

## ΔΙΑΛΟΓΟΣ ΜΕ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

**Σ 5 3, ΕΣΔΑ 7, ΚΑΔ 231 επ.**

*Ανεπίτρεπτη η προσωπική κράτηση για χρέη προς τα νπδδ*

Η επιβολή του μέτρου της προσωπικής κράτησης που προβλέπεται νομοθετικά ως μέσο αναγκαστικής εκτελέσεως για απαιτήσεις του Δημοσίου, δεν επιτρέπεται για απαιτήσεις των νπδδ, όπως το ΙΚΑ. (Αντίθ. μειοψηφία έξι Συμβούλων και ενός Παρέδρου).

### **ΟλομστΕ 2858/2003\***

*(Σύνθεση: Χ. Γεραράς, Α. Τσαμπάση, Π. Παραράς, Ι. Μαρή, Γ. Παναγιωτόπουλος, Σ. Καραλής, Ε. Γαλανού, Φ. Αρναούτογλου, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Π. Πικραμένος, Α. Θεοφιλοπούλου, Θ. Παπαευαγγέλου, Δ. Πετρούλιας, Ν. Ρόζος, Α. Ράντος, Δ. Μπριόλας, Ε. Σαρπ, Ν. Μαρκουλάκης, Δ. Μαρινάκης, Π. Κοτσώνης, Μ. Καραμανώφ - εισηγήτρια, Ι. Μαντζουράνης, Α. Σακελλαροπούλου, Α. Χριστοφορίδου, Δ. Αλεξανδρής, Σύμβουλοι: Δ. Εμμανουηλίδης, Π. Τσούκας, Πάρεδροι)*

Επειδή το αναγκαστικόν μέτρον της προσωπικής κρατήσεως προς είσπραξιν δημοσίων εσόδων εθεσπίσθη το πρώτον δια του β.δ. της 7 (19).2.1835 και διεμορφώθη δια διαδοχικών νομοθετημάτων (ν. ΥΛΣΤΓ/1871, ν. 4845/1930 (ΝΕΔΕ), ν.δ. 356/1974 (ΚΕΔΕ), επιβαλλόμενον υπό των αρμοδίων διοικητικών οργάνων κατά των οφειλετών αφ' ενός μεν του Δημοσίου, αφ' ετέρου δε των νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (νπδδ) κατά περίπτωσιν. Ο θεσμός ανεμορφώθη ριζικώς δια του ν. 1867/1989 (Α' 227), ο οποίος επέτρεψε την επιβολήν του μέτρου μόνον δια δικαστικής αποφάσεως εκδιδομένης κατόπιν αιτήσεως του αρμοδίου προς είσπραξιν οργάνου του Δημοσίου ή νπδδ, ερύθμισε δε τας ουσιαστικές και δικονομικάς προϋποθέσεις επιβολής αυτού κατά τρόπον ευνοϊκότερον δια τον οφειλέτην εν σχέσει με το προηγούμενον νομοθετικόν καθεστώς. Οι προϋποθέσεις αυτά ετροποποιήθησαν τόσον όσον αφορά τα ληξιπρόθεσμα προς το Δημόσιον όσον και προς το ΙΚΑ χρέη δια του άρθρου 46 του ν. 2065/1992 (Α' 113), εν συνεχεία δε δια των άρθρων 33 του ν. 2214/1994 (Α' 75) και 22 του ν. 2523/1997 (Α' 174). Επηκολούθησεν η θέσις εν ισχύι του Κώδικος Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α' 47), ο οποίος εις το Πρώτον Τμήμα του Δευτέρου Μέρους αυτού και υπό τον Δεύτερον Τίτλον «Επιβολή Προσωπικής Κράτησης» (άρθρα 231-243) περιέλαβε νέαν ρύθμισιν του αναγκαστικού μέτρου της προσωπικής κρατήσεως κατά τρόπον εν πολλοίς ανάλογον προς τας ρυθμίσεις του ν. 1867/1989, ως είχε ούτος προ των τροποποιήσεών του, με σημαντικές δηλαδή αποκλίσεις εκ των ρυθμίσεων των νό-

---

\* Όμοια και η ΟλομστΕ 2859/2003.

μων 2065/92, 2214/94 και 2523/97 (βλ. και εισηγητική έκθεση του ΚΔΔ επί του άρθρου 231, η οποία αναφέρει ότι «αποδίδεται κατά βάση η έως τώρα ισχύουσα ρύθμιση»). Ειδικότερον, εις το άρθρον 231 § 1 του ΚΔΔ ορίζεται ότι: «1. Η προσωπική κράτηση, ως αναγκαστικό μέτρο προς είσπραξη των κατά τις διατάξεις του άρθρου 216 δημόσιων εσόδων, διατάσσεται από το δικαστήριο, ύστερα από αίτηση του Δημοσίου», εις το άρθρον 232 ότι: «Αρμόδιος να διατάξει την προσωπική κράτηση είναι ο πρόεδρος πρωτοδικών ή ο από αυτόν οριζόμενος πρωτοδίκης, του πρωτοδικείου στην περιφέρεια του οποίου έχει την έδρα της η αρχή ως εκπρόσωπος του Δημοσίου, υποβάλλει την, κατά το προηγούμενο άρθρο, αίτηση», εις δε το άρθρον 233 υπό τον τίτλον «Ενεργητική και παθητική νομιμοποίηση» ότι «1. Η αίτηση υποβάλλεται από το Δημόσιο, εκπροσωπούμενο από τον αρμόδιο για την είσπραξη του οφειλόμενου εσόδου προϊστάμενο της Δ.Ο.Υ. ή του τελωνείου. 2. Η αίτηση στρέφεται κατά του οφειλέτη ή του εκπροσώπου του νομικού προσώπου ή, αν πρόκειται για πρόσωπα που τελούν υπό επιμέλεια, κατά του νόμιμου αντιπροσώπου τους.» Τέλος εις το άρθρον 285 § 1 του Κώδικος ορίζεται ότι «Από την έναρξη ισχύος του Κώδικα καταργείται κάθε γενική ή ειδική διάταξη η οποία αναφέρεται σε θέμα ρυθμιζόμενο από αυτόν».

Επειδή εκ των ανωτέρω διατάξεων του Κώδικος Διοικητικής Δικονομίας προκύπτει ότι δια του νόμου τούτου ερυθμίσθησαν κατά τρόπον πλήρη και αποκλειστικόν τόσον αι ουσιαστικάί όσον και αι δικονομικάί προϋποθέσεις επιβολής του μέτρου της προσωπικής κρατήσεως, η οποία εφεξής επιτρέπεται μόνον προκειμένου περί απαιτήσεων του Δημοσίου, όχι δε και των λοιπών νπδδ, ως το ΙΚΑ. Τούτο προκύπτει σαφώς εκ της γραμματικής διατυπώσεως των άρθρων 231 § 1, 232 και 233 του ΚΔΔ, τα οποία είναι στενώς ερμηνευτέα, υπό το φως των άρθρων 5 § 3 του Συντάγματος και 7 της ΕΣΔΑ, εν όψει της στερήσεως του ατομικού δικαιώματος της προσωπικής ελευθερίας που επάγεται δια τον οφειλέτην η επιβολή του μέτρου. Κατά συνέπειαν, μετά την έναρξιν ισχύος του Κώδικος Διοικητικής Δικονομίας (17.7.1999) κατηργήθησαν αι διατάξεις του ν. 1867/89, ως είχαν τροποποιηθεί μεταγενεστέρως, δια των οποίων προεβλέπετο η δυνατότης επιβολής προσωπικής κρατήσεως και δια χρέη προς το ΙΚΑ, διετηρήθη δε το μέτρον τούτο μόνον ως προς το Δημόσιον. *Αν και κατά την γνώμην των Συμβούλων Αθ. Τσαμπάση, Φ. Αρναούτογλου, Γ. Παπαμεντζελόπουλου, Αγγ. Θεοφιλοπούλου, Δ. Πετρούλια και Δ. Αλεξανδρή και του Παρέδρου Τσούκα*, ο νομοθέτης, αναφερόμενος στο άρθρο 231 § 1 του νέου Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας μόνον στο Δημόσιο, δεν θέλησε να καταργήσει, μέσω ενός κατ' εξοχήν δικονομικού νομοθετήματος, τη δυνατότητα που παρέχεται από την κειμένη νομοθεσία στο ΙΚΑ και στα λοιπά νπδδ να ζητούν την προσωποκράτηση των οφειλετών προς εξασφάλιση των εσόδων τους. Ο νομοθέτης εκφράστηκε στενότερα από ότι ήθελε, όπως άλλωστε έπραξε και σε ολόκληρο το τμήμα περί είσπραξεως δημοσίων εσόδων (άρθρα 216-230), όπου μνημονεύει αποκλειστι-

κά το Δημόσιο και παραλείπει τα εξομοιούμενα προς τούτο νπδδ. Τούτο μαρτυρεί σαφώς η εισηγητική έκθεση που αναφέρεται στα περί προσωποκρατήσεως πρώτο άρθρο του ΚΔΔ επισημαίνοντας ότι με αυτά αποδίδεται κατά βάση έως τότε ισχύουσα ρύθμιση.

#### **Σημείωση**

Αντί άλλου σχολιασμού ακολουθεί η σχετική μελέτη του Επίκουρου Καθηγητή Νομικής ΔΠΘ Διονύση Φιλίππου, η οποία εκπονήθηκε με αφορμή τη δημοσιευόμενη απόφαση.

**Κ.Π.**

Digesta - Freelaw.gr

**Η ΠΡΟΣΩΠΙΚΗ ΚΡΑΤΗΣΗ ΓΙΑ ΧΡΕΗ ΠΡΟΣ ΤΟ ΔΗΜΟΣΙΟ  
ΚΑΙ ΤΑ ΛΟΙΠΑ ΝΠΔΔ  
(Με αφορμή την ΟλομστΕ 2858/2003)**

*Διονύσης Φιλίππου*  
*Επίκουρος Καθηγητής Νομικής ΔΠΘ*

*1. Εισαγωγή*

Άκρως σημαντική απόφαση της Ολομέλειας του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου που αφορά στη συνταγματικότητα του μέτρου της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το ΙΚΑ. Αναμφίβολα, ο θεσμός της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο και τα λοιπά ΝΠΔΔ, εκτός από τις αρνητικές κοινωνικές συνέπειες που συνεπάγεται η εφαρμογή του, στο βαθμό που συνιστά καθημερινή διοικητική πρακτική, εγείρει και μια σειρά καίριων νομικών ζητημάτων που περιστρέφονται, κυρίως, γύρω από τον άξονα της συνταγματικότητας ή μη του μέτρου αυτού.

*2. Η διαρρύθμιση του θεσμού της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο και τα λοιπά ΝΠΔΔ*

Η προσωπική κράτηση ως μέσο αναγκαστικής εκτέλεσης για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων γενικά, και ως μέσο διοικητικής εκτέλεσης κατά οφειλετών του Δημοσίου, ειδικότερα, έχει πλούσια ιστορική διαδρομή<sup>1</sup>.

Κατά τον ΝΕΔΕ<sup>2</sup>, που αποτέλεσε το πλέγμα εκείνο των διατάξεων που συστηματικοποίησε το θεσμό αυτό, η επιβολή του μέτρου της προσωπικής κράτησης κατά του οφειλέτη επαφίεταν στη διακριτική ευχέρεια του Διευθυντή του αρμόδιου Ταμείου. Ακόμη προβλεπόταν η απαγόρευση της λήψης του μέτρου αυτού κατά ορισμένων κατηγοριών οφειλετών, (όπως π.χ. οι έχοντες συμπληρώσει το 65ο έτος της ηλικίας τους, και οι ακτήμονες), ενώ προβλεπόταν και η χρονική διάρκεια της κράτησης.

Στα μέσα διοικητικής εκτέλεσης, ο ΚΕΔΕ (ν.δ. 356/1974) περιλαμβάνει και την προσωπική κράτηση, χωρίς να διαφοροποιείται ουσιωδώς από τις βασικές ρυθμίσεις του προγενέστερου νομοθετήματος. Ειδικότερα, εκτός των άλλων, προβλέπεται η προσωπική κράτηση διαφόρων κατηγοριών οφειλετών, ενώ η μέγιστη διάρκειά ορίζεται σε δύο έτη.

1. Βλ. γενικά *Ν. Αλιβιζάτου*, «Και πάλι για την αντισυνταγματικότητα της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο. Σκέψεις με αφορμή την ΑΠ 1753/1983 (Α' Τμήμα)», ΤοΣ 1984, σ. 62 επ., *Κ. Γεωργίου - Γ. Κατρά*, Η προσωπική κράτηση κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Κώδικα Είσπραξης Δημοσίων Εσόδων», Δ 22, σ. 284 επ., *Κ. Κουτουρίση*, Α. Τινά περί προσωπικής κρατήσεως Β. Αρμόδιον Δικαστήριον προς απαγγελίαν ταύτης, ΝοΒ 27, σ. 881 επ. Β. *Παπαχρήστου*, Η προσωπική κράτηση για χρέη προς το Δημόσιο - ΙΚΑ - ΝΠΔΔ, Αθήνα 1992, σελ. 7 επ.

2. Βλ. ενδεικτ. *Α. Κρέτση*, Η διοικητική εκτέλεσις, 1964, σ. 159.

Ο ν. 1867/1989<sup>3</sup> απέβλεπε προεχόντως στην εναρμόνιση και συμπόρευση του θεσμού της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο προς το πλέγμα των συνταγματικών διατάξεων που συγκροτούν τον εννοιολογικό πυρήνα του σύγχρονου Κράτους Δικαίου. Στο πλαίσιο αυτό, η προσωπική κράτηση εκτελείται μόνο μετά από τελεσίδικη απόφαση των αρμοδίων Διοικητικών Δικαστηρίων. Παράλληλα δε, οριζόταν κατά τρόπο ρητό, ότι: «Το αρμόδιο κατά τις διατάξεις της παρ. 2 δικαστήριο, αποφασίζει την προσωπική κράτηση αν κρίνει ότι το μέτρο αυτό είναι, ιδίως ενόψει του χρέους, αναγκαίο και πρόσφορο για την εξόφληση του χρέους καθώς και ότι η λήψη του μέτρου αυτού είναι το μόνο κατ' αποκλεισμό κάθε άλλου προβλεπόμενου από τις κείμενες διατάξεις αναγκαστικού μέτρου είσπραξης δημοσίων εσόδων, ικανοποίησης της σχετικής απαίτησης. Το δικαστήριο κρίνει με βάση οποιαδήποτε κατάλληλα αποδεικτικά μέσα ακόμη και αν δεν τα επικαλέστηκαν οι διάδικοι»<sup>4</sup>. Με τη διάταξη αυτή, συνεπώς, η το έσχατο αυτό μέτρο διοικητικής εκτέλεσης πρέπει λαμβάνεται με γνώμονα το ουσιαστικό περιεχόμενο της αρχής της αναλογικότητας.

Οι εισπρακτικές, όμως, ανάγκες του Δημοσίου υπαγόρευαν την τροποποίηση του ως άνω «φιλελεύθερου» για την εποχή του νομοθετήματος, με τη θέσπιση του ν. 2065/1992<sup>5</sup>. Συγκεκριμένα, η λήψη του μέτρου αυτού, η οποία επιβάλλεται πλέον με απόφαση του Προέδρου του αρμοδίου Διοικητικού Πρωτοδικείου κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, ενώ καταργείται η διάταξη περί καθιέρωσης της αρχής της αναλογικότητας.

Με τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1997), ο θεσμός της προσωπικής κράτησης διαρρυθμίζεται εκ νέου τόσο από άποψη ουσιαστικού όσο και δικονομικού δικαίου (άρθρα 231-243)<sup>6</sup>. Στο πλαίσιο αυτό, όλα τα συναφή επί μέρους θέματα που συναπαρτίζουν το συνεκτικό ιστό του θεσμού αυτού, τέθηκαν σε νέες βάσεις σε μια προσπάθεια «εκσυγχρονισμού» αυτού. Ως εκ τούτου, η αρμοδιότητα του δικαστηρίου, η ενεργητική και παθητική νομιμοποίηση, οι προϋποθέσεις και οι περιορισμοί λήψης του μέτρου αυτού, η εκδίκαση, η εξουσία του δικαστηρίου, η εκτέλεση της απόφασης, η αίτηση απόλυσης του κρατουμένου, τα ένδικα μέσα και οι αντιρρήσεις κατά τη σύλληψη ρυθμίζονται κατά τρόπο διεξοδικό και εξαντλητικό, με βάση τις ρυθμίσεις του ν. 1867/1989 και τις νομολογιακές εξελίξεις.

3. Αναλυτικά για τις ρυθμίσεις αυτού, βλ. *Β. Παπαχρήστου*, *όπ. παρ.*, σ. 10 επ., *Κ. Φινοκαλιώτη*, *Η προσωποκράτηση για χρέη στο Δημόσιο*, ανατ. Από την *ΕπΕμπΔ*, 1996, σ. 18 επ., *Θ. Ψυχογιού*, *Απόψεις για το νέο νόμο περί προσωπικής κράτησης για τα χρέη προς το Δημόσιο*, *Δ* 1991, σ. 794 επ.

4. Άρθρ. 3 παρ. 5 του νόμου αυτού.

5. Για τις ρυθμίσεις του νόμου αυτού, βλ. *ενδεικτ.*, *Σ. Κουσουλή*, *Η προσωπική κράτηση για χρέη προς το Δημόσιο*, *Δ* 24, σ. 70 επ., *Β. Παπαχρήστου*, *Είναι αντισυνταγματικό το άρθρο 46 ν. 2065/1992*, *Δ* 1993, σ. 79 επ.

6. Βλ. *Μ. Μηναδάκη*, *Η επιβολή της προσωπικής κράτησης κατά το νέο Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (άρθρα 231 έως και 243)*, *ΕΔΚΑ* 2000, σ. 81 επ.

Ειδικότερα δε, για το θέμα της προσωπικής κράτησης των οφειλετών για χρέη προς το ΙΚΑ, συναφείς είναι οι διατάξεις των άρθρων 91 παρ. 1 του ΚΕΔΕ, 18 ν. 1469/1984 και κυρίως του 27 παρ. 3 του α.ν. 1846/1951, σύμφωνα με το οποίο: «Οι διατάξεις που ισχύουν κάθε φορά για την είσπραξη των εσόδων του ΙΚΑ και των συνεισπραττομένων από αυτό εσόδων τρίτων οργανισμών εφαρμόζονται ανάλογα και για την είσπραξη των εσόδων του ΙΚΑ...».

### 3. Η συνταγματικότητα του μέτρου της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο και τα λοιπά ΝΠΔΔ

Η προσωπική κράτηση αποτέλεσε το πεδίο θεωρητικού προβληματισμού<sup>7</sup>, αντιπαράθεσης και διαλόγου από τους εκπροσώπους της θεωρίας, ενώ παράλληλα απασχόλησε κατά καιρούς τα δικαστήρια σχεδόν όλων των βαθμίδων. Δικαιολογημένα δε, άλλωστε, αφού, ως το έσχατο και επαχθές μέσο διοικητικής εκτέλεσης για την αναγκαστική ικανοποίηση των βεβαιωθέντων χρεών αποτελεί μέτρο, το οποίο συνεπάγεται τη στέρηση της προσωπικής ελευθερίας, στο βαθμό που με την εκτέλεση αυτού, ο οφειλέτης, χωρίς τη θέλησή του, κρατείται σε ορισμένο στενά οριοθετημένο μέρος.

Συνεπώς, το ερώτημα εάν το μέσο αυτό διοικητικής εκτέλεσης συνάδει προς τους συναφείς συνταγματικούς κανόνες εν όψει και της επαναοριοθέτησης και ανανοηματοδότησης του κανονιστικού περιεχομένου αυτών μετά την πρόσφατη συνταγματική αναθεώρηση, καθίσταται άκρως επίκαιρο. Για την απάντηση δε επί του ακανθώδους αυτού ερωτήματος, εισφέρουμε, κατά τρόπο γενικό και συνοπτικό, τα εξής:

ι. Στη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 του ισχύοντος Συντάγματος, ο σεβασμός της αξίας του ανθρώπου αναγορεύεται σε πρωταρχική υποχρέωση των πολιτειακών<sup>8</sup>. Αναμφίβολα, υπό το πρίσμα της ανθρωποκεντρικής αντίληψης κράτους και δικαί-

7. Βλ. *N. Αλιβιζάτου*, *δπ. παρ.*, *A. Κοτσίρη*, Η προσωπική κράτησης συμβούλων Ανωνύμου Εταιρίας για χρέη της προς το Δημόσιο εξ απόψεως Συντάγματος και Ευρωπαϊκής Συμβάσεως δια τη προάσπιν των δικαιωμάτων του ανθρώπου, *Αρμ.* 1983, σ. 367 επ., *Γ. Κουμάντου*, Προσωποκράτησης εκπροσώπου πτωχευσάσης εταιρίας δια χρέη προς το Δημόσιον, *Θ. ΞΣΤ'* σ. 572 επ., *E. Κρουσταλλάκη*, Η προσωπική κράτηση, ειδικότερα σαν μέσο αναγκαστικής εκτέλεσης για την είσπραξη δημοσίων εσόδων, υπό το πρίσμα του Συντάγματος του 1975, *Δ* 13, σ. 244 επ., *Γ.Α. Μαγκάκη*, Η αντισυνταγματικότητα της προσωπικής κρατήσεως για χρέη προς το δημόσιο, *ΝοΒ* 27, σ. 1153 επ., *A. Μάνεση*, Ατομικές ελευθερίες, 2η έκδ., 1982, σ. 108 επ., *A. Μανιτάκη*, Η αντισυνταγματικότητα της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο: Ανάπλαση γνωστών επιχειρημάτων, *Αρμ.* 1987, σ. 104, επ.

8. Για το περιεχόμενο του άρθρ. 2 παρ. 1, βλ. ενδεικτ., *Π. Λαγτόγλου*, Ατομικά Δικαιώματα, Β', 1991, σ. 1133 επ., *K. Κωνσταντινίδη*, Ποινικό Δίκαιο και ανθρώπινη αξιοπρέπεια, 1987, *A. Μανιτάκη*, Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας, 1994, σ. 400 επ., *I. Μανωλεδάκη*, «Ανθρώπινη αξιοπρέπεια», σε: *Μανωλεδάκη/Prittwitz* (επιμ.), Η ποινική προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, 1997, σ. 14 επ., *K. Χρυσόγονου*, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 2η έκδ., 2002, σ. 139 επ., *P. Habermas*, Έννοια και περιεχόμενο της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, *ΤοΣ* 1982, σ. 203 επ.

