο της πρώτης παραγράφου του άρθρου 1[118].

Προκύπτει λοιπόν από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης ότι η αδυναμία της διοίκησης να εκτελέσει μια απόφαση της διοίκησης, της οποίας η εγκυρότητα δεν αμφισβητήθηκε ποτέ και η οποία είχε σημαντικές επιπτώσεις στην ιδιοκτησία της, διέρρηξε τη δίκαιη ισορροπία ανάμεσα στις απαιτήσεις του γενικού συμφέροντος της κοινότητας και στα μέτρα για τη διασφάλιση των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ατόμου[119]. Συνεπώς, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ[120].

Στην υπόθεση Zhidov κατά Ρωσίας, οι προσφεύγοντες ήταν ιδιοκτήτες ακινήτων τα οποία βρίσκονταν πλησίον αγωγών φυσικού αερίου και πετρελαίου. Τα εθνικά δικαστήρια, κρίνοντας αιτήσεις των εταιρειών που εκμεταλλεύονται αυτές τις εγκαταστάσεις, χαρακτήρισαν τα εν λόγω κτήρια ως «παράνομες κατασκευές» και διέταξαν την κατεδάφισή τους με δαπάνη των προσφευγόντων[121]. Κατά το Δικαστήριο η εντολή της κατεδάφισης των ακινήτων επιτελούσε έναν σκοπό δημοσίου συμφέροντος, συγκεκριμένα την προστασίας της ζωής των ατόμων και της δημόσιας υγείας, την ασφάλεια της εκμετάλλευσης επικίνδυνων εγκαταστάσεων και μια αδιάλειπτη παροχή φυσικού αερίου στους κατοίκους[122].

Το Δικαστήριο έθεσε το ζήτημα της αναλογικότητας και της παραβίασης της δίκαιης ισορροπίας ανάμεσα στις απαιτήσεις του γενικού συμφέροντος της κοινότητας και τις επιταγές της διαφύλαξης των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ατόμου μέσα από την «ειδική και υπερβολική επιβάρυνση»[123].

Για τους τρείς προσφεύγοντες, οι οποίοι είχαν λάβει άδεια και έγκριση για την ανέγερση της κατοικίας τους και θεωρούσαν ότι βρίσκονται σε κατάσταση νομικής ασφάλειας ως προς τη νομιμότητα της κατασκευής των οικοδομών τους και λαμβάνοντας υπόψη την καλή τους πίστη που δεν είχε ποτέ αμφισβητηθεί από τις αρχές και οι οποίοι εξαναγκάστηκαν σε κατεδάφιση των κατοικιών τους και δεν προσέφυγαν στη δικαιοσύνη με αγωγή αποζημίωσης και μετεγκατάστασης, ενώ στην μία εκ των αιτουσών η αίτηση μετεγκατάστασης και αποζημίωσης απορρίφθηκε κατ' ουσίαν το Δικαστήριο απεφάνθη υπέρ της παραβίασης του άρθρου 1 παρ. 1 του Πρώτου πρόσθετου Πρωτοκόλλου[124].

Το ΕΔΔΑ έκρινε υπερβολικό να απαιτηθεί από τους προσφεύγοντες να ξεκινήσουν νέες νομικές διαδικασίες εναντίον των αντισυμβαλλομένων τους, οι οποίες μάλιστα θα διακρίνονταν από μεγάλη αβεβαιότητα ως προς τις εύλογες δυνατότητες επιτυχίας τους και των οποίων η πρακτική αποτελεσματικότητα δεν υπεδείχθη από την Κυβέρνηση και κατέληξε ότι υπήρξε παραβίαση του άρθρου 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ[125].

---

[117] ΕΔΔΑ Φωτοπούλου κατά Ελλάδας της 18-11-2004, παρ. 32.
[118] ΕΔΔΑ Χατζηγιαννάκου και λοιποί κατά Ελλάδας, της 18-07-2019, παρ.44.
[119] ΕΔΔΑ Χατζηγιαννάκου και λοιποί κατά Ελλάδας, της 18-07-2019, παρ.55.
[120] ΕΔΔΑ Χατζηγιαννάκου και λοιποί κατά Ελλάδας, της 18-07-2019, παρ.56.
[121] ΕΔΔΑ Zhidov και άλλοι κατά Ρωσίας της 16-10-2018, παρ.5.
[122] ΕΔΔΑ Zhidov και άλλοι κατά Ρωσίας της 16-10-2018, παρ.95.
[123] ΕΔΔΑ Zhidov και άλλοι κατά Ρωσίας της 16-10-2018, παρ.98.
[124] ΕΔΔΑ Zhidov και άλλοι κατά Ρωσίας της 16-10-2018, παρ.110, 111 και 112.
[125] ΕΔΔΑ Zhidov και άλλοι κατά Ρωσίας της 16-10-2018, παρ.113 και 114.

Επίμετρο

Η νομολογία του ΕΔΔΑ έχει συμβάλει καθοριστικά στην ενίσχυση της προστασίας των εννόμων συμφερόντων των θιγόμενων πολιτών, ιδίως προς την ενδυνάμωση του ατομικού δικαιώματος στο περιβάλλον μέσω της παραβίασης του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Η ενίσχυση του δικαιώματος για την απόλαυση του ζωτικού χώρου της ιδιωτικής ζωής και της κατοικίας του ατόμου συνδυάζεται με την προστασία της ζωής, της υγείας και της σωματικής ακεραιότητας βάσει του άρθρου 2 της ΕΣΔΑ.

Σημαντική παράμετρος αποτελεί η σύγκρουση μεταξύ της προστασίας του φυσικού περιβάλλοντος και των όρων δόμησης και εκμετάλλευσης των ακινήτων σε προστατευόμενες περιοχές, η οποία καταδεικνύεται μέσω της παραβίασης του άρθρου 8 σε συνδυασμό με την παραβίαση του άρθρου 1 παρ. 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

Τέλος, επισημαίνεται ότι ο συνδυασμός των επιχειρημάτων της νομολογίας του ΕΔΔΑ σε σχέση με τις θέσεις της εθνικής νομολογίας των κρατών - συμβαλλόμενων μελών της ΕΣΔΑ, καθώς η αλληλεπίδραση μεταξύ των δικαστικών αυτών αποφάσεων έχει οδηγήσει σε μία πρωτοπόρα τάση τη θεωρία και την πράξη στο δίκαιο των δικαιωμάτων του ανθρώπου, με ιδιαίτερη έμφαση στην εδραίωση του κράτους δικαίου, λαμβάνοντας υπόψη τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου και ιδίως την αρχή της αναλογικότητας στο πλαίσιο της τήρησης της δίκαιης ισορροπίας μεταξύ των απαιτήσεων του γενικού συμφέροντος της κοινότητας και των μέτρων για τη διασφάλιση των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ατόμου.

Εκλογή Προέδρου της Δημοκρατίας: θα μπορούσε να αποτραπεί ο Κίνδυνος Διάλυσης της Βουλής χωρίς το Κόστος της Πιθανής Εκλογής «Κομματικών» Προέδρων;

Κωνσταντίνος Γ. Μπακογιάννης, Δ.Ν. Πανεπιστημίου Aix-Marseille III, Δικηγόρος,

Η διάλυση της Βουλής, που επέβαλε το 1975 το ελληνικό Σύνταγμα (άρθρο 32 παρ. 4) ως συνέπεια της αδυναμίας εκλογής Προέδρου της Δημοκρατίας με πλειοψηφία 3/5 επί του όλου αριθμού των βουλευτών μετά τρεις διαδοχικές ψηφοφορίες, έπαυσε, όπως ήταν αναμενόμενο, να υφίσταται με την ολοκλήρωση του αναθεωρητικού έργου που ανέλαβε η παρούσα Βουλή. Η αποσύνδεση της διαδικασίας εκλογής Προέδρου από το ενδεχόμενο πρόωρων εκλογών προβλήθηκε επίμονα ως ύψιστης σημασίας προϋπόθεση σε ό,τι αφορά το κύρος του προεδρικού θεσμού, κυρίως όμως με σκοπό τη διασφάλιση χρονικού ορίζοντα πλήρους τετραετούς βουλευτικής περιόδου, που συνήθως απαιτεί η υλοποίηση ολοκληρωμένων κυβερνητικών προγραμμάτων. Προωθήθηκε, συνεπώς, ως κυβερνητική επιλογή, η δυνατότητα εκλογής Προέδρου με μόνη την κοινοβουλευτική πλειοψηφία που προϋποθέτει η διακυβέρνηση της χώρας, είτε αυτή προσδιοριζόταν τελικώς ως *απόλυτη πλειοψηφία* επί του όλου αριθμού των βουλευτών (151 ψήφοι) είτε ως πλειοψηφία επί των μετεχόντων στην ψηφοφορία.

Α. Η ratio της διάταξης του άρθρου 32 παρ.4 του Συντάγματος, η απροσδόκητη, αν και προβλέψιμη, «εργαλειοποίησή» της και οι επ΄αυτής διιστάμενες απόψεις της θεωρίας

Η ανακούφιση όσων είχαν σπεύσει να συνυπογράψουν αυτή την επιλογή συνδέεται προφανώς με την καταχρηστική εφαρμογή τού υπό αναθεώρηση άρθρου 32 παρ.4 τις φορές που η διαδικασία της προεδρικής εκλογής λειτούργησε ως απλή ευκαιρία πρόκλησης βουλευτικών εκλογών τις οποίες επιθυμούσαν, ως μείζων αντιπολίτευση, το ΠΑΣΟΚ το 2009 και ο ΣΥΡΙΖΑ το 2014, αλλά και η κοινοβουλευτική πλειοψηφία της ΝΔ το μακρινό 1990 με σκοπό την προσέγγιση της αυτοδυναμίας. Μπορεί οι εκλογές τόσο το 2009 όσο και το 2014 να οδήγησαν στην επιδιωκόμενη, μέσω αυτών, κυβερνητική αλλαγή, παράλληλα όμως συνέβαλαν αρνητικότατα σε ό,τι αφορά τη λήψη των υπαρξιακής για τη χώρα σημασίας μέτρων που ήδη απαιτούσε η συγκυρία της μεγάλης κρίσης. Την πρώτη φορά, ο νικητής των βουλευτικών εκλογών, δέσμιος ενός, ξένου προς την πραγματικότητα, κλίματος προεκλογικής παροχολογίας που και ο ίδιος είχε καλλιεργήσει, υποχρεώθηκε σε εξάμηνη απραξία η οποία έφερε την οικονομία στα ακρότατα όριά της. Πέντε χρόνια αργότερα, η δρομολόγηση πρόωρων εκλογών από τη μείζονα αντιπολίτευση οδήγησε την κυβέρνηση Σαμαρά σε χαλάρωση του δύσκολου προγράμματος δημοσιονομικής εξυγίανσης που μέχρι τότε υλοποιούσε, μόλις λίγο μετά από την εμφάνιση των πρώτων ενθαρρυντικών αποτελεσμάτων.

Ενώ σε ό,τι αφορά την υιοθέτηση της έμμεσης εκλογής προέδρου της Δημοκρατίας, από την καθ΄ημάς Ε΄ Αναθεωρητική Βουλή, ως αποτέλεσμα της αναγκαίας, στη μεταπολιτευτική συγκυρία, τήρησης αποστάσεων από το γκωλλικό πρότυπο, την πηγή έμπνευσης φαίνεται ότι αποτέλεσαν τα Συντάγματα μεγάλων ευρωπαϊκών χωρών με εμπεδωμένους δημοκρατικούς

θεσμούς, όπως η τότε Δυτική Γερμανία και η Ιταλία, στις οποίες ο περιορισμένων αρμοδιοτήτων πρόεδρος παρέμενε σαφέστατα μακράν της κυβερνητικής λειτουργίας, είναι ωστόσο αξιοσημείωτο ότι σε καμία από αυτές τις χώρες δεν υπήρξε, εν αδυναμία εκλογής προέδρου της Δημοκρατίας, η πρόβλεψη του ελληνικού άρθρου 32 παρ.4 περί διάλυσης της Βουλής, ούτε καν όταν το κατακερματισμένο, από την εφαρμογή της απλής αναλογικής, ιταλικό πολιτικό σκηνικό είχε αποδεδειγμένα καταστήσει την εκλογή προέδρου υπόθεση μιας πιθανόν μακρόχρονης και επίπονης διαδικασίας. Αλλά ούτε και σήμερα, μελετώντας τα Συντάγματα των άλλων χωρών της Ευρωπαϊκής Ένωσης που επιλέγουν την έμμεση εκλογή προέδρου, παρατηρούμε ανάλογη πρόβλεψη. Είτε η εκλογή προέδρου διεκπεραιώνεται αποκλειστικά από το νομοθετικό σώμα (Ουγγαρία, Λετονία, Μάλτα) είτε από ένα διευρυμένο σώμα εκλεκτόρων (Γερμανία, Ιταλία και υπό προϋποθέσεις η Εσθονία), τα Συντάγματα φροντίζουν να αποφεύγουν τα πιθανά αδιέξοδα των ηυξημένων πλειοψηφιών. Ακόμη και όταν , όπως συμβαίνει στις περισσότερες από αυτές τις χώρες (Γερμανία, Ιταλία, Ουγγαρία, Εσθονία), στην αφετηρία της διαδικασίας η ζητούμενη πλειοψηφία ανέρχεται στα 2/3 του συνόλου των κατά περίπτωση εκλεκτόρων, λαμβάνεται πρόνοια ώστε η σχετική πλειοψηφία να είναι, τελικώς, επαρκής.

Κατά τη συζήτηση και ψήφιση των σχετικών ρυθμίσεων η Ε΄ Αναθεωρητική Βουλή, αν και κατά τα λοιπά ανοικτή στα πλέον ευφάνταστα σενάρια[1], δεν έδειξε προϊδεασμένη για μια τέτοια εξέλιξη, χωρίς πάντως να λείψουν κάποιες μεμονωμένες προφητικές φωνές[2] . ‘Οντως προφητική φωνή υπήρξε εκείνη του βουλευτή Ν. Γαζή (ΕΚ –ΝΔ), όταν, αγορεύοντας ενώπιον της Ολομέλειας της Ε΄ Αναθεωρητικής Βουλής, επεσήμανε τα εξής:

«Δεν αποκλείεται μια μειοψηφία να εύρη ως ευκαιρία το θέμα της εκλογής Προέδρου, δια να προκαλέση διάλυση της Βουλής και εκλογάς. Δίδομε δηλαδή εις την μειοψηφία το δικαίωμα να προκαλέση διάλυσιν της Βουλής, ενώ αν δεν επρόκειτο να επακολουθήσουν εκλογαί, αυτή θα ήτο ίσως πρόθυμος να βοηθήση εις την ανάδειξιν του Προέδρου. Δηλαδή είναι δυνατόν να υπάρξει μειοψηφία, η οποία να είναι σκληροτράχηλος εις το να συμφωνήση δια την εκλογήν του Προέδρου, όχι διότι πραγματικά διαφωνεί δια το πρόσωπον του Προέδρου, αλλά διότι της παρουσιάζεται μια μοναδική ευκαιρία, να επιτύχη διάλυσιν της Βουλής» (συνεδρίαση της 14ης Μαρτίου 1975, Επίσημα Πρακτικά, σ.320).

Η εργαλειοποίηση, πάντως, της προεδρικής εκλογής, με την έννοια στην οποία αναφερθήκαμε, δεν θα έπρεπε να αποτελεί εκτός σεναρίων εξέλιξη. Το βασικό επιχείρημα, σύμφωνα με το οποίο τα κόμματα, ενόψει του φάσματος της διάλυσης της Βουλής, θα αισθάνονταν την πίεση να συνεργασθούν στην αναζήτηση των υποψηφίων με την ευρύτερη δυνατή αποδοχή, προσέκρουε ευθύς εξαρχής στον αντίλογο ότι η πρόωρη διάλυση της Βουλής δεν αποτελεί πάντοτε και για όλους μια κατ΄ανάγκην δυσάρεστη εξέλιξη, ή ακριβέστερα το αντίθετο, ότι δηλαδή σχεδόν πάντοτε, με βάση την κατά περίπτωση συγκυρία, κάποιες πολιτικές δυνάμεις έχουν επαρκείς λόγους να την επιδιώκουν. Και αν, από τη μία πλευρά, είναι αλήθεια ότι οι βουλευτές θα είχαν κατ΄αρχήν κάθε λόγο να αποφεύγουν τα κόστη και τις επισφάλειες της συχνής προσφυγής στις κάλπες, από την άλλη, θα ήταν λάθος να παραγνωρίζονται εξίσου κρίσιμες για το θέμα παράμετροι, όπως η σταδιακά και μεγαλύτερη εξάρτηση των βουλευτών από τα κόμματά τους, δηλαδή από τις ηγεσίες τους, αλλά και το γεγονός ότι η επιδίωξη πρόωρων εκλογών από ένα αντιπολιτευόμενο κόμμα με την προσδοκία ενός καλύτερου, καθοριστικού ή μη για τη διακυβέρνηση της χώρας, αποτελέσματος συνεπάγεται, τουλάχιστον κατ΄αρχήν, και την ευχερέστερη επανεκλογή ενός εκάστου των βουλευτών του.

Η θεωρία κατέγραψε, από πλευράς της, τόσο τη σφοδρή αντίδραση κορυφαίων συνταγματολόγων, όπως ο Γ. Κασιμάτης και ο Δ. Τσάτσος, ο οποίος μίλησε μάλιστα για «ερμηνευτικό περίγελο» του Συντάγματος (Κασιμάτης 2009: 1055, Τσάτσος 2009: 1053) όσο και την ακραία ψύχραιμη τοποθέτηση άλλων προβεβλημένων ομοτέχνων τους, όπως ο Α. Μανιτάκης. Ο τελευταίος είδε στο προαποφασισμένο αυτό αδιέξοδο *«το μοναδικό θεσμικό αντίβαρο που διαθέτει η Αντιπολίτευση για να αντισταθμίσει τη θεσμική παντοδυναμία που απέκτησε η κυβερνητική πλειοψηφία μετά την κατάργηση των εξουσιών του Προέδρου»* και τελικώς τη μετάθεση της αρμοδιότητας για την εκλογή προέδρου στην επόμενη Βουλή ως *«μια εναλλακτική διαδικασία θεσμικά ισότιμη και ισάξια σε κύρος με τις αλλεπάλληλες ψηφοφορίες των προηγούμενων παραγράφων»* (Μανιτάκης 2010: 48,50). Ομοίως, ο Γ. Κατρούγκαλος αντιμετώπισε κάθε περίπτωση διάλυσης μιας Βουλής σε δυσαρμονία προς το εκλογικό σώμα ως πλήρως αποδεκτή εκδήλωση της δημοκρατικής αρχής, όπως άλλωστε κατά βάση και ο Ξ. Κοντιάδης (Κατρούγκαλος 2010: 91, Κοντιάδης 2009β: 1104) Και αν δεν συνέκλιναν οι πάντες στο καθ΄ημάς ορθό συμπέρασμα ότι η χρήση μιας διάταξης κατά τρόπο που αποκλίνει τόσο έκδηλα του σκοπού της συνιστά, και εν προκειμένω, σαφή περίπτωση *«καταστρατήγησής»* της, αξιοσημείωτο είναι ότι ακόμη και όσοι διαφώνησαν με αυτό δεν αρνήθηκαν ότι η εργαλειοποίηση της προεδρικής εκλογής συνιστά παράβαση των κανόνων ηθικοπολιτικής τάξης και συνταγματικής δεοντολογίας που επιβάλλουν τον σεβασμό του προεδρικού θεσμού ή τουλάχιστον του προσώπου ενός συγκεκριμένου υποψηφίου, όταν αυτός αποφασίζεται να ψηφιστεί μόνο μετά τη διεξαγωγή των βουλευτικών εκλογών που θα προκαλέσει η προηγούμενη απόρριψη της υποψηφιότητάς του.

Στο συγκεκριμένο αυτό θέμα της εργαλειοποίησης αφιερώθηκαν οι εργασίες του ΙΑ΄ Συμποσίου του Ομίλου «Αριστόβουλος Μάνεσης» τον Σεπτέμβριο του 2009, οι δε σχετικές εισηγήσεις των Ι. Καμτσίδου, Α. Μανιτάκη, Γ. Γεραπετρίτη, Γ. Κατρούγκαλου, Σ. Βλαχόπουλου, Χ. Ανθόπουλου και Κ. Χρυσόγονου δημοσιεύθηκαν στη συνέχεια υπό τον τίτλο « Η διαδικασία εκλογής Προέδρου Δημοκρατίας και οι ερμηνευτικές της αμφιλογίες», στο υπ΄αριθ. 19 τεύχος της σειράς «Δίκαιο και Κοινωνία στον 21^{ο} αιώνα» (εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2010). Ορισμένα από αυτά τα κείμενα δημοσιεύθηκαν και στο υπ΄αριθ.44 τεύχος του περιοδικού «Δικαιώματα του Ανθρώπου», το οποίο φιλοξένησε επίσης εκτενές σχετικό κείμενο του Ξ. Κοντιάδη (σ. 1087 -1117) αλλά και τις συνεντεύξεις των Γ. Κασιμάτη (εφημ. «Το Παρόν», 12.7.2009), ο οποίος είχε ήδη θέσει, πρώτος και σε ιδιαίτερα υψηλούς τόνους, το ζήτημα, προβάλλοντας τη θέση περί εξαντλητικής απαρίθμησης από το Σύνταγμα των περιπτώσεων πρόωρης διάλυσης της Βουλής, και Δ. Τσάτσου (εφημ. «Η Καθημερινή», 19.7.2009) στους δημοσιογράφους Τζ. Κορνάρου και Κ. Ζούλα, αντίστοιχα (ΔτΑ, σ. 1055 - 1062).

Β. Προτάσεις που κατατέθηκαν για την άρση του αδιεξόδου

Κατά την τελευταία προαναθεωρητική συζήτηση τα δύο μεγάλα κόμματα είχαν αναζητήσει λύση σε παραλλαγές της ασύμβατης προς βασικές πάγιες συνιστώσες του πολιτεύματός μας ιδέα της άμεσης εκλογής Προέδρου από τον λαό. Από άλλους αναζητήθηκε διέξοδος σε διευρυμένα, με ικανό αριθμό τοπικών και περιφερειακών αιρετών, εκλεκτορικά σώματα, που προσιδιάζουν όμως, όπως επιβεβαιώνει η συγκριτική μελέτη, σε χώρες με ομοσπονδιακή ή περιφερειακή δομή. Επισφαλούς αποτελέσματος είναι και οι προτάσεις για δυνατότητα παράτασης της θητείας του απερχομένου Προέδρου ή επαναλαμβανόμενες, εις το διηνεκές έως ότου παραχθεί αποτέλεσμα, ψηφοφορίες

1. Η πρόταση περί διευρυμένου σώματος εκλεκτόρων

Με τον τρόπο αυτό, θα μπορούσε να δυσχεραίνεται η συνολική επιρροή των βουλευτών, ως των αμεσότερα υποκείμενων στις κομματικές ηγεσίες προσώπων, και επομένως να περιορίζεται δραστικά η πιθανότητα πρόκλησης αδιεξόδου από πολιτικές δυνάμεις για τις οποίες η διαδικασία εκλογής προέδρου αποτελεί τυπική ευκαιρία επιβολής βουλευτικών εκλογών. Πέραν αυτού, ένα αισθητά ευρύτερο εκλογικό σώμα θα μπορούσε να νοείται ως αντιπροσωπευτικό ενός συνόλου φορέων και τάσεων στην πολιτική, κοινωνική, οικονομική και πολιτιστική ζωή της χώρας, είναι δε προφανές ότι αυτό θα ενίσχυε το κύρος και τη συνολική αποδοχή του εκλεγομένου προέδρου ήδη από την πρώτη στιγμή της θητείας του. Με τα δεδομένα αυτά μάλιστα, δεν φαίνεται πλέον απαραίτητη η αναζήτηση πλειοψηφιών που θα υπερέβαιναν την απόλυτη πλειοψηφία του συνολικού αριθμού των εκλεκτόρων, το γεγονός δε αυτό αποβαίνει καθοριστικής σημασίας, καθώς αφ΄εαυτού περιορίζει αποφασιστικά την πιθανότητα μη επίτευξης αποτελέσματος. Τέλος, η εκλογή μέσω ενός διευρυμένου σώματος εκλεκτόρων δεν θα έπαυε να είναι, και σε αυτή την περίπτωση, *έμμεση*. Δεν θα είχαν, επομένως, θέση οι όποιες ενστάσεις συνήθως εγείρονται, σε ό,τι αφορά τις ιδέες περί άμεσης εκλογής, από πλευράς όσων επισημαίνουν, ως νομοτελειακή, την ανάγκη αναβάθμισης του άμεσα εκλεγόμενου προέδρου με νέες, πολιτικά σημαίνουσες, αρμοδιότητες όπως όμως, από την άλλη πλευρά, ούτε και τα προβλήματα ενός διπολισμού στην εκτελεστική εξουσία ως συνέπεια άσκησης, ή ακόμη και απλής δυνατότητας άσκησης, των αρμοδιοτήτων αυτών.

Το αυτοπροσδιοριζόμενο ως «καινοτόμο»¨προσχέδιο των Ν. Αλιβιζάτου, Π. Βουλούμη, Γ. Γεραπετρίτη, Γ. Κτιστάκι, Στ. Μάνου και Φ. Σπυρόπουλου, (είδε το φως της δημοσιότητας στις 5.6.2016, σε ειδική έκδοση της *"Καθημερινής"*) κινήθηκε σε αυτή τη βάση αναζήτησης λύσεων μέσω μιας αποφασιστικής διεύρυνσης του σώματος των εκλεκτόρων, στο οποίο πλέον οι βουλευτές μετά βίας υπερβαίνουν το 40% του συνόλου των μελών. Με γνώμονα όμως την αναζήτηση εκλεκτόρων μόνο μεταξύ όσων οφείλουν την ιδιότητά τους στην ανάδειξή τους κατ΄ενάσκηση λαϊκής κυριαρχίας και μέσω καθολικής ψηφοφορίας, όχι δηλαδή με κριτήριο την εκπροσώπηση φορέων και επιμέρους ομάδων και συμφερόντων στο πλαίσιο μιας οικείας σε άλλες ιστορικές περιόδους λογικής, το εν λόγω προσχέδιο απονέμει θέση εκλέκτορα σε όλους ανεξαιρέτως τους δημάρχους και περιφερειάρχες της χώρας, εκχωρώντας με αυτόν τον τρόπο την απόλυτη πλειοψηφία του νέου εκλεκτορικού σώματος σε αιρετούς της τοπικής αυτοδιοίκησης. Αποκλείοντας όμως την πιθανότητα ισχυρότερης νομιμοποίησης του εκλεγόμενου προέδρου μέσω μιας ενίσχυσης των ερεισμάτων του στην κοινωνία των πολιτών. δεν απομένει παρά ο στόχος της αποδυνάμωσης του ρόλου των βουλευτών, ως άμεσων αποδεκτών της πίεσης για την υλοποίηση των κατά περίπτωση εκλογικών σχεδιασμών των κομμάτων τους.

Κατά τα λοιπά, η προτεινόμενη ενίσχυση του σώματος των εκλεκτόρων εξαντλείται στην αριστοκρατικής έμπνευσης πρόβλεψη συμμετοχής των πρώην προέδρων της Δημοκρατίας, πρωθυπουργών και προέδρων της Βουλής. Πολιτικά παροπλισμένοι ή ιδιαίτερα προχωρημένης ηλικίας, στην πλειοψηφία τους, πρόσωπα, που φαίνεται επομένως να καλούνται, ως μέλη μιας αριθμητικώς μάλλον ανίσχυρης ομάδας, προκειμένου να προσδώσουν στη διαδικασία την αίγλη που αισθάνεται να έχει ανάγκη μια στερούμενη στοιχείων εντυπωσιασμού πρόταση.

2. Η πρόταση περί παράτασης της θητείας του απερχομένου προέδρου

Διέξοδος στο υπό συζήτηση θέμα αδυναμίας εκλογής προέδρου της Δημοκρατίας αναζητήθηκε επίσης με τη διατύπωση σκέψεων περί ετήσιας παράτασης της θητείας του απερχομένου προέδρου (Διαμαντόπουλος 2016, Παπασπύρου 2018). Στην ίδια εν μέρει κατεύθυνση κινούνται και τα περί εξαμηνιαίας παράτασής της, που προβλέπει το τελικό σχέδιο του ΣΥΡΙΖΑ, ως ύστατη λύση πριν από την προσφυγή σε άμεση εκλογή.

Η μετάθεση, κατά ένα έτος, της διαδικασίας ανάδειξης νέου προέδρου από τη Βουλή θα είναι όντως, στις περισσότερες περιπτώσεις, αρκετή προκειμένου να παρέλθει αναξιοποίητη η συγκυρία που κάποια πολιτική δύναμη έχει λόγους να εκτιμά ως εκλογικά αξιοποιήσιμη προς όφελός της. Αυτό δεν σημαίνει ωστόσο ότι έναν χρόνο αργότερα η ευνοϊκή αυτή συγκυρία δεν θα μπορούσε, σε κάποιες άλλες περιπτώσεις, να είναι ακόμη ευνοϊκότερη, και επομένως ακόμη περισσότερο δελεαστικό το ενδεχόμενο της άμεσης προκήρυξης βουλευτικών εκλογών. Το ζήτημα επομένως μπορεί τελικά να μην επιλύεται αλλά απλά να μετατίθεται στον χρόνο, δεδομένου άλλωστε ότι δύσκολα θα ήταν υποστηρίξιμη μια άποψη περί νέας ετήσιας αναβολής.

Έτερος πόλος προβληματισμού θα μπορούσε να συγκροτείται από τις εύλογες ανησυχίες ως προς την ανάγκη, και τις τυχόν δυσκολίες, διασφάλισης της συνεργασίας του απερχομένου προέδρου της Δημοκρατίας, ο οποίος επιβάλλεται να νοήσει την ετήσια παράταση της θητείας του ως συνταγματική υποχρέωσή του. Όχι, δηλαδή, ως μη οφειλόμενη και μη αρμόζουσα, για το αξίωμά του, εμπλοκή στην κομματική διαπάλη, όπως άλλωστε θα υποστηρίζουν, πιέζοντας προς αυτή την κατεύθυνση, και όσοι θα είχαν λόγους να επιθυμούν την επιβολή των πρόωρων εκλογών.

Αν, εν πάση περιπτώσει και για οποιουσδήποτε λόγους, ο απερχόμενος πρόεδρος της Δημοκρατίας, υποβάλλοντας παραίτηση, αρνηθεί να συμπράξει στην ετήσια παράταση της θητείας του, μόνη διέξοδο φαίνεται να αποτελεί η επί δωδεκάμηνο ανάθεση των καθηκόντων του στον πρόεδρο της Βουλής, ο οποίος ως γνωστόν ασκεί χρέη προέδρου της Δημοκρατίας και σε κάθε περίπτωση που η θέση παραμένει κενή λόγω παραίτησης, θανάτου, παύσης ή διαπιστωμένης αδυναμίας άσκησης καθηκόντων. Ωστόσο, η άσκηση καθηκόντων προέδρου της Δημοκρατίας από τον πρόεδρο της Βουλής νοείται μέχρι σήμερα από το Σύνταγμα για χρονικά διαστήματα κατά πολύ βραχύτερα του δωδεκαμήνου. Δεν θα έπρεπε άλλωστε να παραγνωρίζεται και το γεγονός ότι συνήθως ο πρόεδρος της Βουλής, ενόψει και της φύσης των καθηκόντων για την άσκηση των οποίων έχει εκλεγεί, τα οποία έχει ήδη ασκήσει, ενδεχομένως και επί μακρόν, και στα οποία αναμένεται να επανέλθει, δύσκολα θα τηρεί, από την κοινοβουλευτική πλειοψηφία και τον πρωθυπουργό, τις αποστάσεις που νοούνται ως απαραίτητες για την επί μακρόν άσκηση καθηκόντων προέδρου της Δημοκρατίας.

3. Δύο εκ διαμέτρου αντίθετες προτάσεις σε ό,τι αφορά την απαίτηση ηυξημένης πλειοψηφίας

Το ζήτημα που δημιουργείται από τη μεθοδευμένη αδυναμία προσέγγισης της πλειοψηφίας των 3/5, την οποία απαιτεί το άρθρο 32 παρ. 4 προκειμένου το ζήτημα της εκλογής προέδρου της Δημοκρατίας να μη μετατεθεί στην επόμενη Βουλή, επιχειρήθηκε επίσης να

αντιμετωπισθεί με δύο, κατά τα λοιπά διαμετρικά αντίθετες μεταξύ τους, προσεγγίσεις, σύμφωνα με τις οποίες η διαδικασία εκκινεί και ολοκληρώνεται στην ίδια Βουλή. Πρόκειται, αφενός, για την πρόταση που εγκαταλείπει τελικώς τον φιλόδοξο στόχο των 3/5, αρκούμενη σε εκλογή προέδρου με σχετική πλειοψηφία σε μια έκτη κατά σειράν ψηφοφορία, η οποία θα περιορίζεται μεταξύ των δύο πρωτευσάντων στην προηγούμενή της (Ανθόπουλος 2016), και αφετέρου για εκείνην την πρόταση που θέλει επαναλαμβανόμενες εις το διηνεκές ψηφοφορίες, έως ότου διασφαλιστεί η κατ΄αυτήν μη δεκτική περαιτέρω υποχωρήσεων πλειοψηφία των 3/5 (Κοντιάδης 2009, Βαρβιτσιώτης 2015).

Στην πρώτη περίπτωση, η αναζήτηση μείζονος πλειοψηφίας δεν αποτελεί τελικό διακύβευμα αλλά μια αρχική επιθυμία του συνταγματικού νομοθέτη όλως αμφίβολης παιδαγωγικής αξίας, χωρίς πάντως συγκεκριμένα κόστη και συνέπειες για τη διαδικασία της προεδρικής εκλογής, πράγμα που ωστόσο, όπως είδαμε, αποτελεί και τη συνήθη περίπτωση σε ό,τι αφορά την έμμεση εκλογή προέδρου της Δημοκρατίας σε άλλες χώρες. Ο στόχος της αναζήτησης της ευρείας, συνήθως διακομματικής, αποδοχής τελικώς εγκαταλείπεται χάριν της απεμπλοκής των πραγμάτων.

Αντιθέτως, η έτερη πρόταση, εμμένοντας στην αναζήτηση της πλειοψηφίας των 3/5 εις το διηνεκές, αρνείται να συμβιβαστεί σε ο,τιδήποτε λιγότερο. Απέναντι δε στο ενδεχόμενο «μιας ατελέσφορης, ατέρμονης και αδιέξοδης επανάληψης ψηφοφοριών χωρίς να επιτυγχάνεται η απαιτούμενη πλειοψηφία», προβάλλεται από πλευράς της το επιχείρημα ότι «μια τέτοια εξέλιξη δεν πρέπει να θεωρείται πιθανή σε μια πολιτεία με ώριμο πολιτικό και συνταγματικό πολιτισμό».

Το οικείο ωστόσο παράδειγμα της επί σειράν ετών δυσπραγίας σε ό,τι αφορά τον ορισμό διοικήσεων ανεξάρτητων αρχών, ελλείψει των διακομματικών συναινέσεων που σχεδόν πάντα απαιτεί από τη Διάσκεψη των Προέδρων το άρθρο 101Α του Συντάγματος, αλλά και το ίδιο το παράδειγμα της εργαλειοποίησης του άρθρου 32 παρ.4 επί εκλογής προέδρου της Δημοκρατίας, δύσκολα κατά τη γνώμη μας θα επέτρεπαν αυτή την αισιοδοξία,.

5. Η πρόταση περί άμεσης εκλογής

α. Ως αφαίρεση της σχετικής αρμοδιότητας από τη Βουλή

Η υποβόσκουσα επιχειρηματολογία όσων, με τον ένα ή με τον άλλο τρόπο, εισηγούνται τη μεταφορά της αρμοδιότητας στο εκλογικό σώμα των πολιτών συναντά, εκούσια ή όχι, τις σκέψεις εκείνων οι οποίοι θα προτιμούσαν, αντί της «προεδρευομένης» δημοκρατίας του εν ισχύι Συντάγματος, μια «προεδρικότερη» δημοκρατία, η οποία, σε μεγάλο βαθμό, θα θύμιζε τις σκιαγραφημένες από τις αντιλήψεις του στρατηγού de Gaulle εξουσίες του γάλλου προέδρου. Πράγματι, δύσκολα θα υποστήριζε κανείς ότι ένας άμεσα εκλεγόμενος πρόεδρος θα μπορούσε να εγκλωβίζεται στα στενά όρια αρμοδιότητας που επιβάλλει το σημερινό ελληνικό Σύνταγμα.

α. Χαρακτηριστικό παράδειγμα περιορισμών που δύσκολα νοούνται σε περίπτωση άμεσης εκλογής είναι οι προδιαγεγραμμένες, σε βαθμό ασφυξίας, αρμοδιότητες του σημερινού προέδρου της Δημοκρατίας σε ό,τι αφορά τις κατ΄άρθρο 37 του Συντάγματος *διερευνητικές εντολές*. Είναι εδώ σαφές ότι το Σύνταγμα, για τους ευχερώς εικαζόμενους ιστορικούς λόγους, επιλέγει να μην εμπιστευθεί στον ανώτατο άρχοντα το ελάχιστο περιθώριο πρωτοβουλιών.

Όμως, ένας άμεσα εκλεγμένος πρόεδρος θα μπορούσε να εξακολουθεί να βιώνει αυτή την υποχρεωτική απάθεια που θα τού επέβαλλε η ενεργοποίηση ενός «αυτόματου πιλότου» προδιαγεγραμμένων και μόνο κινήσεων;

β. Πολύς λόγος επίσης γίνεται ως προς τη σκοπιμότητα επανόδου στις αρχικές, προγενέστερες της αναθεώρησης του 1986, ρυθμίσεις περί της δυνατότητας του προέδρου της Δημοκρατίας να διαλύει, υπό προϋποθέσεις, τη Βουλή. Ένα μοντέλο άμεσης εκλογής απαιτεί στο συγκεκριμένο πεδίο μια κατά πολύ παρεμβατικότερη προεδρική παρουσία. Αν κρίνουμε με βάση τη σωρευμένη εμπειρία λειτουργίας των θεσμών της γαλλικής Δημοκρατίας, ο άμεσα εκλεγμένος πρόεδρος νομιμοποιείται, χωρίς περιστροφές και προσχήματα, να διαλύει ανά πάσα στιγμή τη Βουλή προκειμένου να αξιοποιεί την ισχυρή δυναμική μιας πρόσφατης εκλογής του, ως εν τοις πράγμασι προαναγγελία της ανάδειξης μιας νέας, φιλικής προς τον ίδιον, κοινοβουλευτικής πλειοψηφίας η οποία θα δρομολογήσει τη νέα διακυβέρνηση που αυτός επιθυμεί και επαγγέλλεται. Πρόκειται, ασφαλώς, για το άγνωστο μέχρι στιγμής στην Ελλάδα πρότυπο του *προέδρου – κυβερνήτη*, με τον πρωθυπουργό περιορισμένο στην κυριολεκτική ασφυξία της ιδιότητάς του «πρώτου υπουργού». Θα ήταν όμως θεσμικά ανεκτό ένας οποιοσδήποτε άμεσα εκλεγμένος πρόεδρος, αποτιμώντας πολιτικά το μήνυμα της εκλογής του, να αδυνατεί να αποβλέψει σε μια εναρμονισμένη μαζί του νέα διακυβέρνηση;

γ. Ένα άλλο ιδιαίτερης ευαισθησίας κεφάλαιο είναι εκείνο της αυτονόητης, για το γκωλλικό πρότυπο, δυνατότητας του προέδρου της Δημοκρατίας να συνομιλεί άμεσα με τον λαό. Είτε απευθύνοντας, στη συγκυρία που εκείνος κάθε φορά επιλέγει ως πρόσφορη, διαγγέλματα με τα οποία, τοποθετούμενος σε υψηλής σπουδαιότητας θέματα και αναδεικνύοντας ή και δραματοποιώντας τη σημασία τους, ενημερώνει, ευαισθητοποιεί και κινητοποιεί τους πολίτες, είτε θέτοντας, και πάλι κατά την κρίση του, σε κίνηση αμεσοδημοκρατικές διαδικασίες δημοψηφίσματος. Το Σύνταγμα θα μπορούσε, με σκοπό την αποφυγή των καταχρήσεων, να οριοθετεί τις σχετικές πρωτοβουλίες του προέδρου, με την πρόβλεψη διαδικαστικού και ουσιαστικού χαρακτήρα προϋποθέσεων και χρονικών ορίων, δεν θα ήταν ωστόσο ανεκτό, σε ό,τι αφορά έναν άμεσα εκλεγόμενο πρόεδρο, να αρκείται σε μια συνταγματικώς οφειλόμενη, από πλευράς του, διεκπεραίωση των προτάσεων δημοψηφίσματος που θα του υποβάλλουν η κυβέρνηση, ο πρωθυπουργός ή οι πολίτες. Κατά τον ίδιο τρόπο, ο άμεσα εκλεγόμενος πρόεδρος δεν θα ήταν νοητό να θέτει το περιεχόμενο των διαγγελμάτων του σε πρότερη γνώση και υπό την έγκριση του πρωθυπουργού.

δ. Ο άμεσα εκλεγόμενος πρόεδρος δεν θα μπορούσε εξάλλου να εξαιρείται ή να υποβαθμίζεται σε ό,τι αφορά τα καθήκοντα της εκτός συνόρων εκπροσώπησης της χώρας, συμπεριλαμβανομένων σε αυτά και εκείνων που αφορούν τις συνήθεις συνόδους κορυφής της Ευρωπαϊκής Ένωσης. .

ε. Η δυνατότητα αναπομπής ψηφισμένου νόμου στη Βουλή, η δυνατότητα προώθησης ενός ερωτήματος συνταγματικότητας στους κατά περίπτωση θεσμούς συνταγματικής δικαιοσύνης και η ανάληψη ενός σημαντικού μέρους των εξαιρετικού χαρακτήρα εξουσιών, που ασκούνται σε περίπτωση εφαρμογής του νόμου περί καταστάσεως πολιορκίας κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 48 του Συντάγματος, αποτελούν επίσης πεδία παρέμβασης που δύσκολα νοείται να εξαιρεθούν από τις αρμοδιότητες ενός άμεσα εκλεγμένου προέδρου.

Αν παρά ταύτα ένα νέο Σύνταγμα, επιλέγοντας να εθελοτυφλεί απέναντι στο αυτονόητο, εγκατέλειπε τον άμεσα εκλεγόμενο πρόεδρο χωρίς ουσιαστικές, από άποψη πολιτικής σημασίας, αρμοδιότητες, εύκολα θα μπορούσε κανείς να υποθέσει δύο πιθανές παρενέργειες. Είτε αυτήν της συνειδητής αποχής του εκλογικού σώματος από μια βαρύγδουπη και δαπανηρή διαδικασία «για το τίποτε», με προφανές αποτέλεσμα την απαξίωση του ίδιου του προεδρικού θεσμού, είτε εκείνην ενός προέδρου ο οποίος, ελλείψει αρμοδιοτήτων, θα αναζητούσε

αμφίβολης θεσμικής ορθότητας τρόπους εκδήλωσης της επιβεβαιωμένης από την άμεση εκλογή ισχύος του. Θέση στην ημερήσια διάταξη μιας τέτοιας συμπεριφοράς θα μπορούσαν να διεκδικούν οι θορυβώδεις παρεμβολές στο κυβερνητικό έργο, με δηλώσεις και πρωτοβουλίες που δεν θα αποτελούσαν άσκηση αρμοδιότητας αλλά απλές υλικές ενέργειες.

Φαίνεται λοιπόν μάταιο να εισηγείται κανείς την άμεση εκλογή προέδρου της Δημοκρατίας αρνούμενος παράλληλα να αποδεχθεί τη συνεπακόλουθη μετακίνηση του κέντρου βάρους της λειτουργίας του πολιτεύματος στο πρόσωπο του άμεσα εκλεγόμενου προέδρου. Η εισαγωγή ωστόσο των προσωποκεντρικών και πατερναλιστικών, αν όχι και μεσσιανικών, στοιχείων που συνεπάγεται αυτή η εξέλιξη παρίσταται πλήρως ανεξήγητη για το θεσμικό περιβάλλον της χώρας, όπου ο ανώτατος άρχοντας, κληρονομικός ή αιρετός, ουδέποτε επέτυχε, όσο και αν αυτό επιχειρήθηκε κάποιες φορές, να επισκιάσει τον πρωταγωνιστικό ρόλο και την ισχυρή δημοκρατική νομιμοποίηση του πρωθυπουργού. Η αποτυχία εμπέδωσης αυτού του προτύπου σε περιόδους πολιτικής και πολιτειακής κρίσης αφήνει, συνεπώς, μετέωρο το ερώτημα περί της σκοπιμότητας τέτοιων σκέψεων στο σημερινό μάλλον γαλήνιο θεσμικό περιβάλλον. Η προσπάθεια αναζήτησης διεξόδου στο θέμα της ορθής εφαρμογής του άρθρου 32 παρ.4, μέσω τέτοιων ξένων προς την ελληνική πραγματικότητα σκέψεων, εμφανίζει εντέλει κόστος το οποίο υπερβαίνει κατά πολύ εκείνο του προς αντιμετώπιση προβλήματος.

Από την πλευρά του, ο Α. Παπατόλιας, αντιμετωπίζοντας το αυτό ζήτημα υπό την οπτική της θεωρίας των αντιβάρων και με σημείο αναφοράς τον «πρωθυπουργοκεντρισμό» του ισχύοντος Συντάγματος όπως κυρίως αυτός εκδηλώνεται ως πολιτική πράξη, εισηγείται την άμεση εκλογή προέδρου της Δημοκρατίας ως λύση «που εξισώνει τον Πρόεδρο με έναν πολιτικό αρχηγό με άμεση λαϊκή νομιμοποίηση, έστω και χωρίς θεαματική ενίσχυση των ουσιαστικών αρμοδιοτήτων του, ικανών ωστόσο να υποχρεώνουν τον Πρωθυπουργό και την πλειοψηφία να συνεργάζονται μαζί του για τις κρίσιμες αποφάσεις» («Εξισορρόπηση του συστήματος διακυβέρνησης και αναθεωρητική πρωτοβουλία», www.constitutionnalism.gr, θεματική «Κοινοβουλευτικό Σύστημα», ημερομ. καταχώρησης 26.6.2017, όπου και αναφορές σε άλλους υπερμάχους της άμεσης εκλογής). Στο ίδιο πνεύμα και άλλη παρέμβασή του στο ίδιο forum μέσω συνέντευξης με ημερομηνία καταχώρησης τις 10.4.2017 στη θεματική της «Αναθεώρησης». Για παλαιότερες παρεμβάσεις της θεωρίας στην ίδια κατεύθυνση, βλ. ενδεικτικά, Βολουδάκης Ε., Υπεράσπιση της άμεσης εκλογής του προέδρου της Δημοκρατίας, Σύγχρονα θέματα 8/1980, σελ.49. Σε ό,τι αφορά τον πολιτικό κόσμο, υπενθυμίζεται ότι κατ΄επανάληψη υπέρ της άμεσης εκλογής από τον λαό είχε ταχθεί, μετά την αποχώρησή του από την ηγεσία της ΝΔ και ως επίτιμος πρόεδρός της, ο Κ. Μητσοτάκης, συναρτώντας μάλιστα αρχικώς με αυτήν και την τυχόν εκ μέρους του διεκδίκηση του ύπατου πολιτειακού αξιώματος.

β. Ως επιγενόμενη αναρμοδιότητα της Βουλής σε περίπτωση μη διασφάλισης της σχετικά απαιτούμενης ηυξημένης πλειοψηφίας

Εδώ εντάσσεται, ειδικότερα, και η σχετική πρόταση που ανακοίνωσε στις 25.7.2016 ο πρωθυπουργός Α. Τσίπρας, αφού σύμφωνα με αυτήν η Βουλή θα εκλέγει η ίδια τον πρόεδρο της Δημοκρατίας μόνο εφόσον επιτύχει, ύστερα από δύο ψηφοφορίες, να συγκεντρώσει την άκρως απαιτητική πλειοψηφία των 2/3 επί του όλου αριθμού των βουλευτών. Είναι όμως γνωστό ότι αυτό κατέστη δυνατό υπό το ισχύον Σύνταγμα, χωρίς προηγούμενη διάλυση της Βουλής, σε μόνο τρεις περιπτώσεις εκλογής προέδρου (1975, 2000, 2005), μόνο δε στην πρώτη εξ αυτών χωρίς τη συνεργασία περισσότερων κομμάτων. Αν σκεφθεί μάλιστα κανείς ότι στο πολύ μακρινό 1975 αυτό αφορούσε την κοινοβουλευτική πλειοψηφία που συγκέντρωσε η ΝΔ, υπό τις όλως ειδικές συνθήκες των πρώτων μηνών της μεταπολίτευσης (αστρονομικό εκλογικό ποσοστό της τάξης του 54, 42%, το οποίο, με τη συνδρομή ενός εκλογικού

συστήματος υπερενισχυμένης αναλογικής, απέδωσε σχεδόν τα 3/4 των εδρών), διαπιστώνει ότι η ύπαρξη συνθηκών που θα επέτρεπαν εκ νέου σε ένα και μόνο κόμμα την προσέγγιση της πλειοψηφίας των 2/3, δεν θα είχε πλέον εύκολα θέση ούτε καν στη σφαίρα των πλέον ευφάνταστων υποθέσεων. Πρακτικά μιλώντας, η εκλογή προέδρου της Δημοκρατίας από τη Βουλή απαιτεί, σύμφωνα με τη συγκεκριμένη πρόταση Τσίπρα, συνεργασία τουλάχιστον δύο κομμάτων. Είναι ωστόσο η όλο και συχνότερα εμφανιζόμενη απροθυμία τέτοιων συνεργασιών που δημιούργησε τα προβλήματα ερμηνείας και εφαρμογής του άρθρου 32 παρ.4.

Αντεπιχείρημα θα μπορούσε να αντλείται από τη σκέψη ότι η προοπτική της άμεσης εκλογής θα υποχρέωνε τα μη συνεργαζόμενα κόμματα να συνεργαστούν, αφού το διακύβευμα θα εξακολουθούσε, και στο επιγενόμενο στάδιο της άμεσης εκλογής, να αφορά τη βέλτιστη επιλογή προέδρου της Δημοκρατίας και όχι, όπως σήμερα, την πρόκληση βουλευτικών εκλογών προορισμένων να πιστοποιήσουν την ισχύ του κόμματος που τις επιδιώκει. Η εν λόγω πρόταση εμφανίζεται λοιπόν, υπ΄αυτή την εκδοχή, να στοχεύει ευθέως στο να εκθέσει εκείνες τις πολιτικές δυνάμεις που υποτάσσουν την εκλογή προέδρου της Δημοκρατίας στις κομματικές σκοπιμότητες της συγκεκριμένης κάθε φορά συγκυρίας, καθώς η άρνησή τους να συγκλίνουν στην υποστήριξη μιας πραγματικά αξιόλογης υποψηφιότητας θα τιμωρηθεί, πιθανότατα, από την επιδοκιμαστική, για την ίδια υποψηφιότητα, ψήφο του λαού που θα ακολουθήσει.

Ωστόσο, σε ένα νέο θεσμικό περιβάλλον που θα έτεινε, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, να περιβληθεί τα βασικά χαρακτηριστικά της προεδρικής ή ημιπροεδρικής Δημοκρατίας, δεν είναι, περισσότερο από ο,τιδήποτε άλλο, η ίδια η άμεση εκλογή προέδρου που θα λειτουργήσει ως εργαλείο κτήσης και επιβεβαίωσης της σκοπούμενης πολιτικής ισχύος; Πώς επομένως μια πολιτική δύναμη που άγχεται να επιβεβαιώσει εκλογικά την ανοδική της πορεία θα πειθόταν να συνεργαστεί στη συγκέντρωση από τη Βουλή της ζητούμενης πλειοψηφίας των 2/3, όταν αυτό θα συνεπαγόταν αυτομάτως και την απώλεια της ευκαιρίας να αναμετρηθεί με τους αντιπάλους της σε μια διαδικασία εκλογής προέδρου η οποία, με τα νέα δεδομένα, είναι πλέον εκείνη που θα εμφανίζεται ως «η μητέρα των μαχών»;

Η θέση της άμεσης εκλογής εν αδυναμία επίτευξης ηυξημένης πλειοψηφίας στη βουλή, την οποία είχε ήδη από το 2013 υποστηρίξει ο Α. Μακρυδημήτρης, αφού υιοθετήθηκε με ευρεία πλειοψηφία από το 11^0 Συνέδριο της Νέας Δημοκρατίας τον Δεκέμβριο του 2017, κατατέθηκε στις 2.10.2018 ως πρόταση ΣΥΡΙΖΑ από τον Α. Τσίπρα και στις 6.10. 2018 ως πρόταση ΝΔ από τον Κ. Μητσοτάκη, που πάντως δήλωνε ήδη δεκτικός σε τυχόν νέες προτάσεις στο εγγύς μέλλον. Η πρόταση ΣΥΡΙΖΑ αντιλαμβάνεται ωστόσο την προσφυγή σε άμεση εκλογή ως συνέχεια μιας άκαρπης, επί εξάμηνο, αναζήτησης της πλειοψηφίας των 3/5 μέσω επαναλαμβανομένων, ανά μήνα, ψηφοφοριών στη Βουλή. Αυτό θα μπορούσε να εξουδετερώνει τις σκέψεις περί πρόωρων εκλογών στην περίπτωση και μόνο που ο εναπομένων για την ολοκλήρωση της βουλευτικής περιόδου χρόνος δεν υπερβαίνει κατά πολύ το εξάμηνο. Τέλος, δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής ότι η αναζήτηση πλειοψηφίας 3/5 θα έπαυε να είναι ηπιότερη εκείνης των 2/3 εφόσον κατ΄εφαρμογήν άλλης πρότασης του ΣΥΡΙΖΑ κατοχυρωνόταν συνταγματικά σύστημα απλής αναλογικής.

Γ. Η πρόταση που διατυπώσαμε το 2018 στη μελέτη μας για τον θεσμό του προέδρου της Δημοκρατίας

1. Το βασικό σκεπτικό της πρότασης

Το ζήτημα είναι, επομένως, πώς η Βουλή, στην οποία θα τεθεί το ζήτημα, θα διαφυλάξει την αρμοδιότητά της να εκλέξει πρόεδρο της Δημοκρατίας η ίδια - και όχι η επόμενή της Βουλή ή το εκλογικό σώμα των πολιτών με άμεση εκλογή -, χωρίς όμως αυτό να σημαίνει και την εγκατάλειψη του στόχου της αναζήτησης των υπερκομματικών επιλογών που θέλησε ο συνταγματικός νομοθέτης με την πρόβλεψη των γνωστών ηυξημένων πλειοψηφιών. Η απαίτηση της πλειοψηφίας των 3/5 θα πρέπει, κατά συνέπεια, να διατηρηθεί ως έχει. Δεν φαίνεται μάλιστα απαραίτητο να εμφανίζεται, όπως συμβαίνει υπό το ισχύον Σύνταγμα, μόλις στο τρίτο στάδιο της διαδικασίας και με τον μάλλον απαξιωτικό, για τον εκάστοτε εκλεγόμενο, χαρακτήρα της ύστατης λύσης.

Αυτό επιτυγχάνεται εφόσον η πλειοψηφία των 3/5 νοηθεί αποκλειστικά και μόνο στο πλαίσιο μιας εν εξελίξει διαδικασίας προεδρικής εκλογής στην οποία εμπλέκονται ενεργά οι δυνάμεις που συνθέτουν κάθε φορά τον κοινοβουλευτικό χάρτη στο σύνολό τους, ή τουλάχιστον στη μεγάλη πλειοψηφία τους. Επομένως, αν εμφανίζεται μόνον ένας υποψήφιος, όπως επίσης και σε κάθε άλλη περίπτωση που δεν υφίστανται τουλάχιστον δύο υποψηφιότητες με διασφαλισμένη τη στήριξη ενός σημαντικού αριθμού βουλευτών - ο οποίος θα μπορούσε να αντιστοιχεί, για την καθεμία από αυτές, στο ένα τρίτο του όλου αριθμού τους- δεν φαίνεται να πληρούνται οι προϋποθέσεις μιας γενικότερης παραγωγικής συμμετοχής των κοινοβουλευτικά εκπροσωπούμενων πολιτικών δυνάμεων στη διαδικασία εκλογής προέδρου. Υπό τις συνθήκες αυτές, και επειδή η τυχόν εμμονή στην απαίτηση της πλειοψηφίας των 3/5 δεν θα λειτουργούσε εν προκειμένω παρά απλά ως άλλοθι για την πρόκληση των βουλευτικών εκλογών που επιθυμούν όσοι κατ΄ουσίαν επέλεξαν να απέχουν από τη διαδικασία, η απόλυτη πλειοψηφία των εκατόν πενήντα ενός βουλευτών θα πρέπει να εκτιμηθεί ως επαρκής.

Η σχετική διάταξη, που λογικά ακολουθεί αυτήν της 3ης παραγράφου του άρθρου 32, θα μπορούσε να έχει διατυπωθεί ως εξής:

«Εκλέγεται στην τρίτη ψηφοφορία εκείνος που συγκέντρωσε την απόλυτη πλειοψηφία του όλου αριθμού των βουλευτών εφόσον δεν υπάρξει στην ίδια ψηφοφορία άλλος υποψήφιος που συγκέντρωσε το ένα τρίτο του όλου αυτού αριθμού».

Πρόκειται, στην ουσία, για έναν τρόπο έμμεσου εξαναγκασμού των κομμάτων σε τήρηση της συνταγματικής υποχρέωσής τους περί διατύπωσης συγκεκριμένης πρότασης υποψηφίου προέδρου, αφού, αν και η υποχρέωσή τους αυτή προκύπτει ανενδοιάστως από το κείμενο του Συντάγματος, η τήρησή της, ελλείψει σχετικών κυρώσεων, επαφίεται μέχρι τώρα στην καλή διάθεση και στις έρμαιες της συγκυρίας στοχεύσεις των κατά περίπτωση κομματικών ηγεσιών.

Με τον τρόπο αυτό, η μεν κοινοβουλευτική πλειοψηφία αποφεύγει τις ανεπιθύμητες γι΄αυτήν εκλογές, η δε αντιπολίτευση (χωρίς πλέον λόγους αποχής, αφού αυτή θα συνεπαγόταν εκλογή κυβερνητικού υποψηφίου με 151 ψήφους από την ίδια Βουλή) ενισχύει, με την πιθανή συστράτευση της συμπολίτευσης, τις πιθανότητες εκλογής δικών της μετριοπαθών υποψηφίων, όπως κατά κανόνα ήδη συμβαίνει τις τρεις τελευταίες δεκαετίες.

Η στήριξη μιας υποψηφιότητας από το ένα τρίτο του όλου αριθμού των βουλευτών, όταν μάλιστα πρόκειται για βουλευτές κομμάτων της αντιπολίτευσης που συνήθως, λόγω εκλογικού νόμου, υποεκπροσωπούνται σε σχέση προς το καταγεγραμμένο στις βουλευτικές εκλογές ποσοστό τους, στην πράξη συνήθως σημαίνει στήριξη από πολιτικές δυνάμεις οι οποίες, στις εκλογές με βάση τις οποίες διαμορφώθηκε η σύνθεση της Βουλής, αθροιστικώς υπερέβησαν το ποσοστό του 40% των εκπεφρασμένων ψήφων. Ακόμη όμως και υπό την προϋπόθεση ενός αναλογικότερου συστήματος, το εν λόγω ποσοστό δύσκολα θα ήταν κατά πολύ υποδεέστερο. Μια υποψηφιότητα στηριζόμενη από το ένα τρίτο του όλου αριθμού των βουλευτών δεν μπορεί παρά να εκφράζει ένα υπολογίσιμα ευρύ πολιτικό φάσμα, το οποίο πρακτικά τής επιβάλλει να είναι σοβαρή, ενωτική και αξιοπρόσεκτη.

Η κυβερνητική πλειοψηφία θα πρέπει, συνεπώς, υπό την πίεση του κινδύνου διάλυσης της Βουλής, να υποχρεωθεί να εξαντλήσει κάθε δυνατότητα στήριξης μιας κατά τεκμήριο σοβαρής, ενωτικής και αξιοπρόσεκτης πρότασης η οποία θα έχει στήριξη από ένα ευρύ φάσμα δυνάμεων της αντιπολίτευσης, όπως θα πιστοποιεί η ψήφος τουλάχιστον εκατό βουλευτών της, ακόμη και αν εξακολουθεί να θεωρεί προτιμότερη μια άλλη υποψηφιότητα. Πρόκειται για κάτι που δεν είναι ξένο προς τη στόχευση του συνταγματικού νομοθέτη σε ό,τι αφορά την αναζήτηση διακομματικής αποδοχής υποψηφίων, ούτε και υπερβολικό ως υποχώρηση της πλειοψηφίας, όταν αυτή θα αδυνατεί να εξοπλίσει τη δική της πρόταση με μια διακομματικών χαρακτηριστικών ηυξημένη αποδοχή αλλά ούτε και θα επιθυμεί να αναμετρηθεί με τους πολιτικούς αντιπάλους της στην κάλπη των βουλευτικών εκλογών.

Από την πλευρά της, η εκάστοτε μείζων αντιπολίτευση, εγκαταλείποντας, ως εξαρχής ανεδαφικές και ατελέσφορες, τις οικείες μέχρι σήμερα σκέψεις περί μεθόδευσης πρόωρων βουλευτικών εκλογών, αναμένεται να επικεντρώσει την προσπάθειά της στη διασφάλιση της απαιτούμενης ευρύτερης αποδοχής στη δική της πρόταση, πράγμα το οποίο σχεδόν πάντοτε θα απαιτεί, πριν φθάσει η ώρα του προσεταιρισμού της κυβερνητικής πλειοψηφίας, μια παραγωγική διαβούλευση με άλλα μικρότερα κόμματα της αντιπολίτευσης. Σημαντικότερο πλεονέκτημα σε αυτή την προσπάθεια διαλόγου και συνεννόησης φαίνεται να είναι τα ποιοτικά χαρακτηριστικά, και εντέλει ο υψηλός βαθμός καταλληλότητας, της προτεινόμενης υποψηφιότητας, πράγμα από το οποίο ο θεσμός της προεδρευομένης δημοκρατίας μας μόνο όφελος θα μπορούσε να αποκομίσει.

2. Μια μακρά εμπειρία «συγκατοίκησης» που θα έπρεπε να αξιοποιηθεί

Η συγκατοίκηση, στα ύπατα αξιώματα του πολιτεύματος, προέδρου της Δημοκρατίας και πρωθυπουργού που ανήκουν ή προέρχονται από διαφορετικές παρατάξεις, και μάλιστα από παρατάξεις μετωπικά συγκρουόμενες για την άλωση της εξουσίας σε ένα, κατά καιρούς λιγότερο ή περισσότερο, έντονα δικομματικό σύστημα, δεν θα αποτελεί ασυνήθιστη κατάσταση για τη χώρα.

Με εξαίρεση τις θητείες Κ. Τσάτσου (1975 -1980) και Χρ. Σαρτζετάκη (1985 -1990), όλοι οι άλλοι πρόεδροι της Δημοκρατίας συνυπήρξαν με πρωθυπουργούς της παράταξης που στον πρότερο δημόσιο βίο τους, ως βουλευτές, κορυφαίοι υπουργοί ή πρωθυπουργοί, είχαν απέναντι ως βασικό πολιτικό αντίπαλό τους. Ο Κ. Καραμανλής, στα δύο τρίτα της πρώτης θητείας του (1980 -1985) και στο ένα τρίτο της δεύτερης (1990 -1995), δηλαδή αθροιστικά στα πέντε από τα δέκα έτη της παρουσίας του στον θεσμό, άσκησε τα καθήκοντά του με πρωθυπουργία του επί σειράν ετών μεγάλου αντιπάλου του Α. Παπανδρέου. Από την πλευρά του, ο Κ. Στεφανόπουλος, επί μακρόν σημαίνον στέλεχος της ευρύτερης συντηρητικής παράταξης,

άσκησε προεδρικά καθήκοντα σε όλη τη διάρκεια της οκταετούς και πλέον πρωθυπουργίας Σημίτη, μόνο δε κατά το τελευταίο έτος της δεκαετούς παρουσίας του στο ύπατο αξίωμα (1995 - 2005) συνέπεσε με κυβερνητική πλειοψηφία και πρωθυπουργό της δικής του πολιτικής παράταξης. Στη συνέχεια, η θητεία του Κ. Παπούλια, αμετακίνητου υπουργού Εξωτερικών στις πρώτες και ύστερες σοσιαλιστικές κυβερνήσεις του Α. Παπανδρέου (1981 - 1989 και 2003 - 2005), συνέπεσε κατά τα 3/4 του χρόνου της (2005 -2015) με τις κεντροδεξιές κυβερνήσεις των Κ.Α. Καραμανλή και Α. Σαμαρά. Τέλος, ο Π. Παυλόπουλος, επί σχεδόν είκοσι έτη κορυφαίο στέλεχος του κόμματος της ΝΔ, διήνυσε ήδη το μεγαλύτερο μέρος της τρέχουσας προεδρικής θητείας του με κυβερνήσεις ΣΥΡΙΖΑ του Α. Τσίπρα.

Άλλωστε, σε αρκετές από αυτές τις περιπτώσεις, που μάλιστα συμβαίνει να είναι και μάλλον πρόσφατες, οι πρόεδροι της Δημοκρατίας προτάθηκαν ή ψηφίστηκαν για πρώτη φορά από τους επικεφαλής της αντίπαλής τους, μέχρι τότε, παράταξης. Δεν συνέπεσαν απλά μαζί τους. Πρόκειται για την πρώτη εκλογή του προταθέντος από το κόμμα της «Πολιτικής Άνοιξης» και εκλεγέντος και με τις ψήφους του ΠΑΣΟΚ Κ. Στεφανόπουλου (1995), για την πρώτη εκλογή του Κ. Παπούλια σε συνέχεια πρότασης του κεντροδεξιού Κ.Α. Καραμανλή (2005), καθώς και για την εκλογή του Π. Παυλόπουλου σε συνέχεια πρότασης του Α. Τσίπρα (2015).

Η συνύπαρξη αυτή, στα δύο ανώτατα πολιτειακά αξιώματα, ανθρώπων από ευθέως ανταγωνιστικές μεγάλες πολιτικές παρατάξεις δεν δημιούργησε προβλήματα στη λειτουργία του πολιτεύματος. Η εξήγηση δεν θα έπρεπε να επικεντρωθεί στο γεγονός ότι οι προτεινόμενοι από τους πολιτικούς αντιπάλους τους για το αξίωμα του προέδρου είχαν ολοκληρώσει την πορεία τους στην ενεργό πολιτική, δεδομένου ότι και οι τρεις προαναφερόμενοι (Κ. Στεφανόπουλος, Κ. Παπούλιας, Π. Παυλόπουλος) προτάθηκαν και ψηφίστηκαν αφού προηγουμένως είχαν παύσει, οικειοθελώς ή μη, να εκλέγονται βουλευτές.

Σε αντίθεση προς το δικό τους παράδειγμα, ο Κ. Καραμανλής εξελέγη το 1980 πρόεδρος της Δημοκρατίας ενώ κατείχε αδιαλείπτως μέχρι τότε επί εξαετία το αξίωμα του πρωθυπουργού, έχοντας δε συμπληρώσει περίπου δεκατέσσερα έτη συνολικής παρουσίας στο αξίωμα μετά το 1955, ήταν ήδη ο διαχρονικά μακροβιότερος έλληνας πρωθυπουργός και μακράν ο σημαντικότερος ηγέτης της συντηρητικής παράταξης, στις διάφορες εκφάνσεις της και στην εξέλιξή της, από καταβολής του σύγχρονου ελληνικού κράτους. Ωστόσο, η χρονική σύμπτωση του μεγαλύτερου μέρους της πρώτης θητείας του με την πρωθυπουργία του, επίσης πολύ σημαντικού, αντιπάλου του Α. Παπανδρέου δεν επέφερε τους κραδασμούς και τη θεσμική κρίση που πολλοί προεξοφλούσαν ως ακραία και ανεξέλεγκτη. Υπήρξαν κατά καιρούς δηλώσεις ή αποστροφές ομιλιών του που εξέφρασαν κάποια ενόχληση ή την επιθυμία του προέδρου της Δημοκρατίας να υποδείξει τα κατά τη γνώμη του ενδεδειγμένα ακρότατα όρια στην άσκηση της κυβερνητικής πολιτικής, αυτό όμως έγινε μάλλον σπάνια και με απόλυτη αίσθηση μέτρου, όπως επίσης με αίσθηση μέτρου και πολιτειακή ευθύνη έγινε και η διαχείριση της κατάστασης από την πλευρά του πρωθυπουργού. Αφού λοιπόν ο άρτι εκλεγείς και πολιτικά πάντοτε ιδιαίτερα υπολογίσιμος Κ. Καραμανλής των αρχών της δεκαετίας του ΄80 δεν μπόρεσε - και ούτε φαίνεται να θέλησε να το επιχειρήσει - να αποσταθεροποιήσει πολιτικά τις πρώτες σοσιαλιστικές κυβερνήσεις της εποχής, παρά το γεγονός μάλιστα ότι ο πρόεδρος της Δημοκρατίας δεν είχε ακόμη αποψιλωθεί από τις αρχικώς εγγεγραμμένες στο Σύνταγμα του 1975 παρεμβατικότερες αρμοδιότητές του, η συζήτηση περί κινδύνων θεσμικής κρίσης ή εκτροπής, ως αποτέλεσμα σεναρίων συγκατοίκησης προέδρου και πρωθυπουργού με ιστορικό πολιτικής αντιπαλότητας, φαίνεται να έχει ουσιαστικά λήξει ήδη πριν από περίπου τριάντα χρόνια.

Γενικότερα, η συγκατοίκηση αυτή στα ύπατα πολιτειακά αξιώματα ουδέποτε επιβεβαίωσε φόβους περί πιθανών παρεκτροπών και πολιτειακής αποσταθεροποίησης. Ακόμη λοιπόν και αν κάποιες φορές, με την προτεινόμενη διέξοδο, η αποφυγή της διάλυσης της Βουλής θα

προϋποθέτει την αποδοχή μιας κατά τεκμήριο σοβαρής και ενωτικής πρότασης υποψηφίου από τον χώρο της αντιπολίτευσης, δεν θα πρόκειται ούτε για κάτι το ασυνήθιστο αλλά ούτε και για κάτι παρακινδυνευμένο.

Ανεξάρτητα από το αδιαμφισβήτητο κύρος και την ευρεία αποδοχή της άρτι εκλεγείσης νέας προέδρου της Δημοκρατίας, ως αποτέλεσμα της ευρείας συναίνεσης που επιδίωξε με τη σχετική πρότασή του ο πρωθυπουργός, η συνετή χρήση της συγκεκριμένης αρμοδιότητας, από τον παρόντα πρωθυπουργό στην παρούσα συγκυρία, δεν προδιαγράφει κατ΄ανάγκην και το μέλλον. Τίποτε δεν αποκλείει μία επόμενη φορά η επιλογή προσώπου να εγκλωβιστεί στην αναζήτηση των εσωτερικών ισορροπιών του όποιου κυβερνώντος κόμματος. Ούτε και εξαλείφονται, με την ανακοίνωση της απόφασης, οι δυσάρεστες, για θεσμούς και πρόσωπα, πλευρές της δημοσιότητας που προσέλαβε επί μακρόν το θέμα εν αναμονή της ανακοίνωσης ονόματος υποψηφίου στο ύπατο πολιτειακό αξίωμα, ως προσωπική επιλογή του πρωθυπουργού.

10 Θεσμοί Άμεσης Δημοκρατίας και Αντιπροσώπευση στην Θ΄ Αναθεωρητική Βουλή[1]

Χαράλαμπος Κουρουνδής, ΔΝ ΑΠΘ, Μεταδιδακτορικός ερευνητής, μέλος ΔΣ ΔΣΘ

Η κοινοβουλευτική δημοκρατία λειτούργησε ομαλά στην Ελλάδα της μεταπολίτευσης, παρά τους ισχυρούς πολιτικούς κλυδωνισμούς που τη σημάδεψαν κατά καιρούς. Η εναλλαγή των κομμάτων στην εξουσία και η λειτουργία του πολιτικού συστήματος με όρους πλειοψηφικού κοινοβουλευτισμού γινόταν σ' ένα περιβάλλον θεσμικής και πολιτικής σταθερότητας. Η οικονομική και πολιτική κρίση που ξέσπασε το 2010 επέφερε σημαντικές αλλαγές στην πραγματικότητα του αντιπροσωπευτικού συστήματος και προκάλεσε έναν αντιπαραθετικό διάλογο για τις αναγκαίες αλλαγές στο εσωτερικό του. Η παρούσα μελέτη εστιάζει αρχικά την προσοχή της στη σχετική συζήτηση, όπως αυτή διαμορφώθηκε τα πρώτα χρόνια της κρίσης, περιγράφοντας τις αμφίπλευρες κριτικές που διατυπώθηκαν απέναντι στην κοινοβουλευτική μορφή διακυβέρνησης. Ακολούθως, παρουσιάζονται οι αλλαγές στο αντιπροσωπευτικό σύστημα που προέβλεπε η αναθεωρητική πρόταση την οποία εξήγγειλε ο τότε πρωθυπουργός Αλέξης Τσίπρας το 2016 και τα εναλλακτικά σχέδια που κατατέθηκαν. Έπειτα, η μελέτη επικεντρώνεται στην κίνηση της αναθεωρητικής διαδικασίας και τις σχετικές προβλέψεις της αναθεωρητικής πρότασης, καθώς και στις απόψεις που εκφράστηκαν ενώπιον της Επιτροπής Αναθεώρησης και της Αναθεωρητικής Βουλής το 2019 και ολοκληρώνεται με την αποτίμηση της τελικής μορφής που έλαβαν οι ψηφισθείσες αλλαγές.

1. Η προϊστορία της αναθεώρησης του 2019

Ο θεσμός του δημοψηφίσματος καθιερώθηκε στο ισχύον Σύνταγμα το 1975, ενώ προηγούμενη κατοχύρωσή του είχε υπάρξει μόνο από το Σύνταγμα του 1927[2]. Κατά τη διάρκεια των συζητήσεων ενώπιον της Ε΄ Αναθεωρητικής Βουλής, το ΚΚΕ εσωτερικού (πολιτικός απόγονος του οποίου είναι ο ΣΥΡΙΖΑ[3]) είχε προτείνει τη δυνατότητα διεξαγωγής δημοψηφίσματος «επί θεμάτων βασικής σημασίας» κατόπιν αιτήσεως ογδόντα χιλιάδων πολιτών[4]. Σχετική τροπολογία, άλλωστε, κατατέθηκε στην Ολομέλεια της Βουλής από κοινού και από τους τρεις κοινοβουλευτικούς εκπροσώπους της αντιπολίτευσης, της ΕΚ-ΝΔ, του ΠΑΣΟΚ και της Ενωμένης Αριστεράς[5]. Ωστόσο, η κοινοβουλευτική πλειοψηφία δεν υποχώρησε και περιορίστηκε στην πρόβλεψη του αρ. 44 παρ. 2, που έδωσε τη δυνατότητα στον Πρόεδρο της Δημοκρατίας (ΠτΔ) – και μόνο - να προκηρύξει δημοψήφισμα για κρίσιμο εθνικό θέμα[6]. Η συγκεκριμένη αρμοδιότητα που απονεμήθηκε στον ΠτΔ ανήκε στις λεγόμενες «υπερεξουσίες» του, οι οποίες επικρίθηκαν έντονα διότι δεν χρειαζόταν την προσυπογραφή

---

[1] Η παρούσα έρευνα συγχρηματοδοτείται από την Ελλάδα και την Ευρωπαϊκή Ένωση (Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Ταμείο) μέσω του Επιχειρησιακού Προγράμματος «Ανάπτυξη Ανθρώπινου Δυναμικού, Εκπαίδευση και Διά Βίου Μάθηση», στο πλαίσιο της Πράξης «Ενίσχυση Μεταδιδακτόρων ερευνητών/ερευνητριών – Β΄ Κύκλος» (MIS-5033021), που υλοποιεί το Ίδρυμα Κρατικών Υποτροφιών (ΙΚΥ).

[2] Το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 125 του Συντάγματος του 1927 όριζε ότι «Η Εθνική Συνέλευσις δύναται να υποβάλη την περί αναθεωρήσεως απόφασίν της εις Δημοψήφισμα, οπότε αι αναθεωρούμεναι διατάξεις τίθενται εις εφαρμογήν, εάν εγκριθώσι παρά του λαού». Αυτή η δυνατότητα πάντως δεν έμελλε να υλοποιηθεί ποτέ.

[3] Πρβλ. Ν. Αλιβιζάτου, «Πόσο κομμουνιστικές είναι οι καταβολές του ΣΥΡΙΖΑ;», *Book's Journal*, τχ 90, 2018.

[4] Βλ. Βουλή των Ελλήνων, Ε΄ Αναθεωρητική Βουλή, *Σύνταγμα 1975. Διάταξις κατ' άρθρον επισήμων σχεδίων – τροπολογιών ψηφισθέντος τελικού κειμένου*, Προεδρία Κωνσταντίνου Ευστ. Παπακωνσταντίνου, εκ του Εθνικού Τυπογραφείου, Αθήναι 1976, σελ. 260.

[5] Ό.π., σελ. 262.

[6] Βλ. αναλυτικότερα A. Pantélis, *Les grands problèmes de la nouvelle Constitution hellénique*, LGDJ, Paris 1979, σελ. 214-220.

του πρωθυπουργού ή του αρμόδιου υπουργού, άρα ήταν πιθανό να τον φέρουν σε σύγκρουση με την κυβερνητική πλειοψηφία[7].

Η αναθεώρηση του 1986 τροποποίησε αυτή τη διάταξη αφαιρώντας την εν λόγω αρμοδιότητα από τον ΠτΔ και μεταβιβάζοντάς την στη Βουλή, η οποία αποφασίζει μετά από πρόταση του υπουργικού συμβουλίου. Επίσης, προέβλεψε τη δυνατότητα διεξαγωγής δημοψηφίσματος για ψηφισμένο νομοσχέδιο που αφορά σημαντικό κοινωνικό ζήτημα, μη δημοσιονομικού χαρακτήρα, μετά από απόφαση των 3/5 του συνολικού αριθμού των βουλευτών. Οι αναθεωρήσεις του 2001 και του 2008 δεν μετέβαλλαν αυτό το πλαίσιο, που παρέμεινε αναλλοίωτο μέχρι την αναθεώρηση του 2019.

Η επιβολή των Μνημονίων στην Ελλάδα συνοδεύτηκε από διαδικασίες που υπερέβαιναν το πνεύμα του Συντάγματος και σε κάποιες περιπτώσεις το καταστρατηγούσαν ανοιχτά, όπως η έκδοση πλήθους πράξεων νομοθετικού περιεχομένου χωρίς να συντρέχουν οι ουσιαστικές τους προϋποθέσεις και κατά παρέκκλιση της συνταγματικώς ορισμένης τακτικής διαδικασίας νομοθέτησης[8]. Επίσης, όπως εύστοχα έχει παρατηρήσει ο Κ. Μενουδάκος, η νομοθετική διαδικασία αλλοιώθηκε «με τη συστηματική εφαρμογή διαδικασιών νομοθέτησης που δεν προβλέπονται ή επιτρέπονται μόνον κατ' εξαίρεση από το Σύνταγμα, τον Κανονισμό της Βουλής, αλλά και από τις αρχές της καλής νομοθέτησης, όπως είναι η διαδικασία του κατεπείγοντος, η ένταξη στο ίδιο σχέδιο νόμου μη συναφών προς το κύριο περιεχόμενό του ρυθμίσεων ή η κατάθεση, κατά κανόνα, μάλιστα, εκπροθέσμως, τροπολογιών για θέματα επίσης μη σχετιζόμενα προς το περιεχόμενο του σχεδίου νόμου, η διάρθρωση του νομοσχεδίου σε μακροσκελή άρθρα χωρίς ενιαίο περιεχόμενο προκειμένου να διευκολυνθεί ή και να εξασφαλιστεί η ψήφισή τους»[9]. Η υιοθέτηση αυτών των πρακτικών, παρότι τα σχετικά νομοθετήματα ήταν τυπικώς έγκυρα, κλόνισαν τη νομιμοποίηση του αντιπροσωπευτικού συστήματος. Οι μαζικές απεργιακές κινητοποιήσεις της περιόδου και το «κίνημα των πλατειών» τις έβαλαν στο στόχαστρο και μαζί με τα αιτήματα για μια διαφορετική αντιμετώπιση της οικονομικής κρίσης έθεσαν ως διεκδίκησή τους την «πραγματική δημοκρατία»[10].

Η ανάδειξη του ΣΥΡΙΖΑ σε αξιωματική αντιπολίτευση μετά τις εκλογές του 2012 ως κύριου πολιτικού εκφραστή του αντιμνημονιακού μπλοκ, είχε ως αποτέλεσμα να ανοίξει επιτακτικά στο εσωτερικό του ο διάλογος για τη δυνατότητα αλλά και για την αναγκαιότητα υλοποίησης συνταγματικών αλλαγών. Οι προτάσεις που διατυπώθηκαν στη συνάντηση της Επιτροπής Εργασίας για τις αλλαγές στο κράτος, το πολιτικό σύστημα και το Σύνταγμα που συγκάλεσε ο Αλέξης Τσίπρας ως πρόεδρος του ΣΥΡΙΖΑ στις 21 Φεβρουαρίου 2013 ανέδειξαν μια σημαντική διάσταση απόψεων. Η πιο ριζοσπαστική προσέγγιση εκφράστηκε από τον Γιώργο Κατρούγκαλο ο οποίος υποστήριξε ότι μια μελλοντική κυβέρνηση με προοδευτική πλειοψηφία

---

[7] Για μια παρουσίαση της σχετικής συζήτησης βλ. If. Kamtsidou, *Pratique et révision constitutionelles dans la République hellénique,* Thèse de Doctorat, Paris 1989, σελ. 20-22. Η πιο επιδραστική επίκαιρη παρέμβαση επί του ζητήματος των προεδρικών «υπερεξουσιών» εν γένει ήταν εκείνη του Α. Μάνεση, «Η νομικοπολιτική θέση του Προέδρου της Δημοκρατίας κατά το κυβερνητικό σχέδιο Συντάγματος», *NoB*, τχ 5, 1975, σελ. 449-464.

[8] Σύμφωνα με τον Κ. Χρυσόγονο, *Η καταστρατήγηση του Συντάγματος στην εποχή των μνημονίων*, συνεργ. Α. Καϊδατζή, Χ. Κουραντίδου, Β. Τσιγαρίδα, Λιβάνη, Αθήνα 2013, σελ. 59-60, το 2012 εκδόθηκαν 25 Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου, δηλαδή περισσότερες από όσες είχαν εκδοθεί από το 2000 ως το 2011, και στις περισσότερες περιπτώσεις χωρίς να συντρέχουν οι προβλεπόμενες στο άρθρο 44 παρ. 1 του Συντάγματος ουσιαστικές προϋποθέσεις.

[9] Κ. Μενουδάκος, «Κράτος Δικαίου και Νέες Πραγματικότητες. Ασυνήθιστες διαδικασίες και με ασυνήθιστο περιεχόμενο», στην προλογική συμβολή του σε Αναστάσιος-Ιωάννης Μεταξάς, *Το δίκαιον της ανάγκης και η διάστασις της νομολογίας Συμβουλίου Επικρατείας και Αρείου Πάγου*, νέα έκδοση, Ευρασία – Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου, Αθήνα 2017, σελ. 20 και γενικότερα σελ. 17-24.

[10] Βλ. Σ. Σακελλαρόπουλου, *Κρίση και κοινωνική διαστρωμάτωση στην Ελλάδα του 21ου αιώνα*, Τόπος, Αθήνα 2014.

θα έπρεπε να συγκαλέσει Συντακτική Συνέλευση για να θεσπίσει εξαρχής νέο Σύνταγμα, ώστε να σηματοδοτήσει μια τομή στη διαδικασία εξόδου από την κρίση σε ρήξη με το «παλαιοκομματικό σύστημα»[11]. Η συνταγματική τομή αυτή θεωρούνταν αναγκαία διότι «θεσμοί άμεσης δημοκρατίας, αναγκαίοι για τον αναπροσανατολισμό του πολιτεύματος, όπως η ανακλητότητα των βουλευτών, η λαϊκή νομοθετική πρωτοβουλία για ψήφιση νόμων ή διεξαγωγή δημοψηφίσματος, δεν χωρούν στη θεσμική μήτρα του Συντάγματος του 1975»[12]. Ως προηγούμενο αυτού του αναγκαίου περάσματος από την Γ΄ στην Δ΄ ελληνική Δημοκρατία ο Γ. Κατρούγκαλος επικαλέστηκε τη μετάβαση από την Τέταρτη στην Πέμπτη γαλλική Δημοκρατία το 1958[13]. Το δικαιοκρατικό έλλειμμα της μη συμμόρφωσης με την αναθεωρητική διαδικασία που ορίζει το άρθρο 110 του ισχύοντος Συντάγματος θα αντισταθμιζόταν μέσω της δημοκρατικής απεύθυνσης στο λαό ο οποίος θα αποφαινόταν για την έναρξη της διαδικασίας συνταγματικής τομής με δημοψήφισμα. Κατ' αυτόν τον τρόπο, όχι απλώς το νέο Σύνταγμα θα προέβλεπε θεσμούς άμεσης δημοκρατίας αλλά και η ίδια η διαδικασία θέσπισής του θα ήταν αμεσοδημοκρατική, ακολουθώντας το παράδειγμα του νέου Συντάγματος της Ισλανδίας που θεσπίστηκε μετά την τραπεζική κρίση που ξέσπασε στη χώρα. Η αντίθετη άποψη εκφράστηκε εμφατικά από τον Δημήτρη Χριστόπουλο, σύμφωνα με τον οποίο το Σύνταγμα δεν αποτελούσε μέρος του προβλήματος, ούτε αιτία της κρίσης, οπότε και κάποιες τουλάχιστον από τις αναγκαίες αλλαγές σε αυτό θα μπορούσαν να γίνουν συναινετικά[14]. Το βασικό επιχείρημά του ήταν όμως ο αρνητικός συσχετισμός δύναμης στο πλαίσιο του οποίου «το νεοφιλελεύθερο πείραμα που πραγματοποιείται στη χώρα δυσκολεύεται να φορέσει το κουστούμι του Συντάγματος της μεταπολίτευσης. Δεν υπάρχει μεγαλύτερο δώρο, από το να του προσφέρει η Αριστερά τη δυνατότητα να το αποτελειώσει»[15].

Η αντιπαράθεση εκείνη αποτυπώνει σε αδρές γραμμές τις εναλλακτικές αντιλήψεις που εκφράστηκαν στο εσωτερικό του ΣΥΡΙΖΑ για το Σύνταγμα και τους θεσμούς. Όπως βεβαίως είναι γνωστό, η διαδικασία σύγκλησης Συντακτικής Συνέλευσης δεν ξεκίνησε ποτέ, όπως ματαιώθηκαν και άλλες ριζοσπαστικές διακηρύξεις του ΣΥΡΙΖΑ. Από αυτήν την άποψη, η υπογραφή του τρίτου Μνημονίου μοιάζει να δικαιώνει το επιχείρημα του Δ. Χριστόπουλου, που εκτιμούσε από νωρίτερα ότι δεν υπήρχε περιθώριο για ρηξικέλευθα εγχειρήματα. Τούτη η προσέγγιση όμως, προϋποθέτει την παραδοχή ότι όλα τα βήματα προσαρμογής του ΣΥΡΙΖΑ στο κοινωνικό και πολιτικό status quo μέχρι το καλοκαίρι του 2015 ήταν αναπόφευκτα[16]. Εξάλλου, οι ριζοσπαστικές διακηρύξεις ήταν μέρος της εκλογικής επιτυχίας του ΣΥΡΙΖΑ, χωρίς την εξαγγελία των οποίων είναι αμφίβολο εάν θα μπορούσε να εκτοξευθεί στη θέση της αξιωματικής αντιπολίτευσης και κατόπιν στην κυβέρνηση. Από την άλλη πλευρά, οι απόψεις του Γ. Κατρούγκαλου αντανακλούσαν σε μεγάλο βαθμό τη λαϊκή οργή απέναντι στο πολιτικό

---

[11] Βλ. Γ. Κατρούγκαλου, «Συντακτική ή Αναθεωρητική», *Αυγή*, 10/3/2013 και τις αναφορές σε παρόμοιες σχετικές τοποθετήσεις του Μ. Γλέζου (συνέντευξή του στην Ελευθεροτυπία της 2ας Φεβρουαρίου 2013) και του καθηγητή Γ. Κασιμάτη (συνέντευξή του στην Ελευθεροτυπία της 3ης Φεβρουαρίου 2013).

[12] Βλ. Γ. Κατρούγκαλου, «Γιατί Συντακτική Συνέλευση;», στο Β. Τζέμος, Μ.-Η. Πραβίτα (επιμ.), *Συνταγματική αναθεώρηση,* Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2014, σελ. 146 και συνολικά 135-149.

[13] Για τη μετάβαση από την Τέταρτη στην Πέμπτη γαλλική Δημοκρατία βλ. B. François, *Naissance d' une Constitution. La cinquième République 1958-1962,* Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1996.

[14] Βλ. Δ. Χριστόπουλου, *Στο ρίσκο της κρίσης. Στρατηγικές της Αριστεράς των δικαιωμάτων*, Αλεξάνδρεια, Αθήνα 2013, σελ. 61-66.

[15] Για το Σύνταγμα του 1975 ως αποτύπωση του ηγεμονευόμενου μεταπολιτευτικού συμβιβασμού, ας μου επιτραπεί η παραπομπή σε Χ. Κουρουνδή, *Το Σύνταγμα και η Αριστερά. Από τη «βαθεία τομή» του 1963 στο Σύνταγμα του 1975*, Νήσος, Αθήνα 2018, σελ. 226-233.

[16] Από την αρκετά πλούσια - και αναπόφευκτα φορτισμένη – βιβλιογραφία για την πρώτη κυβερνητική θητεία του ΣΥΡΙΖΑ βλ. αντί άλλων Kevin Ovenden, *ΣΥΡΙΖΑ: Μέσα στον λαβύρινθο*, μτφρ. Θ. Καραγιαννόπουλος, Α. Κωσταμπάρης, Οξύ, Αθήνα 2016, όπου και κριτική παρουσίαση των εναλλακτικών επιλογών που τέθηκαν τότε ενώπιον της ελληνικής κυβέρνησης.

σύστημα και την προσανατόλιζαν σε μια κατεύθυνση *πολιτικής επανάστασης*, δηλαδή ρήξης με το πολιτικό καθεστώς με διαδικασίες άσκησης συντακτικής εξουσίας. Παράλληλα όμως, η ανάλυσή του αντιμετώπιζε την Ελλάδα ως υπανάπτυκτη χώρα, που υποφέρει από τον πελατειακό χαρακτήρα του κράτους και τον παρασιτισμό των οικονομικών ελίτ, περιορίζοντας έτσι το κοινωνικό εύρος των αναγκαίων αλλαγών. Η «πρωταρχικότητα του κοινωνικού», για να χρησιμοποιήσουμε μια εμβληματική φράση του Αλέξανδρου Σβώλου[17], πήρε την εκδίκησή της όταν η συνθηκολόγηση στο κοινωνικό πεδίο την οποία σηματοδότησε η υπογραφή του τρίτου Μνημονίου, επεκτάθηκε πολύ σύντομα στο πολιτικό και στο θεσμικό επίπεδο. Έτσι, η άρση της «διαιρετικής τομής»[18] των Μνημονίων είχε ως αποτέλεσμα την ταχεία εξάντληση της κοινωνικής δυναμικής που είναι απαραίτητη για την υλοποίηση μιας στρατηγικής ευρέων θεσμικών αλλαγών.

Από την άλλη πλευρά του πολιτικού φάσματος, η κρίση αποδόθηκε κατά βάση στις πελατειακές παθογένειες του ελληνικού κοινοβουλευτισμού και έτσι οι προτάσεις αντιμετώπισής της εστιάστηκαν κυρίως στην ενίσχυση της εκτελεστικής εξουσίας και ιδίως του Προέδρου της Δημοκρατίας[19]. Είναι ενδιαφέρον όμως το γεγονός ότι, σε μεγάλο βαθμό λόγω του προαναφερθέντος κοινωνικού κλίματος, πολλές από εκείνες τις επεξεργασίες συμπεριελάμβαναν και την ανάγκη εισαγωγής αμεσοδημοκρατικών θεσμών στο Σύνταγμα με σκοπό να αντιμετωπιστεί η κρίση νομιμοποίησης του αντιπροσωπευτικού συστήματος. Σ' αυτήν την κατεύθυνση κινήθηκε και ο τέταρτος άξονας της πρότασης αναθεώρησης που κατέθεσε στη Βουλή η Νέα Δημοκρατία τον Δεκέμβριο του 2014, ο οποίος σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση της πρότασης αφορούσε τη «διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής των θεσμών άμεσης δημοκρατίας, με χαρακτηριστικό παράδειγμα το θεσμό του δημοψηφίσματος»[20]. Ειδικότερα, η πρόταση προέβλεπε την τροποποίηση του άρθρου 44 παράγραφος 2, «προς την κατεύθυνση της εκ μέρους του Προέδρου της Δημοκρατίας προκήρυξης δημοψηφίσματος όχι μόνο με πρωτοβουλία της Κυβέρνησης και της Βουλής αλλά: Πρώτον και με δική του, αποκλειστικώς, πρωτοβουλία μόνον όμως για κρίσιμα εθνικά θέματα, κατά το πρότυπο του αρχικού άρθρου 44 παράγραφος 2 του Συντάγματος. Η πρότασή μας αυτή είναι συνεπής προς την γενικότερη στόχευση της ενίσχυσης των αρμοδιοτήτων του Προέδρου της Δημοκρατίας, προκειμένου να αποκατασταθεί ο κατά το Σύνταγμα ρυθμιστικός του ρόλος. Δεύτερον, φυσικά υπό τις πρόσφορες προϋποθέσεις, και δια της οδού της λαϊκής πρωτοβουλίας. Και μάλιστα τόσον νομοθετικού δημοψηφίσματος όσον και δημοψηφίσματος για κρίσιμα εθνικά θέματα[21]. Στόχος της πρότασης αυτής είναι, όπως αυτονοήτως προκύπτει

---

[17] Βλ. Alexandros Svolos, *Le Travail dans les Constitutions contemporaines*, Recueil Sirey, Παρίσι 1939, σελ. 18-23.

[18] Για την έννοια της «διαιρετικής τομής» (cleavage) βλ. S. Lipset, S. Rokkan, «Cleavage structures, party systems and voter alignments» σε S. Lipset, S. Rokkan (επιμ.), *Party systems and voter alignments: cross-national perspectives*, The free press, New York 1967, σελ. 1-64.

[19] Βλ. χαρακτηριστικά Τ. Βιδάλη, «"Λιγότερη Βουλή!" Η προοπτική της Προεδρικής δημοκρατίας» σε Ακριβοπούλου Χ., Παπαχρήστος Ν. (επιμ.), *Η πρόκληση της αναθεώρησης του Συντάγματος*, Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σελ. 105-109 και Κ. Τσιμάρα, «Μερικές σκέψεις για την νομικοπολιτική θέση του Προέδρου της Δημοκρατίας σε ενδεχόμενη αναθεώρηση του Συντάγματος», σε. Β. Τζέμου, Μ.-Η. Πραβίτα (επιμ.), *Συνταγματική αναθεώρηση*, Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2015, σελ. 103-108.

[20] Βλ. την εν λόγω πρόταση σε http://www.syntagma-dialogos.gov.gr/?p=19876.

[21] Αντίστοιχη πρόταση, μόνο για το νομοθετικό δημοψήφισμα, είχε υποβάλει το ΠΑΣΟΚ το 2006, όπου προσδιόριζε τον απαιτούμενο αριθμό υπογραφών στο 5% του εκλογικού σώματος. Το ΠΑΣΟΚ αιτιολογούσε την πρότασή του με αναφορά στην «κρίση της πολιτικής, που πολύ συχνά συνδέεται με την κρίση των θεσμών της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας» και υποστήριζε ότι «το ίδιο το εκλογικό σώμα, η ίδια η κοινωνία των πολιτών πρέπει να έχει τη δυνατότητα να θέτει κρίσιμα ζητήματα προς συζήτηση και βεβαίως την αρμοδιότητα να λαμβάνει τις τελικές αποφάσεις, όταν αυτές έχουν ιδιαίτερη σημασία για την πορεία κρίσιμων εθνικών ή σοβαρών κοινωνικών θεμάτων». Στην ίδια προσπάθεια ενίσχυσης της συμμετοχικής δημοκρατίας ενέτασσε και την πρότασή του για την εισαγωγή του θεσμού της λαϊκής νομοθετικής πρωτοβουλίας ώστε «ένας αριθμός πολιτών (π.χ. το 3% του εκλογικού σώματος) μπορεί να υποβάλει στη Βουλή πρόταση νόμου και η Βουλή έχει υποχρέωση

από το περιεχόμενό της, ο πολλαπλασιασμός και η ενίσχυση των θεσμών άμεσης δημοκρατίας. Διευκρινίζεται, ότι ο αριθμός των πολιτών που θα μπορούν να αναλάβουν μια τέτοια λαϊκή πρωτοβουλία θα πρέπει να προσδιορίζεται ως ποσοστό, και δη σημαντικό, του Εκλογικού Σώματος, για να μην συντρέχει κίνδυνος καταχρηστικής άσκησης του σχετικού δικαιώματος». Η εν λόγω πρόταση απηχούσε, κατά συνέπεια, μια αντίληψη που αντιπαρέβαλλε στον «πλειοψηφικό κοινοβουλευτισμό» που καθιέρωσε η συνταγματική αναθεώρηση του 1986 την ενδυνάμωση του Προέδρου της Δημοκρατίας, ο οποίος πλέον θα μπορούσε να παίξει αυτόνομο πολιτικό ρόλο[22].

Η πτώση της κυβέρνησης ΝΔ-ΠΑΣΟΚ είχε ως αποτέλεσμα να μην κινηθεί τότε η αναθεωρητική διαδικασία. Από την πλευρά της, η νέα κυβέρνηση ΣΥΡΙΖΑ-ΑΝΕΛ έθεσε ως προτεραιότητά της τη διαπραγμάτευση με τους δανειστές και δεν κίνησε τη διαδικασία αναθεώρησης του Συντάγματος. Προχώρησε όμως στο πρώτο και μοναδικό μέχρι στιγμής «κυβερνητικό» δημοψήφισμα για «κρίσιμο εθνικό θέμα» υπό την ισχύ του άρθρου 44 παρ. 2 του Συντάγματος, η συνταγματικότητα του οποίου αμφισβητήθηκε[23]. Σε κάθε περίπτωση, τόσο οι συνθήκες διεξαγωγής του, όσο και η διαχείριση του αποτελέσματός του, έμελλε να σημαδέψουν αρκετά τη συζήτηση και την έκβαση της αναθεώρησης του Συντάγματος που τελικά πραγματοποιήθηκε το 2019.

2. Ο διάλογος πριν από την επίσημη έναρξη της αναθεωρητικής διαδικασίας

Ο Αλέξης Τσίπρας παρουσίασε στις 25 Ιουλίου 2016 την πρόταση της κυβέρνησης ΣΥΡΙΖΑ-ΑΝΕΛ για την αναθεώρηση του Συντάγματος σ' ένα διαφορετικό πολιτικό περιβάλλον καθώς είχε προηγηθεί η υπογραφή του τρίτου Μνημονίου και η διενέργεια των εκλογών του Σεπτεμβρίου 2015[24]. Η πρότασή του περιελάμβανε πέντε άξονες, από τους οποίους ο δεύτερος αφορούσε την ενίσχυση των θεσμών άμεσης δημοκρατίας. Ειδικότερα, καθιέρωνε την υποχρέωση κύρωσης, μόνο με δημοψήφισμα, οποιασδήποτε συνθήκης μεταβιβάζει κυριαρχικές αρμοδιότητες του κράτους. Επίσης, προέβλεπε τη δυνατότητα διενέργειας δημοψηφίσματος με λαϊκή πρωτοβουλία και συλλογή άνω των 500.000 υπογραφών πολιτών για εθνικά θέματα, τη δυνατότητα διενέργειας δημοψηφίσματος με λαϊκή πρωτοβουλία και συλλογή άνω του ενός εκατομμυρίου υπογραφών για ψηφισμένο νόμο (με εξαίρεση νόμους που αφορούν τα δημοσιονομικά ζητήματα), καθώς και τη δυνατότητα διενέργειας δημοψηφίσματος για νομοθετική πρωτοβουλία με συλλογή άνω του ενός εκατομμυρίου υπογραφών. Πριν από την επίσημη κίνηση της αναθεωρητικής διαδικασίας, προβλέφθηκε να ξεκινήσει «ένας διάλογος δημοκρατίας» που περιελάμβανε συζητήσεις και εκδηλώσεις με τη

να συζητήσει την πρόταση αυτή». Βλ. Βουλή των Ελλήνων, *Σύνταγμα της Ελλάδας και οι προτάσεις των κομμάτων για την αναθεώρησή του*, Τμήμα εκδόσεων της Βουλής των Ελλήνων, Αθήνα 2006, σελ. 290-291, 293. Πρβλ. την άποψη του ΚΚΕ, το οποίο πρότεινε να καθιερωθεί η υποχρεωτικότητα στη διεξαγωγή δημοψηφίσματος στην περίπτωση υποβολής σχετικής πρότασης από ένα κοινοβουλευτικό κόμμα και υπερψήφισής της από ένα σημαντικό αριθμό βουλευτών, πχ από 100 βουλευτές. Επίσης, είχε προτείνει να καθιερωθεί η δυνατότητα να προκαλείται δημοψήφισμα και με λαϊκή πρωτοβουλία (ό.π., σελ. 313-314).

[22] Για τη δυνατότητα αυτή στο πλαίσιο του Συντάγματος του 1975 πριν από την αναθεώρηση του 1986 βλ. Ευ. Βενιζέλο, *Η λογική του πολιτεύματος και η δομή της εκτελεστικής εξουσίας στο Σύνταγμα του 1975*, Παρατηρητής, Θεσσαλονίκη 1980. Πρβλ. επίσης την κριτική του Αριστόβουλου Μάνεση στην αναθεώρηση του 1986, που εστιαζόταν στη μεταφορά αρμοδιοτήτων από τον ένα πόλο της εκτελεστικής εξουσίας, τον ΠτΔ, στον άλλο, την κυβέρνηση και ειδικά στον πρωθυπουργό· βλ. αναλυτικά Α. Μάνεση, *Η συνταγματική αναθεώρηση του 1986*, Παρατηρητής, Θεσσαλονίκη, 1989, ιδίως σελ. 28-136, όπου και οι προτάσεις του για την καθιέρωση της δυνατότητας διενέργειας δημοψηφίσματος και υποβολής πρότασης νόμων με λαϊκή πρωτοβουλία, καθώς και για την κατοχύρωση της απλής αναλογικής και της δυνατότητας σύστασης εξεταστικών επιτροπών της Βουλής με αίτημα των 2/5 του συνολικού αριθμού των βουλευτών.

[23] Βλ. ενδεικτικά Φ. Σπυρόπουλου, Ξ. Κοντιάδη, Χ. Ανθόπουλου, Γ. Γεραπετρίτη (- Β. Χρήστου), *Σύνταγμα. Κατ' άρθρο ερμηνεία*, Σάκκουλας, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2017, άρθ. 44, σελ. 925, 927.

[24] Βλ. την ομιλία του τότε πρωθυπουργού σε http://www.syntagma-dialogos.gov.gr/?p=20077.

συμμετοχή επιστημονικών και κοινωνικών φορέων, κινήσεων πολιτών και συλλογικοτήτων αλλά και μεμονωμένων πολιτών, καθώς και τη δημιουργία ειδικής ιστοσελίδας όπου όλοι οι πολίτες θα έχουν την δυνατότητα συμμετοχής στο διάλογο.

Η «Επιτροπή Διαλόγου για τη Συνταγματική Αναθεώρηση», συγκροτήθηκε με πρόεδρο τον καθηγητή Πολιτικών Επιστημών Μιχάλη Σπουρδαλάκη, οι εκδηλώσεις όμως που πραγματοποιήθηκαν υπό την αιγίδα της δεν είχαν ιδιαίτερη κοινωνική απήχηση, ούτε υλοποίησαν πλήρως τον φιλόδοξο αρχικό σχεδιασμό. Αντιθέτως μάλιστα, ο διάλογος για την αναθεώρηση του Συντάγματος ηγεμονεύθηκε από το σχέδιο που κυκλοφόρησε στις 5 Ιουνίου 2016 με τίτλο «Ένα καινοτόμο Σύνταγμα για την Ελλάδα» και απηχούσε σε μεγάλο βαθμό τις ιδέες της φιλελεύθερης αντιπολίτευσης[25]. Το «Καινοτόμο Σύνταγμα» πρότεινε μεταξύ άλλων την αύξηση των αρμοδιοτήτων του Προέδρου της Δημοκρατίας (ΠτΔ), τη μετατόπιση του κέντρου βάρους της νομοθέτησης από τη Βουλή στην κυβέρνηση και την «κανονικοποίηση των πράξεων νομοθετικού περιεχομένου». Επίσης, προέβλεπε την επαναφορά της δυνατότητας διεξαγωγής δημοψηφίσματος με πρωτοβουλία του ΠτΔ όπως προβλεπόταν πριν από την αναθεώρηση του 1986 και όπως πρότεινε η αναθεωρητική πρόταση της ΝΔ το 2014, αλλά και τη διεξαγωγή του με τη συγκέντρωση των υπογραφών 50.000 τουλάχιστον πολιτών[26]. Η κυριαρχία αυτής της ατζέντας στη δημόσια συζήτηση έδειξε την αλλαγή του πολιτικού περιβάλλοντος σε σχέση με την προ του 2015 περίοδο. Η εφαρμογή του τρίτου Μνημονίου από τη δεύτερη κυβέρνηση ΣΥΡΙΖΑ-ΑΝΕΛ είχε ήδη κλονίσει τις σχέσεις εκπροσώπησης που είχε διαμορφώσει ο ΣΥΡΙΖΑ με τις κατώτερες κοινωνικές τάξεις, την ίδια στιγμή που η αξιωματική αντιπολίτευση ανακτούσε τη χαμένη της αξιοπιστία προβάλλοντας το πρόγραμμά της ως το μόνο ρεαλιστικό.

Από την άλλη πλευρά, το αντίστοιχο σχέδιο φίλα προσκείμενων στην κυβέρνηση ΣΥΡΙΖΑ-ΑΝΕΛ επιστημόνων δεν συνάντησε μεγάλη απήχηση[27]. Η πρότασή τους σκιαγραφούσε ένα πολιτικό σύστημα που θα λειτουργούσε με κυβερνήσεις συνασπισμού ή και μειοψηφίας, με έναν ενισχυμένο ως προς τις ρυθμιστικές του αρμοδιότητες (και πιθανότατα εξοπλισμένο με άμεση λαϊκή νομιμοποίηση) Πρόεδρο της Δημοκρατίας και ένα ισχυρό Συνταγματικό Δικαστήριο που θα αναλάμβανε τον έλεγχο συνταγματικότητας των νόμων[28]. Ο τρίτος άξονας της πρότασής τους αφορούσε την εισαγωγή θεσμών άμεσης δημοκρατίας και νέων μορφών λογοδοσίας, που προχωρούσαν πέρα από την εξαγγελία του προέδρου του ΣΥΡΙΖΑ το 2016. Ειδικότερα, προέβλεπαν επιπλέον τη δυνατότητα συλλογής 100.000 υπογραφών για κίνηση της νομοθετικής πρωτοβουλίας από τους ίδιους τους πολίτες, τη δυνατότητα διενέργειας δημοψηφίσματος αρνησικυρίας (για να μην ισχύσει ψηφισμένος νόμος), καθώς και ότι η αναθεωρητική πρόταση τίθεται σε ισχύ μετά την έγκρισή της από το εκλογικό σώμα, μετά από δημοψήφισμα που προκηρύσσει ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας. Αξιοσημείωτη είναι επίσης η διάταξη για τη δυνατότητα πρόκλησης δημοψηφίσματος για ανάκληση του Προέδρου της Δημοκρατίας με τη συλλογή τουλάχιστον ενός εκατομμυρίου υπογραφών.

[25] Βλ. Ν. Αλιβιζάτος, Π. Βουρλούμης, Γ. Γεραπετρίτης, Γ. Κτιστάκις, Σ. Μάνος, Φ. Σπυρόπουλος, *Ένα καινοτόμο Σύνταγμα για την Ελλάδα. Κείμενα εργασίας,* Μεταίχμιο, Αθήνα 2016. Όπως αναφέρεται στο προλογικό σημείωμα του έργου, η συγκρότηση της ομάδας εργασίας έγινε με πρωτοβουλία του Στέφανου Μάνου.

[26] Βλ. το άρθρο 40 παρ. 2 του εν λόγω σχεδίου, σύμφωνα με το οποίο επίσης «το αποτέλεσμα του δημοψηφίσματος είναι σε κάθε περίπτωση δεσμευτικό. Αμφισβητήσεις ως προς τη νομιμότητα του ερωτήματος, την έννοια του αποτελέσματος και την έκταση της δέσμευσης από αυτό της Κυβέρνησης, της Βουλής και των δικαστηρίων επιλύονται από το Ανώτατο Δικαστήριο. Η απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και ισχύει ως νόμος».

[27] Βλ. Χ. Βερναρδάκης, Α. Δημητρόπουλος, Κ. Ζώρας, Γ. Κατρούγκαλος, Η. Νικολόπουλος, Κ. Χρυσόγονος, «Πρόταση για μια προοδευτική αναθεώρηση του Συντάγματος», *Αυγή*, 27 Μαρτίου 2017.

[28] Βλ. την κριτική παρουσίαση της συγκεκριμένης πρότασης από τον Χ. Ανθόπουλο, «Ιδέες για τη συνταγματική αναθεώρηση», *Έθνος*, 29 Μαρτίου 2017.

3. Η αντιπαράθεση ενώπιον της Θ΄ Αναθεωρητικής Βουλής

Η πρόταση του ΣΥΡΙΖΑ κατατέθηκε στη Βουλή στις 2 Νοεμβρίου 2018 και στην αιτιολογική της έκθεση έθετε ως στόχο «την πλήρη επαναθεμελίωση του πολιτεύματος σε δημοκρατικότερη και προοδευτική βάση», την ίδια στιγμή που δεχόταν ότι «περιλαμβάνει αρκετές από τις προτάσεις Αναθεώρησης της ΝΔ του 2014, αλλά και από τα σημεία αναθεώρησης που πρότεινε πρόσφατα το ΚΙΝΑΛ»[29]. Ειδικότερα, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση, «το κίνημα των πλατειών, στις αρχές της οικονομικής κρίσης, πέραν του θυμού και της οργής από τις πολιτικές της σκληρής λιτότητας, έθεσε στην ημερήσια διάταξη και ένα καίριο ερώτημα που αφορά τα όρια της αντιπροσώπευσης. Έθεσε το αίτημα για απευθείας συμμετοχή του λαού στη διαμόρφωση της πολιτικής και των κρίσιμων αποφάσεων […] Για αυτό προτείνουμε την κατοχύρωση του δικαιώματος για διενέργεια δημοψηφίσματος με λαϊκή πρωτοβουλία, είτε για κρίσιμο εθνικό θέμα είτε για ψηφισμένο νομοσχέδιο, αλλά και τη θεσμοθέτηση της λαϊκής νομοθετικής πρωτοβουλίας». Συγκεκριμένα, η πρόταση πρότεινε την προσθήκη εδαφίου στη δεύτερη παράγραφο του άρθρου 28 προκειμένου να οριστεί ότι διεθνής συνθήκη ή συμφωνία που προβλέπει τη μεταβίβαση κυριαρχικών αρμοδιοτήτων κυρώνεται υποχρεωτικά με δημοψήφισμα. Επίσης, προέβλεπε την τροποποίηση της παρ. 2 του άρθρου 44, προκειμένου να καθιερωθεί ο θεσμός του δημοψηφίσματος με λαϊκή πρωτοβουλία. Σύμφωνα με τη συγκεκριμένη πρόταση, θα μπορούσε να προκηρυχθεί δημοψήφισμα για κρίσιμα εθνικά θέματα μετά από αίτηση πεντακοσίων χιλιάδων πολιτών που έχουν το εκλογικό δικαίωμα ή για ψηφισμένα νομοσχέδια που ρυθμίζουν σοβαρό κοινωνικό ζήτημα, εκτός από τα δημοσιονομικά, μετά από αίτηση ενός εκατομμυρίου πολιτών. Η διαδικασία και οι όροι ενεργοποίησης του θεσμού θα καθορίζονταν με εκτελεστικό νόμο. Σε περίπτωση αμφισβήτησης για το αν η αίτηση δημοψηφίσματος με λαϊκή πρωτοβουλία αφορά κρίσιμο εθνικό θέμα ή νομοσχέδιο που ρυθμίζει σοβαρό κοινωνικό ζήτημα, θα αποφαινόταν η Βουλή με την απόλυτη πλειοψηφία του όλου αριθμού των βουλευτών. Η ίδια πρόταση προέβλεπε επιπλέον τη λαϊκή νομοθετική πρωτοβουλία με τη μορφή της υποχρεωτικής συζήτησης από τη Βουλή πρότασης νόμου κατόπιν συλλογής υπογραφών εκατό χιλιάδων πολιτών (με τροποποίηση του άρθρου 73 παρ. 1). Όλες αυτές οι προσθήκες, σύμφωνα πάντα με τη συγκεκριμένη πρόταση, «ενισχύουν τα στοιχεία άμεσης δημοκρατίας, χωρίς όμως να θίγουν τον αντιπροσωπευτικό χαρακτήρα του πολιτεύματος. Αντιθέτως, εντάσσονται ομαλά στο αντιπροσωπευτικό σύστημα και το συμπληρώνουν δημιουργικά».

Η πρόταση που τελικά κατατέθηκε, ακολούθησε λοιπόν κατά βάση τις εξαγγελίες του 2016. Αντίθετα, δεν συμπεριέλαβε μείζονος σημασίας πολιτειακές αλλαγές που προέβλεπε η «Πρόταση για μια προοδευτική αναθεώρηση του Συντάγματος», όπως η έγκριση των συνταγματικών αναθεωρήσεων με δημοψήφισμα και η δυνατότητα πρόκλησης δημοψηφίσματος για ανάκληση του Προέδρου της Δημοκρατίας με συλλογή υπογραφών. Γενικότερα, η τελική πρόταση του ΣΥΡΙΖΑ παρουσίαζε μια οφθαλμοφανή αντίφαση: από τη μια πλευρά καθιέρωνε «αμεσοδημοκρατικούς» θεσμούς και ενίσχυε τη δημοκρατική αποτύπωση της λαϊκής βούλησης στη Βουλή μέσω της κατοχύρωσης αναλογικού εκλογικού συστήματος, ενώ την ίδια στιγμή αναβάθμιζε και τους δύο πόλους της εκτελεστικής εξουσίας, τον ΠτΔ μέσω της δυνατότητας άμεσης εκλογής του και την κυβέρνηση μέσω της καθιέρωσης της «εποικοδομητικής πρότασης δυσπιστίας» ως εγγύησης σταθερότητας. Σε κάθε περίπτωση πάντως, οι συζητήσεις κατά τη διάρκεια των συνεδριάσεων της Επιτροπής για την αναθεώρηση του Συντάγματος, που συγκροτήθηκε υπό την προεδρία του Νίκου

[29] Βλ. την πρόταση σε https://www.hellenicparliament.gr/Nomothetiko-Ergo/Anazitisi-Nomothetikou-Ergou?law_id=36a10a07-b72c-4c6b-83aa-a98c01454042.

Παρασκευόπουλου, αναλώθηκαν κυρίως στο - αμφισβητούμενο με όρους συνταγματικής θεωρίας - ζήτημα εάν οι κατευθύνσεις της πρώτης Βουλής δεσμεύουν τη δεύτερη[30].

Η πλειοψηφία προσπάθησε να αναδείξει τη σημασία των προτεινόμενων τροποποιήσεων, αναφερόμενη στη μετάλλαξη του αντιπροσωπευτικού συστήματος. Έτσι, ο Γενικός εισηγητής του ΣΥΡΙΖΑ στην Επιτροπή Αναθεώρησης της πρώτης Βουλής Γ. Κατρούγκαλος διακήρυξε χαρακτηριστικά ότι σε μια σύγχρονη κοινωνία της γνώσης «τα όρια της αντιπροσώπευσης γίνονται ορατά και πορώδη»[31]. Επίσης, τόνισε ότι «Η λαϊκή κυριαρχία, το συμβολικό θεμέλιο της κρατικής και της κοινοβουλευτικής εξουσίας στην αντιπροσωπευτική δημοκρατία, προϋποθέτει τη συντακτική εξουσία ως μια δύναμη που προηγείται κάθε μορφοποίησης ή θεσμοποίησής της. Αποτελεί λάθος να πιστεύουμε ότι η κυριαρχία είναι μια απλή ρητορική αναφορά. Αποτελεί το θεμέλιο της συντακτικής εξουσίας. Με τις προτάσεις μας αναβαθμίζουμε την πορεία θεσμικής αναγνώρισης της λαϊκής κυριαρχίας, όχι μόνο με την αντιπροσωπευτική, αλλά και με την υλική της συμμετοχή στην διαβουλευτική της έκφραση». Μ' αυτόν τον τρόπο, ο Γενικός Εισηγητής του ΣΥΡΙΖΑ συνέδεε τη λαϊκή κυριαρχία με τη θεσμοθέτηση μορφών «άμεσης δημοκρατίας» και συμμετοχής των πολιτών στην άσκηση της εξουσίας.

Στη δεύτερη Αναθεωρητική Βουλή, ο Γενικός Εισηγητής της ΝΔ Κ. Τζαβάρας, αναφέρθηκε στην κρίση αντιπροσώπευσης όπως αυτή προσεγγίστηκε από τον Κόλιν Κράουτς, τον Κορνήλιο Καστοριάδη και τη Σαντάλ Μουφ[32]. Επικαλέστηκε μάλιστα την τελευταία για να υποστηρίξει ότι δεν υπάρχει άλλη εναλλακτική λύση από τη φιλελεύθερη δημοκρατία, ίσως επειδή οι απόψεις της αποτελούν σημείο αναφοράς του «αριστερού λαϊκισμού» που αποδίδεται στον ΣΥΡΙΖΑ[33]. Τόνισε όμως με έμφαση ότι κινήσεις πολιτών που διεκδικούν μερίδιο εξουσίας απέναντι στο αντιπροσωπευτικό σύστημα πρέπει να φιλτράρονται από αυτό, καθώς τούτο αποτελεί τη μεγαλύτερη ιστορική κατάκτηση. Εξαιρετικά ενδιαφέρουσα αν και μάλλον χωρίς επαφή με το συνολικό επιχείρημά του, ήταν επίσης η τοποθέτησή του ότι από την Κομμούνα του Παρισιού του 1871 και από τη δημοκρατία των εργατικών συμβουλίων έως τα σοβιέτ της ΕΣΣΔ, η σχέση αντιπροσώπευσης είναι εκείνη που έφερνε σε λειτουργική επαφή τον λαό με τη δημοκρατία. Σ' αυτό το πλαίσιο, άσκησε κριτική στην πρόταση του ΣΥΡΙΖΑ ισχυριζόμενος ότι ήθελε να εγκαθιδρύσει μια μορφή παράλληλης άμεσης δημοκρατίας, ενώ τα δημοψηφίσματα θα πρέπει να θεωρούνται ενίσχυση της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας και τόνισε τη διάκριση ανάμεσα στο λαό και σ' ένα τμήμα του που μπορεί να υπογράψει μια νομοθετική πρωτοβουλία ή μια πρόταση δημοψηφίσματος. Στην απάντησή του, ο Γ. Κατρούγκαλος επέμεινε στην ανάγκη θεσμοθέτησης των προτάσεων του ΣΥΡΙΖΑ[34]. Σ' αυτό το πλαίσιο, άσκησε κριτική στην υπαναχώρηση της ΝΔ σε σχέση με το 2014 που κοινοβουλευτική ομάδα της ίδιας είχε προτείνει την εισαγωγή στο Σύνταγμα του θεσμού του

---

[30] Βλ. την παρουσίαση της συζήτησης από τον Γ. Σωτηρέλη, «Τα όρια της Αναθεωρητικής Βουλής – Η επικίνδυνη πολιτική «εργαλειοποίηση» μιας ενδιαφέρουσας θεωρητικής συζήτησης» σε https://www.constitutionalism.gr/ta-oria-tis-anatheoritikis-voulis/. Για την κρατούσα άποψη, κατά την οποία η πρώτη Βουλή απλώς αποφασίζει για τις αναθεωρητέες διατάξεις ενώ η δεύτερη είναι ελεύθερη να αποφασίσει ως προς το συγκεκριμένο περιεχόμενο των προταθεισών διατάξεων βλ. αντί άλλων Χ. Ανθόπουλου, «Η ελευθερία της Αναθεωρητικής Βουλής» σε https://www.constitutionalism.gr/2019-01-anthopoulos-anatheoritiki-vouli/ . Για την αντίθετη άποψη βλ. Κ. Γιαννακόπουλου, «Η δυνατότητα δέσμευσης της Αναθεωρητικής Βουλής από τις κατευθύνσεις της προτείνουσας Βουλής» σε https://www.constitutionalism.gr/yannakopoulos-desmeusi-anatheoritikis-voulis/.

[31] Βλ. Βουλή των Ελλήνων. *Έκθεση της Επιτροπής Αναθεώρησης του Συντάγματος*, Βουλή των Ελλήνων, Προεδρία Νικολάου Βούτση, Αθήνα 2019, σελ. 26-28.

[32] Βλ. Βουλή των Ελλήνων, *Έκθεση της Επιτροπής Αναθεώρησης του Συντάγματος*, Βουλή των Ελλήνων, Προεδρία Κωνσταντίνου Τασούλα, Αθήνα 2019, σελ. 32-36.

[33] Βλ. Ch. Mouffe, *For a left populism*, Verso, London 2019.

[34] Βλ. Βουλή των Ελλήνων, *Έκθεση της Επιτροπής Αναθεώρησης του Συντάγματος*, Βουλή των Ελλήνων, Προεδρία Κωνσταντίνου Τασούλα, Αθήνα 2019, σελ. 87-90.

δημοψηφίσματος με λαϊκή πρωτοβουλία και το λεγόμενο νομοθετικό δημοψήφισμα. Επιπλέον, επεσήμανε ότι τα δημοψηφίσματα αποτελούν μορφή πραγμάτωσης της λαϊκής κυριαρχίας και βασικό θεσμό συμπλήρωσης της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας και ενίσχυσης της πορείας μετάβασης από την τυπική στην ουσιαστική ισότητα. Ως προς τα δημοψηφίσματα κύρωσης των διεθνών συνθηκών, απέναντι στην κριτική ότι με την κατοχύρωσή τους μπορεί να ανασχεθεί η πορεία της ευρωπαϊκής ενοποίησης αντέταξε ότι η αντίρρηση αυτή εκλαμβάνει ως δεδομένο ότι δεν μπορεί να υπάρξει λαϊκή υποστήριξη στο ευρωπαϊκό εγχείρημα.

Οι συζητήσεις ενώπιον της Θ΄ Αναθεωρητικής Βουλής ανέδειξαν σειρά προβληματισμών για τους θεσμούς άμεσης δημοκρατίας και τη δυνατότητά τους να αναζωογονήσουν το αντιπροσωπευτικό σύστημα[35]. Από τη μια πλευρά, τονίστηκε ότι μέσω αυτών των θεσμών η λαϊκή βούληση για τα πολιτικά ζητήματα θα μπορεί να εκφραστεί με άμεσο τρόπο και όχι μόνο έμμεσα μέσω της επιλογής των προσώπων των βουλευτών, κάνοντας τη δημόσια συζήτηση περισσότερο ουσιαστική. Από την άλλη, επισημάνθηκαν οι κίνδυνοι του λαϊκισμού που θα μπορούσε να υποσκάψει τα θεμέλια της ίδιας της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας.

4. Συμπερασματικές εκτιμήσεις: η άχρωμη κατάληξη μιας έντονης σύγκρουσης

Η συνταγματική αναθεώρηση ολοκληρώθηκε μετά τις εκλογές του Ιουλίου 2019 και ήταν η πρώτη στην ελληνική Ιστορία που έγινε με διαφορετική κοινοβουλευτική πλειοψηφία στη δεύτερη Βουλή σε σχέση με την πρώτη[36]. Η καθιέρωση της λαϊκής νομοθετικής πρωτοβουλίας, δηλαδή της συλλογής υπογραφών από 500.000 πολίτες για την υποβολή ενός νομοσχεδίου στη Βουλή η οποία είναι υποχρεωμένη να το συζητήσει, ψηφίστηκε συναινετικά από ΝΔ και ΣΥΡΙΖΑ. Δεν είναι τυχαίο ότι στην καταληκτική ομιλία του κατά την ψήφιση της αναθεώρησης στην Ολομέλεια της Βουλής στις 25 Νοεμβρίου 2019, ο νέος πρωθυπουργός Κυριάκος Μητσοτάκης ανέφερε τη συγκεκριμένη αλλαγή ως ένδειξη της συναινετικής διάθεσης του κόμματός του υποστηρίζοντας ότι «η κοινοβουλευτική μας ομάδα ενσωμάτωσε στην τελική της πρόταση και την «λαϊκή νομοθετική πρωτοβουλία» που πρότεινε η αντιπολίτευση. Συμφωνήσαμε οι υπογραφές 500.000 πολιτών με δικαίωμα ψήφου να οδηγούν στην κατάθεση προτάσεων, οι οποίες θα συζητούνται υποχρεωτικά στην Βουλή. Βεβαίως, μία διαδικασία όπως αυτή -η οποία σε πρώτη ανάγνωση φαίνεται ανοιχτή στην λαϊκή συμμετοχή- εγκυμονεί και κινδύνους, μπορεί να κρύβει κινδύνους, για την αντιπροσωπευτική δημοκρατία. Γι' αυτό περιορίζουμε τον αριθμό τέτοιων προτάσεων σε δύο ανά βουλευτική περίοδο. Και θέτουμε κάποια, εκτιμώ απολύτως αυτονόητα, όρια, ώστε να μην αφορούν θέματα όπως η Εθνική Άμυνα, η δημοσιονομική πολιτική και η εξωτερική πολιτική. Δείξαμε, όμως, υιοθετώντας αυτή την πρόταση, τη διάθεσή μας να αξιοποιήσουμε αυτή τη μακρά διαδικασία και να ενσωματώσουμε προτάσεις οι οποίες θεωρούμε ότι κινούνται στη σωστή κατεύθυνση και δεν βρίσκονταν στον πυρήνα της δικής μας πρότασης»[37]. Η διατύπωση της εν λόγω διάταξης όπως τελικά ψηφίστηκε, αποδίδει στη Βουλή την αρμοδιότητα να αποφανθεί για την τελική διατύπωση του νομοθετικού κειμένου που θα συζητηθεί ενώπιόν της μετά από τη διαπίστωση της συλλογής του αναγκαίου αριθμού υπογραφών. Τούτη πάντως η αρμοδιότητα θα πρέπει ερμηνευτικά να θεωρηθεί ότι αφορά μόνο νομοτεχνικές βελτιώσεις και όχι αλλαγή των βασικών προβλέψεων του προταθέντος από τους πολίτες νομοθετικού κειμένου, ειδάλλως θα πρόκειται για αλλοίωση και διαστρέβλωση του νέου συνταγματικού θεσμού. Επιπλέον, η συλλογή ενός τόσο μεγάλου αριθμού υπογραφών φαντάζει αρκετά περιοριστική, ωστόσο

[35] Για τις σχετικές θεωρητικές επεξεργασίες σε διεθνές πλαίσιο καθώς και για τις διακρίσεις μεταξύ των δημοψηφισμάτων βλ. Λ. Παπαδοπούλου, *Θεσμοί «άμεσης δημοκρατίας» στο Σύνταγμα*, Ευρασία, Αθήνα 2014.

[36] Για μια συνολική αποτίμηση της αναθεώρησης του 2019 ας μου επιτραπεί η παραπομπή σε Χ. Κουρουνδή, «Συνταγματική αναθεώρηση: ώδινεν όρος και έτεκεν μυν» στο Χ. Λάσκου, Δ. Παπαδάτου-Αναγνωστόπουλου (επιμ.), *Ο ΣΥΡΙΖΑ στην κυβέρνηση 2015-2019: μια αποτίμηση*, Τόπος, Αθήνα 2020, 331-340.

[37] Βλ. την ομιλία του σε https://primeminister.gr/2019/11/25/22622.

τελικός κριτής δεν μπορεί να είναι άλλος από την εφαρμογή της συγκεκριμένης διάταξης στην πράξη.

Η εν λόγω πρόβλεψη ήταν και η μόνη αλλαγή τελικά που αφορούσε την εισαγωγή στο Σύνταγμα θεσμών «άμεσης δημοκρατίας». Όλες οι άλλες προτάσεις, ιδίως αναφορικά με τα δημοψηφίσματα, καταψηφίστηκαν, το δε εκκρεμές του πολιτεύματος ταλαντώθηκε προς την ενίσχυση του πλειοψηφικού κοινοβουλευτισμού[38]. Μ' αυτό το δεδομένο, η συνταγματική αναθεώρηση θα μπορούσε να αποτιμηθεί ως μια χαμένη ευκαιρία για την ανανέωση της σύνδεσης του πολιτεύματος με την πηγή της νομιμοποίησής του. Η καθιέρωση μορφών άμεσης συμμετοχής του λαού στην άσκηση της εξουσίας θα μπορούσαν να λειτουργήσουν ως κίνητρο βελτίωσης του αντιπροσωπευτικού σώματος και ως τρόποι λαϊκού ελέγχου της Βουλής. Από την άλλη πλευρά, είναι αμφίβολο το εάν η κρίση της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας, που συνδέεται στην εποχή μας με την αποδυνάμωση της λειτουργίας της αντιπροσώπευσης ως αποτέλεσμα της οικονομικής κρίσης, μπορεί συνολικά να αντιμετωπιστεί με την εισαγωγή τέτοιων θεσμών. Οι μορφές άμεσης συμμετοχής των πολιτών στη λήψη πολιτικών αποφάσεων και στην άσκηση της νομοθετικής λειτουργίας δεν αναμένεται άλλωστε να έχουν ως αποτέλεσμα μια ριζοσπαστική αλλαγή του περιεχομένου των ασκούμενων πολιτικών[39]. Ειδικά στην Ελλάδα, η εμπειρία του δημοψηφίσματος του 2015 αποδεικνύει ότι η έκφραση της λαϊκής βούλησης μεταφράζεται ή και ανατρέπεται εύκολα από τους εκάστοτε κυβερνώντες, με αποτέλεσμα την ένταση της κρίσης αντιπροσώπευσης. Σε τελική ανάλυση, οι αλλαγές στη μηχανική της αντιπροσώπευσης θα εξαρτηθούν από τη νέα ισορροπία που θα προκύψει στη σχέση μεταξύ κυβερνώντων και κυβερνωμένων.

[38] Έτσι ο Α. Καϊδατζής, «Πέντε παρατηρήσεις για τη συνταγματική αναθεώρηση» σε https://www.constitutionalism.gr/5-paratiriseis-gia-tin-sintagmatiki-anatheorisi/, που στηρίζει αυτήν την άποψη στο γεγονός ότι καταργήθηκαν οι ρυθμίσεις των άρθρων 32 και 101Α του Συντάγματος που απαιτούσαν ευρύτερες συναινέσεις του πολιτικού συστήματος.

[39] Βλ. Λ. Παπαδοπούλου, «Μορφές «άμεσης» νομοθέτησης: Δημοψήφισμα και λαϊκή νομοθετική πρωτοβουλία», σε Χ. Ακριβοπούλου, Ν. Παπαχρήστου (επιμ.), *Η πρόκληση της αναθεώρησης του Συντάγματος*, Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σελ. 45.

Επιτελικά Στελέχη της Δημόσιας Διοίκησης και Πολιτική: Ανάδειξη, Ρόλος και Αποτελεσματικότητα

Μαρία Ραμματά, Δρ. Διοικητικής Επιστήμης Πανεπιστημίου Σορβόννης, ΣΕΠ ΕΑΠ

Εισαγωγή

Η απόδοση της δημόσιας διοίκησης, η παραγωγή αποτελεσμάτων (output) και επιπτώσεων (outcome) θεμιτών και ωφέλιμων για την κοινωνία και την οικονομία αποτελούν, στο μεγαλύτερο βαθμό, συνάρτηση των δημοκρατικών θεσμών, του θεσμικού πλαισίου (institutional framework), των διατιθέμενων πόρων (resources), των διαδικασιών (procedures), των λειτουργιών (operations) και κυρίως της απόδοσης (performance) του προσωπικού της δημόσιας διοίκησης και του δικαστικού Σώματος. Η δημόσια διοίκηση και μέσα από αυτήν και οι υπάλληλοί της, με τις παρεχόμενες υπηρεσίες της προς τον πολίτη και τις επιχειρήσεις, καλείται να παράξει αξία, να αποτελέσει το όχημα για την ενίσχυση της κοινωνικής συνοχής, να προωθήσει την αλληλεγγύη, να διασφαλίσει την εφαρμογή των θεμελιωδών αρχών λειτουργίας της - νομιμότητα, δημόσιο συμφέρον, ουδετερότητα, ακεραιότητα, αποτελεσματικότητα - (European Commission, 2015, 2000, Χρυσανθάκης, 2015, σελ. 47) και να συμβάλει στη συμμόρφωση των πολιτών στο εκάστοτε ρυθμιστικό πλαίσιο το οποίο αναμένεται να εξασφαλίσει την αξιοπρεπή διαβίωσή τους και την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητάς τους (Χρυσανθάκης, 2015). Ειδικά λόγω της οικονομικής κρίσης, η πρόσληψη της κοινωνίας για το δημοσιοϋπαλληλικό Σώμα και τη λειτουργία της δημόσιας διοίκησης εν γένει, οδήγησε σε επίρρωση μίας ήδη αρνητικού προσήμου διαμορφωμένης τάσης, ενώ οι όροι και οι προϋποθέσεις για την άσκηση του λειτουργήματος του δημοσίου υπαλλήλου δυσχεραίνονται έτι περισσότερο (π.χ. από το 2009 έως το 2018, η δημόσια διοίκηση συρρικνώθηκε κατά 126.396 τακτικούς υπαλλήλους, ενώ σημαντικοί τομείς όπως η υγεία, η παιδεία, η κοινωνική ασφάλιση, συναντούν ακόμη ιδιαίτερα προβλήματα υποστελέχωσης, σημαντικά εργαλεία ΤΠΕ εισάγονται με καθυστέρηση, κ.ά.) (Ραμματά, 2011). Υπό αυτές τις δυσοίωνες συνθήκες, το επίκαιρο ζητούμενο που είναι η βελτιωμένη δημόσια διακυβέρνηση, φαίνεται ότι περνάει μέσα από την μεταρρύθμιση της διοίκησης ανθρώπινου δυναμικού στην οποία προεξέχουσα θέση κατέχει η ανάδειξη των ικανότερων επιτελικών στελεχών στην ηγεσία του δημοσιοϋπαλληλικού Σώματος. Τα στελέχη αυτά είναι επιφορτισμένα με άνευ προηγουμένου σύνθετες αποστολές, που σχετίζονται με : τον σχεδιασμό, την εφαρμογή και την αξιολόγηση των δημόσιων πολιτικών, την συνδρομή στην νομοπαραγωγική διαδικασία, την παροχή αποτελεσματικών υπηρεσιών στους πολίτες και λοιπούς χρήστες, την δικτύωση με τα ενδιαφερόμενα μέρη, την επίβλεψη της απόδοσης και της παραγωγικότητας του προσωπικού και των υπηρεσιών που εποπτεύουν.

Στο παραπάνω πλαίσιο, έντονη είναι η σύγχρονη απαίτηση για ενισχυμένη ηγεσία και δημιουργία μιας συναντίληψης στα ανώτατα διοικητικά κλιμάκια της δημόσιας διοίκησης που θα διακρίνεται για εξειδικευμένες, υψηλού επιπέδου, δεξιότητες, θα ανταποκρίνεται ταχύτατα στις προκλήσεις και θα διαχειρίζεται με ικανότητα πολλά παράλληλα έργα, ταυτόχρονες αλλαγές και κρίσεις. Διαπιστώνεται συγκεκριμένα η τάση για ανάδειξη των ανώτατων στελεχών (ελίτ) της δημόσιας διοίκησης ώστε να διαχωριστούν αυτά από την υπόλοιπη δημοσιοϋπαλληλία και να συσταθεί ένας μηχανισμός εναρμόνισης και διάχυσης όμοιας κουλτούρας και συντονισμού μεταξύ τους. Η διαμόρφωση ενός Σώματος επιτελικών στελεχών και η επιδίωξη του διυπουργικού συντονισμού για κάθε ανώτερο/τατο επίπεδο αποτελεί και τον απώτερο σκοπό του πρόσφατου νομοθετήματος με τίτλο : «Επιτελικό Κράτος: οργάνωση,

λειτουργία και διαφάνεια της Κυβέρνησης, των κυβερνητικών οργάνων και της κεντρικής δημόσιας διοίκησης» (Ν. 4622/2019, ΦΕΚ 133, Α΄, 07/08/2019), το οποίο προέβλεψε μία σειρά θεσμών, οργάνων και μηχανισμών που αναμένεται να είναι ευεργετικές για την επίτευξη της παραπάνω στοχοθεσίας για τα επιτελικά στελέχη και πρόκειται να μας απασχολήσουν παρακάτω.

1.Εννοιολογικό πλαίσιο για την ηγεσία του δημοσιοϋπαλληλικού Σώματος

Πολλές από τις μεταρρυθμίσεις στις δημόσιες διοικήσεις των χωρών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης εστιάζουν στο ανθρώπινο δυναμικό και κυρίως στην ανώτατη πολιτικοδιοικητική ηγεσία με ζητούμενο την καλύτερη δυνατή διάπλαση και οργάνωσή της ώστε να εισφέρει τα μέγιστα στην δημόσια διοίκηση και στην κοινωνία. Επιδιώκεται έτσι, η ενίσχυση της απόδοσης των δημοσίων υπηρεσιών μέσα από την ποιοτική αναβάθμιση του προσωπικού που βρίσκεται στην κορυφή αυτών, ώστε αυτό, μέσα από την κατάλληλη διεπαφή με την πολιτική ηγεσία και τις καθ'ύλην αρμόδιες υπηρεσίες, να μπορέσει να παράξει ενισχυμένα αποτελέσματα. Είτε πρόκειται για προσωπικό που έχει προαχθεί στην πυραμίδα της ιεραρχίας με βάση το σύστημα καριέρας ή αρχαιότητας (career based system), είτε για προσωπικό που προέρχεται εκτός δημοσιοϋπαλληλικής ιεραρχίας (μετακλητοί), αλλά κατέχει τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά (position based system), δεν παύει να αναφερόμαστε στο ανώτατο εκείνο επίπεδο το οποίο καθορίζει την σχεδιαζόμενη πολιτική, διαμορφώνει το όραμα και την στρατηγική, συντονίζει, δίδει ρεαλιστικές λύσεις στα προβλήματα, ενώ καθοδηγεί τις δημόσιες υπηρεσίες ώστε να στεφθούν με επιτυχία τα αναλαμβανόμενα έργα.

