

ΔΙΑΛΟΓΟΣ ΜΕ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Α. ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

Επιμέλεια: Διονύσιος Φιλίππου

Επίκουρος Καθηγητής Νομικής ΔΠΘ

Σ 20.1 και 25.1, Κ.Φ.Δ. 171

Σύνταγματικότητα του αναλογικού παραβόλου για την άσκηση εφέσεως επί φορολογικών υποθέσεων

Η νομοθετική πρόβλεψη καταβολής αναλογικού παραβόλου για την άσκηση εφέσεως επί φορολογικών υποθέσεων είναι αντίθετη με το Σύνταγμα κατά το μέρος που δεν θεσπίζεται ένα ανώτατο όριο (οροφή) στο καταβλητέο ποσό, καθώς επίσης κατά το μέρος που δεν προβλέπεται δυνατότητα αποδόσεως αυτού όχι μόνο επί αποδοχής της εφέσεως, αλλά και κατόπιν δικαστικής κρίσεως περί του δικαιολογημένου της ασκήσεώς της, όταν απορρίπτεται (πλειοψηφ.).

ΟλομστΕ 647/2004*

(Σύνθεση: Χ. Γεραρής, Η. Παπαγεωργίου, Π. Φλώρος, Π. Χριστόφορος, Σ. Χαραλαμπίδης, Δ. Κωστόπουλος, Π.Ν. Φλώρος, Σ. Ρίζος, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Ν. Σκλιάς - εισηγητής, Α. Θεοφιλοπούλου, Ν. Σακελλαρίου, Α. Συγγούνα, Α. Γκότσης, Ε. Σαρπ, Ν. Μαρκουλάκης, Δ. Μαρινάκης, Σ. Χαραλάμπους, Π. Κοτσώνης, Γ. Παπαγεωργίου, Μ. Καραμανάφ, Ι. Μαντζουράνης, Α. Σακελλαροπούλου, Α. Χριστοφορίδου, Δ. Αλεξανδρής, Σύμβουλοι: Δ. Σκαλτούνης, Ε. Αντωνόπουλος, Πάρεδροι)

2. Επειδή, με την αίτηση αυτή ζητείται παραδεκτώς η αναίρεση της υπ' αριθμ. 781/1999 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς. Με την εν λόγω απόφαση απορρίφθηκε έφεση της αναιρεσεύουσας εταιρίας και έγινε δεκτή έφεση του Δημοσίου κατά της υπ' αριθμ. 1539/1998 αποφάσεως του Διοικητικού Πρωτοδικείου Πειραιώς, εξαφανίστηκε η τελευταία αυτή απόφαση, περαιτέρω δε απορρίφθηκε προσφυγή της αναιρεσεύουσας κατά της υπ' αριθμ. 267/1996 πράξεως του Προϊσταμένου της Δημόσιας Οικονομικής Υπηρεσίας Ε' Πειραιά, με την οποία είχε επιβληθεί πρόστιμο για παραβάσεις του Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα από 14.1.2003 αποδεικτικά επιδόσεως της Επιμελήτριας του Δικαστηρίου Ε.Κ., αντίγραφα της υπ' αριθμ. 2586/2000 προδικαστικής αποφάσεως του Β' Τμήματος και της από 30.12.2000 πράξεως του Προέ-

* Βλ. το σχόλιο κάτω από την απόφαση ΟλομστΕ 991/2004 στη σελ. 226.

δρου του Δικαστηρίου για τον ορισμό δικασίμου επιδόθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως στο δικηγόρο που παρέστη ως πληρεξούσιος της αναιρεσείουσας εταιρίας κατά τη συζήτηση της υποθέσεως ενώπιον του Τμήματος. Συνεπώς, νομίμως έγινε η συζήτηση της υποθέσεως παρά τη μη παράσταση της αναιρεσείουσας εταιρίας στο ακροατήριο.

4. Επειδή, η παρούσα αίτηση αναιρέσεως, νομίμως εισάγεται ενώπιον της Ολομελείας του Δικαστηρίου, μετά την 2586/2002 παραπεμπτική απόφαση του Β' Τμήματος, με την οποία παραπέμφθηκε σε αυτήν, λόγω σπουδαιότητας, το ζήτημα της συνταγματικότητας των περί παραβόλου εφέσεως διατάξεων του άρθρου 171 του Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας (π.δ. 331/1985 Α' 116) που όριζε ότι «1. Για να είναι παραδεκτή η έφεση εκείνου κατά του οποίου έχει εκδοθεί η πράξη, πρέπει να καταβληθεί από αυτόν, στο δημόσιο ταμείο ή στο Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, ως τη συζήτηση στο ακροατήριο, παράβολο ίσο προς δύο εκατοστά (2%) του ποσού του αμφισβητούμενου φόρου χωρίς τα πρόσθετα. 2. Αν ως την πρώτη συζήτηση στο ακροατήριο δεν καταβληθεί καθόλου παράβολο ή καταβληθεί ελλιπές, το δικαστήριο, ύστερα από αίτηση του διαδίκου που εμφανίστηκε σ' αυτήν και είναι υπόχρεος να το καταβάλει, χορηγεί σ' αυτόν προθεσμία έως πέντε (5) ημέρες για να καταβάλει ή να συμπληρώσει το παράβολο και να προσκομίσει το αποδεικτικό κατάθεσής του η προθεσμία αυτή αρχίζει από την επομένη της ημέρας κατά την οποία συζητήθηκε η υπόθεση. Αν η συζήτηση γίνει χωρίς να παρασταθεί ο υπόχρεος, το παράβολο μπορεί να καταβληθεί, και το αποδεικτικό κατάθεσής του να προσκομιστεί, μέσα σε προθεσμία πέντε (5) ημερών, που αρχίζει από την επομένη της ημέρας κατά την οποία συζητήθηκε η υπόθεση. Στην περίπτωση αυτή το παράβολο καταβάλλεται προσαυξημένο κατά πενήντα εκατοστά (50%). Αν μέσα στις παραπάνω προθεσμίες δεν καταβληθεί το παράβολο ή καταβληθεί ελλιπές ή χωρίς την οφειλόμενη προσαύξηση, η έφεση απορρίπτεται ως απαράδεκτη. 3. Αν αντικείμενο της δίκης είναι η επιβολή προστίμου για παράβαση του φορολογικού νόμου, το καταβλητέο παράβολο ορίζεται ίσο προς πέντε εκατοστά (5%) του ποσού του προστίμου που όρισε η εκκαλούμενη απόφαση. Το παράβολο σε κάθε άλλη περίπτωση είναι πεντακόσιες (500) δραχμές (μεταγενεστέρως με το άρθρο 4 παρ. 16 ν. 2479/1977 το παράβολο αυξήθηκε σε 3.000 δρχ.) εξαιρούνται οι εφέσεις κατά αποφάσεων μονομελούς δικαστηρίου, οι οποίες στην περίπτωση αυτή δεν υπόκεινται σε παράβολο. 5. Αν η έφεση απορριφθεί, το παράβολο που έχει κατατεθεί περιέρχεται στο δημόσιο. Αν γίνει δεκτή στο σύνολό της, αποδίδεται στον εκκαλούντα, και αν ακόμη το δικαστήριο δεν διέταξε την απόδοσή του. Αν γίνει εν μέρει δεκτή, αποδίδεται ένα μέρος του, που καθορίζεται κατά την κρίση του δικαστηρίου. 6. Από την αρμόδια φορολογική αρχή συντάσσεται σημείωμα για το ποσό του καταβλητέου παραβόλου και στέλνεται στη γραμματεία του δικαστηρίου στο οποίο εκκρεμεί η έφεση δεκαπέντε (15) τουλάχιστον ημέρες πριν από τη συζήτηση στο α-

κροατήριο ... Αν το παράβολο που έχει καταβληθεί με βάση το σημείωμα αυτό είναι ελλιπές, το δικαστήριο προχωρεί στην ουσιαστική κρίση της υπόθεσης και η διαφορά του παραβόλου, αν μεν η έφεση απορριφθεί, καταλογίζεται με την απόφαση του δικαστηρίου... ενώ, αν γίνει εν μέρει δεκτή, συμψηφίζεται με το μέρος του παραβόλου που αποδίδεται στο φορολογούμενο, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην παρ. 5 του άρθρου αυτού.

5. Επειδή, το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος ορίζει ότι «καθένας έχει δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια και μπορεί να αναπτύξει σ' αυτά τις απόψεις του για τα δικαιώματα ή συμφέροντά του όπως νόμος ορίζει». Η συνταγματική αυτή διάταξη που διασφαλίζει για όλα τα πρόσωπα το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, δεν αποκλείει στον κοινό νομοθέτη την ευχέρεια να θεσπίζει δικονομικές προϋποθέσεις για την άσκηση ένδικων μέσων και γενικότερα διατυπώσεις για την πρόοδο της δίκης. Οι προβλεπόμενες όμως δικονομικές προϋποθέσεις και διατυπώσεις πρέπει να συνάπτονται προς την λειτουργία των δικαστηρίων και την ανάγκη αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης και περαιτέρω να μη υπερβαίνουν τα όρια εκείνα πέρα από τα οποία επάγονται την άμεση ή έμμεση κατάλυση του προστατευομένου από την παραπάνω συνταγματική διάταξη ατομικού δικαιώματος (βλ. ΑΕΔ 33/1995, ΣτΕ 4575/1995 Ολ.).

6. Επειδή, η κατά τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ. υποχρέωση καταβολής παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της εφέσεως ιδιώτη διαδίκου, αποβλέπει στην αποτροπή της άσκησης απερίσκεπτων και αστήρικτων εφέσεων, χάριν της εύρυθμης λειτουργίας των δικαστηρίων και της ανάγκης αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, γι' αυτό και το παράβολο περιέρχεται στο Δημόσιο ή επιστρέφεται σε αυτόν που το κατέβαλε, ανάλογα με την έκβαση της δίκης.

Αν και κατά τη γνώμη επτά μελών του Δικαστηρίου που υποστήριξαν οι σύμβουλοι Π. Χριστόφορος, Δ. Κωστόπουλος, Π.Ν. Φλώρος, Ν. Σκλιάς, Αγγ. Θεοφιλόπουλου, Σταύρος Χαραλάμπους και Δ. Αλεξανδρής, η υποχρέωση καταβολής παραβόλου της εφέσεως ιδιώτη διαδίκου αποβλέπει και στη συμμετοχή του στα δικαστικά έξοδα, τα οποία προκαλούνται από την άσκηση εφέσεως κατά πρωτοδίκου αποφάσεως, για την οργάνωση και διεξαγωγή των σχετικών δικών.

7. Επειδή, η προβλεπόμενη από τις πιο πάνω διατάξεις υποχρέωση καταβολής αναλογικού ποσού παραβόλου, ανερχόμενου σε πέντε εκατοστά (5%) του ποσού του προστίμου που όρισε η εκκαλούμενη απόφαση σε δίκες με αντικείμενο την επιβολή χρηματικής κυρώσεως για παράβαση του φορολογικού νόμου δεν μπορεί να θεωρηθεί, κατ' αρχήν, ως αντικείμενη στο ατομικό δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας, που καθιερώνει το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, δεδομένου ότι η σχετική ρύθμιση είναι πρόσφορη για την επίτευξη του πιο πάνω σκοπού που συνάπτεται με την εύρυθμη λειτουργία της δικαιοσύνης, την αποτροπή δηλαδή της ασκήσεως προπετών ένδικων μέσων. Η επίτευξη του σκοπού αυτού προϋποθέτει τον κα-

θορισμό του παραβόλου σε τέτοιο ύψος, ώστε η σχετική οικονομική επιβάρυνση να είναι ανάλογη με το οικονομικό αντικείμενο της υποθέσεως, προκειμένου να λειτουργεί πράγματι αποτρεπτικά ως προς την άσκηση της εφέσεως, η οποία δεν θα έχει πιθανότητα ευδοκιμήσεως. Ωστόσο, δεδομένου ότι στο νόμο δεν καθορίζεται ένα ανώτατο όριο (οροφή) παραβόλου, σε υποθέσεις με μεγάλο χρηματικό αντικείμενο, η σχετική οικονομική επιβάρυνση μπορεί να ανέλθει σε ιδιαίτερος υψηλό ποσό. Στην περίπτωση αυτή, όταν δηλ. το ύψος του παραβόλου υπερβαίνει ένα ανώτατο όριο (οροφή), το οποίο θα έπρεπε να καθορίζεται από το νομοθέτη, βάσει των εκάστοτε κρατουσών οικονομικών συνθηκών, ο περιορισμός του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, τον οποίο συνεπάγεται η θέσπιση υποχρεώσεως καταβολής παραβόλου για την άσκηση εφέσεως, καθίσταται δυσανάλογος σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου, μάλιστα, ότι προβλέπεται η απόδοση του παραβόλου μόνο σε περίπτωση αποδοχής της εφέσεως, και όχι σε κάθε περίπτωση κατά την οποία, σύμφωνα με σχετική δικαστική κρίση, η ασκηθείσα έφεση δεν υπήρξε προδήλως απερίσκεπτη ή αστήρικτη. Εξάλλου, η δυνατότητα απαλλαγής του διαδίκου από τη σχετική υποχρέωση, σε περίπτωση αδυναμίας καταβολής του παραβόλου, λόγω ένδειας, δεν αρκεί προκειμένου να θεωρηθεί ότι πληρούνται οι εγγυήσεις για την παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, δεδομένου ότι με την επίμαχη ρύθμιση θίγονται τα δικαιώματα του μη ενδεούς διαδίκου, ο οποίος υφίσταται μία δυσανάλογη οικονομική επιβάρυνση, προκειμένου η έφεσή του να κριθεί παραδεκτή. Η ως άνω ρύθμιση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι είναι σύμφωνη με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, δεδομένου ότι η δυνατότητα ασκήσεως εφέσεως συναρτάται με την οικονομική κατάσταση του εκκαλούντος. Και ναι μεν ο δεύτερος βαθμός δικαιοδοσίας δεν κατοχυρώνεται συνταγματικά σε περίπτωση όμως που προβλέπεται νομοθετικά η δυνατότητα άσκησης εφέσεως, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού για την άσκησή της, δεν πρέπει να είναι δυσαναλόγως αυστηρές σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό. Ενόψει των ανωτέρω, η νομοθετική πρόβλεψη καταβολής αναλογικού παραβόλου για την άσκηση εφέσεως επί φορολογικών υποθέσεων, είναι αντίθετη με το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, κατά το μέρος που οι ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ. δεν θεσπίζουν ένα ανώτατο όριο (οροφή) στο ποσό του καταβλητέου παραβόλου, καθώς επίσης κατά το μέρος που οι διατάξεις αυτές δεν προβλέπουν τη δυνατότητα αποδόσεως του ως άνω καταβληθέντος ποσού όχι μόνο επί αποδοχής της εφέσεως, αλλά και κατόπιν δικαστικής κρίσεως περί του δικαιολογημένου της ασκήσεως αυτής.

Αν και κατά την γνώμη τεσσάρων μελών του Δικαστηρίου, ήτοι των συμβούλων Π.Ζ. Φλώρου, Δ. Κωστόπουλου, Π.Ν. Φλώρου και Αικ. Χριστοφορίδου, οι διατάξεις του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ. αντίκεινται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος μόνον κατά το μέρος που δεν καθορίζουν ένα ανώτατο όριο (οροφή) ως προς το ύψος του θεσπιζομένου αναλογικού παραβόλου, όχι όμως και κατά το μέρος που

δεν προβλέπουν τη δυνατότητα απόδοσης του παραβόλου κατόπιν δικαστικής κρίσεως περί του δικαιολογημένου ασκήσεως της εφέσεως.

8. Επειδή, εξάλλου, δεν τίθεται θέμα άνισης μεταχείρισης του ιδιώτη διαδίκου έναντι του Δημοσίου, ως εκ της υποχρέωσης του πρώτου μόνον σε καταβολή παραβόλου κατά παράβαση του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντάγματος, που κατοχυρώνει και τη δικονομική ισότητα του διαδίκου, διότι η ιδιομορφία της διοικητικής δίκης συνίσταται εις τούτο ακριβώς, ότι δηλαδή κινείται μεν με πρωτοβουλία του ιδιώτη, στρέφεται όμως κατά διοικητικής πράξεως η οποία είναι εξοπλισμένη με το τεκμήριο νομιμότητας. Εφόσον, λοιπόν, οι διάδικοι δεν βρίσκονται στην ίδια ακριβώς δικονομική θέση, είναι δικαιολογημένη η επιβάρυνση του διαδίκου εκείνου, ο οποίος θέτει υπό αμφισβήτηση την κατ' αρχήν υφιστάμενη νομιμότητα.

Κατά τη γνώμη όμως επτά μελών του Δικαστηρίου που υποστήριξαν οι σύμβουλοι Π. Χριστόφορος, Σ. Χαραλαμπίδης, Σ. Ρίζος, Ειρ. Σαρπ, Π. Κοτσώνης, Γ. Παπαγεωργίου και Αικ. Σακελλαροπούλου, η πιο πάνω διάταξη του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ., που προβλέπει την υποχρέωση καταβολής παραβόλου εφέσεως μόνο όταν αυτή ασκείται από ιδιώτη διάδικο και όχι και από το Δημόσιο, εισάγει αδικαιολόγητο προνόμιο υπέρ του Δημοσίου έναντι των ιδιωτών διαδίκων και η διαφορετική αυτή από μέρους του νομοθέτη μεταχείριση του Δημοσίου ως διαδίκου, όσον αφορά την υποχρέωση καταβολής παραβόλου επί ασκήσεως εφέσεως, αντίκειται στη συνταγματική αρχή της δικονομικής ισότητας και είναι ανίσχυρη.

9. Επειδή, *κατά τη γνώμη τριών μελών του Δικαστηρίου που υποστήριξαν οι σύμβουλοι Π. Κοτσώνης, Γ. Παπαγεωργίου και Αικ. Σακελλαροπούλου, οι πιο πάνω διατάξεις του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ., κατά το μέρος που εξαρτούν το παραδεκτό της εφέσεως από την προηγούμενη καταβολή του οριζομένου παραβόλου, είναι αντισυνταγματικές, πέρα από τα όσα ανωτέρω εξετάθηκαν, για τους ακόλουθους λόγους: Η θέσπιση του παραβόλου, με το άρθρο 171 του Κ.Φ.Δ., ως προϋποθέσεως παραδεκτού της εφέσεως, δεν επιτρέπει, αν ο εκκαλών δεν προκαταβάλει το νόμιμο παράβολο, την κρίση από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο, κατ' εκτίμηση των συνθηκών της συγκεκριμένης περιπτώσεως (κατά την οποία μάλιστα λαμβάνεται ιδιαίτερος υπόψη η οικονομική δυνατότητα του εκκαλούντος), του κατά πόσον το ύψος του συγκεκριμένου παραβόλου, το οποίο δεν έχει προκαταβληθεί, συνιστά δυσανάλογο περιορισμό του κατοχυρωμένου από τα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6. παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α. δικαιώματος προσβάσεως στο δικαστήριο. Για τον λόγο αυτό, το επίμαχο παράβολο δεν μπορεί να εμποδίσει, αν δεν έχει προκαταβληθεί, την περαιτέρω εξέταση της εφέσεως, αλλά θα έπρεπε να καταλογίζεται στον εκκαλούντα από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο, με την απορριπτική απόφασή του επί της ουσίας της υποθέσεως, αφού μόνο στην περίπτωση αυτή είναι νοητή ειδική κρίση επί όλων των παραμέτρων που δικαιολογούν ή μη την, εν όλω ή εν μέρει, επιβολή του. Εξάλλου, ενόψει του ότι, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 171 του*

Κ.Φ.Δ., το παράβολο καταπίπτει υπέρ του Δημοσίου εκ μόνου του λόγου της απορρίψεως της εφέσεως, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η θέσπισή του ως προϋποθέσεως παραδεκτού της εφέσεως εξυπηρετεί τον, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, θεμιτό σκοπό, στον οποίον αποβλέπει (την αποφυγή δηλ. ασκήσεως «όλως απερίσκεπτων και αστηρίκτων» ενδίκων μέσων κατά αποφάσεων επί διαφορών, για τις οποίες έχει ήδη εξενεχθεί δικαστική κρίση σε πρώτο βαθμό), αφού η κατάπτωσή του, σε περίπτωση μη προκαταβολής του, διατάσσεται ασυνδέτως προς σχετική κρίση του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου. Συνεπώς, η ανωτέρω διάταξη του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ., αντίκειται, και για τον λόγο αυτό, στις εν λόγω διατάξεις του Συντάγματος και της Ε.Σ.Δ.Α. (πρβλ. Ε.Δ.Δ.Α., υπόθεση Kreuz c. Pologne, απόφαση της 19.6.2001. Carcia Manibardo c. Espagne, απόφαση της 15.2.2000 κ.α.).

10. Επειδή, κατά τη γνώμη που υποστηρίχθηκε από δύο μέλη του Δικαστηρίου, ήτοι τους Συμβούλους Δ. Μαρινάκη και Ι. Μαντζουράνη, οι διατάξεις του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ. είναι εξ ολοκλήρου σύμφωνες με το Σύνταγμα. Ειδικότερα, κατά τη μειοψηφία αυτή γνώμη, η υποχρέωση καταβολής παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού της εφέσεως ιδιώτη διαδίκου, αποβλέπει στην αποτροπή της ασκήσεως απερίσκεπτων και αστήρικτων εφέσεων, χάριν της εύρυθμης λειτουργίας της δικαιοσύνης και για το λόγο αυτό η πρόβλεψη, καθ' εαυτήν, της εν λόγω υποχρέωσης και μάλιστα επί διαφορών για τις οποίες έχει ήδη εξενεχθεί δικαστική κρίση σε πρώτο βαθμό, δεν αντίκειται στις αυξημένης τυπικής ισχύος διατάξεις με τις οποίες κατοχυρώνεται το ατομικό δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας διότι, από τις διατάξεις αυτές δεν αποκλείεται στον κοινό νομοθέτη να υπάγει την άσκηση του εν λόγω ατομικού δικαιώματος σε περιορισμούς που συνάπτονται με την ορθή λειτουργία της δικαιοσύνης και δεν αναιρούν την ουσία του δικαιώματος. Προκειμένου δε, για διαφορές περί την επιβολή προστίμων για παραβάσεις φορολογικών νόμων, ο κατά το ως άνω άρθρο 171 του Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας καθορισμός του ύψους του παραβόλου της εφέσεως σε μικρό ποσοστό (5%) του επίδικου προστίμου, δεν αναιρεί την ουσία του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας, δεδομένου και του ότι, σε περίπτωση αδυναμίας καταβολής του παραβόλου αυτού, επιβάλλεται ευθέως από τις ανωτέρω διατάξεις του Συντάγματος η απαλλαγή του διαδίκου από τη σχετική υποχρέωση. Εξάλλου, η κατά τ' ανωτέρω υποχρέωση καταβολής παραβόλου εφέσεως, εκ του ότι προβλέπεται μόνο για τον ιδιώτη διάδικο και όχι και για το Δημόσιο, δεν αντίκειται στην καθιερούμενη από το άρθρο 4 του Συντάγματος αρχή της δικονομικής ισότητας των διαδίκων. Και τούτο, διότι η σχετική διάκριση εμφανίζεται δικαιολογημένη από το γεγονός ότι η αποτροπή της ασκήσεως απερίσκεπτων εφέσεων, στην οποία, κατά τα προεκτεθέντα, αποβλέπει η καταβολή του παραβόλου από τους ιδιώτες διαδίκους, προκειμένου περί του Δημοσίου, ενυπάρχει, ως μέριμνα, στην επιδίωξη του δημοσίου συμφέροντος, που αποτελεί το σκοπό του, και υπηρετείται, ως εκ τούτου, από τις διαδικασίες ε-

λέγχου των οργάνων του, όπως η κατά το άρθρο 29 παρ. 3 του ν.δ. 4242/1962 (Α' 135) από κοινού απόφαση της αρμόδιας φορολογικής αρχής και του εποπτεύοντος αυτήν επιθεωρητή περί ασκήσεως ή μη εφέσεως κατ' αποφάσεως πρωτοβαθμίου δικαστηρίου.

11. Επειδή εν προκειμένω, με την αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, με την οποίαν απορρίφθηκε η έφεση της αναιρεσεύουσας, αφ' ενός μεν διατάχθηκε η περιέλευση στο Δημόσιο του καταβληθέντος από αυτήν ποσού παραβόλου εφέσεως (10.000 δρχ.), αφ' ετέρου δε καταλογίσθηκε εις βάρος της το υπόλοιπο κατά το νόμο ποσό παραβόλου (4.053.000 δρχ.) που δεν είχε καταβάλει. Ήδη, η αναιρεσεύουσα, με το κατά τ' ανωτέρω δικόγραφο των προσθέτων λόγων, προβάλλει ότι η περί παραβόλου εφέσεως διάταξη του άρθρου 171 του Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας είναι ανίσχυρη ως αντίθετη στα άρθρα 20 παρ. 1 του Συντάγματος καθώς και στην αρχή της ισότητας των διαδίκων, και ότι, συνεπώς, παρανόμως διατάχθηκε η περιέλευση του κατατεθέντος παραβόλου στο Δημόσιο και της καταλογίσθηκε το επιπλέον πιο πάνω ποσό.

12. Επειδή, ο παραπάνω λόγος αναιρέσεως κατά το μέρος που αναφέρεται στην αντισυνταγματικότητα του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ., λόγω παραβάσεως του άρθρου 20 παρ. 1 του Συντάγματος είναι κατά τα προαναφερθέντα, βάσιμος και για το λόγο αυτό, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αναιρετέα, κατά το μέρος αυτό που ζητείται η ανáιρεση, δηλαδή κατά το μέρος που διατάσσει την περιέλευση του καταβληθέντος παραβόλου των 10.000 δρχ. στο Ελληνικό Δημόσιο και περαιτέρω, καταλογίζει παράβολο 4.053.000 δρχ. λόγω ελλιπούς καταβολής του ποσού του παραβόλου που προσδιόρισε η φορολογική αρχή με το συνταχθέν από αυτήν σημείωμα, κατά την παράγραφο 6 του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ., απορριπτέου ως αβασίμου, εν πάση περιπτώσει, του άλλου λόγου αναιρέσεως περί αντισυνταγματικότητας της ίδιας διάταξης του άρθρου 171 του Κ.Φ.Δ., ως αντικείμενης στην αρχή της δικονομικής ισοσύτητας των διαδίκων που απορρέει από το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος.