ου, όλα τα ατομικά δικαιώματα ενέχουν ως κεντρική συνιστώσα την αξία του ανθρώπου και το όλο σύστημα των εγγυήσεων των δικαιωμάτων αυτών, τόσο σε πολιτειακό όσο και σε διεθνές επίπεδο ενσαρκώνει το σύστημα προστασίας της αξίας του ανθρώπου.

Η αρχή αυτή λειτουργεί και ως ερμηνευτικό κριτήριο των συναφών συνταγματικών διατάξεων και ταυτόχρονα ως γνώμονας συνταγματικής αξιολόγησης των νομοθετικών κανόνων. Αναγνωρίζεται δε, ως ύπατο, απόλυτο μέγεθος που απαιτεί το σεβασμό του από την πολιτεία. Ο σεβασμός δε αυτός, έγκειται κυρίως στη μεταχείριση του ανθρώπου από τα όργανα της κρατικής εξουσίας με ορισμένο τρόπο ή ακριβέστερα στη μη μεταχείρισή του κατά τρόπο που τον υποβιβάζει στο επίπεδο του πράγματος, του μέσου, του αντικαταστατού μεγέθους<sup>9</sup>.

Ήδη από τη θέση σε ισχύ του ισχύοντος Συνταγματικού Χάρτη, διατυπώθηκαν οι πρώτες επιστημονικές επιφυλάξεις αναφορικά με τη συνταγματικότητα του θεσμού της προσωπικής κράτησης εν όψει του άρθρου 2 παρ. 1<sup>10</sup>.

Η προσωπική κράτηση για τα χρέη προς το Δημόσιο προσβάλλει κατά τρόπο άμεσο και ευθύ το εννοιολογικό περίγραμμα της αξίας του ανθρώπου ως συνταγματικού κανόνα άμεσης ισχύος, αφού στην ουσία πρόκειται για μεταχείριση απαξιώτικη της αξιοπρέπειάς του και εκβιαστική ως προς την προσωπική ελευθερία του. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, ο οφειλέτης χρησιμοποιείται από την κρατική εξουσία ως «μέσο εκβιασμού ως αντικείμενο εγγυοδοσίας»<sup>11</sup>.

ii. Στη διάταξη του άρθρου 25 παρ. 1' εδ. δ' του ισχύοντος Συντάγματος 1975/1986/2001, ορίζεται ότι: «...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».

Καθίσταται εναργές, ότι με τη διάταξη αυτή προσδιορίζεται η λειτουργική σχέση μεταξύ των συνταγματικά προστατευομένων δικαιωμάτων και των περιορισμών αυτών. Στο πλαίσιο αυτό, κατοχυρώνεται κατά τρόπο ρητό και λιτό η αρχή της α-

9. Βλ. αναλυτ. *I. Μανωλεδάκη*, Το έννομο αγαθό ως βασική έννοια του Ποινικού Δικαίου, 1998, σ. 241 επ.

10. Βλ. ενδεικτ. *N. Αλιβιζάτου*, όπ. παρ., *A. Κοσιρίη*, Η προσωπική κράτησις συμβούλων Ανώνυμου Εταιρίας για χρέη της προς το Δημόσιο εξ απόψεως Συντάγματος και Ευρωπαϊκής Συμβάσεως δια τη προάσπισιν των δικαιωμάτων του ανθρώπου, Αρμ. 1983, σ. 367 επ., *E. Κρουσταλλάκη*, Η προσωπική κράτησις, ειδικότερα σαν μέσο αναγκαστικής εκτέλεσης για την είσπραξη δημοσίων εσόδων, υπό το πρίσμα του Συντάγματος του 1975, Δ 13, σ. 244 επ., *Γ.Α. Μαγκάκη*, Η αντισυνταγματικότητα της προσωπικής κρατήσεως για χρέη προς το δημόσιο, ΝοΒ 27, σ. 1153 επ., *A. Μάνεση*, Ατομικές ελευθερίες, 2η έκδ., 1982, σ. 108 επ., *A. Μανιτάκη*, Η αντισυνταγματικότητα της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο: Ανάπλαση γνωστών επιχειρημάτων, Αρμ. 1987, σ. 104, επ.

11. Όπως υπογραμμίζει χαρακτηριστικά, ο *A. Μανιτάκης*, Η αντισυνταγματικότητα, όπ. παρ., σ. 107.

ναλογικότητας, όπως είχε αναλυθεί και επεξεργασθεί από τη θεωρία και τη νομολογία<sup>12</sup>.

Με τον τρόπο αυτό, η εν λόγω αρχή αναγορευόμενη σε συνταγματική αρχή αποκτά πρόδηλο κανονιστικό περιεχόμενο δεσμεύοντας τις συνταγματικά συντεταγμένες κρατικές λειτουργίες στην εξειδίκευση και εφαρμογή της.

Σύμφωνα, δε με το κανονιστικό περιεχόμενο της εν λόγω αρχής, οι περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει: 1) να είναι αναγκαίοι, δηλ., «οι ήττον επαχθείς» (*αρχή της αναγκαιότητας*), 2) να είναι κατάλληλοι για την επιτέλεση του σκοπού για τον οποίο επιβάλλονται (*αρχή της καταλληλότητας*) και 3) να τελούν σε εύλογη σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό (*αρχή της αναλογικότητας stricto sensu*)<sup>13</sup>.

Στη διάταξη δε του άρθρου 236 Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας ορίζεται ότι, το μέτρο της προσωπικής κράτησης επιβάλλεται μόνο στην περίπτωση που το αρμόδιο δικαστήριο κρίνει ότι: «το αναγκαστικό αυτό μέτρο είναι αναγκαίο και πρόσφορο για την εξόφληση του χρέους, καθώς και ότι συνιστά το μόνο ικανό μέσο είσπραξης για την ικανοποίηση της σχετικής απαίτησης».

Ως εκ τούτου, η εκ του νόμου προβλεπόμενη καθολική εφαρμογή της αρχής αυτής σε άρρηκτη συνάφεια τελούσα με τις διατάξεις των συνταγματικών κανόνων περί προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων, συνεπάγεται τις εξής συνέπειες:

---

12. Για την έννοια και το ουσιαστικό περιεχόμενο της αρχής της αναλογικότητας, βλ. *Εν. Βενιζέλου*, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, 1990, σελ. 203 επ., *Β. Βουτσάκη*, Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση του δικαίου, σε: Όψεις του Κράτους Δικαίου, 1990, σελ. 255 επ., *Α. Γέροντα*, Η αρχή της αναλογικότητας στο Γερμανικό Δημόσιο Δίκαιο, ΤοΣ 1983, σελ. 20 επ., *Π. Γεσίου - Φαλτσή*, Προστασία κατά της καταχρηστικής αναγκαστικής εκτελέσεως: Αρχή αναλογικότητας ή εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ; σε: Επιστημονική Επετηρίδα «Αρμενόπουλος», 11/1990, σελ. 29 επ., *Θ. Δαλακούρα*, αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, 1993, *Ι. Δημητράκοπουλος*, Η αρχή της αναλογικότητας ως γενική αρχή και του κοινοτικού δικαίου, ΔτΑ 7/2000, σελ. 738 επ., *Ξ. Κοντιάδη*, Ο νέος Συνταγματισμός και τα Θεμελιώδη Δικαιώματα μετά την αναθεώρηση του 2001, 2002, σελ. 233 επ., *Α. Κοντόγιωργα - Θεοχαροπούλου*, Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο, 1989, *Γ. Μητσόπουλου*, «Τριτενέργεια» και «αναλογικότητα» ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος, ΔτΑ 15/2002, σελ. 641 επ., *Ε. Μπέη*, Η αρχή της αναλογικότητας, Δ 1999, σελ. 467 επ., *Σ. Ορφανουδάκη*, Η αρχή της αναλογικότητας, 2003, *Ζ. Παπαϊωάννου*, Η αρχή της αναλογικότητας κατά την άσκηση της αστυνομικής εξουσίας, 2003, *Ε. Πρεβεδούρου*, Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ΕΕΕυρΔ 1997, σελ. 1 επ., *Β. Σκουρή*, Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας (Παρατηρήσεις στην απόφαση 2112/1984 του Συμβουλίου της Επικρατείας), σε: Προσανατολισμοί στο Δημόσιο Δίκαιο Ι, 1996, σελ. 105 επ., *Γ. Τριανταφύλλου*, Η αρχή της αναλογικότητας στην ποινική δίκη, ΕλΔ 1990, σελ. 301 επ., *Α. Τσάτσου*, Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμ. Γ', Θεμελιώδη Δικαιώματα, 1988, σελ. 245 επ., *Θ. Φορτσάκη*, Η προδήλως εσφαλμένη εκτίμηση και η αρχή της στάθμισης κόστους - οφέλους, ΝοΒ 1987, σελ. 1324 επ., *Α. Χαραλαμπίκη*, Η αρχή της αναλογίας κατά την επιβολή παρεπομένων ποινών και ιδιαίτερα κατά την δήμευση.

13. Βλ. ενδεικτ. *Χ. Δαλακούρα*, όπ. παρ., σ. 91 επ., *Α. Κοντόγιωργα - Θεοχαροπούλου*, όπ. παρ., σ. 31 επ.



α) Το αναγκαστικό μέτρο της προσωπικής κράτησης διατάσσεται μόνο στην περίπτωση που η λήψη του κρίνεται αναγκαία, εν όψει πάντοτε της *in concreto* πραγματικής κατάστασης. Πρέπει, δηλαδή, να επιλέγεται για την ικανοποίηση ενός συγκεκριμένου σκοπού το ηπιότερο μέτρο και σε περίπτωση αδυναμίας αυτού να γίνεται χρήση του ολιγότερου ήπιου ή επαχθούς μέτρου. Για τη διαμόρφωση της σχετικής κρίσης του αρμοδίου δικαιοδοτικού οργάνου περί της αναγκαιότητας ή μη του μέτρου συνεκτιμώνται και αξιολογούνται διάφορα κριτήρια, όπως π.χ. η εν γένει στάση του οφειλέτη, το επιδειχθέν ενδιαφέρον του για την εξόφληση των χρεών του σε συνδυασμό πάντοτε με τη διαφαινόμενη συνολική περιουσιακή του κατάσταση.

β) Εκτός της αναγκαιότητας που πρέπει να συντρέχει, το μέτρο πρέπει να κριθεί, σε μια δεύτερη φάση ελέγχου, πρόσφορο και κατάλληλο για την πραγμάτωση του συγκεκριμένου σκοπού. Δηλαδή, από τη συνεκτίμηση των διαφόρων στοιχείων και δεδομένων της κάθε περίπτωσης ξεχωριστά, όπως π.χ. η επαγγελματική απασχόληση, οι συνθήκες διαβίωσης, η εν γένει οικογενειακή του κατάσταση, το δικαιοδοτικό όργανο σχηματίζει την άποψή του για την προσφορότητα και καταλληλότητα ή μη του μέτρου.

γ) Στο τρίτο στάδιο, η λήψη του μέτρου δικαιολογείται μόνο αν οι περαιτέρω συνέπειες της επιβολής του δεν είναι δυσανάλογες σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό<sup>14</sup>. Υπό την έννοια, δηλαδή, της «στάθμισης κόστους και οφέλους» συγκεκριμενοποιούνται και εξειδικεύονται οι συνολικές επιπτώσεις της λήψης του μέτρου, τόσο στην προσωπική κατάσταση του οφειλέτη όσο και στην ικανοποίηση των εισπρακτικών αναγκών του Δημοσίου.

Η διύλιση αυτή του ακραίου και επαχθούς μέτρου της προσωπικής κράτησης υπό το πρίσμα της πολυσύνθετης αρχής της αναλογικότητας καθιστά τη λήψη του μέτρου αυτού αμφίβολης συνταγματικότητας, αφού εκτός των άλλων, η θυσία στην οποία υποβάλλεται ο οφειλέτης στερούμενος την προσωπική του ελευθερία είναι δυσανάλογη σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι την είσπραξη των οφειλών του Δημοσίου<sup>15</sup>.

**iii.** Ως μέτρο στερητικό της ελευθερίας του προσώπου, η προσωπική κράτηση πρέπει να αξιολογείται και υπό το φως της διάταξης του άρθρου 5 παρ. 3 του ισχύοντος Συντάγματος, («Η προσωπική ελευθερία είναι απαραβίαστη. Κανένας δεν καταδιώκεται ούτε συλλαμβάνεται, ούτε φυλακίζεται ούτε με οποιονδήποτε τρόπο περιορίζεται, παρά μόνο όταν και όπως ο νόμος ορίζει»).

Ο πρώτος ερμηνευτικός κανόνας που συνάγεται από την ως άνω προστατευτική της ελευθερίας συνταγματική διάταξη συνίσταται στο ότι, ο περιορισμός ή η στέρηση της ελευθερίας πρέπει να προβλέπεται σε συγκεκριμένη διάταξη νόμου και να

14. Βλ. ΔιοικΠρωτΠειρ 100/2000, ΕΔΚΑ 2001, σ. 136 επ.

15. Βλ. Α. Μανιτάκη, Η αντισυνταγματικότητα, όπ. παρ.

έχει γενικό και αντικειμενικό περιεχόμενο<sup>16</sup>. Κατά την ερμηνευτική προσέγγιση των νομοθετικών διατάξεων που περιέχουν περιορισμούς στην άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να εκτιμάται δεόντως και να υπογραμμίζεται κατά τρόπο σαφή και συγκεκριμένο το σύστημα εγγυήσεων («περιορισμοί των περιορισμών»), με το οποίο οριοθετούνται τα προβλεπόμενα από τον κοινό νομοθέτη όρια στην άσκηση αυτών.

Με γνώμονα τις ανωτέρω σύντομες επισημάνσεις απολήγουμε στο συμπέρασμα ότι, ο «αναχρονιστικός» θεσμός της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο αντιτίθεται σε μια σειρά συνταγματικών κανόνων και η εφαρμογή του δεν προσιδιάζει στα πλαίσια της λειτουργίας του σύγχρονου Κράτους Δικαίου.

#### 4. Η ΣτΕ 1623/2002 (ΣΤ' Τμήμα) περί προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο και το ΙΚΑ

Η απόφαση αυτή της επταμελούς σύνθεσης του ΣΤ' Τμήματος του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου θεωρείται ιδιαίτερα καθοριστική για το μέλλον του θεσμού της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο και τα λοιπά ΝΠΔΔ, αφού πραγματεύεται αφενός μεν το θέμα που αφορά στην επέκταση των διατάξεων περί προσωπικής κράτησης και στα λοιπά ΝΠΔΔ (ΙΚΑ), αφετέρου δε το θέμα της συνταγματικότητας των σχετικών ρυθμίσεων του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας<sup>17</sup>.

Όσον αφορά στο πρώτο ζήτημα, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι, υπό το καθεστώς του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας δεν δικαιούνται τα λοιπά ΝΠΔΔ (συμπεριλαμβανομένου και του ΙΚΑ) να υποβάλουν αίτηση για προσωπική κράτηση των οφειλετών τους. Τούτο δε οφείλεται στο ότι, στις διατάξεις του άρθρου 233 παρ. 1 ορίζεται κατά τρόπο ρητό ποιοι νομιμοποιούνται ενεργητικώς στην υποβολή της σχετικής αίτησης, ήτοι αναφέρονται μόνο τα όργανα του Δημοσίου (Προϊστάμενος της ΔΟΥ ή Τελωνείου) και όχι άλλων ΝΠΔΔ.

Το κρισιμότερο, όμως, θέμα που απασχόλησε την απόφαση αυτή, εστιάζεται στη συνταγματικότητα των διατάξεων των άρθρων 231 επ. του Κώδικα, όπου διαρρυθμίζεται ο θεσμός της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο.

Συγκεκριμένα, η απόφαση έκρινε ότι, οι διατάξεις αυτές αντίκεινται σε ένα πλέγμα συνταγματικών κανόνων (2 παρ. 1, 5 παρ. 1, 20 παρ. 1, 21 παρ. 3 και 25 παρ. 1). Η μη εναρμόνιση δε των διατάξεων του Κώδικα προς τις ανωτέρω συνταγματικές διατάξεις έγκειται στο ότι, οι διατάξεις αυτές δεν περιέχουν λεπτομερειακή αναφορά των θεμάτων εκείνων που θεωρούνται αναγκαία για τη διύφανση του θεσμού της προσωπικής κράτησης.

Ειδικότερα, η απόφαση, αναφορικά με το ζήτημα της αναγκαιότητας της λήψης

16. Αναλυτ., βλ. *Κ. Χρυσόγονου*, *όπ. παρ.*, σ. 202 επ.

17. Σχολιασμό αυτής, βλ. *Α. Παπακωνσταντίνου*, *ΤοΣ 2002*, σ. 278 επ., *Θ. Ψυχολογού*, *Ο θεσμός της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο, ΙΚΑ και λοιπά Ν.Π.Δ.Δ. μετά την υπ' αριθμ. 1623/02 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας*.

του επαχθούς αυτού μέτρου αυτού δέχεται ότι, εφόσον το μέτρο της προσωρινής στέρησης της ατομικής ελευθερίας του οφειλέτη αποσκοπεί στην εξεύρεση των αναγκαίων πόρων για την αποπληρωμή του χρέους του, η λήψη του μέτρου αυτού θα «εδικαιολογείτο ίσως μόνον στην περίπτωση κατά την οποία το Δημόσιο ή το ΝΠΔΔ επεκαλείτο και απεδείκνυε δόλιες ενέργειες προς απόκρυψη των περιουσιακών στοιχείων και προσπάθεια εξαγωγής τους στην αλλοδαπή». Σχετικά με το σημαντικό θέμα του ποιος φέρει το βάρος της αποδείξεως της αναλογικότητας του μέτρου, στην απόφαση επισημαίνεται ότι, στις σχετικές διατάξεις δεν ορίζεται ποιος φέρει το βάρος αποδείξεως της αναλογικότητας του μέτρου, αν και θα έπρεπε να ορίζεται ως υπόχρεος προς τούτο το Δημόσιο ή το ΝΠΔΔ, το οποίο «δύναται ευχερώς να διαπιστώσει εν όψει της συγχρόνου τεχνολογίας που διαθέτει την περιουσιακή κατάσταση του οφειλέτη του».

Επιπλέον δε, τονίζεται ότι, η αντίθεση προς τις ως άνω προαναφερθείσες συνταγματικές διατάξεις επιτείνεται και από άλλες ρυθμίσεις, π.χ. η κατάργηση του ορίου ηλικίας πέραν του οποίου δεν είναι δυνατή η προσωπική κράτηση, η δυνατότητα εκ νέου προσωπικής κράτησης μετά την πάροδο έξι (6) μηνών από την εκτέλεση της προηγούμενης απόφασης καθώς και η ανυπαρξία πρόβλεψης κρατήσεως του οφειλέτη σε ιδιαίτερο χώρο ή σε ιδιαίτερη πτέρυγα φυλακών<sup>18</sup>.

Με την παράθεση των σκέψεων αυτών το Δικαστήριο έκρινε ότι, εν όψει των διατάξεων 100 παρ. 5 του Συντάγματος και 14 παρ. 2 και 4 του π.δ. 18/89, τα θέματα αυτά, ήτοι α) της δυνατότητας του ΙΚΑ να υποβάλλει αίτηση για προσωπική κράτηση των οφειλετών του και β) της συνταγματικότητας των συναφών διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας πρέπει να παραπεμφθούν στην ολομέλεια.

##### 5. Η ΟλομστΕ 2858/2003 για την προσωπική κράτηση για χρέη προς το ΙΚΑ

Η απόφαση της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας ασχολήθηκε μόνο με το θέμα της δυνατότητας ή μη της υποβολής της αίτησης για την προσωπική κράτηση οφειλετών χρεών προς τα λοιπά ΝΠΔΔ, όπως το ΙΚΑ.

Σε μια λακωνική σκέψη, η απόφαση υιοθέτησε την άποψη ότι: «...η οποία (δηλ., η προσωπική κράτηση) επιτρέπεται μόνον προκειμένου περί απαιτήσεων του Δημοσίου, όχι δε και των λοιπών ν.π.δ.δ., ως το ΙΚΑ. Τούτο προκύπτει σαφώς εκ της γραμματικής διατυπώσεως των άρθρων 233 παρ. 1, 232 και 233 του ΚΔΔ, τα οποία είναι στενώς ερμηνευτέα, υπό το φως των άρθρων 5 παρ. 3 του Συντάγματος και 7 της ΕΣΔΑ, εν όψει της στέρησης του ατομικού δικαιώματος της προσωπικής ελευθερίας που επάγεται δια τον οφειλέτην η επιβολή του μέτρου».

Το Δικαστήριο, δηλαδή, έκρινε κατά πλειοψηφία ότι, αναφορικά με τη στέρηση του ατομικού δικαιώματος της προσωπικής ελευθερίας που συνεπάγεται για τον οφειλέτη των χρεών η επιβολή του συγκεκριμένου μέτρου, οι σχετικές προς τούτο

18. Άρθρ. 237 επ. ΚΔΔ.

διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (άρθρα 231 επ.) πρέπει υπό το πρίσμα των άρθρων 5 παρ. 3 του Συντάγματος και 7 της ΕΣΔΑ να ερμηνεύονται κατά τρόπο στενό.

Αντίθετα, κατά την άποψη της μειοψηφίας, ο νομοθέτης δεν θέλησε (μέσω των διατάξεων του Κώδικα) να καταργήσει τη δυνατότητα που παρέχεται στο ΙΚΑ και στα λοιπά ΝΠΔΔ να ζητούν την προσωπική κράτηση των οφειλετών τους. Δηλαδή, κατά την άποψη αυτή: «Ο νομοθέτης εκφράστηκε στενότερα από ότι ήθελε, όπως άλλωστε έπραξε και σε ολόκληρο του τμήμα περί εισπράξεως δημοσίων εσόδων (άρθρα 216-230), όπου μνημονεύει αποκλειστικά το Δημόσιο και παραλείπει τα εξομοιούμενα προς τούτο ΝΠΔΔ. Τούτο μαρτυρεί σαφώς η εισηγητική έκθεση που αναφέρεται στα περί προσωπικότητας πρώτο άρθρο του ΚΔΔ επισημαίνοντας ότι με αυτά αποδίδεται κατά βάση η έως τότε ισχύουσα ρύθμιση».