Λόγω των πιεστικών αποστολών και αναγκαίων μεταρρυθμίσεων στις οποίες καλείται να ανταποκριθεί η δημόσια διοίκηση (Kuperus and Rode, 2016, p. 15) η τάση είναι αναμφίβολα οι δημόσιες διοικήσεις να αναζητούν στοιχεία από το *σύστημα με έμφαση στις θέσεις εργασίας* ώστε :

- Να επιλέγονται ανώτατοι δημόσιοι υπάλληλοι (top managers) εκτός του δημοσιοϋπαλληλικού σώματος ή από άλλους οργανισμούς εντός του δημοσίου με κρίση των προσόντων τους και διαπίστωση της εμπειρογνωμοσύνης τους.
- Να επιλέγεται το ανώτατο πολιτικο-διοικητικό προσωπικό, μόνο εφόσον κατέχει συγκεκριμένες δεξιότητες και εμπειρία συναφή με το αντικείμενο της υπό πλήρωσης θέσης και να παρακάμπτονται (ως ένα βαθμό ή να προσμετρώνται λιγότερο) τα Ακαδημαϊκά προσόντα και οι τυπικές γνώσεις.
- Να τοποθετούνται σε νευραλγικές ανώτατες θέσεις άτομα που χαίρουν της εμπιστοσύνης των αιρετών προσωπικοτήτων και που είναι πιστοί οπαδοί της ίδιας πολιτικής κουλτούρας, ώστε να μεταφράζουν εύκολα την πολιτική βούληση σε πράξη και να είναι αφοσιωμένοι στην πολιτική ηγεσία.

Ο ΟΟΣΑ σε μελέτη του για τον επαγγελματισμό και τις απαιτούμενες δεξιότητες των ανώτατων στελεχών της δημόσιας διοίκησης (OECD, 2016) αναφέρει ότι, τόσο οι δημόσιοι υπάλληλοι, όσο και τα ηγετικά στελέχη στη δημόσια διοίκηση θα πρέπει να ενσαρκώσουν νέους ρόλους ώστε να μπορέσουν να καθοδηγήσουν τις αλλαγές και τις μεταρρυθμίσεις που είναι σε εξέλιξη.

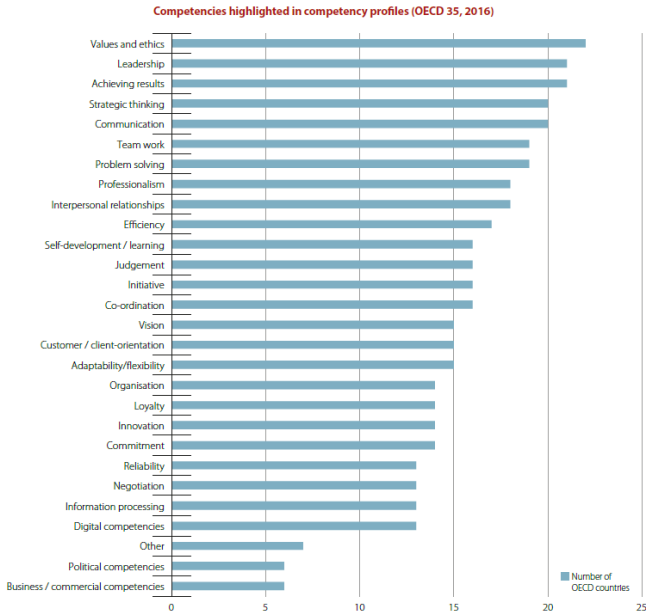
Ειδικά για τους *δημοσίους υπαλλήλους* αναφέρεται ότι θα πρέπει να διακρίνονται για :

- **Τον επαγγελματισμό** : Να είναι ικανοί, ανεξάρτητοι, να οδηγούνται από τις αξίες και την ηθική.

- **Την στρατηγική** : Να είναι προσανατολισμένοι στο αποτέλεσμα, στην τεκμηρίωση των προτάσεών τους, στην πρόβλεψη των ενεργειών τους.
- **Την καινοτομία** : Να επικεντρώνονται στους πολίτες, να αναζητούν την αλήθεια, να αντιδρούν όταν χρειάζεται.

Ενώ για την ηγεσία σε ***επιτελικές θέσεις του δημοσίου τομέα*** αναφέρεται ότι θα πρέπει να διακρίνεται από την ποιότητα ατόμων που θα είναι :

- **Επαγγελματίες-τεχνοκράτες** : Έμπιστοι σύμβουλοι των κυβερνητικών αξιωματούχων κατά την προετοιμασία των σχεδιαζόμενων και εξελισσόμενων πολιτικών και αποτελεσματικοί ηγέτες της συναλλαγής.
- **Στρατηγικοί λειτουργοί** : Μετασχηματιστικοί ηγέτες και ηγέτες των αλλαγών.
- **Καινοτόμοι λειτουργοί** : Συνεργαζόμενοι ηγέτες και προσαρμοσμένοι Διευθυντές (OECD, 2016b).



Ο ΟΟΣΑ στην ίδια μελέτη του για τις δεξιότητες των ανώτερων στελεχών της δημόσιας διοίκησης τις οποίες συναντούμε στις χώρες μέλη του αναφέρει με σειρά προτεραιότητας ως πιο σημαντικές τις παρακάτω : Αξίες και ηθική, ηγεσία, αποτελεσματικότητα, στρατηγική σκέψη, επικοινωνία, ομαδική εργασία, επίλυση προβλημάτων, επαγγελματισμός, διαπροσωπικές σχέσεις, αποδοτικότητα, προσωπική ανάπτυξη, κρίση,

OECD, (2016), Survey on Strategic Human Resources Management in Central/Federal Governments of OECD Countries, Paris

πρωτοβουλία, συντονισμός, όραμα, προσανατολισμός στον πολίτη-πελάτη, προσαρμοστικότητα-ευελιξία, οργάνωση, αφοσίωση, καινοτομία, δέσμευση, εμπιστοσύνη, διαπραγμάτευση, διαχείριση πληροφοριών, δεξιότητες πληροφορικής, δεξιότητες πολιτικής, επιχειρηματικότητα και εμπορικές δεξιότητες, λοιπές.

1.1.Από την «πατρωνεία» στην «μεριτοκρατία» ;

Πάγια τάση, τόσο στη χώρα μας, όσο και στις Ευρωπαϊκές χώρες είναι η μετάβαση από την «πατρωνεία» (patronage) στη «μεριτοκρατία» (merit based) με προώθηση του ιδεώδους της ανάδειξης ενός ικανού, δεσμευμένου και αφοσιωμένου προσωπικού το οποίο θα διακρίνεται για τον επαγγελματισμό, την ουδετερότητα, την επίτευξη στόχων, την ικανότητα υλοποίησης των δημόσιων πολιτικών και την λογοδοσία (OECD, 2016b). Με αυτό το στόχο αναδεικνύεται ως απόλυτη προτεραιότητα η τοποθέτηση στην κορυφή της πολιτικοδιοικητικής ηγεσίας των δημοσίων υπηρεσιών ικανών στελεχών μέσα από αδιάβλητες και απροσωπόληπτες διαδικασίες που ρυθμίζονται περιοριστικά από το κατάλληλο αυστηρό νομοθετικό πλαίσιο.

Παράλληλα όμως με αυτή την γραφειοκρατική διαδικασία υφίστανται και οι θέσεις εργασίας που τίθενται αποκλειστικά στη διακριτική ευχέρεια της κυβέρνησης (à la discrétion du gouvernement) για τις οποίες την πλήρη ευθύνη φέρουν οι ανώτατοι κυβερνητικοί αξιωματούχοι.

Η τοποθέτηση στην κορυφή της πυραμίδας των υπηρεσιών ατόμων που *δεν* θα προέλθουν μέσα από πάγιες διοικητικές διαδικασίες (παρόλα αυτά θα εποπτεύουν διοικητικό προσωπικό) αποτελεί μία «αναγκαία» παραδοσιακή διαδικασία γνωστή και ως spoil system. Η τάση αυτή υφίσταται ήδη από τον 19^{ο} αιών. στην Αμερική όπου με βάση το «spoil system» ένα πολιτικό κόμμα μετά την εκλογική του νίκη διένειμε θέσεις εργασίας στο δημόσιο σε οπαδούς και φίλους ως αναγνώριση της συνεισφοράς τους κατά την προεκλογική διαδικασία. Ο όρος προέρχεται από την φράση «to the victor belong the spoils» (τα λάφυρα ανήκουν στον νικητή !) του Γερουσιαστή της Ν. Υόρκης William L. Marcy σχετικά με τη νίκη των Δημοκρατικών υπό τον Jackson στις εκλογές του 1828. Η τάση αυτή ανακόπηκε και θεσμικά με την ψήφιση του Pendleton Act που καθιέρωσε το σύστημα στελέχωσης και προαγωγής με βάση την αξιοκρατία και προώθησε την αποπολιτικοποίηση της δημόσιας διοίκησης, όταν το 1883 δολοφονήθηκε ο Πρόεδρος James Garfield από δυσαρεστημένο οπαδό που δεν έλαβε δημόσια θέση όπως επιθυμούσε παρότι βοήθησε στην προεκλογική διαδικασία (Κονδύλης, 2014, σελ. 20).

Και στις δύο περιπτώσεις, ιεραρχική ανάδειξη ή παρέμβαση εξωγενών παραμέτρων, οι δημόσιες διοικήσεις επιδιώκουν να ελέγξουν και να προωθήσουν το δικό τους μοντέλο ανώτατων διοικητικών στελεχών το οποίο θα διακρίνεται για τα ειδικά χαρακτηριστικά του, για την υψηλού επιπέδου τεχνογνωσία πάνω στα δημόσια θέματα και τις πολιτικές και το οποίο, τελικά, θα έχει το ίδιο θεωρητικό υπόστρωμα και θα καθοδηγεί τις δημόσιες υποθέσεις με όμοιο μοντελοποιημένο και αποδεκτό τρόπο. Το ανώτερο δημοσιοϋπαλληλικό Σώμα που αναδεικνύεται μέσα από πολιτικές διαδικασίες διατηρεί «προνομιακές» σχέσεις με την πολιτική ηγεσία και πρέπει να λειτουργεί υποδειγματικά για την προστασία του δημοσίου και εθνικού συμφέροντος. Σαφέστατα, οι στοχοθεσίες και με τα δύο συστήματα επιλογών διαφέρουν και είναι πιο εύκολα διοικήσιμο το πρώτο σενάριο που σχετίζεται με την πιστή τήρηση των διαδικασιών, παρά το δεύτερο που αφορά στην ανάδειξη προσωπικοτήτων με άλλα μέσα και μπορεί να οδηγήσει σε σοβαρές αστοχίες.

1.2.Το υπόδειγμα της Γαλλίας

Στη Γαλλία επιλέγεται η ανάδειξη ενός διακριτού ανώτατου δημοσιοϋπαλληλικού Σώματος το οποίο διέπεται από συγκεκριμένα χαρακτηριστικά και διατηρεί προνομιακές σχέσεις (relations privilégiées) με την εκάστοτε πολιτική ηγεσία. Η μέριμνα για ανάδειξη μίας ειδικής κατηγορίας στελεχών που θα κατανοεί όμοια τις δημόσιες πολιτικές και θα εφαρμόζει την κρατική βούληση με τήρηση των όρων νομιμότητας και αποτελεσματικότητας οδήγησε τους Γάλλους αξιωματούχους μεταπολεμικά να συστήσουν ανώτατες Σχολές (Grandes Ecoles) οι απόφοιτοι των οποίων, θα στελέχωναν ανώτατες κυβερνητικές θέσεις. Οι ανώτατοι αυτοί δημόσιοι υπάλληλοι επιλέγονται μέσα από ένα συγκεντρωτικό σύστημα κατά τα πρώτα στάδια της καριέρας τους, είτε μέσα από την Εθνική Σχολή Διοίκησης (Ecole Nationale Administration (ENA), είτε μέσα από την Πολυτεχνική Σχολή (Polytechnic School).

Έχει αναλυθεί στη διεθνή βιβλιογραφία ότι η φοίτηση στην ENA συμβάλλει στην αναπαραγωγή της «κρατικής αριστοκρατίας» (Bourdieu, 1996, in : Biland and Vanneuville, 2012, p. 30) ως ένα Σχολείο (Ecole) όπου διαμορφώνεται και νομιμοποιείται η κρατική τεχνογνωσία. Η Σχολή αυτή κατά τον θεμελιωτή της Michel Debre (1945) θα έπρεπε να αποστεί κάθε απόλυτα νομικό περιεχόμενο και να διαφοροποιηθεί από τις Νομικές Σχολές («Faculté de Droit») διότι ήταν απόλυτα θεωρητικές. Προτάθηκε να εμβαθύνεται το δημόσιο

δίκαιο, τα οικονομικά, οι πολιτικές επιστήμες και οι κοινωνικές επιστήμες οι οποίες μπορούν να αποτυπώσουν ανάγλυφα την διοικητική πραγματικότητα με την οποία θα έρθουν αντιμέτωποι οι απόφοιτοι της Σχολής, κατ'αντιδιαστολή με την ουτοπική και πλήρως θεωρητική κατάρτιση που προσφέρει απόλυτα η νομική επιστήμη (the so-called juridicism). Αυτό που επιχειρηματολογούσε ο Gaillard (Gaillard, 1995, p. 18) ήταν η ανάγκη επανίδρυσης της δημόσιας διοίκησης με έμφαση στην πρακτική και επαγγελματική εφαρμογή (η ΕΝΑ ως μία Σχολή εφαρμογής «Ecole d'application») των στελεχών μέσα από την οποία θα παραχθούν, τόσο οι νομικοί σύμβουλοι και οι δικαστικοί, όσο και τα κυβερνητικά στελέχη που θα συμβουλεύουν την εκτελεστική εξουσία. Οι ανώτεροι Αξιωματούχοι που πλάθονται μέσα από τις ανώτερες σχολές δημόσιας διοίκησης ενσαρκώνουν ένα διπλό ρόλο ως διοικητικοί κριτές και κυβερνητικοί σύμβουλοι οι οποίοι κατέχουν, τόσο την νομική διάσταση της διοικητικής δράσης, όσο και (κυρίως) την διοικητική εφαρμογή. Στην καθημερινή τους πρακτική οι απόφοιτοι-ανώτερα στελέχη λαμβάνουν υπόψη το κοινωνικό, το πολιτικό και το οικονομικό πλαίσιο εντός του οποίου πράττει η δημόσια διοίκηση. Μετά από πολλές μεταρρυθμιστικές προσπάθειες για την οργάνωση της κατάρτισης των ανώτατων στελεχών και ειδικότερα μετά την διαλεύκανση του διλήμματος εάν θα έχει μία πιο νομικιστική προσέγγιση ή μια πιο οικονομική ή διαχειριστική (generalists), κατέληξε στην Σχολή αυτή να δίδεται σήμερα έμφαση στη διοικητική αποτελεσματικότητα και στην πλήρη κατανόηση και διαχείριση όλων των ειδικών νομικών και πολιτικοοικονομικών ζητημάτων.

Οι Απόφοιτοι και των δύο αυτών Σχολών (ΕΝΑ – Πολυτεχνείο) τοποθετούνται στις καλύτερες θέσεις του δημοσίου τομέα (Συμβούλιο Επικρατείας, Γενική Επιθεώρηση Οικονομικών, Ελεγκτικό Συνέδριο, Διπλωματικό Σώμα) ή στελεχώνουν επιτελικές θέσεις σε Υπουργεία και Συντονιστικά Γραφεία. Η αρχική στρατηγική για την αναβάθμιση των ικανοτήτων των στελεχών της δημόσιας διοίκησης στη Γαλλία, ήταν να δημιουργηθεί μία δεξαμενή ανώτατων στελεχών από την οποία θα αντλούνται ικανά στελέχη για ανώτερες νευραλγικές θέσεις εργασίας ώστε να αποτελέσουν έναν πόλο που θα εξισορροπήσει κάθε προσπάθεια αυθαιρεσίας της πολιτικής/κομματικής ηγεσίας. Στην πορεία όμως, αρκετοί από τους αποφοίτους των παραγωγικών αυτών Σχολών αποτέλεσαν οι ίδιοι πηγή άσκησης δημόσιας εξουσίας και ταύτισης με την πολιτική βούληση (βλ. πρώην Δήμαρχοι, Νομάρχες, Υπουργοί και νυν Πρωθυπουργός της χώρας Ε. Macron είναι απόφοιτοι των παραγωγικών αυτών Σχολών) ώστε σήμερα αρκετοί μελετητές να αναρωτιούνται εάν έχει παρέλθει η ικανότητα των στελεχών αυτών (αποφοίτων) να καταπολεμήσουν κάθε υπόνοια πολιτικοποίησης και προσβολής του δημοσίου συμφέροντος. Επιπλέον των ανωτέρω θέσεων υφίστανται και οι ανώτερες θέσεις εργασίας των κυβερνητικών αξιωματούχων, (περίπου 700 θέσεις) οι οποίες υπόκεινται στην διακριτική ευχέρεια της Κυβέρνησης (Νομάρχες, Πρόεδροι, Γενικοί Διευθυντές, Πρέσβεις, κ.ά.), χωρίς συγκεκριμένη τυπική διαδικασία ή χρονικό όριο και με πλήρη δυνατότητα ανάκλησης ανά πάσα στιγμή (European Commission, France, p. 339). Για άλλες θέσεις ανώτατων δημοσίων λειτουργών οι τοποθετήσεις γίνονται κατ'εφαρμογή μίας τυποποιημένης διαδικασίας για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα (συνήθως 3 έτη ανανεώσιμα μία φορά) : ανακοίνωση της θέσης, συνέντευξη από πάνελ εισηγητών, ανάθεση, επικύρωση από τον Πρωθυπουργό και τον αρμόδιο Υπουργό με συμβουλευτική της Γενικής Δ/νσης για τη Δημόσια διοίκηση και το Δημοσιοϋπαλληλικό Σώμα.

Επιπλέον των ανωτέρω, υπάρχει επίσης η δυνατότητα να ασκήσει κανείς καθήκοντα ανώτατου δημοσίου υπαλλήλου (Civil Administrator - administrateur civil) μέσα από συγκεκριμένο σύστημα επιλογής που είναι ανοικτό για όλο το προσωπικό καθ'όλη τη διάρκεια της καριέρας τους (γνωστή ως εξωτερική διαδικασία - Tour extérieur). Ακόμη, υλοποιούνται και εξειδικευμένες εξετάσεις για συγκεκριμένα Υπουργεία, όπως το Υπ. Εξωτερικών, όταν αναζητούνται ειδικές δεξιότητες σε συνάρτηση με ειδικές θέσεις.

2.Το υφιστάμενο θεσμικό πλαίσιο στην Ελλάδα

Σύμφωνα με το τρέχον θεσμικό πλαίσιο που εισήγαγε ο νόμος 4622/2019, ως ανώτατοι δημόσιοι υπάλληλοι ορίζονται όσοι αναλαμβάνουν θέσεις ευθύνης λόγω υπηρεσιακής εξέλιξης και επιλογής, πολιτικής τοποθέτησης ή τοποθέτησης έπειτα από εκλογική διαδικασία. Ως ανώτερα στελέχη αναδεικνυόμενα μέσα από τη διοίκηση θα θεωρήσουμε τους Προϊσταμένους Γεν. Δ/νσεων, Δ/νσεων και (οριακά) και τους Προϊσταμένους Τμημάτων. Με το πρόσφατο νομοθέτημα του έτους 2019 ενισχύεται έτι περαιτέρω το ανώτερο και ανώτατο διάστρωμα της δημόσιας διοίκησης μέσα από μία σειρά Επιτροπών και θέσεων : το Γραφείο Πρωθυπουργού, οι ειδικές Γενικές Γραμματείες (του Πρωθυπουργού, Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων, Συντονισμού Εσωτερικών Πολιτικών, συντονισμού Οικονομικών και Αναπτυξιακών Πολιτικών, Επικοινωνίας και Ενημέρωσης, αλλά και ειδική Γραμματεία Ο.Π.Σ. Παρακολούθησης και Αξιολόγησης του Κυβερνητικού Έργου οι οποίες υπάγονται στην Προεδρία της Κυβέρνησης, άρ. 21, άρ. 26), τους Υπηρεσιακούς Γραμματείς των Υπουργείων (άρ. 36), τους Γενικούς Γραμματείς (άρ. 41) και τους Ειδικούς Γραμματείς (άρ. 42). Ενώ επιπλέον ως συντονιστικοί μηχανισμοί του κυβερνητικού έργου προβλέπονται : 1) τα Υπουργικά Συμβούλια Προγραμματισμού και Αξιολόγησης του Κυβερνητικού Έργου που πραγματοποιούνται δύο φορές ετησίως (Απρίλιο και Σεπτέμβριο) (άρ. 3) 2) οι ετήσιες συναντήσεις των Γενικών Δ/ντών των Υπουργείων (άρ. 54), 3) οι ειδικές ad hoc Κυβερνητικές Επιτροπές οι οποίες συνεδριάζουν με συγκεκριμένη ατζέντα και οι οποίες θα συσταθούν με ξεχωριστές Πράξεις Υπουργικού Συμβουλίου (άρ. 8), 4) η ειδική Γραμματεία Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων με στόχο τη διασφάλιση της συνοχής και του συντονισμού της νομοπαρασκευαστικής διαδικασίας, την αποτελεσματική εφαρμογή των αρχών και εργαλείων της Καλής Νομοθέτησης, καθώς και την υποστήριξη του Υπουργικού Συμβουλίου και των συλλογικών κυβερνητικών οργάνων (άρ. 25), 5) οι υπηρεσίες συντονισμού ανά Υπουργείο, κ.ά..

Ειδικότερα, οι Υπηρεσιακοί Γραμματείς Υπουργείων (αντίστοιχα στη Μ. Βρετανία Permanent Secretary και στη Γερμανία Staatssekretär - State secretary) αποτελούν μόνιμο προσωπικό με βαθμό 1^{ο} της κατηγορίας ειδικών θέσεων που προσλαμβάνονται με τριετή θητεία ανανεώσιμη και υπάγονται στον Υπουργό έχοντας ως κύρια καθήκοντα τη μέριμνα για την ομαλή και αποτελεσματική διοικητική και οικονομική λειτουργία των Υπουργείων και την επίβλεψη όλων των οριζόντιων υποστηρικτικών υπηρεσιών της υπηρεσίας. Η επιλογή τους γίνεται έπειτα από την έκδοση προκήρυξης που διενεργείται με την άμεση εποπτεία του ΑΣΕΠ.

Οι θέσεις των Γενικών Γραμματέων (αντίστοιχα Secretary of State στη Μ. Βρετανία) είναι θέσεις μετακλητών υπαλλήλων με 1^{ο} βαθμό της κατηγορίας ειδικών θέσεων οι οποίοι επικουρούν τις δημόσιες πολιτικές και τα Γραφεία του Πρωθυπουργού και του αρμόδιου Υπουργού κατά τη διαδικασία σχεδιασμού και εφαρμογής των δημόσιων πολιτικών, συντονίζουν την υλοποίηση των σχεδιαζόμενων κυβερνητικών πολιτικών, την εξυπηρέτηση ή περαιτέρω εξειδίκευση των στρατηγικών και των στόχων. Συνάγεται από τα ανωτέρω ότι πρόκειται για αμιγώς πολιτικές θέσεις που είναι πλήρως εξαρτώμενες από την πολιτική βούληση.

Επιπλέον, με κοινή απόφαση του Πρωθυπουργού και του οικείου Υπουργού, δύναται να συνιστώνται στα Υπουργεία «Ειδικές Γραμματείες» στις οποίες προΐστανται Ειδικοί Γραμματείς με αρμοδιότητα τη διαχείριση συγκεκριμένων έργων ιδιαίτερης σημασίας τα οποία προσδιορίζονται στην απόφαση σύστασής τους. Οι Ειδικοί Γραμματείς είναι μετακλητοί υπάλληλοι με βαθμό 2^{ο} της κατηγορίας ειδικών θέσεων οι οποίοι διορίζονται και παύονται με κοινή απόφαση του Πρωθυπουργού και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Πέραν των ανωτέρω, υφίστανται και άλλες θέσεις μετακλητών ανώτερων/ατων στελεχών, όπως αυτές των μελών των Ανεξάρτητων Αρχών, των Προέδρων των Νομικών Προσώπων Δημοσίου Δικαίου, των μελών των Διοικητικών Συμβουλίων των οργανισμών, των ιδιαίτερων Γραφείων των Υπουργών, των Βουλευτών κ.ά., που είναι θέσεις πλήρως εξαρτώμενες από την πολιτική βούληση της Κυβέρνησης (à la discrétion du gouvernement) και οι οποίες εκφεύγουν κάθε προσπάθειας ορθολογικοποίησης και πάντως εξαρτώνται από την ικανότητα των εκάστοτε υπευθύνων να διαπιστώνουν την καταλληλότητα και αποτελεσματικότητα των υποψηφίων.

2.1.Η τοποθέτηση των ανώτατων δημοσίων υπαλλήλων στην ελληνική δημόσια διοίκηση μέσα από την ιεραρχία – Διοικητική Διαδικασία

Το ισχύον θεσμικό πλαίσιο υποχρεώνει τις δημόσιες υπηρεσίες να εφαρμόσουν τυποποιημένη διαδικασία για τις κρίσεις των Προϊσταμένων όλων των ιεραρχικών επιπέδων στη βάση μίας κεντρικά ελεγχόμενης διαδικασίας την οποία ορίζει το Υπουργείο Εσωτερικών (τ. Υπουργείο Διοικητικής Ανασυγκρότησης). Το νέο εγχείρημα προαγωγών εισήγαγε ο νόμος 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)» κατά τη συζήτηση του οποίου στη Βουλή χαρακτηριστικά ειπώθηκε η αποφασιστική τάση για αλλαγή : «Με το μεταρρυθμιστικό αυτό διάβημα που επιχειρείται αποσκοπείται, κυρίως και προεχόντως, μια αξιοκρατικά 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 δυσαρέσκεια 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…». (βλ. επίσης, Γνώμη της ΟΚΕ για τη δημόσια διοίκηση, 2008).

Με βάση τη νέα διαδικασία τον Απρίλιο κάθε έτους το υπηρεσιακό συμβούλιο καταρτίζει τους πίνακες των προακτέων κατά βαθμούς, κλάδους ή και ειδικότητες στους οποίους εγγράφονται όσοι συμπληρώνουν από την 1η Μαΐου έως τις 30 Απριλίου του επομένου έτους τον απαιτούμενο χρόνο υπηρεσίας για την προαγωγή. Οι πίνακες προακτέων υποβάλλονται για κύρωση μέσα σε δέκα (10) ημέρες στον οικείο υπουργό ή στο ανώτατο όργανο διοίκησης του Ν.Π.Δ.Δ., ενώ η ισχύς τους εκκινεί την 1η Μαΐου του έτους κατάρτισής τους. Παράλληλα, καταρτίζονται και πίνακες μη προακτέων με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου.

Για την επιλογή Προϊσταμένων προβλέπεται η έκδοση προκήρυξης (ουσιώδης τύπος της διαδικασίας και τήρηση της προϋπόθεσης της δημοσιότητας) από το Υπουργείο Εσωτερικών και το οικείο Υπουργείο βασικό συστατικό στοιχείο της οποίας είναι το περίγραμμα της προκηρυσσόμενης θέσης όπως αναρτάται στο ψηφιακό οργανόγραμμα της εκάστοτε υπηρεσίας. Για την κατάληψη θέσεων Προϊσταμένου Γενικής Διεύθυνσης την έκδοση προκήρυξης ακολουθεί η υποβολή αιτήσεων των ενδιαφερομένων οι οποίοι θα πρέπει να είναι

κατηγορίας ΠΕ ή ΤΕ και να εντάσσονται σε συγκεκριμένες κατηγορίες προσωπικού με προυποθέσεις που σχετίζονται με την άσκηση καθηκόντων σε θέσεις ευθύνης σε συνάρτηση με συγκεκριμένα αυστηρά χρονικά όρια ή να είναι απόφοιτοι της ΕΣΔΔΑ.

Μετά από την πρώτη φάση της διαδικασίας επιλογής (στάδιο on/off) που συνίσταται στην αξιολόγηση των φακέλων, ουσιαστικά έχει γίνει ένα πρώτο φιλτράρισμα (short list) των καλύτερων υποψηφίων να στελεχώσουν τις κενές θέσεις εργασίας και εφόσον πληρούνται οι παραπάνω προϋποθέσεις, τα επιμέρους κριτήρια που εξετάζονται κατανέμονται σε τέσσερις ομάδες και είναι :

α) **Τυπικά, εκπαιδευτικά προσόντα, επαγγελματική κατάρτιση** : Μοριοδοτούνται οι τίτλοι σπουδών, το μεταπτυχιακό/ά διπλώματα, η επαγγελματική κατάρτιση, η γνώση ξένων γλωσσών, η αποφοίτηση από την ΕΣΔΔΑ και η πιστοποιημένη επιμόρφωση.

β) **Εργασιακή εμπειρία στο δημόσιο τομέα** με ανώτατο όριο 33 έτη και 20 μόρια για κάθε έτος και στον ιδιωτικό τομέα σε συναφή θέση με ανώτατο όριο 7 έτη και 25 μόρια για κάθε έτος, καθώς και η άσκηση καθηκόντων ευθύνης στο δημόσιο τομέα.

γ) **Αξιολόγηση της τελευταίας τριετίας** : Το κριτήριο της αξιολόγησης δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη (ακόμη) καθόσον ο υποψήφιος θα πρέπει να έχει αξιολογηθεί με τις διατάξεις του παρόντος τουλάχιστον για δύο αξιολογικές περιόδους (Ραμματά, 2017).

δ) **Δομημένη συνέντευξη** : i) επί θεμάτων σχετικών με το αντικείμενο του φορέα και τις αρμοδιότητες των οργανωτικών μονάδων των σχετικών με την προκηρυσσόμενη θέση σε συνάρτηση με τις δεξιότητες και τα προσόντα του υποψηφίου, ii) ανάπτυξη ενός υποθετικού σεναρίου γενικού διοικητικού ενδιαφέροντος (situational interview) που έχει ως σκοπό να αξιολογήσει τις διοικητικές και συντονιστικές ικανότητες του υποψηφίου (Υ.Α. ΔΙΔΑΔ/Φ.35.46/2267/οικ.32096/16.12.2016 (ΦΕΚ Β' 4123).

Η τελική μοριοδότηση %, είναι η εξής[1] :

	Τυπικά, εκπαιδευτικά προσόντα και προσόντα επαγγελματικής κατάρτισης (α)	**Εργασιακή εμπειρία και άσκηση καθηκόντων ευθύνης (β)**	**Αξιολόγηση (γ)**	**Δομημένη συνέντευξη (δ)**
Προϊστάμενοι Γενικής Διεύθυνσης	30	20	20	30
Προϊστάμενοι Διεύθυνσης	35	20	20	25

[1] Στο μεταβατικό διάστημα (χωρίς την προσμέτρηση της αξιολόγησης) η ποσόστωση έχει ως εξής : (α) Τυπικά, εκπαιδευτικά προσόντα και προσόντα επαγγελματικής κατάρτισης λαμβάνεται υπόψη για 40% και για τις τρεις βαθμίδες Προϊσταμένων. (β) Εργασιακή εμπειρία και άσκηση καθηκόντων ευθύνης 25% και για τις τρεις βαθμίδες Προϊσταμένων. (δ) Συνέντευξη λαμβάνεται υπόψη κατά 35% και για τις τρεις βαθμίδες Προϊσταμένων.

Προϊστάμενοι Τμημάτων	40	20	20	20

Το εργαλείο της δομημένης συνέντευξης αποτελεί το πιο προσφιλές εργαλείο (Dipboye 1992, Dessler 2014, pp. 155, De Cenzo & Robbins 1996) για την διαπίστωση των προσόντων των υποψηφίων, διότι, αφενός μεν πιστοποιείται η διαδικασία επιλογής και εφαρμόζονται ομοιόμορφα τα ίδια τυποποιημένα κριτήρια αξιολόγησης σε όλους τους υποψηφίους, αφετέρου δε, όλα τα μέλη των ΕΙ.Σ.Ε.Π./Σ.Ε.Π. προετοιμάζουν αντίστοιχες, όμοιες ή παρεμφερείς ερωτήσεις τις οποίες απευθύνουν προς τους υποψηφίους δίνοντας έμφαση στην αξιοκρατία, την αμεροληψία και επιτρέποντας την σύγκριση της απόδοσης μεταξύ των υποψηφίων. Παράλληλα τηρούνται πρακτικά ως στοιχείο ουσιώδες της όλης διαδικασίας (Χρυσανθάκης et al., 2011, σελ. 26).

Στη συνέντευξη καθοριστικά στοιχεία για την αποτίμηση του προφίλ του υποψηφίου για κατάληψη θέσης ευθύνης είναι, τόσο τα κριτήρια που ορίζει ο νόμος, όσο και οι απαιτήσεις της εκάστοτε θέσης. Επιπλέον, το περίγραμμα της Θέσης Εργασίας (γενικό και ειδικό) αναγνωρίζεται ως νομιμοποιητική βάση για τη διεξαγωγή της συνέντευξης και περιλαμβάνει το σύνολο των βασικών και επιμέρους επαγγελματικών λειτουργιών που συνθέτουν το αντικείμενο εργασίας, τις ικανότητες/προσόντα που απαιτούνται για την ανταπόκριση του ανώτατου στελέχους στις λειτουργίες αυτές και τους τρόπους απόκτησης (απόδειξης) των προσόντων αυτών (merit based system).

Από το παραπάνω σύστημα επιλογής ανώτατων στελεχών, γίνεται αντιληπτό ότι και για τις τρεις βαθμίδες Προϊσταμένων διευρύνεται η δεξαμενή των υποψηφίων και εντάσσονται και υπάλληλοι που έχουν τον Α΄ βαθμό και αυξημένα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα παρότι μπορεί να μην έχουν ποτέ ασκήσει καθήκοντα Προϊσταμένου.

Ως προς την αξιολόγηση των υπαλλήλων χρησιμοποιούνται τέσσερα βασικά κριτήρια τα οποία αναλύονται σε επιμέρους υποκριτήρια :

α. Γνώση του αντικειμένου, αντίληψη, ενδιαφέρον και δημιουργικότητα με υποκριτήρια την επαγγελματική επάρκεια, την αντίληψη και ικανότητα λύσης προβλημάτων, την Πρωτοβουλία-καινοτομίες.

β. Υπηρεσιακές σχέσεις και συμπεριφορά με υποκριτήρια την συμπεριφορά προς τους πολίτες, την Εξυπηρέτηση κοινού, την επικοινωνία με τους Προϊσταμένους, την επικοινωνία και τη συνεργασία με τους υφισταμένους.

γ. Διοικητικές Ικανότητες με υποκριτήρια τα παρακάτω : 1) Ικανότητα να προγραμματίζει, οργανώνει, συντονίζει και ελέγχει τις εργασίες της μονάδας του, 2) Ικανότητα να καθοδηγεί, ενημερώνει, παρακινεί τους υπαλλήλους, να αναπτύσσει τις επαγγελματικές και προσωπικές ικανότητες και δεξιότητές τους, να παρέχει κίνητρα συνεχούς επιμόρφωσης, να δίνει παραδείγματα εξωστρεφούς παρουσίας σε συνέδρια, ημερίδες και διεθνείς οργανώσεις, 3) Ικανότητα αντικειμενικής και αμερόληπτης αξιολόγησης, 4) Ικανότητα λήψης αποτελεσματικών αποφάσεων, ιδίως σε συνθήκες κρίσης.

δ. Αποτελεσματικότητα : Βαθμός επίτευξης των στόχων της ατομικής στοχοθεσίας.

Με το παραπάνω σύνθετο εγχείρημα προαγωγικής εξέλιξης επιχειρείται να αναζητηθεί ο/η ιδανικός/ή υποψήφιος/α για να καταλάβει τη θέση ευθύνης ο/η οποίος/α θα συνδυάζει τα τυπικά προσόντα και τις απαιτούμενες ικανότητες.

Ειδικότερα επιτυγχάνονται:

- Η ικανοποίηση του κριτηρίου της **συνεκτικής ιεραρχίας** και της συνέχειας της διοίκησης εφόσον με ομοειδή κριτήρια επιλέγονται τα ανώτατα ηγετικά στελέχη.

- Η ανάλυση των **τυπικών προσόντων** μέσα από την αποσαφήνιση διαφανών και μετρήσιμων κριτηρίων τα οποία πιστοποιούν τον αδιάβλητο και αντικειμενικό χαρακτήρα της διαδικασίας προαγωγών.

- Η ανάλυση των απαιτούμενων **ουσιαστικών προσόντων** μέσα από τα οποία αναμένεται να επιτευχθεί η καλύτερη δυνατή σύζευξη των απαιτήσεων της θέσης εργασίας και του προφίλ του ιδανικότερου υποψηφίου για την εκάστοτε θέση ευθύνης μέσα από τη **δομημένη συνέντευξη** η οποία στηρίζεται στα **περιγράμματα** θέσεων εργασίας.

- Η ενίσχυση της **εξωστρέφειας** μέσα από το άνοιγμα των υψηλόβαθμων θέσεων εργασίας, τόσο σε υπαλλήλους όλης της δημόσιας διοίκησης που διαθέτουν αυξημένα προσόντα, παρότι μπορεί να μην έχουν διατελέσει Προϊστάμενοι, όσο και σε υπαλλήλους του ιδιωτικού τομέα που κατέχουν τις αναγκαίες προδιαγραφές της θέσης εργασίας, με άμεση συνέπεια στον εμπλουτισμό και στην ενίσχυση των δεξιοτήτων των υπαλλήλων (ΑΣΕΠ, 2018, σελ. 22).

Σημειώνεται ότι παρά την επισταμένη προσπάθεια για θεσμοποίηση της όλης διαδικασίας η οποία θα πρέπει να εφαρμόζεται συστηματικά και με συνέπεια, η μέχρι τώρα εμπειρία έχει καταδείξει την απουσία μίας συστηματικής προσέγγισης που να καταλαμβάνει την προκήρυξη των θέσεων εργασίας. Σε αρκετές περιπτώσεις Υπουργείων επί σειρά ετών δεν προκηρύχθηκαν οι ανώτερες θέσεις και αντ'αυτού, έγιναν αναθέσεις - στη βάση των μεταβατικών διατάξεων - σε στελέχη των υπηρεσιών τα οποία στο μεταξύ αποκτούσαν πολύτιμη εμπειρία την οποία μπορούσαν να επικαλεστούν σε προσεχείς κρίσεις. Συνέπεια τούτου είναι να ακυρώνεται η όλη, πολύ καλά δομημένη διαδικασία και να παρατηρείται: «Προσωρινές αναθέσεις συχνά ανανεώνονται με αποτέλεσμα η επιλογή των επικεφαλής των Τμημάτων να αποτελεί προεπιλογή και τοποθέτηση με αμιγώς πολιτικά κριτήρια» (βλ. European Commission, Sotiropoulos, 2018, p. 408).

Το έτος 2016 λήφθηκε μία καίρια πρωτοβουλία προς την κατεύθυνση της σύστασης ενός Μητρώου Επιτελικών στελεχών της δημόσιας διοίκησης (Ν. 4369/2016, άρ. 1-13) το οποίο τηρείται ηλεκτρονικά από το Ανώτατο Συμβούλιο Επιλογής Προσωπικού (Α.Σ.Ε.Π.). Επιπλέον, με τροπολογία που κατατέθηκε, αποφασίστηκε ως υποψήφιοι να μπορούν να εγγράφονται και στελέχη του ιδιωτικού τομέα ώστε να μπορούν να διεκδικήσουν μία θέση ως μετακλητοί υπάλληλοι στην ηγεσία των δημοσίων φορέων. Με το νόμο για το επιτελικό Κράτος (Ν. 4622/2019) τρία χρόνια μετά, καταργήθηκαν οι διατάξεις που αφορούν στο Μητρώο στελεχών (Ν. 4622/2019 άρ. 119 & 2) και ειδικά για τις θέσεις και των Υπηρεσιακών Γραμματέων (Ν. 4622/2019, άρ. 36) προβλέπεται η συνήθης διαδικασία επιλογής βάσει προκηρύξεων και υποβολής των δικαιολογητικών, ενώ για τις υπόλοιπες υψηλόβαθμες θέσεις μετακλητών υπαλλήλων, βάσει αναθέσεων με μορφή εργασιακής σχέσης ιδιωτικού δικαίου.

3.Κριτική επισκόπηση

Η ανώτατη πολιτικοδιοικητική ηγεσία στην κεντρική διοίκηση περιλαμβάνει τα υψηλόβαθμα στελέχη της δημόσιας διοίκησης όπως αναδεικνύονται από τους διοικητικούς μηχανισμούς προαγωγικής εξέλιξης που περιγράφονται στο υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4369/2016) ή όσους με εντολή ανάθεσης καθηκόντων ασκούν τέτοια καθήκοντα, καθώς και το σύνολο των μετακλητών ή διορισμένων από την κυβέρνηση στελεχών. Η ανάδειξη των στελεχών μέσα από το σύστημα προαγωγικής εξέλιξης επιδιώκει την ανίχνευση των δυνατοτήτων των υποψηφίων, με λεπτομερή μοριοδότηση των προσόντων τους (όπου σημαντική θέση κατέχει και ο τίτλος του Αποφοίτου της Εθνικής Σχολής Δημόσιας Διοίκησης και Αυτοδιοίκησης), αλλά και μέσα από τη συνέντευξη, ώστε να αναδειχθούν οι ικανότεροι να στελεχώσουν θέσεις ευθύνης με ανίχνευση των ειδικών δεξιοτήτων τους. Η ανάθεση της εποπτείας της διαδικασίας ανάδειξης, π.χ. των υπηρεσιακών Γραμματέων, στο ΑΣΕΠ διασφαλίζει το ακέραιο και την αντικειμενικότητα της όλης διαδικασίας. Παράλληλα στις ως άνω αναφερόμενες ανώτατες θέσεις εργασίας, υφίστανται και οι πολιτικά «χρωματισμένες» θέσεις στελεχών διά μέσω των οποίων η εκάστοτε κυβέρνηση επιδιώκει να ελέγξει καλύτερα τα παραγόμενα αποτελέσματα και να αξιολογήσει το κυβερνητικό έργο. Διακρίνεται ότι δεν υπάρχει μία σαφώς προσδιορισμένη στρατηγική για τη διαμόρφωση ενός συμπαγούς και με ειδικά χαρακτηριστικά Σώματος ανώτατων στελεχών της δημόσιας διοίκησης και πως μέσα από διάσπαρτες διατάξεις και με έμφαση στη νομικοκεντρική προσέγγιση (σύστημα μοριοδότησης) και όχι τόσο στην αναζήτηση των δεξιοτήτων των ηγετικών στελεχών που προωθούν οι διεθνείς οργανισμοί και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εξακολουθούμε να αναζητούμε ικανά στελέχη να διοικήσουν μία (τόσο) μικρή χώρα.

Υπό το παραπάνω πρίσμα, η πρόσφατη νομοθεσία για το επιτελικό Κράτος (Ν. 4622/2019) επιχείρησε την επαναθεώρηση της ανώτερης πολιτικο-διοικητικής ηγεσίας (Προεδρία της Κυβέρνησης υπό τον Πρωθυπουργό, Γενικοί Γραμματείς, Ειδικοί Γραμματείς, Υπηρεσιακοί Γραμματείς, Προϊστάμενοι Γενικών Διευθύνσεων, Υπηρεσίες Συντονισμού των Υπουργείων, κ.ά.) και την επίτευξη καλύτερης όσμωσης μεταξύ των ανώτατων στελεχών με σκοπό την υποβοήθηση του Κυβερνητικού έργου και τον καλύτερο συντονισμό μεταξύ των ηγετικών στελεχών. Διαμορφώνονται συγκεκριμένα μία σειρά Επιτελικών Επιτροπών με απώτερο στόχο την βελτίωση της διαμόρφωσης και της παρακολούθησης της εκτέλεσης των δημόσιων πολιτικών οι οποίες αναφέρθηκαν πιο πάνω (Υπουργικά Συμβούλια Προγραμματισμού και Αξιολόγησης του Κυβερνητικού Έργου, ετήσιες συναντήσεις των Γενικών Δ/ντών των Υπουργείων, ειδικές ad hoc Κυβερνητικές Επιτροπές, ειδικές Γραμματείες, όπως η ειδική Γραμματεία Νομικών και Κοινοβουλευτικών Θεμάτων με στόχο τη διασφάλιση της συνοχής και του συντονισμού της νομοπαρασκευαστικής διαδικασίας, την αποτελεσματική εφαρμογή των αρχών και εργαλείων της Καλής Νομοθέτησης, καθώς και την υποστήριξη του Υπουργικού Συμβουλίου και των συλλογικών κυβερνητικών οργάνων, κ.ά.).

Σαφέστατα θεμιτός και απαιτούμενος είναι ο ρόλος των συντονιστικών κυβερνητικών Επιτροπών και της διαφύλαξης του συντονισμού του κυβερνητικού έργου μέσα από αυτές (Ραμματά, 2004). Μία κριτική προσέγγιση στην παρουσίαση του παραπάνω συντονιστικού μηχανισμού όπως περιγράφεται στο νόμο για το επιτελικό κράτος θα έλεγε κανείς ότι περισσότερο είναι δηλωτική της αμηχανίας του Κυβερνητικού μηχανισμού να επιτύχει ως προς την καθιέρωση του συντονιστικού μηχανισμού, παρά μία διαβεβαίωση ότι όλες οι παραπάνω επιτροπές με τις υποεπιτροπές που τις συνοδεύουν θα εργαστούν συντονισμένα και αποτελεσματικά, με άψογη διεπαφή με τις καθ'ύλην αρμόδιες δημόσιες υπηρεσίες (τον κορμό των δημοσίων υπηρεσιών). Ο επιδιωκόμενος top-down συντονισμός του κυβερνητικού έργου μπορεί να αποδώσει, όπως έχει φανεί και από τη Γαλλία όπου εφαρμόζεται εδώ και δεκαετίες,

εφόσον : 1) έχει προβλεφθεί η δράση μίας στιβαρής και συλλογικά αποδεκτής απο-πολιτικοποιημένης Κεντρικής Γραμματείας (π.χ. της Προεδρίας της Κυβέρνησης), η οποία θα λειτουργεί με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον και δεν θα μεταβάλλεται η σύνθεσή της (τουλάχιστον όχι καθ'ολοκληρία) μετά από κάθε εκλογική διαδικασία ή δεν θα ατονεί ο ρόλος της από την εκάστοτε Κυβέρνηση 2) λειτουργούν αποδοτικά και αποτελεσματικά οι καθ'ύλην αρμόδιες υπηρεσίες και εφαρμόζουν τεκμηριωμένα συγκεκριμένα σχέδια δράσης κατ'εφαρμογή των διακηρυσσόμενων πολιτικών. Παρατηρείται έλλειμμα ως προς την τεκμηρίωση της διασύνδεσης των συντονιστικών μηχανισμών με τις καθ'ύλην αρμόδιες υπηρεσίες οι οποίες και θα παράξουν αυτό καθ'εαυτό το κυβερνητικό έργο, στοιχείο το οποίο θεραπεύεται μέσα από : 1) την πρόταση για εισαγωγή της νέας κατηγορίας προσωπικού (Κλάδος ΠΕ Επιτελικών Στελεχών της Διοίκησης με τις κάτωθι ειδικότητες: (α) Αναλυτών Δημοσίων Πολιτικών, (β) Νομοτεχνών και (γ) Αναλυτών Ψηφιακής Πολιτικής) (άρ. 104), 2) την σύσταση της Πολιτικής Επιτροπής Παρακολούθησης Δημοσίων Πολιτικών (άρ. 55) η οποία αποτελεί συλλογικό όργανο στο οποίο συμμετέχουν οι αρμόδιοι Γενικοί και Ειδικοί Γραμματείς. Και με τα παραπάνω όμως εργαλεία δεν καθίσταται απολύτως σαφής και αποτελεσματική η όλη διαδικασία, αλλά εξακολουθεί να είναι αμφίβολο εάν θα αποδώσει, καθόσον παραμένει χωρίς αποσαφήνιση : 1) η διασύνδεση και η συντονισμένη αλληλεπίδραση πολιτικής και διοίκησης, 2) το κύρος των στελεχών που θα αναλάβουν τις σχετικές θέσεις στις νεοσύστατες αυτές ανώτατες υπηρεσίες.

Μία πιο οργανωμένη και μακρόπνοη μεταρρύθμιση της διαδικασίας πολιτικοδιοικητικού συντονισμού του κυβερνητικού έργου που δεν θα δημιουργεί περισσότερα διοικητικά βάρη, αλλά θα ενσωματώνει την βούληση για συντονισμένες ενέργειες με τις καθ'ύλην αρμόδιες υπηρεσίες και θα διακρίνεται για την ευελιξία και την μέριμνα για μακροπρόθεσμες θεσμικές αλλαγές, αναμένεται να οδηγήσει στην παραγωγή ενισχυμένων αποτελεσμάτων ως προς την βελτίωση της απόδοσης των δημοσίων υπηρεσιών.

Επίκαιρα Ζητήματα σχετικά με την Αρχή της Αναδρομικής Εφαρμογής της Διάταξης που προβλέπει την Ηπιότερη Φορολογική Κύρωση

Μαρία – Ιωάννα Πετροπούλου, ΔΝ, Δικηγόρος, LL.M

1. Εισαγωγή

Το ζήτημα των διοικητικών κυρώσεων γενικά και των φορολογικών κυρώσεων ειδικότερα, απασχόλησε ιδιαίτερα την τελευταία δεκαετία τη νομολογία τόσο του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ) όσο και των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων. Τούτο, διότι ο χαρακτηρισμός από τα ελληνικά αρμόδια δικαστήρια ενός μέτρου, ως διοικητικής κύρωσης, επηρεάστηκε σημαντικά από τη νομολογία που έχει παραχθεί επί του θέματος αυτού από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ) και από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ). Περαιτέρω, το φορολογικό δίκαιο παρουσιάζει αρκετές ιδιαιτερότητες και για τον λόγο αυτό διαφοροποιείται από βασικές αρχές του γενικού διοικητικού δικαίου, όπως είναι ο γενικός κανόνας της μη αναδρομικότητας του νόμου[1]. Ωστόσο, η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της επιεικέστερης φορολογικής κύρωσης αποτελεί ουσιαστικά εξαίρεση του ανωτέρω γενικού κανόνα και εφαρμόζεται επί του νέου ηπιότερου νόμου και επί εκκρεμών υποθέσεων[2].

Πιο συγκεκριμένα, έχει κριθεί ότι εάν επί υποθέσεων που εκκρεμούν ενώπιον της Διοίκησης ή ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, και μεταξύ του χρονικού διαστήματος από τη διάπραξη της παράβασης έως και την εκδίκαση της υπόθεσης από το διοικητικό δικαστήριο (ΣτΕ 7μ. 2556/2014), ο νομοθέτης μεταβάλλει επί το ηπιότερον τη ρύθμιση που επιβάλλει διοικητική κύρωση σε σχέση με την ήδη προβλεπόμενη στο νόμο, τότε κατόπιν σύγκρισης όλων των σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων που αφορούν στο ανωτέρω χρονικό διάστημα και εξέτασης ποια από τις ρυθμίσεις αυτές, εφαρμοζόμενη στο σύνολό της, οδηγεί στη συγκεκριμένη περίπτωση στην ελαφρύτερη κύρωση, εφαρμόζεται η διάταξη αυτή (ΣτΕ 7μ. 1438/2018).

Κατόπιν των ανωτέρω η παρούσα εισήγηση αναπτύσσει ζητήματα που απασχόλησαν την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετικά με την αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της διάταξης που προβλέπει την ηπιότερη διοικητική κύρωση για παραβάσεις της φορολογικής νομοθεσίας. Ειδικότερα, αναπτύσσει τις προϋποθέσεις εφαρμογής της γενικής αυτής αρχής, το συνταγματικό της έρεισμα, καθώς και την υποχρέωση ή μη των δικαστηρίων της ουσίας για τον αυτεπάγγελτο έλεγχό της. Στο σημείο αυτό άξιο αναφοράς είναι ότι η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης διοικητικής και δη φορολογικής κύρωσης, εφαρμόζεται αναλογικά ως αρχή του ποινικού δικαίου, παρεκκλίνει δε από τον γενικό κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο εφαρμογής τυγχάνει ο νόμος που ίσχυε κατά το χρόνο τέλεσης της παράβασης, εκτός εάν ο νεότερος νόμος προβλέπει την αναδρομική εφαρμογή του[3] και γίνεται

---

[1] Φορτσάκης Θ.Π., Μυλωνογιάννης Γ.Σ., Η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της λιγότερο επαχθούς φορολογικής κύρωσης, ΔΦΝ 2015, σελ. 1524.

[2] Αποτελεί τεκμήριο το οποίο μόνο με σαφή αντίθετη διάταξη δύναται να ανατραπεί.

[3] Η αρχή αυτή (τυποποιείται στο άρθρο 2ΠΚ) και η αρχή της απαγόρευσης της αναδρομικής εφαρμογής του αυστηρότερου ποινικού νόμου είναι θεμελιώδεις στο πεδίο του ποινικού δικαίου (άρθρο 7 παρ.1 του Συντάγματος) Καϊάφα – Γκμπάντι Μ., Χρονικά και τοπικά όρια εφαρμογής των κανόνων του ποινικού δικαίου, σελ. 73, Παπακυριάκου Θ., Φορολογικό ποινικό δίκαιο, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2005, σελ. 397.

δεκτή από τη νομολογία του ΣτΕ στο πλαίσιο του διαχρονικού δικαίου των φορολογικών κυρώσεων[4].

2. Προϋποθέσεις εφαρμογής της αρχής

Η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης διοικητικής κύρωσης (και γενικότερα του ευμενέστερου για τον φορολογούμενο νόμου περί επιβολής διοικητικών κυρώσεων) για παράβαση της φορολογικής νομοθεσίας, αποτελεί γενική αρχή (ΣτΕ 3821/2005), η οποία έχει χαρακτήρα κανόνα διαχρονικού δικαίου (ΣτΕ 7μ. 1438/2018). Σύμφωνα με την εν λόγω αρχή[5] εάν μεταξύ του χρονικού σημείου της τέλεσης μιας παράβασης και του χρονικού σημείου έκδοσης τελεσίδικης δικαστικής απόφασης επί της παράβασης αυτής, τεθούν σε ισχύ περισσότεροι νόμοι που τιμωρούν την εν λόγω παράβαση, τότε η φορολογική διοίκηση ή το διοικητικό δικαστήριο (ενώπιον του οποίου εκκρεμεί η σχετική διαφορά), οφείλει να εφαρμόσει το νόμο, ο οποίος ενόψει των συνθηκών της συγκεκριμένης περίπτωσης, άγει σε επιβολή της ευνοϊκότερης διοικητικής κύρωσης, σε βάρος του συγκεκριμένου παραβάτη[6].

Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι η εν λόγω αρχή εφαρμόζεται όταν το δυσμενές μέτρο έχει κυρωτικό χαρακτήρα και όχι όταν πρόκειται για άλλο διοικητικό μέτρο. Πρέπει να επισημανθεί, εν προκειμένω, ότι η απόδοση της έννοιας της διοικητικής κύρωσης είναι πρωταρχικής σημασίας προκειμένου να εφαρμοστεί η εν λόγω αρχή. Ωστόσο, δεν έχει δοθεί κάποιος συγκεκριμένος ορισμός της κύρωσης στο πεδίο του φορολογικού δικαίου ούτε από το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο ούτε από την θεωρία. Από την μελέτη, όμως, της νομολογίας που έχει αναπτυχθεί επί του ζητήματος αυτού τόσο στο χώρο του ποινικού όσο και του διοικητικού δικαίου προκύπτει με ασφάλεια ότι ως φορολογική κύρωση χαρακτηρίζεται το δυσμενές μέτρο[7], το οποίο επιβάλλεται από διοικητική αρχή ή διοικητικό δικαστήριο, στον παραβάτη της φορολογικής νομοθεσίας. Η επιβολή δε του μέτρου αυτού σκοπεί στην καταστολή και την πρόληψη ορισμένης παραβατικής συμπεριφοράς.

Στο πλαίσιο αυτό και στο μέτρο που η νομολογία δεν αναγνωρίζει τον κυρωτικό χαρακτήρα ενός μέτρου, αυτονοήτως συνάγεται ότι δεν εφαρμόζει την αρχή. Ειδικότερα, σε περίπτωση εξωλογιστικού προσδιορισμού της φορολογητέας ύλης, ο οποίος κατά τον νόμο δεν αποτελεί κύρωση, αλλά μέθοδο εξεύρεσης των οικονομικών αποτελεσμάτων της φορολογούμενης επιχείρησης και στην περίπτωση που ο λογιστικός καθορισμός τους αποβαίνει ανέφικτος (ΣτΕ 116/2016), (διότι δεν τηρεί η επιχείρηση βιβλία και στοιχεία του Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων (ΚΒΣ) ή τα τηρούμενα βιβλία και στοιχεία είναι κατώτερα της προσήκουσας κατηγορίας ή είναι ανεπαρκή ή ανακριβή), τα ισχύοντα στο δίκαιο των κυρώσεων περί αναδρομικότητας των επιεικέστερων διατάξεων δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής (ΣτΕ 785/2010).

Επιπροσθέτως, με την απόφαση του ΣτΕ 459/2013 κρίθηκε ότι η εν λόγω αρχή δεν εφαρμόζεται και σε περίπτωση επιβολής φόρου, αφού ο φόρος δεν αποτελεί κύρωση[8]. Παρόμοια ήταν η κρίση του ΣτΕ περί του μη γνησίου κυρωτικού χαρακτήρα των μέτρων διασφάλισης των συμφερόντων του δημοσίου κατ' άρθρο 46 του ν. 4174/2013[9] (ΚΦΔ), παρά

---

[4] Μεντής Γ., Το διαχρονικό δίκαιο στη φορολογική διαδικασία και στις φορολογικές κυρώσεις – Ερμηνευτική προσέγγιση στις μεταβατικές διατάξεις του ΚΦΔ και του ν. 4337/2015, ΘΠΔΔ 2015

[5] Στο εξής ως «αρχή» νοείται η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης διοικητικής κύρωσης για παράβαση φορολογικής νομοθεσίας

[6] Γράβαρης Ι., Φορολογικές κυρώσεις. Όροι και όρια τιμωρίας, ΘΠΔΔ, 2011, Μεντής ΘΠΔΔ, 2015

[7] Γράβαρης Ι., Συγκριτική Θεώρηση των διοικητικών και ποινικών κυρώσεων, Αθήνα – Κομοτηνή, 1991, σελ. 259-261

[8] Αντιθέτως, η αρχή εφαρμόζεται επί διατάξεων που προβλέπουν την επιβολή πρόσθετου φόρου (λ.χ. άρθρο 1 παρ.1 περ. β του ν.2523/1997), ο οποίος έχει κριθεί ότι συνιστά διοικητική κύρωση (ΣτΕ 7μ. 351/2019)

[9] Προγενέστερη διάταξη, άρθρο 14 ν. 2523/1997

τον νομοθετικό τους χαρακτηρισμό ως τέτοιων (ΣτΕ 432/2017). Τούτο διότι τα μέτρα διασφάλισης επιβάλλονται προς ανόρθωση της ζημίας του Δημοσίου από την καθυστερημένη καταβολή μίας φορολογικής οφειλής, με βάση τη λειτουργία και το σκοπό τους.

Περαιτέρω, προϋπόθεση για την εφαρμογή της αρχής είναι να υπάρχει διαδοχή δύο ή περισσότερων ουσιαστικών νόμων/ νομοθετικών καθεστώτων που να τιμωρούν την ίδια ή συγκρίσιμη παραβατική συμπεριφορά και συγκεκριμένα να πρόκειται για την ίδια αντικειμενική υπόσταση των παραβάσεων που τιμωρούνται[10]. Για παράδειγμα, εάν μεταξύ του χρόνου διάπραξης της αποδοθείσας στον φορολογούμενο παράβασης (2000) και του χρόνου έκδοσης της τελεσίδικης δικαστικής απόφασης (2009) ίσχυσαν τρεις διαφορετικές διατάξεις σχετικά με το ύψος του πολλαπλού τέλους: α) η διάταξη Χ ορίζει ότι το πολλαπλό τέλος ανέρχεται από το πενταπλάσιο μέχρι το δεκαπλάσιο των δασμών και φόρων που αναλογούν στο αντικείμενο παράβασης β) η διάταξη Ψ ορίζει ότι το πολλαπλό τέλος είναι ίσο με το τριπλάσιο των δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων που αναλογούν στην παράβαση, ενώ, σε περίπτωση υποτροπής ισούται με το πενταπλάσιο γ) η διάταξη Ζ ορίζει ότι το πολλαπλό τέλος ανέρχεται από το τριπλάσιο μέχρι το πενταπλάσιο των δασμοφορολογικών επιβαρύνσεων που αναλογούν στο αντικείμενο της παράβασης, τότε εάν από το πραγματικό της υπόθεσης δεν προκύπτει η συνδρομή περίπτωσης υποτροπής, η διάταξη που προβλέπει ελαφρύτερη ποινή είναι η δεύτερη[11].

Ακολούθως, για την εφαρμογή της αρχής, κρίσιμο χρονικό διάστημα, εντός του οποίου εξετάζεται η ανωτέρω διαδοχή, είναι εκείνο που μεσολαβεί μεταξύ του χρόνου τέλεσης της παράβασης (έναρξη) και του χρόνου έκδοσης τελεσίδικης δικαστικής απόφασης (λήξη), δηλαδή κατά την εκδίκαση της υπόθεσης από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο[12], τούτο δε παρά τα οριζόμενα στο άρθρο 98 παρ.3 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ΚΔΔ)[13]. Με την απόφαση ΣτΕ 7μ 2556/2014, το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο ακολούθησε την νομολογία του ΕΔΔΑ[14] σχετικά με την εφαρμογή της αρχής της αναδρομικής εφαρμογής της επιεικέστερης ποινής, το οποίο έκρινε ότι κρίσιμο είναι το σημείο έκδοσης της «τελικής» (final) δικαστικής απόφασης. Το ΣτΕ, δηλαδή, ερμήνευσε και προσάρμοσε ουσιαστικά την έννοια της «τελικής» δικαστικής απόφασης που απέδωσε το ΕΔΔΑ, στο καθεστώς που διέπει το ημεδαπό φορολογικό δίκαιο. Ωστόσο, η ερμηνεία του αυτή αντιτίθεται με την νομολογία που έχει αναπτύξει το ίδιο ακυρωτικό δικαστήριο σχετικά με την ερμηνεία της έννοιας της «τελικής» δικαστικής απόφασης στο πλαίσιο συναφούς κατηγορίας υποθέσεων που άπτονται του τεκμηρίου αθωότητας του κατηγορουμένου και της αρχής ne bis in idem. Πιο συγκεκριμένα, το Ανώτατο ακυρωτικό Δικαστήριο στις ανωτέρω κατηγορίες υποθέσεων έκρινε ότι ο όρος «τελική» απόφαση αναφέρεται σε αμετάκλητη δικαστική απόφαση[15]. Στο πλαίσιο, όμως, της εξέτασης της αρχής της αναδρομικής εφαρμογής της επιεικέστερης κύρωσης είναι ίσως ασφαλέστερο να ακολουθηθεί η ήδη παγιωμένη νομολογία του ΣτΕ[16] ότι κρίσιμος είναι ο χρόνος εκδίκασης της υπόθεσης από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο και όχι

[10] Δημητρακόπουλος, Διοικητικές κυρώσεις και θεμελιώδη δικαιώματα, σελ. 111-113
[11] ΣτΕ 2957/2013
[12] ΣτΕ 7μ. 2556/2014
[13] Άρθρο 98 παρ.3 ΚΔΔ: «Το δευτεροβάθμιο δικαστήριο, αν ρητώς δεν ορίζεται στον νόμο διαφορετικά, εφαρμόζει το νόμο που ίσχυε όταν δημοσιεύτηκε η εκκαλουμένη απόφαση»
[14] Απόφαση ΕΔΔΑ, Scoppola κατά Ιταλίας,
[15] ΣτΕ 7μ. 1992/2016 σκ. 9 «… το ΕΔΔΑ, ερμηνεύοντας τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 2 της ΕΣΔΑ, που κατοχυρώνει το τεκμήριο αθωότητας, έχει δεχθεί ότι απόφαση διοικητικού δικαστηρίου που έπεται **τελικής** αθωωτικής απόφασης ποινικού δικαστηρίου για το ίδιο πρόσωπο δεν πρέπει να την παραβλέπει και να θέτει εν αμφιβόλω την αθώωση, έστω και αν αυτή εχώρησε λόγω αμφιβολιών, ως "τελική" δε απόφαση, στο πλαίσιο της προαναφερόμενης νομολογίας, νοείται η **αμετάκλητη** απόφαση ποινικού δικαστηρίου (βλ. ΣτΕ 2951/2013, 2957/2013, 1713/2014, 1879/2014, 1184/2015, 2403/2015).
[16] ΣτΕ 2556, 4240/2014

στο στάδιο της αίτησης αναίρεσης, στο οποίο ο ακυρωτικός δικαστής δεν δύναται να κρίνει επί του πραγματικού.

Περαιτέρω, κρίσιμη είναι και η έννοια του ευνοϊκότερου νόμου για την εφαρμογή της αρχής. Ευνοϊκότερος θεωρείται δε ο νόμος, ο οποίος εφαρμοζόμενος στο σύνολό του και βάσει των συγκεκριμένων κάθε φορά πραγματικών περιστατικών, άγει σε ευνοϊκότερο για τον φορολογούμενο αποτέλεσμα. Συνεπώς, ο ευμενέστερος ή μη για τους φορολογουμένους χαρακτήρας του νεότερου νόμου δεν κρίνεται γενικά, 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 δευτεροβάθμιο δικαστήριο. Το διοικητικό δικαστήριο οφείλει κατ' αρχήν να διαλάβει ειδική κρίση επί του ανωτέρω ζητήματος[17], εκτός κι αν ορισμένο νομοθέτημα, συγκρινόμενο με τα υπόλοιπα σχετικά νομοθετήματα, είναι γενικώς και εμφανώς ευνοϊκότερο για τους υποχρέους[18].

Στο πλαίσιο αυτό κρίσιμο είναι το ζήτημα εάν θεωρείται ευνοϊκότερος ο νόμος για τον φορολογούμενο, ο οποίος οδηγεί σε απαλλαγή από την ευθύνη του λόγω παραγραφής. Με την ΣτΕ 2960/2013 κρίθηκε ότι δεν παραβιάζεται ούτε η αρχή της σαφήνειας, προβλεψιμότητας και μη αναδρομικότητας των διατάξεων που επιβάλλουν κυρώσεις, ούτε η αρχή της εφαρμογής της επιεικέστερης κύρωσης, διότι οι περί παραγραφής διατάξεις δεν αφορούν τις ουσιαστικές προϋποθέσεις της παράβασης και της ποινής, αλλά τις διαδικαστικές προϋποθέσεις επιβολής της κύρωσης. Ωστόσο, παγίως έχει κριθεί ότι η πρόβλεψη στο νόμο ότι με την πάροδο ορισμένου χρονικού διαστήματος παραγράφεται η αξίωση του Δημοσίου για τη βεβαίωση και επιβολή συγκεκριμένου φόρου συνιστά ουσιαστικό στοιχείο της οικείας φορολογικής ενοχής κατά την παράγραφο 1 του ως άνω άρθρου 78 (ΣτΕ Ολ. 3174/2014)[19]. Επομένως, ορθότερο είναι να θεωρηθεί ότι η αρχή εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις απαλλαγής του φορολογουμένου από την ευθύνη του λόγω παραγραφής.

Περαιτέρω, η τελευταία προϋπόθεση προκειμένου να εφαρμοστεί η αρχή είναι αρνητική, δηλαδή, η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της επιεικέστερης φορολογικής κύρωσης δεν έχει έδαφος εφαρμογής, όταν η νεότερη ευμενέστερη διάταξη συνδέεται αναπόσπαστα με τη θέσπιση νέου, ουσιωδώς διαφορετικού φορολογικού καθεστώτος, ώστε να μην απηχεί διαφορετική εκτίμηση του νομοθέτη για τον πρόσφορο ή αναγκαίο χαρακτήρα των κυρώσεων υπό το προηγούμενο καθεστώς[20]. Συνεπώς, η αρχή δεν εφαρμόζεται όταν η νεότερη ευμενέστερη διάταξη υπαγορεύθηκε για άλλους λόγους πλην της μεταβολής «επί το επιεικέστερον» των σχετικών αξιολογήσεων του νομοθέτη ή σε περίπτωση που καταργείται κύρωση συναπτόμενη με ορισμένη φορολογική υποχρέωση, η οποία καταργήθηκε για το μέλλον (ΣτΕ 459/2013).

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η επιβολή προστίμου για μη ονομαστικοποίηση των μετοχών τους, κατά το άρθρο 24 του ν. 2214/1994, επί ανωνύμων εταιρειών, των οποίων ποσοστό άνω του 60% των κεφαλαίων τους είναι επενδεδυμένο σε αστικά ακίνητα. Η ρύθμιση αυτή καταργήθηκε με το άρθρο 3 του ν. 2753/1999, που δεν είναι εφαρμοστέα σε παραβάσεις (όπως αυτή που κρίθηκε με την ΣτΕ 349/2019), που διαπράχθηκαν υπό την ισχύ του ν. 2214/1994. Στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν εφαρμόστηκε η αρχή. Σε αντίστοιχες περιπτώσεις, όπως είναι και οι διατάξεις του ν. 4337/2015, οι οποίες τροποποίησαν τις

[17] ΣτΕ 7μ. 1438/2018

[18] Όπως για παράδειγμα στο πλαίσιο ενός αντικειμενικού συστήματος προσδιορισμού του προστίμου, όπου ο προγενέστερος νόμος ,βάσει του οποίου επιβλήθηκε το πρόστιμο προβλέπει πρόστιμο τριπλάσιο του διαφυγόντος φόρου, ενώ ο νεότερος νόμος διπλάσιο

[19] ΣτΕ Ολ. 1738/2017

[20] ΣτΕ Ολ. 459/2013

κυρώσεις του Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας προς το ευνοϊκότερο και ορισμένες τις κατήργησε, ο εφαρμοστής του δικαίου πρέπει να είναι αρκετά προσεκτικός, όταν εφαρμόζει αυτήν την αρνητική προϋπόθεση της αρχής. Τούτο, διότι, υπάρχει η περίπτωση να αχθεί στο άτοπο, όπου για παράδειγμα προγενέστερος νόμος που προβλέπει κύρωση για φορολογική παράβαση 1.000.000 ευρώ, να μην εφαρμόζεται όταν νεότερος νόμος ορίζει μικρότερη παράβαση και να εφαρμόζεται όταν με νεότερο νόμο καταργείται η κύρωση.

Προβληματισμό, δηλαδή, προκαλεί η τελευταία αυτή αρνητική προϋπόθεση εφαρμογής της αρχής, την οποία προέβλεψε και εισήγαγε του Συμβούλιο της Επικρατείας, καθώς με αυτόν τον τρόπο δεν εφαρμόζεται η αρχή σε μία μεγάλη κατηγορία υποθέσεων, όπου ο νομοθέτης θέλησε στον νεότερο νόμο να καταργήσει την επιβολή κύρωσης για τις προβλεπόμενες στο προγενέστερο νόμο παραβάσεις.

3. Το συνταγματικό έρεισμα της αρχής

Η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της διάταξης που προβλέπει την επιεικέστερη φορολογική κύρωση, εφαρμόζεται αναλογικά ως αρχή του ποινικού δικαίου, κατά την εφαρμογή της στο πεδίο του φορολογικού δικαίου. Έτσι, για πολλά έτη το ΣτΕ την αναγνώριζε ως αρχή τόσο του ενωσιακού όσο και του ποινικού δικαίου ή και ως γενική αρχή του διοικητικού δικαίου[21], αλλά δεν αναγνώριζε κάποιο συνταγματικό έρεισμα στην αρχή. Τούτο είχε ως αποτέλεσμα ο νομοθέτης να περιορίζει την εφαρμογή της κατά το δοκούν. Ωστόσο, με την ΣτΕ 7μ. 1438/2018 επιβεβαιώθηκε αυτό που ισχυριζόταν η πλειοψηφία της θεωρίας ότι η εν λόγω αρχή έχει δικαιολογητικό έρεισμα τις συνταγματικές διατάξεις περί ισότητας (άρθρο 4 παρ.1 Σ) και περί αναλογικότητας των περιορισμών του δικαιώματος επί της περιουσίας (άρθρο 25 παρ. 1 δ΄ Σ). Είχε προηγηθεί βέβαια, της απόφασης αυτής και η ΣτΕ 2031/2013, η οποία αναγνώρισε ως βάση της αρχής την συνταγματική αρχή της αναλογικότητας.

Η αναγνώριση της γενικής αρχής της αναδρομικής εφαρμογής της διάταξης που προβλέπει την επιεικέστερη φορολογική κύρωση ως έχουσα υπερνομοθετική ισχύ, αφού βρίσκει έρεισμα σε συνταγματικές διατάξεις, έχει ως αποτέλεσμα να θεωρείται ανίσχυρος, όποιος νόμος περιορίζει την εφαρμογή της αρχής στις εκκρεμείς υποθέσεις. Ανίσχυρη ακόμη θεωρείται και η διάταξη νόμου, η οποία εξαρτά την εφαρμογή της αρχής από όρους ή ενέργειες στις οποίες πρέπει να προβεί ο φορολογούμενος, όπως είναι η παραίτηση από ένδικα βοηθήματα ή μέσα[22].

Περαιτέρω, με την ΣτΕ 7μ. 1438/2018 κρίθηκε ότι η εν λόγω αρχή δεν είναι απόλυτη, αλλά μπορεί να καμφθεί από σαφή, αντίθετη νομοθετική διάταξη, η οποία είτε αποκλείει την αναδρομική εφαρμογή της νεότερης ευμενέστερης για τον φορολογούμενο ρύθμισης είτε την προβλέπει, όχι όμως άνευ ετέρου, αλλά υπό προϋποθέσεις που θίγουν ουσιωδώς τα έννομα συμφέροντα του φορολογουμένου. Ωστόσο, τέτοια νομοθετική διάταξη, ως θεσπίζουσα απόκλιση από την ως άνω θεμελιώδη αρχή, πρέπει να δικαιολογείται επαρκώς (ενόψει και των αναφερόμενων στις προπαρασκευαστικές εργασίες της θέσπισή της), ώστε να συνάδει προς τις συνταγματικές αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ναι μεν αποδίδεται στην εν λόγω αρχή συνταγματικό έρεισμα, ωστόσο τίθενται από το ΣτΕ και επιφυλάξεις ερμηνείας όσον αφορά στον τρόπο συνταγματικής εφαρμογής της, υπό την έννοια ότι δεν είναι άνευ ετέρου αντισυνταγματική κάθε διάταξη που θέτει προϋποθέσεις για την εφαρμογή της εφόσον αυτές οι προϋποθέσεις δικαιολογούνται και υπό τον όρο της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας[23].

---

[21] Φορτσάκης, Μυλωνογιάννης, ΔΦΝ 2015

[22] Ό.π.

[23] Μπουκουβάλα Β., Η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ευνοϊκότερης κύρωσης στο πεδίο εφαρμογής του φορολογικού δικαίου – Επισκόπηση νομολογίας, διαθέσιμη στο https://www.ddikastes.gr/node/4559

Αξίζει να σημειωθεί, επίσης, ότι η εν λόγω αρχή θεμελιώνεται α) στο πρωτογενές δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και β) στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.

α) Ειδικότερα, η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης φορολογικής κύρωσης συνιστά και γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, η οποία πλέον έχει ενσωματωθεί στο Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Άρθρο 49). Σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ[24] η εν λόγω αρχή δεν εφαρμόζεται μόνο σε ποινικές, αλλά και σε διοικητικές κυρώσεις, ανεξαρτήτως εάν αυτές έχουν ποινικό χαρακτήρα, κατά την έννοια του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ. Περαιτέρω, η αρχή αυτή, η οποία, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, αφορά και σε διοικητικές κυρώσεις για παραβάσεις της φορολογικής νομοθεσίας, έχει κανονιστική εμβέλεια ανάλογη με εκείνη της αντίστοιχης αρχής του ημεδαπού φορολογικού δικαίου και, ειδικότερα, δεν είναι απόλυτη, αλλά η εφαρμογή της μπορεί να περιορισθεί από τον κοινό νομοθέτη, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ 2221/2018[25], πρβλ. ΔΕΕ μειζ. συνθ. 20.3.2018, C-524/15, Menci, σκέψεις 40-41, σχετικά με την ενωσιακή αρχή ne bis in idem).

Πάντως, η ανωτέρω αρχή του ενωσιακού δικαίου δεν εφαρμόζεται στις φορολογικές κυρώσεις αδιακρίτως, αλλά μόνο ως προς εκείνες που έχουν επαρκή σύνδεσμο με το δίκαιο της Ένωσης (ΣτΕ 7μ. 1438/2018). Τέτοιος επαρκής σύνδεσμος υπάρχει όταν η εξεταζόμενη κύρωση συνδέεται με φορολογία που ρυθμίζεται από το ενωσιακό δίκαιο όπως είναι ο ΦΠΑ[26] ή ειδικοί φόροι κατανάλωσης στα καύσιμα/τσιγάρα/οινόπνευμα (ΣτΕ 7μ. 1438/2018). Ωστόσο, ακόμη και στην περίπτωση που η φορολογία δεν ρυθμίζεται από το ενωσιακό δίκαιο, αλλά εμφανίζει διασυνοριακό ενδιαφέρον και περιορίζει κάποια από τις ενωσιακές ελευθερίες (ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, κεφαλαίων, υπηρεσιών ή εγκατάστασης προσώπων) πληρούται η «προϋπόθεση» του επαρκούς συνδέσμου (ΣτΕ 1389/2019[27]). Αντίθετα, η εν λόγω αρχή εφαρμόζεται ως αρχή του ημεδαπού δικαίου ή/και της ΕΣΔΑ, κι όχι ως γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, επί υποθέσεων που φορούν πρόσθετο φόρο εισοδήματος (ΣτΕ 7μ. 1438/2018).

β) Επιπλέον, έχει κριθεί ότι το άρθρο 7 της ΕΣΔΑ κατοχυρώνει και την αρχή της αναδρομικής εφαρμογής του ευμενέστερου για τον παραβάτη ουσιαστικού "ποινικού" νόμου (βλ. ΣτΕ 7μ. 1389/2019, ΕΔΔΑ μειζ. συνθ. 17.9.2009, 10249/03, Scoppola κατά Ιταλίας, σκέψεις 108-109). Δεδομένου ότι το προστατευτικό πεδίο του άρθρου 7 της ΕΣΔΑ καλύπτει και τις περιπτώσεις επιβολής διοικητικών κυρώσεων "ποινικής" φύσης, με βάση τα κριτήρια της νομολογίας Engel (βλ. ΕΔΔΑ decision 24.11.1998, 38644/97, Brown κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ΕΔΔΑ 15.5.2008, 7460/03, Nadtochiy κατά Ουκρανίας, σκέψη 32 και ΕΔΔΑ 4.10.2016, 37462/09, Žaja κατά Κροατίας, σκέψη 86), όπως είναι οι χρηματικές διοικητικές κυρώσεις σημαντικού ύψους, για παραβάσεις της φορολογικής/τελωνειακής νομοθεσίας (βλ. λ.χ. ΣτΕ 7μ. 1992/2016, 2987/2017, 1887/2018), η προαναφερόμενη αρχή εφαρμόζεται και επί χρηματικών φορολογικών/τελωνειακών κυρώσεων μεγάλου ύψους (βλ. ΣτΕ 7μ. 2957/2013, 2221/2018, 351/2019).

Πρέπει να σημειωθεί ότι η εν λόγω αρχή έχει κανονιστική εμβέλεια ανάλογη με εκείνη της αντίστοιχης αρχής του ημεδαπού φορολογικού δικαίου και, ειδικότερα, δεν είναι απόλυτη,

[24] ΔΕΕ, C-420/06 Jager, ΔΕΕ, C-210/00, Kaserei Champignon Hofmeister και ΔΕΕ, C-489/10 Bonda

[25] Το πρόστιμο ΚΒΣ λόγω λήψης εικονικού στοιχείου ή μη έκδοσης στοιχείου ΚΒΣ συνιστά κύρωση που συνδέεται με φορολογία που ρυθμίζεται από το ενωσιακό δίκαιο

[26] ΣτΕ 7μ. 352/2019 – αφορούσε πρόσθετο φόρο ΦΠΑ

[27] Η απόφαση αυτή είναι σημαντική, διότι κρίθηκε ότι οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 7 του ν. 4337/2015 αναφορικά με την εφαρμογή των ηπιότερων διατάξεων του άρθρου 58 ΚΦΔ (πρόστιμο λόγω μη υποβολής δήλωσης) επί εκκρεμών υποθέσεων αντίκεινται στην αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της διάταξης που επιβάλλει επιεικέστερη φορολογική κύρωση, καθόσον δεν δικαιολογούνται επαρκώς και παραβιάζουν το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του φορολογουμένου.

αλλά η εφαρμογή της μπορεί να περιορισθεί από τον κοινό νομοθέτη, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας των μέτρων που συνιστούν επέμβαση στο δικαίωμα περιουσίας. Περαιτέρω, εάν παραδεκτώς προβαλλόμενος λόγος προσφυγής ερείδεται στη γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου περί αναδρομικής εφαρμογής της ηπιότερης διοικητικής ποινής, η οποία, όμως, δεν δύναται να εφαρμοσθεί, στη συγκεκριμένη υπόθεση, λόγω έλλειψης επαρκούς συνδέσμου της διαφοράς με το δίκαιο της Ένωσης, το διοικητικό δικαστήριο εξετάζει το λόγο και με βάση τον ανωτέρω αντίστοιχο κανόνα της ΕΣΔΑ ή/και του ημεδαπού δικαίου (ΣτΕ 7μ. 351, 1389/2019).

4. Η μη αυτεπάγγελτη εφαρμογή της αρχής από τα δικαστήρια της ουσίας

Ένα σημαντικό ζήτημα δικονομικού χαρακτήρα, το οποίο απασχόλησε την νομολογία τόσο του ΣτΕ όσο και των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, είναι εάν η εξεταζόμενη αρχή εξετάζεται αυτεπαγγέλτως από τον Έλληνα δικαστή[28]. Το ΣτΕ προκειμένου να προσεγγίσει το ζήτημα, ερμήνευσε τις διατάξεις του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. β΄ και παρ. 5 περ. α΄ του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, το οποίο ρυθμίζει τις εξουσίες του πρωτοβάθμιου δικαστή, κατά την εκδίκαση του ενδίκου βοηθήματος της προσφυγής, αλλά και του άρθρου 97 παρ. 1 εδ. β΄ ΚΔΔ, το οποίο ρυθμίζει τις αντίστοιχες εξουσίες του δευτεροβάθμιου δικαστή.

Πιο συγκεκριμένα υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. β΄ ΚΔΔ ο πρωτοβάθμιος δικαστής επί φορολογικών εν γένει και τελωνειακών διαφορών εξέταζε αυτεπαγγέλτως αν η πράξη έχει εκδοθεί από αναρμόδιο όργανο ή από συλλογικό όργανο που δεν έχει νόμιμη συγκρότηση ή σύνθεση, εάν η πράξη είναι πλημμελής κατά τη νόμιμη βάση της και εάν υπάρχει παράβαση δεδικασμένου. Με τον ν. 3900/2010 προσετέθη[29] η παράγραφος 5 στο άρθρο 79 ΚΔΔ, κατά την οποία επί φορολογικών εν γένει και τελωνειακών διαφορών, εφαρμόζεται ειδικώς η διάταξη αυτή, στο εδάφιο α΄ της οποίας ορίζεται ότι μετά από 90 ημέρες από την έναρξη ισχύος του ως άνω νόμου (ήτοι 1.1.2011), ο πρωτοβάθμιος δικαστής εξετάζει αυτεπαγγέλτως μόνο την παραβίαση δεδικασμένου. Η ρύθμιση αυτή κρίθηκε συνταγματική με την ΣτΕ 682/2017 με την διευκρίνιση ότι ο πρωτοβάθμιος δικαστής οφείλει (ενόψει της διάταξης του άρθρου 87 παρ. 2 Σ και του άρθρου 35 παρ. 1 της ΕΣΔΑ) να εξετάζει αυτεπαγγέλτως (εκτός από την παράβαση δεδικασμένου) και την αντισυνταγματικότητα των νομοθετικών διατάξεων κατ' εφαρμογή των οποίων εκδόθηκε η προσβληθείσα με την προσφυγή πράξη φορολογικής αρχής, όχι όμως και ζητήματα παραβίασης της ΕΣΔΑ.

Στο ίδιο πνεύμα ο δευτεροβάθμιος δικαστής, ο οποίος εφαρμόζει την διάταξη του άρθρου 97 παρ. 1 εδ. β΄ ΚΔΔ υποχρεούται να εξετάσει πλημμέλειες της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης μόνο εάν πρόκειται για πλημμέλεια της προσβαλλόμενης διοικητικής πράξης που εξετάζεται αυτεπαγγέλτως πρωτοδίκως κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 εδ. β΄ ΚΔΔ, εάν με την έφεση έχει αμφισβητηθεί και άρα μεταβιβασθεί στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο το κεφάλαιο της πρωτόδικης απόφασης εντός του οποίου κείται η επίμαχη πλημμέλεια της διοικητικής πράξης κι εάν το πρωτοβάθμιο δικαστήριο παρέλειψε να εξετάσει την επίμαχη πλημμέλεια της διοικητικής πράξης.

[28] Στέργιος Μαρτίνοβιτς, Εισηγήσεις φορολογικού δικαίου για την προετοιμασία υποψήφιων σπουδαστών της ΕΣΔΛ, διοικητικής κατεύθυνσης, 2019 – 2020 και Γαβριηλίδου Χρ., Μεταπτυχιακή διπλωματική εργασία με θέμα «Αυτεπάγγελτος έλεγχος νομιμότητας των διοικητικών πράξεων και εξουσίες του δικαστή υπό το άρθρο 79 ΚΔΔ», σελ. 33-39

[29] Το άρθρο 79 παρ.1 εδ. β΄ΚΔΔ εφαρμόζεται επί όσων φορολογικών εν γένει και τελωνειακών διαφορών δεν καταλαμβάνονται από το χρονικό πεδίο εφαρμογής της νεοπαγούς ειδικής ρύθμισης του άρθρου 79 παρ.5 περ. α' ΚΔΔ, δηλαδή επί φορολογικών προσφυγών που συζητήθηκαν για πρώτη φορά στον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας πριν την πάροδο 90 ημερών από την 1.1.2011

Κατόπιν των ανωτέρω, το ζήτημα της αυτεπάγγελτης ή μη εφαρμογής της αρχής από τα δικαστήρια της ουσίας, για τις φορολογικές διαφορές αναλύεται τόσο α) υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 1 ΚΔΔ όσο και β) υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 5 περ. α ΚΔΔ.

α) Υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 1 ΚΔΔ

Μέχρι πρότινος υπήρχε η αντίληψη στον νομικό κόσμο ότι, υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ.1 εδ. β΄ ΚΔΔ, η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της διάταξης που προβλέπει την επιεικέστερη φορολογική κύρωση εφαρμόζεται αυτεπαγγέλτως από τον πρωτοβάθμιο δικαστή, ως ζήτημα αναγόμενο στη νομική βάση της προσβαλλόμενης πράξης (ΣτΕ 794/2010). Ωστόσο, με την ΣτΕ 2796/2018 κρίθηκε ότι, υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. β΄ ΚΔΔ, ούτε το πρωτοβάθμιο ούτε το δευτεροβάθμιο δικαστήριο (το οποίο εφαρμόζει τη διάταξη του άρθρου 97 παρ. 1 εδ. β' ΚΔΔ) έχει υποχρέωση ή εξουσία να εφαρμόσει αυτεπαγγέλτως την αρχή της επιεικέστερης φορολογικής κύρωσης, διότι η παραβίαση της αρχής αυτής δεν συνιστά πλημμέλεια της προσβαλλόμενης πράξης.

Πιο συγκεκριμένα, ο διοικητικός δικαστής δεν έχει υποχρέωση και εξουσία, κατά το άρθρο 79 παρ. 1 εδ. β (περίπτ. β) του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ΚΔΔ) να εξετάσει αυτεπαγγέλτως την αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης φορολογικής κύρωσης, δοθέντος ότι

(i) η εν λόγω αρχή αφορά στην ανεύρεση του κατά χρόνον εφαρμοστέου, σε συγκεκριμένη υπόθεση, κανόνα δικαίου (περί επιβολής κύρωσης για φορολογική παράβαση) και ο ευμενέστερος ή μη για τους φορολογουμένους χαρακτήρας του νεότερου νόμου κρίνεται ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης και κατ' εκτίμηση των συνθηκών της, τις οποίες βαρύνεται να επικαλεσθεί ο προσφεύγων, και δη κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο, προκειμένου να θεμελιωθεί η εφαρμογή μεταγενέστερης ρύθμισης, ως ευμενέστερης γι' αυτόν (βλ. ΣτΕ 7μ. 1438/2018),

(ii) κατ' ακολουθίαν, η παραπάνω αρχή δεν έχει ως συνέπεια ότι καθίσταται αντισυνταγματική (ή αντιβαίνουσα στην ΕΣΔΑ ή στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο) η νομοθετική διάταξη κατ' εφαρμογή της οποίας επιβλήθηκε από τη Διοίκηση η επίδικη φορολογική κύρωση, αλλά μόνον ότι η διάταξη αυτή δεν έχει (πλέον) εφαρμογή ratione temporis (βλ. ΣτΕ 7μ. 1438/2018, ΣτΕ 2221/2018) και

(iii) η νομική πλημμέλεια που εξετάζεται αυτεπαγγέλτως κατά τη διάταξη του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. β (περίπτ. β) του ΚΔΔ [η οποία είναι στενώς ερμηνευτέα ως εισάγουσα εξαίρεση από τον κανόνα του εδαφίου α της ίδιας παραγράφου (πρβλ. ΣτΕ 7μ. 754/2018, Ολομ. 1389/1994) περί δικαιοδοτικού ελέγχου της προσβαλλόμενης πράξης εντός των ορίων της προσφυγής], πρέπει να προκύπτει από την ίδια την καταλογιστική πράξη της φορολογικής/τελωνειακής αρχής ή την οικεία έκθεση ελέγχου (βλ. λ.χ. ΣτΕ 7μ. 754/2018), με συνέπεια η τοιαύτη πλημμέλεια (να πρέπει) να υπάρχει κατά το χρόνο έκδοσης της πράξης και να μην μπορεί να προκύπτει μεταγενέστερα, λόγω της επιγενόμενης θέσπισης νέας διάταξης περί του ύψους της κύρωσης.

β) υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 5 περ. α΄ ΚΔΔ

Με την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 5 περ. α΄ ΚΔΔ, γεννήθηκε το ερώτημα εάν τα δικαστήρια της ουσίας οφείλουν να εφαρμόζουν αυτεπαγγέλτως την αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της επιεικέστερης φορολογικής κύρωσης, στο μέτρο που η εν λόγω αρχή θεμελιώνεται μεταξύ άλλων και στο εθνικό σύνταγμα. Επί του ζητήματος η ΣτΕ 7μ. 1438/2018 έκρινε ότι το διοικητικό δικαστήριο δεν λαμβάνει υπόψη του και εφαρμόζει την ανωτέρω αρχή αυτεπαγγέλτως, διότι

(α) ο ευμενέστερος ή μη για τους φορολογουμένους χαρακτήρας του νεότερου νόμου κρίνεται ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης και κατ' εκτίμηση των συνθηκών της, τις οποίες

βαρύνεται να επικαλεσθεί ο προσφεύγων, και δη κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο, προκειμένου να θεμελιωθεί η εφαρμογή μεταγενέστερης ρύθμισης, ως ευμενέστερης γι' αυτόν, και

(β) η παραπάνω αρχή δεν έχει ως συνέπεια ότι καθίσταται αντισυνταγματική η νομοθετική διάταξη κατ' εφαρμογή της οποίας επιβλήθηκε από τη Διοίκηση η επίδικη φορολογική κύρωση, αλλά μόνον ότι η διάταξη αυτή δεν έχει (πλέον) εφαρμογή ratione temporis, είναι δε διάφορο το ζήτημα εάν η νεότερη ευμενέστερη νομοθετική ρύθμιση αντίκειται στις συνταγματικές αρχές της ισότητας ή/και της αναλογικότητας, κατά το μέρος της που ορίζει ότι δεν εφαρμόζεται ή ότι εφαρμόζεται υπό προϋποθέσεις αναδρομικά, επί υποθέσεων που αφορούν παρελθούσες φορολογικές χρήσεις και εκκρεμούν ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, κατόπιν άσκησης ενδίκου βοηθήματος ή μέσου.

Περαιτέρω, εκδόθηκε η απόφαση ΣτΕ 2221/2018 με την οποία κρίθηκε ότι υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 5 περ. α΄ ΚΔΔ, σε διαφορά, όπου το ενωσιακό δίκαιο έλκεται σε εφαρμογή, ο πρωτοβάθμιος δικαστής δεν υποχρεούται να εφαρμόσει την εξεταζόμενη αρχή, ως γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου ενόψει της αρχής της δικονομικής αυτονομίας[30] των κρατών – μελών την Ευρωπαϊκή Ένωσης και συνεπώς, απαιτείται η παραδεκτή προβολή σχετικού λόγου προσφυγής με το εισαγωγικό δικόγραφο ή με δικόγραφο προσθέτων λόγων (όχι με το υπόμνημα).

5. Σύνοψη

Η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της διάταξης που προβλέπει την επιεικέστερη κύρωση έχει ως συνταγματικό έρεισμα τις διατάξεις περί ισότητας άρθρο 4 παρ. 1 Σ και αναλογικότητας άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ Σ. Επιπλέον, συνιστά και γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, η οποία πλέον έχει ενσωματωθεί στο Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο άρθρο 49 και θεμελιώνεται και στο άρθρο 7 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου. Περαιτέρω, προκειμένου να εφαρμοστεί η εξεταζόμενη αρχή θα πρέπει να πρόκειται για μέτρα που αφορούν κύρωση και να υπάρχει διαδοχή δύο ή περισσοτέρων ουσιαστικών νόμων που αφορούν την ίδια ή παρόμοια παραβατική συμπεριφορά. Κρίσιμο δε χρονικό διάστημα, εντός του οποίου εξετάζονται τα δύο ή περισσότερα νομοθετικά καθεστώτα που ίσχυσαν αλληλοδιαδοχικώς, είναι εκείνο που

[30] Σύμφωνα με την ενωσιακή αρχή της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών, απόκειται κατ' αρχήν (με εξαίρεση την περίπτωση που υπάρχει σχετική κανονιστική ρύθμιση της Ένωσης) σε κάθε κράτος μέλος να θεσπίσει τους δικονομικούς κανόνες κατ' εφαρμογή των οποίων παρέχεται έννομη προστασία των προβλεπόμενων από το ενωσιακό δίκαιο δικαιωμάτων των ιδιωτών, υπό την προϋπόθεση ότι οι κανόνες αυτοί, αφενός, δεν είναι λιγότερο ευνοϊκοί από εκείνους που αφορούν παρόμοιες ένδικες προσφυγές βάσει του εσωτερικού δικαίου (αρχή της ισοδυναμίας) και, αφετέρου, δεν καθιστούν αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που χορηγεί το ενωσιακό δίκαιο (αρχή της αποτελεσματικότητας).
Η εν λόγω αρχή, η οποία διακηρύσσεται παγίως στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και ήδη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΚ/ΔΕΕ - βλ. λ.χ. ΔΕΚ μειζ. συνθ. 13.3.2007, C-**432/05**, Unibet, σκέψεις 39 και 43, ΔΕΕ 17.3.2016, C-161/15, Bensada Benallal, σκέψη 24), καλύπτει και το εάν ο εθνικός δικαστής υποχρεούται να εξετάσει αυτεπαγγέλτως ζητήματα παράβασης κανόνων του ενωσιακού δικαίου (βλ. ΔΕΚ 14.12.1995, C-430/93 και C-431/93, Van Schijndel και van Veen, σκέψεις 17-22 και ΔΕΚ 7.6.2007, C-222/05 έως C-225/05, van der Weerd κ.λπ., σκέψεις 28-42) ή τη συνδρομή ορισμένου πραγματικού ή νομικού στοιχείου που συνιστά προϋπόθεση για την εφαρμογή ενωσιακού κανόνα και το οποίο δεν επικαλούνται ή/και δεν αποδεικνύουν νομίμως οι διάδικοι που έχουν συμφέρον προς τούτο (βλ. ΣτΕ 1993/2016 επταμ.).
Ειδικότερα, ενόψει των αναγκών προστασίας των δικαιωμάτων άμυνας του αντιδίκου, διασφάλισης της ομαλής διεξαγωγής της δίκης και αποφυγής καθυστερήσεων συμφυών προς τη διερεύνηση τέτοιων ζητημάτων και στοιχείων, η προαναφερόμενη αρχή της αποτελεσματικότητας του ενωσιακού δικαίου δεν επιβάλλει στον εθνικό δικαστή την υποχρέωση να τα εξετάσει αυτεπαγγέλτως (πρβλ. ΣτΕ 1993/2016 επταμ. και τις προαναφερόμενες αποφάσεις του ΔΕΚ Van Schijndel και van Veen, σκέψεις 19-22 και van der Weerd, σκέψεις 33-42), τούτο δε ισχύει, ιδίως, στο πεδίο των φορολογικών και τελωνειακών διαφορών, η κατά το δυνατόν ταχεία επίλυση των οποίων από τον διοικητικό δικαστή, αφενός, συνιστά επιταγή της διάταξης του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και, αφετέρου, έχει μεγάλη σημασία για τη δημοσιονομική διαχείριση και την εν γένει οικονομική ζωή της χώρας.

μεσολαβεί μεταξύ του χρόνου τέλεσης της παράβασης και του χρόνου έκδοσης τελεσίδικης δικαστικής απόφασης. Ακολούθως, το κυρωτικό καθεστώς που εφαρμόζεται πρέπει να είναι ευνοϊκότερο, το οποίο κρίνεται ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης. Η αρχή δεν εφαρμόζεται όταν η νεότερη ευμενέστερη διάταξη συνδέεται αναπόσπαστα με τη θέσπιση νέου, ουσιωδώς διαφορετικού φορολογικού καθεστώτος, ώστε να μην απηχεί διαφορετική εκτίμηση του νομοθέτη για τον πρόσφορο ή αναγκαίο χαρακτήρα των κυρώσεων υπό το προηγούμενο καθεστώς. Τέλος, η εξεταζόμενη αρχή δεν εξετάζεται αυτεπαγγέλτως ούτε από τον πρωτοβάθμιο ούτε από τον δευτεροβάθμιο δικαστή, τόσο υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. β΄ ΚΔΔ όσο και υπό την ισχύ του άρθρου 79 παρ. 5 περ. α΄ ΚΔΔ.

Η Διοικητική Συνεργασία στο πεδίο του ΦΠΑ ως μέσο Καταπολέμησης της Απάτης

Δήμητρα Κούνη, ΔΝ, Δικηγόρος, MSc, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου

1.Εισαγωγή

Ένα ζήτημα φορολογικής πολιτικής που βρίσκεται σε υψηλή θέση στις προτεραιότητες της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι η καταπολέμηση της φοροδιαφυγής και φοροαποφυγής, η οποία αφορά τόσο την άμεση όσο και την έμμεση φορολογία και βασίζεται σε μεγάλο βαθμό στην ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ των φορολογικών αρχών και στη διασταύρωση των στοιχείων. Παρά το γεγονός ότι το νομικό κοινοτικό πλαίσιο για τη διοικητική συνεργασία ενισχύθηκε πριν από μερικά έτη, τα κράτη μέλη δεν φαίνεται να χρησιμοποιούν επαρκώς τις νέες δυνατότητες με αποτέλεσμα το επίπεδο χρησιμοποίησης της διοικητικής συνεργασίας να είναι δυσανάλογο προς τις διαστάσεις του ενδοκοινοτικού εμπορίου.

2.Σύντομη αναδρομή

Κάνοντας μια σύντομη αναδρομή παρατηρούμε ότι από το 1985 ο Οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης («ΟΟΣΑ») και το Συμβούλιο της Ευρώπης προωθούν μια διεθνή πρωτοβουλία για την αυτόματη ανταλλαγή πληροφοριών φορολογικού ενδιαφέροντος σε διακρατικό επίπεδο, έχοντας αναπτύξει ένα σχετικό κοινό πρότυπο αυτόματης ανταλλαγής πληροφοριών. Το αποτέλεσμα της διεθνούς αυτής πρωτοβουλίας είναι η Πολυμερής Σύμβαση Συμβουλίου της Ευρώπης – ΟΟΣΑ για την Αμοιβαία Διοικητική Συνδρομή σε Φορολογικά Θέματα. Η εν λόγω διεθνής σύμβαση υπεγράφη το 1988 και τέθηκε σε ισχύ το 1995. Έτυχε επίσης τροποποίησης με την προσθήκη του από 2010 Πρωτοκόλλου. Σήμερα η σύμβαση έχει τεθεί σε ισχύ σε 106 κράτη-μέλη, μεταξύ αυτών και στην Ελλάδα. Η πολυμερής αυτή Σύμβαση μεταξύ ΟΟΣΑ και Συμβουλίου της Ευρώπης είχε πρωταρχικό σκοπό να πατάξει τη φοροδιαφυγή και να αντιμετωπίσει την φοροαποφυγή και εφαρμόζεται, πέραν των άλλων φόρων, και στο ΦΠΑ.

3. Κανονισμός 904/2010

Ειδικά στο πεδίο του ΦΠΑ, ισχύει ο Ευρωπαϊκός Κανονισμός 904/2010[1] που αφορά την διοικητική συνεργασία και την καταπολέμηση της απάτης στο τομέα του ΦΠΑ, με τον οποίο, όπως και με τον προισχύσαντα Κανονισμό 1798/2003, καθορίζονται οι όροι σύμφωνα με τους οποίους οι αρμόδιες αρχές των κρατών μελών, οι οποίες είναι υπεύθυνες για την εφαρμογή της νομοθεσίας για το ΦΠΑ στις παραδόσεις αγαθών και παροχές υπηρεσιών, στην ενδοκοινοτική απόκτηση αγαθών και στις εισαγωγές αγαθών συνεργάζονται μεταξύ τους καθώς και με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή προκειμένου να εξασφαλίσουν την τήρηση της νομοθεσίας αυτής.

Ο ως άνω Κανονισμός καθορίζει και τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες οι αρχές αυτές συμβάλλουν στην προστασία των εσόδων ΦΠΑ του συνόλου των κρατών μελών. Ο Κανονισμός επίσης θέτει τους κανόνες και τις διαδικασίες που επιτρέπουν στις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών να συνεργάζονται και να ανταλλάσσουν μεταξύ τους όλες τις πληροφορίες που επιτρέπουν την ορθή εφαρμογή του ΦΠΑ, να ελέγχουν την ορθή εφαρμογή του ΦΠΑ, ιδίως επί των ενδοκοινοτικών συναλλαγών, και να καταπολεμούν την απάτη στον τομέα του

[1] Κανονισμός 904/2010 του Συμβουλίου της 7ης Οκτωβρίου 2010 για την διοικητική συνεργασία και την καταπολέμηση της απάτης στο τομέα του ΦΠΑ

ΦΠΑ. Ο Κανονισμός αυτός καθορίζει σαφείς και αποδοτικούς κανόνες διοικητικής συνεργασίας. Επιτρέπει την αποστολή αιτημάτων ειδικών πληροφοριών για τη διεξαγωγή σχετικής έρευνας και την συλλογή των αναγκαίων στοιχείων για τις ύποπτες συναλλαγές. Επίσης προβλέπει και την αυτοπρόσωπη παρουσία φορολογικών ελεγκτών σε άλλη χώρα για τη διεξαγωγή ερευνών. Μεταξύ άλλων, καθορίζονται οι κανόνες και οι διαδικασίες που επιτρέπουν στα κράτη μέλη να συλλέγουν και να ανταλλάσσουν ηλεκτρονικώς τις εν λόγω πληροφορίες χωρίς να θίγεται η εφαρμογή στα κράτη μέλη των κανόνων αμοιβαίας συνδρομής επί ποινικών θεμάτων.

Η πλέον σημαντική λειτουργία όμως του Κανονισμού αυτού είναι η δυνατότητα που παρέχει για την κεντρική διασύνδεση των αρμοδίων υπηρεσιών ΦΠΑ και η πρόσβαση όλων των ελεγκτικών μηχανισμών των εμπλεκομένων κρατών μελών στα ίδια στοιχεία. Επιπλέον, ο Κανονισμός προβλέπει ένα σύστημα ανταλλαγής αυθόρμητων πληροφοριών μεταξύ των φορολογικών διοικήσεων σε περιπτώσεις που υπάρχει κίνδυνος απώλειας φόρου σε κάποιο κράτος μέλος ή όταν δεν εφαρμόζεται σωστά η νομοθεσία ΦΠΑ ή όταν η πληροφόρηση κρίνεται απαραίτητη για ελεγκτικούς σκοπούς. Επιπρόσθετα, προβλέπει κανόνες και διαδικασίες όσον αφορά την ανταλλαγή πληροφοριών με ηλεκτρονικά μέσα για το ΦΠΑ σχετικά με υπηρεσίες που παρέχονται ηλεκτρονικά[2] καθώς επίσης για κάθε επακόλουθη ανταλλαγή πληροφοριών και, καθόσον αφορά υπηρεσίες που καλύπτονται από το εν λόγω ειδικό καθεστώς, για τη μεταφορά χρημάτων μεταξύ των αρμόδιων αρχών των κρατών μελών.

4. Νομολογία Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης

Η φορολογική αρχή κράτους μέλους που εξετάζει το απαιτητό του ΦΠΑ για παροχή υπηρεσιών που έχουν ήδη επιβαρυνθεί με το φόρο αυτόν εντός άλλων κρατών μελών υποχρεούται να υποβάλει αίτημα παροχής πληροφοριών στις φορολογικές αρχές αυτών των άλλων κρατών μελών όταν ένα τέτοιο αίτημα είναι χρήσιμο, ή ακόμα και αναγκαίο, για να προσδιοριστεί αν ο ΦΠΑ είναι απαιτητός εντός του πρώτου κράτους μέλους[3].

Περαιτέρω, προβλέπεται συστηματική ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ των κρατών μελών χωρίς προηγούμενη αίτηση στις ακόλουθες περιπτώσεις

- Όταν ο ΦΠΑ επιβάλλεται στο κράτος μέλος προορισμού και η αποτελεσματικότητα του συστήματος ελέγχου εξαρτάται κατ' ανάγκη από τις πληροφορίες που παρέχονται από το κράτος μέλος προέλευσης,

- Όταν ένα κράτος μέλος θεωρεί ότι διαπράχτηκε ή ενδέχεται να έχει διαπραχτεί παραβίαση της νομοθεσίας ΦΠΑ στο άλλο κράτος μέλος,

- Όταν υφίσταται κίνδυνος διαφυγής φορολογικών εσόδων στο άλλο κράτος μέλος.

5. Το δίκτυο EUROCANET

Στο πλαίσιο του Κανονισμού 904/2010 έχει δημιουργηθεί το δίκτυο EUROCANET (Ευρωπαϊκό Δίκτυο Καρουζέλ[4]) για την μόνιμη ανταλλαγή πληροφοριών, μέσω ειδικής ηλεκτρονικής πλατφόρμας, μεταξύ των κρατών μελών και των εξειδικευμένων τμημάτων τους για την καταπολέμηση της απάτης στο ΦΠΑ. Στόχος της υπηρεσίας αυτής είναι ο μόνιμος έλεγχος των επιχειρήσεων-μεσολαβητών προκειμένου να εντοπιστούν όσο το δυνατόν

[2] σύμφωνα με το ειδικό καθεστώς που προβλέπεται στο κεφάλαιο 6 του τίτλου XII της οδηγίας 2006/11/ΕΚ
[3] C-419/14, WebMindLicences, 17.12.2015, σκ.59, όπως ερμηνεύει το Δικαστήριο της ΕΕ τον Κανονισμό 904/2010
[4] European Carousel Network

γρηγορότερα οι νέοι «εξαφανισμένοι έμποροι» στα άλλα κράτη μέλη, ώστε, τελικά, να αποφευχθούν περαιτέρω φορολογικές απώλειες.

6. Κανονισμός 2018/1541

Ο Κανονισμός 904/2010, πρόσφατα τροποποιήθηκε με τον Κανονισμό 2018/1541 του Συμβουλίου της 2ας Οκτωβρίου 2018, ο οποίος δημοσιεύτηκε τον Ιανουάριο 2019 και αποσκοπεί, μεταξύ άλλων, στη βελτίωση των μέσων συνεργασίας μεταξύ των κρατών μελών για την καταπολέμηση της διασυνοριακής απάτης στον τομέα του ΦΠΑ.

Αξίζει να σημειωθεί το άρθρο 28 (2 α) που καθιερώνει έναν γενικό κανόνα σύμφωνα με τον οποίο οι διοικητικές έρευνες, για σκοπούς συλλογής και ανταλλαγής πληροφοριών, διεξάγονται από κοινού από υπαλλήλους των αιτουσών αρχών και των αρχών στις οποίες υποβάλλεται η αίτηση και διενεργούνται υπό τη διεύθυνση και σύμφωνα με τη νομοθεσία του κράτους μέλους στο οποίο υποβάλλεται η αίτηση. Προβλέπεται πρόσβαση στους ίδιους χώρους και στα ίδια έγγραφα και για τους υπαλλήλους των αιτουσών αρχών και, ορίζεται επίσης ότι εφόσον επιτρέπεται βάσει της νομοθεσίας του κράτους μέλους στο οποίο υποβάλλεται η αίτηση, οι υπάλληλοι των αιτούντων κρατών μελών ασκούν τις ίδιες εξουσίες ελέγχου με αυτές που έχουν ανατεθεί στους υπαλλήλους του κράτους μέλους στο οποίο υποβάλλεται η αίτηση. Οι υπάλληλοι των αιτουσών αρχών ασκούν τις εξουσίες ελέγχου με μοναδικό σκοπό τη διεξαγωγή της διοικητικής έρευνας. Τέλος, υπό προϋποθέσεις είναι δυνατή η σύνταξη κοινής έκθεσης έρευνας.

Επίσης, το νέο άρθρο 7 (4 α) θέτει έναν ειδικότερο κανόνα σύμφωνα με τον οποίο στην περίπτωση που οι αρμόδιες αρχές τουλάχιστον δύο κρατών μελών θεωρούν ότι απαιτείται διοικητική έρευνα και υποβάλλουν κοινή αιτιολογημένη αίτηση περιέχουσα ενδείξεις ή αποδείξεις για κινδύνους φοροδιαφυγής ή απάτης όσον αφορά τον ΦΠΑ, η αρχή στην οποία υποβάλλεται η αίτηση δεν αρνείται να αναλάβει την έρευνα, εκτός εάν διαθέτει ήδη τις ζητούμενες πληροφορίες, τις οποίες και κοινοποιεί στα αιτούντα κράτη μέλη. Εάν τα αιτούντα κράτη μέλη δεν είναι ικανοποιημένα με τις πληροφορίες που έλαβαν ενημερώνουν το κράτος μέλος προς το οποίο υπέβαλαν την αίτηση να προχωρήσει περαιτέρω με τη διοικητική έρευνα. Εφόσον το απαιτεί το κράτος μέλος προς το οποίο υποβάλλεται η αίτηση, υπάλληλοι εξουσιοδοτημένοι από τις αιτούσες αρχές δύνανται να λαμβάνουν μέρος στη διοικητική έρευνα. Η εν λόγω διοικητική έρευνα διεξάγεται από κοινού και διενεργείται υπό τη διεύθυνση και σύμφωνα με τη νομοθεσία του κράτους μέλους στο οποίο υποβάλλεται η αίτηση. Όταν το κράτος μέλος προς το οποίο υποβάλλεται η αίτηση δεν έχει ζητήσει υπαλλήλους από τα αιτούντα κράτη μέλη, οι υπάλληλοι οποιουδήποτε από τα αιτούντα κράτη μέλη δύνανται να είναι παρόντες κατά τη διάρκεια της διοικητικής έρευνας. Σε κάθε περίπτωση, οι υπάλληλοι των εν λόγω αιτούντων κρατών μελών δύνανται να είναι παρόντες προς διαβούλευση. Στην περίπτωση που πρέπει να συμμετάσχουν ή να είναι παρόντες υπάλληλοι από τα αιτούντα κράτη μέλη, η διοικητική έρευνα διεξάγεται μόνον όταν έχει εξασφαλισθεί η εν λόγω συμμετοχή ή παρουσία τους για τους σκοπούς της διοικητικής έρευνας.

7. Το δίκτυο Eurofisc

Προκειμένου να προαχθεί και να διευκολυνθεί η πολυμερής συνεργασία για την καταπολέμηση της απάτης στον τομέα του ΦΠΑ, δημιουργήθηκε δίκτυο για την ταχεία ανταλλαγή στοχοθετημένων πληροφοριών μεταξύ των κρατών μελών το οποίο καλείται Eurofisc. Ιδιαίτερη αναφορά γίνεται στο φαινόμενο Καρουζέλ, στο πλαίσιο του δικτύου αυτού, που επιτρέπει λόγω της αυτόματης ανταλλαγής στοχευμένων πληροφοριών την αποτελεσματική συνδρομή αναφορικά με την παροχή ηλεκτρονικών υπηρεσιών από μη υποκείμενους σε ΦΠΑ σε πρόσωπα που είναι εγκατεστημένα εκτός της ΕΕ. Η Ευρωπαική Επιτροπή έχει δρομολογήσει την ανάπτυξη της Ανάλυσης Δικτύων Συναλλαγών για την

ανταλλαγή και την από κοινού επεξεργασία των στοχοθετημένων πληροφοριών ΦΠΑ από υπαλλήλους ανάλυσης κινδύνου του δικτύου Eurofisc. Αυτό το νέο μέσο θα επιτρέψει στις φορολογικές διοικήσεις να εξαρθρώσουν τα δίκτυα απάτης με απλούστερο, ταχύτερο και ασφαλέστερο τρόπο .

Ειδικότερα, οι συντονιστές του τομέα εργασίας του Eurofisc: α) αντιπαραβάλλουν τις πληροφορίες που λαμβάνουν από τους συμμετέχοντες υπαλλήλους συνδέσμους του Eurofisc και τις διαθέτουν όλες στους άλλους συμμετέχοντες υπαλλήλους συνδέσμους του Eurofisc. Οι πληροφορίες ανταλλάσσονται με ηλεκτρονικά μέσα, β) εξασφαλίζουν την επεξεργασία των πληροφοριών που λαμβάνουν από τους συμμετέχοντες υπαλλήλους συνδέσμους του Eurofisc, κατά τα συμφωνηθέντα από τους συμμετέχοντες στον τομέα εργασίας, και καθιστούν το αποτέλεσμα διαθέσιμο στους συμμετέχοντες υπαλλήλους συνδέσμους του Eurofisc, γ) παρέχουν αναπληροφόρηση στους συμμετέχοντες υπαλλήλους συνδέσμους του Eurofisc. Μόλις ένα κράτος μέλος κατηγοριοποιήσει μια εταιρεία ως εταιρεία-όχημα που πραγματοποιεί εικονικές ή πραγματικές ενδοκοινοτικές παραδόσεις σε αφανείς ή ασυνεπείς εμπόρους, οι πληροφορίες που αφορούν τους τρέχοντες και τους σκοπούμενους εταίρους της πρέπει να αποστέλλονται αμελλητί μέσω του Eurofisc, ούτως ώστε αυτοί οι έμποροι να ταυτοποιούνται, να παρακολουθούνται και, εάν είναι αναγκαίο, να διαγράφονται αμέσως από το μητρώο. Διαφορετικά, η ικανότητα των κρατών μελών να αντιμετωπίζουν προληπτικά την ενδοκοινοτική απάτη του αφανούς εμπόρου περιορίζεται. Χωρίς έναν ταχύ μηχανισμό ανατροφοδότησης όσον αφορά τη χρησιμότητα των λαμβανόμενων ενδείξεων απάτης, τα κράτη μέλη δεν μπορούν να βελτιώσουν την ποιότητα της ανάλυσης κινδύνου τους.

Τα κράτη μέλη που έχουν επιλέξει να συμμετέχουν σε τομέα εργασίας του Eurofisc συμμετέχουν ενεργώς στην πολυμερή ανταλλαγή στοχοθετημένων πληροφοριών μεταξύ όλων των συμμετεχόντων κρατών μελών. Η Επιτροπή παρέχει στο Eurofisc τεχνική και υλικοτεχνική υποστήριξη, ωστόσο δεν συμμετέχει στην καθημερινή λειτουργία του Eurofisc και δεν έχει πρόσβαση στις πληροφορίες που ανταλλάσσονται στο πλαίσιο του εν λόγω δικτύου, οι οποίες είναι εμπιστευτικές. Οι υπάλληλοι-σύνδεσμοι των κρατών μελών που συμμετέχουν σε συγκεκριμένο τομέα εργασίας του Eurofisc έχουν πείρα στην καταπολέμηση της απάτης στον τομέα του ΦΠΑ.

8. Ανταλλαγή πληροφοριών σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης

Η ενιαία αγορά κατάργησε τους συνοριακούς ελέγχους στο ενδοκοινοτικό εμπόριο. Έκτοτε, τα κράτη μέλη εξαρτώνται από τις πληροφορίες που λαμβάνουν από άλλα κράτη μέλη σχετικά με τις ενδοκοινοτικές συναλλαγές για να μπορούν να εισπράττουν το ΦΠΑ στο έδαφός τους. Τα κράτη μέλη ανταλλάσσουν αυτές τις πληροφορίες χρησιμοποιώντας τις ρυθμίσεις διοικητικής συνεργασίας που προβλέπει η νομοθεσία της ΕΕ . Αυτή η νομοθεσία ορίζει τα ακόλουθα εργαλεία διοικητικής συνεργασίας:

α) ανταλλαγές πληροφοριών κατόπιν αίτησης και ανταλλαγές πληροφοριών χωρίς προηγούμενη αίτηση χρησιμοποιώντας τα τυποποιημένα έντυπα που έχουν εγκριθεί από τη μόνιμη επιτροπή διοικητικής συνεργασίας,

β) ανταλλαγές πληροφοριών μέσω της ηλεκτρονικής βάσης δεδομένων του VIES[5],

[5] Το σύστημα «VAT Information Exchange System» (VIES) είναι ένα ηλεκτρονικό μέσο διαβίβασης πληροφοριών σχετικά με εγγραφή στα μητρώα ΦΠΑ (δηλαδή ελέγχει την εγκυρότητα – ύπαρξη των αριθμών μητρώου ΦΠΑ) των επιχειρήσεων που είναι καταχωρισμένες στην ΕΕ. Οι πληροφορίες σχετικά με (απαλλασσόμενες από φόρους) ενδοκοινοτικές παραδόσεις διαβιβάζονται επίσης μεταξύ των διοικήσεων των κρατών μελών μέσω του VIES. Οι πληροφορίες όσον αφορά τα δεδομένα για την εγγραφή στα μητρώα ΦΠΑ συλλέγονται από τις εθνικές διοικήσεις και τροφοδοτούν τις βάσεις δεδομένων.

γ) έλεγχοι που διενεργούνται ταυτόχρονα σε δύο ή περισσότερα κράτη μέλη (πολυμερείς έλεγχοι) και παρουσία φορολογικών υπαλλήλων σε άλλα κράτη μέλη, προκειμένου να έχουν πρόσβαση σε έγγραφα που φυλάσσονται εκεί ή να παρακολουθούν έρευνες που είναι σε εξέλιξη, και

δ) ένα αποκεντρωμένο δίκτυο αποκαλούμενο Eurofisc[6] για την ταχεία ανταλλαγή στοχευμένων πληροφοριών μεταξύ κρατών μελών σχετικά με ύποπτους εμπόρους και παρόμοια ζητήματα. Σκοπός του είναι να προωθεί και να διευκολύνει την πολυμερή συνεργασία για την καταπολέμηση της απάτης στον τομέα του ΦΠΑ.

Σήμερα, η ανταλλαγή πληροφοριών γίνεται αυτόματα (δηλαδή χωρίς ιδιαίτερο αίτημα) και με διαρκώς εξελισσόμενους τρόπους, με τη χρήση της σύγχρονης τεχνολογίας και στην ανταλλαγή αυτή συμμετέχουν υποχρεωτικά και άλλοι δημόσιοι φορείς, όπως για παράδειγμα οι Αρχές για την καταπολέμηση της νομιμοποίησης εσόδων από παράνομες δραστηριότητες, καθώς και ιδιωτικοί φορείς, όπως κατεξοχήν τα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα. Πολύ πέρα όμως, των μέχρι πρότινος γνωστών μορφών ανταλλαγής πληροφοριών, εκείνο που σηματοδοτεί διεθνώς μια νέα «χρηστή» όμως «φορολογική» εποχή είναι το «Κοινό Πρότυπο Αναφοράς για την Αυτόματη Ανταλλαγή Χρηματοπιστωτικών Πληροφοριών σε Φορολογικά Ζητήματα[7]» , το οποίο δεσμεύονται από το 2014 και εντεύθεν να ακολουθήσουν όλο και περισσότερα κράτη και των οποίων σήμερα ο αριθμός τους διαρκώς αυξάνεται . Το παγκόσμιο αυτό ενιαίο πρότυπο αφορά την υποχρεωτική, αυτόματη ανταλλαγή συγκεκριμένων χρηματοπιστωτικών πληροφοριών που αφορούν τους πελάτες των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων και βασίζεται στην αποφασιστική συνδρομή αυτών των ιδρυμάτων για την παροχή αυτών των πληροφοριών αυτομάτως στις φορολογικές αρχές των διαφόρων κρατών σε ετήσια βάση.

9. Ανταλλαγή πληροφοριών σύμφωνα με τον ΚΦΔ

Ο Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας[8] περιλαμβάνει διάταξη στο κεφάλαιο της Τήρησης Βιβλίων και Στοιχείων περί πληροφοριών από τρίτους που έχει γενικό χαρακτήρα, εφαρμόζεται δηλαδή σε όλους τους φόρους άρα και στο ΦΠΑ. Συγκεκριμένα η εν λόγω διάταξη αφορά τόσο τη διαθεσιμότητα της πληροφορίας όσο και την πρόσβαση των φορολογικών αρχών στην πληροφορία. Η υποχρέωση τρίτων προσώπων για παροχή πληροφοριών στις φορολογικές αρχές μετράει δεκαετίες στην ελληνική φορολογική νομοθεσία. Εντούτοις, εξαιτίας της δημοσιονομικής κρίσης επήλθε σημαντική αναβάθμιση της διαθεσιμότητας της πληροφορίας που παρέχεται από τρίτους – ιδιώτες σε τρία ουσιώδη ζητήματα τα οποία περιλαμβάνονται στον ΚΦΔ. Έτσι, στον ΚΦΔ, προβλέπεται: πρώτον, η αυτόματη παροχή πληροφοριών από συγκεκριμένες κατηγορίες προσώπων, οι οποίες καθορίζονται από τον Γενικό Γραμματέα Δημοσίων Εσόδων (ΓΓΔΕ)[9] δεύτερον, η σύντμηση των προθεσμιών εντός των οποίων οι τρίτοι υποχρεούνται να παράσχουν πληροφορίες στο ΓΓΔΕ, στην περίπτωση που τους ζητηθούν και τρίτον, η άρση επαγγελματικού απορρήτου για τις οικονομικές συναλλαγές των τρίτων με το φορολογούμενο, χωρίς την άδεια Εισαγγελέα.

10. Κοινοί και ταυτόχρονοι έλεγχοι

Στην ελληνική έννομη τάξη, εισήχθησαν πρόσφατα οι από κοινού έλεγχοι και οι ταυτόχρονοι έλεγχοι. Με τα άρθρα 12 και 25 του Νόμου 4170/2013 θεσπίζονται αντίστοιχα τόσο οι από κοινού έλεγχοι, όσο και οι ταυτόχρονοι έλεγχοι, αλλά πλέον για κάθε κατηγορία φόρου. Ο ΟΟΣΑ από το 2010 ορίζει τους από κοινού ελέγχους ως νέα μορφή συντονισμένης δράσης

[6] Βλ. ειδικότερα υπό στοιχείο 7
[7] Common Reporting Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters
[8] Νόμος 4174/2013
[9] Νυν Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Εσόδων («ΑΑΔΕ»)

μεταξύ των φορολογικών διοικήσεων. Έτσι, δύο ή παραπάνω χώρες δημιουργούν έναν ενιαίο ελεγκτικό μηχανισμό, όπου η χώρα που τον ζητάει, καλεί αλλοδαπούς υπαλλήλους και – ως ένα βαθμό – χάνει τον έλεγχο επί της έρευνας που γίνεται στο έδαφός του. Στην Ελλάδα το θεσμικό πλαίσιο των από κοινού ελέγχων ισχύει πολύ συντηρητικά. Πρόκειται όμως για μορφές ελέγχου που εφόσον λειτουργήσει σωστός συντονισμός, οι φορολογικές διοικήσεις ναι μεν παραμένουν εθνικές, αλλά υπερπηδούνται τα γεωγραφικά σύνορα και ο στόχος αντιμετώπισης διεθνών φαινομένων φοροδιαφυγής και φοροαποφυγής καθίσταται εφικτός. Με τους κοινούς ελέγχους ενισχύεται η ικανότητα των κρατών μελών να ελέγχουν τις διασυνοριακές προμήθειες και δίνεται η δυνατότητα σε υπαλλήλους από δύο ή περισσότερες εθνικές φορολογικές αρχές να συγκροτούν ενιαία ομάδα ελέγχου για την καταπολέμηση της απάτης, κάτι που είναι ιδιαίτερα σημαντικό σε περιπτώσεις απάτης στον τομέα του ηλεκτρονικού εμπορίου

11. Αξιολογήσεις

Στη συνεδρίαση των Υπουργών Οικονομικών της ΕΕ στις 2 Οκτωβρίου 2018 διαπιστώθηκε η πρόοδος που έχει επιτευχθεί μέχρι σήμερα από τα κράτη μέλη στο πλαίσιο της μεταρρύθμισης του συστήματος ΦΠΑ στην ΕΕ, ενώ υιοθετήθηκαν και διάφορα μέτρα προς την ίδια κατεύθυνση. Μεταξύ των μέτρων που συμφωνήθηκαν στην συνεδρίαση περιλαμβάνεται η επίσημη υιοθέτηση νέων κανόνων για την ανταλλαγή πληροφοριών και την βελτίωση της συνεργασίας στον τομέα της απάτης στο ΦΠΑ μεταξύ των εθνικών φορολογικών αρχών και των δικαστικών αρχών. Η βελτίωση του συντονισμού τόσο μεταξύ των κρατών μελών μεταξύ τους όσο και με τα όργανα της ΕΕ θα διασφαλίσει τον έγκαιρο εντοπισμό της γοργά αναπτυσσόμενης εγκληματικής δραστηριότητας, αλλά και την αποτελεσματικότερη και γρηγορότερη αντιμετώπισή της. Η ηλεκτρονική ανταλλαγή πληροφοριών κατόπιν αίτησης είναι ένα χρήσιμο εργαλείο που απολαμβάνει την εκτίμηση των κρατών μελών. Ωστόσο, υπάρχει έλλειψη πληροφοριών όσον αφορά την αποτελεσματικότητά του στην είσπραξη του ΦΠΑ. Επιπροσθέτως, οι καθυστερημένες απαντήσεις παρεμποδίζουν την αποτελεσματική είσπραξη του ΦΠΑ. Επιπλέον, όσον αφορά το VIES[10] είναι ένα πολύ χρήσιμο εργαλείο για την ανταλλαγή δεδομένων σχετικά με τις ενδοκοινοτικές παραδόσεις μεταξύ των κρατών μελών. Ωστόσο, υπάρχουν αδυναμίες στη χρήση του από τα κράτη μέλη, οι οποίες, κατά περίπτωση, επηρεάζουν την αξιοπιστία, την ακρίβεια, την πληρότητα και την εγκυρότητα των δεδομένων του VIES και, συνεπώς, την αποτελεσματικότητά του στην αντιμετώπιση της απάτης.

12. Ενδεχόμενη προσβολή θεμελιωδών δικαιωμάτων

Μολονότι είναι αληθές ότι το καθεστώς του ενδοκοινοτικού εμπορίου κατέστη πιο ευάλωτο στη φοροδιαφυγή, παρ' όλ' αυτά οι προϋποθέσεις αποδείξεως που θέτουν τα κράτη μέλη πρέπει να σέβονται τα συνταγματικά κατοχυρωμένα δικαιώματα καθώς επίσης τις θεμελιώδεις ελευθερίες που θεσπίστηκαν με τις Συνθήκες[11], όπως, μεταξύ άλλων, την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, την αρχή της αναλογικότητας. Η καταπολέμηση ενδεχομένης φοροδιαφυγής, φοροαποφυγής και καταστρατηγήσεως αποτελεί στόχο τον οποίο αναγνωρίζει και ενθαρρύνει η Οδηγία, η οποία μπορεί, υπό ορισμένες συνθήκες, να δικαιολογήσει την ύπαρξη περιορισμών στα ως άνω δικαιώματα και ελευθερίες.

Η φορολογική διαφάνεια και η ανταλλαγή πληροφοριών που αποτελούν βασικούς τρόπους καταπολέμησης της φοροδιαφυγής στον τομέα του ΦΠΑ, προϋποθέτουν υψηλού επιπέδου διαθεσιμότητα της πληροφορίας και προσβασιμότητα (της φορολογικής εξουσίας) σε αυτήν, γεγονός που προμηνύει ενδεχόμενες παραβιάσεις δικαιωμάτων που έχουν να κάνουν με την

[10] Βλ. υποσημείωση υπ' αριθμόν 5

[11] Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και Συνθήκη της Ευρωπαϊκής Ένωσης

προστασία της ιδιωτικότητας και των ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων, αλλά ακόμη και κίνδυνο προσβολής της τιμής και της προσωπικότητας. Υπάρχει επομένως ενδεχόμενη δυνητική παραβίαση των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, των ατομικών αλλά και των οικονομικών ελευθεριών του φορολογουμένου και γενικότερα, κίνδυνοι αμφισβήτησης των βασικών πυλώνων του Κράτους Δικαίου. Τα κράτη μέλη, στην προσπάθεια τους προκειμένου να διασφαλίζεται η επακριβής είσπραξη του ΦΠΑ και να αποφεύγεται η φοροδιαφυγή με τη λήψη σχετικών μέτρων που έχουν την ευχέρεια να θεσπίζουν βάσει του άρθρου 273 της Οδηγίας ΦΠΑ[12], δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη των σκοπών αυτών μέτρου[13].

13. Επίλογος

Είναι γεγονός ότι η ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ των φορολογικών κρατών και όχι μόνο αποτελεί την τρέχουσα πρόκληση όλων των διεθνών φορέων που ασχολούνται με την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής και της καταχρηστικής φοροαποφυγής.

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει υπογραμμίσει[14] τη σημασία της αυτόματης ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ των φορολογικών αρχών ως κρίσιμου εργαλείου, για την ενίσχυση της πάταξης της φοροδιαφυγής. Επιπλέον πρότεινε την προώθηση δυναμικά της αυτόματης ανταλλαγής πληροφοριών ως μελλοντικού, τόσο ευρωπαϊκού, όσο και διεθνούς προτύπου για τη φορολογική διαφάνεια και την ανταλλαγή πληροφοριών σε φορολογικά ζητήματα. Επακολούθησε και διεθνώς η αναγνώριση της σημασίας της αυτόματης ανταλλαγής πληροφοριών ως μέσου καταπολέμησης της διασυνοριακής φορολογικής απάτης και φοροδιαφυγής από τις γνωστές Ομάδες κρατών G20 και G8.

Παρά την ανάπτυξη της ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ των κρατών μελών και της συνεργασίας μεταξύ των διαφόρων υπηρεσιών, οι κοινοί έλεγχοι βρίσκονται ακόμα σε πρωταρχικό στάδιο. Υπάρχουν βέβαια αρκετά εκκρεμή έργα μεταξύ κρατών μελών όπου το ζήτημα που διακυβεύεται κυρίως είναι η ισορροπία μεταξύ της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών από τη μία και η αποτελεσματικότητα από την άλλη. Προς το παρόν μόνο θετικές είναι οι εξελίξεις από την εξέλιξη των θεσμών αυτών και οι όποιες διαφοροποιήσεις λύνονται με αμοιβαιότητα. Αρκετοί θεωρητικοί προτείνουν την θέσπιση συγκεκριμένης οδηγίας για τους κοινούς ελέγχους με στόχο την πλήρη εναρμόνιση μεταξύ των κρατών μελών και επομένως και την επίτευξη καλύτερων αποτελεσμάτων με γνώμονα όμως σε κάθε περίπτωση τις γενικές αρχές και τα θεμελιώδη δικαιώματα όπως κατοχυρώνονται στο Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου.

[12] Οδηγία 2006/112/ΕΚ του Συμβουλίου της 28ης Νοεμβρίου 2006 σχετικά με το κοινό σύστημα φόρου προστιθέμενης αξίας, Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ L 347, 11.12.2006)

[13] C-534/16, 26.10.2017, BB construct s. r. o., σκ.24, C-385/09, 21.10.2010, Nidera Handelscompagnie, σκ. 49, και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-576/15, 5.10.2016, Maya Marinova, σκ. 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία

[14] σε Ανακοίνωσή της από τις 6 Δεκεμβρίου 2012

Η Νομοθετική Συμμόρφωση με τις Αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας με αριθμούς 1880, 1882, 1888-1891/2019

Στέφανος Πετροπουλάκος, Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ, Υποψήφιος Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Πολιτικής Ανάλυσης και Πολιτικής Θεωρίας

1. Εισαγωγή

Η ασφαλιστική μεταρρύθμιση του ν. 4387/2016 (Α΄ 85), συγκέντρωσε τα φώτα της δημοσιότητας και προκάλεσε έντονες συζητήσεις, μεταξύ άλλων, σχετικά με τα ζητήματα συμβατότητάς της με το Σύνταγμα[1]. Συναφώς, ασκήθηκε μεγάλος αριθμός αιτήσεων ακύρωσης, οι οποίες συζητήθηκαν στις 6 Οκτωβρίου 2017, ενώ οι σχετικές αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας δημοσιεύθηκαν στις 4 Οκτωβρίου 2019[2].

Με τις αποφάσεις με αριθμούς 1880, 1882, 1888-1891/2019 της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας το Δικαστήριο προέβη σε ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 22 παρ. 5 του Συντάγματος τόσο αυτοτελώς, όσο και σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 1, 4 παρ. 1 και 5, 25 παρ. 1 και 4 και 106 παρ. 1 του Συντάγματος και οριοθέτησε νομολογιακά τον ίδιο τον θεσμό της κοινωνικής ασφάλισης. Κατ' αποτέλεσμα, σημαντικές ρυθμίσεις του ν. 4387/2016 κρίθηκαν ως παραβιάζουσες επιμέρους διατάξεις του Συντάγματος και, ως εκ τούτου, η Διοίκηση κλήθηκε να συμμορφωθεί το συντομότερο δυνατό.

2. Οι διαπιστωθείσες αντισυνταγματικότητες του ν. 4387/2016

Με τις ανωτέρω αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας κρίθηκαν τα εξής:

2.1. Με τις με αριθμούς 1880 και 1888/2019 αποφάσεις κρίθηκε το ζήτημα της αντισυνταγματικότητας του συστήματος εισφορών των ελευθέρων επαγγελματιών και αυτοαπασχολούμενων[3].

Ειδικότερα, έγινε δεκτό, καταρχήν, ότι ο νομοθέτης μπορεί να παρέχει την κοινωνική ασφάλιση από έναν ασφαλιστικό φορέα αδιάφορα από τη φύση της απασχόλησης των ασφαλισμένων και, δη, υπό ενιαίους κανόνες, εφόσον όμως τούτο επιτυγχάνεται με όρους ισότητας, σύμφωνα με τις επιταγές του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος, ο δε έλεγχος της τήρησης των επιταγών αυτών από τον κοινωνικοασφαλιστικό νομοθέτη απαιτεί μεγαλύτερη ένταση στην περίπτωση ενιαίων κανόνων εισφορών και παροχών για μη ομοειδείς κατηγορίες

---

[1] Για τους αρχικούς προβληματισμούς σχετικά με τη συνταγματικότητα της εν λόγω μεταρρύθμισης βλ. Πετροπουλάκος Στέφανος, «Η συμβατότητα της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης με το Σύνταγμα - Παρατηρήσεις με αφορμή τον Ν. 4387/2016», *ΕΔΚΑ* 2016, σελ. 199-206.

[2] Συνολικά δημοσιεύθηκαν είκοσι τέσσερις σχετικές αποφάσεις (ΣτΕ Ολ. 1880-1903/2019). Ωστόσο, με τις δεκαοκτώ εξ αυτών διαπιστώθηκε η κατάργηση της δίκης, λόγω της επίλυσης των σχετικών ζητημάτων με τις με αριθμούς 1880, 1882, 1888-1891/2019 αποφάσεις.

[3] Βλ. Γαληνού Ειρήνη - Ελευθερία (2019), «Η συνταγματικότητα της σύστασης του ΕΦΚΑ και της υπαγωγής σε αυτόν όλων των κατηγοριών εργαζομένων δημοσίου και ιδιωτικού τομέα με κοινούς κανόνες εισφορών. Ελεύθερο σχόλιο με αφορμή τις πρόσφατες αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ Ολ. 1880, 1882, 1888/2019)», *ΕφημΔΔ* 5/2019, σελ. 523-549 και Ξυλάκη Παναγιώτα, «Παρατηρήσεις στη ΣτΕ Ολ. 1880/2019», *ΘΠΔΔ* 2019, σελ. 997-1001.

ασφαλισμένων εντός του αυτού ασφαλιστικού φορέα, σε συνάρτηση και με το σύστημα χρηματοδότησης των ασφαλιστικών παροχών που επιλέχθηκε[4].

Ακόμα, έγινε δεκτό ότι ο κοινός νομοθέτης είναι ελεύθερος να υπολογίζει τις ασφαλιστικές εισφορές επί βάσης, η οποία μαρτυρεί εισφοροδοτική ικανότητα, όπως είναι το πραγματοποιούμενο εισόδημα από την ασφαλιζόμενη εργασία και το ασφαλιζόμενο επάγγελμα, να καθορίζει δε το ύψος της σε επίπεδο που να διασφαλίζει μεν την επάρκεια των παροχών χωρίς όμως να πλήττει το κατά την διάρκεια του εργασιακού βίου παραγόμενο -κατ' ενάσκηση του συνταγματικώς αναγνωριζόμενου δικαιώματος συμμετοχής στην οικονομική ζωή της Χώρας[5]- εισόδημα υπέρμετρα σε σχέση προς τον σκοπό της διασφάλισης εισοδήματος μετά το πέρας του εργασιακού βίου[6].

Σε συνέχεια των ανωτέρω, έγινε δεκτό ότι η υπαγωγή στην ασφάλιση, κατά τις διατάξεις του ν. 4387/2016, μισθωτών και μη μισθωτών, ήτοι κατηγοριών ασφαλισμένων με ουσιωδώς διαφορετικές συνθήκες απασχόλησης και παραγωγής εισοδήματος, υπό ενιαίους κανόνες εισφορών και παροχών[7], αντίκειται στη συνταγματική αρχή της ισότητας, από την άποψη της ενιαίας μεταχείρισης προσώπων που τελούν υπό διαφορετικές συνθήκες[8].