13. Επειδή, όλοι οι λοιποί λόγοι αναιρέσεως που προβάλλονται με την κρινόμενη αίτηση απορρίφθηκαν με οριστικές διατάξεις της παραπεμπτικής απόφασης.

Δια ταύτα

Δέχεται εν μέρει την κρινόμενη αίτηση.

Αναιρεί εν μέρει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το αιτιολογικό.

Διατάσσει την απόδοση του παραβόλου...

Σ 20.1 και 25.1, ΤελωνΚωδ 89.2 και 97.3

Αρχή της αναλογικότητας και νομοθετική πρόβλεψη επιβολής πολλαπλού τέλους ως κύρωση τελωνειακής παραβάσεως

Νομοθετική διάταξη που επιτρέπει επιμέτρηση της κυρώσεως για τελωνειακή

παράβαση ανάλογα με τη βαρύτητά της και το βαθμό υποτροπής του παραβάτη, εξικνούμενη σε πολλαπλάσιο (διπλάσιο ως δεκαπλάσιο) των διαφυγόντων δασμών ή φόρων, δεν αντίκειται στη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας διότι ούτε θεσπίζει ακατάλληλο μέτρο ούτε υπερακοντίζει το σκοπό του νόμου που αποβλέπει, πέραν της ικανοποίησης του Δημοσίου (με την είσπραξη των διαφυγόντων δασμών και φόρων), στην τιμωρία του παραβάτη και στην αποτροπή διάπραξης στο μέλλον παρομοίων παραβάσεων (πλειοψηφ.).

ΟλομστΕ 990/2004*

(Σύνθεση: Χ. Γεραράς, Π. Παραράς, Π. Φλώρος, Ι. Μαρή, Γ. Παναγιωτόπουλος, Ν. Ντούβας - εισηγητής, Σ. Καραλής, Δ. Κωστόπουλος, Ε. Γαλανού, Π.Ν. Φλώρος, Φ. Αρναούτογλου, Π. Πικραμένος, Α. Θεοφιλοπούλου, Θ. Παπαευαγγέλου, Δ. Πετρούλιας, Ν. Ρόζος, Α. Γκότσης, Α. Ράντος, Ε. Δανδουλάκη, Χ. Ράμμος, Ν. Μαρκουλάκης, Δ. Μαρινάκης, Π. Κοτσώνης, Ι. Μαντζουράνης, Α. Σακελλαροπούλου, Σύμβουλοι: Γ. Τσιμέκας, Α. Σταθάκης, Πάρεδροι)

3. Επειδή, με τον ν. 2127/1993 «Εναρμόνιση προς το κοινοτικό δίκαιο του φορολογικού καθεστώτος των πετρελαιοειδών προϊόντων, αλκοόλης και αλκοολούχων ποτών και βιομηχανοποιημένων καπνών και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α' 48) ορίστηκαν τα ακόλουθα: Στο άρθρο 1 ότι «Επιβάλλεται ειδικός φόρος κατανάλωσης στα πετρελαιοειδή προϊόντα, ... και καθορίζονται τα περί παραγωγής, μεταποίησης, κατοχής, κυκλοφορίας και ελέγχου των προϊόντων αυτών, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος νόμου». Στο άρθρο 2 ότι «1. Στον ειδικό φόρο κατανάλωσης υπάγονται τα προϊόντα του άρθρου 1, τα οποία παράγονται στο εσωτερικό της χώρας, προέρχονται από άλλα κράτη - μέλη ή εισάγονται στο εσωτερικό της χώρας. 2. Ως εισαγωγή νοείται η είσοδος των προϊόντων αυτών από τρίτες χώρες στο εσωτερικό της χώρας. Εάν όμως τα προϊόντα έχουν τεθεί υπό τελωνειακό καθεστώς κατά την είσοδό τους στο εσωτερικό της χώρας, η εισαγωγή τους λογίζεται ότι γίνεται τη στιγμή που εξέρχονται από αυτό το καθεστώς. Με την επιφύλαξη των εθνικών και κοινοτικών διατάξεων, όσον αφορά τα τελωνειακά καθεστώτα, όταν τα προϊόντα που υπόκεινται σε ειδικό φόρο κατανάλωσης και προέρχονται ή προορίζονται για τρίτη χώρα... βρίσκονται: α) υπό κοινοτικό τελωνειακό καθεστώς διαφορετικό από τη θέση σε ελεύθερη κυκλοφορία ή β) έχουν τοποθετηθεί σε ελεύθερη ζώνη ή σε ελεύθερη αποθήκη... θεωρείται ότι βρίσκονται υπό καθεστώς αναστολής της επιβολής των ειδικών φόρων κατανάλωσης... Επί των εισαγομένων και εξαγομένων προϊόντων του άρθρου 1 εφαρμόζονται οι διατάξεις της τελωνειακής και συναφούς νομοθεσίας». Στο άρθρο 3 ότι «Για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος νόμου νοούνται ως: α) καθεστώς αναστολής: το φορολογικό καθεστώς που εφαρμόζεται

* Βλ. το σχόλιο κάτω από την απόφαση ΟλομστΕ 991/2004 στη σελ. 226.

στην παραγωγή, μεταποίηση, κατοχή και κυκλοφορία των προϊόντων που τελούν υπό αναστολή καταβολής του ειδικού φόρου κατανάλωσης, β) φορολογική αποθήκη: κάθε τόπος όπου παράγονται, μεταποιούνται, κατέχονται, παραλαμβάνονται ή αποστέλλονται από τον εγκεκριμένο αποθηκευτή κατά την άσκηση του επιτηδεύματός του προϊόντα που υπόκεινται σε ειδικό φόρο κατανάλωσης και τελούν υπό καθεστώς αναστολής, γ) εγκεκριμένος αποθηκευτής: το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που έχει λάβει άδεια από τις αρμόδιες αρχές να παράγει, να μεταποιεί, να κατέχει, να παραλαμβάνει και να αποστέλλει κατά την άσκηση του επιτηδεύματός του προϊόντα που υπόκεινται σε ειδικό φόρο κατανάλωσης και βρίσκονται σε φορολογική αποθήκη υπό καθεστώς αναστολής». Στο άρθρο 4 ότι: «1. Ο ειδικός φόρος κατανάλωσης καθίσταται απαιτητός κατά τη θέση των προϊόντων σε ανάλωση... θεωρείται ως θέση σε ανάλωση των προϊόντων που υπόκεινται σε ειδικό φόρο κατανάλωσης: α) κάθε έξοδος, ακόμα και αντικανονική, από καθεστώς αναστολής...». Στο άρθρο 11 παρ. 3 ότι: «Για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος ο εγκεκριμένος αποθηκευτής: α) υποχρεούται: να τηρεί λογιστικά βιβλία των αποθεμάτων ή κινήσεων των προϊόντων ανά αποθήκη... β) επέχει ευθύνη έναντι του Δημοσίου για τους φόρους που αναλογούν στα προϊόντα». Στο άρθρο 61 παρ. 3 ότι: «Με την επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 67 η ευθύνη του εγκεκριμένου αποθηκευτή, ο οποίος πραγματοποίησε την αποστολή και ενδεχομένως του μεταφορέα, λήγει μόνο με την απόδειξη της παραλαβής των προϊόντων από τον παραλήπτη, που γίνεται με την προσκόμιση του θεωρημένου αντιτύπου του συνοδευτικού εγγράφου που προβλέπεται από τα άρθρα 64 και επόμενα». Στο άρθρο 65 ότι: «1. Το καθεστώς αναστολής του εδαφίου α' του άρθρου 3 λήγει με τη θέση των προϊόντων που υπάγονται σε ειδικό φόρο κατανάλωσης σε τελωνειακό καθεστώς της παραγράφου 2 του άρθρου 2 ... 2. Επίσης, το καθεστώς αναστολής λήγει όταν τα προϊόντα εξάγονται. Για την απόδειξη της πραγματοποίησης της εξαγωγής προσκομίζεται πιστοποιητικό που χορηγεί το τελωνείο εξόδου των προϊόντων από το κοινοτικό έδαφος. Το τελωνείο αυτό αποστέλλει στον αποστολέα επικυρωμένο το επιστρεπτέο αντίτυπο του συνοδευτικού εγγράφου που προορίζεται γι' αυτόν. 3. Σε περίπτωση μη τακτοποίησης του καθεστώτος αναστολής ο αποστολέας υποχρεούται εντός προθεσμίας ενός μηνός από την ημερομηνία αποστολής των προϊόντων να ενημερώσει σχετικά τις αρμόδιες αρχές του εσωτερικού της χώρας. Η προθεσμία αυτή μπορεί να παραταθεί επί δίμηνο, εφόσον υπάρχει δικαιολογητικός λόγος». Και, τέλος, στο άρθρο 67 ότι: «4. Με την επιφύλαξη των διατάξεων της επόμενης παραγράφου, η μη τήρηση των διατυπώσεων του παρόντος νόμου χαρακτηρίζεται ως απλή τελωνειακή παράβαση κατά τα προβλεπόμενα από τα άρθρα 89 και επόμενα του Τελωνειακού Κώδικα και επισύρει πρόστιμο μέχρι πέντε εκατομμύρια (5.000.000) δρχ. για κάθε παράβαση, δυνάμενο να αναπροσαρμόζεται με προεδρικά διατάγματα, που εκδίδονται με πρόταση του Υπουργού Οικονομικών. 5. Η με οποιονδήποτε τρόπο διαφυγή ή απόπει-

ρα διαφυγής της καταβολής των οφειλομένων φόρων και λοιπών επιβαρύνσεων, καθώς και η μη τήρηση των διατυπώσεων που προβλέπονται από το νόμο με σκοπό τη μη καταβολή των ως άνω φόρων και λοιπών επιβαρύνσεων, χαρακτηρίζονται ως λαθρεμπορία κατά τις διατάξεις των άρθρων 89 και επόμενα του ν. 1165/1918 περί Τελωνειακού Κώδικα και επισύρουν το υπό αυτών προβλεπόμενο πολλαπλούν τέλος και αν ακόμη κριθεί αρμοδίως ότι δεν συντρέχουν τα στοιχεία αξιοποίνου λαθρεμπορίας».

4. Επειδή, εξ άλλου, κατά τη διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 89 του Τελωνειακού Κώδικα (ν. 1165/1918, ΦΕΚ Α' 73), που προστέθηκε με το άρθρο 3 του α.ν. 1514/1950 (ΦΕΚ Α' 240) ο οποίος κυρώθηκε με τον ν. 1591/1950 (ΦΕΚ Α' 295), «Ως τελωνειακά παραβάσεις χαρακτηρίζονται... η καθ' οιονδήποτε των εν άρθρω 100 του παρόντος μνημονευόμενων τρόπων διαφυγή ή απόπειρα διαφυγής της πληρωμής των ανηκόντων τω Δημοσίω τελών και δικαιωμάτων, ως και η μη τήρησις των εν τω αυτώ άρθρω 100 καθοριζομένων λοιπών διατυπώσεων, επισύρουσι δε κατά των υπευθύνων πολλαπλούν τέλος, συμφώνως προς τας διατάξεις του παρόντος νόμου, και αν έτι ήθελε κριθή αρμοδίως ότι δεν συντρέχουσι τα στοιχεία αξιοποίνου λαθρεμπορίας», στην παρ. 1 του άρθρου 100 του ίδιου Κώδικα, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του α.ν. 2081/1939 (ΦΕΚ Α' 495), ορίζεται ότι «Λαθρεμπορία είναι: α) η εντός των συνόρων του Κράτους εισαγωγή ή εξ αυτών εξαγωγή εμπορευμάτων, υποκειμένων είτε εις εισαγωγικόν δασμόν, είτε εις εισπραττόμενον εν τοις Τελωνείοις τέλος, φόρον ή δικαίωμα, άνευ γραπτής αδειάς της αρμοδίας τελωνειακής αρχής ή εν άλλω παρά τον ωρισμένον παρ' αυτής τόπω ή χρόνω και β) πάσα οιαδήποτε ενέργεια, σκοπούσα να στερήση το Δημόσιον των υπ' αυτού εισπρακτέων δασμών, τελών, φόρων και δικαιωμάτων επί των εισαγομένων εκ της αλλοδαπής ή εξαγομένων εμπορευμάτων, και αν έτι ταύτα εισεπράχθησαν κατά χρόνον και τρόπον έτερον ή τον υπό του νόμου οριζόμενον», και στη διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 97 του αυτού Κώδικα, που προστέθηκε με το άρθρο 4 του α.ν. 1514/1950, όπως ίσχυε μετά την τροποποίησή της με το άρθρο 23 του ν. 495/1976 (ΦΕΚ Α' 337) ορίζεται ότι: «Κατά των οπωσδήποτε συμμετασχόντων της κατά την παρ. 2 του άρθρου 89 του παρόντος τελωνειακής παραβάσεως και αναλόγως του βαθμού της συμμετοχής εκάστου ασχέτως της ποινικής διώξεως αυτών επιβάλλεται κατά τας διατάξεις των άρθρων 100 και επομ. του παρόντος ιδιαιτέρως εις έκαστον και αλληλεγγύως πολλαπλούν τέλος από του διπλού μέχρι του δεκαπλού των βαρυνόντων το αντικείμενο ταύτης δασμών, φόρων, τελών και δικαιωμάτων εν συνόλω, δια πάντας τους συνυπαίτιους». Τέλος στην παρ. 5 του ίδιου άρθρου 97: «Ο παραλαμβάνων Προϊστάμενος του αρμοδίου Τελωνείου, μετά την ενέργειαν διοικητικής ανακρίσεως... συντάσσει και εκδίδει, το δυνατόν ταχύτερον, ητιολογημένην πράξιν, δια της οποίας κατά περίπτωσιν ή απαλλάσσει ή προσδιορίζει τους κατά τας διατάξεις του νόμου τούτου υπαιτίους, τον βαθμόν της ευθύνης εκάστου, τους ανήκοντας

ή διαφυγόντας δασμούς και λοιπούς φόρους τους βαρύνοντας το αντικείμενο της λαθρεμπορίας και καταλογίζει το κατά τας διατάξεις του παρόντος άρθρου πολλαπλούν τέλος, εφ' όσον δε συντρέχει περίπτωσης και τους διαφυγόντας δασμούς και λοιπούς φόρους. Η πληρωμή του πολλαπλού τέλους δεν απαλλάσσει από την υποχρέωσιν της πληρωμής των ανηκόντων δασμών και λοιπών φόρων, εξαιρέσει της περιπτώσεως καθ' ην κατάσχεται και δημεύεται το αντικείμενο της λαθρεμπορίας».

5. Επειδή, από τις πιο πάνω διατάξεις συνάγεται ότι, η αντικειμενική υπόσταση της τελωνειακής παραβάσεως της λαθρεμπορίας στοιχειοθετείται, όταν, κατά την εισαγωγή ειδών από την αλλοδαπή ή την εξαγωγή τους από τη Χώρα ή την κατ' άλλον τρόπο θέση στην κατανάλωση ειδών βαρυνομένων με δασμούς, τέλη και λοιπά δικαιώματα, το Δημόσιο απολέσει, συνεπεία διαφυγής της καταβολής, τους οφειλομένους κατά νόμο δασμούς, τέλη και φόρους ή, στην περίπτωση απόπειρας διαφυγής, όταν η απόπειρα θα οδηγούσε στο ίδιο αποτέλεσμα, αν τελεσφορούσε. Για την επιβολή της προβλεπόμενης από τις πιο πάνω διατάξεις των άρθρων 89 παρ. 2 και 97 παρ. 3 του Τελωνειακού Κώδικος κυρώσεως, δηλαδή του πολλαπλού τέλους, απαιτείται, κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, η τέλεση με δόλο των πράξεων ή παραλείψεων που συνιστούν την τελωνειακή παράβαση, δηλαδή απαιτείται η γνώση του τελούντος τελωνειακή παράβαση ή του συμμετέχοντος σε αυτή ότι με τις εν λόγω ενέργειες ή παραλείψεις του και την εν γένει συμπεριφορά του το Δημόσιο θα αποστερηθεί από τους ανήκοντες εις αυτό δασμούς και λοιπές δημοσιονομικές επιβαρύνσεις, χωρίς να είναι αναγκαίο να σκοπείται από το δράστη ή συνεργό της τελωνειακής παραβάσεως βλάβη της περιουσίας του Δημοσίου. Η κατά τα ανωτέρω τέλεση των πράξεων ή παραλείψεων και εν γένει ενεργειών πρέπει να διαπιστώνεται αιτιολογημένα από την τελωνειακή αρχή που επιβάλλει το πολλαπλούν τέλος και, σε περίπτωση αμφισβητήσεως από τα διοικητικά δικαστήρια. Ωστόσο δεν απαιτείται να διατυπώνεται κατά τρόπο ειδικό η κρίση του διοικητικού δικαστηρίου περί της συνδρομής του στοιχείου του δόλου, εφόσον εκ των περιστατικών και λοιπών στοιχείων που συντρέχουν στη συγκεκριμένη περίπτωση, προκύπτει κατά τρόπο ανεπίδεκτο εύλογης αμφισβητήσεως ότι συντρέχει και το υποκειμενικό τούτο στοιχείο της τελωνειακής παραβάσεως της λαθρεμπορίας, ότι δηλαδή ο δόλος ενυπάρχει στα βεβαιούμενα από την απόφαση του διοικητικού δικαστηρίου πραγματικά περιστατικά και τις εν γένει συνθήκες που έλαβαν χώρα κατά την τέλεση της τελωνειακής παραβάσεως. Τέλος, από το συνδυασμό των προμνησθεισών διατάξεων των παρ. 2 του άρθρ. 89, και 3 του άρθρ. 97 του Τελων. Κώδικα προς την παρ. 8 του ίδιου άρθρ. 97 αυτού, (προστεθείσα, με το άρθρ. 4 του ν. 1514/1950) που ορίζει ότι «Ουδεμίαν επιρροήν εξασκεί επί των αποφάσεων των Δικαστηρίων η αθωωτική ή καταλογιστική απόφασις των Διοικητικών Δικαστηρίων και Επιτροπών ουδέ τανάπαλιν» καθώς και προς την διάταξη της παρ. 3 του άρθρ. 120 του Κώδικα Φορολογικής Δικονομίας (π.δ. 331/1985, ΦΕΚ Α' 116), που ορίζει ότι «Δεδικασμένον

αποτελούν και οι αμετάκλητες καταδικαστικές αποφάσεις των ποινικών δικαστηρίων, ως προς την ενοχή και τις ποινές που επιβλήθηκαν», προκύπτει ότι η διαδικασία διοικητικής βεβαίωσης της τελωνειακής παραβάσεως, που κατατείνει στην επιβολή του πολλαπλού τέλους, είναι αυτοτελής και διακεκριμένη σε σχέση με την αντίστοιχη ποινική διαδικασία. Η αυτοτέλεια των δύο διαδικασιών (ποινικής και διοικητικής) έχει την έννοια ότι το διοικητικό δικαστήριο, όταν κρίνει για τη διοικητική παράβαση, δεν δεσμεύεται από την τυχόν προηγηθείσα αθωωτική απόφαση του ποινικού δικαστηρίου, υποχρεούται όμως να εκτιμήσει αυτήν κατά τη διαμόρφωση της κρίσης του. Τούτο δεν απαιτείται να εξαγγέλλεται ρητά αλλά αρκεί να συνάγεται από το όλο περιεχόμενο της αποφάσεως του δικαστηρίου της ουσίας.

6. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από την προσβαλλομένη απόφαση, σε συνδυασμό προς την επικυρωθείσα από αυτή πρωτόδικη, προκύπτουν τα εξής: Ο αναιρεσειών είχε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ως πρόεδρος και διευθύνων σύμβουλος, την διαχειριστική και εκπροσωπευτική εξουσία της εταιρίας «Μ. Α.Ε.» (βλ. το από 2.4.1993 πρακτικό του ΔΣ της εταιρίας, ΦΕΚ ΑΕ & ΕΠΕ 1365/27.4.1993). Η ως άνω εταιρία κατέθεσε στο ΣΤ΄ Τελωνείο Θεσσαλονίκης, κατά το από 21.6.94 έως 9.9.94 χρονικό διάστημα, 37 συνολικά διασαφήσεις εξαγωγής, βάσει των οποίων επρόκειτο να εξαγάγει στη Βουλγαρία υγρά καύσιμα, τα οποία τελούσαν υπό τελωνειακό καθεστώς αναστολής καταβολής του ειδικού φόρου καταναλώσεως, λόγω του ότι η παραπάνω εταιρία, ως εγκεκριμένος αποθηκευτής, άλλες μεν ποσότητες τούτων τις είχε αγοράσει από τα ελληνικά διυλιστήρια και άλλες τις είχε εισαγάγει από τρίτες χώρες και τις είχε αποθηκεύσει στους σχετικούς χώρους της. Οι διασαφήσεις αυτές, στις οποίες αναφέρονται ως παραλήπτριες των εμπορευμάτων οι εταιρίες «Α.Ρ.» και «C. L.T.D.», με έδρα το Σαντάνσκι και τη Σόφια αντιστοίχως, ήταν οι εξής: 13401, 13402/21.6.94, 13681, 13682/22.6.94, 14617/5.7.94, 15029, 15030/7.7.94, 15223/11.7.94, 15296, 15297/12.7.94, 15400/13.7.94, 15600, 15601/15.7.94, 15815, 15825/19.7.94, 16246/25.7.94, 16371, 16372/26.7.94, 16822/4.8.94, 17377/8.8.94, 17846/12.8.94, 18055, 18056/17.8.94, 18178, 18179/18.8.94, 18306/19.8.94, 18988/24.8.94, 19688, 19690/29.8.94, 19781, 19782/30.8.94, 20037, 20038/1.9.94, 20167, 20168/2.9.94, 20640/7.9.94 και 20853/9.9.94. Εξάλλου, κατά το ίδιο εν μέρει χρονικό διάστημα (από το Νοέμβριο του 1993 έως και το Σεπτέμβριο του 1994) και άλλες εταιρίες εμπορίας πετρελαιοειδών, όπως η «D. Α.Ε.», τα «E. Α.Ε.» και κυρίως η «E. Α.Ε.» υπέβαλαν σχετικές διασαφήσεις εξαγωγής, βάσει των οποίων επροτίθεντο να εξαγωγήν και αυτές υγρά καύσιμα στις ίδιες παραπάνω αλλοδαπές εταιρίες. Σε όλες δε τις περιπτώσεις εξαγωγής καυσίμων από τη «Μ. Α.Ε.» και την «E. Α.Ε.» η συμφωνία για την αποστολή αυτών φέρεται ότι έγινε με τον, ασχολούμενο επίσης με την εμπορία πετρελαιοειδών, Ε.Ι., ως ενεργούντα για λογαριασμό των παραπάνω βουλγαρικών εταιριών. Έτσι, με βάση τις ανωτέρω διασαφήσεις εξαγωγής (37 για τη Μ. και 65 για την Ε.) έγιναν 288 συνολικά για τις εται-

ρίες αυτές τμηματικές φορτώσεις υγρών καυσίμων σε βυτιοφόρα οχήματα, ιδιοκτησίας της εδρεύουσας στη Σόφια βουλγαρικής εταιρίας «Α.», της οποίας κύριος μέτοχος και νόμιμος εκπρόσωπος ήταν ο προαναφερθείς Ε.Ι. Ειδικότερα, ως προς την εταιρία «Μ. Α.Ε.», έγιναν από τις παραπάνω αποθηκευτικές εγκαταστάσεις της 108 συνολικά τμηματικές φορτώσεις υγρών καυσίμων, που αφορούσαν συνολική ποσότητα 1.282.470 λίτρων βενζίνης και 1.089.126 λίτρων πετρελαίου. Τα παραπάνω όμως οχήματα, αφού εφοδιάστηκαν με τα απαραίτητα συνοδευτικά έγγραφα (άδεια φορτώσεως, Volet No 2 Carnet TIR, αντίτυπο No 3 της δ/σεως εξαγωγής και Σ.Δ.Ε.) και μολυβδοσφραγίστηκαν από αρμόδια τελωνειακά όργανα, ουδέποτε πέρασαν τα ελληνικά σύνορα. Και τούτο διότι άλλα από αυτά, όπως είχαν προσυνηνοηθεί οι οδηγοί τους με τον Ε.Ι., σταμάτησαν κατά τη διαδρομή στο 19ο χιλιόμετρο της εθνικής οδού Θεσσαλονίκης - Σερρών, όπου ο Ε.Ι. διατηρούσε πρατήριο υγρών καυσίμων που του εκμίσθωνε η «Ε. Α.Ε.», και είτε μετάγγισαν το περιεχόμενό τους στις παράνομες δεξαμενές του πρατηρίου τούτου είτε σε άλλα βυτιοφόρα οχήματα της παραπάνω εταιρίας, ενώ άλλα τα άφηναν οι οδηγοί τους σε συγκεκριμένους χώρους έξω από τα διυλιστήρια όπου τα παρελάμβαναν οδηγοί της «Ε. Α.Ε.» και τα εκφόρτωναν στις αποθήκες της. Σε όλες δε τις παραπάνω περιπτώσεις τα προοριζόμενα για τη Βουλγαρία υγρά καύσιμα, για τα οποία είχε ανασταλεί, κατά τα ανωτέρω, η καταβολή του ειδικού φόρου καταναλώσεως, διετέθησαν μέσω του δικτύου διακινήσεως υγρών καυσίμων της «Ε. Α.Ε.», στην εσωτερική αγορά χωρίς να καταβληθούν οι αναλογούντες δασμοί και λοιποί φόροι. Μολονότι όμως κανένα από τα βυτιοφόρα αυτά οχήματα δεν πέρασε τα ελληνικά σύνορα, στο ΣΤ' Τελωνείο Θεσσαλονίκης είχαν επιστραφεί τα σχετικά συνοδευτικά έγγραφα, στα οποία είχε πιστοποιηθεί η έξοδος των υγρών καυσίμων, για να επισυναφθούν στις διασαφήσεις εξαγωγής. Αυτό δε επιτεύχθηκε διότι με τη συνεργασία των τελωνειακών υπαλλήλων Χ.Α. και Ε.Τ., οι οποίοι υπηρετούσαν στο συνοριακό τελωνείο του Προμαχώνα, σε ελάχιστες μεν περιπτώσεις είχαν τεθεί επί των εγγράφων γνήσιες σφραγίδες και υπογραφές, ενώ στις περισσότερες είχαν τεθεί πλαστές σφραγίδες της υπηρεσίας και υπογραφές των αρμοδίων για την πιστοποίηση της εξαγωγής υπαλλήλων. Όλα τα παραπάνω πραγματικά περιστατικά, ως προς τη μη έξοδο των εμπορευμάτων και την πλαστογράφιση των σχετικών εγγράφων με τα οποία πιστοποιείται η έξοδος τους, προέκυψαν από τις ενώπιον των αρμόδιων τελωνειακών οργάνων, κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, καταθέσεις των εμπλεκόμενων προσώπων και ειδικότερα των οδηγών των βυτιοφόρων οχημάτων, του Ε.Ι. και των τελωνειακών υπαλλήλων που διενέργησαν τις πλαστογραφίες, ενώ, άλλωστε, από σχετική έρευνα στα συνοριακά τελωνεία της Ελλάδας με τη Βουλγαρία (Προμαχώνα, Ευζώνων και Δοϊράνης) προέκυψε ότι δεν υπήρχε καταχώρηση στα βιβλία εξόδου (του τελωνείου Προμαχώνα) των βυτιοφόρων οχημάτων στα οποία είχαν φορτωθεί τα καύσιμα, ούτε αντίστοιχη εγγραφή εισόδου (και στα τρία τελωνεία) ως