Αναμφίβολα, το ερώτημα που ανακύπτει εστιάζεται στο εάν η θέσπιση περιορισμών επί των ατομικών δικαιωμάτων της πρέπει να ερμηνεύονται στενά ή μη. Αναμφίβολα, στα πλαίσια του φιλελεύθερου σύγχρονου Κράτους Δικαίου, οι περιορισμοί των ατομικών δικαιωμάτων που επιβάλλονται μόνο με νόμο, πρέπει να ερμηνεύονται στενά, αποκλεισμένης της πληρώσεως νομικών κενών με άλλες ερμηνευτικές μεθόδους (π.χ. με αναλογική εφαρμογή)<sup>19</sup>. Σε περίπτωση δε αμφιβολίας ως προς την ερμηνεία των διατάξεων που καθιερώνουν περιορισμούς στην άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων, πρέπει να εφαρμόζεται η αρχή «in dubio pro libertate»<sup>20</sup>.

Στην προκειμένη περίπτωση, η στενή ερμηνεία των διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας επιβάλλει, ως προς την προσωπική κράτηση για τα χρέη, τον αποκλεισμό της εφαρμογής τους προκειμένου περί των λοιπών ΝΠΔΔ.

Με την απόφαση αυτή, κρίθηκε πλέον το θέμα του εάν τα λοιπά ΝΠΔΔ (εξαιρουμένου του Δημοσίου) δύνανται με αίτησή τους να ζητήσουν την προσωπική κράτηση των οφειλετών τους.

Το κρίσιμο, όμως, ζήτημα της συνταγματικότητας του θεσμού της προσωπικής κράτησης για χρέη προς το Δημόσιο παραμένει «ανοικτό» και είναι βέβαιο ότι στο μέλλον θα απασχολήσει το Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο.

---

19. Βλ. ενδεικτ. Π. Λαγτόγλου, *όπ. παρ.*, Α' σ., 150: «...οι περιορισμοί πρέπει να ερμηνεύονται στενά, δηλαδή να εφαρμόζονται μόνο στις περιπτώσεις στις οποίες ρητώς και σαφώς αναφέρονται», Α. Μάνεση, *όπ. παρ.*, σ. 77

20. Βλ. αναλυτ. Φ. Σπυρόπουλου, Η ερμηνεία του Συντάγματος. Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου;, 1999, σ. 172 επ.

**Σ 2.1, 25.1, π.δ. 166/2000 (1041/79) άρθρο 62.1α**

*Αρχή της αναλογικότητας και στέρηση του συνταξιοδοτικού δικαιώματος υπαλλήλου*

Η πειθαρχικώς κολάσιμη συμπεριφορά υπαλλήλου μπορεί, ενδεχομένως, να οδηγήσει κατά νόμον στην απόλυσή του, όχι όμως και στην απώλεια του συνταξιοδοτικού δικαιώματος. Τέτοιας εντάσεως κύρωση, θέτουσα σε κίνδυνο την ίδια την επιβίωσή του και συνιστώντας έτσι προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, υπερακοντίζει το νομοθετικό σκοπό (εύρυθμης λειτουργίας της δημόσιας υπηρεσίας) και αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, ώστε η σχετική διάταξη (π.δ. 1041/79 άρθρο 62.1α) κρίνεται ανίσχυρη ως αντισυνταγματική.

**ΕλΣυνεδρ 1376/2002**

*(Σύνθεση: Βασίλειος Χασαπογιάννης, Παναγιώτης Παρασκευόπουλος, Ιωάννης Καραβοκύρης - εισηγητής, Σύμβουλοι: Νικόλαος Μηλιώνης, Αγγελική Μυλωνά, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο).*

I. Με την κρινόμενη από 18.10.2000 έφεση, ο εκκαλών, πρώην δάσκαλος που απολύθηκε από την υπηρεσία επειδή απουσίασε αδικαιολόγητα από αυτήν, ζητεί να ακυρωθεί η 15980/24.9.1999 πράξη του Διευθυντή της 42ης Διεύθυνσης του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους (Γ.Λ.Κ), με την οποία απορρίφθηκε το αίτημά του να του κανονισθεί, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του Κώδικα Πολιτικών και Στρατιωτικών Συντάξεων και των κοινοτικών κανονισμών για την κοινωνική ασφάλιση (ΚανΕΟΚ) 1408/1971, 574/1972 και (ΚανΕΚ) 1606/1998, μηνιαία πολιτική σύνταξη, με βάση τη συνολική συντάξιμη υπηρεσία τακτικού υπαλλήλου από έτη 11-9-26 και την υπηρεσία που παρείχε στη συνέχεια ως δάσκαλος με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου σε σχολεία της Γερμανίας, με την αιτιολογία ότι, εφόσον η απόλυσή του οφείλεται στην αδικαιολόγητη αποχή από την εκπλήρωση των καθηκόντων του, το συνταξιοδοτικό του δικαίωμα απωλέσθηκε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 62 παρ. 1 περ. α' του ως άνω Κώδικα. Η έφεση αυτή, για την οποία καταβλήθηκαν τα νόμιμα τέλη χαρτοσήμου (βλ. το 1047248 - Α/20.10.2000 διπλότυπο είσπραξης της Δ.Ο.Υ. Ενσήμων και Δικαστικών Εισπράξεων Αθηνών) και το παράβολο (με τα ειδικά έντυπα γραμμάρια του Δημοσίου 5262341 και 1221649), έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα και κατά τα λοιπά νομότυπα. Επομένως είναι τυπικά δεκτή και ερευνητέα στην ουσία.

II. Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, που απορρέει από την έννοια του κράτους δικαίου (άρθρα 1 παρ. 3-4, 25, 26, 87, 93, 94, 95 Συντ.) και ήδη κατοχυρώνεται ρητώς στο άρθρο 25 παρ. 1 του Συντάγματος, όπως ισχύει από 17.4. 2001, μετά την αναθεώρησή του με το Ψήφισμα της 6.4.2001 της Ζ' Αναθεωρητικής Βουλής των Ελλήνων (Α' 84), επιβάλλει στον κοινό νομοθέτη, όταν θεσπίζει ένα δυσμε-

νές μέτρο σε βάρος μιας κατηγορίας προσώπων που συνεπάγεται την εξαίρεση του από έναν ευμενέστερο κανόνα δικαίου, να χρησιμοποιεί κριτήρια αντικειμενικά που να δικαιολογούνται από λόγους δημόσιου συμφέροντος. Τα θεσπιζόμενα δε επαχθή μέτρα πρέπει να είναι μόνο τα αναγκαία για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού και να τελούν σε άμεση συνάφεια όχι μόνο προς αυτόν τούτον τον επιδιωκόμενο σκοπό, αλλά και προς το αντικείμενο της ρύθμισης. Πρέπει δηλαδή τα επιβαλλόμενα, με βάση τα προαναφερόμενα κριτήρια, μέτρα αφενός να είναι κατάλληλα ώστε να επιφέρουν το προσδοκώμενο αποτέλεσμα και αφετέρου να είναι και τα απολύτως αναγκαία, με την έννοια ότι για την πραγμάτωση του επιδιωκόμενου δημοσίου σκοπού δεν ήταν δυνατή η επιλογή ενός άλλου εξίσου αποτελεσματικού αλλά λιγότερου επαχθούς μέτρου. Διαφορετικά αν το επιβαλλόμενο μέτρο είναι τέτοιας έντασης και διάρκειας που υπερακοντίζει κατάδηλα τον επιδιωκόμενο σκοπό, συνεπάγεται δηλαδή τέτοια μειονεκτήματα που είναι δυσανάλογα προς τα απορρέοντα από την εξυπηρέτηση του δημοσίου σκοπού πλεονεκτήματα, αντίκειται στην εν λόγω αρχή και συνεπώς η σχετική διάταξη που το προβλέπει είναι αντισυνταγματική (πρβλ. 2112/1984, 1149/1988, 2153/1989, 1424/1990 κ.α. ΣΤΕ).

III. Με τη διάταξη της περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 62 του Κώδικα Πολιτικών και Στρατιωτικών Συντάξεων (π.δ. 1041/1979 και ήδη π.δ. 166/2000), στην οποία κωδικοποιήθηκε η περ. α' της παρ. 1 του άρθρου 62 του α.ν. 1854/1951, ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα σύνταξης χάνεται... Αν ο υπάλληλος απολυθεί γιατί απέσχε από την εκπλήρωση των καθηκόντων του αδικαιολόγητα...». Με τη διάταξη αυτή οι υπάλληλοι του δημοσίου, αν και πληρούν τις νόμιμες προϋποθέσεις του άρθρου 1 παρ. 1 του Συνταξιοδοτικού Κώδικα (Σ.Κ.) για τη χορήγηση σύνταξης, χάνουν το συνταξιοδοτικό τους δικαίωμα όταν η απόλυσή τους από την υπηρεσία οφείλεται στη διάπραξη του πειθαρχικού αδικήματος της αδικαιολόγητης αποχής από τα καθήκοντά τους, που προβλέπεται από το άρθρο 133 παρ. 4 περ. γ' του υπαλληλικού κώδικα (α.ν. 1811/1951, το οποίο έχει κωδικοποιηθεί στο άρθρο 207 παρ. 4 περ. γ' του π.δ. 611/1977 - βλ. και άρθρο 109 παρ. 2 περ. στ' του νέου υπαλληλικού κώδικα που κυρώθηκε με το ν. 2683/1999, ΦΕΚ 19 Α'). Η θεσπιζόμενη με τη διάταξη αυτή εξαίρεση της ως άνω κατηγορίας υπαλλήλων από το γενικό συνταξιοδοτικό κανόνα ότι όλοι οι υπάλληλοι του Δημοσίου δικαιούνται σύνταξη, εφόσον πληρούν τις νόμιμες προϋποθέσεις, συμπεριλαμβανομένων και των με σχέση εργασίας αορίστου ή ορισμένου χρόνου, οι οποίοι έχουν επιλέξει ως συνταξιοδοτικό φορέα το Δημόσιο, βασίζεται σε κριτήριο το οποίο δεν σχετίζεται άμεσα με το αντικείμενο της ρύθμισης που είναι η απονομή της σύνταξης, η οποία χορηγείται μετά τη λήξη της υπαλληλικής σχέσης και εξαρτάται από τη συμπλήρωση ορισμένων αντικειμενικών προϋποθέσεων (συντάξιμος χρόνος και όριο ηλικίας). Η πειθαρχικώς κολάσιμη συμπεριφορά του υπαλλήλου τελεί σε άμεση σχέση με την υπηρεσιακή κατάσταση του υπαλλήλου εν ενεργεία και μπορεί να οδηγήσει, κατά τις σχετικές διατάξεις, σε

απόλυσή του. Δεν τελεί όμως σε άμεση σχέση με το συνταξιοδοτικό καθεστώς αυτού, ώστε να αποτελεί το κριτήριο για την απώλεια του συνταξιοδοτικού δικαιώματος. Πέραν τούτου, η ίδια η κύρωση, ως δυσμενές μέτρο, εμφανίζει τέτοια ένταση και διάρκεια, δεδομένου ότι ακολουθεί τον απολυθέντα υπάλληλο μέχρι το πέρας του βίου του, που θέτει σε κίνδυνο την ίδια τη διαβίωσή του με τη στέρηση των στοιχειωδών μέσων για την κάλυψη των βιοτικών του αναγκών και μάλιστα σε μία ηλικία που η δυνατότητα αναπλήρωσης της ως άνω παροχής καθίσταται, αν όχι αδύνατη, εξόχως δυσχερής, με άμεσο αποτέλεσμα ακόμα και την προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειάς του (άρθρ. 2 παρ. 1 Σ). Τα μειονεκτήματα αυτά που συνεπάγεται το ως άνω μέτρο κρίνονται δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο δημόσιο σκοπό, της εύρυθμης δηλαδή λειτουργίας της δημόσιας υπηρεσίας, ο οποίος, δεδομένου ότι μπορούσε να επιτευχθεί μ' ένα άλλο εξίσου αποτελεσματικό, αλλά λιγότερο επαχθές μέτρο, υπερκοντίζεται κατάδηλα. Συνεπώς, η ανωτέρω διάταξη του άρθρου 62 παρ. 1 του π.δ. 1041/1979, με την προσημειούμενη ρύθμιση, περιέχει κανόνα δικαίου που έρχεται σε αντίθεση με τη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας που προσημειώθηκε και συνεπώς είναι ανίσχυρη (βλ. II Τμ. 283/2000 και 422/2001).

IV. Με την παράγραφο 1 του άρθρου 1 του Σ.Κ. ορίζεται ότι «Ο τακτικός δημόσιος υπάλληλος που λαμβάνει κάθε μήνα μισθό από το Δημόσιο Ταμείο ή από άλλους ειδικούς πόρους δικαιούται σε ισόβια σύνταξη από το Δημόσιο Ταμείο: α) ... β) Αν απολυθεί και έχει εικοσαετή τουλάχιστον πλήρη πραγματική συντάξιμη υπηρεσία γ) ...». Από τις διατάξεις αυτές, συνδυαζόμενες με όσα αναπτύχθηκαν στις προηγούμενες σκέψεις, προκύπτει ότι ο μισθοδοτούμενος από το Δημόσιο Ταμείο υπάλληλος θεμελιώνει δικαίωμα σύνταξης από το Δημόσιο και όταν απολυθεί από την υπηρεσία του μετά από απόφαση πειθαρχικού συμβουλίου, εφόσον έχει εικοσαετή τουλάχιστον πλήρη πραγματική συντάξιμη υπηρεσία, χωρίς να ασκεί επιρροή το γεγονός ότι η απόλυσή του οφείλεται στη διάπραξη του πειθαρχικού παραπτώματος της αδικαιολόγητης (αυθαίρετης) απουσίας από την εκπλήρωση των καθηκόντων του. Εξάλλου, από τις διατάξεις των Καν(ΕΟΚ) 1408/1971 και 574/1972, όπως ισχύουν, η εφαρμογή των οποίων επεκτάθηκε από 25.10.1998 και στα ειδικά συστήματα κοινωνικής ασφάλισης των δημόσιων υπαλλήλων και όσων εξομοιώνονται προς αυτούς (βλ. ΚανΕΚ 1606/1998), συνάγεται μεταξύ άλλων ότι το Γ.Λ.Κ., ως αρμόδιος φορέας συνταξιοδότησης των δημόσιων υπαλλήλων στην Ελλάδα, συνυπολογίζει για τη θεμελίωση δικαιώματος σύνταξης πολιτικού υπαλλήλου και τις περιόδους ασφάλισης που αυτός έχει πραγματοποιήσει σε άλλο ή άλλα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εφόσον είναι ισοδύναμες με τις αντίστοιχες που, με βάση τις διατάξεις της ελληνικής συνταξιοδοτικής νομοθεσίας, λαμβάνονται υπόψη για τη θεμελίωση δικαιώματος σύνταξης. Για το συνυπολογισμό αυτό τηρείται προηγουμένως η προβλεπόμενη από το άρθρο 43 του ΚανΕΟΚ 574/1972 διαδικασία, σύμφωνα με την οποία ο φορέας, στον οποίο υπεβλήθη η αίτηση για συνταξιοδότη-

ση, καταχωρεί σε ειδικό έντυπο (Ε 205) τους χρόνους ασφάλισης που έχουν πραγματοποιηθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία του και στη συνέχεια κοινοποιεί αντίγραφο του εντύπου αυτού στο φορέα ασφάλισης κάθε άλλου κράτους μέλους, στον οποίο ο αιτών ήταν ασφαλισμένος, προκειμένου να γίνει η καταχώρηση των περιόδων ασφάλισης που πραγματοποίησε σ' αυτούς. Τέλος το έντυπο αυτό, συμπληρωμένο κατά τον ανωτέρω τρόπο, επιστρέφεται στο αρμόδιο όργανο του φορέα εξέτασης της αίτησης για συνταξιοδότηση, το οποίο αποφαινεται οριστικά αν ο αιτών θεμελιώνει δικαίωμα σύνταξης με βάση τη νομοθεσία του και σε θετική περίπτωση υπολογίζει το ύψος της σύνταξης σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 46 έως 50 του ΚανΕΟΚ 1408/1971.

V. Στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την 12018/26 - 101965 (ΦΕΚ Γ' 421/4.11.1965) απόφαση του Υπουργού Εθνικής Παιδείας ο εκκαλών διορίστηκε ως δάσκαλος και με την 5/4.5.1979 απόφαση του Περιφερειακού Υπηρεσιακού Συμβουλίου Δημοτικής Εκπαίδευσης (Π.Υ.Σ.Δ.Ε.) επιβλήθηκε σ' αυτόν από 31.8.1977 η πειθαρχική ποινή της οριστικής παύσης από τα καθήκοντά του για το πειθαρχικό παράπτωμα της αδικαιολόγητης απουσίας από την υπηρεσία του. Περαιτέρω, με την προσβαλλόμενη πράξη του Διευθυντή της 42ης Διεύθυνσης του Γ.Λ.Κ. απορρίφθηκε αίτηση του εκκαλούντος να του κανονιστεί σύνταξη με συνυπολογισμό στη συντάξιμη υπηρεσία του ως τακτικού υπαλλήλου (δασκάλου) του Υπουργείου Εθνικής Παιδείας (έτη 11-9-26) και της υπηρεσίας του ως δασκάλου με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου σε σχολεία της Γερμανίας, κατ' εφαρμογή των κοινοτικών κανονισμών για την κοινωνική ασφάλιση 1408/1971, 574/1972 και 1606/1998, με την αιτιολογία ότι έχει απωλέσει το συνταξιοδοτικό του δικαίωμα σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 62 παρ. 1 περ. α' του Σ.Κ., εξαιτίας της επιβολής σ' αυτόν της ποινής της οριστικής παύσης λόγω αυθαίρετης αποχής από την εκτέλεση των καθηκόντων του. Η αιτιολογία όμως αυτή είναι μη νόμιμη, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στις προηγούμενες σκέψεις, αφού η διάταξη του άρθρου 62 παρ. 1 περίπτ. α του Σ.Κ., στην οποία στηρίζεται, αντίκειται στη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και είναι ανίσχυρη, όπως βάσιμα υποστηρίζει και ο εκκαλών. Κατ' ακολουθίαν αυτών πρέπει να γίνει δεκτή η έφεση, ως βάσιμη στην ουσία, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και να αναπεμφθεί ο φάκελος της υπόθεσης στην αρμόδια 42η Διεύθυνση του Γ.Λ.Κ. (άρθρ. 49 π.δ. 1225/1981), προκειμένου να αποφανθεί αν ο εκκαλών θεμελιώνει δικαίωμα σύνταξης, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 παρ. 1 του Σ.Κ., με βάση την υπηρεσία του ως τακτικού δημόσιου υπαλλήλου και την επικαλούμενη από αυτόν υπηρεσία του ως δασκάλου με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου σε σχολεία της Γερμανίας, εφόσον προηγουμένως η τελευταία υπηρεσία του, που φέρεται να έχει παρασχεθεί σε σχολεία της Γερμανίας, αναγνωριστεί ως συντάξιμη και συνυπολογιστεί στη λοιπή συντάξιμη υπηρεσία του, κατ' εφαρμογή των προαναφερόμενων κοινοτικών κανονισμών για την κοινωνική ασφάλιση.



## ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την έφεση.

Ακυρώνει τη 15980/24.9.1999 πράξη του Διευθυντή της 42ης Διεύθυνσης του Γενικού Λογιστηρίου του Κράτους.

Αναπέμπει το φάκελο της υπόθεσης στην ανωτέρω Διεύθυνση για να αποφανθεί επί του αιτήματος του εκκαλούντος για συνταξιοδότηση, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό. Και

Διατάσσει την απόδοση στον εκκαλούντα του παραβόλου της έφεσης.

**Σημείωση**

Η αρχή της αναλογικότητας έχει απασχολήσει έντονα την ελληνική θεωρία<sup>1</sup> και νομολογία<sup>2</sup> από τις αρχές της δεκαετίας του 1980. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, σε περίπτωση σύγκρουσης εννόμων αγαθών που αναγνωρίζονται και προστατεύονται με ίσης τυπικής ισχύος κανόνες δικαίου θα πρέπει κατ' αρχήν να επιλέγεται μέσο το οποίο είναι πρόσφορο να ικανοποιήσει τον επιδιωκόμενο σκοπό. Ακολούθως, θα πρέπει να ερευνάται το εάν το πρόσφορο αυτό μέσο είναι και αναγκαίο, με την έννοια ότι είναι το λιγότερο επαχθές για το έννομο αγαθό που θίγεται από την άλλη πλευρά. Τέλος, θα πρέπει να ερευνάται η αποκαλούμενη και *stricto sensu* αναλογικότητα, το εάν δηλαδή υφίσταται εύλογη σχέση μεταξύ του περιορισμού που επιβάλλεται και του αποτελέσματος που επιδιώκεται.

Στα πλαίσια της τελολογικής ερμηνείας των κανόνων δικαίου, γίνεται δεκτό, ότι «...η υπαγωγή του κοινωνικού περιστατικού δεν θα συντελεστεί τυπολογικώς εις το πραγματικόν περιστατικόν του νόμου, αλλά θα συντελεσθή αυτή, εξεταζομένης εκάστης εννοίας της εφαρμοστέας διατάξεως εν αναφορά προς τον γενικότερον σκο-

---

1. Ενδεικτικά: Απόστολος Γέροντας, «Η αρχή της αναλογικότητας στο γερμανικό δημόσιο δίκαιο». Το Σύνταγμα, 1983, σελ. 20 επ., Δημ. Κοντόγιωργα - Θεοχαροπούλου, «Η αρχή της αναλογικότητας στο εσωτερικό δημόσιο δίκαιο», 1989, Θεοχάρη Ι. Δαλακούρα, «Αρχή της αναλογικότητας και μέτρα δικονομικού κατ'αναγκασμού», 1993, σελ. 42 επ., Β. Βουτσάκης, «Η αρχή της αναλογικότητας: Από την ερμηνεία στη διάπλαση δικαίου, σε Κ. Σταμάτη (επιμ.), Όψεις του Κράτους Δικαίου, Ιστορικές αναδρομές στην ελληνική θεωρία και σύγχρονες αναζητήσεις», 1990, σελ. 255 επ., Ευάγγελος Κ. Μπέης, «Η αρχή της αναλογικότητας», Δίκη, 30, σελ. 467 επ., Σαράντη Ορφανουδάκη, «Η αρχή της αναλογικότητας», 2003, Βασίλης Σκουρής, «Η συνταγματική αρχή της αναλογικότητας και οι νομοθετικοί περιορισμοί της επαγγελματικής ελευθερίας (Παρατηρήσεις στην απόφαση 2112/1984, «Χαριστήριο», Σύμμεικτα προς τιμήν Γεωργίου Παπαχατζή», 1989, σελ. 609 επ., ιδιαίτερα σελ. 615-616, 619-620. Βλ. και τους παραπεμπόμενους συγγραφείς από τον Γεώργιο Μητσόπουλο, [«Τριτενέργεια» και «αναλογικότητα» ως διατάξεις του αναθεωρηθέντος Συντάγματος», Πρακτικά της Ακαδημίας Αθηνών, τόμος 76, (2001), σελ. 123 στη σημείωση 21.