Η κρίση αυτή στηρίχθηκε στο ότι το σύστημα που έχει επιλέξει ο νομοθέτης του ν. 4387/2016 είναι διανεμητικό καθορισμένων παροχών[9], με αποτέλεσμα ασφαλισμένοι οιασδήποτε κατηγορίας από τις υπαγόμενες στον ενιαίο ασφαλιστικό φορέα με τις ίδιες συντάξιμες αποδοχές (για τις οποίες κατέβαλαν εισφορές) και τον ίδιο χρόνο ασφάλισης αποκτούν την ίδια ασφαλιστική παροχή (κύρια σύνταξη). Στη χρηματοδότηση της παροχής αυτής τόσο η ασφαλιζόμενη μισθωτή εργασία όσο και τα ασφαλιζόμενα επαγγέλματα συμβάλλουν με το ίδιο ποσοστό εισφοράς (20%) επί του εισοδήματος που παράγουν[10]. Ωστόσο, την παροχή αυτή οι μη μισθωτοί ασφαλισμένοι (αυτοαπασχολούμενοι, ελεύθεροι επαγγελματίες και αγρότες) αποκτούν έχοντας καταβάλει το σύνολο της ως άνω εισφοράς επί του εισοδήματος που πραγματοποιούν από το επάγγελμά τους, ενώ οι μισθωτοί ασφαλισμένοι αποκτούν την ίδια παροχή έχοντας καταβάλει εισφορά 6,67% επί των αποδοχών τους από την εργασία τους, καθώς το υπόλοιπο της εισφοράς (13,33%) βαρύνει τους εργοδότες τους.

---

[4] ΣτΕ Ολ. 1880/2019 σκ. 21.

[5] Πρβλ. άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος.

[6] ΣτΕ Ολ. 1880/2019 σκ. 21 και ΣτΕ Ολ. 1888/2019 σκ. 10.

[7] Βλ. άρθρα 39, 40 και 41 του ν. 4387/2016, όπως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο.

[8] Για την προκαλούμενη ανισότητα από το σύστημα υπολογισμού εισφορών των μη μισθωτών βλ. Αγγελοπούλου Όλγα (2019), «Η συνταγματικότητα της δημιουργίας του ενιαίου φορέα ΕΦΚΑ & η προκαλούμενη ανισότητα από τις δυσανάλογα υψηλές εισφορές των μη μισθωτών - Σκέψεις για τη διαμόρφωση των όρων της ασφάλισης και τη χρηματοδότησή τους», *ΔτΚΑ* 2019, σελ. 741-749. Η συγγραφέας προτείνει την επανεξέταση της κατάργησης των κοινωνικών πόρων, καθώς θεωρεί ότι ορισμένοι εξ αυτών, ως «οιονεί εργοδοτικές εισφορές» και σε λελογισμένη έκταση, που δεν θα επιβαρύνει ιδιαίτερα την οικονομική δραστηριότητα, *«θα ήταν σκόπιμο να συμμετέχουν στη χρηματοδότηση των παροχών του ΕΦΚΑ, αμβλύνοντας το βάρος των εισφορών για τους μη μισθωτούς και της ανάγκης επιδότησης του συστήματος μέσω της φορολογίας»*.

[9] ΣτΕ Ολ. 1880/2019 σκ. 26 και ΣτΕ Ολ. 1888/2019 σκ. 15.

[10] Επισημαίνεται ότι με το άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 4578/2018 (Α΄ 200), είχε προβλεφθεί ότι η εισφορά των μη μισθωτών θα ανερχόταν σε 13,33% αντί για 20,00% επί του εισοδήματος που παράγουν. Η εισφορά αυτή ήταν διπλάσια από την προβλεπόμενη για τους μισθωτούς (6,67%), χωρίς όμως να προκύπτει με σαφήνεια αν και το ποσοστό αυτό παραβιάζει την αρχή της ισότητας. Πρβλ. Αγγελοπούλου Όλγα, όπ. π., όπου γίνεται δεκτό ότι και η ρύθμιση αυτή ήταν αντίθετη στην αρχή της ισότητας *«διότι και διά αυτής οι μη μισθωτοί οφείλουν να καταβάλλουν εισφορά διπλάσια σε σχέση με την καταβαλλόμενη από τους μισθωτούς για να λάβουν την ίδια παροχή»*.

Σε συνέχεια των ανωτέρω, κρίθηκε ότι οι μη μισθωτοί ασφαλισμένοι, μη έχοντες εργοδότη βαρυνόμενο με τμήμα της δικής τους εισφοράς, καταβάλλουν τριπλάσιο μέρος του εισοδήματός τους ως αντιπαροχή για την πρόσβαση στην κοινωνική ασφάλιση και την απόληψη της ίδιας παροχής σε σχέση με τους μισθωτούς ασφαλισμένους και, μάλιστα, χωρίς το ύψος των καταβληθεισών εισφορών τους να συνδιαμορφώνει, όπως στο σύστημα καθορισμένων εισφορών, το ύψος της ασφαλιστικής παροχής[11].

2.2. Με τη με αριθμό 1891/2019 απόφαση κρίθηκαν τα ζητήματα της αναγκαιότητας ύπαρξης αναλογιστικής μελέτης για τη βιωσιμότητα του ΕΦΚΑ, της αναγκαιότητας ύπαρξης μελέτης για την τεκμηρίωση της επάρκειας[12] των παροχών κοινωνικής ασφάλισης και του ύψους των ποσοστών αναπλήρωσης της κύριας ανταποδοτικής σύνταξης. Περαιτέρω, με τη με αριθμό 1889/2019 απόφαση κρίθηκε το ζήτημα της αναγκαιότητας ύπαρξης αναλογιστικής μελέτης στις επικουρικές συντάξεις[13].

2.2.1. Ειδικότερα, σε σχέση με την τεκμηρίωση της βιωσιμότητας, η οποία αφορά ξεχωριστά κάθε φορέα που απονέμει συνταξιοδοτικές παροχές υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι προκειμένου αυτή να καταστεί δυνατή θα πρέπει, πριν από την ψήφιση του σχετικού νόμου, να έχει προκληθεί η σύνταξη αναλογιστικής μελέτης[14] προερχόμενης από αρμόδια προς τούτο αρχή, η οποία να διαθέτει εξειδικευμένες γνώσεις, όπως είναι η Εθνική Αναλογιστική Αρχή, η οποία θεσπίστηκε με το άρθρο 9 του ν. 3029/2002 (Α΄ 160)[15]. Η τεκμηρίωση αυτή είναι απαραίτητη προκειμένου να προκύπτει ότι η επιχειρούμενη ασφαλιστική μεταρρύθμιση που θα αντικαταστήσει το ισχύον σύστημα είναι πράγματι λυσιτελής, είναι δηλαδή ικανή να εξασφαλίσει την κάλυψη ολόκληρου εργαζόμενου πληθυσμού της χώρας όχι μόνο βραχυπρόθεσμα, αλλά και μακροπρόθεσμα.

Επομένως, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι στις περιπτώσεις εισαγωγής νέου ασφαλιστικού συστήματος, όπως είναι το σύστημα που εισήχθη με τον ν. 4387/2016, θα πρέπει να συντάσσεται αναλογιστική μελέτη από αρμόδια προς τούτο αρχή, προκειμένου να τεκμηριώνεται η βιωσιμότητα του οικείου φορέα και η ικανότητα του συστήματος να καλύπτει

[11] ΣτΕ Ολ. 1880/2019 σκ. 26 και ΣτΕ Ολ. 1888/2019 σκ. 15.

[12] Για την επάρκεια των παροχών βλ. Παπαρρηγοπούλου-Πεχλιβανίδη Πατρίνα (2019), «Κρατική εγγύηση, επάρκεια των συντάξεων, ανταποδοτικότητα και ενοποιήσεις στην πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ για την κοινωνική ασφάλιση», *ΔτΚΑ* 2019, σελ. 712-715. Η συγγραφέας παρατηρεί ότι η *«μελέτη της επάρκειας μάλλον είναι μια εμπειρική μελέτη με παραδείγματα συντάξεων χαμηλών, μεσαίων και υψηλών με βάση την αξιολογούμενη κάθε φορά νομοθεσία και με παραδείγματα συντάξεων για τους μελλοντικούς συνταξιούχους με βάση την αναλογιστική μελέτη»*. Πρβλ. και Κοντογεωργοπούλου Παυλίνα (2019), «Σκέψεις για την επάρκεια των συντάξεων», *ΔτΚΑ* 2019, σελ. 750-762. Η συγγραφέας παρατηρεί ότι υπάρχουν δύο όψεις της επάρκειας των παροχών, ήτοι, αφενός, η επάρκεια ως διασφάλιση ενός επιπέδου διαβίωσης κατά το δυνατόν εγγύτερο του επιτευχθέντος κατά τη διάρκεια του ενεργού βίου και, αφετέρου, η επάρκεια ως παράμετρος της βιωσιμότητας του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης.

[13] Βλ. και Παπαρρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, «Η υποχρέωση σύνταξης αναλογιστικής μελέτης και η κρατική εγγύηση για επαρκείς συντάξεις στην απόφαση ΣτΕ Ολ 1889/2019», *ΘΠΔΔ* 2019, σελ. 916-919.

[14] Για την αναγκαιότητα εκπόνησης αναλογιστικών μελετών βλ. Στεργίου Άγγελος (2019), «Η υποχρέωση σύνταξης αναλογιστικών μελετών με αφορμή τις αποφάσεις της Ολομ. ΣτΕ 1889-1891/2019. Προς μια θεσμική ενδυνάμωση της κοινωνικής ασφάλισης», *ΔτΚΑ* 2019, σελ. 716-737.

[15] ΣτΕ Ολ. 1889/2019, σκ. 23, ΣτΕ Ολ. 1890/2019 σκ. 24, ΣτΕ Ολ. 1891/2019, σκ. 22. Για την αρχή εκπόνησης αναλογιστικών μελετών βλ. Παπαρρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, *Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης,* 3η έκδοση, 2019, Αθήνα, εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 57-59.

ασφαλιστικά τον ασφαλιζόμενο πληθυσμό όχι μόνο βραχυπρόθεσμα, αλλά και μακροπρόθεσμα[16].

Επιπλέον, σε σχέση με την τεκμηρίωση της επάρκειας των παροχών, κρίθηκε ότι αυτή, σε αντίθεση με την τεκμηρίωση της βιωσιμότητας, η οποία απαιτεί την εκπόνηση αναλογιστικής μελέτης για κάθε ασφαλιστικό οργανισμό, θα αφορά το σύνολο της χορηγούμενης κοινωνικοασφαλιστικής παροχής. Συνακόλουθα, με την απόφαση με αριθμό 1891/2019 έγινε δεκτό[17] ότι για την τεκμηρίωση της επάρκειας, ήτοι την απόδειξη της δυνατότητας της συνολικά χορηγούμενης παροχής υποχρεωτικής κοινωνικής ασφάλισης να εξασφαλίζει στους συνταξιούχους αξιοπρεπές επίπεδο διαβίωσης, όσο το δυνατόν εγγύτερο προς εκείνο που είχαν ως ασφαλισμένοι κατά τη διάρκεια του εργασιακού τους βίου, απαιτείται, πριν την ψήφιση του νόμου που θεσπίζει νέο ασφαλιστικό σύστημα, να έχει εκπονηθεί επιστημονικά τεκμηριωμένη μελέτη (ή μελέτες) από πρόσωπα που διαθέτουν τις κατάλληλες προς τούτο γνώσεις, από την οποία να προκύπτει κατά τρόπο σαφή και ορισμένο η επάρκεια των παροχών.

2.2.2. Ακόμα, σε σχέση με τα ποσοστά αναπλήρωσης της κύριας ανταποδοτικής σύνταξης έγινε δεκτό ότι ναι μεν υπάρχει κλιμάκωση, ως προς τα θεσπιζόμενα με το άρθρο 8 του ν. 4387/2016 ποσοστά αναπλήρωσης[18], βάσει των οποίων υπολογίζεται η ανταποδοτική σύνταξη και τα οποία εφαρμόζονται και για τον επανυπολογισμό των ήδη καταβαλλόμενων κύριων συντάξεων, τα ποσοστά δηλαδή αυτά αυξάνονται προοδευτικά ανά κλίμακα ετών ασφάλισης, τα νέα, όμως, αυτά ποσοστά αναπλήρωσης, αυτά καθ' εαυτά, είναι ιδιαιτέρως χαμηλά, η δε εφαρμογή τους, ως εκ του ύψους και της ανά τριετία κλιμάκωσής τους, τόσο στον μέσο όρο των μηνιαίων αποδοχών καθ' όλη τη διάρκεια του ασφαλιστικού βίου προκειμένου για τους μελλοντικούς συνταξιούχους, όσο και στον συντάξιμο μισθό επί του οποίου κανονίσθηκε η χορηγηθείσα σύνταξη προκειμένου για τους ήδη συνταξιούχους, οδηγεί στη χορήγηση ανταποδοτικής συνταξιοδοτικής παροχής, η οποία τελεί σε προφανή δυσαναλογία προς τις ανωτέρω αποδοχές, ενόψει του ότι το υψηλότερο ποσοστό αναπλήρωσης των εν λόγω αποδοχών είναι κατώτερο του 50,00%, και προς τις καταβληθείσες με βάση τις αποδοχές αυτές εισφορές.

Υπό τα δεδομένα αυτά, κρίθηκε ότι τα συγκεκριμένα ποσοστά αναπλήρωσης παραβιάζουν την αρχή της ανταποδοτικότητας, η οποία αποτελεί έκφανση της αρχής της αναλογικότητας, υπό την έννοια της υπέρβασης του ανεκτού ορίου μέχρι του οποίου είναι επιτρεπτή, κατά το Σύνταγμα, η έλλειψη ανταποδοτικότητας εισφορών - παροχών. Άλλωστε, η ανωτέρω παραβίαση της αρχής της ανταποδοτικότητας δεν αναιρείται, εξ άλλου, από τη χορηγούμενη από το σύστημα του ν. 4387/2016 εθνική σύνταξη, το ύψος της οποίας παραμένει σταθερό και δεν επηρεάζεται από τον αριθμό των (πέραν των 20) ετών ασφαλίσεως και το ύψος των αποδοχών[19].

2.2.3. Ακόμα, κρίθηκε ότι το σύστημα του ανωτέρω ν. 4387/2016, ως προς την χορηγούμενη από αυτό συνολική συνταξιοδοτική παροχή (εθνική, ανταποδοτική και επικουρική), οδηγεί σε παραβίαση της αρχής της ισότητας, διότι η χορηγούμενη από το σύστημα του νόμου συνολική συνταξιοδοτική παροχή εξασφαλίζει σημαντικά μεγαλύτερο ποσοστό αναπλήρωσης (σχέση συνολικής συνταξιοδοτικής παροχής προς μέσο όρο αποδοχών καθ' όλη τη διάρκεια του ασφαλιστικού βίου ή συντάξιμο μισθό) σε πρόσωπα που υπάγονται στην ίδια κλίμακα από

[16] Εντούτοις, θα ήταν ορθότερο να γίνει δεκτό ότι με την εν λόγω αναλογιστική μελέτη θα πρέπει να αποδεικνύεται η βιωσιμότητα του ασφαλιστικού συστήματος συνολικά, καθόσον οι χορηγούμενες παροχές εξετάζονται ως προς το συνολικό ύψος τους, με αποτέλεσμα και η βιωσιμότητα του κάθε φορέα να επηρεάζει τελικά και τη βιωσιμότητα του άλλου.
[17] ΣτΕ Ολ. 1891/2019, σκ. 27.
[18] ΣτΕ Ολ. 1891/2019 σκ. 30.
[19] ΣτΕ Ολ. 1891/2019 σκ. 30.

πλευράς χρόνου ασφάλισης και έχουν μικρότερες κατά μέσο όρο αποδοχές ή συντάξιμο μισθό σε σχέση με πρόσωπα που ανήκουν στην ίδια κλίμακα αλλά έχουν μεγαλύτερο μέσο όρο αποδοχών ή συντάξιμο μισθό[20].

2.3. Τέλος, με τη με αριθμό 1890/2019 απόφαση κρίθηκε το ζήτημα της περικοπής των επικουρικών συντάξεων με κριτήριο το ύψος κύριας και επικουρικής σύνταξης[21]. Ειδικότερα, έγινε δεκτό ότι δεν είναι πρόσφορο το κριτήριο του ύψους της καταβαλλόμενης κύριας σύνταξης, που υιοθετείται, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 96 παρ. 4 του ν. 4387/2016 και 6 της προσβληθείσας με αριθμό οικ. 25909/470/07.06.2016 απόφασης του Υφυπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, για την αναπροσαρμογή των επικουρικών συντάξεων, δεδομένου ότι για κάθε μια από τις ανωτέρω συντάξεις έχουν καταβληθεί υποχρεωτικά από τους ασφαλισμένους αυτοτελείς εισφορές[22]. Δεν καθιστά δε πρόσφορο το ως άνω κριτήριο το γεγονός ότι η αξίωση του συνταξιούχου έναντι του Κράτους για τη χορήγηση σε αυτόν συνταξιοδοτικής παροχής, η οποία να του επιτρέπει να ζει σε επίπεδο που να μην αφίσταται ουσιωδώς από τις αντίστοιχες συνθήκες του εργασιακού του βίου, αφορά το σύνολο των χορηγούμενων σε αυτόν συντάξεων, δηλαδή το άθροισμα κύριας και επικουρικής σύνταξης[23].

Περαιτέρω, κρίθηκε ότι δεν είναι συνταγματικά ανεκτό, συνταξιούχοι, ύστερα από τον κατά τα ως άνω επανυπολογισμό και αναπροσαρμογή της επικουρικής τους σύνταξης, να λαμβάνουν, τελικώς, υπό τις αυτές προϋποθέσεις, επικουρική σύνταξη χαμηλότερου ύψους από συνταξιούχους, που έχουν συνταξιοδοτηθεί από το ίδιο με αυτούς –ήδη ενταχθέν στο ΕΤΕΑΕΠ– ταμείο/τομέα/κλάδο επικουρικής ασφάλισης και έχουν καταβάλει εισφορές ίδιου ή χαμηλότερου ύψους, εκ μόνου του λόγου ότι οι τελευταίοι λαμβάνουν κύρια σύνταξη χαμηλότερου ύψους και, εξ αυτού του λόγου, προστατεύονται από το προβλεπόμενο στα άρθρα 96 παρ. 4 του ν. 4387/2016 και 6 της ανωτέρω αναφερθείσας απόφασης όριο του ποσού των 1.300,00 ευρώ, του οποίου δεν επιτρέπεται να υπολείπεται, μετά την αναπροσαρμογή της επικουρικής σύνταξης, το άθροισμα της καταβαλλόμενης σε αυτούς κύριας και επικουρικής σύνταξης. Στις ως άνω περιπτώσεις, η αναπροσαρμογή της επικουρικής σύνταξης, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 96 παρ. 4 του ν. 4387/2016 και 6 της προσβαλλόμενης απόφασης, αντίκειται στα άρθρα 4 παρ. 1 και 5 και 22 παρ. 5 του Συντάγματος[24].

3. Η νομοθετική συμμόρφωση με τον ν. 4670/2020

3.1. Ενόψει των ανωτέρω δικαστικών αποφάσεων, αλλά και στο πλαίσιο επιχειρούμενης ευρύτερης ασφαλιστικής μεταρρύθμισης, το αρμόδιο Υπουργείο Εργασίας και Κοινωνικών Υποθέσεων έθεσε σε δημόσια διαβούλευση στις 24 Ιανουαρίου 2020 σχέδιο νόμου με τίτλο: *«Ασφαλιστική Μεταρρύθμιση και Ψηφιακός Μετασχηματισμός Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-Ε.Φ.Κ.Α.)»*. Η δημόσια αυτή διαβούλευση παρέμεινε ανοικτή έως και τις 7 Φεβρουαρίου 2020, ενώ το νέο ασφαλιστικό σχέδιο νόμου κατατέθηκε στη Βουλή στις και ψηφίστηκε στις 28 Φεβρουαρίου 2020, ενώ δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης στις 29 Φεβρουαρίου 2020 (ΦΕΚ Α΄ 43).

3.2. Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση, στο τρίτο μέρος του νόμου, που τιτλοφορείται *«Ασφαλιστικές και Συνταξιοδοτικές Ρυθμίσεις - Ελεύθερη Επιλογή Ασφαλιστικής Κατηγορίας»*, υιοθετήθηκαν διατάξεις με τις οποίες επιχειρήθηκε η συμμόρφωση του κοινωνικοασφαλιστικού συστήματος με τις αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας και η

[20] ΣτΕ Ολ. 1891/2019 σκ. 30.
[21] ΣτΕ Ολ. 1890/2019 σκ. 30.
[22] ΣτΕ Ολ. 1890/2019 σκ. 30.
[23] ΣτΕ Ολ. 1890/2019 σκ. 30.
[24] ΣτΕ Ολ. 1890/2019 σκ. 30.

ενίσχυση της κοινωνικής και ασφαλιστικής δικαιοσύνης, της ανταποδοτικότητας, της αναλογικότητας και της ελευθερίας του επιχειρείν[25]. Σε σχέση με τα θέματα που εξετάζονται με την παρούσα μελέτη, με τον νέο νόμο αντιμετωπίστηκαν τέσσερα βασικά ζητήματα:

3.2.1. Το πρώτο αφορά στην ανάγκη επιστημονικής τεκμηρίωσης της βιωσιμότητας του νέου Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-ΕΦΚΑ), αλλά και της επάρκειας της συνολικής κοινωνικοασφαλιστικής παροχής (κύρια και επικουρική σύνταξη) που αυτός χορηγεί. Προς την κατεύθυνση αυτή, ο αρμόδιος Υπουργός κατέθεσε στη Βουλή, πριν την ψήφιση του οικείου σχεδίου νόμου, α) τη με ημερομηνία Φεβρουάριος 2020 μελέτη της Εθνικής Αναλογιστικής Αρχής με τίτλο «Αναλογιστική Μελέτη Συνταξιοδοτικού Συστήματος Κύριας και Επικουρικής Ασφάλισης»[26] και β) τη με ημερομηνία Φεβρουάριος 2020 μελέτη του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών με τίτλο «Μελέτη Επάρκειας Συντάξεων»[27]. Με τις μελέτες αυτές, που συντάχθηκαν, η μεν πρώτη, από την Εθνική Αναλογιστική Αρχή, η δε δεύτερη, από το Οικονομικό Πανεπιστήμιο Αθηνών, επιχειρήθηκε η επιστημονική τεκμηρίωση της βιωσιμότητας του e-ΕΦΚΑ και η επάρκεια των συνταξιοδοτικών παροχών, αντίστοιχα. Συνακόλουθα, επιχειρήθηκε η συμμόρφωση με το περιεχόμενο των αποφάσεων της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας με αριθμούς 1891 και 1889/2019.

3.2.2. Το δεύτερο αφορά στο σύστημα καταβολής των εισφορών για τους μη μισθωτούς (ελεύθερους επαγγελματίες, αυτοαπασχολούμενους και αγρότες), καθόσον κρίθηκε ότι το προηγούμενο σύστημα αντίκειται στην αρχή της ισότητας. Αυτό δε, διότι η υπαγωγή στην ασφάλιση κατηγοριών ασφαλισμένων με ουσιωδώς διαφορετικές συνθήκες απασχόλησης και παραγωγής εισοδήματος, υπό ενιαίους κανόνες εισφορών και παροχών, συνιστά ενιαία μεταχείριση προσώπων που τελούν υπό διαφορετικές συνθήκες και, ως εκ τούτου, παραβιάζεται η συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας[28].

Με τα άρθρα 35[29], 36[30] και 37[31] του ν. 4670/2020 διαφοροποιήθηκε το σύστημα υπολογισμού των εισφορών και θεσπίστηκαν ασφαλιστικές κατηγορίες ελεύθερης επιλογής για τους αυτοτελούς απασχολούμενους, ελεύθερους επαγγελματίες και πρόσωπα υπαγόμενα στο πρώην ΟΓΑ, αποσυνδεδεμένες από το εισόδημα[32], τα χρόνια ασφάλισης, αλλά και την αύξηση του κατώτατου μισθού. Με το νέο σύστημα ασφάλισης, οι ασφαλισμένοι οφείλουν να επιλέξουν υποχρεωτικά μίας από τις έξι ασφαλιστικές κατηγορίες, ενώ σε περίπτωση μη επιλογής κατατάσσονται υποχρεωτικά στην πρώτη κατηγορία. Σε κάθε περίπτωση, χορηγείται το δικαίωμα ελεύθερης επιλογής ασφαλιστικής κατηγορίας κατ' έτος. Κατά την αιτιολογική έκθεση με το νέο σύστημα δημιουργείται ασφάλεια δικαίου και επιλύονται οριστικά τα

---

[25] Βλ. σελ. 4 και 7-8 της αιτιολογικής έκθεσης.

[26] Όπως ρητά αναφέρεται στη μελέτη αυτή, πρόκειται για συνοδευτική μελέτη του υπό κατάθεση νομοσχεδίου *«Ασφαλιστική Μεταρρύθμιση και ψηφιακός μετασχηματισμός ΕΦΚΑ (e-Ε.Φ.Κ.Α.)»*.

[27] Όπως ρητά αναφέρεται στη μελέτη αυτή, πρόκειται για συνοδευτική μελέτη του υπό κατάθεση νομοσχεδίου *«ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΗ ΚΑΙ ΨΗΦΙΑΚΟΣ ΜΕΤΑΣΧΗΜΑΤΙΣΜΟΣ ΕΦΚΑ (e ΕΦΚΑ)»*.

[28] Σύμφωνα με την οικεία αιτιολογική έκθεση το προηγούμενο σύστημα είχε προκαλέσει και σημαντικά διαχειριστικά προβλήματα, καθώς ήταν πολύπλοκο και χρονοβόρο, με αποτέλεσμα να προκαλούνται σημαντικά λάθη στον υπολογισμό των οφειλόμενων εισφορών και σημαντικές καθυστερήσεις στις εκκαθαρίσεις. Επιπλέον, το σύστημα αυτό είχε ενισχύσει την εισφοροδιαφυγή προκειμένου να αποφευχθεί η καταβολή υψηλών ασφαλιστικών εισφορών, με αποτέλεσμα να επηρεάζονται αρνητικά και τα φορολογικά έσοδα. Τέλος, σε συνδυασμό με την φορολογική επιβάρυνση, ο υπολογισμός των εισφορών επί του φορολογητέου εισοδήματος οδηγούσε και σε δυσανάλογη επιβάρυνση το εισόδημα των ελευθέρων επαγγελματιών και αυτοαπασχολούμενων (σελ. 7 της αιτιολογικής έκθεσης).

[29] Αφορά το σύστημα καταβολής εισφορών των αυτοαπασχολούμενων και των ελευθέρων επαγγελματικών.

[30] Αφορά το σύστημα καταβολής εισφορών των ασφαλισμένων στον πρώην ΟΓΑ.

[31] Αφορά το σύστημα καταβολής εισφορών για υγειονομική περίθαλψη.

[32] Κατά την αιτιολογική έκθεση, με τον τρόπο αυτό θα επιτευχθεί και περιορισμός της εισφοροδιαφυγής και φοροδιαφυγής.

διαχειριστικά προβλήματα που προέκυψαν από την εφαρμογή του προηγούμενου καθεστώτος. Περαιτέρω, η δυνατότητα επιλογής των εισφορών από τους ασφαλισμένους αναπτύσσει αμοιβαία εμπιστοσύνη στις σχέσεις κράτους-πολίτη, ενώ λειτουργεί θετικά για την οικονομία διότι διευκολύνεται ο επιχειρησιακός σχεδιασμός των επαγγελματιών και ενθαρρύνεται η ανάπτυξη των οικονομικών δραστηριοτήτων τους.

3.2.3. Το τρίτο αφορά το ζήτημα των ποσοστών αναπλήρωσης της κύριας ανταποδοτικής σύνταξης, καθόσον κρίθηκε ότι τα προηγούμενα ποσοστά παραβίαζαν την αρχή της ανταποδοτικότητας, που ως έκφανση της αρχής της αναλογικότητας, κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα.

Με τα άρθρα 24[33] και 28[34] υιοθετήθηκαν διατάξεις που αναθεώρησαν τους συντελεστές αναπλήρωσης των κύριων συντάξεων. Όπως αναφέρεται στην αιτιολογική έκθεση, με τον τρόπο αυτό επιχειρήθηκε η εξάλειψη των αδικιών του προγενέστερου νομοθετικού καθεστώτος, οι οποίες προκάλεσαν έλλειμμα ανταποδοτικότητας στις κύριες συντάξεις, ιδιαίτερα μετά από πολλά έτη ασφάλισης. Ειδικότερα, αναφέρεται ότι με τα νέα ποσοστά αναπλήρωσης επαναθεμελιώνεται η αρχή της εμπιστοσύνης προς τους κρατικούς θεσμούς στη βάση της ασφαλιστικής δικαιοσύνης, της ισονομίας και της ισότητας για τους συνταξιούχους που, παρόλο που ασφαλίστηκαν για μεγάλο χρονικό διάστημα και κατέβαλαν υψηλές εισφορές επί σειρά ετών, εξαιτίας των ποσοστών των συντελεστών αναπλήρωσης ήταν οι αδικημένοι του προηγούμενου νομοθετικού πλαισίου.

Όπως προκύπτει από τους πίνακες με τα νέα ποσοστά αναπλήρωσης, οι συντελεστές αυξάνονται για τις επιμέρους τριετείς περιόδους ασφάλισης από την περίοδο των 30,01 ετών έως 33,00 ετών μέχρι την τετραετή περίοδο των 36,00 ετών έως 40,00 ετών. Ωστόσο, από το 40,01 έτος και μετά το νέο ποσοστό αναπλήρωσης ορίστηκε σε 0,50%, ενώ με το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς είχε οριστεί σε 2,00% κατ' έτος. Συνακόλουθα, με τα νέα ποσοστά υπολογισμού της ανταποδοτικής σύνταξης ασφαλισμένος με 40 έτη ασφάλισης θα έχει συνολικό ποσοστό αναπλήρωσης 50,01%, αντί για ποσοστό αναπλήρωσης 42,80% που θα είχε με το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς[35].

3.2.4. Το τέταρτο αφορά το ζήτημα της περικοπής των επικουρικών συντάξεων. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο του νέου νόμου, με αυτόν καταργήθηκε το προβλεπόμενο στο άρθρο 96 παρ. 4 του ν. 4387/2016 όριο του ποσού των 1.300,00 ευρώ για το άθροισμά της καταβαλλόμενης κύριας και επικουρικής σύνταξης. Συνακόλουθα, καταργήθηκαν οι βάσει του ορίου αυτού θεσπισθείσες περικοπές στις επικουρικές συντάξεις που χορηγούσε το ΕΤΕΑΕΠ.

4. Ζητήματα συμβατότητας του ν. 4670/2020 με το Σύνταγμα

4.1. Ύψος ασφαλιστικών κατηγοριών μη μισθωτών και δικαίωμα συμμετοχής στην οικονομική ζωή της Χώρας

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, με τις αποφάσεις της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας με αριθμούς 1880 και 1888/2019 έγινε δεκτό ότι ο κοινός νομοθέτης κατά τον καθορισμό του ύψους των ασφαλιστικών εισφορών, διασφαλίζοντας την επάρκεια των παροχών, θα πρέπει να μην πλήττει το κατά την διάρκεια του εργασιακού βίου παραγόμενο - κατ' ενάσκηση του συνταγματικώς αναγνωριζόμενου δικαιώματος συμμετοχής στην

[33] Αφορά τις συντάξεις δημοσίων υπαλλήλων και στρατιωτικών.
[34] Αφορά τις συντάξεις των ασφαλισμένων του ιδιωτικού τομέα.
[35] Με το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς ασφαλισμένος με 45 έτη ασφάλισης θα είχε ποσοστό αναπλήρωσης 52,80%, ενώ μετά την πρόσφατη ασφαλιστική μεταρρύθμιση το ποσοστό αναπλήρωσης της ανταποδοτικής σύνταξης του ίδιου ασφαλισμένου θα ανέρχεται σε 52,60%.

οικονομική ζωή της Χώρας[36]- εισόδημα υπέρμετρα σε σχέση προς τον σκοπό της διασφάλισης εισοδήματος μετά το πέρας του εργασιακού βίου.

Με τον ν. 4670/2020 εισήχθη σύστημα ελεύθερης επιλογής μεταξύ νομοθετικά καθιερούμενων κατηγοριών ασφαλιστικών εισφορών. Κατά την αιτιολογική έκθεση, ο ασφαλισμένος θα επιλέγει βάσει της οικονομικής του δυνατότητας και της προσδοκίας του για μελλοντική σύνταξη[37]. Με τον τρόπο αυτό διευκολύνεται ο επιχειρησιακός σχεδιασμός των επαγγελματικών βραχυπρόθεσμα και μακροπρόθεσμα και ενθαρρύνεται η ανάπτυξη των οικονομικών δραστηριοτήτων τους.

Ωστόσο, όπως αναφέρεται στη συνέχεια, το ύψος της χαμηλότερης ασφαλιστικής κατηγορίας, που είναι αρκετά υψηλότερο από το ύψος της μέχρι τότε ισχύουσας κατώτατης ασφαλιστικής εισφοράς, διαμορφώνεται με συνδυασμό των κριτηρίων της βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος και της διασφάλισης ενός αξιοπρεπούς επιπέδου σύνταξης.

Συμπερασματικά, ο νομοθέτης επιλέγει τις ασφαλιστικές κατηγορίες, διασφαλίζοντας μεν την επάρκεια των παροχών, μην εξετάζοντας όμως το εάν πλήττεται το πραγματικό εισόδημα των μη μισθωτών σε επίπεδο που να παραβιάζεται το Συνταγματικό κατοχυρωμένο δικαίωμα συμμετοχής στην οικονομική ζωή της Χώρας. Σε σχέση μάλιστα με το ζήτημα αυτό παρατηρείται ότι εφόσον υπήρχαν μη μισθωτοί που κατέβαλαν την κατώτατη ασφαλιστική εισφορά παρά το ότι τα εισοδήματά τους δικαιολογούσαν ακόμα χαμηλότερα επίπεδα εισφορών, παρέπεται ότι η κατηγορία αυτή, που υπολογίζεται σε ποσοστό περίπου 80,00% του συνόλου των ασφαλισμένων, επιβαρύνεται υπέρμετρα και με πιθανή παραβίαση των διαλαμβανομένων στο άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος, προς τον σκοπό διασφάλισης (επαρκούς) εισοδήματος μετά το πέρας του εργασιακού βίου[38].

4.2. Νέα ποσοστά αναπλήρωσης και αρχές ανταποδοτικότητας και ισότητας

Όπως γίνεται δεκτό και με την από 24 Φεβρουαρίου 2020 Έκθεση της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής[39], προβληματισμός δημιουργείται με τον λόγο που επέβαλε τη μείωση των ποσοστών αναπλήρωσης, κατά δύο και πλέον ποσοστιαίες μονάδες (σε σχέση με το ποσοστό που εισήχθη με το νέο σύστημα) για πάνω από 40 έτη ασφάλισης. Η μείωση αυτή και το συνεπεία αυτής θεσπιζόμενο ποσοστό αναπλήρωσης του 0,50% ενδεχομένως παραβιάζει την αρχή της ανταποδοτικότητας, ως έκφανση της αρχής της αναλογικότητας, υπό την έννοια της υπέρβασης του ανεκτού ορίου μέχρι του οποίου είναι επιτρεπτή, κατά το Σύνταγμα, η έλλειψη ανταποδοτικότητας εισφορών - παροχών για ασφαλισμένους με πάνω από 40 έτη ασφάλισης.

Άλλωστε, τόσο τα νέα ποσοστά αναπλήρωσης, όσο και ειδικότερα, η ανωτέρω μείωσή τους για τον χρόνο μετά τα 40 έτη ασφάλισης, ενδεχομένως να οδηγεί και σε παραβίαση της αρχής της ισότητας, διότι η χορηγούμενη από το σύστημα του νόμου συνολική συνταξιοδοτική παροχή εξακολουθεί να εξασφαλίζει σημαντικά μεγαλύτερο ποσοστό αναπλήρωσης (σχέση συνολικής συνταξιοδοτικής παροχής προς μέσο όρο αποδοχών καθ' όλη τη διάρκεια του ασφαλιστικού βίου ή συντάξιμο μισθό) σε πρόσωπα που υπάγονται στην ίδια κλίμακα από πλευράς χρόνου ασφάλισης και έχουν μικρότερες κατά μέσο όρο αποδοχές ή συντάξιμο μισθό

[36] Πρβλ. άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος.
[37] Βλ. σελ. 50 επ. αιτιολογικής έκθεσης.
[38] Πρβλ. Πετροπουλάκος Στέφανος, «Η συμβατότητα της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης με το Σύνταγμα - Παρατηρήσεις με αφορμή τον Ν. 4387/2016», *ΕΔΚΑ* 2016, σελ. 199-206, όπου διατυπωνόταν ο προβληματισμός σχετικά με τη μη παραβίαση της αρχής της οικονομικής ελευθερίας με το θεσπιζόμενο με τον ν. 4387/2016 σύστημα καταβολής εισφορών των μη μισθωτών, σε συνδυασμό με τη συνολική επιβάρυνση των εν λόγω κατηγοριών ασφαλισμένων από τα φορολογικά κυρίως μέτρα που έχουν ήδη ληφθεί σε βάρος τους.
[39] Βλ. σελ. 18-19, όπου παρατίθενται οι ειδικότερες παρατηρήσεις επί του άρθρου 24 του σχεδίου νόμου.

σε σχέση με πρόσωπα που ανήκουν στην ίδια κλίμακα αλλά έχουν μεγαλύτερο μέσο όρο αποδοχών ή συντάξιμο μισθό[40].

4.3. Βιωσιμότητα και επάρκεια

4.3.1. Βασικός στόχος του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης είναι η χορήγηση παροχών, οι οποίες διασφαλίζουν τη δυνατότητα των συνταξιούχων (δηλαδή των ασφαλισμένων για τους οποίους επήλθε ο ασφαλιστικός κίνδυνος του γήρατος) να διατηρούν ένα επίπεδο διαβίωσης που δεν αφίσταται ουσιωδώς από αυτό που είχαν κατακτήσει κατά τη διάρκεια του εργασιακού τους βίου. Είναι, εξάλλου, αυτονόητο, ότι οι παροχές αυτές θα πρέπει να προφυλάσσουν τους συνταξιούχους από τον κίνδυνο της φτώχειας[41], υπό την έννοια ότι οι παροχές, ακόμα και αν το επίπεδο διαβίωσης των εργαζομένων-ασφαλισμένων ήταν πολύ χαμηλό (στα όρια της φτώχειας), θα πρέπει να είναι τέτοιες που να διασφαλίζεται ένα ελάχιστο επίπεδο αξιοπρεπούς διαβίωσης[42]

Επομένως, ο δημόσιος σκοπός της κοινωνικής ασφάλισης εκπληρώνεται όταν οι χορηγούμενες παροχές εξασφαλίζουν ένα επίπεδο διαβίωσης που πάντα είναι ανώτερο από τα επίπεδα της φτώχειας και φτάνει μέχρι του σημείου να διασφαλίζεται η δυνατότητα των συνταξιούχων να διαβιούν υπό συνθήκες ουσιωδώς εγγύς με αυτές που διαβιούσαν κατά τη διάρκεια του ασφαλιστικού τους βίου[43]. Πρόκειται για την αρχή της επάρκειας των παροχών της κοινωνικής ασφάλισης.

---

[40] Πρβλ. Πρακτικό της 1ης Ειδικής Συνεδρίασης της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου της 12ης Φεβρουαρίου 2020, όπου επί του άρθρου 24 του σχεδίου νόμου διατυπώνεται η άποψη ότι η πρόβλεψη νέου ποσοστού αναπλήρωσης, σημαντικά μειωμένου, σε σχέση με την ήδη ισχύουσα ρύθμιση, για τον χρόνο ασφάλισης μετά τα 40 έτη δεν παρίσταται καταρχήν αδικαιολόγητη (σελ. 32-33).

[41] Βλ. Βακαλόπουλος Γεώργιος, «Η εξέλιξη των κατωτάτων ορίων συντάξεως σε σύστημα καθολικής κάλυψης του πληθυσμού με ελάχιστο συνταξιοδοτικό όριο», *ΕΔΚΑ* 1989, σελ. 257, όπου παρατηρείται ότι στις χώρες που είχαν υιοθετήσει συστήματα κλασικής κοινωνικής ασφάλισης προβλέφθηκαν παροχές που έτειναν στην εξασφάλιση ελαχίστου ορίου εισοδήματος. Κατά τον συγγραφέα, σε κάθε περίπτωση, ανεξάρτητα από την προέλευση και τις τάσεις ενός συστήματος, η εξασφάλιση βασικής συνταξιοδοτικής παροχής στο σύνολο του πληθυσμού, με στόχο την εξαφάνιση της φτώχειας, τείνει να αποτελέσει πρωταρχικό επίπεδο προστασίας βασικής προτεραιότητας. Βλ. Στεργίου Άγγελος, «Να ξανασκεφτούμε τις αξίες της κοινωνικής ασφάλισης», *Κοινωνική Συνοχή και Ανάπτυξη* 2016 1 (2), σελ. 25-26, όπου παρατηρείται ότι στην Ελλάδα, η εισοδηματική κάλυψη όσων δεν διαθέτουν επαρκείς πόρους συντήρησης έχει αναχθεί σ' ένα από τα κύρια καθήκοντα της κοινωνικής ασφάλισης.

[42] Σύμφωνα με τη ΣτΕ Ολ 2287/2015 (σκ. 7) οι παροχές της κοινωνικής ασφάλισης θα πρέπει να διασφαλίζουν ην αξιοπρεπή διαβίωση, εξασφαλίζοντας του όρους όχι μόνο της φυσικής υπόστασης, αλλά και της συμμετοχής στην κοινωνική ζωή με τρόπο που δεν αφίσταται ουσιωδώς από τις αντίστοιχες συνθήκες του εργασιακού βίου. Το αυτό δέχθηκε πρόσφατα και η Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου (ΕΛΣ Ολ 1388/2018, σκ. 8.4.). Ωστόσο, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι σκοπός του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης δεν είναι η χορήγηση ελάχιστων παροχών στους ασφαλισμένους, ενώ η κάλυψη ομάδων του πληθυσμού, μεταξύ των οποίων και οι εργαζόμενοι, με εξασφάλιση στοιχειώδους επιπέδου, αξιοπρεπούς, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντάγματος, διαβίωσης αποτελεί σκοπό του θεσμού της κοινωνικής πρόνοιας (άρθρο 21 του Συντάγματος). Βλ. και Κατρούγκαλος Γεώργιος, «Τα συνταγματικά όρια της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης», *ΘΠΔΔ* 2009, σελ. 670 επ., όπου γίνεται δεκτό ότι η ειδοποιός διαφορά της συνταγματικής προστασίας των άρθρων 21 και 22 παρ. 5 του Συντάγματος είναι ότι η κοινωνική ασφάλιση, λόγω της «βισμαρκιανής σφραγίδας» της, εγγυάται παράλληλα και αποζημιωτικά την αποκατάσταση του κοινωνικο-οικονομικού status του ατόμου πριν από την επέλευση του ασφαλιστικού κινδύνου. Βλ. και Στεργίου Άγγελος, *Κοινωνική ασφάλιση χωρίς εγγυήσεις*, 1992, Θεσσαλονίκη, εκδόσεις Σάκκουλα, σελ. 123-124, όπου γίνεται δεκτό ότι η κοινωνική ασφάλιση στοχεύει στην εξασφάλιση ενός minimum ορίου διαβίωσης.

[43] Βλ. Παπαρρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη Πατρίνα, «Η νομολογία για τη μείωση των συντάξεων (2010-2019) - Διαρθρωτικό ή δημοσιονομικό μέτρο;», *ΘΠΔΔ* 4/2019, σελ. 289 επ. όπου γίνεται δεκτό ότι ο νομοθέτης είναι καταρχήν ελεύθερος να υπολογίζει τον τρόπο υπολογισμού των συντάξεων. Για τον σκοπό αυτό χρησιμοποιείται το ποσοστό αναπλήρωσης, το οποίο υπολογίζεται επί του εισοδήματος που θα είχε ο συνταξιούχος εάν εργαζόταν. Επομένως, βάση αναφοράς για την επάρκεια της σύνταξης είναι το εισόδημα του συγκρίσιμου εκάστοτε

Από την επισκόπηση της μελέτης επάρκειας των συντάξεων, που συνοδεύει τον νέο ασφαλιστικό νόμο, προκύπτει ότι με αυτήν εξετάστηκαν α) οι γραμμές του κινδύνου φτώχειας στην Ελλάδα, β) τα όρια του ελάχιστου εγγυημένου εισοδήματος και γ) οι εύλογες δαπάνες διαβίωσης. Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στη μελέτη η επάρκεια των συντάξεων αναφέρεται στον βαθμό στον οποίο τα εθνικά συνταξιοδοτικά συστήματα προστατεύουν από τη φτώχεια τους ηλικιωμένους και εξασφαλίζουν τη διατήρηση ενός σταθερού εισοδήματος, όσο το δυνατόν ανάλογο προς αυτό του εργασιακού βίου του ασφαλισμένου[44].

Τα αποτελέσματα της μελέτης δείχνουν ότι το μέσο βιοτικό επίπεδο των συνταξιούχων και των μελών των οικογενειών τους είναι ελαφρά υψηλότερο του εθνικού μέσου όρου, ενώ τα ποσοστά των συνταξιούχων και των μελών των νοικοκυριών τους που βρίσκονται κάτω από τα όρια επαρκούς βιοτικού επιπέδου είναι αρκετά χαμηλότερα του εθνικού μέσου όρου[45]. Ωστόσο, όπως ρητά αναφέρεται στη μελέτη, ποσοστό 10,63% των συνταξιούχων το έτος 2020 βρίσκονται κάτω από το όριο επαρκούς διαβίωσης[46], με αποτέλεσμα να δημιουργούνται εύλογες αμφιβολίες σχετικά με το εάν πράγματι λαμβάνουν επαρκείς συνταξιοδοτικές παροχές, ήτοι εάν προφυλάσσονται έναντι του κινδύνου της φτώχειας.

Περαιτέρω, από τη μελέτη αυτή δεν προκύπτει εάν πράγματι διασφαλίζεται η διατήρηση ενός βιοτικού επιπέδου ουσιωδώς εγγύς εκείνου που είχε επιτευχθεί κατά τη διάρκεια του εργασιακού-ασφαλιστικού βίου των συνταξιούχων, γεγονός το οποίο δεν αποδεικνύεται άνευ ετέρου από το ότι τα ποσοστά των συνταξιούχων που δεν κινδυνεύουν από την φτώχεια στην Ελλάδα είναι χαμηλά[47]. Συνακόλουθα, είναι αμφίβολο εάν η μελέτη αυτή πράγματι έχει το απαιτούμενο εκ της νομολογίας περιεχόμενο, έτσι ώστε να καταδεικνύεται η πραγματική επάρκεια της χορηγούμενης από τον Εθνικό Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης συνταξιοδοτικής παροχής.

4.3.2. Σε κάθε περίπτωση, ενόψει και των ανωτέρω, τίθεται εν αμφιβόλω και η προαναφερθείσα αναλογιστική μελέτη του συνταξιοδοτικού συστήματος. Αυτό δε, διότι εφόσον δεν διασφαλίζεται η επάρκεια των παροχών, θα πρέπει να υπάρξει τροποποίηση των σχετικών διατάξεων και, ακολούθως, εκπόνηση νέας αναλογιστικής μελέτης, η οποία θα λαμβάνει υπόψη τα νέα νομοθετικά δεδομένα. Σε κάθε περίπτωση, το ίδιο θα ισχύσει και εάν κριθούν μη συμβατές με το Σύνταγμα άλλες διατάξεις του ασφαλιστικού νόμου, όπως αυτές που καθορίζουν την πρώτη ασφαλιστική κατηγορία για του μη μισθωτούς ή αυτές που θεσπίζουν τους μειωμένους συντελεστές αναπλήρωσης για τον πέραν των 40 ετών χρόνο ασφάλισης.

5. Επίλογος

Συμπερασματικά, θα μπορούσε να λεχθεί ότι και η ασφαλιστική μεταρρύθμιση του ν. 4670/2020, εγείρει διάφορα ζητήματα συμβατότητας με το Σύνταγμα, ζητήματα που θα κληθεί

εργαζομένου. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την άποψη αυτή, κρίσιμος είναι και ο προσδιορισμός της έννοιας του «συγκρίσιμου εργαζομένου».

[44] Αξίζει να αναφερθεί ότι το «όσο το δυνατόν ανάλογο» διαφέρει ποιοτικά από το «που δεν αφίσταται ουσιωδώς», προεχόντως διότι στη δεύτερη περίπτωση τίθεται και ένας ποσοτικός περιορισμός στον νομοθέτη. Πρβλ. Πετροπουλάκος Στέφανος, «Η νομολογιακή οριοθέτηση του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης μέσα από τις αποφάσεις ΣτΕ Ολ. 1889-1891/2019», *ΕφημΔΔ*, τ. 5/2019 (Σεπτέμβριος-Οκτώβριος), σελ. 550-563.

[45] Βλ. ιδίως σελ. 25 επ., όπου παρουσιάζονται τα εμπειρικά αποτελέσματα της μελέτης.

[46] Βλ. σελ. 33 της μελέτης υπό τον πίνακα 5.5. και σελ. 34 της μελέτης.

[47] Πρβλ. γνώμη του Επίτροπου της Επικρατείας στο Πρακτικό της 1ης Ειδικής Συνεδρίασης της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου της 12ης Φεβρουαρίου 2020, όπου αναφέρεται ότι με το σχέδιο νόμου δεν διασφαλίζεται η τήρηση μίας εύλογης ή σταθερής ποσοτικής σχέσης, μεταξύ της σύνταξης και των αποδοχών ενεργείας, όπως αυτές είχαν διαμορφωθεί σε χρόνο ευλόγως προσδιοριζόμενο σε σχέση με την έξοδο των δημοσίων υπαλλήλων από την υπηρεσία, ώστε να διατηρείται ένα επαρκές ποσοστό αναπλήρωσης του εισοδήματος ενεργείας στους αποχωρούντες από την υπηρεσία (σελ. 23).

να επιλύσει κατά κύριο λόγο το Συμβούλιο της Επικρατείας, προβαίνοντας παράλληλα και στις αναγκαίες σταθμίσεις.

Εγγυήσεις Δημοσιονομικής Νομιμότητας στο Σύγχρονο Επιτελικό Κράτος

Πωλίνα Κουτσομπόη, MSc, PhD, Νομικός Ελεγκτικού Συνεδρίου

1Ο ΚΕΦΑΛΑΙΟ

1. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Επιτελικό[1] είναι το Κράτος που προγραμματίζει και παρακολουθεί τις δημόσιες πολιτικές. Με δεδομένο ότι σε όλη τη διάρκεια της μεταπολίτευσης, τέτοιου τύπου προγραμματικό Κράτος ,το οποίο να μπορεί να παρακολουθεί τις δημόσιες πολιτικές, δεν υπήρχε στην Ελλάδα, κρίνεται ότι η ψήφιση και εφαρμογή ενός τέτοιου νομοθετήματος, δεν μπορούσε παρά να αποτελεί πραγματική πρόκληση. Οι παθογένειες[2] της σύγχρονης δημόσιας διοίκησης - μερικές από τις οποίες σχετίζονται τόσο με το πολυδιάσπαρτο όσο και με τον κατακερματισμό της νομοθεσίας - η πολυνομία και η ανυπαρξία ενός κεντρικού μηχανισμού, το οποίο να ελέγχει φαινόμενα κακής νομοθέτης και διαφθοράς, η ανάγκη μεταρρυθμίσεων για αποτελεσματικότερη και αποδοτικότερη λειτουργία στη διαχείριση των δημοσίων υποθέσεων[3] φαίνεται πως υπήρξαν καθοριστικοί παράγοντες , ώστε η διοίκηση να μπει σε μια τροχιά διαθρωτικών αλλαγών, οι οποίες θα μπορέσουν να παρακολουθήσουν την κοινωνική πραγματικότητα και θα ανταποκριθούν με όσο το δυνατό καλύτερο τρόπο στις απαιτήσεις της[4].Κατά τον λόγο αυτό βρισκόμαστε σε μια μεταβατική περίοδο, σε μια κρίσιμη καμπή ,όπου γίνεται η μετάβαση από μια χαμηλής ικανότητας μεταρρυθμιστική διοίκηση (low reform capacity)[5] σε μια εποχή ενός σύγχρονου Επιτελικού

Κράτους , βασικά χαρακτηριστικά του οποίου είναι, μεταξύ άλλων, η διάκριση πολιτικής και υπηρεσιακής Διοίκησης, η εξασφάλιση διαφάνειας σε μια ευρεία κλίμακα - με τη θεσμοθέτηση μιας ενιαίας αρχής διαφάνειας σε όλο το Δημόσιο- και η καλή νομοθέτηση.

Ο Ν.4622/19 (ΦΕΚ 133 Α/7-8-2019)« Επιτελικό Κράτος: οργάνωση, λειτουργία και διαφάνεια της Κυβέρνησης, των κυβερνητικών οργάνων και της κεντρικής δημόσιας διοίκησης» φιλοδοξεί να ενισχύσει την πολιτική και -γιατί όχι- δημοσιονομική κανονικότητα στους κόλπους της Δημόσιας Διοίκησης και όχι μόνο, αφού μια ελεγχόμενη πολιτική είναι μια αποδοτικότερη και αποτελεσματικότερη πολιτική. Παράλληλα με την διαφάνεια και την πάταξη των φαινομένων διαφθοράς ή την πάταξη της άσκησης κακής διοίκησης στους οποίους στοχεύει, η πρόβλεψη περί εσωτερικού ελέγχου που γίνεται στο άρθρο 39 του νόμου, η μεταφορά της υπογραφής ατομικών διοικητικών πράξεων από τα πολιτικά πρόσωπα στους

---

[1] Γεραπετρίτης , «Οι πέντε στόχοι για το Επιτελικό Κράτος», Δημοσιευμένη Συνέντευξη, 6/11/2019 ΑΜΕ-ΠΕ.

[2] Βαρβαρέσος, Κ., (2000) «Η πλημμελής λειτουργία της Διοικήσεως και η ανάγκη αναδιοργανώσεως αυτής [1952]» , Dimitrakopoulos,D. & A. Passas (2016), « The reform of the public revenue administration in Greece: re-building the ship during the storm?» ,Final Report, 2016.

[3] ECA (European Court of Auditors) (2015) , «More Attention to Results Needed to Improve the Delivery of Technical Assistance to Greece» ,Special Report No. 19/2015. Luxembourg: European Court of Auditors.

[4] Είναι γεγονός ότι, παρά τις μακροχρόνιες προσπάθειες που έχουν συντελεστεί τις τελευταίες δεκαετίες , η δημόσια διοίκηση δεν απέβαλλε ποτέ τον χαρακτηρισμό της ως, ο « μεγάλος ασθενής», όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται αυτός ό όρος στην περιγραφή της αποτίμησης για την Δημόσια Διοίκηση με τίτλο « Μεταρρυθμίσεις στη Δημόσια Διοίκηση κατά την διάρκεια της κρίσης» ,Οκτώβριος 2018.Αυτή η καθυστέρηση οδήγησε στον χαρακτηρισμό της ως διοίκηση,«χαμηλής μεταρρυθμιστικής ικανότητας».

[5] Βλ. ως άνω Μεταρρυθμίσεις στη Δημόσια Διοίκηση κατά την διάρκεια της κρίσης» ,Οκτώβριος 2018, σελ. 9.

γενικούς διευθυντές της διοίκησης και η συγχώνευση όλων των εσωτερικών ελεγκτικών μηχανισμών του Κράτους στη νέα ανεξάρτητη Εθνική Αρχή Διαφάνειας αποτελούν σημαντικές δημοσιονομικές εγγυήσεις και μεταρρυθμιστικές καινοτομίες με την ουσιαστική του όρου έννοια.

2Ο ΚΕΦΑΛΑΙΟ :ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΕΣ ΕΓΓΥΗΣΕΙΣ ΤΟΥ ΝΟΜΟΥ ΓΙΑ ΤΟ ΕΠΙΤΕΛΙΚΟ ΚΡΑΤΟΣ

1. ΕΛΕΓΚΤΙΚΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ

Το άρθρο 39[6] του νόμου Ν.4622/19 (ΦΕΚ 133 Α/7-8-2019) εισάγει διατάξεις[7] σχετικές με τη σύσταση, τις αρμοδιότητες και τη λειτουργία Μονάδων Εσωτερικού Ελέγχου, οι οποίες συνιστώνται σε κάθε Υπουργείο, σε επίπεδο διεύθυνσης. Με τον τρόπο αυτό προωθείται η ελεγκτική λειτουργία του Κράτους, που συνδέεται άμεσα με τη λογοδοσία, την αποτελεσματικότητα και την αποδοτικότητα, βασικές αρχές ελεγκτικής, με βάση τα διεθνή ελεγκτικά πρότυπα[8].

Η ως άνω πρόβλεψη του νομοθέτη για την λειτουργία μονάδων εσωτερικού ελέγχου αποτελεί μια υψίστης σημασίας εξασφάλιση ορθής και σύννομης δημοσιονομικής διαχείρισης. Η αποτελεσματική λειτουργία του εσωτερικού ελέγχου είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την δημιουργία δημοσιονομικά υπευθύνων. Ο εσωτερικός έλεγχος ,υπό αυτή την έννοια, δεν εστιάζει στο πρόσωπο που αποφασίζει για την διάθεση του δημοσίου χρήματος αλλά στην εκτίμηση των διαδικασιών που ακολουθήθηκαν μέχρι το δημόσιο χρήμα να διατεθεί για τους σκοπούς που προορίζεται κάθε φορά.

Η διαπίστωση αυτή φαίνεται να μετατράπηκε σε απόλυτη ανάγκη , αφ ής στιγμής έπαυσε[9] ο προληπτικός έλεγχος των δαπανών από το Ελεγκτικό Συνέδριο[10]. Η κατάργηση του προληπτικού ελέγχου άφησε -κατά μία έννοια- «έκθετο» το δημόσιο χρήμα» και η μετάβαση στη νέα εποχή της δημοσιονομικής διαχείρισης δεν φάνηκε να γίνεται με τον πιο εύκολο τρόπο. Το ίδιο το σύστημα το οποίο ,συχνά – πυκνά, παραπονούνταν για καθυστερήσεις στις εξοφλήσεις των πληρωμών- εξαιτίας της ύπαρξης του προληπτικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο- φάνηκε να προβληματίζεται μπροστά στην τήρηση νέων διαδικασιών εκταμίευσης του δημοσίου χρήματος και στην ανατροπή ενός οικείου και γνώριμου, τοις πάσι, συστήματος ελέγχου που εξασφάλιζε- μέσω της υπογραφής των Επιτρόπων του Ελεγκτικού Συνεδρίου- την νομιμότητα και κανονικότητα των δαπανών, πριν την εκταμίευση του δημοσίου χρήματος.

---

[6] Βλ. παρ.13,άρθρου 116 Ν.4622/19 : Με αποφάσεις των οικείων Υπουργών που δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, ύστερα από γνώμη της Εθνικής Αρχής Διαφάνειας, προσδιορίζεται η έναρξη λειτουργίας των Μονάδων Εσωτερικού Ελέγχου του άρθρου 39 σε κάθε Υπουργείο.

[7] Παρόμοια πρόβλεψη, περί εγκατάστασης εσωτερικού ελέγχου για την αντιμετώπιση των δημοσιονομικών κινδύνων που τους απειλούν , υπάρχει και στο άρθρα 24 (εδ. στ ,παρ.4) και 25 (εδ στ , παρ. 2) του Ν. 4270/14 ,περί δημοσίου λογιστικού.

[8] Τα νέα διεθνή ελεγκτικά πρότυπα –βασικό εργαλείο ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο- συνοψίζονται , μεταξύ άλλων , και σε έλεγχο επιδόσεων , ο οποίος ορίζεται ως, η ανεξάρτητη, αντικειμενική και αξιόπιστη εξέταση του , κατά πόσον οι φορείς του Δημοσίου, τα συστήματα, οι πράξεις, τα προγράμματα και οι δραστηριότητες αυτών λειτουργούν, σύμφωνα με τις αρχές της οικονομίας, της αποδοτικότητας και της αποτελεσματικότητας, καθώς και κατά πόσον υπάρχουν περιθώρια βελτίωσης (Βλ σχετικά και Εγχειρίδιο ελέγχου επιδόσεων 2015 , Ευρωπαϊκό Ελεγκτικό Συνέδριο).

[9] Ο προληπτικός έλεγχος δαπανών από το Ελεγκτικό συνέδριο έπαυσε δια παντός την 01.07.2019 (Ν. 4337/2015 ,άρθρο 69Γ).

[10] Στο εξής ΕλΣυν

Η πρόβλεψη που γίνεται στο νόμο για σύστημα εσωτερικού ελέγχου εξασφαλίζει διττή δημοσιονομική εγγύηση, αφού ο εσωτερικός έλεγχος διαχωρίζεται σε δύο σκέλη[11]: α) τον ενδογενή έλεγχο (internal control), δηλ. την εγκατάσταση από τους υπογράφοντες ,πράξεων με δημοσιονομικές συνέπειες καθώς και ασφαλιστικών δικλείδων στα διάφορα στάδια παραγωγής των πράξεων , ώστε να αποτρέπονται οι δημοσιονομικοί κίνδυνοι, β) τη λειτουργία εσωτερικού ελεγκτή (internal auditor), ο οποίος έχει ως αποστολή να αξιολογεί την αποτελεσματικότητα του ενδογενούς ελέγχου, προτείνοντας λύσεις για την θεραπεία των αδυναμιών του.

2. Η ΕΞΑΣΦΑΛΙΣΗ ΤΗΣ ΔΗΜΟΣΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑΣ

Ένας από τους βασικούς στόχους που φιλοδοξεί να πετύχει ο πρόσφατος νόμος είναι, μεταξύ άλλων, η διαφάνεια ευρείας κλίμακας, σε όλα τα επίπεδα της δημόσιας διοίκησης. Ο στόχος αυτός επετεύχθη μέσω της σύστασης της Εθνικής Αρχής Διαφάνειας (Ε.Α.Δ)[12], η πρόβλεψη της οποίας γίνεται στο άρθρο 82 – «Σύσταση της Εθνικής Αρχής Διαφάνειας -Σκοπός και Αρμοδιότητες», του Ν.4622/2019 του νόμου. Στα άρθρα 82-103 και 118-119 ορίζεται το θεσμικό πλαίσιο της λειτουργίας της. Η ίδρυση της Αρχής αυτής βασίζεται σε μια καινοτόμο γενική ιδέα: τη συρρίκνωση του πληθωρισμού των ελεγκτικών σωμάτων που έχουν ιδρυθεί την τελευταία 25ετία. Έτσι, η Αρχή αναλαμβάνει το σύνολο των αρμοδιοτήτων (5)πέντε βασικών ελεγκτικών δημόσιων φορέων, ειδικότερα του Γραφείου Γενικού Επιθεωρητή Δημόσιας Διοίκησης, του Σώματος Επιθεωρητών-Ελεγκτών Δημόσιας Διοίκησης, του Σώματος Επιθεωρητών Υπηρεσιών Υγείας και Πρόνοιας, του Σώματος Επιθεωρητών Δημοσίων Έργων, του Σώματος Επιθεωρητών-Ελεγκτών Μεταφορών, καθώς και της Γενικής Γραμματείας Καταπολέμησης της Διαφθοράς. Η επιλογή της ηγεσίας της Εθνικής Αρχής Διαφάνειας γίνεται κατόπιν διαδικασιών προκηρύξεων και επιλογής από όργανο με αυξημένες εγγυήσεις αμεροληψίας, στοιχείο επιπρόσθετης ασφαλιστικής δικλείδας.

Η φιλοσοφία της σύστασης της Εθνικής Αρχής Διαφάνειας βασίζεται σε ένα τετραπλό σχήμα: Έλεγχος, λογοδοσία, ακεραιότητα, διαφάνεια[13]. Από τους τέσσερις αυτούς πυλώνες καταλαβαίνει κανείς ότι πρόκειται για σχήμα που αξιώνει να ελέγξει τη λειτουργία του πολιτικού-διοικητικού συστήματος με όρους αυστηρής και επαυξημένης νομιμότητας - κατά κύριο λόγο - και μέσα από την «πειθαρχία»[14] της δημοσιονομικής συμπεριφοράς. Όσον αφορά τον έλεγχο , ο ελεγκτικός μηχανισμός ενισχύεται με ευρείες και καινοτόμες αρμοδιότητες ενώ η λογοδοσία υπερβαίνει την κλασική έννοιά της, επενδύοντας στην υλοποίηση δράσεων για την κινητοποίηση του συνόλου της κοινωνίας. Στην προσπάθεια αυτή ο διοικούμενος συμμετέχει και αυτός με την σειρά του ,ενεργά, στις διαδικασίες που προάγουν τη διαφάνεια και τη λογοδοσία, με σκοπό την δημιουργία μιας κοινωνίας που θα αντιστέκεται ενεργά σε φαινόμενα διαφθοράς και κακοδιοίκησης.

Βρισκόμαστε, λοιπόν, μπροστά σε ένα πολυδιάστατο ελεγκτικό μηχανισμό, η δράση του οποίου δεν εξαντλείται μόνο στη διενέργεια Επιθεωρήσεων και Ελέγχων αλλά και στην εκπόνηση πολιτικών πρόληψης και ακεραιότητας καθώς και στην υλοποίηση δράσεων ευαισθητοποίησης της κοινωνίας.

---

[11] Οι λέξεις control και audit στα αγγλικά εκφράζουν διαφορετικές έννοιες ενώ στην ελληνική έννομη τάξη μεταφράζονται με τον όρο « έλεγχος» , πράγμα το οποίο οδηγεί , πολλές φορές, σε ερμηνευτικές ασάφειες.

[12] www.aead.gr

[13] Βλ ανάλυση στοχοθεσίας της ΕΑΔ στην ιστοσελίδα της www.aead.gr

[14] Ο όρος χρησιμοποιείται για να υποδηλώσει την ανάγκη για τήρηση απόλυτης νομιμότητας , υπό την έννοια της νομιμότητας και κανονικότητας των δαπανών.

3ο ΚΕΦΑΛΑΙΟ

1.ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Η ανάγκη για εξασφάλιση επιπρόσθετων ,των ήδη υπαρχουσών, δημοσιονομικών εγγυήσεων ήταν προκαθορισμένη και είχε ήδη φανεί πολύ πριν την κατάργηση του προληπτικού ελέγχου των δαπανών από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Η δυσκολία της ανάληψης αυτοτελούς διαχειριστικής ευθύνης των υπολόγων , χωρίς την προστασία των προληπτικών ελέγχων, φάνηκε, ήδη, στο μικρό χρονικό διάστημα που έχει μεσολαβήσει μέχρι σήμερα .Οι υπόλογοι καλούνται, πλέον, να αποκτήσουν επιτελικό ρόλο, μακριά από την συνηθισμένη διαχειριστική ρουτίνα. Πέραν όμως των θεσμικών διαστάσεων που προαναφέρθηκαν, απαιτείται και μια αλλαγή κουλτούρας και νοοτροπίας τόσο σε επίπεδο πολιτικών ηγεσιών όσο και σε επίπεδο διοικητικών στελεχών, υπό την έννοια της επίγνωσης των δημοσιονομικών κινδύνων που ελλοχεύουν. Ο χρόνος θα δείξει, ποιες παθογένειες θα θεραπεύσει , πραγματικά, ο νόμος για το Επιτελικό Κράτος. Ένας νόμος, πολλά υποσχόμενος, με συνοχή και πραγματική καινοτομία.

Η Προσωρινή Δικαστική Προστασία στην Έμμεση Εκτέλεση κατ' Άρθρο 199 παρ. 2α΄ του ΚΔΔ, μετά την κατάργηση του Άρθρου 938 ΚΠολΔ

Χρήστος Κολύβας, Δικαστικός Πληρεξούσιος Α΄ ΝΣΚ, Υπ. Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης, ΜΔΕ Αστικού Δικονομικού Δικαίου

Εισαγωγή

Με το άρθρο 29 του Ν. 4272/2014 προστέθηκε στο άρθρο 199 του Κ.Δ.Δ., η παρ. 2α, σύμφωνα με την οποία αντιρρήσεις κατά της αναγκαστικής εκτέλεσης δικάζονται από το μονομελές διοικητικό πρωτοδικείο. Αρμόδιο κατά τόπο είναι το δικαστήριο του τόπου της εκτέλεσης, εφόσον μετά την επίδοση της επιταγής ακολούθησαν και άλλες πράξεις της εκτελεστικής διαδικασίας, αλλιώς το δικαστήριο του τόπου έκδοσης της απόφασης. Κατά τα λοιπά, σύμφωνα με τη νέα διάταξη εφαρμόζονται σύμφωνα οι σχετικές διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας.

Περαιτέρω, ο Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας στον οποίο γίνεται, κατά τα ανωτέρω, παραπομπή, καθορίζει στα άρθρα 933 επ. την διαδικασία καθώς και το ένδικο βοήθημα- ανακοπή- που παρέχεται στον καθ ου η εκτέλεση προκειμενου να αμυνθεί κατά πράξεων των οργάνων της εκτέλεσης. Μόνο με την ανακοπή του άρθρου 933 του ΚΠολΔ ασκούνται αντιρρήσεις του καθ' ου η εκτέλεση και κάθε δανειστή που έχει έννομο συμφέρον, οι οποίες αφορούν την εγκυρότητα του εκτελεστού τίτλου, τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης ή την απαίτηση.

Σημαντικές αλλαγές στο αλλαγές στο δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης και ειδικότερα στο ζήτημα της αναγκαστικής εκτέλεσης προς ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων, επέφερε ο Ν. 4335/2015. Πριν από τη δημοσίευση του Ν. 4335/2015, ήταν επιτρεπτή, σύμφωνα με το άρθρο 938 παρ. 1 του ΚπολΔ, και όπως είχε αντικατασταθεί από το άρθρο 19 παρ. 5 του Ν. 4055/2012, η αναστολή εκτέλεσης πράξης αναγκαστικής εκτέλεσης, επισπευδόμενης κατ` άρθρο 924 και επ. του ΚΠολΔ, μετά από προηγούμενη ή ταυτόχρονη με την άσκηση ανακοπής κατ' άρθρο 933 του ΚΠολΔ, κατάθεση αίτησης αναστολής και εφόσον το δικαστήριο της αναστολής πιθανολογούσε το παραδεκτό της ανακοπής, τη βασιμότητα ενός τουλάχιστον λόγου της, καθώς επίσης και ότι η εκκρεμής αναγκαστική εκτέλεση θα προκαλούσε ανε-πανόρθωτη βλάβη στον αιτούντα. Παράλληλα, ήταν δυνατή και η χορήγηση, ενόψει της αίτησης αυτής, προσωρινής διαταγής από τον Δικαστή του αρμοδίου για την εκδίκαση της ανακοπής Δικαστηρίου, ανεξάρτητα εάν επρόκειτο για άμεση εκτέλεση, δηλαδή για εκτέλεση που διώκει την αυτούσια ικανοποίηση δικαιώματος (π.χ. παράδοση ή απόδοση κινητών πραγμάτων ή ακινήτων) ή έμμεση εκτέλεση με την οποία επιδιώκεται με άλλα μέσα, (απειλή ποινών, κατάσχεση - πλειστηριασμός για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων) ο εξαναγκασμός του οφειλέτη προς συμμόρφωση με το περιεχόμενο εκτελεστού τίτλου. Εξάλλου, ανεπανόρθωτη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 938 του ΚΠολΔ, συνέτρεχε όταν σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης με την ανακοπή πράξης εκτέλεσης, η επελθούσα βλάβη δεν θα μπορούσε να αρθεί με επαναφορά των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση, όταν δηλαδή από την συνέχιση της αναγκαστικής εκτέλεσης, θα δημιουργούνταν οριστικές καταστάσεις, οι οποίες από την φύση των πραγμάτων θα εξακολουθούσαν να υπάρχουν, ακόμη κι αν η πράξη εκτέλεσης ακυρωνόταν.

Ήδη με το άρθρο όγδοο του άρθρου 1 του Ν. 4335/2015 καταργήθηκε το άρθρο 938 του ΚΠολΔ και συνεπώς η προβλεπόμενη από τη διάταξη αυτή δυνατότητα για την παροχή αναστολής εκτέλεσης, όταν η επισπευδόμενη αναγκαστική εκτέλεση αφορά στις περιπτώσεις έμμεσης εκτέλεσης (όπως είναι η περίπτωση της ικανοποίησης χρηματικού περιεχομένου αξιώσεων), με έναρξη ισχύος της ανωτέρω ρύθμισης από 01.01.2016, ενώ παρέμεινε η δυνατότητα αναστολής στις περιπτώσεις άμεσης εκτέλεσης, κατά τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 937 παρ. 1περ. γ΄ του ΚΠολΔ, σύμφωνα με την οποία: «…. *γ) Σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης το δικαστήριο στο οποίο εκκρεμεί ανακοπή, μπορεί μετά από αίτηση του ανακόπτοντος, που δικάζει με τη διαδικασία των άρθρων 686 επ., να διατάξει την αναστολή της εκτέλεσης με παροχή ή και χωρίς παροχή εγγύησης*» και στην περίπτωση άσκησης ενδίκου μέσου κατά απόφασης, που εκδίδεται επί της ανακοπής, οπότε είναι δυνατή η αναστολή της εκτελεστικής διαδικασίας με παροχή εγγύησης ή και χωρίς αυτήν κατόπιν αίτησης του ασκούντος το ένδικο μέσο, που υποβάλλεται και αυτοτελώς κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του Δικαστηρίου του ενδίκου μέσου, εφόσον πιθανολογηθεί η ευδοκίμηση του ενδίκου μέσου και η ανεπανόρθωτη βλάβη του αιτούντος από την πρόοδο της εκτελεστικής διαδικασίας κατά την ρητή πρόβλεψη της παρ. 1 περ. β΄ του ίδιου άρθρου σύμφωνα με την οποία: « *Σε περίπτωση εκτέλεσης που στηρίζεται σε δικαστική απόφαση ή διαταγή πληρωμής, κατά της απόφασης που εκδίδεται επί της ανακοπής επιτρέπεται η άσκηση μόνο έφεσης. Στις λοιπές περιπτώσεις των εκτελεστών τίτλων του άρθρου 904 παράγραφος 2, κατά της απόφασης που εκδίδεται επί της ανακοπής επιτρέπεται η άσκηση όλων των ένδικων μέσων πλην της ανακοπής ερημοδικίας. Στις περιπτώσεις των προηγούμενων εδαφίων, η άσκηση ένδικου μέσου δεν αναστέλλει την πρόοδο της εκτέλεσης, εκτός αν το δικαστήριο του ένδικου μέσου, μετά από αίτηση του ασκούντος αυτό, που υποβάλλεται και αυτοτελώς, δικάζοντας με τη διαδικασία των άρθρων 686 επ., διατάξει την αναστολή, με παροχή ή και χωρίς παροχή εγγύησης, εφόσον κρίνει ότι η ενέργεια της αναγκαστικής εκτέλεσης θα προξενήσει ανεπανόρθωτη βλάβη στον αιτούντα και πιθανολογεί την ευδοκίμηση του ένδικου μέσου. Επίσης μπορεί να διαταχθεί να προχωρήσει η αναγκαστική εκτέλεση αφού δοθεί εγγύηση…..*».

1. Η ratio του νομοθέτη.

Όπως εκτέθηκε ανωτέρω, πριν από την κατάργηση του άρθρου 938 του ΚΠολΔ με το Ν. 4335/2015 ήταν επιτρεπτή, σύμφωνα με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου αυτού, η αναστολή πράξης αναγκαστικής εκτέλεσης, επισπευδόμενης κατ' άρθρο 924 και επ. του ΚΠολΔ, μετά από κατάθεση σχετικής αίτησης και εφόσον το δικαστήριο της αναστολής έκρινε ότι η ενέργεια της αναγκαστικής εκτέλεσης θα προξενήσει ανεπανόρθωτη βλάβη στον αιτούντα και πιθανολογούσε την ευδοκίμηση της ανακοπής. Ωστόσο, μετά την κατάργηση του άρθρου 938 του ΚΠολΔ, η προβλεπόμενη από τη διάταξη αυτή δυνατότητα για χορήγηση αναστολής εκτέλεσης επί έμμεσης εκτέλεσης, όπως για την ικανοποίηση χρηματικού περιεχομένου αξιώσεων, κατ' άρθρο 951 παρ. 1 του ΚΠολΔ, έπαψε να υφίσταται για τις περιπτώσεις, όπου η επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση διενεργείται μετά την 1η.1.2016.

Σκοπός του νομοθέτη για την ανωτέρω κατάργηση ήταν να οριοθετήσει το χρόνο διάρκειας της εκτελεστικής διαδικασίας η οποία, λόγω των πλείστων δυνατοτήτων του οφειλέτη για την καθυστέρηση αυτής μέσω της άσκησης ανακοπών και αιτήσεων αναστολής της, ήταν συχνά ισοδύναμη με εκείνη της διαγνωστικής δίκης. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στην Αιτιολογική Έκθεση του νέου νόμου 4335/2015, η διάταξη του άρθρου 933 του ΚΠολΔ, αλλά και όλη η δομή της εκτελεστικής διαδικασίας με τις πολλές δυνατότητες του οφειλέτη, αλλά και οποιουδήποτε άλλου έχει έννομο συμφέρον να ασκήσει ανακοπή, ζητώντας είτε την ακύρωση μιας εκτελεστικής πράξης είτε τη λήψη ρυθμιστικών μέτρων, οι οποίες συνοδεύονται στις περισσότερες περιπτώσεις με τη δυνατότητα άσκησης αίτησης για αναστολή της διαδικασίας, είχε επιβαρύνει ιδιαίτερα το χρόνο διάρκειας της αναγκαστικής εκτέλεσης με αποτέλεσμα η

πραγμάτωση της εξοπλισμένης με εκτελεστό τίτλο αξίωσης του δανειστή να απομακρύνεται σημαντικά. Οι καθυστερήσεις αυτές οφείλονται κατά μείζονα λόγο στο μεγάλο χρόνο που απαιτείται για τον προσδιορισμό και την εκδίκαση των ανακοπών του άρθρου 933 του ΚΠολΔ, κατά της επισπευδόμενης εκτέλεσης, με τις οποίες ανοίγει κάθε φορά νέα διαγνωστική δίκη και μέχρι την έκδοση τελεσίδικης ή αμετάκλητης απόφασης σε συνδυασμό με την αναστολή της εκτελεστικής διαδικασίας. Αποδίδονται όμως και σε άλλους δευτερεύοντες λόγους, όπως ο μεγάλος αριθμός ενδίκων βοηθημάτων και ρυθμιστικών μέτρων που παρέχονται κατά περίπτωση στον επισπεύδοντα, στον οφειλέτη και σε οποιονδήποτε έχει έννομο συμφέρον, η πληθώρα πράξεων της εκτελεστικής διαδικασίας και κοινοποιήσεων, οι οποίες πολλές φορές οδηγούν σε δικονομικές ακυρότητες, η τυχόν παρέλκυση της διαδικασίας ιδίως κατόπιν συμπαιγνίας οφειλέτη και επισπεύδοντος ιδιαίτερα στη φάση του πλειστηριασμού, κ.ο.κ[1].

Ο νομοθέτης προέβη στην κατάργηση του άρθρου 938 του ΚΠολΔ, έχοντας προφανώς υπόψη ότι για το βασικότερο μέσο εκτέλεσης, δηλαδή την κατάσχεση με επακόλουθο πλειστηριασμό, δεν έχει έννοια η ύπαρξη αίτησης αναστολής, καθώς, σύμφωνα με τα άρθρα 933 παρ. 6 και 954 παρ. 2 του ΚΠολΔ, όπως αντικαταστάθηκαν με την παρ. 2 του όγδοου άρθρου του άρθρου 1 του ν. 4335/2015, η απόφαση επί της ανακοπής εκδίδεται υποχρεωτικά μέσα σε προθεσμία εξήντα (60) ημερών από τη συζήτησή της, ο δε πλειστηριασμός διενεργείται τον όγδοο μήνα από την κατάσχεση[2].

2. Το υπό εξέταση ερμηνευτικό ζήτημα και η θέση της θεωρίας.

Η κατάργηση της διάταξης του 938 του ΚΠολδ με το Ν. 4335/2015, σχολιάστηκε από το σύνολο σχεδόν της θεωρίας. Το ερμηνευτικό ζήτημα που απασχόλησε μετά την κατάργηση της διάταξης, είναι εάν ο νομοθέτης συνειδητά θέλησε να αποκλείσει τη δυνατότητα παροχής αναστολής στην έμμεση εκτέλεση και ιδίως στις μη ειδικά ρυθμιζόμενες περιπτώσεις, όπως στην κατάσχεση χρηματικών απαιτήσεων εις χείρας τρίτου (982 ΚΠολΔ) και στην κατάσχεση χρημάτων.

Μερίδα της Επιστήμης θεωρεί την επιλογή του νομοθέτη συνειδητή, ενόψει του ότι ο πλειστηριασμός σκοπείται να ενεργηθεί σε σύντομο χρονικό διάστημα, με βάση επιταγή που έχει συνταχθεί μετά την 01.01.2016 και αρνήθηκε την δυνατότητα αναστολής[3]. Κατ' άλλη άποψη[4], πρόκειται για «ακούσιο» νομοθετικό κενό και ως εκ τούτου δικαιολογείται προς κάλυψή του η αναλογική εφαρμογή της παρ. 1 περ. γ΄ του άρθρου 937 του ΚΠολΔ, ενώ κατά τρίτη άποψη[5] πρόκειται για «ακούσιο» νομοθετικό κενό και μπορεί με βάση την αρχή δικαστικής προστασίας σε κάθε στάδιο (20Σ), να ζητηθεί αναστολή εκτέλεσης και στην έμμεση εκτέλεση με ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 731-732 του ΚΠολΔ, ως προσωρινή ρύθμιση κατάστασης.

3. Η νομολογιακή προσέγγιση των πολιτικών Δικαστηρίων.

α. Η θέση του Αρείου Πάγου.

Μετά την ως άνω κατάργηση, οι όποιες αιτήσεις αναστολής και οι σχετικές αιτήσεις χορήγησης προσωρινής διαταγής, σε εκτελέσεις που επισπεύδονταν μετά την έναρξη ισχύος

[1] (Αιτ. Εκθ. Ν. 4335/2015 υπό VII.1.).

[2] Αιτ. Εκθ. Ν. 4335/2015 υπό VII.3.1., ΜΔΠ Αθ. 664/2019, 663/2019.

[3] Καλαβρός (Ελ. Δ. 2017.418), Κολοτούρος (Επ. ΠολΔ 2016/158)

[4] Τσαντίνης(ΝοΒ 2017. 268), Πανταζόπουλος (ΕλΔ 2017.1134), Χατζηιωάννου(ΝοΒ 2017.659), Μάζης (ΕλΔ 2017.1033), Ποταμίτης (Εφ.ΑστΔ 2017.179).

[5] Βλ. σχετ. Μιχαήλ Μαργαρίτης, Άντα Μαργαρίτη, Ερμηνεία Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας ΙΙ, Αθήνα 2018, σελ 549,550, με παραπομπή σε σύμφωνη νομολογία.

του Ν. 4335/2015, ήτοι μετά την 01.01.2016, κατά κανόνα απορρίπτονταν τόσο από τα πολιτικά όσο και από τα διοικητικά δικαστήρια λόγω μη πρόβλεψης πλέον σχετικής δυνατότητας στο νόμο[6].

Το ζήτημα αντιμετωπίστηκε στη συνέχεια από τον Άρειο Πάγο, ο οποίος αρχικά με την υπ' αρ. 11/2016 (σε συμβ.) και εν συνεχεία με την υπ' αρ. 11/2017 απόφασή του (σε συμβ.) δέχτηκε την δυνατότητα αναστολής και στην έμμεση εκτέλεση, με ανάλογη εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 731 του ΚΠολΔ, εφόσον βέβαια υπάρχει βάσιμος κατά το άρθρο 933 του ΚΠολΔ λόγος ανακοπής κατά της επιχειρούμενης εκτέλεσης και πιθανολογείται έτσι η ευδοκίμηση της ανακοπής και η ανατροπή του εκτελεστού τίτλου, υπό την πρόσθετη να προκύπτει αδυναμία τήρησης της προθεσμίας έκδοσης απόφασης επί της ανακοπής εντός 60 ημερών από τη συζήτησή της (βλ. άρθρο 933 παρ. 6 του ΚΠολΔ, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1, παρ. 2 του Ν. 4335/2015), και σε κάθε περίπτωση έκδοσής της πριν από την ημέρα του πλειστηριασμού.

β. Η νομολογιακή προσέγγιση των πολιτικών Δικαστηρίων ουσίας μετά την έκδοση των αποφάσεων του Αρείου Πάγου.

Παρά την έκδοση των δύο αποφάσεων του Αρείου Πάγου, η νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων ουσίας εμφανίζεται διχασμένη, με πολλά δικαστήρια ουσίας να δέχονται την δυνατότητα αναστολής στην έμμεση εκτέλεση, στηριζόμενα είτε στην αναλογική εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 731 του ΚΠολΔ[7], κατά την διατυπωθείσα άποψη του Αρείου Πάγου και με τις εκεί οριζόμενες προϋποθέσεις, είτε στην αναλογική εφαρμογή του άρθρου 937 1γ του ΚΠολΔ[8], και άλλα δικαστήρια να συνεχίζουν να απορρίπτουν αυτή τη δυνατότητα εμμένοντας στην άποψη περί συνειδητής επιλογής του νομοθέτη[9], αιτιολογώντας μάλιστα σε πολλές περιπτώσεις την αντίθεσή τους και απέναντι στην διαμορφωθείσα άποψη του Αρείου Πάγου[10].

---

[6] ΜΔΠ Πειρ. 531/2017, ΜΔΠ Αθ. 586/2017, 2118/2016, 2796/2016, 2797/2016, ΜΔΠ Λαρ. 223/2016, ΜΔΠ Θεσ. 445/2016, 488/2016 κ.α.

[7] ΜΠΑθ. 8259/2017.

[8] ΜΠρ Αθ. 7766/2017, ΜΠ Αμαλ. 58/2017.

[9] Ενδ. ΜΠρ. Αθ. 3636/2019, ΜΠρ. Λαμ. 221/2019, στην οποία όμως τονίζεται ότι μπορεί να υπάρξει εμπλοκή σε περίπτωση αναβολής της συζήτησης της ανακοπής ή σε περίπτωση καθυστέρησης της έκδοσης απόφασης επ' αυτής, με κίνδυνο διενέργειας του πλειστηριασμού πράγμα που πρέπει να λάβουν υπόψη τους οι εφαρμοστές του δικαίου, ενώ διαχωρίζει τις περιπτώσεις της έμμεσης εκτέλεσης με την επιβολή κατάσχεσης στα χέρια τρίτου, οπότε δεν προσδιορίζεται πλειστηριασμός, κρίνοντας ότι δύναται να τύχει εφαρμογής, εφόσον συντρέχουν βέβαια και οι κατ' ιδίαν προϋποθέσεις λήψης ασφαλιστικών μέτρων, η διάταξη του άρθρου 731 ΚΠολΔ.

[10] Βλ. ενδ. την ΜΠρΑθ 3636/2019, (η οποία βέβαια δεν έκρινε περίπτωση αίτησης αναστολής επί κατάσχεσης εις χείρας τρίτου ή χρηματικής απαίτησης) όπου αναφέρεται ότι: «Η άποψη, με την οποία υποστηρίζεται ότι είναι δυνατή η αναστολή της εκτελεστικής διαδικασίας βάσει των διατάξεων των άρθρων 731 και 732 του ΚΠολΔ, περί προσωρινής ρύθμισης κατάστασης (ΑΠ 11/2017 και 142/2016 σε Συμβούλιο), έστω και υπό τη μορφή της απαγόρευσης της ενέργειας συγκεκριμένης πράξης, δεν ευσταθεί, καθόσον οι εν λόγω διατάξεις δεν δύνανται να αντικαταστήσουν τις αποκλειστικές ρυθμίσεις του άρθρου 937 του ΚΠολΔ (βλ. σχετ. ΜΠρΑΘ 3977/2002 ΝοΒ 2002,2035, ΜΠΘεσ 3335/1989 δημοσίευση ΝΟΜΟΣ, Κεραμεύς-Κονδύλης-Νίκας, «Ερμηνεία ΚΠολΔ», έκδοση 2000, τόμος Ι, άρθρα 731-732, αριθμός 5), οι οποίες κατισχύουν ως ειδικότερες. Αντίθετη ερμηνεία θα ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με το γράμμα του νόμου (βλ. σχόλιο Κωνσταντίνου Καλαβρού σε ΕλλΔνη 201 7.415), 0α ήταν αντίθετη στο σκοπό του νομοθέτη και θα καθιστούσε τις προβλέψεις του άρθρου 937 του ΚΠολΔ άνευ αντικειμένου, αφού, σε κάθε περίπτωση, θα ήταν δυνατή η αναστολή της εκτελεστικής διαδικασίας μέσω της προσφυγής του αιτούντος αυτήν στις διατάξεις των άρθρων 731 και 732 του ΚΠοΛΔ. Αλλωστε, η αναστολή δεν είναι ασφαλιστικό μέτρο, αλλά ρυθμιστικό μέτρο της εκκρεμούσας διαδικασίας (ΕφΘεσ 64/1991 ΕλλΔνη 34.1362, ΕφΘεσ 2333/1989 Αρμ 1989.900), με αποτέλεσμα να μην εφαρμόζονται ως προς αυτήν το σύνολο των διατάξεων του ΚΠοΛΔ περρί ασφαλιστικών μέτρων, μεταξύ των οποίων και αυτές των άρθρων 731 και 732 του ΚΠολΔ (ΜΠρΑΘ 106/2018 δημοσίευση ΝΟΜΟΣ)…..».

4. Η νομολογιακή προσέγγιση των διοικητικών Δικαστηρίων.

Το ζήτημα απασχόλησε έντονα και τον χώρο της Διοικητικής Δικαιοσύνης, όπου διαμορφώθηκαν πολλές απόψεις από τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων ουσίας σχετικά με την δυνατότητα ή μη χορήγησης προσωρινής δικαστικής προστασίας στα πλαίσια της έμμεσης εκτέλεσης, καταδεικνύοντας έτσι το ιδιαίτερης σημασίας ζήτημα που έχει ανακύψει μετά την κατάργηση του 938 ΚΠολΔ και την προσπάθεια επίλυσής του από τα δικαστήρια προκειμένου η δικαστική κρίση να μην οδηγεί σε ανεπιεική αποτελέσματα για τους διαδίκους.

Α. Μέρος της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων εμμένει στην άποψη της μη δυνατότητας χορήγησης αίτησης αναστολής στα πλαίσια της έμμεσης εκτέλεσης λόγω κατάργησης του άρθρου 938 του ΚΠολΔ. Έτσι κρίθηκαν ως απαράδεκτες ή νόμω αβάσιμες, λόγω του ότι δεν ερείδονται πια σε διάταξη νόμου, περιπτώσεις αίτησης αναστολής του Δημοσίου ή ΝΠΔΔ επί ασκηθείσας ανακοπής κατά επιταγής προς πληρωμή ή ανακοπής κατά κατάσχεσης είς χείρας τρίτου. Κατά την άποψη αυτή η κατάργηση της αναστολής αποτελεί συνειδητή επιλογή του νομοθέτη. Σε ορισμένες περιπτώσεις οι σχετικές δικαστικές αποφάσεις έχουν κρίνει ως ανωτέρω, παραθέτοντας τις σχετικές διατάξεις απ' τις οποίες συνάγεται η κατ' αρχήν μη δυνατότητα χορήγησης αναστολής στις περιπτώσεις έμμεσης εκτέλεσης χωρίς περαιτέρω αιτιολογία,[11] ενώ σε ορισμένες περιπτώσεις παρατίθεται αιτιολογία σχετικά με την προβληματική που έχει δημιουργηθεί. Έτσι, έχει κριθεί ότι ο περιορισμός αυτός της προσωρινής δικαστικής προστασίας είναι συνταγματικά επιτρεπτός, είτε με το γενικότερο αιτιολογικό ότι δεν αφαιρείται από το Δημόσιο ή τα ΝΠΔΔ εξ ολοκλήρου το δικαίωμα προσωρινής προστασίας[12] είτε με το αιτιολογικό ότι ο περιορισμός είναι συνταγματικά επιτρεπτός καθώς η δυνατότητα αναστολής μεταφέρεται, στην πράξη, στον δεύτερο βαθμό, κατά την ρητή πρόβλεψη του άρθρου 937 1 περ. β΄ του ΚΠολΔ, όταν δηλαδή ασκηθεί ένδικο μέσο κατά της απόφασης επί της ανακοπής, δεδομένου ότι η αναστολή εκτέλεσης συνέχεται με το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος και δε νοείται πλήρης κατάργηση αυτής.[13]

Η άποψη αυτή, παρότι συμπλέει με την νομοθετική ρύθμιση του θέματος της προσωρινής δικαστικής προστασίας στην έμμεση εκτέλεση με τον αποκλεισμό κατ' αρχήν της σχετικής δυνατότητας, ελλείψει νομοθετικού ερείσματος, ωστόσο με δεδομένη και την διαμορφωθείσα νομολογία του Αρείου Παγου επι του ζητήματος, την οποία ορισμένες δικαστικές αποφάσεις δεν παραβλέπουν αλλά, αντίθετα, κάνουν ρητή αναφορά σ' αυτή[14], πλην όμως καταλήγουν σε διαφορετική κρίση, παραβλέπει το ότι η άνευ ετέρου απόρριψη της δυνατότητας αναστολής μπορεί να επιφέρει ανεπιεική αποτελέσματα για τον οφειλέτη με τη δημιουργία μη αναστρέψιμων ή δυσχερώς αναστρέψιμων καταστάσεων ιδίως σε περίπτωση κατάσχεσης εις χειρας τρίτων, κατάσχεσης χρημάτων ή κινητών υποκείμενων σε φθορά.

Β. Σε αντίθεση με την παραπάνω θέση, η νεότερη νομολογία, λαμβάνοντας υπόψη και την νομολογία του Αρείου Πάγου επί του ζητήματος, έχει στο μεγαλύτερο μέρος της ερμηνεύσει διαφορετικά το ανακύψαν ζήτημα, και τα διοικητικά δικαστήρια με πληθώρα αποφάσεων έχουν κρίνει ότι δεν μπορεί να νοηθεί πλήρης κατάργηση του δικαιώματος αναστολής στην έμμεση εκτέλεση, καθώς κάτι τέτοιο έρχεται σε αντίθεση με το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα δικαστικής προστασίας του οφειλέτη του άρθρου 20 παρ. 1 Σ[15], και ότι μετά την

[11]ΜΔΠ Αθ. 1035/2019, ΜΔΠ Αθ. 1605/2018, ΜΠΔ Πυρ. 111/2018, 20/2017, ΜΔΠ Πειρ. 531/2017, ΜΔΠ Λαμ. 6/2017.
[12] ΜΔΠ Πυρ. 111/2018, ΜΔΠ Πειρ. 531/2017.
[13] ΜΔΠ Αθηνών 1035/2019, ΜΔΠ Πυρ. 52/2019.
[14] Ενδ. ΜΔΠ Αθ. 1035/2019.
[15] Βλ. σχετ. με το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα δικαστικής προστασίας και τη δυνατότητα νομοθετικής παρέμβασης, ΑΕΔ 33/1995 με την οποία κρίθηκε ότι: *«σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος 'καθένας έχει*

κατάργηση της ως άνω διάταξης προέκυψε ακούσιο κενό νόμου, το οποίο θα καλυφθεί με ανάλογη εφαρμογή διατάξεων. Γίνεται, δε, λόγος για ακούσιο κενό είτε όταν ο νομοθέτης κατά την θέσπιση κανόνα δικαίου παρέλειψε μια χρήζουσα ρύθμισης υφιστάμενη κατάσταση (πρωτογενές κενό), είτε όταν η αδήρητη ανάγκη ρύθμισης προέκυψε εκ των υστέρων, λόγω μεταβολής της νομοθεσίας η των πραγματικών καταστάσεων εν γένει, (δευτερογενές κενό)[16]. Κρίθηκε, στα πλαίσια αυτά, από πολλά διοικητικά δικαστήρια ουσίας ότι, όπως προκύπτει, από την αιτιολογική έκθεση του Ν.4335/2015, ο νομοθέτης προέβη, μεταξύ άλλων ρυθμίσεων που αφορούν στη διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης, στην κατάργηση της διάταξης του άρθρου 938 του ΚΠολΔ, με σκοπό τον περιορισμό, αφενός του αριθμού των ένδικων βοηθημάτων που μπορούν να ασκηθούν κατά τη διενέργεια των πράξεων της εκτελεστικής διαδικασίας, αφετέρου του χρόνου που απαιτείται για να ολοκληρωθεί η υλοποίηση στην πράξη των εκτελεστών τίτλων. Όμως, παρά την επιδιωκόμενη συντόμευση της εκτελεστικής διαδικασίας, ιδίως επί κατάσχεσης με επακόλουθο πλειστηριασμό, με απώτερο σκοπό την ταχεία και έγκαιρη απονομή της δικαιοσύνης στο στάδιο της αναγκαστικής εκτέλεσης, πάντως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η πλήρης, κατά τα ανωτέρω, κατάργηση της δυνατότητας χορήγησης αναστολής εκτέλεσης σε περιπτώσεις έμμεσης εκτέλεσης ανταποκρίνεται στην ανάγκη διασφάλισης έγκαιρης και αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης ούτε ότι ο νομοθέτης απέβλεψε με αυτήν στην κατάλυση, ουσιαστικά, του δικαιώματος παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας στις εν λόγω περιπτώσεις. Επομένως, μετά την εν λόγω κατάργηση, ανέκυψε κενό νόμου ως προς την προσωρινή δικαστική προστασία στο πλαίσιο αναγκαστικής εκτέλεσης σε περιπτώσεις έμμεσης εκτέλεσης, το οποίο όπως προαναφέρθηκε θα καλυφθεί με ανάλογη εφαρμογή διατάξεων.

α. Έτσι, πολλά δικαστήρια, συμπλέοντας με την νομολογία του Αρείου Πάγου (ΑΠ 11/2017, 142/2016 σε συμβ.), δέχονται ότι, λόγω της ύπαρξης ακούσιου κενού νόμου, η αναστολή μπορεί πλέον να επιδιωχθεί με τη μορφή προσωρινής ρύθμισης κατάστασης, κατ' άρθρο 731 του ΚπολΔ, σύμφωνα με το οποίο: « *Το δικαστήριο δικαιούται να διατάξει ως ασφαλιστικό μέτρο την ενέργεια, παράλειψη ή ανοχή ορισμένης πράξης από εκείνον κατά του οποίου στρέφεται η αίτηση*», εφόσον βέβαια υπάρχει βάσιμος λόγος ανακοπής κατά της επισπευδόμενης εκτέλεσης. Απαιτείται δηλαδή στην περίπτωση αυτή πιθανολόγηση της ευδοκίμησης της ανακοπής[17]. Ιδιαίτερη μνεία αξίζει να γίνει στην απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Ιωαννίνων με αριθμό 100/2016, η οποία ήταν από τις πρώτες αποφάσεις στο χώρο της Διοικητικής Δικαιοσύνης, με την οποία αντιμετωπίστηκε από το δικαστήριο σε πολύ πρώιμο στάδιο, το ζήτημα της δυνατότητας ή μη χορήγησης αίτησης αναστολής στην έμμεση εκτέλεση μετά την κατάργηση του άρθρου 938 του ΚΠολΔ, υπό το πρίσμα του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος δικαστικής προστασίας του άρθρου 20 παρ. 1 του Σ. Έτσι, το δικαστήριο, επιλαμβανόμενο επί σχετικής υπόθεσης αίτησης αναστολής, έκρινε ότι μπορεί υπό προϋποθέσεις η αναστολή να επιδιωχθεί με τη μορφή προσωρινής ρύθμισης κατάστασης, με ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 731 του ΚπολΔ, υπό τις τασσόμενες στις διαταξεις των άρθρων 682 επ., περί ασφαλιστικών μέτρων, προϋποθέσεις

δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια και μπορεί να αναπτύξει σ` αυτά τις απόψεις του για τα δικαιώματα ή συμφέροντά του, όπως ο νόμος ορίζει'. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι ο κοινός νομοθέτης μπορεί να θεσπίζει δικονομικές προϋποθέσεις και δαπανήματα για το έγκυρο της άσκησης των ένδικων μέσων και την πρόοδο της δίκης, για να είναι όμως συνταγματικώς ανεκτά τα θεσπιζόμενα αυτά μέτρα πρέπει να συνάπτονται προς τη λειτουργία των δικαστηρίων και την απονομή από αυτά της δικαιοσύνης και να μην υπερβαίνουν τα όρια πέρα από τα οποία τα μέτρα αυτά ισοδυναμούν με κατάλυση άμεση ή έμμεση του ατομικού δικαιώματος που προστατεύεται με την παραπάνω συνταγματική διάταξη». Βλ. επίσης, ΣτΕ 402/2016, 601/2012 Ολ, 3087/2011 Ολ, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

[16] Βλ. σχετ. ΟλΝΣΚ 420/2007, με περαιτέρω παραπομπές στη θεωρία και νομολογία, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.
[17] ΜΔΠ Πειραιά Ν 343/2019, Ν70/2019, ΜΔΠ Ιωαννίνων 64/2019, ΜΔΠ Ιωαννίνων, 100/2016.

(πιθανολόγηση ύπαρξης δικαιώματος και ανάγκη αποτροπής επικείμενου κίνδυνου ή ύπαρξη επείγουσα περίπτωσης)[18].

β. Σύμφωνα με άλλη άποψη, μετά την κατάργηση του άρθρου 938 ΚΠολΔ προέκυψε ακούσιο κενό νόμου και υφίσταται δυνατότητα αναστολής εκτέλεσης, υπό προϋποθέσεις, με ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 937 παρ. 1 περ. γ΄του ΚΠολΔ, που προβλέπει την δυνατότητα αναστολής στην άμεση εκτέλεση[19] . Με την υιοθέτηση της άποψης αυτής παρατηρείται ότι ορισμένα δικαστήρια έχουν υιοθετήσει επίσης και μια διαφορετική προσέγγιση στο ζήτημα της δυνατότητας χορήγησης αναστολής στα πλαίσια της έμμεσης εκτέλεσης. Αναφέρεται χαρακτηριστικά η ενδιαφέρουσα απόφαση Ν138/2018 του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Πειραιά, σύμφωνα με την οποία μπορεί να υπάρξει ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 937 παρ. 1 περ. γ΄ του ΚΠολΔ, για εκείνες τις πράξεις έμμεσης εκτέλεσης, όπως κατάσχεση χρημάτων ή κατάσχεση απαιτήσεων εις χείρας τρίτων, στις οποίες η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης δεν ολοκληρώνεται μεν με μία ενέργεια, όπως στις περιπτώσεις άμεσης εκτέλεσης, αλλά με μία συντομότατη διαδικασία, που ολοκληρώνεται πολύ πριν την εκδίκαση της ασκηθείσας ανακοπής, όπως επίσης και στις περιπτώσεις που επίκειται πλειστηριασμός πριν την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας ανακοπής. Τούτο διότι οι ως άνω αρρύθμιστες περιπτώσεις προσομοιάζουν στην περίπτωση της άμεσης εκτέλεσης ως προς το μη αναστρέψιμο των αποτελεσμάτων τους λόγω της ολοκλήρωσης της αναγκαστικής εκτέλεσης πριν την εκδίκαση της ανακοπής. Αντίθετα, σύμφωνα με την άποψη του δικαστηρίου, το ανωτέρω ζήτημα στέρησης του δικαιώματος προσωρινής δικαστικής προστασίας του καθ' ου η εκτέλεση δεν ανακύπτει, σύμφωνα με την κρίση του δικαστηρίου, στην περίπτωση της κατ' 924 ΚΠολΔ επίδοσης της επιταγής προς εκτέλεση, αφού αυτή

[18] Ειδικότερα, στην με αριθμό 100/2016 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Ιωαννίνων αναφέρεται ότι: «…..Ηδη με το άρθρο όγδοο του άρθρου 1 του Ν. 4335.2015, καταργήθηκε το άρθρο 938 ΚΠολΔ, και συνεπώς η προβλεπόμενη από τη διάταξη αυτή δυνατότητα για την παροχή αναστολής εκτελέσεως, όταν η επισπευδόμενη αναγκαστική εκτέλεση αφορά στις περιπτώσεις έμμεσης εκτέλεσης (όπως είναι η περίπτωση της ικανοποίησης χρηματικού περιεχομένου αξιώσεων), με έναρξη ισχύος της ανωτέρω ρύθμισης από 1-1-2016. Περαιτέρω, το άρθρο 937 ΚΠολΔ, αφορά στην δυνατότητα προσωρινής δικαστικής προστασίας στις περιπτώσεις άμεσης εκτέλεσης (κατά τη ρητή διατύπωση αυτού) και όχι έμμεσης (όπως είναι η περίπτωση της επίσπευσης αναγκαστικής εκτέλεσης για την ικανοποίηση χρηματικού περιεχομένου αξιώσεων). Με δεδομένα όμως: α) ότι με το άρθρο 20 § 1 του Συντάγματος κατοχυρώνεται η απονομή δικαστικής προστασίας με την μορφή της έγκαιρης, πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας [ΑΕΔ 33/1995, ΣτΕ 777/2013, Ολ. 601/2012. Ολ. 3087/2011, Ολ. 1583/2010, Ολ. 647/2004, Ολ. 1219/2013, 402/2016 κ.α.] και β) ότι μετά την θέσπιση των προαναφερομένων νομοθετικών ρυθμίσεων του Ν. 4335/2015, ανακύπτει κενό νόμου, ως προς την απονομή προσωρινής δικαστικής προστασίας στο πλαίσιο αναγκαστικής εκτέλεσης, επισπευδόμενης κατ` άρθρο 924 επ. ΚΠολΔ, και όταν πρόκειται για περιπτώσεις έμμεσης εκτέλεσης, και προς πλήρωση του νομοθετικού αυτού (δικονομικού) κενού που εντοπίζεται, κρίνεται αναγκαία η αναλογική εφαρμογή των άρθρων 682 επ. ΚΠολΔ, για την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας μετά από άσκηση ανακοπής, κατ' άρθρο 933 ΚΠολΔ, στην περίπτωση της έμμεσης εκτέλεσης και υπό μορφήν της προσωρινής ρύθμισης κατάστασης, υπό τις τασσόμενες στις ανωτέρω διατάξεις προϋποθέσεις. Η ερμηνευτική αυτή λύση καθίσταται επιβεβλημένη, διότι, ναι μεν παρέχεται από τον συντακτικό στον τυπικό Νομοθέτη, η ευχέρεια να προσδιορίζει τις ειδικότερες (δικονομικές) προϋποθέσεις απονομής της δικαστικής προστασίας, σε συνάφεια όμως με την οργάνωση και την λειτουργία των δικαστηρίων και υπό την προϋπόθεση ότι δεν θίγεται ο πυρήνας του δικαιώματος αυτού. Επομένως, η προαναφερθείσα ρύθμιση του Ν. 4335/2015, αν και σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση αυτού απέβλεψε στην ταχύτερη και πληρέστερη ικανοποίηση των αξιώσεων του δανειστή, πάντως στον βαθμό που αποκλείει ολόκληρη κατηγορία διαφορών από την απονομή προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο της αναγκαστικής εκτέλεσης, η οποία επισπεύδεται κατά τα άρθρα 924 και επ, ΚΠολΔ για την ικανοποίηση χρηματικού περιεχομένου αξίωσης, και μάλιστα στην περίπτωση κατά την οποία εντοπίζονται προφανή (τυπικά) σφάλματα και έλλειψη των νομίμων διατυπώσεων στην απόκτηση του εκτελεστού τίτλου, είναι αντίθετη στην ως άνω συνταγματική διάταξη…….».

[19] ΜΔΠ Πειραιά Ν183/2018, 227/2018, ΜΔΠ Ιωαν. 76/2018.

αποτελεί μεν την πράξη, με την οποία αρχίζει η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης, χωρίς, όμως, να επέρχεται, ακόμη, κανένα μη αναστρέψιμο αποτέλεσμα[20].

γ. Τέλος, σύμφωνα με την άποψη που φαίνεται να έχει επικρατήσει στη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, μετά την κατάργηση του άρθρου 938 του ΚΠολΔ, μπορεί να επιδιωχθεί αναστολή ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, με πλήρωση του ως άνω ακούσιου κενού με ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 200 – 205 και 228 του Κ.Δ.Δ..

Ειδικότερα, σύμφωνα με την άποψη αυτή, παρά την αυταπόδεικτη χρησιμότητα της απλούστευσης και συντόμευσης της εκτελεστικής διαδικασίας, στην οποία απέβλεψε ο νομοθέτης με την κατάργηση της διάταξης του άρθρου 938 ΚΠολΔ, με το άρθρο όγδοο του άρθρου 1 του ν. 4335/2015, ιδίως επί κατάσχεσης με επακόλουθο πλειστηριασμό, προς την κατεύθυνση της έγκαιρης απονομής της δικαιοσύνης στο στάδιο της αναγκαστικής εκτέλεσης, πάντως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η πλήρης, κατά τα ανωτέρω, κατάργηση της δυνατότητας χορήγησης αναστολής εκτέλεσης σε περιπτώσεις έμμεσης εκτέλεσης, στις οποίες περιλαμβάνεται και η κατάσχεση εις χείρας τρίτου, ανταποκρίνεται στην ανάγκη διασφάλισης έγκαιρης και αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, ούτε ότι ο νομοθέτης απέβλεψε με αυτήν στην κατάλυση, ουσιαστικά, του δικαιώματος παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας στις περιπτώσεις αυτές. Με το δεδομένο αυτό και λαμβάνοντας περαιτέρω υπόψη ότι η αδυναμία του οφειλέτη να αμυνθεί έγκαιρα κατά μέτρου αναγκαστικής εκτέλεσης του στερεί το δικαίωμα της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, που δικαιούται σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, κατά την άποψη αυτή δεν επέρχεται αυτοδικαίως κατάργηση του δικαιώματος για την αναστολή της επιταγής προς εκτέλεση ή του κατασχετηρίου εγγράφου σε περίπτωση κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, εκ μέρους του οφειλέτη αλλά η αναστολή μπορεί πλέον να επιδιωχθεί, με πλήρωση του ως άνω ακούσιου κενού νόμου με αναλογία δικαίου, και συγκεκριμένα, με ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 200 – 205 και 228 του Κ.Δ.Δ. εφόσον συντρέχουν οι προβλεπόμενες στο άρθρο 202 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ. προϋποθέσεις, σύμφωνα με το οποίο: «1. *Η αίτηση αναστολής γίνεται δεκτή μόνο εφόσον ο αιτών επικαλεσθεί και αποδείξει ότι η άμεση εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης θα του προκαλέσει ανεπανόρθωτη βλάβη ή αν το δικαστήριο εκτιμά ότι το ένδικο βοήθημα είναι προδήλως βάσιμο*». Η αναλογία δικαίου, δε, προκρίνεται στη συγκεκριμένη περίπτωση ως πλέον ενδεδειγμένος τρόπος πλήρωσης του εν λόγω κενού νόμου, δεδομένου ότι η διάταξη του άρθρου 199 παρ. 2α του Κ.Δ.Δ. δεν παραπέμπει εν συνόλω στις διατάξεις του ΚΠολΔ, αλλά μόνο στις σχετικές με την αναγκαστική εκτέλεση διατάξεις αυτού (άρθρα 904 επ.) και όχι και στις διατάξεις του περί ασφαλιστικών μέτρων, μεταξύ των οποίων και εκείνη του άρθρου 731 για την προσωρινή ρύθμιση κατάστασης[21].

---

[20] Όπως αναφέρεται χαρακτηριστικά στην με αριθμό Ν183/2018 απόφαση του Μονομελούς Διοικητικού Πρωτοδικείου Πειραια: «……Σε κάθε περίπτωση, όμως, το ανωτέρω ζήτημα στέρησης του δικαιώματος προσωρινής δικαστικής προστασίας του καθ' ου η εκτέλεση δεν ανακύπτει στην περίπτωση της κατ' 924 ΚΠολΔ επίδοσης της επιταγής προς εκτέλεση, αφού αυτή αποτελεί μεν την πράξη, με την οποία αρχίζει η διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης, χωρίς, όμως, να επέρχεται, ακόμη, κανένα μη αναστρέψιμο αποτέλεσμα. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή είναι συνταγματικά ανεκτή η επιλογή του νομοθέτη να μην θεσπίσει την δυνατότητα αναστολής εκτέλεσης της εν λόγω πράξης κατόπιν αίτησης του καθ' ου, αφού στη μεν περίπτωση που ο δανειστής προβεί, στη συνέχεια, στην κατάσχεση κινητών ή ακινήτων με σκοπό την εκπλειστηρίασή τους, το χρονικό όριο για την διενέργεια του πλειστηριασμού εξασφαλίζει την εκδίκαση της ασκηθείσας ανακοπής, στη δε περίπτωση της καθυστέρησης έκδοσης απόφασης επί της ανακοπής ή της έμμεσης εκτέλεσης με τη μορφή της κατάσχεσης χρημάτων ή της κατάσχεσης απαιτήσεων εις χείρας τρίτου, ο καθ' ου θα μπορεί (σύμφωνα με όσα έγιναν ανωτέρω δεκτά) να ασκήσει αίτηση αναστολής κατ' αναλογική εφαρμογή του άρθρου 937 παρ. 1 περίπτ γ΄ ΚΠολΔ…...». βλ. επίσης, ΜΔΠ Πειρ. 227/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

[21] Βλ. σχετ. ΜΔΠ Αθηνών 51/2020, 21/2020, 20/2020, 19/2020, 14/2020, ΜΔΠ Πειρ. 25/2020, 794/2019, 795/2019, 796/2019, 807/2019 που έκριναν επί αίτησης αναστολής μετά από άσκηση ανακοπής κατά κατασχετηρίου εγγράφου σε υποθέσεις επιβληθείσας κατάσχεσης χρηματικών απαιτήσεων εις χείρας τρίτου και ΜΔΠ Αθ. 1060/2019, 663/2019,

Εξάλλου, κατά την άποψη αυτή, οι διατάξεις των άρθρων 200 – 205 του Κ.Δ.Δ., περί προσωρινής δικαστικής προστασίας ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων, σε συνδυασμό με το άρθρο 228 του ίδιου Κώδικα, προσιδιάζουν εν προκειμένω περισσότερο στο είδος του ένδικου βοηθήματος της κύριας δίκης, δηλαδή στην ανακοπή κατά πράξης αναγκαστικής εκτέλεσης, απ' ότι η διάταξη του άρθρου 210 του ΚΔΔ (προσωρινή ρύθμιση κατάστασης), η εφαρμογή της οποίας προϋποθέτει την άσκηση του κύριου ένδικου βοηθήματος της προσφυγής ή της αγωγής[22].

Η ως άνω άποψη παρίσταται ορθή και αιτιολογημένη, καθώς ερμηνεύοντας τις διατάξεις της αναγκαστικής εκτέλεσης υπό το πρίσμα του συνταγματικά κατοχυρωμένου δικαιώματος δικαστικής προστασίας, παρέχει στον οφειλέτη δυνατότητα προσωρινής δικαστικής προστασίας ήδη απ' το πρώτο στάδιο της εκτελεστικής διαδικασίας με την επίδοση επιταγής προς πληρωμή, αποφεύγοντας έτσι τη δημιουργία ανασφάλειας στο πρόσωπο του λόγω της διακινδύνευσης των περιουσιακών του στοιχείων, εφόσον βέβαια συντρέχουν οι προβλεπόμενες στο άρθρο 202 του Κ.Δ.Δ. προϋποθέσεις για τη χορήγηση αναστολής, ήτοι εάν ο αιτών επικαλεσθεί και αποδείξει ότι η άμεση εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης θα του προκαλέσει ανεπανόρθωτη βλάβη ή αν το δικαστήριο πιθανολογήσει ότι το ένδικο βοήθημα είναι προδήλως βάσιμο. Το κριτήριο, δε, του προδήλως βασίμου ορθά έχει αντιμετωπιστεί ενόψει της ειδικής ρύθμισης που έχει εισαχθεί με το άρθρο 199 παρ. 2α του ΚΔΔ, υπό το πρίσμα της αντίθεσης της προσβαλλόμενης με την ανακοπή πράξης τόσο προς τη νομολογία του ΣτΕ όσο και προς νομοθετικές διατάξεις και προς την νομολογία διοικητικών και πολιτικών δικαστηρίων ουσίας[23].

5. Συμπεράσματα

Η έντονη ενασχόληση τόσο των πολιτικών όσο και των διοικητικών δικαστηρίων ουσίας με το ζήτημα της προσωρινής δικαστικής προστασίας στην έμμεση εκτέλεση μετά την κατάργηση του άρθρου 938 του ΚΠολΔ, όπως ανωτέρω αναλυτικά εκτέθηκε, καταδεικνύει την ανάγκη το αίτημα αναστολής πράξης της εκτελεστικής διαδικασίας στην έμμεση εκτέλεση, να ερευνάται κάθε φορά υπό το πρίσμα του δικαιώματος δικαστικής προστασίας (άρθρο 20Σ) ώστε να αποφευχθεί ο κίνδυνος δημιουργίας ανεπιεικών καταστάσεων, ενώ παράλληλα καταδεικνύεται η ανάγκη εκ νέου παρέμβασης του νομοθέτη στις σχετικές διατάξεις του ΚΠολΔ, ιδίως στη διάταξη του 937 ΚΠολΔ προκειμένου να δοθεί λύση και να υπάρξει ενιαία αντιμετώπιση του θέματος και από τη νομολογία των δικαστηρίων.

661/2019, ΜΔΠ Ιωαν. 104/2019, που έκριναν επί αίτησης αναστολής μετά από άσκηση ανακοπής κατά επιταγής προς εκτέλεση.

[22] Αντίθετα, υπέρ της άποψης εφαρμογής του άρθρου 210 του ΚΔΔ (προσωρινή ρύθμιση κατάστασης), βλ. ΜΔΠ Αθηνών 891/2019 σύμφωνα με την οποία ο οφειλέτης δύναται να επιδιώξει την αναστολή της αναγκαστικής εκτέλεσης με τη μορφή της προσωρινής ρύθμισης κατάστασης, κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 210 του ΚΔΔ, εφόσον βέβαια από την επιχειρούμενη εκτέλεση θα προκύψει κίνδυνος βλάβης για τον αιτούντα, η αποκατάσταση της οποίας δεν θα είναι ευχερής, και επιπρόσθετα υπάρχει βάσιμος, κατά το άρθρο 933 του ΚΠολΔ, λόγος ανακοπής κατά της επιχειρούμενης εκτέλεσης και πιθανολογείται έτσι η ευδοκίμηση της ανακοπής και η ανατροπή του εκτελεστού τίτλου.

[23] Έτσι, με την ΜΔΠ Ιωαν. 104/2019 έγινε δεκτή αίτηση αναστολής του Δημοσίου κατατεθείσα κατόπιν άσκησης ανακοπής του κατά επιταγής προς εκτέλεση, καθώς κρίθηκε ως προδήλως βάσιμος προβαλλόμενος λόγος ανακοπής περί ακυρότητας της προσβαλλόμενης επιταγής και της επισπευδόμενης σε βάρος του Δημοσίου διαδικασίας εκτέλεσης λόγω μη τήρησης από τον αντίδικο της προδικασίας που επιβάλλονταν από διάταξη νόμου, για την υποχρεωτική εφαρμογή της οποίας το Δημόσιο είχε προβάλει ότι είχε διαμορφωθεί και πάγια νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων ουσίας.

Ο Ρόλος του Συνηγόρου του Πολίτη στην Προστασία και Αποκατάσταση του Περιβάλλοντος

Ευγενία Παπαδοπούλου, Δικηγόρος, Ειδική επιστήμονας στον Συνήγορο του Πολίτη

1.Εισαγωγή

Ο Συνήγορος του Πολίτη είναι ο κατεξοχήν διαμεσολαβητικός θεσμός που έχει ως αντικείμενο την καταπολέμηση της κακοδιοίκησης και την αντιμετώπιση των διοικητικών αβελτηριών για την προστασία των δικαιωμάτων των πολιτών, στο πλαίσιο των αρχών της νομιμότητας και του κράτους δικαίου. Δομείται σε έξι τομείς δραστηριότητας, τους λεγόμενους κύκλους, ένας εκ των οποίων είναι ο Κύκλος Ποιότητας Ζωής. Αυτός ο τομέας δραστηριότητας περιλαμβάνει ζητήματα παραβίασης της περιβαλλοντικής νομοθεσίας, υποβάθμισης του φυσικού περιβάλλοντος, αυθαίρετες παρεμβάσεις στο οικιστικό και πολιτιστικό περιβάλλον και γενικότερης υποβάθμισης της ποιότητας ζωής. Ειδικότερα, σε αυτό τον τομέα εξετάζονται περιπτώσεις παραβιάσεων σε ζώνες περιβαλλοντικής προστασίας, περιβαλλοντικής αδειοδότησης έργων και επιχειρήσεων, χαρακτηρισμού δασικών εκτάσεων, διαχείρισης της παράκτιας ζώνης, ολοκλήρωσης έργων υποδομής, ελέγχου της αυθαίρετης δόμησης, εγκατάστασης και λειτουργίας σταθμών βάσης κινητής τηλεφωνίας, λειτουργίας καταστημάτων υγειονομικού ενδιαφέροντος, δεσμεύσεων ιδιοκτησίας, προστασίας της πολιτιστικής κληρονομιάς, πρόσβασης των πολιτών σε περιβαλλοντικές πληροφορίες.

- Ο Συνήγορος του Πολίτη συντάσσει ετήσια έκθεση, στην οποία εκθέτει το έργο της Αρχής, παρουσιάζει τις σημαντικότερες υποθέσεις και διατυπώνει προτάσεις για τη βελτίωση των δημοσίων υπηρεσιών, καθώς και τις αναγκαίες νομοθετικές ρυθμίσεις.

- Συντάσσει ειδικές εκθέσεις και πορίσματα επί συγκεκριμένων σημαντικών υποθέσεων.

- Εισηγείται, με αφορμή την εξέταση περισσότερων υποθέσεων συναφούς περιεχομένου, τη βελτίωση του νομοθετικού πλαισίου και ζητάει την επίλυση των οργανωτικών δυσλειτουργιών της διοίκησης από τους αρμοδίους Υπουργούς.

- Δύναται να επιληφθεί υποθέσεων αυτεπαγγέλτως.

Μέσα από τη δραστηριότητα του Κύκλου Ποιότητας Ζωής, αναδεικνύεται ο ειδικότερος στόχος του Συνηγόρου του Πολίτη, που είναι η προστασία και η αποκατάσταση του περιβαλλοντικού αγαθού.

Στο άρθρο 19 του ν. 1650/1986, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 3937/2011 «διατήρηση της βιοποικιλότητας και άλλες διατάξεις», έγινε η κατηγοριοποίηση των προστατευόμενων περιοχών με βάση τις αντίστοιχες κατηγορίες της Διεθνούς Ένωσης για τη Διατήρησης της Φύσης (IUCN). Έτσι στην ανωτέρω νομοθεσία αναφέρονται οι εξής κατηγορίες προστατευόμενων περιοχών: 1. Περιοχές απόλυτης προστασίας της φύσης (strict nature reserves), 2. Περιοχές προστασίας της φύσης (nature reserves), 3. Φυσικά Πάρκα – Εθνικά και

Περιφερειακά (natural parks), 4. Περιοχές προστασίας οικοτόπων και ειδών (Habitat/ species management areas) και 5. Προστατευόμενα τοπία (Protected landscapes / seascapes) και Προστατευόμενοι φυσικοί σχηματισμοί (Protected natural formations). Ο νόμος 3937/2011 προστατεύει άμεσα τα αναγνωρισμένα με τη συγκεκριμένη θεσμική διαδικασία τοπία και σχηματισμούς, ανεξαρτήτως της βιοποικιλότητας που φιλοξενούν.

Στο πλαίσιο της διαμεσολάβησης του Κύκλου Ποιότητας Ζωής σε αναφορές για την πλημμελή προστασία και τις ανθρωπογενείς επεμβάσεις που προξενούν διαρκή υποβάθμιση μιας προστατευόμενης περιοχής π.χ. δικτύου NATURA, συνήθως εκτός από την περιβαλλοντική υποβάθμιση της περιοχής, διαπιστώνονται παράνομες κατασκευές και δραστηριότητες κατά παράβαση του ειδικότερου θεσμικού πλαισίου προστασίας της περιοχής, καθώς και έλλειψη διοικητικού προσδιορισμού των φυσικών πόρων (π.χ. έλλειψη οριοθέτησης ρέματος, ποταμού, αιγιαλού κλπ). Επιπρόσθετα όταν, παρά τη συνεχή διαμεσολαβητική παρέμβαση με έγγραφα, αυτοψίες και συσκέψεις, δεν φαίνεται ορατή η επίλυση του θέματος, η Ανεξάρτητη Αρχή προβαίνει στην έκδοση πορίσματος, ζητώντας άμεσα μέτρα για την προστασία της περιοχής, επισημαίνοντας την αναποτελεσματική εφαρμογή του νομοθετικού πλαισίου, την αδυναμία επίσπευσης των διοικητικών διαδικασιών, την εμπλοκή πλήθους υπηρεσιών, καθώς και τα επιμέρους οικονομικά συμφέροντα που πολλές φορές, δυσχεραίνουν την εξεύρεση κοινά αποδεκτής και υλοποιήσιμης λύσης .

Εφόσον η καταστροφή της πολλαπλά προστατευόμενης περιοχής και των φυσικών της πόρων, που χρήζουν προστασίας (δάσος, αναδασωτέα περιοχή, αρχαιολογικός χώρος, αιγιαλός, παραλίες και τοπία με ιδιαίτερο φυσικό κάλλος κ.λπ.) συνεχίζεται ή και επιβαρύνεται περαιτέρω, ο Συνήγορος του Πολίτη επισημαίνει ότι το σύνολο των υπηρεσιών και κυρίως, οι τοπικοί δημόσιοι φορείς οφείλουν να τηρήσουν αυστηρά το πλέγμα της ισχύουσας νομοθεσίας και να συνεργαστούν μεταξύ τους, προκειμένου να διατηρηθεί αειφορικά η περιοχή και να εξασφαλιστεί το δημόσιο συλλογικό συμφέρον. Σε αυτές τις περιπτώσεις, ο Συνήγορος επισημαίνει την ανάγκη εκπόνησης των απαραίτητων μελετών και τη λήψη μέτρων για την προστασία της περιοχής που πλήττεται, την επιβολή διοικητικών κυρώσεων και προστίμων, ενώ δεν είναι λίγες οι φορές που χάρη στην παρέμβασή του, η διοίκηση προχωρά σε διοικητικό προσδιορισμό του φυσικού πόρου με την έκδοση των απαραίτητων διοικητικών πράξεων.

2. Χαρακτηριστικές υποθέσεις υψηλού περιβαλλοντικού ενδιαφέροντος που αναδείχθηκαν από τον Συνήγορο του Πολίτη.

Ι. Ο Συνήγορος του Πολίτη κλήθηκε να διαμεσολαβήσει για τη μη υποβολή Ειδικής Μελέτης Αποκατάστασης από τους υπόχρεους σε ιδιωτική δασική έκταση στην περιοχή του Πλανητέρου Αχαΐας, όπου βρίσκεται το φημισμένο πλατανόδασος. Επίσης, με παράλληλη αναφορά κλήθηκε να διαμεσολαβήσει για τον έλεγχο έγκρισης δόμησης και οικοδομικής άδειας που αφορούσαν την επισκευή και αποκατάσταση παραδοσιακών κτισμάτων στην ευρύτερη έκταση. Κατά την εξέταση της υπόθεσης, ανακλήθηκαν από την Πολεοδομία του Δήμου Αιγιαλείας η έγκριση δόμησης και η άδεια δόμησης, καθώς η «Ένωση Μύλων – Υδροτριβών και Ιχθυοτροφείων Πλανητέρου» δεν προέβη σε οριοθέτηση πριν αιτηθεί την έκδοση της οικοδομικής άδειας, ούτε εξαίρεσε από την έκταση τα τμήματα της επαρχιακής οδού, τον ποταμό και τα ρέματα, καθώς και τη φυσική λίμνη. Από τα στοιχεία που είχαν προσκομισθεί στην Αρχή, η ανακατασκευή - ανέγερση των εν λόγω κτισμάτων περιλαμβάνεται μέσα στην ανωτέρω μελέτη αποκατάστασης. Ο Συνήγορος του Πολίτη είχε ήδη τονίσει την αναγκαιότητα οριοθέτησης του Αροανίου Ποταμού, προκειμένου οποιεσδήποτε εργασίες να είναι σύμφωνες με το πλαίσιο προστασίας των ρεμάτων.

Θεσμικό πλαίσιο προστασίας

1. Περιβαλλοντική Προστασία οικότοπου/ γεώτοπου: Μέρος της έκτασης του εν λόγω δάσους ανήκει στη Ζώνη Ειδικής Προστασίας (ΖΕΠ με κωδικό GR2320013 και ονομασία «Όρος Χελμός (Αροανία – Φαράγγι Βουραϊκού και Περιοχή Καλαβρύτων», ενώ το σύνολο της έκτασης ανήκει στον «Τόπο Κοινοτικής Σημασίας» με κωδικό GR2320002 που στη συνέχεια κηρύχθηκε ως Ζώνη Ειδικής Διατήρησης (ΖΕΔ - Special Protection Area) με την ονομασία «Όρος Χελμός & Ύδατα Στυγός». Περαιτέρω, οι πηγές του Αροανίου Ποταμού έχουν χαρακτηρισθεί ως Τοπίο Ιδιαιτέρου Φυσικού Κάλους (AT1011017) και σύμφωνα με τις καταγραφές στο σύστημα «Φιλότις», η κατάστασή του έχει χαρακτηρισθεί ως υποβαθμισμένη, εξαιτίας ανθρωπογενών παρεμβάσεων. Η ευρύτερη έκταση, εντός της οποίας βρίσκεται και το ιδιωτικό δάσος, έχει χαρακτηρισθεί ως Εθνικό Πάρκο Χελμού – Βουραϊκού με την Κοινή Υπουργική Απόφαση (ΚΥΑ) 40390/2009. Σύμφωνα με την ανωτέρω ΚΥΑ, επιμέρους έκταση της περιοχής του Πλατανοδάσους βρίσκεται εντός της Ζώνης Β2 «Περιοχή Προστασίας Πηγών Αροανίου και Πλατανοδάσους Πλανητέρου», αλλά τμήμα του δάσους, καθώς και οι πηγές του Αροανίου ποταμού βρίσκονται εντός της Ζώνης Γ «Περιοχή Περιβαλλοντικού Ελέγχου».

Η περιοχή αποτελεί επίσης, γεώτοπο και έχει ενταχθεί στο Ευρωπαϊκό και Παγκόσμιο Δίκτυο Γεωπάρκων, υπό την αιγίδα της UNESCO. Τέλος, η δασική έκταση εντάσσεται στην παρ. 1α του άρθρου 4 του ν. 998/1979 *«α) Δάση και δασικές εκτάσεις που παρουσιάζουν ιδιαίτερο επιστημονικό, αισθητικό, οικολογικό και γεωμορφολογικό ενδιαφέρον ή περιλαμβάνονται σε ειδικές ζώνες διατήρησης και ζώνες ειδικής προστασίας (εθνικοί δρυμοί, αισθητικά δάση, υγροβιότοποι, διατηρητέα μνημεία της φύσης, δίκτυα και περιοχές προστατευόμενα από τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου, αρχαιολογικοί χώροι, το άμεσο περιβάλλον μνημείων και ιστορικοί τόποι»*.

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΣτΕ, τα υδατορέματα θεωρούνται στοιχεία του φυσικού περιβάλλοντος και θα πρέπει να διατηρούνται στη φυσική τους κατάσταση, αποκλειομένης κάθε εργασίας επίχωσης ή κάλυψής τους, ενώ επιτρέπεται η εκτέλεση μόνο των απολύτως αναγκαίων έργων διευθέτησης της κοίτης και των πρανών, για τη διασφάλιση της ελεύθερης ροής των υδάτων (ΣτΕ2873/2000, 2669/2001, 2656/1999, 3849/2006, Ολομ262/2003 κ.α.).[1]

Στο άρθρο 2 παρ. 1 και 4 του ν. 4258/2014 προβλέπονται τα ακόλουθα: *«1. Για την οριοθέτηση των υδατορεμάτων απαιτείται η εκπόνηση και υποβολή σε συμβατική και ηλεκτρονική μορφή Φακέλου Οριοθέτησης,…4. Ο Φάκελος οριοθέτησης μπορεί να συντάσσεται με μέριμνα: α) του Υπουργείου Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής (Υ.ΠΕ.Κ.Α.), β) της Γενικής Γραμματείας Δημοσίων Έργων (Γ.Γ.Δ.Ε.)του Υπουργείου Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων (ΥΠ.Υ.ΜΕ.ΔΙ.) ή γ) της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ή δ) της Περιφέρειας ή ε) του οικείου ΟΤΑ ή στ) φυσικών προσώπων»*.

Ακολούθως, σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 2 του ν. 4258/14: *«2. Με απόφαση του Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης μπορεί να ανατίθενται οι ανωτέρω αρμοδιότητες - μελέτης, ανάθεσης και εκτέλεσης έργων διευθέτησης/αντιπλημμυρικής προστασίας και εργασίες*

[1] Υπενθυμίζεται ότι και το 2012, είχε ανακληθεί, μετά την παρέμβαση της Αρχής, η οικοδομική άδεια με κυριότερο λόγο την παράλειψη οριοθέτησης της κοίτης του ποταμού. Το Διοικητικό Εφετείο Πατρών με την υπ΄αριθ.100/2016 απόφασή του απέρριψε την ακύρωση της απόφασης ανάκλησης για τον ίδιο λόγο. Επίσης, με την υπ' αριθ. 2205/16 απόφαση του ΣτΕ απορρίφθηκε η αίτηση ακύρωσης κατά της απόφασης του Γενικού Γραμματέα της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Πελοποννήσου, Δ. Ελλάδας και Ιονίου, με την οποία είχαν ανακληθεί οι προγενέστερες αποφάσεις του Νομαρχιακού Δ/ντη και Νομάρχη Αχαΐας που είχαν εγκρίνει επεμβάσεις εντός της ιδιωτικής δασικής εκτάσεως εμβαδού 55 στρεμμάτων στη θέση Πλανητέρου (τουριστική αξιοποίηση και λειτουργία εκκολαπτηρίου / μονάδας εκτροφής πέστροφας).

συντήρησης - και στους ακόλουθους φορείς: 2.1. στους οικείους Ο.Τ.Α. α' βαθμού, όταν το υπό μελέτη υδατόρεμα βρίσκεται εξ ολοκλήρου μέσα στα διοικητικά τους όρια και δεν αποτελεί κλάδο άλλου υδατορέματος,2.2. στις οικείες Περιφερειακές Ενότητες, όταν το υπό μελέτη υδατόρεμα βρίσκεται εξ ολοκλήρου μέσα στα διοικητικά τους όρια και δεν αποτελεί κλάδο άλλου υδατορέματος,…».

Τονίζεται ότι, κατά την έννοια των άρθρων 43 παρ. 2 και 24 παρ. 1, 2 και 101 παρ. 1 και 3 του Συντάγματος, η οριοθέτηση υδατορεμάτων που βρίσκονται σε περιοχές (εντός ή εκτός σχεδίου) που λόγω του χαρακτήρα τους χρήζουν ιδιαίτερης προστασίας (πχ. αρχαιολογικοί χώροι, τοπία ιδιαιτέρου φυσικού κάλλους, ευαίσθητα οικοσυστήματα, περιοχές ιδιαίτερου περιβαλλοντικού ενδιαφέροντος κλπ), πρέπει υποχρεωτικά να πραγματοποιηθεί με προεδρικό διάταγμα (ΣτΕ 3849/06, ΠΕ Ολομ. 262/03, 1602/2016, 138/2017 Επεξ.Διατ. ΣτΕ).

Στο άρθρο 4 του ν. 4258/14 καθορίζονται οι εργασίες που επιτρέπονται εντός της ζώνης υδατορέματος, για τις οποίες δεν απαιτείται η προηγούμενη τήρηση της διαδικασίας οριοθέτησής του, χωρίς βέβαια να καταργεί άλλες μελέτες που απαιτούνται για την κατασκευή τους: άρση προσχώσεων (πλην αμμοληψιών), καθαρισμός κοίτης, συντήρηση-αποκατάσταση-επισκευή αντιπλημμυρικών έργων, καθαίρεση αυθαιρέτων κατασκευών, κατασκευή φραγμάτων, κατασκευή επισκευή-καθαίρεση γεφυρών και οχετών, κατασκευή έργων υποδομής (π.χ. αγωγοί υδροληψίας), κατασκευή έργων ορεινής υδρονομίας και έργα εθνικής άμυνας και αντιμετώπισης φυσικών καταστροφών.

Μέχρι την έκδοση του ΠΔ (δόμηση πλησίον ρεμάτων), οι αποστάσεις δόμησης από τις γραμμές πλημμύρας σε περίπτωση προσωρινής οριοθέτησης, ορίζονται ως εξής:

-εντός σχεδίου πόλεως και ορίων οικισμού -10μ.,

-εκτός σχεδίου περιοχές -20μ.[2]

Σύμφωνα με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο και το παλαιότερο αυτού, είναι σαφείς οι αποστάσεις που πρέπει να τηρούνται από μη οριοθετημένα υδατορέματα και επομένως, προκύπτει η υποχρέωση των πολιτών κατά την έκδοση των οικοδομικών αδειών τους να τηρούν τις ανωτέρω αποστάσεις, δηλώνοντας στο τοπογραφικό της άδειας το συγκεκριμένο ρέμα με το οποίο συνορεύουν. Σε περίπτωση δε που έχει χορηγηθεί άδεια από την αρμόδια πολεοδομική υπηρεσία κατά πλάνη, τότε αυτή δύναται να ανακληθεί .[3]

---

[2] Σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 4 του ν. 4258/2014 «Έως την έκδοση του προεδρικού διατάγματος που προβλέπεται στην παρ. 1 του άρθρου 28 του ν. 4067/2012, οι αποστάσεις δόμησης από τις γραμμές πλημμύρας που αναφέρονται στην παρ. 2 του άρθρου 5 του παρόντος ορίζονται ως εξής: Α. Για τις εντός σχεδίου και εντός ορίων οικισμών περιοχές, απόσταση 10 μέτρων από κάθε μία των γραμμών πλημμύρας και Β. για τις εκτός σχεδίου περιοχές, απόσταση 20 μέτρων από κάθε μία των γραμμών πλημμύρας». Ειδικότερα, το άρθρο 5 παρ. 2, μεταξύ άλλων, ορίζει τα εξής: «Στα υδατορέματα που οι οριογραμμές τους δεν έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις μπορεί, κατ' εξαίρεση, ύστερα από αίτημα ενδιαφερόμενου – επισπεύδοντα, φορέα ή ιδιώτη, για έκδοση οικοδομικής άδειας δόμησης πλησίον αυτών, να γίνει από την αρμόδια Υπηρεσία Δόμησης με την επιφύλαξη της προβλεπόμενης στην παρ. 4 του άρθρου 3, του παρόντος νόμου διαδικασίας, προσωρινής, οριοθέτησης….. Σε κάθε περίπτωση η δόμηση επιτρέπεται εκτός των ως άνω γραμμών πλημμύρας και των όχθεων του υδατορέματος και σε απόσταση από αυτές που καθορίζεται σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 28 του ν. 4067/2012 (Α΄ 79), με την επιφύλαξη όσων ορίζονται στο άρθρο 9 του παρόντος νόμου».