προς την επιστροφή τούτων στην Ελλάδα. Ακόμη σε έγγραφο που απέστειλε η Ελληνική Πρεσβεία της Σόφιας, σε απάντηση σχετικού ερωτήματος της τελωνειακής αρχής, αναφέρεται ότι εταιρίες με την επωνυμία «Α.Ρ.» και «C. L.T.D.» δεν εφέροντο εγγεγραμμένες στα βιβλία του Εμπορικού και Βιομηχανικού Επιμελητηρίου του Σαντάνσκι και της Σόφιας αντιστοίχως. Ενόψει των ανωτέρω η τελωνειακή αρχή θεώρησε ότι οι προοριζόμενες για τις ως άνω βουλγαρικές εταιρίες εξαγωγές καυσίμων ήταν εικονικές, εφόσον ουδέποτε τα καύσιμα αυτά εξήχθησαν των ελληνικών συνόρων, και τα εμπλεκόμενα στην υπόθεση πρόσωπα υπέπεσαν σε τελωνειακές παραβάσεις λαθρεμπορίας κατά το άρθρο 67 παρ. 5 του ν. 2127/1993 και τα άρθρα 89 παρ. 2 και 100 παρ. 1 περ. β' του Τελωνειακού Κώδικα. Προς τούτο εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 272/26.3.1997 καταλογιστική πράξη του Διευθυντή της Ειδικής Υπηρεσίας Τελωνειακών Ερευνών (ΕΥΤΕ) Κεντρικής και Δυτικής Μακεδονίας, με την οποία κρίθηκαν υπαίτιοι της λαθρεμπορίας οι νόμιμοι εκπρόσωποι όλων των παραπάνω εξαγωγικών εταιριών, ο Ε.Ι., οι οδηγοί των βυτιοφόρων οχημάτων καθώς και οι τελωνειακοί υπάλληλοι, εις βάρος των οποίων και επιβλήθηκαν οι μη καταβληθέντες δασμοί (ειδικός φόρος καταναλώσεως) και λοιποί φόροι καθώς και πολλαπλά τέλη, ανάλογα με τη συμμετοχή καθενός. Ειδικότερα ως προς την εταιρία «Μ. Α.Ε.» κρίθηκε ότι υπαίτιοι της λαθρεμπορίας, για κάθε μία από τις 108 συνολικά περιπτώσεις τμηματικών φορτώσεων, είναι ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτής Κ.Μ., ο νόμιμος εκπρόσωπος της «Ε. Α.Ε.» Γ.Ε., ο Ε.Ι., ο τελωνειακός υπάλληλος που συνήργησε σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση στην πλαστογράφηση των εγγράφων και ο εκάστοτε οδηγός του βυτιοφόρου οχήματος, εις βάρος των οποίων και επιβλήθηκαν, ξεχωριστά για κάθε περίπτωση, πολλαπλά τέλη ανερχόμενα στο οκταπλάσιο των διαφυγόντων δασμών και λοιπών φόρων, τα οποία ακολούθως επιμερίστηκαν εις βάρος τούτων ανάλογα με τη συμμετοχή καθενός στη λαθρεμπορία. Έτσι εις βάρος του Κ.Μ. επιβλήθηκαν πολλαπλά τέλη, τα οποία ανέρχονται στο συνολικό ύψος των 723.888.768 δραχμών, για την καταβολή δε του ποσού τούτου καθώς και των επιβληθέντων εις βάρος των λοιπών συμμετόχων πολλαπλών τελών (δρχ. 1.685.399.040) κηρύχθηκαν αλληλεγγύως και εις ολόκληρον υπόχρεοι όλοι οι συμμετέχοντες. Ακόμη καταλογίσθηκαν εις βάρος των παραπάνω προσώπων, πλην των οδηγών, οι διαφυγόντες δασμοί και λοιποί φόροι, συνολικού ύψους 301.160.976 δραχμών, για την καταβολή των οποίων κηρύχθηκαν αλληλεγγύως και εις ολόκληρον υπεύθυνα τα πρόσωπα τούτα. Τέλος, με την ίδια πράξη, κηρύχθηκαν αστικώς συνυπεύθυνες για την καταβολή του συνόλου των πολλαπλών τελών και των διαφυγόντων δασμών και φόρων οι εταιρίες «Μ. Α.Ε.» και «Ε. Α.Ε.». Την παραπάνω κρίση της η τελωνειακή αρχή, ως προς την ευθύνη της «Μ. Α.Ε.» και του ήδη αναιρεσειόντος ως εκπροσώπου αυτής, την εστήριξε στο γεγονός ότι η εν λόγω εταιρία είναι, βάσει των κατατεθεισών διασαφήσεων, ο εξαγωγέας των υγρών καυσίμων εφόσον σ' αυτήν είχε δοθεί, κατόπιν αιτήσεως της, σχετική έγκριση για εξαγω-

γές στη συγκεκριμένη χώρα (Βουλγαρία) και, συνεπώς, σύμφωνα με το άρθρο 162 του Κανονισμού (ΕΟΚ)2913/1992 του Συμβουλίου της 12ης Οκτωβρίου 1992 «περί θεσπίσεως κοινοτικού τελωνειακού κώδικα», στο οποίο ορίζεται ότι «η άδεια παραλαβής προς εξαγωγή παρέχεται υπό τον όρο ότι τα εν λόγω εμπορεύματα εγκαταλείπουν το τελωνειακό έδαφος της Κοινότητας στην ίδια κατάσταση με εκείνη στην οποία βρίσκονταν κατά την αποδοχή της διασάφησης εξαγωγής», ευθύνεται μέχρι να ολοκληρωθεί η έξοδος των εμπορευμάτων από τα σύνορα της χώρας. Ως προς δε την δολία προαίρεση, αυτήν η τελωνειακή αρχή την εστήριξε: α) στην προηγούμενη λαθρεμπορική δραστηριότητα του Ε.Ι., ο οποίος και κατά το παρελθόν και ειδικότερα κατά τον Απρίλιο του 1993 συμμετείχε σε απόπειρα λαθραίας εξαγωγής υγρών καυσίμων με εξαγωγή και πάλι την «Μ. Α.Ε.», δραστηριότητα που ήταν ευρέως γνωστή λόγω της δημοσιότητας που έλαβε η παραπάνω υπόθεση μέσω του τύπου και της ποινικής διώξεως που ασκήθηκε κατά του προσώπου τούτου και επομένως ήταν γνωστή και στην εταιρία αυτή, β) στο ότι οι φερόμενες ως παραλήπτριες εταιρίες των υγρών καυσίμων ήταν ανύπαρκτες λόγω του ότι δεν φέροντο εγγεγραμμένες στα οικεία βιβλία των εμπορικών και βιομηχανικών επιμελητηρίων των πόλεων όπου εμφανίζεται η έδρα τους, το γεγονός δε αυτό το ε γνώριζε η «Μ. Α.Ε.» εφόσον δεν είχαν υποβληθεί δηλωτικά εισαγωγής συναλλάγματος και για την καταβολή του τιμήματος εκδίδοντο από την ίδια πρόχειρες αθεώρητες αποδείξεις, ενώ, εξάλλου, μολονότι επρόκειτο για πολύ μεγάλες ποσότητες υγρών καυσίμων (1.282.470 λίτρα βενζίνης και 1.089.126 λίτρα πετρελαίου) κανένα στοιχείο (δελτία παραγγελίας κ.λπ.) δεν επιδείχθηκε από το οποίο να προκύπτει ότι είχε επέλθει σχετική συμφωνία και γ) στο ότι όταν ζητήθηκαν από την τελωνειακή αρχή λογιστικά στοιχεία για τις παραπάνω 108 τμηματικές εξαγωγές η «Μ. Α.Ε.» προσκόμισε 26 φωτοαντίγραφα των προαναφερθεισών πρόχειρων αποδείξεων βάσει των οποίων φέρεται να εισέπραξε από τις ανωτέρω βουλγαρικές εταιρίες, μέσω του Ε.Ι., διάφορα χρηματικά ποσά «έναντι λογαριασμού φορτώσεων», χωρίς απ' αυτές να προκύπτουν τα τιμολόγια πωλήσεως προς πίστωση των οποίων εκδόθηκαν και οι ποσότητες των υγρών καυσίμων που αφορούσαν. Τις αιτιάσεις της καταλογιστικής πράξεως υιοθέτησε το πρωτοβάθμιο δικαστήριο και απέρριψε, ως προς τα επίδικα κεφάλαια, με την προαναφερθείσα απόφασή του την ασκηθείσα κατ' αυτής προσφυγή.

7. Επειδή, με την προσφυγή του, ενώπιον του διοικητικού πρωτοδικείου ο ήδη αναιρεσειών είχε προβάλει, μεταξύ άλλων, ότι η «Μ. Α.Ε.» ήταν μόνον ο εξαγωγέας των εμπορευμάτων και όχι πωλήτρια εταιρία, όπως εκλαμβάνει η τελωνειακή αρχή, καθόσον πωλήτρια τούτων ήταν η εδρεύουσα στη Λευκωσία εταιρία με την επωνυμία «Μ. Limited», η οποία είχε εισαγάγει και αποθηκεύσει, βάσει ειδικής μεταξύ τους συμφωνίας που προέβλεπε την καταβολή προμήθειας, υγρά καύσιμα στις αποθήκες της, από τις οποίες και εξήχθησαν από την ίδια λόγω του ότι δικαίωμα εξαγωγής κατά νόμον έχουν μόνον ελληνικές εταιρίες, τα οικεία δε τιμολόγια πω-

λήσεως τα εξέδωσε η παραπάνω κυπριακή εταιρία, η οποία και είχε τις σχετικές επαφές με τις βουλγαρικές εταιρίες, υπέρ αυτής δε της κυπριακής εταιρίας είχε γίνει και η εισαγωγή του συναλλάγματος. Προς απόδειξη του ισχυρισμού του αυτού προσκόμισε πρωτοδικώς τα εξής στοιχεία: α) το υπ' αριθμ. 162/10.2.94 «δελτίο εισαγωγής εις δεξαμενάς προϊόντων τρίτων επί παρακαταθήκη», από το οποίο προέκυπτε ότι εισήχθησαν στους αποθηκευτικούς χώρους της «Μ. Α.Ε.» 5.387.700 χιλιόγραμμα (6.396.811 λίτρα) diesel κίνησης με αποστολέα την «Μ. L.T.D.» καθώς και τα υπ' αριθμ. 148/10.2.94 και 758/19.9.94 πρωτόκολλα σφραγίσεως και καταμετρήσεως δεξαμενών, από το πρώτο των οποίων προέκυπτε ότι προ της ανωτέρω αποστολής, η παραπάνω κυπριακή εταιρία είχε αποθηκευμένα στις δεξαμενές της «Μ. Α.Ε.» 6.150.375 χιλιόγραμμα (7.370.132 λίτρα) diesel και μετά την εκφόρτωση της ποσότητας αυτής, η συνολική ποσότητα των υγρών καυσίμων (diesel) που καταμετρήθηκε ανήλθε σε 11.538.075 χιλιόγραμμα (13.766.943 λίτρα), ενώ από το δεύτερο ότι η καταμετρηθείσα κατά την 19.9.94 ποσότητα σε diesel ήταν 12.723.540 χιλιόγραμμα (15.285.368 λίτρα), β) τα υπ' αριθμ. 50 και 51/19.10.94 τιμολόγια παροχής υπηρεσιών εξωτερικού, από τα οποία προέκυπτε ότι η «Μ. Α.Ε.» έλαβε ως αμοιβή από την «Μ. LTD» για την αποθήκευση diesel το συνολικό ποσό των 18.796.011 δραχμών, γ) τα υπ' αριθμ. 3879/1.2.94, 3902/2.2.94, 3911/3.2.94, 3932/4.2.94 και 4114/15.2.94 δελτία εξαγωγής προϊόντων τρίτων με εκδότρια την πρώτη και παραλήπτρια τη δεύτερη από τις παραπάνω εταιρίες, βάσει των οποίων εξήχθησαν διάφορες ποσότητες υγρών καυσίμων (βενζίνης και diesel) καθώς και τα υπ' αριθμ. 278/2.6.94, 299/3.6.94, 316/6.6.94, 329/7.6.94, 348/8.6.94, 368/10.6.94, 386/13.6.94, 400/14.6.94, 411/15.6.94, 424/16.6.94, 443/17.6.94, 463/21.6.94, 484/22.6.94, 496/23.6.94 και 513/24.6.94 δελτία αποστολής υγρών καυσίμων προϊόντων τρίτων με εκδότρια και παραλήπτρια αντιστοίχως τις παραπάνω εταιρίες, βάσει των οποίων απεστάλησαν διάφορες ποσότητες υγρών καυσίμων, δ) τα υπ' αριθμ. 16, 17, 29, 80, 81, 86, 87, 88, 89, 94 και 95 φύλλα του βιβλίου ποσοτικής παραλαβής και παραδόσεως εμπορευμάτων τρίτων επί παρακαταθήκη που τήρησε η «Μ. Α.Ε.» κατά τους μήνες Ιανουάριο, Φεβρουάριο, Ιούνιο, Ιούλιο, Αύγουστο και Σεπτέμβριο του 1994, από τα οποία προέκυπτε ότι στις εγκαταστάσεις αυτής (εξυπηρετούσα μονάδα) ήταν αποθηκευμένα στις 31.12.93 18.170.735 λίτρα diesel της «Μ. L.T.D.» (εξυπηρετούμενη εταιρία) και ότι από την ποσότητα αυτή έχουν γίνει διάφορες εξαγωγές κατά τους παραπάνω μήνες, βάσει διαφόρων δελτίων που αναφέρονται αριθμητικώς, καθώς και αντίστοιχες εισαγωγές υγρών καυσίμων (πάντοτε diesel), ε) 26 πρόχειρες αποδείξεις που εκδόθηκαν από 21.6.94 έως 23.9.94 βάσει των οποίων η «Μ. Α.Ε.» φέρεται να εισέπραξε για λογαριασμό της κυπριακής εταιρίας, μέσω του υπαλλήλου της Κ.Ν., από τον Ε.Ι. ως μεσολαβητού των βουλγαρικών εταιριών, διάφορα ποσά «έναντι λογαριασμού φορτώσεων καυσίμων» σε ένδεκα (11) δε από τις αποδείξεις αυτές επισυνάπτοντο «δηλώσεις εισαγομένων μετρητών

και αξιών» από τις οποίες προκύπτει ότι έγινε, κατά την ημερομηνία που αναφέρεται σε κάθε δήλωση, εισαγωγή συναλλάγματος για λογαριασμό της παραπάνω κυπριακής εταιρίας από το γραφείο συν/τος του Α.Τ. Κρυσταλλοπηγής Φλωρίνης και στ) επίσημη μετάφραση από το Υπουργείο Εξωτερικών του υπ' αριθμ. 1/24.7.97 πιστοποιητικού του Αστικού Δικαστηρίου της Σόφιας, με το οποίο το δικαστήριο τούτο πιστοποιεί ότι στα μητρώα, των εμπορικών εταιριών υφίσταται από το έτος 1993 εγγραφή εταιρίας με την επωνυμία «Κ. Ε.Π.Ε.» με έδρα τη Σόφια και αντικείμενο εργασιών διάφορες δραστηριότητες (εσωτερικό και εξωτερικό εμπόριο, μεσιτική κ.λπ.) καθώς και μεταφρασμένα αντίγραφα της υπ' αριθμ. 2458/11.6.93 αποφάσεως του Περιφερειακού Δικαστηρίου του Μπλαγκόεβγκραντ και σχετικού πιστοποιητικού του ίδιου δικαστηρίου, από τα οποία προέκυπτε ότι με την παραπάνω απόφαση έγινε καταχώρηση τροποποιήσεων στο πρωτόκολλο ατομικών και συλλογικών εταιριών δημοτών για επιχείρηση που λειτουργεί στο Σαντάνσκι της Βουλγαρίας από το 1990, βάσει των οποίων (τροποποιήσεων) άλλαξε η επωνυμία της επιχείρησης σε «Α.Π.Π.Κ.» και έγινε προσθήκη στο αντικείμενο εργασιών της, το οποίο καταλαμβάνει ένα ευρύ φάσμα δραστηριοτήτων στο εσωτερικό της χώρας, αλλά και στο εξωτερικό. Περαιτέρω, υποστήριξε ότι δεν ε γνώριζε την προηγούμενη λαθρεμπορική δραστηριότητα του Ε.Ι., αφού κανένα σχετικό στοιχείο δεν είχε σταλεί στην εταιρία από την τελωνειακή ή την εισαγγελική αρχή και, τέλος, ότι το τέχνασμα των εικονικών εξαγωγών χρησιμοποιήθηκε από τον Ε.Ι. και τους τελωνειακούς υπαλλήλους με τους οποίους ο αναιρεσείων, διαμένων στην Αθήνα, ουδεμία σχέση και επαφή είχε. Επί της προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 2605/1999 απόφαση του Διοικητικού Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης με την οποία έγινε δεκτό ότι επί τη βάσει των στοιχείων του φακέλλου στοιχειοθετείται στην προκειμένη περίπτωση η αντικειμενική υπόσταση της λαθρεμπορίας και αποδεικνύεται ο δόλος του αναιρεσείοντος που συνίσταται στην υπό την ιδιότητα του διαχειριστή και εκπροσώπου της εταιρίας «Μ. Α.Ε.» εν γνώσει συμμετοχή του στη χρησιμοποίηση του τεχνάσματος της εικονικής εξαγωγής και στην κατ' αποτέλεσμα παράνομη διάθεση των επιδίκων καυσίμων στο εσωτερικό της χώρας και διαφυγή του αναλογούντος ειδικού φόρου καταναλώσεως. Ειδικότερα, το διοικητικό δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό του αναιρεσείοντος ότι η εταιρία «Μ. Α.Ε.» δεν ήταν η πωλήτρια των επιδίκων ποσοτήτων υγρών καυσίμων. Στην απόρριψη αυτή κατέληξε λαμβάνοντας υπ' όψη ότι τα τιμολόγια πώλησεως των επιδίκων ποσοτήτων, που ευρέθησαν συνημμένα στις διασαφήσεις εξαγωγής τους στο αρχείο του Τελωνείου, είχαν εκδοθεί από την εταιρία «Μ. Α.Ε.» καθώς και ότι από τα στοιχεία που προσκομίσθηκαν σχετικώς με τις συναλλαγές των δύο εταιριών δεν προκύπτει ότι τα καύσιμα της κυπριακής εταιρίας, που βρίσκονταν επί παρακαταθήκη στις αποθήκες της «Μ. Α.Ε.» και στη συνέχεια εξήχθησαν, συμπίπτουν με τα επίδικα καύσιμα, ούτε ότι η εισαγωγή και καταβολή συναλλάγματος υπέρ της κυ-

πριακής εταιρίας έγινε έναντι της αξίας των επιδίκων καυσίμων και προς εξόφληση των σχετικών τιμολογίων πώλησης, ενώ ο ίδιος ο αναιρεσείων που είχε το βάρος απόδειξης του ισχυρισμού του δεν επικαλέστηκε και δεν απέδειξε την έκδοση των φορολογικών στοιχείων που προβλέπονται από τις σχετικές διατάξεις του ΚΒΣ στις περιπτώσεις πώλησεως αγαθών για λογαριασμό τρίτων. Περαιτέρω, το Διοικητικό Πρωτοδικείο έλαβε υπ' όψη του και συνεκτίμησε το γεγονός ότι η εταιρία «Μ. Α.Ε.», αν και πωλήτρια των επιδίκων ποσοτήτων, κατά τα ανωτέρω υπ' αυτού γινόμενα δεκτά, δεν διέθετε έγγραφα στοιχεία (όπως π.χ. σχετικές εγγραφές σε τηρούμενο ημερολόγιο ταμείου και διαφόρων πράξεων, σε συγκεντρωτικό ημερολόγιο, σε γενικό ημερολόγιο κ.λπ.), από τα οποία να προκύπτει η λογιστική και συναλλαγματική τακτοποίηση των πωλήσεων των επιδίκων καυσίμων και, τελικώς δέχθηκε, εν όψει μάλιστα της καταθέσεως του διοικητικού προϊσταμένου των εγκαταστάσεων της εταιρίας στη Θεσσαλονίκη, ότι επί συναλλαγών με τις βαλκανικές χώρες το τίμημα των προς εξαγωγή εμπορευμάτων ήταν προκαταβλητέο και ότι η διοίκηση της εταιρίας «Μ. Α.Ε.» τελούσε σε γνώση της εικονικότητας των πωλήσεων των επιδίκων καυσίμων προς τις βουλγαρικές εταιρίες. Τέλος, με την πρωτόδικη απόφαση έγινε δεκτό ότι η ανωτέρω κρίση της περί γνώσεως από την διοίκηση της Μ. Α.Ε. της εικονικότητας των πωλήσεων προς τις βουλγαρικές εταιρίες ενισχύεται από την μη λήψη εκ μέρους της αυτής διοικήσεως μέτρων προς διασφάλιση της πραγματοποιήσεως των επιδίκων εξαγωγών εν όψει γνώσεως της προηγούμενης λαθρεμπορικής δραστηριότητας του Ε.Ι., περί της οποίας γνώσεως ουδεμία αμφιβολία παρέμεινε στο διοικητ. πρωτοδικείο, εφ' όσον ο Ε.Ι. σε προηγούμενο χρόνο συνελήφθη να διαπράττει με την ίδια μέθοδο της εικονικής εξαγωγής απόπειρα λαθρεμπορίας καυσίμων της ίδιας εταιρίας.