2. Βλ. ΣτΕ 1340/1982, (Βροντάκης), Αρμενόπουλος, 1984, σελ. 904 και την αποκαλούμενη «γενέθλια» απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας, 2112/1984. (Παραράς), Αρμενόπουλος, 1984, σελ. 905, με (σύμφωνο) σχόλιο Α. Ι. Τάχου. Βλ. περαιτέρω νομολογία στη σχολιαζόμενη απόφαση.

πόν, *ον πληροί εν τω δικανικό συστήματι, τουτέστι θα συντελεσθή τελολογικώς...*»<sup>3</sup>. Υπό το πρίσμα αυτό, ορθά επισημαίνεται, ότι «...η αναλογικότητα δεν αποτελεί τίποτα άλλο παρά τελολογική φάση της ερμηνείας του δικαίου, με εννοιολογική εξειδίκευση του προσφορότερου μέσου προς πραγματοποίηση γενικότερου δικαιοκού σκοπού»<sup>4</sup>.

Στο βαθμό που η συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της αναλογικότητας δεν αποτελεί τίποτε άλλο παρά επιβεβαίωση νομολογιακής πρακτικής στα ζητήματα σύγκρουσης κανόνων δικαίου – και δη συνταγματικών – είναι εύλογες οι επιφυλάξεις για τον λόγο που ο αναθεωρητικός νομοθέτης προχώρησε στην συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της αναλογικότητας<sup>5</sup>, ενόψει και του γεγονότος ότι «...το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου ανήκει στη δικαστική λειτουργία της πολιτείας και δεν ανάγεται σε συνταγματικό κύκλο ιδεών και αποφάσεων»<sup>6</sup>. Ιδιαίτερα, όμως, θα πρέπει να επισημανθεί ο κίνδυνος περιορισμού των ατομικών δικαιωμάτων με την αόριστη επίκληση της αρχής της αναλογικότητας, πράγμα πάντως που δεν ισχύει για την σχολιαζόμενη απόφαση.

Η παραπάνω απόφαση αποδέχεται την αρχή της αναλογικότητας και θεωρεί τη διάταξη που ορίζει ότι χάνουν το συνταξιοδοτικό τους δικαίωμα εκείνοι οι δημόσιοι υπάλληλοι που η απόλυση τους οφείλεται στη διάπραξη του πειθαρχικού αδικήματος της αδικαιολόγητης αποχής από τα υπαλληλικά τους καθήκοντα, δεν αναπτύσσει ισχύ, ως αντίθετη προς την παραπάνω αρχή που θεσπίζεται ρητά από το σύνταγμα και πηγάζει από την αρχή του κράτους δικαίου. Το δικαστήριο επικαλούμενο την ως άνω αρχή αιτιολογεί τη θέση του ως ακολούθως: «η θεσπιζόμενη εξαίρεση ... από το γενικό συνταξιοδοτικό κανόνα ... βασίζεται σε κριτήριο το οποίο δεν σχετίζεται άμεσα με το αντικείμενο της ρύθμισης που είναι η απονομή της σύνταξης... Η πειθαρχικώς κολάσιμη συμπεριφορά του υπαλλήλου τελεί σε άμεση σχέση με την υπηρεσιακή κατάσταση του υπαλλήλου εν ενεργεία και μπορεί να οδηγήσει κατά τις σχετικές διατάξεις σε απόλυση του. Δεν τελεί όμως σε σχέση με το συνταξιοδοτικό καθεστώς αυτού, ώστε να αποτελεί το κριτήριο για την απώλεια του συνταξιοδοτικού

3. Κωνσταντίνος Α. Τσάτσος, «Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου», Β' έκδοση, 1978, σελ. 136-137.

4. Γεώργιος Μητσόπουλος, ο.π., σελ. 125-126. Βλ. και σελ. 121 (σημ. 14), σελ. 125 σημ. 21). Σύμφωνος στην παρέμβαση του επί της παραπάνω εισηγήσεως ο Απόστολος Γεωργιάδης, (Πρακτικά της Ακαδημίας Αθηνών, τόμος 76, (2001), σελ. 128) και ο Κωνσταντίνος Δεσποτόπουλος, (Πρακτικά της Ακαδημίας Αθηνών, τόμος 76, (2001), σελ. 130).

5. Έτσι, οι συγγραφείς της προηγούμενης σημειώσεως, ο.π., βλ. αντίθετα Ευάγγελο Βενιζέλο, «Το αναθεωρητικό κεκτημένο», 2002, 140-142, Σαράντη Ορφανουδάκη, ο.π., σελ. 30, όπου και επισκόπηση των απόψεων που έχουν διατυπωθεί υπέρ και κατά της συνταγματικής κατοχύρωσης της αρχής της αναλογικότητας (ιδιαίτερα σελ. 25-26, σημείωση 27), Βασίλη Βουτσάκη, «Η αρχή του κράτους δικαίου και οι νέες διατάξεις περί ατομικών και κοινωνικών δικαιωμάτων», ΝοΒ, 50, σελ. 10-12, 24. Βλ. Κώστα Μ. Σταμάτη, «Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων», 2002, σελ. 442.

6. Γεώργιος Μητσόπουλος, ο.π., σελ. 127.

δικαιώματος». Επισημαίνει δε τον κίνδυνο για τη διαβίωση και την κάλυψη των βιολογικών αναγκών του διωχθέντος.

Τα παραπάνω επιβεβαιώνουν αυτό που προηγουμένως λέχθηκε, ότι δηλαδή «...η αναλογικότητα δεν αποτελεί τίποτα άλλο παρά τελολογική φάση της ερμηνείας του δικαίου, με εννοιολογική εξειδίκευση του προσφορότερου μέσου προς πραγματοποίηση γενικότερου δικαίου σκοπού»<sup>7</sup>. Πραγματικά, το δίκαιο κοινωνικών ασφαλειών διακρίνεται από το ιδιωτικό ασφαλιστικό δίκαιο κατά το ότι το περιεχόμενο της σύμβασης ρυθμίζεται από το νόμο και όχι από τη σύμβαση, ο ασφαλιστής είναι – συνήθως – νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου σε εκτέλεση της συνταγματικής υποχρέωσης της πολιτείας που πηγάζει από τα άρθρα 21 και 22 του Συντάγματος και ευρύτερα από την αρχή του κοινωνικού κράτους<sup>8</sup>. Ο νομοθέτης επιδιώκει να απονέμεται σύνταξη σ' εκείνον που εργάστηκε με συγκεκριμένη ιδιότητα επί ορισμένα έτη και κατέβαλε τις οριζόμενες εισφορές. Στο βαθμό που οι σχετικές διατάξεις διαμορφώνουν τους όρους της κοινωνικοασφαλιστικής σχέσης ασφαλιστικού φορέα - ασφαλισμένου πολίτη με κύριο σκοπό την παροχή κοινωνικής ασφάλισης μετά από κάποιο όριο ηλικίας, οποιαδήποτε ρύθμιση περιορίζει το συνταξιοδοτικό δικαίωμα για λόγους που είναι εντελώς άσχετοι με το συνταξιοδοτικό δικαίωμα και την ασφαλιστική σύμβαση είναι αντίθετη προς το σκοπό που πραγματικά επιδιώκει ο νομοθέτης, όπως ορθά δέχεται η παραπάνω απόφαση, όχι γιατί τώρα πλέον αναπτύσσει ισχύ η αρχή της αναλογικότητας και επιτρέπει στον ερμηνευτή του δικαίου να εξετάσει τον περιορισμό των ατομικών δικαιωμάτων και τους κανόνες που τους θεσπίζουν, αλλά διότι είναι κατ' ορθή τελολογική ερμηνεία του παραπάνω νομικού πλαισίου ανεφάρμοστοι, ως αντικείμενοι προς τους ευρύτερους σκοπούς που ο τυπικός νομοθέτης επιδιώκει με τις συγκεκριμένες ρυθμίσεις για την κοινωνική ασφάλιση και οι οποίοι επιβάλλονται από διατάξεις αυξημένης τυπικής ισχύος.

*Αθανάσιος Π. Πανταζόπουλος*

*Δικηγόρος Αθηνών, Διπλ. ΠΜΣ Ιδ. Δικαίου Ν.Σ. Αθηνών*

#### **ΑΚ 1269, 1289**

*Προϋποθέσεις για την κάλυψη από την υποθήκη και των τόκων πέραν και επιπλέον του ορισμένου ποσού για το οποίο γράφτηκε η υποθήκη.*

Αν η υποθήκη γράφτηκε για ποσό μεγαλύτερο του κεφαλαίου της ασφαλιζόμενης απαντήσεως, οι δε τόκοι του χρονικού διαστήματος του άρθρου ΑΚ 1289 προστιθέμενοι στο κεφάλαιο υπερβαίνουν μαζί με αυτό τη χρηματική ποσότητα για την

7. Γεώργιος Μητσόπουλος, ο.π., σελ. 125-126. Βλ. και σελ. 121 (σημ. 14), σελ. 125 (σημ. 21). Σύμφωνος στην παρέμβαση του επί της παραπάνω εισηγήσεως ο Απόστολος Γεωργιάδης, (Πρακτικά της Ακαδημίας Αθηνών, τόμος 76, (2001), σελ. 128) και ο Κωνσταντίνος Δεσποτόπουλος, (Πρακτικά της Ακαδημίας Αθηνών, τόμος 76, (2001), σελ. 130).

8. Κωνσταντίνος Δ. Κρεμαλής, «Δίκαιο Κοινωνικών Ασφαλίσεων», 1985, σελ. 25 επ., 58 επ.

οποία γράφτηκε η υποθήκη, αυτοί (οι τόκοι) τότε μόνο ασφαλιζονται με την υποθήκη κατά το ποσό τους που υπερβαίνει το υποθηκικό όριο, όταν έχει γίνει μνεία στο βιβλίο υποθηκών του όρου της υποθηκικής συμβάσεως, κατά τον οποίον οι τόκοι ασφαλιζονται πλέον και πέραν του ως άνω ορίου, μη αρκούσης απλώς της εγγραφής του κεφαλαίου ως τοκοφόρου.

### **Άρειος Πάγος 303/2003**

(Σύνθεση: *Ε. Δαμάσκος, Κ. Βαρδαβάκης, Σ. Πατεράκης - εισηγητής, Γ. Σιμόπουλος, Ν. Οικονομίδης*)

Επειδή κατά το άρθρο 1289 ΑΚ, αν το κεφάλαιο της απαίτησης που ασφαλιζεται με υποθήκη γράφτηκε ως τοκοφόρο, η υποθήκη, σε οποιονδήποτε την κυριότητα και αν βρίσκεται το ακίνητο, ασφαρίζει κατά την ίδια τάξη εγγραφής και τους καθυστερούμενους τόκους ενός έτους πριν από την κατάσχεση από οποιονδήποτε και αν ενεργήθηκε αυτή, καθώς και τους τόκους μετά την κατάσχεση ως την πληρωμή του χρέους ή ωστόσο γίνει αμετάκλητος ο πίνακας της κατάταξης. Εξάλλου κατά μεν το άρθρο 1269 του ίδιου κώδικα η εγγραφή της υποθήκης γίνεται πάντοτε για ορισμένη χρηματική ποσότητα και αν στον τίτλο δεν περιέχεται ορισμένη ποσότητα, αυτός που ζητεί την εγγραφή πρέπει να την ορίσει κατά προσέγγιση, κατά δε το άρθρο 1262 παρ. 7 ο ενυπόθηκος δανειστής έχει από το νόμο τίτλο για απόκτηση υποθήκης στο ενυπόθηκο ακίνητο για τους καθυστερούμενους τόκους της απαίτησης. Από το συνδυασμό των διατάξεων αυτών προκύπτει: α) ότι για την κάλυψη κατά την τάξη και την σειρά της υποθήκης των τόκων του περιορισμένου χρονικού διαστήματος του άρθρου 1289 ΑΚ, πρέπει η απαίτηση να έχει εγγραφεί στο βιβλίο υποθηκών, ως τοκοφόρος, χωρίς να απαιτείται για την τήρηση της αρχής της δημοσιότητας να καθορίζεται και το ποσό των τόκων, αφού το ποσοστό αυτών καθορίζεται από το νόμο και β) ότι αν η υποθήκη γράφτηκε για ποσό μεγαλύτερο του κεφαλαίου της ασφαλιζόμενης απαιτήσεως, ώστε να καλύπτονται και τόκοι αυτής, οι τόκοι δε του ανωτέρω χρονικού διαστήματος, του άρθρου 1289 ΑΚ, προστιθέμενοι στο κεφάλαιο, υπερβαίνουν μαζί με αυτό, τη χρηματική ποσότητα, για την οποία έχει εγγραφεί υποθήκη, δεν ασφαλιζονται με την υποθήκη, κατά το ποσό αυτών που υπερβαίνει το υποθηκικό όριο και συνεπώς δεν απολαμβάνουν κατά τούτο του ειδικού προνομίου κατατάξεως κατά τη διανομή του πλειστηριάσματος, που προβλέπεται από το άρθρο 1007 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθρο 976 αρ. 2 του ΚΠολΔ. Μόνο στην περίπτωση κατά την οποία, σε αρμονία με τη σύμβαση, η υποθήκη εγγράφεται για ορισμένο χρηματικό ποσό που καλύπτει το κεφάλαιο κ.λπ. συναφή κονδύλια, ταυτοχρόνως όμως και πέραν του ποσού αυτού εγγράφεται τούτο και ως τοκοφόρο για εξασφάλιση των τόκων στα χρονικά πλαίσια του άρθρου 1289 ΑΚ, η υποθήκη ασφαρίζει όλους τους τόκους του προβλεπόμενου στη διάταξη αυτή χρονικού διαστήματος. Και τούτο διότι στην περίπτωση αυτή η ασφάλιση

των τόκων έχει ρητά συμφωνηθεί και εγγραφεί πέραν και επιπλέον της ορισμένης χρηματικής ποσότητας για την οποία εγγράφεται η υποθήκη. Το εφετείο, με την προσβαλλόμενη απόφασή του δέχθηκε τα εξής: Με επίσπευση της καθής η ανακοπή και ήδη αναιρεσίβλητης και με βάση την έκθεση δημόσιου αναγκαστικού πλειστηριασμού ακίνητης περιουσίας της συμβολαιογράφου Μ.Α., εκπλειστηριάσθηκε το 1/2 εξ αδιαιρέτου, του προσδιοριζόμενου διαμερίσματος της καθής η εκτέλεση οφειλέτριας Α.Χ. Το ακίνητο αυτό κατακυρώθηκε στον Π.Ε. αντί του ποσού των 5.587.000 δραχμών. Το εκπλειστηρίασμα αυτό δεν επαρκούσε για την ικανοποίηση όλων των αναγγελθέντων δανειστών, μεταξύ των οποίων ήταν και οι διάδικοι. Για το λόγο αυτό, μετά την αφαίρεση των εξόδων εκτελέσεως συντάχθηκε ο υπ' αριθμ. 6047/98 πίνακας κατατάξεως της παραπάνω συμβολαιογράφου, με τον οποίο κατατάχθηκαν ως ενυπόθηκοι δανειστές επί του υπολοίπου του πλειστηριάσματος, δηλαδή επί του ποσού των 4.824.965 δρχ. α) η καθής η ανακοπή και ήδη αναιρεσίβλητη οριστικά για το ποσό του 1.500.000 δρχ., τυχαία δε για το υπόλοιπο ποσό των 2.225.561 δρχ. μέχρις οριστικής και τελεσίδικης επιδίκασης της απαίτησής της, β) επί του υπολοίπου του 1.099.404 δρχ. συμμετρως η αναιρεσίβλητη για το ποσό των 53.870 δρχ. και η αναιρεσείουσα για το ποσό του 1.045.534 δρχ. Η τελευταία είχε χορηγήσει στον σύζυγο της προαναφερθείσας και συγκύριο κατά το υπόλοιπο 1/2 εξ αδιαιρέτου του άνω διαμερίσματος, δυνάμει του 19042/90 δανειστικού συμβολαίου της συμβολαιογράφου Ψ.Χ., σε συνδυασμό και με την 19054/ 90 πράξη λήψεως δανείου της ίδιας ως άνω συμβολαιογράφου, ενυπόθηκο τοκοχρεωλυτικό δάνειο 3.000.000 δρχ., εξοφλητέο κατά το σύστημα της σύνθετης τοκοχρεωλυσίας με τόκο προς 24% ετησίως σε τριάντα εξαμηνιαίες δόσεις των 372.431 δρχ. η καθεμία. Στη συνέχεια με την 19163/91 τροποποιητική πράξη της ίδιας ως άνω συμβολαιογράφου το παραπάνω δάνειο χωρίστηκε σε δύο τμήματα εκ δρχ. 2.000.000 και 1.000.000 δρχ. αντίστοιχα. Το πρώτο τμήμα θα εξοφλούνταν κατά το σύστημα της σύνθετης χρεωλυσίας μετά τόκου 24% ετησίως σε 30 ισόποσες εξαμηνιαίες δόσεις και δη των 248.287 δρχ. η κάθε μία, ενώ το δεύτερο τμήμα κατά το ίδιο σύστημα, τόκο και δόσεις των 129.144 δρχ. όμως η κάθε μία. Προς ασφάλεια των απαιτήσεών της από το δάνειο αυτό, δηλαδή από το κεφάλαιο, τους τόκους υπερημερίας και ανατοκισμού, έξοδα, ασφάλιστρα και κάθε είδους άλλες επιβαρύνσεις, τόσο ο άνω δανειολήπτης, όσο και η σύζυγός του, που συνεβλήθη εκ τρίτου στα άνω συμβόλαια, συγκύριοι κατά 1/2 εξ αδιαιρέτου ο καθένας του προπεριγραφέντος διαμερίσματος, χορήγησαν στην αναιρεσείουσα, δυνάμει του άνω δανειστικού συμβολαίου (άρθρ. 7) δικαίωμα να εγγράψει στα βιβλία υποθηκών του Υποθηκοφυλακείου Θεσσαλονίκης Α' υποθήκη για το ποσό των 3.000.000 δραχμών στο παραπάνω ακίνητο με τη ρητή συμφωνία ότι η υποθήκη που θα εγγραφεί θα ασφαλίσει με την ίδια τάξη εγγραφής εκτός του ανωτέρω ποσού και τους προβλεπόμενους από το άρθρο 1289 ΑΚ τόκους του δανείου. Σε εκτέλεση των άνω συμφωνηθέντων η αναιρεσείουσα υπέβαλε την 19.10.90 περίληψη για εγγραφή Α' υποθήκης στο

άνω ακίνητο για ποσό 3.000.000 δραχμών σε ασφάλεια των απαιτήσεών της «... από το κεφάλαιο του δανείου, τα χρεώλυτρα, τους συμβατικούς τόκους, τους τόκους υπερημερίας και ανατοκισμού πέραν του άρθρου 1289 ΑΚ κατά ρητή συμφωνία των συμβαλλομένων, τα έξοδα του δανείου...», βάσει δε αυτής ενεγράφη την 1.11.90 υποθήκη επί του άνω ακινήτου γενικά για ποσό 3.000.000 δρχ. υπέρ της ανακόπτουσας και κατά των Κ. και Α.Χ., χωρίς άλλη μνεία. Το ακίνητο πλειστηριάστηκε, κατόπιν επισπεύσεως διαφόρων τρίτων, σε δύο φάσεις και δη: Α) την 16.7.1997 εκπλειστηριάστηκε ενώπιον της ίδιας παραπάνω συμβολαιογράφου το ανήκον στον δανειολήπτη Κ.Χ. 1/2 εξ αδιαιρέτου, κατόπιν επισπεύσεως του Χ.Τ., κατακυρώθηκε δε στον τελευταίο που υπερθεμάτισε με ποσό 5.020.000 δρχ. Η αναιρεσίουσα αναγγέλθηκε στον πλειστηριασμό αυτό για συνολικό ποσό 13.638.307 δρχ., από τις οποίες οι 8.962.905 αφορούσαν το πρώτο τμήμα του δανείου (υπόλοιπο κεφαλαίου 1.736.132 δρχ., πλέον χρεωλύτρων, εξόδων, τόκων, κεφαλαίου, τόκων υπερημερίας) και οι 4.675.402 αφορούσαν το δεύτερο τμήμα του δανείου (υπόλοιπο κεφαλαίου 883.850 δρχ., πλέον των χρεωλύτρων, εξόδων, τόκων κ.λπ.). Με τον 5429/30.9.1997 πίνακα κατατάξεως της ίδιας συμβολαιογράφου, που δεν προσεβλήθη, στο εναπομείναν, μετά την αφαίρεση των εκ δραχμών 1.595.124 δρχ. εξόδων, πλειστηριασμό των 3.424.876 δρχ. κατατάχθηκαν: α) η Δ.Ο.Υ. Τούμπας Προνομιακά για το ποσό των 150.437 δρχ. β) η αναιρεσίουσα προνομιακά ως πρώτη ενυπόθηκη δανείστρια για το ποσό των 3.000.000 δρχ. και γ) η καθής η ανακοπή επί του υπολοίπου των 274.439 δρχ. προνομιακά και τυχαία μέχρις οριστικής και τελεσίδικης επιδίκασης της απαιτήσεώς της ως έχουσα δεύτερη προσημείωση για ικανοποίηση μέρους της απαιτήσεώς της: Η αναιρεσίβλητη είχε αναγγεθί με την από 16.12.96 αναγγελία της για συνολική απαίτηση 3.306.238 δρχ. κατά του άνω οφειλέτη, προερχόμενη κατά το ποσό του 1.891.916 δρχ. από την 4314/94 διαταγή πληρωμής του Ειρηνοδίκη Θεσσαλονίκης (κεφάλαιο απαιτήσεως 757.224 δρχ. πλέον τόκοι και έξοδα και κατά το ποσό των 1.414.322 δρχ. από την 807/96 διαταγή πληρωμής του Ειρηνοδίκη Θεσσαλονίκης (κεφάλαιο απαιτήσεως 526.716 δρχ., πλέον τόκοι και έξοδα). Επί του ίδιου ακινήτου έχουν εγγραφεί υπέρ της αναιρεσίβλητης και κατά των ιδίων συγκυρίων του εν λόγω διαμερίσματος: α) προσημείωση υποθήκης εγγραφείσα την 10.1.1995 για ποσό 1.000.000 δρχ., β) προσημείωση εγγραφείσα την 4.3.96 για ποσό 1.500.000 δρχ. που ετράπη σε υποθήκη την 14.5.1996 και γ) προσημείωση εγγραφείσα την 29.7.1996 για ποσό 1.500.000 δρχ. Ο παραπάνω πίνακας έγινε οριστικός και τελεσίδικος αφού δεν προσεβλήθη και η αναιρεσίουσα εισέπραξε την 30.12.1997 το ποσό των 3.000.000 δραχμών για το οποίο είχε καταταχθεί προνομιακά και έτσι επήλθε απόσβεση της απαίτησής της με καταβολή και η απόσβεση αυτή επέφερε σύμφωνα με το άρθρο 1317 ΑΚ την απόσβεση και των ως άνω υποθηκών που είχαν δοθεί για εξασφάλιση της απαίτησης αυτής. Στη συνέχεια, όπως προαναφέρθηκε, εκπλειστηριάστηκε την 17.12.1997 το υπόλοιπο 1/2 εξ αδιαιρέτου του ίδιου ακινήτου που ανήκε στην σύζυγό του. Το ακίνητο