[3] Σύμφωνα με τη θεωρία του Διοικητικού Δικαίου και τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας επιτρέπεται ελεύθερα η ανάκληση των παράνομων ή πλημμελών ατομικών διοικητικών πράξεων, ανεξάρτητα εάν από αυτές έχουν απορρεύσει δικαιώματα, εφόσον η ανάκληση γίνει μέσα σε εύλογο χρόνο. Η ανάκληση επωφελών προς τον διοικούμενο πράξεων ανακαλούνται και μετά την παρέλευση του ευλόγου χρόνου εάν ισχύει ένα από τα κάτωθι: α) το διοικητικό όργανο παρασύρθηκε στην έκδοση της πράξης από απατηλή ενέργεια του διοικουμένου που ωφελείται από την πράξη, β) υπάρχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος ή η πράξη προσκρούει στη δημόσια τάξη (ΣτΕ 3578/14, 3906/02 κλπ), γ) η ανάκληση γίνεται για λόγους συμμόρφωσης προς το περιεχόμενο

Καταλήγοντας, ο Συνήγορος του Πολίτη θεωρεί ότι οποιαδήποτε Μελέτη Αποκατάστασης οφείλει να συνοδεύεται από την οριοθέτηση (έστω και τμηματική) του ποταμού, αλλά και να λαμβάνει υπόψη τα δεδομένα τα οποία θα προκύψουν από αυτήν. Εν κατακλείδι, όταν χορηγήθηκαν οι αρχικές άδειες των κτισμάτων, δεν είχε πραγματοποιηθεί οριοθέτηση του ποταμού και ούτε προκύπτει μέχρι σήμερα, να έχουν ξεκινήσει οι εργασίες για τον σκοπό αυτό. Επίσης, το γεγονός ότι ήδη έχουν ακυρωθεί η έγκριση δόμησης και οικοδομική άδεια κτισμάτων που περιλαμβάνονται στη μελέτη αποκατάστασης, αποτελεί σοβαρό λόγο επανεξέτασης των γνωμοδοτήσεων επί αυτής.

ΙΙ. Ο Συνήγορος του Πολίτη κλήθηκε να διαμεσολαβήσει για την περιβαλλοντική υποβάθμιση έκτασης από παράνομη εξορυκτική δραστηριότητα και απόρριψη αποβλήτων εντός λατομικού χώρου στην Αγία Μαρίνα Χανίων. Η υποβάθμιση οφείλεται σε: παράνομη εξορυκτική δραστηριότητα παρά τη λήξη των σχετικών αδειών λειτουργίας του λατομείου, καταπάτηση – εκχέρσωση δημοσίων δασικών εκτάσεων, καταστροφή κοίτης ρέματος, απόρριψη αποβλήτων εκσκαφών κατασκευών και κατεδαφίσεων (ΑΕΚΚ), καύση πλαστικών και επικίνδυνων αποβλήτων και πολεοδομικές παραβάσεις. Επίσης, κατά την έναρξη λειτουργίας του εν λόγω λατομείου δεκαετίες πριν, είχε καταστραφεί αρχαιολογικό σπήλαιο μεγάλης σημασίας, ευρήματα του οποίου εκτίθενται στο Αρχαιολογικό Μουσείο Ηρακλείου. Η Εφορεία Παλαιοανθρωπολογίας – Σπηλαιολογίας κλήθηκε στην περιοχή, όταν αποκαλύφθηκε νέο έγκοιλο, κατά τη διάρκεια των παράνομων εξορυκτικών εργασιών.

<u>Θεσμικό Πλαίσιο προστασίας</u>

Α) Λατομική Νομοθεσία: Με το άρθρο 8 παρ. του ν.1428/1984, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, με το ν. 2115/1993, θεσπίστηκαν συγκεκριμένες εξαιρέσεις για την εγκατάσταση λατομείων αδρανών υλικών, εκτός λατομικών περιοχών. Ειδικότερα, επιτρέπεται η εκμετάλλευση εκτός λατομικής ζώνης, μεταξύ άλλων, εάν περικλείονται πετρώματα κατάλληλα για την παραγωγή αδρανών υλικών για ειδικές χρήσεις και ιδίως, για την παραγωγή τσιμέντου ή άσβεστου ή αντιολισθηρών υλικών ή δομικών λίθων. Επίσης, στο ίδιο άρθρο προβλέπεται ότι η εκμετάλλευση των λατομείων, που τροφοδοτούν τσιμεντοβιομηχανίες ή ασβεστοποιίες, γίνεται από επιχειρήσεις παραγωγής τσιμέντου ή άσβεστου και συνδέεται άμεσα με τον τόπο λειτουργίας των εγκαταστάσεών τους. Επίσης, με την παρ. 3 του άρθρου του ν. 1428/1984 προβλέπεται ότι, πριν από τη μίσθωση ή τη χορήγηση άδειας εκμεταλλεύσεως, απαιτείται η κατάθεση εγγυητικής επιστολής εκπληρώσεως των υποχρεώσεων, που απορρέουν από τις εγκεκριμένες μελέτες αποκατάστασης του περιβάλλοντος. Η εγγυητική επιστολή καταπίπτει υπέρ του Πράσινου Ταμείου και το ποσό αυτής, στην περίπτωση δημόσιων εκτάσεων, διατίθεται αποκλειστικά για την αποκατάσταση του χώρου εκμετάλλευσης, απαγορευμένης απολύτως της διάθεσής της για άλλο σκοπό. Η αποκατάσταση πρέπει να πραγματοποιηθεί εντός του χρόνου που προβλέπεται στην άδεια εκμετάλλευσης. Η μη αποκατάσταση λατομικού χώρου σε δασικές εκτάσεις, συνεπάγεται σύμφωνα με το ν. 998/1979, την υποχρεωτική κήρυξη της έκτασης ως αναδασωτέας.

Με πρόσφατη τροποποίηση του άρθρου 183 του ν. 4001/2011, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 17 του ν. 4203/2013 ορίσθηκε: *«…η 31η.12.2017, ως χρόνος λήξης της τελευταίας* «παράτασης της άδειας *εκμετάλλευσης» ή της μίσθωσης που προβλέπεται από τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 6 του ν. 1428/1984 (Α΄ 43), όπως ισχύει, των λατομείων αδρανών υλικών που λειτουργούν είτε εντός λατομικών περιοχών ή χώρων συγκέντρωσης λατομικών*

απόφασης του ΣτΕ ή διοικητικού δικαστηρίου. Κατά το άρθρ. 24 παρ. 1 του Συντάγματος «Η προστασία του φυσικού και πολιτιστικού περιβάλλοντος αποτελεί υποχρέωση του Κράτους και δικαίωμα του καθενός. Το δικαίωμα στο περιβάλλον, συνιστά συλλογικό αγαθό και μείζον δημόσιο συμφέρον που αφορά την υγεία και τη ζωή του συνόλου των ατόμων.

επιχειρήσεων του άρθρου 15 του ν. 1515/1985 (Α΄ 18), είτε κατά τις διατάξεις του άρθρου 8 παράγραφοι 2α και 2β του ν.1428/1984 (Α΄ 43), είτε των λατομείων αδρανών υλικών που έχουν ενταχθεί στη ρύθμιση του άρθρου 17 του ν. 4203/2013 (Α΄ 235), εφόσον δεν έχει λήξει η ισχύς της αντίστοιχης απόφασης έγκρισης περιβαλλοντικών όρων και της έγκρισης επέμβασης της παρ. 2 του άρθρου 57 του ν. 998/1979 αν πρόκειται για δάσος ή δασική έκταση ή σε περίπτωση που έχει λήξει η ισχύς αυτών, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως αίτημα για την ανανέωση της ισχύος αυτών».

Με το άρθρο 1 του ν. 2647/1998 μεταβιβάστηκε στην Περιφέρεια η έγκριση περιβαλλοντικών όρων για την ανάπτυξη βιομηχανικών δραστηριοτήτων ΑΙΙ κατηγορίας, για τις οποίες έχει την αρμοδιότητα προέγκρισης χωροθέτησης, μεταξύ άλλων και για τους περιβαλλοντικούς όρους ειδικών μελετών για την αποκατάσταση λατομείων αδρανών υλικών (άρθρο 20 του ν. 2115/1993, ΦΕΚ 15 Α').

Σύμφωνα με το ν. 1428/1984 προβλέφθηκε ένα μεταβατικό καθεστώς για τα λειτουργούντα εκτός λατομικών περιοχών λατομεία. Το χρονικό όριο αυτό επεκτάθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 20 του ν. 2115/1993. Ωστόσο, με νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ 3653/2009), κρίθηκε ότι οι διατάξεις των παρ. 2,3, και 4 του εν λόγω άρθρου είναι αντισυνταγματικές, ενώ αντιθέτως η παρ. 8 που αφορά την αποκατάσταση του περιβάλλοντος, για τα νομίμως λειτουργούντα λατομεία, κρίθηκε σύμφωνη με το Σύνταγμα.

Η παρ. 8 του ν. 2115/1993 ορίζει τα εξής*: «Λειτουργούντα κατά την έναρξη ισχύος του νόμου λατομεία των παραγράφων 2 και 3 του παρόντος άρθρου (εδώ περιλαμβάνονται και τα ιδιωτικά λατομεία), που δε θα τύχουν των προβλεπόμενου από τις εν λόγω διατάξεις παρατάσεων αδειών ή μισθώσεων αντίστοιχα, συνεχίζουν τη λειτουργία τους για μια διετία από τη λήξη των ισχυουσών αδειών ή μισθώσεων. Η διετία προκειμένου για τα λειτουργούντα λατομεία της παραγράφου 4 του παρόντος άρθρου υπολογίζεται από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου. Η υπό του προηγούμενου εδαφίου προβλεπόμενη περίοδος των δύο (2) ετών μπορεί να παραταθεί για τρία (3) το πολύ έτη, με απόφαση του αρμόδιου νομάρχη, ύστερα από έγκριση του Υπουργού Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας και κατόπιν αιτήσεως του ενδιαφερομένου, εφόσον αποδεδειγμένα εξακολουθεί να συντρέχει μία από τις εξής προϋποθέσεις: α. δεν έχει ολοκληρωθεί η διαδικασία καθορισμού λατομικών περιοχών σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 1428/1984, β. δεν έχει ολοκληρωθεί η αποκατάσταση του περιβάλλοντος του λατομικού χώρου, σύμφωνα με ειδική μελέτη, που θα εγκριθεί από τους Υπουργούς Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας και Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων, με τη διαδικασία της Κ.Υ.Α. 69269/5387/24.10.1990. Για τα λατομεία του εδαφίου αυτού εφαρμόζονται οι διατάξεις της παραγράφου 3 του άρθρου 8 του ν. 1428/1984. Η λειτουργία των λατομείων αυτών δύναται σε κάθε περίπτωση να απαγορευθεί με ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 11 και 15 του ν. 1428/1984».*

Ακολούθως, με το άρθρο 7 παρ. 1 περ. β του ν. 2837/2000, *«Οι εκμεταλλευτές της προηγούμενης παραγράφου οφείλουν να αποκαταστήσουν τους υφιστάμενους λατομικούς χώρους όπου λειτουργούσαν ή λειτουργούν βάσει των διατάξεων των παραγράφων 1, 2, 3 και 4 του άρθρου 20 του ν. 2115/1993, σύμφωνα με ειδική μελέτη αποκατάστασης, οι προδιαγραφές και χρονοδιάγραμμα της οποίας θα καθορισθούν με κοινές αποφάσεις των Υπουργών Ανάπτυξης, Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων και Γεωργίας».* Η ΚΥΑ Δ.10/Φ.68/4437/2001 καθόρισε τις προδιαγραφές και το χρονοδιάγραμμα των ειδικών μελετών αποκατάστασης και σύμφωνα με την παρ. Α13, προβλέπεται ότι επιτρέπεται η εξόρυξη προς διαμόρφωση των τελικών πρανών (ή εργασίες πληρώσεως με στείρα υλικά, όπου για τη διαμόρφωση των τελικών πρανών χρησιμοποιηθεί η μέθοδος αυτή), απόθεση στείρων κλπ. Η κατά το άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 2837/2000 αποκατάσταση λατομικού χώρου πρέπει να περιορίζεται σε χώρο, όπου είχαν ήδη λάβει χώρα εργασίες εκμεταλλεύσεως και στην

απολύτως αναγκαία για την αποκατάσταση του εν λόγω χώρου γειτονική ζώνη (ΣτΕ 2542/ 2005, ΝΣΚ 192/2016, ΣτΕ 3939/2008, ΣτΕ 987/2009). Δηλαδή, εφόσον κριθεί ότι οι εργασίες αποκατάστασης περιλαμβάνουν διαδικασίες απόληψης αδρανών υλικών για τη διαμόρφωση του πρανούς, αυτές θα πρέπει να μην ξεπερνούν τα όρια που τίθενται με το άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 2837/2000 για το οποίο, σύμφωνα με την 2191/2006 απόφαση του ΣτΕ, έχει κριθεί ότι αποσκοπεί προεχόντως στην επαναφορά, κατά το δυνατόν, του διαταραχθέντος φυσικού τοπίου στην προτέρα κατάσταση του, βάσει ειδικής μελέτης αποκατάστασης, η οποία μπορεί να προβλέπει και την εκτέλεση περαιτέρω λατομικών εργασιών, μόνον όμως, εφόσον είναι απολύτως αναγκαίες για την αποκατάσταση του λατομείου.

Με σχετικές αποφάσεις του, το Συμβούλιο Επικρατείας (ΣτΕ 1824/2008, ΣτΕ 1826/2008) έχει κρίνει ότι η Διοίκηση δεν μπορεί νομίμως να χορηγήσει τις αναφερθείσες παρατάσεις, αν ο συνολικός χρόνος, κατά τον οποίο η ενδιαφερόμενη επιχείρηση άσκησε ακωλύτως και εν τοις πράγμασι, πλήρη δραστηριότητα εντός του λατομικού χώρου, μετά την έκδοση της αρχικής εγκρίσεως περιβαλλοντικών όρων, είναι ίσος ή μεγαλύτερος από τα ανώτατα όρια των δύο και τριών ετών αντίστοιχα, όταν πρόκειται για παράταση κάποιας από τις τμηματικές προθεσμίες των παρ. 5 και 8 του άρθρου 20 του ν. 2115/1993. Η υπέρβαση της σχετικής προθεσμίας κρίθηκε ότι λειτουργούσε ως πρόσχημα για τη συνέχιση της στερούμενης νόμιμου ερείσματος παραγωγικής διαδικασίας. Από το συνδυασμό των ανωτέρω, προκύπτει ότι η συνέχιση της λειτουργίας των ιδιωτικών λατομείων αδρανών υλικών εκτός λατομικών ζωνών, επιτρέπεται για χρονικό διάστημα όχι μεγαλύτερο της πενταετίας από τη λήξη των ισχυουσών αδειών ή μισθώσεων. Μετά την πάροδο του εν λόγω χρονικού διαστήματος, θεωρείται ότι εξαντλείται το επιτρεπτό χρονικό όριο και δεν είναι επιτρεπτή οποιαδήποτε παράταση. Αντίθετη ερμηνεία θα ισοδυναμούσε με απόδοση πρόθεσης καταστρατήγησης της προστασίας του περιβάλλοντος και οδηγεί στη διαιώνιση της εξορυκτικής δραστηριότητας, υπό το πρόσχημα της αποκατάστασης του περιβάλλοντος (ΝΣΚ 192/2016).

Β) ΑΕΚΚ: Σύμφωνα με το άρθρο 40 παρ. 1 του ν. 4030/2011 όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 11 του άρθρ. 51 του ν. 4280/2014 *«Επιτρέπεται η εγκατάσταση μονάδων επεξεργασίας αποβλήτων από εκσκαφές, κατασκευές και κατεδαφίσεις (ΑΕΚΚ) σε ανενεργά λατομεία, ανεξαρτήτως του ιδιοκτησιακού καθεστώτος τους, μετά την έκδοση όλων των απαιτούμενων εγκρίσεων και αδειών, σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία και τα οριζόμενα στις παραγράφους 1 έως 3 του παρόντος. Στα λατομεία αυτά συμπεριλαμβάνονται και τα οριζόμενα στο άρθρο 33 του ν. 3164/2003 (Α' 176) ως θέσεις κατάλληλες για εγκαταστάσεις ολοκληρωμένης διαχείρισης αποβλήτων (ΟΕΔΑ). Η λειτουργία των εγκαταστάσεων επεξεργασίας των ΑΕΚΚ σε λατομεία δεν πρέπει να παρατείνεται πέραν του χρόνου αποκατάστασής τους που ορίζεται με τη σύμβαση ανάθεσης του αναδόχου»*. Περαιτέρω, στην παρ. 3 του ιδίου άρθρου ορίζεται ότι *«η αποκατάσταση των ανενεργών λατομείων που ανήκουν στο Δημόσιο, στους Ο.Τ.Α. και στα Ν.Π.Δ.Δ., με την επιφύλαξη της περίπτωσης α' της παραγράφου 2, γίνεται με μέριμνα των εγκεκριμένων συστημάτων εναλλακτικής διαχείρισης ΑΕΚΚ. Εφόσον η συγκεκριμένη δραστηριότητα καλύπτεται από τροποποίηση των όρων έγκρισής τους από τον Ελληνικό Οργανισμό Ανακύκλωσης (ΕΟΑΝ) μετά από υποβολή τροποποιητικού φακέλου, σύμφωνα με την κοινή υπουργική απόφαση υπ' αριθ. 36259/1757/ Ε103/23.8.2010. Οι δαπάνες των μελετών και των εργασιών αποκατάστασης βαρύνουν τα εγκεκριμένα συστήματα»*.

Βάσει της ΚΥΑ 36259/1757/2010 (άρθρο 3 παρ. 9), τα Συστήματα Εναλλακτικής Διαχείρισης αναλαμβάνουν τις εργασίες συλλογής, μεταφοράς, προσωρινής αποθήκευσης, επαναχρησιμοποίησης, επεξεργασίας και αξιοποίησης ΑΕΚΚ. Η εν λόγω ΚΥΑ εκδόθηκε σε εφαρμογή των διατάξεων του ν. 2939/2001 (όπως αντικαταστάθηκε και ισχύει), περί εναλλακτικής διαχείρισης συσκευασιών και άλλων προϊόντων.

Γ) Δασική Νομοθεσία: Σύμφωνα με το άρθρο 6 του ν. 998/1979, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 41 του ν. 4409/2016, *«Εκμεταλλευτές λατομείων μαρμάρων βιομηχανικών ορυκτών ή αδρανών υλικών, οι οποίοι έχουν καταβάλει εγγυητική επιστολή για την αποκατάσταση της έκτασής τους, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, όπως ισχύει, απαλλάσσονται της υποχρέωσης αναδάσωσης ή δάσωσης έκτασης ίδιου εμβαδού με εκείνης στην οποία εγκρίθηκε η επέμβαση και υποχρεούνται στην καταβολή ανταλλάγματος χρήσης, ίσου με το 100% της καθοριζόμενης, κατά το άρθρο 6 του Ν. 998/1979 (Α'289), όπως ισχύει, αξίας της έκτασής τους. Αποφάσεις αναδάσωσης ή δάσωσης έκτασης ίδιου εμβαδού που έχουν ήδη εκδοθεί και αφορούν εκμεταλλευτές λατομείων που εμπίπτουν στο προηγούμενο εδάφιο ανακαλούνται μετά από αίτηση του ενδιαφερόμενου, εφόσον έχει καταβληθεί ως αντάλλαγμα χρήσης το 100% της καθοριζόμενης, κατά το άρθρο 6 του Ν. 998/1979 (Α' 289), όπως ισχύει, αξίας της έκτασης επέμβασης».*

Περαιτέρω, στην παρ. 1 του άρθρου 40 του ν. 4030/2011 για την εγκατάσταση μονάδων ΑΕΚΚ, ορίζεται*: «Η εγκατάσταση των ανωτέρω μονάδων σε δάση, δασικές εκτάσεις και σε δημόσιες εκτάσεις των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 5 του άρθρου 3 του παρόντος νόμου, όπως ισχύει, ενεργείται κατόπιν έγκρισης επέμβασης, χορηγουμένης από τον Γενικό Γραμματέα της οικείας Αποκεντρωμένης Διοίκησης, η οποία προηγείται των προβλεπομένων από άλλες διατάξεις αδειοδοτήσεων για τη συγκεκριμένη δραστηριότητα, με την επιφύλαξη των προβλεπομένων στις παραγράφους 4 και 6 του άρθρου 45 του ν. 998/1979, όπως ισχύει. Κατά τα λοιπά ως προς τις ανωτέρω μονάδες εφαρμόζονται οι διατάξεις των παραγράφων 7, 8, 9, 11, 12 και 16 του ως άνω άρθρου 45».*

Δ) Υδατορέματα: Με το άρθρο 90 περ. θ της ΥΑ Δ7/Α/οικ.12050/2223 «Κανονισμός Μεταλλευτικών και Λατομικών Εργασιών», *«Πριν την έναρξη των εξορυκτικών εργασιών πρέπει να οριοθετηθούν τυχόν υδατορέματα που υπάρχουν εντός του λατομικού ή μεταλλευτικού χώρου, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ν. 3010/2002 ΄΄Εναρμόνιση του Ν. 1650/1986 με τις Οδηγίες 97/11 Ε.Ε. και 96/61 Ε.Ε., διαδικασία οριοθέτησης και ρυθμίσεις θεμάτων για τα υδατορέματα και άλλες διατάξεις΄΄, όπως ισχύει».*

Ακολούθως, σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 2 του ν. 4258/2014*:*

«2. Με απόφαση του Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης μπορεί να ανατίθενται οι ανωτέρω αρμοδιότητες -μελέτης, ανάθεσης και εκτέλεσης έργων διευθέτησης/αντιπλημμυρικής προστασίας και εργασίες συντήρησης - και στους ακόλουθους φορείς: 2.1. στους οικείους Ο.Τ.Α. α' βαθμού, όταν το υπό μελέτη υδατόρεμα βρίσκεται εξ ολοκλήρου μέσα στα διοικητικά τους όρια και δεν αποτελεί κλάδο άλλου υδατορέματος, 2.2. στις οικείες Περιφερειακές Ενότητες, όταν το υπό μελέτη υδατόρεμα βρίσκεται εξ ολοκλήρου μέσα στα διοικητικά τους όρια και δεν αποτελεί κλάδο άλλου υδατορέματος, 2.3. στις οικείες Περιφέρειες, όταν το υπό μελέτη υδατόρεμα βρίσκεται εξ ολοκλήρου μέσα στα διοικητικά τους όρια και δεν αποτελεί κλάδο άλλου υδατορέματος. Σε περίπτωση που το υπό μελέτη υδατόρεμα βρίσκεται μέσα στα διοικητικά όρια περισσότερων Περιφερειών με απόφαση του Γενικού Γραμματέα Αποκεντρωμένης Διοίκησης μπορεί να ανατίθεται η μελέτη και η εκτέλεση των έργων διευθέτησης/αντιπλημμυρικής προστασίας και των εργασιών συντήρησης στις αρμόδιες υπηρεσίες της οικείας Περιφέρειας, για το τμήμα του υδατορέματος που βρίσκεται μέσα στα διοικητικά τους όρια».

Στην περίπτωση των μικρών υδατορεμάτων, όπως αυτά ορίζονται στην παρ. 2 του άρθρου 1 του ν. 4258/2014, δεν απαιτείται η οριοθέτησή τους. Κατ' εξαίρεση και εφόσον συντρέχουν ειδικοί λόγοι προστασίας αυτών, είναι δυνατή η οριοθέτησή τους με απόφαση του Γενικού Γραμματέα της οικείας Αποκεντρωμένης Διοίκησης, η οποία εκδίδεται μετά από εισήγηση της Διεύθυνσης Υδάτων και της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος της οικείας Αποκεντρωμένης Διοίκησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 2 και 3 του ανωτέρω νόμου.

Περαιτέρω, κατά το άρθρο 186 του ν. 3852/2010, οι αρμοδιότητες καθαρισμού και αστυνόμευσης ρεμάτων και απαλλοτριωμένων χώρων παρά τα ρέματα ανήκουν στις Περιφέρειες.

Ε) Διαχείριση Αποβλήτων και Περιβαλλοντική Ζημία:

Κατά το άρθρο 7 παρ. 1 της ΚΥΑ 50910/2727/2003, η συγκέντρωση και η τοποθέτηση των στερεών αποβλήτων σε κάδους γίνεται με ευθύνη του κυρίου που είναι ιδιοκτήτης του χώρου. Στο άρθρο 15 της εν λόγω ΚΥΑ προβλέπονται ποινικές, αστικές και διοικητικές κυρώσεις για τους υπαιτίους παραβάσεων των διατάξεων. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 1 του ΠΔ 148/2009, όπως αυτό αντικαταστάθηκε από το άρθρο 33 του ν. 4409/16, ως περιβαλλοντική ζημία νοείται και: *«…β) Η Ζημία των υδάτων, ήτοι οποιαδήποτε ζημία επηρεάζει δυσμενώς σε σημαντικό βαθμό: αα) την οικολογική, χημική ή ποσοτική κατάσταση ή το οικολογικό δυναμικό των υδάτων, όπως ορίζουν ο ν. 3199/2003 (Α'280) και το ΠΔ 51/2007 (Α' 54), που θεσπίσθηκαν για την ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/60/ ΕΚ, εξαιρουμένων των δυσμενών επιπτώσεων στις οποίες εφαρμόζεται η παρ. 7 του άρθρου 4 του ανωτέρω ΠΔ, ή ββ) την περιβαλλοντική κατάσταση των θαλάσσιων υδάτων, όπως ορίζει ο ν. 3983/2011 (Α' 144), για τις πτυχές της περιβαλλοντικής κατάστασης του θαλάσσιου περιβάλλοντος που δεν καλύπτονται από το ν. 3199/2003 και το ΠΔ 51/2007».*

<u>Βασικές Διαπιστώσεις</u>

Ο Συνήγορος του Πολίτη έκρινε αρχικά ότι η θετική υπό όρους γνωμοδότηση της Επιτροπής Περιβάλλοντος και Χωροταξίας της Περιφέρειας έθετε πολλά και σοβαρά ζητήματα, τα οποία έπρεπε να εξεταστούν ενδελεχώς και να επιλυθούν, πριν εξεταστεί το ενδεχόμενο χορήγησης οποιασδήποτε άδειας.

• Κατ' αρχάς, το συγκεκριμένο λατομείο προκύπτει ότι είχε ήδη λάβει άδεια αποκατάστασης από το 2012 από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση, γεγονός το οποίο ουδόλως αναφερόταν στην εισήγηση της Περιφέρειας Κρήτης. Ως εκ τούτου, υπήρχε το νομικό παράδοξο να παρατείνεται με διαρκείς άδειες αποκατάστασης ο χρόνος λειτουργίας του συγκεκριμένου λατομικού χώρου, ο οποίος σε κάθε περίπτωση είχε λήξει το 2001.

• Επίσης, κρίθηκε αναγκαίο να επανεξεταστεί η εφαρμοστέα νομοθεσία περί διαχείρισης ΑΕΚΚ σε ανενεργό λατομικό χώρο, σε συνάρτηση με τις πραγματικές καταστάσεις που είχαν δημιουργηθεί στο συγκεκριμένο λατομείο, λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι είχε λάβει άδεια αποκατάστασης ήδη το 2012 από την Αποκεντρωμένη Διοίκηση. Συγκριμένα, τέθηκαν σοβαρά ζητήματα προς διερεύνηση σχετικά με το κατά πόσο το εν λόγω λατομείο μπορεί να θεωρηθεί ως ανενεργό, δηλαδή ως πρώην λατομικός χώρος, δεδομένης της διαπιστωμένης, τουλάχιστον μέχρι το 2015, συνέχισης λειτουργίας του (Εισήγηση Επιβολής Προστίμου μετά από έκτακτο μερικό έλεγχο στις 13.11.15, στον οποίο διαπιστώθηκε η απόληψη αδρανών υλικών). Κατά την άποψη του Συνηγόρου του Πολίτη, προκειμένου να υπάρξει ορθή εφαρμογή των διατάξεων, θα πρέπει να προκύπτει αδιαμφισβήτητα από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης ότι ο χώρος προς αποκατάσταση αποτελεί πραγματικά ανενεργό λατομείο.

• Σχετικά με την εφαρμογή των διατάξεων περί εγκατάστασης χώρων διαχείρισης ΑΕΚΚ εντός ανενεργών λατομικών χώρων, συνάγεται ότι αυτές, σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να συγχέονται με οποιαδήποτε λατομική δραστηριότητα. Κάθε σύνδεση αυτών των διατάξεων με προσπάθεια συνέχισης λειτουργίας του λατομικού χώρου και ιδίως, με την περαιτέρω απόληψη αδρανών υλικών, κατά την άποψη της Αρχής, αποτελεί καταστρατήγηση, τόσο των νομοθετικών, όσο και των νομολογιακών επιταγών, δεδομένου ότι με τον τρόπο αυτό, χορηγείται τόσο άτυπη παράταση λειτουργίας του λατομείου, όσο και του μέγιστου ορίου 5

ετών για την ολοκλήρωση της αποκατάστασης. Στην περίπτωση υιοθέτησης αυτής της πρακτικής, καθίσταται εξαιρετικά πιθανή η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων κατά τις οποίες, με το πρόσχημα της διαχείρισης ΑΕΚΚ, θα παρατείνεται η λειτουργία των λατομείων.

• Η εν λόγω διάταξη του ν. 403020/11, όπως ισχύει, θέτει πολλά ζητήματα, καθώς είναι αναγκαίο να εξειδικεύονται οι τρόποι αποκατάστασης και σαφείς περιορισμοί, δεδομένης της μη συνήθους αποκατάστασης του λατομικού χώρου, αλλά της ολοκλήρωσης της εν λόγω διαδικασίας με πλήρωση του χώρου με ΑΕΚΚ. Σε καμία περίπτωση για την αποκατάσταση ανενεργού λατομείου δεν μπορούν να εφαρμοστούν οι διατάξεις του άρθρου 20 παρ. 8 του ν. 2115/1993 και του άρθρου 7 παρ. 1 του ν. 2837/2000, για τους εξής λόγους: α) Οι διατάξεις του ν. 2115/1993 αφορούν τα νομίμως λειτουργούντα λατομεία, β) Έχει παρέλθει το χρονικό διάστημα εντός του οποίου θα έπρεπε να είχε γίνει η αποκατάσταση το χώρου και γ) Οι εν λόγω διατάξεις δεν εξυπηρετούν το σκοπό του ν. 4030/2011 και δεν δύνανται να καλύψουν τους όρους αποκατάστασης ανενεργών λατομείων για την πλήρωσή τους με ΑΕΚΚ, δεδομένου ότι πρέπει να εξετάζεται η περιβαλλοντική επιβάρυνση και να εξασφαλίζεται η αποτροπή οποιασδήποτε περιβαλλοντικής ζημίας από την απόθεση αποβλήτων εκσκαφών.

• Περαιτέρω, ανεξάρτητα από τη σκοπούμενη αδειοδότηση δημιουργίας χώρου διαχείρισης ΑΕΚΚ, κάθε επιμέρους περιβαλλοντικό αδίκημα (παράνομη απόρριψη αποβλήτων, παράνομες απολήψεις αδρανών υλικών, αλλοίωση κοίτης υδατορέματος κλπ), πρέπει να εξεταστεί ξεχωριστά, προκειμένου να επιβληθούν αφενός, τα αναλογούντα πρόστιμα και αφετέρου, να υλοποιηθούν οι άμεσες αποκαταστάσεις από την επιχείρηση που δραστηριοποιείται στο χώρο.

Κατά τη διαμεσολάβηση της Ανεξάρτητης Αρχής, αποφασίστηκε από τον Αντιπεριφερειάρχη Χανίων η επιβολή προστίμων στους υπαιτίους. Παράλληλα, κατεγράφησαν οι αυθαίρετες κατασκευές από την αρμόδια Πολεοδομία και επιβλήθηκαν τα αναλογούντα πρόστιμα, ύψους περί τα 115.000 ευρώ. Επιπλέον, η Δ/νση Δασών Χανίων απέστειλε προς ταμειακή βεβαίωση τον Μάιο του 2017 πρόστιμα, ύψους περί των 119.000 ευρώ, τα οποία είχαν επιβληθεί, δυνάμει απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Χανίων, ήδη από το 2008.

Η Ανεξάρτητη Αρχή ζήτησε τη συνδρομή της Περιφερειακής Επιτροπής Αντιμετώπισης Περιβαλλοντικών Ζημιών (ΠΕΑΠΖ) της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Κρήτης, του Τμήματος Επιθεώρησης Μεταλλείων των Επιθεωρητών Περιβάλλοντος, Δόμησης, Ενέργειας και Μεταλλείων του ΥΠΕΝ, της Δ/νσης Λατομείων Μαρμάρων & Αδρανών Υλικών του ΥΠΕΝ, καθώς και του Συντονιστικού Γραφείου Αντιμετώπισης Περιβαλλοντικών Ζημιών (ΣΥΓΑΠΕΖ), προκειμένου να αποκατασταθεί άμεσα ο χώρος ανεξέλεγκτης απόρριψης των αποβλήτων, να διακοπούν οι εξορυκτικές δραστηριότητες και να ελεγχθούν εμπεριστατωμένα, όλα τα στοιχεία του φακέλου πριν η Αποκεντρωμένη Διοίκηση να προβεί σε εξέταση προς έγκριση ή μη της υποβληθείσας Ειδικής Μελέτης Αποκατάστασης, κατόπιν της θετικής εισηγήσεως της Περιφέρειας. Από την εν λόγω εισήγηση προέκυπτε ότι δεν είχαν ληφθεί οι απαιτούμενες εγκρίσεις από τις αρμόδιες υπηρεσίες, ενώ παράλληλα, η προτεινόμενη αποκατάσταση, με τον όγκο των απολήψιμων αδρανών υλικών που προέβλεπε, ήταν δυνατό να οδηγήσει σε περαιτέρω περιβαλλοντική υποβάθμιση της έκτασης.

Αναλυτικότερα, η οικοδομική άδεια είχε εκδοθεί για τη Μονάδα Παραγωγής Ετοίμου Σκυροδέματος – Βοηθητικοί χώροι. Τα κτίσματα παρουσιάζονταν στο κατατεθειμένο τοπογραφικό διάγραμμα. Εντούτοις, από τα έγγραφα των αρμοδίων υπηρεσιών προκύπτει ότι δεν είχε ληφθεί η απαιτούμενη άδεια λειτουργίας από τους εκμεταλλευτές για το συγκρότημα επεξεργασίας σκυροδέματος. Συγκεκριμένα, σε έγγραφο του Τμήματος Περιβάλλοντος και Υδροοικονομίας ΠΕ Χανίων και σε απόφαση της Επιτροπής Περιβάλλοντος και Χωροταξίας της Περιφέρειας Κρήτης αναφέρονται τα εξής: «*Επιπλέον, από τα έγγραφα του φακέλου της*

δραστηριότητας προκύπτει ότι δεν έχει εκδοθεί ποτέ άδεια λειτουργίας ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων λατομείου στην επωνυμία της εταιρείας για τον πραγματικά εγκατεστημένο μηχανολογικό εξοπλισμό, ενώ η εγκατεστημένη μονάδα σκυροδέματος δεν διαθέτει άδεια λειτουργίας και περιβαλλοντική αδειοδότηση για τον πραγματικά εγκατεστημένο εξοπλισμό».

Για το λόγο αυτό, επιβλήθηκαν κυρώσεις μετά από εισήγηση της Ειδικής Υπηρεσίας Επιθεωρητών Περιβάλλοντος για παραβάσεις της περιβαλλοντικής νομοθεσίας, ενώ επιβλήθηκε η διακοπή λειτουργίας και η σφράγιση των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων του λατομείου.

Επιπροσθέτως, η τελευταία χρονικά άδεια εκμετάλλευσης (εξόρυξης) είχε λήξει το 2001, λόγω συμπλήρωσης της τριαντακονταετίας, αφού το λατομείο βρίσκεται εκτός λατομικής περιοχής.

Αναφορικά με την ύπαρξη ρέματος στο σχετικό τοπογραφικό διάγραμμα της εταιρείας, αποτυπώνεται μεν, η λεκάνη απορροής του ρέματος, σε επόμενο όμως, έγγραφο των υπηρεσιών αναφέρεται ότι το εν λόγω ρέμα τελικά, δεν εξαιρείται από τις σχετικές διατάξεις οριοθέτησης, καθώς δεν αποτελεί μικρό υδατόρεμα, ενώ ταυτόχρονα, προκύπτει ότι η κοίτη του ρέματος είχε καταστραφεί κατά τη διάρκεια της δραστηριοποίησης των εταιρειών λατόμευσης στο χώρο.

Με βάση τα ανωτέρω, ζητήσαμε να ελεγχθούν οι αποστάσεις των κτισμάτων από την κοίτη του ρέματος, καθώς και εν γένει η νομιμότητα της οικοδομής αδείας, αλλά και σχετικής εκτίμησης της πληρότητας του φακέλου με βάση τη νομοθεσία για τα κτίσματα εντός λατομείων.

Και στην περίπτωση αυτή, ο Συνήγορος του Πολίτη υποστήριξε ότι, σύμφωνα με τη θεωρία του Διοικητικού Δικαίου και τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, επιτρέπεται ελεύθερα η ανάκληση των παράνομων ή πλημμελών ατομικών διοικητικών πράξεων, ανεξάρτητα εάν από αυτές έχουν απορρεύσει δικαιώματα, εφόσον η ανάκληση γίνει μέσα σε εύλογο χρόνο. Σε συμφωνία με τις απόψεις της Αρχής, γνωμοδότησε ο νομικός σύμβουλος του Δήμου Χανίων για την ανάκληση της εν λόγω οικοδομικής άδειας και ακολούθως, με απόφαση της Διεύθυνσης Υπηρεσίας Δόμησης του Δήμου Χανίων, αυτή ανακλήθηκε, επειδή η έκδοσή της βασίστηκε σε ψευδή στοιχεία με επιβλαβείς συνέπειες προς το φυσικό περιβάλλον.

Επιπλέον, κατόπιν σύσκεψης που διεξήχθη με εκπροσώπους του Συνηγόρου και των εμπλεκομένων υπηρεσιών στο Ηράκλειο, εκδόθηκε απόφαση της Συντονίστριας της Αποκεντρωμένης Διοίκησης Κρήτης, περί μη έγκρισης των περιβαλλοντικών όρων της Ειδικής Μελέτης Αποκατάστασης και ακολούθως, η ΠΕΑΠΖ ζήτησε, μεταξύ άλλων, από τη δραστηριοποιούμενη εταιρεία την υποβολή, Μελέτης Μορφολογικής και Βλαστητικής Αποκατάστασης για την αντιμετώπιση των διαπιστωμένων προβλημάτων, καθώς και από το Δήμο Χανίων να προχωρήσει στην οριοθέτηση του ρέματος που βρίσκεται στην περιοχή.

Τέλος, από την Εφορεία Παλαιοανθρωπολογίας – Σπηλαιολογίας, αν και ζητήσαμε να μας ενημερώσει για το πόρισμα της αυτοψίας που φαίνεται από τη σχετική γνωμοδότηση της Επιτροπής Περιβάλλοντος και Χωροταξίας ότι πραγματοποιήθηκε μετά την ανακάλυψη έγκοιλου στο τμήμα Γ του λατομείου, δεδομένου ότι αναφέρει ότι υφίστανται στο χώρο του λατομείου σπήλαιο της προϊστορικής εποχής (Γερόσπηλιος) το οποίο και καταστράφηκε, δεν λάβαμε απάντηση ότι έχει κηρυχθεί αρχαιολογικός κατά τις διατάξεις του ν. 3028/2002.

Ο Νέος Αντικαπνιστικός Νόμος υπό το πρίσμα της Χαρασσόμενης Πολιτικής της ΕΕ για ένα «Περιβάλλον Χωρίς Καπνό»

Κωνσταντίνα Σαξώνη, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης ΑΠΘ

1.Εισαγωγικό σημείωμα

Επί του παρόντος, η Ελλάδα συγκαταλέγεται μεταξύ των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής: ΕΕ) που έχουν θεσπίσει ολοκληρωμένη νομοθεσία πλήρους απαγόρευσης του καπνίσματος[1] σε δημόσιους χώρους, σε δημόσια μεταφορικά μέσα και σε χώρους εργασίας[2].

Στις 16 Οκτώβρη του 2019, δημοσιεύτηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως ο Ν.4633/2019 με περιεχόμενο, μεταξύ άλλων, νέες αντικαπνιστικές ρυθμίσεις, οι οποίες ενίσχυσαν το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο. Ως περισσότερο αυστηρή, δε, θεωρήθηκε η διάταξη του άρθρου 16, που αντικατέστησε το άρθρο 3 του Ν.3730/2008, με περιεχόμενο την πλήρη απαγόρευση του καπνίσματος και της εν γένει κατανάλωσης καπνικών και συναφών με τούτων προϊόντων σε όλα τα καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος και στα κέντρα διασκέδασης, εξαιρουμένων μόνον των εξωτερικών τους χώρων, και μάλιστα σε περίπτωση που τούτοι είναι περιμετρικά ανοιχτοί σε τουλάχιστον δύο πλευρές[3]. Η ενδεικτική αυτή ρύθμιση αντανακλά το γεγονός ότι απώτερος στόχος του Έλληνα νομοθέτη ήταν όχι απαρέγκλιτα ο περιορισμός κατανάλωσης καπνού, αλλά, κυρίως, η προστασία της προσωπικότητας των μη καπνιστών από το παθητικό κάπνισμα[4], γνωστό ως περιβαλλοντικό ή δευτερογενές κάπνισμα, ως μια προσπάθεια βελτίωσης της ποιότητας του δημόσιου αγαθού της υγείας των μελών του ευρύτερου κοινωνικού συνόλου[5].

---

[1]Προστασία των πολιτών της ΕΕ από το παθητικό κάπνισμα, https://ec.europa.eu/health/tobacco/smoke-free_environments_el

[2]Για προγενέστερο καθεστώς, βλ. *Ι. Ληξουριώτη,* Απαγόρευση του καπνίσματος στους εργασιακούς χώρους, ΔΕπΕτ, τ. 1/2003, σ.11.

[3]Για προγενέστερο καθεστώς, βλ. ΣτΕ 4171/2012, Αρμ., 2013, σ. 1552, σημείωμα *Α. Καϊδατζή* και ΔιΔικ, 2013, σ. 372, *παρατήρηση Κ. Σαμαρτζή*: *«Η απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος στα καταστήματα υγειονομικού ενδιαφέροντος συνιστά περιορισμό στην ελευθερία των ανθρώπων που επιλέγουν να καπνίζουν (ανεξαρτήτως του ότι το δικαίωμα στο κάπνισμα δεν περιλαμβάνεται στις εκφάνσεις της ιδιωτικής ζωής που τυγχάνουν συνταγματικής προστασίας) και στην ελευθερία άσκησης του επαγγέλματος των ιδιοκτητών των εν λόγω καταστημάτων. Όμως, η απαγόρευση αυτή, συνιστά θεμιτό περιορισμό της ελευθερίας εν γένει και της επαγγελματικής ελευθερίας των ιδιοκτητών των ανωτέρω καταστημάτων ειδικότερα και δεν αντίκειται στο άρθρο 5 παρ. 1 Συντ., καθόσον στηρίζεται στη διάταξη του άρθρου 21 παρ. 3 Συντ., από την οποία γεννάται ευθεία υποχρέωση του Κράτους με τη λήψη θετικών μέτρων για την προστασία της υγείας των πολιτών και, περαιτέρω, δικαιολογείται από την ανάγκη προστασίας του συστήματος της κοινωνικής ασφάλισης των πολιτών, που κατοχυρώνεται από τη διάταξη του άρθρου 22 παρ. 5 του Συντάγματος, από τις δαπάνες στις οποίες θα υποβληθεί για την αντιμετώπιση των ασθενειών που προκαλούνται από το κάπνισμα».*

[4]Βλ. *Π. Παπαρρηγοπούλου - Πεχλιβανίδη*, Το Δημόσιο Δίκαιο της Υγείας (Θεμελιώδεις έννοιες - Οργάνωση των δημόσιων υπηρεσιών υγείας - Δικαιώματα του χρήστη των υπηρεσιών υγείας), Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 301.

[5]Για την απαγόρευση του καπνίσματος σε δημόσιους χώρους, με βάση προγενέστερο καθεστώς βλ. ΣτΕ 4171/2012, ΕφημΔΔ 2013, σ. 182, σχόλιο *Γ. Καραβοκύρη*: «*Η ρυθμιστική αυτή επέμβαση του νομοθέτη δικαιολογείται και από την ανάγκη της προστασίας και της μη περαιτέρω επιβαρύνσεως του συστήματος της κοινωνικής ασφαλίσεως των πολιτών, το οποίο κατοχυρώνεται από τη διάταξη του άρθρου 22 παρ. 5 του Συντάγματος, από τις δαπάνες που θα υποβληθεί αυτό για την αντιμετώπιση των ασθενειών που προκαλούνται από το κάπνισμα, δεδομένου ότι, όπως αναφερόταν στο (τότε) Εθνικό Σχέδιο Δράσης για το κάπνισμα (2008 - 2012),*

Σε ευρωπαϊκό ενωσιακό επίπεδο, σύμφωνα με την πιο πρόσφατη έρευνα της Επιτροπής που πραγματοποιήθηκε εν έτει 2017, παρατηρήθηκαν σημαντικές διακυμάνσεις μεταξύ των κρατών μελών, αναφορικά με την αναλογία των καπνιστών και της αντίστοιχης έκθεσης των πολιτών στον προερχόμενο από την καύση τσιγάρου καπνό, με την Ελλάδα να καταλαμβάνει την υψηλότερη θέση και το Βασίλειο της Σουηδίας τη χαμηλότερη[6]. Οι διαφοροποιήσεις τούτες, άρρηκτα συνδεδεμένες με τις αλλότροπες καταναλωτικές συνήθειες των Ευρωπαίων πολιτών, θα μπορούσε να ειπωθεί ότι αποτελούν απότοκο των διαφορετικών αντικαπνιστικών μέτρων σε εθνικό επίπεδο, ως προς το εύρος και το πεδίο εφαρμογής τους, συνεπεία της έλλειψης δεσμευτικών κανόνων στη φαρέτρα του ενωσιακού δικαίου αναφορικά με «το περιβάλλον χωρίς καπνό», ήτοι αναφορικά με την προστασία από τις τοξικές αναθυμιάσεις που έχουν παραμείνει στον αέρα ή σε γύρω αντικείμενα, αφού έχει καπνιστεί ένα τσιγάρο.

Συνεπώς, αντικείμενο της εισηγήσεως τούτης θα αποτελέσει η σύνδεση της περιορισμένης αρμοδιότητας του ενωσιακού νομοθέτη να προβεί στη θέσπιση συγκεκριμένων «ελάχιστων κανόνων», ως μέτρων προστασίας από το παθητικό κάπνισμα, με την αντίστοιχη επιλογή του Έλληνα νομοθέτη να εισαγάγει αντικαπνιστικές ρυθμίσεις με αυστηρό περιεχόμενο.

2. Προστασία από το περιβαλλοντικό, δευτερογενές ή παθητικό κάπνισμα: Ο πιο αδύναμος κρίκος της ενωσιακής πολιτικής κατά του καπνού

Η ευρωπαϊκή ενωσιακή πολιτική και, κυρίως, η στρατηγική ελέγχου του καπνού και της κατανάλωσής του (tobacco control policy) ερείδεται στην ήδη από τα τέλη της δεκαετίας του ’80 λήψη μέτρων για τη μείωση ή τουλάχιστον τον περιορισμό της χρήσης καπνικών και συναφών με τούτων προϊόντων[7], στην πληροφόρηση του ανομοιογενούς ευρωπαϊκού ενωσιακού καταναλωτικού κοινού για τις επιβλαβείς συνέπειες του καπνίσματος, μέσω ενημερωτικών εκστρατειών[8], καθώς και στη συνεργασία με διεθνείς οργανισμούς, όπως τον

σύμφωνα με στατιστικά στοιχεία του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας, 3,5 εκατομμύρια θάνατοι ετησίως σε παγκόσμιο επίπεδο οφείλονται στο κάπνισμα, ενώ στο ίδιο σχέδιο επισημαίνονται οι κίνδυνοι που εγκυμονεί το παθητικό κάπνισμα για την υγεία των πολιτών. Περαιτέρω, ο ρηθείς περιορισμός δεν είναι από τη φύση του προφανώς ακατάλληλος για την επίτευξη του προαναφερθέντος σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ενώ δεν βαίνει πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την εξυπηρέτηση του σκοπού αυτού. Πράγματι, εκ της κτηθείσης εμπειρίας από την εφαρμογή του προηγουμένου νομοθετικού καθεστώτος (Ν. 3730/2008), με το οποίο εθεσπίζοντο εξαιρέσεις από την απαγόρευση του καπνίσματος στους κλειστούς χώρους των καταστημάτων υγειονομικού ενδιαφέροντος καταδεικνύεται ότι ο ανωτέρω περιορισμός κινείται εντός των ορίων που χαράσσει η συνταγματική αρχή της αναλογικότητος». Προσέτι, σχόλια για την εν λόγω απόφαση βλ. σε ΘΠΔΔ, τ. 11/2012, σ. 908, παρατήρηση *Σπ. Βλαχόπουλου, Τ. Προυσανίδη*.

[6]Βλ. Special Eurobarometer 458 - Wave EB87.1 - TNS opinion & social, Report, Attitudes of Europeans towards tobacco and electronic cigarettes, March 2017, p. 8 - 9.

[7]Ψήφισμα του Συμβουλίου της 7ης Ιουλίου 1986, σχετικά με το πρόγραμμα δράσης των τότε Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά του καρκίνου, σύμφωνα με το οποίο, τα μέτρα που θα έπρεπε να λάβει η τότε Κοινότητα για τον περιορισμό ή τη μείωση της καταναλώσεως καπνού, θα έπρεπε να στηρίζονται στην κτηθείσα πρακτική πείρα στα διάφορα κράτη μέλη, συμβάλλοντας στην ενίσχυση της αποτελεσματικότητας των εθνικών προγραμμάτων, ΕΕ αριθ. C 184, της 23ης -7ης -1986, σ. 19. Επιπλέον, όλως ενδεικτικά οι οδηγίες 89/552/ΕΟΚ, 89/622/ΕΟΚ, 90/239/ΕΟΚ, 92/41/ΕΟΚ, 2011/64/ΕΕ, 2014/40/ΕΕ.

[8]Η εκστρατεία «HELP - Για μια ζωή χωρίς τσιγάρο» που ξεκίνησε το Μάρτιο του 2005, αποτέλεσε μια από τις μεγαλύτερες δραστηριότητες που οργάνωσε η Ένωση, απευθυνόμενη, ιδίως, στους νέους, αρχικά, μέσω διαφημιστικών τηλεοπτικών σποτ, κι εν συνεχεία μέσω ιστότοπου με περιεχόμενο διαθέσιμο σε είκοσι δυο (22) γλώσσες, ΜΕΜΟ /05/68, Βρυξέλλες, Τρίτη 1η Μαρτίου 2005, IP/06/396, Βρυξέλλες, 29 Μαρτίου 2006.

Παγκόσμιο Οργανισμό Υγείας[9] (εφεξής: ΠΟΥ[10]). Εν σχέσει, ωστόσο, ειδικά με το «περιβάλλον χωρίς καπνό», το μόνο ενωσιακό κείμενο και μάλιστα με μη δεσμευτική ισχύ[11] που εντοπίζουμε είναι αυτό του Συμβουλίου Σύστασης της 30ής Νοεμβρίου του 2009, το οποίο λειτούργησε ως μια πρόσκληση έναντι των κρατών μελών στην, inter alia, έγκριση κι εφαρμογή νομοθετικών διατάξεων με περιεχόμενο την πλήρη προστασία των πολιτών τους από την έκθεσή τους στον καπνό σε κλειστούς δημόσιους χώρους, στους χώρους εργασίας και στα δημόσια μεταφορικά μέσα, εντός τριών ετών από την έκδοση της εν λόγω σύστασης[12]. Τούτο εν τοις πράγμασι σήμαινε ότι η μη δεσμευτική ισχύς της σύστασης δεν άσκησε σημαντική επιρροή στην εφαρμογή της, οπότε και δε διασφαλίστηκε ένα στοιχειώδες όριο προστασίας της υγείας των πολιτών της Ένωσης έναντι της έκθεσής τους στον προερχόμενο από την καύση τσιγάρων κι εν γένει την κατανάλωση καπνικών προϊόντων καπνό.

Το έλλειμμα τούτο μπορεί να εντοπιστεί, καταρχήν, στο γεγονός ότι η δημόσια υγεία ως τομέας ενωσιακού ενδιαφέροντος, εν πρώτοις, αναφερόταν ως εμπίπτουσα στους τομείς γενικότερης δράσης της ΕΕ[13] και δη, ως εξαίρεση των διατάξεων περί οικονομικών ελευθεριών[14], ενώ μετά και την έναρξη ισχύος της Συνθήκης της Λισαβόνας, υπάγεται στη συντρέχουσα αρμοδιότητα της Ένωσης, κατόπιν διεύρυνσης της ενωσιακής ύλης, βάσει των ειδικών νομοθετικών εξουσιοδοτήσεων στις περί οικονομικών ελευθεριών διατάξεις και των γενικών διατάξεων των άρθρων 114 και 115 της ΣΛΕΕ, καθώς και της συμβολής του ΔΕΕ[15].

Από τη σκοπιά της περιορισμένης, λοιπόν, αρμοδιότητας των οργάνων της Ένωσης για τη ρύθμιση θεμάτων προστασίας και βελτίωσης της ανθρώπινης υγείας, τούτη αναλαμβάνει δράσεις μόνον για να υποστηρίζει, να συντονίζει ή να συμπληρώνει τη δράση των κρατών μελών (άρθρο 6, περ. α της ΣΛΕΕ), αποκλειόμενης οιασδήποτε εναρμόνισης των νομοθετικών και κανονιστικών διατάξεων των κρατών μελών (άρθρο 168, παράγραφος 5 της ΣΛΕΕ). Δοθέντος, ωστόσο, ότι η κατανάλωση καπνού αποτελεί και πτυχή οικονομικής δραστηριότητας, το άρθρου 114 της ΣΛΕΕ, επιτρέπει στα όργανα της Ένωσης να νομοθετούν για τη δημόσια υγεία, έμμεσα, μέσω της θέσπισης μέτρων εναρμόνισης που έχουν ως αντικείμενο την εγκαθίδρυση και λειτουργία της εσωτερικής αγοράς (άρθρο 114 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ), τα οποία (μέτρα) δε θα εμποδίσουν τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες ή δε

[9]Η σύμβαση - πλαίσιο του ΠΟΥ για τον έλεγχο του καπνού υπογράφηκε στη Γενεύη, στις 21-5ου-2003 (εφεξής: ΣΠΕΚ), από τις διατάξεις της οποίας δεσμεύονται τόσο η Ένωση, όσο και τα κράτη μέλη της. Ιδιαίτερη σημασία έχουν οι διατάξεις της ΣΠΕΚ για τη ρύθμιση του περιεχομένου, της γνωστοποίησης πληροφοριών, της συσκευασίας κι επισήμανσης, καθώς και της διαφήμισης και του παράνομο εμπορίου των προϊόντων καπνού. Κατά τις διάφορες διασκέψεις, τα συμβαλλόμενα μέρη της ΣΠΕΚ, συμπεριλαμβανομένων της Ένωσης και των κρατών μελών της, υιοθέτησαν με συναίνεση ένα σύνολο κατευθυντήριων γραμμών για την εφαρμογή της (βλ. και παράγραφο 7 της οδηγίας 2014/40/ΕΕ).

[10]Σε εθνικό επίπεδο, κυρώθηκε με τη διαδικασία του άρθρου 28 παρ. 1 του Συντάγματος με το άρθρο πρώτο του Ν.3420/2005, αποκτήσασα αυξημένη τυπική ισχύ έναντι κάθε αντίθετης διάταξης της εσωτερικής νομοθεσίας.

[11]Κατ΄ άρθρο 288, παρ. 5 της ΣΛΕΕ, οι συστάσεις και οι γνώμες δεν έχουν δεσμευτική ισχύ. Βλ. σχετικά και *Γ. Κυριακόπουλος, Α. Μπρεδήμας,* Δίκαιο Διεθνών Οργανισμών, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σ. 213.

[12]Περί προστασίας από την έκθεση στον καπνό, βλ και άρθρο 8 της σύμβασης - πλαισίου του ΠΟΥ για τον έλεγχο του καπνού.

[13]Το άρθρο 152, παρ.1 της ΣΕΚ επιβάλλει υψηλό επίπεδο προστασίας της ανθρώπινης υγείας, στο πλαίσιο του καθορισμού και της εφαρμογής όλων των κοινοτικών πολιτικών και δράσεων. Με τη συνθήκη της Λισαβόνας, της 13ης Δεκέμβρη 2007, το άρθρο τούτο αντιστοιχεί στο άρθρο 168 της ΣΛΕΕ. Βλ. σχετικά και *Π. Τσαντίλας*, «Το δικαίωμα στην προστασία της υγείας», στο Θεμελιώδη δικαιώματα, επιμ. *Βλαχόπουλος Σπ.*, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ. 507.

[14]Βλ. *Σ. Μπαρούτης*, Συστήματα υγείας και υγεία στην Ευρωπαϊκή Ένωση, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2010.

[15]ΔΕΚ C-376/98, Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας κατά Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου της ΕΕ, 5-10-2004, ECLI:EU:C:2000:544, Συλλογή 2000, σ. I-8419, ΔΕΕ C-301/06, Ιρλανδία κατά Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και Συμβουλίου της ΕΕ, ECLI:EU:C:2009:68, Συλλογή 2009, σ. I-593.

θα προκαλέσουν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, οπότε και δε θα έχουν άμεση επίπτωση στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.

Τούτο κατ' ουσία σημαίνει ότι η θέσπιση οποιουδήποτε ενωσιακού μέτρου αφορούντος στην προστασία της δημόσιας υγείας από την κατανάλωση καπνού, θα πρέπει να συνδέεται με την επίτευξη του στόχου της βελτίωσης της λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς. Η λογική αυτή μπορεί να εξηγήσει τα κενά που συναντά κάποιος στην τρέχουσα πολιτική της ΕΕ κατά του καπνίσματος, ιδίως, σε ό, τι αφορά στο «περιβάλλον χωρίς καπνό», καθώς η υποχρεωτική πλήρης απαγόρευση του καπνίσματος σε ολόκληρη την ΕΕ σε υγειονομικούς χώρους, σε κέντρα διασκέδασης κτλ, θα λειτουργούσε ως ανάχωμα στην είσοδο καπνικών και συναφών με τούτων προϊόντων στην αγορά του εκάστοτε κράτους μέλους, λειτουργώντας συνακόλουθα επιζήμια για τη λειτουργία της ενωσιακής αγοράς, ενώ η διαπίστωση των τρεχουσών διαφορών σε εθνικό επίπεδο, ως στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, θα ήταν εξαιρετικά δυσδιάκριτη.

3.Περιβάλλον χωρίς καπνό: Η ελληνική περίπτωση

Η πρόσφατη επιλογή του Έλληνα νομοθέτη να απαγορεύσει απολύτως τη δραστηριότητα του καπνίσματος, ως αναφέρθηκε εισαγωγικά, μολονότι δεν υπήρχε σχετική υποχρέωση συμμόρφωσης προς τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου[16], αποτελεί έκφραση εθνικής προτίμησης με κοινωνικολιτικό χαρακτήρα και πυξίδα την ουσιαστική προστασία του δημόσιου αγαθού της υγείας, κυρίως, των μη καπνιστών. Μολονότι εξακολουθούν να υφίστανται κράτη μέλη που έχουν επιλέξει τη μερική απαγόρευση του καπνίσματος, με δυνατότητα ύπαρξης εσωτερικών χώρων αποκλειστικά για καπνιστές, η ελληνική επιλογή ήρθε να καλύψει το κενό που δε μπορούσε να καλύψει ο ενωσιακός νομοθέτης. Έτσι, σε μια Ένωση που προάγει μεν την ελεύθερη κυκλοφορία των προσώπων, δεν παρέχει, εντούτοις, στοιχειώδη προστασία κατά του παθητικού καπνίσματος, η Ελλάδα κατατάσσεται πλέον μεταξύ των κρατών μελών της με ισχυρή αντικαπνιστική νομοθεσία.

4.Καταληκτικές σκέψεις

Συνελόντι ειπείν, οι νέες αντικαπνιστικές διατάξεις δίδουν το εναρκτήριο λάκτισμα της ουσιαστικής βελτίωσης της προστασίας της δημόσιας υγείας, ιδίως, των μη καπνιστών, όταν οι λοιποί πολίτες της Ένωσης δεν απολαύουν ομοιόμορφης προστασίας από το παθητικό κάπνισμα. Τούτη η ανομοιομορφία οφείλεται, ως διαπιστώθηκε, στην απουσία δεσμευτικών μέτρων σε ενωσιακό επίπεδο, συνεπεία της συντρέχουσας κι άρα περιορισμένης αρμοδιότητας των οργάνων της Ένωσης στον τομέα της δημόσιας υγείας. Σε εθνικό επίπεδο, αυτό που αναμένεται να διαπιστωθεί είναι η σύννομη εφαρμογής τους, ώστε να επιβεβαιωθεί ότι ο Έλληνας νομοθέτης κατάφερε πράγματι να καλύψει το κενό που άφησε ο ενωσιακός.

[16]Βλ. και ΣτΕ 551/2019, σκέψη 8, σύμφωνα με την οποία, ο νομοθέτης, συμμορφούμενος προς τις επιταγές της ανωτέρω Διεθνούς Συμβάσεως (ΠΟΥ), είχε την ευχέρεια να επιλέξει μεταξύ πλειόνων εναλλακτικών μέτρων, πρόσφορων για την επίτευξη του σκοπού αυτού, τα οποία συμπεριλαμβάνουν μεν την συνταγματικώς ανεκτή (βλ. ΣτΕ 4172/2012) απόλυτη απαγόρευση του καπνίσματος στους κλειστούς ή στεγασμένους χώρους των καταστημάτων υγειονομικού ενδιαφέροντος, δεν αποκλείουν, όμως, άλλα, λιγότερο περιοριστικά της ελευθερίας των καπνιστών μέτρα.

Οι Αρχές που διέπουν την Ένορκη Διοικητική Εξέταση σύμφωνα με τη Νομολογία των ΔΔ[1]

Γραμματική Μαλαματά, Υπ. Διδάκτωρ Νομικής, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου, ΜΔΕ Ιδιωτικού δικαίου

1. Αντί προλόγου[2]

Το πειθαρχικό δίκαιο είναι ο κλάδος του υπαλληλικού δικαίου που περιέχει τους κυρωτικούς και δικονομικούς κανόνες για τον έλεγχο των πειθαρχικών παραπτωμάτων των υπαλλήλων. Η αρχική του σύλληψη και θεώρηση έτεινε, πρωτίστως, στη θεραπεία των αναγκών της δημόσιας υπηρεσίας (υπεροχή δημοσίου συμφέροντος) ενώ η ιστορική του εξέλιξη και διαδρομή τείνει πλέον στην αντιμετώπιση του πειθαρχικού δικαίου, ως του δικαίου εκείνου, το οποίο κατοχυρώνει τα ατομικά δικαιώματα των δημοσίων υπαλλήλων. Η ειδική σχέση εξουσίας στην οποία βρίσκεται ο δημόσιος υπάλληλος απέναντι στη Διοίκηση δικαιολογεί την πρόταξη του δημοσίου συμφέροντος έναντι θεμελιωδών δικαιωμάτων και ενδεχομένως δικαιολογεί και τη διστακτική στάση του ακυρωτικού δικαστού κατά την επίκληση των σχετικών προστατευμένων διατάξεων της ΕΣΔΑ.[3]

Αναμφίλεκτα το πειθαρχικό δίκαιο παρουσιάζει μια έντονη εσωστρέφεια και εσωτερικότητα, δεδομένου ότι αφορά στα «interna corporis» της Διοικήσεως. Η ορθή αξιολόγηση του πειθαρχικού δικαίου και των δογματικών του προβλημάτων, προϋποθέτει σαφώς μια γνώση και εγγύτητα κάθε φιλόδοξου ερευνητή προς την Διοίκηση, προκειμένου να εξασφαλιστεί από τον κίνδυνο προσωπικών και αυθαίρετων εκτιμήσεων[4] σχετικά με ποικίλα φαινόμενα που εμφανίζονται στο χώρο της ενεργού Διοίκησης. Το πειθαρχικό όργανο, διαθέτει διττό ρόλο καθώς πρέπει να λειτουργεί ταυτόχρονα ως εγγυητής του δημοσίου συμφέροντος και των ατομικών δικαιωμάτων των δημοσίων υπαλλήλων, που σε κάθε πειθαρχική δίκη, τελούν σε μια συγκρουσιακή κατάσταση, με τα συμφέροντα της δημόσιας υπηρεσίας που πλήττονται από την τέλεση πειθαρχικών παραπτωμάτων.[5] Περαιτέρω σε δικαιοδοτικό επίπεδο ο διοικητικός δικαστής πρέπει να βρίσκεται σε συνεχή διάλογο με τον ποινικό δικαστή καθώς η πορεία της ποινικής δίκης τον δεσμεύει υπό προϋποθέσεις. Ακόλουθα η δικανική κρίση επί διοικητικών ζητημάτων πρέπει να συνοδεύεται και από ερμηνεία ποινικών διατάξεων.

Αξίζει δε να σημειωθεί πως συντριπτικό κομμάτι της διοίκησης δεν αντιλαμβάνεται τις αρχές του πειθαρχικού δικαίου και τη θέση της Ένορκης Διοικητικής Εξέτασης (εφεξής Ε.Δ.Ε) στη πειθαρχική διαδικασία και κυρίως το γεγονός ότι δεν συνιστά έναρξης πειθαρχικής δίωξης αλλά τη θεμέλιο λίθο στην επερχόμενη δίωξη και για τον λόγο αυτό είναι ιδιαίτερα σημαντική η τήρηση του τύπου της. Η Ε.Δ.Ε δίνει μεγάλη ευχέρεια στη Διοίκηση να διαλευκάνει πλήρως τη διάπραξη ή μη πειθαρχικού παραπτώματος αλλά και τον βαθμό ενοχής του πειθαρχικώς

---

[1] Η παρούσα εισήγηση φιλοδοξεί να αποτελέσει ένα ελάχιστο αντίδωρο στον εμπνευστή και εμψυχωτή αυτής, Καθηγητή της εισηγήτριας αλλά και απάντων των μαθητών στο ΔΠΘ, κ. Χρήστο Δετσαρίδη.

[2] Βλ Πλάτωνος-Πολιτεία, Ενότητα 13η (519d-520a) όταν οι πολίτες πειθαρχούν στους νόμους, η πατρίδα γίνεται ευδαίμων και ισχυρή.

[3] Πρβλ Σ. Κτιστάκη «Δημοσιοϋπαλληλικό Δίκαιο και Ευρωπαϊκή σύμβαση των δικαιωμάτων του ανθρώπου» Εκδόσεις Σάκκουλα 2004-Δημοσιοϋπαλληλικό καθεστώς και κρατική κυριαρχία στα πλαίσια της ΕΣΔΑ- σελ 102.

[4] «Nemo autem regere potest nisi qui et regi», (κανείς δεν μπορεί να διοικήσει αν δεν μπορεί να τον διοικήσουν) Lucius Anneus Seneca, 4 π.Χ. - 65 μ.χ.

[5] Βλ Τάχο, Α. και Συμεωνίδη Ι., Ερμηνεία υπαλληλικού κώδικα, σελ. 1189, Εκδόσεις Σάκκουλα Α.Ε. 2007.

διωκομένου, μιας και μπορεί με μάρτυρες ή την ευχέρεια αυτοψίας ή πραγματογνωμοσύνης να εξετάσει τα πραγματικά περιστατικά. Κομβικό επίσης είναι ότι είναι μυστική και δύναται να επεκταθεί και στην έρευνα άλλων παραπτωμάτων.

Η Ε.Δ.Ε διαπνέεται από αρχές που αφενός την χαρακτηρίζουν ρητά με νομοθετική και υπερνομοθετική έδραση όπως η αρχή της μυστικότητας και της αμεροληψίας του πειθαρχικού οργάνου, της σιωπής και της συναφούς αρχής της μη αυτοενοχοποίησης, αλλά και από την συνταγματικής έδρασης αρχή της προηγούμενης ακρόασης ίσως δε και από την αρχή του estoppel ως σκέψη ενδεχομένως και νομικού ακροβατισμού της εισηγήτριας. Οι ως άνω αρχές είναι τόσο βαρύνουσας σημασίας που στηρίζουν τα δικαιώματα του μετέπειτα πειθαρχικού διωκόμενου αν λαμβάνουν χώρα στο πρώτο διοικητικό στάδιο.

2. εν αρχή το άρθρο 126 του Υπαλληλικού Κώδικα (ν. 3528/2007), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

Σύμφωνα με το ως άνω άρθρο: «1. *Ένορκη διοικητική εξέταση (Ε.Δ.Ε.) ενεργείται κάθε φορά που η υπηρεσία έχει σοβαρές υπόνοιες*[6] *ή σαφείς ενδείξεις για τη διάπραξη πειθαρχικού παραπτώματος.*[7] *Η εξέταση*[8] *αυτή αποσκοπεί στη συλλογή στοιχείων*[9] *για τη διαπίστωση της τέλεσης πειθαρχικού παραπτώματος και τον προσδιορισμό των προσώπων που τυχόν ευθύνονται, καθώς και στη διερεύνηση των συνθηκών κάτω από τις οποίες αυτό έχει τελεστεί.*[10] *Η ένορκη διοικητική εξέταση δεν συνιστά έναρξη πειθαρχικής δίωξης.*[11]*2. Η ένορκη διοικητική εξέταση διατάσσεται από οποιονδήποτε πειθαρχικώς προϊστάμενο και ενεργείται από μόνιμο υπάλληλο με βαθμό τουλάχιστον Γ` του ίδιου Υπουργείου ή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου και σε καμία περίπτωση κατώτερου βαθμού εκείνου στον οποίο αποδίδεται η πράξη. Η ενέργεια της ένορκης διοικητικής εξέτασης μπορεί να ανατίθεται και σε μόνιμο δημόσιο υπάλληλο τουλάχιστον με βαθμό Γ άλλου Υπουργείου ή, προκειμένου για νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, του Υπουργείου που το εποπτεύει. Η ένορκη διοικητική εξέταση περατώνεται εντός δύο (2) μηνών από την ημερομηνία που κοινοποιήθηκε στον υπάλληλο η απόφαση ανάθεσης διεξαγωγής της. Ο υπάλληλος, ο οποίος διεξάγει την ένορκη διοικητική εξέταση, μπορεί να ζητήσει, με πλήρως αιτιολογημένη αίτηση του, παράταση της προθεσμίας αυτής έως ένα μήνα. Αν ο υπάλληλος, στον οποίο αποδίδεται η διάπραξη του πειθαρχικού παραπτώματος, είναι προϊστάμενος οργανικής μονάδας οποιουδήποτε επιπέδου, η εντολή για διενέργεια ένορκης διοικητικής εξέτασης ανατίθεται σε προϊστάμενο τουλάχιστον ίδιου επιπέδου οργανικής μονάδας.3. Κατά την εξέταση του υπαλλήλου, στον οποίο αποδίδεται η διάπραξη πειθαρχικού παραπτώματος, εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις των άρθρων 130 παράγραφος 3 και 132 του παρόντος. 4. Η ένορκη διοικητική εξέταση ολοκληρώνεται με την υποβολή αιτιολογημένης έκθεσης του υπαλλήλου που την ενεργεί.*[12] *Η έκθεση αυτή υποβάλλεται, με όλα τα στοιχεία που*

---

[6]Βλ ΣτΕ 1218/2015 και 3421/2015.

[7]Βλ ΣτΕ 493/2019.

[8]Κατά πάγια αρχή Ε.Δ.Ε κατά την οποία οι μάρτυρες εξετάσθηκαν ανωμοτί δεν συνιστά «ανάκριση» ΣτΕ 3972/1992 αλλά προανάκριση ΣτΕ 2565/85 2210/1992 ενώ διενέργεια ΕΔΕ τηρουμένων κατ΄αρχήν των νομίμων αυτής προϋποθέσεων (με όρκο εξέταση μαρτύρων κλήση σε απολογία του διωκομένου μπορεί να καταστεί ισοδύναμη με «ανάκριση

[9]Δύναται να διακριθεί σε προσωπική (personal), που αφορά τη συμπεριφορά και τη διάπραξη πειθαρχικού παραπτώματος ενός συγκεκριμένου υπαλλήλου, ομαδικές (in rem), αν η έρευνα αφορά τη συμπεριφορά πολλών υπαλλήλων που αποτελούν στελέχη κάποιου γραφείου ή τμήματος και που υπάρχουν αποχρώσες ενδείξεις ή καταγγελίες ότι ολιγώρησαν στην εξετέλεση του υπηρεσιακού καθήκοντος ή παρουσίασαν αυτή με παραλείψεις οφειλόμενων ενεργειών.

[10]Βλ. ΣτΕ 1264/2014 και ειδικότερα ότι η Ε.Δ.Ε η οποία και δεν συνιστά έναρξη πειθαρχικής διαδικασίας είναι ανεξάρτητη από την τυχόν ποινική διερεύνηση της υπόθεσης.

[11]Βλ ΣτΕ 1218/2015

[12]Βλ. ΣτΕ 78/1999 για το αν θεωρείται ή όχι η ΕΔΕ ανάκριση ως λόγος για να μην είναι απαραίτητη η πειθαρχική ανάκριση Συνεπώς και "ένορκη διοικητική εξέταση" ή "ένορκη διοικητική έρευνα" ή άλλη έρευνα με διαφορετικό

συγκεντρώθηκαν, στον πειθαρχικώς προϊστάμενο ο οποίος διέταξε τη διενέργεια της εξέτασης. Εφόσον με την έκθεση διαπιστώνεται η διάπραξη πειθαρχικού παραπτώματος από συγκεκριμένο υπάλληλο, ο πειθαρχικώς προϊστάμενος υποχρεούται να ασκήσει πειθαρχική δίωξη.5. Διατάξεις που προβλέπουν τη διενέργεια ένορκων διοικητικών εξετάσεων οποιασδήποτε μορφής από ειδικά όργανα δεν θίγονται. 6. Οι διατάξεις των παραγράφων 5, 7 και 8 του άρθρου 127, καθώς και οι διατάξεις των άρθρων 129 και 131 του παρόντος, εφαρμόζονται αναλόγως.»[13]

3. Η αρχή της μυστικότητας

Η Ε.Δ.Ε. αποτελεί ανακριτική μέθοδο μεταξύ της προκαταρκτικής εξέτασης[14] και της πειθαρχικής ανάκρισης[15]με την οποία διευκολύνεται η Διοίκηση για τον εντοπισμό τυχόν παραπτωμάτων και υπευθύνων ώστε στη συνέχεια να κινηθεί αν κρίνεται σκόπιμο, η πειθαρχική διαδικασία.[16]Με αυτήν διασφαλίζεται και το υπηρεσιακό κύρος, αλλά και η προσωπικότητα του υπαλλήλου από αβάσιμες και αναπόδεικτες κατηγορίες[17]. Η Ε.Δ.Ε., όπως και η ανάκριση[18]είναι μυστική, υπό την έννοια ότι εάν κατ' ακολουθίαν διενεργηθείσας Ε.Δ.Ε. ασκηθεί πειθαρχική αγωγή, δικαίωμα προς γνώση του φακέλου έχει μόνο ο διωκόμενος υπάλληλος και εφόσον *έχει* ολοκληρωθεί η σχετική διαδικασία και έχει αυτός[19]κληθεί σε απολογία.[20]

Ακόλουθα ότι η Ε.Δ.Ε. είναι μυστική συνδέεται άρρηκτα με την πρόοδο και εξέλιξη της πειθαρχικής διαδικασίας. Ως εκ τούτου η μυστικότητα της ΕΔΕ δεν αίρεται με την υποβολή της σχετικής έκθεσης από εκείνον, ο οποίος τη διενεργεί, αλλά η διατήρησή της *συνάπτεται* με

τίτλο είναι δυνατό να χαρακτηρισθεί ως "ανάκριση" και να δικαιολογήσει την κρίση του πειθαρχικού συμβουλίου περί μη διενεργείας ανακρίσεως κατά την διαδικασία ενώπιον αυτού, εφ' όσον η εξέταση αυτή, ανεξάρτητα από την ονομασία της, πληροί τους παραπάνω τυπικούς και ουσιαστικούς όρους της ανακρίσεως. Εξ άλλου, η ειδική κρίση του πειθαρχικού συμβουλίου για την επάρκεια της ανακρίσεως, που τυχόν προηγήθηκε, δεν απαιτείται να περιβάλλεται ορισμένη πανηγυρική διατύπωση στο σώμα της πειθαρχικής αποφάσεως ή σε άλλη αυτοτελή πράξη του πειθαρχικού συμβουλίου, αλλά αρκεί να προκύπτει από το περιεχόμενο της αποφάσεως ότι το πειθαρχικό συμβούλιο κατέληξε ενσυνείδητα στο συμπέρασμα ότι το αποδεικτικό υλικό που συγκεντρώθηκε από "ανάκριση" με την παραπάνω έννοια είναι επαρκές και διαλευκαίνει απόλυτα το πραγματικό μέρος της υποθέσεως και ότι για τον λόγο αυτό δεν απαιτείται να διενεργηθεί νέα ανάκριση ενώπιόν του (ΣτΕ 1864/1985 Ολομ., 110/1993, 2744/1994 κ.α.). Ακόλουθα Βλ. Μαλαματά Γ. διπλωματική εργασία με θέμα «πειθαρχικό δίκαιο-πειθαρχική δίωξη» σελ 62. «Ως ανάκριση είναι μόνο εκείνη, η οποία πέραν της ένορκης διεξαγωγής της στρέφεται κατά ορισμένου υπαλλήλου, αφορά συγκεκριμένη πειθαρχική κατηγορία, διεξάγεται με συγκεκριμένη διαδικασία και τύπους είτε ενώπιον του πειθαρχικού Συμβουλίου, είτε ενώπιον μονομελούς δικαιοδοσίας κατά την άσκηση της αρμοδιότητάς της, γίνεται είτε μετά την έναρξη της πειθαρχικής δίωξης δια της κλήσεως σε απολογία, είτε πριν τη έναρξη της πειθαρχικής δίωξης αλλά σε συνέχεια διεξαχθείσης προανάκρισης από την οποία προέκυψε η διάπραξη πειθαρχικού παραπτώματος, το οποίο έχρηζε περαιτέρω έρευνα σε αυτό το στάδιο.

[13]Το άρθρο 126 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο δεύτερο του Ν. 4057/2012 (ΦΕΚ Α΄54 14.3.2012).Βλ. και άρθρο έβδομο "Μεταβατικές διατάξεις" του αυτού νόμου.

[14]Βλ. άρθρο 125 του ν. 3528/2007 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

[15]Βλ άρθρο 127 του ν. 3528/2007 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

[16]Μεταξύ άλλων βλ Γ. Ν Ναυπλιώτη «πειθαρχικό δίκαιο» εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα σελ. 258.

[17]Βλ Α. Τάχο, «Ερμηνεία Υ.Κ.» 1999, υπό άρθρο 127, σελ. 871 επ.

[18]Ως ανάκριση είναι μόνο εκείνη, η οποία πέραν της ένορκης διεξαγωγής της στρέφεται κατά ορισμένου υπαλλήλου, αφορά συγκεκριμένη πειθαρχική κατηγορία, διεξάγεται με συγκεκριμένη διαδικασία και τύπους είτε ενώπιον του πειθαρχικού Συμβουλίου, είτε ενώπιον μονομελούς δικαιοδοσίας κατά την άσκηση της αρμοδιότητάς της, γίνεται είτε μετά την έναρξη της πειθαρχικής δίωξης δια της κλήσεως σε απολογία, είτε πριν τη έναρξη της πειθαρχικής δίωξης αλλά σε συνέχεια διεξαχθείσης προανάκρισης από την οποία προέκυψε η διάπραξη πειθαρχικού παραπτώματος, το οποίο έχρηζε περαιτέρω έρευνα σε αυτό το στάδιο.

[19]Εάν, με βάση της έκθεση αυτή, ασκηθεί πειθαρχική δίωξη, τότε ο πειθαρχικώς διωκόμενος μπορεί να αποκτήσει πρόσβαση στα στοιχεία της ΕΔΕ πριν την υποβολή της απολογίας του, κατά τη ρητή πρόβλεψη της παραγράφου 3 του άρθρου 135 του ν. 3528/2007.

[20]Βλ και Γνωμ. Ν.Σ.Κ. 610/1999, 178/2000, 221/2007.

το εάν θα ασκηθεί συναφώς πειθαρχική *δίωξη* κατά των υπαλλήλων εκείνων που η σχετική έκθεση της ΕΔΕ αποδίδει τυχόν πειθαρχικές ευθύνες.

Κατά το ενδιάμεσο διάστημα που οριοθετείται μεταξύ της υποβολής της αιτιολογημένης έκθεσης της ΕΔΕ με όλα τα στοιχεία που συγκεντρώθηκαν από τον υπάλληλο που τη διενήργησε στον πειθαρχικώς προϊστάμενο που τη διέταξε, του διαστήματος που σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση απαιτείται για την αναγκαία μελέτη των στοιχείων της ΕΔΕ από τα αρμόδια πειθαρχικά όργανα μέχρι την τυχόν άσκηση πειθαρχικής δίωξης ή τη θέση της υπόθεσης στο αρχείο, διατηρείται η απόλυτη μυστικότητα της ΕΔΕ**.** Συνακόλουθα δεν είναι κατά νόμο επιτρεπτή ούτε στο διωκόμενο ούτε σε τρίτο και η πρόσβαση στην ΕΔΕ και στα συγκεντρωθέντα στοιχεία κατά το ενδιάμεσο αυτό διάστημα,[21]

Το ζήτημα της μυστικότητας της ΕΔΕ δεν φέρει ιδιαίτερο νομολογιακό αποτύπωμα συνδέεται εντούτοις στενά με την πρόσβαση στα στοιχεία του φακέλου[22] της ΕΔΕ[23] και για αυτό ασχολήθηκε ιδιαίτερα τόσο το ΝΣΚ όσο και η ΑΠΔΠΧ.[24]

4. Η αρχή της αμεροληψίας του διενεργούντος της ΕΔΕ (δάνεια εμπειρία από τη νομολογία των συλλογικών πειθαρχικών οργάνων που ισχύει και για τον διενεργούντα αναλογικώς)

Η αρχή της αμεροληψίας θεωρείται ότι προκύπτει από την αρχή του κράτους δικαίου[25] και συνδέεται και με την αρχή της χρηστής διοίκησης, ενώ προστατεύεται από την

---

[21]Βλ Γνωμ. ΝΣΚ 610/1999,178/2000,221/2007,501/2007.

[22]Βλ Γνωμ ΝΣΚ 216/2016 Επιτρεπτό χορήγησης αντιγράφων εκ του φακέλου προκαταρκτικής εξέτασης που διενεργείται κατά τον Υπαλληλικό Κώδικα. και Γνωμ 394/2014: Προϋποθέσεις χορήγησης αντιγράφου πρακτικού του Α` βάθμιου Πειθαρχικού Συμβουλίου Πολιτικών Υπαλλήλων ΥΝΑ, σε συνταξιούχο Λιμενικό (τέως πειθαρχικό Προϊστάμενο) - Έννομο συμφέρον αυτού - Ενστάσεις των αναφερομένων στο πρακτικό υπαλλήλων.

[23]Το ζήτημα της προσβασιμότητας στα στοιχεία της ΕΔΕ είναι σύνθετο καθώς σταθμίζεται με το 5 του Κώδικα Διοικητικής διαδικασίας (ν. 2690/1999) και προεχόντως με τα συνταγματικά άρθρα καθώς αποτελεί ειδικότερη έκφανση του δικαιώματος στην πληροφόρηση το οποίο βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 5Α του Συντάγματος. Όσον αφορά μάλιστα την εν λόγω ειδική πτυχή της παροχής πληροφοριών και χορηγήσεως εγγράφων, κατοχυρώθηκε συνταγματικά με τις λεπτομερειακές διατάξεις του άρθρου 10 παρ. 3 του Συντάγματος και μεταξύ άλλων βλ. Δετσαρίδη Χ. «το δικαίωμα γνώσης των διοικητικών εγγράφων, σύμφωνα με τις νεώτερες νομοθετικές και νομολογιακές εξελίξεις», Εκδόσεις Σάκκουλα 2006 Α. Γέροντα, ό.π.· Α. Τάχου, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 2005, σελ. 733 επ.· του ίδιου, Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν 2690/1999), 2002, σελ. 120 επ.· Γλ. Σιούτη, σε: Απ. Γέροντα/Σ. Λύτρα/Πρ. Παυλόπουλου/Γλ. Σιούτη/Σ. Φλογαΐτη, Διοικητικό δίκαιο, 2004, σελ. 254 επ.· Π. Δαγτόγλου, Γενικό διοικητικό δίκαιο, 4η εκδ. (1997), σελ. 282 επ.· Β. Χατζόπουλου, Η αρχή της διαφάνειας και το δικαίωμα πρόσβασης των πολιτών στα έγγραφα της ΕΕ, Δ 2000, σελ. 927 επ.· G. Braibant, Το δικαίωμα της πρόσβασης και το δικαίωμα στην πληροφόρηση (μετ. Μ. Μαντά), ΔιοικΜετ 1988, σελ. 12 επ., Γ. Ξυνόπουλου, Το δικαίωμα πρόσβασης στα διοικητικά στοιχεία στη Γαλλία, ΕΔΔΔ 1988, σελ. 353 επ.· Α. Τάχου/Λ. Κουτούπα, Η πρόσβαση στα διοικητικά στοιχεία κατά τη γαλλική νομολογία ΕΔΔΔ 1990, σελ. 169 επ.· Α. Κεφαλογιάννη/Ν. Παλαιολόγου, Το δικαίωμα πληροφόρησης των πολιτών σε θέματα περιβάλλοντος, ΝοΒ 1991, σελ. 1000 επ.· Π. Λαζαράτου, Το δικαίωμα προσβάσεως στα διοικητικά στοιχεία, Δ 1994, σελ. 445 επ., 1009 επ.· Κ. Χιώλου, Το δικαίωμα προσβάσεως των πολιτών εις τα δημόσια έγγραφα, Αρμ 1995, σελ. 263 επ.· Ν. Παπαδόπουλου, Το δικαίωμα γνώσης των διοικητικών εγγράφων ΔιΔικ 1996, σελ. 1357 επ.· Δ. Παπαδημητρόπουλου, Διαφάνεια της διοικητικής δράσης. Το δικαίωμα γνώσης των διοικ. Εγγράφων, ΔιοικΜετ 1996, σελ. 46 επ.· Σ. Βασιλάκη, Το άρθρο 16 του Ν 1599/1986 και η λήψη αντιγράφων και γνώσης εγγράφων, ΝοΒ 1997, σελ. 708 επ.· Κ. Χιώλου, Η σχέση κράτους – πολίτη και η πρόσβαση των πολιτών στα δημόσια έγγραφα ΕΔΔΔ 1998, σελ. 235 επ.· και Σπανού Καλλιόπη, Πρόσβαση στα έγγραφα και διαφάνεια της διοικητικής δράσεις, εκδόσεις Αντ.Ν. Σάκκουλα, 2010, Κυριακή Ανδρικάκη, Το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα, Οριοθέτηση του δικαιώματος, σελ.24.

[24]Αποφάσεις ΑΠΔΠΧ 110/2016, 129/2017, 136/2017 κ.α.

[25]βλ άρθρο 25 παρ. 1 Συντάγματος.

ΕΣΔΑ.[26]Ακόλουθα απαιτεί από τα διοικητικά όργανα να είναι ανεξάρτητα έναντι ξένων επιρροών και απροκατάληπτα,[27]ενώ κατοχυρώνεται και στο άρθρο 7 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας ν. 2690/1999 όπου ορίζονται τα ακόλουθα: «*1. Τα διοικητικά όργανα μονομελή ή συλλογικά, πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσης κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους. 2. Τα μονομελή όργανα, καθώς και τα μέλη συλλογικών οργάνων οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια ή διαδικασία που συνιστά συμμετοχή σε λήψη απόφασης ή διατύπωση γνώμης ή πρότασης, εφόσον: … γ) έχουν ιδιαίτερο δεσμό ή ιδιάζουσα σχέση ή εχθρότητα με τους ενδιαφερομένους…*».

Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, στις οποίες αποτυπώνεται γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, τα διοικητικά όργανα, μονομελή ή συλλογικά, πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσης, πράγμα που μπορεί να τεθεί σε αμφισβήτηση όχι μόνον όταν υπάρχει είτε προσωπικό συμφέρον για την έκβαση της υποθέσεως είτε ιδιαίτερος δεσμός ή ιδιάζουσα σχέση ή οξεία αντίθεση από έχθρα προς τα πρόσωπα που αφορά η ενέργεια, αλλά και γενικότερα στις περιπτώσεις που είναι δυνατό να δημιουργηθεί εύλογα η υπόνοια ότι το διοικητικό όργανο έχει ήδη σχηματισμένη και, άρα προκατειλημμένη γνώμη για την υπόθεση που πρόκειται να κρίνει.

Συνεπώς, ανεξαρτήτως αν υφίσταται θετική διάταξη που να προβλέπει την εξαίρεση για ειδικούς λόγους μέλους συλλογικού οργάνου, η συμμετοχή του μέλους στη συνεδρίαση του οργάνου παρά τη συνδρομή τέτοιων λόγων είναι ελαττωματική και συνεπάγεται την ακυρότητα της σχετικής διοικητικής πράξεως λόγω του τεκμηρίου επηρεασμού του που δημιουργείται έτσι, έστω και αν δεν αποδεικνύεται ότι η πράξη αυτή υπήρξε πραγματικά μεροληπτική.[28] Το πρόσωπο που διενήργησε την ΕΔΕ ή την ανάκριση, η οποία συνεπάγεται συλλογή και αξιολόγηση των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων μπορεί να δικαιολογήσει μια προδιάθεση σε βάρος του πειθαρχικά διωκόμενου με αποτέλεσμα να κλονίζει την αμεροληψία του και να εμποδίζει, σύμφωνα με τις πιο πάνω διατάξεις και αρχές, τη συμμετοχή του αργότερα σε Πειθαρχικό Συμβούλιο.[29]

---

[26]Εξάλλου, σύμφωνα με την αρχή της αμεροληψίας των διοικητικών οργάνων, που αποτελεί ειδικότερη έκφανση της γενικής αρχής του Κράτους Δικαίου, που απορρέει από το Σύνταγμα και τις καθιερούμενες απ' αυτό εγγυήσεις υπέρ του πολίτη καθώς και την αρχή της δίκαιης δίκης που θεσπίζει το άρθρο 6 παρ. 1 της 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 (Albertand Le Compte, § 29, Gautrin, § 57, Frankowicz κατά Πολωνίας, § 60, 2008).

[27]Βλ Γέροντα Α.., Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου, 2014, σελ. 34.

[28]βλ ΣτΕ 1940/2018 σκέψη 8: Η σχετική με την ενοχή ή μη του πειθαρχικά διωκόμενου απόφαση πρέπει να προέρχεται από πρόσωπα που δεν έλαβαν μέρος στη διαδικασία της παραπομπής αλλά αξιολογούν για πρώτη φορά το σχετικό αποδεικτικό υλικό, έτσι ώστε η κρίση τους να είναι εξοπλισμένη με το κύρος και την αυθεντία που εμπνέει η εύλογη εμπιστοσύνη στην αμεροληψία τους. Η επιταγή αυτή έχει εξ άλλου αποτυπωθεί σε δύο βασικά νομοθετήματα που διέπουν το πειθαρχικό δίκαιο δύο σημαντικών κατηγοριών δημοσίων λειτουργών στην ελληνική έννομη τάξη και συγκεκριμένα στα άρθρα 137 παρ. 1 και 127 παρ. 3 του Υπαλληλικού Κώδικα (ν. 3528/2007) και 97 παρ. 5 εδαφ. γ΄ του Κώδικα Καταστάσεως Δικαστικών Λειτουργών (ν. 1756/1988, Α΄ 35). Έτσι, η σύμπραξη σε πειθαρχική παραπομπή δημιουργεί κώλυμα του προσώπου που συνέπραξε σ' αυτήν να μετάσχει στο Πειθαρχικό Συμβούλιο που θα κρίνει τελικά για την ενοχή ή μη του παραπεμπόμενου (βλ. ΣτΕ 2251/2013, 2318/2007, 2364/2006, 2522/2001 7μελ., 1117/2000).

[29]βλ ΣτΕ 2251/2013 σκέψη 8: Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, στις οποίες αποτυπώνεται γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, τα διοικητικά όργανα, μονομελή ή συλλογικά, πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσης, πράγμα που μπορεί να τεθεί σε αμφισβήτηση όχι μόνο όταν υπάρχει είτε προσωπικό συμφέρον για την έκβαση της υποθέσεως είτε ιδιαίτερος δεσμός ή ιδιάζουσα σχέση ή οξεία αντίθεση από έχθρα προς τα πρόσωπα που αφορά η ενέργεια, αλλά και γενικότερα στις περιπτώσεις που είναι δυνατό να δημιουργηθεί εύλογα η υπόνοια ότι το διοικητικό όργανο έχει ήδη σχηματισμένη και, άρα, προκατειλημμένη γνώμη για την υπόθεση που πρόκειται να κρίνει (Σ.τ.Ε. 2244/2011 7μ., 3758, 3228/2010, 4070/2009, 3461, 3370/2007, 3056,

Η αρχή της αμεροληψίας αντιμετωπίζεται ως γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η εφαρμογή της οποίας κάμπτεται μόνο όταν σε περίπτωση που ειδική διάταξη νόμου ορίζει κάτι (εν μέρει) διαφορετικό (άρα, η αρχή της αμεροληψίας δεν είναι συνταγματικά κατοχυρωμένη, καθώς σε περίπτωση που θεωρούνταν συνταγματικά κατοχυρωμένη, τέτοια ειδική διάταξη νόμου που θα όριζε παράκαμψη της αρχής της αμεροληψίας θα παρέμενε ανεφάρμοστη ως αντισυνταγματική).

Συγκεκριμένα, στην απόφαση ΣτΕ 1687/2015 κρίθηκε σκέψη 8 ότι: «κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η οποία εκφράζεται ήδη και ρητώς στο άρθρο 7 του κυρωθέντος με το ν. 2690/1999 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, τα όργανα της Διοικήσεως πρέπει, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους, να παρέχουν εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσεως προκειμένου να δημιουργείται στο διοικούμενο η πεποίθηση για το ανεπηρέαστο αυτών και το αδιάβλητο της πράξεως που εξέδωσαν. Κατ' εφαρμογή της γενικής αυτής αρχής, δεν επιτρέπεται το όργανο το οποίο έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα να συμμετέχει σε γνωμοδοτικό όργανο, τη γνώμη του οποίου λαμβάνει υπόψη το αποφασίζον για την έκδοση της πράξεως όργανο, εκτός εάν, από το νόμο που ρυθμίζει τα σχετικά με τη συγκρότηση και τη λειτουργία των συγκεκριμένων οργάνων ζητήματα, ορίζεται ρητώς ή συνάγεται σαφώς το αντίθετο (ΣτΕ 1951/ 2008 κ.ά.). Το ως άνω κώλυμα συντρέχει και στην περίπτωση του εισηγητή, ο οποίος αν και δεν έχει ψήφο, μετέχει ενεργά και συντείνει αποφασιστικά στη διαμόρφωση των αποφάσεων του συλλογικού οργάνου (ΣτΕ 4928/2013 κ.ά.). Εξάλλου, απόκλιση από τη γενική αυτή αρχή στα πλαίσια της οποίας πρέπει κατ' αρχήν να ερμηνεύονται οι σχετικές διατάξεις των νόμων,

---

664/2006, 2231/2005, 2909/2004, 2522/2001 7μ. κ.ά.). Συνεπώς, ανεξαρτήτως αν υφίσταται θετική διάταξη που να προβλέπει την για ειδικούς λόγους εξαίρεση μέλους συλλογικού οργάνου, η συμμετοχή του μέλους στην συνεδρίαση του οργάνου παρά τη συνδρομή τέτοιων λόγων είναι ελαττωματική και συνεπάγεται την ακυρότητα της σχετικής διοικητικής πράξεως λόγω του τεκμηρίου επηρεασμού του που δημιουργείται έτσι, έστω και αν δεν αποδεικνύεται ότι η πράξη αυτή υπήρξε πραγματικά μεροληπτική (Σ.τ.Ε. 3758, 2695/2010, 3056, 664/2006, 2231/2005, 2522/2001 7μ. κ.ά.). Εξάλλου, σύμφωνα με την αρχή της αμεροληψίας των διοικητικών οργάνων, που αποτελεί ειδικότερη έκφανση της γενικής αρχής του Κράτους Δικαίου, που απορρέει από το Σύνταγμα και τις καθιερούμενες απ' αυτό εγγυήσεις υπέρ του πολίτη (Σ.τ.Ε. 894/2007, 620/2004 7μ., 2522/2001 7μ., 1117/2007 7μ. κ.ά.) καθώς και την αρχή της δίκαιης δίκης που θεσπίζει το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, το πρόσωπο που άσκησε την πειθαρχική δίωξη καθηγητή ΑΕΙ δεν μπορεί να μετάσχει στο Πειθαρχικό Συμβούλιο που θα αποφασίσει τελικά για την ενοχή του ή μη. Πράγματι, η άσκηση της πειθαρχικής δίωξης, συνεπαγόμενη συλλογή και αξιολόγηση των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων πράγμα που μπορεί να δικαιολογήσει μια προδιάθεση σε βάρος του πειθαρχικά διωκόμενου, κλονίζει την αμεροληψία του και εμποδίζει, σύμφωνα με τις πιο πάνω διατάξεις και αρχές, τη συμμετοχή του στο ως άνω Πειθαρχικό Συμβούλιο. Η σχετική με την ενοχή ή μη του πειθαρχικά διωκόμενου απόφαση πρέπει να προέρχεται από πρόσωπα που δεν έλαβαν μέρος στη διαδικασία της παραπομπής αλλά αξιολογούν για πρώτη φορά το σχετικό αποδεικτικό υλικό, έτσι ώστε η κρίση τους να είναι εξοπλισμένη με το κύρος και την αυθεντία που εμπνέει η εύλογη εμπιστοσύνη στην αμεροληψία τους. Η επιταγή αυτή έχει εξ άλλου αποτυπωθεί σε δύο βασικά νομοθετήματα που διέπουν το πειθαρχικό δίκαιο δύο σημαντικών κατηγοριών δημοσίων λειτουργών στην ελληνική έννομη τάξη και συγκεκριμένα στα άρθρα 137 παρ. 1 και 127 παρ. 3 του Υπαλληλικού Κώδικα (ν. 3528/2007) και 97 παρ. 5 εδαφ. γ΄ του Κώδικα Καταστάσεως Δικαστικών Λειτουργών (ν. 1756/1988). Δεν μπορεί δε να θεωρηθεί ότι βούληση του νομοθέτη ήταν να εξαιρέσει από την εφαρμογή της επίμαχης αυτής δικαιοκρατικής αρχής, που ισχύει ρητώς για τις δύο προαναφερθείσες κατηγορίες δημοσίων λειτουργών, τους καθηγητές των ΑΕΙ, για τους οποίους εξ άλλου το ίδιο το Σύνταγμα θεσπίζει ειδικές εγγυήσεις σε ό,τι αφορά την υπηρεσιακή τους κατάσταση και εξέλιξη (βλ. άρθρο 16 παρ. 6 και 88 παρ. 4 Συντάγματος, Σ.τ.Ε. 2522/2001 7μ., 1117/2000). Ο δικαιολογητικός λόγος της αρχής της αμεροληψίας επιβάλλει, κατά το πνεύμα της ΕΣΔΑ και το αληθινό περιεχόμενο της ως άνω γενικής αρχής του δικαίου, τη διαπίστωση της συνδρομής της σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση με αποκλειστικό γνώμονα τη συμπεριφορά και τη στάση του διοικητικού οργάνου, όπως πραγματικά εκδηλώθηκε ιδίως κατά το στάδιο της προδικασίας της υπόθεσης, που καλείται τελικά να κρίνει, ανεξάρτητα από το νομικό χαρακτηρισμό που δίνει ο εθνικός νομοθέτης στη σχετική παραπομπή. Έτσι, η σύμπραξη σε πειθαρχική παραπομπή δημιουργεί κώλυμα του προσώπου που συνέπραξε σ' αυτήν να μετάσχει στο Πειθαρχικό Συμβούλιο που θα κρίνει τελικά για την ενοχή ή μη του παραπεμπόμενου (Σ.τ.Ε. 2522/2001 7μ., βλ. και Σ.τ.Ε. 2318/2007, 2364, 664/2006, 1117/2000 7μ.). Είναι δε αδιάφορο το γεγονός ότι η σχετική για την παραπομπή απόφαση εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο. Αρκεί η απόφαση αυτή να κίνησε πράγματι τη διαδικασία της παραπομπής ή να την επηρέασε.

δεν μπορεί να θεσπισθεί με κανονιστική πράξη, εκτός αν η νομοθετική εξουσιοδότηση, βάσει της οποίας εκδίδεται η πράξη αυτή, έχει ειδικώς επιτρέψει την απόκλιση (ΣτΕ 1721/1988, 197/1988, 1596/1987, 1756/1985 κ.ά.)». Η παραβίαση της αρχής απαιτεί λόγο ή στοιχείο συνδεόμενο με το συγκεκριμένο πρόσωπο ή συμπεριφορά του, δεν δύναται δηλαδή άλλως να τεκμηριωθεί υπόνοια μεροληψίας του μέλους αυτού του επιληφθέντος της πειθαρχικής υπόθεσης συλλογικού οργάνου.[30]

Ακόλουθα με την ΣτΕ1940/2018 ερευνήθηκε η περίπτωση όπου το τακτικό μέλος, (Αντιπρύτανης Ακαδημαϊκών Υποθέσεων & Προσωπικού) ο οποίος διεξήγαγε μια άτυπη έρευνα (προκαταρκτική εξέταση σύμφωνα με το άρθρο 125 του ν. 3528/2007) σχετικά με την τέλεση του πειθαρχικού παραπτώματος της προσφεύγουσας και στη συνέχεια, διαβίβασε τον πλήρη φάκελο της Προκαταρτικής Εξέτασης στον Πρύτανη του Πανεπιστημίου, αναφέροντας την κατά την κρίση του ανάρμοστη συμπεριφορά της προσφεύγουσας, προκειμένου ο ως άνω Πρύτανης να προβεί στις προβλεπόμενες ενέργειες. ... οι ενέργειες αυτές του Αντιπρύτανη, μέλους του Πειθαρχικού Συμβουλίου, δεν εμπίπτουν στις περιπτώσεις των νομίμων κωλυμάτων που θεσπίζουν οι προαναφερόμενες διατάξεις του Υπαλληλικού Κώδικα (ν. 3528/2007), οπότε θα συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού του. Η ανωτέρω «προκαταρκτική» εξέταση, όμως, διατάχθηκε και διενεργήθηκε από τον ανωτέρω Αντιπρύτανη προκειμένου να διερευνηθεί η τέλεση από την προσφεύγουσα συγκεκριμένου πειθαρχικού παραπτώματος, αυτού της αδικαιολόγητης αποχής από την εκτέλεση των υπηρεσιακών της καθηκόντων, στο πλαίσιο δε της εν λόγω εξέτασης, όπως προκύπτει από το 38/15.3.2012 πόρισμα αυτής, κατέθεσαν ενόρκως και μάρτυρες και διαπιστώθηκε ευθέως η διάπραξη, εκ μέρους της προσφεύγουσας, των αποδιδομένων σ' αυτήν παραπτωμάτων, την οποία δέχθηκε και το Πειθαρχικό Συμβούλιο και δεν διέταξε, για τον λόγο αυτόν, διενέργεια ανακρίσεως προς διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το εν λόγω αδίκημα σύμφωνα με το προ εκτεθέν εδ. ε΄ της παρ. 1 του αρθρ. 127 του Υπαλληλικού Κώδικα. Επομένως, η εξέταση αυτή παρά την ονομασία της ως προκαταρκτική δεν αποτελούσε μια απλή άτυπη έρευνα προκειμένου να διαλευκανθεί το ζήτημα της αποχής της προσφεύγουσας από τα καθήκοντά της, αλλά πληρούσε τους όρους και είχε τα χαρακτηριστικά πειθαρχικής ανακρίσεως. Συνεπώς, ο εν λόγω Αντιπρύτανης Κ. που διενήργησε την πειθαρχική αυτή ανάκριση εκωλύετο κατ' άρθρο 137 παρ. 1 να μετάσχει στη σύνθεση του Πειθαρχικού Συμβουλίου κατά την κρίση της υπόθεσης αυτής, και μάλιστα ως εισηγητής, ενόψει και της ήδη διαμορφωμένης, άλλωστε, πεποιθήσεώς του περί της διάπραξης από την προσφεύγουσα του ανωτέρω πειθαρχικού αδικήματος, κατά τα αναφερόμενα στο συμπέρασμα του πορίσματος που υπέβαλε. Επομένως, η σύνθεση του Πειθαρχικού Συμβουλίου που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση δεν ήταν νόμιμη, ως εκ της συμμετοχής σε αυτό του ανωτέρω Αντιπρύτανη, όπως βασίμως προβάλλεται.[31]

Ενδιαφέρουσα και η ΣτΕ 1669/2013 όπου στη σκέψη 10 αυτολεξεί αναφέρει: «Επειδή, κατά πάγια νομολογία, δεν επιβάλλεται από διάταξη νόμου ή γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, όπως τα συλλογικά όργανα της Διοίκησης επανερχόμενα επί θεμάτων της αρμοδιότητάς τους σε συμμόρφωση προς ακυρωτική απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, επιλαμβάνονται με σύνθεση διαφορετική από εκείνη με την οποία εξέδωσαν την απόφαση που ακυρώθηκε (ΣτΕ 2723/2004, σκ. 5, 3417/1982, 2388/1973). Συνεπώς, η συμμετοχή του Δ.Ν στη σύνθεση του Πειθαρχικού Συμβουλίου που εξέδωσε τόσο την 2/1.2.2001 απόφαση περί επιβολής της

[30]Βλ. ΣΕ 2263/1991, 5263/1996, 1117/2000, 2666/2017 σκ. 12, 1940/2018 σκ 8..

[31]Έτσι, με την ΣτΕ 1117/2000 (Ολ.) κρίθηκε ότι, κατά την έννοια του νόμου, ο πρύτανης ΑΕΙ που άσκησε πειθαρχική δίωξη κατά καθηγητή δεν επιτρέπεται να συμμετάσχει στο πειθαρχικό συμβούλιο που επιλαμβάνεται στη συνέχεια της πειθαρχικής δίκης.

πειθαρχικής ποινής της οριστικής παύσης στην προσφεύγουσα, η οποία ακυρώθηκε με την 1439/2008 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, όσο και την προσβαλλόμενη απόφαση, δεν καθιστά την τελευταία παράνομη, όπως δεν την καθιστά παράνομη και η συμμετοχή του στη σύνθεση του πειθαρχικού συμβουλίου που εξέδωσε την 1/20.4.2000 απόφαση, με την οποία αυτό, σε συμμόρφωση προς την ακυρωτική 1051/1999 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, παρήγγειλε στον Κ. Τα τη διενέργεια ΕΔΕ. Εξάλλου, από καμία διάταξη νόμου ή γενική αρχή δεν προκύπτει ότι οι ιδιότητες του Δ. Τ, ως Διευθυντή της Σχολής και ως Προέδρου της Ομοσπονδίας του Εκπαιδευτικού Προσωπικού των ΤΕΙ, συνιστούν κώλυμα συμμετοχής του στη σύνθεση του πειθαρχικού συμβουλίου. Συνεπώς, όλοι οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι περί κακής σύνθεσης του πειθαρχικού συμβουλίου που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη λόγοι της προσφυγής είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι καθώς πρέπει να επισημανθεί και η λυσιτέλεια των προβαλλόμενων λόγων».[32]

5. **Η αρχή της επαρκούς υπεράσπισης[33] –η πλήρωση του δικαιώματος ακρόασης που ενώ δεν επέρχεται ουσιαστικώς στέρηση του στο στάδιο της Ε.Δ.Ε δύναται να τεθεί ως πρόκριμα για την μη πλήρωση της αρχής στο στάδιο της πειθαρχικής διαδικασίας.**

Το σημαντικότερο δικαίωμα του διοικουμένου (υπαλλήλου) στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας είναι, αδιαμφισβήτητα, το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος,[34] το οποίο, στο πλαίσιο αρκετά ευρείας διατύπωσης προβλέπει ότι «*[τ]ο δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου ισχύει και για κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του*». Πρόκειται για ένα ατομικό διαδικαστικό δικαίωμα αντικείμενο του οποίου είναι η αποχή του κράτους από κάθε μέτρο οποιασδήποτε φύσης σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του διοικουμένου πριν ο τελευταίος εκφράσει τις απόψεις του συναφώς. Η διάταξη του άρθρου 20 παρ. 2 του Συντάγματος[35] είναι άμεσης εφαρμογής, πράγμα που σημαίνει ότι δεν χρειάζεται η νομοθετική διαμεσολάβηση για την άσκηση του οικείου δικαιώματος, ενώ στις περιπτώσεις που αυτό δεν προβλέπεται νομοθετικά ή που ο νομοθέτης αποκλείει την άσκησή του, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, ήδη, η συνταγματική διάταξη επιβάλλει την τήρησή του από τη διοίκηση».

---

[32]ΣτΕ 1566/2016 και ΣτΕ Δ΄ Τμ. 1172/2016: η παρανομία που προκύπτει από τη συμμετοχή ορισμένου προσώπου σε συλλογικό όργανο της Διοίκησης, κατά παράβαση της αρχής της αμεροληψίας, δεν άγει κατ' ανάγκη σε ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης του οργάνου αυτού, κατ' αποδοχή σχετικού λόγου ακυρώσεως. Η τοιαύτη ακύρωση προϋποθέτει τη λυσιτέλεια του λόγου, η οποία εξετάζεται με βάση (i) το είδος της ασκηθείσας διοικητικής αρμοδιότητας και το περιεχόμενο της δυσμενούς για τον διοικούμενο πράξης, (ii) τη φύση του προβαλλόμενου κωλύματος συμμετοχής και τη σχέση του με τη διαμόρφωση του ρυθμιστικού περιεχομένου της επίδικης πράξης, (iii) το λοιπό περιεχόμενο της αιτήσεως ακυρώσεως/προσφυγής και την έκταση ελέγχου του διοικητικού δικαστή. Βλ. μεταξύ άλλων Πρεβεδούρου Ε. **Νομολογιακές εξελίξεις ως προς την ερμηνεία της "ιδιάζουσας σχέσης" κατά το άρθρο 7 του ΚΔΔιαδ. Η έννοια της "μειοψηφίας" στις αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας (με αφορμή την απόφαση ΣτΕ 1566/2016), δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα: www. prevedourou.gr**

[33]Βλ Στασινόπουλο Μ. «το δικαίωμα της υπερασπίσεως ενώπιων τον διοικητικών αρχών» Αθήνα 1974, σελ 51. αναφορικά με την πανάρχαια καταγωγή του δικαιώματος υπεράσπισης , με την περίφημη υπόθεση Bentley, 1723, λέγει δε η απόφασις: «Θείος και ανθρώπινος νόμος δίδει εις πάντα κρινόμενον το δικαίωμα να υπερασπίση εαυτόν….Ο θεός δεν εξήνεγκεν απόφασιν κατά του Αδάμ πριν ή τον καλέση να υπερασπίση εαυτόν.-Αδάμ, είπε ο Θεός διατίημάρτησες ….». Έκτοτε παρατηρούν οι Άγγλοι συγγραφείς, το δικαίωμα της υπερασπίσεως θεωρείται τόσο αρχαίο, όσο και η ανθρωπότης. H.H. Marshall, Natural Justice, London, 1959, sel 17-18 Wade-Philips, Costitutional law, 3 Εκδ. ,Londin, 1946, σελ 276.

[34]Βλ Πρεβεδούρου Ε., Το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, www.prevedourou.gr, Π. Λαζαράτο, ό.π., σ. 183· Κ. Χρυσόγονο, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 469.

[35]Βλ. Χιώλο. Κ, Η συνταγματική επιταγή της προηγούμενης ακροάσεως του διοικουμένου, ΕΔΔΔΔ 4/2003, σ. 711, 712

Ακόλουθα στο διάστημα των 46 περίπου ετών από την εκ νέου κύρωση από το ελληνικό κράτος της Συμβάσεως «δια την προάσπισην των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των θεμελιωδών Ελευθεριών» με το ν.δ 53/1974 (ΦΕΚ Α'256), η επίδραση στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των ελλήνων δημοσίων υπαλλήλων, υπήρξε άμεση και μη προφανής.[36] Με την ΣτΕ 2152-3/2000 (Ολ.) κρίθηκε ότι από το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος σε συνδυασμό με το άρθρο 6 παρ. 3 της ΕΣΔΑ πηγάζει το δικαίωμα του εγκαλούμενου να ζητήσει, κατά τη διαδικασία ενώπιον των πειθαρχικών συμβουλίων, τη συμπαράσταση πληρεξούσιου δικηγόρου, ακόμα και αν η ειδική νομοθεσία δεν το προβλέπει και μάλιστα, όταν αφορά υπαλλήλους στρατιωτικά οργανωμένου σώματος ασφαλείας.[37]

Παράλληλα το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης και οι όροι άσκησής του εξειδικεύονται στο άρθρο 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η παρ. 1 του οποίου ορίζει ότι «*[ο]ι διοικητικές αρχές, πριν από κάθε ενέργεια ή μέτρο σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων συγκεκριμένου προσώπου, οφείλουν να καλούν τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του, εγγράφως ή προφορικώς, ως προς τα σχετικά ζητήματα*».

Στο πεδίο του υπαλληλικού δικαίου και στο διοικητικό στάδιο της ΕΔΕ ως προθάλαμο του πειθαρχικού δικαίου το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης τύποις πληρούται με την κλήση σε ανωμοτί εξέταση[38] του διωκομένου και αυτό δέχεται παγίως και η νομολογία. Ακριβώς, επειδή η Ε.Δ.Ε υπό προϋποθέσεις μπορεί να αποτελέσει και ανάκριση η οποία όμως αφορά συγκεκριμένη πειθαρχική κατηγορία, διεξάγεται με συγκεκριμένη διαδικασία και τύπους είτε ενώπιον του πειθαρχικού Συμβουλίου είτε ενώπιον μονομελούς δικαιοδοσίας κατά την άσκηση της αρμοδιότητάς της, γίνεται είτε μετά την έναρξη της πειθαρχικής δίωξης δια της κλήσεως σε απολογία είτε πριν την έναρξη της πειθαρχικής δίωξης αλλά σε συνέχεια διεξαχθείσης προανάκρισης από την οποία προέκυψε η διάπραξη πειθαρχικού παραπτώματος, το οποίο έχρηζε περαιτέρω έρευνα σε αυτό το στάδιο.

Ενδεικτικά στην ΣτΕ 1402/2018 (σκέψη 5) αναγράφεται ότι: «Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα διότι εκδόθηκε κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 2 του Συντάγματος και 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999) που προβλέπουν την προηγούμενη κλήση σε ακρόαση του προσώπου σε βάρος του οποίου επίκειται η έκδοση δυσμενούς πράξεως. Συγκεκριμένα, προβάλλεται ότι μόνη η πρόσκληση του διοικουμένου να διατυπώσει τις απόψεις του δεν αρκεί, αλλά απαιτείται, επιπροσθέτως, να προκύπτει από την αιτιολογία της πράξεως και τα λοιπά στοιχεία του φακέλου, ότι το δικαίωμα αυτό «ασκήθηκε πραγματικά, ποιοί λόγοι προβλήθηκαν και γιατί οι λόγοι αυτοί λήφθηκαν και δεν λήφθηκαν υπόψη», καθώς με τον όρο ακρόαση «ασφαλώς νοείται όχι μόνον να ομιλεί ο διοικούμενος αλλά και να εισακούεται από τη διοίκηση». Ο λόγος όμως αυτός είναι πάντως απορριπτέος ως αβάσιμος, αφού, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσφεύγουσα εξετάσθηκε ανωμοτί κατά τη διάρκεια της πειθαρχικής ανακρίσεως, κλήθηκε στη συνέχεια σε απολογία από το πειθαρχικό συμβούλιο, για την οποία κατέθεσε το από 18.8.2014 απολογητικό υπόμνημα, αφού προηγουμένως είχε λάβει γνώση όλων των εγγράφων του πειθαρχικού φακέλου (βλ. το από 18.8.2014 αποδεικτικό της γραμματέως του πειθαρχικού συμβουλίου) και, στη συνέχεια, παρέστη κατά τη συνεδρίαση του πειθαρχικού συμβουλίου, κατά την οποία αναφέρθηκε στο απολογητικό της υπόμνημα και απάντησε στις ερωτήσεις των μελών του. Συνεπώς, δεν

[36]Βλ. Σ. Ν. Κτιστάκη, «Δημοσιουπαλληλικό Δίκαιο & ΕΣΔΑ» εκδόσεις Σάκκουλα, 2004 σελ 73 επ.

[37]Βλ. Γ. Σταυρόπουλο, «η Επίδραση της ΕΣΔΑ στην ελληνική έννομη τάξη» δημοσιευμένο σε ΘΠΔΔ 10/2017 σελ. 929 επ.

[38]Βλ. Ν. Πανταζή, Πειθαρχικό Δίκαιο Δημοσίων Υπαλλήλων, ΝΒ, 2015, σελ. 305 -ο πειθαρχικά διωκόμενος «εξετάζεται ανωμοτί, δεν ορκίζεται για να μη χρησιμοποιηθεί εναντίον του οτιδήποτε καταθέσει αλλά κυρίως για να μπορεί, στο πλαίσιο του δικαιώματος άμυνάς του, να ανασκευάσει και να μη δεσμεύεται από όσα προηγουμένως κατέθεσε».

στερήθηκε της δυνατότητας να υπερασπισθεί την υπόθεσή της επαρκώς και να εκθέσει τις απόψεις της, κατά τρόπο ώστε να μην γεννάται εν προκειμένω θέμα στερήσεως του δικαιώματος υπερασπίσεώς της. Το πειθαρχικό συμβούλιο, άλλωστε, προκειμένου να εκφέρει την κρίση του, έλαβε υπόψη, μεταξύ άλλων, όπως ρητώς αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, όλα όσα είχε εκθέσει η προσφεύγουσα ενώπιόν του αλλά και με το σχετικό απολογητικό της υπόμνημα.» Το κρίσιμο ερώτημα είναι αν παραληφθεί το στάδιο κλήσης σε απολογία στην επιγενόμενη πειθαρχική διαδικασία λόγω της ανωμοτί κλήσης στη Ε.Δ.Ε. ποια είναι τα αποτελέσματα που επιφέρει και αν αυτό σηματοδοτεί έλλειμμα υπεράσπισης. Ενδιαφέρουσα και μια παλαιότερη απόφαση που εντοπίζει ακριβώς το γεγονός της χρήσης της Ε.Δ.Ε όχι ως προανάκρισης αλλά ως ανάκρισης και ειδικότερα η ΣτΕ 3515/1997 σκέψη 6: «Επειδή, όπως συνάγεται από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ο εισηγητής της υποθέσεως ενώπιον του Πειθαρχικού Συμβουλίου θεώρησε επαρκή τη διεξαχθείσα ένορκη διοικητική εξέταση και το αποδεικτικό υλικό που περιέχεται σ' αυτή και δεν προέβη, όπως είχε δικαίωμα, σε περαιτέρω εξέταση και συλλογή στοιχείων για συμπλήρωση της πειθαρχικής δικογραφίας σχετικά με το αποδιδόμενο στον αιτούντα πειθαρχικό παράπτωμα, αλλά και το πειθαρχικό συμβούλιο με βάση την ως άνω ένορκη διοικητική εξέταση θεώρησε την υπόθεση ώριμη για παραπομπή στο ακροατήριο και τελικώς στηρίχθηκε σ' αυτή και στα στοιχεία που τη συνόδευαν για να αποφανθεί. Η ένορκη διοικητική εξέταση αυτή όμως δεν ήταν νόμιμη, γιατί κατέληξε στο πόρισμά της λαμβάνοντας υπόψη την από10.12.1985 κατάθεση του αιτούντος, η οποία όμως δεν υπεγράφη αμέσως μετά την περάτωσή της από τον αιτούντα, αλλ' αυτός εκλήθη από τον πρόεδρο της επιτροπής για τη διενέργεια της ένορκης διοικητικής εξετάσεως να την υπογράψει στις 24.3.1986 και αρνήθηκε ισχυριζόμενος ότι το προς υπογραφήν κείμενο είναι κατά περιεχόμενο ουσιαστικώς διάφορο "από τις εξηγήσεις και πληροφορίες που έδωσε" κατά την κατάθεσή του της 10.12.1985 (βλ. το υπ' αριθ. 75/24.4.1986 απόσπασμα πρακτικού συνεδριάσεως του Πρυτανικού Συμβουλίου και το υπ' αριθ. 2172/28.3.1986 έγγραφο του αιτούντος προς την Πρυτανεία του Πανεπιστημίου Πατρών). Την πλημμέλεια δε αυτή της ένορκης διοικητικής εξέτασης προέβαλε ο αιτών και ενώπιον του Πειθαρχικού Συμβουλίου με το από 23.5.1990 απολογητικό υπόμνημά του. Επομένως, η προσβαλλόμενη πειθαρχική απόφαση που στηρίχθηκε στην πιο πάνω ένορκη διοικητική εξέταση είναι πλημμελής και για το λόγο αυτό που προβάλλεται βασίμως με την κρινόμενη αίτηση πρέπει να ακυρωθεί».

Αξίζει να εξετάσουμε ακόμα το γεγονός, αν το δικαίωμα πληρούται και ο υπάλληλος ενάντια σε μία δυσμενή για αυτόν απόφαση, αν μπορεί να έχει λυσιτελή και αποτελεσματική διατύπωση των απόψεών του και να ληφθούν υπόψη οι ισχυρισμοί που διατυπώνει, όταν του αρνούνται το αίτημα περί αναβολής της συζήτησης της υποθέσεώς του με αφορμή την ΣτΕ 1264/2014 η οποία δεν συνιστά ad hoc νομολογία για το στάδιο της Ε.Δ.Ε –καθώς τέτοια δεν έχει βρεθεί στην αναζήτηση που έγινε αλλά θα μπορούσε να τεθεί ως ερώτημα αναλογικό ειδικά στις μεγάλες in rem ΕΔΕ και να εξεταστεί υπό το πρίσμα της σκέψης 11 όπου: «Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υποθέσεως, ο προσφεύγων εμφανίστηκε ενώπιον του Κεντρικού Πειθαρχικού Συμβουλίου κατά την συνεδρίασή του στις 12.7.2011, κατά την οποία εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, και υπέβαλε την 244/12.7.2011 αίτηση περί αναβολής της συζητήσεως της υποθέσεώς του, προβάλλοντας μεταξύ άλλων ότι υπάρχει «ανυπέρβλητο κώλυμα» στο πρόσωπο του πληρεξουσίου δικηγόρου του Δ. Γ., ο οποίος παρίσταται την ίδια ημέρα ενώπιον του Τριμελούς Εφετείου, συνυπέβαλε δε την 243/12.7.2011 αίτηση του τελευταίου δικηγόρου προς το Κεντρικό Πειθαρχικό Συμβούλιο. Ο δικηγόρος αυτός, με αυτή την αίτησή του, ενημέρωνε το Κεντρικό Πειθαρχικό Συμβούλιο ότι όφειλε, κατά την ορισθείσα ημέρα συζητήσεως της εν λόγω πειθαρχικής υποθέσεως, να παραστεί ως πληρεξούσιος δικηγόρος έτερου εντολέα του ενώπιον του Τριμελούς Εφετείου Πλημμελημάτων Καλαμάτας για την εκδίκαση υποθέσεώς του και

ζητούσε την αναβολή της συνεδριάσεως του Πειθαρχικού Συμβουλίου λόγω του κωλύματός του.

Το Κεντρικό Πειθαρχικό Συμβούλιο λαμβάνοντας υπ' όψιν τη σοβαρότητα της υποθέσεως απέρριψε το αίτημα αναβολής, ο δε προσφεύγων αποχώρησε μετά την ανακοίνωση απορρίψεως του αιτήματος αναβολής. Εν όψει των αναφερθέντων, και ειδικότερα εν όψει του ότι ο προσφεύγων, όπως δεν αμφισβητείται, κλήθηκε νομοτύπως να παραστεί ενώπιον του Κεντρικού Πειθαρχικού Συμβουλίου (βλ. την Κ.Π.Σ./231/1.7.2011 απόφαση του Προέδρου του Κεντρικού Πειθαρχικού Συμβουλίου περί ορισμού δικασίμου και την από 4.7.2011 απόδειξη επιδόσεως αυτής στον προσφεύγοντα), ότι είχε υποβάλει απολογητικό υπόμνημα ενώπιον του Διοικητή της 1ης Υγειονομικής Περιφέρειας Αττικής, αλλά και ιδίως ότι αυτός δεν προέβαλε ισχυρισμό περί αδυναμίας ορισμού άλλου πληρεξουσίου δικηγόρου, η απόρριψη του αιτήματος αναβολής δεν συνιστούσε παραβίαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειάς του (βλ. ΣτΕ 999/2010, πρβλ. και 1068/2012**,** 478/2008). Κατά συνέπεια αβασίμως προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι απορρίφθηκε, χωρίς αποχρώντα λόγο και κατά παράβαση της αρχής αναλογικότητας, του άρθρου 20 του Συντάγματος, του άρθρου 6 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και του άρθρου 136 παράγραφος 2 του κώδικα κατάστασης δημοσίων πολιτικών διοικητικών υπαλλήλων και ν.π.δ.δ., το αίτημα του προσφεύγοντος περί αναβολής της συνεδριάσεως του Κεντρικού Πειθαρχικού Συμβουλίου λόγω κωλύματος του συνηγόρου του».

Ερώτημα συνεχίζει όμως να προκαλεί αν είναι πλήρης η άσκηση του δικαιώματος, όταν χωρίς ειδική αιτιολογία γίνεται άρνηση του αιτήματος αναβολή με αφορμή και πάλι την[39]ΣτΕ 2420/2018 όπου σχετικώς το Συμβούλιο της Επικρατείας απέρριψε τον ως άνω λόγο ως αβάσιμο, επισημαίνοντας πως «ενόψει του ότι ο αιτών, κατόπιν νομότυπης και εμπρόθεσμης κλήσης του, είχε παραστεί με δικηγόρο τόσο στην πρώτη συνεδρίαση όσο και στην –μετ' αναβολή κατόπιν αιτήματός του- επίμαχη συνεδρίαση, καθώς και ότι το περί αναβολής αίτημά του ερευνήθηκε από το Πειθαρχικό Συμβούλιο, η απόρριψη του αιτήματος αυτού από το Πειθαρχικό Συμβούλιο, στα πλαίσια της διακριτικής του ευχέρειας, είναι νόμιμη και δεν έχρηζε ειδικής αιτιολογίας (βλ. ΣτΕ 1264/2014, 1068/2012,624/2010), τούτο, ενόψει και του ότι ο αιτών δεν προβάλει ότι είχε προβάλει ενώπιον του Πειθαρχικού Συμβουλίου συγκεκριμένο κώλυμα του δικηγόρου Κ.Φ. ούτε ότι είχε προσκομίσει, προκειμένου να αποδείξει το κώλυμα αυτό, σχετικά αποδεικτικά στοιχεία». Ακόλουθα στην ίδια (σκέψη 8): Επειδή, κατά την έννοια της παρ. 2 του άρθρου 20 του Συντάγματος, ερμηνευόμενης σε συνδυασμό με την παρ. 1 του ίδιου άρθρου και με το άρθρο 6 παρ. 3 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) που κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 (Α΄ 256), το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερομένου κατά την πειθαρχική διαδικασία περιλαμβάνει και την ευχέρεια του εγκαλουμένου να ζητήσει την κατά τη διαδικασία ενώπιον των πειθαρχικών εν γένει συμβουλίων συμπαράσταση του πληρεξουσίου δικηγόρου του (ΣτΕ 2152/2000 Ολ., 1294/2003, 2632/2011). Κομβικό στη νομολογία για την πλήρωση του δικαιώματος ακροάσεως στέκεται το γεγονός ότι έχει αποσταλεί η κλήση σε ανωμοτί εξέταση, ανεξάρτητα και της δυνατότητας υποβολής ενδοδοικητικών προσφυγών, οι οποίες και δεν αναπληρώνουν την κλήση σε εξέταση και δεν συνιστούν αναγκαία νέα κλήση.[40]

---

[39]Βλ ΘΕΩΡΙΑ & ΠΡΑΞΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ - 6/2019, Ιούνιος 2019 - ΣτΕ 2420/2018 Τμ. Γ΄ [παρατηρήσεις Α. Τσιλασλανίδου στο www.nbonline.gr.]

[40]Βλ ΣτΕ 1264/2014 σκέψη 8: Εξ άλλου, το γεγονός ότι **η ένορκη διοικητική εξέταση** ολοκληρώθηκε χωρίς ο προσφεύγων να καταθέσει ενώπιον της Ε. Π. δεν συνιστά πλημμέλεια αυτής, καθώς τούτος, αν και κλήθηκε επανειλημμένως, αρνήθηκε να καταθέσει, ισχυριζόμενος ότι είναι παράνομη η διεξαγωγή ένορκης διοικητικής εξετάσεως και ότι είχε καταθέσει αίτηση θεραπείας και ιεραρχική προσφυγή, πλην η άσκηση διοικητικών προσφυγών κατά της αποφάσεως διενέργειάς της δεν καθιστούσε αναγκαία νέα κλήση του να καταθέσει μετά την

Η ικανοποίηση αιτήματος αναβολής εκδίκασης της πειθαρχικής υπόθεσης δεν είναι υποχρεωτική για το πειθαρχικό όργανο. Πλην όμως η απόφαση που εκδίδεται σχετικώς επί αιτήματος αναβολής είναι εκ της φύσεως της αιτιολογητέα, δοθέντος ότι εκδίδεται κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας και, συνακόλουθα, μέσω του ελέγχου της αιτιολογίας αποτρέπεται η αυθαίρετη χρήση της εν λόγω ευχέρειας και διασφαλίζεται η τήρηση των ακραίων ορίων αυτής. Στην υπό κρίση υπόθεση, ανεξάρτητα από τον τυχόν παρελκυστικό χαρακτήρα του δεύτερου υποβληθέντος αιτήματος αναβολής η οικεία απόφαση δυνάμει της οποίας τούτου απερρίφθη έχρηζε αιτιολογίας.[41]

Ως εκ τούτου το δικαίωμα μετουσιώνεται στην πλήρη και αποτελεσματική ακρόαση του υπαλλήλου με τον συνήγορο της επιλογής του και γι αυτό τα σοβαρά (μη παρελκυστικά) αιτήματα που σχετίζονται με την ουσία του δικαιώματος πρέπει να τυγχάνουν κατά την γνώμη της εισηγήτριας πλήρους και ειδικής αιτιολογίας γιατί η στάθμιση του πλέον σημαντικού τούτου δικαιώματος με αυτό της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης πρέπει να υπερισχύει. Ακόλουθα το δικαίωμα αυτό συνδυάζεται με το δικαίωμα άρνησης, σιωπής αλλά και μη αυτοενοχοποίησης.

6. Η αρχή της σιωπής και μη αυτοενοχοποίησης υπό την εγγύηση του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ ή άλλως όσα δεν ειπωθούν ή όσα σιωπηθούν δεν τεκμαίρονται ενοχοποιητικά.

Η ιδιότητα του δημοσίου υπαλλήλου ως φορέα θεμελιωδών δικαιωμάτων βρίσκει ισχυρά ερείσματα στο δίκαιο της ΕΣΔΑ.[42] Λαμβάνοντας υπόψη το 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και την δάνεια εμπειρία από την κατοχύρωση της Ποινικής δικονομίας, στο άρθρο 273 παρ. 2 εδ. β' ΚΠΔ το δικαίωμα σιωπής και μη αυτοενοχοποίησης του κατηγορουμένου κατοχυρώνεται ως αυτοτελές δικαίωμα. Ο κατηγορούμενος ναι μεν υποχρεούται κατά κανόνα να εμφανιστεί ενώπιον του ανακρίνοντος, ακόμη και να εξαναγκαστεί προς τούτο, αλλά δεν υποχρεούται να καταθέσει περιστατικά που θα αποβούν εις βάρος του, ήτοι να αυτοενοχοποιηθεί[43]. Υποστηρίζεται ότι το εν λόγω δικαίωμα αποτελεί έκφανση του ευρύτερου δικαιώματος της προσωπικότητας, το οποίο θεμελιώνεται στα άρθ. 2 παρ. 1 και 5 παρ. 1 Συντ., καθώς επίσης και στις υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις των άρθ. 6 παρ. 1 εδ. α' ΕΣΔΑ και άρθ. 14 παρ. 3 στοιχ. ζ' ΔΣΑΠΔ[44]. Ουσιαστικά, η διάταξη αυτή αποβλέπει στην αποφυγή μετατροπής του κατηγορουμένου σε μάρτυρα και στην υποχρέωσή του να καταθέσει.

εξέταση των προσφυγών αυτών, αφού τούτο ουδόλως προβλέπεται από τις οικείες διατάξεις της νομοθεσίας, στις οποίες αντιθέτως ορίζεται, εν όψει της ανάγκης ταχείας διαλευκάνσεως των πειθαρχικών ευθυνών των υπαλλήλων, ότι η άρνηση του διωκομένου να εξετασθεί δεν εμποδίζει την πρόοδο της διαδικασίας (βλ. τα παρατεθέντα στην 5η σκέψη άρθρα 126 παράγραφος 3 και 132 του κώδικα κατάστασης δημοσίων πολιτικών διοικητικών υπαλλήλων και υπαλλήλων ν.π.δ.δ. που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 3528/2007), (πρβλ. ΣτΕ **1352/2002).** Πάντως ο προσφεύγων, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς του, κλήθηκε από την Ε Π να καταθέσει και μετά την απόρριψη της αιτήσεως θεραπείας που είχε ασκήσει ενώπιον του Διοικητή του Νοσοκομείου, ενώ εξ άλλου με την αίτηση αυτή είχε ουσιαστικά παραθέσει τις απόψεις του για τα σχετικά ζητήματα.

[41]ΘΠΔΔ 6/2019 οπ. π.

[42]βλ Κ. Χ. Χρυσόγονος «Ατομικά και Κοινωνικά δικαιώματα» Τρίτη αναθεωρημένη έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη , 2006 , σελ 54 και επόμενα.

[43]Βλ. Καρρά Α., ό.π., 2016, άρθ. 273 ΚΠΔ, παρ. Δ', υποπαρ. α', σελ. 524 επ., Σεβαστίδη Χ., ό.π., 2015, άρθ. 273 ΚΠΔ, παρ. 54, σελ. 3229.

[44]Βλ. Παπαδαμάκη Α., ό.π., 2017, παρ. 223, σελ.170, Μαργαρίτη Λ., ό.π., 1992, σελ.32, Συλίκο Γ., ό.π., 2003, άρθ. 273 ΚΠΔ, σελ.730, Μαργαρίτη Μ., ό.π., 2008, άρθ. 273 ΚΠΔ, παρ. 29, σελ. 535, Ανδρουλάκη Ν., Δαλακούρα Θ./Γιαννίδη Ι./Αναγνωστόπουλο Η., ό.π., 2015, άρθ. 273 ΚΠΔ, παρ. 13, σελ. 351, Μαργαρίτη Λ., ό.π., 2012, άρθ. 273 ΚΠΔ, παρ. 3, σελ. 1008, ενδεικτικά: ΑΠ 732/2009, ΠοινΧρ 3/2010, σελ. 190 επ., ΔιατΕισΠλημΑθ ΕΓ 87-09/306/38Δ 04.09.2009, ΠοινΧρ 8-9/2011, σελ. 553 επ.

Η αυτοδύναμη και άμεση εφαρμογή των διατάξεων της Σύμβασης[45] έγκειται, στο ότι πρόκειται για διατάξεις που είναι νομικά πλήρεις και δε χρήζουν περαιτέρω εξειδικεύσεων και επεξεργασίας από τα όργανα κάθε εσωτερικής έννομης τάξης που τις εφαρμόζει[46]. Στα κράτη μέλη μάλιστα, στα οποία συμπεριλαμβάνεται και η Ελλάδα, που έχουν κυρώσει την Σύμβαση με αυξημένη υπερνομοθετική ισχύ [47]οι διατάξεις της είναι άμεσα εφαρμόσιμες αναγνωρίζοντας στα άτομα τα δικαιώματα που εγγυάται. Εξάλλου η ιδιαιτερότητα του δημοσιοϋπαλληλικού δικαίου λόγω της ιεραρχίας και διάρθρωσής του -από την άλλοτε κρατούσα απόφαση περί απολύτου υπακοής[48] στην πιο εξελιγμένη στάθμιση της αρχής της νομιμότητας που διέπει τις πράξεις του υπαλλήλου –συντελείται ενδοϋπηρεσιακά με την προάσπιση των ατομικών του δικαιωμάτων, τα οποία προστατεύονται και από την υπερνομοθετική διάταξη του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ.

Η πειθαρχική διαδικασία, τόσο από πλευράς ουσιαστικού όσο και δικονομικού δικαίου, προσιδιάζει στο ποινικό δίκαιο και κομμάτια της δανείζεται ο διενεργών την ΕΔΕ υπάλληλος ρητά ή άρρητα (ερμηνευτικά) για να επιτελέσει το έργο του ήτοι αφενός της προάσπιση του δημοσίου συμφέροντος με την τήρηση εντούτοις των θεμελιωδών δικαιωμάτων του πειθαρχικώς διωκόμενου. Αν και μη ανήκον στον σκληρό πυρήνα του ποινικού δικαίου, το πειθαρχικό δίκαιο εντάσσεται στις υποθέσεις ποινικής φύσεως, και τις εγγυήσεις που παρέχονται από το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, όπως μεταξύ άλλων το δικαίωμα σιωπής και μη αυτοενοχοποίησης.[49]

Το δικαίωμα σιωπής και το συναφές δικαίωμα σε μη αυτοενοχοποίησης κατοχυρώνονται στην γενική ρήτρα του άρθρου 6 παρ. 1 ΕΣΔΑ. Έτσι, κατά το ΕΔΔΑ τα εν λόγω δικαιώματα είναι αναγνωρισμένοι διεθνείς κανόνες που βρίσκονται στην καρδιά της έννοιας της δίκαιης δίκης του άρθρου 6, προστατεύουν τον κατηγορούμενο από αθέμιτες πιέσεις και εξαναγκασμούς εκ μέρους των διωκτικών αρχών και συμβάλλουν στην αποφυγή λαθών κατά την απονομή της δικαιοσύνης[50]. Λαμβάνοντας υπ'όψιν τη σημασία που αποδίδει το ΕΔΔΑ στο εν λόγω δικαίωμα ανακύπτει περαιτέρω ο προβληματισμός του επιτρεπτού ή μη της αξιοποίησης της σιωπής του κατηγορουμένου στην ποινική δίκη, δεδομένου ότι η αξιοποίησή της, έστω και υπό τη μορφή της εξαγωγής αρνητικών συμπερασμάτων, συνιστά ένα βαρύτατο περιορισμό του ίδιου του δικαιώματος.[51]Το ΕΔΔΑ έχει αντιμετωπίσει το ζήτημα αυτό σε μια σειρά υποθέσεων.[52]

---

[45]Βλ. Ε. Ρούκουνα, «Διεθνές δίκαιο», τεύχος 1, 3η έκδοση, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα Κομοτηνή 2004, σελ. 191.