8. Επειδή, με την ασκηθείσα έφεση, ο αναιρεσείων, αμφισβητών την ύπαρξη δόλου στο πρόσωπό του, προέβαλε ότι το πρωτοβάθμιο δικαστήριο, κατ' εσφαλμένη εκτίμηση του προσαχθέντος ενώπιόν του παραπάνω αποδεικτικού υλικού και εφαρμογή του νόμου, δεν δέχθηκε τον ισχυρισμό του ότι πωλήτρια των υγρών καυσίμων ήταν η ρηθείσα κυπριακή εταιρία και όχι η «Μ. Α.Ε.», η οποία ενήργησε μόνον ως εξαγωγέας, λόγω του ότι δικαίωμα εξαγωγής υγρών καυσίμων έχουν από το νόμο μόνον ελληνικές εταιρίες, έτσι δε αυτή ενήργησε ως φορολογικός εκπρόσωπος της κυπριακής εταιρίας κατά την έννοια του άρθρου 788 παρ. 1 του Κανονισμού (ΕΟΚ) 2454/1993 της Επιτροπής της 2ας Ιουλίου 1993 (Ε.Εφ.μ. ΕΚ L 253/11.10.93), σύμφωνα με την οποία «1. Κατά την έννοια του άρθρ. 161 παρ. 5 του (Κοινοτικού Τελωνειακού) Κώδικα ως εξαγωγέας νοείται το πρόσωπο για λογαριασμό του οποίου κατατίθεται η διασάφηση εξαγωγής και το οποίο, κατά τη στιγμή αποδοχής της εν λόγω διασάφησης, είναι κύριος ή έχει παρεμφερές δικαίωμα διάθεσης των σχετικών εμπορευμάτων. 2. Όταν η κυριότητα ή το παρεμφερές δικαίωμα διάθεσης των εμπορευμάτων ανήκει σε πρόσωπο που είναι εγκατεστημένο εκτός

της Κοινότητας κατ' εφαρμογή της σύμβασης στην οποία βασίζεται η εξαγωγή, το συμβαλλόμενο μέρος που είναι εγκατεστημένο στην Κοινότητα θεωρείται ως εξαγωγέας», και ότι η μόνη συμμετοχή της εταιρίας στη διαδικασία πωλήσεως των εμπορευμάτων ήταν η είσπραξη, μέσω των οργάνων της, για λογαριασμό της εκπροσωπούμενης εταιρίας, του τιμήματος πωλήσεως και η έκδοση των σχετικών αποδείξεων, γι' αυτό και δεν είχε υποχρέωση να ελέγξει είτε για το ποιόν του E.I. είτε για την ύπαρξη ή μη των αγοραστριών εταιριών, εφόσον όλες οι σχετικές επαφές έγιναν από την εξυπηρετούμενη από αυτήν κυπριακή εταιρία. Περαιτέρω προέβαλε ότι η κρίση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου ότι η μη επίδειξη των προβλεπόμενων από τον Κ.Β.Σ., για την περίπτωση της διακινήσεως αγαθών για λογαριασμό τρίτων σχετικών στοιχείων, αποδεικνύει ότι πωλήτρια των αγαθών είναι η «Μ. Α.Ε.», είναι εσφαλμένη, διότι η μη έκδοση των στοιχείων τούτων αποτελεί ενδεχομένως παράβαση του Κ.Β.Ι., ουδόλως όμως άγει στο παραπάνω συμπέρασμα. Εξάλλου, υπεστήριξε, δεν ήταν δυνατή η καταχώρηση σχετικών εγγραφών σε ημερολόγιο ταμείου και διαφόρων πράξεων, συγκεντρωτικό ημερολόγιο και γενικό ημερολόγιο, λόγω του ότι η «Μ. Α.Ε.» ήταν εξαγωγέας και όχι πωλήτρια και συνεπώς δεν υπεχρεούτο να προβεί σε τέτοιες καταχωρήσεις, οπότε ουδεμία ευθύνη έχει η «Μ. Α.Ε.» ως εξαγωγέας των καυσίμων, διότι η ευθύνη της εξικνείτο μέχρι το σημείο φορτώσεως και ενάρξεως αποστολής των εμπορευμάτων, χρονικό σημείο κατά το οποίο τα έμπορτα βυτιοφόρα οχήματα είχαν μολυβδοσφραγισθεί με την επιτήρηση των τελωνειακών οργάνων και εκδόθηκαν όλα τα απαιτούμενα από το νόμο συνοδευτικά έγγραφα, ουδεμία δε περαιτέρω ανάμειξη είχε. Τον ως άνω προβληθέντα λόγω εφέσεως απέρριψε ως αβάσιμο το Διοικητικό Εφετείο με τις εξής σκέψεις: Από τα προσκομισθέντα πρωτοδίκως παραπάνω στοιχεία δεν προκύπτει ότι πωλήτρια των επίδικων ποσοτήτων πετρελαιοειδών ήταν η κυπριακή εταιρία «Μ. L.T.D.» και όχι η «Μ. Α.Ε.» που κατέθεσε τις διασαφήσεις εξαγωγής και ενήργησε, κατά τους ισχυρισμούς του εκκαλούντος (και ήδη αναιρεσειόντος), ως φορολογικός εκπρόσωπος. Και τούτο διότι κατ' αρχήν η ιδιότητα του έμμεσου αντιπροσώπου που ενεργεί στο όνομά του αλλά για λογαριασμό τρίτου πρέπει να δηλώνεται και να αποδεικνύεται με σχετικό πληρεξούσιο έγγραφο, στην προκειμένη δε περίπτωση η εταιρία που εκπροσωπεί ο αναιρεσειών δεν δήλωσε ότι ενεργεί για λογαριασμό της παραπάνω κυπριακής εταιρίας, εφόσον σε κανένα από τα σχετικά έγγραφα (διασαφήσεις εξαγωγής κ.λπ.) δεν έχει καταχωρηθεί τέτοια δήλωση (συνοδευτικά διοικητικά έγγραφα, στα οποία, μολονότι υπάρχει εγγραφή με την ένδειξη φορολογικός αντιπρόσωπος, δεν έχει συμπληρωθεί), ούτε βέβαια προσκομίσθηκε σχετικό πληρεξούσιο. Άλλωστε, στα προσαχθέντα πρωτοδίκως έγγραφα οι ημερομηνίες όχι μόνον δεν ταυτίζονται αλλά είναι και εντελώς διάφορες από τις αναφερόμενες στις διασαφήσεις εξαγωγής, ενώ και οι ποσότητες των υγρών καυσίμων δεν ταυτίζονται ούτε ως προς το είδος (βενζίνη, πετρέλαιο), ούτε ως προς το βάρος. Ειδικότερα, από το υπ' αριθμ.

162/10.2.94 δελτίο εισαγωγής προϊόντων τρίτων επί παρακαταθήκη και τα επισυναπτόμενα σ' αυτό σχετικά πρωτόκολλα σφραγίσεως και καταμετρήσεως δεξαμενών προκύπτει απλώς ότι η παραπάνω κυπριακή εταιρία εισήγαγε και αποθήκευσε στις εγκαταστάσεις της «Μ. Α.Ε.» υγρά καύσιμα, αυτά όμως αφορούσαν μόνον πετρέλαιο, ενώ οι επίδικες περιπτώσεις αφορούν στη διακίνηση 1.282.470 λίτρων βενζίνης και 1.089.126 λίτρων πετρελαίου. Περαιτέρω τα υπ' αριθμ. 50 και 51/19.10.94 τιμολόγια παροχής υπηρεσιών αναφέρονται στην καταβολή αμοιβής στην «Μ. Α.Ε.» για την εξυπηρέτηση που παρείχε στην κυπριακή εταιρία, πάλι όμως για την αποθήκευση πετρελαίου. Ακόμη τα προσκομισθέντα δελτία εξαγωγής προϊόντων τρίτων εκδόθηκαν κατά τη χρονική περίοδο 1.2.94 έως 15.2.94, ενώ οι διασαφήσεις εξαγωγής αφορούν χρονική περίοδο από 21.6.94 έως 9.9.94, ομοίως δε και το σύνολο σχεδόν των προσκομισθέντων δελτίων αποστολής υγρών καυσίμων προϊόντων τρίτων, πλην των υπ' αριθμ. 463/21.6.94, 484/22.6.94, 496/23.6.94 και 513/24.6.94, αναφέρονται σε διακίνηση υγρών καυσίμων εκτός της επίδικης περιόδου, εφόσον αφορούν το προγενέστερο από 2.6.94 έως 17.6.94 χρονικό διάστημα. Ως προς δε τα τελευταία δελτία, όλα κατ' αρχήν αναφέρονται σε αποστολή diesel (222.403, 192022, 254734 και 78357 χιλιόγραμμα αντιστοίχως), ενώ κατά το χρονικό διάστημα που εκδόθηκαν αυτά (21.6.94 έως 24.6.94) είχαν κατατεθεί από τη «Μ. Α.Ε.» μόνον οι υπ' αριθμ. 13401/21.6.94, 13402/21.6.94, 13681/22.6.94 και 13682/22.6.94 διασαφήσεις εξαγωγής, η δε αμέσως επόμενη (14617) κατατέθηκε στις 5.7.94. Από τις εν λόγω διασαφήσεις όμως η δεύτερη και η τρίτη αφορούν σε τμηματικές φορτώσεις βενζίνης (από τρεις για κάθε διασάφηση) και όχι σε diesel που αφορούν τα παραπάνω δελτία, ενώ η πρώτη και η τέταρτη που αφορούν σε τμηματικές φορτώσεις (4 και 3 αντιστοίχως) πετρελαίου αναφέρονται σε διακίνηση 119.668 (33480 + 33230 + 30600 + 22358) και 71778 (31380 + 27160 + 13238) λίτρων, ενώ με τα έχοντα την αυτήν ημερομηνία δελτία διακινήθηκαν ποσότητες 222.403 και 192022 χιλιογράμμων αντιστοίχως. Εξάλλου, τα φύλλα του βιβλίου ποσοτικής παραλαβής και παραδόσεως εμπορευμάτων τρίτων, στα οποία είναι καταχωρημένα και τα παραπάνω (υπ' αριθμ. 463, 484, 496 και 513/94) δελτία αποστολής υγρών καυσίμων προϊόντων τρίτων, αναφέρονται κατ' αρχήν σε diesel κίνησης, από τις σχετικές δε εγγραφές που φέρουν, ως προς τους μήνες που συμπίπτουν με την περίοδο που διακινήθηκαν οι επίδικες ποσότητες (Ιούνιος, Ιούλιος, Αύγουστος και Σεπτέμβριος), σε αντιπαραβολή με τις εγγραφές που υφίστανται στις διασαφήσεις εξαγωγής κατά τις αντίστοιχες ημερομηνίες, δεν προκύπτει ότι οι αναφερόμενες στα εν λόγω φύλλα ποσότητες είναι πράγματι αυτές που διακινήθηκαν, λόγω της σημαντικής διαφοράς που παρατηρείται ως προς το βάρος των αγαθών, όπως αναλυτικώς προαναφέρθηκε για τα ανωτέρω δελτία αποστολής. Τέλος, ούτε από τις προχειρες αποδείξεις πληρωμής, οι οποίες αναφέρονται αορίστως στην καταβολή κάποιων ποσών, για λογαριασμό της παραπάνω κυπριακής εταιρίας, χωρίς ειδικότερη

αναφορά σε συγκεκριμένες ποσότητες υγρών καυσίμων, ούτε από τα δελτία που αναφέρονται γενικώς σε εισαγωγή συναλλάγματος και μάλιστα σε 11 μόνον περιπτώσεις για λογαριασμό επίσης της ίδιας εταιρίας προκύπτει ότι πωλήτρια των επίδικων υγρών καυσίμων ήταν η εν λόγω κυπριακή εταιρία.

9. Επειδή με λόγους εφέσεως, ο ήδη αναιρεσείων προέβαλε μεταξύ άλλων ότι εσφαλμένως το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δέχθηκε ότι στοιχειοθετείται εν προκειμένω η αντικειμενική υπόσταση των επίδικων παραβάσεων καθώς και ότι αυτός ενήργησε δολίως, ενώ καμμία συμμετοχή δεν είχε ούτε ο ίδιος προσωπικώς ούτε η «Μ. Α.Ε.» στην περαιτέρω διακίνηση των υγρών καυσίμων μετά τη φόρτωση και αναχώρηση των μολυβδοσφραγισθέντων βυτιοφόρων οχημάτων από τις εγκαταστάσεις της εταιρίας, από καμμία δε διάταξη νόμου, εθίμου ή έστω πρακτικής συνηθείας δεν προκύπτει υποχρέωση του εκάστοτε εξαγωγέα να διασφαλίσει την πραγμάτωση των εξαγωγών. Αντιθέτως τέτοια υποχρέωση είχε η τελωνειακή αρχή, η οποία διαθέτει και το σχετικό ελεγκτικό μηχανισμό και ότι η μη ύπαρξη δόλου από την πλευρά της εταιρίας αποδεικνύεται από το ότι οι κύριοι αυτοурγοί (Ε.Ι. και Γ.Ε. ως εκπρόσωπος της Ε. Α.Ε.) κατά την εξέτασή τους από τα αρμόδια τελωνειακά όργανα, ενώ αλληλοκατηγορούνται, τίποτα επιβαρυντικό δεν καταθέτουν για την «Μ. Α.Ε.», η οποία ούτε δικά της βυτιοφόρα οχήματα είχε, ούτε σχέσεις με τις βουλγαρικές εταιρίες, ούτε τα καύσιμα επεστράφησαν στις δικές της εγκαταστάσεις, ενώ, εξάλλου, της είχαν επιστραφεί τα νόμιμα συνοδευτικά έγγραφα στα οποία επιστοποιείται η έξοδος των εμπορευμάτων, χωρίς να γνωρίζει ότι οι τεθείσες σ' αυτά υπογραφές των αρμόδιων τελωνειακών υπαλλήλων ήταν πλαστογραφημένες. Ο ίδιος δε διευθυντής της Ε.Υ.Τ.Ε. Κεντρικής και Δυτικής Μακεδονίας, που εξέδωκε την παραπάνω καταλογιστική πράξη, στην έννομη κατάθεσή του, ενώπιον του ανακριτή Σερρών, κατά την επακολουθήσασα ποινική διαδικασία αναφέρει επί λέξει ότι «ως προς την εταιρία Μ. δεν μπορώ να είμαι κατηγορηματικός, όπως στην περίπτωση της Ε., οπότε ενδεχομένως η εταιρία αυτή να μη γνώριζε για τη λαθρεμπορία».

10. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, το Διοικητικό Εφετείο, λαβόν ειδικότερα υπ' όψη του τα εξής: α) ότι εξαγωγέας και κύριος των επίδικων ποσοτήτων πετρελαιοειδών που είχαν ως προορισμό, βάσει των κατατεθεισών διασαφήσεων, την έξοδό τους στη Βουλγαρία ήταν η «Μ. Α.Ε.», β) ότι οι ποσότητες αυτές διατέθηκαν στην εσωτερική αγορά χωρίς να συντρέχει νόμιμος λόγος εξόδου από το καθεστώς αναστολής καταβολής του ειδικού φόρου καταναλώσεως, υπό το οποίο τελούσαν, με αποτέλεσμα τη διαφυγή καταβολής του φόρου τούτου, γ) ότι ο Ε.Ι., ο οποίος ήταν συνεργάτης επί μακρόν, όπως συνομολογεί ο εκκαλών, της παραπάνω εταιρίας, κατελήφθη και κατά το παρελθόν (Απρίλιος του 1993) να αποπειράται τη λαθραία εξαγωγή υγρών καυσίμων σε φορτίο για το οποίο και πάλι εξαγωγέας ήταν η «Μ. Α.Ε.», για την πράξη του δε αυτή ασκήθηκε εις βάρος του ποινική δίωξη και το γεγονός τούτο έλαβε ευρεία δημοσιότητα, δ) ότι ο διοικητικός προϊστάμενος των ε-

γκαταστάσεων της ίδιας εταιρίας στη Θεσ/νίκη Κ.Ν. στην από 8.4.96 κατάθεσή του ενώπιον των αρμοδίων τελωνειακών οργάνων, ενώ για την προηγούμενη περίπτωση αναφέρει ότι «εγώ προσωπικά δεν την είχα υπ' όψιν μου», για τις επίδικες περιπτώσεις καταθέτει ότι έλαβε γνώση «από τα μέσα ενημέρωσης» και ειδοποίησε τα κεντρικά γραφεία της εταιρίας απ' όπου και έλαβε την εντολή να διακόψει τη συνεργασία τους με τον Ε.Ι. και ε) ότι το διάστημα που μεσολάβησε από τον Απρίλιο του 1993 μέχρι την ημερομηνία που ξεκίνησαν οι επίδικες αποστολές είναι περίπου 14 μήνες, δηλαδή ικανό χρονικό διάστημα μέσα στο οποίο τα όργανα της «Μ. Α.Ε.» οπωσδήποτε είχαν λάβει γνώση της ανωτέρω απόπειρας λαθρεμπορίας, εφόσον η εταιρία αυτή είχε καταθέσει τη διασάφηση εξαγωγής και λόγω της μη εξόδου των εμπορευμάτων δεν της είχαν επιστραφεί τα σχετικά συνοδευτικά έγγραφα με ανάλογη σημείωση, επείσθη ότι η όλη δραστηριότητα του Ε.Ι. και των λοιπών εμπλεκόμενων στην υπόθεση προσώπων τελούσε εν γνώσει των υπευθύνων της «Μ. Α.Ε.», και ότι, συνεπώς, η διάθεση των επίδικων υγρών καυσίμων στην εσωτερική κατανάλωση έγινε από όλους τους συμμετόχους με πρόθεση να αποφευχθεί η καταβολή του αναλογούντος ειδικού φόρου καταναλώσεως, ως εκ τούτου δε ότι στοιχειοθετείται τόσο η υποκειμενική όσο και η αντικειμενική υπόσταση των παραπάνω τελωνειακών παραβάσεων. Περαιτέρω το Διοικητικό Εφετείο έκρινε ότι όσα αντίθετα προβάλλονται, ιδίως ότι ο αναιρεσείων δεν υπέχει ευθύνη ως εκπρόσωπος της εξαγωγικής εταιρίας λόγω του ότι επεστράφησαν τα πιστοποιούντα την έξοδο των υγρών καυσίμων συνοδευτικά έγγραφα, είναι απορριπτέα ως αβάσιμα, διότι τα εν λόγω πιστοποιητικά δεν είχαν συνταχθεί νομίμως, εφόσον είχαν πλαστογραφηθεί από τους συμμετέχοντες στις λαθρεμπορικές παραβάσεις παραπάνω τελωνειακούς υπαλλήλους.

11. Επειδή το Διοικητικό Εφετείο, όπως προκύπτει εκ του όλου περιεχομένου της αποφάσεώς του που υιοθέτησε τις πραγματικές διαπιστώσεις της πρωτόδικης αποφάσεως, στηρίζει την κρίση του περί συνδρομής του δόλου στο πρόσωπο του αναιρεσείοντος, ως προέδρου και διευθύνοντος συμβούλου της εταιρίας «Μ. Α.Ε.», κατά κύριο λόγο στο ότι οι υπεύθυνοι της εν λόγω εταιρίας γνώριζαν ότι τα επίδικα καύσιμα ουδέποτε εξήχθησαν από τη χώρα, αλλά διατέθηκαν στην εσωτερική αγορά, χωρίς να συντρέχει νόμιμος λόγος εξόδου από το καθεστώς αναστολής καταβολής του ειδικού φόρου καταναλώσεως, δοθέντος ότι δεν απεδείχθη νόμιμη συναλλαγή για τα επίδικα εμπορεύματα με την αλλοδαπή. Και να μεν ο αναιρεσείων, αρνούμενος τη γνώση αυτή, ισχυρίσθηκε ότι πωλήτρια των επίδικων υγρών καυσίμων στην αλλοδαπή (εξαγωγέας) ήταν όχι η ανωτέρω εταιρία, αλλ' η κυπριακή εταιρία «Μ. Co Limited», της οποίας η εταιρία «Μ. Α.Ε.» υπήρξε φορολογικός εκπρόσωπος, και ότι, συνεπώς, η ευθύνη της εταιρίας του εξικνείται μέχρι του σημείου φορτώσεως των καυσίμων αυτών προς εξαγωγή, ο ισχυρισμός όμως αυτός απερρίφθη ως αναπόδεικτος, για τον λόγο, ιδίως, ότι δεν προσκομίσθηκαν σχετικά παραστατι-

κά, δηλωτικά εισαγωγής του αντίστοιχου συναλλάγματος, ούτε στα σχετικά έγγραφα καταχωρήθηκε σχετική δήλωση άμεσης ή έμμεσης αντιπροσώπευσης, ούτε προσκομίσθηκε πληρεξούσιο έγγραφο, ενώ στις σχετικές διασαφήσεις και στα πρωτοδίκως προσαχθέντα έγγραφα εκ μέρους του αναιρεσειόντος, προς απόδειξη του ισχυρισμού του αυτού, δεν ταυτίζονται οι ημερομηνίες εξαγωγής, το είδος και οι ποσότητες των επίδικων εμπορευμάτων με άλλα καύσιμα, που η εν λόγω κυπριακή εταιρία είχε εισαγάγει και αποθηκεύσει στις εγκαταστάσεις της εταιρίας «Μ. Α.Ε.». Η κρίση αυτή του δικαστηρίου της ουσίας, σύμφωνα με την οποία, υπό τα διαπιστωθέντα ανελέγκτως πραγματικά περιστατικά, ο αναιρεσειών, ως πρόεδρος και διευθύνων σύμβουλος της ανωτέρω εταιρίας, γνώριζε ότι με τις εκτεθείσες ενέργειες και παραλείψεις το Δημόσιο θα αποστειρωθεί από τους αναλογούντες για τα επίδικα καύσιμα δασμούς και λοιπούς φόρους, και ότι, επομένως, συντρέχει στο πρόσωπό του το στοιχείο του δόλου, είναι νομίμως και επαρκώς αιτιολογημένη. Τα περί του αντιθέτου δε προβαλλόμενα, με τα οποία πάντως δεν πλήττεται η αιτιολογία της προσβαλλομένης απόφασης ως προς τη μη καταβολή των αναλογούντων δασμών και φόρων για τα επίδικα καύσιμα, καθώς και ως προς την έλλειψη στοιχείων που να αποδεικνύουν την απλή διαμεσολάβηση της εταιρίας «Μ. Α.Ε.» σε συναλλαγή τρίτων γι' αυτά, αλλ' αμφισβητείται κυρίως η συνδρομή του στοιχείου του δόλου στο πρόσωπο του αιτούντος, είναι αβάσιμα και απορριπτέα. Η εν λόγω αιτιολογία, εξάλλου, δεν κλονίζεται όπως αβασίμως προβάλλεται, από το ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν διαλαμβάνεται ειδικά ότι ελήφθη υπόψη η ανωτέρω ένορκη κατάθεση του τότε Διευθυντού της ΕΥΤΕ Κεντρικής και Δυτικής Μακεδονίας, συντάκτη της επίδικης πράξης, αφού, από τη ρητή μνεία του περιεχομένου της καταθέσεως αυτής στην προσβαλλόμενη απόφαση, προκύπτει ότι το δικαστήριο της ουσίας συνεκτίμησε και το στοιχείο αυτό. Δεν κλονίζεται επίσης η αιτιολογία αυτή, όπως επίσης αβασίμως προβάλλεται, από το ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν διαλαμβάνεται σκέψη προς αντιμετώπιση σχετικού ισχυρισμού, που προεβλήθη με το επί της εφέσεως υπόμνημα, κατά τον οποίον ο αναιρεσειών ουδέποτε ενεπλάκη σε οποιαδήποτε ποινική διαδικασία για την επίδικη υπόθεση, δεν ασκήθηκε δε ποινική δίωξη σε βάρος του, όπως προκύπτει και από το προσαγόμενο το πρώτον ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας 242/2001 αμετάκλητο βούλευμα του Συμβουλίου Εφετών Θεσσαλονίκης, με το οποίο παραπέμπονται ενώπιον του Τριμελούς Εφετείου Κακουρηγημάτων Θεσσαλονίκης οι Ε.Ι., Η.Α. κλπ., χωρίς να εμπλέκεται ο αναιρεσειών ή η εταιρία «Μ. Α.Ε.». Τούτο διότι, λόγω της αυτοτελείας της διοικητικής από την ποινική διαδικασία, κατά τα εκτιθέμενα στην πέμπτη σκέψη, το δικαστήριο της ουσίας, κατά τη διαπίστωση της συνδρομής του στοιχείου του δόλου στον φερόμενο ως υπαίτιο διαπράξεως τελωνειακής παραβάσεως λαθρεμπορίας, δεν είναι υποχρεωμένο να εκτιμήσει ειδικώς το γεγονός της μη ασκήσεως ποινικής διώξεως σε βάρος του. Επομένως, η σχετική κρίση του δικαστηρίου της ου-

σίας δεν κλονίζεται από την έκδοση, μετά τη δημοσίευση της αποφάσεώς του, παραπεμπτικού βουλεύματος για τα αντίστοιχα ποινικά αδικήματα, στο οποίο δεν περιλαμβάνονται όλα τα πρόσωπα που κρίθηκαν ως υπαίτια διαπράξεως της τελωνειακής παραβάσεως της λαθρεμπορίας. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, το Διοικητικό Εφετείο, προκειμένου να καταλήξει στην εν λόγω κρίση του, εξετίμησε και την προηγούμενη λαθρεμπορική δράση του ανωτέρω Ε.Ι., δέχθηκε δε ότι η δράση αυτή ήταν γνωστή στους υπευθύνους της εταιρίας. Η σκέψη όμως αυτή έχει επικουρικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανωτέρω, κύρια αιτιολογία, η οποία αυτοτελώς στηρίζει το συμπέρασμα του δικαστηρίου της ουσίας περί της συνδρομής του στοιχείου του δόλου και κατά της οποίας οι σχετικοί λόγοι αναιρέσεως απερρίφθησαν. Συνεπώς, οι λόγοι αναιρέσεως, οι οποίοι στρέφονται κατά της επικουρικής αυτής αιτιολογίας, είναι απορριπτέοι προεχόντως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Τέλος, οι λόγοι αναιρέσεως που πλήττουν την κρίση του δικαστηρίου της ουσίας περί ανυπαρξίας των ανωτέρω βουλγαρικών επιχειρήσεων στηρίζονται σε εσφαλμένη προϋπόθεση, αφού το δευτεροβάθμιο δικαστήριο δεν προέβη σε τέτοια κρίση, αλλ' απέρριψε ως αλυσιτελή σχετικό λόγο εφέσεως, δεχόμενο ότι, εφόσον, όπως και ο αναιρεσείων συνομολογεί κατ' αρχήν με την έφεσή του, τα επίδικα καύσιμα δεν εξήχθησαν από τη χώρα, αλλά διατέθηκαν στην εσωτερική αγορά, ανακύπτει υποχρέωση καταβολής των αναλογούντων δασμών και λοιπών φόρων.