αυτό είχε κατασχεθεί αναγκαστικά στις 16.4.1996 με την 1683/96 κατασχετήρια έκθεση του δικαστικού επιμελητή του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης Χ.Ρ. κατόπιν επισπεύσεως του Ε.Θ., μετά δε διαδοχικές ματαιώσεις του ορισθέντος πλειστηριασμού, η αναιρεσίβλητη έχουσα απαιτήσεις από τις ίδιες ως άνω διαταγές πληρωμής και κατά της Α.Χ., προέβη σε δήλωση συνεχίσεως του αναγκαστικού πλειστηριασμού και έτσι με την 1630/20.10.1997 Α' επαναληπτική περίληψη συνέχισης αναγκαστικού πλειστηριασμού ακίνητης περιουσίας του δικαστικού επιμελητή του Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης Κ.Β., ορίσθηκε ο πλειστηριασμός του άνω ακινήτου για την 17.12.1997, όπως και έγινε. Στον πλειστηριασμό αυτό αναγγέλθηκε νόμιμα την 30.12.1997 ζητώντας να καταταχθεί προνομιακά στον πίνακα κατατάξεως για συνολικό ποσό 15.088.306 δρχ., από τα οποία τα 9.931.411 δρχ. αφορούσαν το πρώτο τμήμα του άνω δανείου (υπόλοιπο κεφαλαίου 1.700.619 δρχ., εντόκως από 18.12.1997, πλέον χρεωλύτρων, εξόδων, τόκων κεφαλαίου, τόκων υπερημερίας κ.λπ.) και τα 5.156.895 δρχ. αφορούσαν το δεύτερο τμήμα του ίδιου δανείου (υπόλοιπο κεφαλαίου 865.768 δρχ., εντόκως από 18.12.1997 πλέον χρεωλύτρων, εξόδων, τόκων κ.λπ.). Η αναιρεσίβλητη είχε αναγγελθεί την 16.12.1996 για συνολικό ποσό 3.306.238 δρχ. και δη από την άνω 4314/94 διαταγή πληρωμής είχε λαμβάνειν 1.891.916 δρχ. (κεφάλαιο απαιτήσεως 757.224 δρχ., πλέον τόκων και εξόδων), ενώ από την 807/96 διαταγή πληρωμής είχε λαμβάνειν τότε 1.414.322 δρχ. (κεφάλαιο απαιτήσεως 826.384 δρχ., πλέον τόκων και εξόδων). Στον προσβαλλόμενο πίνακα κατατάξεως κατατάχθηκε, όπως προαναφέρθηκε, η αναιρεσίβλητη οριστικά για το ποσό του 1.500.000 δρχ. που ήταν ασφαλισμένο με υποθήκη, τυχαία δε για το υπόλοιπο των 2.225.561 δρχ. μέχρις οριστικής και τελεσίδικης ικανοποίησης της απαιτήσεώς της (κεφάλαιο 1.283.940 δρχ., τόκοι και έξοδα 2.441.621) και επί του υπολοίπου του 1.099.404 δρχ. κατατάχθηκαν σύμμετρα η καθής για το ποσό των 53.870 δρχ. και η αναιρεσείουσα για το ποσό του 1.045.534 δρχ., αφού ελήφθη υπόψη ότι η τελευταία ικανοποιήθηκε για το ποσό που είχε ασφαλιστεί προνομιακά, δηλ. για το ποσό των 3.000.000 δρχ. από το πλειστηρίασμα που επιτεύχθηκε κατά τον πλειστηριασμό του άλλου 1/2 εξ αδιαιρέτου του εν λόγω ακινήτου και εντεύθεν επήλθε κατά τα ανωτέρω απόσβεση των ως άνω υποθηκών που είχαν δοθεί για την εξασφάλιση της απαίτησης της ανακόπτουσας μέχρις του ποσού των 3.000.000 δραχμών στο οποίο περιλαμβάνονται κεφάλαια και τόκοι που ασφαρίζονται προνομιακά κατά τα ανωτέρω. Η αναιρεσείουσα προσέβαλε τον πίνακα αυτό ισχυριζόμενη ότι η εκ του δανείου απαίτησή της συμφωνήθηκε να εγγραφεί ως τοκοφόρος, σύμφωνα με το άρθρο 7 του δανειστικού συμβολαίου και εγγράφηκε ως τέτοια και συνεπώς η επιβάρυνση του ακινήτου δεν ήταν μόνο για το κεφάλαιο, αλλά και για τους τόκους, όπως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 1289 ΑΚ, δεδομένου δε ότι μετά την είσπραξη του ποσού των 3.000.000 δρχ. και τον καταλογισμό του πρώτα στα έξοδα και τους τόκους απέμεινε υπόλοιπο κεφαλαίου 2.597.998 δρχ., το οποίο ήταν ασφαλισμένο και για τους τόκους του άρθρου 1289 ΑΚ έπρεπε να καταταχθεί αυτή

προνομιακά και για τους τόκους από 12.9.1996 (δηλαδή ένα έτος πριν την δήλωση συνεχίσεως του πλειστηριασμού που έγινε την 12.9.1997) έως την 17.12.1997, που ανέρχονται, κατά τους ειδικότερους υπολογισμούς της στο ποσό των 3.990.279 δρχ., για το οποίο και έπρεπε να καταταχθεί τελικά αυτή προνομιακά και οριστικά ως πρώτη ενυπόθηκη δανείστρια. Είναι γεγονός ότι μεταξύ της ανακόπτουσας και των Κ. και Α.Χ. συμφωνήθηκε να εγγραφεί η απαίτησή της ως τοκοφόρος και έτσι ενεγράφη, πλην όμως, προϋπόθεση της κάλυψης των τόκων του άρθρου 1289 ΑΚ είναι ότι το ποσό αυτών περιλαμβάνεται (καλύπτεται) στη χρηματική ποσότητα για την οποία είχε γίνει η εγγραφή στο βιβλίο υποθηκών, οπότε ασφαρίζονται κατά την τάξη και σειρά της υποθήκης και οι ισόποσοι με τη διαφορά του κεφαλαίου της απαίτησης μέχρι του ορισμένου στην εγγραφή ποσού τόκοι. Στην προκειμένη όμως περίπτωση η εγγραφή της υποθήκης της αναιρεσείουσας έγινε για ένα ορισμένο ποσό, δηλαδή για το ποσό των 3.000.000 δραχμών προς εξασφάλιση μέχρι του ποσού αυτού της απαιτήσεως και των τόκων της και έτσι το ακίνητο που υποθηκεύτηκε ασφαρίζει την απαίτηση της ανακόπτουσας μόνο για το ποσό αυτό με συνέπεια να υφίσταται ποσοτικός περιορισμός ως προς την απαίτησή της και να περιλαμβάνεται στο οριακό ποσό εγγραφής η αναζήτηση από αυτήν μόνο των καθυστερούμενων τόκων μέχρι του συνολικού ποσού της εγγραφής. Οι τόκοι όμως τους οποίους επιδιώκει τώρα η αναιρεσείουσα να αναγνωρισθεί ότι ασφαρίζονται με την άνω υποθήκη είναι επιπλέον του ποσού των 3.000.000 δραχμών για το οποίο είχε εγγραφεί η υποθήκη και για το οποίο ήδη ικανοποιήθηκε αυτή προνομιακά από τον πλειστηριασμό του ανήκοντος στον δανειολήπτη 1/2 εξ αδιαιρέτου του ίδιου ακινήτου και επήλθε έτσι απόσβεση της υποθήκης. Η αναιρεσείουσα δεν μπορεί να καταλογίσει το παραπάνω ποσό των 3.000.000 δραχμών που έλαβε σε εκτέλεση του πρώτου ως άνω πίνακα κατάταξης πρώτα στα έξοδα μετά σε τόκους και τελευταία στο κεφάλαιο, αφού στον πρώτο πίνακα έγινε καταλογισμός στο κεφάλαιο και σε τόκους που ασφαλιζόνταν με υποθήκη, γι' αυτό και κατατάχθηκε προνομιακά. Η μόνη δυνατότητα που της παρείχε το άρθρο 423 ΑΚ ήταν ν' αρνηθεί την παροχή ενόψει του γενομένου με τον ως άνω πίνακα καταλογισμού, πράγμα που δεν έπραξε η αναιρεσείουσα, σποδεχθείσα ούτω τον ως άνω καταλογισμό. Στη συνέχεια το Εφετείο έκρινε, επικυρώνοντας την πρωτόδικη απόφαση, ότι μετά την απόσβεση των ως άνω υποθηκών που είχαν δοθεί για εξασφάλιση της αναιρεσείουσας κατά τα ανωτέρω, ορθά τελικά κατατάχθηκε η αναιρεσείουσα στον προσβαλλόμενο πίνακα συμμετρως για το ποσό του 1.045.534 δρχ. ως εγχειρόγραφο πλέον δανείστρια. Με την κρίση του αυτή το δευτεροβάθμιο δικαστήριο δεν παραβίασε τους κανόνες ουσιαστικού δικαίου των άρθρων 1269 και 1289 του ΑΚ, καθόσον δέχθηκε μεν, κατά την αναιρετικά ανέλεγκτη ουσιαστική κρίση του, ότι στην προκειμένη περίπτωση το ασφαλισμένο με την υποθήκη κεφάλαιο γράφτηκε ως τοκοφόρο, δεν δέχθηκε όμως ότι στο βιβλίο υποθηκών έγινε μνεία (την οποία μάλιστα ρητώς κατά τα ανωτέρω απέκλεισε) του όρου της υποθηκικής συμβάσεως ότι επί του προκειμένου οι



κατά το άρθρο 1289 ΑΚ τόκοι ασφαλιζονται και πέραν του υποθηκικού ορίου. Επομένως, ο πρώτος από το άρθρο 559 αριθ. 1 ΚΠολΔ λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο υποστηρίζονται τα αντίθετα, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

### Σημείωση

1. Σε ένα ζήτημα με διχασμένη τη θεωρία, η αρχικά και επί σειρά ετών επίσης κυμαινόμενη νομολογία (βλ. αντί πολλών τη μελέτη της *I. Στεργιαννίδου*, με αφορμή την απόφαση ΑΠ 1126/1997 σε *Digesta 1 1998-99* σελ. 56 επ.) παγιώνεται προς την ορθή κατεύθυνση, που κινείται και η δημοσιευόμενη απόφαση, αναφορικά με το ζήτημα της σχέσεως των άρθρων ΑΚ 1269 και 1289. Γίνεται δηλαδή πλέον δεκτό ότι «για την κάλυψη κατά την τάξη και την σειρά της υποθήκης των τόκων του περιορισμένου χρονικού διαστήματος του άρθρου 1289 ΑΚ, πρέπει η απαίτηση να έχει εγγραφεί στο βιβλίο υποθηκών, ως τοκοφόρος, χωρίς να απαιτείται για την τήρηση της αρχής της δημοσιότητας να καθορίζεται και το ποσό των τόκων, αφού το ποσοστό αυτών καθορίζεται από το νόμο» (βλ. δημοσιευόμενη απόφαση, σελ. 297).

2. Επιφυλάξεις δικαιολογούνται ωστόσο σε ό,τι αφορά την περαιτέρω παραδοχή της σχολιαζόμενης αποφάσεως, περί της ανάγκης δηλαδή κατά την εγγραφή της περιλήψεως υποθήκης στα βιβλία του Υποθηκοφυλακείου, πέραν της εγγραφής του κεφαλαίου ως τοκοφόρου, να γίνεται και μνεία του όρου της υποθηκικής συμβάσεως ότι οι κατά το άρθρο 1289 ΑΚ τόκοι ασφαλιζονται και πέραν του υποθηκικού ορίου.

α. Η παραδοχή αυτή δεν φαίνεται να έχει έρεισμα στο νόμο. Το «πραγματικό» (προϋπόθεση) του άρθρου ΑΚ 1289 εξαντλείται στην πρόβλεψη να «γράφηκε ως τοκοφόρος» το κεφάλαιο της ασφαλιζόμενης απαιτήσεως. Αν αυτό έχει γίνει, επέρχεται αυτομάτως η απαγγελόμενη από την κρίσιμη διάταξη έννομη συνέπεια («η υποθήκη ... ασφαρίζει ... και τους καθυστερούμενους τόκους ενός έτους πριν από την κατάσχεση»). Εγγραφομένου λοιπόν του κεφαλαίου ως τοκοφόρου, η κάλυψη των τόκων του χρονικού διαστήματος του άρθρου ΑΚ 1269 γίνεται *ex lege*, μη απαιτούμενης της μνείας άλλου τινός.

β. Πέραν της παραπάνω συλλογιστικής, στο συμπέρασμα αυτό πρέπει να αχθεί κανείς αναλογιζόμενος και το ότι θα ήταν μάλλον ανεπιεικές να υφίσταται ο (επιμελής μάλιστα) ενδιαφερόμενος δυσμενείς επιπτώσεις για ενέργειες (ή, ορθότερα, παραλείψεις) άλλου, και συγκεκριμένα του Υποθηκοφύλακα, όταν (όπως εδώ) προκύπτει ότι ο μὲν δικαιούχος της ασφαλιζόμενης απαιτήσεως έπραξε όσα όφειλε και ηδύνατο, περιλαμβάνοντας στην περίληψη ακόμη και την μνεία που απαιτεί η δημοσιευόμενη απόφαση\*, αλλά προδήλως από παραδρομή του Υποθηκοφύλακα αυ-

---

\* Βλ. στη σελ. 298 «η αναιρεσείουσα υπέβαλε την 19.10.90 περίληψη για εγγραφή Α' υποθήκης στο άνω ακίνητο για ποσό 3.000.000 δραχμών σε ασφάλεια των απαιτήσεών της "... από το κεφάλαιο του δανείου, τα χρεώλυτρα, τους συμβατικούς τόκους, τους τόκους υπερημερίας και ανατοκισμού πέ-

τή δεν καταχωρήθηκε τελικά κατά την εγγραφή, που εκείνος επιμελήθηκε, στα από αυτόν τηρούμενα βιβλία.

**Κ.Π.**

**ΑΚ 939, 941.1, 942, 943.1β' - ΚΠολΔ 936.3, 992.1**

*Αγωγή για διάρρηξη καταδολιευτικών συμβάσεων (γονικών παροχών) κατ' άρθρο 939 ΑΚ.*

Η αφερεγγυότητα του οφειλέτη πρέπει να υφίσταται κατά το χρόνο έγερσης της αγωγής διαρρήξεως. Απαραίτητη η γνώση του τρίτου (τέκνου) της βλάβης του δανειστού από την εκποίηση όταν, όπως εν προκειμένω, δεν ισχύει το τεκμήριο του άρθρου 940 παρ. 2 ΑΚ, επειδή παρήλθε έτος από τις επίδικες μεταβιβάσεις έως την άσκηση της αγωγής. Γεγονότα γνωστά στο δικαστήριο από άλλη δικαστική του ενέργεια, κατ' άρθρο 336 ΚΠολΔ.

**ΠολΠρωτΡοδόπης 93/2003**

*(Σύνθεση: Μυρσίνη Παπαχίου, Μιλτιάδης Γιοβανόπουλος, Απόστολος Φωτόπουλος - εισηγητής)*

Στην υπό κρίση αγωγή η ενάγουσα εκθέτει ότι έχει αξίωση κατά του πρώτου και της δεύτερης από τους εναγομένους από κατάλοιπο αλληλόχρεου λογαριασμού ποσού 92.119.682 δραχμών, η οποία είναι ήδη ληξιπρόθεσμη. Ότι οι δύο πρώτοι εναγόμενοι σε χρόνο που η απαίτησή της δεν είχε γίνει ακόμη απαιτητή και συγκεκριμένα στις 25.10.1996 μεταβίβασαν νομότυπα λόγω γονικής παροχής το δικαίωμα ψιλής κυριότητάς τους στα ακίνητα που αναφέρονται στην αγωγή, συνολικής αξίας 26.943.050 δραχμών, στην τρίτη εναγομένη, οι οποίες αποτελούν στο σύνολό τους δωρεές, είχαν σκοπό να ματαιώσουν την ικανοποίηση της αξίωσής της εναντίον τους, επειδή γνώριζαν ότι δεν είχαν άλλα εμφανή περιουσιακά στοιχεία και ότι τέλος η τρίτη εναγομένη γνώριζε ότι οι άλλοι εναγόμενοι - γονείς της απαλλοτριώναν την περιουσία τους προς βλάβη της ενάγουσας, που είναι δανείστριά τους.

Με το ιστορικό αυτό ζητούν να διαρρηχθούν ως καταδολιευτικές οι απαλλοτριώσεις που προαναφέρονται και να καταδικασθούν οι εναγόμενοι στη δικαστική τους δαπάνη.

Με αυτό το περιεχόμενο και αίτημα η αγωγή αρμοδίως εισάγεται για συζήτηση ενώπιον του δικαστηρίου αυτού, επειδή έχει χαρακτήρα που δεν αποτιμάται σε χρήμα (άρθρα 1, 7, 8, 9, 10, 12 παρ. 1 και 22 ΚΠολΔ) και είναι νόμιμη. Στηρίζεται στις διατάξεις των άρθρων 939, 941 παρ. 1, 943 παρ. 1 εδ. β' ΑΚ, 936 παρ. 3, 992 παρ. 1

---

*ραν του άρθρου 1289 ΑΚ κατά ρητή συμφωνία των συμβαλλομένων, τα έξοδα του δανείου...», βάσει δε αυτής ενεγράφη την 1.11.90 υποθήκη επί του άνω ακινήτου γενικά για ποσό 3.000.000 δρχ. υπέρ της ανακόπτουσας και κατά των Κ. και Α.Χ., χωρίς άλλη μνεία».*

ΚΠολΔ, όπως οι τελευταίες αντικαταστάθηκαν με τις διατάξεις του άρθρου 4 παρ. 2 και 19 ν. 2298/1995 (ΑΠ 881/2000 ΕΛΔ 2001, 417, ΕφΑθ 9029/2000 ΕΛΔ 2001, 479).

Πρέπει συνεπώς να ερευνηθεί και περαιτέρω ως προς την ουσιαστική της βασιμότητα, επειδή η απόπειρα για εξώδικη επίλυση της διαφοράς κατά το άρθρο 214<sup>Α</sup> ΚΠολ απέτυχε (βλ. την από 27.11.2001 δήλωση της πληρεξουσίας δικηγόρου της ενάγουσας).

Από τα αποδεικτικά μέσα που πληρούν του όρους του νόμου και συγκεκριμένα από τις ένορκες καταθέσεις των μαρτύρων απόδειξης και ανταπόδειξης, που εξετάστηκαν στο ακροατήριο του δικαστηρίου αυτού και από τα έγγραφα που οι διάδικοι προσκομίζουν και επικαλούνται νόμιμα είτε για άμεση και έμμεση απόδειξη, είτε για τη συναγωγή δικαστικών τεκμηρίων αποδεικνύονται τα εξής: Η ενάγουσα κατάρτισε με το υπ' αριθμό 2023/9.7.1996 ιδιωτικό έγγραφο με τον πρώτο εναγόμενο σύμβαση παροχής πίστωσης με ανοικτό (αλληλόχρεο) λογαριασμό μέχρι του ποσού των 50.000.000 δραχμών. Η πίστωση αυτή αυξήθηκε με τις υπ' αριθμό 2023/1/6.3.1997 και 2023/2/19.12.1997 μεταγενέστερες αυξητικές συμβάσεις μέχρι του συνολικού ποσού των 180.000.000 δραχμών. Η δεύτερη εναγομένη εγγυήθηκε νομότυπα έναντι της ενάγουσας ως πρωτοφειλέτρια ότι ο πιστούχος θα τηρούσε όλους τους όρους της σύμβασης και θα απέδιδε σε αυτή το κατάλοιπο, το οποίο θα προέκυπτε ενδεχομένως σε βάρος του κατά το κλείσιμο του λογαριασμού. Ο λογαριασμός κινήθηκε κανονικά από το χρόνο που είχε καταρτισθεί η αρχική σύμβαση (9.7.1996) έως και την 29.1.1999, οπότε η πιστοδότρια ενάγουσα κατήγγειλε νόμιμα (άρθρο 47 παρ. 1 και 2 ν.δ. από 17.7-13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων περί ανωνύμων εταιριών») τη σύμβαση και έκλεισε οριστικά το λογαριασμό. Το χρεωστικό κατάλοιπο που προέκυψε σε βάρος του πρώτου εναγομένου ανήλθε στο συνολικό ποσό των 85.731.702 δραχμών. Οι δύο πρώτοι εναγόμενοι μάλιστα αναγνώρισαν το κατάλοιπο αυτό (ΕφΘεσ 1778/200 Αρμ 2001, 1169). Η ενάγουσα περαιτέρω πέτυχε να εκδοθεί σε βάρος των εναγομένων - οφειλετών της η υπ' αριθμό 35/18.2.1999 διαταγή πληρωμής του δικαστή του Μονομελούς Πρωτοδικείου Ροδόλης, η οποία τους υποχρέωνε να καταβάλουν σε αυτή το ποσό που προαναφέρεται νομιμότοκα έως την εξόφληση. Ο εκτελεστός αυτός τίτλος απέκτησε ισχύ δεδικασμένου, το οποίο καλύπτει και την ύπαρξη της απαίτησης της ενάγουσας κατά του πρώτου και της δεύτερης από τους εναγομένους (άρθρα 633 παρ. 2 εδ. γ' και 331 ΚΠολΔ, ΑΠ 3/2000 πληροφορία από την Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών «Νομος» και απόσπασμά της στην ΕΛΔ 2000, 377). Η αξίωση της ενάγουσας κατά των δύο πρώτων εναγομένων ανέρχεται σήμερα με το συνυπολογισμό και των νομίμων τόκων από την επίδοση της διαταγής πληρωμής που προαναφέρεται στο συνολικό ποσό των 270.344 ΕΥΡΩ (92.119.682 δραχμών). Οι εναγόμενοι δεν αμφισβητούν το γεγονός αυτό. Συνομολογείται επίσης ότι ο πρώτος και η δεύτερη από τους εναγομένους, οι οποίοι είναι σύζυγοι, μεταβίβασαν νομότυπα λόγω γονικής παροχής στις 25.10.1996 στην τρίτη εναγομένη, κόρη τους, το δικαίωμα ψιλής