[46]Βλ. Του ίδιου, «Διεθνής προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων», Βιβλιοπωλείον της «ΕΣΤΙΑΣ», Αθήνα 1995, σελ. 129

[47]Η ΕΣΔΑ στο κείμενό της βέβαια δεν καθορίζει τον τρόπο και τα μέσα με τα οποία κάθε κράτος μέλος θα την ενσωματώσει στην εσωτερική του έννομη τάξη.

[48]Βλ Μ. Στασινόπουλου «το δίκαιο των διοικητικών πράξεων», Αθήνα, 1957, σελ. 182 επ

[49]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 Vandova κατά Βουλγαρίας, 2016)

[50]Βλ. *Ανδρουλάκη*, σε: ΕΣΔΑ & Ποινικό Δίκαιο (Επιμ. Κοτσαλή), σ. 429, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία του ΕΔΔΑ

[51]Πρβλ. *Griffin* v. California 3800 US, 614 (1965).

[52]Απόφαση της 8-2-1996, John Murrayv. UK, Απόφαση της 6-9-2000, Averill v. UK, Απόφαση της 2-5-2000, Condron v. UK. Απόφαση της 8-10-2002τ, Beckles v. UK., Απόφαση της 20-5-2010, Adetoro v. UK. Απόφαση της 7-5-2015, O'Donnell v. UK.

Η θεμελιώδης αρχή «nemo tenetur se ipsum accusare»[53] σύμφωνα με την πάγια πλέον νομολογία του ΕΔΔΑ, αποτελεί ουσιώδες στοιχείο [54]της έννοιας της δίκαιης δίκης του άρθρου 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α..[55]Ο κανόνας "sole or decisive" σύμφωνα με το ΕΔΔΑ ως όριο προστασίας, έστω σχετικής, του δικαιώματος σιωπής εντοπίζεται στη στήριξη μιας καταδίκης αποκλειστικά ή κυρίως στη σιωπή του κατηγορουμένου.[56] Δηλαδή, η στήριξη μιας καταδίκης αποκλειστικά ή κατά κύριο λόγο στη σιωπή του κατηγορουμένου σε οποιοδήποτε στάδιο της ποινικής διαδικασίας θα οδηγεί πάντοτε σε παραβίαση του άρθρου 6 ΕΣΔΑ. Το πότε μια καταδίκη στηρίζεται κυρίως στη σιωπή του κατηγορουμένου εξαρτάται από το σύνολο του αποδεικτικού υλικού που στηρίζει την κατηγορία.[57] Στο πλαίσιο αυτό το ΕΔΔΑ εξετάζει την ουσία της υπόθεσης και κυρίως την αποδεικτική διαδικασία για να διαπιστώσει όχι μόνο τη βαρύτητα των λοιπών αποδεικτικών μέσων, αλλά και τους συλλογισμούς του δικαστηρίου κατά την αξιολόγηση των αποδείξεων, ώστε να διακριβώσει αν η καταδίκη βασίστηκε κυρίως ή όχι στη σιωπή του κατηγορουμένου.

Επί της ουσίας η πλήρωση όλων των δικαιωμάτων αυτών που είναι ουσιώδη για τον εν δυνάμει διωκομένου στο πλαίσιο της κλήσης του ως ανωμοτί καταθέσαντα δεν μπορούν να είναι μέσο ενοχοποίησης ή άλλως απόδειξη ενοχής αλλά σεβασμού, ή δε πορισματική έκθεση επί της Ε.Δ.Ε θα στηριχθεί [58]στις λοιπές προϋποθέσεις (πραγματικά περιστατικά-έγγραφα-μάρτυρες-λοιπές ανακριτικές πράξεις).

---

[53]Βλ Ολ ΑΠ 1/2004: 2. Η προαναφερόμενη απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου θεμελίωσε την κρίση της, ότι δεν είναι επιτρεπτή η αποδεικτική αξιοποίηση των ανώμοτων μαρτυρικών καταθέσεων των υπόπτων, που λήφθηκαν κατά τη διάρκεια της αυτεπάγγελτης προανακρίσεως, στην ανάγκη διασφάλισης των υπερασπιστικών δικαιωμάτων του κατηγορουμένου και ειδικότερα του δικαιώματος σιωπής και μη αυτοενοχοποίησής του. Η θεμελιώδης αυτή αρχή «nemo tenetur se ipsum accusare» διακηρύσσεται ήδη πανηγυρικά στο άρθρο 14 παρ. 3 ζ' του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα, που κυρώθηκε με το ν. 2462/1997 και έχει την ισχύ που ορίζει το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος. Κατά τη διάταξη αυτή, κάθε πρόσωπο που κατηγορείται για ποινικό αδίκημα απολαύει, σε πλήρη ισότητα, μεταξύ άλλων και την εγγύηση «να μην εξαναγκάζεται να καταθέσει εναντίον του εαυτού του ή να ομολογήσει την ενοχή του.» Η εν λόγω αρχή, σύμφωνα με την πάγια πλέον νομολογία του Ευρ.Δ.Δ.Α., αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της έννοιας της δίκαιης δίκης του άρθρου 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α. Ειδικότερα το Ευρ. Δ.Δ.Α., στις υποθέσεις J.B. κατά Ελβετίας της 3-5-2001 και Saunders κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 29-11-1996, αποφάνθηκε ότι το δικαίωμα στη μη αυτοενοχοποίηση «προϋποθέτει ιδίως ότι οι κρατικές αρχές οφείλουν να αποδεικνύουν τους ισχυρισμούς τους χωρίς να λαμβάνουν υπόψη τους αποδεικτικά μέσα, τα οποία αποκτώνται κατόπιν άσκησης εξαναγκασμού και πίεσης ενάντια στη βούληση του κατηγορουμένου. Έκρινε δε ότι οι καταθέσεις των εξεταζομένων, που λαμβάνονται με καταναγκαστικά μέσα (όπως με την απειλή κύρωσης σε περίπτωση άρνησης κατάθεσης) κατά τη διενέργεια ακόμη και ενός διοικητικού ελέγχου, απαγορεύεται να αξιοποιηθούν στην ποινική δίκη σε βάρος του ίδιου προσώπου, ενάντια στη βούλησή του. Περαιτέρω το Ευρ.Δ.Δ.Α. έθεσε ως γενικό κανόνα την υπεροχή του δικαιώματος στη μη αυτοενοχοποίηση έναντι του δημόσιου συμφέροντος για άσκηση ποινικής δίωξης και διευκρίνισε, στην παρ. 74 της δεύτερης από τις πιο πάνω αποφάσεις, ότι υφίσταται παραβίαση του εν λόγω δικαιώματος και αν ακόμη οι αξιοποιηθείσες μαρτυρικές καταθέσεις έχουν ληφθεί πριν αποδοθεί στον εξεταζόμενο τέλεση αξιόποινης πράξης, επισήμανε δε, στις παρ. 71 και 72 της ίδιας απόφασης, ότι τούτο ισχύει ανεξάρτητα αν κατά περιεχόμενο η σχετική κατάθεση έχει άμεσο ή μη επιβαρυντικό χαρακτήρα.

[54]Βλ Τσόλκα Ο., Η αρχή «nemo tenetur se ipsum prodere/accusare» στην ποινική δίκη, Ποιν. Χρ. Εκδ. Δίκαιο & Οικονομία Π.Ν. Σάκκουλας, Αθήνα 2002, σελ. 146.

[55]Βλ. Καποτά Π., Τραυλου Ε. 3ο Συνέδριο Ελλήνων Δημοσιολόγων: ¨Η εφαρμογή των υπερνομοθετικής ισχύος αρχών του ποινικού δικαίου στην πειθαρχική διαδικασία» σελ 15 με παραπομπή σε Berger, Mark, Self-Incrimination and the European Court of HumanRights: ProceduralIssuesintheEnforcementoftheRighttoSilence (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.

[56]Βλ. *Murray*, όπ.π., σκ. 47, *Adetoro*, όπ.π., σκ. 48

[57]Βλ. *O' Donnell*, όπ.π., σκ. 54.

[58]Αξίζει στο σημείο τούτο η επισήμανση των απαραίτητων κεφαλαίων που πρέπει να έχει μία Ε.Δ.Ε : 1. Ιστορικό, 2. Ενέργειες –Μεθοδολογία,3. εξέταση μαρτύρων, 4. Έγγραφα, 5. Νομική βάση, 6. Διαπιστώσεις, 7. Συμπεράσματα, 8. προτάσεις, 9. Διαπιστώσεις.

Εξαιρετικά ενδιαφέρουσα η ΣτΕ 332/1998 όπου επί νομίμου αρνήσεως (ούτε καν σιωπής των πραγματικών περιστατικών λογίστηκε η άρνηση από τη Διοίκηση ως ψευδορκία και ενδεικτικώς σκέψη 4 «….το περιεχόμενο της ενόρκου καταθέσεως της προσφεύγουσας στα πλαίσια της ένορκης διοικητικής εξέτασης, συνίστατο σε άρνηση του νομίμου δικαιώματος της υπερασπίσεως. Υπό τα δεδομένα αυτά, η ένορκη αυτή κατάθεση της προσφεύγουσας δεν ήταν δυνατό να αποτελέσει νόμιμη βάση της πειθαρχικής διώξεως για το πειθαρχικό παράπτωμα της ψευδορκίας, για το οποίο αυτή τιμωρήθηκε, και για τον λόγο αυτό πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, παρελκούσης ως αλυσιτελούς της εξετάσεως των προβαλλομένων λόγων».

Το, δε, κυρίως ανακύπτον ζήτημα στο πλαίσιο της υπ' αριθμόν 2420/2018 απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετίζεται με το νόμω βάσιμο των προβαλλόμενων λόγων ακύρωσης και αφορά στην τυχόν παραβίαση διαφόρων δικαιωμάτων του πειθαρχικώς εγκαλούμενου, τα οποία απορρέουν από το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ.[59]Η απόφαση στηρίζεται σε στάδιο πειθαρχικής διώξεως πλην στην παρούσα εισήγηση διαπιστώνεται αναλογία εφαρμογής.

Συγκεκριμένα, με την προμνησθείσα αίτηση προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη του πειθαρχικού συμβουλίου παρίσταται ακυρωτέα ενόψει της παραβίασης των δικαιωμάτων της σιωπής και μη αυτοενοχοποίησης του αιτούντος καθώς επίσης και του δικαιώματός του για παράσταση με δικηγόρο. Σημειώνεται ότι τα ως άνω δικαιώματα αναγνωρίζονται και στους πειθαρχικώς διωκόμενους ενόψει του ότι οι πειθαρχικές ποινές είναι κατά κανόνα σοβαρές και η επιβολή τους έχει θεσπισθεί από τον νομοθέτη για αποτρεπτικό και κατασταλτικό σκοπό. Συνακόλουθα, με βάση την παράγραφο 1 του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ από την αμφισβήτηση της νομιμότητας πειθαρχικών αποφάσεων αναφύονται διαφορές «ποινικής φύσης» βάσει των κριτηρίων Engel και των -παρόμοιων αυτών- κριτηρίων της απόφασης Bonda. Εξάλλου, από το άρθρο 108 του Υπαλληλικού Κώδικα προκύπτει ότι οι αρχές που ερείδονται στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ και σχετίζονται με το ποινικό δίκαιο, καλούνται σε εφαρμογή και στο πειθαρχικό δίκαιο. Κατά τα διαλαμβανόμενα στην εν λόγω διάταξη, το πειθαρχικό δίκαιο διέπεται αναλόγως από αρχές και κανόνες του ποινικού δικαίου και της ποινικής δικονομίας, εφ' όσον δεν αντίκεινται στις ρυθμίσεις του Κώδικα και συνάδουν με τη φύση και το σκοπό της πειθαρχικής διαδικασίας. Αναλυτικότερα, εφαρμοστέοι μεταξύ άλλων είναι οι κανόνες που αφορούν στο δικαίωμα σιγής και στο τεκμήριο της αθωότητας του πειθαρχικώς διωκομένου. Περαιτέρω, κατά την πειθαρχική διαδικασία χωρεί εφαρμογή και των δικαιωμάτων της ακρόασης και της μη αυτοενοχοποίησης του διωκομένου καθώς επίσης και του δικαιώματος ελεύθερης επιλογής και αντικατάστασης του συνηγόρου του.[60]

Εν προκειμένω, από το σώμα της υπ' αριθμόν 2420/2018 απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας προκύπτει ότι στο πλαίσιο της οικείας πειθαρχικής διαδικασίας απορρέουσες από το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ εγγυήσεις περιορίστηκαν ποικιλοτρόπως. Αναλυτικότερα, περιορισμός των εγγυήσεων του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ ανακύπτει: (α) κατά την απόρριψη του αιτήματος του εγκαλούμενου μέλους ΔΕΠ για αναβολή από το αρμόδιο πειθαρχικό συμβούλιο, (β) κατά τη συμπερίληψη στην πειθαρχική δικογραφία μαρτυρικής κατάθεσης του εν θέματι, η οποία δόθηκε πριν την απόκτηση από τον ίδιο της ιδιότητας του διωκόμενου, και (γ) κατά τη λήψη υπόψη από το πειθαρχικό συμβούλιο της κατάθεσης του, η οποία δόθηκε ενόρκως καίτοι ο ίδιος είχε πλέον την ιδιότητα του διωκόμενου. Ενόψει δε της φύσης της κρινόμενης διαφοράς

[59]Μάλιστα, λόγω της σπουδαιότητας του συγκεκριμένου ζητήματος που αφορά στον τύπο της εξέτασης του πειθαρχικώς διωκόμενου ενώπιον της εισηγήτριας του πειθαρχικού συμβουλίου, το Γ΄τμήμα παρέπεμψε την υπόθεση κατ' εφαρμογή του άρθρου 14 παρ. 5 του ΠΔ 18/1989 στην επταμελή σύνθεση του Συμβουλίου της Επικρατείας.
[60]Βλ ΘΠΔΔ 6/2019 οπ. π

ως ακυρωτικής, είναι κομβικής σημασίας το εάν οι προμνησθέντες περιορισμοί του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ ήταν θεμιτοί.

Περαιτέρω στη ΣτΕ 1264/2014 σκέψη 8. Επειδή σύμφωνα με τα ήδη ιστορηθέντα, η Ε.Π, αφού της ανατέθηκε η διενέργεια της ένορκης διοικητικής εξετάσεως σε αντικατάσταση του Λ.Ι, επανέλαβε τη σχετική διαδικασία, εξετάζοντας εκ νέου ως μάρτυρα τον Α.Μ (βλ. την από 28.12.2010 έκθεση εξετάσεως μάρτυρα) και καλώντας τον προσφεύγοντα να καταθέσει ενώπιόν της και δεν υιοθέτησε απλώς το αποτέλεσμα της έρευνας που είχε διενεργήσει ο Λ.Ι, αφού άλλωστε αυτός αντικαταστάθηκε πριν από τη σύνταξη πορίσματος. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την έκθεση που συνέταξε, η Ε. Π, πριν από τη σύνταξή της, μελέτησε όλα τα στοιχεία του φακέλου μεταξύ δε αυτών έλαβε υπ' όψιν της και τα στοιχεία που είχε συλλέξει ο Λ.Ι (πρβλ. ΣτΕ 4567/1995). Εξ άλλου, το γεγονός ότι η ένορκη διοικητική εξέταση ολοκληρώθηκε χωρίς ο προσφεύγων να καταθέσει ενώπιον της Ε.Π δεν συνιστά πλημμέλεια αυτής καθώς τούτος, αν και κλήθηκε επανειλημμένως, αρνήθηκε να καταθέσει ισχυριζόμενος ότι είναι παράνομη η διεξαγωγή ένορκης διοικητικής εξετάσεως και ότι είχε καταθέσει αίτηση θεραπείας και ιεραρχική προσφυγή κατά της αποφάσεως διενέργειάς της δεν καθιστούσε αναγκαία νέα κλήση του να καταθέσει μετά την εξέταση των προσφυγών αυτών, αφού τούτο ουδόλως προβλέπεται από τις οικείες διατάξεις της νομοθεσίας, στις οποίες αντιθέτως ορίζεται εν όψει της ανάγκης ταχείας διαλευκάνσεως των πειθαρχικών ευθυνών των υπαλλήλων ότι η άρνηση του διωκομένου να εξετασθεί δεν εμποδίζει την πρόοδο της διαδικασίας (βλ. τα παρατεθέντα στην 5η σκέψη άρθρα 126 παράγραφος 3 και 132 του κώδικα κατάστασης δημοσίων πολιτικών διοικητικών υπαλλήλων και υπαλλήλων ν.π.δ.δ. που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 3528/2007), (πρβλ. ΣτΕ 1352/2002).

Στην παλαιότερη ΣτΕ 4610/2013 σκέψη 7. Εν προκειμένω, λαμβανομένου υπόψη ότι αορίστως προβάλλεται ότι οι εν λόγω ανωμοτί προανακριτικές καταθέσεις «ίσως ήταν και προϊόν σωματικής και ψυχολογικής βίας», δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης του δίκαιου χαρακτήρα της δίκης ενώπιον του διοικητικού εφετείου. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω γίνεται περαιτέρω δεκτό ότι σε υποθέσεις που δεν ανήκουν στο σκληρό πυρήνα του ποινικού δικαίου, ακόμη και αν έχει κριθεί ότι οι κατηγορίες αυτές, μεταξύ των οποίων οι τελωνειακές παραβάσεις, αποτελούν «υποθέσεις ποινικής φύσεως», μπορούν να μην εφαρμόζονται με απόλυτη αυστηρότητα οι εγγυήσεις που παρέχονται απ' το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, (ΕΔΔΑ υπόθεση 73053/01 Jussila, σκ. 43), όπως λ.χ. το δικαίωμα σιωπής και μη αυτοενοχοποίησης του κατηγορουμένου. Ως εκ τούτου, ενόψει του ότι στις διατάξεις των άρθρων 97 παρ. 5 και 99 παρ. 1 του Τελωνειακού Κώδικα ρητώς προβλέπεται διαδικασία διοικητικής ανακρίσεως διενεργουμένης από τα όργανα της τελωνειακής αρχής στα πλαίσια της οποίας λαμβάνουν χώρα εξετάσεις προσώπων (πρβλ. ΣτΕ 2544/1996, 4178/2005), οι σχετικές καταθέσεις, ως εν προκειμένω η ανωμοτί κατάθεση του οδηγού του βυτιοφόρου νομίμως δύνανται κατ' αρχήν να συνεκτιμώνται από τα δικαστήρια της ουσίας (ΣτΕ 3181/2008, 422/2007). Στην παρούσα δε υπόθεση, κυριολεκτικώς, δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης του δικαιώματος σιωπής και μη αυτοενοχοποίησης της αναιρεσείουσας, όπως η ίδια φαίνεται να υπολαμβάνει, δεδομένου ότι το διοικητικό εφετείο στήριξε την κρίση του στην κατάθεση του οδηγού του βυτιοφόρου και όχι της ίδιας. Περαιτέρω, κατά το μέρος που προβάλλεται παραβίαση του άρθρου 14 παρ. 1 του ΔΣΑΠΔ ο λόγος είναι απορριπτέος ως αόριστος.

Είναι σαφές πως η Ε.Δ.Ε ως εκ της διοικητικής της φύσεως επιλύει τα προβλήματά της ενδοδιοικητικά και κυρίως απασχολεί το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους και της Αρχής Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, οι ως άνω παρατεθείσες αποφάσεις αναφέρονται στο στάδιο της διώξεως, πλην όμως μπορούν να εφαρμοστούν αναλογικά και στην Ε.Δ.Ε και επίσης είναι θεμέλιο γνώσης για την Ε.Δ.Ε

7. Η αρχή του estoppel και το ερώτημα αν μπορεί να ενταχθεί στην Ένορκη Διοικητική Εξέταση ως επισφράγιση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του υπαλλήλου.

Η εμπιστοσύνη του υπαλλήλου προς το κράτος ειδικότερα λόγω συνήθως της πλήρους υιοθέτησης του ιεραρχικού μοντέλου εμφανίζεται πιο σταθερή και ισχυρή σε σχέση με έναν πολίτη. Η αρχή της εμπιστοσύνης συνδέεται επομένως στενά με την όλη νομική κατασκευή του κράτους δικαίου, με την διευρυμένη έννοια με την οποία σήμερα περιγράφεται από την νομική θεωρεία, όχι απλώς ως ένα σύστημα τυπικών εγγυήσεων υπέρ των ελευθεριών του ατόμου, αλλά ως αναπόσπαστη ολότητα με τις συνταγματικές ρυθμίσεις που κατοχυρώνουν την ανθρώπινη αξία (2 παρ. 1 Συντάγματος και 25 παρ. 1 Συντάγματος).[61]

Η εμπιστοσύνη του υπαλλήλου συναρτάται με μία πραγματική κατάσταση που τον αφορά και σχετίζεται με μια συγκεκριμένη δραστηριότητα η οποία εν προκειμένω είναι και πολύ τυπική καθώς και εξαιρετικά σημαντική, με πεποίθηση ότι οι διενεργούντες μια Ε.Δ.Ε είναι υπάλληλοι Α΄ βαθμού και εγνωσμένου υπαλληλικού κύρους, συνήθως Προϊστάμενοι, άρα κριθέντες με θέσεις ευθύνης και τούτο σηματοδοτεί ότι ο τρόπος που θα του παράξουν τα δικαιώματά του θα είναι ίδιος σε όλα τα στάδια και σταθερός στο μέλλον με πεποίθηση περί της ορθότητας αντικειμενικότητας και επιστημονικότητας της συμπεριφοράς. Η συμπεριφορά της διοίκησης πρέπει να διέπεται από ευθύτητα, δηλαδή να μην ενεργεί ή να μη παραλείπει, με τη χρησιμοποίηση τεχνασμάτων νομιμοφανών ή παρανόμων, ούτε κατά τρόπο αντιφατικό ή επιπόλαιο.[62]

Αναμφίλεκτα το είδος της κλήσης που θα λάβει ένας υπάλληλος προσδιορίζει τη θέση του στη διαδικασία. Όποιος λάβει κλήση για ανομωτί εξέταση γνωρίζει ότι είναι εν δυνάμει διωκόμενος και αυτό αλλάζει ριζικά τη στάση του –μα και τη στάση και προσοχή του ίδιου του διενεργούντος την Ε.Δ.Ε-. Ιδιαίτερο ζήτημα εντοπίζεται στις inrem Ε.Δ.Ε και πως μπορεί να χρησιμοποιηθεί μια αρχικά ένορκη εξέταση. Αν η ένορκη κατάθεση του υπαλλήλου (με πεποίθηση ότι είναι απλός μάρτυρας) χρησιμοποιηθεί για να προσδιορίσει ένα πειθαρχικό αδίκημα ως συμπέρασμα της πορισματικής έκθεσης, τότε ο υπάλληλος χάνει θεμελιώδη δικαιώματα συμβατά με όλες τις ανωτέρω αναλυόμενες αρχές μα και αυτή της δικαιολογημένης του εμπιστοσύνης που στηρίζει την αρχή του estoppel. Εν προκειμένω η διοίκηση δια της παράλειψής της, να τον καλέσει εκ νέου ανωμοτί (καθώς σε επιγενόμενο στάδιο μετατρέπει την «in rem» σε «in personam» και ως εκ τούτου οφείλει να του παράσχει τα δικαιώματα του διωκομένου), παραβιάζει μια «δικαιολογημένη» εμπιστοσύνη και προφανώς δεν τον προστατεύει.

Προσφυώς εντοπίζονται συχνά λάθη και παραλήψεις της διοίκησης από έλλειψη γνώσης είτε από επιπολαιότητα. Σε μία Ε.Δ.Ε πλην της νομικής έδρασης που πρέπει να είναι στέρεη πρέπει να υπάρχουν και βασικές γνώσεις ψυχολογίας της νόησης[63] καθώς έχουμε αλληλοδιαπλοκή μαρτύρων και μια ορθή αξιολόγηση της προσωπικότητας βοηθά ακόμα και για την επιλογή της μεθόδου ανάκρισης και τον τρόπο υποβολής των ερωτήσεων περικύκλωσης.[64]

---

[61] Βλ. Κατρούγκαλο Γ. « η προστασία της εμπιστοσύνης του πολίτη προς το κράτος» ΔιΔικ 5(1993) σελ 943.

[62]βλ. ενδεικτικά Τάχου Α., Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 2003, σελ. 76 επ.

[63]Η ψυχολογία της νόησης ουσιαστικά αφορά την γνωστική ψυχολογία και τα βασικά ευρήματα αυτής που ασχολείται με τις γνωστικές δεξιότητες και επεξεργασίες που εμπλέκονται στην ανθρώπινη σκέψη-πως οι άνθρωποι συλλογίζονται, πως παίρνουν αποφάσεις, πως υπολογίζουν πιθανότητες, πως λύνουν τα προβλήματα και πως αποκτούν γνώσεις και εμπειρογνωμοσύνη.

[64]Δεν συνιστά αντικείμενο της παρούσας εισήγησης μα ο συνδυασμός των γνώσεων των κανόνων δικαίου και εν προκειμένω του άρθρου 126 ΥΚ μαζί με την αρχή των υπερνομοθετικής ισχύς αρχών αλλά και τον τεχνικών της Ε.Δ.Ε (Reid και SiS -StandardInterviewStrategy) καθιστούν ευκολότερο το έργο κάθε διενεργούντος.

Μπαίνοντας ο υπάλληλος στη διαδικασία ως διωκόμενος οφείλει να πιστεύει στα λεγόμενα και πράξεις του διενεργούντος την Ε.Δ.Ε και ότι σε καμία περίπτωση δεν θα αρνηθεί να του αναγνωρίσει δικαιώματα και ωφελήματα, δεν θα παραλείψει από σφάλμα την απόδοση δικαιωμάτων (estoppel)[65] και δεν θα τύχει μερολοψίας ή ακόμα χειρότερο άγνοιας επί της διαδικασίας. Μοιάζει πως θα μπορούσε να ενταχθεί στη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη η πεποίθηση του υπαλλήλου ότι ο διενεργών την ΕΔΕ θα τον ενημερώσει πλήρως για τα δικαιώματά του, χωρίς ενδεχομένως να ανατρέψει ευνοϊκές καταστάσεις γι αυτόν.

Ενδιαφέρουσα η ΣτΕ2138/2006 σκέψη 6: «..η διεξαχθείσα έρευνα δεν εστρέφετο κατά συγκεκριμένου προσώπου, φερόμενου ως υπαιτίου για την διάπραξη ορισμένου πειθαρχικού προσώπου, ότι στο πλαίσιο ερεύνης αυτής, ο ήδη προσφεύγων, εκλήθη να καταθέσει όχι ως εγκαλούμενος αλλά ως μάρτυρας- εξετασθείς μάλιστα όχι ανωμοτί αλλά ενόρκως –και ότι από το γεγονός αυτό δημιουργήθηκε σ΄αυτόν η πεποίθησις ότι δεν ευρίσκετο σε εξέλιξη πειθαρχικής δίωξις στρεφόμενη κατ΄αυτού, ώστε να δυνηθεί να ζητήσει την εξέταση μαρτύρων και ενδεχομένως να ζητήσει να παραστεί με δικηγόρο, με αποτέλεσμα να στερηθεί τελικά των ως άνω παρεχόμενων σ΄αυτόν από το νόμο υπερασπιστικών του δικαιωμάτων, πράγμα για το οποίο μάλιστα παρεπονέθη με το απολογητικό του υπόμνημα ενώπιον του πειθαρχικού συμβουλίου». Εν προκειμένω στο συγκεκριμένο υπάλληλο επιβλήθηκε από το Πειθαρχικό Συμβούλιο η ποινή της οριστικής παύσης επί ένορκης κατάθεσης χωρίς την τήρηση των κανόνων μιας Ε.Δ.Ε και ορθώς το Συμβούλιο της Επικρατείας ανέπεμψε στη Διοίκηση για τη διεξαγωγή ανάκρισης».

Ο διενεργών την Ε.Δ.Ε ας μην ξεχνάμε ότι προσωποποιεί το κράτος του νόμου, που δημιουργεί σταθερή και δικαιολογημένη πεποίθηση στον υπάλληλο που εμπλέκεται σε πρωτόγνωρες για αυτόν διατυπώσεις, σπάνια με νομικό συμπαραστάτη και γιαυτό αυτή η μη θεμελιωμένη νομολογιακή σύνδεση με την αρχή του estoppel, και ως εκ τούτου η μη αναμφίβολη νομική της δέσμευση μπορεί να δημιουργήσει ισχυρές προσδοκίες επίκλησης και ερμηνείας της από τον διοικητικό δικαστή του μέλλοντος.

Αντί επιλόγου

Οι αναλυόμενες τέσσερις αρχές απορρέουν από νομοθετικούς κανόνες, κανόνες υπερνομοθετικής ισχύς αλλά και από συνταγματικό κανόνα και διαπερνούν ως εκ τούτου όλο το δικαιϊκό φάσμα, εφαρμοζόμενες mutatis mutandis και στην πειθαρχική διαδικασία. Ακόμα και η μη ύπαρξη τούτη τη στιγμή της αρχής του estoppel στη νομολογία δεν εμποδίζει τη μελλοντική κατοχύρωσή της, καθώς η αλληλοδιαπλοκή των δικαιϊκών αρχών ενδεχομένως δεν αποσαφηνίζουν την μοναδικότητας της αρχής.

Η παροχή του συνόλου των δικαιωμάτων αυτών με την πλήρωση των αρχών, μετουσιώνει το κράτος δικαίου σε ένα νευραλγικό του κομμάτι, αυτό του δημοσιοϋπαλληλικού δικαίου που ουσιαστικά ενσαρκώνει τον τρόπο συμπεριφοράς της Διοίκησης στους διοικουμένους της. Αν η Διοίκηση δεν σέβεται το «σώμα» της, φαίνεται μονόδρομος ο μη σεβασμός στους διοικούμενους. Εξάλλου θα φαινόταν οξύμωρο να τηρούνται μόνο οι τέσσερις οφθαλμοφανείς αρχές και να αποστερούνταν οι υπάλληλοι και άλλες θεμελιώδεις.

Με την αμετροέπεια που διακρίνει τους ρομαντικούς νιώθω ότι η διοίκηση έχει έργο να μάθει, να εκπαιδευθεί, να ερωτευτεί (κατά τον Καστοριαδικό έρωτα της γνώσης) και να

[65]Βλ. ΣτΕ 2111/2018 στη διεθνή δικαιική αρχή estoppel", σύμφωνα με την οποία «η Διοίκηση δεν μπορεί με τις πράξεις της να έρχεται σε αντίθεση με αυτό που η ίδια έχει καθιερώσει ως «ορθό», ακόμη και αν η ίδια δεν εφαρμόζει ορθώς συγκεκριμένους κανόνες δικαίου», και η οποία (αρχή)» "στην ελληνική νομική ορολογία θα μπορούσε [...] να θεωρηθεί ως ειδικότερη έκφανση της αρχής της χρηστής διοίκησης".

αλλάξει, Ακόλουθα αλλαγής χρήζει και η πεποίθηση των εκτός Διοίκησης επιστημόνων που την κατατάσσουν σε σώμα αδαών και ημιμαθών και προετοιμάζονται για τις υποθέσεις που αναλαμβάνουν ελλιπώς και προσχηματικώς. Στόχος μια σύγχρονης και ουσιαστικής Διοίκησης είναι η άρτια και δομημένη Ένορκη Διοικητική Εξέταση από όλους τους εμπλεκόμενους που οδηγεί σε μία άριστη πειθαρχική διαδικασία εν συνόλω.

Το Επίπεδο Απόδειξης στις Φορολογικές Διαφορές με αφορμή την υπ' αριθμ. 884/2016 απόφαση του ΣτΕ

Μαρία Κιτσάκη, Δικηγόρος, Υπ. ΔΝ, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου

Η απόδειξη των αμφισβητούμενων πραγματικών περιστατικών που έχουν ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της διοικητικής δίκης, πέρα από υποχρέωση που προβλέπεται στον δικονομικό κανόνα περί κατανομής του βάρους της απόδειξης[1], αποτελεί ειδικότερη έκφανση του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος[2], ενώ κατ' άλλους συγγραφείς το δικαίωμα απόδειξης περιλαμβάνεται και στο δικαίωμα ακροάσεως[3]. Η παρεχόμενη από το άρθρο αυτό δικαστική προστασία, θα έχανε την πληρότητα και την αποτελεσματικότητά της εάν δεν συμπεριλάμβανε και το δικαίωμα της διεξαγωγής της αποδεικτικής διαδικασίας ως μέρους της δίκαιης δίκης, υπό καθεστώς ισότητας των διαδίκων και προστασίας των δικαιωμάτων άμυνας και υπεράσπισης[4]. Το δικαίωμα της απόδειξης κατοχυρώνεται στο άρθρο 6 παρ. 1 και 13 της ΕΣΔΑ, στο άρθρο 14 του ΔΣΑΠΔ (Ν. 2462/97), στο άρθρο 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ε.Ε. και στο άρθρο 19 της ΣΕΕ, όχι ως κατ' ιδίαν ρυθμιζόμενο δικαίωμα, το οποίο, εξάλλου, ανάγεται στη δικονομική αυτονομία των κρατών μελών[5] αλλά ως θεμελιώδες και αναπόσπαστο μέρος της διαδικασίας στο πλαίσιο της διεξαγωγής της δίκαιης δίκης στο σύνολό της[6]. Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι στο άρθρο 52 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων , προβλέπεται ότι κάθε περιορισμός δικαιωμάτων που κατοχυρώνονται στον Χάρτη πρέπει να προβλέπεται από τον νόμο. Από τα παραπάνω παρέπεται ότι το δικαίωμα αποδείξεως εμπεριέχεται στην συνταγματικής και υπερνομοθετικής κατοχύρωσης αξίωση δικαστικής προστασίας, δεν είναι δυνατός ο αποκλεισμός του με νόμο, ενώ ενδεχόμενοι περιορισμοί του χρειάζονται ειδική αιτιολόγηση[7].

Το δικαίωμα της απόδειξης τελεί σε άμεση συνάρτηση με τον σκοπό της απόδειξης. Σύμφωνα με το άρθρο 33 του ΚΔΔ, το δικαστήριο λαμβάνει όλα τα την κρίση του πρόσφορα μέτρα για την διακρίβωση της αλήθειας[8] και την ταχύτερη έκδοση της απόφασης. Έτσι καθιερώνεται το ανακριτικό σύστημα στη διοικητική δίκη και, ειδικότερα, η αρχή της πρωτοβουλίας του

---

[1] Αρθ. 145 του ΚΔΔ. Βλ. Π. Γιαννακάκη Η απόδειξη ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ. 9.

[2] Για το περιεχόμενο του δικαιώματος δικαστικής προστασίας ως δικαιώματος πρόσβασης σε δικαστήριο και ακρόασης από δικαστή βλ. Β. Σκουρή, Διοικητικό δικονομικό δίκαιο Ι σελ. 57, Σοϊλεντάκη Ν. σε Σπυρόπουλο Φ. κ.α. Σύνταγμα, εκδ. Σάκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017 σελ. 499.

[3] Π. Γέσιου-Φαλτσή, Το δικαίωμα αποδείξεως, ΕλλΔ/νη, 1987, σελ. 565,

[4] Ε. Πρεβεδούρου σε Π. Γιαννακάκη, ο.π. σελ. ΙΧ.

[5] Βλ. συναφώς Ι. Δημητρακόπουλου, Διοικητικές κυρώσεις και θεμελιώδη δικαιώματα/Σύνταγμα-ΕΣΔΑ-Δίκαιο Ε.Ε. εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2014, σελ. 286 καθώς και ΕΔΔΑ αποφ. της 4.6.2013 Ivan Stoyanov Vasilev κατά Βουλγαρίας.

[6] ΕΔΔΑ αποφ. της 25.6.2015, Canone κατά Γαλλίας, αποφ. της 5.2.2009 Olujic κατά Κροατίας, αποφ. της 15.6.2004, Tammimem κατά Φινλανδίας, αποφ. της 4.6.2013 Ivan Stoyanov Vasilev κατά Βουλγαρίας.

[7] Π. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αποδείξεως, εκδ. Σάκκουλα Θεσσαλονίκη, εκδ. 3η 1986, σελ. 20.

[8] Περισσότερα για την διάκριση μεταξύ τυπικής και ουσιαστικής αλήθειας και τις διάφορες γνωσιολογικές μεθόδους προσέγγισής της βλ. Ν Σοιλεντάκη Η απόδειξη και η απόφαση στη διοικητική δίκη Εκδόσεις Π.Ν. Σ.ακκουλα, Δίκαιο και Οικονομία, 2008, Ν. Παϊσίδου Η επίδειξη εγγράφων στην πολιτική δίκη 1993, σελ. 75 Κ. Μπέη Ερμηνεία ΚΠολΔ αρθ. 106 σελ. 539, Κ. Καλαβρού, Πολιτική Δικονομία, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 4η εκδ., 2016, σελ. 37

δικαστηρίου στην πρόοδο της δίκης[9]. Έτσι, θεωρείται ανύπαρκτη η παλαιότερη διάκριση μεταξύ της τυπικής και ουσιαστικής αλήθειας[10], η οποία έχει νόημα μόνο ως προς τις διαφορετικές μεθόδους της προσέγγισης αυτής[11] με βάση τους δικονομικούς κανόνες που εφαρμόζονται στο συζητητικό ή στο ανακριτικό σύστημα, ανά περίπτωση.

Έτσι, στη διοικητική δίκη, αναζητείται η αντικειμενική αλήθεια[12], σε αντιδιαστολή με την πολιτική δίκη, που διέπεται από το συζητητικό σύστημα, και δυνάμει της εξουσίας διαθέσεως, η απόδειξη διεξάγεται με ό,τι εισφέρθηκε από τους διαδίκους πριν ή κατά την συζήτηση. Αντίθετα, αναζητώντας την «ουσιαστική» αλήθεια ο διοικητικός δικαστής προσπαθεί να διαπιστώσει, χωρίς να δεσμεύεται από τους ισχυρισμούς των διαδίκων, αν πράγματι υπάρχει δικαίωμα ή έννομο συμφέρον που πλήττεται από την δράση της Διοίκησης[13].

Θεμελιώδεις αρχές της απόδειξης είναι η αρχή της πρωτοβουλίας του δικαστηρίου στη συγκέντρωση του αποδεικτικού υλικού, όπως ορίζεται στα άρθρα 33, 151, 152 και 155 ΚΔΔ, η οποία πηγάζει από το ανακριτικό σύστημα που διέπει την διοικητική δίκη. Η αρχή της διάθεσης, όμως, η οποία ισχύει και στην διοικητική δίκη[14] οριοθετεί το ανακριτικό σύστημα, δεδομένου ότι ο ιδιώτης μεριμνά για την εκκίνηση της δίκης[15], στα όρια που ο ίδιος θέτει, έχοντας έννομο συμφέρον να ζητήσει δικαστική προστασία για τα δημοσίου δικαίου δικαιώματά του που βλάπτονται και να ρυθμίσει την έναρξη της δίκης και το πέρας αυτής με κατάργησή της ή σύναψη συμβιβασμού[16], σύμφωνα με την αρχή της ελεύθερης διάθεσης του αντικειμένου της δίκης . Σε κάθε περίπτωση όμως, ο δικαστής δεσμεύεται από τα όρια που έθεσε ο ιδιώτης διάδικος για την παροχή έννομης προστασίας και δεν μπορεί να παρεκκλίνει από αυτά, αυτονοήτως δε τα όρια αυτά καταλαμβάνουν και την συλλογή του αποδεικτικού υλικού με πρωτοβουλία του δικαστηρίου. Εξάλλου στο άρθρο 145 ΚΔΔ, προβλέπεται ότι ο διάδικος οφείλει να αποδείξει τους ισχυρισμούς που επικαλείται (υποκειμενικό βάρος απόδειξης)[17], ενώ το αντικειμενικό βάρος απόδειξης, το οποίο ισχύει σε κάθε δίκη, είτε διέπεται από το ανακριτικό, είτε από το συζητητικό σύστημα[18] συνιστά ουσιαστικά την συνέπεια της μη απόδειξης για τον διάδικο ο οποίος βαρύνεται με την σχετική υποχρέωση, δεδομένου ότι εάν το δικαστήριο δεν σχηματίσει **πλήρη και βέβαιη δικανική πεποίθηση** για την αλήθεια των ισχυρισμών αυτοί θα απορριφθούν ως αναπόδεικτοι[19].

Για την επίλυση της διαφοράς απαιτείται ο σχηματισμός δικανικής πεποίθησης του δικαστή ως προς την αλήθεια ή αναλήθεια των πραγματικών περιστατικών και η υπαγωγή τους

---

[9] Βλ. Ν. Σοϊλεντάκη, ο.π. σελ. 11.

[10] Περισσότερα για τη σχετική συζήτηση σε Κ. Καλαβρό, Πολιτική Δικονομία, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 4η εκδ., 2016, σελ. 37

[11] Π. Χριστοδούλου, Τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα

[12] Βλ. και αρθ. 124 του καταργηθέντος ΚΦορΔ, : «.. το δικαστήριο αποβλέποντας στην ανεύρεση της **αντικειμενικής** αλήθειας χρησιμοποιεί τα αποδεικτικά μέσα κατά την κρίση του και τα εκτιμά ελεύθερα αν οι ειδικές διατάξεις που διέπουν την κρινόμενη υπόθεση δεν ορίζουν διαφορετικά», το οποίο ορολογικά και κατά περιεχόμενο ταυτίζεται με το άρθρο 33 του ΚΔΔ. Έτσι και Ν. Χατζητζανή, Ερμηνεία, σελ. 274, 885, Α. Τσούτσου, Δικονομικόν φορολογικόν δικαιον, σελ. 172.

[13] Π. Γιαννακάκη, ο.π. σελ. 7.

[14] Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο,

[15] Αρθ. 71, 126 ΚΔΔ.

[16] Ιδίως για απαλλοτριωτά δικαιώματα που δύνανται να ασκηθούν με αγωγή, βλ. Δ. Ράϊκου, Τα γνωσιολογικά θεμέλια της αποφάσεως του διοικητικού δικαστή, ΕλλΔ/νη τ. 3/2005 σελ. 572.

[17] Ή σε ποιόν επιρρίπτει το δικαστήριο το σχετικό βάρος, με την έκδοση προδικαστικής απόφασης .

[18] Ν. Σοϊλεντάκη, ο.π. σελ. 56, 57, Β. Β. Σκουρής Το βάρος της απόδειξης στη διοικητική δίκη, εκδ. Σάκκουλα, 1981, σελ 19 επ .

[19] Σκουρή Β. Το βάρος της απόδειξης στη διοικητική δίκη, εκδ. Σάκκουλα, 1981 σελ. 20, Νίκας Ν. Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 3η εκδ, 2018, σελ. 441.

στις οικείες νομικές διατάξεις, με ειδική και εμπεριστατωμένη, μάλιστα, αιτιολογία[20], ώστε να είναι δυνατός ο έλεγχος της ορθότητας των διαπιστώσεων του δικαστή, μέσω των αιτιολογιών της απόφασης[21]. Αυτός είναι και ο απώτατος σκοπός της απόδειξης. Ο σχηματισμός της δικανικής πεποίθησης του δικαστή δεν γίνεται ελεύθερα, αλλά με βάση τους δικονομικούς κανόνες και τους τύπους που ορίζονται στον νόμο στο μέτρο που απαιτεί κάθε φορά ο νόμος. Δεδομένου ότι από καμία διάταξη του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας δεν προβλέπεται ρητά και γενικά το μέτρο της απόδειξης, τούτο συνάγεται από τις διατάξεις που προβλέπουν ρητά διαβάθμιση του μέτρου της απόδειξης και, ως εξαιρέσεις επιβεβαιώνουν τον κανόνα[22]. Η διοικητική δίκη διέπεται από σύστημα της αυστηρής (άλλως δικονομικής) απόδειξης[23], με συγκεκριμένες μόνο, παρεκβάσεις. Στον αντίποδα της αυστηρής απόδειξης βρίσκεται η ελεύθερη απόδειξη, η οποία δεν υπόκειται στους ανωτέρω περιορισμούς, αλλά λαμβάνει χώρα ελεύθερα, με όποιο μέσο και τρόπο θεωρεί πρόσφορο ο δικαστής[24].

Ζήτημα αποτελεί η απαιτούμενη βαθμίδα δικανικής πεποίθησης του δικαστή, που ορίζεται ως μέτρο αποδείξεως (Beweismass) ή ποσοστό αποδείξεως (Beweisquantum), για τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά, το οποίο ορίζεται στον νόμο[25]. Σε περίπτωση που δεν προσδιορίζεται στο νόμο, η ανεύρεσή του γίνεται με την επαγωγική μέθοδο, εφόσον δε δεν προσδιορίζεται ο καθορισμός του θα πρέπει να γίνει επαγωγικά από τις διατάξεις που προβλέπουν ρητώς κάποια διαβάθμιση στο μέτρο αυτό[26]. Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη[27], προκειμένου να εξαχθεί δικαστική κρίση, απαιτείται κατά κανόνα πλήρης απόδειξη, αυτή δηλαδή που οδηγεί στην τέλεια και άνευ αμφιβολιών δικανική πεποίθηση του δικαστή[28] σε αντίθεση με την πιθανολόγηση[29], η οποία συνιστά το χαμηλότερο μέτρο απόδειξης που ορίζεται στον νόμο[30] και αρκείται στην απλή πιθανότητα σχετικά του αποδεικτέου ζητήματος[31] που τείνει σε σχηματισμό δικανικής κρίσης «προβληματικής» ως προς την αλήθεια του αποδεικτέου[32], συγχωρείται δε σε περιπτώσεις που πρέπει εκ των ενόντων ή άνευ χρονοτριβής να ληφθεί απόδειξη, οι οποίες ρητά ορίζονται από τον νόμο[33]. Οι περιπτώσεις αυτές είναι κυρίως οι

---

[20] Βλ. αρθ. 93 παρ. 3 Συντ. Έτσι η εκδιδόμενη δικαστική απόφαση πρέπει να είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένη, υπό την έννοια ότι πρέπει να αναφέρονται σ' αυτήν τα πραγματικά περιστατικά που αποδείχθηκαν και τα αποδεικτικά μέσα με βάση τα οποία το δικαστήριο κατέληξε στις συγκεκριμένες κρίσεις. Πρβλ. και Κ. Γιαννόπουλου, Εκτίμηση αποδείξεων από το διοικητικό δικαστήριο της ουσίας, ΔιΔικ 2/2004, σελ. 335.

[21] Βλ. Δ. Ράϊκου, Τα γνωσιολογικά θεμέλια της αποφάσεως του διοικητικού δικαστή, ΔιΔικ 3/2005, σελ. 569.

[22] Δ. Ράϊκου, Τα γνωσιολογικά θεμέλια της αποφάσεως του διοικητικού δικαστή, ο.π. σελ. 574, υποσημ. 56-57.

[23] Έτσι και Ν. Χατζητζανής, Ερμηνεία κατ' άρθρον Κώδικος Διοικητικής Δικονομίας, σελ. 915, όπου και μνημονεύονται οι εξαιρέσεις από σύστημα της αυστηρής απόδειξης, δηλαδή οι περιπτώσεις απώλειας στοιχείων του διοικητικού φακέλου, οπότε διατάσσεται απόδειξη του περιεχομένου τους με κάθε νόμιμο μέσο (αρθ. 149 παρ. 2 ΚΔΔ), η λήψη υπόψη μη κυρωθέντος αντιγράφου εγγράφου, εφόσον το δικαστήριο πείθεται για την ακρίβεια αυτού από άλλα στοιχεία, η απόδειξη του περιεχομένου απωλεσθέντος εγγράφου από άλλα στοιχεία (173 παρ. 2 ΚΔΔ) και η αμφισβήτηση της γνησιότητας της υπογραφής ιδιωτικού εγγράφου (αρθ. 175 παρ. 1 και 2 ΚΔΔ).

[24] Π. Γέσιου-Φαλτσή, Το δικαίωμα αποδείξεως, ΝοΒ 1987, σελ. 579, Ν. Χατζητζανή, ο.π. σελ. 887, 915, Δ. Ράϊκου, ο.π. σελ. 575.

[25] Π. Γέσιου-Φαλτσή, ο.π., ΝοΒ 1987, σελ. 579, Δίκαιο Αποδείξεως, ο.π. σελ. 72.

[26] Δ. Ράϊκου, ο.π. σελ. 579.

[27] Γ. Μητσόπουλος, Η πιθανολόγησις εν τω Αστικώ Δικονομικώ Δικαίω, 1952, Π. Γέσιου-Φαλτσή, ο.π. σελ. 53 επ., Ν. Σοϊλεντάκη, Η πιθανολόγηση στη διοικητική δίκη, ΔιΔικ 1993, σελ. 30 επ. κ.α..

[28] Βλ. Ν. Χατζητζανή, ο.π. σελ. 887. Έτσι και η παλαιότερη νομολογία, βλ. ενδ. ΣτΕ 2784/2002, 3304/95, 79/1999, 3180/1997, 3035/1997, 1341/1997, 5820/1995, 2408/2015, 1764/2011 κ.α..

[29] Αποτελεί και διαδικασία αλλά και μέτρο αποδείξεως.

[30] Δ. Ράϊκου, Τα γνωσιολογικά θεμέλια της αποφάσεως του διοικητικού δικαστή, ΔιΔικ 3/2005, σελ. 571.

[31] Π. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο Αποδείξεως, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1986, σελ. 73 επ, Δ. Ράϊκου, ο.π. σε. 582.

[32] Γ. Μητσόπουλου, ο.π. σελ. 31 επ.

[33] Βλ. Ν. Χατζητζανή ο.π. σελ. 887. Γ. Ράϊκου, ο.π. σελ. Πρβλ. και αρθ. 347 ΚΠολΔ: «Όπου ο νόμος θεωρεί αρκετή την πιθανολόγηση το δικαστήριο δεν έχει υποχρέωση να εφαρμόσει τις διατάξεις που ισχύουν για την

διαδικασίες παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (παλαιότερα η αναστολή εκτέλεσης δικαστικής απόφασης[34], η προσωρινή ρύθμιση κατάστασης[35], η προσωρινή επιδίκαση απαίτησης[36], χορήγηση προσωρινής διαταγής), όπου ο νόμος αρκείται στον σχηματισμό ήσσονος βαθμού δικανικής πεποιθήσεως, λόγω της ταχύτητας που εξασφαλίζει η πιθανολόγηση και είναι απαραίτητη για τη διασφάλιση της συνταγματικά κατοχυρωμένης αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Η πιθανολόγηση ως μέτρο απόδειξης, κατά πάγια νομολογία εφαρμόζεται επίσης στην περίπτωση επιδίκασης διαφυγόντων κερδών, κατ' άρθρο 298 ΑΚ, όπου, όπως προβλέπεται ρητά από την ανωτέρω διάταξη, που έχει ουσιαστικό αλλά και δικονομικό χαρακτήρα, η αξιούμενη αποζημίωση ανάγεται στο μέλλον και κατ' ανάγκη συνδέεται με την υποθετική εξέλιξη των πραγμάτων. Περαιτέρω, η πιθανολόγηση ως μέτρο απόδειξης καθιερώνεται στις διαφορές που αναφύονται από την εφαρμογή των διατάξεων περί συμβάσεων δημοσίων έργων[37]. Κατά τα λοιπά, ισχύει ο κανόνας του σχηματισμού πλήρους δικανικής πεποίθησης από τον διοικητικό δικαστή, κατά πάγια νομολογία του ΣτΕ[38]

Όλες οι παραπάνω διατάξεις και αρχές ισχύουν και για την απόδειξη στις φορολογικές διαφορές οι οποίες, μετά την κατάργηση του Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας διέπονται από τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, με την επιφύλαξη ειδικότερων διατάξεων που περιλαμβάνονται στον ισχύοντα Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας[39]. Συνεπώς, έχουν εδώ εφαρμογή τα άρθρα 33, 145 186 ΚΔΔ, που ρυθμίζουν τον σκοπό της απόδειξης, το αντικείμενο και το βάρος της απόδειξης, το μέτρο της απόδειξης και την εν γένει αποδεικτική διαδικασία, καθώς και οι διατάξεις του ΚΔΔ που ρυθμίζουν σχετικά με τα κατ' ιδίαν αποδεικτικά μέσα.

Ενώ λοιπόν ο Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας γνωρίζει δύο μόνο βαθμούς απόδειξης, την πλήρη απόδειξη, ως γενικό μέτρο απόδειξης και την πιθανολόγηση ως χαμηλότερο μέτρο απόδειξης, όπου αυτή ορίζεται από τον νόμο[40], με την υπ' αριθμ. 884/2016 απόφαση του

αποδεικτική διαδικασία, τα αποδεικτικά μέσα και τη δύναμή τους, αλλά λαμβάνει υπόψη οποιαδήποτε μέσα κρίνει κατάλληλα για να σχηματισθεί πιθανότητα σχετικά με την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών. Σημειωτέον πάντως ότι ενώ ο ΚΔΔ αναφέρεται στην πιθανολόγηση (βλ. λ.χ. άρθρο 17 παρ. 1, 214 παρ. 4 ΚΔΔ), δεν περιέχει αντίστοιχη διάταξη με την προαναφερόμενη του ΚΠολΔ.

[34]Αρθ. 206 επ. ΚΔΔ.

[35] Αρθ. 210 ΚΔΔ.

[36] Αρθ. 211 επ. ΚΔΔ. Πριν την ψήφιση του Ν. 3900/2010, αρκούσε η πιθανολόγηση του στοιχείου της ανεπανόρθωτης βλάβης στην προσωρινή δικαστική προστασία, ενώ πλέον, σύμφωνα με το άρθρο 202 ΚΔΔ απαιτείται πλήρης απόδειξη αυτής, ενώ πλέον, λόγος αναστολής δεν μπορεί να είναι η πιθανολόγηση της ευδοκίμησης του κύριου ενδίκου βοηθήματος, αλλά η πρόδηλη βασιμότητά του, η οποία συντρέχει όταν, μεταξύ άλλων, δεν απαιτείται ενδελεχής ή ιδιαιτέρως δυσχερής έρευνα του πραγματικού της υπόθεσης ή ερμηνείας των εφαρμοστέων διατάξεων, ιδίως δε όταν επί του ζητήματος υφίσταται πάγια νομολογία του ΣτΕ και των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων.

[37] Βλ. για παράδειγμα τις αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, το αρθ. 366 παρ. 3 Ν. 4412/2016 κλπ. Περισσότερα για την πιθανολόγηση ως μέτρο απόδειξης στη διαδικασία λήψης προσωρινών μέτρων στην προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασίες αυτές, σε Χ. Δετσαρίδη, Η προδικαστική προσφυγή στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, εκδ. Σάκκουλα, 2019, σελ. 474 επ.

[38] Βλ. ΣτΕ 3304/1995, 1058/2002, 2967/2004, 506/2012, 394/2013, 1190/2015, Π. Γιαννακάκη, ο.π. σελ. 87, υποσημ. 416.

[39] Βλ. για παράδειγμα αρθ. 63, Ν. 4174/2013 για την ενδικοφανή προσφυγή.

[40] Π. Γιαννακάκη, ο.π. σελ. 87.

Συμβουλίου της Επικρατείας[41], η οποία έχει πλέον καταστεί πάγια νομολογία[42], έγινε δεκτό το χαμηλότερο επίπεδο απόδειξης, στο οποίο μπορεί να στηριχθεί ο διοικητικός δικαστής για να εκφέρει την κρίση του, η οποία δικαιολογείται από το ότι η πάταξη της φοροδιαφυγής έχει συνταγματικό έρεισμα, συνεπώς η φορολογική αρχή, η οποία φέρει το σχετικό βάρος της απόδειξης δεν υποχρεούται να τεκμηριώσει την παράβαση φοροδιαφυγής με αδιάσειστα στοιχεία, που αποδεικνύουν άμεσα και με πλήρη βεβαιότητα την τέλεσή της, διότι μια τέτοια απαίτηση θα επέβαλε στη Διοίκηση ένα υπέρμετρο και, συχνά, αδύνατο να επωμιστεί, βάρος, που θα ερχόταν σε αντίθεση με την ανάγκη ανεύρεσης δίκαιης ισορροπίας μεταξύ των θεμελιωδών αρχών του κράτους δικαίου, της αναλογικότητας και του τεκμηρίου αθωότητας αφενός, και του επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος για την πάταξη της φοροδιαφυγής, αφετέρου[43]. Ειδικότερα, σύμφωνα με την παραπάνω απόφαση, ποσό τραπεζικού λογαριασμού και αντίστοιχου εμβάσματος μπορεί να λογισθεί και να φορολογηθεί ως εισόδημα από ελευθέριο επάγγελμα του δικαιούχου του λογαριασμού και χορηγήσαντος την εντολή διενέργειας του εμβάσματος, εφόσον δεν καλύπτεται από τα δηλωθέντα εισοδήματά του ούτε από άλλη συγκεκριμένη και αρκούντως τεκμηριωμένη πηγή ή αιτία, την οποία είτε αυτός επικαλείται είτε εντοπίζει η φορολογική αρχή κατά τον έλεγχο.

Δεδομένου ότι ρητά ορίζεται με το άρθρο 3 του άρθρου 48 του ν. 2238/1994 ότι ο φορολογούμενος μπορεί να κληθεί να αποδείξει είτε την πραγματική πηγή ή αιτία προέλευσης της είτε ότι φορολογείται από άλλες διατάξεις είτε ότι απαλλάσσεται από το φόρο με ειδική διάταξη, προκειμένου αυτό να μην φορολογηθεί ως εισόδημα από υπηρεσίες ελευθερίων επαγγελμάτων της χρήσης κατά την οποία επήλθε η προσαύξηση, εάν ο φορολογούμενος δεν ανταποκριθεί στην κλήση της φορολογικής αρχής να χορηγήσει τα αναγκαία αυτά στοιχεία, το Δικαστήριο μπορεί να οδηγηθεί στην συναγωγή συμπερασμάτων προς θεμελίωση της ύπαρξης παράβασης ανακρίβειας της δήλωσής του και αντίστοιχης φοροδιαφυγής[44].

Για τους παραπάνω λόγους, η τέλεση της φορολογικής παράβασης μπορεί να προκύπτει και από έμμεσες αποδείξεις (άλλως «τεκμήρια»), δηλαδή, κατά το λεκτικό της απόφασης, από *αντικειμενικές και συγκλίνουσες* ***ενδείξεις***, που θεωρούμενες στο σύνολό τους και ελλείψει άλλης εύλογης και τεκμηριωμένης εξήγησης που απαιτείται από τον φορολογούμενο, είναι ικανές να προσδώσουν στέρεη πραγματική βάση στο συμπέρασμα περί της διάπραξης της αποδιδόμενης παράβασης.

Το ζήτημα που αναφύεται εδώ είναι η σύγχυση που προκαλείται από τη διαπλοκή δύο αυτοτελών και διακριτών εννοιών, της έμμεσης απόδειξης και της απόδειξης με ενδείξεις, που είναι, επί της ουσίας, η πιθανολόγηση. Η έμμεση δια τεκμηρίων απόδειξη δηλώνει τον

---

[41] Παρότι η 884/2016 απόφαση του ΣτΕ είναι η γενέθλια απόδειξη του επιπέδου απόδειξης στη διοικητική δίκη. Το χαμηλότερο επίπεδο απόδειξης στη διοικητική δίκη έναντι της ποινικής, όμως, είχε ήδη απασχολήσει τη νομολογία του ΕΔΔΑ (ΕΔΔΑ…) αλλά και του ΣτΕ 1741/2015, όπου γίνεται διάκριση μεταξύ του επιπέδου απόδειξης στην ποινική και στη διοικητική δίκη, ενόψει ότι στην ποινική δίκη υφίσταται κίνδυνος στέρησης της προσωπικής ελευθερίας και όχι μόνο περιουσιακών αγαθών του κατηγορουμένου. Μάλιστα, υπό την έννοια "standard of proof" στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο νοούνται τρεις βαθμοί απόδειξης που εφαρμόζονται ανάλογα με την αυστηρότητά τους στην ποινική, την αστική και την διοικητική δίκη. Περισσότερα βλ. σε Ι. Δημητρακόπουλου, Διοικητικές Κυρώσεις και Θεμελιώδη Δικαιώματα, Σύνταγμα-ΕΣΔΑ-Δίκαιο Ε.Ε., Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2014, σελ. 192.

[42] Βλ. ΣτΕ 2618/2019 (Β/7μ), 2617/2019 (Β/7μ), 2616/2019 (Β/7μ), 2084/2019 , 2053/201 , 1995/2019, 1869/2019 (Β/7μ) , 1897/2018 κ.α.

[43] Ι. Δημητρακόπουλου, Σύνταγμα, ΕΣΔΑ και ζητήματα (βάρους, είδους και βαθμού) απόδειξης σε φορολογικές υποθέσεις στην πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ, Νοέμβριος 2016, Μελέτη δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα www.humanrightscaselaw

[44] Βλ. Ι. Δημητρακόπουλου, Σύνταγμα, ΕΣΔΑ και ζητήματα (βάρους, είδους και βαθμού) απόδειξης σε φορολογικές υποθέσεις στην πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ, Νοέμβριος 2016, Μελέτη δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα www.humanrightscaselaw.

συλλογισμό του δικαστή αλλά και το σύνολο των ανώνυμων αποδεικτικών μέσων (δικαστικά τεκμήρια) του άρθρου 339 ΚΠολΔ και 147 παρ. 1 περ. ζ και 186 ΚΔΔ. Ως τρόπος απόδειξης έχει την έννοια ότι η αλήθεια του αποδεικτέου συνάγεται συμπερασματικά από την αλήθεια κάποιου άλλου γεγονότος[45], συναφούς με το αποδεικτέο, συνεπώς μετατίθεται το αποδεικτέο αντικείμενο, ενώ γίνεται χρήση από τον δικαστή των κανόνων της λογικής και των διδαγμάτων της κοινής πείρας, μέσω των οποίων οδηγείται, πάντα με βάση την πιθανότερη λύση, στο συμπέρασμα για την ύπαρξη ή όχι του ζητουμένου[46]. Η δικανική πεποίθηση που αποκτάται δια τεκμηρίων, βασισμένη στην πιθανή σχέση δύο διαφορετικών γεγονότων δεν μπορεί ποτέ να φτάσει την απόλυτη βεβαιότητα, αλλά είναι η πιο πιθανή προσέγγιση της πραγματικότητας, που τείνει προς την βεβαιότητα, δεδομένου ότι συνάγεται συμπέρασμα από ένα ήδη γνωστό γεγονός, που δεν έχει άμεσο στόχο την απόδειξη του αμφισβητουμένου[47].

Σαφώς η έμμεση απόδειξη δεν συνιστά κάποιο καινούριο νομολογιακό δεδομένο καθώς είναι γνωστός και επιτρεπτός τρόπος απόδειξης και ως τέτοιος απαντάται γενικά ως αποδεικτική μέθοδος στη νομολογία του ΣτΕ και των λοιπών διοικητικών δικαστηρίων[48]. Ως αποδεικτικός τρόπος, όμως, είναι επικίνδυνος και δεν οδηγεί στη συναγωγή βέβαιων συμπερασμάτων, διότι εκ της απόδειξης ενός δεδομένου γεγονότος δεν συνάγεται πάντοτε και η απόδειξη του ζητουμένου. Γι αυτό κατά τη γνώμη της θεωρίας, θα πρέπει η έμμεση απόδειξη να χρησιμοποιείται μόνο όπου η απόδειξη με άλλα μέσα είναι αδύνατη ή εξαιρετικά δυσχερής[49]. Περαιτέρω αποδεικτικός κανόνας περί έμμεσης απόδειξης από το άρθρο 48 παρ. 3 του προϊσχύοντος Κ.Φ.Ε.[50] δεν μπορεί, κατά την άποψή μου, να συναχθεί, παρά τα αντιθέτως κριθέντα με την σχολιαζόμενη απόφαση[51]. Στην πραγματικότητα η εν λόγω διάταξη συνιστά πλάσμα δικαίου[52] εισάγει δηλαδή, ουσιαστικό κανόνα που αφορά πραγματικά περιστατικά και οδηγεί τελικά σε διεύρυνση της φορολογικής βάσης. Σ' αυτό συνηγορεί και η γραμματική διατύπωση του αντίστοιχου άρθρου 21 παρ. 4 του ισχύοντος Κ.Φ.Ε Ν. 4172/2013)[53]. Το θέμα αυτό ωστόσο, δεν μπορεί να αναλυθεί υπό το στενό πλαίσιο της παρούσας μελέτης. Σε κάθε περίπτωση, όμως, και στην περίπτωση της έμμεσης δια τεκμηρίων απόδειξης, απαιτείται

---

[45] Ν. Παϊσίδου, ο.π. σελ. 67.

[46] Γ. Μητσόπουλου, Η πιθανολόγησις, ο.π. σ. 46Α

[47] Ν. Παϊσίδου, ο.π. σελ. 73.

[48] Στε 2316/1991, 2961/1980 (φορολογία εισοδήματος), 43/2006 επταμ. 4134/2001 428/1996 4134/2001, 428/1996, 4026/1983 954/1982 (φορολογία εισοδήματος) ΣτΕ 2046/1983 954/1982 (φορολογία δωρεών) ΣτΕ 2046/1985, 2193/1958 (φορολογία κληρονομιών) κ.α. Βλ. σκ 8 της υπ' αριθμ. 884/2016 απόφασης του ΣτΕ, όπου και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία.

[49] Π. Γέσιου-Φαλτσή , Δίκαιο Αποδείξεως, ο.π. σελ. 68, Ν. Νίκα, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας ο.π. σελ. 494.

[50] Όπως τροποποιήθηκε με την προσθήκη του σχετικού εδαφίου με το άρθρο 15 παρ. 3 του Ν. 3888/2010.

[51] Κατά την άποψή μου, η εν λόγω διάταξη στην πραγματικότητα θέτει πλάσμα δικαίου, εισάγει δηλαδή, ουσιαστικό κανόνα, ο οποίος διευρύνει ανεπίτρεπτα την φορολογική βάση. Πρβλ. και ΣτΕ 886/2016, η οποία σαφώς χαρακτηρίζει τα τιθέμενα με τον κανόνα αυτό ως πλάσμα δικαίου.

[52] Τα πλάσματα δικαίου είναι μορφή νομοτεχνικής, και ειδικότερα "γλωσσικές συντομεύσεις", για την επέλευση και ισχύ ορισμένων έννομων συνεπειών σε περιπτώσεις που συντρέχουν προϋποθέσεις αντίθετες προς εκείνες που προκαλούν αυτές τις έννομες συνέπειες, στο πλαίσιο ενός άλλου -αρχικού- κανόνα δικαίου. Βλ. Κ. Μπέη Δίκη Σεπτέμβριος 1998, σε Κ. Μπέη-Γ. Μητσόπουλου, Το πρόβλημα της εννοίας του δικαιικού πλάσματος (βιβλιοκρισία) Βλ. και ΣτΕ 886/2016 στις κρίσιμες σκέψεις της οποίας αναφέρεται ότι: «(…) Οι τελευταίες αυτές διατάξεις εντασσόμενες στη νομοθεσία περί φορολογίας εισοδήματος (και όχι περί φορολογικών στοιχείων) στο μέτρο που προβλέπουν ότι εισόδημα άγνωστης πηγής ή αιτίας λογίζεται και φορολογείται ως εισόδημα από υπηρεσίες απλώς υπάγουν **κατά πλάσμα δικαίου** και για τις ανάγκες της επιβολής του φόρου εισοδήματος (…) το εισόδημα άγνωστης προέλευσης στη φορολογία εισοδήματος από την άσκηση ελευθερίων επαγγελμάτων η υπαγωγή δε αυτή δεν έχει την έννοια ότι το επίμαχο εισόδημα συνιστά πράγματι καρπό της άσκησης ελευθέριου επαγγέλματος, ώστε να επιβάλλεται η υποχρέωση έκδοσης αντίστοιχης απόδειξης παροχής υπηρεσιών σύμφωνα με τον Κ..Β.Σ.».

[53] «Κάθε προσαύξηση περιουσίας που προέρχεται από παράνομη ή αδικαιολόγητη ή άγνωστη πηγή ή αιτία, **θεωρείται** κέρδος από επιχειρηματική δραστηριότητα, υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στον Κώδικα Φορολογικής Διαδικασίας».

πλήρης απόδειξη του γεγονότος που είναι ξένο ως προς τα στοιχεία του πραγματικού του κανόνα δικαίου, ώστε να μπορέσει με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας και τους κανόνες της λογικής, να προκύψει ως συμπέρασμα το αποδεικτέο αντικείμενο[54].

Η έννοια των «ενδείξεων» που χρησιμοποιείται στην απόφαση, απαντάται στο στον Κώδικα Ποινικής Δικονομίας και αναφέρεται στην πραγματικότητα στα τεκμήρια ως αποδεικτικά μέσα, απαντάται και σε διάφορα άρθρα του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και είναι έννοια υπερκείμενη της πιθανολόγησης και σημαίνει προβληματική κρίση θεμελιούμενη επί βαθμού μεν αντικειμενικής πεποίθησης, η οποία, όμως, κυμαίνεται από το σφόδρα πιθανό έως το σχεδόν βέβαιο[55]. Δεδομένης όμως της νομοθετικά κατοχυρωμένης διάκρισης του βαθμού της απόδειξης ως πλήρους απόδειξης και πιθανολόγησης, θα πρέπει να κατατάξουμε τις «ενδείξεις» στην πιθανολόγηση, εφόσον σε καμία περίπτωση δεν συνιστούν πλήρη απόδειξη που άγει με στον σχηματισμό πλήρους δικανικής πεποίθησης.

Εάν εν προκειμένω θεωρήσουμε ότι το άρθρο 48 παρ. 3 του προϊσχύοντος Κ.Φ.Ε. θέτει κανόνα που αφορά στη φύση και στον τρόπο εκτίμησης των αποδείξεων και, σε κάθε περίπτωση, κατά τα ρητά προβλεπόμενα σε αυτόν ο φορολογούμενος καλείται να παρέχει εξηγήσεις, οι οποίες θα συνεκτιμηθούν για την συναγωγή συμπερασμάτων προς θεμελίωση της ύπαρξης διάπραξης φοροδιαφυγής και ορθώς εφαρμόζεται «χαμηλότερο επίπεδο» απόδειξης, διότι από το σύνολο των αποδείξεων και την ανταπόκριση του φορολογούμενου στην υποχρέωσή του είναι δυνατόν να σχηματισθεί δικανική πεποίθηση, δεν συμβαίνει όμως το ίδιο και στις λοιπές κατηγορίες των διοικητικών διαφορών. Και τούτο διότι, ακόμη και εάν δεχθούμε το «χαμηλότερο επίπεδο» απόδειξης που ισχύει στην διοικητική δίκη (πάντα σε σύγκριση με την ποινική, όπου αυτονόητα ισχύει η αρχή in dubio pro reo και το τεκμήριο αθωότητας), ο νομοθέτης στο άρθρο 144 ΚΔΔ δεν έχει προβλέψει αυτό το «χαμηλότερο» επίπεδο απόδειξης. Το ΕΔΔΑ έχει κρίνει συναφώς στην ποινική δίκη ότι το επίπεδο απόδειξης για την αθώωση του κατηγορουμένου μπορεί να είναι χαμηλότερο, λόγω του τεκμηρίου αθωότητας και της απορρέουσας από αυτό αρχής in dubio pro reo, σε αντίθεση με την καταδίκη ότι το επίπεδο απόδειξης είναι υψηλότερο. Τυχόν τρίτο επίπεδο απόδειξης πέραν της πλήρους απόδειξης και της πιθανολόγησης, δε στηρίζεται στο νόμο και οδηγεί τελικά σε ανατροπή των σχετικών δικονομικών αλλά και ουσιαστικών διατάξεων του δικαίου της απόδειξης και εν γένει της δίκαιης δίκης και της ασφάλειας δικαίου.

Η επέκταση της νομολογιακής αυτής κατασκευής σε άλλες κατηγορίες διοικητικών διαφορών ουσίας, ιδίως φορολογικών και τελωνειακών, ενέχει τον κίνδυνο καταστρατήγησης του κανόνα της πλήρους απόδειξης έναντι της κατ' εξαίρεση προβλεπόμενης πιθανολόγησης, η οποία θα δικαιολογούνταν μόνο σε περίπτωση ύπαρξης κενού νόμου μετά από σχετική κρίση περί αντισυνταγματικότητας του ήδη υπάρχοντος 144 ΚΔΔ, που εν προκειμένω δεν συμβαίνει. Εξάλλου, πρόβλημα θα ανακύψει και σε stricto sensu ποινική δίκη σχετικά με τη δεσμευτικότητα και την αποδεικτική αξία προσκομιζόμενης μετ' επικλήσεως αμετάκλητης απόφασης διοικητικού δικαστηρίου που αφορά την ίδια πράξη, ακόμη και εάν αυτή εκτιμηθεί ελεύθερα, δεδομένου ότι αυτή θα στηρίζεται σε ενδείξεις, έστω και αποχρώσες, σύμφωνα με την προρρηθείσα νομολογία του ΣτΕ, ενώ είναι γνωστό σε όλους ότι στην ποινική δίκη οι αποχρώσες ενδείξεις επιτρέπουν μόνο την παραπομπή στο ακροατήριο, όχι όμως και την καταδίκη του κατηγορουμένου.

Εάν η εκδοχή αυτή του χαμηλότερου επιπέδου απόδειξης, που συνιστά, τελικά πιθανολόγηση, εφόσον εκ της επαγωγικής μεθόδου δεν μπορεί να συνιστά πλήρη απόδειξη επικρατήσει και σε άλλες κατηγορίες διοικητικών διαφορών ουσίας όπως οι φορολογικές και τελωνειακές

[54] Π. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο Αποδείξεως, ο.π. σελ. 69.
[55] Γ. Μητσόπουλου, ο.π. σελ. 47.

διαφορές, θα οδηγηθούμε επιπλέον και σε καταστρατήγηση της αρχής της ισότητας των διαδίκων, που αποτελεί συστατικό της δίκαιης δίκης, που προστατεύεται από το Σύνταγμα, την ΕΣΔΑ και το ΔΣΑΠΔ. Τούτο διότι δεν προκύπτει από την παραπάνω νομολογία ότι ισχύει το ίδιο επίπεδο απόδειξης και για την απόδειξη των ισχυρισμών του αντιδίκου της δημοσίας αρχής. Με άλλα λόγια, ενόψει της παραπάνω νομολογίας είναι νοητό να γίνει δεκτό ότι η φορολογική αρχή αποδεικνύει τους ισχυρισμούς της σε χαμηλότερο επίπεδο απόδειξης, όπου αρκεί η πιθανολόγηση, ενώ ο αντίδικός της στην ίδια δίκη θα πρέπει να αποδεικνύει τους ισχυρισμούς του ή να αναδεικνύει κατά των ισχυρισμών της διαδίκου της δημοσίας αρχής βαρυνόμενος με το αποδεικτικό βάρος της πλήρους απόδειξης;

Εξάλλου, δεν συντρέχει κανένας λόγος δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογεί την διαφορετική μεταχείριση της φορολογικής αρχής σε βάρος του αντιδίκου της, δεδομένου ότι οι αυτή διευκολύνεται σημαντικά, στη σύγχρονη εποχή, από την τεχνολογία, τις δυνατότητες τις οποίας δύναται να αξιοποιεί η φορολογική Διοίκηση, προς εξυπηρέτηση της ταχύτητας, της ακρίβειας, της αξιοπιστίας και της αποτελεσματικότητας των ελέγχων της[56].

Σε κάθε περίπτωση, ο νομοθέτης δεν αποκλείεται να ορίσει ένα λιγότερο αυστηρό επίπεδο απόδειξης[57], που όμως θα καταλαμβάνει όλους τους διαδίκους και θα εφαρμόζεται στη διοικητική δίκη, πλην αυτός είναι και ο μόνος αρμόδιος προς τούτο. Κάθε άλλη αντίθετη εκδοχή, δηλαδή η θέσπιση κανόνων επιπέδου διαφορετικού για τους διαδίκους επιπέδου απόδειξης, οδηγεί σε φαινόμενα ανεπίτρεπτης υποκατάστασης στο έργο του νομοθέτη, κατά παράβαση του άρθρου 26 παρ. 1 και 3 του Συντάγματος.

[56] Πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 1738/2017, σκέψη 6 και ΣτΕ Ολομ. 2649/2017, σκέψη 33.Βλ. και ΣτΕ 1738/2017, 2934, 2935/2017. Βλ. και Ε.Θεοχαροπούλου, «Το βάρος απόδειξης στη φορολογική δική: εξελίξεις», Περιοδικό Δημόσιο Δίκαιο της Ένωσης Ελλήνων Δημοσιολόγων, τ. 2ο-3ο 2018 (Απρίλιος-Σεπτέμβριος). και Π. Γιαννακάκη, ο.π. σελ. 121.

[57] Βλ. Ι. Δημητρακόπουλου, Διοικητικές Κυρώσεις και Θεμελιώδη Δικαιώματα…, ο.π. σελ. 193.

Η Εξέλιξη των Αναθέσεων στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο και οι Προϋποθέσεις Εξαίρεσής τους από το Ν. 4412/2016

Αικατερίνη Μ. Τσιομπάνου, Δικηγόρος, Περιφερειακός Συμπαραστάτης του Πολίτη Περιφέρειας Δυτικής Μακεδονίας, LL.M.

1. Έννοια των «in house» συμβάσεων

Οι δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών εμπίπτουν στο πλαίσιο εφαρμογής της Ενωσιακής Νομοθεσίας και σήμερα συγκεκριμένα διέπονται από τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ. Ο σκοπός της υπαγωγής των δημοσίων συμβάσεων των κρατών μελών σε κοινές διατάξεις είναι η τήρηση των αρχών της συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης κυρίως της αρχής της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών προκειμένου να διασφαλιστεί το άνοιγμα των αγορών και η επικράτηση του γνήσιου ανταγωνισμού.

Υπάρχει όμως ένα είδος συμβάσεων που επί χρόνια η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου εξαιρεί από την εφαρμογή των διατάξεων των δημοσίων συμβάσεων εφόσον πληρούν μία σειρά προϋποθέσεων. Οι συμβάσεις αυτές είναι γνωστές με την ονομασία «in house συμβάσεις» και διακρίνονται στις in house συμβάσεις υπό *στενή έννοια ή* άλλως συμβάσεις αυτεπιστασίας και στις in house συμβάσεις υπό ευρεία έννοια ή άλλως συμβάσεις οιονεί αυτεπιστασίας[1]. Παράλληλα, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο με αποφάσεις τους εξαιρεί και τις συμβάσεις οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών οι οποίες λειτουργούν κάτω από συγκεκριμένο πλαίσιο.

Στις in house συμβάσεις υπό στενή έννοια η αναθέτουσα αρχή αναθέτει την εκτέλεση κάποιου έργου, υπηρεσίας ή την παροχή προϊόντων μέσω μίας σύμβασης σε ένα φορέα ο οποίος όμως δεν έχει δική του χωριστή νομική προσωπικότητα. Στην πραγματικότητα αναθέτει σε μία από τις υπηρεσίες της που δεν διαθέτει νομική προσωπικότητα. Σε αυτή την περίπτωση έχουμε μία διοικητική πράξη αμιγώς εσωτερικής φύσεως[2] και όχι μία δημόσια σύμβαση και κατ' επέκταση δεν απαιτείται η υποβολή της στη διαγωνιστική διαδικασία των δημοσίων έργων.

Στις in house αναθέσεις υπό ευρεία έννοια καλούμενες επίσης ως «Οιονεί in house αναθέσεις», εξαιρούνται όσες συμβάσεις πληρούν τις προϋποθέσεις που η ίδια η νομολογία «έχτισε» σταδιακά. Η απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου που για πρώτη φορά αναγνώρισε την ύπαρξη των «in house αναθέσεων υπό ευρεία έννοια» ήταν η καινοτόμος απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999 C -107/98, γνωστή ευρέως ως απόφαση «Teckal». Σύμφωνα με το σκεπτικό της απόφασης, μία σύμβαση μπορεί να εξαιρεθεί από την εφαρμογή της διαγωνιστικής διαδικασίας όταν «η δημόσια αρχή, η οποία είναι αναθέτουσα αρχή, ασκεί επί του επίμαχου οργανισμού έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών, υπό τον όρον ότι ο οργανισμός αυτός πραγματοποιεί το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του με τη ή με τις δημόσιες αρχές που τον ελέγχουν»[3]. Υπό αυτές τις προϋποθέσεις δεν μπορεί να θεωρηθεί ο οργανισμός τρίτος αλλά «οιονεί υπηρεσία» της αναθέτουσας αρχής καθώς δεν έχουμε *συνάντηση δύο αυτόνομων βουλήσεων που αντιπροσωπεύουν χωριστά έννομα συμφέροντα.*[4]

---

[1] Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 3η έκδοση, 2019, σελ. 246

[2] Μεταξιώτου Κ. Βασιλική «Δημόσιες συμβάσεις και Κοινοτικό Δίκαιο. Διαδικασίες και κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων» Διπλωματική εργασία,σελ.37

[3] Απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98 απόφαση Teckal, ECLI:C:1999:562, σκέψη 50

[4] Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση Tecklal, C- 107/98, ECLI:C:1999:344, σκέψη 64

Η απόφαση «Teckal» ήταν λιτή σχετικά με τις προϋποθέσεις που απαιτούσε για την εξαίρεση των συμβάσεων αυτών χωρίς να τις αναλύει περαιτέρω. Την απόφαση αυτή ακολούθησε μία σειρά δικαστικών αποφάσεων που εξέτασαν πιο εξειδικευμένα ζητήματα σχετικά με τις προϋποθέσεις αυτές και διευκρίνισαν περαιτέρω τη λειτουργία των «οιονεί in house» συμβάσεων. Το σκεπτικό των δικαστικών αποφάσεων που δέχονται την εξαίρεση των συμβάσεων αυτών από την υπαγωγή τους στη διαγωνιστική διαδικασία επικεντρώνεται στο αναφαίρετο δικαίωμα των δημόσιων αρχών *να έχουν πάντοτε τη δυνατότητα ως αναθέτουσες αρχές να εκπληρώνουν τα καθήκοντα δημοσίου συμφέροντος με την ενεργοποίηση των δικών τους διοικητικών, τεχνικών και άλλων μέσων, όπως αυτά έχουν διαμορφωθεί με βάση την εσωτερική οργάνωση, διοίκησης και λειτουργία τους δίχως να είναι υποχρεωμένες να απευθύνονται σε εξωτερικούς οικονομικούς φορείς που δεν ανήκουν στις υπηρεσίες τους.*[5]

2. Η κωδικοποιημένη μορφή των εξαιρέσεων

Για πρώτη φορά με τις τελευταίες Κοινοτικές Οδηγίες[6] κωδικοποιήθηκαν και ορίστηκαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των εξαιρέσεων αυτών. Η Οδηγία 2014/24 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου κατήργησε την προγενέστερη Οδηγία 2004/18 και με το άρθρο 12 καθόρισε το νομικό πλαίσιο εφαρμογής των in – house συμβάσεων.

Σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Νομοθεσία (directive 2014/24) οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη διακριτική ευχέρεια και τη δυνατότητα να συνάπτουν συμβάσεις έξω από τα όρια των διαγωνιστικών διαδικασιών εφόσον υπάγονται σε μία από τις τρείς κατηγορίες που θέτει το άρθρο 12 της Οδηγίας. Ειδικότερα, εξαιρείται η υπαγωγή τους :

1. Στις περιπτώσεις των «Οιονεί in house» συμβάσεων όταν

α) <u>μία αναθέτουσα αρχή αναθέτει σε άλλο νομικό πρόσωπο ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου στο οποίο όμως ασκεί έλεγχο ανάλογο με αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες</u> και εφόσον το 80% των δραστηριοτήτων του ελεγχόμενου νομικού προσώπου διεξάγεται κατά την εκτέλεση καθηκόντων που της έχει αναθέσει η αναθέτουσα αρχή ή από άλλα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από την αναθέτουσα αρχή.

Η αρχική πρόταση της επιτροπής ήταν να οριστεί το ποσοστό 90% αλλά επικράτησε η πιο ήπια άποψη του ποσοστού 80%.[7] Ο έλεγχος της αναθέτουσας αρχής πρέπει να αφορά τους στρατηγικούς στόχους και τις σημαντικές αποφάσεις του ελεγχόμενου νομικού προσώπου. Ο έλεγχος αυτός μπορεί να ασκείται από άλλο νομικό πρόσωπο που ελέγχεται με τον ίδιο τρόπο από την αναθέτουσα αρχή. Δεν πρέπει να υπάρχει άμεση ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο εξαιρουμένων όσων απαιτείται από τις εθνικές νομοθετικές διατάξεις.

Απαλλαγή από την εφαρμογή των σχετικών οδηγιών μπορεί να υπάρξει και στην περίπτωση που το ελεγχόμενο πρόσωπο εφόσον είναι το ίδιο αναθέτουσα αρχή αναθέσει στον φορέα που τον ελέγχει.

---

[5] Δημήτριος Γ. Ράικος «Δίκαιο των συμβάσεων» σελ. 245

[6] Άρθρο 12 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου κα του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 20ής τ04/18/ΕΕ και άρθρο 28 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και 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

[7] William A. Janssen "The institutionalized and Non-institutionalized exemptions from EU Public Procurement Law : Towards a more Coherent approach»

β) στις περιπτώσεις που μία αναθέτουσα αρχή αναθέτει σε άλλο νομικό πρόσωπο δημόσιο ή ιδιωτικού δικαίου στο οποίο δεν ασκεί έλεγχο μόνη της αλλά από κοινού με άλλες αναθέτουσες αρχές ανάλογο με αυτόν που ασκούν στις δικές τους υπηρεσίες εφόσον το 80% των δραστηριοτήτων του ελεγχόμενου προσώπου διεξάγεται κατά την εκτέλεση καθηκόντων που του έχουν αναθέσει οι ελέγχουσες αναθέτουσες αρχές ή άλλα νομικά πρόσωπα που ελέγχονται από αυτές. Δεν πρέπει να υπάρχει άμεση ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο εξαιρουμένων όσων απαιτείται από τις εθνικές νομοθετικές διατάξεις.

Σε αυτές τι περιπτώσεις εξειδικεύεται ότι ο έλεγχος ασκείται από κοινού εφόσον :

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) 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

iii) το ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο δεν επιδιώκει συμφέροντα αντίθετα από αυτά των αναθετουσών αρχών που το ελέγχουν.

2. Στις περιπτώσεις των οριζόντιων συμβάσεων συνεργασίας όταν έχουμε οριζόντια συνεργασία μεταξύ αναθετουσών αρχών. Η περίπτωση αυτή κρίθηκε απαραίτητα να θεσμοθετηθεί χωριστά καθώς δεν υφίσταται κανένας έλεγχος μεταξύ των αναθετουσών αρχών και του ή των αναδόχων[8] καθορίζοντας συγκεκριμένα κριτήρια εφαρμογής της. Η νομολογία μέχρι τότε απαιτούσε τη συνδρομή πέντε προϋποθέσεων[9]: α. σύμβαση μεταξύ δημοσίων φορέων, β. σκοπός να είναι η εκπλήρωση ορισμένης κοινής αποστολής δημόσιας υπηρεσίας, μη συμμετοχή ιδιώτη, δ. να μην περιέχεται καμία ιδιωτική επιχείρηση σε προνομοιακή θέση και ε. η συνεργασία να διέπεται αποκλειστικά από σταθμίσεις και ανάγκες συναφείς με την επιδίωξη σκοπών δημοσίου συμφέροντος. Το άρθρο 12 περ. 4 της Οδηγίας θεσμοθέτησε ως προϋποθέσεις των συμβάσεων οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ δύο ή περισσότερων αναθετουσών αρχών :

i) η σύμβαση να καθιερώνει ή να 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

ii) η υλοποίηση της συνεργασίας αυτής εξυπηρετεί αποκλειστικά σκοπούς δημοσίου συμφέροντος· και,

iii) οι συμμετέχουσες αναθέτουσες αρχές εκτελούν στην ανοικτή αγορά λιγότερο από το 20 % των δραστηριοτήτων που αφορά η συνεργασία·

Η τελευταία εξαίρεση θεωρήθηκε από πολλούς ως η πιο προβληματική στην εφαρμογή της καθώς τα κριτήριά της, όπως «οι σκοποί δημοσίου συμφέροντος», δεν είναι σαφείς εξ ορισμού[10].

---

[8] Πρεβεδούρου, Συμβάσεις μεταξύ φορέων του δημοσίου τομέα (άρθρο 12 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2016), Εισήγηση στο συνέδριο της ΕΑΑΔΗΣΥ και Ένωσης Διοικητικών Δικαστών στις 21-23 Νοεμβρίου 2019

[9] Π. Δέγλερης, Οι δημόσιες συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη, τομ. 1, 2019, σελ.378

[10] Willem A. Janssen , the Institutionalized and Non-Institutionalized Exemptions from EU Public Procurement Law : Towards a More Coherent Approach? , http : //www.utrechtlawreview.org/Volume 10, Issue 5 (December) 2014/URN :NBN :NL:UI10-1-115852, p 168-186

3. Νομολογιακή επισκόπηση των «οιονεί in house» συμβάσεων

Το σύνολο του περιεχόμενο του άρθρου 12 της ανωτέρω Οδηγίας διαμορφώθηκε βάσει της προηγηθείσας νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου το οποίο σταδιακά, μετά την έκδοση της απόφασης «Teckal», με αποφάσεις του επέλυε διάφορα ζητήματα σχετικά με τη λειτουργία των in house συμβάσεων, ερμήνευε τις εκάστοτε ισχύουσες Οδηγίες και διευκρίνιζε περαιτέρω τις προϋποθέσεις που έπρεπε να συντρέχουν προκειμένου μία σύμβαση να εξαιρείται από την εφαρμογή των διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων.

Μία σειρά αποφάσεων του Ευρωπαϊκού Δικαστήριο αποτέλεσαν τη βάση του άρθρου 12 της Οδηγίας 24/2014. Απόφαση – σταθμός υπήρξε η απόφαση **C-26/03** γνωστή ως «Υπόθεση Stadt Halle», η οποία «θεσμοθέτησε» στην ουσία την τρίτη προϋπόθεση του άρθρου 12 που αφορά τη μη συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο. Το Δικαστήριο εξέτασε την περίπτωση που κατά τη διαδικασία σύναψης μίας σύμβασης ο νομικά διακεκριμένος φορέας είναι «επιχείρηση μικτής οικονομίας» η οποία συστάθηκε και λειτουργεί με τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου[11] και στης οποίας το κεφάλαιο υπάρχει συμμετοχή ιδιωτικής επιχείρησης έστω και κατά μειοψηφία. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή, η *έστω κατά μειοψηφία συμμετοχή μίας ιδιωτικής επιχειρήσεως στο κεφάλαιο της εταιρείας στην οποία συμμετέχει και η οικεία αναθέτουσα αρχή αποκλείει εν πάση περιπτώσει τη δυνατότητα αυτής της αναθέτουσας αρχής να ασκεί επί της εταιρείας αυτής έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί στις δικές της υπηρεσίες.*[12] Στην ισχύουσα ευρωπαϊκή νομοθεσία ο νομοθέτης, στην προσπάθειά του να προσαρμοστεί στην ευρωπαϊκή πραγματικότητα, άφησε ένα περιθώριο συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο μόνο εφόσον αυτή η ιδιωτική κεφαλαιακή συμμετοχή δεν έχει δυνατότητα ελέγχου ή δικαιώματος αρνησικυρίας και δεν ασκεί αποφασιστική επιρροή στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο[13]. Η ανωτέρω απόφαση επισήμανε την υποχρέωση της εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων από τις αναθέτουσες αρχές και τη στενή ερμηνεία των τυχόν εξαιρέσεων που επιτρέπουν την παρέκκλιση από την υποχρέωση αυτή[14].

Το περιεχόμενο της έννοιας «Ανάλογου ελέγχου» εξετάστηκε από την απόφαση C-458/03 ή άλλως «Υπόθεση Parking Brixen GmbH» όπου το Δικαστήριο έθεσε αυστηρές προϋποθέσεις ως προς την έννοια του «ανάλογου ελέγχου». Στην εισαγωγή της προτάσεως η Γενική Εισαγγελέας ευθύς διευκρινίζει ότι το υπό εξέταση θέμα της υπόθεσης είναι : «*η διάκριση μεταξύ των συμβάσεων που επιβάλλεται η διεξαγωγή δημόσιου διαγωνισμού και εκείνων για τις οποίες δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση»*[15]. Η υπόθεση αφορούσε αφενός την εταιρεία Parking Brixen GmbH και αφετέρου τον Δήμο Brixen και την εταιρεία Stadtwerke Brixen AG της οποίας το κεφάλαιο άνηκε στον Δήμο και στην οποία ο Δήμος ανέθεσε τη διαχείριση ορισμένων τοπικών δημοσίων υπηρεσιών μεταξύ των οποίων και τη διαχείριση χώρου σταθμεύσεως. Η εταιρεία Parking Brixen GmbH ισχυρίστηκε ότι ο Δήμος όφειλε να εφαρμόσει τις διατάξεις περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων. Σύμφωνα με την πρόταση της Γενικής Εισαγγελέα δεν πρέπει να ταυτίζεται ο έλεγχος που ασκεί η αναθέτουσα αρχή επί των δικών της υπηρεσιών με αυτόν που ασκεί επί του αναδόχου αλλά *καθοριστικής σημασίας είναι το αν η δημόσια αρχή δύναται πράγματι ανά πάσα στιγμή να επιβάλλει πλήρως στην εταιρία τους*

---

[11] ΔΕΚ της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Recyclingpark Lochau GmbH, ECLI:EU:2005:5, C -26/03 Σκέψη 43

[12] ΔΕΚ της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Recyclingpark Lochau GmbH, ECLI:EU:2005:5, C -26/03 σκέψη 40

[13] Άρθρο 12 παρ. 1 στ. γ της Οδηγίας 2014/24

[14] ΔΕΚ της 11ης Ιανουαρίου 2005, Stadt Halle και RPL Recyclingpark Lochau GmbH, ECLI:EU:2005:5, C -26/03, σκέψη 45 και 46

[15] Προτάσεις της γενικής Εισαγγελέα, Parking Brixen, C-458/03, ECLI : C : 2005 : 123, σκέψη 1

σκοπούς δημοσίου συμφέροντος που η ίδια επιδιώκει[16]. Η απόφαση τονίζει[17] ότι πρέπει να λαμβάνεται υπόψιν το σύνολο των ασκούντων επιρροή νομοθετικών διατάξεων και πραγματικών περιστατικών όπως η νομική φύση του αναδόχου, ο σκοπός του, η τυχόν συμμετοχή ιδιωτικού κεφαλαίου και η εξουσία του ΔΣ. Μόνο ο συνολικός έλεγχος όλων αυτών των παραμέτρων μπορεί να οδηγήσει με ασφάλεια σε μία αξιολογική εκτίμηση στο κατά πόσο ασκείται ανάλογος έλεγχος από την αναθέτουσα αρχή. Δεν αρκεί μόνο το ότι η αναθέτουσα αρχή τοποθετεί την πλειοψηφία των μελών του Διοικητικού Συμβουλίου αλλά πρέπει να ελέγχεται η δυνατότητα του ανάδοχου να κινείται με δική του αποκλειστικά πρωτοβουλία καθώς και η δύναμη του Διοικητικού Συμβουλίου και των μετόχων της Γενικής Συνέλευσης βάσει του καταστατικού του.

Στην με αριθμό C 340/04 απόφαση «Υπόθεση Carboterno» το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο ερεύνησε το κατά πόσο πληρούται η προϋπόθεση της άσκησης ελέγχου από την αναθέτουσα αρχή όταν ο έλεγχος πραγματοποιείται διαμέσου ενός άλλου νομικού προσώπου στο οποίο η αναθέτουσα αρχή έχει την πλειοψηφία. Σύμφωνα με το ιστορικό της αποφάσεως, η AGESP Holding Spa είναι μία ανώνυμη εταιρεία το κεφάλαιο της οποίας ανήκει σε ποσοστό 99,98% στον Δήμο Busto Arsizio και το λοιπό κεφάλαιο σε διάφορους δήμους, ενώ η AGESP SpA είναι μία ανώνυμη εταιρεία το κεφάλαιο της οποίας ανήκει εξ ολοκλήρου στην AGESP Holding Spa. Ο Δήμος Busto Arsizio ανέθεσε απευθείας στην AGESP SpA τον τεχνολογικό εκσυγχρονισμό των εγκαταστάσεων θέρμανσης των κτηρίων του Δήμου. Το Δικαστήριο εξέτασε τη δυνατότητα του Δήμου να αναθέσει απευθείας στην εταιρεία αυτή, καθώς δεν ασκεί ο ίδιος απευθείας έλεγχο στην εταιρεία AGESP SpA αλλά μόνο διαμέσου της AGESP Holding SpA. Στο σκεπτικό της απόφασης αναφέρθηκαν οι προϋποθέσεις που θέτει η απόφαση Teckal προκειμένου να εξαιρείται μία σύμβαση από τη διαδικασία αναθέσεως, δηλαδή, η ύπαρξη νομικά διακεκριμένου προσώπου και η άσκηση ελέγχου ανάλογου με αυτόν που ασκεί η αναθέτουσα αρχή στις δικές της υπηρεσίες. Επιπλέον[18], όσον αφορά το είδος του ελέγχου, διευκρινίστηκε ότι ο έλεγχος πρέπει να μπορεί να ασκεί επιρροή στους στρατηγικούς στόχους και στις σημαντικές αποφάσεις. Στην υπό κρίση περίπτωση, κρίθηκε ότι ο έλεγχος που διενεργείται μέσω μίας εταιρείας holding, δηλαδή μέσω της παρέμβασης ενός διαμεσολαβητή[19], ενός ενδιάμεσου προσώπου μέσω του οποίου ασκείται ο έλεγχος, μπορεί να τον αποδυναμώσει ανάλογα με τις επικρατούσες πραγματικές συνθήκες. Η απόφαση καταλήγει ότι : «*η οδηγία 93/3 απαγορεύει την απευθείας ανάθεση του αντικειμένου σε μία ανώνυμη εταιρεία της οποίας το διοικητικό συμβούλιο διαθέτει ευρείες εξουσίες διαχειρίσεως που μπορεί να ασκήσει αυτόν όμως και της οποίας το κεφάλαιο κατέχει εξ ολοκλήρου, στην παρούσα κατάσταση, άλλη ανώνυμη εταιρία της οποίας πλειοψηφιών μέτοχος είναι η αναθέτουσα αρχή*[20]». Ρητά κατέληξε το Δικαστήριο ότι δεν μπορεί να ασκηθεί έλεγχος ανάλογος με αυτόν που ασκεί στις υπηρεσίες της όταν η αναθέτουσα αρχή έχει την πλειοψηφία των μετοχών και όχι το σύνολο των μετοχών.

Σύμφωνα με το ιστορικό της απόφασης C-573/07 (Sea Srl κατά Comune di Ponte Nossa) ο Δήμος Ponte Nossa σύναψε απευθείας σύμβαση, χωρίς να εφαρμόσει διαγωνιστική διαδικασία για την παροχή υπηρεσίας συλλογής, μεταφοράς και διάθεσης των αστικών αποβλήτων, με την εταιρία Secto. Η εταιρία αυτή είχε ως μετόχους της τοπικούς Δήμους, ο κύριος δε σκοπός της ήταν η διαχείριση των δημοσίων υπηρεσιών των τοπικών δήμων ή ενώσεων δήμων. Υπήρχε όμως η δυνατότητα συμμετοχής ιδιωτών στο κεφάλαιό της εν λόγω εταιρίας. Η ανταγωνιστική εταιρεία Sea Srl στράφηκε εναντίον της συμβάσεως αυτής. Η απόφαση

[16] Προτάσεις της γενικής Εισαγγελέα, Parking Brixen, C-458/03, ECLI : C : 2005 : 123, σκέψη 72
[17] ΔΕΚ της 13ης Οκτωβρίου 2005, Parking Brixen, C-458 /03, ECLI : EU : C 2005 : 605 σκέψη 65 -67
[18] C 458/03 Parking Brixen
[19] ΔΕΚ 11ης Μαίου 2006, Carbotermo and Consorzio Alisei, ECLI : EU : C : 2006:308, C 340/04 σκέψη 39
[20] ΔΕΚ 11ης Μαίου 2006, Carbotermo and Consorzio Alisei, ECLI : EU : C : 2006:308,C 340/04 σκέψη 47

επανέλαβε την πάγια θέση της νομολογίας ότι η, έστω και κατά μειοψηφία, συμμετοχή μιας ιδιωτικής επιχείρησης στο κεφάλαιο εταιρίας στην οποία συμμετέχει και η οικεία αναθέτουσα αρχή αποκλείει οπωσδήποτε τη δυνατότητα αυτή της αναθέτουσας αρχής να ασκεί ανάλογο με εκείνο που ασκεί στις δικές υπηρεσίες. Η εξακρίβωση ύπαρξης ιδιωτικής συμμετοχής πρέπει να εξακριβώνεται το χρονικό σημείο της σύναψης της σύμβασης και μόνο κατ' εξαίρεση θα ληφθούν υπόψιν γεγονότα μεταγενέστερα της συμβάσεως[21]. Συνεπώς, η απλή δυνατότητα εισόδου ιδιωτών στο κεφάλαιο ης εταιρίας δεν αποκλείει τη δυνατότητα άσκηση ανάλογου ελέγχου εφόσον κριθεί ότι δεν υπάρχει δυνατότητα υλοποίησής της συντόμως. Επισημάνθηκε ότι ο έλεγχος πρέπει να ασκείται αποφασιστική επιρροή τόσο ως προς τους στρατηγικούς στόχους όσο και προς τις σημαντικές αποφάσεις της εταιρείας[22]. Αξίζει να σημειωθεί ότι παρά την πάγια νομολογιακή θέση του Ευρωπαϊκού Δικαστήριο το άρθρο 12 δίνει τη δυνατότητα συμμετοχής ιδιωτικών κεφαλαίων στο ελεγχόμενο νομικό πρόσωπο υπό προϋποθέσεις[23].

Στην απόφαση Encord με αριθμό C-182/11 και C-183/11 το Δικαστήριο ανέλυσε περαιτέρω την έννοια «αναλόγου ελέγχου» και τη δυνατότητα άσκησής του από κοινού με άλλες δημόσιες αρχές. Σύμφωνα με το ιστορικό της υποθέσεως η Comune di Varese ίδρυσε την εταιρία ASPEM με σκοπό να της αναθέτει κυρίως τις υπηρεσίες καθαριότητας. Στην εταιρία αυτή κατείχε σχεδόν το σύνολο του κεφαλαίου της ενώ το λοιπό μέρος το κατείχαν διάφοροι Δήμοι. Η Comune di Gagno και η Comune di Solbiate (Δήμοι) έγιναν μέτοχοι της εταιρίας αλλά συμμετέχοντας με μία μόνο μετοχή η καθεμία. Επιπλέον είχαν το δικαίωμα να διορίσουν με τη συμφωνία των λοιπών μετόχων ένα μέλος στο διοικητικό συμβούλιο και ένα μέλος στην επιτροπή ελεγκτών. Το προδικαστικό ερώτημα που τέθηκε στο Δικαστήριο ήταν εάν οι δύο αυτοί δήμοι κάτω από αυτές τις συνθήκες συμμετοχής ασκούσαν στην εταιρία ASPEM ανάλογο έλεγχο. Ήδη το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο είχε κρίνει στις υποθέσεις Sea Srl και Conditel Brabant ότι ο έλεγχος αυτός μπορεί να *ασκείται από κοινού χωρίς να είναι απαραίτητο καθεμία από αυτές να ασκεί τον έλεγχο ατομικώς*[24]. Τώρα όμως, εξετάστηκε αν η κάθε μία πρέπει να έχει έστω και ελάχιστη δυνατότητα συμμετοχής ελέγχου του φορέα και να μην στηρίζονται στον έλεγχο μόνο της δημόσιας αρχής που κατέχει την πλειοψηφία του μετοχικού κεφαλαίου. Το Δικαστήριο σημείωσε ότι μία τέτοια συμμετοχή θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις καθώς μία απλή συμμετοχή ενός δημοσίου φορέα σε μία τέτοια εταιρία θα απάλλασσε το δημόσιο φορέα από την υποχρέωση εφαρμογής των κοινοτικών διατάξεων. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι για να υφίσταται «ανάλογος έλεγχος» πρέπει η δημόσια αρχή να συμμετέχει τόσο στο κεφάλαιο όσο και στα όργανα διοικήσεως του φορέα.

4. Νομολογιακή επισκόπηση των συμβάσεων οριζόντιας συνεργασίας

Η απόφαση C – 159/11 (Universita del USalento κατά Ordine degli Ingegneri della Provincia) ασχολήθηκε με τις συμβάσεις μεταξύ δημοσίων φορέων, οι οποίοι, όμως, δεν ασκούν έλεγχο ο ένας στον άλλο. Αντικείμενο εξέτασης ήταν η σύμβαση συμβουλευτικών υπηρεσιών που υπέγραψε η ASL (Τοπική Υγειονομική Υπηρεσία) και το Πανεπιστήμιο (Universita di Lecce) όσον αφορά τη μελέτη και την εκτίμηση της σεισμικής τρωτότητας των νοσοκομειακών υποδομών. Ο ισχυρισμός των συμβαλλομένων μερών ήταν ότι η σύμβαση αποτελούσε συμφωνία συνεργασίας μεταξύ δημοσίων φορέων με αντικείμενο δραστηριότητα γενικού

[21] ΔΕΚ 19ης Σεπτεμβρίου 2009, Sea Srk and Commune di Ponte Nossa, ECLI : EU : C : 2009:532,C 537/07 σκέψεις 46-51

[22] ΔΕΚ 19ης Σεπτεμβρίου 2009, Sea Srk and Commune di Ponte Nossa, ECLI : EU : C : 2009:532,C 537/07 σκέψη 86

[23] Άρθρο 12 παρ. 1(γ), 3 (γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014

[24] C-182/11 και 183/11 σκέψη 28 , C – 573/07 σκέψη 59

συμφέροντος. Ερευνήθηκε το κατά το πόσο δεν αντιτίθεται στους κανόνες της Ένωσης μία εθνική ρύθμιση που επιτρέπει τη χωρίς διαγωνισμό σύναψη σύμβαση μεταξύ δύο αναθετουσών αρχών που καθιερώνει μεταξύ τους συνεργασία. Σύμφωνα με την απόφαση για να εξαιρείται μία τέτοια σύμβαση πρέπει να πληρούνται συγκεκριμένα κριτήρια : α) η σύμβαση γίνεται μεταξύ δημοσίων φορέων β) πρέπει να έχει ως αντικείμενο τη διασφάλιση εκπλήρωσης ορισμένης αποστολής δημόσιας υπηρεσίας κοινής στους δύο ως άνω φορείς και γ) δεν διέπεται αποκλειστικά από εκτιμήσεις και επιταγές που προσιδιάζουν στην επιδίωξη σκοπών δημοσίων συμφέροντος ή μπορεί να περιαγάγει ορισμένη ιδιωτική επιχείρηση σε προνομιακή θέση έναντι των ανταγωνιστών της.

5. Τρέχοντα ζητήματα περιορισμού των in house

Παρά τη θεσμοθέτηση των προϋποθέσεων των in-house συμβάσεων, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο συνεχίζει να ερευνά και να διευκρινίζει περαιτέρω τη λειτουργία τους καθώς προκύπτουν νέα ερωτήματα στην εφαρμογή τους. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο με τη με αριθμό 285/18 απόφασή του απάντησε θετικά στο προδικαστικό ερώτημα του Δικαστηρίου της Λιθουανίας σχετικά με το εάν τα ίδια τα κράτη-μέλη μπορούν να επιβάλλουν περιορισμούς ή να θεσπίσουν πρόσθετες προϋποθέσεις στο εθνικό τους δίκαιο για την εφαρμογή των in-house συμβάσεων. Σύμφωνα με το ιστορικό της υποθέσεως, το εθνικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων της Λιθουανίας απαιτούσε, για να είναι επιτρεπτή η εφαρμογή μίας in-house συμβάσεως, εκτός των τριών προϋποθέσεων της ευρωπαϊκής οδηγίας 2014/24, επιπρόσθετα ως όρο το να μην μπορεί να εξασφαλιστεί η συνέχεια, η καλή ποιότητα και η διαθεσιμότητα των υπηρεσιών αυτών μέσω της διενέργειας δημόσιου διαγωνισμού. Παράλληλα, το εθνικό δίκαιο ανταγωνισμού της Λιθουανίας απαιτούσε από τους φορείς της δημόσιας διοίκησης να εγγυώνται την ελευθερία του δίκαιου του ανταγωνισμού. Το βασικό ερώτημα της υπόθεσης περιστράφηκε στο κατά πόσο το δίκαιο της Ένωσης ορίζει κατά τρόπο εξαντλητικό τα κριτήρια της «in house ανάθεσης». Ο Εισαγγελέας Gerard Hogan στην πρότασή του επισήμανε ότι : *κρίνεται αναγκαίο να αποσαφηνιστεί σε ποιες περιπτώσεις οι συμβάσεις που συνάπτονται εντός του δημόσιου τομέα δεν υπόκεινται στην εφαρμογή των κανόνων περί δημοσίων προμηθειών. Η εν λόγω αποσαφήνιση θα πρέπει να βασίζεται στις αρχές που έχουν διατυπωθεί στη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης.* [25] *Στην πρότασή του κατέληγε ότι* οι διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πρέπει να ερμηνεύονται υπό την έννοια ότι καθορίζουν *τις ελάχιστες απαιτήσεις για να επιτρέπεται, βάσει του δικαίου της Ένωσης, η σύναψη των in-house αναθέσεων.* [26] Κατά την άποψή του, η Οδηγία δεν απαγορεύει τα κράτη-μέλη να επιβάλλουν αυστηρότερους κανόνες που να περιορίζουν το δικαίωμα σύναψης τέτοιων συμβάσεων καθώς ο σκοπός των in house συμβάσεων είναι να αποτελούν εξαίρεση. Επιπρόσθετα, είναι σαφές ότι δεν υφίσταται υποχρέωση του Κράτους να συνάψει μία in house σύμβαση ακόμα και στην περίπτωση που η σύμβαση αυτή πληρεί όλες τις προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 12. Η Οδηγία προσδιορίζει μόνο τα κριτήρια για την εφαρμογή της εξαίρεσης και δεν επιβάλει την υποχρεωτική εφαρμογή της.

Με την απόφασή του το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο συμφωνεί με την πρόταση του Γενικού Εισαγγελέα στο ότι τα κράτη – μέλη μπορούν να επιβάλλουν περιορισμούς στο άρθρο 12 της Οδηγίας. Περαιτέρω, αποφάνθηκε ότι *τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να επιλέγουν τον τρόπο παροχής υπηρεσιών με τον οποίο οι αναθέτουσες αρχές θα καλύπτουν τις δικές τους ανάγκες συνάγεται επίσης από την αιτιολογική σκέψη 5 της οδηγίας 2014/24, η οποία αναφέρει ότι «καμία διάταξη της παρούσας οδηγίας δεν υποχρεώνει τα κράτη μέλη να αναθέτουν σε εξωτερικούς φορείς την παροχή υπηρεσιών που επιθυμούν να παρέχουν τα ίδια ή να οργανώνουν με άλλα*

[25] Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα GERARD HOGAN, ECLI : EU : C : 2019 : 369, C-258/18 σκέψη 44
[26] Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα GERARD HOGAN, ECLI : EU : C : 2019 : 369, C-258/18 σκέψη 59

μέσα πλην των δημοσίων συμβάσεων κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας[27]. Καταλήγει, ότι επιτρέπεται μεν στα κράτη-μέλη να επιβάλλουν πρόσθετους όρους πέρα από εκείνους που προβλέπουν οι κοινοτικές διατάξεις επισημαίνοντας δε ότι η ελευθερία αυτή δεν είναι απεριόριστη αλλά *«πρέπει να ασκείται σύμφωνα με τους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ΛΕΕ, ιδίως για την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων την ελευθερία εγκατάστασης και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, καθώς και με τις αρχές που απορρέουν από τους κανόνες αυτούς, όπως η ίση μεταχείριση, η απαγόρευση των διακρίσεων, η αμοιβαία αναγνώριση, η αναλογικότητα και η διαφάνεια»*[28]. Διευκρινίζει επιπλέον, ότι αυτοί οι όροι πρέπει να είναι ακριβείς και σαφείς καθώς και επαρκώς προσβάσιμοι[29] προκειμένου να αποτρέπεται κάθε μορφή αυθαιρεσίας και να τηρείται η αρχή τη διαφάνειας. Η τήρηση μόνο των προϋποθέσεων που θέτει η οδηγία για τις in-house συμβάσεις δεν είναι αρκετή από μόνη της για να είναι νόμιμη μία τέτοια σύμβαση αλλά απαιτείται να ακολουθεί τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων, της αναλογικότητας και της διαφάνειας και να μην προκαλεί στρέβλωση των ανταγωνισμού.

Η ανωτέρω απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου κλυδωνίζει τη σταθερότητα των προϋποθέσεων των in-house αναθέσεων η οποία είχε δοθεί με την πρόσφατη θεσμοθέτηση τους. Στην ουσία, περνάει το μήνυμα στα κράτη-μέλη ότι μπορούν να διαμορφώσουν περαιτέρω το περιεχόμενο των προϋποθέσεων αυτών προσθέτοντας νέες προϋποθέσεις και επιπρόσθετα κριτήρια στην εθνική τους νομοθεσία.

6. Περιορισμός των συμβάσεων οριζόντιας συνεργασίας

Εφόσον κατά το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο είναι επιτρεπτή η επιβολή επιπλέον προϋποθέσεων στις in-house συμβάσεις, με το ίδιο σκεπτικό μπορούν να επιβληθούν πρόσθετες προϋποθέσεις και στις συμβάσεις οριζόντιας συνεργασίας.

Ένας τέτοιος περαιτέρω περιορισμός στη σύναψη των συμβάσεων οριζόντιας συνεργασίας μπορεί να θεωρηθούν οι όροι που απαιτούνται για τη σύναψη προγραμματικών συμβάσεων μεταξύ αναθετουσών αρχών. Η ελληνική νομοθεσία, προτού θεσμοθετηθούν οι εξαιρέσεις του άρθρου 12, δεχόταν ότι μία σύμβαση μεταξύ αναθετουσών αρχών εξαιρείται από τις διαγωνιστικές διαδικασίες των δημοσίων συμβάσεων εφόσον ήταν μια γνήσια προγραμματική σύμβαση. Σύμφωνα με την Ελληνική νομοθεσία[30] για να θεωρηθεί μία σύμβαση ως προγραμματική έπρεπε να ορίζεται ρητά το αντικείμενο της σύμβασης, ο σκοπός, το περιεχόμενο των μελετών, των έργων, των προγραμμάτων, των προμηθειών ή των υπηρεσιών, ο προϋπολογισμός τους, τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των συμβαλλομένων, το χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης της σύμβασης, οι πόροι από τους οποίους θα καλυφθούν οι αναλαμβανόμενες οικονομικές υποχρεώσεις και η διάρκεια της σύμβασης, καθώς και ο τρόπος κάλυψης των αναγκαίων για την εκπλήρωση της προγραμματικής σύμβασης λειτουργικών εξόδων, καθώς και οι λεπτομέρειες καταβολής τους. Για την εκπλήρωση του σκοπού της προγραμματικής σύμβασης, ο κάθε συμβαλλόμενος πρέπει να αναλαμβάνει συγκεκριμένο αντικείμενο με συγκεκριμένες υποχρεώσεις.

Η ενσωμάτωση της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2014/24 στο Εθνικό Δίκαιο έγινε με το ν. 4412/2016. Ο Εθνικός Νομοθέτης στο άρθρο 12 παρ. 6 τοποθέτησε σε χωριστή παράγραφο ως εξαίρεση τη σύναψη προγραμματικής σύμβασης. Όμως, η νομιμότητα μίας προγραμματικής σύμβασης εξετάζεται σε συνδυασμό με τη διάταξη των συμβάσεων οριζοντίων συνεργασιών που έχει τοποθετηθεί στην παράγραφο 4. Κατά συνέπεια, για να είναι νόμιμη μία σύμβαση οριζόντιας

[27] Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα GERARD HOGAN, ECLI : EU : C : 2019 : 369, C-258/18 σκέψη 45
[28] ΔΕΚ της 3ης Οκτωβρίου 2019, Irgita, ECLI : EU : C :2019 : 829, C-285/18, σκέψη 48
[29] ΔΕΚ της 3ης Οκτωβρίου 2019, Irgita, ECLI : EU : C :2019 : 829, C-285/18, σκέψη 57
[30] Ν. 3852/2010 άρθρο 100 παρ. 2

συνεργασίας μεταξύ αναθετουσών αρχών στην Ελληνική Νομοθεσία και να μπορεί να εξαιρεθεί από την διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να τηρεί επιπλέον τις προϋποθέσεις που θέτει ο Νόμος για τις προγραμματικές συμβάσεις αυτές σύμφωνα με τα άρθρα 99 και 100 του ν. 3852/2010. Ισχύει βέβαια και το αντίθετο. Για να είναι νόμιμη μία προγραμματική σύμβαση πρέπει να πληρεί ενός από τους περιγραφόμενους στο άρθρο 12 συμβατικούς τύπους[31].

7. Συμπεράσματα

Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο αφουγκράζεται την σύγχρονη ευρωπαϊκή πραγματικότητα και με γνώμονα το πρωτογενές και παράγωγο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποφαίνεται στις αποφάσεις του. Είναι γνωστό ότι έχει γίνει κοινή πρακτική σε πολλές χώρες η χρησιμοποίηση των εξαιρέσεων του άρθρου 12 ως μέσο αποφυγής της διαγωνιστικής διαδικασίας και ως τρόπος απευθείας ανάθεσης στους φορείς που επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή. Αντί να είναι το ultimum refugium[32] μίας αναθέτουσας αρχής έχει γίνει το «όχημα» για την «νόμιμη» καταστρατήγηση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επανειλημμένα έχουν επισημάνει πολλές αποφάσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου[33] ότι κάθε εξαίρεση σχετικά με την υποχρέωση της κάθε αναθέτουσας αρχής να εφαρμόσει τους κανόνες δικαίου της Ένωσης πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά. Είναι επιβεβλημένο να μην γίνει κατάχρηση της εξαίρεσης, κάτι που από την αρχή είχε επισημάνει ο advocate general στην πρόταση του στην απόφαση «Teckal». Σε κάθε εξαιρούμενη σύμβαση πέρα από τον τυπικό έλεγχο τήρησης των προϋποθέσεων που θέτει το άρθρο 12 της Οδηγίας πρέπει να γίνεται μία αξιολογική εκτίμηση των συνολικών παραμέτρων καθώς η σύναψη των συμβάσεων δεν διέπεται μόνο από την ανωτέρω Οδηγία αλλά και από τις Αρχές της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και από τους θεμελιώδεις κανόνες που αυτή εισάγει, όπως την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, την αρχή της ελευθερίας της εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των δυσμενών διακρίσεων λόγω ιθαγένειας που συνεπάγονται μεταξύ άλλων υποχρέωση διαφάνειας και διασφάλιση αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού. Η νομιμότητα της κάθε house σύμβαση ή σύμβασης οριζόντιας συνεργασίας πρέπει να εξετάζεται κατά περίπτωση και να γίνεται στάθμιση όλων των δικαιωμάτων προτού καταλήξουμε περί της νομιμότητάς της. Το γεγονός ότι τα συμβαλλόμενα μέρη μίας συμβάσεως είναι δημόσιοι φορείς δε συνεπάγεται αυτομάτως την εξαίρεση της από την εφαρμογή των διατάξεων που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις. Πρέπει να διασφαλίζεται ότι δεν υπάρχει στρέβλωση του ανταγωνισμού και το βάρος απόδειξης των συντρεχουσών προϋποθέσεων πέφτει στην αναθέτουσα αρχή που επιδιώκει την εξαίρεση της σύμβασης[34].

Η παράθεση των ανωτέρω Ευρωπαϊκών Αποφάσεων μας δείχνει το σκεπτικό του νομοθέτη όταν τελικά θεσμοθέτησε το άρθρο 12 της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Φανερώνει ότι η βούληση του νομοθέτη είναι να μην επεκτείνει την εφαρμογή των in-house αναθέσεων αλλά και ταυτόχρονα δεν θέλει να τις καταργήσει. Κατάχρηση της εφαρμογής τους δεν πρέπει να γίνεται. Παρά την αναλυτική θεσμοθέτηση των προϋποθέσεων τους στο άρθρο 12, τα ερωτήματα γύρω από τη λειτουργία των «in house» συμβάσεων συνεχίσουν να γεννιούνται και περιμένουμε να δούμε την περαιτέρω διαμόρφωσή τους από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο.

---

[31] Ελ. Συν. Κλιμάκιο προληπτικού ελέγχου δαπανών Πράξη 0120/2019, Ελ. Συν. Κλιμάκιο Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών 0307/19 Ελ. Συν. Κλιμάκιο Προληπτικού Ελέγχου Δαπανών 0338/19

[32] Ελ.Συν. 6ο Τμήμα, απόφαση 120/2019

[33] C-5/2005 σκέψη 46 απόφαση Stadt Halle και RPL Lochau , C-15/2013 απόφαση Universitat Hamburg-Hamburg κατά Datenlotsen informationssysteme GmbH

[34] In-house Procurement and Public/Public Co[operation σελ. 5 Sigma Creating Change Together

Η Αρχή της Αναλογικότητας στο Δίκαιο των Θρησκευμάτων: το Παράδειγμα της επιλογής Θρησκευτικού Λειτουργού

Ελένη Παλιούρα, Υποψήφια Δ.Ν., ΜΔΕ Εκκλησιαστικού Δικαίου ΕΚΠΑ - ΜΔΕ Κανονικού Δικαίου ΕΚΠΑ, Μέλος της Συντακτικής Επιτροπής του Περιοδικού Δημόσιο Δίκαιο

1.Εισαγωγή

Η αρχή της αναλογικότητας στο δίκαιο των θρησκευμάτων λαμβάνει χώρα στο σκεπτικό των αποφάσεων του ΕΔΔΑ ήδη από τη δεκαετία του 1990 με τις αποφάσεις περί προσηλυτισμού. Επεκτάθηκαν τόσο στην ευρωπαϊκή νομολογία, κυρίως σε υποθέσεις σύγκρουσης του δικαιώματος θρησκευτικής ελευθερίας με την ελευθερία της τέχνης, όσο και στη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων σε υποθέσεις σύγκρουσης της επαγγελματικής ελευθερίας με την υποχρέωση πίστης στους ιδιαίτερους κανόνες μιας θρησκευτικής κοινότητας. Είναι αναγκαίο μέτρο σε μια δημοκρατική κοινωνία η ακύρωση διά απόφασης πολιτειακού δικαστηρίου της εκλογής ενός θρησκευτικού λειτουργού από τα συλλογικά όργανα της θρησκευτικής του κοινότητας; Εξαρτάται η απάντηση στο ως άνω ερώτημα από τη νομική προσωπικότητα της εκάστοτε θρησκευτικής κοινότητας; Χαρακτηριστική περίπτωση για τα ελληνικά δεδομένα αποτελεί το αρχιεπισκοπικό ζήτημα το έτος 1938 με τον Δαμασκηνό Παπανδρέου, επί δικτατορίας Μεταξά δηλαδή και επί λήξεως των κοινοβουλευτικών διαδικασιών για περίπου μία δεκαετία[1]. Το αρχιεπισκοπικό ζήτημα πρόκειται ουσιαστικά για την ακύρωση της εκλογής του Δαμασκηνού ως Αρχιεπισκόπου Αθηνών και πάσης Ελλάδος μέσω απόφασης του Συμβουλίου της Επικρατείας[2]. Ο πολιτικός χαρακτήρας του γεγονότος έγκειται στην υποκίνηση της ως άνω απόφασης από τον Ιωάννη Μεταξά, ο οποίος δεν επιθυμούσε την πλήρωση του αρχιεπισκοπικού θρόνου από τον Δαμασκηνό[3], ενώ μετά τη λήξη του ζητήματος απομακρύνθηκε ο Υπουργός Παιδείας Γεωργακόπουλος, που φαινόταν να υποστήριζε τον τελευταίο. Άλλη περίπτωση που αξίζει να αναφερθεί είναι εκείνη του μακαριστού Αρχιεπισκόπου Αθηνών και πάσης Ελλάδος Χριστόδουλου, κατά τις μέρες του οποίου κατατέθηκε αίτηση ακυρώσεως του προεδρικού διατάγματος περί αναγνωρίσεως και καταστάσεως στο Συμβούλιο της Επικρατείας, το οποίο την έκρινε απορριπτικά[4].

---

[1] Βλ.Επίσημα Πρακτικά Βουλής, Συνεδρίασις Ε' Σάββατο 18 Μαΐου 1946, σ.25.

[2] ΣτΕ 936/1938: «{…}Ακυροί το περί της εκλογής του Αρχιεπισκόπου Αθηνών και από 5 Νοεμβρίου 1938 πρακτικόν της Ιεράς Συνόδου της Ιεραρχίας της Εκκλησίας της Ελλάδος. Απορρίπτει τας ασκηθείσας παρεμβάσεις.{…}», δημοσιευμένη σε Θεόκλητος Στράγκας, *Εκκλησίας Ελλάδος ιστορία εκ πηγών αψευδών 1817 – 1967,* Τόμος Δ, Αθήνα 1972, σ.2193-2198.

[3] Βλ.Ι. Μεταξάς, *Το Προσωπικό του Ημερολόγιο Τόμος 4ος*, Αθήνα 1960, σ.312επ: «Και τους επήγα στο Συμβούλιο της Επικρατείας».

[4] ΣτΕ 3767/2002. Η περίπτωση του Χριστόδουλου είναι διαφορετική, καθώς η έντονη παρουσία του στα κοινά προκάλεσε πολιτικό και ιδεολογικό προβληματισμό κυρίως σχετικά με το ρόλο και το λόγο του προκαθημένου της Εκκλησίας της Ελλάδος, βλ.Α. Μανιτάκης, «Ο δημόσιος λόγος του Αρχιεπισκόπου και το Σύνταγμα», *ΤοΣ* 1/1999, σ.1-4, όπου βέβαια η παρατιθέμενη επιχειρηματολογία προβάλλεται υπό το πρίσμα της ενάσκησης εκ μέρους της Εκκλησίας δημόσιας εξουσίας, γεγονός που ειδικά μετά τα νομοθετικά και νομολογιακά δεδομένα των τελευταίων ετών είναι κατ'αρχήν αμφισβητήσιμο, βλ.ενδεικτικά 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».

2. Ανθρώπινα δικαιώματα και θρησκεύματα

Η θρησκευτική ελευθερία πρόκειται για ένα διεθνώς κατοχυρωμένο δικαίωμα, με την ειδικότερη αυτής ελευθερία της θρησκευτικής συνείδησης να είναι απεριόριστη. Στο πλαίσιο αυτό έχει διενεργηθεί ο διάλογος πάνω στις σχέσεις κράτους – εκκλησίας σε εθνικό και ευρωπαϊκό επίπεδο, ζήτημα που λαμβανομένης υπόψη της νομικής διάπλασης της θρησκευτικής αυτοδιοίκησης, είναι απαραίτητο να μετατεθεί στο διάλογο σχετικά με την εφαρμογή των ανθρωπίνων δικαιωμάτων σε σχέση με τα θρησκεύματα. Ο εν λόγω διάλογος έχει στο επίκεντρό του τη ρύθμιση των θρησκευμάτων εντός της πολιτειακής έννομης τάξης και τον τρόπο εφαρμογής του εσωτερικού τους δικαίου τηρουμένων των γενικών περιορισμών της θρησκευτικής ελευθερίας[5]. Η σημασία της συγκεκριμένης προβληματικής έγκειται στο θεμιτό του περιορισμού δικαιωμάτων ή της προσαρμογής τους στο ιδιαίτερο κανονιστικό πεδίο της θρησκευτικής έννομης τάξης.

Ειδικότερα, η αφετηρία για την εξέταση όλων των προβληματικών που αφορούν την εφαρμογή των ανθρωπίνων δικαιωμάτων σε σχέση με τα θρησκεύματα είναι ο περιορισμός του ιδιωτικού βίου σε όλο το φάσμα των μελών μιας θρησκευτικής ένωσης, στις περιπτώσεις που τα τελευταία συνδέονται με το θρησκευτικό οργανισμό με κάποιου είδους εργασιακή σχέση. Πιο αναλυτικά, οι αποφάσεις των Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων που συγκροτούν των ιδιαίτερο κλάδο του θρησκευτικού εργασιακού δικαίου περιέχουν τις βασικές αρχές που χαρακτηρίζουν τη σχέση μέλους (κληρικού, λαϊκού, μοναχού) ενός θρησκεύματος με τον ίδιο το θρησκευτικό οργανισμό σε περιπτώσεις διατήρησης της αξιοπιστίας του, δηλαδή της υπόστασής του όπως την αντιλαμβάνονται όχι μόνο τα ίδια τα μέλη του, αλλά και το κράτος και ενδεχομένως και οι υπόλοιποι θρησκευτικοί οργανισμοί.

Χαρακτηριστική περίπτωση αποτελεί μεταξύ άλλων η υπόθεση διευθυντή χορωδίας ενορίας της Καθολικής Εκκλησίας -με την οποία είχε σύμβαση εργασίας που απαιτούσε την τήρηση των αρχών κα της διδασκαλίας της Εκκλησίας- που απαλλάχθηκε των καθηκόντων του όταν αφοσιώθηκε σε εξωσυζυγική σχέση, με την οποία τεκνοποίησε εκτός γάμου[6]. Το ΕΔΔΑ αρχικά παρατήρησε ότι η έννοια της «ιδιωτικής ζωής» είναι ευρεία και περιλαμβάνει τη φυσική και ηθική ακεραιότητα του ατόμου, ενώ μερικές φορές περιλαμβάνει και πτυχές της κοινωνικής του ταυτότητας, όπως το δικαίωμα στην προσωπική ανάπτυξης ή το δικαίωμα αυτοδιάθεσης. Έτσι, στοιχεία όπως ο αυτοπροσδιορισμός βάσει του φύλου, τα ονόματα και ο σεξουαλικός προσανατολισμός εμπίπτουν στην προσωπική σφαίρα που προστατεύεται από το άρθρο 8 της Σύμβασης. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων διαμαρτυρήθηκε για μια ελλιπή προστασία του ιδιωτικού του βίου εκ μέρους του κράτους από τις παρεμβάσεις του εργοδότη του (Καθολική Εκκλησία), ο οποίος κρίνεται ότι παρά το καθεστώς δημοσίου δικαίου που διαθέτει κατά τις διατάξεις της γερμανικής έννομης τάξης, δεν ασκεί δημόσια εξουσία[7].

Περαιτέρω, το ΕΔΔΑ διατύπωσε στο σκεπτικό του ότι παρόλο που το άρθρο 8ΕΣΔΑ έχει ως αντικείμενο την προστασία του υποκειμένου του δικαιώματος που κατοχυρώνει από την αυθαίρετη παρέμβαση των αρχών, δεν επιβάλλει στο κράτος μόνο την υποχρέωση να απέχει από μια τέτοιου είδους παρέμβαση, αλλά έχει και θετικό πρόσημο που συνίσταται στην επιβολή μέτρων που αποβλέπουν στην εξασφάλιση του σεβασμού της ιδιωτικής ζωής ακόμη και μεταξύ των ιδιωτών. Σε κάθε περίπτωση πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η «δίκαιη ισορροπία» μεταξύ του γενικού συμφέροντος και των ατομικών συμφερόντων και πάντως το κράτος διαθέτει ένα ορισμένο περιθώριο εκτιμήσεως, το οποίο είναι ευρύτερο όταν δεν

[5] Όπως αναγράφονται στον ισχύον ελληνικό Σύνταγμα και στις διεθνείς συνθήκες, στις οποίες κατοχυρώνεται το δικαίωμα της θρησκευτικής ελευθερίας.
[6] ECHR, Schüth v. Germany, No. 1620/03, 23.9.2010, final 23/12/2010.
[7] §53-54

υπάρχει συμφωνία μεταξύ των κρατών-μελών του Συμβουλίου της Ευρώπης σχετικά με τη σημασία του συμφέροντος που διακυβεύεται ή ως προς τα αποτελεσματικότερα μέσα προστασίας του. Ως προς το κατά πόσο το κράτος ήταν υποχρεωμένο, στο πλαίσιο των θετικών του υποχρεώσεών, να υποστηρίξει το δικαίωμα του αιτούντος για σεβασμό της ιδιωτικής του ζωής κατά της Καθολική Εκκλησία, το Δικαστήριο, εξέτασε την εξισορρόπηση του άρθρου 8 ΕΣΔΑ με το δικαίωμα θρησκευτικής αυτονομίας της Καθολικής Εκκλησίας σύμφωνα με τα Άρθρα 9 και 11[8]. Στο πλαίσιο αυτό, σημειώθηκε ότι «οι θρησκευτικές κοινότητες παραδοσιακά και καθολικά υπάρχουν υπό τη μορφή οργανωμένων δομών και ότι, όταν πρόκειται για την οργάνωση της θρησκευτικής κοινότητας, το άρθρο 9 της Συμβάσεως πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του άρθρου 11, το οποίο διασφαλίζει τη συλλογική οργάνωση έναντι αδικαιολόγητης κρατικής παρέμβασης»[9]. Η ύπαρξη και λειτουργία, λοιπόν, των θρησκευμάτων με γνώμονα το δικαίωμά τους στη θρησκευτική αυτονομία είναι αναγκαία σε μια δημοκρατική κοινωνία που σέβεται τον πλουραλισμό, και επιβάλλει ακόμη σε εξαιρετικές περιπτώσεις, τον αποκλεισμό κάθε διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους του κράτους να καθορίσει είτε τις θρησκευτικές πεποιθήσεις είτε τα μέσα που χρησιμοποιούνται προκειμένου να εκφραστούν[10].

Επιπλέον, το ζήτημα εφαρμογής του εσωτερικού κανονιστικού πλαισίου μιας Εκκλησίας στις εργασιακές της σχέσεις είναι άμεσα συνυφασμένο με την αξιοπιστία που ενέχει ως θρησκευτικός οργανισμός. Οι ενέργειες του προσφεύγοντος μπορεί να μην είναι αντιληπτές από την πολιτειακή έννομη τάξη ως ικανές να επιφέρουν την καταγγελία σύμβασης εργασίας, ωστόσο, στο πλαίσιο της Καθολικής Εκκλησίας συνδέονται άμεσα με τη διδασκαλία και τις αρχές, τις οποίες μεταλαμπαδεύει στα μέλη της και έχουν δεσμευτικό χαρακτήρα. Ακόμη, η δραστηριότητα του προσφεύγοντος ήταν τόσο στενά συνδεδεμένη με την ειδικότερη αποστολή της Εκκλησίας που θα ήταν αδύνατον να συνεχίσει να βρίσκεται σε εργασιακή σχέση μαζί της μετά την παραβίαση των ως άνω αρχών[11] πολύ περισσότερο εφόσον ο προσφεύγων αποδέχτηκε ένα καθήκον πίστης προς την Καθολική Εκκλησία κατά την υπογραφή της σύμβασης εργασίας, το οποίο περιορίζει σε ορισμένο βαθμό το δικαίωμά του σεβασμού της ιδιωτικής του ζωής. Ο περιορισμός αυτός φυσικά αφορά μόνο το πλαίσιο της εργασιακής σχέσης του προσφεύγοντος με την ως άνω Εκκλησία και όχι την ανάπτυξη του βίου του ως πολίτη του κράτους[12]. Τελικώς, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι τα συμφέροντα της Εκκλησίας στην προκείμενη περίπτωση υπερβαίνουν τα ιδιωτικά συμφέροντα του προσφεύγοντος[13].

Κατά την ως άνω απόφαση, αλλά και κατά τη γενικότερη παρόμοια νομολογία, το σκεπτικό του Δικαστηρίου στηρίζεται στην αυτοδιοίκηση των θρησκευμάτων, όχι, όμως, κατά κύριο λόγο με γνώμονα το εσωτερικό τους δίκαιο όπως αποτυπώνεται για παράδειγμα τους ιερούς κανόνες, αλλά με βάση την αποτύπωσή τους σε κείμενα που αφενός έχουν ισχύ και έννομες συνέπειες στην πολιτειακή δικαιοταξία (π.χ. μια σύμβαση εργασίας) αφετέρου εκτελούν και ερμηνεύουν το διατακτικό τους. Το ΕΔΔΑ δηλαδή έχει δημιουργήσει ένα χρήσιμο εργαλείο εφαρμογής του εσωτερικού δικαίου των θρησκευμάτων με όρους της πολιτειακής έννομης τάξης, χωρίς να υπάρχει κίνδυνος εσφαλμένης διασύνδεσης των δύο δικαιοταξιών που συνυπάρχουν και αλληλοεπιδρούν (θρησκευτικής/εκκλησιαστικής και πολιτειακής). Τα ως

[8] §55-57

[9] «{…} religious communities traditionally and universally exist in the form of organised structures and that, where the organisation of the religious community is at issue, Article 9 of the Convention must be interpreted in the light of Article 11, which safeguards associative life against unjustified State interference. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords.{…}»

[10] §58-59

[11] §60-62

[12] §71

[13] §74

άνω, αποτελούν κατά τη γνώμη μου και το τη βάση της πραγμάτευσης ενός ζητήματος που επηρεάζει καθοριστικά τη λειτουργία της ίδιας θρησκευτικής κοινότητας, όπως είναι η επιλογή του θρησκευτικού λειτουργού.

3.Η αρχή της αναλογικότητας στο δίκαιο των θρησκευμάτων

«Για να συσταθεί θρησκευτικό νομικό πρόσωπο χρειάζονται τριακόσια τουλάχιστον πρόσωπα, εκ των οποίων ένας τουλάχιστον είναι ο θρησκευτικός λειτουργός, ιερουργός ή ποιμένας της θρησκευτικής κοινότητας, στον οποίο έχει ανατεθεί η τέλεση των θρησκευτικών τελετών».

Το ως άνω χωρίο αποτελεί ένα τμήμα του δεύτερου άρθρου του ν.4301/2014. Το εν λόγω νομοθέτημα ρυθμίζει το νομικό καθεστώς των θρησκευτικών κοινοτήτων στην Ελλάδα συστηματικά. Είναι σημαντικό να εξεταστεί ξεχωριστά από το εν γένει πλαίσιο του δικαιώματος στη λατρεία, αλλά και σε συνδυασμό με αυτό, το πώς η πολιτεία αντιλαμβάνεται και αντιμετωπίζει το πρόσωπο εκείνο στο οποίο συνοπτικά αποδίδει και το θρησκευτικό χαρακτήρα ενός νομικού προσώπου ή μιας ένωσης που υπάρχει και λειτουργεί χάριν θρησκευτικών σκοπών. Το πρόσωπο αυτό είναι ο θρησκευτικός λειτουργός που είναι φυσικά πολίτης του κράτους και παράλληλα μέλος μιας θρησκευτικής κοινότητας. Επειδή έχει μια ιδιάζουσα θέση στο θρησκευτικό ή εκκλησιαστικό οργανισμό στον οποίο ανήκει, μπορεί να υφίσταται ορισμένους περιορισμούς που εξετάζονται με γνώμονα την αρχή της αναλογικότητας[14], η οποία ως προς το δίκαιο των θρησκευμάτων ακολουθεί τις ιδιαιτερότητές του.[15]

Χαρακτηριστική είναι η νομολογία του ΕΔΔΑ και συγκεκριμένα πάνω σε υποθέσεις εκλεγμένων και διορισμένων Μουφτήδων. Ο Σερήφ για παράδειγμα υπήρξε εκλεγμένος Μουφτής στην Κομοτηνή, και καταδικάστηκε σε επίπεδο εθνικών δικαστηρίων για αντιποίηση υπηρεσίας και στολής. Από την άλλη πλευρά οι Χασάν και Τσαούς στην ομώνυμη υπόθεση κατά της Βουλγαρίας ήταν δύο Μουφτήδες που εναλλάσσονταν στα καθήκοντά τους ανάλογα με το ποια κυβέρνηση βρισκόταν στην εξουσία, με αποτέλεσμα τη δημιουργία δύο στρατοπέδων στη μουσουλμανική κοινότητα. Το ένα αναγνώριζε ως Μουφτή τον Χασάν και το άλλο τον Τσαούς. Στην περίπτωση του Σερήφ, το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν συμφωνεί με την αρχή του πλουραλισμού, όπως, αυτή λειτουργεί μέσα σε μια δημοκρατική κοινωνία, το να τιμωρείς έναν άνθρωπο μόνο επειδή έχει τη συμπεριφορά θρησκευτικού ηγέτη μιας ομάδας πολιτών οι οποίοι τον ακολουθούν με τη θέλησή τους.