Μειοψήφησαν οι Σύμβουλοι Π. Παραράς, Π.Ζ. Φλώρος, Γ. Παναγιωτόπουλος, Σπ. Καραλής, Π. Πικραμμένος και Θ. Παπαευαγγέλου, οι οποίοι διετύπωσαν την ακόλουθη γνώμη: Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του δικαστηρίου, από τις παρατεθείσες συναφείς διατάξεις συνάγεται ότι το αρμόδιο διοικητικό δικαστήριο, δεχόμενο ότι πληρούται, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η αντικειμενική υπόσταση της τελωνειακής παράβασης της λαθρεμπορίας, οφείλει να διαλάβει σαφή βεβαίωση για την τέλεσή της με δόλο και δεν αρκεί, ιδίως εν όψει αθωωτικής αποφάσεως ποινικού δικαστηρίου που εκτίμησε διαφορετικά τα αυτά πραγματικά περιστατικά, πιθανολόγηση της ύπαρξης δόλου του δράστη, αλλά απαιτείται πλήρης απόδειξή του (ΣΕ 509/2001 κ.ά.). Εν προκειμένω, η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, για να στηρίξει την περί υπάρξεως δόλου κρίση της, επικαλείται τους υπό στοιχ. α' - ε' λόγους για την θεμελίωση του δόλου, εξ αυτών όμως οι τρεις τελευταίοι αναφέρονται αποκλειστικώς στο γεγονός ότι ο αναιρεσείων, κατά την κρίση του δικαστηρίου εγνώριζε την λαθρεμπορική δράση του και εδώ άμεσα εμπλεκόμενου Ε.Ι., ο οποίος και τον Απρίλιο του 1993 είχε διωχθεί για λαθρεμπορία υγρών καυσίμων προερχομένων εκ της εταιρίας του αναιρεσειόντος. Η αιτιολογία όμως αυτή, στην οποία διαμακρών επιμένει το διοικητικό Εφετείο, δεν μπορεί, ακριβώς εκ του λόγου τούτου, να θεωρηθεί ως επικουρική για την θεμελίωση του δόλου, στηριζόμενη δε σε εικαζόμενη - συμπερασματική κρίση (ότι δηλαδή ο αναιρεσείων εγνώριζε τη δράση του

Ε.Ι. διότι «το παραπάνω γεγονός έλαβε ευρεία δημοσιότητα»), παραβιάζει τον πάγιο νομολογιακό κανόνα ότι δεν αρκεί απλή πιθανολόγηση για την εν προκειμένω στοιχειοθεσία του δόλου, δοθέντος, άλλωστε, ότι ο αναιρεσείων λογικώς δεν ηδύνατο να γνωρίζει το 1994 (ο εν προκειμένω κρίσιμος χρόνος) ότι ο Ε.Ι. θα καταδικαζόταν τελικά το 1997 για τις εν έτει 1993 τελεσθείσες πράξεις του. Η πληρότητα δε της αιτιολογίας κλονίζεται έτι περαιτέρω και εκ του ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ουδόλως αξιολογεί το γεγονός – που στο κείμενό της δέχεται – ότι δηλαδή «ο ίδιος ο εκδώσας την καταλογιστική πράξη Διευθυντής της Ε.Υ.Τ.Ε. Κεντρικής και Δυτικής Μακεδονίας Λ.Π. στην ένορκη κατάθεσή του, ενώπιον του ανακριτή Σερρών, κατά την επακολουθήσασα ποινική διαδικασία αναφέρει επί λέξει ότι «ως προς την εταιρία Μ. δεν μπορώ να είμαι κατηγορηματικός, όπως στην περίπτωση της Ε., οπότε ενδεχομένως η εταιρία αυτή να μη γνώριζε για τη λαθρεμπορία». Τέλος, κατά την περαιτέρω γνώμη του συμβούλου Πέτρου Παραρά, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ανατιολόγητη και για τον πρόσθετο λόγο ότι δεν έλαβε υπ' όψιν ισχυρισμόν του αναιρεσείοντος, προβληθέντα δια του υπομνήματος, ότι δηλαδή για τις αποδιδόμενες σ' αυτόν πράξεις ουδέποτε εδιώχθη ποινικώς, τούθ' όπερ επαληθεύθηκε, μετά την έκδοση της προσβαλλομένης αποφάσεως, δια του προσαχθέντος το πρώτο στο Συμβούλιο της Επικρατείας υπ' αριθμ. 242/2001 αμετακλήτου βουλεύματος του Συμβουλίου Εφετών Θεσσαλονίκης, όπου μεταξύ των παραπεμπομένων να δικασθούν για τις ως άνω λαθρεμπορικές πράξεις δεν περιλαμβάνεται ο αναιρεσείων Κ.Μ. (βλ. την από 4.2.2003 βεβαίωση του εισαγγελέως εφετών Θεσσαλονίκης). Ειδικότερα, εν όψει του ότι, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις, η λαθρεμπορία αποτελεί αδίκημα προβλεπόμενο από το ποινικό δίκαιο, η τέλεση δε του αδικήματος τούτου έχει ως συνέπεια και την επιβολή αυστηρότατου προστίμου που κυμαίνεται από το διπλάσιο μέχρι και το δεκαπλάσιο των διαφυγόντων δασμών, τούθ' όπερ αποτελεί βαρύτατη κύρωση κατά του διοικουμένου και της εταιρίας του, το τελικώς επιβληθέν στον αναιρεσείοντα πρόστιμο (το οκταπλάσιο των διαφυγόντων δασμών κ.λπ. που συνολικά υπερβαίνει τα τρία δισεκατομμύρια δραχμές) συνιστά, κατά την έννοια του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ν.δ. 53/1974), μια «κατηγορία ποινικής φύσεως», οπότε πρέπει να τηρηθούν και στην προκειμένη υπόθεση οι εξασφαλιστικές εγγυήσεις του άρθρου τούτου (παρ. 1 έως 3), μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και το τεκμήριο αθωότητας διωκομένου (βλ. ad hoc την απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου της 24.9.1997, Γαρυφάλλου Α.Ε.Β.Ε. κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, υπόθ. 93/1996). Συνάγεται δε από τους επιμέρους, υπερνομοθετικής δε ισχύος, κανόνες του άρθρου τούτου ότι, οσάκις η διοικητική αρχή και στη συνέχεια το διοικητικό εφετείο επιβάλλουν, κατ' εφαρμογή των περί λαθρεμπορίας διατάξεων, πρόστιμο και πολλαπλά τέλη λόγω της διοικητικώς διαπιστωθείσης δολίας ενέργειας του διωκομένου, η μεταγενέστερη, και δη εκκρεμούσης της αιτήσεως αναιρέσεως, δημοσίευση είτε απο-

φάσεως ποινικού δικαστηρίου που αθώνει οριστικά τον κατηγορούμενο είτε αμετακλήτου βουλεύματος εκ του οποίου δεν προκύπτει καν άσκηση ποινικής διώξεως εις βάρος εκείνου που επεβλήθη το πρόστιμο, έχει ως συνέπεια ότι καθιστά επιγενομένως ανεπαρκή την όποια αιτιολογία της προσβαλλομένης απόφασεως, η οποία και πρέπει να αναιρεθεί εξ αυτού του λόγου, ώστε το Εφετείο να συνεκτιμήσει και τα μεταγενέστερα μεν αυτά στοιχεία που ανάγονται όμως σε αξιολογήσεις συμπεριφοράς επί της οποίας στήριξε την κρίση της το πρώτον η διοικητική αρχή και στη συνέχεια το διοικητικό δικαστήριο. Στην περίπτωση δε αυτή δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής, ως αντισυμβατικοί, νομοθετικοί ή νομολογιακοί δικονομικοί κανόνες που απαγορεύουν την το πρώτον προβολή και λήψη υπόψιν τέτοιων στοιχείων κατά την αναιρετική δίκη, καθότι δεν ανταποκρίνονται, εν όψει των εκτεθέντων, στις απαιτήσεις της δίκαιης δίκης (πρβλ. απόφ. του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου της 9.5.2003 - προσφυγή 59506/2000). Θα έδει, λοιπόν, να αναιρεθεί η προσβαλλομένη απόφαση και να αναπεμφθεί η υπόθεση στο Εφετείο ώστε να εκτιμήσει τούτο το ως άνω αμετάκλητο βούλευμα, εκ του οποίου συνάγεται πάντως ότι ο αναιρεσείων δεν εδιώχθη για τις αποδιδόμενες εις αυτόν κατηγορίες.

12. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, απορρέουσα από την έννοια και τους θεσμούς του κράτους δικαίου, καθιερώνεται ήδη ρητώς από το Σύνταγμα (άρθρ. 25 παρ. 1) και συγκαταλέγεται, κατά την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, μεταξύ των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου. Σύμφωνα με την αρχή αυτή, οι επιβαλλόμενοι από τον κοινό νομοθέτη και τη διοίκηση περιορισμοί εις την άσκηση των ατομικών δικαιωμάτων πρέπει να είναι μόνον οι αναγκαίοι και να συνάπτονται προς τον υπό του νόμου επιδιωκόμενο σκοπό. Ένα μέτρο που προβλέπεται από διάταξη νόμου ως κύρωση για παράβαση διατάξεως, τότε μόνο αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, όταν από το είδος του ή τη φύση του είναι προδήλως ακατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού ή όταν οι δυσμενείς συνέπειες του μέτρου τελούν σε προφανή δυσαναλογία ή υπερακοντίζουν τον επιδιωκόμενο σκοπό.

13. Επειδή, η προδιαληφθείσα και εν προκειμένω εφαρμοσθείσα διάταξη της παρ. 3 του άρθρ. 97 του Τελων. Κώδικα, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με το άρθρ. 23 του ν. 495/1976, προβλέπει την επιβολή πολλαπλού τέλους, που κυμαίνεται από το διπλάσιο έως το δεκαπλάσιο των διαφυγόντων φόρων, ως κύρωση σε βάρος όλων των ενεχομένων στην τέλεση της τελωνειακής παραβάσεως της λαθρεμπορίας. Η νομοθετική αυτή διάταξη, που επιτρέπει επιμέτρηση της κυρώσεως σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ανάλογα με τη βαρύτητα της παραβάσεως και το βαθμό υποτροπής του παραβάτη και που στην επίδικη περίπτωση εφαρμόσθηκε με επιβολή οκταπλάσιου πολλαπλού τέλους, δεν αντίκειται στην ως είρηται προβλεπόμενη υπό του Συντάγματος και του Κοινοτικού Δικαίου αρχή της αναλογικότητας, διότι δεν θεσπίζει μέτρο προδήλως ακατάλληλο, ούτε η κύρωση υπερακοντίζει το σκοπό του νόμου που αποβλέπει, πέραν της ικανοποιήσεως του Δημοσίου με την

είσπραξη των διαφυγόντων δασμών και λοιπών φόρων και τελών, στον κολασμό του παραβάτη, ως και στην αποτροπή από την διάπραξη στο μέλλον παρομοίων παραβάσεων.

Μειοψήφησαν οι Σύμβουλοι Π. Παραράς, Ι. Μαρή, Γ. Παναγιωτόπουλος, Ε. Γαλανού και Π. Πικραμμένος, οι οποίοι διετύπωσαν την ακόλουθη άποψη: Οι διατάξεις του άρθρου 97 παρ. 3 του Τελων. Κώδικα, που επιτρέπουν στη Διοίκηση την επιβολή, ως κύρωση, πολλαπλού τέλους από το διπλάσιο μέχρι και το δεκαπλάσιο των διαφυγόντων δασμών και λοιπών φόρων, χωρίς μάλιστα να αξιώνουν οι διατάξεις αυτές πρόσθετες προϋποθέσεις για τη δυνατότητα επιβολής των εξ αυτών αυστηρότερων κυρώσεων αλλά αφήνοντας τον καθορισμό του ύψους αυτών (μέχρι το δεκαπλάσιο) στην διακριτική εξουσία της Διοικήσεως, εισάγουν ρυθμίσεις που κατά την έμφρονα κρίση είναι προδήλως δυσανάλογες σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό και συνεπώς παραβιάζουν την συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, σύμφωνα με την οποία οι με τυπικό νόμο ή κανονιστική πράξη της Διοικήσεως τιθέμενοι αφηρημένως περιορισμοί πρέπει να είναι μόνον οι αναγκαίοι και να συνδέονται με τον υπό του νομοθέτου επιδιωκόμενο σκοπό που εν προκειμένω δεν συνίσταται, προφανώς, ούτε στον πλουτισμό του κράτους ούτε στην οικονομική εξουθένωση των επιχειρήσεων (όπως συμβαίνει εν προκειμένω με την επιβολή αυστηροτάτων κυρώσεων), αλλά μόνον στην αποτροπή αυτών από την τέλεση πράξεως λαθρεμπορίας, ώστε το κράτος να επιτυγχάνει όντως την είσπραξη των κατά νόμον οφειλομένων σ' αυτό δασμών και λοιπών φόρων και όχι πολλαπλάσια αυτών. Η αρχή δε αυτή της αναλογικότητας αποτελεί και πρωτογενή κανόνα του κοινοτικού δικαίου (βλ. άρθρο 3B εδ. τρίτο της Συνθήκης, ήδη άρθρο 5) με το αυτό δε περιεχόμενο, ήδη δε το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, στο οποίο υποβλήθηκε από ελληνικό δικαστήριο, με την διαδικασία του άρθρου 177 της Συνθήκης (ήδη άρθρο 234), το ερώτημα εάν τελωνειακή κύρωση, συνιστώμενη σε πολλαπλούν τέλος ανερχόμενο μέχρι το δεκαπλάσιο των σχετικών φορολογικών επιβαρύνσεων, συμβιβάζεται με την αρχή της αναλογικότητας, αποφάνθηκε ότι εθνική νομοθεσία η οποία προβλέπει, σε περίπτωση παραβάσεως κοινοτικής οδηγίας, πολλαπλούν τέλος έως και το δεκαπλάσιο των σχετικών φορολογικών επιβαρύνσεων, δεν συμβιβάζεται με την αρχή της αναλογικότητας, παρά μόνον καθόσον η νομοθεσία αυτή καθίσταται αναγκαία εκ των επιταγών της καταστολής και της προλήψεως, λαμβανομένης υπ' όψιν της σοβαρότητας της παραβάσεως (ΔΕΚ απόφ. της 12.7.2001, Π. Λουλουδάκης κατά Ελληνικού Δημοσίου, υπόθ. C-262/99), θέτοντας έτσι το Δικαστήριο αυτό το ζήτημα της συμφωνίας προς την αρχή της αναλογικότητας αυτού τούτου του νομοθετικού μέτρου, που και στην υπόθεση εκείνη ήταν η ίδια διάταξη του άρθρου 97 παρ. 3 του τελωνειακού Κώδικα. Συνεπώς, δεν είναι εφαρμοστέες εν προκειμένω, ως αντισυνταγματικές, οι ως άνω περί των πολλαπλών τελών διατάξεις που επιτρέπουν την επιβολή πολλαπλού τέλους μέχρι του οκταπλασίου των δι-

αφυγόντων φόρων (πρβλ. και το άρθρο 150 παρ. 1 του νέου Τελωνειακού Κώδικα, ν. 2960/2001, όπου η κύρωση περιορίσθηκε στο τριπλάσιο των διαφυγόντων δασμών και λοιπών φορολογικών επιβαρύνσεων).

Επίσης, *μειοψήφησε* ο Σύμβουλος Σπ. Καραλής, ο οποίος υπεστήριξε τα εξής: Η καθιέρωση από το νόμο (άρθρ. 97 παρ. 3 του Τελων. Κώδικα) συστήματος κυρώσεων πρέπει να εμφανίζει εσωτερική συνοχή με την αναφορά κριτηρίων μετάβασης προς τις υψηλότερες βαθμίδες, πολλαπλού τέλους, όπως η ύπαρξη ποινικής διώξεως, ή η έκδοση προηγούμενων αποφάσεων σχετικών με τις ίδιες παραβάσεις, μη αρκούσης της απλής και γενικής αναφοράς για την επιλογή του ύψους του πολλαπλού τέλους των συνθηκών τέλεσης της λαθρεμπορίας. Ο έλεγχος του συμβατού των διατάξεων περί της επιβολής πολλαπλού τέλους προς την συνταγματικής ισχύος αρχή της αναλογικότητας είναι εφικτός ως *in abstracto* έλεγχος ανεξάρτητα από την δυνατότητα επιμέτρησης από το διπλούν έως το δεκαπλούν των διαφυγόντων δασμών και φόρων. Συνεπώς, κατά την εκτιθέμενη γνώμη, εφόσον ελλείπει από την πρόβλεψη της κύρωσης του πολλαπλού τέλους η ειδικότερη ρύθμιση για την επιβολή των υψηλότερων του διπλού βαθμίδων, η σχετική διάταξη αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας και δεν τυγχάνει εφαρμογής για τις πέραν του διπλού τέλους περιπτώσεις.

14. Επειδή, με τον ένατο και δέκατο λόγο εφέσεως, ο αναιρεσείων προέβαλε ότι το πρωτοβάθμιο δικαστήριο έκρινε με αόριστες και ασαφείς αιτιολογίες αφενός μεν ότι ο καθορισμός των πολλαπλών τελών στο υπερβολικό και εξωπραγματικό ποσό του οκταπλασίου των διαφυγόντων δασμών είναι εύλογος, ενώ έπρεπε να μειωθεί στο κατώτερο κατά νόμο όριο, αφετέρου δε ότι νομίμως κατά τον επιμερισμό των πολλαπλών τελών επεβλήθησαν σε βάρος αυτού πολλαπλά τέλη ανώτερα και από αυτόν ακόμη τον εμπνευστή της όλης «κομπίνας» και κύριο αυτουργό Ε.Ι. Ο λόγος αυτός απερρίφθη με την προσβαλλομένη απόφαση, με την αιτιολογία ότι εν όψει της βαρύτητας των επίδικων τελωνειακών παραβάσεων και των συνθηκών τελέσεώς τους και της προβλεπόμενης από το νόμο κυρώσεως, νομίμως τα πολλαπλά τέλη προσδιορίσθηκαν στο οκταπλάσιο των δασμών (ειδικού φόρου καταναλώσεως) και λοιπών επιβαρύνσεων, τα οποία ορθώς περαιτέρω επιμερίσθηκαν στα αναφερόμενα αναλυτικώς για κάθε περίπτωση εις βάρος του αναιρεσείοντος ποσά, δεδομένου ότι χωρίς τη συμμετοχή της εταιρίας που εκπροσωπεί δεν θα ήταν δυνατόν να κινηθεί η διαδικασία εικονικής εξαγωγής των καυσίμων.

15. Επειδή, ήδη προβάλλεται κατ' αναίρεση ότι η ανωτέρω αιτιολογία της απόφασεως, ως γενική και αόριστη, τυγχάνει μη νόμιμος και εξομοιώνεται με ανύπαρκτη αιτιολογία. Πέραν δε τούτου προβάλλεται ότι το δευτεροβάθμιο δικαστήριο δεν πρόβη σε κρίση περί του εάν το επιβληθέν πολλαπλούν τέλος λαθρεμπορίας ήτο πράγματι ανάλογο προς τον επιδιωκόμενο με την επιβολή της κυρώσεως αυτής σκοπό, αν και υπήρχε αμφισβήτηση ως προς το ύψος της. Η παράλειψη αυτή της

προσβαλλομένης συνιστά, κατά τον αναιρεσεύοντα, παράβαση σχετικής υποχρέωσης που επιβάλλεται από την αρχή αναλογικότητας, δεδομένου ότι η κύρωση είναι δυσανάλογος προς την βαρύτητα της παραβάσεως. Ο λόγος όμως αυτός είναι απορριπτέος, ως αβάσιμος, διότι με την προσβαλλομένη απόφαση αφενός μεν επιβλήθη κύρωση επιίπτουσα στην προβλεπόμενη κλίμακα από το άρθρο 97 παρ. 3 του Τελωνειακού Κώδικα, αφετέρου δε η κρίση του δικάσαντος δικαστηρίου αιτιολογείται νομίμως και επαρκώς, ως προς την επιμέτρηση του πολλαπλού τέλους. Ειδικότερα, η αναιρεσιβαλλομένη, αφού παραθέτει σε προηγούμενες αιτιολογικές σκέψεις δια μακρών τα πραγματικά περιστατικά τελέσεως των τελωνειακών παραβάσεων (είδος, μέγεθος, υπαίτιοι, χρονική διάρκεια κ.λπ.), κρίνει νόμιμο τον προσδιορισμό του πολλαπλού τέλους στο οκταπλάσιο των διαφυγόντων φόρων με κριτήρια τη βαρύτητα των τελωνειακών παραβάσεων και τις εν γένει συνθήκες τελέσεως αυτών, καθώς και το βαθμό συμμετοχής στις παραβάσεις της εκπροσωπούμενης από τον αιτούντα εταιρίας, δηλονότι με βάση κριτήρια πρόσφορα για την *in concreto* εφαρμογή της αναλογικότητας. Η κρίση δε αυτή δεν έχρηζε περισσότερο εξειδικευμένης αιτιολογίας δεδομένου ότι ο αναιρεσεύων δεν προβάλλει ότι είχε επικαλεσθεί κατ' έφεσιν συγκεκριμένους ουσιώδεις ισχυρισμούς συναπτομένους προς την εφαρμογή την αρχή της αναλογικότητας, οι οποίοι θα υποχρέωναν το δικάσαν δικαστήριο να τους αντιμετωπίσει με ειδική αιτιολόγηση.

Μειοψήφησαν οι Σύμβουλοι Π. Παραράς, Π.Ζ. Φλώρος, Ι. Μαρή, Γ. Παναγιωτόπουλος, Νικ. Ντούβας, Ε. Γαλανού, Π. Πικραμμένος, Θ. Παπαευαγγέλου, και Δ. Μαρινάκης, οι οποίοι διέτυπωσαν την εξής γνώμη: Πέραν του νομοθέτου, ως ήδη ανεφέρθη, η αρχή της αναλογικότητας δεσμεύει, ως παγίως γίνεται δεκτό, τόσο την Διοίκηση όσο και τα Δικαστήρια, όταν προβαίνουν στην εφαρμογή του κανόνα δικαίου στη συγκεκριμένη περίπτωση, διότι και τότε πρέπει να επιλέγεται ητιολογημένως μόνον το αναγκαίο μέτρο για την εκπλήρωση του σκοπού του νόμου, η κρίση δε αυτή του διοικητικού οργάνου ελέγχεται στη συνέχεια από τα δικαστήρια, τα οποία οφείλουν και αυτά να αιτιολογούν πλήρως την κρίση τους ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση όντως επελέγη το ανάλογο και προσήκον μέτρο, δηλαδή ότι τηρήθη η αρχή της αναλογικότητας και στη συγκεκριμένη περίπτωση. Εν προκειμένω δε ο αναιρεσεύων και με λόγο εφέσεως, αλλά ιδίως και κατά της προσβαλλομένης αποφάσεως, προέβαλε ότι τα πολλαπλά τέλη προσδιορίστησαν στο οκταπλάσιο κατά τρόπο γενικό και αόριστο, ήτοι αναιτιολογήτως, δηλαδή χωρίς το δικαστήριο να διαλάβει ειδικές σκέψεις, γιατί το καταλογισθέν αυτό ποσόν ήταν πράγματι το ανάλογο της τελεσθείσης παραβάσεως και αναγκαίο για την εκπλήρωση του σκοπού του νόμου, επί πλέον δε προέβαλε ότι το ποσόν αυτό ήταν «υπερβολικό» και «εξωπραγματικό». Έτσι, παρά το ότι ο αναιρεσεύων ουσιαστικά προέβαλε παράβαση της αρχής της αναλογικότητας (ακαταλληλότητα του μέτρου, υπερβολή, δυσαναλογία) το διοικητικό εφετείο δεν έδωσε καμία απάντηση για το αν τηρήθηκε εν προκειμέ-

νω η αρχή αυτή. Συνεπώς, ο λόγος αυτός, κατά την γνώμη της μειοψηφίας, είναι βάσιμος, δοθέντος ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση υπάρχουν μόνον γενικές αιτιάσεις, που μπορούν να χρησιμοποιηθούν σε κάθε περίπτωση, και με τις οποίες το Εφετείο απέρριψε τον παραπάνω λόγο «εν όψει (όπως αναφέρεται στην απόφαση) της βαρύτητας των επίδικων τελωνειακών παραβάσεων, των συνθηκών τελέσεώς τους και της προβλεπομένης από το νόμο κυρώσεως», η τελευταία δε αυτή σκέψη της αποφάσεως είναι και παράνομη, διότι αναφέρεται απλώς στο νόμο που προβλέπει τις κυρώσεις, με την έννοια, προφανώς, ότι αφού το Δικαστήριο εκινήθη μέσα στο πλαίσιο (διπλάσιο - δεκαπλάσιο) της επιβολής κυρώσεων που ορίζει ο νόμος, η σχετική δικαστική κρίση πληροί την απαίτηση της αιτιολογίας. Αντιθέτως, όμως, το Δικαστήριο όφειλε, αφού έχει εκ του νόμου ευχέρεια προσδιορισμού του ύψους του προστίμου, να αιτιολογήσει ειδικώς, σύμφωνα με πάγια νομολογία, γιατί επέλεξε η επιβολή τόσον ασυνήθιστα υψηλού πολλαπλού τέλους (που προσεγγίζει με την αλληλέγγυο και εις ολόκληρον ευθύνη τα τρία δισεκατομμύρια δραχμές), δυσβάστακτου ακόμη και για πολύ μεγάλες επιχειρήσεις, οδηγώντας δε, εκ του αποτελέσματος, σε προσβολή του δικαιώματος στην περιουσία (άρθρ. 1 του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου στην ΕΣΔΑ), της οποίας αποτελεί κατ' ουσία δήμευση. Τέτοιες όμως αιτιολογίες δεν υπάρχουν στην πρόσβαλλόμενη απόφαση και βασίμως προβάλλεται ο λόγος περί παραβάσεως της αρχής της αναλογικότητας κατά την επιμέτρηση της διοικητικής κυρώσεως.

16. Επειδή, μετά την επίλυση των ως άνω παραπεμφθέντων ζητημάτων και την απόρριψη των σχετικών προβαλλομένων λόγων αναιρέσεως, η Ολομέλεια κρατεί την υπόθεση προς εκδίκαση, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρ. 14 του π.δ. 18/1989 (ΦΕΚ Α' 8). Δεδομένου δε ότι με την εν προκειμένω υπ' αριθμ. 1006/2002 παραπεμπτική απόφαση του ΣΤ' Τμήματος έχουν απορριφθεί ως αβάσιμοι ή ως απαράδεκτοι και οι λοιποί προσβαλλόμενοι λόγοι αναιρέσεως, η αίτηση είναι απορριπτέα εξ ολοκλήρου. Το Δικαστήριο, εκτιμώντας τις περιστάσεις, απαλλάσσει τον αιτούντα από τη δικαστική δαπάνη του Δημοσίου.

Σ 20.1 και 25.1, ΚΕΔΕ 85.1, Κωδικοποιημένο ν.δ. 26.6/10.7.1944 άρθρο 5

Πολλαπλή επίδοση δικογράφου στο Δημόσιο με ποινή παραδέκτου

Η υποχρέωση πολλαπλής επιδόσεως του ίδιου δικογράφου σε διαφορετικά όργανα που εκπροσωπούν το Δημόσιο συνιστά υπέρμετρη επιβάρυνση του διαδίκου που παρίσταται δυσανάλογη σε σχέση προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της προώπισης των συμφερόντων του Δημοσίου και ως εκ τούτου είναι αντισυνταγματική. (Παραπέμπει στο ΑΕΔ ενόψει της αντιθέσεως με τις ΑΠ 34/1998 και 1636/2002).