(συγκυριότητάς τους στα εξής ακίνητα: α) σε μια αποθήκη στον ημιώροφο οικοδομής, που είναι κτισμένη σε οικόπεδο εμβαδού 203,58 τ.μ., β) σε ένα αυτοτελές και διηρημένο διαμέρισμα - κατοικία στην ίδια οικοδομή εμβαδού μικτής επιφάνειας 103,67 τ.μ. και καθαρής 99,57 τ.μ. και γ) σε ένα αυτοτελές και διηρημένο διαμέρισμα οικοδομής, η οποία είναι κτισμένη σε οικόπεδο 378 τ.μ., Η αξία της ψιλής κυριότητας του πρώτου από τα ακίνητα αυτά ανερχόταν στο ποσό των 10.006.350 δραχμών, του δεύτερου στο ποσό των 11.436.700 δραχμών και του τρίτου στο ποσό των 5.500.000 δραχμών και συνολικά στο ποσό των 26.943.050 δραχμών (βλ. ενδεικτικά και τα συμβόλαια γονικής παροχής που προσκομίζονται και τις περιλήψεις κατακυρωτικών εκθέσεων που προσκομίζονται). Ο πρώτος εξάλλου και η δεύτερη από τους εναγομένους κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής δεν είχαν άλλα περιουσιακά στοιχεία. Το γεγονός αυτό αποδεικνύεται και από τα αντίγραφα των υπ' αριθμό 99/64, 347/ 224 και 99/65 μερίδων τους στο Υποθηκοφυλακείο Κομοτηνής, τα οποία η ενάγουσα προσκομίζει και επικαλείται νόμιμα. Οι εναγόμενοι επικαλούνται ότι κατά το χρόνο των επιδικών μεταβιβάσεων είχαν περιουσία, η οποία επαρκούσε για να ικανοποιηθεί η απαίτηση της ενάγουσα εναντίον τους. Ο ισχυρισμός τους όμως αυτός στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση και πρέπει συνεπώς να απορριφθεί, επειδή η αφερεγγυότητα του οφειλέτη κρίνεται κατά το χρόνο που ασκείται η αγωγή (ΑΠ 101/ 1990 ΕΛΔ 1990, 815) και όχι κατά το χρόνο των απαλλοτριωτικών πράξεων, όπως αβάσιμα ισχυρίζονται, ενώ στη συγκεκριμένη περίπτωση ο πρώτος και η δεύτερη από τους εναγομένους δεν αμφισβητούν ότι σήμερα δεν έχουν καθόλου περιουσιακά στοιχεία. Οι δύο πρώτοι εναγόμενοι εξάλλου γνώριζαν ότι με τις επίδικες μεταβιβάσεις θα περιέλθουν σε πλήρη οικονομική αδυναμία να ικανοποιήσουν την απαίτηση της ενάγουσας εναντίον τους. Το δικαστήριο οδηγείται στην κρίση αυτή και από το γεγονός ότι ο πρώτος εναγόμενος ήδη την περίοδο εκείνη αντιμετώπιζε οικονομικές δυσκολίες και στενότητα στην εμπορική του δραστηριότητα με συνέπεια να αναγκασθεί τελικά να υποβάλει δήλωση παύσης πληρωμών και να κηρυχθεί με απόφαση του παρόντος δικαστηρίου σε κατάσταση πτώχευσης με χρόνο παύσης πληρωμών την 25.2.1999. Οι εργασίες όμως της συγκεκριμένης πτώχευσης έπαυσαν ήδη με απόφαση του παρόντος δικαστηρίου (διαδικασία εκούσιας δικαιοδοσίας), γεγονός γνωστό στο δικαστήριο από άλλη δικαστική του ενέργεια (άρθρο 336 παρ. 2 ΚΠολΔ) και με το δεδομένο αυτό ο ισχυρισμός του πρώτου εναγομένου ότι δεν νομιμοποιείται παθητικά ο ίδιος ως πτωχός στην παρούσα δίκη, αλλά ο σύνδικος της πτώχευσης πρέπει να απορριφθεί (άρθρο 68 ΚΠολΔ, *Κεραμεύς - Κονδύλης - Νίκας* ΚΠολΔ Ι 2000, άρθρο 68, αριθμός 6). Η ενάγουσα εξάλλου κατήγγειλε τις πιστωτικές της συμβάσεις και έκλεισε τους λογαριασμούς της με τον πρώτο εναγόμενο στις 29.1.1999, όταν πλέον η οικονομική του κατάσταση εμπόδιζε την περαιτέρω ομαλή λειτουργία των συμβάσεων αυτών και ήταν προφανές ότι ο πρώτος εναγόμενος δεν μπορούσε πλέον οριστικά να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του έναντι της. Η τρίτη εξάλλου εναγομένη γνώριζε

επίσης ότι οι γονείς της μεταβίβασαν σε αυτή το δικαίωμα ψιλής κυριότητας ακριβώς για να ματαιώσουν την ικανοποίηση της απαίτησης της ενάγουσας εναντίον τους. Το γεγονός αυτό αποδεικνύεται και από το ότι η μεταβίβαση του δικαιώματος της ψιλής μόνο κυριότητας στα ακίνητα που προαναφέρονται δεν μπορούσε να αποφέρει κανένα ουσιαστικό όφελος στην τρίτη εναγομένη, επειδή αυτή δεν είχε νομικά τη δυνατότητα να αξιοποιήσει ουσιαστικά τα ακίνητα αυτά. Ο πρώτος εξάλλου εναγόμενος κατά το χρόνο των μεταβιβάσεων ήταν σε παραγωγική ηλικία, μπορούσε ακόμη να δραστηριοποιηθεί ενεργά στον επιχειρηματικό χώρο και συνεπώς δεν είχε κανένα λόγο να προβεί σε απαλλοτρίωση των περιουσιακών του στοιχείων προς την τρίτη εναγομένη, επειδή είχε άμεση ανάγκη από τα ακίνητά του για να τα χρησιμοποιήσει και για το σκοπό αυτό. Είναι χαρακτηριστικό ότι η τρίτη εναγομένη δεν διέμενε καν στο ακίνητο των γονέων της, ακόμη και σε χρόνο που είχε ήδη αποκτήσει την ψιλή κυριότητά του. Οι εναγόμενοι επικαλούνται βέβαια ότι οι επίδικες μεταβιβάσεις αποτελούν γονικές παροχές των γονέων τους προς αυτή και όχι δωρεές, όπως υποστηρίζει η ενάγουσα. Ο ισχυρισμός τους όμως αυτός δεν ασκεί έννομη επιρροή στη δίκη, επειδή στην προκειμένη περίπτωση δεν ισχύει το τεκμήριο που εισάγει η διάταξη του άρθρου 941 παρ. 2 εδ. β' ΑΚ, αφού πέρασε έτος από τις επίδικες μεταβιβάσεις έως την επίδοση της υπό κρίση αγωγής προς τους εναγομένους, ενώ η ενάγουσα επικαλέσθηκε και απέδειξε ότι η τρίτη εναγομένη γνώριζε ότι ο πρώτος και η δεύτερη από αυτούς απαλλοτρίωσαν προς βλάβη της (ΕφΑθ 9096/1999 ΕλΔ 2000, 1413). Η ενάγουσα επομένως έχει αξίωση κατά της εναγομένης να διαρρηχθούν υπέρ αυτής οι μεταβιβάσεις που προαναφέρονται.

### Σημείωση

Η δημοσιευόμενη απόφαση ασχολείται με την αξίωση δανειστού για διάρρηξη καταδολιευτικών συμβάσεων, αντιμετωπίζοντας, μεταξύ άλλων, τα ζητήματα: του χρόνου κατά τον οποίο κρίνεται η αφερεγγυότητα του οφειλέτη, της γνώσης του αποκτώντος τρίτου ως προς την επερχόμενη βλάβη στην αξίωση του δανειστή, και της δυνατότητας εκτίμησης εκ μέρους του δικαστηρίου γεγονότων γνωστών σε αυτό από άλλη δικαστική του ενέργεια, τα οποία ασκούν ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της δίκης.

α. Ως προς την αφερεγγυότητα του οφειλέτη, η οποία συνιστά ουσιαστική υπόθεση για τη γέννηση της αξίωσης του δανειστή προς διάρρηξη (ΑΚ Γεωργιάδη - Σταθόπουλου, υπ' άρθρ. 939 αρ. 43) και αποτελεί ένα από τα στοιχεία της βάσης της σχετικής αγωγής, ορθά η απόφαση δέχεται ότι πρέπει να υφίσταται κατά τον χρόνο έγερσης της αγωγής. Το χρονικό σημείο κατά το οποίο ασκείται η αγωγή είναι κρίσιμο για τον προσδιορισμό της βλάβης του δανειστή και όχι εκείνο της κατάρτισης των καταδολιευτικών μεταβιβάσεων (βλ., μεταξύ άλλων, ΑΠ 101/1990 ΕλΔ 1990, 815, ΑΠ 1045/1986 ΝοΒ 35, 1236, ΠΠρΑθ 7462/2000 ΧρΙΔ Α/2001, 509, ΠΠρΘεσ 7423/1998 Αρμ 1998, 431) και συνεπώς η σχολιαζόμενη απόφαση ορθά προβαίνει στην απόρριψη του περί του αντιθέτου ισχυρισμού των εναγομένων.

β. Σχετικά με τη γνώση του τρίτου ως προς την επερχόμενη βλάβη του δανειστή συνεπεία της μεταβίβασης, η απόφαση παραλείπει να προβεί σε εκτίμηση ως προς το εάν οι γενόμενες μεταβιβάσεις (γονικές παροχές) αποτελούν χαριστικές δικαιοπραξίες ή υποχρέωση των δοτών - γονέων στη λήπτρια - κόρη τους, θεωρώντας ότι, επειδή η αγωγή ασκήθηκε μετά έτος από τις μεταβιβάσεις και άρα δεν ισχύει το τεκμήριο της γνώσης του άρθρου 941 παρ. 2 ΑΚ, παρέλκει η εκτίμηση αυτή, καθόσον δεν ασκεί έννομη επιρροή στη δίκη. Ο χαρακτηρισμός όμως της πράξης ως χαριστικής έχει πάντοτε αξία, για την εφαρμογή του άρθρου 942 ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο σε περίπτωση απαλλοτρίωσης από χαριστική αιτία δεν απαιτείται γνώση του τρίτου (*Καργάδου* στην ΕρμΑΚ άρθρο 942 περ. Α2β). Προφανώς η δημοσιευόμενη απόφαση εκλαμβάνει ως επαχθείς τις συγκεκριμένες πράξεις μεταβίβασης και τούτο συνάγεται από το ότι αμέσως προβαίνει στην εκτίμηση της γνώσης του αποκτώντος τρίτου, την οποία μάλιστα εν προκειμένω, με έναν ολοκληρωμένο συλλογισμό, δέχεται υφισταμένη και αποδεδειγμένη. Τάσσεται έτσι, εμμέσως, προς την ορθότερη άποψη, η οποία υποστηρίζει ότι οι γονικές παροχές, ακόμη και όταν βρίσκονται μέσα στα επιβαλλόμενα πλαίσια, δεν προηγούνται αλλά έπονται των ενοχικών υποχρεώσεων των γονέων και ως εκ τούτου υπόκεινται πάντοτε σε διάρρηξη, διότι αποτελούν εκδήλωση ηθικής και όχι νομικής υποχρέωσης των γονέων προς τα τέκνα τους, εξ ου και αυτοί δεν μπορούν να υποχρεωθούν δικαστικώς σε γονική παροχή (σχ. *Θ. Παπαζήση*, *Γονική παροχή* 1987 σ. 45, *Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη* Οικογ. Δίκαιο, τόμος β' 1998 σ. 179, *Μπανάκα* στον ΑΚ *Γεωργιάδη - Σταθόπουλου*, άρθρο 940 αρ. 6 επ., ΕφΘεσ 2195/1991 Αρμ ΜΕ', 770, ΠΠρΘεσ 7423/1998 Αρμ 1998, 431, με σχ. παρατ. *Στυλιανής Τρωϊανού - Γουλιέλμου*, ΠΠρΚαρδ 152/1990 Αρμ 1991, 25, ΠΠρΚαρδ 77/1990 Αρμ 1991, 345, η οποία θεωρεί προϋπόθεση της νομικής υποχρέωσης των γονέων προς σύσταση γονικής παροχής την ύπαρξη, μετά την ικανοποίηση των δανειστών, καθαρής ενεργητικής περιουσίας των γονέων).

γ. Τέλος η απόφαση ορθά, κατ' εφαρμογή του άρθρου 336 παρ. 2 ΚΠολΔ, λαμβάνει υπόψη της γεγονός γνωστό στο δικαστήριο από άλλη του δικαστική ενέργεια, όπως είναι η παύση των εργασιών της πτώχευσης του εναγομένου, η οποία επήλθε με προηγούμενη απόφαση του ίδιου δικαστηρίου (δικάζοντος κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας), οδηγούμενη έτσι στην απόρριψη του ισχυρισμού περί ελλείψεως παθητικής του νομιμοποίησης στην προκείμενη δίκη. Εφόσον το γεγονός (της παύσης των εργασιών της πτώχευσης) έχει καταχωρισθεί, όπως εν προκειμένω, σε απόφαση (ακόμη και άλλου δικαστηρίου, άρθρο 336 ΚΠολΔ *Κεραμεύς - Κονδύλης - Νίκας* ΚΠολΔ Ι 2000, άρθρο 336, αριθμός 6-9) η αλήθεια του ισχύει έναντι πάντων και ορθά λαμβάνεται υπόψη και εκτιμάται ως προς το στοιχείο της παθητικής νομιμοποίησης του διαδίκου στην προκείμενη διαφορά (ΑΠ 207/1975 ΝοΒ 1975, 1037).

**Ισμήνη Στεργιαννίδου**

*Λέκτωρ Νομικής ΔΠΘ - Δικηγόρος*

## ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ ΤΟΥ ΠΟΛΙΤΗ

*Επιμέλεια: Μ. Τσαπόγας*

*ΔρΝ - Ειδικός Επιστήμονας στο Συνήγορο του Πολίτη*

### **ΔικηγΚωδ 45, ΣωφρΚωδ 51.1 & 53.2, π.δ. 61/1969, Κώδικας Δεοντολογίας Δικηγόρων άρθρο 10**

*Πρόσβαση δικηγόρων σε χώρους κράτησης παράνομα εισερχομένων αλλοδαπών και αιτούντων άσυλο*

Ανεπίτρεπτη η παρεμπόδιση από τις Αρχές της προσβάσεως δικηγόρων σε χώρους κράτησης αλλοδαπών με επίκληση του π.δ. 61/99 (αυτοπρόσωπη υποβολή αιτήματος ασύλου) και του Κώδικα Δεοντολογίας του ΔΣΑ.

Τεκμήριο πληρεξουσιότητας και δυνατότητα παράστασης δικηγόρου χωρίς εξουσιοδότηση, ελεύθερη επικοινωνία και πρόσβαση σε συνήγορο, ελεύθερη είσοδος δικηγόρων. Η παροχή νομικής συνδρομής δεν υποκαθιστά, αλλά διασφαλίζει τη δυνατότητα υποβολής αυτοπρόσωπου αιτήματος ασύλου.

### **Πόρισμα 11895.02.1/2002**

*(Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη: Γιώργος Καμίνης, Χειριστές: Χρύσα Χατζή & Καλλιόπη Στεφανάκη)*

Ο Συνήγορος του Πολίτη είναι αποδέκτης αναφορών μεμονωμένων δικηγόρων και οργανώσεων ανθρωπίνων δικαιωμάτων, στις οποίες τίγεται το ζήτημα της παρεμπόδισης πρόσβασης δικηγόρων σε χώρους κράτησης παρανόμως εισερχομένων στη χώρα αλλοδαπών.

Συγκεκριμένα, στην πρώτη αναφορά, η Αστυνομική Διεύθυνση Λακωνίας δεν επέτρεψε την επαφή δικηγόρου Αθηνών με 6 Ινδούς κρατούμενους που περιλαμβάνονταν σε μαζική άφιξη 350 αλλοδαπών τον περασμένο Απρίλιο στο Γύθειο. Οι συγγενείς τους στην Ινδία είχαν αναθέσει σε Ινδό κάτοικο της Ελλάδας να έλθει σε επαφή με δικηγόρο για να τους προσφέρει νομική συνδρομή. Προκειμένου να επιτρέψει στον δικηγόρο την πρόσβαση, η αρμόδια Διεύθυνση ζήτησε πληρεξούσιο από τους συγγενείς των κρατούμενων.

Στην δεύτερη περίπτωση, η Διεθνής Αμνηστία ζήτησε από το Δικηγορικό Σύλλογο Σάμου να επισκεφθεί 4 Ιρανούς κρατούμενους που είχε πληροφορηθεί από συγγενείς τους ότι επιθυμούσαν να υποβάλουν αίτημα ασύλου διότι διώκονταν από την Ιρανή κυβέρνηση λόγω των πολιτικών τους πεποιθήσεων. Η Αστυνομική Διεύθυνση Σάμου αρνήθηκε την πρόσβαση σε εκπροσώπους του τοπικού Δικηγορικού Συλλόγου, επικαλούμενη οδηγίες του Υπουργείου, και το Τμήμα Ασύλου επιβεβαίωσε ότι για την πρόσβαση δικηγόρου απαιτείται προηγούμενη εξουσιοδότηση

από τον ίδιο τον κρατούμενο. Η Διεθνής Αμνηστία εξέφρασε τον φόβο, οι δύο από τους τέσσερις Ιρακινούς που δεν υπέβαλαν τελικώς αίτημα ασύλου να δήλωσαν ότι ήρθαν αναζητώντας δουλειά και να υπέγραψαν σχετικό έγγραφο αποκρύπτοντας τις πολιτικές τους διώξεις από φόβο ή άγνοια. Ο Συνήγορος του Πολίτη εν προκειμένω δεν μπορεί να πιθανολογήσει την έλλειψη ειλικρίνειας των δηλώσεων των αλλοδαπών ούτε να αμφισβητήσει τη φερεγγυότητα της διαδικασίας καταγραφής των δηλώσεών τους από τα αρμόδια αστυνομικά όργανα. Σημειώνει ωστόσο την άποψη που εκφράζει η Διεθνής Αμνηστία στην αναφορά της: «*Όπως και να έχει, είναι αναφαίρετο δικαίωμά τους να έρθουν σε επαφή με δικηγόρο και με εκπροσώπους ή συνεργάτες μη κυβερνητικών οργανώσεων, που ασχολούνται με τους πρόσφυγες*».

Το γενικότερο ζήτημα που ανακύπτει από τις παραπάνω αναφορές είναι, ακριβώς, εάν οι κρατούμενοι αλλοδαποί λόγω παράνομης εισόδου στη χώρα έχουν δικαίωμα να έλθουν σε επαφή με δικηγόρο και υπό ποιές προϋποθέσεις.

Για το θέμα αυτό, ο Συνήγορος του Πολίτη μελέτησε τις απόψεις του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης (Διεύθυνση Αλλοδαπών) που αναφέρονται αναλυτικά στο υπ' αρ. πρωτ. 4591/13-55843713.5.2002 σχετικό έγγραφο του προς την Εθνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου. Με το έγγραφο του αυτό, το Υπουργείο Δημόσιας Τάξης επιβεβαιώνει ότι η Ελληνική Αστυνομία διευκολύνει τη νομική συνδρομή σε όσους ζητήσουν άσυλο στη χώρα μας, μέσω κυρίως της Ύπατης Αρμοστείας του ΟΗΕ. Επικαλείται ωστόσο το άρθρο 10 του Κώδικα Δεοντολογίας του Δικηγορικού Συλλόγου Αθηνών με το οποίο απαγορεύεται στο δικηγόρο να προσπαθεί να αποκτήσει πελάτες με ενέργειες που δεν συμβιβάζονται με την αξιοπρέπεια του δικηγορικού λειτουργήματος, να επισκέπτεται σε αστυνομικά κρατητήρια και φυλακές πρόσωπα που δεν τον προσκάλεσαν και να προβαίνει σε ενέργειες χωρίς εντολή του πελάτη του.

Αναφέρει επίσης τα εξής: «*Παρατηρείται, όμως, το φαινόμενο να παρεμβαίνουν στις υπηρεσίες μας ορισμένοι δικηγόροι ή Μ.Κ.Ο., επικαλούμενοι την ανάγκη νομικής συνδρομής σε αλλοδαπούς, οι οποίοι, είτε δεν έχουν εκφράσει έως εκείνη τη στιγμή αυτοπροσώπως την επιθυμία για αίτημα ασύλου, είτε σε ορισμένες περιπτώσεις και όταν ακόμη αυτοί βρίσκονται σε γειτονική χώρα. Αυτό δυστυχώς το γεγονός, σε συνδυασμό με τα παραπάνω, μας αναγκάζει να αρνούμεθα την παροχή νομικής συνδρομής στη διαδικασία ασύλου στις συγκεκριμένες περιπτώσεις γιατί, κατ' αυτό τον τρόπο δημιουργούμε αιτούντες άσυλο και παραβιάζουμε ταυτόχρονα τις σχετικές διατάξεις του π.δ. 61/99*».

Ο Συνήγορος του Πολίτη επισημαίνει ότι, πράγματι, η νομική συνδρομή στους χώρους μαζικής κράτησης παρανόμως εισερχομένων αλλοδαπών συνδέεται με τον σκοπό της διασφάλισης τήρησης της διαδικασίας ασύλου. Ωστόσο, τη λύση για την ορθή τομή μεταξύ, αφ' ενός, της διασφάλισης του σκοπού αυτού και, αφ' ετέρου, της αποτροπής καταστρατήγησής του, δεν παρέχει ο παραπάνω Κώδικας Δεοντολογίας, ο οποίος άλλωστε στερείται κανονιστικής ισχύος, αλλά ο Κώδικας περί Δι-



κηγόρων (ν.δ. 3026/54, ως σήμερα ισχύει) και, αναλογικά, λόγω κράτησης, ο Κώδικας Ποινικής Δικονομίας και ο Σωφρονιστικός Κώδικας, σε συνδυασμό με τους σχετικούς εθνικούς και διεθνείς κανόνες για το πολιτικό άσυλο.