Στη δεύτερη υπόθεση, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι το κράτος έχει την υποχρέωση να απέχει από τις διαφορές μεταξύ των θρησκευτικών ομάδων. Έχει την υποχρέωση δηλαδή να τηρεί την αρχή της ουδετερότητας και κατ' επέκταση να σέβεται τη θρησκευτική αυτονομία των θρησκευτικών κοινοτήτων, το δικαίωμά τους δηλαδή να ρυθμίζουν τα εσωτερικά τους ζητήματα σύμφωνα με το δικό τους δίκαιο. Περαιτέρω, οι αρχές είναι απαραίτητο να

---

[14] Πρβλ. Σ. Τρωιάνος – Γ. Πουλής, *Εκκλησιαστικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2003[2], σ.527, 541. Το ΣτΕ έχει κρίνει σε περίπτωση καθαίρεσης κληρικού, λόγω ασύμβατων προς το εκκλησιαστικό κανονιστικό πλαίσιο επιλογών στον ιδιωτικό του βίο, ότι ο περιορισμός των δικαιωμάτων του στη συγκεκριμένη περίπτωση συμφωνεί με την επιλογή του να φέρει την ιδιότητα του κληρικού της Ορθόδοξης Εκκλησίας και ότι ακόμη «{…} η προσβαλλόμενη πράξη δεν αντίκειται ούτε σε άλλη συνταγματική διάταξη ή αρχή, όπως η κατοχυρούμενη από το άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος αρχή της αναλογικότητας, διότι υπό τις δεδομένες συνθήκες, ο περιορισμός των δικαιωμάτων, που άλλως θα απολάμβανε ο αιτών ως απλός πολίτης, κρίνεται συνταγματικά επιτρεπτός ως αναγκαίος και πρόσφορος, δικαιολογούμενος από επιτακτικούς λόγους διασφάλισης του κύρους και της αξιοπιστίας της Εκκλησίας.» (ΣτΕ 4596/2014, σκ.15).

[15] Στην ελληνική έννομη τάξη η αρχή της αναλογικότητας κατοχυρώνεται κατ' αρχήν στο άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ΄. Βλ.ανάλυση σε εθνικό και ευρωπαϊκό πλαίσιο, Β. Τζέμος, «Η «ώριμη» αναλογικότητα Η αναλογικότητα των περιορισμών των θεμελιωδών δικαιωμάτων ως κανόνας του Συνταγματικού Δικαίου και του Δικαίου της ΕΕ που δεν περιλαμβάνει την αναλογικότητα σε στενή έννοια», *ΔιΔικ* 2/2019, https://www.ddikastes.gr/node/4543 (τελευταία πρόσβαση 28.8.2020).

επεμβαίνουν μόνο όταν δημιουργούνται σοβαρές διαμάχες μεταξύ των μελών μιας θρησκευτικής κοινότητας και όχι όταν υπάρχει μια δικαιολογημένη ένταση προερχόμενη από την αποδοχή διαφορετικών θρησκευτικών λειτουργών εκ μέρους ομάδων της ίδιας κοινότητας.

Το ΕΔΔΑ δηλαδή κατά τη διάπλαση του δικαιώματος της θρησκευτικής αυτοοργάνωσης, προέβη σταδιακά και σε διάπλαση της αρχής της αναλογικότητας στο δίκαιο των θρησκευμάτων. Η αρχή της αναλογικότητας στο εν λόγω δίκαιο συνδέεται ακριβώς με τη θρησκευτική αυτονομία, όπως αυτή ειδικότερα διαπλάθεται σε κάθε εθνική έννομη τάξη. Τούτο καθίσταται εμφανές και στην υπόθεση Φερνάντεζ Μαρτίνεζ κατά Ισπανίας, στην οποία μάλιστα αναφέρεται και το γεγονός ότι η θρησκευτική αυτονομία δεν είναι απόλυτη και δεν γίνεται να περιορίζονται αδικαιολόγητα τα υπόλοιπα ανθρώπινα δικαιώματα χάριν αυτής. Πιο αναλυτικά, η «Φερνάντεζ Μαρτίνεζ» πρόκειται για την υπόθεση ενός κληρικού της Καθολικής Εκκλησίας ο οποίος παραβίασε την υποχρέωση αγαμίας και ως εκ τούτου δεν του ανανεώθηκε η σύμβαση διδασκαλίας σε δημόσιο σχολείο. Το ΕΔΔΑ έκρινε ότι ένας τέτοιος περιορισμός είναι θεμιτός, καθώς η αυτονομία της κοινότητας υπερισχύει της ατομικής αυτονομίας, η οποία ερμηνεύεται με γνώμονα το δικαίωμα υπαγωγής του πολίτη στο ιδιαίτερο καθεστώς μιας θρησκευτικής κοινότητας. Η απόφαση αυτή σκιαγραφεί το πώς λειτουργεί η αρχή της αναλογικότητας σε σχέση με την θρησκευτική αυτοοργάνωση. Ο περιορισμός δηλαδή των δικαιωμάτων των μελών πρέπει να τελεί σε άμεση συνάφεια με τη διατήρηση της αυτονομίας της κοινότητας, και αυτό είναι κάτι που η ίδια η κοινότητα πρέπει να αποδεικνύει με γνώμονα τα εκάστοτε πραγματικά περιστατικά. Περαιτέρω, πρέπει να καθίσταται αντιληπτό ότι ο κίνδυνος είναι υπαρκτός και ότι ο περιορισμός των δικαιωμάτων είναι απολύτως αναγκαίος.

Ως προς τη νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, η αρχή της αναλογικότητας αναλύεται στο σκεπτικό αρκετών αποφάσεων, σκόπιμη είναι η αναφορά, όμως, στην υπ' αριθμ. 4596/2014 του Συμβουλίου της Επικρατείας. Το Δικαστήριο απέρριψε την αίτηση ακύρωσης της απόφασης καθαίρεσης θρησκευτικού λειτουργού της Εκκλησίας της Ελλάδος, ο οποίος είχε αναπτύξει ιδιωτικό βίο αποκλίνοντα από την ορθόδοξη διδασκαλία. Η απόφαση εκτός του ότι παραπέμπει στη νομολογία του ΕΔΔΑ περί θρησκευτικής αυτονομίας, προβαίνει σε διάπλασή της στην ελληνική έννομη τάξη. Ειδικότερα, ο περιορισμός του ιδιωτικού βίου ενός κληρικού σύμφωνα με τις αρχές της θρησκευτικής κοινότητας είναι αναλογικός, καθώς ο ίδιος με τη θέλησή του δέχτηκε αυτό το ρόλο. Επίσης, είναι αναλογικός, γιατί θίγεται η αξιοπιστία και το κύρος της Εκκλησίας στην κοινωνία, συνεπώς το δικαίωμα της κοινότητας εν προκειμένω υπερισχύει του δικαιώματος του μέλους της που δεν μπορεί να διαφωνήσει. Το μέλος δηλαδή έχει τη λεγόμενη υποχρέωση πίστης στο ιδιαίτερο κανονιστικό πλαίσιο και τη διδασκαλία της κοινότητας.

Σημαντική είναι και η απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου με αριθμό 2020/2018. Ο εκκλησιαστικός δημόσιος υπόλογος δεν είναι ουσιαστικά δημόσιος υπόλογος, καθώς τα χρήματα που προέρχονται από την αυτοχρηματοδότηση της Εκκλησίας ελέγχονται μόνο ως προς τη χρήση τους χάριν θρησκευτικού σκοπού. Χαρακτηριστικά, η απόφαση αναφέρει ότι «ο πρόεδρος του εκκλησιαστικού συμβουλίου είναι πρωτίστως πνευματικός και θρησκευτικός λειτουργός και όχι συνήθης δημόσιος υπόλογος, του οποίου κύριο έργο είναι η τακτοποίηση λογαριασμών». Η απόφαση, αναλύοντας το ζήτημα του οριακού αυτού ελέγχου, συνδέει τη θρησκευτική αυτονομία που είναι περιορισμένη, με την αρχή της αναλογικότητας.

Νομοθετικά χαρακτηριστικά είναι δύο παραδείγματα. Το πρώτο είναι το άρθρο 17 του κανονισμού περί εφημερίων και διακόνων της Εκκλησίας της Ελλάδος του 2018. Στο άρθρο αυτό αναφέρονται οι συμβατές δραστηριότητες με την ιδιότητα του κληρικού. Χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι «τά νομικά ἐπαγγέλματα δέν ἐπιτρέπονται, ἐκτός τῆς σχετικῆς μέ τήν νομική ἐπιστήμη διδακτικῆς ἤ και ἐρευνητικῆς δραστηριότητας». Καθίσταται αντιληπτό ότι περιορίζεται η επαγγελματική ελευθερία των κληρικών, σύμφωνα με την

ερμηνεία που έχει δώσει η Εκκλησία στο κανονικό της δίκαιο. Στο άρθρο 17 του υπ' αριθμ. 305/2018 κανονισμού της Εκκλησίας της Ελλάδος «Περί Ἐφημερίων καί Διακόνων» αναφέρεται, λοιπόν, σχετικά με τις συμβατές με την ιδιότητα του κληρικού δραστηριότητες[16] ότι οι επιτρεπόμενες ενασχολήσεις που είναι δυνατόν να εξασκούνται παράλληλα με την ιδιότητα του εφημερίου είναι οι χειρωνακτικές και τεχνικές εργασίες, οι υπαλληλικές εργασίες, τα επιστημονικά επαγγέλματα, τα ιατρικά επαγγέλματα, επαγγέλματα ανθρωπιστικής και κοινωνικής φύσεως. Αντιθέτως, ασύμβατα με την ιδιότητα του εφημερίου είναι τα εν γένει νομικά επαγγέλματα, και οι απαγορευμένες εκ των ιερών κανόνων κοσμικές ενασχολήσεις, όπως περιγράφονται στις διατάξεις τους[17]. Το ως άνω πρόκειται για κείμενο της πολιτειακής δικαιοταξίας, καθώς έχει δημοσιευθεί στο ΦΕΚ και έχει εκδοθεί βάσει νομοθετικής εξουσιοδότησης, ενώ την ίδια στιγμή αποτελεί ρύθμιση της εκκλησιαστικής δικαιοταξίας, η οποία στηρίζεται στο εσωτερικό της δίκαιο και μπορεί να χρησιμοποιηθεί από ένα πολιτειακό όργανο, το οποίο δεν έχει γνώση της ιδιαίτερης φύσης αυτού του δικαίου.

Μετά την απόφαση του ΔΕΕ σχετικά με την υπόθεση του μοναχού Ειρηναίου εμφανίζεται στο προσκήνιο ο αναπροσδιορισμός της αντίληψης της ιδιότητας των κληρικών και των μοναχών της Εκκλησίας της Ελλάδος εκ μέρους του κράτους. Εν προκειμένω τίθεται το θέμα της ιδιότητας του πολίτη που φέρει μοναχός της Ορθόδοξης Εκκλησίας στην Ελλάδα. Πολίτης που έχει επιλέξει βάσει του άρθρου 5παρ.1Σ να είναι μοναχός της Εκκλησίας της Ελλάδος υπόκειται παράλληλα και στο εσωτερικό της δίκαιο σχετικά με τη συμπεριφορά του στον ιδιωτικό του βίο[18]. Στην περίπτωση του μοναχού Ειρηναίου, το ΔΕΕ αποφάσισε ότι: «*Το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 98/5/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Φεβρουαρίου 1998, για τη διευκόλυνση της μόνιμης άσκησης του δικηγορικού επαγγέλματος σε κράτος μέλος διάφορο εκείνου στο οποίο αποκτήθηκε ο επαγγελματικός τίτλος, έχει την έννοια ότι αντιτίθεται σε εθνική νομοθεσία κατά την οποία δικηγόρος που έχει την ιδιότητα του μοναχού και είναι εγγεγραμμένος ως δικηγόρος στα μητρώα της αρμόδιας αρχής του κράτους μέλους καταγωγής απαγορεύεται να εγγραφεί στα μητρώα της αρμόδιας αρχής του κράτους μέλους υποδοχής, προκειμένου να ασκεί εκεί το επάγγελμά του υπό τον επαγγελματικό του τίτλο καταγωγής, λόγω του προβλεπόμενου από τη νομοθεσία αυτή ασυμβίβαστου της*

---

[16] Βλ.και Ε. Παπαγιάννη, «Επιτρεπόμενες και απαγορευμένες κοσμικές ενασχολήσεις του βυζαντινού κλήρου», *Πρακτικά Δ' Πανελλήνιου Ιστορικού Συνεδρίου*, Θεσσαλονίκη 1983, σ.145-166.

[17] {...} *Κατά τήν ἀνωτέρω Ἐγκύκλιο τῆς Ἱερᾶς Συνόδου συμβατές με τήν ἰδιότητα τοῦ Κληρικοῦ ἀπασχολήσεις, οἱ οποίες δύνανται νά ἐξασκοῦνται ἐκ παραλλήλου μέ τήν ἐφημεριακή ἰδιότητα, εἶναι: οἱ χειρωνακτικές και τεχνικές ἐργασίες (α. παραδοσιακά ἐπαγγέλματα: ἀγροτικά π.χ. ἀγρότου, ἁλιέως, κτηνοτρόφου, πτηνοτρόφου, μελισσοκόμου, ἤ κηροπλάστου κ.λπ.· β. τά τεχνικά ἐπαγγέλματα: π.χ. τοῦ ξυλουργοῦ, ἐπιπλοποιοῦ, ὑποδηματοποιοῦ κ.λπ.., τοῦ τεχνικοῦ ἠλεκτρικῶν, ἠλεκτρονικῶν, ὑπολογιστικῶν ἤ ὑδραυλικῶν δικτύων κ.λπ.), οἱ υπαλληλικές ἐργασίες (ὑπαλληλικές θέσεις μέ σχέση ἐργασίας ἤ δημοσίου δικαίου στόν ιδιωτικό τομέα ἤ καί στον δημόσιο τομέα ὡς πολιτικό προσωπικό)· γ. τά ἐπιστημονικά ἐπαγγέλματα (α. ἐκπαιδευτικά: διδάσκαλοι, καθηγητές σέ ὅλες τίς εκπαιδευτικές βαθμίδες, β. ἐρευνητικά: φυσικοί, χημικοί, βιολόγοι, μεταλλειολόγοι, γεωλόγοι, σεισμολόγοι, γεωχημικοί, μετεωρολόγοι, ἀστροφυσικοί κ.ἄ., γ. ἰατρικά ἐπαγγέλματα: ἅπαντα ἐπιτρέπονται, πλήν τοῦ γυναικολόγου καί τοῦ ἰατροδικαστοῦ, δ. ἐπαγγέλματα κοινωνικῆς καί ἀνθρωπιστικῆς φύσεως: ψυχολόγοι, κοινωνικοί λειτουργοί, νοσηλευτές κ.λπ., ε. τά νομικά ἐπαγγέλματα δέν ἐπιτρέπονται, ἐκτός τῆς σχετικῆς μέ τήν νομική ἐπιστήμη διδακτικῆς ἤ και ἐρευνητικῆς δραστηριότητας), ἐνῶ δεν συμβιβάζονται δραστηριότητες πού ἀπαγορεύονται σέ κληρικό κατά τό κανονικό δίκαιο τῆς Ὀρθοδόξου Ἀνατολικῆς Ἐκκλησίας τοῦ Χριστοῦ: (α) κανόνες ΜΔ' τῶν Ἁγίων Ἀποστόλων, ΙΖ' τῆς Α' Οἰκουμενικῆς Συνόδου, Ι' τῆς Πενθέκτης, Δ' τῆς ἐν Λαοδικείᾳ καί Ε' τῆς ἐν Καρθαγένη Συνόδου, β) κανόνες Θ' καί ΟΣΤ' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου, ΚΔ' τῆς ἐν Λαοδικείᾳ καί ΜΖ' τῆς ἐν Καρθαγένη Συνόδου, γ) κανόνες ΜΒ' τῶν Ἁγίων Ἀποστόλων, ΚΔ' καί Ν' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου, δ) κανόνες ΝΑ' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου καί ΝΓ' τῆς ἐν Καρθαγένη Συνόδου, ε) κανόνες ΞΑ' τῆς Πενθέκτης Οἰκουμενικῆς Συνόδου, ΚΔ' τῆς ἐν Ἀγκύρᾳ καί ΛΣΤ' τῆς ἐν Λαοδικείᾳ Συνόδου, ΠΓ' τοῦ Μ. Βασιλείου, στ) κανόνες ΣΤ' καί ΠΓ' τῶν Ἁγίων Ἀποστόλων, Γ' καί Ζ' τῆς Δ' Οἰκουμενικῆς Συνόδου, Ι' τῆς Ζ' Οἰκουμενικῆς Συνόδου).*

[18] Ενδ.βλ.και άρθρο 1περ.α υπ'αριθμ. 39/1972 κανονισμού της Εκκλησίας της Ελλάδος.

ιδιότητας του μοναχού με την άσκηση της δικηγορίας». Μια παρατήρηση μπορεί να διατυπωθεί σε σχέση με το προδικαστικό ερώτημα[19]. Είναι διαφορετική η συμβατότητα του γενικού περιορισμού που τίθεται με τον ισχύοντα κώδικα δικηγόρων (άρθρο 6παρ. 6 ν. 4194/2013) σε κληρικούς και μοναχούς να λάβουν τη δικηγορική ιδιότητα και διαφορετική η ad hoc αντιμετώπιση της συμβατότητας της ιδιότητας αυτής με την ιδιότητα μοναχού αυτοκέφαλης Εκκλησίας. Πιο αναλυτικά, το ζητούμενο στην περίπτωση του μοναχού Ειρηναίου είναι εάν η Εκκλησία της Ελλάδος στο πλαίσιο της θρησκευτικής της αυτονομίας αποδέχεται (είτε η αποδοχή αυτή είναι συμβατή με το κανονικό της δίκαιο είτε όχι) μοναχός της να δραστηριοποιείται στον δικηγορικό κλάδο. Η εν λόγω παρατήρηση κινείται στο ίδιο πλαίσιο και με τις «Συστάσεις προς τα εθνικά δικαστήρια, σχετικές με την υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων[20]». Η αποδοχή αυτή σχετίζεται με τη θέση της Εκκλησίας στην ελληνική δημόσια σφαίρα, όπως αυτή προκύπτει μέσα από το δικαίωμα αυτοπροσδιορισμού της. Συνεπώς, το ΣτΕ στην προκείμενη περίπτωση δεν έχει αρμοδιότητα να επιληφθεί του ειδικότερου ζητήματος της απόκτησης της δικηγορικής ιδιότητας εκ μέρους του μοναχού Ειρηναίου.

Αναλογική είναι, τέλος, και η δυνατότητα διάλυσης του θρησκευτικού νομικού προσώπου του νόμου 4301/2014, όταν δεν υπάρχει θρησκευτικός λειτουργός για διάστημα μεγαλύτερο των έξι μηνών[21]. Η αιτιολογική έκθεση εξηγεί ότι είναι σημαντικό το θρησκευτικό νομικό πρόσωπο να μην παραμένει αδρανές, καθώς ο σκοπός του είναι η συλλογική άσκηση των λατρευτικών καθηκόντων.

Επιλογικά

Από τα όσα αναφέρθηκαν προκύπτουν δύο σημεία:

Πρώτον ο θρησκευτικός λειτουργός είναι ένας πολίτης του κράτους με ιδιαίτερο ρόλο στο πλαίσιο της θρησκευτικής κοινότητας στην οποία ανήκει. Ο ιδιαίτερος αυτός ρόλος δικαιολογεί και τον περιορισμό ορισμένων δικαιωμάτων του όταν κρίνεται απολύτως αναγκαία η διασφάλιση της αξιοπιστίας της θρησκευτικής κοινότητας στην κοινωνία και γενικότερα στο πλαίσιο της πολιτειακής έννομης τάξης. Αφορμή για τον τίτλο της παρούσας, ωστόσο, υπήρξε μια απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας σε μια περίοδο κατά την οποία δεν μπορεί να γίνει λόγος για αρχή της αναλογικότητας στο δίκαιο των θρησκευμάτων, όπως σήμερα. Πρόκειται για την ακύρωση της εκλογής του Αρχιεπισκόπου Αθηνών και πάσης Ελλάδος Δαμασκηνού το έτος 1938 λόγω κακής σύνθεσης του σώματος που τον εξέλεξε. Συγκεκριμένα, μέλος της Ιεραρχίας είχε καταδικαστεί σε έκπτωση από το συνοδικό δικαστήριο σε πρώτο βαθμό και εκκρεμούσε η συζήτηση της έφεσης, γι' αυτό και έλαβε μέρος στην ψηφοφορία. Άσχετα με τον αν η ακύρωση υποκινήθηκε από τον Μεταξά, όπως ο ίδιος

---

[19] ΣτΕ 1753/2017: Διατυπώνει προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης το ακόλουθο ερώτημα: «*Το άρθρο 3 της οδηγίας 98/5/ΕΚ έχει την έννοια ότι η εγγραφή ενός μοναχού της Εκκλησίας της Ελλάδος ως δικηγόρου στα μητρώα της αρμόδιας αρχής κράτους μέλους διαφορετικού από εκείνο στο οποίο έχει αποκτήσει τον επαγγελματικό του τίτλο, προκειμένου να ασκεί εκεί το επάγγελμά του υπό τον επαγγελματικό του τίτλο καταγωγής, μπορεί να απαγορεύεται από τον εθνικό νομοθέτη, για τον λόγο ότι οι μοναχοί της Εκκλησίας της Ελλάδος δεν δύνανται, κατά το εθνικό δίκαιο, να εγγράφονται στα μητρώα των δικηγορικών συλλόγων, επειδή δεν παρέχουν, λόγω της ιδιότητάς τους αυτής, ορισμένα απαραίτητα για την άσκηση της δικηγορίας εχέγγυα;*».

[20] 2016/C 439/01.

[21] άρθρο 10παρ.1 του ν.4301/2014: «Το θρησκευτικό νομικό πρόσωπο διαλύεται στις περιπτώσεις που προβλέπει ο κανονισμός του και σε περίπτωση που τα μέλη του μείνουν λιγότερα από εκατό. Με απόφαση του μονομελούς πρωτοδικείου, το θρησκευτικό νομικό πρόσωπο μπορεί να διαλυθεί αν το ζητήσει η διοίκησή του για οποιονδήποτε λόγο και αν το ζητήσει η εποπτεύουσα αρχή ή ο αρμόδιος εισαγγελέας: α) αν δεν έχει τουλάχιστον έναν θρησκευτικό λειτουργό για διάστημα μεγαλύτερο των έξι μηνών, β) αν στην πραγματικότητα επιδιώκει σκοπό διαφορετικό από αυτόν που ορίζει ο νόμος και γ) αν η λειτουργία του έχει καταστεί παράνομη ή ανήθικη ή αντίθετη προς τη δημόσια τάξη. Η αίτηση εκδικάζεται κατά την εκουσία δικαιοδοσία».

ομολογεί στο ημερολόγιό του, η απόφαση αυτή παρουσιάζει ενδιαφέρον, καθώς εκθέτει τη νομολογιακή απόσταση μεταξύ αυτής και της Φερνάντεζ Μαρτίνεζ που αναφέρθηκε προηγουμένως. Απόσταση υπάρχει και μεταξύ αποφάσεων που δεν απέχουν πολλά έτη μεταξύ τους. Αυτό σημαίνει ότι η θρησκευτική αυτοοργάνωση διαρκώς διαπλάθεται σε εθνικό, ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο σύμφωνα με τις εκάστοτε ιστορικές, πολιτικές και κοινωνικές συνθήκες.

Δεύτερον η αρχή της αναλογικότητας στο δίκαιο των θρησκευμάτων δεν είναι μονοδιάστατη, γιατί το ίδιο το δίκαιο των θρησκευμάτων έχει τόσες πτυχές όσες και οι υπόλοιποι κλάδοι της νομικής επιστήμης. Μπορεί να γίνει λόγος για παράδειγμα για την αρχή της αναλογικότητας σε σχέση με τις θρησκευτικές πεποιθήσεις εντός του πλαισίου του δικαίου των προσωπικών δεδομένων, την αρχή της αναλογικότητας σε σχέση με τη θρησκευτική συσσωμάτωση, την αρχή της αναλογικότητας σε περίοδο πανδημίας, όπως της προσφάτως, τόσο στην ελληνική που σημειώνονται ήδη αποφάσεις, όσο και στις υπόλοιπες εθνικές έννομες τάξεις. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η αρχή της αναλογικότητας και συγκεκριμένα η αρχή της αναγκαιότητας ενός μέτρου σε μια δημοκρατική κοινωνία είναι συνδεδεμένη με τη θρησκευτική αυτοοργάνωση.

Από τα ως άνω καταδεικνύεται η πολυπλοκότητα των ζητημάτων που αφορούν τη ρύθμιση του θρησκευτικού φαινομένου εντός του κράτους. Η μελέτη αποφάσεων του ΕΔΔΑ του ΔΕΕ, αλλά και του Supreme Court of the United States, καθιστά εμφανές το γεγονός ότι, παρά τις γενικές αρχές που διατυπώνονται, η νομολογία αντιμετωπίζει κάθε φορά ένα νέο πλαίσιο ρύθμισης των θρησκευμάτων σε εθνικό επίπεδο. Υπάρχει, λοιπόν, ένα σημείο συνάντησης των ρυθμίσεων των θρησκευμάτων εντός του κράτους σε διεθνές επίπεδο; Η απάντηση βρίσκεται στην εφαρμογή των ανθρωπίνων δικαιωμάτων σε σχέση με τα θρησκεύματα. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων έκρινε σε υπόθεση εφαρμογής της Σαρία ότι: «*η θρησκευτική ελευθερία δεν υποχρεώνει τα Συμβαλλόμενα Κράτη να δημιουργούν ιδιαίτερο νομικό πλαίσιο που παρέχει στις θρησκευτικές κοινότητες ειδικό καθεστώς με ειδικά προνόμια. Παρ' όλα αυτά, ένα Κράτος που έχει δημιουργήσει τέτοιο καθεστώς οφείλει να εξασφαλίζει ότι τα κριτήρια που έχει θεσπίσει για την αναγνώριση του δικαιώματος μιας ομάδας σε τέτοιο καθεστώς πρέπει να εφαρμόζονται με τρόπο που δεν εισάγει διακρίσεις*»[22]. Το σκεπτικό της ως άνω απόφασης περιέχει τον προβληματισμό της εφαρμογής εσωτερικού δικαίου θρησκευτικής κοινότητας που υπάρχει και λειτουργεί εντός του κρατικού οργανισμού, ζήτημα το οποίο βρίσκεται στον πυρήνα της ρύθμισης των σχέσεων κράτους – θρησκευμάτων ή ορθότερα της εφαρμογής των ανθρωπίνων δικαιωμάτων στα μέλη των θρησκευτικών ενώσεων και στις ίδιες τις ενώσεις, όταν αλληλοεπιδρούν με τον πολιτειακό οργανισμό.

Εν όψει της νομικής διάπλασης του δικαιώματος της θρησκευτικής αυτονομίας (3παρ.1Σ, 13παρ.1Σ, 9 και 11ΕΣΔΑ, 17ΣΛΕΕ), διαμορφώνεται διαρκώς ο ιδιαίτερος κλάδος του θρησκευτικού εργασιακού δικαίου (ενδ. ΔΕΕ υπόθεση C-414/16, με αντικείμενο αίτηση προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ, Vera Egenberger κατά Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.), ο οποίος δεν σχετίζεται μόνο με τις εργασιακές σχέσεις εντός των θρησκευμάτων, αλλά γενικότερα με τις επιτρεπτές επαγγελματικές δραστηριότητες των μελών που φέρουν ιδιαίτερη θέση, όπως είναι οι κληρικοί και οι μοναχοί. Ίσως, και σε σχέση με το κυρίως αντικείμενο του παρόντος άρθρου, να ήταν σκόπιμη η κατάρτιση εσωτερικού κανονιστικού κειμένου της Εκκλησίας, το οποίο συγκεντρωτικά και με γνώμονα της αρχή της αναλογικότητας να αναφέρεται στις γενικές αρχές του εν λόγω δικαίου, όπως αυτές διαμορφώνονται βάσει του εσωτερικού της δικαίου.

[22] ΕΔΔΑ, Molla Salli κατά Ελλάδος, 19.12.2018, §155, *Νομοκανονικά* 1/2019, σ.87-107 με σχόλιο Γ. Ι. Ανδρουτσόπουλου.

Σε αυτό το σημείο κρίνεται απαραίτητο να σημειωθεί ότι η εφαρμογή του εσωτερικού δικαίου θρησκευτικής κοινότητας εκτός από το θέμα της συμβατότητας με τα ανθρώπινα δικαιώματα, αντιμετωπίζει ένα ζήτημα που δεν έχει ακόμα εντοπισθεί σε επίπεδο εθνικής νομολογίας: το ζήτημα της ερμηνείας του. Η εν λόγω ερμηνεία είναι αδύνατον να πραγματοποιείται από πολιτειακά όργανα, η δε χρήση ιερών κανόνων σε σκεπτικό αποφάσεων πολιτειακών δικαστηρίων είναι προβληματική, όπως φαίνεται και από το διαχωρισμό τους εκ μέρους του ΣτΕ σε δογματικούς, διοικητικούς και θεμελιώδεις διοικητικούς θεσμούς, διαχωρισμός που δεν βασίζεται σε σχετική επίσημη απόφαση της Εκκλησίας. Το ζήτημα αυτό είναι διάφορο της σχέσης του κανονικού δικαίου της Ορθόδοξης Εκκλησίας με την ελληνική έννομη τάξη, η οποία αποδέχεται την Εκκλησία ως οργανισμό προϋφιστάμενο της σύστασης του ανεξάρτητου ελληνικού κράτους[23].

[23] Βλ.άποψη Χριστοφιλόπουλου, Α. Χριστοφιλόπουλος, *Ελληνικόν Εκκλησιαστικόν Δίκαιον*, Αθήνα 1965[2], φωτογραφική ανατύπωση 2005, σ.83.

Η Μεταβολή της Φορολογικής Κατοικίας Φυσικών και Νομικών Προσώπων

Κατερίνα Καλαμπαλίκη, Master 2R Panthéon Assas Paris II, Δικηγόρος

1. Εισαγωγή

Το ζήτημα του προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας και της μεταφοράς της απασχολεί όλο και περισσότερο τόσο τις φορολογικές αρχές, οι οποίες προκαλούν συχνά δυσκολίες στην ικανοποίηση των αιτημάτων των φορολογουμένων για μεταβολή της φορολογικής κατοικίας τους σε μία προσπάθεια αποφυγής της απώλειας δημοσίων εσόδων όσο και τους φορολογούμενους, οι οποίοι προσπαθούν να μεταφέρουν τη φορολογική τους κατοικία, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να τύχουν φορολογικών πλεονεκτημάτων.

Μεταφορά της φορολογικής κατοικίας συμβαίνει, όταν υφίσταται διακοπή των δεσμών με μία χώρα, η οποία είναι τέτοιας ποιότητας και έντασης, ώστε δεν υφίσταται πλέον δεσμός με την εν λόγω χώρα ή ο δεσμός, που απομένει, δεν επαρκεί, προκειμένου να τεκμηριώσει το δεσμό με τη χώρα αυτή.

Η έννοια της φορολογικής κατοικίας είναι σημαντική, καθώς, ένα κράτος μπορεί να φορολογήσει έναν φορολογούμενο είτε ως κράτος φορολογικής κατοικίας είτε ως κράτος πηγής. Συγκεκριμένα, στην πρώτη περίπτωση, το κράτος της φορολογικής κατοικίας του νομιμοποιείται να φορολογεί έναν φορολογούμενο για το παγκόσμιο εισόδημά του, ήτοι όχι μόνο για τα εισοδήματα που προκύπτουν στο έδαφός του, αλλά και σε άλλα κράτη. Στη δεύτερη περίπτωση, το κράτος πηγής νομιμοποιείται να φορολογήσει το φορολογούμενο, ο οποίος δεν έχει τη φορολογική κατοικία του στο έδαφος του εν λόγω κράτους μόνο για τα εισοδήματά του, που αποκτώνται από πηγές του ίδιου του κράτους αυτού μέσα σε ορισμένο φορολογικό έτος.

Αντικείμενο της παρούσας μελέτης αποτελεί η διερεύνηση του ζητήματος του προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας όπως και της μεταφοράς της. Σε πρώτο χρόνο θα προσπαθήσουμε να ορίσουμε την έννοια της φορολογικής κατοικίας και τα κριτήρια προσδιορισμού της για τα φυσικά και για τα νομικά πρόσωπα τόσο υπό το Μοντέλο Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας (εφεξής Μοντέλο ΣΑΔΦ) του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (εφεξής ΟΟΣΑ) (*υπό 1*) όσο και υπό την εσωτερική φορολογική νομοθεσία (*υπό 2*). Εν συνεχεία, ιδιαίτερη αναφορά θα γίνει στην νέα διάταξη, που εισήχθη στην ελληνική έννομη τάξη με το Ν. 4646/2019, η οποία προβλέπει τη δυνατότητα εναλλακτικής φορολόγησης φυσικών προσώπων με φορολογική κατοικία στην Ελλάδα για τα εισοδήματα, που αποκτούν στην αλλοδαπή (*υπό 3*). Τέλος, θα αναφερθούν και θα σχολιαστούν οι πρόσφατες νομολογιακές εξελίξεις σε κρίσιμα ζητήματα, που έχουν απασχολήσει τόσο το Συμβούλιο της Επικρατείας (ΣτΕ) όσο και τη Διεύθυνση Επίλυσης Διαφορών (ΔΕΔ) (*υπό 4*).

2. Τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας υπό το Μοντέλο ΣΑΔΦ του ΟΟΣΑ

Το Μοντέλο ΣΑΔΦ του ΟΟΣΑ περιλαμβάνει τα πλέον αξιόπιστα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας. Σε συνέχεια της συμμετοχής της Ελλάδας στον Ο.Ο.ΣΑ. από το 1961, η χώρα μας έχει συνάψει διμερείς ΣΑΦΔ, τις οποίες έχει κυρώσει με αυξημένη τυπική ισχύ

στο εσωτερικό της δίκαιο, και από τις οποίες προκύπτουν (συμβατικές) υποχρεώσεις[1]. Για το λόγο αυτό, σε τυχόν περίπτωση αμφιβολίας, προκειμένου να προσδιοριστεί το κράτος φορολογικής κατοικίας του φορολογούμενου, ήτοι το κράτος που έχει την κυριαρχική εξουσία να φορολογήσει αυτόν για το παγκόσμιο εισόδημά του, πρέπει, καταρχάς, να εξετάζεται, εάν υπάρχει διμερής ΣΑΦΔ μεταξύ της Ελλάδας και του κράτους ή των λοιπών κρατών που τον θεωρούν φορολογικό κάτοικό τους. Σημειώνεται ότι δεδομένου ότι οι ΣΑΔΦ συνιστούν διεθνείς συμβάσεις κυρωθείσες με νόμο σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος[2], οι διατάξεις τους είναι υπερνομοθετικής ισχύος, ήτοι υπερισχύσουν των τυχόν αντίθετων διατάξεων του εθνικού δικαίου. Στην περίπτωση που δεν υφίσταται ΣΑΦΔ μεταξύ των κρατών, οι φορολογικές αρχές θα καταφύγουν στις επιμέρους διατάξεις του εσωτερικού δικαίου, προκειμένου να αποφανθούν για την φορολογική κατοικία του συγκεκριμένου φυσικού ή νομικού προσώπου.

2.1. Τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας φυσικών προσώπων

Δυνάμει του άρθρου 4 παρ. 1 και 2 του Μοντέλου ΣΑΔΦ του ΟΟΣΑ προσδιορίζεται η έννοια του φορολογικού κατοίκου και τίθενται τα ιεραρχικά κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας ενός φυσικού προσώπου, στην περίπτωση που δύο κράτη διεκδικούν την εξουσία επιβολής φόρου στα εισοδήματα του[3].

Συγκεκριμένα, στην παρ. 1 του άρθρου 4 του Μοντέλου ΣΑΔΦ διευκρινίζεται ότι ο όρος «Κάτοικος ενός Συμβαλλόμενου Κράτους» σημαίνει κάθε πρόσωπο, που υπόκειται σε φορολόγηση σύμφωνα με την εσωτερική νομοθεσία του εν λόγω κράτους. Ως κριτήρια δε για τη φορολόγηση ενός κατοίκου αναφέρονται η διαμονή, η κατοικία ή άλλο κριτήριο παρόμοιας φύσης. Διευκρινίζεται δε ότι ο όρος «Κάτοικος ενός Συμβαλλόμενου Κράτους» δεν περιλαμβάνει οποιοδήποτε πρόσωπο, το οποίο φορολογείται στο κράτος αυτό μόνο για τα εισοδήματα, που προέρχονται από πηγές μέσα στο Κράτος αυτό.

Στην περίπτωση που βάσει των όρων της παρ. 1 ένα φυσικό πρόσωπο είναι κάτοικος και των δύο Συμβαλλόμενων Κρατών, για την επίλυση της σύγκρουσης αυτής, το Μοντέλο ΣΑΔΦ ορίζει ειδικούς κανόνες, που δίνουν προτεραιότητα στους δεσμούς που διατηρεί το φυσικό πρόσωπο με το ένα Κράτος έναντι των δεσμών που διατηρεί με το άλλο. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 2 του Μοντέλου ΣΑΔΦ του Ο.Ο.Σ.Α. προκύπτει ότι τα Συμβαλλόμενα Κράτη αποδέχονται συμβατικά ότι σε περίπτωση πολλαπλών δραστηριοτήτων και δεσμών ενός φορολογούμενου και με τα δύο κράτη πρέπει να εφαρμόζονται περιοριστικά και κατά ιεραρχική σχέση τα ακόλουθα τέσσερα (4) κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας: i) μόνιμη οικογενειακή εστία, ii) κέντρο ζωτικών συμφερόντων, iii) συνήθης διαμονή, iv) υπηκοότητα. Αναλυτικότερα, σε περίπτωση πολλαπλών δραστηριοτήτων και δεσμών ενός φορολογουμένου με περισσότερες από μία χώρες σε πρώτο χρόνο πρέπει να εξετάζεται σε ποιο κράτος βρίσκεται η μόνιμη οικογενειακή εστία του. Εάν είναι ανέφικτος ο προσδιορισμός του κράτους οικογενειακής εγκατάστασης, εκ του λόγου ότι το φυσικό πρόσωπο διαθέτει μόνιμη οικογενειακή εστία και στα δύο Συμβαλλόμενα Κράτη είναι αναγκαία η προσφυγή στο δεύτερο κριτήριο, ήτοι στην αναζήτηση του κέντρου ζωτικών συμφερόντων του, δηλαδή του τόπου στον οποίο αναπτύσσει προσωπικούς, επαγγελματικούς και οικονομικούς δεσμούς. Εάν δεν προκύπτει ούτε αυτό, τότε ελέγχεται το κριτήριο της

[1] Η Ελλάδα έχει υπογράψει συνολικά 52 ΣΑΔΦ.

[2] Το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος ορίζει ότι: «*Οι γενικά παραδεγμένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου, καθώς και οι διεθνείς συμβάσεις, από την επικύρωση τους με νόμο και τη θέση τους σε ισχύ σύμφωνα με τους όρους καθεμιάς, αποτελούν αναπόσπαστο μέρος του εσωτερικού ελληνικού δικαίου και υπερισχύουν από κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου. Η εφαρμογή των κανόνων του διεθνούς δικαίου και των διεθνών συμβάσεων στους αλλοδαπούς τελεί πάντοτε υπό τον όρο της αμοιβαιότητας*».

[3] Άρθρο 4 παρ. 1 Μοντέλου ΣΑΔΦ.

συνήθους διαμονής. Στην περίπωση δε που διαθέτει συνήθη διαμονή και στα δύο κράτη, χρησιμοποιείται ως ύστατο κριτήριο αυτό της υπηκοότητας. Στην περίπτωση, τέλος, που είναι υπήκοος και των δύο Συμβαλλόμενων Κρατών ή κανενός εξ' αυτών, το ζήτημα επιλύεται με αμοιβαία συμφωνία μεταξύ των ενδιαφερομένων Κρατών.

Ενόψει των ανωτέρω παρατηρεί κανείς ότι για τον προσδιορισμό της φορολογικής κατοικίας των φυσικών προσώπων το Μοντέλο ΣΑΔΦ περιλαμβάνει μία σειρά από κριτήρια, τα οποία έχουν μεταξύ τους σχέση αλληλοαποκλεισμού, ήτοι μετά την απόδειξη της ύπαρξης του ενός παρέλκει η εξέταση των υπόλοιπων κριτηρίων. Με την ιεραρχική αυτή δόμηση των κριτηρίων προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας επιτυγχάνεται η αποτελεσματικότερη δυνατή διευθέτηση περιπτώσεων διπλής φορολογίας, στην περίπτωση, που δύο Κράτη με βάση την εσωτερική τους νομοθεσία θεωρούν ένα φυσικό πρόσωπο ως φορολογικό κάτοικο της δικής τους επικράτειας και διεκδικούν την κυριαρχική εξουσία να του επιβάλουν φόρο για το παγκόσμιο εισόδημά του.

2.2. Τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας νομικών προσώπων

Στο Μοντέλο ΣΑΔΦ του ΟΟΣΑ εμπεριέχονται κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας και των νομικών προσώπων και οντοτήτων. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 3 του Μοντέλου ΣΑΔΦ ορίζεται ότι στην περίπτωση που ένα πρόσωπο, που δεν είναι φυσικό πρόσωπο, είναι κάτοικος και των δύο Συμβαλλόμενων Κρατών, τότε το πρόσωπο αυτό θεωρείται κάτοικος μόνο του Συμβαλλόμενου Κράτους, στο οποίο βρίσκεται η έδρα της πραγματικής του διοίκησης.

Σκόπιμο είναι, καταρχάς, να επισημανθεί ότι η ανωτέρω διάταξη αφορά σε εταιρείες και άλλες ενώσεις προσώπων, ανεξάρτητα από το εάν πρόκειται για νομικά πρόσωπα ή μη. Περαιτέρω, λεκτέο είναι ότι στην πράξη είναι σπάνιο μία εταιρεία ή άλλη ένωση προσώπων να υπόκειται σε φορολογία ως κάτοικος σε περισσότερα από ένα Κράτη[4]. Ωστόσο, κάτι τέτοιο θα μπορούσε να συμβεί στην περίπτωση που το ένα Συμβαλλόμενο Κράτος επιβάλει φόρο σε ένα νομικό πρόσωπο βάσει του τόπου καταχώρησης της έδρας του και το έτερο Συμβαλλόμενο Κράτος επιβάλει φόρο σε ένα νομικό πρόσωπο βάσει του τόπου, όπου βρίσκεται η έδρα της πραγματικής του διοίκησης. Στην περίπτωση αυτή το άρθρο 4 παρ. 3 του Μοντέλου ΣΑΔΦ δεν αναγνωρίζει ως κρίσιμο κριτήριο για τον προσδιορισμό της φορολογικής κατοικίας τον τόπο καταχώρησης της έδρας του νομικού προσώπου, η οποία ως αμιγώς τυπικό κριτήριο δεν κρίνεται ως επαρκές για τη στοιχειοθέτηση της φορολογικής κατοικίας. Αντιθέτως, το Μοντέλο ΣΑΔΦ προκρίνει ως καθοριστικό κριτήριο για τον προσδιορισμό της φορολογικής κατοικίας των μη φυσικών προσώπων τον τόπο, όπου βρίσκεται η έδρα της πραγματικής τους διοίκησης[5].

---

[4] *Δικηγορική Εταιρεία Ζέππος & Γιαννόπουλος*, Υπόδειγμα Σύμβασης για την Αποφυγή της Διπλής Φορολογίας σχετικά με τους φόρους Εισοδήματος και Κεφαλαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 69, 70.

[5] Διευκρινίζεται ότι η έδρα πραγματικής διοίκησης είναι ο τόπος, όπου λαμβάνονται ουσιαστικά οι βασικές διοικητικές και εμπορικές αποφάσεις, που είναι αναγκαίες για την άσκηση του συνόλου των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων του μορφώματος, όπως ο τόπος, όπου συνήθως διεξάγονται οι συνεδριάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου ή ισοδύναμου οργάνου, ο τόπος, όπου ασκούν συνήθως τις δραστηριότητές τους ο γενικός διευθυντής και τα υπόλοιπα ανώτερα στελέχη, ο τόπος, όπου ασκείται η καθημερινή διοίκηση του προσώπου, ο τόπος, όπου βρίσκονται τα κεντρικά γραφεία του προσώπου κ.λπ. Για τον προσδιορισμό της έδρας της πραγματικής διοίκησης πρέπει να εξετάζονται όλα τα σχετικά πραγματικά περιστατικά. Ένα μόρφωμα μπορεί δε να έχει περισσότερους από έναν τόπους διοίκησης, αλλά μόνο μία έδρα πραγματικής διοίκησης κάθε δεδομένη χρονική στιγμή.

Ως εκ τούτου, ο τόπος, όπου βρίσκεται η έδρα της πραγματικής διοίκησης ενός νομικού προσώπου ή νομικής οντότητας συνιστά, σύμφωνα με το Μοντέλο ΣΑΔΦ, το μοναδικό καθοριστικό κριτήριο προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας τους.

3. Τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας υπό την εσωτερική φορολογική νομοθεσία

3.1. Ιστορική Αναδρομή

Η φορολογική κατοικία για τα φυσικά πρόσωπα εισήχθη για πρώτη φορά στην ελληνική φορολογική νομοθεσία με το άρθρο 2 του προϊσχύοντος Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος (Ν. 2238/1994). Συγκεκριμένα, στο άρθρο 2 παρ. 1 του Ν. 2238/1994 υπό την αρχική του διατύπωση ο Έλληνας νομοθέτης προέβλεπε ότι η Ελλάδα μπορούσε να φορολογήσει για το παγκόσμιο εισόδημά τους μόνο τα πρόσωπα που ήταν φορολογικοί κάτοικοί της (στις περιπτώσεις, δηλαδή, όπου η Ελλάδα ήταν το κράτος φορολογικής κατοικίας τους). Στην αντίθετη περίπτωση και συγκεκριμένα, στις περιπτώσεις φορολογουμένων, που δεν είχαν τη φορολογική κατοικία τους στην Ελλάδα, η Ελλάδα είχε την εξουσία να φορολογήσει αυτούς μόνο για το εισόδημα που προέκυπτε από πηγές εντός Ελλάδας.

Στη διάταξη αυτή, ωστόσο, δεν υπήρχε ούτε ορισμός της φορολογικής κατοικίας ούτε κριτήρια προσδιορισμού της. Για το λόγο αυτό, για τον ορισμό της νομικής έννοιας της κατοικίας χρειαζόταν να ανατρέξει κανείς στο άρθρο 51 του Αστικού Κώδικα, σύμφωνα με το οποίο ορίζεται ότι τα στοιχεία που πρέπει να εξεταστούν για τη στοιχειοθέτηση της έννοιας της κατοικίας είναι α) η πραγματική εγκατάσταση σε ορισμένο τόπο (corpus) και β) η βούληση του ατόμου να καταστήσει τον τόπο αυτό κέντρο της ύπαρξής του, των βιοτικών του σχέσεων, των υλικών του συμφερόντων, του οικιακού του βίου, και της επαγγελματικής του κατάστασης, η βούληση δε αυτή πρέπει να προκύπτει από τις περιστάσεις και δεν αρκεί η σχετική δήλωση του ατόμου (animus).

Η ανωτέρω διάταξη του άρθρου 2 του Ν. 2238/1994 τροποποιήθηκε με το άρθρο 12 του Ν. 3943/2011. Με τη νεότερη αυτή διάταξη διευρύνθηκε η έννοια του υποκειμένου στο φόρο για το παγκόσμιο εισόδημά του, καταλαμβάνοντας εκτός από τους κατοίκους της Ελλάδας και τους συνήθως διαμένοντες σε αυτήν[6]. Περαιτέρω, εισήχθη για πρώτη φορά στην ελληνική φορολογική νομοθεσία η έννοια της συνήθους διαμονής, η οποία ορίστηκε ως η διαμονή ενός φυσικού προσώπου στην Ελλάδα για χρονικό διάστημα, που υπερβαίνει τις εκατόν ογδόντα τρεις (183) ημέρες μέσα στο ίδιο ημερολογιακό έτος. Μάλιστα, σύμφωνα με τις διατάξεις αυτές, η διαμονή τεκμαίρεται ως συνήθης, εκτός εάν ο φορολογούμενος αποδείξει το αντίθετο προσκομίζοντας αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει η διαμονή του σε άλλο κράτος (π.χ. πιστοποιητικό φορολογικής κατοικίας, στην περίπτωση που διαμένει σε κράτος, με το οποίο η Ελλάδα έχει υπογράψει Σ.Α.Δ.Φ.) Σημειώνεται ότι η διάταξη του άρθρου 12 του Ν. 3943/2011 τέθηκε σε ισχύ από 31.3.2011 και εφεξής και δεν έχει αναδρομική ισχύ.

3.2. Τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας υπό το σημερινό καθεστώς

Υπό το σημερινό ισχύον καθεστώς τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας ορίζονται στο άρθρο 4 του Ν. 4172/2013 (ισχύων Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος, εφεξής Κ.Φ.Ε.). Δυνάμει του ισχύοντος πλέον Κ.Φ.Ε. ο Έλληνας νομοθέτης προσπάθησε να εναρμονίσει την εσωτερική φορολογική νομοθεσία με τα οριζόμενα στο Μοντέλο ΣΑΔΦ του ΟΟΣΑ, ενώ για πρώτη φορά ορίστηκαν τα κριτήρια προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας νομικών προσώπων. Αναλυτικότερα:

[6] Βλ. και *Ν. Μπάρμπας*, Κώδικας Φορολογίας Εισοδήματος, Εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 2η Έκδοση, 2018, σελ. 40, 41.

3.2.1. Τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας φυσικών προσώπων

Με τις διατάξεις της παραγράφου 1 περ. α' του άρθρου 4 Κ.Φ.Ε., όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 4646/2019, καθορίζονται τα κριτήρια για την απόκτηση της φορολογικής κατοικίας στην Ελλάδα από ένα φυσικό πρόσωπο. Τα κριτήρια αυτά είναι η απόκτηση στην Ελλάδα μόνιμης ή κύριας κατοικίας ή συνήθους διαμονής ή του κέντρου των ζωτικών του συμφερόντων, δηλαδή των προσωπικών και οικονομικών δεσμών του.

Επιπλέον, στην παράγραφο 1 περ. β' του ίδιου άρθρου του Κ.Φ.Ε. ορίζεται ότι θεωρούνται φορολογικοί κάτοικοι της Ελλάδας, χωρίς να εξετάζεται προηγουμένως η συνδρομή ενός από τα πιο πάνω κριτήρια τα μέλη της προξενικής και διπλωματικής αντιπροσωπείας, κάθε άλλος δημόσιος λειτουργός συναφούς καθεστώτος και κάθε δημόσιος υπάλληλος, που έχει την ελληνική ιθαγένεια και υπηρετεί στην αλλοδαπή[7].

Στους φορολογικούς κατοίκους Ελλάδας εντάσσονται δε και τα φυσικά πρόσωπα, που βρίσκονται στην Ελλάδα για χρονικό διάστημα, που υπερβαίνει τις εκατόν ογδόντα τρεις (183) ημέρες, αθροιστικά, στη διάρκεια οποιασδήποτε δωδεκάμηνης περιόδου, από την πρώτη ημέρα παρουσίας τους στην Ελλάδα. Από τη ρύθμιση δε αυτή ρητά εξαιρούνται τα φυσικά πρόσωπα, που βρίσκονται στην Ελλάδα αποκλειστικά για τουριστικούς, ιατρικούς, θεραπευτικούς ή παρόμοιους ιδιωτικούς σκοπούς και η παραμονή τους δεν υπερβαίνει τις τριακόσιες εξήντα πέντε (365) ημέρες, συμπεριλαμβανομένων και των σύντομων διαστημάτων διαμονής στο εξωτερικό[8].

Επομένως, παρατηρεί κανείς ότι με τον νεότερο Κ.Φ.Ε. διευρύνθηκε η έννοια της φορολογικής κατοικίας. Μάλιστα, προκειμένου να αποφευχθούν αμφισβητήσεις, ο νομοθέτης προσδιόρισε ρητά την έννοια του φορολογικού κατοίκου εντάσσοντας σ' αυτήν όσα φυσικά πρόσωπα έχουν τη μόνιμη ή κύρια κατοικία τους ή τη συνήθη διαμονή τους ή το κέντρο των ζωτικών τους συμφερόντων εντός της ελληνικής επικράτειας, αλλά και εκείνα που διαμένουν σ' αυτή για χρονικό διάστημα, που υπερβαίνει τις 183 ημέρες[9]. Στο σημείο αυτό ο ισχύων Κ.Φ.Ε. ακολουθεί σε γενικές γραμμές το άρθρο 4 παρ. 2 του Μοντέλου ΣΑΔΦ του ΟΟΣΑ, που χρησιμοποιεί ως κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας φυσικών προσώπων τον τόπο της «οικογενειακής εστίας», αλλά και τον τόπο, όπου βρίσκεται το κέντρο των ζωτικών συμφερόντων του φυσικού προσώπου, ήτοι τον τόπο, στον οποίο έχει αναπτύξει στενούς προσωπικούς και οικονομικούς δεσμούς.

Ωστόσο, εν αντιθέσει με τα οριζόμενα στο Μοντέλο ΣΑΔΦ, όπου παρατηρείται ιεραρχική δόμηση των κριτηρίων προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας στην περίπτωση δεσμών ενός φυσικού προσώπου με περισσότερα από ένα κράτη, στην ισχύουσα διάταξη του Κ.Φ.Ε. παρατηρείται μία παρατακτική διάταξη των κριτηρίων προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας χωρίς να τίθεται ιεραρχική μεταξύ τους σχέση. Προκειμένου, δηλαδή, η Ελλάδα να θεωρήσει ένα φυσικό πρόσωπο ως φορολογικό της κάτοικο και εκ του λόγου τούτου να το φορολογήσει για το παγκόσμιο εισόδημά του, αρκεί κατά τον Έλληνα νομοθέτη να πληρούται ένα μόλις από τα προαναφερθέντα κριτήρια της ύπαρξης μόνιμης ή κύριας κατοικίας, ή συνήθους διαμονής ή ζωτικών συμφερόντων στην Ελλάδα. Η εν λόγω διάταξη, όμως, υπό τη

[7] Άρθρο 4 παρ. 1 περ. β' Ν. 4172/2013, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 115 παρ.1 Ν.4549/2018 και αντικαταστάθηκε από το άρθρο 1 παρ. 1 Ν. 4646/2019.

[8] Άρθρο 4 παρ. 2 Ν. 4172/2013, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 παρ.2 Ν. 4646/2019.

[9] Βλ. σχ. Λ. Κορρέ, «Παρουσίαση του νέου Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος κατά τον Ν. 4172/2013», *ΔΦΝ,* 1524, 2013, σελ. 1539 επ, Θ. Σκουζού, «Φορολογική κατοικία: Γνωρίζετε που βρίσκεστε;,» *ΔΦΝ*, 1537, 2014, σελ. 643 επ.

σημερινή της διατύπωση δε διευθετεί το ζήτημα της ύπαρξης δεσμών ενός φορολογουμένου με άλλα κράτη. Ως εκ τούτου, ενδέχεται να ανακύψουν ζητήματα διπλής φορολόγησης, στην περίπτωση δεσμών ενός φυσικού προσώπου - στο οποίο η Ελλάδα διεκδικεί την κυριαρχική εξουσία να επιβάλει φόρο- και με έτερο Κράτος, με το οποίο η χώρα μας δεν έχει υπογράψει ΣΑΔΦ. Και αυτό, διότι από τη διατύπωση της ισχύουσας πλέον διάταξης του Κ.Φ.Ε. προκύπτει η πρόθεση του Έλληνα νομοθέτη να φορολογήσει ένα φυσικό πρόσωπο, εφόσον πληρούται ένα μόλις από τα προαναφερθέντα κριτήρια, χωρίς να εξετάζονται οι δεσμοί του εν λόγω φυσικού προσώπου και με το έτερο κράτος, στο οποίο, επίσης, πληρούται η ύπαρξη κάποιου ή κάποιων από τα προαναφερθέντα κριτήρια.

3.2.2. Η διαδικασία μεταφοράς της φορολογικής κατοικίας φυσικών προσώπων

Οδηγίες για τη μεταφορά της φορολογικής κατοικίας ενός φυσικού προσώπου από την Ελλάδα στην αλλοδαπή σύμφωνα με το πλέον ισχύον νομοθετικό φορολογικό καθεστώς προβλέπονται στην ΠΟΛ. 1201/2017. Σύμφωνα με την εν λόγω εγκύκλιο διευκρινίζεται ότι για τη μεταφορά της φορολογικής κατοικίας στο εξωτερικό το ενδιαφερόμενο φυσικό πρόσωπο πρέπει να υποβάλει το αργότερο έως την τελευταία εργάσιμη ημέρα του πρώτου δεκαήμερου του μηνός Μαρτίου του φορολογικού έτους που ακολουθεί το φορολογικό έτος αναχώρησης μία αίτηση (έντυπο Μ0) με συνημμένα τα έντυπα Μ1 και Μ7 συμπληρωμένα, ενώ πρέπει να διορίσει και φορολογικό εκπρόσωπο, ο οποίος να είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδας[10].

Πέραν τούτου πρέπει να συνυποβληθούν το αργότερο έως την τελευταία εργάσιμη ημέρα του πρώτου δεκαήμερου του μηνός Σεπτεμβρίου του φορολογικού έτους που ακολουθεί το φορολογικό έτος αναχώρησης μία σειρά από δικαιολογητικά, τα οποία μπορεί να είναι κατά περίπτωση και ανάλογα με το αντισυμβαλλόμενο Κράτος (α) Βεβαίωση φορολογικής κατοικίας από την αρμόδια αλλοδαπή φορολογική αρχή, ή (β) εναλλακτικά Αίτηση για την Εφαρμογή της ΣΑΔΦΕ, όπου είναι ενσωματωμένο το πιστοποιητικό φορολογικής κατοικίας στην περίπτωση που ο φορολογούμενος έχει εγκατασταθεί σε κράτος με το οποίο υφίσταται ΣΑΔΦ, ή (γ) σε περίπτωση που δεν προβλέπεται η έκδοση των ανωτέρω από την αρμόδια αλλοδαπή φορολογική αρχή, αντίγραφο της εκκαθάρισης της δήλωσης φορολογίας εισοδήματος ή, ελλείψει εκκαθάρισης, αντίγραφο της σχετικής δήλωσης φορολογίας εισοδήματός του, που ο ενδιαφερόμενος υπέβαλε στο άλλο κράτος ως φορολογικός κάτοικος του κράτους αυτού. Πέραν των ανωτέρω, το ενδιαφερόμενο φυσικό πρόσωπο πρέπει να υποβάλει μία σειρά από δικαιολογητικά έγγραφα, από τα οποία να πιστοποιείται ότι πράγματι έχει μεταφέρει το κέντρο του οικογενειακού του βίου (οικογενειακή εστία), ή το κέντρο του επαγγελματικού του βίου και των βιωτικών του σχέσεων (κέντρο ζωτικών συμφερόντων) στην αλλοδαπή. Τα έγγραφα αυτά, τα οποία πιστοποιούν ότι το ενδιαφερόμενο φυσικό πρόσωπο και τα μέλη της οικογένειάς του, εφόσον υφίστανται, διαμένουν σε μόνιμη και σταθερή βάση στην αλλοδαπή μπορεί να είναι ενδεικτικά έγγραφα περί ανάληψης μισθωτής εργασίας, έναρξης επαγγελματικής δραστηριότητας υπαγωγής του στην ασφαλιστική νομοθεσία της αλλοδαπής, βεβαίωση εγγραφής σε δημοτολόγιο της εν λόγω χώρας, μισθωτήριο συμφωνητικό κατοικίας ή αποδεικτικό ιδιόκτητης κατοικίας, αποδεικτικά εκπαίδευσης/ φοίτησης τέκνων, τραπεζικοί λογαριασμοί, που τηρούνται σε αλλοδαπό πιστωτικό ίδρυμα. Σκόπιμο είναι να επισημανθεί ότι η προσκόμιση των ανωτέρω δικαιολογητικών τελεί υπό την προϋπόθεση ότι η έκδοσή τους προβλέπεται από την εσωτερική νομοθεσία του κράτους, το οποίο το ενδιαφερόμενο φυσικό πρόσωπο ισχυρίζεται ότι αποτελεί τον τόπο της μόνιμης και σταθερής κατοικίας του.

[10] ΠΟΛ. 1201/2017, παρ. 1.

3.2.3. Τα κριτήρια προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας νομικών προσώπων

Όπως προαναφέρθηκε, στον ισχύοντα Κ.Φ.Ε. εισήχθησαν για πρώτη φορά κριτήρια προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας νομικών προσώπων και νομικών οντοτήτων. Συγκεκριμένα, με την παρ. 3 του άρθρου 4 του Κ.Φ.Ε. προβλέπεται ότι ένα νομικό πρόσωπο ή μία νομική οντότητα έχει τη φορολογική του κατοικία (έδρα) στην Ελλάδα, εφόσον α) συστάθηκε ή ιδρύθηκε, σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο, ή β) έχει την καταστατική έδρα του στην Ελλάδα ή γ) ο τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης είναι στην Ελλάδα οποιαδήποτε περίοδο στη διάρκεια του φορολογικού έτους.

Σύμφωνα, δηλαδή, με την τελευταία αυτή ρύθμιση του Κ.Φ.Ε., μια εταιρεία που έχει την καταστατική της έδρα σε ένα άλλο κράτος αλλά με βάση τα πραγματικά περιστατικά και τις συνθήκες λειτουργίας της τεκμηριώνεται ότι η πραγματική της διοίκηση ασκείται στην Ελλάδα, θεωρείται ότι έχει την φορολογική της κατοικία στην Ελλάδα. Ως εκ τούτου, με την εν λόγω ρύθμιση αντιμετωπίζεται το φαινόμενο της φοροαποφυγής με τη δημιουργία νομικών προσώπων ελληνικών συμφερόντων των οποίων η έδρα να βρίσκεται σε κράτος με ευνοϊκό φορολογικό καθεστώς[11]. Λεκτέο είναι δε ότι ο τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης αποκτά διεθνώς όλο και μεγαλύτερη σημασία για τη θεμελίωση της φορολογικής κατοικίας των νομικών προσώπων και σημαντικός αριθμός κρατών μελών της ΕΕ έχει ενσωματώσει το κριτήριο αυτό στην εθνική νομοθεσία του.

Ο «τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης» ορίζεται στην παρ. 4 του άρθρου 4 του Κ.Φ.Ε., όπου προβλέπεται ότι αυτός κρίνεται με βάση τα πραγματικά περιστατικά και τις συνθήκες της εκάστοτε περίπτωσης , λαμβάνονται δε υπόψη ιδίως α) ο τόπος άσκησης καθημερινής διοίκησης, β) ο τόπος λήψης στρατηγικών αποφάσεων, γ) ο τόπος ετήσιας γενικής συνέλευσης των μετόχων ή εταίρων, δ) ο τόπος τήρησης βιβλίων και στοιχείων, ε) ο τόπος συνεδριάσεων του διοικητικού συμβουλίου ή όποιου άλλου εκτελεστικού οργάνου διοίκησης, στ) η κατοικία των μελών του διοικητικού συμβουλίου ή όποιου άλλου εκτελεστικού οργάνου της διοίκησης, ενώ η ίδια διάταξη επιτρέπει τη συναξιολόγηση και της κατοικίας της πλειοψηφίας των μετόχων ή εταίρων.

Ενόψει των ανωτέρω παρατηρεί κανείς ότι ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης αποκτά όλο και μεγαλύτερη σημασία για τη θεμελίωση της φορολογικής κατοικίας των νομικών προσώπων και νομικών οντοτήτων. Μάλιστα, παρότι στην ελληνική νομοθεσία ο τόπος άσκησης πραγματικής διοίκησης συνιστά μόλις ένα εκ των τριών κριτηρίων προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας, το Μοντέλο ΣΑΔΦ, θέτει τον τόπο, όπου βρίσκεται η έδρα πραγματικής διοίκησης ως το μοναδικό κριτήριο προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας μη φυσικών προσώπων, ενώ και σημαντικός αριθμός κρατών μελών της ΕΕ έχει ενσωματώσει το κριτήριο αυτό στην εθνική νομοθεσία του.

Σε κάθε δε περίπτωση, και προκειμένου να αποφευχθούν φαινόμενα διπλής φορολόγησης σε περίπτωση δεσμών ενός φορολογούμενου και με άλλο κράτος πέραν της Ελλάδας, με την προσθήκη του άρθρου 63Α του Ν. 4174/2013 (Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας) έχει πλέον ενσωματωθεί στην ελληνική φορολογική νομοθεσία πρόβλεψη περί Διαδικασίας Αμοιβαίου Διακανονισμού (ΔΑΔ) κατ' εφαρμογή των Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας και της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την εξάλειψη της διπλής φορολογίας.

Συνάγεται, επομένως, ότι η ελληνική φορολογική νομοθεσία τείνει να εναρμονίζεται -χωρίς ωστόσο να έχει ευθυγραμμιστεί πλήρως -με τα πρότυπα του ΟΟΣΑ και της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως προς τα κριτήρια και τις μεθόδους προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας.

[11] *Κ. Φινοκαλιώτης*, Φορολογικό Δίκαιο, 5η Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σελ. 322.

3.3. Η νέα διάταξη του άρθρου 5Α Κ.Φ.Ε. περί εναλλακτικής φορολόγησης

Με το νέο άρθρο 5Α, που προστέθηκε στον Κ.Φ.Ε. με το άρθρο 2 παρ. 1 του Ν. 4646/2019, εισήχθη στην ελληνική έννομη τάξη ένας εναλλακτικός τρόπος φορολόγησης του εισοδήματος που προκύπτει στην αλλοδαπή, για τα φυσικά πρόσωπα που μεταφέρουν τη φορολογική τους κατοικία στη χώρα μας. Η νέα διάταξη εισήχθη με σκοπό την προσέλκυση φυσικών προσώπων υψηλής εισοδηματικής επιφάνειας και βασίστηκε σε ανάλογες διατάξεις που έχουν εισαχθεί τα τελευταία χρόνια και σε άλλα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπως στην Ιταλία.

Αναλυτικότερα, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 5Α παρ. 1 του Κ.Φ.Ε. ορίζεται ότι ένα φυσικό πρόσωπο, που μεταφέρει τη φορολογική του κατοικία στην Ελλάδα δύναται να υπαχθεί σε έναν εναλλακτικό τρόπο φορολόγησης για το εισόδημα, που προκύπτει στην αλλοδαπή, εφόσον συντρέχουν σωρευτικά οι ακόλουθες δύο προϋποθέσεις[12]:

α) ο φορολογούμενος δεν ήταν φορολογικός κάτοικος της Ελλάδος τα προηγούμενα επτά (7) από τα οκτώ (8) έτη πριν τη μεταφορά της φορολογικής κατοικίας του στην Ελλάδα, και

β) αποδεικνύει ότι είτε ο ίδιος ο φορολογούμενος αυτοτελώς ή μέσω νομικού προσώπου ή νομικής οντότητας, στα οποία έχει την πλειοψηφία των μετοχών ή μεριδίων, είτε συγγενικό του πρόσωπο πραγματοποιεί επένδυση ποσού τουλάχιστον πεντακοσίων χιλιάδων (500.000) € σε ακίνητα ή επιχειρήσεις ή κινητές αξίες ή μετοχές ή μερίδια σε νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες με έδρα την Ελλάδα, η οποία (επένδυση) πρέπει να έχει ολοκληρωθεί το αργότερο εντός τριών (3) ετών από την ημερομηνία υποβολής της αίτησης υπαγωγής στο εν λόγω καθεστώς εναλλακτικής φορολόγησης. Ωστόσο, η δεύτερη αυτή προϋπόθεση δε χρειάζεται να συντρέχει, στην περίπτωση που ο φορολογούμενος είναι φυσικό πρόσωπο, που έχει αποκτήσει και διατηρεί άδεια διαμονής για επενδυτική δραστηριότητα στην Ελλάδα, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 16 του Ν. 4251/2014, όπως ισχύει.

Η υπαγωγή στο εν λόγω καθεστώς παρέχει στους εντασσόμενους σε αυτό φορολογούμενους μία σειρά από σημαντικά πλεονεκτήματα: Συγκεκριμένα, εφόσον ένα φυσικό πρόσωπο ενταχθεί στο εν λόγω φορολογικό καθεστώς, και για μέγιστη διάρκεια δέκα πέντε (15) ετών, θα καταβάλει κάθε φορολογικό έτος φόρο ποσού εκατό χιλιάδων (100.000) ευρώ κατ' αποκοπή για το εισόδημα που προκύπτει στην αλλοδαπή, ανεξαρτήτως του ύψους του εισοδήματος, που αποκτήθηκε στην αλλοδαπή. Παράλληλα, δίνεται η δυνατότητα επέκτασης της εφαρμογής του εν λόγω καθεστώτος εναλλακτικής φορολόγησης σε οποιοδήποτε συγγενικό του πρόσωπο[13], υπό την προϋπόθεση καταβολής επιπλέον ποσού φόρου είκοσι χιλιάδων (20.000) € ανά συγγενικό πρόσωπο ανά φορολογικό έτος, χωρίς να εφαρμόζονται οι διατάξεις της φορολογίας δωρεών, κληρονομιών και γονικών παροχών[14].

---

[12] Άρθρο 5Α παρ. 1 Ν. 4172/2013.

[13] Σύμφωνα με την ΠΟΛ. 1036/2020, με την οποία παρέχονται διευκρινίσεις ως προς τη διαδικασία και τις προϋποθέσεις υπαγωγής στις διατάξεις του άρθρου 5Α του Κ.Φ.Ε. «Ως «συγγενικό πρόσωπο» νοείται ο/η σύζυγος και οι ανιόντες ή κατιόντες σε ευθεία γραμμή. Τα φυσικά πρόσωπα που έχουν συνάψει σύμφωνο συμβίωσης έχουν την ίδια αντιμετώπιση με τους έγγαμους. Περαιτέρω, με το άρθρο 4 παρ. 2 και με το άρθρο 5 παρ. 4 της ίδιας ΠΟΛ. 1036/2020 διευκρινίζεται ότι για τα ανήλικα, άγαμα τέκνα του φορολογούμενου, εφόσον συνοικούν με αυτόν, δεν απαιτείται να ζητηθεί επέκταση της εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 5Α του Κ.Φ.Ε. και να υποβληθεί σχετική αίτηση, καθώς τεκμαίρεται, ότι έχουν την ίδια φορολογική κατοικία με αυτόν. Για τα ανήλικα δε τέκνα δεν οφείλεται το κατ' αποκοπήν ποσό φόρου των είκοσι χιλιάδων (20.000) €. Η επέκταση της εφαρμογής των ως άνω διατάξεων για τα τέκνα αυτά μπορεί να ζητηθεί, με απλή αίτησή τους, κατά το χρόνο που συμπληρώνεται το δέκατο όγδοο (18ο) έτος της ηλικίας τους. Σε περίπτωση διακοπής της έγγαμης σχέσης ή λύσης του συμφώνου συμβίωσης, με το φορολογούμενο που ζήτησε την υπαγωγή των συγγενικών του προσώπων στις διατάξεις του άρθρου 5Α του Κ.Φ.Ε. παύει και η υπαγωγή των προσώπων αυτών στις σχετικές διατάξεις.

[14] Άρθρο 5Α παρ. 2, 4 Ν. 4172/2013.

Διευκρινίζεται ότι με την καταβολή του ελάχιστου προαναφερθέντος κατ' αποκοπή ποσού φόρου 100.000 € (ή 20.000 € εφόσον πρόκειται για συγγενικά του πρόσωπα) εξαντλείται κάθε φορολογική υποχρέωση του φυσικού προσώπου που έχει ενταχθεί στο εν λόγω φορολογικό καθεστώς για το εισόδημά του που προκύπτει στην αλλοδαπή, ενώ το εν λόγω φυσικό πρόσωπο απαλλάσσεται και από το φόρο κληρονομιών ή δωρεών περιουσίας που βρίσκεται στην αλλοδαπή[15].

Περαιτέρω, το εν λόγω πρόσωπο δε θα έχει υποχρέωση δήλωσης των εισοδημάτων που προκύπτουν στην αλλοδαπή, ενώ ταυτόχρονα προβλέπεται και η δυνατότητα δικαιολόγησης των αντικειμενικών δαπανών και των δαπανών απόκτησης περιουσιακών του και με εισαγωγή συναλλάγματος[16].

Κατά τα άλλα, τα υπαγόμενα στο εν λόγω φορολογικό καθεστώς φυσικά πρόσωπα θα φορολογούνται για το φορολογητέο εισόδημά τους, που προκύπτει στην Ελλάδα, κατά τις γενικές διατάξεις του Κ.Φ.Ε. Τυχόν δε φόρος, που έχει καταβληθεί στην αλλοδαπή για τα εισοδήματα, που καλύπτονται από τον εναλλακτικό τρόπο φορολόγησης δε θα συμψηφίζεται με τη φορολογική υποχρέωση των ανωτέρω προσώπων στην Ελλάδα.

Η σχετική αίτηση μεταφοράς της φορολογικής κατοικίας με υπαγωγή στον εναλλακτικό τρόπο φορολόγησης εισοδήματος που προκύπτει στην αλλοδαπή θα πρέπει να υποβάλλεται από το φυσικό πρόσωπο μέχρι τις 31 Μαρτίου του εκάστοτε φορολογικού έτους. Εντός της ίδιας προθεσμίας μπορούν να υποβάλουν αίτηση υπαγωγής στον εναλλακτικό τρόπο φορολόγησης και φυσικά πρόσωπα, που πληρούν τις προϋποθέσεις της παραγράφου 1 και έχουν ήδη μεταφέρει τη φορολογική τους κατοικία στην Ελλάδα εντός του προηγούμενου φορολογικού έτους[17].

Σημειώνεται, ότι σε περίπτωση μη καταβολής ολόκληρου του κατ' αποκοπή ποσού φόρου σε κάποιο φορολογικό έτος, θα αίρεται το ειδικό καθεστώς και το εν λόγω πρόσωπο θα φορολογείται για το παγκόσμιο εισόδημά του βάσει των γενικών διατάξεων του Κ.Φ.Ε. από το οικείο φορολογικό έτος και εφεξής[18]. Την ίδια συνέπεια θα έχει και η ρητή ανάκληση εκ μέρους του φυσικού πρόσωπου της υπαγωγής του στο εν λόγω φορολογικό καθεστώς σε οποιοδήποτε φορολογικό έτος, καθώς πλέον δεν θα υποχρεούται στην καταβολή του κατ' αποκοπή ποσού φόρου[19]. Διευκρινίζεται, ωστόσο, ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 6 παρ. 2 της ΠΟΛ. 1036/2020, με την οποία παρέχονται διευκρινίσεις ως προς τη διαδικασία και τις προϋποθέσεις υπαγωγής στις διατάξεις του άρθρου 5Α του Ν. 4172/2013, επιτρέπεται η υποβολή νέας αίτησης υπαγωγής στον εναλλακτικό τρόπο φορολόγησης του εισοδήματος αλλοδαπής, έπειτα από την υποβολή της αίτησης ανάκλησης.

Ενόψει των ανωτέρω συνάγεται ότι με τη νέα διάταξη του άρθρου 5Α του ισχύοντος Κ.Φ.Ε. δίνεται μία σειρά από σημαντικά φορολογικά κίνητρα σε κατοίκους αλλοδαπής, προκειμένου αυτοί να καταστήσουν την Ελλάδα ως χώρα φορολογικής κατοικίας τους. Με τη νέα αυτή διάταξη είναι ιδιαίτερα πιθανός ο επαναπατρισμός των Ελλήνων, που απουσιάζουν για χρόνια στο εξωτερικό, όσο και η προσέλκυση φυσικών προσώπων υψηλών εισοδηματικών κριτηρίων στη χώρα μας, που θα οδηγήσουν στην αύξηση των δημοσίων εσόδων καθώς και στην επίτευξη διαφόρων παράπλευρων ωφελειών, όπως στην εισαγωγή κεφαλαίων στην Ελλάδα, στη

[15] Άρθρο 5Α παρ. 8 Ν. 4172/2013.
[16] Αιτιολογική έκθεση επί του άρθρου 2 το Ν. 4646/2019.
[17] Άρθρο 5Α παρ. 3 Ν. 4172/2013.
[18] Άρθρο 5Α παρ. 5 Ν. 4172/2013.
[19] Άρθρο 5Α παρ. 6 Ν. 4172/2013.

δημιουργία επενδυτικών μονάδων ή στη συμμετοχή σε επενδυτικά σχήματα ή σε εταιρείες, σε θέσεις εργασίας ακόμα και σε αγορές ακινήτων[20].

4. Πρόσφατες νομολογιακές εξελίξεις

Με την πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ κρίθηκαν σημαντικά δικονομικά (υπό 4.1.) και ουσιαστικά ζητήματα(υπό 4.2.), τα οποία ταλαιπωρούσαν για χρόνια τους φορολογούμενους. Συγκεκριμένα:

4.1. Δικονομικά Ζητήματα

Με τις υπ' αριθμ. 1215/2017 και 2105/2018 αποφάσεις του ΣτΕ επιλύθηκαν κρίσιμα δικονομικά ζητήματα, που αφορούσαν στη φύση των διαφορών, που γεννιόνταν από την απόρριψη αιτήσεων υποβολής χωριστών φορολογικών δηλώσεων και αιτήσεων μεταβολής φορολογικής κατοικίας, ήτοι στο εάν πρόκειται για ακυρωτικές διαφορές ή διαφορές ουσίας και στο καθ' ύλην αρμόδιο για την επίλυσή τους Δικαστήριο.

Ειδικότερα, με την υπ' αριθμ. 1215/2017 απόφαση του ΣτΕ κρίθηκε ότι η διαφορά, που γεννάται από την προσβολή της απόρριψης της αίτησης περί υποβολής χωριστής δήλωσης φόρου εισοδήματος (διά του αποσυσχετισμού των δύο Α.Φ.Μ. των συζύγων), είναι ακυρωτική και ως εκ τούτου υπόκειται σε αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας δοθέντος ότι «*δε συνάπτεται στενώς και αναγκαίως με σχετική ατομική φορολογική υποχρέωσή της, ήτοι με τη συγκεκριμένη υποχρέωση υποβολής φόρου εισοδήματος συγκεκριμένου έτους*[21]». Μάλιστα, κρίθηκε ότι η κατ' άρθρο 63 του Ν. 4174/2013 ειδική διοικητική διαδικασία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής, ως προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της δικαστικής προσφυγής προβλέπεται μόνο για την περίπτωση άσκησης προσφυγής ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων και όχι για την περίπτωση άσκησης αιτήσεως ακυρώσεως ενώπιον του ΣτΕ, όπως ήταν η κρινόμενη με την ανωτέρω απόφαση περίπτωση.

Περαιτέρω, με τη με αριθμό 2105/2018 απόφαση του ΣτΕ κρίθηκε ότι η διαφορά που αφορά στην απόρριψη αιτήματος περί μεταβολής της φορολογικής κατοικίας είναι ακυρωτική[22]. Στο πλαίσιο αυτό, το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την ως άνω απόφασή του, έκρινε ότι η άρνηση του αρμοδίου Προϊσταμένου Δ.Ο.Υ. να ικανοποιήσει αίτημα φορολογούμενου περί μεταβολής της φορολογικής του κατοικίας δεν προσβάλλεται με ενδικοφανή προσφυγή, αλλά απευθείας με αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, εκτός εάν το ζήτημα της μεταβολής φορολογικής κατοικίας είναι παρεμπίπτον ζήτημα βάσει του φορολογικού καταλογισμού, για την αμφισβήτηση του οποίου ακολουθείται η προβλεπόμενη στο άρθρο 63 του Ν. 4174/2013 (Κώδικας Φορολογικής Διαδικασίας) ειδική διοικητική διαδικασία άσκησης ενδικοφανούς προσφυγής, ως προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της δικαστικής προσφυγής ενώπιον των διοικητικών δικαστηρίων.

Ωστόσο, σε περίπτωση που ο φορολογούμενος υποβάλλει ενδικοφανή προσφυγή κατά της ως άνω απορριπτικής απάντησης της φορολογικής αρχής σε αίτημα μεταβολής φορολογικής κατοικίας σε συνέχεια εσφαλμένης σχετικής υπόδειξης της φορολογικής αρχής, τότε είναι αποδεκτή η άσκηση της εν λόγω ενδικοφανούς προσφυγής από πλευράς του φορολογούμενου[23]. Παράλληλα, σε περίπτωση που εσφαλμένα ο φορολογούμενος ασκήσει προσφυγή ουσίας κατά της ως άνω αρνητικής απάντησης περί μεταβολής της φορολογικής

[20] Αιτιολογική έκθεση άρ. 2 Ν. 4646/2019.
[21] ΣτΕ 1215/2017, σκέψη 5.
[22] ΣτΕ 2105/2018, σκ. 4.
[23] Μ. Γαλεγαλίδου, «Η μεταβολή της φορολογικής κατοικίας γεννά ακυρωτική διαφορά. Κριτήρια μεταφοράς φορολογικής κατοικίας (ΣτΕ 2105/2018)», *ΔΦΝ*, 1634, 2018, σελ. 1115.

κατοικίας, η τελευταία ερμηνεύεται ως αίτηση ακύρωσης και παραπέμπεται προς κρίση ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας[24].

4.2. Ουσιαστικά Ζητήματα

4.2.1. Με τη νομολογία του το ΣτΕ ερμήνευσε περαιτέρω το άρθρο 4 του Ν. 4172/2013 αναφορικά με την έννοια της φορολογικής κατοικίας εντάσσοντας το κέντρο ζωτικών συμφερόντων ως στοιχείο προσδιοριστικό της έννοιας της φορολογικής κατοικίας παρά την παρατακτική διατύπωση, που τίθεται στην ανωτέρω διάταξη. Αναλυτικότερα, με τις υπ' αριθμ. 1445/2016 και 2105/2018 αποφάσεις του ΣτΕ διευκρινίστηκε ότι για τον εντοπισμό του κέντρου των ζωτικών συμφερόντων φορολογουμένου, δεν αρκούν μόνο οι προσωπικοί δεσμοί, ήτοι το κριτήριο της κατοικίας των μελών της οικογένειάς του, αλλά θα πρέπει να συνεκτιμώνται πέραν των προσωπικών δεσμών και οι οικονομικοί και κοινωνικοί δεσμοί του. Κρίθηκε, δηλαδή, ότι η φορολογική αρχή πρέπει να προβαίνει σε μία ευρύτερη συνεκτίμηση όλων των πρόσφορων στοιχείων προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας (οικονομικών, κοινωνικών, προσωπικών), όπως, ιδίως, της ύπαρξης στέγης, της φυσικής παρουσίας του ιδίου και των μελών της οικογένειάς του (στην οποία δεν περιλαμβάνονται μόνον ο ή η σύζυγος και τα τέκνα αυτού), του τόπου άσκησης των επαγγελματικών δραστηριοτήτων, του τόπου των περιουσιακών συμφερόντων, του τόπου των διοικητικών δεσμών με τις δημόσιες αρχές και φορείς (ασφαλιστικούς, επαγγελματικούς, κοινωνικούς) και του τόπου ανάπτυξης πολιτικών, πολιτισμικών ή άλλων δραστηριοτήτων, χωρίς να προσδίδεται ιδιαίτερη βαρύτητα σε ένα μόνο στοιχείο (π.χ. προσωπικούς δεσμούς, όπως είναι η κατοικία των μελών της οικογένειας ενός προσώπου)[25].

Διευκρινίστηκε, ακόμα, ότι η φορολογική αρχή φέρει το βάρος απόδειξης των πραγματικών περιστατικών, που θεμελιώνουν την ύπαρξη φορολογικής κατοικίας ενός φορολογούμενου στην Ελλάδα. Αντίθετα, στην περίπτωση μεταβολής της φορολογικής κατοικίας το βάρος απόδειξης των θεμελιωτικών της αλλαγής αυτής περιστατικών φέρει ο φορολογούμενος[26].

4.2.2. Ένα ακόμα κρίσιμο ζήτημα, που διευθετήθηκε με τη νομολογία του ΣτΕ ήταν η δυνατότητα υποβολής χωριστών φορολογικών δηλώσεων από συζύγους, στην περίπτωση που ο ένας εξ' αυτών είναι φορολογικός κάτοικος Ελλάδας και ο άλλος φορολογικός κάτοικος αλλοδαπής. Αναλυτικότερα, κατά το παρελθόν, η ύπαρξη συζυγικών δεσμών ενός φορολογικού κατοίκου αλλοδαπής με φορολογικό κάτοικο Ελλάδος συνεπαγόταν αυτόματα για την ελληνική φορολογική αρχή πως οι προσωπικοί δεσμοί του προσώπου που ζει και δραστηριοποιείται στο εξωτερικό, ακόμη και για το μεγαλύτερο διάστημα του φορολογικού έτους, βρίσκονται de facto στην Ελλάδα. Έτσι, θεωρούνταν αυτόματα φορολογικός κάτοικος Ελλάδας και δεν εξετάζονταν άλλοι παράμετροι, όπως οι οικονομικοί του δεσμοί, το σύνολο των ημερών διαμονής του στο εξωτερικό κ.α. [27]. Ωστόσο, με την υπ' αριθμ. 1215/2017 απόφαση του ΣτΕ κατοχυρώθηκε επί της ουσίας η δυνατότητα υποβολής χωριστών φορολογικών δηλώσεων από τους συζύγους, εφόσον το επιθυμούν, και με δεδομένο ότι δεν συντρέχει κάποιος λόγος δημοσίου συμφέροντος, ο οποίος να επιβάλει την υποβολή κοινής δήλωσης. Η ρύθμιση δε αυτή, ήτοι η δυνατότητα του ενός συζύγου, ο οποίος είναι κάτοικος ημεδαπής, να υποβάλει (στην αρμόδια για αυτήν φορολογική αρχή) αυτοτελή δήλωση σε σχέση με το σύζυγό, ο οποίος είναι φορολογικός κάτοικος αλλοδαπής και εγγεγραμμένος στη Δ.Ο.Υ. Κατοίκων Εξωτερικού - ακόμα και στην περίπτωση που ο τελευταίος υποχρεωθεί σε ορισμένο φορολογικό έτος σε υποβολή δήλωσης για εισόδημά του, που προκύπτει στην

[24] ΣτΕ 2105/2018, σκ. 6.
[25] ΣτΕ 1445/2016 σκ. 8, ΣτΕ 2105/2018 σκ. 10.
[26] ΣτΕ 2105/2018, σκ. 10.
[27] Γ. Δαλιάνης, «Η μεταφορά φορολογικής κατοικίας στο εξωτερικό και οι πρόσφατες εξελίξεις - Χωριστές δηλώσεις συζύγων», 14.12.2018 σε *https://www.taxheaven.gr/circulars/29974*.

ημεδαπή, κατ' απόκλιση από το σύστημα κοινής δήλωσης για τα εισοδήματα των συζύγων, με χωριστό υπολογισμό του φόρου για κάθε σύζυγο ανάλογα με τα εισοδήματά του - ισχύει για δηλώσεις φορολογίας εισοδήματος φορολογικού έτους 2018 και επόμενων [28].

Η κρίση αυτή του ΣτΕ είναι ιδιαίτερης σημασίας, δοθέντος ότι κατά το παρελθόν ήταν συνήθης η απόρριψη του αιτήματος μεταβολής φορολογικής κατοικίας του ενός συζύγου με την αιτιολογία ότι ο έτερος σύζυγος ή/και τα ανήλικα τέκνα του ήταν φορολογικοί κάτοικοι Ελλάδος, με το επιχείρημα ότι στην περίπτωση αυτή τα ζωτικά του συμφέροντα, ήτοι οι προσωπικοί, οικονομικοί ή κοινωνικού του δεσμοί εξακολουθούν να παραμένουν στην Ελλάδα[29]. Έτσι, η υπ' αριθμ. 1215/2017 απόφαση του ΣτΕ οδήγησε στη διάσπαση της οικογενειακής εστίας, δοθέντος ότι υπέδειξε τη δυνατότητα εξομοίωσης για φορολογικούς μόνο λόγους της διακοπής της έγγαμης συμβίωσης, για την οποία υφίσταται ήδη πρόβλεψη του συστήματος για υποβολή χωριστών δηλώσεων των συζύγων, με την περίπτωση κατά την οποία οι σύζυγοι δεν είναι αμφότεροι φορολογικοί κάτοικοι ημεδαπής, διατηρούν δηλαδή χωριστή κατοικία χωρίς να έχουν διακόψει κατά το οικογενειακό δίκαιο την έγγαμη συμβίωσή τους.

4.2.3. Κρίσιμα ζητήματα προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας έχουν επιλυθεί και με σειρά αποφάσεων της ΔΕΔ, κάποιες από τις οποίες θα αναφερθούν ενδεικτικά, προκειμένου να κατανοηθεί καλύτερα η θέση, που υιοθετείται το τελευταίο διάστημα. Ειδικότερα, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 2972/2017 απόφαση της ΔΕΔ Αθηνών, θεωρήθηκε ως φορολογικός κάτοικος αλλοδαπής φορολογούμενος, ο οποίος, παρότι κατά τη διάρκεια του έτους, για το οποίο αιτούνταν τη μεταβολή της φορολογικής κατοικίας του, είχε ενεργή επαγγελματική δραστηριότητα στην Ελλάδα, είχε τη δυνατότητα να παρέχει επ' αμοιβή υπηρεσίες και είχε δηλώσει στη δήλωση Ε1 εισοδήματα από άσκηση επαγγέλματος στη χώρα μας, γεγονός, το οποίο σήμαινε κατά τη φορολογική αρχή ότι διατηρούσε οικονομικούς δεσμούς με την Ελλάδα και ότι ασκούσε επιχειρηματική δραστηριότητα, με την αιτιολογία ότι «*η Ελλάδα δεν ήταν ούτε η μόνιμη ή συνήθης κατοικία του ούτε το κέντρο ζωτικών συμφερόντων του, αλλά ούτε και αποδείχτηκε ότι είχε τη βούληση να καταστήσει την Ελλάδα ως κέντρο των ζωτικών του συμφερόντων του*». Ομοίως, με την υπ' αριθμ. 1170/2017 απόφαση της ΔΕΔ Θεσσαλονίκης κρίθηκε ότι δεν ήταν φορολογικός κάτοικος Ελλάδος κάτοικος αλλοδαπής, παρότι ήταν στην Ελλάδα αγρότης του ειδικού καθεστώτος, με την αιτιολογία ότι *«κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα δεν δραστηριοποιούνταν ως αγρότης και σε κάθε περίπτωση η ιδιότητα του «Αγρότη Ειδικού Καθεστώτος» δεν θεμελιώνει από μόνη της την ύπαρξη οικονομικών δεσμών στην Ελλάδα*».

Με το ίδιο σκεπτικό, με την υπ' αριθμ. 1445/2018 απόφαση της ΔΕΔ Θεσσαλονίκης εγκρίθηκε η μεταβολή της φορολογικής κατοικίας φορολογούμενου, παρόλο που κατά τη διάρκεια του έτους, για το οποίο αιτούνταν τη μεταβολή της φορολογικής κατοικίας του στην αλλοδαπή, διατηρούσε στην Ελλάδα ατομική επιχείρηση, ήταν εκκαθαριστής και μοναδικός εταίρος μονοπρόσωπης εταιρείας περιορισμένης ευθύνης και ήταν μέλος εταιρείας με ποσοστό 91,88%.

Ενόψει των ανωτέρω αποφάσεων της ΔΕΔ συνάγεται, δηλαδή, ότι η συμμετοχή στο κεφάλαιο, τη διοίκηση, την εκκαθάριση της εταιρείας, ακόμα και η διατήρηση προσωπικής εταιρείας ή επιχείρησης δε συνιστούν επαρκή από μόνα τους κριτήρια για τη στοιχειοθέτηση της φορολογικής κατοικίας στην Ελλάδα, στην περίπτωση που ο φορολογούμενος, που αιτείται τη μεταβολής της φορολογικής κατοικίας του αποδείξει ότι η Ελλάδα δεν είναι ούτε η μόνιμη ή

[28] ΣτΕ 1215/2017, σκ. 10.
[29] Β. Αθανασάκη, «Σύζυγοι με διαφορετική φορολογική κατοικία ΣτΕ 1215/2017», *ΘΠΔΔ*, 99, 2017, σελ. 903 επ.

συνήθης κατοικία του ούτε το κέντρο ζωτικών συμφερόντων του, αλλά ούτε και αποδεχθεί ότι είχε τη βούληση να καταστήσει την Ελλάδα ως κέντρο των ζωτικών συμφερόντων του.

5. Συμπέρασμα

Ενόψει των ανωτέρω συμπεραίνεται ότι με την πάροδο των χρόνων έχει σημειωθεί σημαντική πρόοδος στον τρόπο αντιμετώπισης των ζητημάτων προσδιορισμού και μεταβολής της φορολογικής κατοικίας τόσο σε νομοθετικό όσο και σε νομολογιακό επίπεδο.

Ωστόσο, πρέπει να σημειωθεί ότι ο τρόπος εφαρμογής των προβλεπόμενων στην εσωτερική νομοθεσία κριτηρίων προσδιορισμού φορολογικής κατοικίας και η παρατακτική διάταξη, με την οποία αυτά παρατίθενται, μπορεί να δημιουργήσουν μεγάλη ανασφάλεια δικαίου στους φορολογούμενους. Και αυτό, διότι σύμφωνα με το εσωτερική φορολογική νομοθεσία οποιοσδήποτε από τους προαναφερθέντες δεσμούς ενός φυσικού προσώπου με την ελληνική επικράτεια και συγκεκριμένα η πλήρωση οποιουδήποτε κριτηρίου, ήτοι είτε της οικογενειακής εστίας, είτε του κέντρου ζωτικών συμφερόντων, είτε της συνήθους διαμονής για τα φυσικά πρόσωπα και αντιστοίχως είτε η σύσταση ή ίδρυση σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο είτε η ύπαρξη καταστατικής έδρας στην Ελλάδα είτε ο τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης στην Ελλάδα για τα νομικά πρόσωπα είναι επαρκής, προκειμένου ο εν λόγω φορολογούμενος να θεωρηθεί από την ελληνική φορολογική αρχή ως φορολογικός κάτοικος Ελλάδας και να φορολογηθεί εξ' αυτού του λόγου από τη χώρα μας για το παγκόσμιο εισόδημά του, χωρίς να προβλέπεται η εξέταση της ύπαρξης δεσμών του φορολογούμενου αυτού με άλλα κράτη. Σημειώνεται δε ότι παρόλο που πολλά νομοθετικά κενά έχουν ήδη καλυφθεί και διευκρινιστεί με τις αποφάσεις του ΣτΕ και της ΔΕΔ, μένει ακόμα αρκετή δουλειά να γίνει.

Η ασφαλέστερη λύση για την αντιμετώπιση των μακροχρόνιων προβλημάτων μεταβολής της φορολογικής κατοικίας θα ήταν η πλήρης εναρμόνιση της ελληνικής νομοθεσίας με το Μοντέλο ΣΑΔΦ του ΟΟΣΑ, το οποίο συνιστά το πιο αξιόπιστο Υπόδειγμα προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας, δοθέντος ότι ορίζει ειδικά και συγκεκριμένα κριτήρια για τη στοιχειοθέτηση της φορολογικής κατοικίας με ιεραρχικά δομημένο τρόπο δίνοντας έμφαση στην ύπαρξη δεσμών ενός φορολογούμενου με περισσότερα από ένα κράτη. Η πλήρης υιοθέτηση της διατύπωσης του Μοντέλου ΣΑΔΦ από την ελληνική φορολογική νομοθεσία θα επέλυε σοβαρά προβλήματα, ιδίως στις περιπτώσεις που ο ενδιαφερόμενος φορολογούμενος δηλώνει ότι έχει τη μόνιμη και κύρια κατοικία του σε κράτος, με το οποίο η χώρα μας δεν έχει υπογράψει ΣΑΔΦ.

Σε κάθε περίπτωση, το ζήτημα προσδιορισμού της φορολογικής κατοικίας παραμένει εξαιρετικά σύνθετο. Για το λόγο αυτό, η φορολογική διοίκηση θα πρέπει με ανοιχτό πνεύμα και εφαρμόζοντας σαφή και ασφαλή κριτήρια να εξετάζει προσεκτικά με βάση τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της την εκάστοτε μεμονωμένη περίπτωση αναζητώντας εάν πράγματι έλαβε χώρα μεταβολή φορολογικής κατοικίας ή αν αυτή έγινε για παρελκυστικούς λόγους.

Η Έννοια του «Τρίτου» στη Διαγωνιστική Διαδικασία: η Διεύρυνση του Εννόμου Συμφέροντος σε μια προσπάθεια αφομοίωσης της Νομολογίας του ΔΕΕ

Αθηνά Ε. Σχινά, Δικηγόρος, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου

1. Εισαγωγή

Με την πρόσφατη υπ' αριθμ. 235/2019 απόφασης της ΕΑ της Ολομελείας του ΣτΕ, η οποία, όπως θα αναλυθεί, αποτέλεσε απότοκο προηγούμενης νομολογιακής διάπλασης εντός του ιδίου δικαστηρίου, το Ελληνικό Ακυρωτικό κλήθηκε να επανεξετάσει τις πάγιες νομολογιακές του θέσεις αναφορικά με το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου να προβάλει αιτιάσεις κατά της απόφασης αποκλεισμού του αλλά και αιτιάσεις κατά της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου, με απώτερο σκοπό όχι πλέον τη ματαίωση αλλά την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού. Το εν λόγω ζήτημα προήλθε κατόπιν της νεότερης νομολογίας του ΔΕΕ[1], το οποίο ερμήνευσε με μια νέα οπτική τις διατάξεις των δικονομικών οδηγιών 89/665/ΕΟΚ και 92/13/ΕΟΚ, όπως έχουν αντικατασταθεί και ισχύουν από την οδηγία 2007/66/ΕΚ, αναφορικά με τη δικαστική προστασία του διαγωνιζομένου. Μέσα από τη προσπάθεια αφομοίωσης των πορισμάτων της ανωτέρω ευρωπαϊκής νομολογίας, το ΣτΕ φάνηκε ανοιχτό να αναθεωρήσει μεν, με προφανή δισταγμό δε, θέσεις του που είχαν καταστεί για χρόνια νομολογιακό κεκτημένο και οι οποίες αφορούν κυρίως: α) τη συσχέτιση του εννόμου συμφέροντος του διαγωνιζομένου με τη δυνατότητα αφενός ματαίωσης της τρέχουσας διαγωνιστικής διαδικασίας από την οποία αποκλείστηκε, αφετέρου προκήρυξης νέας με όμοιο ή ουσιωδώς όμοιο περιεχόμενο και όρους και β) το χρονικό σημείο και τις συνθήκες κάτω υπό τις οποίες ο διαγωνιζόμενος καθίσταται «οριστικώς αποκλεισθείς» και πλέον «τρίτος» από τη διαγωνιστική διαδικασία με αποτέλεσμα να στερείται εκ προοιμίου εννόμου συμφέροντος για τη προβολή αιτιάσεων κατά της πράξης αποκλεισμού του ή/και της πράξης κατακύρωσης υπέρ έτερου υποψηφίου. Αντίβαρο στην ανωτέρω προσπάθεια στάθηκε η άποψη της μειοψηφίας, η οποία δημιούργησε σημαντικούς προβληματισμούς σε όσους ήταν έτοιμοι για το «επόμενο βήμα» με αποτέλεσμα το Δικαστήριο να διχαστεί και να οδηγηθεί στην υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων στο ΔΕΕ, δημιουργώντας πεδίο για σημαντικές εξελίξεις γύρω από το θέμα αυτό.

2. Ο τελευταίος σταθμός της νομολογιακής μεταστροφής (;) του ΣτΕ

Με την υπ' αριθμ. 235/2019 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ κορυφώθηκε η ανασφάλεια και η νομολογιακή διάσταση που είχε δημιουργηθεί με όλες τις προηγούμενες πρόσφατες αποφάσεις που ήρθαν να επιληφθούν, είτε ευθέως, είτε παρεμπιπτόντως του υπό εξέταση ζητήματος, τόσο εντός του ιδίου Δικαστηρίου όσο και σε σχέση με την ενσωμάτωση των σκέψεων του ενωσιακού δικαστή, με αποτέλεσμα το ΣτΕ να οδηγηθεί στην υποβολή προδικαστικών ερωτημάτων στο ΔΕΕ. Βασικός άξονας της εν λόγω απόφασης ήταν το ζήτημα που ανέκυψε με την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ, που αναγνώρισε

[1] Πρβλ. Fastweb (C-100/12), PFE (C-689/13), Archus και Gama (C-131/16) και Lombardi (C-333/18) [αλλά] και C-355/15 Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich.

έννομο συμφέρον σε κάθε διαγωνιζόμενο που δεν έχει αποκλειστεί οριστικά, το οποίο συνίσταται στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών διαγωνιζομένων, με συνέπεια να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να ματαιώσει τη διαδικασία και να επαναπροκηρύξει το διαγωνισμό. Συνοψίζοντας τις βασικές θέσεις του Ακυρωτικού, οι οποίες ήταν αντίθετες από την παραπεμπτική υπ' αριθμ. 180/2019 απόφαση, κρίθηκε κατά πλειοψηφία ότι:

α) Οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με τη δημοσίευση απορριπτικής απόφασης επί αιτήσεως ακυρώσεώς του. Αντίθετα, δεν θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείς αυτός ο οποίος υπέβαλε προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ και αυτή απορρίφθηκε ή αυτός που άσκησε ανεπιτυχώς αίτηση αναστολής, υπό την προϋπόθεση, ωστόσο, ότι i) είτε δεν έχει απολέσει το δικαίωμα να στραφεί κατά της κρίσης της ΑΕΠΠ με αίτηση ακυρώσεως και ii) είτε έχει ασκήσει αίτηση ακύρωσης αλλά δεν έχει εισέτι δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική επί αυτής.

β) Προκειμένου να μπορεί να γίνει κατά παρέκκλιση στο στάδιο τούτο και υπό τις συνθήκες τούτες λόγος για έννομο συμφέρον, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του, αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της «συγκεκριμένης σύμβασης», δηλαδή σύμβασης όπου τα ουσιώδη χαρακτηριστικά της να είναι όμοια με αυτά της αρχικής και ο αποκλεισθείς να μπορεί να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία.

γ) Ουδόλως συνδέεται το χρονικό σημείο της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά το οποίο επέρχεται ο αποκλεισμός με τη δυνατότητα του οικονομικού φορέα να στραφεί κατά της πράξης αποκλεισμού του, εφόσον βέβαια στραφεί επικαίρως κατά αυτής[2] υπό την προϋπόθεση ωστόσο ότι ο αποκλεισθείς θα στραφεί επικαίρως κατά της πράξης αποκλεισμού του.

δ) Είναι αδιάφορος ο αριθμός των διαγωνιζομένων ωστόσο, πρέπει, προκειμένου να είναι κατ' αρχήν λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, να πλήττει τη συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης.

Η αντίθετη ωστόσο, άποψη της μειοψηφίας, η οποία ακολούθησε τη γραμμή της παραπεμπτικής υπ' αριθμ. 180/2019 απόφασης, προβλημάτισε το Δικαστήριο και ως εκ τούτου αποφάσισε να αποστείλει προδικαστικό ερώτημα πάνω στα ακόλουθα, σύνθετα και καθόλου δεδομένα κατά την άποψη της γράφουσας ζητήματα:

α) Αντίκειται η νομολογία του ΔΕΕ σε εθνική νομολογιακή πρακτική κατά την οποία ο αποκλεισθείς σε προγενέστερο της ανάθεσης στάδιο, στην περίπτωση που απορριφθεί από το αρμόδιο δικαστήριο η αίτηση αναστολής του κατά το μέρος που στρέφεται κατά του αποκλεισμού του, διατηρεί το έννομο συμφέρον να προβάλει με την ίδια αίτηση αναστολής

[2] Το ΣτΕ δεν απομακρύνθηκε πολύ από τη πάγια διαμορφωμένη κρίση του στο ζήτημα αυτό με την οποία γίνεται δεκτό ότι ο αποκλειόμενος, σε ενδιάμεσο στάδιο της διαδικασίας, νομιμοποιείται να αμφισβητήσει, επ' ευκαιρία της αιτήσεως ακυρώσεως, τη νομιμότητα της ενδιάμεσης περί αποκλεισμού του πράξεως που ενσωματώθηκε στην κατακυρωτική πράξη μόνο αν κατά το χρόνο ασκήσεώς της αιτήσεως ακυρώσεως, δεν έχει ακόμη απολέσει την προθεσμία αυτοτελούς προσβολής της ως άνω ενδιάμεσης πράξεως. Αν αντιθέτως αποκλείσθηκε από τα περαιτέρω στάδια της διαδικασίας χωρίς να προσβάλλει εμπροθέσμως τον αποκλεισμό του με αυτοτελή αίτηση ακύρωσης καθίσταται πλέον ξένος προς το διαγωνισμό και στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος προς αμφισβήτηση της τελικής έκβασής του.

κατά του άλλου διαγωνιζομένου μόνον ότι αυτός έγινε δεκτός κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσεως;

β) Ασκεί επιρροή στην επίκληση εννόμου συμφέροντος η προηγούμενη ανεπιτυχής άσκηση προσφυγής κατά του αποκλεισμού ενώπιον της ΑΕΠΠ και αν ναι κατά πόσο; Υπενθυμίζεται ότι το ΔΕΕ σε μεταγενέστερη ερμηνεία της απόφασης Bietergemeinschaft[3], κρίνοντας ότι η απόφαση αποκλεισμού πρέπει να έχει ισχύ δεδικασμένου.

γ) Κατά πόσον συνδέεται με τη κρίση περί εννόμου συμφέροντος το γεγονός ότι σε περίπτωση αποδοχής των αιτιάσεων του αποκλεισθέντος κατά της πράξης αποδοχής της προσφοράς του ανταγωνιστή του, καθίσταται αδύνατη η επαναπροκήρυξη της «ίδιας» διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ επιπλέον στη περίπτωση αυτή, δηλαδή της κίνησης νέας ίδιας διαδικασίας, κατά πόσο ο λόγος αποκλεισμού του οδηγεί σε αδυναμία εκ νέου συμμετοχής του.

Κρίσιμο, ωστόσο, είναι να αναδειχθούν τα γεγονότα από νομολογιακής άποψης που είχαν προηγηθεί πριν από την έκδοση της εν λόγω απόφασης, γεγονότα που φάνηκαν ανοιχτά για την αφομοίωση των πορισμάτων του ΔΕΕ στο πλαίσιο της πρόσφατης νομολογίας του.

3. Η ενωσιακή βάση για τη νομολογιακή μεταστροφή

Η παγιωμένη θεώρηση στους κύκλους του ΣτΕ περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος του διαγωνιζόμενου για τη προσβολή της πράξης αποδοχής της προσφοράς των ανταγωνιστών του, για τον λόγο ότι αυτός καθίσταται τρίτος ως προς τη διαγωνιστική διαδικασία, μεταβλήθηκε μετά από μια σειρά καινοτόμων αποφάσεων του ΔΕΕ[4], το οποίο επιλαμβανομένου επί προδικαστικών ερωτημάτων ερμήνευσε τις διατάξεις των άρ. 1 παρ. 1 και και 3και άρ. 2α της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ138[5] (και της συναφούς Οδηγίας 92/13/ΕΟΚ) προς την κατεύθυνση της διεύρυνσης του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την

[3] Βλ. Σχόλιο Β. Χατζηγιαννάκη για τις αποφάσεις 235/2019 και 2025/2019 του Συμβουλίου της Επικρατείας, www.ec-law.gr

[4] Βλ. αποφάσεις της 4ης.7.2013, Fastweb, C-100/12 [στο εξής "Fastweb"], της 5ης Απριλίου 2016, Puligienica Facility Esco SpA, C-689/13 [στο εξής "PFE"], της 21ης.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15 [στο εξής "Bietergemeinschaft"], και της 11ης.5.2017, C-131/16, Archus και Gama [στο εξής "Archus"].

[5] Κατά τις σχετικές διατάξεις: «1. […] Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε, … οι αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτουσες αρχές να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και, ιδίως, όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, … λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές έχουν ληφθεί κατά παράβαση της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων που μεταφέρουν την εν λόγω νομοθεσία. […] 3. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες, σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη, τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση»7 . Περαιτέρω, το άρθρο 2α «Ανασταλτική Προθεσμία» της οδηγίας 89/665, όπως προστέθηκε με την οδηγία 2007/66 (και αντίστοιχα το άρθρο 2α της Οδηγίας 92/13) ορίζει τα εξής: «1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα κατά το άρθρο 1 παράγραφος 3 πρόσωπα να έχουν στη διάθεσή τους επαρκή χρόνο που εξασφαλίζει αποτελεσματικές προσφυγές κατά των αποφάσεων για την ανάθεση σύμβασης που λαμβάνονται από τις αναθέτουσες αρχές, […] 2. Δεν επιτρέπεται να συναφθεί σύμβαση κατόπιν αποφάσεως για την ανάθεση σύμβασης … πριν την εκπνοή προθεσμίας τουλάχιστον […] από την επομένη της ημερομηνίας παραλαβής της απόφασης ανάθεσης. Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή. Οι υποψήφιοι θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι αν ο αναθέτων φορέας δεν έχει παράσχει πληροφορίες σχετικά με την απόρριψη της αιτήσεώς τους πριν την κοινοποίηση της απόφασης ανάθεσης στους ενδιαφερόμενους προσφέροντες».

προσβολή των πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής. Με τις αποφάσεις αυτές το ΔΕΕ, απαντώντας σε προδικαστικά ερωτήματα που του υποβλήθηκαν, επέλυσε ζητήματα σχετικά με το έννομο συμφέρον προσφέροντος για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής, κατά την έννοια των διατάξεων των ανωτέρω δικονομικών Οδηγιών.

α) Η έννοια της «συγκεκριμένης συμβάσεως» και το έννομο συμφέρον ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας: οι αποφάσεις Fastweb και Puligienica Facility Esco SpA

Με την απόφαση αυτή το ΔΕΕ, επιληφθέν κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος του Ιταλικού Δικαστηρίου κατά την εξέταση δύο αντίθετων προσφυγών των δύο μοναδικών συμμετεχόντων σε διαγωνιστική διαδικασία[6], ερμήνευσε τις προμνησθείσες διατάξεις του άρθρου 1 παρ.1 και 3 της Οδηγίας 89/665[7], κρίνοντας ότι «κάθε ανταγωνιστής μπορεί να επικαλεσθεί έννομο συμφέρον που να αντιστοιχεί στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών, το οποίο μπορεί να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά» (σκ. 33), και ότι, κατά συνέπεια, ο νομολογιακός κανόνας της κατά προτεραιότητα εξετάσεως της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου έναντι της κύριας προσφυγής του ετέρου συνυποψηφίου ανταγωνιστή του αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 3 της οδηγίας 89/665. Συγκεκριμένα, το ΔΕΕ έκρινε ότι η διάταξη αυτή δεν επιτρέπει να απορρίπτεται η ασκηθείσα από προσφέροντα, του οποίου η προσφορά δεν επελέγη, προσφυγή ως απαράδεκτη, κατόπιν προηγούμενης εξετάσεως της ενστάσεως απαραδέκτου την οποία προέβαλε ο ανάδοχος με αντίθετη προσφυγή, εφόσον προηγουμένως δεν έχει κριθεί αν και οι δύο επίμαχες προσφορές είναι σύμφωνες με τις απαιτήσεις της διακηρύξεως.

Με την αμέσως μεταγενέστερη Puligienica Facility Esco SpA, το ΔΕΕ ανέδειξε τη διπλή διάσταση του εννόμου συμφέροντος, σύμφωνα με την οποία, το έννομο συμφέρον, δεν εξαντλείται πλέον στο διυποκειμενικό επίπεδο της διαμάχης μεταξύ των συμμετεχόντων (πράγματι, καθένας από τους διαδίκους της κύριας δίκης έχει έννομο συμφέρον που συνίσταται στον αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών διαγωνιζομένων, βλ. σκ 28) αλλά διευρύνεται και αποκτά και μία αντικειμενικότερη διάσταση, σε σχέση με την εξέλιξη της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης[8]

Τη διαδικασία της νομολογιακής διάπλασης στο επίπεδο τούτο, ολοκλήρωσε η απόφαση "Lombardi Srl", η οποία ουσιαστικά ήρθε και επαναπλαισίωσε τις κρίσεις της Fastweb,

[6] Η εταιρία Fastweb προσέφυγε κατά της απόφασης ανάθεσης του έργου στην ανάδοχο εταιρία, η οποία με τη σειρά της ήγειρε αντίθετη προσφυγή κατά της προσφοράς της Fastweb, με την αιτίαση ότι θα έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της. Το Ιταλικό Δικαστήριο, διαπιστώνοντας ότι καμία από τις δύο προσφορές δεν πληρούσε το σύνολο των προϋποτιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, απηύθυνε στο ΔΕΕ το ερώτημα, αν η ιταλική νομολογιακή αρχή περί εξετάσεως της αντίθετης προσφυγής του αναδόχου ακόμη και στην περίπτωση που ο κυρίως προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην επανάληψη της διαδικασίας και ειδικά όταν κανείς από τους δύο συμμετέχοντες δεν έχει νομότυπη προσφορά, συμβιβάζεται με την αρχή αποτελεσματικής προστασίας όπως αυτή απορρέει από το άρ. 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ.

[7] Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, οι προσφυγές κατά των αποφάσεων που λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να μπορούν να χαρακτηριστούν ως αποτελεσματικές, πρέπει να είναι διαθέσιμες τουλάχιστον σε οποιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο εθίγη ή ενδέχεται να θιγεί από εικαζόμενη παράβαση.

[8] Βλ. σχετ. Ν. Μαρκόπουλος, *Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων,* Το εν λόγω «συμφέρον» δύναται να εξελιχθεί, ανεξαρτήτως της τύχης της προσφυγής εκάστου, σε δύο επίπεδα: σε ένα πρώτο διυποκειμενικό επίπεδο (σε σχέση με τον ανταγωνιστή του) και σε ένα δεύτερο διαδικαστικό-διαγωνιστικό επίπεδο (σε σχέση με την ίδια τη διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως). …. (βλ. σκ. 26-27): *Αφετέρου, στην περίπτωση αποκλεισμού αμφότερων των προσφερόντων και κινήσεως νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της συμβάσεως στον ίδιο [2ο επίπεδο].*

τασσόμενη υπέρ της αποσύνδεσης του παραδεκτού της άσκησης αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, από την προϋπόθεση απόδειξης της ανάγκης της αναθέτουσας αρχής να επαναλάβει τη διαδικασία, διότι αρκεί προς τούτο η ύπαρξη πιθανολόγησης (βλ. σκ. 29).

β) Ο «οριστικώς αποκλεισθείς» υποψήφιος: η απόφαση Bietergemeinschaft

Το ΔΕΕ επιλήφθηκε της υπόθεσης αυτής κατόπιν υποβολής προδικαστικού ερωτήματος από το Αυστριακό Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο, στεκόμενο λίγο επιφυλακτικό στο κατά πόσο είναι δυνατή η εφαρμογή των νομολογιακών θέσεων της Fastweb, στη περίπτωση αυτή, όπου δύο προσφέροντες έχουν αρχικώς υποβάλει προσφορά, και ο αποκλεισμός του προσφέροντος που προτίθεται να αμφισβητήσει την απόφαση περί αναθέσεως έχει επικυρωθεί προηγουμένως οριστικώς από τη δικαστική αρχή.

Το ΔΕΕ, εν προκειμένω, διατύπωσε αρχικώς ότι δεν τίθεται ζήτημα άμεσης εφαρμογής της νομολογιακής αρχής της Fastweb, καθώς πρόκειται για σαφή διαφοροποίηση της υπόθεσης αυτής, δεδομένου ότι οι προσφορές των ενδιαφερόμενων στην υπόθεση Fastweb δεν είχε τύχει αποκλεισμού εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, σε αντίθεση με την κρινόμενη υπόθεση, ενώ ακόμα στη προηγηθείσα απόφαση οι προσφέρων αμφισβητούσε το νομότυπο της προσφοράς του ανταγωνιστή του στο πλαίσιο μίας διαδικασίας προσφυγής σχετικής με την απόφαση ανάθεσης της σύμβασης και ως εκ τούτου διέθετε έννομο συμφέρον να αποκλειστεί ο ανταγωνιστής του, δεδομένου ότι τυχόν αμφισβητήσεις περί της συμμετοχής αυτού μπορούσαν να καταλήξουν στη διαπίστωση αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, αντιθέτως, δεν αναγνωρίστηκε έννομο συμφέρον στον προσφεύγοντα, αφού εκείνος ήταν οριστικώς αποκλεισθείς, δηλαδή οικονομικός φορέας του οποίου ο αποκλεισμός θεωρήθηκε νόμιμος και περιβλήθηκε την ισχύ δεδικασμένου.

Η νομολογιακή διαδρομή του ΔΕΕ ως προς τα υπό εξέταση ζήτημα ολοκληρώθηκε προσωρινά (μέχρι την εξέταση των προδικαστικών ερωτημάτων που εκκρεμούν από το ΣτΕ), με την απόφαση Archus και Gama. Στην υπόθεση αυτή, το Δικαστήριο επιλήφθηκε εκ νέου αναφορικά με το ζήτημα της ερμηνείας της έννοιας της «συγκεκριμένης σύμβασης[9]» σε σχέση με την ερμηνεία αυτή του «οριστικώς αποκλεισθέντα», εξετάζοντας προσφυγή που στρεφόταν τόσο κατά της πράξης αποκλεισμού της προσφοράς του όσο και κατά της πράξης αποδοχής της προσφοράς του αναδόχου. Η αντίθεση με την υπόθεση της Bietergemeinschaft, την οποία το Δικαστήριο αντιπαρέβαλε για τη διαμόρφωση της τελικής κρίσης του είναι ότι σε εκείνη ο προσφεύγων είχε ήδη αποκλειστεί οριστικώς, ενώ στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε ταυτόχρονα τις δύο αποφάσεις, επομένως δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί οριστικός ο αποκλεισμός του. Έτσι, το ΔΕΕ απεφάνθη, εν προκειμένω, ότι ο μη οριστικώς αποκλεισθείς συμμετέχων έχει έννομο συμφέρον να στραφεί κατά της προσφοράς του αναδόχου, πράγμα το οποίο μπορεί να καταλήξει στη διαπίστωση της αδυναμίας της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά, γεγονός το οποίο συνεπάγεται ότι, η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» μπορεί, ενδεχομένως, να αφορά κάθε εκκίνηση νέας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

Κατά την άποψη της γράφουσας, η διασταλτική σε σχέση με την αντίστοιχη της Achus και Gama, ερμηνεία της Bietergemeinschaft, κρίνεται ότι εξυπηρετεί περισσότερο τον σκοπό της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας του προσφεύγοντος να στραφεί κατά όλων των

[9] Προκειμένου να κριθεί αν ο προσφεύγων ήταν οριστικώς αποκλεισθείς, κρίσιμο ήταν να προσδιοριστεί αν στην έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» ενέπιπτε μόνο η συγκεκριμένη διεξαχθείσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης ή αυτή μπορούσε να αφορά και συγκεκριμένο αντικείμενο της σύμβασης.

μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας ,οι οποίες μπορεί να πλήττουν τα συμφέροντά του και στο μέτρο που αυτός δεν έχει εισέτι κριθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς με ισχύ δεδικασμένου. Όσο ο ενδιαφερόμενος προσφέρων ή υποψήφιος δεν έχει ακόμη αποκλεισθεί οριστικώς (με δικαστική απόφαση στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας) μπορεί να προσβάλει τις πράξεις μεταγενέστερων σταδίων (π.χ. πράξεις αποδοχής τεχνικών ή οικονομικών προσφορών), δεδομένου ότι το έννομο συμφέρον στην περίπτωση αυτή συνίσταται αρνητικά στην αποφυγή της ζημίας που θα επωμιζόταν αν ακυρωνόταν η πράξη αποκλεισμού του, λόγω του ότι θα είχε στερηθεί της δυνατότητας να εξετασθούν οι προσφυγές του κατά των ανταγωνιστών του με σκοπό τον αποκλεισμό τους.

4. Ο διάλογος των δύο Δικαστηρίων: στον δρόμο για τη νομολογιακή μεταστροφή

Το ΣτΕ δεν μπορούσε να κρατήσει τους κόλπους των νομολογιακών του θέσεων κλειστούς απέναντι στα ανωτέρω ενωσιακά νομολογιακά πορίσματα.

Το πρώτο βήμα με περίσσεια, ωστόσο, συστολή έγινε με την υπ'αριθμ. 349/2017, η οποία προέβη σε μια δυναμική επεξεργασία των αποφάσεων του ΔΕΕ. Στην υπό κρίση υπόθεση, όμοια κατά τα ουσιώδη στοιχεία της με την υπόθεση της Archus και Gama (με διαφορά το στάδιο στο οποίο ανέκυψε η διαφορά ο αιτών), ο αιτών ο οποίος είχε αποκλειστεί στο στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, προέβαλε ισχυρισμούς αφενός κατά του αποκλεισμού του, αφετέρου κατά της τεχνικής προσφοράς του μοναδικού ανταγωνιστή του. Η Επιτροπή Αναστολών απέρριψε την αίτηση κατά το μέρος που στρεφόταν κατά του αποκλεισμού του αιτούντος και απεφάνθη ότι δεν υφίσταται ζήτημα μεταβολής της νομολογίας διότι ο νομίμως αποκλεισθείς κατά την κρίση της Επιτροπής Αναστολών, έχει δικαίωμα να επαναφέρει τους ισχυρισμούς του στην αίτηση ακύρωσης, οπότε και το ζήτημα θα κριθεί τότε οριστικά, καθώς η απόφαση που θα εκδοθεί επί της αιτήσεως ακυρώσεως θα περιέχει κρίση, σύμφωνα με την οποία είτε θα επιβεβαιώνεται με ισχύ οριστικού δεδικασμένου ο ορθός ή μη αποκλεισμός της προσφεύγουσας εταιρείας, (οπότε και τότε θα περιέλθει σε κατάσταση «οριστικώς αποκλεισθέντος»).

Στη νομολογιακή μεταστροφή ακολουθούν οι υπ'αριθμ. 22/2018, 106/2018, 130/2018, 144/2018, 30/2019 αποφάσεις της ΕΑ του ΣτΕ (με κυριότερη την υπ' αριθμ. 22/2018), με τις οποίες το Δικαστήριο φάνηκε λιγότερο φειδωλό να μεταβάλει τη νομολογία του.

Ειδικώς δε με την υπ' αριθμ. 22/2018 απόφαση, η ΕΑ έκρινε ότι ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, ακόμα και αν οι αιτιάσεις του κατά της πράξης αποκλεισμού του απορρίφθηκαν από το επιληφθέν όργανο ως αβάσιμες, διατηρεί έννομο συμφέρον να στραφεί σε ενδιάμεσο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά της ίδιας πράξης. Το ΔΕΕ λοιπόν, αναγνώρισε πλέον στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του να επιδιώξει περαιτέρω δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της αναθέσεως της συμβάσεως, εφ' όσον η έννοια της «συγκεκριμένης σύμβασης» μπορεί και να καταλαμβάνει την ενδεχομένη κίνηση νέας διαδικασίας συνάψεως δημοσίας συμβάσεως και αυτό αδιαφόρως του σταδίου, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού εξακολουθεί να συντρέχει σε όλα τα -ενδεχομένως περισσότερα- στάδια η προσδοκία ν' αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της συμβάσεως[10].

[10] Πρόκειται για το κριτήριο της λυσιτέλειας των λόγων ακύρωσης για την αναγνώριση εννόμου συμφέροντος, κριτήριο που κρίθηκε και με την υπ' αριθμ. ΕΑ ΣτΕ 130/2018, όπου απερρίφθη ελλείψει εννόμου συμφέροντος

Κορωνίδα της νομολογιακής μεταστροφής του ΔΕΕ αποτέλεσε η υπ' αριθμ. 30/2019 απόφαση της ΕΑ, η οποία, ωστόσο, αν και εισέφερε πολλά κατά το στάδιο της επεξεργασίας της ενωσιακής νομολογίας, ήταν πηγή περαιτέρω προβληματισμών για την ΕΑ ως προς το ζήτημα της δυνατότητας αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος στον αποκλεισθέντα οικονομικό φορέα να προβάλει αιτιάσεις κατά το στάδιο ανάθεσης της σύμβασης ή σε κάθε μεταγενέστερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Στην υπό κρίση υπόθεση, ο διαγωνισμός αποτελούνταν από δύο στάδια (ένα στάδιο δικαιολογητικών/τεχνικής προσφοράς κι ένα στάδιο οικονομικής προσφοράς) και συμμετείχαν τέσσερις εταιρίες από τις οποίες μονάχα μία κατέθεσε κατάλληλη τεχνική προσφορά, με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό των υπολοίπων. Μία από τις αποκλεισθείσες προσέφυγε ενώπιον της ΑΕΠΠ προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της και κατά της παρανομίας της πρόκρισης της ανταγωνιστικής εταιρίας. Η ΑΕΠΠ απέρριψε τους ισχυρισμούς που αφορούσαν τον δικό της αποκλεισμό και έτσι οδηγήθηκε περαιτέρω στην απόρριψη των ισχυρισμών που αφορούσαν την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας. Την απόρριψη αυτή ακολούθησε η άσκηση αίτηση αναστολής ενώπιον του ΣτΕ, η οποία αναγνώρισε ρητώς το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος, ανεξαρτήτως του σταδίου στο οποίο αποκλείστηκε η προσφορά του, να προσβάλλει την προσφορά του ανταγωνιστή του με σκοπό να ματαιωθεί η διαδικασία και να εκκινήσει νέος διαγωνισμός του οποίου το αντικείμενο θα διεκδικήσει, με απαραίτητη προϋπόθεση της λυσιτέλεια των προβαλλόμενων λόγων[11].

Η διάσταση που προήλθε μέσα από τις διαφορετικές κρίσεις του ΔΕΕ στους κόλπους του ΣτΕ αναφορικά με το ανωτέρω ζήτημα, οδήγησε στην υποβολή των προδικαστικών ερωτημάτων απέναντι στο ΔΕΕ με την υπ' αριθμ. ΕΑ ΣτΕ 235/2019, η οποία κατά πλειοψηφία δέχθηκε και την άποψη της ΕΑ 30/2019, ότι δηλαδή, *«είναι αδιάφορο, το στάδιο, στο οποίο κατά την εθνική νομοθεσία εχώρησε ο αποκλεισμός, αφού σε όλα τα στάδια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, ήτοι η προσδοκία να αναλάβει ο ενδιαφερόμενος το αντικείμενο της σύμβασης και όχι να του ανατεθεί, ειδικώς, η, βάσει της επίμαχης διαδικασίας, σύμβαση».*

5. Αντί επιλόγου

Και ενώ από τα παραπάνω εντοπίζεται πεδίο εξελίξεων και έντονου διαλόγου μεταξύ των δύο Δικαστηρίων, όπου το ΔΕΕ θα έρθει και θα επιληφθεί για πρώτη φορά ad hoc επί του θέματος που απασχόλησε την ΕΑ του ΣτΕ και αποτελεί το κράμα της σύνδεσης του εννόμου συμφέροντος με τον οριστικό χαρακτήρα του αποκλεισμού του υποψηφίου, ιδιαίτερα κατά την ύπαρξη περισσότερων του ενός σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας, κρίσιμο είναι όλα τα

υποβληθείσα αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, καθότι η αιτούσα είχε κινηθεί μόνο κατά των δύο εκ των τριών συνυποψηφίων της και ως εκ τούτου δεν μπορούσε να επιδιώξει τη ματαίωση του διαγωνισμού, καθώς προϋπόθεση κατά αυτήν αποτελεί ο ενδιαφερόμενος να μπορεί με τους λόγους που στρέφονται κατά των λοιπών υποψηφίων να οδηγήσει στην αδυναμία ανάθεσης της σύμβασης.

[11] Υιοθετώντας τις κρίσεις Fastweb και PFE. Αντιθέτως, η μεταγενέστερη ΕΑ ΣτΕ 180/2019 ακολούθησε τη γραμμή της Bietergemeinschaft και της Archus και Gama, η οποία αν και αναγνώρισε έννομο συμφέρον στις αιτούσες δύο εταιρείες, θεμελίωσε τη κρίση της προς μια διαφορετική κατεύθυνση από αυτή της ΕΑ ΣτΕ 30/2019, κρίνοντας ότι έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος να επιδιώξει τον αποκλεισμό της ανταγωνίστριας εταιρίας, η προσφορά της οποίας προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο, δεν συντρέχει όταν ο αποκλεισμός της αιτούσας εχώρησε σε στάδιο προγενέστερο της ανάθεσης της σύμβασης. Το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος για την άσκηση προσφυγής, η οποία θα ήταν δυνατόν να οδηγήσει και στη ματαίωση του διαγωνισμού, αναγνωρίζεται μόνο κατά την προσβολή της πράξης ανάθεσης της σύμβασης και όχι κατά πράξης προηγούμενου, αυτοτελούς και διακριτού σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως είναι στην κριθείσα περίπτωση, το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, καθώς στην αντίθετη αυτή περίπτωση δεν συντρέχει το κριτήριο του «άμεσου».

παραπάνω να αποτελέσουν τροφή για περισσότερο προβληματισμό. Ιδίως δε αναφορικά με την αποτελεσματικότητα που προωθεί η μία ή άλλη άποψη τόσο για τη πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας με προσφορές αντικειμενικώς συμφέρουσες, όσο και για την αποτελεσματική δικαστική προστασία του αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα. Σε κάθε περίπτωση, καμία άποψη δεν μπορεί να υποστηριχθεί ως «σωστή» ή «λάθος», παρά περισσότερο ως «συμφέρουσα» ή «μη συμφέρουσα» από τη σκοπιά που θα επιλέξει κανείς να την αναγνώσει-του οικονομικού φορέα ή της αναθέτουσας αρχής.

Εποικοδομητική Πρόταση Δυσπιστίας στην Αυτοδιοίκηση

Αριστείδης Καρύδης, Δικηγόρος, Δικηγόρος Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας

Τον Σεπτέμβριο 2019 ανέλαβαν τα καθήκοντα τους οι πρώτοι Δήμαρχοι, Περιφερειάρχες και τα αντίστοιχα δημοτικά και περιφερειακά Συμβούλια, στα οποία η παράταξη του εκλεγέντος Δημάρχου ή Περιφερειάρχη δεν έχει εκ του Νόμου την πλειοψηφία των συμβούλων και στο αντίστοιχο Συμβούλιο.

Ο Νόμος 4555/2018, γνωστός και ως «Κλεισθένης», άλλαξε πλήρως το θεσμικό πλαίσιο στον χώρο της Αυτοδιοίκησης ως προς τον τρόπο ανάδειξης των τοπικών αρχών καθώς διατήρησε μεν το σύστημα της άμεσης εκλογής του Δημάρχου και Περιφερειάρχη με πλειοψηφικό σύστημα δύο γύρων, άλλαξε όμως ριζικά την κατανομή των εδρών στα δημοτικά και στα περιφερειακά συμβούλια εισάγοντας το σύστημα της απλής αναλογικής ως εκλογικό σύστημα εκλογής των μελών του δημοτικού και περιφερειακού συμβουλίου και καταργώντας την εκ του Νόμου πρόβλεψη ότι η συνδυασμός του πλειοψηφούντος Δημάρχου ή Περιφερειάρχη, ανεξαρτήτως του ποσοστού ψήφων που συγκέντρωνε στον πρώτο γύρω των εκλογών, καταλάμβανε τα 3/5 των εδρών του αντιστοίχου Συμβουλίου και καθιστώντας πλέον αναγκαία την συναίνεση μεταξύ των παρατάξεων και την, υποτυπώδη έστω, συνεργασία τους για την δημιουργία πλειοψηφιών και για την ομαλή διοίκηση των ΟΤΑ.

Κεφάλαιο 1 - Προϊσχύον σύστημα – Ν. 3852/2010

Το προϊσχύον σύστημα (Ν. 3852/2010 ως συνέχεια όλων των συστημάτων εκλογής στις αυτοδιοικητικές εκλογές από την δεκαετία του 1970 και έπειτα) χαρακτηριζόταν ως έντονα πλειοψηφικό και προσωποκεντρικό (δημαρχοκεντρικό/ περιφερειαρχοκεντρικό), συγκεντρώνοντας όλη την πολιτική ισχύ στο πρόσωπο του δημάρχου και του περιφερειάρχη, καθώς το μονοπρόσωπο αυτό όργανο κυριαρχούσε και στα δύο «επίπεδα» των αυτοδιοικητικών εκλογών και οργάνων:

α) εκλεγόταν το ίδιο άμεσα από τους πολίτες, σε δύο γύρους για την αναγκαία κτήση της απόλυτης πλειοψηφίας των εκλογέων, διαθέτοντας με αυτόν τον τρόπο άμεση εντολή και δημοκρατική νομιμοποίηση, και

β) ως επικεφαλής της δημοτικής ή περιφερειακής παράταξης ήλεγχε απόλυτα το αντίστοιχο συμβούλιο, έχοντας πλειοψηφία των 3/5 των συμβούλων αυτού και απόλυτη πλειοψηφία στα λοιπά συλλογικά όργανα των ΟΤΑ. Κατ' αυτό τον τρόπο ο δήμαρχος ή περιφερειάρχης, εκτός μεμονωμένων εξαιρέσεων που κατά την διάρκεια της θητείας του έχανε την πλειοψηφία των συμβούλων λόγω ανεξαρτητοποιήσεως κάποιων εξ αυτών ή προσχώρησης σε άλλες παρατάξεις, απολάμβανε μία «ήρεμη» θητεία κατά την διάρκεια της οποίας δεν απαιτείτο να επιδοθεί σε αυθεντική πολιτική διαβούλευση με το συμβούλιο και σε αναζήτηση συναίνεση των λοιπών παρατάξεων για την λήψη αποφάσεων.

Τα βασικά επιχειρήματα υπέρ του προϊσχύσαντος καθεστώτος στην κατανομή των εδρών των συμβουλίων ήταν δύο:

Πρώτον, υποστηρίζεται ότι οι πολιτικές και κοινωνικές συνθήκες στην Ελλάδα δεν ήταν (είναι) ώριμες για την θέσπιση του εκλογικού συστήματος της απλής αναλογικής είτε πρόκειται για εθνικές είτε για αυτοδιοικητικές εκλογές. Γίνεται συχνή αναφορά στην έλλειψη «παράδοσης συνεργασιών» και στην «ιδιοσυγκρασία του Έλληνα», προκειμένου να δικαιολογηθεί η

επιλογή των αυτοδύναμων κυβερνήσεων ή ενισχυμένων «συμπαγών» πλειοψηφιών στα αυτοδιοικητικά συμβούλια έναντι της αναζήτησης συμμαχιών, συναινέσεων και συνεργασιών μεταξύ παρατάξεων για την διακυβέρνηση του κράτους ή του ΟΤΑ.

Δεύτερον, το προϊσχύσαν σύστημα ενίσχυε την αρχή της κυβερνησιμότητας και της πολιτικής αποτελεσματικότητας[1], καθώς το πρόσωπο του Δημάρχου/ Περιφερειάρχη εξασφάλιζε, δια της άμεσης εκλογής από την απόλυτη πλειοψηφία των πολιτών, την ισχυρή πολιτική νομιμοποίησή του και την έμμεση αναγνώριση και αποδοχή της πρωτοκαθεδρίας του εκ μέρους των συμπολιτών του, η οποία διαχεόταν και στην αντίστοιχη αναγνώριση και αποδοχή της ομάδας των συμβούλων που αποτελούσαν την παράταξή του, αποτελώντας μαζί το εκλεκτό σύνολο για την διακυβέρνηση του ΟΤΑ. Ο αιρετός, με απευθείας εκλογή από τους πολίτες, Δήμαρχος/ Περιφερειάρχης αναγνωριζόταν ως φορέας ισχυρών εξουσιών και λειτουργούσε ως αυτόνομη αρχή στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων του, οι οποίες τυπικά μεν περιορίζονται στην εκτέλεση των αποφάσεων του συμβουλίου, όμως πολιτικά δεν μπορούσε να αμφισβητηθεί ότι αυτός χάρασσε την πολιτική και καθοδηγούσε διοικητικά το σύνολο των οργάνων του ΟΤΑ, πολιτικών και διοικητικών.

Ειδικά ως προς τις αρμοδιότητες του Δημάρχου και Περιφερειάρχη, όπως περιγράφονται στα άρθρα 58 και 159 αντίστοιχα του Ν. 3852/2010 όπως ισχύουν έως σήμερα, πρέπει να σημειωθεί ότι τα όργανα αυτά τυπικά περιορίζονται στην εκτέλεση των αποφάσεων των οικείων συμβούλιων και επιτροπών, στην δικαστική και εξώδικη νόμιμη εκπροσώπηση των νομικών προσώπων, στην διοίκηση του προσωπικού του ΟΤΑ, στη νόμιμη εκπροσώπησή του και στην διαχείριση οικονομικών και διοικητικών – εκτελεστικών θεμάτων, ενώ ειδικά στο δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 58 του Ν. 3852/2010 ορίζεται ότι η μη εκτέλεση εκ μέρους του Δημάρχου των αποφάσεων του δημοτικού συμβουλίου, της οικονομικής επιτροπής και της επιτροπής ποιότητας ζωής συνιστά σοβαρή πειθαρχική παράβαση καθήκοντος[2].