ΟλομστΕ 991/2004

(Σύνθεση: Χ. Γεραρής, Π. Φλώρος, Γ. Παναγιωτόπουλος, Ν. Ντούβας, Σ. Καραλής, Δ. Κωστόπουλος, Φ. Αρναούτογλου - εισηγητής, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Π. Πικραμένος, Α. Θεοφιλοπούλου, Ν. Σακελλαρίου, Θ. Παπαευαγγέλου, Α. Συγγούνα, Α. Γκότσης, Α. Ράντος, Δ. Μπριόλας, Ε. Δανδουλάκη, Ε. Σαρπ, Ν. Μαρκουλάκης, Π. Κοτσώνης, Γ. Παπαγεωργίου, Μ. Καραμανώφ, Ι. Μαντζουράνης, Α. Χριστοφορίδου, Δ. Αλεξανδρής, Δ. Σκαλτσούνης, Κ. Βιολάρης, Σύμβουλοι: Σ. Χρυσικοπούλου, Θ. Αραβάνης, Πάρεδροι)

2. Επειδή με την απόφαση 137/1991 του Διοικητικού Πρωτοδικείου Χαλκίδος απορρίφθηκε ανακοπή του Α.Α. κατά της αποφάσεως 7673/27.9. 1988 του Συμβουλίου Χωροταξίας, Οικισμού και Περιβάλλοντος (ΣΧΟΠ) νομού Ευβοίας, με την οποία είχε απορριφθεί ένστασή του κατά της αποφάσεως 3685/27.2. 1988 του Προϊσταμένου του Τμήματος Πολεοδομίας και Πολεοδομικών Εφαρμογών της Νομαρχίας Ευβοίας περί επιβολής, σε βάρος του, προστίμου 10.347.251 δρχ. για ανέγερση αυθαιρέτου και 193.371 δρχ. για διατήρησή του. Έφεση τούτου κατά της αποφάσεως αυτής απορρίφθηκε ως εκπρόθεσμη με την απόφαση 879/1994 του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, η οποία, όμως, κατόπιν αιτήσεώς του, αναιρέθηκε με την απόφαση 474/1997 του Συμβουλίου της Επικρατείας. Με την κρινόμενη αίτηση, όπως περιορίσθηκε με προφορική δήλωση του πληρεξουσίου δικηγόρου των παραστάτων αναιρεσειόντων στο ακροατήριο, κατά την συζήτηση της υποθέσεως ενώπιον του ΣΤ' Τμήματος, ζητείται η αναίρεση της μετ' αναίρεση εκδοθείσης αποφάσεως 2323/1997 του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, με την οποία απορρίφθηκε πλέον κατ' ουσίαν η έφεση του ως άνω κατά της πρωτόδικης αποφάσεως.

3. Επειδή η υπόθεση εισάγεται ενώπιον της Ολομελείας κατόπιν της αποφάσεως 1599/2003 του ΣΤ' Τμήματος, το οποίο, αφού έκρινε ότι παραδεκτώς ασκούν την κρινόμενη αίτηση οι αναιρεσειόντες ως κληρονόμοι του Α.Α. πλην της μη παράστασης Μ.Κ.Μ., το γένος Α.Α., ως προς την οποία απέρριψε, με οριστική διάταξη, την αίτηση, παρέπεμψε, κατά τα λοιπά, προς επίλυση το ζήτημα της συνταγματικότητας του άρθρου 85 παρ. 1 του ΚΕΔΕ (ν.δ. 356/1974 - Α' 90) που ανέκυψε.

4. Επειδή το άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος ορίζει ότι «Καθένας έχει δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας από το δικαστήρια και μπορεί να αναπτύξει σ' αυτό τις απόψεις του για τα δικαιώματα ή συμφέροντά του όπως νόμος ορίζει». Εξ άλλου, το μεν άρθρο 85 παρ. 1 του ΚΕΔΕ ορίζει ότι «επί δικών του παρόντος Ν. Διατάγματος το Δημόσιον εκπροσωπεί ο Διευθυντής του Δημοσίου Ταμείου, καθ' ου στρέφεται και κοινοποιείται παν δικόγραφον επί ποινή απαραδέκτου αυτού. Κατά πάσαν όμως περίπτωσιν επί τη αυτή ως άνω κυρώσει απαιτείται κοινοποίησις του δικογράφου και εις τον Υπουργόν Οικονομικών», το δε άρθρο 5 του Δ/τος της 26 Ιουνίου - 10 Ιουλίου 1944 «περί Κώδικος των νόμων περί δικών του Δημοσίου» (Α' 139), κωδικοποιώντας το άρθρο 11 του α.ν. 1919/1939 (Α' 345), ορίζει στην

παρ. 1 ότι «μόνον αι προς τον Υπουργόν των Οικονομικών... γενόμεναι κοινοποιήσεις οποιουδήποτε δικογράφου επί δικών του Δημοσίου παράγουσι νομίμους συνεπείας», και στην παρ. 2 ότι «η διάταξις της προηγουμένης παραγράφου εφαρμόζεται και όταν το Δημόσιον εκπροσωπείται δικαστικώς εκ μέρους άλλου, πλην του επί των Οικονομικών Υπουργού, είτε και εκ μέρους των διευθυντών ταμείων ή οικονομικών εφόρων ή τελωνών ή ετέρου οιουδήποτε κρατικού οργάνου, της προς τον Υπουργό Οικονομικών επιδόσεως απαιτουμένης και τότε ως προσθέτου τοιαύτης, επί συνεπεία ακυρότητος αυτεπαγγέλτως εξεταζομένης».

5. Επειδή το απαράδεκτο που θεσπίζουν οι ως άνω διατάξεις των άρθρων 85 παρ. 1 του ΚΕΔΕ και 5 παρ. 1 και 2 του Κ.Δ. της 26.6./10.7.1944 επί μη κοινοποιήσεως δικογράφων σε υποθέσεις της ΚΕΔΕ και στον Υπουργό Οικονομικών είναι αντίθετο στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Και τούτο γιατί, εφόσον ο διάδικος υποχρεούται να κοινοποιήσει κάθε δικόγραφο επί ποινή απαραδέκτου στον εκπροσωπούντα το Δημόσιο διευθυντή της οικείας δημόσιας οικονομικής υπηρεσίας, η υποχρέωση επί πλέον κοινοποιήσεως, πάλι επί ποινή απαραδέκτου, και στην προϋσταμένη του διευθυντή αρχή, τον Υπουργό των Οικονομικών, συνιστά υπέρμετρη επιβάρυνση που παρίσταται δυσανάλογη σε σχέση προς τον επιδιωκόμενο σκοπό της προάσπισης των συμφερόντων του Δημοσίου.

Αν και κατά την γνώμη των Συμβούλων Π. Ζ. Φλώρου, Γ. Παναγιωτόπουλου, Σ. Καραλή, Δ. Κωστόπουλου, Φ. Αρναούτογλου, Γ. Παπαμεντζελόπουλου, Α. Θεοφιλοπούλου, Θ. Παπαευαγγέλου, Α. Συγγούνα, Ελ. Δανδουλάκη, Ν. Μαρκουλάκη και Ι. Μαντζουράνη και της Παρέδρου Σ. Χρυσικοπούλου, η απαίτηση του νόμου για κοινοποίηση των «δικογράφων των υποθέσεων του ΚΕΔΕ και στον κατ' εξοχήν αρμόδιο διαχειριστή του δημοσίου χρήματος Υπουργό των Οικονομικών, στον οποίο υπάγεται το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους που εκπροσωπεί δικαστικά το Δημόσιο, έστω και αν τάσσεται επί ποινή απαραδέκτου, δεν είναι υπερβολική ώστε να περιορίζει την παροχή έννομης προστασίας των πολιτών από τα δικαστήρια και, συνεπώς, δεν είναι αντίθετη στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, όπως, άλλωστε, έχει παγίως κριθεί με την ακώλυτη εφαρμογή των ως άνω διατάξεων τόσο από το Συμβούλιο της Επικρατείας (ΣΕ 424/2003, 2014/2001, 2363, 2444/1999, 3095/1994, 508/1992 κ.λπ.), όσο και από τον Άρειο Πάγο (ΑΠ 1636/2002, 34/1988).

6. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, το δικόγραφο προσθέτων λόγων της ανακοπής του Α.Α. απορρίφθηκε από το Διοικητικό Πρωτοδικείο ως απαράδεκτο γιατί δεν είχε κοινοποιηθεί και προς τον Υπουργό Οικονομικών, όπως απαιτεί η ως άνω διάταξη του ΚΕΔΕ, την κρίση του δε αυτή επικύρωσε το Διοικητικό Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφαση, απορρίπτοντας σχετικό λόγο εφέσεως. Σύμφωνα με τη γνώμη που επικράτησε στην Ολομέλεια, το απαράδεκτο αυτό δεν ισχύει, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα, εν όψει όσων εκτέθηκαν περί της εννοίας του άρθρου 20 παρ. 1 του Συντάγματος. Θα έπρεπε, επομένως, για τον λόγο αυτό να αναι-

ρεθεί η προσβαλλομένη. Εν όψει, όμως, του ότι ο Άρειος Πάγος, με τις αποφάσεις του 34/1988 και 1636/2002, έχει εφαρμόσει τις ως άνω διατάξεις του άρθρου 85 παρ. 1 του ΚΕΔΕ και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Κ.Δ. της 26.6/10.7. 1994 (άρθρου 11 του ΑΝ 1919/1939), κρίνοντάς τες εμμέσως σύμφωνες προς το Σύνταγμα, προκαλείται αντίθεση μεταξύ των δύο ανωτάτων δικαστηρίων ως προς την συνταγματικότητα διατάξεων τυπικών νόμων, κατά το μέρος που επιβάλλουν σωρευτικώς υποχρέωση κοινοποίησης των δικογράφων στο Διευθυντή της οικείας δημόσιας οικονομικής υπηρεσίας και στον Υπουργό Οικονομικών. Συνεπώς, σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ. 1 περ. ε' του Συντάγματος και το άρθρο 48 παρ. 2 του ν. 345/1976, πρέπει το ζήτημα που ανέκυψε να παραπεμφθεί στο Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο προς άρση της αμφισβητήσεως.

Σημείωση

Κοινό χαρακτηριστικό γνώρισμα και των τριών δημοσιευόμενων αποφάσεων της Ολομελείας του Ανωτάτου Διοικητικού Δικαστηρίου της Χώρας συνιστά η εφαρμογή του κανονιστικού πεδίου της αρχής της αναλογικότητας.

Η εν λόγω αρχή, η οποία έχει αναγορευθεί πλέον σε αρχή συνταγματικής περιωπής, συναρθρώνεται σε τρεις επιμέρους αρχές: α) στην αρχή της καταλληλότητας, δηλαδή, εάν το επιλεγέν μέσο είναι ικανό, πρόσφορο, κατάλληλο για να υπηρετήσει τον επιδιωκόμενο σκοπό, β) στην αρχή της αναγκαιότητας εάν, δηλαδή, το συγκεκριμένο μέσο είναι το αναγκαίο ή ολιγότερο επαχθές για την πραγμάτωση του επιδιωκόμενου σκοπού, γ) στην αρχή της αναλογικότητας (*stricto sensu*), εάν δηλαδή το επιλεγέν μέσο συνάπτεται προς τον επιδιωκόμενο σκοπό ή εάν μεταξύ μέσου και σκοπού υπάρχει εύλογη συνάφεια.

Με την εφαρμογή της αρχής αυτής στις ως άνω περιπτώσεις αναδεικνύεται ο λειτουργικός ρόλος της αρχής αυτής και παράλληλα επισημαίνεται το πολλαπλό πεδίο εφαρμογών αυτής.

Πάντως, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι και στις τρεις ως άνω υποθέσεις (α) επιβολή τελωνειακών κυρώσεων, β) κατάθεση παραβόλου για την άσκηση εφέσεως, γ) κοινοποίηση κατά τον ΚΕΔΕ) διατυπώθηκαν μειωσιμότητες απόψεις, γεγονός που καταδεικνύει το αμφίσημο κανονιστικό περιεχόμενο της αρχής.

Α.Φ.

Σ 4, π.δ. 86/2001

Αντισυνταγματικότητα του τρόπου αναβαθμολογήσεως γραπτών για την πρόσβαση στην τριτοβάθμια εκπαίδευση

Η διαμόρφωση της τελικής βαθμολογίας σε περίπτωση αναβαθμολογήσεως του γραπτού με τον τρόπο που προβλέπει το π.δ. 86/2001 εξαρτάται από το εντελώς τυχαίο και συμπτωματικό κριτήριο του βαθμού εκείνου από τους δύο προηγούμενους

προς τον οποίο προσεγγίζει ο βαθμός του τρίτου (αναβαθμολογητή), με συνέπεια να προσκρούει στη συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας.

ΔιοικΕφΑθ 3155/2003 [Ακυρωτικός Σχηματισμός]

(Σύνθεση: Β. Καρακώστας, Β. Χριστοφίλης, Β. Παπαγελοπούλου - εισηγήτρια)

Με την κρινόμενη αίτηση, για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο (1019382 και 1032898/22.9.2003 ειδικά έντυπα παραβόλου), επιδιώκεται, παραδεκτός, να ακυρωθεί η απόφαση του Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων, με την οποία κυρώθηκαν οι πίνακες εισαγομένων στα τμήματα και τις σχολές της τριτοβάθμιας εκπαίδευσης των εισαγωγικών εξετάσεων ακαδημαϊκού έτους 2003-2004 με βάση το απολυτήριο του ενιαίου λυκείου, κατά το μέρος που συμπεριελήφθη μεν στους πίνακες αυτούς ως επιτυχών ο αιτών, εισήχθη όμως στο τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης που αποτελούσε τη δεύτερη προτίμησή του στο μηχανογραφικό δελτίο.

Κατ' εξουσιοδότηση των διατάξεων του άρθρου 2 παρ. 3 του ν. 2525/1997, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 παρ. 2 του ν. 2909/2001, εκδόθηκε η Φ.253/Β6/1340/11.5.2001 απόφαση του Υπουργού Εθνικής Παιδείας και Θρησκευμάτων (ΦΕΚ 565/15.5.2001 τ. Β') «Πρόσβαση των κατόχων απολυτηρίου ενιαίου λυκείου ή άλλου τύπου λυκείου στην τριτοβάθμια εκπαίδευση». Σύμφωνα με την υπουργική αυτή απόφαση η επιλογή των εισαγομένων γίνεται με κριτήριο το σύνολο των μορίων που συγκεντρώνεται από το άθροισμα των γινομένων του γενικού βαθμού πρόσβασης και του βαθμού πρόσβασης των δύο μαθημάτων αυξημένης βαρύτητας με τους αντίστοιχους συντελεστές. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 13 του άρθρου 1 του ν. 2525/1997, όπως αυτές συμπληρώθηκαν αρχικά με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 2909/2001 και στη συνέχεια με τις διατάξεις του άρθρου 12 του ν. 2986/2002, και της παρ. 14 του άρθρου 13 του ν. 3149/2003, ο γενικός βαθμός πρόσβασης και οι βαθμοί πρόσβασης των μαθημάτων διαμορφώνονται με βάση την ετήσια προφορική επίδοση του μαθητή και τη γραπτή επίδοσή του στις τελικές γραπτές εξετάσεις που διενεργούνται σε εθνικό επίπεδο στα μαθήματα των δύο τελευταίων τάξεων που εξετάζονται σε εθνικό επίπεδο με βάση τις σχετικές διατάξεις για την προαγωγή και απόλυση των μαθητών του ενιαίου λυκείου.

Περαιτέρω, κατ' άρθρο 22 του π.δ. 86/2001 (ΦΕΚ 73/12.4.2001 τ. Α') «αξιολόγηση των μαθητών του ενιαίου λυκείου», αν η διαφορά μεταξύ των βαθμολογιών του Α' και του Β' βαθμολογητή είναι μικρότερη ή ίση με 12 μονάδες στην κλίμακα 0-100, τότε ο τελικός βαθμός είναι ο μέσος όρος των δύο βαθμολογιών (παρ. 1). Αν η διαφορά όμως μεταξύ των βαθμολογιών Α' και Β' βαθμολογητή είναι μεγαλύτερη από 12 μονάδες στην κλίμακα 0-100, τότε γραπτό παραδίδεται για αναβαθμολόγηση και σε τρίτο βαθμολογητή (παρ. 2). Στην περίπτωση αναβαθμολόγησης ο τε-

λικός βαθμός του γραπτού είναι ο μέσος όρος που προκύπτει από το βαθμό του τρίτου βαθμολογητή και τον πλησιέστερο προς αυτόν βαθμό των δύο προηγούμενων, εκτός της περίπτωσης που ο βαθμός του τρίτου είναι μικρότερος από τους βαθμούς και των δύο πρώτων, οπότε ως βαθμός του γραπτού λαμβάνεται ο μικρότερος βαθμός από αυτούς που έδωσαν οι δύο πρώτοι βαθμολογητές. Στην περίπτωση που ο βαθμός του Γ' βαθμολογητή είναι ίσος με τον μέσο όρο των βαθμών των δύο πρώτων, ως τελικός βαθμός του γραπτού λαμβάνεται ο συγκεκριμένος μέσος όρος (παρ. 3, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή της με την παρ. 15 του άρθρου 1 του π.δ. 26/2002).

Στην προκειμένη περίπτωση, ο αιτών, απόφοιτος ενιαίου λυκείου, μετείχε στις εξετάσεις των μαθημάτων της Γ' τάξης ενιαίου λυκείου που διενεργήθηκαν σε εθνικό επίπεδο τον Μάιο - Ιούνιο 2003, συγκέντρωσε δε σύνολο μορίων 18.086, με αποτέλεσμα να εισαχθεί στο Τμήμα Νομικής του Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης που αποτελούσε τη δεύτερη προτίμησή του στο μηχανογραφικό δελτίο. Ειδικότερα, το μάθημα της νεοελληνικής λογοτεχνίας θεωρητικής κατεύθυνσης βαθμολογήθηκε από τον Α' βαθμολογητή με βαθμό 56 και τον Β' βαθμολογητή με 78. Εν όψει της διαφοράς αυτής των δύο βαθμών (μεγαλύτερης των 12 βαθμών), το γραπτό βαθμολογήθηκε και από Γ' βαθμολογητή - αναβαθμολογητή με βαθμό 64. Κατ' εφαρμογή των προαναφερόμενων διατάξεων ο μέσος όρος του μαθήματος διαμορφώθηκε σε 60, που αποτελεί τον μέσο όρο του βαθμού του αναβαθμολογητή με τον πλησιέστερο προς αυτόν βαθμό των δύο προηγούμενων, δηλαδή το 60 αντιπροσωπεύει τον μέσο όρο του 56 και 64 στην κλίμακα 0-100.

Ο προβλεπόμενος από τις προηγούμενες διατάξεις τρόπος αναβαθμολογήσεως έχει ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό εκείνου του βαθμού ο οποίος αφίσταται περισσότερο από το βαθμό του αναβαθμολογητή. Όμως, η διαμόρφωση της τελικής βαθμολογίας του γραπτού – σε περίπτωση αναβαθμολογήσεως – κατά τον καθιερούμενο από το π.δ. 86/2001 τρόπο, στηρίζεται σε ρευστά και όχι αντικειμενικά δεδομένα, μη συμφύη με το αντικείμενο και το σκοπό της ρύθμισης, στον οποίο αποβλέπει ο θεσμός της αναβαθμολόγησης, αφού εξαρτάται από το εντελώς τυχαίο και συμπτωματικό κριτήριο του βαθμού εκείνου από τους δύο προηγούμενους βαθμολογητές προς τον οποίο προσεγγίζει ο βαθμός του αναβαθμολογητή. Κατά συνέπεια, προσκρούει στη συνταγματικώς κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας.

Με τα δεδομένα αυτά, σε περίπτωση αναβαθμολογήσεως του γραπτού δοκιμίου του υποψηφίου, όπως στην προκειμένη περίπτωση, ο τελικός βαθμός του γραπτού πρέπει να διαμορφωθεί με βάση το μέσο όρο των τριών βαθμολογητών. Τη ρύθμιση αυτή, η οποία επιβάλλεται και από την αρχή της αναλογικότητας, και η οποία δεν αποτελεί αδικαιολογήτως ευμενή μεταχείριση για τους υποψηφίους εκείνους τα γραπτά των οποίων είναι δεκτικά αναβαθμολογήσεως έναντι των λοιπών υποψηφίων, όπως αβάσιμα προβάλλεται από το Δημόσιο, απηχεί και το π.δ. 86/2001 (άρθρο

22 παρ. 3 αυτού, όπως ισχύει), στο οποίο ορίζεται ότι σε περίπτωση που ο τρίτος βαθμός είναι ο μέσος όρος των δύο πρώτων, ως τελικός βαθμός του γραπτού λαμβάνεται ο συγκεκριμένης μέσος όρος. Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη υπουργική απόφαση παρίσταται μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί ως προς τον αιτούντα κατά τα βασίμως από αυτόν προβαλλόμενα. Περαιτέρω, η υπόθεση να αναπεμφθεί στη Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα.

Σημείωση

1. Η απόφαση είναι αναμφίβολα ιδιαίτερα σημαντική για το δίκαιο της παιδείας σε πρακτικό επίπεδο, διότι οδηγεί σε μεταβολή του συστήματος (ανα)βαθμολογήσεως στον τόσο ευαίσθητο τομέα των εισαγωγικών εξετάσεων για την τριτοβάθμια εκπαίδευση.

Θεωρώ όμως πέραν αυτού την απόφαση σημαντική και σε επιστημονικό επίπεδο, διότι προβαίνει σε μία μάλλον πρωτότυπη και ενδιαφέρουσα *ad hoc* εφαρμογή των αρχών της ισότητας και αναλογικότητας.

2. Ως προς την αρχή της *ισότητας*, η απόφαση ενδεχομένως εννοεί ότι ο βαθμός που συνάγεται από το (προ)ισχύον σύστημα αναβαθμολογήσεως φέρνει τους υπό αναβαθμολόγηση υποψηφίους σε (άνισα) δυσμενέστερη θέση έναντι *αφενός* μεν υποψηφίων για τους οποίους δεν απαιτήθηκε αναβαθμολόγηση, *αφετέρου* δε υποψηφίων τα γραπτά των οποίων υπεβλήθησαν σε αναβαθμολόγηση, ο βαθμός όμως του αναβαθμολογητή ήταν πλησιέστερος στον *υψηλότερο* και όχι στον *χαμηλότερο* βασικό βαθμό.

3. Τα επιμέρους κριτήρια ισότητας που χρησιμοποιεί η απόφαση είναι τρία: η *ρευστότητα* των δεδομένων στα οποία στηρίζεται η ως αντισυνταγματική κρινόμενη νομοθετική ρύθμιση (κριτήριο α), η *μη αντικειμενικότητα* των αυτών δεδομένων (κριτήριο β), και η *ασυνάφεια* του συστήματος αναβαθμολογήσεως με το σκοπό της αναβαθμολογήσεως (κριτήριο γ).

4. Το κριτήριο είναι ρευστό, διότι οδηγεί σε μεταβολή διαδικασίας αναβαθμολογήσεως ανάλογα με το αν ο βαθμός αναβαθμολογήσεως βρίσκεται πιο κοντά στο όριο του X (μικρότερου βαθμού) ή του Ψ (μεγαλύτερου βαθμού). Στην μία περίπτωση η διαδικασία θα μπορούσε να εκφραστεί (αν ο βαθμός αναβαθμολογήσεως ονομαστεί A) ως λόγος X/A ενώ στην άλλη ως Ψ/A . Άρα, ο τρόπος αναβαθμολογήσεως μεταβάλλεται με κριτήριο τυχαίο και μη προϋπολογίσιμο από τον εξεταζόμενο.

5. Το αυτό κριτήριο (όπως συγκεκριμενοποιείται υπό 4) δεν είναι ούτε αντικειμενικό, αφού για άλλους υποψηφίους χρησιμοποιείται η μια διαδικασία (X/A) και για άλλους η άλλη (Ψ/A) χωρίς αυτή η διαφοροποίηση να έχει συγκεκριμένο λόγο υπάρξεως, βασιζόμενο μάλιστα σε αξιολογήσεις του θετικού δικαίου. Ο τυχαίος χαρακτήρας της διαφοροποιήσεως σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η διαφοροποίηση δεν θεμελιώνεται κάπου στο θετικό δίκαιο, οδηγεί δικαιολογημένα στο συμπέ-

ρασμα ότι το κριτήριο δεν είναι αντικειμενικό.

6. Σκοπός της αναβαθμολογήσεως είναι να διασφαλιστεί η δικαιότερη κρίση μέσω προσεγγίσεως των δύο βαθμών που απέχουν δυσανάλογα κατά την εκτίμηση του νομοθέτη. Αυτή η δικαιοσύνη μέσω αλληλο-προσεγγίσεως διασφαλίζεται με τον βαθμό ενός τρίτου βαθμολογητή. Το σύστημα αναβαθμολογήσεως των εισαγωγικών εξετάσεων οδηγεί όμως σε *αχρήστευση του ενός τουλάχιστον κύριου βαθμού*. Αντιστρατεύεται έτσι εκ της φύσεώς του τον σκοπό αυτό της "νομιμοποιήσεως" της βαθμολογικής διαδικασίας δια της αλληλο-προσεγγίσεως βαθμών που απέχουν σε έκταση τέτοια, ώστε να δίδεται η εντύπωση του σφάλματος. Κριτήριο που δεν συνάπτεται αντικειμενικά προς τον επιδιωκόμενο σκοπό είναι όμως αντίθετο στην αρχή της ισότητας. Τούτο αποτελεί παλιά παράδοση του δικαίου μας.

7. Τέλος ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η ορθή σκέψη, ότι η λήψη υπόψη του μέσου όρου και των τριών βαθμών *επιβάλλεται από την αρχή της αναλογικότητας* ή με διαφορετική διατύπωση, ότι κάθε διαφορετική διαδικασία προσκρούει στην εν λόγω συνταγματική αρχή (Βλ. άρθρ. 25 § 1 Σ).