Συγκεκριμένα, ο παραπάνω Κώδικας Δεοντολογίας του Δικηγορικού Συλλόγου Αθηνών αποτελεί απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του συλλόγου αυτού και περιέχει κανόνες απλής επαγγελματικής δεοντολογίας, η δεσμευτική ισχύς των οποίων καταλαμβάνει τα μέλη του συγκεκριμένου μόνον συλλόγου και εξαντλείται με ενδεχόμενες πειθαρχικές κυρώσεις από το αρμόδιο πειθαρχικό συμβούλιο του Δικηγορικού Συλλόγου Αθηνών. Δεδομένης επομένως της εσωτερικής λειτουργίας των κανόνων δεοντολογίας<sup>1</sup>, δεν είναι ορθή η επίκλησή τους από εξωτερικό προς τον ΔΣΑ όργανο της διοίκησης ή άλλη αρχή, γιατί αποτελούν κανόνες επαγγελματικής ηθικής εντός των ορίων του Δικηγορικού Συλλόγου και βεβαίως δεν έχουν την κανονιστική ισχύ να τροποποιήσουν διατάξεις νόμων που αφορούν την εξουσία εκπροσωπήσεως των δικηγόρων. Οι δε σχετικές διατάξεις νόμων είναι σαφείς: Σύμφωνα με τον Αστικό Κώδικα (άρθρα 217-235, ιδίως 217), η εξουσία αντιπροσώπευσης παρέχεται δια δηλώσεως και υποβάλλεται στον τύπο που απαιτείται για τη δικαιοπραξία την οποία αφορά η πληρεξουσιότητα. Αυτό σημαίνει ότι μόνον όπου ο νόμος απαιτεί πληρεξούσιο για την πράξη που επιχειρεί ο δικηγόρος (π.χ. παραίτηση από δικαίωμα) επιβάλλεται αυτός να το προσκομίσει, άλλως η πληρεξουσιότητα τεκμαίρεται. Για το λόγο αυτό ο Κώδικας Δικηγόρων (άρθρο 45) ορίζει ότι η είσοδος στις δημόσιες υπηρεσίες είναι ελεύθερη και επιτρέπεται στους δικηγόρους με την απλή επίδειξη της ταυτότητάς τους, δεν χρειάζονται δηλαδή πληρεξούσιο ή άλλη εξουσιοδότηση από τους εντολείς τους. Οι οικείες δε δικονομικές διατάξεις επιτρέπουν και την παράσταση ενώπιον δικαστηρίων με τεκμαιρόμενη πληρεξουσιότητα και ο έγγραφος ή και συμβολαιογραφικός τύπος της εξουσιοδότησης προς δικηγόρο επιβάλλεται ενώπιον ορισμένων μόνον δικαστηρίων με ειδικές διατάξεις (π.χ. άρθρα 96 επ. Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας). Όπως δε ο Συνήγορος του Πολίτη είχε την ευκαιρία να επισημάνει σε άλλες υποθέσεις (προς τον ΟΑΕΔ), «*H de facto δυσπιστία έναντι του προσερχόμενου δικηγόρου, όχι μόνον αντιβαίνει στην, κατ' αρχήν, τεκμαιρόμενη ύπαρξη εξουσιοδότησης για την επιχείρηση πράξεων ενώπιον Αρχών και Δικαστηρίων, αλλά καταλήγει να προσβάλλει την ίδια την επαγγελματική αξιοπρέπεια των δικηγόρων, θέτοντας υπό αμφισβήτηση την απορρέουσα, από την ίδια τη φύση του δικηγορικού λειτουργήματος, επιδίωξη διασφάλισης των νομίμων συμφερόντων των εντολέων τους*».

Πέραν της τεκμαιρόμενης, κατά τα ανωτέρω, εξουσιοδότησης προς δημόσιες αρχές, όσον αφορά την αστυνομική κράτηση, εν προκειμένω, είναι κρίσιμες, αναλογικά, οι σχετικές διατάξεις του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας κατά την προδικα-

1. Σημ. του Περιοδικού : Για τους Κώδικες Δεοντολογίας γενικά και για τη λειτουργία των «κανόνων» τους, βλ. *Χριστίνα Λιβαδά*, σχόλιο στην απόφαση ΠολΠρΑθ 9/2003 Digesta 2003 σελ. 42 επ.

σία της ποινικής δίκης, αλλά και οι διατάξεις του Σωφρονιστικού Κώδικα. Ο ΚΠοινΔ σε περίπτωση προανάκρισης, κύριας ανάκρισης (άρθρα 96, 100, 104, 271 ΚΠοινΔ), ακόμη και σε περίπτωση αυτόφωρου εγκλήματος (105 ΚΠοινΔ) και προσωρινής κράτησης (283 ΚΠοινΔ), επιβάλλει την πρόσβαση σε δικηγόρο χωρίς να απαιτεί να προϋπάρχει εξουσιοδότηση προς τούτο (εν όψει του άρθρου 6.1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου αλλά και λόγω του πρακτικώς ανεφάρμοστου της εξεύρεσης δικηγόρου από το ίδιο το πρόσωπο που κρατείται), παρά μόνο με δήλωση που παρέχεται εκείνη τη στιγμή, όπως συμβαίνει ακόμη και κατά τον διορισμό δικηγόρου στο ακροατήριο (340 ΚΠοινΔ). Όταν λοιπόν καθ' όλη την προδικασία της ποινικής δίκης, ο κατηγορούμενος δέχεται επίσκεψη δικηγόρου χωρίς να του ζητείται προηγούμενη εξουσιοδότηση, γιατί η αστυνομία να δημιουργεί προσκόμματα στην ελεύθερη πρόσβαση δικηγόρου εκεί που υφίσταται απλώς διοικητική παράβαση (όταν ο εισαγγελέας απέχει από την ποινική δίωξη και εκκρεμεί διοικητική απέλαση των παρανόμως εισερχομένων στη χώρα); Η απλώς πιθανολογούμενη καταχρηστική άσκηση δικαιωμάτων εκ μέρους των κρατούμενων είναι πολύ επισφαλής δικαιολογητικός λόγος για ένα κράτος δικαίου, ειδικά όταν οι σχετικές διατάξεις του Σωφρονιστικού Κώδικα κατοχυρώνουν την ελεύθερη επικοινωνία και πρόσβαση σε συνήγορο (άρθρα 51.1, 53. 2 ν. 2776/99). Η ανάλογη εφαρμογή τους επιβάλλεται στην περίπτωση αυτή και από τό γεγονός, που αναφέρεται και στο ανωτέρω έγγραφο του Υπουργείου Δημόσιας Τάξης και ο Συνήγορος του Πολίτη έχει πολλάκις επισημάνει, ότι η μαζική παράνομη εισροή μεταναστών έχει μετατρέψει τα αστυνομικά κρατητήρια (ή άλλους χώρους που εξευρίσκονται εκ των ενόντων, όσο δεν ενεργοποιείται η σχετική διάταξη δημιουργίας ειδικών κέντρων υποδοχής του άρθρου 48 ν. 2910/2001) σε χώρους κράτησης, έως και επί τρεις μήνες, μεγάλου αριθμού αλλοδαπών, χωρίς να διαθέτουν καν την υποδομή και οργάνωση των σωφρονιστικών καταστημάτων, με όλες τις συνέπειες για τις συνθήκες διαβίωσης και τα ατομικά δικαιώματα των κρατούμενων.

Η στάθμιση των διακυβευόμενων έννομων αγαθών στον ΚΠοινΔ και στο Σωφρονιστικό Κώδικα, καταλήγει υπέρ της διασφάλισης της ελεύθερης πρόσβασης δικηγόρου και νομικής συνδρομής στον κρατούμενο, πολλώ δε μάλλον αυτό πρέπει να ισχύει στην περίπτωση της διοικητικής κράτησης προς απέλαση. Άλλως παρουσιάζονται πρακτικές δυσκολίες που μπορεί να συρρικνώσουν ή και να εξαφανίσουν κάθε πρόσβαση των εν λόγω κρατούμενων σε δικηγόρο. Ακόμη κι η απλή εξουσιοδότηση (το συμβολαιογραφικό πληρεξούσιο θα ήταν προφανώς δυσανάλογο, σύμφωνα με τις παραπάνω δικονομικές διατάξεις) εκ μέρους των συγγενών του κρατούμενου, είναι υπερβολικά δύσκολο να εξευρεθεί εάν αυτοί βρίσκονται σε άλλη χώρα ή και ήπειρο, όπως στην περίπτωση του Ινδού κρατούμενου στην προαναφερθείσα υπόθεση. Η δε απαίτηση προηγούμενης εξουσιοδότησης από τους ίδιους τους κρατούμενους θα κατέληγε σε λογικώς άτοπο αποτέλεσμα, αφού για να παρασχεθεί εξουσιοδότηση θα προϋπέθετε την άδεια πρόσβασης του δικηγόρου σε αυτούς από

τις οικείες λιμενικές ή αστυνομικές αρχές που κρατούν αυτούς που έρχονται μαζικά παράνομα στη χώρα. Για να μπορέσει δε ο κρατούμενος να έλθει σε προφορική έστω επαφή ο ίδιος με κάποιον δικηγόρο, θα πρέπει όλοι οι χώροι κράτησης των παράνομα εισερχομένων αλλοδαπών να διαθέτουν τηλέφωνα και να διασφαλίζουν την ελεύθερη πρόσβαση των κρατουμένων σε αυτά, κάτι που δεν συμβαίνει στις υποθέσεις που έχει διερευνήσει ο Συνήγορος του Πολίτη, αν και, όπως έχει επισημανθεί, η τηλεφωνική επικοινωνία είναι στοιχειώδες δικαίωμα κάθε κρατουμένου.

Είναι κατανοητή η ανησυχία, ότι τυχόν ελεύθερη πρόσβαση δικηγόρου επιτρέπει την εκμετάλλευση των αλλοδαπών αυτών από διάφορα κυκλώματα παράνομης μεταφοράς τους, τα οποία δύνανται να απευθύνονται και σε δικηγόρους. Εντύπωση ωστόσο προκαλεί η επίκληση των περιπτώσεων αυτών μαζί με τις αιτήσεις προς επίσκεψη ή νομική συνδρομή εκ μέρους Μη Κυβερνητικών Οργανώσεων. Ο Συνήγορος του Πολίτη θεωρεί ότι δεν θα έπρεπε να καταλείπεται περιθώριο εντυπώσεων, εκ μέρους της Ελληνικής Αστυνομίας, ότι αντιμετωπίζει ενιαία τις περιπτώσεις κυκλωμάτων παράνομης μετανάστευσης με τη νόμιμη δράση των Μ.Κ.Ο. Οι Μ.Κ.Ο. που δραστηριοποιούνται σε θέματα ανθρωπίνων δικαιωμάτων έχουν έννομο συμφέρον, λόγω ακριβώς του σκοπού τους, να παρεμβαίνουν σε χώρους μαζικής κράτησης αλλοδαπών όταν τους καταγγέλλεται (από οποιονδήποτε) ότι υπάρχει πρόβλημα με τις συνθήκες κράτησης ή ζήτημα προστασίας πολιτικών προσφύγων.

Θα πρέπει, επομένως, να επιτρέπεται η πρόσβαση σε δικηγόρους που έχουν εξεύρει οι Μ.Κ.Ο. και εντέλλονται για νομική συνδρομή σε συγκεκριμένους κρατούμενους, όπως η περίπτωση που προαναφέρθηκε, των εκπροσώπων του Δικηγορικού Συλλόγου Σάμου που εστάλησαν από τη Διεθνή Αμνηστία για να διακριβώσουν εάν οι συγκεκριμένοι Ιρανοί γνώριζαν τα δικαιώματά τους για πρόσβαση στη διαδικασία ασύλου. Η μέριμνα των Μ.Κ.Ο. στις περιπτώσεις αυτές δεν είναι να υποκαταστήσουν, αλλά να διασφαλίσουν την αυτοπρόσωπη αίτηση ασύλου από όσους έχουν την ειλικρινή αυτή πρόθεση. Στο σημείο αυτό πρέπει να σημειωθεί ότι αποτελεί υποχρέωση της Ελλάδας να επιτρέψει την πρόσβαση, σε χώρους όπου κρατούνται αλλοδαποί (οι οποίοι εκδηλώνουν την επιθυμία να ζητήσουν άσυλο), όχι μόνον στην Ύπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ, αλλά και στις συμβεβλημένες με αυτήν οργανώσεις, όπως το Ελληνικό Συμβούλιο για τους Πρόσφυγες και οι εντελλόμενοι από αυτό δικηγόροι. Το Ψήφισμα του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 20.6.95 (ΕΕ C274/19.9.1996), προβλέπει ρητώς στην παράγραφο 13 τη δυνατότητα πρόσβασης αυτών που έχουν αναλάβει να παράσχουν νομική συνδρομή για λογαριασμό της Ύπατης Αρμοστείας. Η διευκρίνιση αυτή, σχετικά με τη συμβατική υποχρέωση νομικής συνδρομής που έχει αναλάβει το ΕΣΠ προς την Ύπατη Αρμοστεία, είναι απαραίτητη, λαμβανομένου υπ' όψη του εγγράφου 5401/1-552564/29.6.2002 του Κλάδου Ασφάλειας και Τάξης προς τον Συνήγορο του Πολίτη, στη σελίδα 4 του οποίου αναφέρεται ότι το ΕΣΠ είναι απλώς μία από τις πολλές ΜΚΟ που δραστηριοποιούνται στον χώρο των προσφύγων, χωρίς να γίνεται μνεία της

συμβατικής του διασύνδεσης με την Ύπατη Αρμοστεία. Κατά συνέπεια, δεν είναι σύννομη η άρνηση των αστυνομικών αρχών να επιτρέψουν την πρόσβαση των δικηγόρων του ΕΣΠ σε κρατούμενους αιτούντες άσυλο, όπως έχει αναφερθεί στο Συνήγορο του Πολίτη, ιδίως σχετικά με κρατούμενους αλλοδαπούς στον Έβρο.

Όσον αφορά τα κυκλώματα παράνομης μεταφοράς αλλοδαπών, τα οποία δύναται να απευθύνονται και σε δικηγόρους, αλλά και τον κίνδυνο άγρας πελατών από μεμονωμένους δικηγόρους, ο Συνήγορος του Πολίτη θεωρεί ότι οι κίνδυνοι αυτοί είναι εξίσου υπαρκτοί σε κάθε περίπτωση κράτησης ή φυλάκισης. Και στην περίπτωση αυτόφωρης σύλληψης, ανάκρισης και προσωρινής κράτησης ποινικών υποδίκων δεν μπορεί να αποκλεισθεί ότι ο δικηγόρος που εμφανίζεται δεν έχει εξευρεθεί από τους συγγενείς αλλά από κάποιον συνεργό του κρατουμένου, ούτε αυτό συνιστά κατά τον ΚΠοινΔ νόμιμο λόγο για τις αρμόδιες αρχές να αρνηθούν τη νομική αυτή συνδρομή. Στην περίπτωση αυτή, όπως άλλωστε και προς αποτροπή της άγρας πελατών από άσχετους με την υπόθεση δικηγόρους, αρκεί οι αστυνομικές αρχές να βεβαιώνονται ότι ο δικηγόρος που εμφανίζεται γνωρίζει το όνομα του κρατουμένου που προσέρχεται να συνδράμει.

Το αντικείμενο της νομικής συνδρομής των δικηγόρων που ζητούν πρόσβαση στους συγκεκριμένους αλλοδαπούς έγκειται προφανώς στην ενημέρωση για τα δικαιώματά τους και στη διασφάλιση της πρόσβασης στη διαδικασία ασύλου. Βεβαίως οι σχετικές διατάξεις του π.δ. 61/99 αναφέρουν την «*αυτοπρόσωση*» υποβολή αιτήματος ασύλου. Ας σημειωθεί ότι για να θεωρηθεί κάποιο πρόσωπο «*αιτών άσυλο*» και, ως εκ τούτου, να απολαμβάνει των σχετικών δικαιωμάτων, τόσο κατά τον ορισμό του άρθρου 1 παρ. 1 π.δ. 61/99 όσο και κατά την κοινοτική νομοθεσία, δεν είναι απαραίτητο να έχει υποβάλει γραπτή αίτηση ασύλου. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την προαναφερόμενη διάταξη, «*αλλοδαπός ο οποίος δηλώνει προφορικώς ή εγγράφως ... ότι ζητεί άσυλο στη χώρα μας ή με οποιονδήποτε τρόπο ζητεί να μην απελαθεί σε κάποια χώρα εκ φόβου δίωξης ... θεωρείται ως αιτών άσυλο*». Εξ άλλου, είναι χαρακτηριστική η φράση της Εισηγητικής Έκθεσης επί των άρθρων (άρθρο 4 παρ. 2) της Πρότασης Οδηγίας του Συμβουλίου (COM 2000 578), σύμφωνα με την οποία «*κάθε δήλωση με την οποία ένα πρόσωπο εκφράζει την επιθυμία να τύχει προστασίας από δίωξη, ή οποιαδήποτε εκδήλωση ή έκφραση του προσώπου ότι φοβάται να επιστρέψει στη χώρα του, θα πρέπει συνεπώς να αντιμετωπίζεται ως αίτηση παροχής ασύλου*». Ο Συνήγορος του Πολίτη κατανοεί την πρακτική δυσκολία άμεσης διενέργειας συνεντεύξεων και εξέτασης αιτημάτων ασύλου εκ μέρους των αρμοδίων αστυνομικών αρχών στις συχνές περιπτώσεις άφιξης σε νησιά μεγάλου αριθμού παρανόμως εισερχομένων μεταναστών μαζί με άτομα που εμπίπτουν στην έννοια του πολιτικού πρόσφυγα κατά τις διατάξεις της Συνθήκης της Γενεύης. Ωστόσο, η παρατηρούμενη καθυστέρηση, συχνά επί δύο μήνες (Ρόδος, Σύρος, Κως) της υποβολής αιτήσεων ασύλου σε παρόμοιους χώρους μαζικής κράτησης, δημιουργεί ερωτηματικά για την πλήρη ενημέρωση ή και κατανόηση εκ μέρους των ενδιαφερο-

μένων αλλοδαπών ως προς τη διαδικασία ασύλου. Η συμβολή τυχόν δικηγόρων μεμονωμένων αλλοδαπών ή δικηγόρων Μ.Κ.Ο. είναι λίαν επιβοηθητική για όσους επιθυμούν να υποβάλουν αίτημα ασύλου, επομένως δεν μπορεί παρά να θεωρείται από τις αρμόδιες αρχές θετική και σύμφωνη με τις κείμενες διεθνείς, κοινοτικές και εσωτερικές διατάξεις που κατοχυρώνουν την πρόσβαση στο άσυλο.

Όπως ο Συνήγορος του Πολίτη είχε και στο παρελθόν την ευκαιρία να επισημάνει προς το Υπουργείο Δημόσιας Τάξης, ο κίνδυνος καταχρηστικής υποβολής αιτημάτων ασύλου δεν μπορεί να αποτρέπεται με τη μη παραλαβή των σχετικών αιτημάτων (ή τη μη καταγραφή των σχετικών προφορικών αιτημάτων), διότι δεν μπορεί ένα κράτος δικαίου να αποδέχεται τον κίνδυνο απέλασης ως οικονομικού μετανάστη κάποιου που υπόκειται σε άμεσο κίνδυνο της ζωής και προσωπικής του ασφάλειας στη χώρα του για λόγους πολιτικών πεποιθήσεων. Κατ' αρχήν, η έννομη τάξη έχει μεριμνήσει ώστε ενδεχόμενη καταχρηστική επίκληση λόγων ασύλου να αντιμετωπίζεται με άλλο τρόπο, και συγκεκριμένα (π.δ. 61/99, άρθρο 2) με την ταχύρυθμη διαδικασία εξέτασης σε σημεία εισόδου στη χώρα, που θα μπορούσε να ενεργοποιείται άμεσα σε περιπτώσεις μαζικής εισροής μεταναστών ομού μετά ενδεχομένων πολιτικών προσφύγων, από το έμπειρο αστυνομικό προσωπικό που υφίσταται πλέον σε θέματα αλλοδαπών και ασύλου. Να σημειωθεί εδώ η καθοριστική συμβολή των δικηγόρων των Μ.Κ.Ο. που, λόγω της εμπειρίας τους, συχνά βοηθούν τις κατά τόπους αστυνομικές αρχές στον εντοπισμό των γνήσιων περιπτώσεων προσώπων που χρήζουν προστασίας ως πολιτικοί πρόσφυγες. Επιπλέον, καθοριστικής σημασίας μέτρο για την αποτροπή του κινδύνου καταχρηστικής υποβολής αιτημάτων ασύλου, είναι η περαιτέρω ευαισθητοποίηση του αρμόδιου προσωπικού, μέσω της συνεχούς εκπαίδευσης και ενημέρωσής του, έτσι ώστε να είναι σε θέση να υποβάλει τις κατάλληλες ερωτήσεις προκειμένου να διαγνώσει ποια άτομα είναι πιθανό να χρήζουν διεθνούς προστασίας.

Για τους παραπάνω λόγους, η πρόσβαση δικηγόρων είναι καταλυτική για την εκπλήρωση του σκοπού της σχετικής νομοθεσίας πρόσβασης στο άσυλο. Η απαίτηση προηγούμενης εξουσιοδότησης για την πρόσβαση σε χώρους μαζικής κράτησης αλλοδαπών δεν φαίνεται να βρίσκει έρεισμα στις ισχύουσες νομοθετικές διατάξεις, υπερβαίνει άλλωστε το εύλογο μέτρο για την επίτευξη της θεμιτής τήρησής τους.

Ο Συνήγορος του Πολίτη παρακαλεί, συνεπώς, να επανεξετασθεί το ζήτημα της πρόσβασης δικηγόρων σε χώρους κράτησης παρανόμως εισερχομένων στη χώρα αλλοδαπών, σύμφωνα με τα παραπάνω.

### Σημείωση

Με την υπ' αρ. πρωτ. 4803/22/44/4.7.2003 εγκύκλιο διαταγή του («Μεταχείριση και δικαιώματα κρατουμένων»), ο Αρχηγός ΕΛΑΣ έκανε δεκτές τις απόψεις του Συνηγόρου του Πολίτη, ως προς τις προϋποθέσεις πρόσβασης δικηγόρων.