---

[1] Η κυβερνησιμότητα και η εύρυθμη και αποδοτική λειτουργία της Διοίκησης έχει κριθεί ως συνταγαματικώς θεμιτός σκοπός από το Συμβούλιο της Επικρατείας (ΣτΕ 3684/2009 επ.)ακόμα και στα πλαίσια κρίσης επί θεμάτων του Ν. 3434/2006 και 3463/2006 (Κώδικας Δήμων & Κοινοτήτων), που προέβλεπε εκλογή δημάρχου από τον Α΄ γύρο με ποσοστό 42% («σκοπός που είναι, κατ` αρχήν, συνταγματικά θεμιτός, δεδομένου ότι ο νομοθέτης με την ρύθμιση αυτή επεδίωξε την εξασφάλιση της εύρυθμης και αποδοτικής λειτουργίας των οργάνων διοικήσεως των δήμων και, για τον λόγο αυτό, προέκρινε εκλογικό σύστημα, κατά το οποίο ο συνδυασμός που ανακηρύσσεται επιτυχών να μην στηρίζεται σε προεκλογικές- ευκαιριακές συμμαχίες και μάλιστα μεταξύ των δύο γύρων των εκλογών, αλλά να έχει ενιαίο προγραμματικό λόγο για την αποτελεσματική αντιμετώπιση των ζητημάτων τοπικού ενδιαφέροντος (βλ. τις αιτιολογικές εκθέσεις των νόμων 3463/2006 και 3434/2006). Εφ΄ όσον δε το ανωτέρω προβλεπόμενο ποσοστό εκλογής διασφαλίζει δημοκρατική νομιμοποίηση στα όργανα διοικήσεως των δήμων, η ανωτέρω ρύθμιση, καθ` εαυτήν, εναρμονίζεται με τις εκτιθέμενες στην 7η σκέψη συνταγματικές διατάξεις και αρχές. Περαιτέρω, ενόψει του συνταγματικώς θεμιτού σκοπού της διασφαλίσεως της υπάρξεως ισχυρών και αποτελεσματικών δημοτικών αρχών, η, κατά τις ως άνω διατάξεις των άρθρων 50 παρ. 1, 51 παρ. 1 και 59 παρ. 1 του Κ.Δ.Κ., ενίσχυση του συνδυασμού, ο οποίος συγκέντρωσε το 42% των εγκύρων ψήφων και ανακηρύχθηκε επιτυχών, με τα 3/5 των εδρών του δημοτικού συμβουλίου (δηλαδή με το ποσοστό των εδρών που προέβλεπε και το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς για τον επιτυχόντα συνδυασμό) δεν αντιβαίνει στις συνταγματικές αρχές ούτε της ισότητας του εκλογικού δικαιώματος και της ευρύτερης δυνατής λαϊκής εκπροσώπησης, ούτε της αναλογικότητας, αφού η εν λόγω ρύθμιση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι είναι ακατάλληλη για την επίτευξη του ως άνω, συνταγματικώς θεμιτού, σκοπού ούτε, τέλος, ότι υπερακοντίζει το σκοπό αυτό») βλ. παρατηρήσεις Θ. Ξηρού, *Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου*, τεύχος 2/2011, σελ 135 επ.).

[2] Αντίστοιχη διάταξη δεν έχει συμπεριληφθεί στο άρθρο 159 Ν. 3852/2010 για την μη εκτέλεση των αντιστοίχων αποφάσεων εκ μέρους του Περιφερειάρχη.

Κεφάλαιο 2 – Νέο θεσμικό πλαίσιο - Ν. 4555/2018

Με το νέο θεσμικό καθεστώς, με τα άρθρα 28 και 29 του Ν. 4555/2018, τα οποία τροποποίησαν τα άρθρα 32 και 33 του Ν. 3852/2010 για τις δημοτικές εκλογές, και τα άρθρα 56 και 57 του Ν. 4555/2018, τα οποία τροποποίησαν τα άρθρα 138 και 139 αντίστοιχα του Ν. 3852/2010 για τις περιφερειακές εκλογές, εισήχθη το σύστημα της απλής αναλογικής χωρίς καμίας μορφής ενίσχυσης ή bonus στην εκλογή των συμβουλίων των ΟΤΑ Α΄ και Β΄ βαθμού (δημοτικών και περιφερειακών συμβουλίων), ορίζοντας ότι οι έδρες των αυτοδιοικητικών συμβουλίων κατανέμονται πλέον απολύτως αναλογικά με βάση το εκλογικό μέτρο, με βάση τις ψήφους που συγκεντρώνει κάθε συνδυασμός στον πρώτο γύρο, και τυχόν αδιάθετες έδρες κατανέμονται με βάση τα αχρησιμοποίητα υπόλοιπα εκάστου συνδυασμού.

Οι νέες διατάξεις για τον τρόπο ανάδειξης των δημοτικών και περιφερειακών συμβούλων δεν μετέβαλε την μορφή της επιλογής μεταξύ των υποψηφίων εκάστου συνδυασμού: Διατηρήθηκε το σύστημα της «κλειστής μη δεσμευμένης λίστας», σύμφωνα με το οποίο οι ψηφοφόροι επιλέγουν ως σύνολο - παράταξη τον υποψήφιο δήμαρχο και τους συμβούλους του ίδιου συνδυασμού, επιλέγοντας ελεύθερα με τον σταυρό ψηφοδοσίας τους μεταξύ των υποψηφίων του συγκεκριμένου συνδυασμού. Με αυτή την επιλογή δεν εισήχθη το προτεινόμενο από πολλούς, ως ενισχύον την δημοκρατική επιλογή, σύστημα της «ανοιχτής ή μη δεσμευμένης λίστας», σύμφωνα με το οποίο οι ψηφοφόροι επιλέγουν με διαφορετικά ψηφοδέλτια τον δήμαρχο ή περιφερειάρχη και τους υποψηφίους συμβούλους της επιλογής τους.

Παράλληλα όμως, ο Ν. 4555/2018 διατήρησε το πλειοψηφικό σύστημα για την εκλογή του Δημάρχου ή Περιφερειάρχη σε έναν ή δύο γύρους, μην κάνοντας την θεσμική τομή της έμμεσης εκλογής του από τα αναλογικώς εκλεγμένα αυτοδιοικητικά συμβούλια ή κάποιου είδους εκλεκτορικό σώμα, που θα απαιτούσε την διαμόρφωση συσχετισμών πλειοψηφίας μεταξύ των παρατάξεων των συμβουλίων και την άντληση έμμεσης πολιτικής νομιμοποίησης μέσω της -ευμετάβλητης και ασταθούς - στήριξης και εμπιστοσύνης των πολιτικών παρατάξεων – μελών των συμβουλίων, διατηρώντας κατ' αυτόν τον τρόπο την φιλοσοφία όλων των Νόμων που ίσχυαν για την εκλογή τους τουλάχιστον από την Μεταπολίτευση και μετά (Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων, Κώδικα Νομαρχιακής Αυτοδιοίκησης, Νόμος 3852/2010).

Σύμφωνα με τις νέες διατάξεις που εφαρμόσθηκαν στις αυτοδιοικητικές εκλογές του Μαΐου – Ιουνίου 2019:

«Άρθρο 32

Εκλογικό σύστημα - Κατανομή των εδρών του δημοτικού συμβουλίου

1. Το σύνολο των εδρών του δημοτικού συμβουλίου κατανέμεται στους συνδυασμούς που έλαβαν μέρος στις εκλογές, ανάλογα με τον αριθμό των έγκυρων ψηφοδελτίων που έλαβαν στον Α` γύρο.

2. Η αναλογική κατανομή των εδρών γίνεται ως εξής:

Το σύνολο των έγκυρων ψηφοδελτίων που έλαβαν, σε όλα τα εκλογικά τμήματα δήμου, αθροιστικά όλοι οι συνδυασμοί που συμμετείχαν στις εκλογές διαιρείται με τον αριθμό των εδρών που αντιστοιχούν σε κάθε δημοτικό συμβούλιο και το πηλίκο αυξημένο κατά μία μονάδα, παραλειπομένου του κλάσματος, αποτελεί το εκλογικό μέτρο. Ο αριθμός των έγκυρων ψηφοδελτίων κάθε συνδυασμού διαιρείται στη συνέχεια με το εκλογικό μέτρο και καθένας τους καταλαμβάνει τόσες έδρες όσο και το ακέραιο πηλίκο της διαίρεσης.

Αν οι έδρες που καταλαμβάνουν οι συνδυασμοί που συμμετέχουν στην κατανομή με την προηγούμενη διαδικασία είναι λιγότερες από τις προς διάθεση, όσες απομένουν κατανέμονται ανά μία μεταξύ όλων των συνδυασμών, είτε έλαβαν έδρα κατά το προηγούμενο εδάφιο είτε όχι, ανάλογα με τα αχρησιμοποίητα υπόλοιπά τους. …

Άρθρο 33

Επανάληψη της ψηφοφορίας για την εκλογή δημοτικών αρχών

1. Αν κανένας συνδυασμός δεν συγκεντρώσει την απόλυτη πλειοψηφία του συνολικού αριθμού των έγκυρων ψηφοδελτίων, η ψηφοφορία επαναλαμβάνεται την επόμενη Κυριακή (Β` γύρος), ανάμεσα μόνο στους υποψήφιους δημάρχους των δύο συνδυασμών που έλαβαν τις περισσότερες ψήφους.

Επιτυχών θεωρείται ο υποψήφιος δήμαρχος και ο συνδυασμός του που συγκέντρωσε στην επαναληπτική ψηφοφορία την απόλυτη πλειοψηφία ολόκληρου του αριθμού των έγκυρων ψηφοδελτίων.

…

5. Όλοι οι τακτικοί και αναπληρωματικοί σύμβουλοι εκλέγονται με βάση την πρώτη ψηφοφορία (Α` γύρος), σύμφωνα με τους σταυρούς προτίμησης που έλαβε καθένας στην ψηφοφορία αυτή, όπως ορίζεται στα επόμενα άρθρα.» (με ακριβή αντίστοιχη διατύπωση για τις περιφερειακές εκλογές).

Κεφάλαιο 3 – Ιδιαίτερα χαρακτηριστικά εκλογών τοπικής αυτοδιοίκησης

Οι αυτοδιοικητικές εκλογές, όπως και οι αντίστοιχες αυτοδιοικητικές αρχές (δήμαρχοι-περιφερειάρχες – συμβούλια), συνδυάζουν δύο σημαντικά χαρακτηριστικά:

α) Διατηρούν αναμφισβήτητα τον έντονο πολιτικό – κομματικό χαρακτήρα που είχαν προσλάβει τόσο πριν όσο, πολύ περισσότερο, αμέσως μετά την μεταπολίτευση, με έντονα στοιχεία πολιτικής - κομματικής επιρροής και επίσημης στήριξης από κομματικούς φορείς.

β) Αποτελούν χώρο έκφρασης και αντιπαράθεσης ομάδων και «παραγόντων» τοπικής ανθρωπογεωγραφίας, επιρροής τοπικών συμφερόντων και ομάδων πίεσης, θρησκευτικών μειονοτήτων και λοιπών τοπικών ιδιαιτεροτήτων. Ειδικά σε μικρούς δήμους της Περιφέρειας που έχουν προέλθει από την συνένωση μικρότερων «προκαποδιστριακών» δήμων και κοινοτήτων, οι δημοτικές εκλογές παρουσιάζουν πολλές φορές ιδιαίτερα τοπικά χαρακτηριστικά και διαιρέσεις, όχι με τόσο πολιτικά – κομματικά χαρακτηριστικά όσο με στοιχεία τοπικών αντιθέσεων, γεωγραφικών διαιρέσεων, κοινωνικών και οικονομικών ανισοτήτων, προσωπικών επιλογών τοπικών «αξιωματούχων», «παραγόντων» και στελεχών των παρατάξεων (π.χ. έχουν βαρύνουσα σημασία οι σχέσεις μεταξύ οικογενειών, οι πολιτικές σχέσεις και αντιθέσεις με βουλευτές και πολιτευτές ακόμα και των ίδιων κομμάτων, οι δυσαρέσκειες λόγω επιλογών τρίτων οργάνων, κλπ). Τα ειδικά αυτά χαρακτηριστικά καθιστούν τον χώρο των δημοτικών συμβουλίων χώρο έντονης αντιπαλότητας και αντιπαραθέσεων και αποτελεί απόλυτη βεβαιότητα του γράφοντος ότι δεν θα αργήσουν να εμφανίζονται σημαντικά προβλήματα, ειδικά όσο πλησιάζουμε στο τέλος της θητείας των δημοτικών αρχών και εν όψει της προετοιμασίας για τις επόμενες δημοτικές εκλογές του 2023.

Ελαφρώς διαφοροποιούμενες, οι περιφερειακές εκλογές έχουν πιο έντονο το κομματικό – πολιτικό στοιχείο και αντικατοπτρίζουν την δύναμη των κομμάτων σε επίπεδο μεγάλων

περιφερειών. Βέβαια, οι περιφερειακές εκλογές του Μαΐου – Ιουνίου 2019 σημαδεύθηκαν από την σαρωτική νίκη των υποψηφίων που υποστηρίχθηκαν από το κόμμα της Νέας Δημοκρατίας, σε πολλές μάλιστα περιπτώσεις από τον πρώτο γύρο, με απόλυτη πλειοψηφία στα αντίστοιχα συμβούλια, ή με μεγάλα ποσοστά στον πρώτο γύρο για τις παρατάξεις που ο επικεφαλής υποψήφιος Περιφερειάρχης επικράτησε στον δεύτερο γύρο. Χαρακτηριστικά αναφέρω ότι 6 Περιφερειάρχες εξελέγησαν από τον πρώτο γύρο, έχοντας αντίστοιχα την απόλυτη πλειοψηφία στα περιφερειακά συμβούλια, και 7 περιφερειάρχες εξελέγησαν στον δεύτερο γύρο, μη εξασφαλίζοντας πλειοψηφία στο περιφερειακό συμβούλιο της περιφέρειά τους.

Ωστόσο, και σε επίπεδο Περιφερειών, όλες οι παραπάνω ιδιαιτερότητες που παραθέσαμε για τις δημοτικές εκλογές ασκούν βαρύνουσα επιρροή στην επιλογή των ψηφοφόρων και οδηγούν στον κατακερματισμό της ψήφου τους μεταξύ των πολυάριθμων συνήθως συνδυασμών, καθιστώντας τα συμβούλια χώρο έκφρασης πολλών περισσότερων συνδυασμών και απόψεων σε σύγκριση με την Βουλή και την αποκαλούμενη «κεντρική πολιτική σκηνή», στην οποία εκπροσωπούνται διαχρονικά 4-7 κόμματα. Ενδεικτικά αναφέρω ότι στην Περιφέρεια Αττικής εκπροσωπούνται στο Περιφερειακό Συμβούλιο 11 συνδυασμοί, στην Περιφέρεια Κεντρικής Μακεδονία 10 συνδυασμοί και στις λοιπές περιφέρειες 6-9 συνδυασμοί.

Από όλα τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι ο χώρος της Τοπικής Αυτοδιοίκησης αποτελεί ένα σύνθετο και πολύπλοκο – πολυεπίπεδο χώρο, με δομές εξουσίας και άσκησης πολιτικής χωρίς συχνά διακριτούς ρόλους, που πρέπει να εξισορροπείται η δημοκρατική αρχής της ισότητας της ψήφου δια της αναλογικής εκπροσώπησης των πολιτών, όπως αποτυπώνεται στις εκλογές με το ισχύον αναλογικό σύστημα εκλογής των μελών των συμβουλίων, και της ανάγκης ύπαρξης διαδικασιών και λειτουργιών που θα εξασφαλίζουν την αποτελεσματική διακυβέρνηση μέσω της λεγόμενης «κυβερνησιμότητας» των ΟΤΑ για την εύρυθμη λήψη αποφάσεων και την αποτελεσματική άσκηση της εξουσίας στο πιο προσιτό επίπεδο για τον πολίτη.

Ταυτόχρονα όμως, αποτελεί πλέον κοινή πολιτική απαίτηση η υιοθέτηση ανοικτών διαδικασιών διαβούλευσης και λογοδοσίας μεταξύ όλων των τοπικών πολιτικών οργάνων και δυνάμεων, η διαρκής ανάγκη αναζήτησης κοινωνικής σύγκλισης και συναίνεσης στις βασικές τοπικές πολιτικές επιλογές, η υιοθέτηση διαδικασιών ενίσχυσης της διαφάνειας και του τοπικού κοινωνικού ελέγχου μέσω μηχανισμών ενημέρωσης και διαβούλευσης, ώστε ο πολίτης να τοποθετείται όσο το δυνατόν πλησιέστερα στους χώρους διαμόρφωσης και λήψης αποφάσεων και να ενισχύεται το αίσθημα συμμετοχής και αντιπροσωπευτικότητας. Αποτέλεσμα αυτής της απαίτησης είναι η υιοθέτηση αναλογικότερων και πιο αντιπροσωπευτικών συστημάτων εκλογής των οργάνων, ώστε η δημοκρατική αντιπροσώπευση όλων των τοπικών δυνάμεων, όπως αντικατοπτρίζεται στην σύνθεση και την λειτουργία των οργάνων, να οδηγεί σε μείζονες συγκλίσεις και συναινετικές επιλογές - αποφάσεις στα ολοένα και περισσότερα και ολοένα και σημαντικότερα τοπικά ζητήματα που καλείται να διαχειρισθεί η τοπική αυτοδιοίκηση.

Κεφάλαιο 4 – Εφαρμογή Ν. 4555/2018

Ο Νόμος 4555/2018 δεν συμπεριλαμβάνει διατάξεις από τις οποίες να προκύπτει βούληση να συγκερασθούν αυτές τις δύο αρχές, η ανάγκη κυβερνησιμότητας και αποτελεσματικότητας της διοίκησης των ΟΤΑ και η αναλογικής αντιπροσώπευσης των πολιτών στα όργανα λήψης των αποφάσεων.

Ο Νόμος 4623/2019 (άρθρο 2), ο οποίος ψηφίσθηκε αμέσως μετά την επικράτηση της Νέας Δημοκρατίας στις εθνικές εκλογές του Ιουλίου 2019 και τέθηκε σε ισχύ την 9-8-2019, άλλαξε

την σύνθεση των μελών στις βασικές επιτροπές των ΟΤΑ, που προβλέπονται από τον Ν. 4555/2018 (την Οικονομική Επιτροπή και την Επιτροπή Ποιότητας Ζωής), δίνοντας την «τεχνητή» πλειοψηφία των μελών τους στην παράταξη του Δημάρχου ή Περιφερειάρχη μέσω της ex officio συμμετοχής Αντιδημάρχων και Αντιπεριφερειαρχών και την ποσόστωση κατά τέτοιο τρόπο ώστε η παράταξη του δημάρχου ή περιφερειάρχη να έχει πάντα την πλειοψηφία του ½ μελών της επιτροπής + 1, αλλοιώνοντας την αναλογική εκπροσώπηση των παρατάξεων κατ' αντιστοιχία με τα Συμβούλια και μεταφέροντας αρμοδιότητες από τα δημοτικά και περιφερειακά συμβούλια στις Επιτροπές.

Όμως δεν θα μπορούσε φυσικά να μεταβάλει την σύνθεση των Συμβουλίων και την αναλογική εκλογή των συμβούλων που είχαν ήδη εκλεγεί τον Μάιο – Ιούνιο 2019, ήτοι 3 περίπου μήνες νωρίτερα.

Στο ισχύον σύστημα, ο άμεσα εκλεγόμενος δήμαρχος και περιφερειάρχης, μολονότι οπλισμένος με άμεση, ισχυρή και αυτόνομη δημοκρατική νομιμοποίηση, έχει την ανάγκη να αναζητήσει συγκλίσεις και συναινέσεις στα μη ελεγχόμενα από αυτόν κατά πλειοψηφία συμβούλια και μέσω της διαβούλευσης και πολιτικής συζήτησης να αναζητά διαρκώς την επικύρωση των επιλογών του από τις αποφάσεις τους.

Ο μικρός χρόνος που έχει διανυθεί από τις δημοτικές και περιφερειακές εκλογές δεν έχει ακόμα αποκαλύψει πλήρως τα προβλήματα που με μαθηματική βεβαιότητα θα ανακύψουν από την αναντιστοιχία της έλλειψης πλειοψηφίας της παράταξης του Δημάρχου ή Περιφερειάρχη στα Συμβούλια και της δυνατότητάς του να χαράσσει τις βασικές πολιτικές επιλογές του ΟΤΑ του οποία άρχει[3]. Ακόμα και σε αυτό τον ελάχιστο όμως χρόνο, που οι αιρετοί άρχοντες απολαύουν τον συνήθως αποκαλούμενο πολιτικό «μήνα του μέλιτος», δεν λείπουν τα παραδείγματα αδυναμίας Δημάρχων να επιβάλουν στο Συμβούλιο τις επιλογές τους. Αναφέρω ενδεικτικά την περίπτωση της ψήφισης του προϋπολογισμού του Δήμου Πατρέων για το έτος 2020, από τον οποίο κατάγομαι και στον οποίο ζω. Εκεί οι συνασπισμένες δημοτικές παρατάξεις της αντιπολίτευσης καταψήφισαν την πρόταση του Δημάρχου για 31 κωδικούς του προϋπολογισμού και υπερψηφίσθηκαν αντίστοιχα από το Συμβούλιο οι δικές τους προτάσεις γι' αυτούς τους 31 κωδικούς.

Μπορεί κανείς να φαντασθεί τι θα είχε συμβεί εάν η αντιπολίτευση είχε αποφασίσει να δώσει μία πολιτική μάχη εφ' όλης της ύλης, εάν είχε καταψηφισθεί το σύνολο της πρότασης Προϋπολογισμού της δημοτικής αρχής και είχε υπερψηφισθεί η πρόταση των παρατάξεων της αντιπολίτευσης;

Ποιος Δήμαρχος ή Περιφερειάρχης θα μπορούσε να εφαρμόσει τον Προϋπολογισμό και το με αυτό άρρηκτα συνδεδεμένο πρόγραμμα έργων και επενδύσεων εάν δεν αποτελούσε δική του επιλογή η κατανομή των κονδυλίων του;

Ποια δημοκρατική λύση υπάρχει σε περίπτωση τέτοιας μείζονος αναντιστοιχίας μεταξύ της βούλησης της πλειοψηφίας των Συμβουλίων και του Δημάρχου ή Περιφερειάρχη ;

Ο Νόμος 4555/2018 δεν προβλέπει καμία λύση καθώς στο ισχύον σύστημα δεν προβλέπεται η γνωστή «αρχή της δεδηλωμένης πλειοψηφίας», ότι δηλαδή ο δήμαρχος ή Περιφερειάρχης πρέπει να απολαμβάνει της εμπιστοσύνης του Συμβουλίου ή ότι εξαρτάται με οποιονδήποτε τρόπο από την πλειοψηφία αυτού. Οι σχετικές διατάξεις μάλιστα προβλέπουν ότι ακόμα και στην περίπτωση που η θέση του Δημάρχου ή Περιφερειάρχη μείνει κενή για οποιονδήποτε λόγο (π.χ. ακόμα και λόγω παραίτησης που έχει προκληθεί με δική του πρωτοβουλία λόγω

[3] Βλ. σχετ. και Απόστολος Παπακωσταντίνου, «Κυβερνησιμότητα των ΟΤΑ και Σύνταγμα», 9-8-2019, σε https://www.syntagmawatch.gr/trending-issues/kyvernisimotita-ton-ota-kai-syntagma/

αδυναμίας ελέγχου των αποφάσεων του συμβουλίου), μέσα σε προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών αφότου κενώθηκε η θέση, οι σύμβουλοι της παράταξης του εκλεγέντος Δημάρχου ή Περιφερειάρχη συνέρχονται σε ειδική συνεδρίαση, ύστερα από πρόσκληση του συμβούλου του συνδυασμού αυτού, που έχει εκλεγεί με τους περισσότερους σταυρούς προτιμήσεως και, σε περίπτωση ισοψηφίας, εκείνου που είναι γραμμένος πρώτος, κατά σειρά, στην απόφαση του δικαστηρίου και εκλέγουν με μυστική ψηφοφορία και με την απόλυτη πλειοψηφία του συνολικού αριθμού των συμβούλων του συνδυασμού, έναν από αυτούς, ως Δήμαρχο/ Περιφερειάρχη. (βλ. σχετικά άρθρο 4 του Ν. 4623/2019 που τροποποίησε την παράγραφος 1 του άρθρου 60 του ν. 3852/2010, , όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 69 του ν. 4555/2018).

Πρακτικά αυτό σημαίνει ότι, κι εάν ακόμα ένας δήμαρχος ή περιφερειάρχης και η παράταξή του αδυνατούν απολύτως να ελέγξουν τις αποφάσεις του οικείου συμβουλίου, μην έχοντας την πλειοψηφία σε αυτό, η εκλογή νέου δημάρχου ή περιφερειάρχη πρέπει να γίνει υποχρεωτικά μεταξύ και από τους συμβούλους της παράταξης του απερχομένου Δημάρχου/ Περιφερειάρχη, με αποτέλεσμα να είναι απολύτως βέβαιο ότι και ο νεοκλεγείς θα έχει το ίδιο ακριβώς πρόβλημα ! Φαύλος κύκλος!

Κεφάλαιο 5 – Επιλογές – Ειδικά η εποικοδομητική πρόταση δυσπιστίας - εμπιστοσύνης

Αφού λοιπόν περιγράψαμε το θεσμικό πρόβλημα που υφίσταται στον θεσμό της Τοπικής Αυτοδιοίκησης και αποτελεί κοινή πεποίθηση (ή τουλάχιστον πεποίθηση του γράφοντος) ότι είναι απλώς θέμα χρόνου να εμφανισθούν περιπτώσεις πολιτικού αδιεξόδου και πλήρους διοικητικής παράλυσης σε δήμους και περιφέρειες της χώρας, το ερώτημα είναι ποια είναι η ενδεδειγμένη - δημοκρατική διέξοδος από την πιθανή θεσμική κρίση.

Η εύκολη απάντηση είναι η επιστροφή στο προηγούμενο καθεστώς του Ν. 3852/2010 και των προϊσχυόντων νόμων για την τοπική αυτοδιοίκησης, όπου εκ του Νόμου ο πλειοψηφών Δήμαρχος/Περιφερειάρχης προβλέπεται να καταλαμβάνει και την απόλυτη πλειοψηφία των μελών του αντίστοιχου συμβουλίου, είτε με οριακή απόλυτη πλειοψηφία (ήμισυ συν ένας) είτε με το προϊσχύον σύστημα της ενισχυμένης πλειοψηφίας (3/5 μελών συμβουλίου).

Μια άλλη «λύση» θα ήταν η εισαγωγή ενός ακόμα πιο προσωποκεντρικού συστήματος, το οποίο θα έδινε την δυνατότητα στον Δήμαρχο ή στον Περιφερειάρχη να διαλύει το Συμβούλιο με ή χωρίς προϋποθέσεις και προκηρύσσει αυτοδιοικητικές εκλογές στο μέσον της θητείας του για την εκλογή του συνόλου των μελών του Συμβουλίου για το υπόλοιπο αυτής! Αυτή η «λύση» δεν προκρίνεται από κανέναν, είναι βαθύτατα αντιδημοκρατική και θα δημιουργούσε πολλά περισσότερα προβλήματα από όσα θεωρητικά θα επέλυε (π.χ. θα οδηγούσε σε μεγάλη κοινωνική αναστάτωση, με εκλογές σε άτακτα χρονικά διαστήματα, σε απροσδιόριστο αριθμό εκλογικών αναμετρήσεων έως την επίτευξη της επιθυμητής σύνθεσης του Συμβουλίου, κλπ).

Η τρίτη λύση είναι η εισαγωγή στο δικαιικό σύστημα της χώρας μας και η εφαρμογή στον χώρο της αυτοδιοίκησης ενός νέου συστήματος - θεσμού, της πρόβλεψης της δυνατότητας κατάθεσης εποικοδομητικής πρότασης δυσπιστίας- εμπιστοσύνης ή εποικοδομητικής ψήφου δυσπιστίας, που αποτέλεσε πρόταση συνταγματικής μεταρρύθμισης στην πρόσφατη αναθεώρηση του Συντάγματος όχι για την αυτοδιοίκηση αλλά για την Βουλή και την σχέση της με την Κυβέρνηση.

Συγκεκριμένα, ο ΣΥΡΙΖΑ πρότεινε την αντικατάσταση του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 2 του άρθρου 84 του Συντάγματος, προκειμένου να καθιερωθεί η λεγόμενη εποικοδομητική ψήφος δυσπιστίας, σύμφωνα με την οποία η πρόταση δυσπιστίας κατά της Κυβέρνησης θα πρέπει να υποχρεωτικά να συνοδεύεται από την πρόταση για διορισμό νέου Πρωθυπουργού,

ο οποίος θα απολαμβάνει την στήριξη της πλειοψηφίας της Βουλής. Έτσι η Βουλή δεν θα μπορεί απλώς να αίρει αρνητικά την εμπιστοσύνη της προς την κυβέρνηση αλλά θα πρέπει ταυτόχρονα να διαμορφώνεται θετικά απόλυτη πλειοψηφία υπέρ του προσώπου που προτείνεται για νέος πρωθυπουργός. Στην περίπτωση αυτή θα τροποποιείτο αντίστοιχα και το άρθρο 38, καθώς δεν θα ακολουθείτο η διαδικασία των διερευνητικών εντολών αλλά θα υποδεικνυόταν άμεσα και ο επόμενος πρωθυπουργός.

Σημειώνεται ότι το σύστημα της εποικοδομητικής πρότασης ή ψήφου δυσπιστίας αναφορικά με τις σχέσεις Βουλής - Κυβέρνησης αποτελεί συνταγματική πρόβλεψη στα Συντάγματα της Γερμανίας (άρθρο 67) και της Ισπανίας (άρθρο 113)[4], στην οποία μάλιστα ενεργοποιήθηκε πρόσφατα, τον Ιούνιο του έτους 2018, για την αποπομπή του Μαριάνο Ραχόι, προέδρου του Λαϊκού Κόμματος, από την θέση του Πρωθυπουργού και την εκλογή του Πέδρο Σάντσεθ από το Σοσιαλιστικό Κόμμα χωρίς την προκήρυξη εκλογών, με την υποστήριξη μικροτέρων κομμάτων.

Η διαφορά της εποικοδομητικής πρότασης δυσπιστίας από την κλασική μορφή της πρότασης μομφής ή δυσπιστίας συνίσταται στο ότι η έγκρισή της είναι δυνατή μόνον όταν συνοδεύεται από την υπόδειξη, και συνεπεία της αποδοχής της, νέου Πρωθυπουργού. Δηλαδή στην περίπτωση υπερψήφισης της εποικοδομητικής πρότασης δυσπιστίας αποπέμπεται ο έως τότε διορισθείς πρωθυπουργός και υποχρεωτικά διορίζεται ο υποδειχθείς από τη νέα κοινοβουλευτική πλειοψηφία. Γίνεται σαφές ότι δεν αρκεί η ύπαρξη στη Βουλή μιας αρνητικής πλειοψηφίας κατά της Κυβέρνησης, αλλά χρειάζεται μια θετική πλειοψηφία, που θα συμφωνήσει στο πρόσωπο του νέου Πρωθυπουργού. Αν δεν μπορεί να σχηματισθεί μια τέτοια θετική πλειοψηφία, τότε η Κυβέρνηση, ακόμη και αν έχει απολέσει την κοινοβουλευτική πλειοψηφία, παραμένει στη θέση της[5].

Παρά όμως την απόρριψη της σχετικής πρότασης του ΣΥΡΙΖΑ στην πρόσφατη συνταγματική αναθεώρηση, που τελούσε σε άμεση συνάρτηση με την καθιέρωση του εκλογικού συστήματος της απλής αναλογικής και την αναθεώρηση του άρθρου 84 παρ. 2 και 38 του Συντάγματος με την καθιέρωση της εποικοδομητικής πρότασης δυσπιστίας, η συζήτηση για την εισαγωγή του θεσμού αυτού έχει καταστεί επίκαιρη καθόσον παραμένει στον χώρο της Αυτοδιοίκησης Α΄ και Β΄ βαθμού η σύγκρουση του αναλογικού και του πλειοψηφικού εκλογικού συστήματος και η επικίνδυνη κατά την άποψη του γράφοντος ιδιομορφία της ανάδειξης του δημοτικού και περιφερειακού συμβουλίου με το σύστημα της απλής αναλογικής και της εκλογής του δημάρχου ή περιφερειάρχη με πλειοψηφικό σύστημα δύο γύρων, με την επακόλουθη διαμόρφωση δύο αντίθετων πόλων σε εν δυνάμει σύγκρουση και την θεσμική αδυναμία ελέγχου του Συμβουλίου επί του προσώπου του Δημάρχου – Περιφερειάρχη και αντίθετα.

Δεδομένου ότι α) δεν υφίσταται διάταξη αντίστοιχη του άρθρου 84 του Συντάγματος για την Αυτοδιοίκηση, ο Δήμαρχος – Περιφερειάρχης δεν οφείλει να έχει την εμπιστοσύνη του Συμβουλίου, το Συμβούλιο αντίστοιχα δεν μπορεί να «αποσύρει» την εμπιστοσύνη του από τον Δήμαρχο ή Περιφερειάρχη, αφού δεν νοείται τέτοια, και ο Δήμαρχος ή ο Περιφερειάρχης δεν δύναται να εκπέσει ή αντικατασταθεί με πρωτοβουλία του Συμβουλίου, και β) Ο Δήμαρχος

[4] Το σύστημα της εποικοδομητικής πρότασης ή ψήφου δυσπιστίας ζήτημα αυτό είχε αντιμετωπισθεί ακροθιγώς στην μελέτη «Εκλογικά Συστήματα της Τοπικής Αυτοδιοίκησης και Τοπικά Δημοψηφίσματα: Διεθνής Εμπειρία και Ελλάδα», την οποία εκπόνησε για λογαριασμό του Ινστιτούτο Τοπικής Αυτοδιοίκησης επιστημονική ομάδα της «Μίλητος Συμβουλευτική ΑΕ».

[5] Έτσι Χαράλαμπος Ανθόπουλος, «Πρόταση Δυσπιστίας – Εκλογικό Σύστημα – Προσόντα Πρωθυπουργού», 2-11-2018 , σε «Όμιλος Αριστόβουλος Μάνσης – constitutionalism.gr", https://www.constitutionalism.gr/2018-10_anthopoulos-protasi-dyspistias/

ή Περιφερειάρχης δεν μπορεί να ζητήσει την διάλυση του δημοτικού ή περιφερειακού Συμβουλίου και την προσφυγή σε πρόωρες εκλογές για την ανάδειξη νέου Συμβουλίου, τότε έχουμε την γνώμη ότι η καθιέρωση του θεσμού της εποικοδομητικής πρότασης δυσπιστίας θα μπορούσε να αποτελεί την μόνη δημοκρατική λύση στις περιπτώσεις της οριστικής απώλειας της δυνατότητας εναρμόνισης των αποφάσεων και συνεργασίας μεταξύ των Συμβουλίων και του δημάρχου ή του περιφερειάρχη[6] .

Κεφάλαιο 6 – Κριτική εξέταση του συστήματος της εποικοδομητικής πρότασης δυσπιστίας - εμπιστοσύνης

Α) Ενίσχυση ελέγχου

Με το υφιστάμενο καθεστώς, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, ο δήμαρχος και περιφερειάρχης ως μονοπρόσωπα όργανα δεν ελέγχονται από κανένα όργανο κατά τη διάρκεια της θητείας τους. Δεν υπάρχει (και ορθώς δεν υπάρχει) καμία θεσμικά προβλεπόμενη παρέμβαση της εκτελεστικής εξουσίας (κυβέρνησης) στον χώρο της αυτοδιοίκησης και κανείς έλεγχος σκοπιμότητας στις αποφάσεις των δημάρχων και περιφερειαρχών εκ μέρους της κυβέρνησης ή άλλου οργάνου της εκτελεστικής εξουσίας. Η άσκηση εποπτείας στις πράξεις τους περιορίζεται μόνον σε έλεγχο νομιμότητας σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις (και χωρίς αυτές να έχουν πλήρως εφαρμοσθεί ως προς το όργανο ελέγχου).

Ταυτόχρονα, το δημοτικό και περιφερειακό συμβούλιο έχει μεν το γενικό τεκμήριο αρμοδιότητας και λαμβάνει τις σημαντικότερες αποφάσεις σε κάθε ΟΤΑ, τις οποίες στη συνέχεια οφείλει να εκτελεί ο δήμαρχος ή ο περιφερειάρχης αντίστοιχα, όμως αφ' ενός σε μεγάλο βαθμό αυτό ελέγχεται και καθοδηγείται από το επικεφαλής μονοπρόσωπο όργανο, αφ' ετέρου, ακόμα και σε κείνες τις περιπτώσεις που αντιτίθεται και αποφασίζει κατά διαφορετικό τρόπο από τον υποδεικνυόμενο από τον δήμαρχο ή περιφερειάρχη, δεν έχει αποτελεσματικό μηχανισμό ελέγχου της υλοποίησης της απόφασης από το μονοπρόσωπο όργανο.

Αφού θεσμικά δεν υφίσταται η υποχρέωσης να απολαμβάνει το μονοπρόσωπο όργανο της εμπιστοσύνης του συμβουλίου αλλά νομίμως ασκεί τα καθήκοντά του, έστω και εάν η παράταξή του αποτελεί (μικρή ή μεγάλη) μειοψηφία στο συμβούλιο, δεν έχει θεσμικά την υποχρέωση λογοδοσίας με την στενή έννοια στο συμβούλιο και δεν εξαρτά την συνέχεια της θητείας τους στην εμπιστοσύνη ή αποδοχή του προσώπου του από το συμβούλιο. Αντλώντας την δημοκρατική νομιμοποίησή του άμεσα από τους πολίτες – εκλογείς, ο δήμαρχος ή περιφερειάρχης κρίνεται από αυτούς μόνον στο τέλος της θητείας του, εφόσον επιλέξει εκ νέου να είναι υποψήφιος.

Κατ' αυτό τον τρόπο, ακόμα και σε ακραίες συνθήκες αντιπαλότητας εντός του συμβουλίου και μόνιμης απώλειας της πλειοψηφίας και της ικανότητας της παράταξης του εκλεγμένου δημάρχου ή περιφερειάρχη να υπερψηφίζονται οι προτάσεις του από τα μέλη του, δεν υπάρχει νόμιμος τρόπος να παυθεί ή να αντικατασταθεί το μονοπρόσωπο όργανο.

Το προτεινόμενο σύστημα της πρότασης εποικοδομητικής δυσπιστίας εισάγει την έννοια του ελέγχου του συμβουλίου στις πράξεις του δημάρχου ή περιφερειάρχη και της εμπιστοσύνης

[6] Το ζήτημα αυτό είχε αντιμετωπισθεί ακροθιγώς στο Τελικό Πόρισμα της Επιτροπής του άρθρου 5 Ν. 4368/2016 – Υπουργείου Εσωτερικών για την «Πρόταση Αναθεώρησης του θεσμικού πλαισίου της Τοπικής Αυτοδιοίκησης» (σελ. 98), το οποίο καταλήγει και εισηγείται ότι «η – υπό οποιαδήποτε ειδικότερη έκφραση – ανακλητότητα των αιρετών συνάδει περισσότερο με ένα σύστημα έμμεσης εκλογής, το οποίο, πως προαναφέρθηκε, αν και εξετάσθηκε, δεν προκρίνεται».

στο πρόσωπό του, αντίστοιχα με έννοια της υποχρέωσης της κυβέρνησης να απολαμβάνει την εμπιστοσύνη της βουλής.

Ο δήμαρχος και περιφερειάρχης θα λάβει πλέον τον ακριβώς περιγραφόμενο σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις ρόλο του, αυτόν του εκτελεστικού βραχίονα των ΟΤΑ, δηλαδή της εκτέλεσης των αποφάσεων του συμβουλίου, γνωρίζοντας ότι σε περίπτωση μη συμμόρφωσης ή άρνησής του να εκτελέσει τις αποφάσεις του, το Συμβούλιο θα μπορεί να τον ελέγξει πολιτικά όχι κατά τρόπο αφηρημένο και λεκτικό αλλά κατά τρόπον συγκεκριμένο και πολιτικά κατασταλτικό, έχοντας την αρμοδιότητα και την εξουσία να εκκινήσει την διαδικασία αντικατάστασής του σε περίπτωση σημαντικής διαφωνίας της πλειοψηφίας μαζί του.

Β) Η προάσπιση της αρχής της κυβερνησιμότητας και αποτελεσματικότητας

Όπως προελέχθη, παράλληλα με το αίτημα της αντιπροσωπευτικότητας και της δικαιότερης και αναλογικότερης εκπροσώπησης όλων των πολιτικών, κοινωνικών και τοπικών δυνάμεων ενός τόπου, το θεσμικό πλαίσιο της τοπικής αυτοδιοίκησης πρέπει να εξυπηρετεί και την ανάγκη της αποδοτικής, εύρυθμης και αποτελεσματικής κατά χρόνο, σκοπό και παραγόμενο προϊόν διακυβέρνησης των τοπικών υποθέσεων και λειτουργίας του διοικητικού μηχανισμού και των λοιπών οργάνων του ΟΤΑ, καθώς οι αποφάσεις και οι δράσεις του επηρεάζουν άμεσα σε χρόνο και τρόπο την ζωή των πολιτών.

Στο πλαίσιο αυτό, με δεδομένο το σύστημα της απλής αναλογικής που εφαρμόζεται στην εκλογή των μελών των δημοτικών και περιφερειακών συμβουλίων και της εκπροσώπησης σε αυτά πολλών παρατάξεων με αντίστοιχες διαφορετικές πολιτικές και κοινωνικές καταβολές, κάθε αδυναμία του δημάρχου/ περιφερειάρχη να υπερψηφισθεί μία πρότασή του δεν πρέπει να εκλαμβάνεται ως μόνιμη απώλεια της δυνατότητάς του να ανευρίσκει συγκλίσεις και συναινέσεις μεταξύ των συμβούλων και ως ευκαιρία για την αμφισβήτηση της νομιμοποίησής του με πρότασης μομφής. Τούτο θα συνιστούσε κίνητρο για την αντιπολίτευση να καταψηφίζει συλλήβδην τις προτάσεις της δημοτικής ή περιφερειακής αρχής και θα οδηγούσε σε χάος και παράλυση τον διοικητικό μηχανισμό του ΟΤΑ, μεταβάλλοντας το συμβούλιο από χώρο λήψης αποφάσεων για τις τοπικές υποθέσεις σε χώρο συζήτησης αλλεπάλληλων προτάσεων μομφής κατά του μονοπρόσωπου οργάνου, που θα κατέληγαν μεν σε πιθανή αποδοκιμασία του εκάστοτε δημάρχου ή περιφερειάρχη, χωρίς όμως να προτείνεται ταυτόχρονα και η θετική επιλογή στο πρόσωπο ενός άλλου μέλους του συμβουλίου για να τον αντικαταστήσει.

Το συζητούμενο σύστημα της εποικοδομητικής πρότασης εμπιστοσύνης ή δυσπιστίας ενισχύει εντέλει την κυβερνησιμότητα των ΟΤΑ καθώς εξασφαλίζει, τουλάχιστον σε σημαντικά μεγαλύτερο βαθμό από το ισχύον καθεστώς, ότι θα υπάρχει αρμονία μεταξύ της βούλησης του Συμβουλίου και του Δημάρχου ή Περιφερειάρχη. Με την προτεινόμενη ρύθμιση αφ' ενός μεν η θέση του δημάρχου / περιφερειάρχη δεν εξαρτάται από ευκαιριακές συμμαχίες μεταξύ παρατάξεων και μεμονωμένων συμβούλων, αφ' ετέρου όμως σε οριακές περιπτώσεις δυσλειτουργίας ενός ΟΤΑ λόγω του προσώπου του δημάρχου ή περιφερειάρχη θα υπάρχει η νομική και δημοκρατική δυνατότητα λύσης του αδιεξόδου και επιλογής ενός νέου δημάρχου ή περιφερειάρχη που θα απολαμβάνει της εμπιστοσύνης του Συμβουλίου και να μπορεί να επανεκκινήσει την διοικητική λειτουργία του ΟΤΑ.

Συνεπώς, μολονότι η προτεινόμενη ρύθμιση εκ πρώτης όψεως μπορεί να παρερμηνευθεί και η δυνατότητα «ανάκλησης» προς το πρόσωπο του αιρετού άρχοντα να θεωρηθεί ότι προκαλεί διοικητική αστάθεια και ενθαρρύνει φυγόκεντρες τάσεις εντός του Συμβουλίου, έχουμε την γνώμη ότι στην πραγματικότητα θα δίνει δημοκρατική λύση σε οριακές καταστάσεις παράλυσης της λειτουργίας των ΟΤΑ, θα αποτρέπει την όξυνση της καθημερινής πολιτικής

σύγκρουσης μεταξύ του μονοπρόσωπου και του κύριου συλλογικού οργάνου των ΟΤΑ και εντέλει θα ενθαρρύνει την σύγκλιση μιας σταθερής πολιτικής και προγραμματικής πλειοψηφία που θα στηρίζεται στην αγαστή συνεργασία του Συμβουλίου και του δημάρχου / περιφερειάρχη, είτε αυτός έχει εκλεγεί από τους πολίτες είτε εμμέσως, μέσω της αποδοχής της εποικοδομητικής πρότασης εμπιστοσύνης, από την πλειοψηφία του Συμβουλίου και την αντικατάσταση του προσώπου του δημάρχου / περιφερειάρχη.

Γ) Δημοκρατικότερη λειτουργία τοπικής αυτοδιοίκησης

Οι οργανισμοί τοπικής αυτοδιοίκησης πρώτου και δεύτερου βαθμού αποτελούν τον θεσμό διακυβέρνησης που χωρικά βρίσκεται εγγύτερα στον πολίτη, έχοντας την γενική αρμοδιότητα διαχείρισης των «τοπικών υποθέσεων».

Όπως προελέχθη, ο χώρος της Τοπικής Αυτοδιοίκησης αποτελεί ένα σύνθετο και πολυεπίπεδο χώρο, στον οποίο, λόγω α) της τοπικής εγγύτητας μεταξύ των πολιτών και των οργάνων των ΟΤΑ, και β) του (σχετικά) μικρού αριθμού πολιτών εκάστου ΟΤΑ, είναι ευκολότερο να εισαχθούν θεσμικά και να εφαρμοσθούν αποτελεσματικά διαδικασίες διαβούλευσης και λογοδοσίας μεταξύ των πολιτών και των τοπικών πολιτικών οργάνων και δυνάμεων, να αναζητηθούν πολιτικές και κοινωνικές συγκλίσεις, να ενισχυθεί η διαφάνεια, η ορθολογική και χρηστή διοίκηση και ο τοπικός κοινωνικός έλεγχος μέσω μηχανισμών ενημέρωσης και διαβούλευσης.

Οι βασικές αυτές λειτουργίας των ΟΤΑ, η ενίσχυση του αισθήματος της συμμετοχής, της ισότητας της ψήφου και της αντιπροσωπευτικότητας στις δομές εξουσίας και άσκησης πολιτικής δια του ισχύοντος αναλογικού εκλογικού συστήματος, και η εισαγωγή με την προτεινόμενη ρύθμιση της, κατά μία έννοια, αναλογικής εφαρμογής της «αρχής της δεδηλωμένης εμπιστοσύνης» στο πρόσωπο του δημάρχου / περιφερειάρχη θα οδηγήσουν αναμφίβολα σε ευρύτερες αλλαγές κοινωνικής συνείδησης και αντιλήψεων του πολιτικού προσωπικού, διαμορφώνοντας νοοτροπία αναζήτησης συγκλίσεων και συναινέσεων μεταξύ των παρατάξεων και εντέλει συνεργασίας μεταξύ του διπόλου στην ηγεσία των ΟΤΑ, του μονοπρόσωπου και του βασικού συλλογικού οργάνου.

Ο άμεσα εκλεγείς από τους πολίτες δήμαρχος/ περιφερειάρχης δεν θα παύσει να είναι το σημείο πολιτικής και κοινωνικής αναφοράς μιας τοπικής κοινωνίας και το κεντρικό πολιτικό πρόσωπο, το οποίο δια της προσωπικής ακτινοβολίας του και της άμεσης πολιτικής νομιμοποίησής του θα επιχειρεί στην πράξη να καθοδηγεί και να υπαγορεύει πολιτικά τις αποφάσεις του αντίστοιχου συμβουλίου. Όμως, θα γνωρίζει ότι δεν θα είναι ανέλεγκτος πολιτικά στην καθημερινή πολιτική και διοικητική πρακτική του και θα υποχρεώνεται να αναζητά την διαπαραταξιακή συμφωνία και συναίνεση στα βασικές επιλογές του, εξασφαλίζοντας έτσι την ευρύτερη δημοκρατική νομιμοποίηση των αποφάσεών του από την εκφράζουσα την πλειοψηφία των πολιτών αντίστοιχη πλειοψηφία του συμβουλίου.

Αντίστοιχα, στις οριακές περιπτώσεις που υφίσταται πλήρης και μόνιμη αναντιστοιχία μεταξύ της βούλησης της πλειοψηφίας των πολιτών, όπως αποτυπώνεται μέσω της αντίστοιχης, αναλογικώς εκλεγείσας, πλειοψηφίας των μελών του συμβουλίου, και πλήρης αδυναμία συνεργασίας μεταξύ μονοπρόσωπου και του συλλογικού οργάνου, η λύση θα δίδεται μέσω της δημοκρατικής αρχής και της υπεροχής της βούλησης του κατά τεκμήριο αντιπροσωπευτικότερου προς την βούληση των πολιτών οργάνου μέσω της εκλογής ενός νέου προσώπου που θα απολαμβάνει της απόλυτης πλειοψηφίας του συμβουλίου, όπως θα έχει σχηματισθεί μέσω μιας διαπαραταξιακής συμφωνίας που θα απαιτείται να διαθέτει α) εκ του Νόμου συμφωνία στο πρόσωπο του προτεινόμενου δημάρχου/ περιφερειάρχη και β) εν τοις

πράγμασι συνολική προγραμματική, πολιτική και κοινωνική συμφωνία, ώστε να καθίσταται βιώσιμη η συνεργασία τους και η παραμονή του προτεινόμενου προσώπου στον θώκο του δημάρχου / περιφερειάρχη.

Κεφάλαιο 7 - Συμπεράσματα

Το ισχύον θεσμικό πλαίσιο του Ν. 4555/2018 για τις αυτοδιοικητικές εκλογές χαρακτηρίζεται από την άστοχη (κατά την γνώμη μας) απόπειρα συνδυασμού δύο βασικών εκλογικών συστημάτων, του πλειοψηφικού συστήματος για την εκλογή των δημάρχων και περιφερειαρχών και της απλής αναλογικής για την εκλογή των αντίστοιχων συμβουλίων.

Οι συνέπειες αυτής της συστημικής ανακολουθίας, μαζί με την έλλειψη οποιασδήποτε μορφής εξάρτησης της θέσης του Δημάρχου / Περιφερειάρχη από την εμπιστοσύνη ή αποδοχή της πλειοψηφίας του συμβουλίου, δεν τυγχάνουν οποιασδήποτε νομικής – θεσμικής αντιμετώπισης και επαφίεται στους παράγοντες της αυτοδιοίκησης να αυτορρυθμίσουν την στάση τους, ώστε να μην οδηγηθούν οι ΟΤΑ σε δυσλειτουργία, διοικητική παράλυση και ακυβερνησία.

Η εισαγωγή του θεσμού της εποικοδομητικής πρότασης εμπιστοσύνης – δυσπιστίας στην τοπική αυτοδιοίκηση, εφόσον διατηρηθεί το ισχύον (Ν. 4555/2018) σύστημα της απλής αναλογικής, χωρίς καμίας μορφής ενίσχυσης ή bonus, για την εκλογή των δημοτικών και περιφερειακών συμβουλίων με βάση τις ψήφους που συγκεντρώνει κάθε συνδυασμός στον πρώτο γύρο, θα αποτελούσε μία σημαντική τομή στη λειτουργία των ΟΤΑ, με αντίστοιχη ίσως σημασία με την καθιέρωση του ίδιου του συστήματος της απλής αναλογικής.

Η δυνατότητα κατάθεσης και υπερψήφισης εκ μέρους του Συμβουλίου μιας εποικοδομητικής πρότασης εμπιστοσύνης – δυσπιστίας με την οποία ταυτόχρονα α) θα καθαιρείτο ο αμέσως εκλεγείς (με πλειοψηφικό σύστημα ενός ή δύο γύρων) δήμαρχος ή περιφερειάρχης, και β) η πλειοψηφία των συμβούλων θα υποδείκνυε και θα εξέλεγε τον νέο, θα άλλαζε εντελώς το πολιτικό σκηνικό στον χώρο της αυτοδιοίκησης, θα καθιστούσε όλα τα όργανα πιο πρόθυμα να αναζητήσουν συναινέσεις και συμφωνίες και πιο υπεύθυνα στην λήψη των αποφάσεών τους και θα οδηγούσε σε άρση αδιεξόδων, που ενδεχομένως να μην έχουν ακόμα διαφανεί αλλά, ως μάντης κακών, είμαι απολύτως βέβαιος ότι σύντομα θα αντιμετωπίσουμε.

Το Ζήτημα του Εννόμου Συμφέροντος του Αποκλεισθέντος Διαγωνιζόμενου: η Πορεία της Μεταστροφής της Νομολογίας

Ελένη – Σπυριδούλα Αυγέρη, ΜΔΕ Δημοσίου Δικαίου

1. Εισαγωγή

Βασικό χαρακτηριστικό του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων είναι ότι αυτό συνιστά ένα διαρκώς εξελισσόμενο και μεταβαλλόμενο δίκαιο. Αποτελώντας ουσιαστικά ένα δίκαιο που απορρέει από την ενωσιακή έννομη τάξη και το οποίο διαμορφώνεται και διαπλάθεται στο μεγαλύτερο βαθμό από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αποτελεί έναν τομέα που κατεξοχήν συνεχώς μεταβάλλεται, προσπαθώντας να ανταποκριθεί στα καλέσματα των καιρών και στις προκλήσεις που διαρκώς αναδεικνύονται.

Σε αυτό το πλαίσιο είναι πολύ συχνό το φαινόμενο να πρατηρούνται μεταστροφές στη νομολογία και αλλαγές στη νομοθεσία, οι οποίες ως σκοπό έχουν να διασφαλίσουν την πεμπτουσία του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, και εν γένει του ενωσιακού δικαίου, την εξασφάλιση του κατά το δυνατόν ευρύτερου ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων, για την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος.

Μια περίπτωση τέτοιας ιδιαίτερης νομολογιακής μεταστροφής παρατηρήθηκε αναφορικά με το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου να βάλει κατά πράξεων της αναθέτουσας αρχής. Τα τελευταία χρόνια έχει σημειωθεί ουσιαστική μεταβολή όσον αφορά το ζήτημα αυτό, η οποία ανοίγει το δρόμο για μεταγενέστερες αλλαγές και περαιτέρω αναζητήσεις.

Πιο συγκεκριμένα, το εν λόγω ζήτημα αφορά στην περίπτωση κατά την οποία ο διαγωνιζόμενος σε μια διαγωνιστική διαδικασία έχει αποκλεισθεί από αυτήν, είτε με απόφαση της ίδιας της αναθέτουσας αρχής κατά την εξέταση της προσφοράς του, είτε κατόπιν απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) που εκδόθηκε με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής άλλου διαγωνιζόμενου, είτε με δικαστική απόφαση στο πλαίσιο άσκησης αιτήσεως αναστολής ή αιτήσεως ακυρώσεως και προβάλει λόγους κατά της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Το ζητούμενο, επομένως, που απασχόλησε και συνεχίζει με ιδιαίτερη ενάργεια να απασχολεί τη νομολογία τα τελευταία χρόνια και μέχρι σήμερα είναι σε ποιες περιπτώσεις και υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί ο εν λόγω αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να θεμελιώσει έννομο συμφέρον για την προβολή λόγων κατά του αποκλεισμού του και κατά της αποδοχής των ετέρων συμμετεχόντων.

Οι απαντήσεις που δόθηκαν από τη νομολογία μπορεί να διακριθούν σε τρεις διαφορετικές "νομολογιακές περιόδους". Αρχικά παρατηρείται η περίοδος κατά την οποία η νομολογία δεχόταν παγίως τη μη αναγνώριση εννόμου συμφέροντος σε αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να στραφεί κατά αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής με τις οποίες γίνονταν αποδεκτές οι προσφορές των άλλων συμμετεχόντων, με μόνη εξαίρεση την αρχή του ίσου μέτρου κρίσης. Στη συνέχεια σημειώνεται μια δεύτερη περίοδος με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) να προβαίνουν σε δημιουργική ερμηνεία των ενωσιακών οδηγιών, διευρύνοντας το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου και θέτοντας τις νομολογιακές αρχές για την αναγνώρισή του. Και τέλος, κατά την παρούσα χρονική στιγμη, διανύουμε ένα μεταβατικό στάδιο, μια μεταβατική περίοδο, κατά την οποία γίνεται εμφανές ότι η νομολογία αμφιταλαντεύεται ανάμεσα στην αφομοίωση και στην παλινδρόμηση,

δείχνοντας ότι έχει κατ' αρχήν την πρόθεση να αποδεχτεί και υιοθετήσει τις νέες αρχές που διαμορφώθηκαν με τη νομολογία του ΔΕΕ, παρουσιάζοντας όμως παράλληλα αντιστάσεις και δισταγμούς στην καθολική εφαρμογή τους. Ενόψει αυτού, ως καταλληλότερη - και δικαιολογημένα - προκρίθηκε η λύση περί αποστολής σχετικού προδικαστικού ερωτήματος προκειμένου να διατυπωθούν σταθερές κρίσεις για θέματα κρίσιμα αναφορικά με το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου.

2. Η έως πρόσφατα πάγια νομολογία των εθνικών δικαστηρίων

Κρατούσα στάση της εθνικής νομολογίας μέχρι πρόσφατα αποτελούσε η αρχή σύμφωνα με την οποία ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος έχει ακόμα και προσωρινά αποκλειστεί, σε οποιοδήποτε στάδιο, από τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία - χωρίς, δηλαδή, να είναι ανάγκη να έχει τελεσιδικήσει ο αποκλεισμός του - καθίσταται τρίτος σε σχέση με αυτήν και ως εκ τούτου στερείται πλήρως του εννόμου συμφέροντος να προβάλει αιτιάσεις και αντιρρήσεις αναφορικά με την νομιμότητα συμμετοχής των άλλων συνυποψηφίων του[1]. Συνακόλουθα, έχει απολέσει τον ιδιαίτερο νομικό σύνδεσμο με τον εν εξελίξει διαγωνισμό και δεν μπορεί να στραφεί κατά της αποδοχής της προσφοράς άλλου ανταγωνιστή του και τυχόν πλημμελειών που αυτή παρουσιάζει[2].

Πιο συγκεκριμένα, μέχρι πρότινος, σε περίπτωση που ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος ασκούσε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, προσβάλλοντας την απόφαση του αποκλεισμού του και την απόφαση αποδοχής των άλλων διαγωνιζόμενων στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού, το Δικαστήριο ακολουθούσε την τακτική της κατά προτεραιότητας εξέτασης των αιτιάσεων που αφορούσαν τον αποκλεισμό του και, σε περίπτωση που αποφαινόταν ότι νομίμως αποκλείστηκε, τότε ο ίδιος θεωρούνταν τρίτος ως προς τη διαγωνιστική διαδικασία και συνεπώς στερούταν εννόμου συμφέροντος να προβάλει αιτιάσεις κατά των ετέρων συμμετεχόντων[3].

Μόνη εξαίρεση αναφορικά με αυτή την πάγια θέση αποτελεί η περίπτωση της "αρχής του ίσου μέτρου κρίσης", η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση και διασφάλιση των αρχών της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, καθώς και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων[4]. Σύμφωνα με αυτή, η μόνη περίπτωση κατά την οποία ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος νομιμοποιείται να στραφεί κατά πράξεων που αφορούν αποκλειστικά την αποδοχή ετέρου συνδιαγωνιζόμενού του είναι όταν η προσφορά του ετέρου διαγωνιζόμενου κρίθηκε αποδεκτή, ενώ και αυτή πάσχει από το ίδιο ελάττωμα, εξαιτίας του οποίου αποκλείσθηκε και ο ίδιος ο προσφεύγων, επειδή έχει λάβει χώρα διαφορετική αξιολόγηση των πλημμελειών από την αναθέτουσα αρχή[5]. Κρίσιμο, δηλαδή, είναι το αν

---

[1] Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ ΕΑ 301/2011, ΣτΕ ΕΑ 748/2010, ΣτΕ ΕΑ 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, ΣτΕ 1450/2007, ΣτΕ 666/2006. Επίσης σχετικές και οι ΣτΕ ΕΑ 106/2013, 64, 380-79/2012, 671/2011,1156, 329, 43/2010, 695, 311, 952/2009, 1194,833, 569/2008, 786/2005, ΣτΕ 1265/2011

[2] Ν. Μαρκόπουλος, Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, διαθέσιμο στον διαδικτυακό τόπο https://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/markopoulos_Oktober2018.pdf

[3] ΣτΕ 1265/2011, ΣτΕ ΕΑ 106/2013, ΣτΕ ΕΑ 380/2012, ΣτΕ ΕΑ 235/2012, ΣτΕ ΕΑ 79/2012, ΣτΕ ΕΑ 232/2013, ΣτΕ ΕΑ 671/2011, ΣτΕ ΕΑ 229/2011, ΣτΕ ΕΑ 1156/2011, ΣτΕ ΕΑ 329/2010, ΣτΕ ΕΑ 311/2009, ΣτΕ ΕΑ 1194/2008, ΣτΕ ΕΑ 569/2008, ΣτΕ ΕΑ 786/2005

[4] ΑΕΠΠ 67/2019, ΑΕΠΠ 910/2019, Κ. Καλονόμος - Ρ. Παρλάτζα, Έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος υποψηφίου από τη διαγωνιστική διαδικασία δημοσίων συμβάσεων υπό το πρίσμα των σύγχρονων αποφάσεων του ΔΕΕ και του ΣτΕ, ΕΔΔ 1/2019, σελ. 10 επ.

[5] Πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 349/2017, σκ. 19 με παραπομπές σε ΣτΕ 3921/2013, 715/2011, ΣτΕ ΕΑ 344/2017, 106/2013, 274/2012, 66/2012, 74/2010, 952/2009, ομοίως και ΣτΕ ΕΑ 174/2016, ΣτΕ ΕΑ 44/2014, ΣτΕ ΕΑ 106/2013, ΣτΕ ΕΑ 380/2012, ΣτΕ ΕΑ 671/2011, ΣτΕ ΕΑ 1156/2010, ΣτΕ ΕΑ 329/2010, ΣτΕ ΕΑ 246/ /2012, ΑΕΠΠ Α174/2018, ΑΕΠΠ 242/2019, σκ. 10

εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα[6]. Για την εφαρμογή της ανωτέρω αρχής, για να μπορεί να στοιχειοθετηθεί η έννοια του "ίδιου λόγου" απόρριψης των προσφορών, θα πρέπει η αναθέτουσα αρχή, ενώ εν τέλει συνέτρεχε η ίδια πλημμέλεια, στη μία περίπτωση να έκρινε τη μία προσφορά αποκλειστέα και στην άλλη, όχι[7]. Απαιτείται, μάλιστα, αντικειμενική ταύτιση των υπό κρίση λόγων, και όχι απλά παρόμοια νομική και πραγματική βάση μεταξύ βάσης συντελεσθέντος αποκλεισμού και επικαλούμενης βάσης αποκλεισμού άλλης προσφοράς ή παράβαση του ίδιου κανόνα της διακήρυξης, αλλά ίδιος τρόπος απόκλισης από τους όρους της διαδικασίας[8]. Τα ανωτέρω γίνονται δεκτά διότι, διαφορετικά, θα καθίστατο αυθαίρετη και άνιση η μεταχείριση των διαγωνιζομένων και θα υπονομευόταν η εμπιστοσύνη των οικονομικών φορέων στις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων[9] και θα συντελείτο πρόδηλη δυσμενής μεταχείριση περιπτώσεων που θα έπρεπε να αντιμετωπιστούν ομοίως. Σε κάθε περίπτωση, βέβαια, η επίκληση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης προβάλλεται λυσιτελώς μόνο ως προς την απόρριψη της προσφοράς κάποιου συνδιαγωνιζόμενου, και όχι ως προς την αποδοχή της ήδη απορριφθείσης προσφοράς του προσφεύγοντος[10].

Περαιτέρω, σύμφωνα με την ανωτέρω νομολογία, δεν στοιχειοθετούσε έννομο συμφέρον για την προβολή αιτιάσεων ούτε και η προσδοκία ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας ώστε να επαναπροκηρυχθεί νέος διαγωνισμός, προκειμένου να συμμετάσχει εκ νέου ο αποκλεισθείς από την παρούσα διαδικασία διαγωνιζόμενος[11]. Η εν λόγω θέση αποτελεί εφαρμογή της δικονομικής αρχής σύμφωνα με την οποία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι, εκτός από άμεσο και προσωπικό, και ενεστώς, δηλαδή να στηρίζεται σε πραγματική και όχι μελλοντική και ενδεχόμενη βλάβη[12].

3. Η πορεία της νομολογίας του ΔΕΕ

Η παραπάνω πάγια τακτική των εθνικών δικαστηρίων, άρχισε να κλονίζεται με μια σειρά αποφάσεων του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το ΔΕΕ, απαντώντας σε προδικαστικά ερωτήματα που του απέστειλαν εθνικά δικαστήρια, προέβη σε ερμηνεία και εξειδίκευση των σχετικών διατάξεων των οδηγιών 89/665/ΕΟΚ[13] και 92/13/ΕΟΚ και έθεσε τις κατευθυντήριες γραμμές για την ερμηνεία τους, προβαίνοντας σε διεύρυνση του εννόμο συμφέροντος του αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου για την προσβολή πράξεων της αναθέτουσας αρχής.

Από τις πρώτες αποφάσεις του ΔΕΕ αποτελεί η απόφαση Fastweb[14], στην οποία το ΔΕΕ, ερμηνεύοντας το άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665, έκρινε ότι κάθε διαγωνιζόμενος μπορεί να επικαλεστεί ότι έχει έννομο συμφέρον για αποκλεισμό της προσφοράς των λοιπών διαγωνιζόμενων, γεγονός που μπορεί να καταλήξει σε αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά[15]. Επιπλέον, καταλήγει στη θέση ότι δεν είναι δυνατόν να απορρίπτεται ως απαράδεκτη ασκηθείσα από προσφέροντα προσφυγή, του οποίου η προσφορά δεν επελέγη, λόγω εξέτασης της ένστασης απαραδέκτου του αναδόχου, χωρίς προηγουμένως να έχει κριθεί αν και οι δύο επίμαχες προσφορές είναι σύμφωνες με τις προδιαγραφές που θέτει

[6] ΣτΕ 2186/2013
[7] ΑΕΠΠ 541-542/2019, σκ. 12, ΑΕΠΠ 910/2019
[8] ΑΕΠΠ 910/2019, σκ. 6
[9] ΑΕΠΠ 910/2019, σκ. 6
[10] ΔΕφΑθ 138/2017
[11] ΣτΕ ΕΑ 430/2012, ΣτΕ 960/2008, ΣτΕ 877/2010
[12] Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδόσεις Σάκκουλα, 3η έκδ., 2019, σελ 758 - 770, με περαιτέρω παραπομπή σε ΣτΕ ΕΑ 147/2016
[13] Άρθρο 1 παρ. 1 και 3 και άρθρο 2α
[14] Απόφαση C - 100/12, Fastweb SpA κατά Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, 04.04.2013
[15] C - 100/12, Fastweb, σκ. 33

η διακήρυξη[16]. Έγινε, δηλαδή, δεκτό εν προκειμένω ότι ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία και δεν αποκλείσθηκε από την αναθέτουσα αρχή έως την ανάθεση της σύμβασης, έχει έννομο συμφέρον να ασκήσει προσφυγή κατά της πράξης ανάθεσης, προβάλλοντας αιτιάσεις για απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου, ακόμα και στην περίπτωση που και η δίκη του προσφορά θα μπορούσε να απορριφθεί λόγω πλημμελειών, καθώς, με αυτόν τον τρόπο, η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να ματαιώσει τη διαδικασία και να επαναπροκηρύξει τον διαγωνισμό, στον οποίο ο διαγωνιζόμενος θα μπορεί να συμμετάσχει, διορθώνοντας τις πλημμέλειες εξαιτίας των οποίων η προσφορά του θα είχε κριθεί ως απαράδεκτη[17]. Επομένως καταλήγει το Δικαστήριο ότι νομολογιακός κανόνας, όπως αυτός που ακολουθούσε το ιταλικό δικαστήριο, σύμφωνα με τον οποίο, σε περίπτωση προσφυγής κατά αναδόχου και αντίθετης προσφυγής κατά του κυρίως προσφεύγοντος, να εξετάζεται πρωτίστως η αντίθετη προσφυγή του αναδόχου, αντίκειται στις σχετικές ενωσιακές διατάξεις.

Επεκτείνοντας το ανωτέρω σκεπτικό, το ΔΕΕ με τη μεταγενέστερη απόφασή του PFE[18], ερμηνεύοντας για ακόμη μια φορά το άρθρο 1 της ως άνω οδηγίας, αποφάνθηκε υπέρ της εφαρμογής της νομολογιακής αρχής που είχε θεσπιστεί με την απόφαση Fastweb σε αντίστοιχες περιπτώσεις ανεξαρτήτως του αριθμού των συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία καθώς και του αριθμού των διαγωνιζόμενων που άσκησαν προδικαστική προσφυγή[19].

Στη συνέχεια εκδόθηκε η απόφαση Bietergemeinschaft[20], η οποία αποτελεί μια από τις πιο καθοριστικές αποφάσεις αναφορικά με την ερμηνεία του εννόμου συμφέροντος. Η περίπτωση που κρίθηκε με την εν λόγω απόφαση διαφέρει από τις προαναφερθείσες υποθέσεις Fastweb και PFE, καθώς με αυτές, οι προσφέροντες αφενός δεν είχαν αποκλειστεί από την αναθέτουσα αρχή και αφετέρου καθένας τους αμφισβητούσε το νομότυπο της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου. Έτσι άσκησαν προσφυγές ζητώντας να αποκλεισθεί ο έτερος διαγωνιζόμενος, έχοντας ο καθένας έννομο συμφέρον που συνίστατο σε αυτήν ακριβώς την επιδίωξη του αποκλεισμού της προσφοράς του άλλου και στην ανάθεση στον ίδιο της συγκεκριμένης σύμβασης. Η αποδοχή των αιτιάσεων αυτών μπορούσε να καταλήξει σε αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει νομότυπη προσφορά και, κατ' επέκταση, στο να οδηγηθεί να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προβεί σε επαναπροκήρυξή της.

Αντίθετα, στην υπόθεση Bietergemeinschaft το ΔΕΕ κλήθηκε να απαντήσει σε διαφορά κατά την οποία ο προσφεύγων είχε αποκλεισθεί από τη διαγωνιστική διαδικασία και στράφηκε τόσο κατά της απόφασης αποκλεισμού του ίδιου όσο και κατά της απόφασης περί ανάθεσης της σύμβασης σε αλλον συνδιαγωνιζόμενό του, προβάλλοντας παρατυπία στην προσφορά του αναδόχου. Στην απάντησή του το ΔΕΕ διέκρινε την περίπτωση της κύριας υπόθεσης από αυτές των υποθέσεων Fastweb και PFE, καθώς η εν λόγω περίπτωση διέφερε από όσα είχε κληθεί να κρίνει έως τώρα[21]. Έτσι, αφενός επανέλαβε ό,τι είχε κρίνει με τις προηγούμενες αποφάσεις

[16] Αποφάσεις C - 100/12, Fastweb, σκ. 34, βλ. και C - 689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE) κατά Airgest SpA., 05.04.2016, σκ. 24 - 25, οι οποίες αναφέρονται στην ερμηνευτική αρχή που είχε νομολογηθεί με την Fastweb.

[17] Χ. Νέγρης, Το έννομο συμφέρον του αντγωνιστή στη Διοικητική Δίκη, ΕφημΔΔ 4/2019, σελ. 437 - 448.

[18] C - 689/13, PFE

[19] C - 689/13, PFE, σκ. 29

[20] C - 355/15, Bietergemeinschaft 1. Technische Gebäudebetreuung GesmbH, 2. Caverion Österreich GmbH κατά Universität für Bodenkultur Wien και VAMED Management und Service GmbH & Co KG., 21.12.2016

[21] Και αυτό διότι στις αποφάσεις Fastweb και PFE καθένας από τους προσφεύγοντες αμφισβητούσε το νομότυπο της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας προσφυγής αναφορικά με το στάδιο ανάθεσης της σύμβασης, και καθένας από αυτούς είχε έννομο συμφέρον που συνίστατο στον αποκλεισμό του άλλου διαγωνιζομένου, η αποδοχή δε των αιτιάσεων αυτών μπορούσε να καταλήξει σε αδυναμία της αναθέτουσας να επιλέξει νομότυπη προσφορά και στην επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού. Αντίθετα στη συγκεκριμένη υπόθεση η κοινοπραξία αρχικά στρέφεται κατά της απόφασης αποκλεισμού της και στη συνέχεια

του και αφετέρου προέβη στον καθορισμό της έννοιας του οριστικώς αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου. Όρισε ότι ο διαγωνιζόμενος ο οποίος αποκλείσθηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία με απόφαση που κατέστη οριστική, δηλαδή με απόφαση η οποία ήδη περιβλήθηκε με ισχύ δεδικασμένου, στερείται εννόμου συμφέροντος να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της αποφάσεως περί ανάθεσης της σύμβασης σε τρίτον και κατά της σύναψής της, προβάλλοντας ως επιχείρημα ότι και η προσφορά του αναδόχου έπρεπε επίσης να είχε απορριφθεί. Από το λεκτικό της ίδιας απόφασης[22], εξ αντιδιαστολής, προκύπτει ότι το ΔΕΕ, με την ανωτέρω κρίση του, φαίνεται να δέχεται την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος σε διαγωνιζόμενους, των οποίων ο αποκλεισμός δεν έχει καταστεί οριστικός, να αμφισβητήσουν όχι μόνο την απόφαση αποκλεισμού τους αλλά και μεταγενέστερες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες θα τους ζημίωναν σε περίπτωση που δεν αποκλειστούν τελικά[23]. Το δικαίωμα, μάλιστα, αυτό το διατηρούν σε όλη τη διάρκεια έως την τελική κρίση για την ορθότητα ή μη του αποκλεισμού τους.

Στη συνέχεια εκδόθηκε η απόφαση του ΔΕΕ Archus και Gama[24], με την οποία εξειδικεύτηκε ακόμα περισσότερο η θέση που είχε υιοθετήσει με τις προαναφερθείσες αποφάσεις του. Πιο συγκεκριμένα, με αυτή την απόφασή του, το ΔΕΕ έκρινε ότι στην περίπτωση κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή εκδίδει συγχρόνως δύο αποφάσεις, εκ των οποίων με την πρώτη απορρίπτει την προσφορά του ενός εκ των συμμετεχόντων και με τη δεύτερη αποδέχεται αυτή του ετέρου διαγωνιζόμενου και του αναθέτει τη σύμβαση, ο προσφεύγων αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον όχι μόνο να στραφεί κατά του δικού του αποκλεισμού, αλλά και κατά της πράξης με την οποία ανατίθεται στον έτερο διαγωνιζόμενο η σύμβαση, καθώς, σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή του ως προς το κεφάλαιο αυτό, ενδέχεται να οδηγηθεί σε αδυναμία η αναθέτουσα αρχή να επιλέξει νομότυπη προσφορά και συνεπώς να προβεί στην κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας κατά την οποία αυτός θα μπορεί να λάβει μέρος. Τέτοιο έννομο συμφέρον έχει ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος καθώς η απόφαση περί αποκλεισμού του εκδόθηκε ταυτόχρονα με αυτή της αποδοχής του αναδόχου και επομένως δε θα μπορούσε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς, δεδομένου ότι η απόφαση περί αποκλεισμού δεν έχει περιβληθεί με ισχύ δεδικασμένου, στα πλαίσια οριστικής δικαστικής προστασίας[25]. Η προστιθέμενη αξία της εν λόγω απόφασης συνίσταται στο ότι, εκτός από την ερμηνεία της έννοιας του "οριστικώς αποκλεισθέντος", το Δικαστήριο προέβη περαιτέρω και στην εξειδίκευση της έννοιας της "συγκεκριμένης σύμβασης" που αναφέρεται στο άρθρο 1 της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ κρίνοντας ότι αυτή μπορεί να αφορά και την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης[26]. Ουσιαστικά δηλαδή το Δικαστήριο ορίζει ότι η έννοια της "συγκεκριμένης σύμβασης", την ανάθεση της οποίας έχει συμφέρον να επιδιώξει ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, δε θα πρέπει να περιορίζεται στη συγκεκριμένη

κατά της απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης και στο πλαίσιο αυτής της τελευταίας προσφυγής προβάλλει τις πλημμέλειες της προσφοράς του αναδόχου.

[22] C - 355/15, Bietergemeinschaft, σκ. 34

[23] Πρβλ. C - 355/15 Bietergemeinschaft, σκ. 34, στην οποία το Δικαστήριο παραθέτει ως obiter dictum την ως άνω θέση. Βλ. σχετικά και Κ. Καλονόμος - Ρ. Παρλάτζα, Έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος υποψηφίου από τη διαγωνιστική διαδικασία δημοσίων συμβάσεων υπό το πρίσμα των σύγχρονων αποφάσεων του ΔΕΕ και του ΣτΕ , ΕΔΔ, 1/2019, σελ. 10 επ.. Για εκτενή ανάλυση αυτού του προβληματισμού βλ. αναλυτικά Ν. Μαρκόπουλος, ό.π.

[24] C - 131/16, Archus sp. z o.o. και Gama Jacek Lipik κατά Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 11.05.2017

[25] Η περίπτωση της απόφασης αυτής είναι ουσιωδώς διάφορη από αυτή που κριθηκε με την απόφαση C - 355/15 Bietergemeinschaft, καθώς στην τελευταία αυτή περίπτωση η απόφαση περί αποκλεισμού του προσφέροντος είχε κριθεί και επικυρωθεί με απόφαση η οποία είχε περιβληθεί με ισχύ δεδικασμένου, πριν το δικαστήριο κρίνει επί της απόφασης επί της ανάθεσης της σύμβασης, και συνεπώς ο προσφεύγων κατά αυτής έπρεπε να θεωρηθεί ως οριστικώς αποκλεισθείς και άρα τρίτος σε σχέση με την εν λόγω διαδικασία.

[26] C - 131/16, Archus και Gama

διαγωνιστική διαδικασία, αλλά να περιλαμβάνει και την κίνηση νέας, και συνεπώς δεν αναφέρεται στη συγκεκριμένη διαδικασία ως τέτοια, αλλά στο συγκεκριμένο αντικείμενο του υπό εξέλιξη διαγωνισμού.

Προς την ίδια θέση κινήθηκε και η τελευταία σχετική πρόσφατη απόφαση Lombardi[27]. Με αυτήν το ΔΕΕ δέχτηκε ότι διαγωνιζόμενος ο οποίος κατετάγη στην τρίτη θέση και άσκησε προδικαστική προσφυγή είχε έννομο συμφέρον να αποκλεισθούν οι προσφορές του πρώτου και του δεύτερου αναδόχου, καθώς, ακόμη κι αν αποκλειόταν και η δική του προσφορά, η αναθέτουσα αρχή, εφόσον διαπιστώσει ότι δεν δύναται να επιλέξει κάποια άλλη προσφορά, ενδέχεται να οδηγηθεί στη συνέχεια στην επαναπροκήρυξη νέας διαγωνιστικής διαδικασίας[28]. Το Δικαστήριο έκρινε ότι το παραδεκτό της εν λόγω προσφυγής δεν πρέπει να εξαρτάται από τη διαπίστωση ότι όλες οι προσφορές, ακόμα και οι καταταγείσες χαμηλότερα από αυτήν του προσφεύγοντος, είναι παράτυπες, ούτε στο ότι η αναθέτουσα αρχή θα αναγκαστεί να επαναλάβει τη διαδικασία, αλλά αρκεί απλή πιθανολόγηση ως προς αυτό το ενδεχόμενο. Μάλιστα, επανέλαβε ότι το έννομο αυτό συμφέρον θα πρέπει να είναι ανεξάρτητο από τον αριθμό των συμμετεχόντων και εκείνων που άσκησαν προσφυγή.

Συμπερασματικά, από την ως ανω εκτεθείσα νομολογία του ΔΕΕ διαμορφώθηκαν ορισμένες νομολογιακές αρχές αναφορικά με το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος.

Αρχικά ορίζει ότι δεν πρέπει να απορρίπτεται ως απαράδεκτη η κύρια προσφυγή λόγω εφαρμογής εθνικών νομολογιακών κανόνων οι οποίοι προκρίνουν την κατά προτεραιότητα εξέταση της αντίθετης προσφυγής την οποία έχει ασκήσει ο έτερος συμμετέχων, προκειμένου να διαπιστωθεί πρώτα η νομιμότητα ή μη του αποκλεισμού του προσφεύγοντος.

Επίσης πραγματοποιείται διάκριση μεταξύ του "οριστικώς αποκλεισθέντος" και του "μη οριστικώς αποκλεισθέντος", οριοθετώντας αυτές τις έννοιες και αναγνωρίζοντας το έννομο συμφέρον να προβάλει αιτιάσεις στον τελευταίο.

Καθορίστηκε, ακόμη, η έκταση των αποτελεσμάτων που μπορεί να επιφέρει η αποδοχή της προσφυγής του αποκλεισθέντος θέτοντας τη νομολογιακή αρχή ότι ο μη οριστικώς αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον να επιδιώξει την απόρριψη της προσφοράς των ανταγωνιστών του, με σκοπό να του ανατεθεί η σύμβαση, ανεξαρτήτως του αριθμού των μετεχόντων στη διαδικασία και των μετεχόντων που άσκησαν προσφυγή, είτε άμεσα με ανάθεση σε αυτόν της σύμβασης, στα πλαίσια της ίδιας διαδικασίας, είτε έμμεσα, σε περίπτωση ανυπαρξίας κάποιας νομότυπης προσφοράς, με τη ματαίωση της τρέχουσας διαγωνιστικής διαδικασίας και την επαναπροκήρυξη νέου διαγωνισμού, κατά τον οποίο θα μπορέσει νόμιμα να συμμετάσχει.

Τέλος, με την απόφαση Bietergemeinschaft φαίνεται να αναγνωρίζεται στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα, έννομο συμφέρον να προσβάλει, έως ότου κριθεί οριστικά ο αποκλεισμός του, κάθε μεταγενέστερη πράξη του διαγωνισμού η οποία ενδέχεται να του προκαλέσει ζημία. Μια τέτοια ερμηνεία, βέβαια, φαίνεται εκ πρώτης όψεως να συστέλλεται με την απόφαση Archus και Gama, κατά την οποία το ΔΕΕ φαίνεται να αναγνωρίζει έννομο συμφέρον για τη ματαίωση του διαγωνισμού μόνο κατά το στάδιο ανάθεσής του[29].

[27] C - 333/18, Lombardi Srl κατά Comune di Auletta κ.λπ., 05.09.2019
[28] C - 333/18, Lombardi, σκ. 27
[29] Η ανωτέρω ερμηνεία μπορεί να γίνει δεκτό ότι απορρέει από τις σκέψεις 54 και 59. Για διεξοδικότερη ανάλυση του ως άνω προβληματισμού βλ. Ν. Μαρκόπουλο, ό.π.

Η ερμηνευτική οδός που ακολούθησε το Δικαστήριο, έχοντας ως γνώμονα την προάσπιση των συμφερόντων όλων των μετεχόντων, στοχεύει στο να διευρύνει τους νομιμοποιούμενους να ασκήσουν προσφυγή, χωρίς να τίθεται σε κίνδυνο και να παρακωλύεται η διεκπεραίωση των ίδιων των διαγωνιστικών διαδικασιών. Το Δικαστήριο, με άλλα λόγια, φαίνεται να ακροβατεί, προσπαθώντας αφενός να διασφαλίσει τη νομιμότητα διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας και την προάσπιση των συμφερόντων των λοιπών διαγωνιζομένων που αποκλείσθηκαν, αφετέρου να εξασφαλίσει την ολοκλήρωση του διαγωνισμού και να αποτρέψει το ενδεχόμενο αυτός να παρακωλύεται και να καθυστερεί εξαιτίας προσφυγών διαγωνιζόμενων οι οποίοι ουδέν συμφέρον έχουν να ματαιωθεί ο διαγωνισμός, με τελική συνέπεια τη μη εκτέλεση έργου που εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον. Σε κάθε περίπτωση, η τάση που φαίνεται να επικρατεί είναι αυτή της διαστολής του εννόμου συμφέροντος.

Η έως τώρα νομολογία, παρά την προσπάθειά της να διατυπώσει όσο το δυνατόν ευρύτερους κανόνες και ερμηνευτικές παραδοχές για τα κριθέντα ζητήματα, παρουσιάζεται εντούτοις περιπτωσιολογική, εξετάζοντας τα ερωτήματα που ανακύπτουν στα πλαίσια συγκεκριμένων διαφορών. Δεδομένου όμως ότι δεν έχουν εξεταστεί πλήρως όλα τα ενδεχόμενα σενάρια, μια οριζόντια εφαρμογή των ως άνω νομολογιακών αρχών σε παρόμοιες περιπτώσεις, ενδεχομένως να ενέχει τον κίνδυνο να μη ληφθούν υπόψη ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των επί μέρους περιπτώσεων τα οποία να προέκριναν διαφορετικές λύσεις.

4. Η αντίδραση των εθνικών δικαστηρίων: αμφισβήτηση και αποδοχή των αποφάσεων του ΔΕΕ

Τα εθνικά δικαστήρια, παρά τις σχετικές αντιστάσεις που θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι επέδειξαν αρχικά, εξέτασαν τις νέες ερμηνείες και κατευθύνσεις που δόθηκαν από το ΔΕΕ και έκαναν κατ' αρχήν αποδεκτά τα όσα κρίθηκαν, προβάλλοντας όμως και σχετικούς δισταγμούς.

Αρχικά το ΣτΕ με την απόφαση της Επιτροπής Αναστολών 344/2017, φαίνεται να μη λαμβάνει καθόλου υπόψη την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ, αλλά να εμμένει στην αρχική νομολογιακή του θέση, απορρίπτοντας την αίτηση αναστολής της εταιρείας με την οποία στρεφόταν κατά της αποδοχής της προσφοράς του ετέρου διαγωνιζόμενου. Έτσι, αφού έκρινε ότι η απόρριψη της προσφοράς της αιτούσας εταιρείας είναι νόμιμη, τόνισε ότι δεν αναγνωρίζει έννομο συμφέρον να προβάλει αιτιάσεις κατά της αποδοχής του άλλου διαγωνιζόμενου στα περαιτέρω στάδια του διαγωνισμού, καθώς δε θα ήταν δυνατή η ανάδειξη της ίδιας ως αναδόχου, και επομένως δεν προέβη καν στην εξέταση των λόγων αυτών. Συνακόλουθα επανέλαβε την πάγια νομολογία του αναφορικά με την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης[30].

Μια πρώτη απόφαση με την οποία το ΣτΕ επεξεργάστηκε τη νέα νομολογία του ΔΕΕ αποτελεί η απόφαση 349/2017 της Επιτροπής Αναστολών του Δικαστηρίου. Στην εν λόγω υπόθεση, ο ένας από τους δύο συμμετέχοντες αποκλείσθηκε κατά το στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, ενώ προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο η προσφορά του ετέρου διαγωνιζόμενου. Ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος άσκησε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων στρεφόμενος κατά και των δύο ως άνω αποφάσεων της αναθέτουσας[31]. Το ΣτΕ, παρά το ότι έλαβε υπόψη του τις νέες αποφάσεις του ΔΕΕ, αποφάνθηκε τελικά υπέρ της ανυπαρξίας εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του αιτούντος, καθώς έκρινε ως αβάσιμες, κατά πιθανολόγηση, τις αιτιάσεις του διαγωνιζόμενου περί του αποκλεισμού του και αποφάνθηκε υπέρ του συννόμου του

[30] ΣτΕ ΕΑ 344/2017, σκ. 14, 15

[31] Τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης ομοιάζουν με την απόφαση του ΔΕΕ Archus και Gama, καθώς και στις δύο αποφάσεις είναι δύο οι συμμετέχοντες, υπάρχει ταυτόχρονη έκδοση αποφάσεων, με τη μία να αποκλείει τον έναν διαγωνιζόμενο και την άλλη να αποδέχεται τον έτερο, αλλά διαφέρουν ως προς το στάδιο κατά το οποίο εκδόθηκαν αυτές οι αποφάσεις. Στη μεν απόφαση του ΔΕΕ εκδόθηκαν κατά το στάδιο ανάθεσης της σύμβασης, στη δε απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς.

αποκλεισμού αυτού. Εκρινε, μάλιστα, ότι δεν συντρέχει περίπτωση μεταβολής της νομολογίας του, καθώς οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος μπορεί να κριθούν κατά την εξέταση της αίτησης ακύρωσης[32]. Μάλιστα, παρά την προβολή από τον αιτούντα των σχετικών κρίσεων του ΔΕΕ, το Δικαστήριο τους έκρινε ως μη εφαρμοστέους στην κρινόμενη περίπτωση, προβαίνοντας σε συσταλτική ερμηνεία τους, καταλήγοντας στο ότι δεν μπορούν να γίνουν δεκτοί ισχυρισμοί περί ύπαρξης εννόμου συμφέροντος, σε περίπτωση που η διαφορά προκύπτει σε ενδιάμεσο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι σε αυτό της ανάθεσης, για ματαίωση του εν λόγω διαγωνισμού[33].

Πρώτη κατ' ουσίαν περίπτωση μεταστροφής της νομολογίας πραγματοποιήθηκε με την απόφαση 22/2018 της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ. Όπως και στην προαναφερθείσα, έτσι και στην υπόθεση αυτή η υποψήφια κοινοπραξία αποκλείσθηκε στο στάδιο εξέτασης των τεχνικών προδιαγραφών. Στράφηκε αρχικά με προσφυγή τόσο κατά του δικού της αποκλεισμού όσο και κατά της νομιμότητας της αποδοχής των προσφορών των άλλων δύο συνδιαγωνιζόμενων κοινοπραξιών. Στη συνέχεια ζήτησε προσωρινή δικαστική προστασία μέσω της άσκησης ασφαλιστικών μέτρων. Στο πλαίσιο εξέτασης της εν λόγω αίτησης το Δικαστήριο, ανατρέποντας την έως τότε νομολογία του, επικαλέστηκε τις σχετικές αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ένωσης και έκρινε ότι το έννομο του αιτούντος συνίσταται τόσο στη δικαστική επιδίωξη του αποκλεισμού των ανταγωνιστών του, αδιαφόρως του αριθμού αυτών[34], όσο και στη ματαίωση της ίδιας της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να επαναπροκηρυχθεί νέος διαγωνισμός[35]. Μάλιστα αποφάνθηκε ότι τέτοιο έννομο συμφέρον αναγνωρίζεται σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού, αφού σε όλα μπορεί να συντρέχει ο δικαιολογητικός λόγος θεμελιώσής του, δηλαδή η προσδοκία να ανατεθεί στον ενδιαφερόμενο το αντικείμενο της σύμβασης, και όχι να του ανατεθεί ειδικά η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία[36]. Επίσης το ΣτΕ έκρινε ότι αν και είναι αδιάφορος ο αριθμός των ανταγωνιστών του αποκλεισθέντος, ο τελευταίος θα πρέπει να στραφεί κατά όλων προκειμένου να κριθεί κατ' αρχήν λυσιτελής ο ισχυρισμός του. Τέλος, επαναλαμβάνοντας τα όσα είχε ήδη κρίνει το ΔΕΕ[37], τονίζει ότι πάντως στερείται εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις των επόμενων σταδίων ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, ο αποκλεισμός του οποίου έχει περιβληθεί με ισχύ δεδικασμένου στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας[38]. Μάλιστα επεκτείνει το σχετικό σκεπτικό απόφασης του ΔΕΕ, ορίζοντας επιπλέον ότι εξομοιώνεται με τον οριστικώς αποκλεισθέντα, ο οποίος στερείται εννόμου συμφέροντος, και ο διαγωνιζόμενος ο οποίος, καίτοι αποκλεισθείς, δεν αμφισβήτησε καθόλου τον αποκλεισμό του[39].

Στη συνέχεια το ΣτΕ απασχόλησαν και άλλες σχετικές αποφάσεις, οι οποίες ασχολήθηκαν ιδιαίτερα με το έννομο συμφέρον για τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού. Σε μια τέτοια απόφασή του το ΣτΕ[40] δέχεται τις νομολογιακές αρχές του ΔΕΕ και περαιτέρω εξειδικεύει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες μια τέτοια αίτηση μπορεί να γίνει δεκτή. Έτσι, εν προκειμένω, ενώ υιοθετεί τις νέες κρίσεις, αποφαίνεται υπέρ της ανυπαρξίας εννόμου συμφέροντος στην συγκεκριμένη περίπτωση, καθώς η αιτούσα στράφηκε κατά των δύο εκ των

[32] ΣτΕ ΕΑ 349/2017, σκ. 18
[33] Για εκτενέστερη ανάλυση της ΣτΕ ΕΑ 349/2017 και της συσταλτικής ερμηνείας που δόθηκε, βλ. αναλυτικά Κ. Καλονόμος - Ρ. Παρλάτζα, ό.π. και Ν. Μαρκόπουλος, ό.π.
[34] Πρβλ την όμοια κρίση του ΔΕΕ στην απόφαση C - 689/2013 PFE.
[35] ΣτΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 72
[36] ΣτΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 73. Με αυτή την σκέψη το ΣτΕ υιοθετεί την ερμηνευτική εκδοχή που προέβαλε η απόφαση Archus και Gama αναφορικά με την έννοια της "συγκεκριμένης σύμβασης", η οποία καλύπτει όχι τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά το αντικείμενο αυτής.
[37] Βλ. σχετικά απόφαση C - 355/15, Bietergemeinschaft
[38] ΣτΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 73
[39] ΣτΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 73
[40] ΣτΕ ΕΑ 130/2018

τριών υποψηφίων και συνεπώς δε μπορεί να θεμελιωθεί έννομο συμφέρον για ματαίωση, αφού, ακόμα κι αν γίνει δεκτή η βασιμότητα των λόγων, η διαγωνιστική διαδικασία μπορεί να ολοκληρωθεί με την υποβολή προσφοράς από τον διαγωνιζόμενου του οποίου η συμμετοχή δεν πλήττεται[41].

Με την απόφασή ΣτΕ ΕΑ 106/2018 το Δικαστήριο επιλαμβάνεται πάλι του ζητήματος της ματαίωσης του διαγωνισμού. Επαναλαμβάνει την αρχή ότι έννομο συμφέρον για αμφισβήτηση μεταγενέστερων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής από τον διαγωνιζόμενο ο οποίος θα υφίστατο ζημία από αυτές διαθέτει μόνον εκείνος ο διαγωνιζόμενος που δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά. Στη συνέχεια αποφαίνεται περί ανυπαρξίας εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου ο οποίος στρέφεται κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει το διαγωνισμό, με σκοπό να επιτύχει την επαναπροκήρυξή του με την κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, χωρίς να στρέφεται και κατά του αποκλεισμού του ετέρου διαγωνιζόμενου, έτσι ώστε να επιτύχει την ενδεχόμενη επαναπροκήρυξη διαγωνιστικής διαδικασίας στην οποία θα μπορούσε να λάβει μέρος. Επίσης δε γίνεται δεκτή η στοιχειοθέτηση εννόμου συμφέροντος εάν επιδιώκεται η ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με ουσιωδώς διαφορετικό περιεχόμενο από αυτό του τρέχοντος. Με την απόφασή του αυτή, με άλλα λόγια, το ΣτΕ εξειδικεύει την ερμηνεία που είχε δοθεί ήδη από το ΔΕΕ αναφορικά με την έννοια της "συγκεκριμένης σύμβασης" και αποφαίνεται ότι έννομο συμφέρον για τη δικαστική προσβολή πράξεων της αναθέτουσας αρχής αναγνωρίζεται σε οποιονδήποτε διαγωνιζόμενο έχει συμφέρον να του ανατεθεί η σύμβαση, το οποίο αντιστοιχεί είτε στον αποκλεισμό της προσφοράς των άλλων διαγωνιζόμενων, είτε, σε περίπτωση αποκλεισμού όλων των προσφερόντων, στη νέα διαγωνιστική διαδικασία, στην οποία θα μπορούσε να λάβει μέρος. Η παραδοχή του εννόμου συμφέροντος, δηλαδή, δεν είναι ασύνδετη με την προσβολή της συμμετοχής του ετέρου διαγωνιζόμενου και δεν αναγνωρίζεται έννομο συμφέρον στο διαγωνιζόμενο να ζητήσει τη ματαίωση του διαγωνισμού με σκοπό να επαναπροκηρυχθεί νέα διαδικασία, ενεργώντας ως "μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού και εγγυητής της διαφάνειας αυτού όταν έχει μείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος"[42].

Μια από τις πιο χαρακτηριστικές και κρίσιμες αποφάσεις αναφορικά με το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος αποτελεί η απόφαση 30/2019 της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, η οποία ουσιαστικά συστηματοποίησε τα κριθέντα από το ΔΕΕ. Η εν λόγω απόφαση παρουσιάζει ακόμα μεγαλύτερο ενδιαφέρον καθώς εκδόθηκε υπό το πρίσμα των διατάξεων του Ν. 4412/2016. Με αυτή την απόφαση το δικαστήριο προβαίνει αρχικά στην εξειδίκευση και σαφή οριοθέτηση των προσώπων που έχουν έννομο συμφέρον. Έτσι παραθέτει τον ορισμό της έννοιας του "οριστικώς αποκλεισθέντος", διακρίνοντας σαφώς αυτόν από τον "μη οριστικώς αποκλεισθέντα". Ως "οριστικώς αποκλεισθείς", επομένως, λογίζεται ο διαγωνιζόμενος ο οποίος είτε δεν στράφηκε κατά της πράξης αποκλεισμού του - με τέτοια περίπτωση εξομοιώνεται και η περίπτωση της εκ των υστέρων υποβολής παραίτησης από την ήδη ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή από το ήδη ασκηθέν ένδικο βοήθημα - είτε στράφηκε μεν κατά της πράξης αυτής, πλην όμως ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός με τη δημοσίευση απορριπτικής αίτησης ακύρωσης, η οποία κατ΄αυτόν τον τόπο περιεβλήθη με ισχύ δεδικασμένου[43]. Τίθεται έτσι η καθοριστική χρονική γραμμή, πέραν της οποίας ο διαγωνιζόμενος θεωρείται πια τρίτος σε σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία και δεν του επιτρέπεται να αμφισβητήσει το κύρος των σχετικών πράξεων της αναθέτουσας αρχής. Αντίθετα, διατηρεί ακόμα το συμφέρον να προσβάλει πράξεις της αναθέτουσας αρχής ο "μη

[41] ΣτΕ ΕΑ 130/2018
[42] ΣτΕ ΕΑ 106/2018, σκ. 7
[43] ΣτΕ ΕΑ 30/2019, σκ. 32, βλ. και ΑΕΠΠ 36/2018

οριστικώς αποκλεισθείς" διαγωνιζόμενος. Ως τέτοιος νοείται ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε μεν από την ΑΕΠΠ, πλην όμως δεν έχει παρέλθει ακόμη η προθεσμία για την άσκηση αίτησης ακύρωσης ή αίτησης αναστολής. Περαιτέρω "μη οριστικά αποκλεισθείς" θεωρείται ο διαγωνιζόμενος του οποίου αίτηση αναστολής της απορριπτικής απόφασης επί της προδικαστικής του προσφυγής απορρίφθηκε, για όσο χρόνο δεν έχει απωλέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά αυτής αίτηση ακύρωσης και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσας αίτησης ακύρωσης[44]. Προκειμένου δε να αναγνωριστεί τέτοιο έννομο συμφέρον κατά της απόφασης περί αποδοχής και περί ανάθεσης της σύμβασης σε έτερο διαγωνιζόμενο, απαιτείται η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία δηλαδή να επαναπροκηρυχθεί, αλλά να μπορεί να επανακινηθεί νέα διαδικασία[45].

Η επιπρόσθετη αξία της εν λόγω απόφασης συνίσταται και στο ότι προβαίνει σε μια κατηγοριοποίηση και περαιτέρω εξειδίκευση του περιεχομένου του εννόμου συμφέροντος. Έτσι ο νομιμοποιούμενος, με βάση τα ανωτέρω, διαγωνιζόμενος διαθέτει έννομο συμφέρον αφενός να επιδιώξει τον αποκλεισμό των λοιπών ανταγωνιστών του, και, αφετέρου να ματαιώσει την ανάθεση της σύμβασης. Ως τέτοια νοείται τόσο η σύμβαση στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, όσο και η σύμβαση σην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋόθεση ότι το αντικείμενο της σύμβασης θα είναι όμοιο με αυτό της αρχικής και ο διαγωνιζόμενος που αποκλείσθηκε θα έχει τις προϋποθέσεις για να συμμετάσχει στη νέα διαδικασία.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει και μια αρκετά προσφάτως εκδοθείσα απόφαση του Δ΄ Τμήματος του ΣτΕ[46], αναφορικά με διαγωνισμό ο οποίος διεξάγεται σε δύο στάδια - ένα α΄ στάδιο (στάδιο προεπιλογής) των οικονομικών φορέων και ένα β΄ στάδιο αυτό του διαγωνισμού. Με αυτή την απόφαση το ΣτΕ επεξεργάστηκε και οριοθέτησε τη δυνατότητα αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος σχετικά με διαγωνισμούς που εκτυλίσσονται σε δύο φάσεις. Έτσι, εξετάζοντας τη νομολογία του ΔΕΕ, έκρινε ότι οι περιστάσεις της εν λόγω υπόθεσης είναι ουσιωδώς διαφορετικές από εκείνες που κρίθηκαν από αυτό και έτσι η νομολογία αυτή δε μπορούσε να τύχει εφαρμογής στην συγκεκριμένη περίπτωση. Επομένως, υποψήφιος του οποίου απορρίφθηκε η αίτηση εκδήλωσης ενδιαφέροντος και κατ' επέκταση και η πρόκρισή του στο β΄ στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, έχει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα του αποκλεισμού του από το επόμενο στάδιο. Δεν έχει, όμως, έννομο συμφέρον να επιδιώξει τον αποκλεισμό και των λοιπόν υποψηφίων του που προκρίθηκαν, προκειμένου να μην κινηθεί η διαδικασία ανάθεσης. Και αυτό διότι, κατά το α΄ στάδιο αυτό, επί της ουσίας δεν υπάρχει καν διαγωνιστική διαδικασία και οι υποψήφιοι με τη συμμετοχή τους στο στάδιο αυτό δε διεκδικούν αμέσως την ανάθεση της σύμβασης, αλλά την πρόκρισή τους σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, κατά το οποίο θα διεξαχθεί η κύρια διαγωνιστική διαδικασία. Έτσι η προσδοκία του υποψηφίου που αποκλείσθηκε να κινηθεί εξ αρχής η διαγωνιστική διαδικασία, κρίθηκε από το ΣτΕ ότι δεν αποτελεί "επαρκή βάση" για την θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προσφυγής κατά της αποδοχής της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος των ετέρων υποψηφίων, εφόσον κρίθηκε ότι ο αποκλεισθείς υποψήφιος δε διαθέτει τα σχετικά προσόντα για την πρόκρισή του στο επόμενο στάδιο. Ο υποψήφιος αυτός, δηλαδή, είναι πια τρίτος, εκτός των προσώπων που εν δυνάμει θα μπορούσε να τους ανατεθεί η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία και εν γένει το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, η μόνη περίπτωση για την οποία επιτρεπτά θα μπορούσε να θεμελιωθεί έννομο συμφέρον για την προσβολή της αποδοχής της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος των

[44] ΣτΕ 30/2019, σκ. 32
[45] ΣτΕ 30/2019, σκ. 32
[46] ΣτΕ 2025/2019

λοιπών υποψηφίων συνιστά η περίπτωση κατά την οποία παραβιάζεται η αρχή του μέτρου κρίσης, εάν δηλαδή συντρέχει στο πρόσωπο προκριθέντα διαγωνιζομένου ο ίδιος λόγος αποκλεισμού για τον οποίο αποκλείσθηκε ο αιτών υποψήφιος[47]. Η απόφαση αυτή του ΣτΕ φαίνεται, πάντως, να είναι σύμφωνη με τις αρχές που τέθηκαν από το ΔΕΕ αναφορικά με το έννομο συμφέρον επιδίωξης ανάθεσης της συγκεκριμένης σύμβασης, καθώς, ακόμα και στην υποθετική περίπτωση που γινόταν δεκτή η προσφυγή του κατά των άλλων υποψηφίων και ενδεχομένως να κατέληγε η αναθέτουσα στην αδυναμία επιλογής υποψηφίου και στην εκκίνηση νέας διαδικασίας, ο αιτών υποψήφιος δε θα μπορούσε να διεκδικήσει - ούτε άμεσα ούτε έμμεσα - ούτε τη συγκεκριμένη σύμβαση ούτε το αντικείμενο αυτής, καθώς δε διαθέτει τα σχετικά προσόντα[48].

Έχοντας κρίνει αρκετές υποθέσεις έως τώρα η εθνική νομολογία, παρατηρούμε ότι βρίσκεται σε ένα στάδιο κατά το οποίο αμφιταλαντεύεται μεταξύ της πλήρους υιοθέτησης των κρίσεων του ΔΕΕ και των διαφόρων ζητημάτων τα οποία καλείται να επιλύσει. Αυτό είναι ιδιαίτερα εμφανές κυρίως ως προς τον προβληματισμό αναφορικά με την αποδοχή ύπαρξης εννόμου συμφέροντος για ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, όταν αυτός προβάλλεται σε ενδιάμεσο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι στο στάδιο της ανάθεσης.

Σχετική είναι η υπόθεση της Επιτροπής Αναστολών 180/2019, η οποία έκρινε ότι, αφού ο διαγωνισμός δεν βρισκόταν στο τελικό στάδιο ανάθεσης της σύμβασης, αλλά στο στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, δε θα μπορούσε να γίνει δεκτή η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος της αιτούσας να επιδιώξει την αποδοχή της δικής της αποκλεισθείσας προσφοράς και τον αποκλεισμό της προσφοράς του ετέρου διαγωνιζόμενου, με στόχο να επιτύχει τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς αυτή βρίσκεται σε μη τελικό στάδιο. Η Επιτροπή, με άλλα λόγια, έκρινε ότι η αναγνώριση ύπαρξης ενός τέτοιου εννόμου συμφέροντος θα έβαινε πέραν του προστατευτικού σκοπού των σχετικών οδηγιών και θα ερχόταν σε αντίθεση με τον δημοσίου ενδιαφέροντος σκοπό να ολοκληρώνονται εντός ευλόγου χρόνου οι διαγωνιστικές διαδικασίες. Συνεπώς, εν όψει του ότι ο εν λόγω διαγωνισμός δε βρίσκεται σε τελικό στάδιο, αλλά υπολείπονται κι άλλα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, στα οποία ενδέχεται να ανακύψουν πλημμέλειες, δεν τίθεται το ζήτημα ενδεχόμενης ματαίωσης του διαγωνισμού, το οποίο να συναρτάται με την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για προσβολή τόσο κατά του αποκλεισμού της προσφοράς της όσο και κατά την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και να επιτύχει τη ματαίωση του διαγωνισμού ήδη από το τρέχον μη τελικό στάδιο[49]. Η Επιτροπή Αναστολών, ωστόσο, ενόψει της μείζονος σπουδαιότητας του υπό εξέταση ζητήματος και της αντίθετης νομολογίας, παρέπεμψε την υπόθεση στην Επιτροπή Αναστολών της Ολομέλειας του Δικαστηρίου.

Η Επιτροπή Αναστολών της Ολομέλειας υιοθέτησε την αντίθετη άποψη. Ωστόσο, λόγω της κρισιμότητας του εν λόγω ζητήματος και της διάστασης της νομολογίας σε κρίσιμο θέμα ερμηνείας του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αποφάσισε με την 235/2019 απόφασή της να αναβάλει την έκδοση οριστικής απόφασης και να απευθυνθεί στο ΔΕΕ προκειμένου να δοθούν οριστικές απαντήσεις. Έτσι απέστειλε τρία προδικαστικά ερωτήματα, υποβάλλοντας παράλληλα και αίτημα για την εφαρμογή της ταχείας διαδικασίας του ΔΕΕ, με τα οποία ζητούσε να δοθούν απαντήσεις στα ανωτέρω ζητήματα που το απασχολούν στην υπό κρίση περίπτωση, και πιο συγκεκριμένα αναφορικά με το στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά το οποίο πρέπει να θεωρηθεί ότι υπάρχει έννομο συμφέρον για την ματαίωση αυτής, καθώς και αναφορικά με το ζήτημα του εάν θα πρέπει να υπάρχει σαφήνεια στο ότι ο αιτών είναι

[47] ΣτΕ 2025/2019, σκ. 19
[48] Το συμπέρασμα αυτό μπορεί να υποστηριχθεί ότι διαφαίνεται από τη σκέψη 19 της εν λόγω απόφασης. Πρβλ και λεκτικό των αποφάσεων C - 689/13 PFE, σκ. 27 και C - 131/2016, Archus και Gama, σκ. 52
[49] ΣτΕ ΕΑ 180/2019, σκ. 24

πραγματι σε θέση να διεκδικήσει το αντικείμενο και σε επόμενη δίκη προκειμένου να του αναγνωρίσουμε το έννομο συμφέρον[50].

Από τις ανωτέρω αναλυθείσες αποφάσεις φαίνεται κατ' αρχήν ότι η εθνική νομολογία, παρά τις αντιστάσεις, δέχτηκε τα νομολογιακά πορίσματα του ΔΕΕ, προσπάθησε, όμως σε ορισμένες περιπτώσεις να τα εξειδικεύσει και περιορίσει. Επίσης εμφανίζεται να "αμφιταλαντεύεται" και να είναι "διστακτική" σε μια ευρεία και ανευ ετέρου πλήρη υιοθέτηση και διεύρυνση του εννόμου συμφέροντος. Έτσι, ενώ έχει αφομοιώσει τη διεύρυνση του εννόμου συμφέροντος με τον καθορισμό ως "τρίτου" αυτού που έχει οριστικά αποκλεισθεί, χαρακτηριστικό είναι ότι, από τη μια φαίνεται να αναγνωρίζει την ύπαρξη σχετικού εννόμου αυμφέροντος σε κάθε στάδιο του διαγωνισμού[51], από την άλλη, όμως, υιοθετείται και η άποψη της αναγνώρισης του εννόμου συμφέροντος μόνο στο στάδιο ανάθεσης της σύμβασης[52].

5. Κριτική προσέγγιση - Συμπεράσματα

Η ανωτέρω νομολογιακή εξέλιξη αποτελεί μια από τις σημαντικότερες καινοτομίες στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Η συνεχής αντιμετώπιση νέων ζητημάτων και προκλήσεων, ο διαρκής διάλογος των εθνικών δικαστηρίων με το Δικαστήριο της Ένωσης και οι κατευθύνσεις που δίνονται με τις αποφάσεις του ΔΕΕ οδηγούν σε διαρκή διαμόρφωση και εξειδίκευση της έννοιας του εννόμου συμφέροντος. Η υιοθέτηση, μάλιστα, των κατευθύνσεων του ΔΕΕ από τα εθνικά δικαστήρια ήταν αναπόφευκτη και φυσικό επόμενο.

Η νέα αυτή τάση είναι γεγονός ότι επιφέρει αρκετές θετικές εξελίξεις στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, αλλά παράλληλα γεννά και προβληματισμούς αναφορικά με τη σκοπιμότητα, την ασφάλεια της διαδικασίας καθώς και τις μετέπειτα εξελίξεις της σχετικής νομολογίας.

Αρχικά, με τη διεύρυνση του αριθμού των εχόντων έννομο συμφέρον να προσβάλουν τις σχετικές αποφάσεις των αναθετουσών αρχών, με τη συστηματοποίηση και κατηγοριοποίησή τους, καθώς και με την οριοθέτηση των εννοιών του οριστικώς και του μη οριστικώς αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου, και την εξειδίκευση των ενωσιακών εννοιών, αφενός εδραιώνεται σχετική ασφάλεια δικαίου αναφορικά με το ποιοι και υπό ποιες προϋποθέσεις μπορούν να στραφούν κατά των διαφόρων αποφάσεων των αναθετουσών αρχών, και αφετέρου διασφαλίζεται η διαφάνεια και η νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς εξασφαλίζεται η δυνατότητα αποτροπής τυχόν εφαλμένων κρίσεων. Κυρίως δε, με τη διεύρυνση του αριθμού των νομιμοποιούμενων να στραφούν κατά του αποκλεισμού τους και κατά της αποδοχής της προσφοράς των ετέρων συμμετεχόντων, καθώς και με την αναγνώριση του εννόμου συμφέροντος ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, επιτυγχάνεται η εξασφάλιση του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων[53], γεγονός που αποτελεί και τον βασικό στοχό της Ένωσης. Για την περίπτωση, μάλιστα, αποδοχής της δυνατότητας προσβολής σε κάθε στάδιο, μπορεί να υποστηριχθεί ότι η όσο το δυνατόν πιο σύντομα ματαίωση και επαναπροκήρυξη της διαδικασίας συμβάλλει στην ταχύτερη ανάδειξη του αναδόχου, γεγονός επίσης σημαντικό για το δημόσιο συμφέρον.

[50] Υπόθεση C - 771/2019, ΝΑΜΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε., ΝΑΜΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε., LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε. κατά Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), Αττικό Μετρό Α.Ε.
[51] Βλ. σχετικά ΣτΕ ΕΑ 22/2018 και ΣτΕ 30/2019
[52] Βλ. σχετικά ΣτΕ ΕΑ 349/2017, μειοψηφούσα άποψη της ΣτΕ ΕΑ 22/2018, ΣτΕ ΕΑ 180/2019
[53] Κ. Καλονόμος - Ρ. Παρλάτζα, ό.π.

Παρά τα κατ' αρχήν, όμως, εμφανή θετικά αποτελέσματα που παρουσιάζει η συγκεκριμένη νομολογιακή μεταστροφή, υπάρχουν και ορισμένα σημεία για τα οποία διατυπώνονται σχετικοί προβληματισμοί.

Πρώτο σημείο ιδιαίτερου προβληματισμού συνιστά η παραδοχή ότι η προσβολή αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής μπορεί να γίνει δεκτή σε όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, στα στάδια δηλαδή που προηγούνται του σταδίου της ανάθεσης και όχι μόνο σ' αυτό το τελικό στάδο. Κάτι τέτοιο υποστηρίζεται ότι θα έβαινε πέραν του προστατευτικού σκοπού των σχετικών Οδηγιών και θα ερχόταν σε αντίθεση με τον δημοσίου ενδιαφέροντος σκοπό να ολοκληρώνονται οι διαγωνιστικές διαδικασίες εντός ευλόγου χρόνου ώστε να μη διαιωνίζεται η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. Εν προκειμένω, δηλαδή, όπως υποστηρίζεται, η στάθμιση μεταξύ της επιταγής για αποτελεσματική δικαστική προστασία των συμμετεχόντων και της πρακτικής αποτελεσματικότητας των Οδηγιών, επιτάσσουν να γίνει δεκτή η αναγνώριση εννόμου συμφέροντος μόνο στο τελικό στάδιο ανάθεσης του διαγωνισμού[54]. Εξάλλου η αναγνώριση της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος σε αρκετά πρώιμο στάδιο μπορεί να θεωρηθεί προβληματική και για το ότι η προοπτική της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού βρίσκεται χρονικά σε "μακρινή απόσταση" και επομένως δεν είναι στενά συνδεδεμένη και συναφής με το εν λόγω αίτημα και κατ΄ επέκταση και την αναγνώριση εννόμου συμφέροντος. Στα πρώιμα στάδια, δηλαδή, είναι γεγονός ότι δεν είναι γνωστό πώς θα συνεχίσει ο διαγωνισμός (εάν δηλαδή θα εντοπιστούν και άλλες πλημμέλειες σε επόμενο στάδιο κτλ) και έτσι δεν τίθεται ζήτημα ενδεχόμενης άμεσης ματαίωσης του διαγωνισμού[55]. Στην περίπτωση αυτή η πιθανότητα ματαίωσης του διαγωνισμού συνιστά μόνο έμμεσο έννομο συμφέρον. Αντιθέτως, στο τελευταίο στάδιο ανάθεσης, "η απώλεια του συμβατικού αντικειμένου [...] παρίσταται ως άμεση, με όρους πρόσφορης αιτιώτητας σε χρόνο και τόπο, συνέπεια της αμέσως βλαπτικής πράξης"[56]. Επίσης, εαν η προσβολή γίνεται σε ένα πολύ πρώιμο στάδιο, δε μπορούν να είναι γνωστές οι προθέσεις τις αναθέτουσας, εάν δηλαδή αυτή θα σκόπευε να ματαιώσει ή να επαναπροκηρύξει το διαγωνισμό. Αντιθέτως, στο στάδιο της ανάθεσης η αναθέτουσα αρχή έχει ήδη εκφράσει την θέση της ότι επιθυμεί την πραγματοποίηση του έργου · η επιδίωξη επομένως της ματαίωσης σε αυτό το στάδιο συναρτάται άμεσα με την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, η οποία συνιστά πια γεγονός σχεδόν βέβαιο.

Άλλο ένα σημείο που προκαλεί προβληματισμό αποτελεί το γεγονός της διαφορετικότητας μεταξύ των περιπτώσεων που απασχόλησαν τη νομολογία του ΔΕΕ και αυτών για τις οποίες αποφάνθηκαν τα εθνικά μας δικαστήρια. Δεδομένου ότι το δικό μας νομοθετικό πλαίσιο προβλέπει τρία όργανα τα οποία θα αποφασίσουν για τη νομιμότητα του αποκλεισμού ενός οικονομικού φορέα - αρχικά η αναθέτουσα, στη συνέχεια η ΑΕΠΠ και τέλος τα διοικητικά δικαστήρια - η επιμονή ότι διαθέτει ένας διαγωνιζόμενος το έννομο συμφέρον να αποκλείει και ετέρους διαγωνιζόμενους, μέχρι να καταστεί τελεσίδικος ο αποκλεισμός του, υποστηρίζεται ότι διευρύνει υπέρμετρα το επιτρεπτό πεδίο προβολής αντιρρήσεων. Αναμφισβήτητα το ότι τέθηκε ως όριο η κρίση του δικαστηρίου να έχει αποκτήσει δεσμευτική ισχύ συντείνει στην ασφάλεια δικαίου, καθώς τότε μόνο το status του διαγωνιζόμενου ως αποκλεισθέντος μπορεί να οριστεί με βεβαιότητα (ενώ σε κάθε άλλη περίπτωση ενδέχεται να αλλάξει αυτό με επόμενη απόφαση του αρμόδιου δικαιοδοτικού οργάνου). Παρά ταύτα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι διευρύνεται σε υπέρμετρο βαθμό το πεδίο εντός του οποίο ένας διαγωνιζόμενος συνεχίζει να έχει συμφέρον να ανατρέπει τα δεδομένα, παρά την ύπαρξη

[54] Βλ. σχετικά τη μειοψηφία στη σκ. 73 της ΣτΕ ΕΑ 22/2018 και την πλειοψηφία της ΣτΕ ΕΑ 180/2019, σκ. 24

[55] Για την προβληματική της αποδοχής εννόμου συμφέροντος κατά τα προηγούμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι μόνο κατά το τελικό, βλ. σχετικά επίσης την πλειοψηφούσα γνώμη στην ΣτΕ ΕΑ 180/2019 και την μειοψηφούσα γνώμη της ΣτΕ ΕΑ (Ολ) 235/2019.

[56] Βλ. σχετικά τη μειψηφία στη σκ. 73 της ΣτΕ ΕΑ 22/2018

κρίσεων περί της νομιμότητας του αποκλεισμού του, όχι μόνο από την αναθέτουσα, αλλά και από την ΑΕΠΠ ή και την Επιτροπή Αναστολών[57]. Μάλιστα, εάν ληφθεί υπόψη ότι συνήθως οι κρίσεις επί οριστικών αποφάσεων ακολουθούν τις κρίσεις της Επιτροπής Αναστολών που εκδόθηκαν στο στάδιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας και σπανίως διαφοροποιούνται από αυτές, η αναμονή έως την έκδοση απόφασης με δεσμευτική ισχύ, προκειμένου να χαρακτηρισθεί ο διαγωνιζόμενος ως "οριστικώς αποκλεισθείς", παρίσταται ιδιαίτερως διευρυμένη. Οι διαφορές εξαλλου στα πλαίσια των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων είναι καλό να διεκπεραιώνονται ταχέως[58]. Κάτι τέτοιο, μάλιστα, υποστηρίζεται ότι, καίτοι φαίνεται εκ πρώτης όψεως ότι διασφαλίζει το άνοιγμα στον ανταγωνισμό, οδηγεί τελικά σε "μη υγιή" ανταγωνισμό.

Ζήτημα ακόμη διαφοροποίησης των αποφάσεων του ΔΕΕ σε σχέση με τα εθνικά μας δεδομένα αποτελεί ο τρόπος με τον οποίο πραγματοποιούνται οι διαγωνισμοι στη χώρα μας καθώς και η συνήθης τακτική των οικονομικών φορέων να παρακωλύουν τις διαδικασίες. Επομένως ο ευρύς ανταγωνισμός που προσπαθεί να διασφαλίσει το ΔΕΕ με την ως άνω εκτιθέμενη νομολογία του, μπορεί τελικά να επιφέρει στη χώρα μας αποτελέσματα διαφορετικά από αυτά στα οποία στοχεύει. Έτσι η υπερβολική διεύρυνση του εννόμου συμφέροντος μπορεί να οδηγήσει τους αποκλεισθέντες διαγωνιζόμενους σε συνεχείς αμφισβητήσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας με μόνο σκοπό την παρακώλυση αυτής και την καθυστέρηση εξέλιξής της. Κατ' επέκταση αυτό μπορεί να οδηγήσει στην ματαίωση του έργου ή ακόμη περαιτέρω και σε αθέμιτες συναλλαγές μεταξύ των υποψηφίων οικονομικών φορέων. Μάλιστα, αν ληφθεί υπόψη ότι η τακτική της παρακώλυσης με μόνο σκοπό την καθυστέρηση των διαδικασιών αποτελεί σύνηθες φαινόμενο της ελληνικής πραγματικότητας, η αποδοχή του διευρυμένου εννόμου συμφέροντος, μάλλον θα χρησιμοποιηθεί ως εργαλείο εσκεμμένης βλάβης των ανταγωνιστών και διαρκούς ματαίωσης των διαγωνιστικών διαδικασιών, παρά ως προάσπιση του ανταγωνισμού[59]. Θα πρόκειται δηλαδή για διευρυμένο μεν, "κακό" και "μη υγιή" δε ανταγωνισμό, οδηγώντας τελικά σε βλάβη του ίδιου του δημοσίου συμφέροντος, το οποίο είναι αυτό που εν τέλει εξυπηρετείται με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

Προβληματισμός αναφορικά με την υιοθέτηση των αποφάσεων του ΔΕΕ φαίνεται και από τη σχετική "αντίσταση" που έδειξαν τα κράτη μέλη, ιδίως τα κράτη μέλη του Ευρωπαϊκού Νότου. Πέραν, δηλαδή, μιας αρχικής άρνησης που επέδειξαν στην εφαρμογή της νέας νομολογίας στις υποθέσεις που επιλήφθηκαν, αντίσταση φαίνεται να προβάλουν και από την τάση να αποστέλουν προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΕ. Έτσι χαρακτηριστικά, από τα έξι συνολικά προδικαστικά ερωτήματα που έχουν αποσταλεί, τα τρία προέρχονται από το ιταλικό Consiglio di Stato και το ένα από το ΣτΕ. Αυτό αποτελεί ένα δείγμα απόδειξης των ζητημάτων που ανακύπτουν από την εφαρμογή της ως άνω νομολογίας, καθώς και της δυσχέρειας που αντιμετωπίζουν τα εν λόγω δικαστήρια να εφαρμόσουν καθολικά και επί της ουσίας να προσαρμόσουν τις νέες αποφάσεις στα δεδομένα της κάθε περίπτωσης, προσπαθώντας παράλληλα να λάβουν υπόψη και την ιδιαίτερη κουλτούρα και τα χαρακτηριστικά της δικής τους εγχώριας αγοράς[60].

---

[57] Δεδομένου, μάλιστα, και του γεγονότος ότι στις περισσότερες των περιπτώσεων οι Δικαστές της αίτησης ακύρωσης σε διαφοροποιούνται από τα όσα έχουν κριθεί από την Επιτροπή Αναστολών.

[58] Βλ. σχετικά και Οδ. 89/665/ΕΟΚ

[59] Βλ. σχετικά και Ν. Μαρκόλουλο, ό.π.

[60] Η παρούσα θέση έχει υποστηριχθεί από τον καθηγητή Γεώργιο Δελλή στο Συνέδριο "Δημόσιες Συμβάσεις - Κρίσιμα θέματα και νεότερες εξελίξεις", το οποίο πραγματοποιήθηκε στις 21 - 23 Νοεμβρίου 2019, στην Αθήνα

Τέλος, προβληματισμό προκαλεί και η θέση που θα διατηρήσουν τα εθνικά δικαστήρια εν αναμονή εκδίκασης και έκδοσης απόφασης επί του προδικαστικού που στάλθηκε από το ΣτΕ με την απόφαση ΣτΕ 235/2019.

Συμπερασματικά, παρατηρούμε ότι η νομολογία περί του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου έχει απασχολήσει και θα συνεχίσει να απασχολεί τόσο το Ευρωπαϊκό όσο και τα εθνικά δικαστήρια έως ότου αποκρυσταλλωθεί. Παρότι διαφαίνονται οι τάσεις αυτής της νομολογίας, δε μπορεί με βεβαιότητα να προβλεφθεί προς ποια κατεύθυνση αυτή θα κινηθεί στο μέλλον. Αυτό που με βεβαιότητα, ωστόσο, μπορεί να λεχθεί είναι ότι οι εξελίξεις και οι μεταβολές θα είναι συνεχείς, όχι μόνο όσον αφορά στο ζήτημα του εννόμου συμφέροντος, για το οποίο ήδη αναμένεται με ιδιαίτερο ενδιαφέρον η απάντηση του ΔΕΕ, αλλά αναφορικά και με άλλα ζητήματα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων. Ζητούμενο, επομένως, αποτελεί, να δοθούν συνετές λύσεις που θα αντακρίνονται στις ανάγκες των καιρών και θα επιτυγχάνουν τη βέλτιστη δυνατή ισορροπία μεταξύ των συμφερόντων των διαγωνιζομένων, των στόχων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, της ταχείας επίλυσης των υποθέσεων, της ασφάλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών και της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος.

Η Παράβαση των Κανόνων του Δικαίου Ανταγωνισμού ως Λόγος Αποκλεισμού από την Διαδικασία Ανάθεσης Δημόσιας Σύμβασης. Η Ειδική Περίπτωση της Διαδικασίας Διευθέτησης

Κωνσταντίνος Σακελλάρης, Δικηγόρος

1. Εισαγωγή

Με τον πλέον πρόσφατο νόμο 4412/2016, σχετικά με την ρύθμιση θεμάτων αναφορικά με την διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, που ενσωμάτωσε στην ελληνική έννομη τάξη την Οδηγία 2014/24/ΕΕ, προβλέφθηκε για πρώτη φορά στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ), η δυνατότητα αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει υποψήφιο οικονομικό φορέα από την διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εξαιτίας της σύναψης από αυτόν συμφωνίας με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τέτοιου είδους συμφωνίες μεταξύ ανταγωνιστών (cartel) συνιστούν παράβαση του άρθρου 3959/2011 περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού και υπό προϋποθέσεις δύνανται να συνιστούν παράλληλα και παράβαση του άρθρου 101 παρ. 1 της ΣΛΕΕ.

Στην παρούσα ανάλυση θα εξεταστούν ζητήματα τα οποία είτε ανέκυψαν στην πράξη, στο πλαίσιο διαγωνιστικών διαδικασιών είτε αποτέλεσαν θεωρητικές σκέψεις δυνάμενες να εμφανιστούν σε μελλοντικούς διαγωνισμούς, επί τη βάση του νέου ειδικού λόγου αποκλεισμού και των προϋποθέσεων εφαρμογής του.

2. Προϋποθέσεις και πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ) του ν. 4412/2016

Κατά την διατύπωση της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο. γ) του ν. 4412/2016, ο αποκλεισμός, τον οποίο δύναται να επιβάλλει αναθέτουσα αρχή σε οικονομικό φορέα στηρίζεται στην από αυτόν σύναψη με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνιών με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού.

Από την ως άνω διατύπωση, ο νομοθέτης φαίνεται ότι περιορίζει τον λόγο αυτό αποκλεισμού μόνο στις παραβάσεις του ανταγωνισμού, οι οποίες αποτελούν απαγορευμένες συμπράξεις μεταξύ ανταγωνιστών, διεπόμενες από την διάταξη των άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ και δεν δύναται να τύχει εφαρμογής σε άλλου είδους δυνατές παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού, από τον οικονομικό φορέα, ήτοι την κατάχρηση ενδεχόμενης δεσπόζουσας θέσης αυτού, η οποία διέπεται από τις διατάξεις των άρθρων 2 του ν. 3959/2011 και 102 ΣΛΕΕ.

Η έννοια της απαγορευμένης και αντίθετης στο δίκαιο του ανταγωνισμού σύμπραξης (καρτέλ) δίδεται στο άρθρο 2 παρ. 1 περ. 11) της Οδηγίας 1/2019/ΕΕ, σύμφωνα με την οποία αποτελεί: «*συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ δύο ή περισσοτέρων ανταγωνιστών που αποσκοπεί στον συντονισμό της ανταγωνιστικής τους συμπεριφοράς στην αγορά ή στον επηρεασμό των σημαντικών παραμέτρων του ανταγωνισμού μέσω πρακτικών όπως είναι μεταξύ άλλων ο καθορισμός ή ο συντονισμός των τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής, μεταξύ άλλων σε σχέση με τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, η παροχή ποσοστώσεων παραγωγής ή πωλήσεων, η κατανομή των αγορών και πελατών, περιλαμβανομένης της νόθευσης διαγωνισμών, οι περιορισμοί των εισαγωγών ή εξαγωγών ή ενέργειες αθέμιτου ανταγωνισμού σε βάρος άλλων ανταγωνιστών*».

Θα πρέπει αρχικά να υπομνηστεί ότι η αναφορά του νόμου σε «σύναψη συμφωνιών με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού» περιλαμβάνει και την περίπτωση εναρμονισμένων πρακτικών[1], δεδομένου εξάλλου ότι η νομολογία του ΔΕΕ, δεν τους αποδίδει μειωμένη βαρύτητα, όσον αφορά την απαξία τους, σε σχέση με τις αντιανταγωνιστικές συμφωνίες αλλά τις εξισώνει με τις συμφωνίες[2].

Εύλογα δημιουργείται το ερώτημα κατά πόσον άλλη μορφή παράβασης των κανόνων του δικαίου του ανταγωνισμού, πλην της σύμπραξης θα δύνατο να οδηγήσει και αυτή σε αποκλεισμό του οικονομικού φορέα. Η απάντηση είναι καταφατική και προκύπτει από τη νομολογία του ΔΕΕ στην απόφαση C-470/13, *Generali-Providencia*, στην οποία το Δικαστήριο εκδικάζοντας υπόθεση υπό το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς, ήτοι της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ, η οποία δεν προέβλεπε ξεχωριστό λόγο αποκλεισμό εξαιτίας παράβασης των διατάξεων του ανταγωνισμού, έκρινε ότι: «*... παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στο άρθρο 45, παράγραφος 2, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2004/18*». Η τελευταία διάταξη συνίσταται στον λόγο αποκλεισμού οικονομικού φορέα λόγω τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, όμοια με την διάταξη του άρθρου 57 παρ. 4 στοιχείο γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η οποία μεταφέρθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το άρθρο 73 παρ. 4 στοιχείο θ).

Βάσει της ως άνω κρίσης και δεδομένης της ερμηνείας που έχει δώσει η νομολογία του ΔΕΕ στο «σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα», ήτοι ότι καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία ενός οικονομικού φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των κανόνων δεοντολογίας υπό τη στενή έννοια του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας, οι οποίες διαπιστώνονται από το προβλεπόμενο στο πλαίσιο του επαγγέλματος αυτού πειθαρχικό όργανο ή από δικαστική απόφαση που έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου[3], καθίσταται σαφές ότι υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του ν. 4412/2016, αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείσει οικονομικό φορέα για παραβάσεις ανταγωνισμού, άλλες από εκείνες των παράνομων συμπράξεων, κατ' επίκληση της τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. Σε αντίθεση όμως με την περίπτωση των συμπράξεων, όπου η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα εάν διαθέτει ως προς την παράβαση αυτή επαρκώς εύλογες ενδείξεις, για τον αποκλεισμό που οφείλεται σε άλλου είδους παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να μπορεί να αποδείξει την παράβαση «με κατάλληλα μέσα». Αυτό στην περίπτωση των παραβάσεων του ανταγωνισμού, προϋποθέτει την έκδοση σχετικής απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία διαπιστώνει την σχετική παράβαση ή σχετική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου (καθώς επίσης και απόφασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ή του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου).

---

[1] Βλ. σχετικά ΔΕΚ απόφαση 16.12.1975 C-40/73, *Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής*, σκ. 26: «*Η έννοια της «εναρμονισμένης πρακτικής» αφορά μορφή συντονισμού μεταξύ επιχειρήσεων, ο οποίος, χωρίς να έχει φτάσει στη σύναψη καθαυτό συμφωνίας, αντικαθιστά ηθελημένως τους κινδύνους ανταγωνισμού με πρακτική συνεργασία μεταξύ αυτών, η οποία καταλήγει σε όρους ανταγωνισμού που δεν ανταποκρίνονται στους συνήθεις όρους της αγοράς, λαμβανομένων υπόψη της φύσεως των προϊόντων, της σπουδαιότητας και του αριθμού των επιχειρήσεων, καθώς επίσης του μεγέθους και του χαρακτήρα της εν λόγω αγοράς*»˙ ΔΕΚ απόφαση 14.07.1972, υπ. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd κατά Επιτροπής*, σκ. 55 επ.

[2] Βλ. σχετικά ΔΕΚ C-49/92P, C-49/92 P, *Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni*, σκ. 131: «*Η σύγκριση μεταξύ της εννοίας αυτής της συμφωνίας και της εννοίας της εναρμονισμένης πρακτικής, που γίνεται στις σκέψεις 118 έως 125 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, προδίδει ότι, από υποκειμενική άποψη, καταλαμβάνουν μορφές συμπαιγνίας που μετέχουν της ίδιας φύσεως και διακρίνονται μόνο κατά την έντασή τους και τις μορφές υπό τις οποίες εκδηλώνονται*»˙ ΔΕΕ C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV Vodafone Libertel NV, κατά Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, σκ. 23-24.

[3] Βλ. ΔΕΕ C-465/11, *Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. κατά Poczta Polska SA*, σκ. 27.

Περαιτέρω ζήτημα δημιουργήθηκε ως προς το εύρος εφαρμογής του λόγου αποκλεισμού που επιβάλλεται ως αποτέλεσμα σύναψης από τον οικονομικό φορέα αντιανταγωνιστικής συμφωνίας και συγκεκριμένα εάν η εν λόγω παράβαση περιορίζεται μόνο σε υπό εξέλιξη διαγωνισμό, από τον οποίο η αναθέτουσα αρχή δύναται να τον αποκλείσει ή εάν καταλαμβάνει και παρελθοντικές παραβάσεις. Η διατύπωση της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο. γ) του ν. 4412/2016, βάσει της οποίας μια αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, εάν διαθέτει ως προς την παράβαση σύναψης αντιανταγωνιστικής συμφωνίας επαρκώς εύλογες ενδείξεις, οδήγησε στο να διατυπωθεί η άποψη, ότι ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού περιορίζεται μόνο σε παραβάσεις που διαπιστώνονται (χωρίς να αποδεικνύονται) στα πλαίσια τρέχοντος διαγωνισμού.

Η άποψη αυτή υιοθετήθηκε και από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, η οποία στην απόφασή της υπ' αριθ. 1082/2018[4], υποστήριξε ότι «*...η περίπτωση γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, επί της οποίας η προσφεύγουσα στηρίζει τον πρώτο λόγο προσφυγής της, δεν αφορά σε τυχόν συμφωνίες που συνήψε ο υποψήφιος με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά το παρελθόν και δη σε διαδικασίες ανάθεσης διάφορες από την εν προκειμένω σε εξέλιξη ευρισκόμενη διαδικασία. Η εν λόγω διάταξη αφορά και αναφέρεται αποκλειστικά στη διαδικασία ανάθεσης για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας. Για το λόγο αυτό ο ενωσιακός νομοθέτης έθεσε ως προϋπόθεση για τη στοιχειοθέτηση του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων, και όχι την ύπαρξη δικαστικών ή διοικητικών αποφάσεων, που σε άλλους λόγους αποκλεισμού υιοθέτησε. Αν το ζητούμενο με το δυνητικό λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ήταν παρελθούσες καρτελικές συμφωνίες των οικονομικών φορέων, τότε ασφαλώς δεν θα έτασσε την ύπαρξη επαρκώς εύλογων ενδείξεων για τη στοιχειοθέτησή τους. Τούτο διότι, πέραν των άλλων, θα ήταν αντικειμενικά αδύνατο για οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή να κρίνει εάν διαθέτει τέτοιες εύλογες ενδείξεις και δη επαρκείς αναφορικά με τη σύναψη συμφωνιών που στοχεύουν στη στρέβλωση του ανταγωνισμού, οι οποίες αναπτύχθηκαν ή αναπτύσσονται από τον οικονομικό φορέα στο πλαίσιο άλλων διαγωνιστικών διαδικασιών και για τις οποίες προφανώς δεν θα είχε εκδοθεί απόφαση δικαστική ή διοικητική που να τις επιβεβαιώνει. Εξάλλου, τυχόν υιοθέτηση της προσέγγισης ότι η έννοια του συγκεκριμένου δυνητικού λόγου αποκλεισμού αφορά σε άλλες ή και σε άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες που κατά το παρελθόν συμμετείχε ο οικονομικός φορέας κατά παράβαση των σχετικών περί ανταγωνισμού διατάξεων, θα έθετε ζήτημα ευθείας παραβίασης των αρχών της αναλογικότητας και της ισότητας. Τούτο, διότι θα έφερνε σε δυσχερή θέση όσους υποψηφίους έχουν ήδη κριθεί και τιμωρηθεί για το σχετικό παράπτωμα από τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές, εν προκειμένω την Επιτροπή Ανταγωνισμού, και οι οποίοι θα υποχρεώνονταν εκ νέου να τιμωρηθούν για την ίδια παρελθούσα παραβατική συμπεριφορά δια του αποκλεισμού τους από τις εφεξής διαγωνιστικές διαδικασίες*».

Η ως άνω θεώρηση ασφαλώς δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Η επιλογή από το νομοθέτη των επαρκώς ευλόγων ενδείξεων στις οποίες δύναται να αρκείται η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να αποκλείσει από τον δημόσιο διαγωνισμό, τον οποίο η ίδια διοργανώνει, οικονομικό φορέα, για σύναψη αντιανταγωνιστικής συμφωνίας, δεν περιορίζει την αναθέτουσα αρχή να αποκλείει τον οικονομικό φορέα όταν διαθέτει αποδείξεις, απορρέουσες από δημοσιευμένες διαπιστωτικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή του Διοικητικού Εφετείου, σχετικών παρελθοντικών παραβάσεων. Ουσιαστικά ο νομοθέτης, αναγνωρίζοντας την βαρύτητα των παραβάσεων του ανταγωνισμού, όσον αφορά την κρίση της αξιοπιστίας ενός πιθανού αντισυμβαλλομένου αναθέτουσας αρχής, εξόπλισε την αναθέτουσα αρχή με ισχυρότερα της απόδειξης εργαλεία, ώστε να της επιτρέπει να αποκλείει οικονομικό φορέα, για τον οποίο έχει

[4] Α.Ε.Π.Π. απόφαση υπ' αριθ. 1082/2018, σκ. 16.