Πράγματι για έναν υπονήφιο στον οποίο λήφθηκε υπόψη *ο χαμηλότερος και μόνο κύριος βαθμός* (σε συνδυασμό με το βαθμό αναβαθμολογήσεως) η ρύθμιση που επέβαλε την εν λόγω διαδικασία θίγει τα δικαιώματά του (και ιδίως τις εκ του άρθρ. 5 § 1 Συντ. συναγόμενες ελευθερίες) κατά τρόπο μη αναγκαία και μη κατάλληλα δυσμενή, αφού όπως προαναφέρθηκε το σύστημα αυτό δεν συνάπτεται προς κάποια νομοθετικά συναγόμενη ratio ή εν γένει με τους σκοπούς της αναβαθμολογήσεως.

8. Λιτή και επιτυχώς τολμηρή απόφαση με λαμπρή χρήση συνταγματικών επιχειρημάτων στην διοικητική διαδικασία. Κάτι που θα ευχόταν κανείς να γίνει σχολή.

Πάνος Λαζαράτος

Αν. Καθηγητής Παν/μίου Αθηνών

B. ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΑΚ 914 - ν. 5960/1933 άρθρα 1, 2, 28, 29, 56 και 79 όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το αρ. 1 του ν.δ. 1325/1972 - ν. 635/1937 άρθρο 2 παρ. 1

Επιταγή μεταχρονολογημένη και πτώχευση του εκδότη

Αν εκδοθεί μία μεταχρονολογημένη επιταγή και μετά ταύτα κηρυχθεί σε πτώχευση ο εκδότης αυτής, δεσμεύονται τα διαθέσιμα κεφάλαιά του υπέρ της ομάδος των πιστωτών και δεν είναι δυνατή η πληρωμή της επιταγής κατά την μεταγενέστερη ημερομηνία που αναγράφεται ως χρόνος εκδόσεώς της. Η μη πληρωμή αυτής μετά την πτώχευση του εκδότη λογίζεται ανυπαίτια και δεν ιδρύει υποχρέωση αποζημιώσεως.

Άρειος Πάγος 213/2003

(Σύνθεση: Π. Κακκαλής, Σ. Γκιάφης, Ε. Τσακόπουλος - εισηγητής, Ν. Γεωργίλης και Ρ. Κεδίκογλου)

Επειδή, κατά το άρθρο 79 του ν. 5960/1933 «περί επιταγής» όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 του ν.δ. 1325/1972, «ο εκδίδων επιταγήν μη πληρωθείσαν επί πληρωτού, παρ' ω δεν έχει αντίστοιχα διαθέσιμα κεφάλαια κατά τον χρόνον της εκδόσεως της επιταγής ή της πληρωμής αυτής, τιμωρείται...». Περαιτέρω, κατά μεν τα άρθρα 1 και 2 του ανωτέρω νόμου 5960/1933 απαραίτητο στοιχείο της εγκυρότητας της επιταγής είναι η επ' αυτής σημείωση της χρονολογίας εκδόσεώς της, κατά δε το άρθρο 28 του ίδιου νόμου «η επιταγή είναι πληρωτέα εν όψει. Πάσα αντίθετος μνεία θεωρείται μη γεγραμμένη. Η επιταγή, εμφανιζομένη προς πληρωμήν προ της ημέρας της σημειουμένης ως χρονολογίας της εκδόσεως αυτής είναι πληρωτέα κατά την ημέρα της εμφανίσεως». Τέλος, κατά το άρθρο 29 εδάφια α' και δ' του ίδιου νόμου «η επιταγή, η εκδοθείσα και πληρωτέα εν τη αυτή χώρα, εμφανίζεται προς πληρωμήν εντός προθεσμίας οκτώ ημερών... αφετηρία των ανωτέρω σημειουμένων προθεσμιών είναι η επί της επιταγής, ως χρονολογία εκδόσεως αναγραφόμενη ημέρα». Κατά την αληθή έννοια των ανωτέρω διατάξεων, η επιταγή που φέρει μεταχρονολογημένη ημερομηνία εκδόσεως μπορεί να εμφανισθεί για πληρωμή οποτεδήποτε, μέσα στο χρονικό διάστημα που αρχίζει από την επομένη της ημέρας, κατά την οποία πράγματι εξεδόθη (άρθρο 56 ν. 5960/1933), και λήγει την τελευταία ημέρα του οκταημέρου, το οποίο αρχίζει από την επομένη της ημέρας που σημειώνεται επ' αυτής ως χρονολογία εκδόσεώς της. Εξ άλλου, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 του α.ν. 635/1937 «περί διατάξεων τινων πτωχευτικού δικαίου», από το πρωί της ημέρας κατά την οποία δημοσιεύεται η απόφαση που κηρύσσει την πτώχευση στο ακροατήριον του δικαστηρίου, ο πτωχεύσας στερείται αυτοδικαίως της διοικήσεως (διαθέσεως και διαχειρίσεως) της πτωχευτικής περιουσίας. Η στέρηση

αυτή, γνωστή και ως «πτωχευτική απαλλοτρίωση», αποκλείει την αυτόβουλο διάθεση των κεφαλαίων του πτωχεύσαντος, καθόσον αυτά συγκροτούν έκτοτε την πτωχευτική περιουσία, η οποία είναι υπέγγυος στην ομάδα των πιστωτών. Ως εκ τούτου, αν εκδοθεί μία μεταχρονολογημένη επιταγή και μετά ταύτα κηρυχθεί σε πτώχευση ο εκδότης αυτής, δεσμεύονται τα διαθέσιμα κεφάλαιά του υπέρ της ομάδος των πιστωτών και δεν είναι δυνατή η πληρωμή της επιταγής κατά την μεταγενέστερη ημερομηνία που αναγράφεται ως χρόνος εκδόσεώς της. Εκ τούτων έπεται ότι η μη πληρωμή αυτής μετά την πτώχευση του εκδότη λογίζεται ανυπαίτια και δεν ιδρύει υποχρέωση αποζημίωσης, σύμφωνα με το άρθρο 914 ΑΚ. Ουδεμία δε επιρροή ασκεί το γεγονός ότι στο σώμα του τίτλου σημειώνεται ότι η μη πληρωμή οφείλεται στην έλλειψη διαθεσίμων κεφαλαίων στον πληρωτή, καθόσον και η έλλειψη αυτή έχει ως άμεση αιτία την πτωχευτική απαλλοτρίωση. Εν προκειμένω, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, το Εφετείο δέχθηκε ότι την 31.1.1996 ο αναιρεσείων, λήπτης της υπ' αριθμ. 26170525 μεταχρονολογημένης επιταγής, ποσού 4.449.000 δραχμών, εμφάνισε αυτή προς πληρωμή στην πληρώτρια Τράπεζα Εργασίας, όπου όμως σφραγίσθηκε, γιατί δεν υπήρχαν διαθέσιμα κεφάλαια. Η ανωτέρω επιταγή είχε εκδοθεί την 5.10.1995 από τον δεύτερο αναιρεσίβλητο ως διαχειριστή της πρώτης, οι οποίοι, μετά την έκδοσή της, κηρύχθηκαν σε πτώχευση με την υπ' αριθμ. 4837/1995 απόφαση του πολυμελούς πρωτοδικείου Αθηνών. Κατόπιν τούτων, το εφετείο έκρινε ότι η αξίωση του αναιρεσειόντος προς αποζημίωση γεννήθηκε κατά το χρόνο που εκδόθηκε η επιταγή, δηλαδή πριν από την κήρυξη των αναιρεσιβλήτων σε κατάσταση πτωχεύσεως, εντεύθεν δε απέρριψε κατ' ουσίαν την έφεση κατά της πρωτοδικού αποφάσεως, η οποία, ως συνέπεια της αναστολής των ατομικών διώξεων των πτωχευτικών πιστωτών, στους οποίους κατέλεξε και τον αναιρεσειόντα, είχε απορρίψει ως ανομιμοποίητη την αγωγή. Η παραδοχή αυτή, ότι δηλαδή τέτοια αξίωση γεννήθηκε πράγματι και μάλιστα πριν από την πτώχευση του εκδότη καθιστά μεν εσφαλμένο το αιτιολογικό της αποφάσεως, χωρίς όμως να επηρεάζει την ορθότητα του διατακτικού της. Εν όψει τούτου, οι ταυτόσημοι από το άρθρο 559 αριθμ. 1 πρώτος και δεύτερος λόγοι αναιρέσεως, που μέμφονται την προσβαλλομένη για παραβίαση των πιο πάνω διατάξεων, πρέπει να απορριφθούν, σύμφωνα με το άρθρο 578 ΚΠολΔ. Τέλος, ο τρίτος λόγος αναιρέσεως, που αποδίδει στην προσβαλλομένη την πλημμέλεια του άρθρου 559 αριθμ. 1 ΚΠολΔ, χωρίς όμως να προσδιορίζει ούτε ποία είναι αυτή, ούτε την παραβιασθείσα ουσιαστικού δικαίου διάταξη, είναι αόριστος.

Σημείωση

Η δημοσιευόμενη απόφαση πραγματεύεται το ζήτημα της πορείας της μεταχρονολογημένης επιταγής, στην περίπτωση που ο εκδότης πτωχεύσει, πριν από την εμφάνιση και σφράγισή της.

Η παρούσα απόφαση του Αρείου Πάγου λοιπόν έκρινε, ότι αν εκδοθεί μεταχρονολογημένη επιταγή και μετά κηρυχθεί σε πτώχευση ο εκδότης της, δεσμεύονται τα διαθέσιμα κεφάλαια του για χάρη της ομάδας των πιστωτών και δεν είναι δυνατή η πληρωμή της επιταγής στη μεταγενέστερη ημερομηνία που αναγράφεται ως χρόνος έκδοσης της.

Πράγματι, ο πτωχεύσας από το πρωί της ημέρας, που δημοσιεύθηκε η απόφαση που κηρύσσει την πτώχευση στερείται αυτοδικαίως την διοίκηση δηλαδή την εξουσία διαχείρισης και διάθεσης της πτωχευτικής περιουσίας, η οποία περιέρχεται στον σύνδικο (πτωχευτική απαλλοτρίωση). Απόρροια της ανωτέρω αποξένωσης του πτωχεύσαντα από την περιουσία του, είναι ότι κάθε δικαιοπραξία του, η οποία αναφέρεται στην πτωχευτική περιουσία είναι αυτοδικαίως ανενεργή ως προς την ομάδα των πιστωτών (Βλ. αναλυτικά Ν. Ρόκα, Στοιχεία πτωχευτικού δίκαιου, 2η έκδ. Αθήνα: Αντ. Σάκκουλα 1997, σελ. 23-26). Επομένως, ο πτωχεύσας δεν δύναται να διαθέσει αυτόβουλα τα κεφάλαιά του.

Από τα ανωτέρω συνάγεται, και εκεί έγκειται η πεμπτουσία της δημοσιευόμενης απόφασης, ότι η υπαιτιότητα του μετέπειτα πτωχεύσαντος εκδότη αίρεται και δεν δημιουργείται έτσι υποχρέωση αποζημίωσης εις βάρος του, δυνάμει του άρθρου 914 ΑΚ, για την μη πληρωμή της επιταγής. Έτσι, δεν δημιουργείται και θέμα προσωποκράτησής του.

Ενδιαφέρον θα έχει να δούμε με ποιό τρόπο θα αντιμετωπίσουν το ζήτημα και τα ποινικά δικαστήρια, που αρκούνται στο να χαρακτηρίζουν το έγκλημα της ακάλυπτης επιταγής ως τυπικό, χωρίς να εξετάζουν το θέμα της πτώχευσης του εκδότη της.

Ιωάννης Αντ. Σιώτος
Δικηγόρος, LL.M

ν. 2121/1993 άρθρο 55.2

Έννοια και περιεχόμενο του τεκμηρίου του άρθρου 55.2 ν. 2121/93

Το τεκμήριο του άρθρου 55.2 ν. 2121/93 αποβλέπει μεν στην απαλλαγή των οργανισμών συλλογικής προστασίας καλλιτεχνών από το βάρος αποδείξεως του νομικού τους δεσμού με τους φορείς των δικαιωμάτων, προϋποθέτει όμως ότι οι οργανισμοί αυτοί έχουν αναφέρει στο δικόγραφο ονομαστικά όλους τους δικαιούχους και τα έργα που τους έχουν αυτοί αναθέσει για προστασία και διαχείριση, διαφορετικά η αίτηση απορρίπτεται ως αόριστη.

ΜονΠρωτΑλεξ 418/2003

(Δικαστής: Μ. Κωνσταντέλλου)

Με τις διατάξεις των άρθρ. 46 επ. του ν. 2121/93 «πνευματική ιδιοκτησία, συγ-

γενικά δικαιώματα και πολιτιστικά θέματα» προστατεύονται τα συγγενικά προς την πνευματική ιδιοκτησία δικαιώματα, ήτοι τα δικαιώματα σε εργασίες (εισφορές) που σχετίζονται με την πνευματική δημιουργία ή ακόμα έχουν και κάποιες ομοιότητες με αυτήν, δεν μπορούν όμως να αναχθούν σε αυτοτελή έργα, διότι δεν εμφανίζουν τα κρίσιμα στοιχεία της πνευματικής δημιουργίας, συμβάλλουν όμως και μάλιστα πολλές φορές καθοριστικά, στη δημόσια εκτέλεση ή στην αναπαραγωγή και γενικά τη διάδοση των έργων.

Ο καθορισμός των δικαιούχων των συγγενικών δικαιωμάτων προκύπτει από τους κανόνες που αναγνωρίζουν τα σχετικά δικαιώματα. Έτσι σύμφωνα με τα άρθρα 46 παρ. 1, 47 παρ. 1 και 48 παρ. 1 του ν. 2121/93, εισφορές παρέχουν κυρίως οι καλλιτέχνες που ερμηνεύουν ή εκτελούν τα έργα, οι παραγωγοί υλικών φορέων ήχου και εικόνας, οι οργανισμοί ραδιοφωνίας και τηλεόρασης που (ανα)μεταδίδουν τα έργα. Οι εισφορές των προσώπων αυτών χρειάζονται προστασία για να μη γίνονται αντικείμενο οικειοποίησης και εκμετάλλευσης από τρίτους (*Γ. Κουμάντος*, Πνευματική ιδιοκτησία, 6η έκδ. σελ. 353 επ., *Διονυσία Καλλινίκου*, Τα θεμελιώδη θέματα του ν. 2121/93 για την πνευματική ιδιοκτησία και τα συγγενικά δικαιώματα, σελ. 145 επ.). Καθένα από τα συγγενικά δικαιώματα που αναγνωρίζονται από το ν. 2121/93 έχει διαφορετικό περιεχόμενο και παρέχει στο δικαιούχο τις εξουσίες που απαριθμούνται αποκλειστικά και όχι ενδεικτικά στα άρθρα 46 επ. (*Μ. Μαρίνος*, Η προσβολή του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών δικαιωμάτων, ΕλΔ 35, 1440 επ. και ιδίως 1445). Τα δικαιώματα ειδικότερα των ερμηνευτών ή εκτελεστών καλλιτεχνών, που έχουν περιουσιακό (και ηθικό) περιεχόμενο, κατ' αρχήν απόλυτο (δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν) και σε μερικές περιπτώσεις σχετικό (ενοχική αξίωση εύλογης αμοιβής κατ' άρθρο 49 παρ. 1), αποσκοπούν στην αποτροπή χρήσεων της ερμηνείας ή της εκτέλεσης πέρα απ' αυτές που έχουν συμφωνηθεί και προβλέπονται ρητά και περιοριστικά στο άρθρο 45 παρ. 2 [δικαίωμα του ερμηνευτή ή εκτελεστή καλλιτέχνη να επιτρέπει ή να απαγορεύει: α) την εγγραφή της ζωντανής ερμηνείας ή εκτέλεσής του σε υλικό φορέα ήχου ή εικόνας, β) την άμεση ή έμμεση εγγραφή της ερμηνείας ή εκτέλεσής τους, καθώς και τη θέση σε κυκλοφορία με μεταβίβαση της κυριότητας με εκμίσθωση ή με δημόσιο δανεισμό του υλικού φορέα με την εγγραφή κ.λπ.].

Συνήθως με τις συμβάσεις μεταξύ του ερμηνευτή ή εκτελεστή καλλιτέχνη και του παραγωγού του υλικού φορέα ήχου ή εικόνας (ή και των δύο) παρέχεται από τον πρώτο στο δεύτερο η άδεια για την εγγραφή της ερμηνείας ή εκτέλεσης, την αναπαραγωγή και εκμετάλλευσή της (*Γ. Κουμάντος*, ο.π., σελ. 372, *Μαρίνος*, ο.π., σελ. 1449, 1450), όταν δε συνδέονται μεταξύ τους με σύμβαση εργασίας θεωρείται, εφόσον δεν υπάρχει αντίθετη συμφωνία, ότι η άδεια αυτή έχει δοθεί (άρθρο 46 παρ. 3 εδ. α'). Σε κάθε περίπτωση ο ερμηνευτής ή εκτελεστής καλλιτέχνης διατηρεί το δικαίωμα αμοιβής για την ενέργεια κάθε μιας από τις πράξεις του άρθρου 46 παρ.

2, σε κάθε τρόπο εκμετάλλευσης της ερμηνείας ή εκτέλεσής του (βλ. *Καλλινίκου*, ό.π., σελ. 156). Ειδικότερα, κατά το άρθρο 49 του ως άνω νόμου, «Όταν υλικός φορέας ήχου ή εικόνας ή ήχου και εικόνας που έχει νόμιμα εγγραφεί, χρησιμοποιείται για ραδιοτηλεοπτική μετάδοση με οποιονδήποτε τρόπο, όπως ηλεκτρομαγνητικά κύματα, δορυφόροι, καλώδια ή για παρουσίαση στο κοινό, ο χρήστης οφείλει εύλογη και ενιαία αμοιβή στους ερμηνευτές καλλιτέχνες, των οποίων η ερμηνεία έχει εγγραφεί στον υλικό φορέα και στους παραγωγούς των υλικών αυτών φορέων. Η αμοιβή αυτή καταβάλλεται υποχρεωτικά σε οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης των σχετικών δικαιωμάτων, οι οποίοι υποχρεούνται να διαπραγματεύονται, να συμφωνούν αμοιβές, να προβάλλουν σχετικές αξιώσεις και να εισπράττουν τις σχετικές αμοιβές από τους χρήστες. Σε περίπτωση διαφωνίας μεταξύ των χρηστών και των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης, το ύψος της εύλογης αμοιβής και οι όροι πληρωμής καθορίζονται από το μονομελές πρωτοδικείο, κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, ενώ οριστικά περί της αμοιβής αποφάινεται το αρμόδιο δικαστήριο. Το δικαίωμα της εύλογης αμοιβής των ερμηνευτών καλλιτεχνών είναι ανεκχώρητο και υποχρεωτικά εκ του νόμου, ανατίθεται για είσπραξη και διαχείριση σε οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης που λειτουργούν σύμφωνα με τα άρθρα της συλλογικής διαχείρισης του ν. 2121/1993 (άρθρα 54-58)». Κατά το ίδιο άρθρο, η αμοιβή είναι ενιαία και κατανέμεται εξ ημισείας μεταξύ αφενός μουσικών και τραγουδιστών (50%) και αφετέρου των παραγωγών (50%). Οι ως άνω οργανισμοί οφείλουν να εξασφαλίζουν στους δικαιούχους τον ποσοστιαίο καθορισμό της, κατ' άρθρο 55 παρ. 1 στοιχ. Β, το οποίο βάσει του άρθρου 58 του ίδιου νόμου, εφαρμόζεται και στους δικαιωπαρόχους των συγγενικών δικαιωμάτων κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 32. Σύμφωνα με το τελευταίο αυτό άρθρο ως βάση για τον υπολογισμό της ποσοστιαίας αυτής αμοιβής λαμβάνονται «τα ακαθάριστα έσοδα ή έξοδα ή ο συνδυασμός των ακαθαρίστων εσόδων και εξόδων, ποσά που πραγματοποιούνται από την επαγγελματική δραστηριότητα αυτού που εκμεταλλεύεται το έργο και προέρχονται από την εκμετάλλευση του έργου». Κατά το άρθρο 56 παρ. 1 του ίδιου νόμου, αν ο χρήστης ισχυρίζεται ότι ο οργανισμός συλλογικής διαχείρισης αξιώνει αμοιβή προφανώς δυσανάλογη προς αυτήν που συνήθως καταβάλλεται σε παρόμοιες περιπτώσεις οφείλει πριν από οποιαδήποτε χρήση να προκαταβάλλει στον οργανισμό ή το ζητούμενο ποσό αμοιβής ή το ποσό που θα ορίσει, ύστερα από αίτηση του χρήστη, ως συνήθως καταβαλλόμενο σε παρόμοιες περιπτώσεις, το μονομελές πρωτοδικείο, κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, ενώ οριστικά περί της αμοιβής αποφάινεται το αρμόδιο δικαστήριο. Εξάλλου, κατά το άρθρο 54 παρ. 3 του ίδιου νόμου η από τους δημιουργούς ανάθεση προς τους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης και προστασίας μπορεί να γίνεται είτε με μεταβίβαση του δικαιώματος και των σχετικών εξουσιών προς το σκοπό της διαχείρισης ή της προστασίας, είτε με παροχή της σχετικής πληρεξουσιότητας, η δε ανάθεση γίνεται εγ-

γράφως και κάθε φορά για ορισμένο χρόνο, που δεν μπορεί να είναι μεγαλύτερος από τρία χρόνια. Η ανάθεση αφορά όλα τα έργα του δημιουργού που είναι κατάλληλα για την εκμετάλλευση με την εξουσία στην οποία αναφέρεται η ανάθεση ή ορισμένα από αυτά. Σε περίπτωση αμφιβολίας τεκμαίρεται ότι η ανάθεση αφορά όλα τα έργα συμπεριλαμβανομένων και των μελλοντικών έργων για χρονικό διάστημα που δεν μπορεί να είναι μεγαλύτερο από τρία χρόνια. Περαιτέρω, αναφορικά με τη νομιμοποίηση των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης και προστασίας ισχύουν τα οριζόμενα στα άρθρα 54 έως 57 ν. 2121/1993, τα οποία κατά το άρθρο 58 του ίδιου νόμου εφαρμόζονται αναλόγως στη διαχείριση και προστασία των συγγενικών δικαιωμάτων (γενικότερα για το ζήτημα βλ. σχετικά: *Γεωργίου Κουμάντου*, Πνευματική ιδιοκτησία, 8η έκδοση 2002, σελ 359-378 και 380 επ., *Μιχαήλ - Θεοδώρου Μαρίνου*, Πνευματική ιδιοκτησία, 2000, σελ. 251-272, 299-317, *Κωνσταντίας Κυπρούλη*, Το συγγενικό δικαίωμα των ερμηνευτών εκτελεστών καλλιτεχνών, 2000, σελ. 109-149, *Διονυσίας Καλλινίκου*, Τα θεμελιώδη θέματα του ν. 2121/1993 για την πνευματική ιδιοκτησία και τα συγγενικά δικαιώματα 1994, σελ 158 επ., 164). Ο νομοθέτης έχοντας υπόψη του τις κατά το προγενέστερο δίκαιο δυσκολίες των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης να προστατεύουν δικαστικά ή εξώδικα τα δικαιώματα των δικαιούχων δημιουργών κ.λπ. (βλ. σχετικά *Γ. Κουμάντο*, ο.π., σελ. 368 σημ. 752, όπου παρατίθεται νομολογία με βάση το προγενέστερο δίκαιο) «διευκόλυνε» τους οργανισμούς αυτούς, για να επιτελέσουν τους σκοπούς τους, με τρία δικονομικά προνόμια: Α) Οι οργανισμοί μπορούν να ενεργούν πάντα, δικαστικά ή εξωδίκως, στο δικό τους όνομα είτε η αρμοδιότητά τους στηρίζεται σε μεταβίβαση εξουσίας είτε σε πληρεξουσιότητα κατά το άρθρο 54 παρ. 3. Ενεργούν λοιπόν εξ ιδίου δικαίου και δεν χρειάζεται να διευκρινίζουν ποια είναι η ειδικότερη σχέση που τους συνδέει με τον δικαιούχο (άρθρο 55 παρ. 2 εδάφιο Β). Η δεύτερη διευκόλυνση αφορά το αναγκαίο περιεχόμενο του δικογράφου, με το οποίο ζητείται δικαστική προστασία. Ο οργανισμός δεν είναι ανάγκη να αναφέρει όλα τα έργα των δικαιούχων που εκπροσωπεί και για τα οποία ζητείται η δικαστική προστασία, αλλά αρκεί, κατ' εξαίρεση, η δειγματοληπτική αναφορά των έργων αυτών (άρθρο 55 παρ. 3). Γ) Το κυριότερο όμως προνόμιο αφορά την απόδειξη της νομιμοποίησης των οργανισμών τόσο κατά την κατάρτιση συμβάσεων ή την είσπραξη αμοιβών, όσο και κατά την δικαστική προστασία των δικαιούχων. Προσφεύγοντας λ.χ. ένας οργανισμός συλλογικής διαχείρισης συγγενικών δικαιωμάτων τραγουδιστών στο δικαστήριο, για τον καθορισμό της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 είναι υποχρεωμένος για την πληρότητα του δικογράφου να δηλώσει όλους τους τραγουδιστές και όλα τα έργα αυτών, οι οποίοι έχουν αναθέσει στον οργανισμό τη διαχείριση εξουσιών που απορρέουν από το ένδικο περιουσιακό τους δικαίωμα. Προκειμένου όμως να αποδείξει με βάση τους γενικούς αποδεικτικούς κανόνες τον ισχυρισμό του αυτό, θα έπρεπε να προσκομίζει κάθε φορά – για το σύνολο των έργων (ρεπερτόριο)