**M.T.**

**ν. 1763/1988 άρθρο 7.7, ν. 3036/2002 άρθρο 4***Αιτιολόγηση (μη) υπαγωγής σε ειδικό στρατολογικό καθεστώς*

Αναιτιολόγητο αποφάσεων υπαγωγής ή μη υπαγωγής στο ειδικό στρατολογικό καθεστώς των «*διαπρεπόντων επιστημόνων*». Νομολογία, σύμφωνα με την οποία ο εξαιρετικός χαρακτήρας της σχετικής νομοθετικής προβλέψεως αίρει την υποχρέωση αιτιολογίας. Αρχή της στρατολογικής ισότητας, αντισυνταγματικότητα της αναιτιολόγητης μείωσης θητείας.

**Πόρισμα 3996.03.2/2003***(Βοηθός Συνήγορος του Πολίτη: Γιώργος Καμίνης, Χειριστής: Μιχάλης Τσαπόγας)*

Ο κ. Β., διδάκτωρ του Πανεπιστημίου Cambridge, υπέβαλε αίτηση για χορήγηση αναβολής κατάταξης με τη διαδικασία του άρθρου 7 παρ. 7 ν. 1763/1988, επικαλούμενος θέση μεταδιδακτορικού ερευνητή η οποία του προσφέρθηκε από το Πανεπιστήμιο Ελσίνκι. Η αίτησή του απορρίφθηκε με απόφαση του ΓΕΕΘΑ, ενώ η Διεύθυνση Στρατολογικού ΓΕΕΘΑ του κοινοποίησε το πρακτικό της γνωμοδοτικής επιτροπής.

Το άρθρο 7 παρ. 7 ν. 1763/88, όπως τροποποιήθηκε με τον ν. 2510/97, θέτει ειδική ευνοϊκή ρύθμιση ως προς τη διάρκεια της αναβολής κατάταξης «*των στρατευσίμων που είναι κάτοχοι διδακτορικού διπλώματος και διαπρέπουν σε επιστημονικές εργασίες ή έρευνες στο εξωτερικό*». Για την κατά περίπτωση εφαρμογή της διάταξης αποφασίζει ο ίδιος ο Υπουργός, μετά από εισήγηση επιτροπής αποτελούμενης από τρεις αξιωματικούς και δύο καθηγητές ΑΕΙ.

Η εν λόγω διάταξη αποτελεί εξαίρεση μέσα στο πλέγμα της στρατολογικής νομοθεσίας. Ενώ, κατά κανόνα, οι στρατολογικές διατάξεις θέτουν ρυθμίσεις εξαντλητικά σαφείς και συγκεκριμένες και καταλείπουν στη διοίκηση μηδαμινά περιθώρια διακριτικής ευχέρειας, το άρθρο 7 παρ. 7 ν. 1763/88 επιλέγει μια διατύπωση αναπάντεχα ρευστή και ευρεία, η οποία θα μπορούσε να επιτρέπει ακόμη και αυθαιρεσίες παντός είδους. Δεδομένου ότι η κατ' εκτέλεσιν του νόμου εκδοθείσα υπουργική απόφαση περιορίζεται σε διαδικαστικές διευθετήσεις, απομένει, ως μόνη δυνατή ασφαλιστική δικλείδα προκειμένου να παραμείνει η εφαρμογή της διάταξης μέσα στο πλαίσιο του κράτους δικαίου, η διαρκής μέριμνα για τήρηση συνεπούς και ενιαίας πρακτικής κατά την αποτίμηση των υποβαλλομένων στοιχείων, και η πλήρης αιτιολόγηση τόσο των θετικών, όσο και των απορριπτικών αποφάσεων.

Την προϋπόθεση αυτή δεν πληροί το πρακτικό της γνωμοδοτικής επιτροπής, περιοριζόμενο σε ταυτολογική επανάληψη του κειμένου της διάταξης και παραλείποντας οιαδήποτε εξατομικευμένη μνεία των στοιχείων που ελήφθησαν υπ' όψιν: «*η επιτροπή μελέτησε τα υποβληθέντα δικαιολογητικά και αφού έλαβε υπόψη τις διατάξεις του άρθρου 7 του ν. 1763/88 εισηγείται στον Υπουργό Εθνικής Άμυνας ομό-*

φωνα να μη χορηγηθεί αναβολή κατάταξης στον στρατεύσιμο Β., επειδή κατά την κρίση της, από το σύνολο των υποβληθέντων δικαιολογητικών δεν προκύπτει ότι η επίδοσή του στις επιστημονικές εργασίες ή έρευνες στο εξωτερικό και η απήχηση που έχουν αυτές στους διεθνείς ερευνητικούς και επιστημονικούς κύκλους είναι σε τέτοιο επίπεδο ώστε αυτός να χαρακτηριστεί ως διαπρέπων, κατά την έννοια των προαναφερόμενων διατάξεων». Αντιστοίχως αόριστη είναι και η διατύπωση της απορριπτικής απόφασης: «Από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά δεν προκύπτει ότι η επίδοσή του στις επιστημονικές εργασίες και έρευνες στο εξωτερικό, καθώς και η απήχηση που έχουν αυτές στους διεθνείς ερευνητικούς και επιστημονικούς κύκλους, είναι σε τέτοιο επίπεδο ώστε αυτός να χαρακτηριστεί ως διαπρέπων».

Ωστόσο, με σειρά αποφάσεών του (1366/81, 3294/90, 2274/91, 4276/95, 5373/95, 2848/96, 2881/97, 3231/99), το Συμβούλιο Επικρατείας έχει δεχθεί ότι οι αποφάσεις με τις οποίες απορρίπτεται αίτημα υπαγωγής στην κατηγορία του «διαπρέποντος επιστήμονος» δεν χρειάζονται ειδικότερη αιτιολογία, λόγω του εξαιρετικού χαρακτήρα της κρίσιμης διάταξης. Ειδική αιτιολογία χρειάζονται, πάντοτε κατά τη νομολογία, μόνον οι αποφάσεις με τις οποίες γίνεται δεκτό το αίτημα αυτό. Ενδεχόμενη μομφή ανισότητας παρακάμπτεται με το επιχείρημα ότι «απόκειται στη διακριτική ευχέρεια της Διοικήσεως τόσο η ικανοποίηση ή μη του σχετικού αιτήματος, όσο και η κρίση για τη συνδρομή των εξαιρετικών περιπτώσεων .... Ο προβαλλόμενος λόγος, ότι η απόφαση παρεβίασε την από το Σύνταγμα καθιερωμένη αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, δεδομένου ότι άλλοι στρατεύσιμοι, που έχουν λιγότερα προσόντα από τον αιτούντα, έχουν τύχει της προαναφερθείσης εξαιρέσεως, πρέπει ν' απορριφθή ως αβάσιμος, διότι κάθε συγκεκριμένη περίπτωση εξαιρέσεως κρίνεται από τη Διοίκηση αυτοτελώς» (ΣτΕ 2274/91). Ως αιτία για το ανέλεγκτο των άκρων ορίων αυτής της διακριτικής ευχέρειας, προβάλλεται ο εξαιρετικός χαρακτήρας του μέτρου: «Λόγω του όλως εξαιρετικού χαρακτήρος της διατάξεως ..., οι αποφάσεις με τις οποίες χορηγείται εξαίρεση πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένες .... Αντιθέτως, οι αποφάσεις με τις οποίες απορρίπτεται αίτημα για εξαίρεση δεν χρειάζονται ειδικότερη αιτιολογία» (ΣτΕ 2848/96).

Η ανωτέρω νομολογία, με την οποίαν η διοίκηση απελευθερώνεται όχι μόνον από την υποχρέωση αιτιολογίας, αλλ' ακόμη και από την υποχρέωση ίσης μεταχειρίσεως, υποχρεώνει το Συνήγορο του Πολίτη ν' απόσχει από κάθε περαιτέρω παρέμβαση προς τη διοίκηση με τη μορφή της υπόδειξης πράξεων εκδοθησομένων κατά δεσμία αρμοδιότητα (ειδικότερα, της υπόδειξης για ανάκληση, ως ανατιολόγητης, της απόφασης που αφορούσε τον κ. Β.), δεδομένου ότι κάθε τέτοια υπόδειξη θα ήταν εκ προοιμίου μάταιη. Για τον ίδιο λόγο, άλλωστε, ο Συνήγορος του Πολίτη δεν επιμένει στην αξίωσή του για χορήγηση συγκριτικών στοιχείων από τις κριθείσες περιπτώσεις, αφού η νομολογία έχει εκ προοιμίου θέσει εκποδών την αρχή της ισότητας στη συγκεκριμένη διαδικασία.

Η ανωτέρω περιγραφείσα κατάσταση θέτει, κατ' ουσίαν, εκτός κράτους δικαίου έναν χώρο εξαιρετικά ευαίσθητο, όπως είναι ο χώρος της στρατολογικής υποχρέωσης. Η διάταξη του άρθρου 7 παρ. 7 ν. 1763/88, έτσι όπως έχει ερμηνευθεί, παρέχει στη διοίκηση τη δυνατότητα να παρακάμπτει πλήρως και ανεξέλεγκτα την αρχή της στρατολογικής ισότητας, και αντιστοίχως παρέχει, στους θιγομένους από την αδιαφανή αυτή διαδικασία, τη δυνατότητα να πιστεύουν εσαεί ότι αδικήθηκαν λόγω ελλείψεως πολιτικής, κοινωνικής, οικονομικής, προσωπικής, οικογενειακής ή παντοειδούς «ισχύος». Ο Συνήγορος του Πολίτη, θεωρώντας πάντοτε τεκμαιρόμενη την ακεραιότητα και καλή πίστη της διοίκησης, δεν διανοείται καν να ενστερνισθεί πιθανολογήσεις παρομοίων διασυνδέσεων, πλην όμως, στην προκειμένη περίπτωση, υποχρεούται να επισημάνει ότι, δυστυχώς, η παρούσα κατάσταση ουδόλως συμβάλλει στην αποτροπή των πιθανολογήσεων αυτών. Ακόμη και αν γίνει δεκτό, ότι στην ελληνική έννομη τάξη χωρούν παροχές αποτελούσες εξαιρετικά προνόμια (χορηγούμενα κατ' ανέλεγκτη ευαρέσκεια) και όχι αγώγισμα δικαιώματα (αναγνωριζόμενα βάσει προβλέψιμων κριτηρίων), η ανάγκη διαφάνειας, ως ακρογωνιαίος λίθος της εμπιστοσύνης των πολιτών, παραμένει αδήριτη και στις περιπτώσεις αυτών των παροχών. Η κρατούσα πρακτική εφαρμογής του άρθρου 7 παρ. 7 ν. 1763/88 θα μπορούσε να θέσει εν κινδύνω την εμπιστοσύνη των πολιτών στην ακεραιότητα και αμεροληψία του όλου στρατολογικού μας συστήματος. Η πρακτική αυτή μπορεί να μεταβληθεί, είτε με την έκδοση υπουργικής εγκυκλίου που να καλεί την αρμόδια επιτροπή σε πλήρη αιτιολόγηση όλων των αποφάσεών της (κάτι που η νομολογία δεν απαιτεί, αλλ' ευτυχώς ούτε απαγορεύει!), είτε με τροποποίηση της διάταξης.

Πρόσφατα, το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας αξιοποίησε μιάν ακόμη ευκαιρία νομοθετικής πρωτοβουλίας στρατολογικού περιεχομένου, προϊόν της οποίας υπήρξε ο ν. 3036/2002. Ωστόσο, ο νόμος αυτός όχι μόνον δεν έθιξε την περιγραφείσα κατάσταση, αλλ' αντιθέτως την επεξέτεινε: Ενώ, μέχρι πρό τινος, η ευνοϊκή μεταχείριση των «διαπρέπόντων» περιοριζόταν στη δυνατότητα επέκτασης της χορηγούμενης αναβολής, ήδη η μεταχείριση αυτή επεκτείνεται και στη διάρκεια αυτής καθ' εαυτήν της εκπληρωθησομένης θητείας, δεδομένου ότι «όσοι, ανεξαρτήτως κλάσης, έλαβαν οποτεδήποτε αναβολή κατάταξης ως διαπρέποντες επιστήμονες» υπάγονται, πλέον, εξ αυτού του λόγου και μόνο, σε καθεστώς μειωμένης θητείας (άρθρο 4 παρ. 1-2 ν. 3036/2002). Έτσι, η (κατά τα ανωτέρω) αδιαφανώς χορηγούμενη ιδιότητα του «διαπρέποντος», πέραν της ανισότητας ως προς τη δυνατότητα περαιτέρω αναβολής, καθιδρύει ήδη καθεστώς ανισότητας ακόμη και σε σχέση με τη διάρκεια της θητείας, δηλαδή σε σχέση με τον ακρογωνιαίο λίθο και το απόλυτο μέτρο της (θεμελιώδους, κατά το Σύνταγμα) αρχής της στρατολογικής ισότητας.

Αν η αδιαφανής ανισότητα στην αναβολή στράτευσης μπορούσε να διασωθεί με την επίκληση δημοσίου συμφέροντος για απερίσπαστη ολοκλήρωση του έργου κάθε «διαπρέποντος επιστήμονος» αλλά και για άκρως περιορισμένη χρήση του συ-



γκεκριμένου προνομίου, τούτο δεν είναι δυνατό να καταλαμβάνει και τη διάρκεια της θητείας, επί της οποίας κάθε ανατιολογήτως και αδιαφανώς επιμεριζόμενη ανισότητα εκφεύγει των ορίων του συνταγματικώς ανεκτού. Εν όψει των ανωτέρω, ο Συνήγορος του Πολίτη ευελπιστεί ότι η τελευταία αυτή ρύθμιση του ν. 3036/2002, ακριβώς επειδή επιφυλάσσει στους «διαπρέποντες» μίαν εύνοια ακόμη μεγαλύτερη (και συνεπώς ακόμη περισσότερο ευαίσθητη, ως προς τη διαφάνεια και την αιτιολογία), θα παράσχει στο Υπουργείο Εθνικής Άμυνας την ευκαιρία ν' αναθεωρήσει (είτε αυτενεργούν, είτε καθοδηγούμενο από ενδεχόμενη νέα νομολογία) την ανωτέρω πρακτική του.

### **Σ 13.2, π.δ. 231/1989 άρθρο 1.3**

*Προστασία χώρων θρησκευτικής λατρείας*

Σκοπός της απαγόρευσης γειννίαςης κέντρων διασκεδάσεως με ιερούς ναούς, η εξειδίκευση του άρθρου 13 παρ. 2 του Συντάγματος. Υπαγωγή μουσουλμανικού τεμένους στην ειδική προστασία του άρθρου 1 παρ. 3 π.δ. 231/89. Ισχύς ισλαμικού ιερού δικαίου για τον προσδιορισμό των ορίων του προστατευομένου χώρου. Αυθεντική ερμηνεία ισλαμικού ιερού δικαίου από τον οικείο Μουφτή.

### **Πόρισμα 7897.01.2/2001**

*(Βοηθοί Συνήγοροι του Πολίτη: Γιώργος Καμίνης & Γιάννης Μιχαήλ, Χειριστές: Αιμιλία Λιάσκα, Μιχάλης Τσαπόγας)*

Η Μουφτεία Κομοτηνής και μεγάλος αριθμός κατοίκων της πρώην Κοινότητας Αράτου έχουν από μακρού χρόνου διαμαρτυρηθεί για την ύπαρξη και λειτουργία κέντρου διασκεδάσεως πλησίον του μουσουλμανικού Ιερού Τεμένους στην πρώην Κοινότητα Αράτου, και ειδικότερα, ότι αφ' ενός η εγγύτητα του εν λόγω κέντρου διασκεδάσεως προς το Ιερό Τέμενος προσβάλλει το ηθικό και θρησκευτικό συναίσθημα των πιστών και παραβιάζει την ισχύουσα νομοθεσία που απαγορεύει τη λειτουργία κέντρων διασκεδάσεως «σε απόσταση μικρότερη των 50 μέτρων κατ' ευθεία γραμμή μετρούμενη από ναούς, σχολεία, ...» (άρθρο 1 παρ. 3 π.δ. 231/89), και αφ' ετέρου οι συγκεκριμένες συνθήκες λειτουργίας (θόρυβος, φόβος εγκληματικότητας) του κέντρου διασκεδάσεως παρενοχλούν τη λειτουργία του Ιερού Τεμένους.

Ως προς το ζήτημα της εγγύτητας, με απόφαση της Επιτροπής του άρθρου 18 ν. 2218/94 Νομού Ροδόπης ακυρώθηκε προηγούμενη άρνηση της τότε Κοινότητας Αράτου να χορηγήσει (κατ' άρθρο 41 παρ. 1 περίπτ. ιθ' ν. 2218/94) άδεια λειτουργίας κέντρου διασκεδάσεως. Συμμορφούμενη στην ακύρωση της απορριπτικής της απόφασης, η τότε Κοινότητα Αράτου αναγκάστηκε να εκδώσει άδεια λειτουργίας. Η ακύρωση στηρίχθηκε στην υπ' αρ. 33758/26.9.93 εγκύκλιο Υπουργείου Εσωτε-

ρικών, σύμφωνα με την οποία, «η μέτρηση της απόστασης θα γίνεται μεταξύ των πλησιεστέρων εξωτερικών σημείων (κυρίων οικοδομών), ανεξάρτητα της ύπαρξης περιβάλλοντος». Πράγματι, όπως προκύπτει από διάγραμμα μηχανικού της ΤΥΔΚ συνημμένο στο Πρακτικό της Επιτροπής, η απόσταση μεταξύ Ιερού Τεμένους και κέντρου διασκεδάσεως ανέρχεται σε 67 μέτρα αν η μέτρηση αρχίσει από τον τοίχο της κυρίως οικοδομής του Ιερού Τεμένους, αλλά είναι κατά πολύ μικρότερη των 50 μέτρων αν η μέτρηση αρχίσει από τον εξωτερικό περίβολο αυτού. Συνεπώς, η νομιμότητα της άδειας εξαρτάται απολύτως από το σημείο έναρξης της μέτρησης.

Ωστόσο, όπως προκύπτει από την υπ' αρ. πρωτ. 43/96/Φ.10/7.10.96 γνωμάτευση του Μουφτή Κομοτηνής, «σύμφωνα με τις διατάξεις του Ισλαμικού Ιερού Δικαίου, ... τα Ιερά Τεμένη θεωρούνται ιεροί χώροι μαζί με όλο τον περίγυρο του τζαμιού, δηλαδή όλος ο ακάλυπτος χώρος, βοηθητικά κτίσματα εντός της αυλής, όπου τελούνται θρησκευτικές τελετές, γίνονται κατηχητικά μαθήματα και φροντιστήρια, κτίσματα όπου φυλάσσονται ιερά σκεύη κ.τ.λ., και ο ακάλυπτος χώρος της αυλής όπου υπάρχουν τάφοι». Η αυθεντική αυτή πληροφορία, μη επιδεχόμενη (ως εκ της πηγής της) αμφισβήτηση εκ μέρους της διοίκησης, υπάγει αυτομάτως ολόκληρο τον περίβολο του Ιερού Τεμένους στην ειδική προστασία του νόμου. Δεν υπάρχει, δηλαδή, πεδίο εφαρμογής της εγκυκλίου του Υπουργείου Εσωτερικών ως προς το σημείο από το οποίο αρχίζει η μέτρηση, διότι η εγκύκλιος εκείνη καταλαμβάνει μόνο τις περιπτώσεις, όπου ο περίβολος του προστατευόμενου κτιρίου δεν απολαύει αφ' εαυτού ειδική προστασία. Έτσι, κατά τις μετρήσεις που επικαλείται η Επιτροπή του άρθρου 18 ν. 2218/94, η κρίσιμη απόσταση φαίνεται να είναι κατά πολύ μικρότερη των 50 μέτρων.

Άλλωστε, η εν λόγω εγκύκλιος του Υπουργείου Εσωτερικών που αναφέρεται στο σημείο από το οποίο αρχίζει η μέτρηση, δεν θέτει δίκαιο, αλλ' απλώς το ερμηνεύει, κατά τρόπο που πάντοτε μπορεί να επιδεχθεί αντίθετη ερμηνευτική επιχειρηματολογία. Εν προκειμένω, ακόμη και αν γίνει γενικώς (δηλαδή προκειμένου περί σχολείων, νοσοκομείων και λοιπών προστατευόμενων κτιρίων πλην των ναών) δεκτή η ερμηνεία στην οποία προβαίνει η εγκύκλιος, ειδικώς προκειμένου περί ναών υπερισχύουν ερμηνευτικά κριτήρια συνταγματικού επιπέδου: Η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 3 π.δ. 231/89, στο μέτρο που προστατεύει τόσο τους ναούς (απέναντι σε χρήσεις απάδουσες στην ιερότητα του χώρου), όσο και τους πιστούς (απέναντι σε καταστάσεις που παρενοχλούν και διαταράσσουν την ησυχία των θρησκευτικών συναθροίσεων), εξειδικεύει τη διάταξη του άρθρου 13 παρ. 2 του Συντάγματος, που επιθυμεί «ακόλυτη» την άσκηση θρησκευτικής λατρείας. Αφ' ης στιγμής ο ανώτατος εν Ελλάδι λειτουργός της μουσουλμανικής θρησκείας, επικαλούμενος «Ισλαμικό Ιερό Δίκαιο», πιστοποιεί τον χαρακτήρα ορισμένου χώρου ως «ιερού» (δηλαδή ως απολαύοντος ειδική προστασία), η διοίκηση μπορεί ν' αγνοήσει την πιστοποίηση αυτή μόνον αν εκείνη ανταποδείξει, προσκομίζοντας τεκμήρια αναλόγου κύ-

ρους, ότι ο εν λόγω χώρος δεν είναι «ιερός». Η Επιτροπή του άρθρου 18 ν. 2218/94 δεν επικαλέστηκε κανένα τέτοιο στοιχείο.

Για τους ανωτέρω λόγους, ο Συνήγορος του Πολίτη καλεί τον Δήμο Φιλλύρας να διερευνήσει, το συντομότερο δυνατό, αν ισχύουν σήμερα άδειες ίδρυσης και λειτουργίας παρομοίων καταστημάτων (εκδοθείσες αρμοδίως από τον Δήμο Φιλλύρας ή την πρώην Κοινότητα Αράτου, κατ' άρθρο 41 παρ. 1 περίπτ. ιθ' ν. 2218/94) σε ακτίνα πενήντα μέτρων περίξ του Ιερού Τεμένους στην πρώην Κοινότητα Αράτου, σε περίπτωση δε που ισχύουν τέτοιες άδειες, να εξετάσει το ενδεχόμενο ανάκλησής τους, εφ' όσον κριθεί ότι δεν πληρούνται μία από τις προϋποθέσεις χορήγησής τους, κατά τα ανωτέρω.

#### **Σημείωση**

Επικαλούμενος το ανωτέρω έγγραφο, ο Δήμος Φιλλύρας ανέκαλεσε την άδεια λειτουργίας του επίμαχου κέντρου διασκέδασης.

**M.T.**