απλώς εύλογες ενδείξεις σύναψης αντιανταγωνιστικής συμφωνίας, στο πλαίσιο του διαγωνισμού που διοργανώνει, σε χρονικό στάδιο, κατά το οποίο ασφαλώς δεν είναι δυνατό να υπάρχει σχετική διαπιστωτική (και άρα αποδεικτική της παράβασης) απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή του Διοικητικού Εφετείου[5]. Το συμπέρασμα αυτό προκύπτει αβίαστα τόσο από την τελολογική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο. γ) του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, όσο και από την ανάλυση της εξέλιξης νομοθέτησης του.

Όπως προειπώθηκε ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού αποτελεί εξειδίκευση του λόγου αποκλεισμού εξαιτίας τέλεσης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος και όπως έκρινε το ΔΕΕ στο πλαίσιο του προηγούμενου νομοθετικού καθεστώς παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, ήτοι η παράβαση έχει διαπιστωθεί από σχετική διοικητική ή δικαστική απόφαση, συνιστά λόγο αποκλεισμού (που εμπίπτει στην έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος). Συνεπώς το ΔΕΕ είχε ήδη κρίνει ότι διοικητική ή δικαστική απόφαση επιβολής προστίμου εξαιτίας σύναψης αντιανταγωνιστικης συμφωνίας, δίνει την δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει τον παραβάτη.

Εξάλλου και η νομολογία του ΔΕΕ αναγνώρισε το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επίμαχης διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να λάβει υπόψη της σχετική απόφαση προκειμένου να διαπιστώσει αν συντρέχουν οι συνθήκες αποκλεισμού (διευθέτηση της διαφοράς, μέτρα αυτοκάθαρσης κλπ.)[6] καθώς και του χρόνου έναρξης αυτού[7].

Το ως άνω συμπέρασμα επιβεβαίωσε και το Συμβούλιο της Επικρατείας, το οποίο με την υπ' αριθ. 40/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του[8], απέρριψε της ως άνω θεώρηση της Α.Ε.Π.Π. και ανέστηλε την απόφασή της, κρίνοντας ότι: «*όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία (Βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της) όσο και ο Νόμος 4412/2016 και η προαναφερθείσα διακήρυξη αποσκοπούν να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητος. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέα προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με την σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Για το λόγο, άλλωστε, αυτόν παρέχεται στην Αρχή η εξουσία να στηριχθεί όχι μόνο σε διαπιστώσεις σχετικά με την συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, αλλά και σε «επαρκώς εύλογες ενδείξεις», οι οποίες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω φορέας συνήψε τέτοιες συμφωνίες στο παρελθόν … Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποίαν το άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ) της Οδηγίας αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού που έχουν συναφθεί αποκλειστικά στο πλαίσιο του εκάστοτε τρέχοντος διαγωνισμού, υπολαμβάνει το άτοπο, ότι δηλαδή ο υποβάλλων προσφορά για συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας καλείται να παραδεχθεί ταυτόχρονα, ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού του από την συγκεκριμένη διαδικασία, και δη λόγος ανεπίδεκτος θεραπείας, αφού δεν νοείται στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής η εκ μέρους του φορέα επίκληση των*

[5] Βλ. σχετικά και ΔΕΕ C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH*, σκ. 39: «*Η λύση αυτή παρίσταται κατά μείζονα λόγο δικαιολογημένη δεδομένου ότι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας με τα σημεία 83 έως 85 των προτάσεών του, η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τέτοιας αποφάσεως, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά*».

[6] Ibid υποσημείωση 5, σκ. 18 επ.

[7] Ibid υποσημείωση 5, σκ. 40-42.

[8] Επιτροπή Αναστολών ΣτΕ 40/2019, σκ. 15.

προβλεπομένων από το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24 (παράγραφοι 7 και 6, πρώτα εδάφια) περιστάσεων άρσεως του συγκε-κριμένου λόγου αποκλεισμού (λ.χ. λήψη μέτρων αυτοκαθάρσεως, πάροδος τριετίας κ.λπ.)».

Πάντως, σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να επισημανθεί ότι ακόμη και αν γινόταν δεκτή μια ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο. γ) του ν. 4412/2016, η οποία θα περιόριζε το ρυθμιστικό της πεδίο, μόνο σε περιπτώσεις ευλόγων ενδείξεων σύναψης αντιανταγωνιστικών συμφωνιών, η οποίες τελέστηκαν στο πλαίσιο ενός υπό εξέλιξη διαγωνισμού, τίποτα δεν θα εμπόδιζε την αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να αποκλείσει οικονομικό φορέα για σύναψη τέτοιας συμφωνίας κατά το παρελθόν, η οποία είχε διαπιστωθεί με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή του Διοικητικού Εφετείου, βασίζοντας τον αποκλεισμό αυτό στην διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο. θ) του ν. 4412/2016, για τέλεση σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δεομένου μάλιστα ότι για τον εν λόγω αποκλεισμό, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να μπορεί να αποδείξει την παράβαση «με κατάλληλα μέσα» (εν προκειμένω με την διαπιστωτική απόφαση).

Περαιτέρω δεν θα ήταν αβάσιμο, ούτε αντίθετο τόσο στην γραμματική όσο και στην τελολογική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο. γ) του ν. 4412/2016, να υποστηριχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείσει οικονομικό φορέα, εάν διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις περί σύναψης ανταγωνιστικής συμφωνίας, για την οποία παρότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν έχει ακόμη εκδώσει σχετική απόφαση, έχει κινήσει διαδικασία διερεύνησης εις βάρος του οικονομικού φορέα μέσω της Γενικής Γραμματείας της ή ακόμη περισσότερο έχει ολοκληρώσει την διερεύνηση αυτή και ο Εισηγητής της υπόθεσης έχει συντάξει Έκθεση Αιτιάσεων (Εισήγηση), η οποία προτείνει την επιβολή προστίμου στον οικονομικό φορέα.

Τέλος, κρίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείσει οικονομικό φορέα εξαιτίας διαπιστωμένης, βάσει απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή του Διοικητικού Εφετείου, παράβασης σύναψης αντιανταγωνιστικής συμφωνίας ακόμη και όταν αυτή δεν τελέστηκε στο πλαίσιο διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης (περίπτωση *bid-rigging*) αλλά και πέραν αυτού (στο πλαίσιο της ιδιωτικής αγοράς). Μια τέτοια θεώρηση θα ήταν σύμφυτη με την λειτουργία του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, δεδομένου πως το γεγονός ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού έλαβε χώρα ή όχι στο πλαίσιο διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δεν διαφοροποιεί την έλλειψη αξιοπιστίας και ακεραιότητας, την οποία εμφανίζει ο οικονομικός φορέας και οφείλει να λάβει υπόψη η αναθέτουσα αρχή, ενώ αυτονόητα εντάσσεται και στην έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, το οποίο αποτελεί την αφετηρία νομοθέτησης του λόγου αποκλεισμού που ανάγεται σε παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού.

3. Η χρονική διάρκεια του αποκλεισμού και το χρονικό σημείο έναρξής της

Κατά την διατύπωση του άρθρου 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016: «*Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος*». Η εν λόγω διατύπωση και ιδίως η έννοια της «*ημερομηνίας του σχετικού γεγονότος*» δημιούργησε σημαντική αβεβαιότητα ως προς το ακριβές περιεχόμενό της, όσον αφορά τις περιπτώσεις δυνητικού αποκλεισμού της παρ. 4 του αυτού άρθρου, μεταξύ των

οποίων συμπεριλαμβάνεται και η περίπτωση αποκλεισμού εξαιτίας σύναψης από τον οικονομικό φορέα αντιανταγωνιστικής συμφωνίας[9].

Και τούτο διότι από την γραμματική ερμηνεία της διάταξης, εύλογα θα μπορούσε κανείς να συμπεράνει ότι εναρκτήριο σημείο υπολογισμού της περιόδου, εντός της οποίας οικονομικός φορέας δύναται να αποκλειστεί από αναθέτουσα αρχή εξαιτίας παρελθοντικής παράβασης του ανταγωνισμού, αποτελεί η ημερομηνία τέλεσης της παράβασης από τον οικονομικό φορέα ή παύσης αυτής, σε περίπτωση διαρκούς παράβασης[10] και όχι από την ημερομηνία έκδοσης της σχετικής διαπιστωτικής απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία προσδιορίζει για πρώτη φορά και την ημερομηνία τέλεσης ή παύσης της παράβασης. Η θεώρηση αυτή θα δύνατο να υποστηριχθεί περαιτέρω από την διαφορετική πρόβλεψη της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016, όσον αφορά την έναρξη της περιόδου αποκλεισμού για τους λόγους της παραγράφου 1 του άρθρου 73, ήτοι των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού, η οποία ρητά ορίζεται πως είναι η ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση. Η εξ' αντιδιαστολής σύγκριση των δύο περιπτώσεων και η σκέψη πως η αυστηρότερη προσέγγιση και μακρότερη χρονικά έναρξη περιόδου για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή δεν έχει διακριτική ευχέρεια αλλά δεσμία αρμοδιότητα να προβεί στον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, δικαιολογείται από την αυξημένη βαρύτητα αυτών (οι οποίοι στο σύνολο τους αποτελούν ποινικώς διωκόμενα αδικήματα), ενισχύει την υιοθέτηση της άποψης ότι για τις περιπτώσεις δυνητικών λόγων αποκλεισμού, ο νομοθέτης επιφύλαξε ηπιότερη μεταχείριση.

Εντούτοις θα πρέπει να επισημανθεί ότι είναι συνήθης η περίπτωση, η διαπίστωση της παράβασης των διατάξεων του ανταγωνισμού ή της παύσης αυτής, με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, να ανάγεται σε χρόνο κατά πολύ προγενέστερο (συχνά αρκετά χρόνια πριν) της ημερομηνίας δημοσίευσης της απόφασης, εξαιτίας των μακρόχρονων ερευνητικών διαδικασιών της Γενικής Γραμματείας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, προκειμένου να συλλέξει στοιχεία και να διαμορφώσει εικόνα αναφορικά με τις τελεσθείσες παραβάσεις. Το έργο της Γενικής Γραμματείας καθίσταται έτι δυσχερέστερο και μακρύτερο χρονικά, αν ληφθεί υπόψη η συχνή προσπάθεια συγκάλυψης και απόκρυψης στοιχείων από τις εμπλεκόμενες στην παράβαση εταιρείες.

Αποτέλεσμα του ως άνω θα ήταν ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα εξαιτίας παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού, να καθίσταται στην μεγάλη πλειοψηφία των περιπτώσεων αδύνατος και η πρόβλεψη της διάταξης του άρθρου 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016, γράμμα κενό. Και τούτο διότι κατά το χρονικό σημείο που η αναθέτουσα αρχή θα ήταν σε θέση να αποκλείσει τον ως άνω οικονομικό φορέα, βασιζόμενη σε πρόσφατη απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, να έχει παρέλθει η τριετία από το χρονικό σημείο της τέλεσης ή παύσης της παράβασης, η οποία διαπιστώνεται για πρώτη φορά με την εν λόγω απόφαση, ώστε το άρθρο 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016, να μην τυγχάνει εφαρμογής, δεδομένου ότι η Επιτροπή

[9] Βλ σχετικά και την υποσημείωση 81 της Κατευθυντήριας Οδηγίας υπ' αριθ. 20 (Αριθ. Πρωτοκόλλου 3800/14.06.2017) της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων σύμφωνα με την οποία: «*Από τη διατύπωση της διάταξης δεν προκύπτει με σαφήνεια εάν η εν λόγω διάταξη αναφέρεται, όπως εκ πρώτης όψεως εμφαίνεται, στην ημερομηνία κατά την οποία το εν λόγω γεγονός, το οποίο επιφέρει τον δυνητικό λόγο αποκλεισμού, συνέβη (π.χ. επέλευση του σχετικού γεγονότος) ή στην ημερομηνία κατά την οποία η ύπαρξη του σχετικού γεγονότος αποδείχθηκε επαρκώς, πχ., με την έκδοση δικαστικής ή διοικητικής απόφασης κατά περίπτωση (λχ. έκδοση απόφασης κήρυξης σε πτώχευση ή έκδοση απόφασης αρμόδιας διοικητικής αρχής που βεβαιώνει το επαγγελματικό παράπτωμα)*».

[10] Βλ. σχετικά την διάταξη του άρθρου 42 παρ. 2 του ν. 3959/2011 σχετικά με την έναρξη της παραγραφής για την επιβολή κυρώσεων από την Επιτροπή Ανταγωνισμού σύμφωνα με την οποία: «*Η παραγραφή αρχίζει από την ημέρα διάπραξης της παράβασης. Ωστόσο, αν μια παράβαση είναι διαρκής ή έχει διαπραχθεί κατ` εξακολούθηση, η παραγραφή αρχίζει από την ημέρα παύσης της παράβασης*».

Ανταγωνισμού δεν είναι αρμόδια να προβλέψει στην απόφαση τον αποκλεισμό του παραβάτη από δημόσιους διαγωνισμούς καθώς και να ορίσει περίοδο (μακρύτερη της τριετίας) για τον αποκλεισμό αυτό.

Διαπιστώνοντας το σχετικό πρόβλημα το ΔΕΕ, απέρριψε την γραμματική ερμηνεία της διάταξης του αντίστοιχου άρθρου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κρίνοντας ότι[11]: «*Μολονότι η παράγραφος 7 του άρθρου 57 της οδηγίας 2014/24 δεν διευκρινίζει περαιτέρω τη φύση του «σχετικού γεγονότος» ούτε, μεταξύ άλλων, το χρονικό σημείο επελεύσεως του γεγονότος αυτού, επισημαίνεται ότι η διάταξη αυτή προβλέπει, για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στην παράγραφο 1 του άρθρου αυτού και εφόσον η διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, ότι η χρονική περίοδος των πέντε ετών πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της καταδίκης με την τελεσίδικη δικαστική απόφαση αυτή, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνία επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών λόγω των οποίων επιβλήθηκε η καταδίκη αυτή. Επομένως, όσον αφορά αυτούς τους λόγους αποκλεισμού, η εν λόγω χρονική περίοδος υπολογίζεται με αφετηρία μια ημερομηνία η οποία, σε ορισμένες περιπτώσεις, είναι μεταγενέστερη της επελεύσεως των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν το σχετικό ποινικό αδίκημα. Εν προκειμένω, για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού επιβλήθηκε κύρωση με απόφαση της αρμόδιας αρχής, στο πλαίσιο διαδικασίας που ρυθμίζεται από το δίκαιο της Ένωσης ή από το εθνικό δίκαιο και που αποσκοπεί στη διαπίστωση συμπεριφοράς που συνιστά παράβαση ορισμένου κανόνα δικαίου. Σε αυτή την περίπτωση, για λόγους συνοχής με τον τρόπο υπολογισμό της χρονικής περιόδου η οποία προβλέπεται για τους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού, αλλά επίσης για λόγους προβλεψιμότητας και ασφάλειας δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής. Η λύση αυτή παρίσταται κατά μείζονα λόγο δικαιολογημένη δεδομένου ότι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας με τα σημεία 83 έως 85 των προτάσεών του, η ύπαρξη συμπεριφορών περιοριστικών του ανταγωνισμού μπορεί να θεωρηθεί αποδεδειγμένη μόνο μετά την έκδοση τέτοιας αποφάσεως, με την οποία τα πραγματικά περιστατικά χαρακτηρίζονται νομικώς ως παραβατική συμπεριφορά*».

Κατά τον τρόπο αυτό το ΔΕΕ, προτάσσοντας την ασφάλεια δικαίου, κατέληξε ότι όταν ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά εμπίπτουσα στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄, της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και κατ' επέκταση και του του άρθρου 73 παρ. 10 του ν. 4412/2016), για την οποία επιβλήθηκε κύρωση από αρμόδια αρχή, η μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρχής αυτής[12].

4. Δυνατότητα εξαίρεσης από τον αποκλεισμό – Τα μέτρα αυτοκάθαρσης

Με την πρόβλεψη του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016: «*Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή*

[11] Ibid υποσημείωση 5 σκ. 37-39.
[12] Ibid υποσημείωση 5, σκ. 42.

περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση».

Με την συγκεκριμένη πρόβλεψη ο νομοθέτης επεδίωξε να χορηγήσει στους οικονομικούς φορείς την δυνατότητα να αποκαταστήσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής την εικόνα αξιοπιστίας και ακεραιότητάς τους, προβαίνοντας σε ενέργειες που υποδηλώνουν αναγνώριση του παραπτώματός τους και διάθεση μεταμέλειας. Με τον τρόπο αυτό αφενός επιχειρείται μια ηπιότερη και δικαιότερη αντιμετώπιση του οικονομικού φορέα, ο αποκλεισμός του οποίου από διαγωνιστική διαδικασία (ιδίως μάλιστα αν αυτή καταστεί γενική για το σύνολο των διαγωνισμών, υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 74 του ν. 4412/2016) ενδέχεται να έχει σημαντικές επιπτώσεις στην επαγγελματική του δραστηριότητα και οικονομική επιβίωση και αφετέρου παρέχει μεγαλύτερη ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να επιλέξει μεταξύ περισσότερων ικανών υποψηφίων αναδόχων, ενισχύοντας τον ανταγωνισμό προς όφελος του Δημοσίου. Η εν λόγω μέριμνα αποτυπώνεται στην αιτιολογική σκέψη 102 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ.

Τα μέτρα αυτά όπως περιγράφονται στο νόμο και έχουν εξεταστεί κυρίως από την γερμανική νομολογία και μνεία τους γίνεται και στην Κατευθυντήρια Οδηγία 20 της ΕΑΑΔΗΣΥ (σελ. 27), θα μπορούσαν να διακριθούν σε τέσσερις κυρίως κατηγορίες[13]:

Πρώτον, στην διασαφήνιση των πραγματικών περιστατικών (της παράβασης) και τη ενεργή συνεργασία με τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές για τη διευκρίνιση με ολοκληρωμένο τρόπο των γεγονότων και των περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα η παράβαση. Ο οικονομικός φορέας οφείλει αρχικά να προβεί στην συνδρομή προς τις δημόσιες αρχές για την εξακρίβωση των πραγματικών περιστατικών που μπορεί να οδηγήσουν σε αποκλεισμό και των προσώπων που είχαν ενεργό συμμετοχή στην παράβαση, προκειμένου να διασφαλισθεί ότι τα επακόλουθα μέτρα αυτοκάθαρσης είναι κατάλληλα και ικανοποιητικά.

Δεύτερον, στην αποκατάσταση των ζημιών που προξενήθηκαν από την παράβαση (καταβολή ή δέσμευση για καταβολή αποζημίωσης για τυχόν ζημία που προκλήθηκε από το παράπτωμα).

Τρίτον, στην λήψη μέτρων σχετικά με το προσωπικό του οικονομικού φορέα κατάλληλων για την αποφυγή περαιτέρω παραπτωμάτων. Αυτό σημαίνει ότι ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να απομακρύνει μετόχους, στελέχη και εργαζόμενους, οι οποίοι είχαν εμπλοκή στην παράβαση, άμεσα και οριστικά. Όσον αφορά ειδικά τους μετόχους, που συμμετείχαν αποδεδειγμένα στην παράβαση, θα πρέπει να διασφαλιστεί ότι τα πρόσωπα αυτά αποτρέπονται από το να ασκούν οποιαδήποτε επιρροή στην διαχείριση του οικονομικού φορέα. Η επιρροή αυτή μπορεί να υφίσταται στην περίπτωση που ο μέτοχος, παρότι απομακρύνεται, έχει συνάψει με τους διαδόχους του συμφωνίες «εμπιστοσύνης» (trust agreements), οι οποίες του παρέχουν

[13] Βλ. σχετικά για μια γενικότερη ανάλυση της προβληματικής και των επανορθωτικών μέτρων και Sue Arrowsmith, Hans-Joachim Prieß, and Pascal Friton, *Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?,* σε Public Procurement Law Review 2009 (6), σελ. 257-282 καθώς και Steven Van Garsse and Sylvia de Mars, *Exclusion and Self-Cleaning in the 2014 Public Sector Directive,* σε Marique, Y. and Wauters, K. (eds.) EU Directive 2014/24 on Public Procurement: a New Turn for Competition in Public Markets? Brussels: Larcier, σελ.121-138.

ουσιαστικά την δυνατότητα συνέχισης της επιρροής του στον οικονομικό φορέα, π.χ. με την διαφύλαξη του δικαιώματός του να ανακτά το μερίδιό του στην Εταιρεία, οποιαδήποτε στιγμή.

Τέταρτον, στην λήψη μέτρων δομικού και οργανωτικού χαρακτήρα, με στόχο την πρόληψη και αποφυγή παρόμοιων συμπεριφορών στο μέλλον. Τα μέτρα αυτά συνίστανται ιδίως σε προγράμματα εκπαίδευσης του προσωπικού, σχετικά με ζητήματα που άπτονται της παράβασης που τελέστηκε (εν προκειμένω γενικές κατευθύνσεις δικαίου ανταγωνισμού και δημοσίων συμβάσεων) και ενεργειών που θα πρέπει να αποφεύγονται καθώς και την διαμόρφωση εσωτερικών κανόνων συμπεριφοράς. Άλλα αντίστοιχα μέτρα που έχουν προταθεί σχετικά, είναι η οργάνωση ενός συστήματος διπλού ελέγχου συμπεριφορών και ενεργειών, καθώς και η εκ περιτροπής εναλλαγή του προσωπικού στις διάφορες θέσεις, στα τμήματα, τα οποία θεωρούνται πιο «επιρρεπή» σε παραβατικές ενέργειες. Επιπλέον ο διαχωρισμός των διοικητικών και επιχειρησιακών τμημάτων σε ξεχωριστά νομικά πρόσωπα, μπορεί να θεωρηθεί ως κατάλληλο οργανωτικό μέτρο. Τέλος έχουν προταθεί ο ορισμός ενός εσωτερικού ή εξωτερικού compliance officer, αρμόδιου για ζητήματα αποκάλυψης παράνομων συμπεριφορών και η ανάθεση σε εξωτερικούς δικηγόρους της εποπτείας της στρατηγικής της επιχείρησης στην εφαρμογή των ανατεθειμένων συμβάσεων.

Κατά την πρόβλεψη της παρ. 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων (ή μέτρων αυτοκάθαρσης – *self-cleaning*) εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη ειδικής επιτροπής (η οποία συστήνεται βάσει των προϋποθέσεων της παρ. 9 του ίδιου άρθρου[14]), η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Στην περίπτωση απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία διαπιστώνει παράβαση, η αναθέτουσα αρχή θα εξετάσει την ως άνω απόφαση, προκειμένου να αξιολογήσει την επάρκεια και αποτελεσματικότητα των επανορθωτικών μέτρων, που ο οικονομικός φορέας έλαβε.

5. Η ειδική περίπτωση της Διαδικασίας Διευθέτησης Διαφορών

Ιδιαίτερο προβληματισμό, ως προς τον αποκλεισμό από δημόσιο διαγωνισμό εξαιτίας σύναψης από τον οικονομικό φορέα αντιανταγωνιστικής συμφωνίας καθώς και ως προς την εφαρμογή των μέτρων αυτοκάθαρσης, προκάλεσε η περίπτωση της διαδικασίας διευθέτησης διαφορών ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Με το άρθρο 105 του ν. 4389/2016 προστέθηκε στον ν. 3959/2011 νέο άρθρο 25α σύμφωνα με το οποίο: «*Με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία λαμβάνεται σε Ολομέλεια, μπορεί να θεσπιστεί διαδικασία διευθέτησης διαφορών για τις επιχειρήσεις που παραδέχονται τη συμμετοχή στην αποδιδόμενη σε αυτούς οριζόντια σύμπραξη κατά παράβαση του άρθρου 1 του παρόντος νόμου ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης … Σε περίπτωση διευθέτησης της διαφοράς, η Επιτροπή εκδίδει απόφαση κατ` απλοποιημένη διαδικασία, στην οποία, μεταξύ άλλων, βεβαιώνεται η τέλεση της αποδιδόμενης παράβασης, καθώς και το γεγονός της διευθέτησης της διαφοράς, και επιβάλλονται οι ανάλογες κυρώσεις*».

[14] *Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνάς από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού.*

Η διάταξη οριοθέτησε το ρυθμιστικό περιεχόμενο της εν λόγω απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Κατ' εφαρμογή της ανωτέρω διάταξης η Επιτροπή Ανταγωνισμού εξέδωσε την σχετική απόφαση 628/2016 «*Όροι, προϋποθέσεις και διαδικασία για τη διευθέτηση διαφορών σε υποθέσεις οριζοντίων συμπράξεων κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ*». Όπως αναφέρεται στην εν λόγω απόφαση[15]: «*Στο πλαίσιο αυτό, στις επιχειρήσεις που συμβάλλουν στην ενίσχυση της αποτελεσματικότητας της διοικητικής διαδικασίας ενώπιον της ΕΑ μπορεί να επιβάλλονται μειωμένα πρόστιμα υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις που αναλύονται κατωτέρω . Η συμβολή αυτή λαμβάνει τη μορφή της ειλικρινούς, ανέκκλητης και ανεπιφύλακτης παραδοχής από μέρους της εμπλεκόμενης επιχείρησης της αποδιδόμενης σε αυτή συμμετοχής στην παράβαση και της ευθύνης που συνεπάγεται η συμμετοχή αυτή, καθώς και της παραίτησής της από την άσκηση συγκεκριμένων δικονομικών δικαιωμάτων και δικαιολογεί μείωση του προστίμου που επιβάλλεται από την ΕΑ. Συγκεκριμένα, στο πλαίσιο της Διαδικασίας Διευθέτησης Διαφορών οι επιχειρήσεις για τις οποίες διεξάγονται έρευνες για συμμετοχή σε οριζόντια καρτελική σύμπραξη και σε βάρος των οποίων έχουν συλλεχθεί αποδεικτικά στοιχεία και έχει στοιχειοθετηθεί παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, αναγνωρίζουν ανεπιφύλακτα τη συμμετοχή τους στην παράβαση και την ευθύνη τους από αυτή και παραιτούνται, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, από το δικαίωμά τους να λάβουν πλήρη πρόσβαση στον διοικητικό φάκελο της υπόθεσης και από το δικαίωμα προφορικής ακρόασης κατά τη συζήτηση ενώπιον της ΕΑ*».

Επιπλέον με το άρθρο 106 του ν. 4389/2016 αντικαταστάθηκε η παράγραφος 3 του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 ως εξής: «*Εάν στις περιπτώσεις των άρθρων 25 και 25α ο παραβάτης αναγνωρίσει ενώπιον της αρμόδιας αρχής την ευθύνη του και εξοφληθεί ολοσχερώς το πρόστιμο που επιβλήθηκε ή, κατ` εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25, λάβει χώρα απαλλαγή από αυτό, εξαλείφεται το αξιόποινο των σχετικών εγκλημάτων που στοιχειοθετούνται με την ίδια παράβαση και επέρχεται πλήρης απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις*».

Με τις ανωτέρω ρυθμίσεις ο νομοθέτης επεδίωξε να εισαγάγει στην ελληνική έννομη τάξη ένα θεσμό ευρωπαϊκής προέλευσης, μέσω του οποίου αποσκοπείται η επιτάχυνση της (συνήθους μακρόχρονης) διαδικασίας διερεύνησης και απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σε υποθέσεις καρτέλ προς ταχύτερη διεκπεραίωση των υποθέσεων αυτών και εξοικονόμηση οικονομικών και εργατικών πόρων. Για το λόγο αυτό προέβλεψε ως αντιστάθμισμα, κίνητρο και ανταμοιβή των επιχειρήσεων που θα συμμετείχαν στην διαδικασία διευθέτησης, αφενός την δυνατότητα επιβολής μειωμένου εις βάρος τους προστίμου (μείωση έως 15%)[16] και αφετέρου, εφόσον υπήρχε ρύθμιση αποπληρωμής ή εξόφληση του προστίμου, την πλήρη απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις.

Οι συνέπειες της επιτυχούς υπαγωγής οικονομικού φορέα σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών, όσον αφορά την πιθανότητα αποκλεισμού του από δημόσιο διαγωνισμό κατ' εφαρμογή του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο. γ) του ν. 4412/2016, απασχόλησε έντονα την θεωρία.

Αρχικά υπήρξε σχετικά κοινή η αποδοχή ότι η επιτυχής υπαγωγή οικονομικού φορέα σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών, θα θεωρούνταν ότι καλύπτει την πρώτη κατηγορία μέτρων αυτοκάθαρσης, ήτοι της διασαφήνισης των πραγματικών περιστατικών (της παράβασης) και της ενεργής συνεργασίας με τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές για τη διευκρίνιση με ολοκληρωμένο τρόπο των γεγονότων και των περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα η παράβαση. Κατά τον τρόπο αυτό η αναθέτουσα αρχή θα όφειλε να θεωρεί πληρωμένη την εν λόγω υποχρέωση και να μην αναμένει περαιτέρω ενέργειες από τον οικονομικό φορέα. Η εν

[15] Απόφαση ΕΑ 628/2016, παρ. 2 και 3.
[16] Ibid.

λόγω θεώρηση δείχνει εύλογη δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση για την υπαγωγή εταιρείας σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών αποτελεί όπως προελέχθη η ειλικρινής, ανέκκλητη και ανεπιφύλακτη παραδοχή από μέρους της εμπλεκόμενης επιχείρησης της αποδιδόμενης σε αυτή συμμετοχής στην παράβαση.

Περαιτέρω όμως τέθηκε το ερώτημα κατά πόσον η επιτυχής υπαγωγή επιχείρησης σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών θα όφειλε να οδηγήσει σε πλήρη αδυναμία αναθέτουσας αρχής να την αποκλείσει από διαγωνιστική διαδικασία, υπό την έννοια ότι ένας τέτοιος αποκλεισμός, συνιστά «διοικητική κύρωση», κατά την πρόβλεψη της παρ. 3 του άρθρου 44 του ν. 3959/2011. Η άποψη αυτή θα μπορούσε βάσιμα να υποστηριχθεί, με την επίκληση των ακόλουθων επιχειρημάτων. Πρώτον θα ήταν πιθανό η δυνατότητα αποκλεισμού οικονομικού φορέα, ο οποίος υπήχθη επιτυχώς σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών, να συνιστά δυσμενέστερη γι' αυτόν μεταχείριση σε σχέση με ανταγωνιστή του, ο οποίος δεν είχε υπαχθεί στην εν λόγω διαδικασία. Μπορεί κανείς να φανταστεί την περίπτωση ανταγωνιστών, οι οποίοι «κατηγορήθηκαν» για από κοινού συμμετοχή σε αντιανταγωνιστική σύμπραξη, και ο ένας επέλεξε να υπαχθεί σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών, ενώ ο άλλος επέλεξε τον δρόμο της αντίκρουσης. Δεδομένου ότι η απόφαση διευθέτησης θα δημοσιευθεί σε χρονικό σημείο κατά πολύ συντομότερο σε σχέση με την απόφαση επί της αντίκρουσης θα ήταν δυνατό ο πρώτος οικονομικός φορέας, ο οποίος παραδέχθηκε την παράβαση του και συνεργάστηκε με τις διοικητικές αρχές, επιβοηθώντας το έργο τους, να αποκλειστεί από διαγωνισμό βάσει της ήδη δημοσιευθείσας απόφασης, ενώ ο ανταγωνιστής, για τον οποίο η διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού είναι ακόμη εκκρεμής, να μην αποκλειστεί. Δεύτερον υπονομεύεται και η ίδια η διαδικασία της διευθέτησης διαφορών, με κίνδυνο μεγάλος αριθμός επιχειρήσεων, οι οποίες συμμετέχουν σε διαγωνιστικές διαδικασίες να μην την επιλέγουν, γνωρίζοντας εκ των προτέρων ότι ο αποκλεισμός τους θα είναι βέβαιος, εάν δεν γίνουν δεκτά πιθανά μέτρα αυτοκάθαρσης που θα προτείνουν, με περαιτέρω κίνδυνο αποκλεισμού από το σύνολο των διαγωνισμών εντός της ελληνικής επικράτειας. Στην περίπτωση αυτή η οικονομική ζημία που δύναται να υποστεί ο οικονομικός φορέας θα είναι πολύ βαρύτερη από το όφελος του μειωμένου προστίμου που θα του προσδώσει η επιτυχής υπαγωγή στην διαδικασία διευθέτησης. Αυτός είναι εξάλλου και ο λόγος που ο νομοθέτης απέκλεισε την επιβολή διοικητικών κυρώσεων.

Ζήτημα τέλος απετέλεσε, η υποχρέωση ή μη του οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει εκκινήσει την διαδικασία διευθέτησης και πριν την ολοκλήρωση αυτής, για σχετική ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών (δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. ή Τ.Ε.Υ.Δ. με ρητή υπόμνηση περί μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού εξαιτίας αντιανταγωνιστικής σύμπραξης ή εναλλακτικά λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης), δεδομένου μάλιστα ότι ενδεχόμενη παράλειψή του δύναται να αποτελέσει επιπλέον λόγο αποκλεισμού του (κατά την πρόβλεψη του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο ζ)[17]). Στην περίπτωση αυτή δημιουργείται η συνθήκη για τον οικονομικό φορέα, κατά την οποία παρότι δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί απόφαση διαπιστωτική της εις βάρος του παράβασης, και μόνη η συμμετοχή του στην διαδικασία, συνεπάγεται την παραδοχή παράβασης εκ μέρους του. Συνεπώς δημιουργείται το ερώτημα αν ο οικονομικός φορέας οφείλει να δηλώσει στο χρονικό αυτό σημείο ότι έχει συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, γεγονός που θα τον οδηγήσει σε αποκλεισμό (εφόσον δεν έχουν ληφθεί άλλα μέτρα αυτοκάθαρσης) ή να το παραλείψει, δεδομένου ότι δεν υφίσταται εις βάρος του

[17] *εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79.*

απόφαση και να διακινδυνεύει τον αποκλεισμό του εξαιτίας απόκρυψης της σχετικής αυτής πληροφορίας.

Την λύση σε όλους του ανωτέρω προβληματισμούς ήρθε να δώσει ο νομοθέτης, στην προσπάθειά του να ενισχύσει την διαδικασία διευθέτησης διαφορών και να παράσχει κίνητρα σε επιχειρήσεις που συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς να την επιλέξουν. Έτσι με την παρ. 1 του άρθρου 235 Ν.4635/2019, αντικατέστησε εκ νέου την διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, διευκρινίζοντας στην νέα υποπαράγραφο 3β ότι: «*Εφόσον συντρέχει ... υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ` επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Επανάληψη της παράβασης νοείται η έκδοση σχετικής διαπιστωτικής απόφασης εντός έξι (6) ετών από την προηγούμενη έκδοση άλλης διαπιστωτικής απόφασης. Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Επίσης, η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και για τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει εκδοθεί διαπιστωτική απόφαση παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δεν έχει ακόμα παρέλθει τριετία από την έκδοση αυτής*».

Κατά τον τρόπο αυτό ο νομοθέτης κατέστησε σαφές ότι επιδιώκει την δυνατότητα διατήρησης εντονότερου ανταγωνισμού στις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιων διαγωνισμών με την συμμετοχή και οικονομικών φορέων, οι οποίοι παρότι επέδειξαν στο παρελθόν αντιεπαγγελματική συμπεριφορά με την συμμετοχή τους σε καρτέλ, δύνανται να θεωρηθούν ότι αποκατέστησαν την αξιοπιστία και ακεραιότητά τους, χωρίς την επιπλέον υποχρέωση λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης, με την παραδοχή της παράβασής τους, την συνδρομή στο ερευνητικό έργο των δημόσιων αρχών (εν προκειμένω της Αρχής Ανταγωνισμού), την πληρωμή ή διευθέτηση πληρωμής του προστίμου που τους επεβλήθη και την παράλειψη τέλεσης της ίδιας παράβασης, σε κοντινό χρονικό σημείο με την πρώτη.

6. Συμπεράσματα

Το σημείο σύζευξης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων με το δίκαιο του ανταγωνισμού, βρίσκει την εντονότερη ίσως έκφανσή του στις περιπτώσεις αποκλεισμού οικονομικών φορέων από δημόσιο διαγωνισμό, οι οποίοι έχουν υποπέσει σε παραβάσεις σύναψης αντιανταγωνιστικών συμφωνιών.

Οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 στοιχείο γ), 7 και 10, δημιούργησαν νέες υποχρεώσεις και ευθύνες στις αναθέτουσες αρχές, οι οποίες κλήθηκαν να λάβουν υπόψη τους, αποφάσεις μιας τρίτης Ανεξάρτητης Αρχής και τη νομολογία σχετικά με τους κανόνες του δικαίου ανταγωνισμού, προκειμένου να είναι σε θέση να εφαρμόσουν ορθά τις διατάξεις.

Τόσο η ευρωπαϊκή όσο και η εθνική νομολογία δεν έχει ασχοληθεί με, ούτε αποσαφηνίσει ακόμη το σύνολο των ζητημάτων που ανέκυψαν και θα ανακύψουν μετά την ειδική πρόβλεψη περί αποκλεισμού οικονομικών φορέων από δημόσιους διαγωνισμούς και των προϋποθέσεων και του πλαισίου, εντός των οποίων αυτός μπορεί να επιβληθεί.

Ακόμη και η απόπειρα του εθνικού νομοθέτη να δώσει απάντηση σε αμφιβολίες που το νέο, ευρωπαϊκής προέλευσης καθεστώς δημιούργησε, απομένει να δοκιμαστεί στην πράξη, ως προς

την αποτελεσματικότητά της και να κριθεί από τη νομολογία ως προς την συμβατότητά της με το ευρωπαϊκό δίκαιο.

Ζητήματα Αναλογικότητας στην Ποινική Δίκη

Γεώργιος Β. Κάββαλος, Δικηγόρος, LL.M. Heidelberg

1. Ο σεβασμός της αρχής της αναλογίας μνημονεύεται ρητά και κατοχυρώνεται στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ. το οποίο ορίζει ότι: *«Τα δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου (...) τελούν υπό την εγγύηση του Κράτους (...) Οι κάθε είδους περιορισμοί που μπορούν κατά το Σύνταγμα να επιβληθούν στα δικαιώματα αυτά πρέπει να προβλέπονται είτε απευθείας από το Σύνταγμα είτε από το νόμο, εφόσον υπάρχει επιφύλαξη υπέρ αυτού και να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας»*.

Η διατύπωση στο Σύνταγμα έχει κεφαλαιώδη σημασία διότι η ποινική δικαιοσύνη είναι σε μεγάλο βαθμό εκείνος ο κρατικός θεσμός, ο οποίος αφορά σε μια βαριά προσβολή ή περιορισμό συνταγματικών ελευθεριών. Τη σχέση αυτή μεταξύ κράτους και ατόμου καλείται να ρυθμίσει η αρχή της αναλογικότητας καθώς η αρχή αυτή συνιστά όριο του περιορισμού των θεμελιωδών δικαιωμάτων και κατά τούτο γνώμονα της ουσιαστικής νομιμότητας των κρατικών παρεμβάσεων, καθώς επιτάσσει τον εύλογο και δίκαιο περιορισμό του ατομικού συμφέροντος[1].

Κάθε περιορισμός πρέπει να συντελείται «με σεβασμό» στην αρχή της αναλογικότητας. Η αρχή της αναλογικότητας περιλαμβάνει τρεις επιμέρους αρχές: α) την αρχή της προσφορότητας, κατά την οποία μόνο εκείνα τα περιοριστικά μέτρα είναι θεμιτά, τα οποία είναι πρόσφορα, δηλ. κατάλληλα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου από αυτά σημαντικού σκοπού, β) την αρχή της αναγκαιότητας, κατά την οποία μόνο εκείνα τα περιοριστικά μέτρα είναι θεμιτά, τα οποία είναι αναγκαία, είτε γιατί είναι τα μόνα που μπορούν να οδηγήσουν στον επιδιωκόμενο σκοπό, είτε γιατί είναι τα ηπιότερα από τα περισσότερα διαθέσιμα[2] και γ) την αρχή της αναλογικότητας υπό στενή έννοια. Μόνο εκείνα τα περιοριστικά μέτρα είναι θεμιτά, των οποίων η βαρύτητα βρίσκεται σε μια παραδεκτή αναλογία με τη σπουδαιότητα του συγκεκριμένου επιδιωκόμενου σκοπού[3]. Η ποινή είναι αναγκαία όταν υπάρχει ανάγκη να επιδιωχθεί ο στόχος. Η τιμώρηση της κλοπής είναι αναγκαία, διότι υπάρχει ανάγκη αποτροπής των κλοπών. Είναι κατάλληλη όταν επιτρέπεται η πιθανολόγηση ότι η κύρωση είναι αποτελεσματική[4]. Επομένως η εγκληματοποίηση μιας ανθρώπινης συμπεριφοράς θα πρέπει να συνεπάγεται μια ποινική κύρωση, η φύση και το ύψος της οποίας να τελεί σε ευθεία αναλογία με το είδος και την ένταση της εγκληματικής προσβολής[5].

Η αρχή της αναλογικότητας υπό ευρεία έννοια λειτουργεί σε όλα τα επίπεδα του ποινικού φαινομένου, καθώς αρχικά λειτουργεί στο επίπεδο αξιολόγησης των μορφών της ανθρώπινης συμπεριφοράς οι οποίες ανάγονται σε αξιόποινες, δηλαδή ποιες πράξεις επισύρουν αντίστοιχη ποινική κύρωση. Έπειτα η αρχή της αναλογικότητας εμφανίζει τη θεμελιώδη σημασία της στο πλαίσιο της διαδικασίας εξατομικεύσεως της ποινικής ευθύνης και επομένως της μεταχείρισης

---

[1] Θεοχάρης Δαλακούρας, Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, Ποινικά Χρονικά ΝΕ/2005, σελ. 961 επ.

[2] Βασίλης Τζέμος, Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, σελ. 560 επ.

[3] Αδάμ Παπαδαμάκης, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 281 επ., Νικόλαος Δημητράτος, Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική θεωρία και νομολογία, Ελληνική Δικαιοσύνη 2018, σελ. 1309 επ.

[4] Χρήστος Μυλωνόπουλος, ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΓΕΝΙΚΟΣ ΜΕΡΟΣ Ι, Αθήνα 2007, σελ. 13 επ.

[5] Νικόλαος Δημητράτος, Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική θεωρία και νομολογία, Ελληνική Δικαιοσύνη 2018, σελ. 1309 επ.

του καταδικασθέντος. Εδώ υπεισέρχονται οι τρεις προυποθέσεις κατά τα ανωτέρω για τον προσδιορισμό των ορθών κριτηρίων κατά την επιμέτρηση της ποινής[6].

Στενά συνδεδεμένη με την αρχή της αναλογικότητας είναι και η αρχή του σεβασμού της αξίας του ανθρώπου (άρθρο 2 παρ. 1 Συντ.). Επομένως μια δυσανάλογα βαριά ποινή π.χ. που υπερβαίνει προδήλως και κατά τρόπο ανυπόφορο τη βαρύτητα της πράξης, δεν παραβιάζει μόνο το άρθρο 25 παρ. 1, αλλά και το άρθρο 2 παρ. 1 του Συντ.[7]

2. Αρχή της αναλογικότητας σε διατάξεις του Ποινικού Κώδικα

Καθίσταται πρόδηλο ότι η αρχή της αναλογικότητας είναι το θεμελιώδες υπόβαθρο για την απονομή της ποινικής δικαιοσύνης στο κράτος δικαίου. Η ισχύς της ανωτέρω αρχής αποτυπώνεται και εξειδικεύεται κατ' ιδίαν σε πολλές επί μέρους ρυθμίσεις του ποινικού δικαιικού μας συστήματος. Εξάλλου η αρχή αυτή αναφέρεται ρητά σε άρθρα τόσο του Ποινικού Κώδικα όσο και της Ποινικής Δικονομίας. Συγκεκριμένα αναφέρεται στον Ποινικό Κώδικα: στο άρθρο 68 ΠΚ παρ. 2. *2. Δήμευση δεν επιβάλλεται, όταν το δικαστήριο, αυτεπαγγέλτως ή μετά από αίτημα διαδίκου ή τρίτου, κρίνει ότι αυτή είναι στη συγκεκριμένη περίπτωση δυσανάλογη, όπως όταν υπάρχει κίνδυνος να αποστερήσει τον καταδικασθέντα ή τρίτο, ιδίως την οικογένειά τους, από πράγμα που εξυπηρετεί τον αναγκαίο βιοπορισμό τους ή να προκαλέσει σε αυτούς υπέρμετρη και ανεπανόρθωτη βλάβη. Στις περιπτώσεις του προηγούμενου εδαφίου, το δικαστήριο μπορεί να επιβάλει ανάλογα περιορισμένη δήμευση ή να επιβάλει χρηματική ποινή, σύμφωνα με την παράγραφο 4.».*

Επιπλέον στο άρθρο 69 ΠΚ στην παρ. 2 όπου ορίζεται ότι *«2. Τα μέτρα ασφαλείας δεν μπορούν να επιβληθούν όταν η επιβολή τους παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας ενόψει της βαρύτητας της πράξης που έχει τελεστεί, της πράξης που υπάρχει κίνδυνος να τελεστεί, καθώς και της έντασης αυτού του κινδύνου. Για την αξιολόγηση των όρων αυτών απαιτείται ειδική αιτιολογία.».*

Ακόμα στο άρθρο 79 ΠΚ για την Δικαστική επιμέτρηση της ποινής όπου ορίζεται ότι *«Με την επιμέτρηση της ποινής καθορίζεται η ανάλογη και δίκαιη τιμωρία του εγκλήματος με βάση τη βαρύτητα της πράξης και το βαθμό ενοχής του υπαιτίου γι` αυτή. Το δικαστήριο σταθμίζει τα στοιχεία που λειτουργούν υπέρ και σε βάρος του υπαιτίου και συνεκτιμά τις συνέπειες της ποινής για τον ίδιο και τους οικείους του.».*

Και στο άρθρο 122 ΠΚ για τα αναμορφωτικά μέτρα άλλωστε ορίζεται με τον νέο ΠΚ ότι «*3. Η επιλογή του αναμορφωτικού μέτρου που πρόκειται να επιβληθεί διέπεται από την αρχή της επικουρικότητας, για την εφαρμογή της οποίας τα αναμορφωτικά μέτρα που προβλέπονται στα στοιχεία α`-θ` της πρώτης παραγράφου προτάσσονται των υπολοίπων. Το περιεχόμενο και η διάρκεια κάθε μέτρου πρέπει να είναι ανάλογα προς τη βαρύτητα της πράξης που έχει τελεστεί, την προσωπικότητα του ανηλίκου και τις βιοτικές του συνθήκες. Με αποφάσεις του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων ρυθμίζονται όλα τα θέματα που αφορούν στην επιβολή και εκτέλεση των μέτρων της πρώτης παραγράφου.»*

Μεγάλη αλλαγή συντελέστηκε με την ψήφιση του νέου ΠΚ καθώς στο άρθρο 85 ΠΚ προβλεπόταν ότι η ποινή μειωνόταν άπαξ. Η μείωση της ποινής εφαρμοζόταν μόνο μια φορά κατά το μέτρο που προέβλεπε το άρθρο 83 ΠΚ και όλοι οι πιο πάνω λόγοι μείωσης και

---

[6] Νικόλαος Δημητράτος, Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική θεωρία και νομολογία, Ελληνική Δικαιοσύνη 2018, σελ. 1309 επ.

[7] Νικόλαος Δημητράτος, Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική θεωρία και νομολογία, Ελληνική Δικαιοσύνη 2018, σελ. 1309 επ., Αδάμ Παπαδαμάκης, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 281 επ., Χρήστος Μυλωνόπουλος, ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΓΕΝΙΚΟΣ ΜΕΡΟΣ Ι, Αθήνα 2007, σελ. 13 επ.

ελαφρυντικές περιστάσεις λαμβάνονταν υπόψιν στην επιμέτρηση της ποινής. Όμως η διπλή μείωση εμφανιζόταν αναγκαία, κατ' επιταγή της αρχής της αναλογικότητας. Αυτό συνέβαινε στις περιπτώσεις όπου ο ένας λόγος μείωσης αναγόταν στο άδικο και ο άλλος στην ενοχή (π.χ. τέλεση απόπειρας εγκλήματος από δράστη με ελαττωμένο καταλογισμό). Αποκλεισμός της διπλής μείωσης σήμαινε τον αποκλεισμό της αναλογίας της ποινής με το συγκεκριμένο άδικο και την ενοχή, γεγονός που προσέκρουε στην αρχή της αναλογικότητας. Πλέον σύμφωνα με το άρθρο 85 ΠΚ *«1. Όταν στο πρόσωπο του υπαιτίου συντρέχουν περισσότεροι λόγοι μείωσης της ποινής ή όταν συντρέχουν ένας ή περισσότεροι τέτοιοι λόγοι μαζί με ελαφρυντικές περιστάσεις του άρθρου 84 ή περισσότερες ελαφρυντικές περιστάσεις, το δικαστήριο ελαττώνει περαιτέρω το κατώτατο όριο της μειωμένης κατά το άρθρο 83 ποινής ως εξής: α) τα πέντε έτη μειώνονται σε τρία, β) τα δύο έτη σε ένα, γ) το ένα έτος, σε έξι μήνες και δ) η μειωμένη ποινή της φυλάκισης, σε παροχή κοινωφελούς εργασίας ή χρηματική ποινή».*

Στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας αποσκοπεί άλλωστε και η προσθήκη της παραγράφου στο 84 ΠΚ όπου ορίζεται «ως ελαφρυντική περίπτωση λογίζεται και η μη εύλογη διάρκεια της ποινικής διαδικασίας που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του κατηγορουμένου». Εδώ πρέπει να τονίσουμε ότι κριτήριο για την κατάφαση της υπέρβασης αυτής δεν είναι μόνο η παρέλευση δυσανάλογα μεγάλου χρονικού διαστήματος από την τέλεση του εγκλήματος, αλλά συνεκτιμώνται η καταχρηστική ή παρελκυστική συμπεριφορά των διαδίκων κατά την εξέλιξη της δίκης, η πολυπλοκότητα των πραγματικών και νομικών ζητημάτων, η στάση των αρμόδιων κρατικών αρχών και το διακύβευμα της υπόθεσης για τον κατηγορούμενο. Το ποινικό Δικαστήριο κατά την επιμέτρηση της ποινής υποχρεούται να λάβει υπόψη του και να μνημονεύσει με συνοπτική αιτιολογία την κατά τα άνω υπέρβαση της εύλογης διάρκειας της διαδικασίας, εφόσον θετικά διαπιστώσει τη συνδρομή τέτοιας περίπτωσης, ενώ δεν υποχρεούται να αιτιολογήσει αρνητικά ότι δεν συντρέχει η περίπτωση αυτή, όταν, μάλιστα, δεν έχει υποβληθεί συναφής ισχυρισμός από τον κατηγορούμενο, δοθέντος και του ότι αυτός διατηρεί το δικαίωμα να προσφύγει συναφώς στα αρμόδια όργανα για τη δίκαιη ικανοποίησή του λόγω της καθυστέρησης της ποινικής διαδικασίας»[8].

Η ποινή η οποία ως βασική έννοια του ποινικού δικαίου πρέπει να είναι όχι μόνο σκόπιμη αλλά και αναγκαία με την έννοια ότι ο σκοπός, στην αναπόδραστη επίτευξη του οποίου είναι ταγμένη, δεν μπορεί να επιτευχθεί με άλλο ηπιότερο από αυτήν μέσο. Η αναγκαία ποινή οφείλει λοιπόν να είναι και δίκαιη, είναι δε δίκαιη μόνο τότε, όταν αντιστοιχεί σε κάτι ανάλογο από την πλευρά εκείνου, σε βάρος του οποίου επιβάλλεται[9]. Επομένως και το έγκλημα πρέπει να είναι ανάλογο της ποινής. Είναι άλλωστε, γνωστή η διατύπωση του γερμανικού και γαλλικού αστυνομικού δικαίου: Δεν κυνηγάει κανείς σπουργίτια με το κανόνι[10].

Η υποχρεωτική δήμευση, όπως είναι λ.χ. η δήμευση των μεταφορικών μέσων που έχουν χρησιμοποιηθεί για τη μεταφορά λαθρεμπορευμάτων, κατά το άρθρο 160 του Τελωνειακού Κώδικα (Ν. 2960/2001), εγείρει σοβαρά ζητήματα ως προς την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας. Ο Άρειος Πάγος με δύο αποφάσεις του έκρινε ότι οι σχετικές διατάξεις δεν έχουν πρόβλημα συμβατότητας με την αρχή της αναλογικότητας ακολουθώντας, ωστόσο δύο διαφορετικές αιτιολογίες: Κατά την πρώτη, «η παρεπόμενη ποινή της δήμευσης δεν είναι δυσανάλογη προς την βαρύτητα του εγκλήματος, διότι τυγχάνει ικανή να αποτρέψει τον δράστη από την τέλεση, δια του αυτού μεταφορικού μέσου, παρόμοιας στο μέλλον ποινικώς αξιόλογης αδικοπραγίας, καθόσον τα μεταφορικά μέσα είναι, ως τοιαύτα, λειτουργικά

[8] ΑΠ (Ποινική) 1191/2019 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos , ΠεντΕφΛαμ 14/2017 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos

[9] ΑΠ (Ποινική) 96/2010 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos

[10] Αδάμ Παπαδαμάκης, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 281 επ.

προορισμένα προς διάπραξη του (συγκεκριμένου) εγκλήματος»[11]. Κατά τη δεύτερη αιτιολογία, δεν υπάρχει παράβαση της αρχής της αναλογικότητας «ενόψει της ιδιαίτερης απαξίας της πράξης και της προβλεπόμενης γι' αυτήν ποινής φυλάκισης τουλάχιστον ενός έτους[12]». Όμως η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας σε σχέση με την παρεπόμενη ποινή μπορεί να κριθεί μόνο ενόψει της βαρύτητας του εγκλήματος για το οποίο επιβάλλεται η κύρια ποινή και όχι ενόψει της πιθανότητας τέλεσης νέου εγκλήματος, η οποία ούτε αφηρημένα δεν αξιολογείται από το νομοθέτη στη συγκεκριμένη περίπτωση. Και βέβαια είναι σε όλους γνωστό ότι τα μεταφορικά μέσα είναι από τη φύση τους προδήλως προορισμένα για να εξυπηρετούν τη μεταφορά ανθρώπων και όχι για την τέλεση εγκλημάτων. Για την αξιολόγηση της τήρησης του μέτρου της αναλογικότητας μόνο η δεύτερη αιτιολογία θα μπορούσε πράγματι να θεωρηθεί ουσιαστική. Όμως και σε αυτή την περίπτωση γεννάται το ερώτημα τι θα γίνει εάν στον υπαίτιο αναγνωρισθεί τα ελαφρυντικό και για τον λόγο αυτό του επιβληθεί μειωμένη ποινή π.χ. ποινή φυλάκισης λίγων μηνών με αναστολή. Τότε η δήμευση είναι ασφαλώς δυσανάλογη, ιδίως αν το όχημα αποτελούσε το μόνο μέσο βιοπορισμού του δράστη. Επομένως η ανελαστική πρόβλεψη της δήμευσης αποτελεί ευθεία παραβίαση της αναλογικότητας σε κάθε περίπτωση[13]. Αυτό το ζήτημα προέκυψε και με την απόφαση ΑΠ 813/2005[14] όπου επιβλήθηκε η δήμευση φορτηγού αξίας 30.000.000 δρχ. (90.000 ευρώ) ως παρεπόμενη ποινή για τη μεταφορά 15 δέντρων παράνομης υλοτομίας, ο δράστης της οποίας τιμωρήθηκε με φυλάκιση 30 ημερών ενώ η ζημία που προκλήθηκε στο δάσος ανερχόταν σε 100.000 δρχ. (300 ευρώ δηλαδή). Σύμφωνα με την άποψη της μειοψηφίας έπρεπε να αναιρεθεί η απόφαση διότι εν προκειμένω η δήμευση ενός οχήματος αξίας 90.000 ευρώ αντίκειται στην. Αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι το ύψος της ζημίας που προκλήθηκε από την πράξη της παράνομης υλοτομίας δεν υπερβαίνει τα 300 ευρώ και λαμβανομένου υπόψιν ότι στον κατηγορούμενο επιβλήθηκε (κύρια ποινή) φυλάκισης 30 ημερών.

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει πρόσφατη απόφαση[15]που δέχθηκε κατά την επιμέτρηση της ποινής και με επίκληση της αρχής της αναλογικότητας, ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση η χρηματική ποινή από 150.000 έως 200.000 ευρώ ανά παιγνιομηχάνημα του Ν. 4002/2011 για τα «τυχερά παίγνια» είναι δυσανάλογη σε σχέση με την απαξία του ποινικού αδικήματος για το οποίο κρίθηκε ένοχος ο κατηγορούμενος και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η ποινή που προβλέπεται στο νόμο δεν μπορεί να επιβληθεί σε περιπτώσεις όπου το αδίκημα έχει ελάχιστη βαρύτητα: διεξαγωγή τυχερών παιγνίων σε επαρχιακό καφενείο χωρίς ιδιαίτερα κέρδη για τον ιδιοκτήτη του καταστήματος. Εν τέλει το δικαστήριο επέβαλε χρηματική ποινή ύψους 2.000 ευρώ ανά παιγνιομηχάνημα.

Εδώ πρέπει να θίξουμε οπωσδήποτε το ζήτημα της προσαύξησης επί των χρηματικών ποινών και των επί μετατροπής στερητικών της ελευθερίας ποινών. Το επιπλέον ποσό που επιβάλλεται σύμφωνα με την υποπαράγραφο ΙΓ.1.εδάφιο 5 του άρθρου 1 ν. 4093/2012 ανέρχεται στο 110% της επιβληθείσας χρηματικής ποινής επί των επιβληθεισών από το ποινικό δικαστήριο ποινών (ήτοι επί της χρηματικής και επί της μετατροπής της στερητικής της ελευθερίας ποινής) δεν έχει το χαρακτήρα ποινής, αλλά πρόκειται για προσαύξηση η οποία δικαιολογείται καταρχήν από λόγους δημοσίου συμφέροντος. Το Δικαστήριο, όμως, λαμβάνοντας υπόψη αφενός μεν ότι η εν λόγω προσαύξηση επιβάλλεται από το νομοθέτη τόσο επί της επιβληθείσας χρηματικής ποινής χωρίς κλιμάκωση και χωρίς να προβλέπονται κριτήρια, αφετέρου δε ότι λόγω του μεγάλου ύψους αυτής, ήτοι 110%, η εν λόγω προσαύξηση καταλήγει να

[11] ΑΠ (Ποινική) 2084/2003 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos
[12] ΑΠ (Ποινική) 1022/2003 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos
[13] Αδάμ Παπαδαμάκης, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 281 επ.
[14] https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos
[15] ΤρΠλημΞανθ 838/2016 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos

υπερδιπλασιάζει τις επιβληθείσες από τον ποινικό δικαστή ποινές (στερητική της ελευθερίας και χρηματική), κρίνει ότι η ένδικη προσαύξηση αντίκειται στη συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας και, συνεπώς, είναι ανίσχυρη και μη εφαρμοστέα[16].

3. Αρχή της αναλογικότητας στην Ποινική Δικονομία

Στον ΚΠΔ άλλωστε στο άρθρο 251 παρ.2 προβλέπεται ότι *Κατά τη διενέργεια κάθε ανακριτικής πράξης ο ανακριτής «και οι ανακριτικοί υπάλληλοι»*

οφείλουν να τηρούν την αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 Συντάγματος), παράγραφος που προστέθηκε με τον νέο ΚΠΔ.

Το βαρύτερο μέτρο της προσωρινής κράτησης μπορεί να επιβληθεί μόνο εφόσον αιτιολογημένα κριθούν ανεπαρκείς οι περιοριστικοί όροι. Αν οι περιοριστικοί όροι κριθούν επαρκείς για την επίτευξη των σκοπών του άρθρου 282 ΚΠΔ, όπου βέβαια αποβλέπει και η προσωρινή κράτηση, η επιβολή της τελευταίας αποκλείεται. Με τον ίδιο τρόπο θα γίνει βέβαια και η επιλογή ανάμεσα στους λοιπούς περιοριστικούς όρους, για το αν ο κατηγορούμενος θα αφεθεί ελεύθερος «χωρίς όρους» ή με ποιους όρους. Η διαβαθμισμένη λοιπόν επιλογή των μέτρων δικονομικού καταναγκασμού απηχεί την αναγκαιότητα, ως συστατικό στοιχείο της ευρύτερης αρχής της αναλογικότητας. Ακόμα για την επιβολή της προσωρινής κράτησης ισχύει η γενική προϋπόθεση της επιβολής των περιοριστικών όρων, δηλαδή η ύπαρξη σοβαρών ενδείξεων ενοχής του κατηγορουμένου. Η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει, ωστόσο, την αξίωση ισχυρότερων ενδείξεων ενόψει της εξαιρετικής βαρύτητας του υπό συζήτηση μέτρου. Ενδείξεις που αρκούν για την επιβολή εγγυοδοσίας μπορεί, παρά τη σοβαρότητά τους, να μην επαρκούν για την επιβολή προσωρινής κράτησης. Οι σοβαρές ενδείξεις ενοχής που είναι ικανές να στηρίξουν την προσωρινή κράτηση, ενόψει της πολύ μεγάλης βαρύτητας του μέτρου και του κλονισμού της κοινωνικής υπόστασης εκείνου που το υφίσταται, αναδεικνύονται ως οι πρώτες στην ιεραρχία των πιθανολογήσεων που στηρίζουν δυσμενείς συνέπειες για τον κατηγορούμενο πριν από την οριστική καταδίκη[17].

Στο άρθρο 19 παρ. 3 Συντάγματος ορίζεται ότι «*απαγορεύεται η χρήση αποδεικτικών μέτρων που έχουν αποκτηθεί κατά παράβαση του άρθρου αυτού* (αφορά το Απόρρητο επιστολών, ανταπόκρισης & επικοινωνίας) *και των άρθρων 9* (άσυλο κατοικίας, ιδιωτική και οικογενειακή ζωή ατόμου) *και 9Α* (προστασία προσωπικών δεδομένων)». Γεννάται ως εκ τούτου, απόλυτη απαγόρευση αξιοποίησης των ως άνω αποδεικτικών μέσων, η οποία και ουδέποτε κάμπτεται χάριν της αποτελεσματικής λειτουργίας της ποινικής δικαιοσύνης. Αντίστοιχη απαγόρευση, δηλαδή απόλυτη και χωρίς στάθμιση θεσμοθετείται με τη νέα διάταξη του άρθρου 177 παρ. 2 ΚΠΔ, η οποία αποκλείει από όλο το φάσμα της ποινικής διαδικασίας την αποδεικτική αξιοποίηση μέσων που αποκτήθηκαν με (οποιαδήποτε) αξιόποινη πράξη ή μέσω αυτής. Εξαίρεση από την απαγόρευση αυτή εισάγεται με το άρθρο 12 Ν. 4637/2019, που επιτρέπει υπό ορισμένες προϋποθέσεις την αξιοποίηση κατά την παραπομπή και τη δίκη παρανόμων αποδεικτικών μέσων, εφόσον αφορούν σε κακουργηματικές πράξεις που υπάγονται στην αρμοδιότητα των Εισαγγελέων Ειδικών Καθηκόντων. Έχοντας υπόψη τα ανωτέρω μπορούμε να υποστηρίξουμε ότι η διάταξη του άρθρου 19 παρ. 3 Συντ. αλλά και η διάταξη του άρθρου 177 παρ. 2 ΚΠΔ δεν μπορούν να αποκλείσουν την αξιοποίηση παράνομα αποκτηθέντος αποδεικτικού μέσου προς όφελος του κατηγορουμένου, ιδίως αν η αθωότητά του προκύπτει άμεσα από αυτή και δεν μπορεί να αποδειχθεί κατ' άλλον τρόπο καθώς υπέρ της αξιοποίησης συνηγορεί μαζί με την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας και η αρχή της προστασίας του ανθρώπου και η αξία του αθώου κατηγορουμένου. Ο περιορισμός του απόλυτου χαρακτήρα

[16] ΜΔΠρΑθ 9737/2012, Ποινική Δικαιοσύνη 2013, σελ. 198 επ.

[17] Αδάμ Παπαδαμάκης, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 281 επ.

της απαγόρευσης θα πρέπει να προχωρήσει ακόμα παραπέρα κατ' εφαρμογή ακριβώς της αρχής της αναλογικότητας καθώς δεν θα πρέπει δικονομικές ρυθμίσεις να επιτρέπουν στο πλαίσιο της ποινικής απόδειξης μη αναγκαίους και δυσανάλογους περιορισμούς ατομικών δικαιωμάτων[18].

Σχετικά με την εγγύηση, αυτή μπορεί να καταβληθεί με τέσσερις διαφορετικούς τρόπους (με χρήματα, με ενέχυρο πραγμάτων, με αξιόχρεη υποθήκη, με εγγυητική επιστολή τράπεζας), οι οποίοι είναι ισοδύναμοι και εναλλακτικοί, ήτοι δεν τελούν σε σχέση ιεραρχίας, ούτε προβλέπεται στον νόμο η προτίμηση της καταβολής της εγγύησης σε χρήματα. Το δικαστικό όργανο που επιβάλλει τον περιοριστικό όρο της εγγυοδοσίας μπορεί να εξειδικεύσει και τον τρόπο καταβολής της, οπότε ο κατηγορούμενος ή ο τρίτος δύναται να την καταβάλει μόνο με τον ορισθέντα πλέον τρόπο. Η επιλογή του τρόπου καταβολής της εγγύησης από το δικαστικό όργανο γίνεται με ελεύθερη κρίση, με βάση τις αρχές της αναλογικότητας και της απαγόρευσης του υπερμέτρου, οι οποίες διέπουν κάθε ανακριτική ενέργεια, η δε απόφασή του πρέπει να είναι ειδικά και εμπεριστατωμένα αιτιολογημένη. Επομένως, θα πρέπει να επιλέγεται ο λιγότερο επαχθής για τον κατηγορούμενο τρόπος, αρκεί να εξασφαλίζεται το αξιόχρεο της καταβολής της εγγυοδοσίας. Σε περίπτωση που ο ανακριτής έχει επιβάλει τον περιοριστικό όρο της εγγυοδοσίας και προσδιόρισε συγκεκριμένο τρόπο καταβολής αυτής, ο κατηγορούμενος έχει δικαίωμα να ζητήσει από αυτόν να μεταβάλει τον τρόπο καταβολής της εγγυοδοσίας και ο ανακριτής δύναται να ορίσει διαφορετικό τρόπο καταβολής της και να τάξει ορισμένη προθεσμία καταβολής της ορισθείσας εγγυοδοσίας[19].

Ακόμα, σύμφωνα με το άρθρο 295 του νέου ΚΠΔ *«1. Αν ως περιοριστικός όρος τεθεί η καταβολή εγγύησης, το ύψος καθώς και το είδος και το αξιόχρεο της εγγύησης, ορίζονται με ελεύθερη κρίση, αφού ληφθεί υπόψη η ποινή που επιβάλλεται στην πράξη, καθώς και η οικονομική και η ηθική κατάσταση του κατηγορουμένου. 2. Η εγγύηση δίνεται από τον κατηγορούμενο ή και από κάθε άλλον τρίτο. Το ποσό που ορίστηκε καταβάλλεται, κατ' επιλογή του κατηγορουμένου, σε χρήματα ή με εγγυητική επιστολή τράπεζας ή με αξιόχρεη υποθήκη εντός εύλογης προθεσμίας που ορίζεται από τον ανακριτή. Η εγγύηση δίνεται στο γραμματέα του δικαστηρίου, και συντάσσεται σχετική έκθεση, που υπογράφεται από εκείνον που παρέχει την εγγύηση, τον κατηγορούμενο, τον εισαγγελέα και το γραμματέα. 3. Για κάθε αμφισβήτηση που προκύπτει ως προς την παροχή της εγγύησης αποφασίζει ανέκκλητα το συμβούλιο ή το δικαστήριο»*. Κατά τον καθορισμό του ποσού της εγγυοδοσίας πρέπει να τηρείται η αρχή της αναλογικότητας του άρθρου 25 παρ. 1 Συντ. έτσι ώστε «η ελεύθερη κρίση» να μη είναι αυθαίρετη, αλλά να λαμβάνει υπόψη όχι μόνο τη βαρύτητα του εγκλήματος, τη σοβαρότητα των ενδείξεων ενοχής, αλλά επίσης την αναμενόμενη ποινική κύρωση, που δεν πρέπει να πιθανολογείται υπό αναστολή, την οικονομική κατάσταση του κατηγορουμένου και την προσωπικότητά του κατά τα άρθρα 79 και 80 ΠΚ[20].

4. Η αρχή της αναλογικότητας στην ΕΣΔΑ και στον ΧΘΔΕΕ

Ως γενική αρχή του δικαίου η αναλογικότητα βρίσκει προφανώς εφαρμογή και σε διεθνή κείμενα τα οποία κατοχυρώνουν ατομικά δικαιώματα σε υπερεθνικό επίπεδο. Στην Ευρωπαική Σύμβαση Δικαιωμάτων του ανθρώπου οι περιορισμοί θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών υπόκεινται σε κριτήρια αναλογικότητας. Στα άρθρα 8,9,10 και 11 ΕΣΔΑ κατοχυρώνονται θεμελιώδη ατομικά δικαιώματα όπως της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, ελευθερία έκφρασης κ.α.. Στις δεύτερες παραγράφους των ανωτέρω άρθρων τονίζεται ότι

[18] Αδάμ Παπαδαμάκης, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 281 επ., Γεώργιος Τριανταφύλλου, Αποδεικτικές Απαγορεύσεις και αρχή της αναλογικότητας, Ποινικά Χρονικά ΝΖ/2007 σελ.295 επ.
[19] ΔιατΑνακρΠρΠατρ 22/2019 Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 1374 επ.
[20] ΣυμβΠλημΑθ 3384/2019 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos

αυτές οι ελευθερίες δεν υπόκεινται σε άλλους περιορισμούς πέραν εκείνων που προβλέπονται από το νόμο και αποτελούν αναγκαία μέτρα σε μια δημοκρατική κοινωνία. Με τη ρήτρα της αναγκαιότητας των περιορισμών προσδίδεται στις σχετικές διατάξεις το στίγμα της αρχής αναλογικότητας η οποία ωστόσο δεν μνημονεύεται ρητώς στη ΕΣΔΑ[21]. Επιπλέον, το ΕΔΔΑ σε πολλές αποφάσεις του έχει καταδείξει ότι η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί το βασικό ερμηνευτικό εργαλείο στην απάντηση για το εάν έγινε ή όχι σεβαστό το άρθρο 6 ΕΣΔΑ για δίκαιη δίκη, δηλαδή για την αρχή της αναλογικότητας σε θέματα όπως το δικαίωμα πρόσβασης στο δικαστήριο, το τεκμήριο της αθωότητας και το δικαίωμα εκπροσωπήσεως από κατηγορούμενο[22].

Επιπλέον στον Χαρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ στο άρθρο 49 παρ. 3 ορίζεται ότι *«η αυστηρότητα της ποινής δεν πρέπει να είναι δυσανάλογη προς το αδίκημα»* ενώ και στο γενικότερο άρθρο 52 για την εμβέλεια και ερμηνεία των δικαιωμάτων και των αρχών ορίζεται ότι *«…Τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, περιορισμοί επιτρέπεται να επιβάλλονται….».* Η αρχή της αναλογικότητας των αδικημάτων και των ποινών που κατοχυρώνεται στην παρ. 3 του άρθρου 49 ΧΘΔΕΕ αποτελεί όριο στην ποινική νομοθέτηση της Ένωσης[23].

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η απόφαση του ΕΔΔΑ Apostolovi κατά Βουλγαρίας[24] της 07.11.2019 για την αρχή της αναλογικότητας στη δέσμευση περιουσιακών στοιχείων. Οι προσφεύγοντες υπέστησαν δέσμευση όλων των περιουσιακών τους στοιχείων λόγω εκκρεμούσας ποινικής διαδικασίας κατά του πρώτου προσφεύγοντος για τραπεζικό αδίκημα. Η υπόθεση αφορούσε τη δέσμευση περιουσιακών στοιχείων του ζεύγους εν αναμονή της ποινικής διαδικασίας κατά του συζύγου για τραπεζικό αδίκημα και την καταγγελία τους ότι αυτό τους είχε προκαλέσει δυσκολίες να πληρώσουν τα ιατρικά έξοδα του γιού τους ο οποίος έπασχε από σοβαρή αναπηρία. Βασιζόμενοι ιδίως στο άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου (προστασία της ιδιοκτησίας) της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα, το προσφεύγον ζευγάρι κατήγγειλε ότι η δέσμευση των περιουσιακών στοιχείων τους, τόσο αρχικά όσο και στα επόμενα χρόνια, ήταν παράνομη και αδικαιολόγητη. Το ΕΔΔΑ, διαπίστωσε ότι η εγχώρια νομοθεσία της Βουλγαρίας επιτρέπει την επιβολή δέσμευσης περιουσιακών στοιχείων ως παρεπόμενη ποινή, κρίνει όμως ότι το καθήκον των εθνικών δικαστηρίων ήταν να βεβαιωθούν ότι η δήμευση των περιουσιακών στοιχείων του πρώτου προσφεύγοντα δεν θα του προκαλέσει περισσότερη ζημία από εκείνη που αναπόφευκτα απορρέει από τα μέτρα αυτά. Το κύριο ζήτημα είναι αν υπήρχε εύλογη σχέση αναλογικότητας μεταξύ του σκοπού και των μέσων που χρησιμοποιήθηκαν για την επίτευξη αυτού του στόχου. Κατά το ΕΔΔΑ τα εγχώρια Δικαστήρια παρέλειψαν να διαπιστώσουν αν η πραγματική ζημία που υπέστησαν οι θιγόμενοι ήταν εκτενέστερη από εκείνη που είναι αναπόφευκτη. Διαπιστώνεται παραβίαση του άρθρου 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ.

Στην απόφαση του ΕΔΔΑ Dorneanu κατά Ρουμανιας κρίθηκε ότι η κράτηση καρκινοπαθούς σε τερματικό στάδιο παραβιάζει το άρθρο 3 της Σύμβασης σύμφωνα με το οποίο «Ουδείς επιτρέπεται να υποβληθεί εις βασάνους ούτε εις ποινάς ή μεταχείρισιν απανθρώπους ή εξευτελιστικάς». Ο καταδικασθείς για αδικήματα οικονομικής φύσεως προσφεύγων, διαγνώστηκε ότι πάσχει από καρκίνο του προστάτη, προτού η καταδίκη του για συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση καταστεί αμετάκλητη. Λόγω της ιατρικά βεβαιωμένης σοβαρότητας της κατάστασης της υγείας του, ο προσφεύγων ζήτησε να διακοπεί η εκτέλεση της ποινής που του είχε επιβληθεί. Λαμβάνοντας υπόψιν τη γνωμάτευση του εθνικού ιατροδικαστικού

[21] Αριστομένης Τζανετής, Ζητήματα εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας σε διεθνή κείμενα. Το παράδειγμα της ΕΣΔΑ και του Καταστατικού του Διεθνούς Ποινικού Δικαστηρίου, Ποινικά Χρονικά ΝΣΤ/2006 σελ. 201 επ.
[22] Αθανάσιος Ζαχαριάδης, Αρχή της αναλογικότητας και δίκαιη δίκη, Ποινικά Χρονικά ΝΣΤ/2006, σελ. 873 επ.
[23] Βασίλης Τζέμος, Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, σελ. 560 επ.
[24] https://www.echrcaselaw.com/

ινστιτούτου, το Δικαστήριο έκανε δεκτό το αίτημα του προσφεύγοντος αλλά το Εφετείο το απέρριψε, κάνοντας δεκτή την έφεση του εισαγγελέα, με το σκεπτικό ότι η διακοπή εκτέλεσης της ποινής δεν δικαιολογούνταν από τη στιγμή που ο προσφεύγων μπορούσε να εισαχθεί υπό εποπτεία σε νοσοκομείο. Ο προσφεύγων εισήχθη εκ νέου στη φυλακή για την εκτέλεση της ποινής που του είχε επιβληθεί, κάτι που είχε ως αποτέλεσμα η κατάσταση της βεβαρυμμένης υγείας του να επιδεινωθεί δραματικά και η χημειοθεραπεία, η συνέχιση της οποίας κατέστη αδύνατη, να αντικατασταθεί από παροχή καταπραϋντικής φροντίδας με σκοπό να μειωθούν οι οστικοί του πόνοι. Με αίτημά του στον Ρουμάνο Πρόεδρο και στον Διευθυντή των φυλακών, ο προσφεύγων ζήτησε την αποφυλάκισή του, επισημαίνοντάς τους ότι βρίσκεται καθηλωμένος στο κρεβάτι, όντας τυφλός και κουφός, ότι εντός φυλακής κανείς δεν μπορούσε να τον βοηθήσει για τις καθημερινές του ανάγκες, ότι πρόκειται να πεθάνει και ότι ήθελε να περάσει το σύντομο υπόλοιπο της ζωής του μαζί με την οικογένειά του. Ο προσφεύγων εισήχθη εκ νέου στο νοσοκομείο όπου απεβίωσε, μετά από την προσφυγή του στο ΕΔΔΑ. Έχοντας σε ένα πρώτο χρόνο διαπιστώσει το νόμιμο συμφέρον του υιού του αποθανόντος προσφεύγοντος να εξετασθεί επί της ουσίας η προσφυγή και αφού επανέλαβε την πάγια νομολογιακή θέση. Οι αρχές δεν έδωσαν τη δέουσα σημασία στο ερώτημα αν η κατάσταση της υγείας του προσφεύγοντος του επέτρεπε να παραμείνει φυλακισμένος. Για τους παραπάνω λόγους και ακριβέστερα επειδή ο ευρισκόμενος σε τερματικό στάδιο καρκινοπαθής προσφεύγων υπέστη, εν προκειμένω, απάνθρωπη μεταχείριση, το Δικαστήριο διαπίστωσε παραβίαση του άρθρου 3 της Σύμβασης[25].

Για το άρθρο 49 παρ. 3 ΧΘΔΕΕ αξίζει να σημειωθεί το οποίο εφαρμόζεται και σε κυρώσεις που δεν έχουν ποινικό χαρακτήρα αλλά διοικητικό με πλείστες όσες αποφάσεις που αφορούν την αρχή της αναλογικότητας επί της επιβολής προστίμου[26]. Ενδιαφέρον παρουσιάζει το ζήτημα που προέκυψε στην υπόθεση C-294/16[27]. Η 2002/584/ΔΕΥ απόφαση-πλαίσιο του Συμβουλίου στο άρθρο 26 για την αφαίρεση της περιόδου κρατήσεως στο κράτος μέλος εκτέλεσης «*1. Το κράτος μέλος έκδοσης του εντάλματος αφαιρεί τυχόν περίοδο κράτησης που απορρέει από την εκτέλεση ευρωπαϊκού εντάλματος σύλληψης από τη συνολική διάρκεια στέρησης της ελευθερίας στο κράτος μέλος έκδοσης του εντάλματος λόγω καταδίκης σε στερητική της ελευθερίας ποινή ή στερητικό της ελευθερίας μέτρο ασφάλειας.*» Ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, ο JZ ζήτησε να αφαιρεθεί από την επιβληθείσα σε αυτόν στερητική της ελευθερίας ποινή η χρονική περίοδος κατά την οποία τέθηκε σε κατ' οίκον περιορισμό και σε ηλεκτρονική επιτήρηση στο Ηνωμένο Βασίλειο. Υποστήριξε, μεταξύ άλλων, ότι, δυνάμει του άρθρου 26, παράγραφος 1, της αποφάσεως-πλαισίου 2002/584/ΔΕΥ, η απόφαση σχετικά με την αφαίρεση της χρονικής διάρκειας του μέτρου ασφαλείας από την ποινή που του επιβλήθηκε πρέπει να ληφθεί βάσει των διατάξεων που ισχύουν στο Ηνωμένο Βασίλειο, δυνάμει των οποίων μέτρο ασφαλείας που συνίσταται στην ηλεκτρονική επιτήρηση του ενδιαφερόμενου προσώπου με διάρκεια ίση ή μεγαλύτερη από οκτώ ώρες ημερησίως πρέπει, κατ' αυτόν, να θεωρηθεί ως στερητική της ελευθερίας ποινή.

Εξάλλου, τυχόν αποδοχή μιας στενής ερμηνείας του όρου «κράτηση», και συγκεκριμένα υπό την έννοια ότι το άρθρο 26, παράγραφος 1, της αποφάσεως-πλαισίου 2002/584/ΔΕΥ τυγχάνει εφαρμογής μόνον επί των κλασικών μορφών της στερήσεως της ελευθερίας, όπως είναι η φυλάκιση ή η προσωρινή κράτηση, θα μπορούσε, κατά το αιτούν δικαστήριο, να έχει ως αποτέλεσμα την παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, την οποία κατοχυρώνει το άρθρο 49, παράγραφος 3, του Χάρτη. Το Δικαστήριο αποφάσισε ότι το άρθρο 26, παράγραφος 1, της αποφάσεως-πλαισίου 2002/584/ΔΕΥ του Συμβουλίου για το ευρωπαϊκό ένταλμα σύλληψης

[25] Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ.998 επ.
[26] Βασίλης Τζέμος, Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, σελ. 560 επ.
[27] http://curia.europa.eu/

και τις διαδικασίες παράδοσης μεταξύ των κρατών μελών, όπως τροποποιήθηκε με την απόφαση-πλαίσιο 2009/299/ΔΕΥ του Συμβουλίου, έχει την έννοια ότι μέτρα όπως ο κατ' οίκον περιορισμός επί εννέα ώρες κατά τη διάρκεια της νύκτας, σε συνδυασμό με την επιτήρηση του ενδιαφερόμενου προσώπου με χρήση ηλεκτρονικής συσκευής, με την υποχρέωση να παρουσιάζεται επί καθημερινής βάσεως ή πολλές φορές την εβδομάδα σε αστυνομικό τμήμα σε συγκεκριμένες ώρες καθώς και με την απαγόρευση να ζητήσει τη χορήγηση εγγράφων που καθιστούν δυνατή την αναχώρησή του στην αλλοδαπή, δεν έχουν, καταρχήν, λαμβανομένων υπόψη του είδους, της διάρκειας, των αποτελεσμάτων και των λεπτομερών κανόνων εκτελέσεως του συνόλου των μέτρων αυτών, τόσο καταναγκαστικό χαρακτήρα ώστε να συνεπάγονται στέρηση της ελευθερίας συγκρίσιμη προς εκείνη που απορρέει από τη φυλάκιση και να μπορούν, ως εκ τούτου, να χαρακτηριστούν ως «κράτηση» κατά την έννοια της προαναφερθείσας διατάξεως, πράγμα το οποίο εναπόκειται πάντως στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει.

5. Συμπεραίνουμε, επομένως, ότι η αρχή της αναλογικότητας παρόλο που δεν είναι συνταγματικός κανόνας με αυτοτελές περιεχόμενο ώστε να μπορεί να αποτελέσει μόνη της το κριτήριο ελέγχου των νομοθετικών επιλογών, χρησιμεύει ωστόσο ως ευπρόσδεκτη ερμηνευτική αρχή, τόσο για τον καθορισμό του επιτρεπτού ορίου των περιορισμών των κατ' ιδίαν συνταγματικών δικαιωμάτων, όσο και για τον ερμηνευτικό επανακαθορισμό ζητημάτων αιχμής και του ποινικού δικαίου[28]. Θα μπορούσε δηλαδή κάποιος να ισχυριστεί ότι οποιαδήποτε απόφαση ποινικού Δικαστηρίου ακόμα και αν δεν αναφέρεται ρητά στην αρχή της αναλογικότητας, την έχει λάβει υπόψιν, αφού η εν λόγω αρχή «συνοδεύει» μία απόφαση ποινικού Δικαστηρίου σε όλα τα μέρη της. Το αυτό ισχύει και για τις αποφάσεις του ΕΔΔΑ και του ΔΕΕ.

Εν κατακλείδι σύμφωνα με όλα τα παραπάνω ο Δικαστής ως ο κύριος και πραγματικός αποδέκτης της επιταγής του άρθρου 25 παρ. 1 Συντ. οφείλει να εφαρμόζει την περιοριστική των θεμελιωδών δικαιωμάτων διάταξη του Συντάγματος με τρόπο ώστε να γίνεται σεβαστή η αρχή της αναλογικότητας[29]. Αποδέκτης της συνταγματικής αρχής είναι όχι μόνο ο νομοθέτης αλλά και ο δικαστής ο οποίος πρέπει να εφαρμόζει απευθείας την αρχή αυτή κατά την άσκηση του δικαιοδοτικού του έργου[30].

[28] Αδάμ Παπαδαμάκης, Ζητήματα της αρχής της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, Ποινική Δικαιοσύνη 2019, σελ. 281 επ.
[29] Ν.Κ. Ανδρουλάκης, «…να σέβονται την αρχή της αναλογικόητας», Ποινικά Χρονικά ΝΖ/2007, σελ. 865 επ.
[30] ΑΠ (Πολιτική) 9/2015 https://lawdb.intrasoftnet.com/nomos

Η Παραγραφή του Δικαιώματος Καταλογισμού και Αναγκαστικής Είσπραξης Ασφαλιστικών Εισφορών σε βάρος των Αυτοαπασχολούμενων: το παράδειγμα του πρώην Ταμείου Νομικών

Σωτήριος Αθανασίου, Δικηγόρος

Ι) Το διερευνώμενο γνωστικό αντικείμενο της παρούσης εισήγησης και ο αναγκαίος περιορισμός αυτού.

1) Το γνωστικό αντικείμενο της παρούσας μελέτης, όπως αυτό αναφέρεται παραπάνω, άπτεται δύο πολύ μεγάλων θεματικών ενοτήτων.

Ειδικότερα: α) Η πρώτη θεματική ενότητα άπτεται του ευρύτατου νομικού πεδίου της παραγραφής απαιτήσεων φορέων δημοσίας εξουσίας (Δημόσιο, Ν.Π.Δ.Δ., Ο.Τ.Α., Φ.Κ.Α. κλπ.) σε βάρος των υπόχρεων, που απορρέουν από δημοσίου δικαίου ενοχές, στο πλαίσιο του οποίου αναφύονται πλείστα όσα επί μέρους νομικά ζητήματα, μείζονος σημασίας και σπουδαιότητας, όπως είναι: η έννοια της δημοσίου δικαίου ενοχής, η έννοια και η νομική φύση της παραγραφής της δημοσίου δικαίου ενοχής, η αφετηρία, λήξη, διακοπή, τα στάδια και τα αποτελέσματα της παραγραφής, η πολλαπλή ποινικοποίηση της (ασφαλιστικής) υπερημερίας των υπόχρεων και, ιδίως, οι συνέπειες της ποινικής παραγραφής στη διοικητική δίκη που αφορά την ίδια παράλειψη και το αντίστροφο, από την άποψη της εφαρμογής ή μη της αρχής non bis in idem και του τεκμηρίου αθωότητας, τα προνόμια των δημοσίων αρχών κ.λ.π. β) Η δεύτερη θεματική ενότητα άπτεται της έννοιας της ασφαλιστικής ενοχής και της νομικής φύσεως των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοαπασχολούμενων στο πλαίσιο του αναδιανεμητικού συστήματος κοινωνικής ασφάλισης και των νομικών συνεπειών των επιμέρους νομικών ζητημάτων, μείζονος σημασίας και σπουδαιότητας, που αναφύονται στα πλαίσια αυτά. Ειδικότερα η δεύτερη θεματική ενότητα αφορά το μείζονος νομικής σημασίας και σπουδαιότητας ζήτημα της φύσεως των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοαπασχολούμενων, ως βάρους στην περιουσία τους (από την οποία και πληρώνονται), στα πλαίσια της δημοσίου δικαίου ασφαλιστικής ενοχής τους και της συνεισφοράς τους στην κάλυψη δημοσίων βαρών για την εκπλήρωση δημοσίου σκοπού και της συμμετοχής τους στις δημόσιες θυσίες, καθώς και τις νομικές συνέπειες που επέρχονται εκ της φύσεως αυτής σε πλείστα όσα επι μέρους νομικά ζητήματα, όπως είναι : η εφαρμογή των συνταγματικών και υπερνομοθετικών εγγυήσεων υπέρ των πολιτών κατά της επιβολής εις βάρος τους υπέρμετρων (χρονικά και ποσοτικά) δημοσίων βαρών, τα νομικά κενά και η πλήρωσή τους, οι νομικές ανακολουθίες και οι νομικές παραδοξότητες του θεσμικού πλαισίου που διέπει την παραγραφή των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοαπασχολούμενων ασφαλισμένων (με παράδειγμα ανάλυσης το πρώην Ταμείο Νομικών) κλπ.

Με άλλα λόγια, το υπό διερεύνηση γνωστικό αντικείμενο της παρούσας μελέτης αφορά ένα πολυδιάστατο, πολύπλευρο, περίπλοκο, πολυσύνθετο, πολυπαραμετρικό και πολύπτυχο νομικό πρόβλημα, του οποίου δεν είναι δυνατή η πλήρης προσέγγιση και η διερεύνηση όλων των πλευρών, πτυχών, παραμέτρων και διαστάσεων που το συγκροτούν και το συνθέτουν στα στενά πλαίσια της παρούσας εισήγησης.

2) Για τους λόγους αυτούς η παρούσα διαπραγμάτευση κατ' ανάγκη θα περιορισθεί στα παρακάτω νομικά ζητήματα, που αναφύονται στα πλαίσια των παρακάτω κατηγοριών και

κριτηρίων ανάλυσης, με βάση τις πρόσφατες νομοθετικές και νομολογιακές εξελίξεις, που αποτελούν και την αφορμή για την εκπόνηση της παρούσας μελέτης

ΙΙ) Οι πρόσφατες νομολογιακές και νομοθετικές εξελίξεις σε ότι αφορά την εύλογη διάρκεια της παραγραφής των δημοσίου δικαίου ενοχών και την επιμήκυνση (παράταση) αυτής: Το πρόβλημα και οι διαστάσεις του

1) Σύμφωνα με την πρόσφατη νομολογία του ΣτΕ και ειδικότερα, την 1738/2017 ‘’γενέθλια’’ απόφαση, η Ολομέλεια του Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου της χώρας, κρίνοντας, κυρίως, επι φορολογικής ενοχής, που αφορούσε την παραγραφή του δικαιώματος του Δημοσίου προς επιβολή φόρου, προστίμου κλπ. και την επιμήκυνση του χρόνου αυτού για άδηλο χρονικό διάστημα, με διαδοχικές νομοθετικές ρυθμίσεις, δέχτηκε τα ακόλουθα:

α. Στον ουσιαστικό νόμο που διέπει την οικεία (φορολογική) ενοχή δημοσίου δικαίου πρέπει να προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια χρόνος παραγραφής του δικαιώματος προς καταλογισμό, ώστε να είναι εκ των προτέρων γνωστή και προβλέψιμη η διάρκεια της ευθύνης στο πλαίσιο της οικείας δημοσίου δικαίου ενοχής, ιδίως όταν πρόκειται για δημοσίας τάξεως διατάξεις που μπορεί να έχουν σοβαρές οικονομικές και άλλες νομικές επιπτώσεις σε βάρος των υπόχρεων

β. Ο συνολικός χρόνος της εν λόγω παραγραφής πρέπει να έχει εύλογη διάρκεια, νοούμενης ως τέτοιας, και, ως αυτόνομης συνταγματικής και υπερνομοθετικής εννοίας, της πενταετίας

γ. Ο χρόνος παραγραφής (και ιδίως, η αφετηρία, διάρκεια και λήξη του) δεν μπορεί να συναρτάται από προηγούμενη ενέργεια της διοικήσεως

δ. Η (συνταγματική και υπερνομοθετική) αρχή της ασφάλειας δικαίου δεν επιτρέπει να μεταβάλλεται αναδρομικά η διάρκεια της παραγραφής, πέραν του προηγουμένου έτους, εκείνου στο οποίο ανάγεται η γέννηση της οικείας ενοχής, δηλαδή της οικείας υποχρεώσεως.

ε. Η παραγραφή συνιστά θεσμό ουσιαστικού δικαίου και ουσιαστικό στοιχείο της οικείας ενοχής[1] (2)

2. Οι ανωτέρω νομολογιακές θέσεις της Ολομελείας του ΣτΕ έγιναν αμέσως δεκτές τόσο από την νομολογία των τμημάτων όσο και από την νομολογία των τ.δ.δ.[2]

3) Οι ανωτέρω νομολογιακές θέσεις στηρίζονται τόσο στη νομολογία του ΕΔΔΑ[3] όσο και του ΔΕΕ[4] τις οποίες και αποδέχθηκε και το ΣτΕ.

4) Επίσης το ΕΔΔΑ είχε ήδη δεχθεί σε ελληνικού ενδιαφέροντος υποθέσεις ότι η αφετηρία κάθε προθεσμίας πρέπει να προσδιορίζεται σαφώς στο νόμο και να είναι εκ των προτέρων γνωστή στους ενδιαφερομένους και να μην εξαρτάται από τυχαία και μη γνωστά εκ

---

[1] Βλ. αναλυτικά Τριαντάφυλλο Ζολώτα και Ευαγγελία Σουλτανίδου σε «Παραγραφές υπέρ και κατά του Δημοσίου», Αθήνα, 2018, Νομική Βιβλιοθήκη, Επιμέλεια Βασίλειος Ανδρουλάκης.

2 Βλ. ΣτΕ 172, 173/2018, 403/2018,732/2019,2932,2934,2935/2017 για την πενταετία, ως πάγιο και γενικό κανόνα συνταγματικής και υπερνομοθετικής περιωπής και Ολ.Στε 2649/2017, Ολ. ΣτΕ 3312/2017, Ολ. ΣτΕ 3174/2014, βλ. επίσης και Δ.Εφ. Θεσσαλ. 1655/2018)

3 Βλ. αποφ. της 9-1-2013 , Volvov κατά Ουκρανίας, αριθμ. προσφ. 21722/2011, αποφ. της 3-3-2015, Dimitrovi κατά Βουλγαρίας αριθμ. προσφ. 12655/2009)

4 Αποφ. της 17-9-2014, C- 341/2013 Cruz και Companhia Lda κατά Instituto de Finaciamento da Agricultura e Pescas, I.P (IFAP)]

των προτέρων γεγονότα, που καθιστούν άδηλη την διάρκεια της. Διαφορετικά δεν ικανοποιούνται οι επιταγές της κυριαρχίας του δικαιώματος, της ασφάλειας και βεβαιότητας του δικαίου, της ισότητας έναντι του νόμου, της ισότητας έναντι των διαδίκων και της ισότητας των όπλων[5]

5) Τέλος τόσο το ΣτΕ (Ολ. ΣτΕ 3174/2014), όσο και το ΕΔΔΑ (αποφ. της 22-6-2000) έχουν δεχθεί ήδη ότι δεν μπορεί να τύχει αναδρομικής εφαρμογής διάταξη που προβλέπει μεγαλύτερο χρόνο παραγραφής, επί απαιτήσεων που ήδη έχουν υποκύψει στην παραγραφή, διότι έτσι αναβιώνει ήδη παραγεγραμμένη οφειλή

6) Από τα παραπάνω αβίαστα συνάγεται ότι ο μη σαφής καθορισμός στο νόμο προθεσμίας παραγραφής και η μη ρητή και μη σαφής πρόβλεψη της αφετηρίας της, διάρκειας και λήξης της, ώστε να είναι εκ των προτέρων γνωστή και προβλέψιμη η διάρκεια της ευθύνης στο πλαίσιο της οικείας δημοσίου δικαίου ενοχής καθώς και η επιμήκυνση της για αόριστο χρονικό διάστημα και ο καθορισμός χρόνου παραγραφής μεγαλύτερου της πενταετίας, η οποία, πλέον, αποτελεί πάγιο και γενικό κανόνα συνταγματικής και υπερνομοθετικής περιωπής, και η τυχόν αναβίωση παραγεγραμμένης απαιτήσεως, αντίκειται στο Σύνταγμα, στην ΕΣΔΑ και στο Ενωσιακό Δίκαιο. Και τούτο διότι, με τον τρόπο αυτό παραβιάζονται οι συνταγματικές και υπερνομοθετικές αρχές της ασφάλειας και βεβαιότητας δικαίου, της προβλεψιμότητας του νόμου ως προς την διάρκεια της ευθύνης στο πλαίσιο της οικείας δημοσίου δικαίου ενοχής, της δικαιολογημένης νόμιμης εμπιστοσύνης, της αναλογικότητας της επίκαιρης δράσης της διοικήσεως, της ισότητας, της κυριαρχίας του δικαιώματος και του δικαιώματος άσκησης αποτελεσματικής προσφυγής (αρθ. 13 ΕΣΔΑ) και δίκαιης δίκης (αρθ. 6 ΕΣΔΑ)

7) Ειδικότερα, νομοθετική έκφανση και αποτύπωση των παραπάνω νομολογιακών θεσμών αποτελεί και η διάταξη του άρθρου 32 παρ.1 του ν. 4646/2019, με την οποία καταργήθηκε ρητά η 20ετής παραγραφή στις περιπτώσεις φοροδιαφυγής, ως αντίθετης προς τις ανωτέρω συνταγματικές και υπερνομοθετικές αρχές[6].

8) Το πρόβλημα που αναφύεται στο διερευνόμενο ζήτημα είναι εάν οι παραπάνω νομολογιακές θέσεις εχουν εφαρμογή και στην παραγραφή των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοαπασχολούμενων (ή των αυτελώς απασχολούμενων) στο πλαίσιο της ασφαλιστικής ενοχής. Ειδικότερα στο υπο διερεύνηση γνωστικό αντικείμενο της παρούσας μελέτης αναφύονται τα εξής νομικά προβλήματα-ερωτήματα:

α. Η υποχρέωση νομοθετικής πρόβλεψης ρητής, σαφούς και προβλέψιμης προθεσμίας παραγραφής, ως προς την αφετηρία, διάρκεια, λήξη και επιμήκυνση (παράταση) αυτής καταλαμβάνει και τις απαιτήσεις της δημόσιας ασφαλιστικής αρχής σε βάρος των ασφαλισμένων ή των υπαγόμενων σε υποχρεωτική κοινωνική ασφάλιση, που αφορούν τις ασφαλιστικές εισφορές των αυτοαπασχολούμενων;

β. Η πενταετής παραγραφή, ως πάγιος και γενικός κανόνας συνταγματικής και υπερνομοθετικής περιωπής, καταλαμβάνει και τις ασφαλιστικές εισφορές των αυτοαπασχολούμενων στα πλαίσια της οικείας ασφαλιστικής ενοχής;

γ. Είναι επιτρεπτός κατά το Σύνταγμα, το Ενωσιακό Δίκαιο και την ΕΣΔΑ, ο κατακερματισμός της ενιαίας ενοχής δημοσίου δικαίου σε περισσότερα τον ενός στάδια, με αυτοτελή εικοσαετή παραγραφή κάθε σταδίου, δυνάμενη να διακοπεί για άδηλο χρονικό

5 Βλ. ΕΔΔΑ, αποφ. της 6-11-2008, Κοκκίνης κατά Ελλάδος, αποφ. της 4-12-2008, Ρεβελιώτης κατά Ελλάδος

6 Βλ. αιτιολογική έκθεση ν. 4646/2019, επι του άρθρου 32

διάστημα και αρχίσει να τρέχει νέα ισόχρονη παραγραφή για κάθε στάδιο ξεχωριστά, με βάση γεγονότα των οποίων δεν είναι σαφώς προκαθορισμένη και προβλέψιμη η διάρκεια;

δ. Σε περίπτωση ύπαρξης νομικού κενού ως προς την πρόβλεψη, αφετηρία, διάρκεια, λήξη και επιμήκυνση(παράταση) του χρόνου παραγραφής επιτρέπεται η πλήρωσή του με διατάξεις του Αστικού Κώδικα;

ε. Είναι δυνατή η αναδρομική εφαρμογή διατάξεως που προβλέπει το πρώτον υπέρμετρη διάρκεια παραγραφής απαιτήσεων της δημόσιας ασφαλιστικής αρχής για ασφαλιστικές εισφορές σε βάρος των αυτοαπασχολούμενων ασφαλισμένων ή των υπαγόμενων υποχρεωτικά στην ασφάλιση της;

στ. Είναι επιτρεπτή κατά το Σύνταγμα, το Ενωσιακό Δίκαιο και την ΕΣΔΑ, η αφετηρίαση , παράταση και λήξη του χρόνου παραγραφής σε προηγούμενη πράξη της ασφαλιστικής αρχής;

ζ. Είναι συνταγματικά επιτρεπτή η ''κατά παραπομπή νομοθέτηση'' με υπουργική απόφαση και χωρίς σαφή νομοθετική εξουσιοδότηση, που αφορά ζήτημα που είχε εξαιρεθεί της εφαρμογής των διατάξεων, στις οποίες παραπέμπει, με Προεδρικό Διάταγμα, που είχε εκδοθεί κατόπιν σαφούς νομοθετικής εξουσιοδότησης;

9) Η απάντηση στα ανωτέρω ερωτήματα (που αποτελούν και τα κριτήρια ανάλυσης της παρούσας) προϋποθέτει την, έστω και συνοπτική, ανάλυση των παρακάτω νομικών ζητημάτων (που αποτελούν και τις ενότητες ανάλυσης του υπό διαπραγμάτευση γνωστικού αντικειμένου). Ειδικότερα οι κατηγορίες ανάλυσης που ενδιαφέρουν εν προκειμένω είναι οι εξής :

1) Η έννοια της δημοσίου δικαίου ενοχής

2) Η έννοια, η νομική φύση της παραγραφής και οι συνέπειές της

3) Ο κατακερματισμός της παραγραφής μιας ενιαίας ενοχής δημοσίου δικαίου, σε περισσότερα του ενός στάδια με αυτοτελή παραγραφή το καθένα, δυνάμενη να επιμηκυνθεί (άμεσα ή έμμεσα) για αόριστο και άδηλο χρονικό διάστημα με διάφορους τρόπους

4) Η έννοια και η νομική φύση της ασφαλιστικής ενοχής, κατά το σκέλος που βαρύνει τους αυτοαπασχολούμενους, ως δημοσίου δικαίου ενοχής

5) Η έννοια και η νομική φύση των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοαπασχολούμενων, ως αναπόσπαστου στοιχείου της ασφαλιστικής ενοχής στο πλαίσιο του αναδιανεμητικού συστήματος κοινωνικής ασφάλισης

6) Το θεσμικό πλαίσιο που διέπει την παραγραφή των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοτελώς απασχολούμενων, με παράδειγμα ανάλυσης το πρώην Ταμείο Νομικών, από την σύσταση του μέχρι σήμερα

7) Συγκριτική ανάλυση και συσχέτιση της ασφαλιστικής ενοχής προς τις δημοσίου δικαίου ενοχές και, ιδίως, προς τις φορολογικές ενοχές

10) Εφόσον από την ανωτέρω ανάλυση προκύψει ουσιώδης ομοιότητα μεταξύ της φορολογικής δημοσίου δικαίου ενοχής (ή και άλλων δημοσίου δικαίου ενοχών) και της ασφαλιστικής ενοχής (κατά το σκέλος που αφορά τους αυτοτελώς απασχολούμενους ασφαλισμένους), τότε συντρέχει ο αυτός δικαιολογητικός λόγος που καθιστά συνταγματικά και υπερνομοθετικά επιβεβλημένη την εφαρμογή των ανωτέρω νομολογιακών (αλλά και νομοθετικών) κανόνων και στην παραγραφή των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοαπασχολούμενων, στο πλαίσιο της ασφαλιστικής ενοχής που τους αφορά και τους βαρύνει. Τούτο άλλωστε αποτελεί και την επιδίωξη της παρούσας μελέτης

III) Οι δημοσίου δικαίου ενοχές και οι ασφαλιστικές εισφορές ως εγγενές στοιχείο της ασφαλιστικής ενοχής, που βαρύνει τους αυτοτελώς απασχολούμενους

1) Ενοχή είναι η σχέση με την οποία ένα πρόσωπο έχει υποχρέωση σ 'άλλο σε παροχή, συνιστάμενη σε ενέργεια ή παράλειψη (βλ. για τον ορισμό της έννοιας της ενοχής άρθρο 287 ΑΚ). Χρηματική ενοχή υφίσταται όταν η παραπάνω υποχρέωση συνίσταται στην καταβολή χρηματικού ποσού και ενεργεί μεταξύ δανειστή και οφειλέτη. Αυτή η χρηματική ενοχή από την πλευρά του υπόχρεου οφειλέτη καλείται οφειλή και από την πλευρά του δικαιούχου δανειστή καλείται αξίωση. Οι ενοχές, με την προαναφερθείσα έννοια, διακρίνεται σε δημοσίου δικαίου και ιδιωτικού δικαίου

2) Ιδιωτικού δικαίου ενοχές είναι όσες αφορούν χρηματική αξίωση, που απορρέει από έννομη σχέση ιδιωτικού δικαίου και έχουν ως δικαιοπρακτικό θεμέλιο είτε την αυτονομία της βουλήσεως (βλ. αρθρ. 361ΑΚ) είτε την ιδιωτικού δικαίου έννομη σχέση, η οποία αποτελεί και το θεμέλιο στο οποίο στηρίζονται. Περαιτέρω, οι ιδιωτικού δικαίου ενοχές δεν είναι εκτελεστές, δηλαδή εξοπλισμένες από την γέννησή τους με εξαναγκασμό, χωρίς προηγουμένως να έχουν περιαφθεί τον εκτελεστήριο τύπο (απόγραφο), με τον οποίο και καθίστανται βέβαιες, εκκαθαρισμένες και δεκτικές αναγκαστικής εκτελέσεως, είτε κατόπιν επισήμου πράξεως δημοσίας αρχής, είτε κατόπιν συμφωνίας (βλ. αρθ. 904, 918, 924, 924, 927 ΚΠολΔ.) Τέλος οι ιδιωτικού δικαίου ενοχές υπάγονται στη δικαιοδοσία των Πολιτικών Δικαστηρίων (αρθ. 94 παρ.2 Συντ., αρθ. 1 α, 2 ΚΠολΔ)

3) Αντίθετα, δημοσίου δικαίου ενοχές, με την έννοια που προαναφέρθηκε, είναι όσες αφορούν χρηματικές αξιώσεις του Δημοσίου ή άλλης δημόσιας αρχής (Φ.Κ.Α.,Ν.Π.Δ.Δ., Ο.Τ.Α.), που απορρέουν από έννομη σχέση δημοσίου δικαίου (πρβλ αρθ. 71 παρ 1 Κ.Δ.Δ.) και διέπονται από διατάξεις δημοσίου δικαίου και δημοσίας τάξεως, από την εφαρμογή των οποίων δεν επιτρέπεται παρέκκλιση με βάση την αυτονομία της βουλήσεως. Περαιτέρω οι παραπάνω δημοσίου δικαίου ενοχές είναι εξοπλισμένες από τη γέννηση τους, με μονομερή διοικητικό καταναγκασμό και καθίστανται απαιτητές και εκτελεστές με την έκδοση διοικητικής πράξης, με την οποία καθίστανται βέβαιες, εκκαθαρισμένες και εξοπλισμένες με μονομερή δυνατότητα διοικητικής αναγκαστικής εκτελέσεως. Οι ανωτέρω πράξεις, καλούνται καταλογιστικές και αποτελούν τον νόμιμο τίτλο (με ευρεία έννοια), για την εκτέλεση αυτών, με την λήψη αναγκαστικών μέτρων είσπραξης σε βάρος του υπόχρεου οφειλέτη. Επίσης οι παραπάνω δημοσίου δικαίου ενοχές υπάγονται στη δικαιοδοσία του ΣτΕ και των τ.δ.δ. (αρθ. 94 παρ.1 Συντ.) Περαιτέρω οι καταλογιστικές πράξεις που εκδίδονται από δημόσια αρχή στο πλαίσιο ενοχής δημοσίου δικαίου περιβάλλονται με το τεκμήριο της νομιμότητας, δηλαδή δεν μπορούν να αμφισβητηθούν στο πλαίσιο άλλης διαφοράς και παράγουν όλα τα έννομα αποτελέσματα τους εφόσον δεν ακυρώνονται (διοικητικά ή δικαστικά) ή δεν ανακαλούνται από την δημόσια αρχή που τις εξέδωσε. Τέλος οι ανωτέρω καταλογιστικές πράξεις, που εκδίδονται στο πλαίσιο δημοσίου δικαίου ενοχής, ενεργούν και πέραν του δανειστή και οφειλέτη (σε αντίθεση προς τις ιδιωτικού δικαίου ενοχές), αφού αποτελούν έσοδα του κρατικού προϋπολογισμού για την εκπλήρωση δημοσίου σκοπού και την εξυπηρέτηση δημοσίου συμφέροντος και βαρύνουν την περιουσία του ενεχόμενου (υπόχρεου) οφειλέτη, ως υποχρεωτική συνεισφορά αυτού στα δημόσια βάρη (βλ. αρθρ. 4 παρ.5 Συντ.)

4) Ασφαλιστικές εισφορές καλούνται τα χρηματικά ποσά που οφείλουν να καταβάλλουν οι ασφαλισμένοι ή οι υποχρεωτικώς υπαγόμενοι στην κοινωνική ασφάλιση στους φορείς κοινωνικής Ασφάλισης (ΦΚΑ), προκειμένου α) να αποκτήσουν πρόσβαση στην ασφαλιστική κάλυψη και όχι στην ασφαλιστική παροχή, η οποία ενδέχεται να μην χορηγηθεί ποτέ, διότι ο ασφαλισμένος δεν μπόρεσε να συμπληρώσει τις προϋποθέσεις για την λήψη της. β) να χρηματοδοτηθεί από αυτές η κοινωνική ασφάλιση και να επιτευχθεί η επιδιωκώμενη, στα αναδιανεμητικά συστήματα κοινωνικής ασφάλισης αναδιανομή εισοδήματος από τους

οικονομικά ισχυρότερους στους οικονομικά ασθενέστερους, που επιτυγχάνεται με την αποδέσμευση πόρων προς πραγματοποίηση των λοιπών κρατικών σκοπών, μέσω του περιορισμού της καταβαλόμενης από το κράτος συνταξιοδοτικής δαπάνης (που αναλαμβάνει το κράτος, στο πλαίσιο της εγγυητικής λειτουργίας του) και της δίκαιης κατανομής των πεπερασμένων κοινωνικών πόρων με σκοπό την άμβλυνση των κοινωνικών ανισοτήτων και την εξασφάλιση επαρκούς σύνταξης για τις επισφαλείς και ευάλωτες κοινωνικές κατηγορίες και γ) να εκδηλωθεί, με τον τρόπο αυτό, η απαιτούμενη, από το Σύνταγμα (αρθ. 25 παρ 4 Συντ.) κοινωνική αλληλεγγύη[7]. 5) Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι οι ασφαλιστικές εισφορές αποτελούν για τον υπόχρεο ασφαλισμένο αυτοαπασχολούμενο δημόσιο βάρος προς εκπλήρωση δημοσίου σκοπού και ως συνεισφορά αυτού στις δημόσιες θυσίες για την επιτεύξη του σκοπού αυτού, σύμφωνα με το άρθρο 4παρ.5 Συντ. (βλ. Ολ. ΣτΕ 1880,1882,1888/2019)

6) Τούτο καθίσταται εμφανές και από τη διαφορετική συνταγματική βάση που διακρίνει τις ασφαλιστικές εισφορές από τις ασφαλιστικές παροχές. Ειδικότερα οι ασφαλιστικές εισφορές θεμελιώνονται στην συνταγματική υποχρέωση των πολιτών να συνεισφέρουν στα δημόσια βάρη (αρθ. 4 παρ. 5 Συντ.). ενώ οι ασφαλιστικές παροχές στηρίζονται στην συνταγματική υποχρέωση του κράτους για κοινωνική ασφάλιση (αρθ. 21 και 22 Συντ.) και δεν τελούν σε άμεση χρονική σχέση με την υποχρέωση καταβολής των ασφαλιστικών εισφορών[8]
7) Τούτων δοθέντων παρέπεται ότι οι ασφαλιστικές εισφορές αποτελούν εγγενές και αυτοτελές στοιχείο της ασφαλιστικής ενοχής, που έχει όλα τα χαρακτηριστικά της δημοσίου δικαίου ενοχής. Και τούτο συμβαίνει διότι: α) οι ασφαλιστικές εισφορές αποτελούν την χρηματική υποχρέωση του ασφαλισμένου, έναντι της δημόσιας ασφαλιστικής αρχής, δηλαδή αποτελούν χρηματική ενοχή με την έννοια που προαναφέρθηκε. β) διέπεται από διατάξεις δημοσίου δικαίου και δημοσίας τάξεως, από τις οποίες δεν επιτρέπεται παρέκκλιση με βάση την αυτονομία της βουλήσεως, όπως συμβαίνει με όλες τις δημοσίου δικαίου ενοχές. γ) για την διαπίστωση ή την δημιουργία της οικείας ενοχής απαιτείται η έκδοση ατομικής δοικητικής (καταλογιστικής) πράξης, με την οποία η σχετική υποχρέωση καθίσταται βεβαία, εκκαθαρισμένη, απαιτητή και εκτελεστή, δηλαδή εξοπλισμένη με μονομερή διοικητικό καταναγκασμό, όπως συμβαίνει με όλες τις δημοσίου δικαίου ενοχές[9]. Με άλλα λόγια απαιτείται η προηγούμενη έκδοση καταλογιστικής πράξης των οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών (πράξη βεβαίωσης οφειλής), σε βάρος του οφειλέτη, η οποία αποτελεί και τον ‘’εν ευρεία έννοια’’ νόμιμο τίτλο, όπως συμβαίνει με όλες τις δημοσίου δικαίου ενοχές. δ) Οι διαφορές που αναφύονται στα πλαίσια της δημοσίου δικαίου ασφαλιστικής ενοχής, υπάγονται στην δικαιοδοσία των τ.δ.δ. (αρ. 7 παρ.1 περιπτ.α ν. 702/1977)

ε) Οι καταλογιστικές πράξεις ασφαλιστικών εισφορών σε βάρος των αυτοτελών απασχολούμενων περιβάλλονται από το τεκμήριο νομιμότητας και ενεργούν πέραν του δανειστή και οφειλέτη, αφού αποτελούν έσοδα του κρατικού προϋπολογισμού και βάρος στην

[7] Βλ. αναλυτικά για τα ανωτέρω ζητήματα και έκθεση της επιστημονικής υπηρεσίας της Βουλής των Ελλήνων επί του νομοσχεδίου ‘’Ασφαλιστική μεταρρύθμιση και ψηφιακός μετασχηματισμός Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-ΕΦΚΑ), Ειρήνη-Ελευθερία Γαληνού ‘’Η συνταγματικότητα της σύστασης του ΕΦΚΑ και της υπαγωγής σ’ αυτόν όλων των κατηγοριών εργαζομένων δημοσίου και ιδιωτικού τομέα με κοινούς κανόνες εισφορών’’, όπου και περαιτέρω παραπομπές στη βιβλιογραφία και νομολογία σε Εφ. Δ.Δ. 5/2019, σελ. 542 έως 549.

[8] Βλ. Εισηγητική Έκθεση ν.1405/1983, σε Ειρήνη-Ελευθερία Γαληνού, οπ, σελ. 544.

[9] Βλ. και άρθρα 19, 20, 21 του ισχύοντος Κανονισμού Οικονομικής Οργάνωσης και Λογιστικής Λειτουργίας του Ενιαίου Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης, Β 1720/18-5-2017, αρθ. 101 του Ν. 4172/2013 περί ΚΕΑΟ και Φ80000/ΟΙΚ 23795/791/5-8-2013 απόφαση της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Πρόνοιας, Β 2124)

περιουσία του οφειλέτη, ως υποχρεωτική συνεισφορά αυτού στις δημόσιες θυσίες, όπως συμβαίνει με όλες τις δημοσίου δικαίου ενοχές, όπως επίσης προαναφέρθηκε[10].

στ) Σε κάθε περίπτωση όμως η όποια ‘’ανταποδοτικότητα’’ των ασφαλιστικών εισφορών δεν μεταβάλλει την φύση τους ως υποχρεωτικής χρηματικής παροχής στο πλαίσιο δημοσίου δικαίου ενοχής διότι αυτή η ‘’ανταποδοτικότητα’’ δεν αντιστοιχεί στην υποχρέωση καταβολής ασφαλιστικών εισφορών ως ‘’αντιπαροχή’’ αυτής αλλά ι) ανάγεται στο άδηλο μέλλον ιι) αφορά στην ασφαλιστική κάλυψη και όχι στην ασφαλιστική παροχή, όπως προαναφέρθηκε και ιιι) κατά τον χρόνο γέννησης της υποχρέωσης (δηλ. της καταβολής ασφαλιστικών εισφορών) δεν υφίσταται καν ‘’ανταποδοτικότητα’’ ως προς την ασφαλιστική (συνταξιοδοτική) παροχή διότι η τελευταία είναι αβέβαιη, ανεκκαθάριστη, μελλοντική και αποτελεί αρχικά απλή ‘’ελπίδα’’ απόκτησης δικαιώματος ή προοπτική απόκτησης δικαιώματος στο μέλλον, η οποία μεταγενέστερα, και μετά την πάροδο τουλάχιστον 15-20 ετών, μεταβάλλεται σε απλή προσδοκία δικαιώματος επί της ασφαλιστικής παροχής και τελικά, καθίσταται πλήρες δικαίωμα, μετά την επέλευση του ασφαλιστικού κινδύνου στο άδηλο και μη γνωστό εκ των προτέρων μέλλον[11] .

8) Από την παραπάνω, έστω και συνοπτική ανάλυση, αβίαστα συνάγονται τα ακόλουθα: α) οι δημοσίου δικαίου ενοχές, διαφέρουν ουσιωδώς από τις ιδιωτικού δικαίου ενοχές, λόγω της διαφορετικής φύσης τους, του σκοπού τους και την λειτουργία τους, και, ως εκ τούτου, τα τυχόν αναφυόμενα νομικά κενά στις δημοσίου δικαίου ενοχές δεν δύνανται να πληρωθούν με ανάλογη εφαρμογή διατάξεων που αφορούν τις ιδιωτικού δικαίου ενοχές. β) η ασφαλιστική ενοχή, ιδίως σε ότι αφορά τις ασφαλιστικές εισφορές, που βαρύνουν υποχρεωτικά και εκ του νόμου τον αυτοτελώς απασχολούμενο ασφαλισμένο ή τον υπαγόμενο υποχρεωτικά στην κοινωνική ασφάλιση, είναι δημοσίου δικαίου ενοχή, όπως ακριβώς είναι οι φορολογικές, τελωνειακές και λοιπές δημοσίου δικαίου ενοχές, που αποτελούν και την νομική βάση και το θεμέλιο καταλογισμού της ενοχής σε βάρος του υπόχρεου, με την έκδοση καταλογιστικής πράξης, με την οποία καθίστανται βέβαιες, εκκαθαρισμένες, ληξιπρόθεσμες και εκτελεστές, εξοπλισμένες με μονομερή δοικητικό καταναγκασμό, όπως προαναφέρθηκε. γ) οι ασφαλιστικές εισφορές αποτελούν εγγενές στοιχείο της ασφαλιστικής ενοχής

9) Για όλους αυτούς τους λόγους έχουν εφαρμογή στην δημοσίου δικαίου ασφαλιστική ενοχή και κατά το σκέλος που αφορά τις ασφαλιστικές εισφορές, όλες οι προαναφερθείσες συνταγματικές και υπερνομοθετικές εγγυήσεις και ιδίως σε ότι αφορά την παραγραφή της ασφαλιστικής ενοχής του αυτοτελώς απασχολούμενου, για την ταυτότητα του νομικού λόγου.

IV) Η παραγραφή των δημοσίου δικαίου ενοχών: Νομική φύση, λειτουργία, αποτελέσματα

1. Όπως προαναφέρθηκε η παραγραφή αποτελεί θεσμό δημοσίου δικαίου και εγγενές στοιχείο της οικείας ενοχής, ιδίως όταν αυτή διέπεται από δημοσίας τάξεως και δημοσίου δικαίου διατάξεις που έχουν σοβαρές επιπτώσεις σε βάρος της περιουσίας του οφειλέτη, ακόμη και σοβαρές επιπτώσεις στην προσωπική του ελευθερία (κατάσχεση κινητής και ακίνητης περιουσίας, πολλαπλή ποινικοποίηση της ίδιας υπερημερίας κ.λ.π.). Για τον λόγο αυτό άλλωστε καθιδρύονται και διασφαλίζονται συνταγματικές και υπερνομοθετικές εγγυήσεις

[10] Βλ. ανωτέρω υποσημ. 7,8. Βλ. και ΣτΕ 1973/2011 σύμφωνα με την οποία η ασφαλιστική εισφορά ενδιαφέρει το σύνολο των ασφαλισμένων, αφού αποτελεί πόρο από τον οποίο χρηματοδοτείται η καταβολή των συντάξεων).
[11] Πρβλ. για τις παραπάνω διακρίσεις και Παναγιώτη Κολοτούρο ‘’ Προσδοκώμενον δικαίωμα ως ασφαλιστέον δικαίωμα’’ σε Αρμ. 2019, 6 σελ. 695 επ.

υπέρ του οφειλέτη δημοσίου δικαίου ενοχής, ιδίως σε ότι αφορά την παραγραφή της ενοχής, όπως αυτές που προαναφέρθηκαν

2. Με την συμπλήρωση του χρόνου της παραγραφής ο οφειλέτης δεν έχει πλέον υποχρέωση να καταβάλει την οφειλή του (ενοχή) και ο δανειστής δεν έχει πλέον το δικαίωμα να την απαιτήσει, πολλώ δε μάλλον να επιδιώξει την αναγκαστική εισπραξή της. Η συνέπεια αυτή αποτελεί άμεση απόρροια των προρρηθεισών συνταγματικών και υπερνομοθετικών εγγυήσεων που περιβάλλουν την παραγραφή των δημοσίου δικαίου ενοχών των οφειλετών δημοσίας αρχής, χωρίς την οποία (συνέπεια) οι εγγυήσεις αυτές καθίστανται αναποτελεσματικές, ‘’πλατωνικές’’, πλανερές, ‘’αδειανό πουκάμισο’’ και ‘’άδειο κέλυφος’’.

3. Τέλος στο πλαίσιο της δημοσίου δικαίου ενοχής, η υποχρέωση (ενοχή) του οφειλέτη είναι ενιαία και αδιαίρετη. Παρά ταύτα όμως στις δημοσίου δικαίου ενοχές, συμπεριλαμβανομένης και της κοινωνικοασφαλιστικής ενοχής, η παραγραφή της μιας και αδιαίρετης ενοχής, κατακερματίζεται σε περισσότερα στάδια (παραγραφή του δικαιώματος προς καταλογισμό, παραγραφή του δικαιώματος ταμειακής βεβαίωσης, παραγραφή του δικαιώματος αναγκαστικής είσπραξης) με αυτοτελή παραγραφή το καθένα, δυνάμενη να διακοπεί για αόριστο χρονικό διάστημα, και να αρχίσει να τρέχει νέα ισόχρονη παραγραφή για κάθε στάδιο με βάση γεγονότα που είτε στηρίζονται σε πράξη της διοικήσεως, είτε δεν είναι προβλέψιμη εκ των προτέρων η διάρκεια τους. Τούτο πρακτικά οδηγεί σε απαράγραπτο της ενοχής που απορρέει από ένομη σχέση ιδιωτικού δικαίου και σε επιμήκυνση αυτής για άδηλο χρονικό διάστημα, δυνάμενη να επεκταθεί, εκ του αποτελέσματος στο διηνεκές, κατά πρόδηλη παράβαση των προαναφερθεισών συνταγματικών και υπερνομοθετικών εγγυήσεων, όπως θα αναλυθεί και παρακάτω στη συνέχεια[12]. V) Το θεσμικό πλαίσιο που διέπει την παραγραφή των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοτελώς απασχολούμενων στο πλαίσιο της ασφαλιστικής ενοχής με παράδειγμα αναφοράς το πρώην Ταμείο Νομικών

1. Στον κώδικα ‘’περί Ταμείου Νομικών’’ (ν.4114/1960) και στην εν γένει ασφαλιστική νομοθεσία που διέπει την οργάνωση και λειτουργία του εν λόγω ταμείου, δεν προβλέπεται χρόνος παραγραφής του δικαιώματος του Ταμείου προς καταλογισμό σε βάρος των ασφαλισμένων του ή των υποχρεωτικώς υπαγόμενων στην ασφάλιση του, των οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών, ούτε χρόνος παραγραφής του δικαιώματος ταμειακής βεβαίωσης και του δικαιώματος αναγκαστικής είσπραξης.

2. Με το Π.Δ. 437/1977, που εκδόθηκε κατ’ εξουσιοδότηση του αρθ. 56 του Ν.Δ. 496/1974, το Ταμείο Νομικών, ως Φ.Κ.Α. εξαιρέθηκε από την υπαγωγή στις διατάξεις δημοσίου λογιστικού. Συνεπώς δεν μπορούσαν να τύχουν εφαρμογής, οι, έστω και περιορισμένης εμβέλειας, περί παραγραφής διατάξεις του δημοσίου λογιστικού (ν.δ. 321/1969,ν.δ. 496/1974, ν. 2362/1995) είτε ευθέως είτε αναλόγως. Ειδικότερα οι διατάξεις περί δημοσίου λογιστικού δεν προέβλεπαν και δεν προβλέπουν μέχρι σήμερα (βλ. και αρθ. 136 επ. ν.4270/2014) χρόνο παραγραφής του δικαιώματος του Δημοσίου ή των πάσης φύσεως Ν.Π.Δ.Δ. προς καταλογισμό της χρηματικής ενοχής σε βάρος των υπόχρεων διοικουμένων. Προβλέπουν μόνο την παραγραφή του δικαιώματος του Δημοσίου και των πάσης φύσεως Ν.Π.Δ.Δ. προς αναγκαστική είσπραξη ταμειακώς βεβαιωμένης απαιτήσεως, ενώ η διάταξη του άρθρου 7 παρ. 1 του ν. 542/1977, που προβλέπει τριετή αποσβεστική προθεσμία(ή τριετή παραγραφή κατά τον Α.Π.) του δικαιώματος προς ταμειακή βεβαίωση, δεν αφορά τους Φ.Κ.Α., διότι αυτές εξαιρέθηκαν από την εφαρμογή της διατάξεως του Δημοσίου Λογιστικού, όπως προαναφέρθηκε.

[12] Βλ. για τα ανωτέρω στάδια αναλυτικά σε Ευαγγελία Σουλτανίδου ο.π. Μέρος πρώτο σελ.31 επ. ιδίως, 57-60,65 επ. και ιδίως 69, 70, 71,7 2 και 74, 75.

3. Με τις διατάξεις του άρθρου 137 του ν.3655/2008 και πάλι δεν προβλέπεται παραγραφή του δικαιώματος του Φ.Κ.Α. προς καταλογισμό σε βάρος των ασφαλισμένων τους των ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης δεν προβλέπεται τριετής παραγραφή ή αποσβεστική προθεσμία του δικαιώματος προς Ταμειακή βεβαίωση, ενώ προβλέπεται μόνο παραγραφή του δικαιώματος προς αναγκαστική είσπραξη ταμειακώς βεβαιωμένης απαιτήσεως, αρχόμενης από την ταμειακή βεβαίωση και η οποία (παραγραφή) ορίζεται εικοσαετής. Επίσης προβλέπεται η αναστολή και η διακοπή της παραγραφής, μεταξύ άλλων και σε περίπτωση υπαγωγής της διαφοράς στο δικαστήριο ή σε περιπτώσεις λήψης μέτρου αναγκαστικής είσπραξης σε βάρος του υπόχρεου, επαναλαμβάνοντας στην πραγματικότητα τις σχετικές διατάξεις του ν. 2362/1995 και του ν.δ. 496/1974 (από τις οποίες είχαν εξαιρεθεί οι Φ.Κ.Α., μεταξύ των οποίων και το πρώην Ταμείο Νομικών.)

4. Στη συνέχεια με το άρθρο 101 του ν.4172/2013 περί ΚΕΑΟ τίθεται εξάμηνη προθεσμία προς ταμειακή βεβαίωση της οικείας οφειλής. Όμως κατά το Ν.Σ.Κ., η προθεσμία αυτή είναι ενδεικτική για την διοίκηση και αποτελεί έντονη υπόδειξη για την ταχεία διεκπεραίωση των εκκρεμών ανείσπρακτων οφειλών, η δε πέραν του εξαμήνου ταμειακή βεβαίωση, κατά το Ν.Σ.Κ., δεν δημιουργεί ακυρότητα, ακόμη και ανεξαρτήτως του διαδραμόντος χρόνου από την έκδοση της καταλογιστικής πράξης μέχρι την ταμειακή βεβαίωση[13].

5. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι ως προς τον χρόνο παραγραφής του δικαιώματος προς επιβολή/ καταλογισμό οφειλόμενων ασφαλιστικών εισφορών σε βάρος των ασφαλισμένων αυτοτελώς απασχολούμενων του πρώην Ταμείου Νομικών, υπήρχε νομικό κενό, διότι οι οικείες καταστατικές και οργανωτικές διατάξεις που διέπουν την λειτουργία του Ταμείου δεν προέβλεψαν τέτοιο χρόνο παραγραφής. Το κενό αυτό εντοπίσθηκε από την νομολογία του ΣτΕ, η οποία δέχθηκε ότι το κενό αυτό θα πληρωθεί με ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 249 ΑΚ, που προβλέπει την εικοσαετή παραγραφή, για την οποία γίνεται λόγος και στην συνέχεια[14]. 6. Με το άρθρο 95 του ν. 4387/2016 προβλέφθηκε το πρώτον εικοσαετής παραγραφή των απαιτήσεων των ΦΚΑ που εντάσσονται στον ΕΦΚΑ από μη καταβληθείσες ασφαλιστικές εισφορές, ενώ η παραγραφή του δικαιώματος προς αναγκαστική είσπραξη, ταμειακώς βεβαιωμένης απαιτήσεως από μη καταβληθείσες ασφαλιστικές εισφορές, με το άρθρο 76 του προ ισχύσαντος κανονισμού οικονομικής οργάνωσης και λειτουργίας του ΕΦΚΑ[15], ορίσθηκε εικοσαετής, ενώ σε ότι αφορά την αναστολή διακοπή και τις συνέπειες της παραγραφής απαιτήσεων του ΕΦΚΑ (για μη καταβληθείσες ασφαλιστικές εισφορές) γίνεται, αφενός μεν παραπομπή στις διατάξεις του άρθρου 137 του ν. 4270/2014 και 137 του ν. 3655/2008, με τα άρθρα 77,78,79 της εν λόγω αποφάσεως, και αφετέρου, επαναλαμβάνεται το περιεχόμενο των ίδιων διατάξεων στις οποίες γίνεται παραπομπή. Οι ανωτέρω υπουργική απόφαση αντικαταστάθηκε εξ ολοκλήρου, παρά το γεγονός ότι στο προοίμιό της αναφέρεται ότι τροποποιήθηκε με την όμοια απόφαση με αριθμό Φ ΕΦΚΑ/ Οικ 22424/861/16-5-2017 της ίδιας Υπουργού (βλ. ΣτΕ 1880/2019 και ανωτέρω υποσημ. 9) και με το άρθρο 64 αυτής σε ότι αφορά την παραγραφή απαιτήσεων, γίνεται παραπομπή στις διατάξεις των άρθρων 136 έως 145 του ν. 4270/2014 περί δημοσίου λογιστικού , από την εφαρμογή των οποίων οι ΦΚΑ είχαν εξαιρεθεί από το έτος 1977, όπως προαναφέρθηκε και θα γίνει λόγος και στη συνέχεια

7. Τέλος στον προσφάτως ψηφισθέντα νόμο με τίτλο «Ασφαλιστική Μεταρρύθμιση και ψηφιακός μετασχηματισμός Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e- Ε.Φ.Κ.Α.)», δεν γίνεται λόγος σχετικά με την παραγραφή των απαιτήσεων του ΕΦΚΑ σε βάρος των

[13] Βλ. γνμδ. ΝΣΚ 8/2014.

[14] Βλ. ΣτΕ 1765/2009,1973/2011, ΣτΕ 4729/2014, 320/1999,1327/2009 βλ και ΑΠ 517/2003, Γνμδ. ΝΣΚ Ολομ. 439/2007, Γνμδ. ΝΣΚ 8/2014, ΣτΕ 4143/1986, εγκ. 39/19-10-2017 ΕΦΚΑ.

[15] Βλ. την Φ ΕΦΚΑ , 59 522/2205/2016, Β, 4486/30-12-2016 απόφαση της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης.

αυτοαπασχολούμενων ασφαλισμένων του από μη καταβολή ασφαλιστικών εισφορών, παρά τα κενά, αντιφάσεις και παραδοξότητες που υπάρχουν ακόμη στις προαναφερθείσες διατάξεις, για τις οποίες γίνεται λόγος και αμέσως παρακάτω.

VI. Κριτική αποτίμηση του θεσμικού πλαισίου που διέπει την παραγραφή των ασφαλιστικών εισφορών των αυτοτελώς απασχολούμενων-Συμπεράσματα

1. Από την προεκτεθείσα συνοπτική περιγραφή του θεσμικού πλαισίου που διέπει την παραγραφή των απαιτήσεων του πρώην Ταμείου Νομικών από οφειλόμενες ασφαλιστικές εισφορές των ασφαλισμένων υποχρεωτικά σ' αυτό, αυτοτελώς απασχολούμενων, αβίαστα συνάγονται τα ακόλουθα:

α) Από το έτος 1960 μέχρι 1-1-2017 (από την οποία άρχισε η ισχύς του Ν. 4387/2016) δεν προβλέπονταν ρητά στο νόμο και δεν ήταν γνωστή εκ των προτέρων η παραγραφή του δικαιώματος του πρώην Ταμείου Νομικών προς επιβολή/καταλογισμό/βεβαίωση των οφειλομένων ασφαλιστικών εισφορών των υποχρεωτικώς υπαγόμενων στην ασφάλιση αυτοαπασχολούμενων.

β) Το κενό αυτό δεν μπορεί να πληρωθεί με ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 249 ΑΚ, που προβλέπει εικοσαετή παραγραφή, ως γενικό κανόνα, αφενός μεν διότι υφίσταται ουσιώδης διαφορά μεταξύ της ασφαλιστικής δημοσίου δικαίου ενοχής και των ιδιωτικού δικαίου ενοχών και, ως εκ τούτου, δεν υφίσταται ταυτότητα ή ουσιώδης ταυτότητα συνθηκών και συγκρισιμότητα αυτών, όπως προαναφέρθηκε, και, αφετέρου, μετά την επίσης προαναφερθείσα νομολογιακή στροφή (που αποτυπώθηκε και νομοθετικά), πάγιος και γενικός κανόνας συνταγματικής και υπερνομοθετικής περιωπής είναι πλέον η πενταετία.

γ) Η εικοσαετής παραγραφή του άρθρου 95 του Ν. 4378/2016, όπως επισημαίνεται εύστοχα[16], φαίνεται να αφορά το μεταβατικό διάστημα από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού έως την ένταξη στον ΕΦΚΑ των φορέων κοινωνικής ασφάλισης και δεν περιέχει καμία πρόβλεψη για την παραγραφή των απαιτήσεων του ΕΦΚΑ μετά την 1-1-2017.

δ) Η παραπομπή με υπουργική απόφαση, στις διατάξεις περί παραγραφής του δικαιώματος προς αναγκαστική είσπραξη αντίκειται στο άρθρο 43 παρ. 2 του Συντάγματος. Και τούτο διότι, αφενός μεν δεν φαίνεται να παρέχεται προς τούτο νομοθετική εξουσιοδότηση και αφετέρου οι φορείς κοινωνικής ασφάλισης είχαν ήδη εξαιρεθεί από την εφαρμογή των διατάξεων του Δημοσίου Λογιστικού από το έτος 1977 με προεδρικό διάταγμα.

ε) Σε κάθε περίπτωση, η εικοσαετής παραγραφή των απαιτήσεων των Φ.Κ.Α. από οφειλόμενες ασφαλιστικές εισφορές είναι υπέρμετρη και δεν αποτελεί εύλογο χρόνο παραγραφής[17].

στ) Η αναδρομική εφαρμογή της εικοσαετούς παραγραφής και επί των απαιτήσεων των Φ.Κ.Α. που αφορούν ασφαλιστικές εισφορές του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 25 του Ν. 4387/2016, οι οποίες είχαν γεννηθεί έως την ισχύ των της ανωτέρω διατάξεως και δεν είχαν παραγραφεί, αφενός μεν αντίκειται στην αρχή της ασφάλειας και βεβαιότητας δικαίου και στο άρθρο 78 παρ. 2 του Συντάγματος, που αφορά όχι μόνο τους φόρους αλλά και οποιοδήποτε οικονομικό βάρος[18] και, αφετέρου άγει σε υπέρμετρη επιμήκυνση της παραγραφής πέραν του ευλόγου χρόνου, όπως προαναφέρθηκε.

---

[16] Βλ. Ανδρέα Κουτσόλαμπρου, «Ασφαλιστική μεταρρύθμιση και νομικά επαγγέλματα», εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 229.

[17] Βλ. ΔΕΕ αποφ. της 17.9.2014, C-341/2013, παρ. 62, 65, ΔΕφΘες1655/2018, ειδικά για την εφαρμογή της εικοσαετούς παραγραφής του ΑΚ, πρβλ και ΣτΕ 732/2019.

[18] Βλ. Στυλιανού Μαυρίδη, «Η ασφαλιστική εισφορά ως οικονομικό βάρος και η αναδρομική επιβολή της», ΕΔΔ 4/2012, σελ. 470 επ.

ζ) Η συνολική διάρκεια της παραγραφής δημοσίου δικαίου ενοχής των ασφαλιστικών εισφορών, σωρευτικά ορώμενη και συνεκτιμώμενη, δηλαδή συνυπολογιζόμενων των χρονικών διαστημάτων της παραγραφής για κάθε στάδιο ξεχωριστά και συνεκτιμώμενων των λόγων αναστολής, διακοπής και έναρξης νέας παραγραφής, στην πραγματικότητα άγει σε απαράγραπτο, άλλως σε υπέρμετρη επιμήκυνση του χρόνου της παραγραφής και μάλιστα με πράξεις της ασφαλιστικής διοικήσεως σε τέτοιο βαθμό και έκταση που σε καμία περίπτωση δεν δύναται να θεωρηθεί εύλογος χρόνος παραγραφής.

2. Από την προπαρατεθείσα έστω και συνοπτική ανάλυση του υπό διαπραγμάτευση προβλήματος καθίσταται πρόδηλο ότι ο θεσμός της παραγραφής των απαιτήσεων του Δημοσίου και των πάσης φύσεως ν.π.δ.δ. σε βάρος των διοικουμένων, οι οποίες απορρέουν από δημοσίου δικαίου ενοχές, ιδίως των απαιτήσεων Φ.Κ.Α., αντίκειται στις προαναφερθείσες συνταγματικές και υπερνομοθετικές διατάξεις και αρχές και παρουσιάζει κενά, ασάφειες, ανακολουθίες και παραδοξότητες που είναι ήκιστα κολακευτικές για μια χώρα που είναι ή λέει ότι είναι ή θέλει να είναι κράτος δικαίου. Η επισήμανση αυτών των προβλημάτων, ελπίζω ότι θα φθάσει σε «ευήκοα ώτα» και τούτο αποτελεί την μοναδική φιλοδοξία της παρούσας εισήγησης.