που διαχειρίζεται – ατέλειωτη σειρά νομιμοποιητικών εγγράφων (πληρεξουσιότητα ή μεταβίβαση). Αντί γι' αυτό, ο νόμος δημιούργησε ένα τεκμήριο, σύμφωνα με το οποίο «τεκμαίρεται ότι οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης ή προστασίας έχουν την αρμοδιότητα διαχείρισης ή προστασίας όλων των έργων ή όλων των πνευματικών δημιουργών, για τα οποία δηλώνουν εγγράφως ότι έχουν μεταβιβασθεί σ' αυτούς οι σχετικές εξουσίες ή ότι καλύπτονται από την πληρεξουσιότητα» (άρθρο 55 παρ. 1 εδ. Α). Το τεκμήριο είναι βέβαια μαχητό και, όταν γίνεται επίκλησή του σε δίκη, ο αντίδικος μπορεί να αποδείξει ότι η αλήθεια είναι διαφορετική από την τεκμαιρόμενη (Γ. Κουμάντος, ο.π. σελ. 367-368). Είναι λοιπόν σαφές ότι το τεκμήριο λειτουργεί αποδεικτικά και η καθιέρωσή του δεν αναιρεί την υποχρέωση του αιτούντος οργανισμού να διατυπώνει το δικόγραφο του με ορισμένο τρόπο (118, 216 ΚΠολΔ), αναφέροντας όλους ανεξαιρέτα του δικαιούχους που του έχουν αναθέσει τη διαχείριση, καθώς και τα έργα αυτών ώστε να δικαιολογείται η αρμοδιότητά του να διαχειρίζεται και να προστατεύει αυτούς. Αυτό άλλωστε ορίζεται ρητά και στο νόμο: Πρέπει πρώτα ο οργανισμός να «δηλώσει εγγράφως» τους δικαιούχους και τα έργα που τους έχει μεταβιβασθεί η σχετική εξουσία κ.λπ. και κατόπιν θα λειτουργήσει αποδεικτικά το τεκμήριο αρμοδιότητας, ώστε να αποφύγει την επίκληση και προσαγωγή των νομιμοποιητικών εγγράφων. Αν δεν γίνει η κατά τα ανωτέρω αναφορά στο δικόγραφο των δικαιούχων και των έργων τους, τότε φυσικά δεν θα είναι δυνατό να προβεί και ο αντίδικος χρήστης σε ανατροπή του τεκμηρίου, αφού δεν θα είναι γνωστά τα πρόσωπα και τα έργα που καλύπτει. Πάντως, η γενικόλογη αναφορά ότι ο οργανισμός καλύπτει όλους του δικαιούχους και όλα τα έργα αυτών δεν αρκεί. Ακόμη και στην περίπτωση που ένας μόνον οργανισμός έχει αρμοδιότητα διαχείρισης για όλους του δικαιούχους και για όλα τα έργα τους, απαιτείται η ονομαστική έγγραφη αναφορά τους. Πολύ περισσότερο όταν στην ίδια κατηγορία δικαιούχων δραστηριοποιούνται περισσότεροι οργανισμοί διαχείρισης. Ωστόσο είναι δυνατό οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης να διαχειρίζονται συγγενικά δικαιώματα όχι μόνον ελληνικών φορέων, αλλά και αλλοδαπών. Για το σκοπό αυτό δικαιούνται, σύμφωνα με το άρθρο 72 παρ. 3 ν. 2121/1993, να συνάπτουν συμβάσεις αμοιβαιότητας μεταξύ αυτών και των αντίστοιχων οργανισμών συλλογικής διαχείρισης της αλλοδαπής. Με τις συμβάσεις αυτές οι αλλοδαποί οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης παρέχουν πληρεξουσιότητα ή μεταβιβάζουν στους ημεδαπούς οργανισμούς τα δικαιώματα που καταπιστευτικά έχουν οι πρώτοι προς το σκοπό διαχείρισής τους στην Ελλάδα (περισσότερα για τη λειτουργία του δημιουργούμενου έτσι διεθνούς δικτύου βλ. Μ. Θ. Μαρίνο, ο.π., σελ. 302, 303). Στην περίπτωση, όμως, που ένας οργανισμός συλλογικής διαχείρισης ζητεί δικαστική προστασία και για συγγενικά δικαιώματα αλλοδαπών φορέων, θα πρέπει για το ορισμένο της αιτήσεώς του να αναφέρει επί πλέον α) τους αλλοδαπούς φορείς και τα έργα τους που διαχειρίζεται στην Ελλάδα, β) τον

αλλοδαπό συλλογικό οργανισμό που ανήκουν και γ) να δικαιολογεί τον τρόπο που διαχειρίζεται τα δικαιώματά τους στην Ελλάδα, επικαλούμενος τις σχετικές συμβάσεις αμοιβαιότητας. Διαφορετικά, δεν θα είναι δυνατό να ελεγχθεί για ποίους αλλοδαπούς φορείς συγγενικών δικαιωμάτων αξιώνεται αμοιβή, καθώς και αν πράγματι ο ημεδαπός οργανισμός συλλογικής προστασίας έλκει δικαιώματα από τον αλλοδαπό οργανισμό που ανήκει ο δικαιούχος (βλ. ΜΠρΤρικ 1253/2002 και 1254/2002 αδημοσίευτες).

Στην προκειμένη περίπτωση, οι αιτούντες εκθέτουν ότι είναι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης και προστασίας συγγενικών δικαιωμάτων, που έχουν συσταθεί νομότυπα, ο πρώτος για τους μουσικούς, ο δεύτερος για τους τραγουδιστές και ο τρίτος για τις δισκογραφικές εταιρίες, παραγωγούς υλικούς φορέων ήχου ή και εικόνας και ότι εκπροσωπούν τα μέλη τους στην Ελληνική Επικράτεια. Ότι έχουν τις αρμοδιότητες διαχείρισης που αναφέρονται στο νόμο, μεταξύ των οποίων και η είσπραξη και διανομή της εύλογης αμοιβής που προβλέπεται από το άρθρο 49 του ν. 2121/1993 για την χρησιμοποίηση του ελληνικού και ξένου μουσικού ρεπερτορίου. Ότι, αφού συνέταξαν από κοινού το αμοιβολόγιο, που αναφέρεται στην αίτηση και προέβησαν στη δημοσίευσή του στον τύπο, όπως προβλέπεται από το νόμο 2121/1993, κάλεσαν τους χρήστες δημόσιας εκτέλεσης των υλικών φορέων ήχου, μεταξύ των οποίων και την καθής σε υπογραφή σχετικής συμφωνίας και την καταβολή των νομίμων αμοιβών τους. Ότι, παρόλα αυτά, η καθής αδιαφορεί σε κάθε προσπάθεια διαπραγμάτευσης καθορισμού και καταβολής της ως άνω εύλογης αμοιβής, ενώ χρησιμοποιεί το ενδεικτικά αναφερόμενο μουσικό ρεπερτόριο, των δειγματοληπτικά αναφερομένων στην αίτηση Ελλήνων μελών των αιτούντων. Ζητούν, λοιπόν, οι αιτούντες, επικαλούμενοι επείγουσα περίπτωση: α) να καθοριστεί το ύψος της ως άνω εύλογης και ενιαίας αμοιβής για τους υλικούς φορείς ήχου που χρησιμοποίησε η καθής για το έτος 2001 και 2002 σε ποσοστό 10%, των ακαθαρίστων εσόδων της, το οποίο να μην είναι λιγότερο του 1.000.000 δρχ. ή 2.934,70 ευρώ για κάθε έτος, να καταβάλει σ' αυτούς στο τέλος κάθε εξαμήνου το ήμισυ του ποσού που αντιστοιχεί στο ως άνω ποσοστό και να τους παραδώσει η καθής τους καταλόγους του μουσικού ρεπερτορίου (τραγουδιών) που χρησιμοποιεί και β) να καθοριστεί ως εύλογη αμοιβή κάθε κατηγορίας που εκπροσωπείται απ' αυτούς ποσοστό 50% της ορισθεισομένης αμοιβής για την τρίτη εξ αυτών και από το υπόλοιπο 50%, το 25% στον πρώτο και το έτερο 25% στο δεύτερο αυτών. Επίσης, ζητούν και να καταδικαστεί η καθής στη δικαστική δαπάνη αυτών.

Με αυτό το περιεχόμενο και αίτημα, η ένδικη αίτηση παραδεκτά φέρεται προς συζήτηση, κατά την προκειμένη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (άρθρα 682 επ. του ΚΠολΔ), ενώπιον αυτού του δικαστηρίου, το οποίο είναι αρμόδιο καθ' ύλη και κατά τόπο (άρθρα 49 του ν. 2121/1993 και 25 παρ. 2 του ΚΠολΔ). Στο δικόγραφο, όμως, της αίτησης δεν εκτίθενται τα απαραίτητα για την θεμελίωση αυτής

στοιχεία. Συγκεκριμένα δεν αναφέρονται: α) ποίων ημεδαπών τραγουδιστών, μουσικών και παραγωγών υλικών, φορέων ήχου διαχειρίζονται οι αιτούντες τα περιουσιακά δικαιώματα και για ποία έργα αυτών, β) ποίων αλλοδαπών τραγουδιστών, μουσικών και παραγωγών υλικών φορέων ήχου διαχειρίζονται οι αιτούντες τα περιουσιακά δικαιώματα και για ποία έργα αυτών, γ) ποιοι είναι οι αλλοδαποί οργανισμοί συλλογικής προστασίας στην αρμοδιότητα των οποίων ανήκουν οι αλλοδαποί φορείς των συγγενικών δικαιωμάτων, δ) με βάση ποιες συγκεκριμένες συμβάσεις αμοιβαιότητας οι εν λόγω αλλοδαποί οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης έδωσαν πληρεξουσιότητα ή μεταβίβασαν στους αιτούντες (ημεδαπούς οργανισμούς) τα δικαιώματα που έχουν οι πρώτοι προς το σκοπό της διαχείρισής τους στην Ελλάδα και ε) έστω δειγματοληπτικά, (άρθρ. 55 παρ. 3 ν. 2121/1993), τα συγκεκριμένα έργα αλλοδαπών φορέων συγγενικών δικαιωμάτων που διαχειρίζονται και έγιναν αντικείμενο εκμετάλλευσης από την καθής ή αίτηση. Μόνη η αναφορά στην αίτηση ότι εκπροσωπούν τους δικαιούχους στην Ελληνική Επικράτεια και ότι συνεπώς έχουν δικαίωμα να ζητήσουν τον καθορισμό και την είσπραξη της εύλογης αμοιβής για την χρήση του ελληνικού και του ξένου μουσικού ρεπερτορίου εντός της Ελλάδας δεν καθιστά την αίτηση ορισμένη. Το τεκμήριο του άρθρου 55 παρ. 2 του ν. 2121/1993, που επικαλούνται οι αιτούντες, σύμφωνα και με την μείζονα σκέψη, δεν έχει την έννοια που αυτοί υιοθετούν. Αντίθετα, το τεκμήριο αυτό σκοπό έχοντας να απαλλάξει τους οργανισμούς συλλογικής προστασίας και διαχείρισης από το βάρος της απόδειξης του νομικού τους δεσμού με τους φορείς των συγγενικών δικαιωμάτων, προϋποθέτει για να λειτουργήσει αποδεικτικά, ότι οι οργανισμοί αυτοί έχουν δηλώσει ονομαστικά, εγγράφως μάλιστα, τους δικαιούχους και τα έργα που τους έχουν αναθέσει για προστασία και διαχείριση. Η δήλωση γίνεται σε περίπτωση συμβατικού καθορισμού της εύλογης αμοιβής προς τον αντισυμβαλλόμενο χρήση, ενώ σε περίπτωση προσφυγής στο δικαστήριο με το δικόγραφο. Επομένως, η αίτηση είναι απορριπτέα ως αόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικής εκτίμησης.

Περαιτέρω, θα πρέπει να σημειωθεί ότι αν η αίτηση ήταν ορισμένη, θα απορριπτόταν ως ουσία αβάσιμη. Ειδικότερα, από τα αποδεικτικά στοιχεία, ήτοι καταθέσεις μαρτύρων και έγγραφα, δεν πιθανολογήθηκε ότι στο εν λόγω κέντρο διασκέδασης της καθής μεταδίδεται ελληνική μουσική και ότι περιλαμβάνονται στο μουσικό της ρεπερτόριο τα τραγούδια των ελλήνων ερμηνευτών, που αναφέρονται στην υπό κρίση αίτηση, όπως βάσιμα ισχυρίζεται και η καθής, ενώ όπως προκύπτει από το δικόγραφο της αίτησης, σ' αυτήν εκτίθενται μόνον δειγματοληπτικά, τα ονόματα μελών των αιτούντων, ήτοι Ελλήνων μουσικών, τραγουδιστών και παραγωγών και ότι η καθής χρησιμοποιεί μουσικά έργα, από τα οποία αναφέρονται ενδεικτικά έξι ελληνικά.

Μετά από τα παραπάνω εκτεθέντα, πρέπει να απορριφτεί η ένδικη αίτηση πρωτίστως ως αόριστη και να επιβληθούν τα δικαστικά έξοδα της καθής στους αιτού-

ντες (άρθρ. 176 ΚΠολΔ) κατά το διατακτικό.

Σημείωση

1. Η απόφαση

Ένα από τα θέματα που αντιμετωπίζει η παραπάνω απόφαση είναι το τεκμήριο νομιμοποίησης του άρθρου 55 παρ. 2 του ν. 2121/1993 για την πνευματική ιδιοκτησία και τα συγγενικά δικαιώματα.

Η απόφαση, ορθά μεν δέχεται ότι το κυριότερο δικονομικό προνόμιο, που έχει θεσπίσει ο νομοθέτης, για να διευκολύνει τους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης συγγενικών δικαιωμάτων να επιτελέσουν τους σκοπούς τους, αφορά την απόδειξη νομιμοποίησης των οργανισμών τόσο κατά την κατάρτιση συμβάσεων ή την είσπραξη αμοιβών, όσο και κατά τη δικαστική προστασία των δικαιούχων.

Δεν φαίνεται όμως ορθή, κατά τη γνώμη μας, η κρίση της, ότι προσφεύγοντας ένας οργανισμός συλλογικής διαχείρισης συγγενικών δικαιωμάτων τραγουδιστών στο δικαστήριο, για τον καθορισμό της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 του ν. 2121/1993, είναι υποχρεωμένος, για την πληρότητα του δικόγραφου, να δηλώσει όλους τους τραγουδιστές και όλα τα έργα αυτών, οι οποίοι έχουν αναθέσει στον οργανισμό τη διαχείριση εξουσιών που απορρέουν από το ένδικο περιουσιακό τους δικαίωμα. Αποδέχεται λοιπόν η σχολιαζόμενη απόφαση ορθά μεν ότι το τεκμήριο λειτουργεί αποδεικτικά, απαιτεί όμως μη πειστικά, στο δικόγραφο να αναφέρονται όλοι ανεξαιρέτα οι δικαιούχοι που ανέθεσαν τη διαχείριση στον οργανισμό, καθώς και όλα τα έργα τους για να είναι δικαιολογημένη η αρμοδιότητά του να διαχειρίζεται και να προστατεύει αυτούς. Μάλιστα ακόμη και στην περίπτωση, που ένας μόνο οργανισμός έχει αρμοδιότητα διαχείρισης για όλους τους δικαιούχους και για όλα τα έργα τους, απαιτεί την ονομαστική έγγραφη αναφορά τους.

2. Το τεκμήριο νομιμοποίησης του άρθρου 55 παρ. 2 του ν. 2121/1993

Το άρθρο 55 παρ. 2 εδ. 1 του ν. 2121/1993 θεσπίζει ένα τεκμήριο υπέρ των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης σύμφωνα με το οποίο καταρχήν τεκμαίρεται η αρμοδιότητά τους να διαχειρίζονται και να προστατεύουν έργα ή δικαιούχους, για τα οποία δηλώνουν εγγράφως ότι μεταβιβάστηκαν σ' αυτούς οι σχετικές εξουσίες ή ότι καλύπτονται από την πληρεξουσιότητα. Με το τεκμήριο αυτό διευκολύνεται η απόδειξη νομιμοποίησης των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης σε περίπτωση ένδικης προστασίας. Διαφορετικά θα έπρεπε, σε κάθε περίπτωση αμφισβήτησης της νομιμοποίησης ενός οργανισμού από τον αντίδικο - χρήστη, ο οργανισμός να προσκομίσει πληθώρα νομιμοποιητικών εγγράφων, με βάση τα οποία επήλθε η μεταβίβαση ή παραχωρήθηκε η πληρεξουσιότητα. Επίσης θα έπρεπε να αποδείξει και τις τυχόν ενδιάμεσες μεταβιβάσεις από τον αρχικό δικαιούχο στους ειδικούς ή καθολικούς δικαιοδόχους. Για τους αλλοδαπούς δικαιούχους που εκπροσωπεί ο οργανισμός

θα έπρεπε επί πλέον να αποδείξει και την σειρά νομιμοποίησης του αλλοδαπού οργανισμού, με τον οποίο έχει συνάψει τη σύμβαση αμοιβαίας εξουσιοδότησης.

Για να λειτουργήσει σωστά το τεκμήριο και να επιφέρει τη δικονομική διευκόλυνση για την οποία θεσπίστηκε θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η απαιτούμενη έγγραφη δήλωση του άρθρου 55 παρ. 2 εδ. 1, συνίσταται σε απόσπασμα από τους καταλόγους δικαιούχων ή έργων που τηρεί ένας οργανισμός, εφόσον κάτι τέτοιο δεν επιβαρύνει τον οργανισμό, και όχι σε αναλυτικό και πλήρη κατάλογο (Σ. Σταυρίδου, Η σύμβαση ανάθεσης διαχείρισης στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας, 1999, 248).

Πρόβλημα νομιμοποίησης δεν υπάρχει στην περίπτωση δικαστικής διεκδίκησης των αξιώσεων εύλογης αμοιβής από νόμιμες χρήσεις, για τις οποίες ο νομοθέτης επιβάλλει υποχρεωτικά τη διαχείριση μέσω ενός οργανισμού – υποχρεωτική συλλογική διαχείριση – και μάλιστα στην περίπτωση που ο οργανισμός είναι ο μόνος και αντιπροσωπευτικός της κατηγορίας των δικαιούχων του, όπως ακριβώς συμβαίνει και στην επίδικη υπόθεση. Για να νομιμοποιείται ένας οργανισμός συλλογικής διαχείρισης στη διαπραγμάτευση και στην είσπραξη της ενιαίας και εύλογης αμοιβής πρέπει να είναι αρκετά αντιπροσωπευτικός. Αυτό σημαίνει ότι πρέπει να του έχει ανατεθεί η διαχείριση των δικαιωμάτων ενός σοβαρού αριθμού δικαιούχων και όχι βεβαίως όλων, μιας και ο συνολικός αριθμός των δικαιούχων θα είναι μάλλον άγνωστος (Γ. Κουμάντος, Πνευματική Ιδιοκτησία, 2002, σελ. 416).

Στην περίπτωση της υποχρεωτικής συλλογικής διαχείρισης τεκμαίρεται ότι ο οργανισμός δικαιούται στην προστασία των δικαιωμάτων όλων των δικαιούχων ανεξάρτητα από την εθνικότητά τους. Απλά θα πρέπει ο συγκεκριμένος οργανισμός να είναι αρμόδιος για τη διαχείριση του σχετικού δικαιώματος εύλογης αμοιβής, δηλαδή θα πρέπει να έχει πάρει την σχετική έγκριση του Υπουργείου Πολιτισμού, η οποία παραχωρείται μετά από έλεγχο όλων των απαραίτητων εγγράφων (καταστατικά, κατάλογοι μελών, συμβάσεις ανάθεσης, ρεπερτόριο, κανονισμοί διανομής). Άρθρο 54 παρ. 4 ν. 2121/1993.

Το τεκμήριο νομιμοποίησης υπέρ του οργανισμού είναι μαχητό. Ο αντίδικος μπορεί να επικαλεστεί και να αποδείξει για κάθε έργο που χρησιμοποιήθηκε ή για κάθε συμβολή ξεχωριστά, είτε ότι αυτά δεν εντάσσονται πλέον στην προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας, είτε ότι οι δικαιούχοι στα εν λόγω έργα δεν είναι συμβεβλημένοι με τον αντίδικο οργανισμό.

Σύμφωνα με το άρθρο 55 παρ. 3, για τη δικαστική προστασία των έργων και των δημιουργών - δικαιούχων, που προστατεύονται από τον οργανισμό συλλογικής διαχείρισης, αρκεί η δειγματοληπτική αναφορά των έργων που έγιναν αντικείμενο εκμετάλλευσης χωρίς την απαιτούμενη άδεια και δεν απαιτείται η πλήρης απαρίθμηση των έργων αυτών. Επομένως στο σχετικό δικόγραφο αρκεί η καταγραφή μιας δειγματοληπτικής αναφοράς των έργων που χρησιμοποιούνται από τον χρήστη.

3. Το δικαίωμα διαχείρισης δικαιωμάτων αλλοδαπών δικαιούχων

Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης έχουν από το νόμο το δικαίωμα να διαχειρίζονται δικαιώματα και αλλοδαπών δικαιούχων (άρθρο 72 παρ. 3 εδ. 2).

Συνάπτουν με τους αντίστοιχους αλλοδαπούς οργανισμούς διαχείρισης συμβάσεις αμοιβαιότητας με τις οποίες οι ξένοι οργανισμοί παρέχουν πληρεξουσιότητα ή μεταβιβάζουν στους ημεδαπούς οργανισμούς τα δικαιώματα που έχουν αποκτήσει προς το σκοπό της διαχείρισής τους στην Ελλάδα και αντίστροφα οι ημεδαποί οργανισμοί τα μεταβιβάζουν στους αλλοδαπούς προς το σκοπό της διαχείρισής τους στο εξωτερικό. Με τη σύμβαση αμοιβαιότητας ο ημεδαπός οργανισμός αποδίδει στον ομόλογό του αλλοδαπό οργανισμό τα καθαρά ποσά, που του αναλογούν από τη χρήση του ρεπερτορίου του, μετά την αφαίρεση των διαχειριστικών εξόδων και ο αλλοδαπός οργανισμός αποδίδει στον ημεδαπό τα ποσά που του αναλογούν από τη χρήση του ελληνικού ρεπερτορίου στη δική του χώρα.

Η σύμβαση αμοιβαιότητας ρυθμίζει τη σχέση μεταξύ των εθνικών οργανισμών για τη διασφάλιση ισότιμης και διαφανούς διαχείρισης, επιβάλλοντας αμοιβαίες υποχρεώσεις, όπως την ενημέρωση των αλλοδαπών οργανισμών σχετικά με τη χρήση των έργων τους (Σ. Σταυρίδου, ο.π., σελ. 224).

Εξ άλλου, όπως αναφέρθηκε και παραπάνω, η προβλεπόμενη από το νόμο υποχρεωτική συλλογική διαχείριση σημαίνει εξουσία διαχείρισης από το νόμο για όλους τους δικαιούχους της ίδιας κατηγορίας. Δηλαδή στην περίπτωση αυτή ο οργανισμός που έλαβε τη νόμιμη άδεια και έγκριση από τον Υπουργό Πολιτισμού, έχει την εξουσία και δικαιούται να προστατεύει και να διαχειρίζεται τα σχετικά δικαιώματα όλων των δικαιούχων, ανεξάρτητα από την εθνικότητά τους. Επί πλέον με τη Διεθνή Σύμβαση της Ρώμης για την προστασία των ερμηνευτών ή εκτελεστών καλλιτεχνών και των παραγωγών φωνογραφημάτων, η οποία επικυρώθηκε και από την χώρα μας με το ν. 2054/1992, προβλέπεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης, σύμφωνα με τα άρθρα 2, 4, 5 και 12 της σύμβασης αυτής. Με τα άρθρα αυτά παρέχεται εθνική μεταχείριση στους αλλοδαπούς. Το άρθρο 49 του ν. 2121/1993 προστατεύει, σύμφωνα με την αρχή της ίσης εθνικής μεταχείρισης κάθε υλικό φορέα ήχου ή εικόνας ή ήχου και εικόνας που παρουσιάζεται ή μεταδίδεται με οποιονδήποτε τρόπο στην ελληνική επικράτεια και όχι μόνο τους ελληνικούς.

Σε όλη την Ευρώπη οι αντίστοιχοι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης εισπράττουν για τη χρήση όλου του μουσικού ρεπερτορίου, που μεταδίδεται ή παρουσιάζεται στη χώρα τους και διανέμουν σε ντόπιους και ξένους δικαιούχους σύμφωνα με τους καταλόγους των τίτλων των μουσικών έργων (play listes), που έχουν χρησιμοποιηθεί από τους χρήστες και τον κανονισμό διανομής.

Στη χώρα μας οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης των συγγενικών δικαιωμάτων των τραγουδιστών (ΕΡΑΤΩ ΣΥΝ.Π.Ε), μουσικών (ΑΠΟΛΛΩΝ ΣΥΝ.Π.Ε) και παραγωγών (GRAMMO), που έχουν συσταθεί, είναι οι μόνοι και αντιπροσωπευτικοί της κάθε κατηγορίας δικαιούχων. Επομένως είναι οι μόνοι αρμόδιοι να ει-

σπράττουν την εύλογη αμοιβή του άρθρου 49 του ν. 2121/1993, από τη χρήση του ελληνικού και ξένου μουσικού ρεπερτορίου στην ελληνική επικράτεια και να τη διανέμουν στους δικαιούχους σύμφωνα με τις συμβάσεις ανάθεσης και τις συμβάσεις αμοιβαιότητας.

Συνεπώς θεωρούμε ότι η δημοσιευόμενη απόφαση, μη ορθά απέρριψε το αίτημα των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης των δικαιωμάτων των τραγουδιστών, μουσικών και παραγωγών για καταβολή εύλογης αμοιβής ως αόριστο και ανεπίδεκτο δικαστικής εκτίμησης, με το αιτιολογικό ότι στο δικόγραφο της αίτησης δεν εκτίθενται τα απαραίτητα για τη θεμελίωση αυτής στοιχεία.

Κοριακή Μαντενιώτου - Λυρατζοπούλου
ΔρΝ - Επιστημονική Συνεργάτρια ΔΠΘ

Digesta - Freelaw.gr